جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المستحدث في أحكام التطليق في التشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

- تخصص أحوال شخصية -

إعداد الطالبة: **إشراف الأستاذ :**

برايس شهرة **هلالي مسعود**

لجنة مناقشة :

أ/د : بشيري عبد الرحمن **رئيساً**

أ/د : .هلالي مسعود **مقرراً**

أ/د : بورزق أحمد **مناقشاً**

الموسم الجامعي : 2014/2013

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

بفضل الله تعالى ، وإلى من هُما سبب وجودي في هذه الحياة

الوالدين الكريمين راجية من الله تعالى أن يطيل في عمرهما

و يحفظهما من كل سوء، و يجنبهما من كل مكروه

من عادل أخي وزوجته و ساعد و إلى كل أفراد العائلة الكريمة

و زوجته خديجة و صابر و زوجته فطيمة و ابنهما محمد الأمين و رهف

و عبلة أختي و زوجها عادل و ابنهما صلاح الدين وحيدر و أخي وائل.

إلى كل أساتذتي الأفاضل من الطور الأول إلى النهائي

و إلى طُلاب العلم في كل مكان أقدم هذا العمل

شهرة برايس

شكر و تقدير

أتقدم بخالص الشكر إلى أسرة البحث العلمي بالكلية من أساتذة

و طلبة و اللجنة المناقشة من الدكتور بشري عبد الرحمن و الأستاذ

بورزق أحمد

و بالأخص الأستاذ الكريم هلالي مسعود المشرف على انجاز

هذا البحث

هذا الأستاذ الذي قدّم لي جميلا لن أنساه ما حييتُ

أتقدم بالشكر و الامتنان إلى:

الأستاذ الدكتور فشار عطا الله

إلى كل الزملاء و الأصدقاء الذين لم يبخلوا عليّ بعونهم و تشجيعهم

و خاصة الأصدقاء زرّاق حسين و طاوسي فاطنة

المقدمة

مقدمة

لقد قدّس الإسلام الزواج وقد شرعه الله تعالى على ألسن ة أنبيائه ورسله وجعله من أسمى العقود وأعظمها أثرا ولقد سمّاه الله تعالى بالميثاق الغليظ ووضع له من القواعد ما يضمن بقائه واستمراره.

فالزواج نصف الدين يلجأ إليه الإنسان ليصون نفسه من الكبائر فهو عقد مستمر يؤدي إلى الرحمة والمودة حتى يكاد الزوجان يصبحان شخصا واحدا في جسدين لقول الله تعالى:" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "(1) .

إلا أنه مع ذلك فقد شرع الإسلام الطلاق استثناءا واعتبره أبغض الحلال إلى الله عزّوجل حيث جعله في أضيق الحدود وفي حالة استحالة استمرار الحياة الزوجية وبما لا تستقيم معه صعوبة العلاج إلا به، وحتى يكون مخرجا من الضيق ومخرجا من الشدة في الحياة الزوجية لم يحقق ما أراده الله حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم:" **أبغض الحلال عند الله الطلاق** "(2)،فإن الشريعة الإسلامية أباحت لرجل العصمة بيده وفي إنهاء الرابطة الزوجية بمحض إرادته وطبقا لمشيئته .

ولقد أقر المشرع الجزائري في مادتان 47.48من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".

وم 48 ق.أ.ج:"مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54من هذا القانون".

وعليه فإن أول طريق ينحل به الزواج هو الوفاة فلا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء بالحكم بانحلاله أو انقضائه وهو سبب من صنع الله وحده ولا دخل لإرادة الزوجين فيه وعند استقراء نص م48 نجد أن المشرع حدد طرق الطلاق بإرادة الزوج طبقا لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية تحقيقا للاستقراء والراحة الزوجية ، وهناك طريق آخر هو فك الرابطة الزوجية بتراضي بين الزوجين وهو منطلق سليم لا يجافي الشرع ولا مقتضى العقل حيث ما أوجدته الإرادتان باتفاقهما يمكن لهما إزالته رغم أن الاتفاق على الزواج أسهل بكثير من الاتفاق على الطلاق بحيث يكون هذا الأخير أكثر صدقا على عدم جدوى استمرارية العشرة إذ لا يتفقان إلا عند قناعتهما معا وفي وقت واحد على أن بقائهما معا لم يفيد شيئا ولا يخدم مصلحتهما المشتركة وهذا طلاق لا فيه ظلم لأحد.

ولم تهدر الشريعة الإسلامية ومن ورائها قانون الأسرة الجزائري حق الزوجة من طلب الطلاق وذلك بواسطة التطليق والخلع حسب مادتين 53.54 ق.أ.ج.

---

(1) سورة الروم : الآية 21

(2) سنن ابن داود،سليمان الأشعف، أبو داود،دار المودة ،مصر ،ط01، 2013،ص2/631.

وما يهم موضوع بحثنا التطليق الذي يعتبر من حق الزوجة طلب الانفصال من زوجها ويكون ذلك عن طريق القضاء حيث أعطى القانون حق للزوجة في طلب التطليق من زوجها جراء ضرر لحق بها. بحيث قد تتضرر الزوجة من سلوك الزوج لها ومما لا تستطيع معاشرته فيصبح اللجوء إلى القاضي العلاج الأخف لرفع الضرر عن الزوجة،فلجوء الزوجة إلى القاضي لرفع الحرج عنها يعتبر تطليقا إذا قام القاضي بالتفريق بين الزوجين بسبب من أسباب التي حصرها المشرع في م 53 قانون الأسرة التي تستند إليها الزوجة برفع الضرر عنها ويكون بسبب عدم الإنفاق الزوج على زوجته أو لعيب فيه أو لغيبته أو هجره أو كل ضرر لا يمكن معه مواصلة العشرة الزوجية،لأن السبب حصل من الزوج والقاضي قام مقامه في دفع ضرر عن الزوجة الذي يسمى بالتطليق وفي بعض الدول ما يطلق عليه بالتفريق القضائي .

وهو موضوع بحثنا هذا إن شاء الله الذي سنتناول فيه :

المستحدث في أحكام التطليق في التشريع الجزائري

1)إشكالية البحث : وقد سعيت من خلال بحثي هذا إلى عرض جملة من التساؤلات التي تثور حول مقتضيات الموضوع محل الدراسة فكان إن اشتملت إشكالية البحث على إشكالية أساسية وأُخر فرعية.

الإشكالية الأساسية: وتتمثل في التساؤل الآتي:

كيف عالج المشرع الجزائري أحكام التطليق؟

الإشكاليات الفرعية:

-ماهي جملة الأسباب التي بنى عليها المشرع الجزائري حق الزوجة في طلب التطليق؟.

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

-مامدى نجاعة مسلك المشرع الجزائري،فيما ذهب إليه فيما يخص أحكام التطليق؟.

2) أسباب اختيار الموضوع :

الأسباب الذاتية :

1) اهتمامي الكبير بالمواضيع المرتبطة بقانون الأسرة للوقوف في وجه من يحاول أن يشوه صورة الإسلام بحجج واهية لا أساس لها من الصحة.

الأسباب الموضوعية :

1) ظهور اتفاقيات دولية تسمح بالمساواة بين الرجل والمرأة في جميع مجالات الحياة سواء كانت اجتماعية أو ثقافية أو قانونية أو سياسية.

2) تحول الروابط الزوجية المبنية أساسا على المودة والرحمة وحسن المعاشرة إلى مبادئ مادية بحتة تغذيها الرغبات والنزوات والعُقد النفسية والمصالح الخاصة ضربا بقداسة الحياة الزوجية.

3)أهمية الموضوع:

يعتبر التطليق أو التفريق القضائي إجراء قضائي هام لما يترتب عليه من آثار لا يملك فيها الزوج إرادة كما هو الحال بالنسبة للطلاق،كما له أهمية كبرى في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري بتبيان أسبابه والأثر القانوني في ذلك،وهو ما جعلني أتطرق إليه في بحث عن الأسباب التي تسمح للزوجة في طلب التطليق من القاضي وكيفية إثباتها من طرف الزوجة لكي تقدمها للقاضي حتى يتسنى له أن يفرق بينها وبين زوجها جراء الضرر لاحق بها من جهته .

4)صعوبات البحث:

-قلة الدراسات السابقة النظرية والميدانية لموضوع المستحدث في التطليق .

-قلة الوقت اللازم لإعداد مذكرة شاملة لموضوع البحث .

5)منهج الدراسة : سأعتمد في هذا البحث على المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن.

1) **المنهج الوصفي:** وهو إعطاء صورة لتطليق الذي يكون من طرف الزوجة لرفع الضرر اللاحق بها،وتبيان كل سبب من أسباب التطليق على حدى ، ووصف بعض الظواهر التي تحيل الزوجة لرفع الضرر عنها ولجوئها إلى القاضي.

2) **المنهج التحليلي:** أتعرض بتحليل لما اختارته القوانين والتشريعات العربية والفقهاء الإسلاميين بالإضافة إلى تحليل كل سبب من أسباب التطليق وتبيان موقف الفقهاء من جهة ومن جهة أخرى موقف المشرع الجزائري مع بعض التشريعات لبعض الدول العربية كمصر وسوريا وتحليل بعض القرارات القضائية للمحكمة العليا .

3) **المنهج المقارن:** بيان الخلاف والاتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في أسباب التطليق وتحديد طبيعة التطليق في الفقه الإسلامي والقانون بالإضافة لاعتماد بعض القوانين العربية في بعض من مسائل تتعلق بموضوع الدراسة.

6) خطة البحث : وقد اعتمدت في دراسة هذا الموضوع الخطة التالية:

- **مقدمة :** ضمنتها العناصر المبينة آنفا .
- **الفصـــــــل الأول :** التطليق و أحكامه.

المبحث الأول : مفهوم التطليق.

المطلب الأول : تعريف وشروط التطليق

المطلب الثاني : دليل مشروعية التطليق من الكتاب و السنة و الإجماع.

المطلب الثالث : طبيعة التطليق في الفقه الإسلامي و القانون.

المبحث الثاني : تمييز التطليق عما يشابهه.

المطلب الأول : تمييز التطليق عن الطلاق.

المطلب الثاني : تمييز التطليق عن الخلع.

المبحث الثالث : أسباب التطليق

المطلب الأول : أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري 11/84.

المطلب الثاني : خلفيات التعديل أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري رقم 05/09.

- **الفصـــل الثاني:** المستجد في التطليق في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري 05/09

المطلب الأول: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

المطلب الثاني: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

المبحث الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى التطليق.

المطلب الأول: إجراءات رفع الدعوى التطليق.

المطلب الثاني: الأحكام الصادرة بحل الرابطة التطليق و طرق الطعن فيها.

المبحث الثالث: توابع التطليق.

المطلب الأول: ما يثبت للزوجة.

المطلب الثاني: ما يثبت للأولاد.

- **الخاتمة:** و تتضمن مجموع النتائج المتوصل إليها و بعض المقترحات.

قائمة المختصرات:

ق.أج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إد : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.م.ج : قانون المدني الجزائري.

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري.

ج : جزء.

غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية .

م.ق: المجلة الفضائية .

ط : طبعة .

ص : صفحة .

الـفـصل الأول
الـتـطـلـيـق و أحـكـامـه

الفصل الأول: التطليق وأحكامه.

لقد جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق بيد الرجل وذلك لأن الرجل يحافظ على سلامة العشرة الزوجية وتقديرا لمخاطر إنهاء الرابطة الزوجية بينه وبين زوجته لأنه الذي يدفع المهر وينفق على زوجته وأولاده والبيت ، فهو يكون عادة أكثر تحملا للعواقب الأمور والإبعاد عن الطيش في تصرف يلحق به ضررا كبيرا ، فهو يتحمل عواقب ومشاكل الحياة الزوجية بكل ما فيها فهو لا يسارع على الطلاق بخلاف المرأة فهي تتأثر بالعاطفة أكثر من الرجل فهي سريعة الغضب والانفعال فربما توقع الطلاق لأسباب بسيطة وتافهة ، لذا جعل الله تعالى الطلاق بيد الرجل، فالشرع لم يهدر حق المرأة في الطلاق إذا لحق بها ضرر من زوجها سواء ماديا أو معنويا فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام كامتناع الزوج عن الإنفاق أو هجرها في المضجع،فللزوجة الحق في طلب التطليق إذا تضررت من طرف زوجها جراء ضرر لاحق بها، وهو ما يعرف بالتفريق القضائي عند الفقهاء حيث تتقدم الزوجة بطلب التطليق إلى القضاء وتثبت الضرر اللاحق بها بكل الطرق القانونية وعلى القضاء التحقق من وقوع الضرر بالزوجة وإيقاع الطلاق بعد ذلك ، ولقد حدد المشرع في م53 ق.أ.ج أسباب التطليق على سبيل الحصر الذي جعلت للمرأة الحق في طلب التطليق من طرف القضاء الذي يثبت التفريق بين الزوج وزوجته وقبل الحديث عن أسباب التطليق التي خولت للمرأة طلب التطليق لابد من بيان في هذا الفصل

وقسمت الفصل إلى 3 مباحث :

المبحث الأول: مفهوم التطليق.

المطلب الأول: تعريف وشروط التطليق.

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق من الكتاب والسنة والإجماع.

المطلب الثالث: طبيعة التطليق في الفقه الإسلامي والقانون.

المبحث الثاني: تمييز التطليق عما يشابهه.

المطلب الأول: تمييز التطليق عن الطلاق.

المطلب الثاني: تمييز التطليق عن الخلع.

المبحث الثالث: أسباب التطليق.

المطلب الأول:أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري 84 / 11.

المطلب الثاني: خلفيات التعديل أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري رقم05/09.

المبحث الأول: مفهوم التطليق.

لقد أجازت م53 ق.أ.ج للزوجة طلب التطليق بتوافر جملة من الأسباب ولقد صاغها المشرع الجزائري انطلاقا من ما هو مقرر شرعا، وأن الشريعة الإسلامية راعت جانب الزوجة لرفع الحرج والضرر عنها حيث لا تمتلك مالا تفتدي به نفسها ففتحت لها باب للخلاص وأوجبت للقاضي بالاستجابة متى وجد السبب يقتضي حالة الفرقة بين الزوجين وإنما يثبت لهم ذلك الحق في التفريق إذا كان فيه المحافظة على حق أمرت الشريعة الإسلامية بالمحافظة عليه .

المطلب الأول: تعريف وشروط التطليق.

فرع 01: تعريف التطليق.

أ/ لغة التطليق: مأخوذ من فعل طلّق ، يُطلق ، طلاقا ، تطليق ومأخوذ من الإطلاق وهو الترك ويقال: طلّق رجل طلق الوجه وطليق الوجه ، وقد يطلق من باب ظرف ورجل طلق اليدين أي سمح وامرأة طلق اليدين أيضا ، وطلق امرأته تطليق وطلقت هي تطلق بالضم ، طلاقا فهي طالق و طالقة أيضا (1).

ب/ اصطلاحا : التطليق هو تفريق يوقعه القاضي بين الزوجين بطلب من الزوجة إذا ما تحقق سبب من الأسباب المذكورة في نص م53 ق.أ.ج وهو أيضا منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة واستنادا للقانون.(2)

والتطليق هو الذي يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج طالما أنها متضررة في الحياة الزوجية والقاضي يفرق بينها وبين زوجها طبقا لقواعد العدالة والإنصاف. (3)

---

1. الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر،مختار الصحاح ، باب الطاء ، دار الحديث ، مصر،2003/1424 ،ص 221.
2. ولد خسال سليمان،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة ،الجزائر،ط01، 2010 ، ص126.
3. بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، ط1994،01،ج01:الزواج والطلاق، ص273.

وقد صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ : 1984/12/03 جاء فيه :

من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره ، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية "(1) .

ولقد نص القانون السوري على التفريق القضائي في المواد 105 إلى 111 وفي المواد 192 وما بعدها من القانون اللبناني.

فرع 02: شروط التطليق.

إن التطليق يتطلب شروط حتى يعتد به وهي :

1) أن يكون التطليق بطلب من الزوجة باعتبار أن الضرر لحق بها : وهو أن يكون لحق بالزوجة ضرر جراء فعل زوجها كعدم الإنفاق أو هجرها في مضجع وغيرها من الأضرار.

2) أنه لابد أن يتم في المحكمة أمام القاضي لأن القاضي هو الذي يفرق بين الزوج وزوجته: وهذا حسب الإجراءات التي تتم في جانب القضائي من رفع الدعوى وكيفية السير فيها وعلى القاضي عندما تثبت الزوجة الضرر الذي لحق بها من جراء الضرر اللاحق بها من طرف زوجها فإن القاضي يفصل بينهما .

3) أنه لا يستعمل إلا تعذر الإنفاق بين الزوجين وتوفرت الأسباب المنصوص عليها في م 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 09 /05 : على الزوجة استعمال ما توفر في نص المادة 53 المعدلة بموجب الأمر 05/09 من الأسباب المنصوص عليها لكي تثبت الضرر للقاضي (2).

---

1. المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية ، الجزائر ، العدد 04 ، سنة 1989 ، قرار رقم 35026 ،ص 86.
2. ولد خسال سليمان، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص127.

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق.

شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي يشرع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف والنزاعات بين الزوجين يلجأ إليه عند الحاجة ومع ذلك فإن الشراع الحكيم أبغضه وأخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته ، فيعتبر كلا من الكتاب والسنة والإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل وهذا ما نتناوله في موضوع التطليق.

فرع 01 : القرآن الكريم والسنة النبوية.

(1) **القران الكريم :**

قال الله تعالى :" وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللّهِ هُزُواً وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللّهَ وَاعْلَمُوا أَنّ اللّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيم" (1) هذا أمر من الله عز وجل للرجال إذا طلق أحدكم المرأة طلاقا له عليها فيه رجعة أن يحسن في أمرها إذا انقضت عدتها ولم يبق منها إلا مقدار وما يمكنه فيه رجعتها فإما أن يمسكها إلى عصمة نكاحه وهو أن يشهد على رجعتها أو يسرحها أي يخرجها من منزله وبالتالي هي أحسن من غير شقاق ولا مخاصمة ولا تقابح وقول الله تعالى : " وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا " وقال ابن عباس ومجاهد ومسروق والحسن وقتادة والضحاك والربيع ومقاتل بن حيان وغير واحد كان يطلق امرأته فإذا قاربت انقضاء العدة طلق لتطول عليها العدة فنهاهم الله عن ذلك وتوعدهم عليه فقال : " وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ " أي بمخالفته أمر الله تعالى وقوله تعالى : " وَلا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللّهِ هُزُواً "، قال ابن جرير عن هذه الآية : أخبرنا إسحاق بن منصور عن عبد السلام بن حرب عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبي العلاء الأودي عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي موسى أن الرسول الله غضب على الأشعريين ، فقال يقول أحدكم قد طلقت قد راجعت ليس هذا طلاق المسلمين طلقوا المرأة في قبل عدتها ، وقال الحسن وقتادة وعطاء الخراساني والربيع ومقاتل بن حيان هو الرجل يطلق ويقول : كنت لاعبا أو يعتق أو ينكح و يقول كنت لاعبا ، فأنزل الله تعالى : " وَلا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللّهِ هُزُواً " فألزم الله بذلك ، وقال أيضا ابن مرد ودية حدثنا إبراهيم بن محمد حدثنا أبو أحمد الصبر في حدثني جعفر بن محمد السمسار عن إسماعيل بن يحيى عن سفيان عن ليث عن مجاهد عن أبي عباس قال " طلق رجل امرأته وهو يلعب لا يريد الطلاق فألزمه الرسول الله الطلاق" (2)

---

1. سورة البقرة : الآية 231 .
2. ابن كثير القريشي الدمشقي، تفسير القرآن الكريم ،دار طيبة للنشر والتوزيع،السعودية،ط02، 1999 ،ج 01 ، ص 641.

وقوله تعالى : " **يَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**" (1)

يقول الله تعالى مخاطبا لنبيه صلى الله عليه وسلم وللمؤمنين:

" **يَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ** " أي أردتم طلاقهن (ف) التمسوا لطلاقهن الأمر المشروع ، ولا تبادروا بالطلاق من حيث يوجد سببه ، من غير مراعاة لأمر الله تعالى ، بل " **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** " أي لأجل عدتهن ، بأن يطلقها زوجها وهي طاهر، وفي طهر لم يجامعها فيه فهذا الطلاق هو الذي تكون العدة فيه واضحة ببينة بخلاف لو طلقها وهي حائض ، فإنها لا تحسب تلك الطلقة ، والتي وقع فيها الطلاق وتطول عليها العدة سبب ذلك وكذلك لو طلقها في طهر وطئ فيه فإنه لا يؤمن حملها فلا يتبين و" لا " يتضح بأي عدة تعتد وأمر الله تعالى بإحصاء العدة ، أي : ضبطها بالحيض إذا كانت تحيض ، أو بالأشهر إن لم تكن تحيض وليست حاملا ، فإن في إحصائها أداء لحق الله وحق الزوج المطلق وحق من سيتزوجها بعد وحقها في النفقة ونحوها ، فإذا ضبطت عدتها علمت حالها على بصيرة ، وعلم ما يترتب عليها من الحقوق ومالها منها ، وهذا الأمر بإحصاء العدة يتوجه الزوج وللمرأة إن كانت مكلفة وإلا فلوليها ، و قوله : " **وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ**" ، أي في جميع أموركم وخافوه في حق الزوجات المطلقات ف " **لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ** " مدة العدة بل يلزمن بيوتهن الذي طلقها زوجها وهي فيها . " **وَلا يَخْرُجْنَ** " أي لا يجوز لهن الخروج منها أما النهي عن إخراجها فلأن المسكن يجب على الزوج للزوجة لتكمل فيه عدتها التي هي حق من حقوقه ، وأما النهي عن خروجها فلها في خروجها من إضاعة حق الزوج وعدم صونه ، و يستمر هذا النهي عن الخروج من البيوت ، والإخراج إلى حمام العدة ، " **إِلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** " أي بأمر قبيح بالأقوال والأفعال الفاحشة ففي هذه الحال يجوز لهم إخراجها لأنها هي التي تسببت لإخراج نفسها والإسكان فيه جبر لخاطرها ورفق بها فهي التي أدخلت الضرر على نفسها وهذا في المعتدة الرجعية ، وأما البائن فليس لها سكنى واجبة لأن السكن تبع النفقة ، والنفقة تجب للرجعية دون البائن ، " **وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ** " أي تلك حددها لعباده وشرعها لهم وأمرهم بلزومها والوقوف معها ، " **وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ** " بأن يقف معها بل تجاوزها أو قصر عنها " **فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ** " أي بخسها حظها .

---

1. سورة الطلاق : الآية 1 .

وأضاع نصيبه من إتباع حدود الله التي هي الصلاح في الدنيا والآخرة ، " لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرً " أي شرع الله العدة ، وحدد الطلاق بها بحكم عظيمة فمنها أنه لعل الله يحدث في قلب المطلق الرحمة والمودة فيراجع من طلقها ، ويستأنف عشرتها فيتمكن من ذلك مدة العدة أو لعله يطلقها لسبب منها فيزول ذلك السبب في مدة العدة فيراجعها لانتفاء سبب الطلاق (1).

وقول الله تعالى : " وإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا " (2).

هذه الآية هي تفسير بالفراق وقد أخبرنا الله تعالى أنهما إذا تفرقا فإن الله فإن الله يغنيه عنها و يغنيها عنه بأن يعوضه بها من خير له منها ويعوضها عنه عن هو خير لها منه وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا " أي واسع الفضل عظيم ، عن حكيم في جميع أفعاله وأقداره وشرعه (3) .

وقال الله تعالى : " لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّساءَ ما لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " (4) .

فهذه الآية أباح الله تعالى طلاق المرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها وقال ابن عباس و طاوس وإبراهيم والحسن البصري المس النكاح بل ويجوز أن يطلقها قبل الدخول بها والفرض لها وإن كانت مفوضة وإن كان في هذا انكسار لقبلها ولهذا أمر الله تعالى بإمتاعها وهو تعويضها عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها بحسب حاله " عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ " وقال سفيان الثوري عن إسماعيل بن أمية عن عكرمة عن ابن عباس قال متعة الطلاق أعلاه الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة وذهب أبو حنيفة إلى أنه متى تنازع الزوجان في مقدار المتعة وجب لها عليه نصف المهر مثلما وقال الإمام الشافعي من جديد لا يجبر الزوج على قدر معلوم إلا على أقل ما يقع عليه اسم المتعة وجب ذلك إلي أن يكون أقله من تجبر فيه الصلاة وقال في القديم لا أعرف في المتعة قدرا إلا أن أستحسن 30 درهما لما روى عن أبي عمر رضي الله عنهما (5).

---

1. ناصر السعدي عبد الرحمن، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان،البلد، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، لبنان،ط 01، 2002/1423، ص 831.
2. سورة النساء: الآية 130.
3. القريشي الدمشقي عمر بن كثير، تفسير القران الكريم ،مرجع سابق ، ج 1 ، ص431.
4. سورة البقرة : الآية 236.
5. القريشي الدمشقي عمر بن كثير، تفسير القران الكريم ، مرجع نفسه ،ج01، ص 641.

(2) السنة النبوية :

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" ثلاث جدهن جد وهزلهن جدّ النكاح والطلاق والرجعة "(1).

وروى محارب بن دثار عن عمر أن النبي صلي الله عليه وسلم قال:" أبغض الحلال عند الله الطلاق"(2).

ومن هذه الأحاديث نشير إلى أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه .

فرع 2 : الإجماع .

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة وهي محضورة أصلا ولا تباح إلا لحاجة أو لضرورة وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام وتكفل التوازن بين حقوق كل من الزوجين واجباتهما وذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا تنعم إلا لأسباب ملحة (3) .

---

1. الألباني أبوعبد الرحمن محمد ناصرالدين، صحيح الجام ع الصحيح و زيادته،المكتب الإسلامي،لبنان ط1408،1988/03،المجلد01، ص148.
2. سنن ابن داود،سليمان ابن الأشعف،أبو داود،مرجع سابق،ص 2/631.
3. إمام محمد كمال،الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية،دار المطبوعات الجامعة،مصر،1997، ص .30

المطلب الثالث: طبيعة التطليق في الفقه والقانون.

بعد التطرق لمفهوم التطليق وشروطه ودليل مشروعيته من ناحية الكتاب والسنة والإجماع فيمكن إعطاء نظرة عن طبيعة التطليق في كلا من الفقه والقانون.

فرع 01 : طبيعة التطليق لدى الفقهاء.

يرى الفقهاء الحنفية أن كل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تكون من جانب المرأة فهي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء ، أما الفرقة التي تكون من قبل الزوجة لا يمكن أن تكون من جانب الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته ، أما بالنسبة للشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن الفرق التي تقع من الزوج أو من قبل الزوجة أو من طرف القاضي تعد طلاقا أما ماعدا ذلك فتعتبر فسخا، بينما ذهب المالكية إلى أن الفرقة بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الذي أدى إلى الفرقة فإن كانت فرقة من زواج صحيح سواء من الزوج أو من طرف الزوجة يعد طلاقا وأما إن كانت غير راجعة لأحدهما فيعتبر فسخا .

وما يمكن استخلاصه أن كل المذاهب اتفقت على أن الفرقة تنقسم إلى طلاق وفسخ ولكن اختلفت فيما يدخل في الطلاق و فيما يدخل في الفسخ لأنها لم تعتد على معيار دقيق و منضبط.

بحيث يرى المالكية بأن الفرقة الناتجة عن الإعسار عن النفقة طلاق رجعي ولا يمكن للزوج إعادة زوجته إلى عصمته إلا إذا ملك ما ينفقه عليها وإلا فلا تصح الرجعة وقال ابن جزي : الطلاق بإعسار بالنفقة رجعي(1).

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

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

---

1. عزيرية يوسف ، التطليق الخلع على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد المحكمة العليا ، المعهد الوطني للقضاء وزارة العدل، الجزائر،2004/2003 ، ص10 .

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

أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى اعتبار الفرقة للعيب فسخ لكونه يقع من طرف القاضي ولو تلفظ بالطلاق ظاهرا لأنه ما فعل ذلك إلا بأمر من القاضي وهو ما يخضع للاجتهاد فكان فسخا لا طلاقا (1)

فرع 02 : _طبيعة التطليق في القانون .

تعتبر طبيعة التطليق رخصة استثنائية منحها المشرع للقاضي وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء لأن المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج قد يقتضي بناء على واقعة تتمسك بها الزوجة أمام القضاء وإثبات هذه الواقعة ينشأ للزوجة حق إرادي في إنهاء هذا المركز أي بمعنى أن هذه الفرقة تدخل تحت نظام الفسخ .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا نجده يبين فيما إذا كان التطليق هو عبارة عن فسخ أم طلاق وإنما نص على حالات أو أسباب التطليق على سبيل الحصر في م 53 ق.أ وترك تقديرها للقاضي بحيث إذا رأى بأنه فعلا تتوفر حالة من هذه الحالات فما عليه إلا الحكم بالتطليق ، لأن القاضي في هذه الحالة يكون له دور ايجابي فهو الذي يقوم بالتقدير ما إذا أخل الزوج بالتزاماته ويفصل هذا التقرير ينشأ حق إرادي للزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية والحكم الذي يصدر بتطليق الزوجة هو حكم منشئ ، ومن هنا نستخلص أن الفرقة التي يكون مصدرها المباشر هو الحكم القضائي فهي تندرج تحت نظام الفسخ كالحكم بالتطليق (2).

---

1. بلباقي عبد المؤمن ،التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي،دار الهدى، الجزائر،2000، ص 96 ،97 .
2. تقية عبد الفتاح ، مباحث في قانون الأسرة ومن خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ط 03، 2000/1999 ، ص 242.

المبحث الثاني : تمييز التطليق عما يشابهه .

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

المطلب الأول: تمييز التطليق عن الطلاق.

اعترفت غالب الشرائع السماوية كانت أو أرضية بشرعية الطلاق على خلاف بينها في إطلاق الإرادة في إيقاعه أو تقييدها ، وقد نظر الإسلام إلى الطلاق بنظرة واقعية فكرهه بما فيه من إنهاء العلاقة الزوجية وهدم الكيان المادي للأسرة وهو ما يفهم من الحديث الشهير لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:" **أبغض الحلال عند الله الطلاق** "(1) ولكن لم يحرمه وهذا الاحتمال كونه دفعا لضرر مستديم غالب وإنهاء لعلاقة انهارت فيها كل الأسباب والعوامل المعنوية وهو ما يفهم من الآية الكريمة:" **وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا**" (2).

فينقسم الطلاق إلى طلاق بإرادة المنفردة للزوج وطلاق بالتراضي باعتبارهما طريقتان لفك الرابطة الزوجية كما أن التطليق هو أيضا فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرها لها الشرع والقانون ولقد نص المشرع الجزائري في م 48 ق.أ.ج:"مع مراعاة أحكام م 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53، 54 من هذا القانون"، وعليه فإن الطلاق والتطليق يحدد كلا منهما أساسه من الشريعة الإسلامية بكل مصادرها فكلاهما يعد طلقة بائنة تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، ولا يثبتان إلا بحكم قضائي ابتدائي يفصل القاضي فيه . فيحددان الآثار المنجزة عن إنهاء الرابطة الزوجية واسطتهما ويختلفان من حيث:

1/ **من حيث الماهية :** بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يعرف كلا من التطليق و الطلاق بنوعيه في المادتين 48.53 ق.أ.ج كما أنه لم يحدد ألفاظ التطليق بينما حدد ألفاظ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و بالتراضي الذي يمكن أن يحدد ألفاظ الطلاق إما أن تكون صراحة أو كناية، فألفاظ الطلاق صراحة مثل كأن يقول الزوج لزوجيته أنت طالق ، ويكون كناية فالنية وحدها بدون تلفظ بالطلاق كأن يقول الزوج لزوجته اذهبي إلى بيت أهلك.(3)

---

1. سنن ابن داود،سليمان ابن الأشعف، أبو داود، مرجع سابق، 2/631.
2. سورة النساء: الآية 130.
3. الجزائري أبو بكر جابر،منهاج المسلم كتاب عقائد وأداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، دار الكتب الحديثة،مصر،ط1422،2002/02 ،ص 421.

وقد يكون الطلاق بإرادة الزوج وحده وهذا قد يجد الزوج في سلوك زوجته مالا يستطيع البقاء معها على معاشرتها وهو السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها،وعليه فإن الشريعة الإسلامية أباحت الطلاق للزوج فإنها جعلته في أضيق نطاق وبناء مبررات مشروعة وإلا اعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق(1).

أما عن الطلاق بالتراضي حسب م 48 ق.أ.ج يجوز للزوجين سواء بناء على طلب أحدهما و موافقة الآخر أو بناء على طلب مشترك تتضمنه عريضة مشتركة أن يلجأ إلى المحكمة بقصد الطلاق ووضع حل للرابطة الزوجية وأنهما يرغبان في الفراق بإحسان مثلما تلاقيا قبل ذلك بإحسان (2) .

أما عن التطليق هو الذي يقع بحكم من القاضي لتمكين الزوجة من إنهاء الزوجية إلا إذا تأسس عندها ضرر والمنصوص عليه في م10/53 والتي حددت المادة أسباب التطليق التي بواسطتها تطلب من القاضي التفريق بينها وزوجها إذا تضررت منه(3).

2/ من حيث الأساس: لقد شرع الله تعالى الزواج لكي تبنى أسرة أساسها المودة والرحمة من أجل الحفاظ على الأسرة وإنجاب الأولاد والمحافظة على الأنساب ولكن إذا اشتد الخصام والشقاق بين الزوجين شرع الله الطلاق الذي يعتبر حل للمشاكل التي تنتج عن الزوجين وقد تنحل الرابطة الزوجية إما بالوفاء والتي لا دخل للزوجين فيها وهناك حالة أخرى تنحل بإرادة الطرفين، وعليه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد الكتاب و السنة النبوية دليل مشروعية لأي موضوع .

أ. **من القرآن الكريم :** قال الله تعالى: " **وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا** "(4)
وقوله عز وجل: " **لا جُناحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّساءَ ما لَمْ تَمَسُّوهُنَّ** "(5)

ب. **و من السنة النبوية :** نجد أحاديث كثيرة منها : ما رواه مالك عن نافع أن عبد الله عمر طلق امرأته وهي حائض في عهد الرسول صلى الله عليه وسلام : فسأل عمر رسول الله عن ذلك فقال الرسول: أمره فليراجعها ،فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلّق قبل أن يمس فتلك العدّة التي أمر الله أن تطلق لها النساء.(6)

---

1. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،2007، ص 175،176.
2. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجيد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دارهومة،الجزائر،ط 02،2009، ص 124 .
3. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،ط01،2007، ص227
4. سورة النساء : الآية 130.
5. سورة البقرة : الآية 229.
6. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع نفسه،ص 173.

ج. **أما من الناحية القانونية :** فلقد نص المشرع في م48 ق.أ.ج :"مع مراعاة أحكام م 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53.54 من هذا القانون ".

و يمكن أن تكون هناك شروط للمطلق والمطلقة في الطلاق :

1) شروط الواجب توفرها في المطلق:

أ - أن يكون الزوج شخصيا أو رسولا عنه.

ب - أن يكون الزوج بالغا عاقلا.

ج - أن يكون قاصدا للطلاق ومختارا غير مكره.

2) شروط الواجب توفرها في المطلقة :

أ - أن تكون محلا للطلاق وتتحقق المحلية بأن تكون زوجة حقيقة أو حكما.

لا يقع الطلاق على المرأة في حالات :

أ - المرأة المتزوجة في عقد زواج فاسد .

ب - المطلقة قبل الدخول.

ج - المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى.

د - ألا تكون حائض ولا في طهر مسّها فيها الزوج. (1)

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

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

3/ **من حيث الآثار:** يترتب على الطلاق بكل أنواعه على جملة من الآثار الخاصة بالزوجين والأولاد من النفقة والعدة والنسب والحضانة والتعويض وسكن المحضون، فهما لا يميز ولا يغير الآثار وتبقى نفس الآثار بالنسبة للزوجة وللأولاد.

---

1. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ج01 ، ص260.
2. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق،ص 176.

المطلب الثاني: تمييز التطليق عن الخلع.

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

1) **من حيث الماهية:** بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف كلا من التطليق والخلع في مادتين 53.54 ق.أ.ج كما أنه لم يحدد الصيغة أو ألفاظ التطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة ، والخلع يعتبر وسيلة الزوجة لفك رابطتها الزوجية بينها وبين زوجها لكنه لا يكون لسبب أي إضرار من الزوج لها وإنما لمجرد بغضها له والتي تكون بدون موافقة الزوج حسب نص م54 ق.أ.ج (1) ، فلا يمكن للزوجة ممارسة حقها في التطليق إلا تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانونا أو ضرر معتبر شرعا وهذا ما جاء في نص م 06/53 ق.أ.ج قبل التعديل والتي أصبحت في الفقرة10خلافا للخلع الذي لا يكون سبب أي إضرار من الزوجة لزوجها لمجرد بغضها له.(2)

2) **من حيث الأساس:** لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي من أجله النكاح ليكون وسيلة لفض النزاعات والخلافات بين الزوجين، وهذا من ناحية القرآن الكريم والسنة النبوية لأساس أي فعل وهذا ما نعالجه في التطليق.

❖ ***القرآن الكريم :*** قال الله تعالى : " **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللّهِ هُزُواً وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللّهَ وَاعْلَمُوا أَنّ اللّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ** "(3).

---

1. سميرة معاشي،أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة قانون الأسرة الجزائري،مجلة المنتدى القانوني جامعة محمد خيضر بسكرة ،العدد06 ، ص 202.
2. عبد القادر بن داود، إشكالات قانون الأسرة الجديد الصادر بالأمر الرئاسي02/05،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة وهران،الجزائر، ص91..
3. سورة البقرة : الآية 231

وقال الله أيضا: "وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا"(1).

❖ **السنة النبوية:** روى محارب بن دثار عن عمر أن الرسول صلي الله عليه و سلم قال: "أبغض الحلال عند الله الطلاق".(2).

❖ **الناحية القانونية :** لقد نص المشرع الجزائري في م53 ق أ.ج على جواز التطليق من طرف الزوجة و لكن للأسباب التالية :

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

بينما عن الخلع قد جاءت آيات قرآنية كثيرة منها قول الله تعالى :

" **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**"(3) .

---

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

السنة النبوية : ما رواه البخاري وعن ابن عباس قال : جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : فقالت يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله : أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم فقال الرسول صلى الله عليه و سلم : " أقبل الحديقة و طلقها تطليقة "(1) وهذا أول خلع في الإسلام .

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

- ☒ قيام علاقة زوجية صحيحة
- ☒ البدل مقابل المالي
- ☒ الصيغة (2) .

3) **من حيث الآثار:** من المعلوم أن الطلاق بصفة عامة يترتب عليه جملة من الآثار الخاصة بالزوجين من نفقة وعدة وماهو خاص بالأولاد من نسب وحضانة وسكن(3) وما يميز التطليق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزاماته اتجاهها حسب نص م53 مكرر ق.أ.ج فهذا الفراق الذي يقوم به القاضي فيه تمليك الزوجة عصمتها كرها على زوجها ومن ثم يكون تفريضا لها بدلا من تطليقها على المال أو مخالعة نفسها على فداء تقدمه لزوجها (4) بخلاف الخلع فإنه يسقط ما نشأ قبله من الحقوق الزوجية مثل النفقة الزوجية والصداق المؤجل اللاحق، النفقة المتعلقة بالعدة لأنه حق ينشأ بعد الطلاق ولا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع لاعتباره عقد معاوضة(5) .

---

1. البخاري عبد الله محمد بن إسماعيل،صحيح البخاري، المكتبة الثقافية،لبنان،د.ط ، د.ت ، 4972.
2. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ج01 ، ص 250 .
3. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع سابق ،ص221
4. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات،مصر،2009،ص125.
5. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع نفسه ،ج01 ، ص 256.

المبحث الثالث: أسباب التطليق.

إذا كان القانون قد منح للزوج حق إنهاء العلاقة الزوجية بناء على إرادته المنفردة ولا يحتاج إلى قبول الزوجة فإنه لم يهمل جانب الزوجة بحيث أجاز لها اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق إذا توفرت لها حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ.ج وهي على سبيل الحصر كما سيأتي شرحها فيما بعد، وهذه الأسباب قد تقيد من سلطة القاضي كما قد تجعل سلطته واسعة.

المطلب الأول : أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري 11/84.

ويمكن تقسيم أسباب التطليق في ق.أ.ج11/84 على قسمين وذلك على أساس المعيار لسلطة التقديرية للقاضي.

فرع01 : الأسباب المقيدة لسلطة القاضي .

فمن بين الأسباب المنصوص عليها في م 53 ق.أ.ج فهناك أسباب إذا توافرت فيها الشروط اللازمة لقيامها فيكون القاضي ملزما بالحكم بالتطليق مباشرة ،أي بمعنى تكون سلطته مقيدة وهذه الأسباب تكمن في التطليق لعدم الإنفاق والعيوب والحكم بعقوبة مقيدة للقاضي والغياب بعد سنة.(1)

1/ **التطليق لعدم الإنفاق :** تعد النفقة أثر من آثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح و التي تكون على عاتق الزوج عند إبرام عقد الزواج، ويعتبر الفقهاء النفقة الموجبة على الزواج من أهم الواجبات التي يلتزم بها الزوج بمقتضى عقد الزواج والشرط الأساسي لوجوب النفقة على الزوجة هو قيام رابطة زوجية صحيحة ،ولا تجب النفقة للزوجة إذا كان زواجها بعقد فاسد أو كانت غير صالحة لتحقيق أغراض الزوجية ، وإنما أوجبت النفقة للزوجة إذا كانت محبوسة لحق الزوج ومصلحته ولرعاية الأولاد وشؤون البيت وأن عقد الزواج الصحيح شرط لوجود الاحتباس وهو السبب في وجوب نفقة الزوج على زوجته متى توافرت الشروط التي تتضمنها م74 ق.أ.ج التي تنص على:" تجب النفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78.79.80 من هذا القانون ".(2)

---

1. عزيرية يوسف،التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة و الاجتهاد المحكمة العليا، مرجع سابق، ص11 .
2. قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء،كلية الحقوق،جامعة الجزائر 1، الجزائر ،2009/2008،ص 14، أطروحة دكتوراه .

أ/ موقف الفقهاء من التطليق لعدم الإنفاق: لقد ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد بن حنبل إلى جواز التفريق لعدم الإنفاق في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الإنفاق وإن إمساكه بها مع الامتناع وهو ضرر بالغ فيها لقول الله تعالى :وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا"(1) فمن رأيهم أنه ليس من الإمساك بمعروف إجبار الزوجة على العيش مع رجل لم يوفر لها شروط العيش مما يعني تسريحها بإحسان وإجازة التفريق بينهما فإمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها إضرار بها(2).

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار".

بينما يرى الفقه الحنفي عدم التفريق بين الزوجين للإعسار أو عدم الإنفاق فللزوجة لها أن تطلب من القاضي الإذن لها بالاستدانة عليه إذا كان معسرا أو غائبا وجبره على الإنفاق إذا كان ممتنعا عن الإنفاق وتهديده بالحبس أو التعزيز إن لم يفعل واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه:

1) أنه لم يرد دليل صريح من الكتاب الله وسنة رسول الله أو أقوال أصحابه يدل على جواز التفريق لعدم الإنفاق لذلك لم يؤثر عن رسول الله أنه فرق بين الزوجين بهذا السبب.

2) إن الله أمر الأزواج أن ينفق كل واحد منهم ما استطاع في قوله تعالى: "لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ ۖ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا"(3) .

3) إن عدم الإنفاق إذا كان للعسر لا يكون للزوج ظالما فيه وعلى صاحب الدين وهي الزوجة انتظاره إلى حين اليسر لقول الله تعالى:" وَإِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ" (4).

ولقد ذهب ابن القيم الجوزية الحنبلي إلى أنه لاحق للمرأة في التفريق بسبب إعسار الزوج إلا إذا أغرها عند الزواج على أنه غني والحال إنه فقيرا أو كان ذا مال فترك الإنفاق عليها وعجزت عن أخذ كفايتها من ماله بوسيلة من الوسائل الممكنة أما إذا تزوجته وأنها عالمة بإعساره أو ميسرا ، فأعسره إلا حق لها في طلب الفرقة لأنه يتنافى مع تقابل الوفاء والتراهم والتعاون على الحياة(5)

---

1. سورة البقرة: الآية 231.
2. بختي العربي،أحكام الأسرة والفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ط 4، 2013 ص101.
3. سورة الطلاق:الآية 7.
4. سورة البقرة: الآية 280.
5. طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية،دار الخلدونية للنشر و التوزيع،الجزائر،ط01 ، 2009/1430 ،ص 112.111.

ب/ موقف المشرع الجزائري: لقد أخذ المشرع الجزائري برأي الأئمة الثلاثة في التفريق لعدم الإنفاق حسب م1/53 ق.أ.ج وهو ما جاء أيضا في م102 من القانون المغربي وم110 من ق انون السوري وقانون المصري في م4 وم108 من القانون الموريتاني(1).

وتنص م01/53 على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الحكم لها بتطليقها من زوجها استنادا إلى إرادتها المنفردة في حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78.79.80 من هذا القانون ، وهذه المواد المتعلقة بمشمولات النفقة وتقديرها وتاريخ استحقاقها(2).

فلكي تطلب الزوجة التطليق تأسيس على عدم الإنفاق لابد لها من توافق شرطين أساسيين وهما:

1) أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي،يعني أن الزوجة إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق لابد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه عليها قانونا وفي حالة امتناع الزوجة عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق.

2) ألا تكون عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج يعني أنه إذا كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التطليق على هذا الأساس لأنه كان معسرا وتعلم به فإنه لم يقع منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا ما آتاها وتبقى مسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبا ت العامة وللقاضي سلطة تقديرية في اعتماد قول أي منهما(3).

ويلاحظ من شأن التطليق لعدم الإنفاق أن إنفاق الزوج على زوجته له شروط أي شروط استحقاقها الإنفاق عليها،وهذه الشروط تختلف عن شروط وجوب النفقة على الزوج من شروط استحقاق النفقة عدم نشوز الزوجة على زوجها ،فإذا ثبتت أن امتناع الزوج عن الإنفاق بسببه نشوز زوجته فقد سقطت النفقة بسبب هذا النشوز وسبب السقوط هنا هو النشوز الذي أثر في استحقاق النفقة فقط دون أن يؤثر في وجوبها على الزوج بدليل أن العدول عن النشوز يعود به لسبب الاستحقاق لأن الوجوب باقي رغم النشوز وذلك لقيام الزوجية(4).

---

1. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق،ص 191.
2. بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق ،ج01، ص276.
3. ديابي باديس ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،ط03، 2008 ، ص32.
4. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق،113.114 .

ومن هنا فإن المقصود من الأحكام الواردة في نص م 01/53ق.أ.ج هو عدم الإنفاق العمدي وانقطاع الزوج نهائيا عن أدائها بكل مشمولاتها حسب نص م 78 الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" وعليه فإن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها لأنه لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها كما أنه لا يكون الزوج ممتنعا عن النفقة إذا كان معسرا ولا يطلق القاضي للعسر لأن العسر بيد الله تعالى: "يبسط الرزق لمن يشاء" فيمهله القاضي مدة مناسبة لقول الله تعالى:"**إن تلك معسرة فنظرة إلى ميسرة**" فالزوج هنا ليس ظالما حتى يطلق عليه القاضي ويرفع ظلمه على زوجته، وقال الإمام مالك رضي الله عنه:إن بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره بعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائز شرعا ويسقط حقها في طلب التطليق(1).

والملاحظ أيضا لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على المدّة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة والتي يمكنها بعدها تقديم طلب التطليق إلى المحكمة غير أنه بمراجعة الأحكام الواردة في نص م331 قانون العقوبات الجزائري يتبين لنا بأنه كل من عمد ولمدة شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء النفقة الشرعية يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى سنة وبغرامة مالية من 500د.ج إلى 5000د.ج ، ويفترض أن عدم الدفع عمدي مالم يثبت العكس وأن الإعسار ناتج عن الاعتياد على السلوك السيئ أو الكسل لا يعتبر عذرا مقبولا ، وقد تقوم الزوجة بتقديم شكوى بتهمة الإهمال العائلي وترك الأسرة وعدم تسديد النفقة وبصدور حكم جزائي بالإعانة فإن ذلك يعتبر مبرر لطلب التطليق(2).

---

1. بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق، ج01 ، ص277 .
2. دلاندة يوسف ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق،دار هومة، الجزائر،ط02 ،2008 ،ص52 .

وكما أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1982/11/23 بأنه إذا كان مؤدى نص م 331 ق.ع.ج الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القضائي بالنفقة وإن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون(1).

ج/نوع الفرقة بسبب العجز عن النفقة: إن الفرقة بسبب العجز عن النفقة عند المالكية طلاق رجعي فيحق للزوج مراجعة زوجته إذا وجد أثناء العدة ما ينفق عليها وإلا لم يكن حق الرجعة لأن التفريق لامتناعه عن الواجب عليها لها فأشبه تفريقه بين المولي في الإيلاء وامرأته إذا امتنع من الفيئة والطلاق.

وذكر الشافعية والحنابلة أن الفرقة لأجل النفقة لا تجوز إلا بحكم الحاكم(2) ويقع هذا التطليق فسخا عند الشافعية والحنابلة أما قانونا فهو طلاق بائن اعتماد على نص م 57 ق.أ.ج (3)، والتطليق لعدم الإنفاق يحتسب من عدد الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج ويمكن أن تضيف إلى أن الزوج إذا رجع زوجته وهو ما يزال فقيرا ورضيت بذلك صحة الرجعة لأن ذلك من حقوقها وهو ما نص عليه فقهاء المالكية(4).

2/التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

العيب هو الوصمة وعاب الشيء:صار ذا عيب و منه قول الله تعالى:"**فأدرت لن أعيبها**" (5).

والمراد بالعيب هو نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين أو كلاهما يحمل الحياة الزوجية غير مثمرة ولا استقرار فيها، ويقصد أيضا بالعيوب هي تلك العلل الجنسية أو الأمراض التي هي من شأنها الحيلولة دون ممارسات العلاقات الجنسية والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر ذلك أنه عن الأهداف التي شرع من أجلها الزواج التناسل والإنجاب الأولاد وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والمحافظة على الأنساب(6).

---

1. بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق،ج01 ، ص280.
2. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، مرجع سابق، ص279 .
3. ولد خسال سليمان ،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص129.
4. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع نفسه ،ج01 ، ص279.
5. الموصي أحمد محمد، نواهضة إسماعيل أمين ،الأحوال الشخصية فقه: الطلاق،الفسخ، الخلع،دارالمسيرة للنشروالتوزيع والطباعة،الأردن ،2009 ، ص121
6. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع نفسه،ج01، ص280 .

أ/ دليل مشروعية التفريق للعيوب: ما رواه أحمد في المسند عن حديث يزيد بن كعب بن عجرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم: تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئا".

وفي رواية قال:"دلستم علّي"، والكشح: مابين الخاصرة إلى الضلع .

وما رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب أنه قال:عمر بن الخطاب رضي الله عنه أيما رجل تزوج امرأة و بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها كاملا وذلك لزوجها غرم علي وليها .

وفي لفظ :" قضى عمر في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها فرق بينهما والصداق لها بمسيسه إياها وهو له على وليها" (1) .

ووجه الدلالة في الحديث الأول أنه يثبت الرد بالبرص وباقي العلل تقاس عليها لأنها في معناها ثم حديث " فر من المجذوم فرارك ، من الأسد".

وأيضا ما رواه البهيقي قال الرسول:أربع لا تحزن في بيع ولا نكاح:المجنـــــــونة والمجذومة والبرصاء والغفلاء".

أما بالنسبة لوجه الدلالة في الحديث الثاني: أن الرسول جعل للرجل الذي غرر به بامرأة فيها أحد الأمراض المذكورة في الحديث أن يفسخ نكاحه منها ويدفع لها مهرها مقابل مسه إياها ثم يعود بما دفع على من غرره بهذه المرأة وإلى هذا ذهب المالية وهو قولي الشافعية والحنابلة وقال الحنفية لا رجوع له على من غرر به .(2)

---

1. الشقفة محمد بشير،الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية،دار القلم،سوريا،ط 03، 2007/1428،ج04:الطلاق،ص491 .

2. سمارة محمد،أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن ،ط01، 2008،ص 320.321 .

ب/ أنواع العيوب :هناك عيوب نوع مشترك بين الرجل والمرأة ونوع خاص بالمرأة ونوع آخر خاص بالرجل.

1/العيوب المشتركة:وهي أربعة : الجنون. الجذام. البرص. العذيظة.

أ/ الجنون : فهو يوجب خيار رد النكاح لكل من الزوجين سواء كان الجنون متقطعا أو مطبقا ولو في كل شهر مرة بشرط أن يكون الجنون سابقا على العقد ،ولا يوجد من السليم منها ما يدل على الرضا فإذا ثبت ما يدل على الرضا بعد العلم بالجنون سقط خيارهما ولو كان يجهلان حكمه ومحل الرد بالجنون إذا كان يحصل منه إضرارا من ضرب أو إفساد شيء أما الذي يطرح بالأرض ويفيق من غير إضرار فلا رد به(1).

ب/الجذام والبرص:والجذام هو علة يحمر منها العضو ثم ينقطع ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر ويمكن أن يقع في كل عضو ولكنه في الوجه أكثر.أما عن البرص فهو بياض بقع الجلد يذهب دمويته(2).

ج/العذيطة: وهو التغوط عند الجماع ومثلها البول عند الجماع ولا رد بالبول في لفراش على الأرجح ولا بكثرة البول كما رد بالريح قولا واحدا ،وهذا إذا لم يدخلا على اشتراط السلامة.

فإذا حدث العيب من العيوب المشتركة بعد العقد ولو بعد الدخول فإن حدث بالزوج كان للزوجة خيار الرد لكن شرطوا أن يكون البرص فاحشا فلا رد باليسير منه أما بقية الأمراض فعلى صفتها ،فإن حدث للزوجة فلا خيار للزوج فهي مصيبة نزلت به والفرق أن الرجل قادر على الفراق بالطلاق إن لم يصبر على المرأة بخلاف المرأة ،أما إذا تزوجا وكان سليمين ثم حدث لهما أ و لأحدهما بعض هذه العيوب المشتركة فإن كان قبل الدخول فإن :

- حدث بالمرأة فلا رد للزوج وهو بالخيار إن شاء دخل وكمل لها المهر وإن شاء طلق ولزمه نصفه.
- وإن حدث بالزوج فإن كان قبل الدخول فلها الخيار بأن تقيم معه ولها كامل حقها أو تفارقه ولا شيء لها وإن كان بعد الدخول فخيارها ثابت، وقد استحقت الصداق كله بالدخول.

أما إذا أردت المرأة زوجها بعد الدخول بسبب هذه العيوب الجنون أو الجذام أو البرص أو العذيطة كان لها الصداق المسمى كاملا لأن هؤلاء يتصور منهم الوطء بخلا ف عن تردهم ولا يتصور منهم الوطء (3)

---

1. الشقفة محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه أحوال شخصية ، مرجع سابق، ج04:الطلاق، ص495.
2. سمارة محمد ،أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ،ص321 .
3. الشقفة محمد بشير،الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه أحوال شخصية ، مرجع نفسه ، ج04:الطلاق، ص495.496.497

2/ العيوب الخاصة بالمرأة: وهي:

ج - **الرتق:** وهو انسداد يحصل للمرأة بحيث لا تصلح للزواج.

د - **القرن:**بفتح القاف والراء وهو غدة في المحل تمنع الاتصال الجنسي.

ه - **العفل:** بروز لحمي يظهر من قبل المرأة .

و - **الفتق:**اختلاط مجرى البول لدى المرأة مع الجماع أو اختلاط مجرى السلبيين(1).

ز - **البخر:** وهو نتن الفرج وهي نتونة منفردة جدا ولا رد بنتن الفم إلا إذا اشترطت.

فإذا كان العيب بالمرأة من هذه العيوب التي تخص المرأة أو كان فيها عيب من العيوب المشتركة التي تصيب الرجال والنساء كان الزوج بالخيار:

- ❖ إن شاء بقي على النكاح ولزمه الصداق كاملا لأن الفسخ حق له فإذا رضي بالعيب فقط أسقط حقه من الفسخ ورضي ببدل الصداق.
- ❖ وإن شاء فارق قبل الدخول ولا صداق عليه لأنه دخل على السلامة من هذه العيوب المانعة من الاستمتاع وقد بذل الصداق للتمكين منه فإذا لم يقدر على ذلك لم يلزمه الصداق و لأن الفسخ هنا
- ❖ من قبل المرأة لأن العيب المانع من الاستمتاع من جهتها و إن كان الفسخ قبل الدخول من جهة المرأة لم تستحق شيئا من الصداق.

في حالة إذا كان لا يعلم الزوج بالعيب إلا بعد الدخول فحق الخيار ثابت له إذا لم يثبت عنه الرضا بالعيب بعد العلم فإن اختار الزوج الفسخ يدفع لها الصداق كاملا عوض الاستمتاع لأنه لا يجوز أن يستباح فرج بعقد نكاح إلا بعوض ثم ينظر وليها الذي دلس عليه فيرجع عليه بما أدى من الصداق بثلاثة شروط :

- أن يكون هذا الولي مخالطا لها و مطلعا على عيبها الظاهر قبل البناء.
- إذا لم تكن هي حاضرة في مجلس العقد.
- أن يكون وليها الذي زوّجها من القرابة القريبة كالأب . (2)

---

1. سمارة محمد،أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق،ص 321 / ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، مرجع سابق،ص35 .
2. الشقفة محمد بشير،الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه أحوال شخصية ، مرجع سابق،ج04 الطلاق ، ص499.500.

3/ العيوب الخاصة بالرجل: وهي عيوب تحول دون الاستمتاع وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي فيمتنع الدخول وبالتالي عدم الإنجاب، وهذه العيوب هي:

1. **الجّب:** قطع الذكر والأنثيين فمن كان كذلك أو خلق بدونها فهو مجبوب والمجبوب عند المالكية والحنفية هو من قطع ذكره وأنثياه معا ،وعند الحنابلة والشافعية من قطع ذكره كله أو بعضه مع بقاء مالا يمكن الوطء به وهو مخل بالاستمتاع المقصود من النكاح.(1)
2. **العّنة:** وهي العجز عن الوطء وعرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأنى معها إتيان النساء(2)وهو عند الشافعية والحنابلة والحنفية عدم القدرة على الوطء لعد م انتشار الذكر المانع كمرض أو ضعف في خلقته أو لكبر سنه أو سحر(3)
3. **الخصاء:** قطع الذكر دون الأنثيين فمن كان كذلك فهو خصي ومثله في الحكم مقطوع الحشفة وأما مقطوع الأنثيين الخصيتين مع بقاء الذكر فلا رد به إلا إذا كان لا يمني كما لا رد بعدم النسل كالعقم في المرأة إذا اشترطت السلامة .

فإذا تزوجت المرأة مع العلم أن زوجها سليم وبعد ذلك وجدت أن الزوج معه أحد هذه العيوب فلها الخيار:

-إذا كان الزوج مجبوب والخصي والعنين فلها الخيار بين أن تقيم معه أو أن تفارقه لعدم إمكان الاستمتاع منه لأن لها حق في الاستمتاع فإذا عدمته منه لم تجبر على الرضا والأصل فيه قول الله تعالى:"ولهن مثل الذي عليهن".

-إذا كان مقطوع الخصيتين مع بقاء الذكر ويمكنه أن يطأ إلا أنه لا ينزل فلها الخيار أيضا لأن وطأه ناقص عن الكمال فكان لها الخيار فإن تثبت على المقام معه سقط خيارها وكذلك إذا أمكنته من نفسها بعد علمها بعيبه من تقبيل ولمس أو تلذذ بمباشرة فلا بمباشرة فلا خيار لها وإن اختارت فراقه فلا صداق لها لأن الفراق من قبلها(4)

---

1. الموصي أحمد محمد، نواهضة إسماعيل أمين،الأحوال الشخصية فقه : الطلاق،الفسخ، الخلع، مرجع سابق ،ص124.
2. سمارة محمد ،أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ،ص 321.
3. الموصي أحمد محمد ، نواهضة إسماعيل أمين ،الأحوال الشخصية فقه : الطلاق،الفسخ، الخلع ،مرجع نفسه ،ص125.
4. الشقفة محمد بشير،الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ،ج04 الطلاق ، ص 504.503 .

ج/ شروط اعتبار العيب سببا للتطليق :

1. ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند عقد الزواج فإن علمته لم يكن لها حق في أن تطلب التطليق بسببه وتعتبر راضية به ومسقطة حقها في الاتصال الجنسي.
2. ألا يظهر منها صراحة رضا بالعيب إذا علمته بعد الزواج فإن ظهر رضاها صراحة سقط حقها في المطالبة بالتطليق وإن لم تصرح بالرضا بالعيب فلا يعد سكوتها رضا ولها الحق في التطليق.
3. ألا يكون الزوج قد باشر زوجته مباشرة جنسية بعد العقد ولو مرة واحدة فإذا أثبت أنه اتصل بها بعد العقد ولو مرة واحدة لم يبق لها الحق في المطالبة لتطليق لطروء لعجز الجنسي على زوجها بعد ذلك.
4. ألا يكون بالزوجة عيب يعيق الاتصال الجنسي كالقرن ... فلو كانت بها عيب من العيوب فلا يحق لها في المطالبة بالتطليق (1).

د/ موقف الفقهاء من التفريق للعيوب : اختلف الفقهاء في حكم هذه العلل،إذا وجدت في الزوج أو الزوجة ،فذهب الظاهرية إلى أنه لا يحق لأحد من الزوجين طلب التفريق للعيوب والأمراض إلا إذا اشترط أحدهما السلامة من العيوب أثناء العقد .

في حين يرى الفقه الحنفي بأنه يمكن للزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج أذا وجدت زوجها مصابا بعيب أو مرض تناسلي يمنع من الاتصال الجنسي أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأنه يملك حق الطلاق فقط (2) فليس من المعروف أن تعيش الزوجة مع الحرمان نتيجة عيب في زوجها أو علة فيه.

أما جمهور الفقهاء فأجاز أكثر العلماء طلب التفريق بسبب العيب، لكنهم اختلفوا في موضعين: هل يثبت الحق لكل من الزوجين أم الزوجة فقط ؟ وماهي العيوب التي يثبت بها حق طلب التطليق؟ حيث أجاز الأئمة الثلاثة طلب التفريق بالعيب لكل من الزوجين لأن كل منهما يتضرر بهذه العيوب أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الإلزام بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول وفي التفريق بسبب العيب يعفى الزوج من نصف الصداق قبل الدخول ،وبعد الدخول لها المسمى بالإنفاق ، لكن يرجع الزوج عند المالكية والحنابلة والشافعية بالمهر بعد الدخول على ولي الزوجة لتدليسه بكتمان العيب ولا سكنى لها ولا نفقة(3) .

---

1. ديابي باديس ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،مرجع سابق،ص37.
2. بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ج01 ،ص281 .
3. بن حرزالله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ،مرجع سابق ،ص280.

ه/ موقف المشرع الجزائري من العيوب: المشرع الجزائري لم يحدد أي عيب من العيوب الحائلة لتحقيق الهدف من الزواج واكتفى بفقرة موجزة جدا تحدث فيها عن العيوب بلفظ عام دون أي تدقيق أو شرح(1) ترك المشرع المجال لتقدير القاضي في النهاية ، فقد يرى القاضي استعمال العلاج إذا تبين له أن العيب يمكن الشفاء منه بتقرير خبرة ، وبالتالي يأمر بإجراء العلاج ولا يقضي بالطلاق إلا إذا لم يغير العلاج في الأمر شيئا وكما أن القانون الأسرة لم ينص على علم أحد الزوجين بهذه العيوب قبل الزواج أو رضاه بعد الزواج ، فأعطت م 2/53 ق.أ.ج الحق للزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، وهذا إذا كان لا يرجى من العيب برد سواء أكان عيبا جسيما أو عقليا(2).

ولقد أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 19.11.1984 :"وإذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج و أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها فإن لم يتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية(3).

ولقد نص قانون المصري في م9 منه على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعذر زمن طويل".

كما نصت م11 من نفس القانون على أنه:" يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي تطلب فسخ الزواج من أجلها".

كما نص القانون السوري على أحكام التفريق للعلل في المواد من 105 إلى 108 والقانون الإماراتي على أحكام التفريق للعلل في المواد من 112 إلى 113 (4)

---

1. ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص37.
2. بختي العربي،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 106.
3. المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد 03،سنة 1989 ،القرار رقم 34784 ص 73 .
4. بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق،ص194.195.

و/ نوع الفرقة بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: يعتبر الطلاق الذي يوقعه القاضي للعلل الجنسية أو لمرض من الأمراض الضارة طلاقا بائنا عند أبي حنيفة ومالك وقال أحمد والشافعي أنه فسخ للعقد وليس طلاق لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة ،وعلى هذا فإن التطليق لا يكون إلا بحكم القاضي وهو طلاق بائن في الفقه المالكي وعلى الزوج في التطليق للعلل كل الصداق وعليها العدة إن خلا بها ، ولا يجوز للزوج مراجعة زوجته ولو كانت في العدة لأنه يفوت عليها بالمراجعة قصدها بالتطليق ولأن المراجعة شرعت لفوائد ومقاصد ولا تحقق هنا ولم يورد القانو ن الجزائري أي نص يتعلق بحكم الطلاق للعيب مما يوجب الأخذ بمبادئ الفقه المالكي الذي يقول بأن التطليق للعيب هو طلاق بائن وهذا باعتبار المذهب المالكي هو مصدر التشريع الجزائري للأحوال الشخصية(1).

3/التطليق للحكم بعقوبة شائنة ومقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية: تعد م4/53 ق.أ.ج قبل التعديل من أكثر الفقرات صعوبة في تفسيرها لأنها جاءت عامة وبمصطلحات غي دقيقة وانطوت على عديد من الشروط قصد تحقيقها، فللزوجة لكي تطلب التطليق تأسيسا على هذه الفقرة ينبغي أن يتحقق 4 شروط كاملة وهي:

- **صدور حكم يدين الزوج بعقوبة شائنة :** إن المشرع الجزائري تحدث عن العقوبة وليس عن الجريمة من خلال نص المادة أو الأصل فيها يقصد الجريمة وليس العقوبة إذ أن القانون والفقه لم يصفا العقوبة ولم يرد في القانون تصنيف العقوبة الشائنة عن باقي العقوبات الأخرى (2) والأصل يكون حكم يدين الزوج بجريمة شائنة حائز لقوة الشيء المقضي به ولم يعد يقبل طرق الطعن القانونية العادية أو غير العادية في جريمة ارتكابها(3) .
- **أن ينطوي الحكم على عقوبة مقيدة للحرية أكثر من سنة** : بمعنى أن العقوبة أن تكون أقل من سنة أي تقل عن ذلك،ولا يمكن أن تكون أساسا لقيام الزوجة طلب التطليق ولكن الاستفهام المطروح حول نمط العقوبة المحدد بأكثر من سنة، فهل تشمل الحبس النافذ أو غير النافذ ؟

والمبدأ أن تكون العقوبة نافذة والفقرة إذا لم تشر إلى هذه المسألة فإنها تأخذ بمبدأ العقوبة وحجمها، والعبرة ببلوغها أكثر من سنة أم أقل دونما النظر إلى طبيعتها كونها نافذة أو موقوفة النفاذ (4).

---

1. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ج01 ،ص285.
2. ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق،ص 42.43.
3. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع نفسه ج01 ، ص 294.
4. ديابي باديس ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع نفسه،ص43.

• **أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة** :بمعنى تعلق الفعل بأعمال شائنة منافية للأخلاق وأن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها مثل:الاغتصاب فهذا الفعل الشائن أن يعتمد على معيار الأخلاق من وجهة نظر القانون والتشريع الإسلامي وهو ما يتضح من قول المشرع أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة كعقوبة الزنا أو جريمة الاغتصاب (1) فكل هذه الجرائم هي تسئ إلى سمعة الزوجة والأسرة ككل والمنصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين المكملة(2).

•**أن تستحيل مع العقوبة مواصلة العشرة والحياة الزوجية** :وتعذر الاستمرارية في الرابطة الزوجية بما وصلت إليه الزوجة من البغض والكراهية ويبدو أن نوع الجريمة التي تؤثر على مستقبل علاقة الأسرة ليست على درجة واحدة فالأمر يختلف من أسرة إلى أخرى،غير أن الغالب في هذه الجرائم تلك المتعلقة بالشرف والخيانة الزوجية (3) فمن خلال هذه الجرائم التي تنشأ ما بين الزوجين من خلا فات وخصومات وتباين وجهات النظر مما يسمح للزوجة أن ترفع دعوى أمام المحكمة لطلب التطليق بعد مضي سنة من الحبس أو السجن والتطليق للحبس مأخوذ من المذهبين المالكي والحنبلي خلافا للشافعية والحنفية(4) وقد نص ابن تيمية : القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود(5) .

إن فقد أحد هذه الشروط تحرم الزوجة قانونا من ممارسة حق طلب التطليق طبقا لم 4/53 ق.أ.ج فيخضع التطليق لسلطة التقديرية للقاضي الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه،والملاحظ أن الفقرة تشابها الكثير من الغموض وعدم الوضوح بداية من صعوبة تفسير العقوبة أو الجريمة الشائنة وصولا إلى تحديد الجريمة الماسة بشرف الأسرة وغيرها ، لذلك جاء التعديل المؤرخ في 2005/02/27 أكثر وضوحا عندما عدل الفقرة كما يلي: " الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

---

1. بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق،ج01 ، ص 295.
2. دلاندة يوسف ، دليل المتقاضي في مادة قسم الأسرة الزواج والطلاق ، مرجع سابق ، ص 56.
3. ولد خسال سليمان ،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 132.
4. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع نفسه ،ج01 ، ص 295.
5. ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع نفسه ،ص 132.

فالمشرع الجزائري في هذا التعديل صحح الخطأ الوارد في الفقرة السابقة قبل التعديل بتحدثه عن الجريمة وليس العقوبة ، والملاحظ أيضا أنه خفف في التعديل من وطأة الشروط الواردة السابقة الذكر إذ أنه ألغى الشرط القائل بالعقوبة التي يتعدى مداها أكثر من سنة واكتفى بالقول أنه على الزوجة المطالبة بالتطليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه وفي ذلك تيسير أكثر تستفيد منه الزوجة في تأسيسها طلب التطليق على هذا الوجه(1) ولقد نص القانون المغربي في م106 على أنه :" إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من 03 سنوات سجنا أو حبسا جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله" ، والواضح أن قانون المغربي اتجه إلى تحديد مدة الحبس كمعيار التفريق بغض النظر عن طبيعة الجريمة المرتكبة ومدى تأثيرها على سمعة الأسرة ونص القانون السوري على حكم التفريق للحبس في م 109 على أنه :" إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من 03 سنوات جاز للزوجة بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان لها مال تستطيع الإنفاق منه".

أما القانون المصري فقد نص في م02/5 طبقت نفس الأحكام المتعلقة بالغائب على المسجون واشترطت الإعسار بالنفقة بقولها :" وتسري أحكا هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة"(2) .

أ/ نوع الفرقة بسبب التطليق للحكم بعقوبة : التطليق للضرر الناتج عن الغياب هو فسخ عند الحنابلة،وطلاق بائن عند المالكية ، وأن هذا التطليق طلاق رجعي فإذا رجع الزوج الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها(3) .

4/ التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة: يقصد بالغيبة أن يكون الرجل في موضع لا يسهل إحضاره أمام القاضي ومراجعته فيما تدعيه عليه زوجته سواء أكان غائبا عن البلد حقيقة أم مختفيا في نفس البلد، وسواء أكانت غيبته عن البلد مسافة قصر الصلاة ، أم كانت دونها،غير أن من الفقهاء من يرجح أن الرجل لا يكون غائبا إلا إذا كان خارج بلدته التي يقيم فيها مع زوجته على أن تكون تلك الغيبة مسافة القصر أو أكثر ، وهذا الرأي هو الأوجه لأن المختفي في البلد ليس غائبا بمعنى كلمة الغياب(4).

---

1. ديابي باديس ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق ،ص 44.45.
2. بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،مرجع سابق، ص 199.200.
3. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ص 297 / الجندي أحمد نصر،شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 118.
4. سمارة محمد ،أحكام وآثارا الزوجيّ شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص330 .

أ/ موقف الفقهاء من التفريق للغيبة: للفقهاء رأيان في التفريق بين الزوجين، إذا غاب الزوج عن زوجته وتضررت من غيبته وخشيت على نفسها الفتنة.

فقال الحنفية والشافعية ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها وإن طالت غيبته لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق ولأن سبب التفريق لم يتحقق فإن كان موضعه معلوما بعث الحاكم لحاكم بلده فيلزم بدفع النفقة.

أما رأي المالكية والحنابلة أجازوا التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب لأن الزوجة تتضرر من الغيبة ضررا بالغا والضرر يدفع بقدر الإمكان لقول الرسول الله عليه الصلاة والسلام :" لا ضرر ولا ضرار" ولأن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا(1)

ولقد اختلف الفقهاء في عدد الغيبة الطويلة وحددها الحنابلة ب 06 أشهر فأكثر دليل على ما روى عن عمر في قصة المرأة التي تضررت من غياب زوجها في الغزو وسمعها عمر تشك في إحدى الليالي تشك منشدة بيتين من الشعر:

تطاول هذا الليل وأسود بجانبه ** وطال على الأخصل لا بحبه.

والله لولا خشية الله وحـــــــده ** لحرك من هذا السرير جوانبه.

وسأل عمر ابنته حفصة عن المرأة التي تصبر فيها المرأة عن زوجها فوقت للناس في مغازيهم 06 أشهر وحددها المالكية عندهم بسنة وقبل بثلاث سنوات(2).

أما رأي المالكية لا فرق في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر طلب العلم والتجارة أم بغير عذر فجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المعتمد وفي قول ثلاث سنوات ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إذا كان مكان الزوج مجهولا وينذره إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوما(3) .

ب/ موقف القانون من التفريق للغيبة : جاء في نص م5/53 ق.أ.ج بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الغياب بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة ، وعليه فإن غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة كان لها أن تطلب التطليق بينها وبينه سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الانحراف.

---

1. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،سوريا،ط2، 1975/1405، ج07 ،ص532.533.
2. طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية ،مرجع سابق، ص120 .
3. الزحيلي وهبة،الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع نفسه، ج07 ، ص 533 .

ويشترط للتطليق حينئذ مايلي:

- أن تمضي سنة فأكثر على الغياب ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من 06 أشهر إلى 03 سنوات.
- أن يكون الغياب بعذر مقبول ودون شرعي إذ يكون بذلك معتمدا إضرارها والإيذاء بها ولهذا فقد أقر الفقه المالكي على ضرورة إعلام الزوج وإنذاره بالعودة وإلا طلقت زوجته فإذا كان معلوم المكان ولم يجب طلق القاضي عليه بلا اعذرا.
- أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة ولم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعن الأولاد، فلو ترك مالا يمكنها من أن تنفق منه فلا يجوز لها طلب التطليق.

وتجدر الإشارة إلى أن التطليق للغياب يقوم على أساس الضرر الواقع ليس الضرر المتوقع فقط ، ومن هنا يشترط قصد الزوج الإضرار بزوجته أو الإيذاء بتعنت لأنه غاب ولم يعلمها فيجب معاقبته بإيقاع الطلاق عليه فإن لم يقم به قام القاضي مقامه فيه(1).

وفي حالة إذا كان الزوج مفقودا ولم يظهرعليه أي خبر فيحق للزوجة بعد مرور سنة من الفقدان أن تطلب الطلاق وفقا للمادة 112 ق.أ.ج والتي أحالت إلى م05/53 ق.أ.ج بمعنى الغياب لمدة السنة بدون عذر ولا نفقة ،وهذا الأمر لا يستقيم في حالة المفقود لأن المفقود في الغالب قد يكون معذورا فربما فقد في حرب أو في زلزال أو فقد ذاكرته ، فلم يتمكن من العودة إلى أهله ، فلا يعتبر الزوج مفقودا إلا بعد صدور حكم بالفقدان (2) . ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة على الأقل على فقدانه بعد البحث والتحري عنه بكل وسائل وكان على المشرع أن يمدد المدة أطول لسنتين على الأقل لكون المفقود لا تعلم حياته من موته وذلك زيادة في البحث والتحري عن الزوج علما أنه لا يحكم بموته إلا بعد مرور أربعة سنوات من تاريخ الفقدان وهذا حسب م113 ق.أ.ج . ولقد أضاف المشرع الجزائري شرط آخر إلى الشروط الأخرى وهي أن الغيبة لابد أن تكون مقرونة بانعدام العذر وكذا انعدام النفقة معنى ذلك أنه حتى ولو تغيب الزوج عن زوجته لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة ولها مال تنفق فلا يجوز لها في هذه الحالة أن تطالب بالتطليق ولقد نص قانون المغربي في م 104 وقانون الموريتاني في م106 وقانون المصري في م12 والقانون السوري في م110 (3).

---

1. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ج01، ص 297.298.
2. م 109ق.أ:"المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم".
3. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق،ص201.201.202.203.

ج/ نوع الفرقة بسبب الغياب : التطليق بسبب الغياب طلاق بائن لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق أما الحنابلة يرى بأن الفرقة تكون فسخا لا طلاقا فلا تنقص من عدد الطلقات لأنها فرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسخا ولا تكون هذه الفرقة إلا بحكم القاضي ولا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة بحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة(1).

فرع 02: الأسباب المطلقة لسلطة القاضي.

فمن بين الأسباب التي تجعل ممارسة القاضي لسلطته التقديرية مطلة وواسعة وهي التطليق بسبب هجر الزوج زوجته في المضجع والتطليق لارتكاب فاحشة مبينة والتطليق للضرر وتكون فيها سلطة القاضي واسعة نظرا لصعوبة إثباتها من قبل الزوجة (2).

1/ التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر : الهجر في المضجع هو وسيلة من وسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته ، ولقد أوجب الإسلام على الزوجة طاعة زوجها ولا يبيح لها النشوز والعصيان بل أباح له في أن يتخذ حيالها من وسائل الإصلاح والتهذيب لقول الله تعالى:" **وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**"(3) وهذا النوع من الهجر غير محدد المحدد(4).

أ/ موقف الفقهاء من التطليق للهجر: اتفق الفقهاء على عدم شرعية الهجر عن قصد وبدون سبب شرعي وكذا الهجرة لمدة تزيد عن 04 أشهر كاملة فإذا أساء الزوج استعماله حق التأديب عن طريق الهجر في المضجع فللزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وطلب التفريق للضرر الذي يلحق من الزوج من جراء هجره إياها(5).

---

1. الزحيلي وهبة ،الفقه الإسلامي و أدلته ، مرجع سابق ،ج07 ، ص 533.534 .
2. عزيرية يوسف ،التطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري واجتهاد المحكمة العليا، مرجع سابق ، ص 18.
3. سورة النساء: الآية 34.
4. بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق، ص 197.
5. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ج01 ، ص288.

وتبنى جمهور العلماء رأي ابن حزم بوجوب الرجل معاشرة زوجته إذا لم يكن له عذر،أما الشافعي فاعتبر معاشرة الرجل لزوجته ليس من قبيل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به،وقال أحمد بن حنبل أنه مقدر ب04 أشهر لأن الله قدره في حق المولى بهذه المدة فكذلك في حق غيره والمسألة فيها قصة إذ أن عمر بن الخطاب سمع امرأة وهي تقول :

تطاول الليل وأسود جانـــبه ** وطال عليا أن خليل ألاعبـــــه.

والله لولا خشية الله وحـــــده ** لحرك من هذا السرير جوانبه.

ولكن ربي والحياء يكسفني ** وأكرم بعلي أن توطأ مراكبـــه.

فسأل عنها عمر فقيل له فلانة وزوجها غائب في سبيل في الله فأرسل إليها تكون معه وبعث إلى زوجها فأقفله(أي أرجعه) ثم دخل إلى حفصة فقال : يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا ؟

فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، فقالت خمسة أشهر ....ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون راجعون شهرا ، ومن هنا توارث أن الزوجة لا تستطيع الصبر عن زوجها أكثر من 4 أشهر.

للأدلة التي ذكرناها فإذا ثبت أن الزوج هجر زوجته في الفراش لأكثر من 04 أشهر جاز التطليق بينهما بناء على طلب الزوجة للضرر الذي لحقها جراء عدم تحصينها وعبء الإثبات يقع على الزوجة(1).

ب/ شروط الهجر في المضجع : وفقا لنص م03/53 ق.أ.ج فإنه يجوز للزوجة طلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر وعليه يشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق 03 شروط وهي:

- هجر الزوج الزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربانها.
- أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا لذاته وليس له ما يبرره من الناحيتي ن الشرعية أو القانونية أو ما يسمى بالهجر غير المشروع الذي يتجاوز حدود القانون .
- أن يتجاوز الهجر مدة 04 أشهر متتالية وألا يقع اتصال بينهما وبين الشهر الأخير وهذا مما يدل على أن الهجر ليس هدفه الإصلاح لأنه بهذه المدة فقد التأديب مفهومه الإنساني كوسيلة من وسائل التأديب والتهذيب.

---

1. ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،مرجع سابق ، ص 40.41.

وإذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة الوطنية وكذا إذا كان الهجر لا يتجاوز 04 أشهر ولو بيوم واحد أو كان لعدة مرات وفي أوقات مختلفة ومتفرقة فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها وفي مثل هذه الحالات لأن الهجر شرعي ولأسباب معقولة (1) وفي هذا الصدد يختلف الهجر عن الإيلاء المشار إليه في كتب الفقه الإسلامي(2).

1/ تعريف الإيلاء لغة: وهو الامتناع باليمين وخص في عرف الشرع بالامتناع باليمين من وطء الزوجة ولهذا عدى فعله بأداة من تضمينا له معنى يمتنعون من نسائهم وهو أحسن من إقامة من مقام على جعل الله سبحانه وتعالى للأزواج مدة 4 أشهر يمتنعون فيها من وطء نسائهم بالإيلاء، فإذا مضت وإما أن يفئ وإما أن يطلق،وقد اشتهر عن علي بن عباس أن الإيلاء إنما يكون في حال الغضب دون الرضا.كما وقع الرسول الله مع نسائه وظاهر القرآن الكريم مع الجمهور وقد تناظر في هذه المسألة محمد بن سيرين ورجل آخر فاحتج على محمد بقول علي فاحتج عليه محمد بالآية فسكت.(3)

أ/ دليل من القرآن الكريم :"لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ* وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"(4).

ب/دليل من السنة النبوية: ثبت في صحيح البخاري عن أنس قال: آلى الرسول صلى الله عليه وسلم من نسئه وكانت انفكت رجله فأقام في مشربة له تسعا وعشرين ليلة ثم نزل فقال يا رسول الله آليت شهرا فقال : إن الشهر سكون تسعا وعشرين"(5).

أ/ رأي المالكية في الإيلاء وموقف المشرع الجزائري : أنه لا يقع على الزوجة طلاق بمجرد انقضاء المدة بل لا بد من تطليق أو التطليق من القاضي الذي يأمر الزوج بالعودة لزوجته فإنه أبى طلق، وعليه بمقتضى نص م03/53 ق.أ.ج التي جاءت عامة ومطلقة، ويرى بعض الشُراح قانون الأسرة الجزائري بأن المشرع أهمل الإيلاء لأنه يراه معلقا على شرط فأبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع. و قد اعتبر بعض الفقهاء بأنه بدعة كالحلف بالطلاق والطلاق الثلاث بلفظ واحد(6).

---

1. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ج01 ، ص289.
2. عزيرية يوسف،التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري واجتهاد المحكمة العليا ،مرجع سابق ،ص 19.
3. السيد يسري محمد، جامع الفقه،دار الوفاء،مصر،ط01، 2000/1421، ج05، ص572
4. سورة البقرة : الآيتين 226.227.
5. البخاري،عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ، صحيح البخاري ، مرجع سابق، 5289.
6. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع نفسه ،ج01، ص 290.291.

وكان على المشرع أن يستعمل لفظ الإيلاء حتى لا يختلط بالهجر بغرض التأديب والإصلاح وهذا ما نص عليه قانون المغربي في م112 بقولها :"إذا ألى الزوج من زوجته أو هجرها فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله 4 أشعر فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه المحكمة".

وقانون الإماراتي نص على الإيلاء في م132:"لزوجة طلب التطليق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مدة 4 أشهر فأكثر ما لم يفئ قبل انقضاء الأشهر الأربعة ويكون طلاقا بائنا"، فالقانون الإماراتي أكثر تفسيرا للفظ الإيلاء بأن المقصود به حلف الزوج بعدم قربان زوجته لمدة تتجاوز أربعة أشهر(1).

ب/ ألفاظ الإيلاء عند الفقهاء : يرى المالكية : ألفاظ اليمين بالله تعالى وصفاته وكل يمين يلزم عنها حكم كالعتق والطلاق والصيام وغير ذلك مثل:والله لا أقربك أو لا أجامعك أو لا أطؤك أو لا أغتسل منك من جنابة و نحوه من الألفاظ المطلقة أولا أطؤك في هذه الدار أو حتى تسألني و نحو ذلك من الألفاظ المقيدة أو لا أقربك 4أشهر أو 5 أشهر أو هذه السنة ومثال التعليق إن وطئتك فعلي صوم أو صوم يوم أو صوم شهر أو إن قربتك فأنت طالق هذا المثال الأخير ايلاء عند الجمهور غير الحنابلة. وتكون ألفاظه إما صراحة كالجماع أو ما يجرى مجرى الصريح وهو القربان والمباضعة والوطء ويحدد أجله من يوم اليمين على ترك الوطء ب04 أشهر فقط(2).

ج/ شروط الإيلاء: الإيلاء عند الجمهور 4 شروط وهي:

- أن يحلف الزوج بالله عزوجل أو بصفة من صفاته كالرحمن رب العالمين ألا يطأ زوجته أكثر من 04 أشهر أو يحلف عند المالكية والشافعية والحنفية على ترك الوطء بطلاق أو عتاق أونذر صدقة المال أو الحج .
- أن يحلف على ترك الوطء أكثر من 4 أشهر لأن الله تعالى جعل للحالف تربص أو انتظار 4 أشهر فإذا حلف على 4 أشهر أو دونها فلا معنى للتربص لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك أو مع انقضائها .فدل على أنه لا يصير بما دون تلك المدة موليا ، ولأن الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون 4 أشهر بدليل ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه سأل كم تصبر المرأة على الزوج ؟ فقيل شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفذ الصبر فإذا نفذ صبرها طالبت فلا بد من الزيادة على ذلك.

---

1. بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع سابق ،ص197.198.
2. بن حرز الله عبد القادر،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، مرجع سابق ، ص 298.

- أن يحلف الزوج على ترك الوطء في القبل أو الفرج فإن ترك الوطء بغير يمين ولا قصد إضرار لم يكن موليا.
- أن يكون المحلوف عليها امرأة لقول الله تعالى: **"لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ"** ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه فلا يكون موليا منها كالأجنبية و إن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن موليا لأنه إذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصدا الإضرار فأسبه الممتنع بغير يمين(1).

د/ أحكام الإيلاء:

- إذا مضت مدة الإيلاء أي أربعة أشهر ولم يجامع الزوج زوجته وطالبته لدى المحاكم إما أن يفئ أو يطلق لقول الله تعالى :" **فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"** ولقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه :"**إذا مضت 4 أشهر يوقف حتى يطلق**".
- إذا أوقف المولى ولم يطلق ، طلق الحاكم عليه دفعا للضرر اللاحق بالزوجة.
- إذا طلق المولى بعد أن أوقف فهو بحسب تطليقه وإن كانت واحدة فهي رجعية وإن أبتها فهي بائنة لا يملك الرجعة معها إلا بعقد جديد.
- تعتد المطلقة بالإيلاء عدة الطلاق ولا يكفيها الإستبراء بحيضه إذ العدة ليست لعلة براءة الرحم فحسب.
- إذا ترك الزوج جماع امرأته مدة الإيلاء بدون حلف يوقف كالمولى إما أن يجامع أو يطلق إن طالبت الزوجة بذلك.
- وإذا فاء المولى قبل المدة التي حلف أن لا يطأ فيها وجبت عليه كفارة يمينه لقول الرسو ل صلى الله عليه وسلم:**"إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينيك"**(2).

---

1. الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق ،ج07 ، ص543.544.
2. الجزائري أبو بكر جابر،منهاج المسلم، مرجع سابق، ص 327.328.

ولقد سكت المشرع الجزائري عن الظهار وذلك لندرة استعماله في الحياة المعاصرة واكتفى بالنص على ما يؤثر على الحياة الزوجية عن طريق أسباب محددة.

2/ تعريف الظهار: وهو أن يقول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي ويظهر أنه مأخوذ من الظهر تشبيها للمرأة بالمركوب على ظهره ،لأن الرجل يركبها حتى يغشاها وإن كان ركوبها على بطنها لا على ظهرها ، فإن قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي إذ قال لها ذلك فقد حرمت عليه مؤبدة كما تحرم على غيره ، والظهار كان مستعملا في تحريم وطء الزوجة في الجاهلية وكان حكمه تأبيد التحريم على الزوج وعلى غيره ولكن الشريعة الإسلامية جعلت له حكما أخرويا وحكما في الدنيا أما حكمه الأخرّوي فهو الإثم فمن قاله فقد أثم ، وأما حكمه الدنيو ي فهو تحريم وطء المرأة حتى يخرج الكفارة تأديبا له وتغليظا عليه.(1)

أ/ دليل من القرآن الكريم :" الّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلّا اللّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنّ اللّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ (2) وَالّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (3) فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ (2)

والظهار هو محرم لقول الله تعالى: "وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا" ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم قال الله تعالى:"مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ "وقوله أيضا :" **وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم** "(3).

ب/ دليل من السنة النبوية: ثبت في السنن والمساند: أن أوس بن الصامت ظاهر من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة وهي التي جادلت فيه الرسول صلى الله عليه وسلم : واشتكت إلى الله ، وسمع الله شكواها من فوق سبع سموات،فقالت :يا رسول الله : إن أوس بن الصامت تزوجني وأنا شابة مرغوب فّي فلما خلا سنى ،ونثرت له بطني ،وجعلني أمّه عنده ،فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما عندي في أمرك شيء"فقالت : اللّهم إنى أشكو إليك"(4)

---

1. الجزيري عبد الرحمن،الفقه على المذاه ب الأربعة، مكتبة الصفا،مصر،ط 01، 2003/1424،ج04:النكاح والطلاق، ص365.
2. سورة المجادلة: الآيات 2.3.4.
3. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته ،مرجع سابق ، ج07 ، ص588.
4. السيد يسري محمد،جامع الفقه ،مرجع سابق ، ج 5، ص 579.

أ/ شروط الظهار : يشترط في كل ركن من أركان الظهار شروط معينة ، وقبل التحدث عن شروط الظهار التكلم أولا عن أركان الظهار :

ركن الظهار عند الحنفية وهو اللفظ الدال على الظهار،والأصل فيه قول الرجل لامرأته أنت علّي كظهر أمي ويلحق به قوله:أنت علّي كبطن أمي أو فخذ أمي.وقال الجمهور غير الحنفية: للظهار أركان وهي:المظاهر، المظاهر منها ، اللفظ أو الصيغة ، المشبه به.

والمظاهر هو الزوج والمظاهر منها هي الزوجة المسلمة .

اللفظ أو الصيغة : ما يصدر عن الزوج من ألفاظ صريحة أو كناية .

المشبه به : هو من حرم وطؤه وهو الأم ويلحق بها كل محرمة على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة(1).

أ/شروط المظاهر : والمظاهر عند المالكية والحنفية هو كل زوج مسلم عاقل بالغ ، فلا يلزم ظهار الذمي وهو عند الشافعية والحنابلة كل زوج صح طلاقه وهو البالغ العاقل ،سواء كان مسلما أو كافرا ، وظهار السكران صحيح بالاتفاق كطلاقه ، ولا يصح ظهار المكره عند الجمهور ويصح عند الحنفية ظهار المكره والمخطئ كما يصح طلاقه ، ولا يصح ظهار المجنون والصبي ،المعتوه والدهوش والمغمى عليه النائم والذمي ، لأن حكم الظهار مؤقت يزول بالكفارة والكافر ليس أهلا للكفارة التي هي قربة إلى الله تعالى فلا يكون من أهل الظهار ولا يشترط كونه مسلما في رأي الشافعية والحنابلة لعموم آية الظهار:" والذين يظاهرون من نسائهم" من غير تفريق بين المسلم وبين الكافر ولأن الكافر مخاطب بفروع الشريعة الإسلامية وأهل للكفارة بغير الصوم من إطعام وإعتاق رقبة ولأنه أهل للطلاق(2) .

ب/ شروط المظاهر منها :

أ - امرأة المظاهر مسلمة أو كتابية ، كبيرة أو صغيرة وشروطها هي أن تكون زوجته وهي أن تكون مملوكة بملك النكاح ، ولا يصح الظهار من الأجنبية لعدم الملك لقول الله تعالى: "مِنْ نِسَائِهِمْ" ظهار المرأة لم يجز أكثر العلماء ظهار المرأة من الرجل تشبيها للظهار بالطلاق ويكون لغوا لا كفارة فيه ولكن أوجب عليها الإمام أحمد في رواية راجحة عنه كفارة الظهار لأنها أتت بالمنكر من القول والزور.

---

1. الزحيلي وهبة ،الفقه الإسلامي و أدلته،ج07 ،مرجع سابق ،ص 591
2. بن حرزالله عبد القادر،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،مرجع سابق ،ص317.318

وإذا كان الزوج بلفظ واحد من نسائه الأربعة كأن يقول : أنتن عليّ كظهر أمي، كان مظاهرا من جماعتهن وعليه عند الحنفية والشافعية في الجديد لكل امرأة كفارة لأنه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه عن كل واحدة كفارة كما لو أفردها به ، وقال المالكية والحنابلة ليس عليه إلا كفارة واحدة ، فإن وجدت في جماعة أوجبت الكفارة واحدة كاليمين بالله تعالى .

ب – أن يكون الظهار عند الحنفية إلى بدن الزوجة أو عضو منها يعبر به عن جميع البدن أو جزء شائع منه فلو أضافه إليها مثل: أنت عليّ كظهر أمي أو إلى عضو يعبر به عن الجميع مثل:رأسك ، أو رقبتك ،أو وجهك...الخ أو إلى جزء شائع منه: ثلثك أو ربعك أو نصفك ونحو ذلك كظهر أمي كان مظاهرا.

ج– قيام ملك النكاح من كل وجه: فيصح الظهار من الزوجة ولو كانت في أثناء العدة من طلاق رجعي ولا يصح الظهار من الطلاق ثلاثا(1).

ج/ شروط المشبه به : وهي الأم فيشترط أن تكون امرأة محرمة على التأبيد فلو مشبهها برجل فإنه لا يكون مظاهرا سواء كان الرجل قريبا أو أجنبيا ، فلو شبهها بامرأة غير محرمة عليه أو محرمة عليه تحريما مؤقتا كأختها ، ومطلقته ثلاثا أو شبهها بامرأة محبوسة ، فإنها وإن كانت محرمة عليه تحريما ولكن التحريم ليس مؤبدا بجواز أن تسلم فتحل له ومن المحرمات مؤبدا زوجة الابن ، والأب فإذا شبهها بواحدة منهما كان مظاهرا خلافا للشافعية (2) .

وهو عند المالكية كل من حرم وطؤه أصالة من آدمي(ذكر أو أنثى)(3).

---

1. الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي و أدلته،ج07 ،ص 593.594
2. الجزيري عبد الرحمن ،الفقه على المذاهب الأربعة ،ج4،مرجع سابق ،ص 370
3. بن حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،مرجع سابق ص 319

ويكون المشبه به ثلاثة أنواع:

- أن تكون محرما من محاربه بحيث لا يحل لم نكاحها بنسب أو رضاع أو مصاهرة وهذه يكون التشبيه بها ظهار على كل حال سواء كان بها جميعها أو بظهرها أو بجزء منها ولو كان جزاءا غير ثابت كالشعر أو الظفر والريق،إلا أنه إن كان بظهرها كان صريحا وإلا كان كناية فلا يلزم إلا بالنية .
- أن تكون أنثى أجنبية وهذه يشترط في صحة ظهارها أن يكون التشبيه بظاهرها بخصوصه وأن ينوي به الظهار وإلا فلا ظهار،ومثل الأجنبية في ذلك من تأبد عليه تحريما بلعان أو طلاق ثلاث فإن التشبيه بظهور يكون كناية لا صريحا .
- التشبيه بظهر رجل(1).

د/شروط الصيغة: الصيغة التي تنعقد بها الظهار إما لفظ صريح لا يحتاج إلى نية أو كناية يحتاج إلى نية.

وصريح الظهار عند المالكية هو ما تضمن ذكر الظهر في مؤبد التحريم أو هو اللفظ الدال على الظهار بالوضع الشرعي بلا احتمال غيره بلفظ ظهر امرأة مؤبدة التحريم بنسب أو مصاهرة أو رضاع فلا بد في الصريح الأمرين : ذكر الظهر ومؤبد التحريم مثل أنت عليّ كظهر أمي أو أختي من الرضاع أو كظهر أمك، ولا ينصرف الصريح الظهار للطلاق إن نواه به لأن صريح كل نوع لا ينصرف لغيره ولا يؤاخذ أو لا يعتبر منه الطلاق إن نوى بالظهار طلاقا لا في الفتوى ولا القضاء على المشهور على المشهور من المذهب، والكناية عندهم : هي ما سقط منه أحد اللفظين : لفظ الظهر ولفظ مؤبد التحريم، مثال الأول: أنت عليّ كأمي أو أنت أمي بحذف أداة التشبيه.

مثال الثاني أنت كظهر رجل خالد أو حمزة يحل وطؤها في المستقبل بزواج مثل أنت عليّ كظهر فلانة وليست محرمة ولا زوجة له(2) .

ومن الكناية أن يعبر بجزء من الزوجة أو من المشبه به مثل يدك رأسك كأمي فإن نوى الظهار في نوعي الكناية الظاهرة وهما إسقاط لفظ الظهر أو إسقاط مؤبد التحريم انعقد ظهارا وإن نوى الطلاق وقع به البينونة الكبرى وهو الطلاق الثلاث سواء من الزوجة المدخول بها وغيرها .

---

1. الجزيري عبد الرحمن ،الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ،ج04 ، ص 371.
2. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته ،مرجع سابق ، ج07 ، ص597.598.

ولكن إن نوى الأقل من الثلاث من غير المدخول بها لزمه فيها ما نواه بخلاف المدخول بها فإنه يلزمه فيها البينونة الكبرى ، ولا يقبل منه نية الأقل(1) .

أحكام الظهار: وهي:

-أقر جمهور العلماء على أن الظهار لا يختص بلفظ الأم بل يكون بتشبيه الزوجة بكل محرمة عليه تحريما مؤبد كالبنت والجدة...الخ إذا لكل في حكم الأم في الحرمة المؤبدة.

-يجب على المظاهر كفارة إذا عزم على العودة إلى زوجته المظاهر منها لقول الله تعالى:"والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا "

-يجب إخراج الكفارة قبل مسيس المظاهر منها بجماع أو مقدماته للآية السابقة .

-لو مسها قبل إخراج الكفارة إثم فليتب إلى الله تعالى بالندم والاستغفار وليخرج الكفارة ولا شيء عليه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:لمن قال له :إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر ما حملك على ذلك يرحمك الله فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله فلم يلزمه بشيء غير الكفارة.

-الكفارة واحدة من ثلاث لا ينتقل عن الثانية إلا عند العجز عن التي قبلها وهي تحرير رقبة مؤمنة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا بقول الله تعالى:"فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظن به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فسيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطيع فإطعام ستين مسكينا".

-يجب موالاة الصيام وسواء صام شهريين قمريين أو ستين يوما بالعد فإن فرق الصوم لغير عذر مرض بطل الصوم ووجبت إعادته لقول الله تعالى:"فصيام شهريين متتابعين".

-الواجب في الإطعام ومدّ من بر أو مدّان من تمر أو شعير لكل سكين ولو أعطى الواجب لأقل من ستين مسكينا لما أجزأه(2)

---

1. بن حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق،مرجع سابق ،ص 320.321.
2. الجزائري أبو بكر جابر،منهاج المسلم ، مرجع سابق ،ص 428.429.

ج/ نوع الفرقة بسبب الهجر : لم ينص المشرع الجزائري على أنه الطلاق الذي يوقعه القاضي أهو بائن أم رجعي ولكن بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة في حالة هجر زوجها، وخاصة إذا كان بدون عذر شرعي أو مبرر قانوني، فالطلاق هو طلاق بائن عند المالكية وغيرهم لأن الزوجة عند تضررها جراء فعل زوجها ولأن الطلاق البائن الذي تملك عصمتها (1).

والملاحظ أن المشرع الجزائري تأثر في تقنينه لحالات التطليق لم يهمل هذا السبب لما له من إضرار ومساوئ وانعكاسات نفسية واجتماعية خطيرة ، غير أن مسألة الإثبات والخوض فيها يعد أمرا من الصعوبة بمكان لدقة وحساسية هذه الصورة ونتيجة لذلك لم نجد على صعيد الاجتهاد القضائي شيئا ينص صراحة على م3/53 ق.أ.ج إلا تلميحا له قبل البناء جاء فيه مايلي :

" من المقرر قانونا أنه يجوز التطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا ومن تبين – في قضية الحال– أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المادة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام م 53 ق.أ.ج وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإبقاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون".

والملاحظ من القرار أنه تطرق لمسألة الهجر وعدم القيام بواجب التحصين من طرف الزوج بسبب عدم الدخول بها إلا أنه تعمد عدم ذكر الأساس بوضوح واكتفى كسابقيه باعتبار الأسا س هو الضرر المعتبر شرعا تسهيلا عن نفسه في تزكية الحكم المنتقد(2).

غير أن السؤال الذي يجب طرحه هو كيفية إثبات الزوجة هجرها في المضجع؟

وفي نظر د.يوسف دلاندة من خلال الإتيان بينة كأن تقدم الزوجة بشهود على أن زوجها غادرها منذ مدة 04 أشهر أو أن تشكو للعدالة بجرم ترك الأسرة وتثبت إدانته ويصبح الحكم الصادر ضده نهائي ومع ذلك تبقى مسألة تقدير هجر الزوج لزوجته مسألة موضوعية يختص بها القاضي الفاصل في الدعوى المطروحة أمامه(3) .

---

1. الجندي أحمد نصر،شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ،ص 116.
2. ديابي باديس ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق ،ص41.42 .
3. دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق،مرجع سابق،ص55 .

2/ التطليق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة : نص المشرع الجزائري في م 7/53 ق.أ.ج بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ارتكاب فاحشة مبينة ، والملاحظ أن المشرع لم يبين ما المقصود من الفاحشة ويمكن تفسيرها على أنه هو الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي(1).

والفُحشُ والفحشاء والفاحشة هو ما عظم من الأفعال والأقوال والإسلام دين يهدف إلى تطهير مجتمع ه المسلم من الفاحشة ، ولذلك نجد آيات القرآن الكريم تنهى عن الفاحشة قول الله تعالى:

"من يأت منكم بفاحشة مبينة" و"إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة ..."(2).

والفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط على جريمة الزنا وإنما تتعداها إلى الجرائم التي أقرها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود وهذه الجرائم هي: القذف،الزنا،الرّدة ، السرقة،البغي ، المحاربة ، السكر وهي أيضا تسمى بالفواحش والفواحش جمع فاحشة.

فعقوبة جريمة الزّنا هي الجلد للبكر والرجم للثيب،لقول الله تعالى:" وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىَ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً " (3)

والرسول صلى الله عليه وسلم :" يقول خذي عني... خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم"(4)

وعقوبة جريمة القذف الجلد ثمانون جلدة لقول الله تعالى: " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ" (5).

فكل ما ذكر من بعض الجرائم تعد فواحش في نظر الشريعة الإسلامية ووجود نص في م 7/53 تؤكد أن الزوج إذا أتى فاحشة من الفواحش جاز للزوجة طلب التطليق(6).

---

1. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،ج01 ، ص305.
2. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق ،ص 120.
3. سورة النساء: الآية 15.
4. سورة النور: الآية 4.
5. يحيى بن شرف النووي، صحيح المسلم بشرح النووي، مكتبة الصفا، مصر، ط01، 2003/1424،ص 337.
6. ديابي باديس،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق،ص48.49.

ويمكن أن تكون الفاحشة الذي ارتكبها الزوج جريمة الفاحشة المبينة وعرفـت م337 مكرر من قانون العقوبات جريمة الفاحشة والمتمثلة في ارتكاب العلاقات الجنسية بين الأقارب من الفروع والأصول بين الإخوة والأخوات الأشقاء من الأب والأم أو مع أحد فروعه من والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر عن أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت وجريمة الفاحشة حسب أحكام م337 مكرر من ق.ع.ج لا تقوم إلا إذا توافرت أركانها كقيام العلاقة الجنسية وقيام علاقة القرابة وقيام القصد الجنائي ، علاوة على ذلك أن يتم إدانة الزوج ويصبح الحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به(1) وقد يكون الحق في الزوج في طلب الطلاق لارتكاب الزوجة فاحشة أو خيانة زوجية وإن كان له بالطبع أن يطلقها بإرادته المنفردة أو يلاعنها فتحدث الفرقة بينهما(2).

أ/ نوع الفرقة بسبب ارتكاب فاحشة مبينة : لقد أجاز القانون للزوجة طلب التطليق على أن الزوج إذا ارتكب فاحشة أن تطلب من القاضي التطليق عليه، وعلى القاضي أن يتحقق من ارتكاب الفاحشة(3) وعليه الطلاق الذي يوقعه القاضي ضد الزوج هو طلاق بائن قانونا(4).

3/التطليق بسبب ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في مادتين 8.37أعلاه : لقد أجاز الشرع الإسلامي وكذا القانون للزوجة أن تطلب التطليق للضرر، لقول الله تعالى: "وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ" (5).

والمقصود بالضرر هنا هو تطبيق على الزوجة وإيذائها بالقول أو الفعل أو إهمالها من الجانب المادي والمعنوي(6).

---

1. دلاندة يوسف ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج و الطلاق، مرجع سابق ،ص59.
2. بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع سابق ،ص 205.
3. الجندي أحمد نصر ، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص120.
4. ولد خسال سليمان ،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص136.
5. سورة البقرة: الآية 231.
6. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع نفسه ،ص 207.

ونص م6/53 ق.أ.ج التي أجازت للزوجة طلب التطليق دون تحديد لضرر معين والضرر هو الأذى الذي يلحقه الزوج بزوجته بمختلف أشكاله وأنواعه ويمكن للزوج قد يسبب ضررا ماديا كأن يعتدي عليها بالضرب المبرح أو إهمالها وعدم الإنفاق عليها وعلى أولادها ونتج عن الضرر أو الإضرار التي ألحقها بها زوجها استفحال الشقاق ومنه استحالة استمرارية الحياة الزوجية(1).

وعليه من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية ولما كان من الثابت– في قضية الحال– أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب 5 سنوات لاهي متزوجة ولا هي مطلقة ،باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه واستحالت الحياة الزوجية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن(2).

وفي هذا الصدد أفتى محمد أبو زهرة في قضية:أن امرأة تزوجت مع رجلا ثبت عقمه وهي في ضيق نفسي ويعاملها مع ذلك بالغلظة فيضربها ويشتمها وهي تريد الخلاص ،فأجاب الإمام أبو زهرة :أنه إذا كان يؤذيها ويشتمها بما لا يليق بمثلها فإن لها أن تطلب التفريق للضرر في مذهب الإمام مالك وإن كان الشتم يجري بين أمثالها عادة فإنه في هذه الحالة على مقتضى المذهب الإمام مالك يجوز لها أن تطلب تحكيم حكميين بينها وبين زوجها والحكمان ينظران في أمر بقاء هذا الزواج فإن وجد أن النشوز من جانبه والإساءة من جانبه جاز التفريق وهذا منصوص عليه في مدونة مالك في باب الأمر الذي يكون بين الزوجين ولا يمكن أن يفصل فيها القضاء(3).

وقد يكون الضرر معتبر شرعا إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي أو أهمل النفقة الشرعية أو إساءة معاشرة الزوجة عن طريق إهانات خطيرة أو جسيمة أو قساوة المعاملة أو أن ه ترك البيت الزوجي وغيرها ... غير أن المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضي سلطة تقدير الضرر في مثل هذه القضايا بكل موضوعية وبدون أي قيد لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره هذا ولقد أحسن المشرع صنعا عندما لم يحدد أنواعا معينة من الضرر بحيث يكون الضرر معتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى النزاع والشقاق بين الزوجين مما ينتج عنه استحالة استمرارية المعيشة المشتركة بينهما(4).

---

1. دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، مرجع سابق ،ص61.62.
2. المجلة القضائية ،غرفة الأحوال الشخصية،الجزائر،العدد 04، سنة1993 ،بتاريخ :1991/02/20قرار رقم 75588ص56.
3. بشير محمد عثمان، فتاوى الشيخ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ،ص582.583
4. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ج01 ،ص 301.302.

بالإضافة إلى هذا فإن م6/53 ق.أ.ج تنص على كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين8.37 ، وقد أشارت م8 ق.أ.ج : المقصود منها هو الزواج بأكثر من واحدة فإذا تزوج الرجل أكثر من زوجة واحد حسب الضوابط التي نصت عليها م 8ق.أ.ج كان عليه الواجب العدل بينهما وفق ما يتطلبه الشرع والقانون(1).وفي هذه الحالة يجوز لكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا(2).

ونص م6/53 اعتبرت الملاذ والملجأ المحبذ لقضاة المحاكم وحتى المحكمة العليا لنشر أي شيء في حالة الضرر معتبر شرعا ، والملاحظ أن قرارات المحكمة العليا تؤسس للتطليق بالضرر المعتبر شرعا رغم توافر القضاة على أسباب أخرى منوه عنها بوضوح في م53 والملاحظ من فقرة 06 منها قبل التعديل أن الضرر معتبر شرعا حصر بشكل جليّ في حالات منها:

- في حالة إقدام الزوج على إعادة الزواج بامرأة ثانية دون علم الزوجة الأولى.
- في حالة عدم الإنفاق عليها كما هو شرعا منوه عنه.

حيث أن قضاة الأساس استنتجوا من وقائع الدعوى بمالهم من سلطة تقديرية مطلقة بأن بقاء الزوج مع زوجته ثانية بعيدا عن الزوجة الأولى فيه ضرر،فإن بقاء الزوجة وحدها في الواحات بينما سكن الزوج العاصمة مع الزوجة الثانية مخالف للعدل المأمور به شرعا ، فليس من هذا رقابة للمجلس الأعلى عليهم،كما أن القرار المطعون فيه لهذا الاعتبار ليس فيه أي تناقض (3)، وفي حالة عدم العدل بمناسبة الزواج بأكثر من واحدة .

فبالنسبة للحالة الأولى فإن المشرع الجزائري اعتبر علم الزوجة الأولى بنية زوجها في الزواج بامرأة ثانية ضرورية وعدم القيام به يشكل غشا ويرخص لها بالمطالبة بالتطليق في حالة عدم رضاها بما أقدم عليه الزوج.

وفي الحالة الثانية أعاد المشرع التذكير بمخاطر عدم النفقة على الزوجة كما هو منوه عنه شرعا وانعدام العدل بين الزوجات في حالة التعدد إذا اعتبرت هذه الحالة أساسا شرعيا يقوم عليه الضرر يستوجب معه أحقية الزوجة في المطالبة بالتطليق(4).

---

1. بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،مرجع سابق،ص204.
2. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1 ،ص304.
3. نشرة القضاة ،غرفة الأحوال الشخصية ،الجزائر،العدد 2،سنة 1972 بتاريخ 1971/01/12 ، ص 61.
4. ديابي باديس ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق ،ص47.

وبعد التعديل م53 بموجب الأمر 05/09 المؤرخ في 2008/5/4 المتضمن الموافقة على الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/04/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري الجريدة رقم 43 اختص نص م6/53 الإشارة إلى م8 رغم وجود م8مكرر وم8مكرر01 والالتزام بالأصول القانونية التي تقضي الالتزام بالمادة التي أحال إليها نص القانون دون سواها ، وإلا كان هناك خطأ في تطبيق القانون فما هو نص م 08 حيث نصت م8 المعدلة بالأمر 05/09(1) والتي تكمن أحكام هذه م في :

- التزام حدود الشريعة الإسلامية في شأن تعدد الزوجات وحدود الشريعة الاقتصار على أربع زوجات والعدل بينهن فإباحة التعدد في الشريعة الإسلامية مقيدة بالعدل بين الزوجات والعدل هنا هو العدل الذي يستطيعه الإنسان ويقدر عليه وهو التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة مثل : النفقة والمبيت وحسن المعاشرة والنص اشترط فيه العدل.
- عدم الإقدام على تعدد الزوجات إلا إذا وجد المبرر الشرعي له وهذا المبرر يقدره قاضي الدعوى الذي يرخص بالزواج الجديد.
- إخبار الزوجة السابقة بالعزم على تعدد الزوجات، وإخبار المرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها.
- تقديم طلب الترخيص بالزواج مبينا به المبرر الشرعي للتعدد وإخبار الزوجة السابقة به، وإعلام المرأة المراد زواجها بوجود زوجة أو زوجات في العصمة(2).

وفي حالة التدليس من الزوج بأن أخفى على إحدى الزوجات حقيقة أمره فيجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق وكان على الشرع من المفروض أن ينص على حق المتضررة من المطالبة بالتعويض في حالة حصول الضرر لأن التدليس فعل عمدي وبالتالي أمكن التعويض وهذا حسب نص م8 مكرر.

---

1. م 08 :يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط و نية العدل ،يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى المحكمة لمكان مسكن الزوجية . يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.
2. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص119.120.

كما نص القانون على ضرورة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا تزوج الزوج بدون ترخيص من القاضي بناء على الشروط الواردة في م8 أعلاه وهو ما يفهم بأنه إذا حصل دخول فلا يمكن فسخ الزواج ، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إذا لم تكن راضية سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها وفقها للقواعد العامة ، وهذا ما جاء في نص م08 مكرر01.(1)

كما أن نص م37 ق.أ.ج وضحت واجبات الزوج نحو زوجته بالنفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها والعدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة،وعلى هذا فإن الزوج إذا لم يقم بالعدل المطلوب شرعا وقانونا بين الزوجات في حالة تعددهن أو تهربه من القيام بواجباته الزوجية فإنها أفعال تخول للزوجة الحق في رفع الأمر للقاضي وطلب التطليق للضرر (2).

إلا أن المشرع بموجب الأمر 05/09 عدّل نص م37 التي تنص على:" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر،غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

المطلب الثاني: خلفيات تعديل أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري رقم 05/09 .

مادامت الأسرة حقيقة هي الخلية الاجتماعية الحية والأساسية في المجتمع وهي المدرسة الأولى والطبيعة لرعاية وتربية الأجيال وغرس القيم والأخلاق الإنسانية والوطنية فأن الأسرة مازلت منذ الأزل محل اهتمام وجدال في الدين والفلسفة والعلم والفن ومحور الإستراتيجيات والسياسيات العامة والبرامج الاجتماعية والسياسية الوطنية والاتفاقيات الدولية .

فإن الدول المعاصرة الواعية المقتنعة بهذه الحقيقة الاجتماعية والقانونية والسياسية فإنها تعطي اهتماما كبيرا للأسرة وخاصة في مجال عملية تنظيم الأسرة والمجتمع الذي يعتبران الأساس في الحياة الاجتماعية ، ولقد انفردت لها بقانون خاص الذي يضبط قانون الأسرة كافة العلاقات الأسرية بصورة دقيقة ومُحكمة على أساس مبادئ العدالة والمساواة والتعاون والتكافل في تكوين الأسرة ورعايتها وحمايتها وترقيتها في ظل العديد من الضمانات الاجتماعية والقانونية والسياسية والقضائية التي تكفلها الدولة.(1)

---

1. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،مرجع سابق ،ص113 .
2. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ج01 ، ص304.305.
3. الفكر البرلماري،أبعاد تعديل قانون الأسرة الاجتماعية والسياسية والقانونية،مجلس الأمة ،الجزائر،العدد 09 سنة 2005، ص263.

وقد تم أخيرا – وبعد انتظار طويل وجدال كبير–تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب القانون رقم 05/09 المؤرخ في 2008/05/04 المتضمن الموافقة على الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/04/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية رقم 43. وذلك لتجاوب مع تغيرات ملحة وعوامل وطنية ودولية .

عوامل وأسباب تعديل قانون الأسرة الاجتماعية والسياسية والقانونية الوطنية والدولية :

سبقت الإشارة إلى مكانة قانون الأسرة ودورها في المجتمع الجزائري وإلى رصد وتحديد مظاهر العناية والاهتمام بها من طرف النظام الوطني الاجتماعي والاقتصادي والسياسي الجديد المنبثق من فلسفة ثورة أول نوفمبر 1954 ، حيث أفرد لها قانون الأسرة يتكفل بتنظيمها وترقيتها وحمايتها في نطاق مصادر النظام القانوني الوطنية والدولية لحقوق الإنسان، وفي حدود دواعي التحديث والعصرنة والتطور وحتمية تكيف وتأقلم أحكام قانون الأسرة مع عوامل المحيط الوطني والدولي في نطاق مقومات الهوية والثوابت الوطنية فلقد تبلورت حتمية تعديل وإثراء وتكييف هذا القانون بفعل المشكلات والتحديات الاجتماعية والسياسية والقانونية والقضائية الوطنية والدولية التي جابهت نظام الأسرة الجزائري بسبب احتداد تفاعلات جدلية الموروث الثقافي والحضاري وتراكمات التخلف الاجتماعي والاقتصادي من جهة .

وتعاظم دور الأسرة في المجتمع وفي سياسة التنمية الوطنية الشاملة وازدهار عملية ترقية وحماية حقوق الإنسان بفعل عوامل داخلية وخارجية عديدة أهمها عصرنة وتقدم الحياة الاجتماعية والثقافية والعلمية والتكنولوجية والسياسية،وتزايد الوعي وانتشار المد الديمقراطي ، واتساع دائرة الاتصال والتواصل والتفاعل بين الثقافات والحضارات الإنسانية العالمية في نطاق ما يعرف بنظام العولمة الشاملة ، وهذا ليتماشى مع فلسفة الاتفاقية القائمة على فكرة النوع الاجتماعي من خلال المساواة بين الرجل والمرأة والقضاء على أشكال التمييز بينهما وهذا فيما يتعلق بالحقوق والواجبات الزوجية واكتساب الجنسية ولترسيخ قيم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق والواجبات طبقا للمعايير والضوابط الدولية بالحقوق الإنسان (1) .

---

1. فكر البرلماني، أبعاد تعديل قانون الأسرة الاجتماعية و السياسية و القانونية، مرجع سابق ،ص 278.

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة :

حسب الاتفاقية التي قضت على أشكال ضد المرأة والملاحظ من ميثاق الأمم المتحدة يؤكد من جديد الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الفرد وقدره وبتساوي الرجل والمرأة في الحقوق إذ أن نلاحظ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يؤكد مبدأ عدم الجواز التمييز و يعلن أن جميع الناس يولدون أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق و أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق، ولقد كرست هذه الاتفاقية للمرأة حقوق لها مما يجعلها متساوي مع الرجل في الحياة الاجتماعية في كثير من المجالات وهذا لمجال المرأة والأهمية الاجتماعية للأمومة التي تلعب دور المرأة دورا هاما في الإنجاب فلا يجوز أن يكون أساسا للتمييز بل إن تنشأ الأطفال وتتطلب بدلا من ذلك تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل (1) ولقد كان تعديل قانون الأسرة قد مس كثيرا من المواد التي تنظم العلاقة الزوجية من زواج وطلاق وميراث والتي تعتبر الركيزة الأساسية المستنبطة من أحكام الشريعة الإسلامية والتي جعلت أحكام هذا القانون له مكانة وقداسة في الحياة الاجتماعية من الزواج الذي يعد أساس تكوين الأسرة أساسها المودة والرحمة والمحافظة على الأنساب وكما أنها كرست للرجل في إحداث الطلاق إذا كان قد بغض زوجته لأن العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج

حدثت فيه بعض الاستثناءات المستحدثة من طرف الفقهاء تيسيرا على الزوجة بما تنفق وأحكام ديننا الحنيف فوجد سبيل آخر لفك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي حينما ترغب الزوجة في الانفصال وهو ما يعرف بالتطليق الذي يتقدم فيه الزوجة أسباب وعلل شرعية التي تجعلها تطالب طلب الطلاق من القاضي(2)

التعديلات التي مسّت قانون الأسرة :

ولقد مسّ التعديل لقانون الأسرة أبواب كثيرة منها باب الطلاق الذي يحقق مبدأ المساواة والتوازن بين الزوج والزوجة وهذا من ناحية تمكين الزوجة بسبب استمرار حالات الشقاق والتنازع مع زوجها بالإضافة إلى حقها في طلب التطليق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج فضلا عن الأسباب الأخرى للتطليق المنصوص عليها في قانون الأسرة المعدل والمتمم كما نصت أحكام التعديل الواردة في هذا المجال على عدم قابلية جميع الأحكام القضائية التي تقضي بفك الرابطة الزوجية من طلاق وتطليق وخلع للطعن بالاستئناف مع قابليتها للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

---

1. الفكر البرلماني، الضمانات البرلمانية لتطبيق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مجلس الأمة ،الجزائر ، العدد8 سنة2005 ،ص 169.

2. ديابي باديس ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،مرجع سابق ، 53.54.

وفيما يتعلق بآثار فك الرابطة الزوجية بسبب من أسباب ذلك ،فإنه تم إعادة النظر في أصحاب حق ممارسة الحضانة،فأصبح ذلك مرتبا على النحو التالي:الأم،ثم الأب،ثم الجدة لأم،ثم الجدة لأب،ثم الخالة ثم العمة،وذلك على أساس أن الأب أكثر رعاية وحرصا ومسؤولية قانونية وأخلاقية على رعاية أبنائه.

مشاكل وتحديات لنظام الأسرة الجزائري :

هناك العديد من المشاكل التي عطّلت تطور الأسرة الجزائرية أهمها:

- اختلال مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة على حساب المرأة ودورها في المجتمع إذ تزايدت ظاهرة خضوع المرأة للعبودية والاجتماعية والخضوع والتبعية للرجل.
- استفحال ظاهرة الطلاق والتطليق وتفكيك الأسرة والعنوسة وتشرد الطفولة والتسرب المدرسي وانتشار مظاهر البؤس والفقر والحرمان والانحلال الخلقي وتفشي الآفات الاجتماعية والمخدرات وجنوح الطفولة والإجرام وظهور الأمراض المعدية والفتاكة .
- تعطيل دور المرأة الحيوي والفعال في بناء المجتمع السليم والمزدهر وفي حركية التنمية الوطنية الشاملة اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا .
- انفتاح أبواب المبالغات والمهاترات السياسيوية وأسباب التطرف الإيديولوجية،وسيادة فوضى الفتاوى الدينية الجاهلة في التعامل مع نظام الأسرة في الجزائر.
- ظاهرة تزايد الضغوط والمساومات والابتزاز الخارجية في نطاق نظام العولمة والنظام الدولي الجديد على الدولة الجزائري من خلال ذرائع حماية وترقية حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة و الطفل بصفة خاصة.
- اتساع دائرة الثغرات والنقائص في أحكام ق.أ.ج السابق الذكر،وتعطل فاعلية دور قضاء الأحوال الشخصية في حماية الحقوق الزوجية والطفولة ومصالح المجتمع العامة .(1)

وبهذا فإن المشرع الجزائري جاء بتوسع في أسباب التطليق لتكون المرأة التي لا تملك مالا لتقوم بالخلع أن تجد متسعا من الأسباب لتطلب التطليق بشكل مبالغ فيه،ومن هنا فإننا نلاحظ أن للشريعة الإسلامية مقاصد أرادت إعمالها من خلال جعل الطلاق بيد الرجل وتضييق أسباب التطليق حتى نحافظ على استمرارية الأسرة والمحافظة عليها ولذلك فإن القانون المعدل لم يحقق أي مقصد من وراء التوسع في أسباب التطليق وإما هو جاء استجابة لضغط المنظمات النسوية وبناء على بنود اتفاقية سيداو .

1. الفكر البرلماني ، أبعاد تعديل قانون الأسرة الاجتماعية والسياسية و القانونية، مرجع سابق، 278.279

الفصل الثاني
جديد التطليق في التشريع الجزائري

الفصل الثاني: جديد التطليق في التشريع الجزائري.

لعقد الزواج أهمية كبرى في حياة البشرية،فهو عماد بناء الأسر والأمم حيث يهدف إلى حفظ الأنساب والأعراض وإقامة علاقات الود والتعاون بين الزوجة والزوج وبين الأصهار والأقارب ، ولقداسة هذا العقد تمت إباحة طرق محددة للتفريق بين الزوجين، وهذا بعد استنفاذ مختلف سبل الإصلاح،وبإجراءات معينة ، وقد بين تقنين الأسرة الجزائري حق المرأة في طلب التطليق عند كل ضرر يمسها ويقدره القاضي،حيث تضمن القانون الحالي مع وجود مستجدات حاول المشرع من خلالها الحفاظ على حقوق المرأة ، ولقد استحدث المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير الذي مسّ قانون الأسرة 05/09 للمادة 53 توسيع أسباب التطليق والتي أضاف إليها سببين جديدين يسمحان للزوجة المتضررة من زوجها طلب التطليق بحكم من القاضي من خلال الشقاق المستمر بين الزوجين ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

وقد تم تقسيم هذا الفصل إلى 3 مباحث :

المبحث الأول : أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري 05/09.

المطلب الأول : التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

المطلب الثاني : التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

المبحث الثاني : إجراءات التقاضي في دعوى التطليق .

المطلب الأول : إجراءات رفع الدعوى التطليق.

المطلب الثاني: الأحكام الصادرة بحل الرابطة التطليق وطرق الطعن فيها.

المبحث الثالث: توابع التطليق.

المطلب الأول: ما يثبت للزوجة.

المطلب الثاني: ما يثبت للأولاد.

المبحث الأول : أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري 05/09.

نص المشرع الجزائري على أنه يجوز للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بمقتضى التطليق، غير أنه قد علق طلبها هذا على سبب من الأسباب التالية والواردة بقانون الأسرة الحالي.

المطلب الأول: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

إن من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة بين الزوجين لقيام علاقة زوجية سليمة مبعثها السعادة والسكينة لقول الله تعالى:" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "(1)والمعاشرة بالمعروف من قواعد الزواج التي وضعها الله فبزوال آثر هذه القواعد قد يحدث الشقاق بين الزوجين الذي يكدّر عليها الحياة الزوجية التي تكاد أن تصبح سببا للتفريق بينهما .

1/ تعريف الشقاق :

أ/ لغة: الشقاق هو الخلاف والعداوة يقال شاقه مشاقه وشقاقا أي خالفه مخالفة والشقاق العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين(2).

والشقاق المنازعة وقيل الشقاق المجادلة والمخالفة والتعدي وأصله من الشق وهو الجانب فكأن كل من الفريقين في شق غير شق صاحبه (3).

ب/ الشقاق في الاصطلاح الشرعي : لم يعرف الفقهاء الشقاق في الاصطلاح الشرعي ولكنهم ضمنوه معناه اللغوي وهم يتكلمون عن معناه في الشرع باعتباره سببا للتفريق بين الزوجين فكأنهم اكتفوا بمعناه اللغوي الواضح وأنه هو المراد باعتباره سببا للتفريق ولكن المفسرين ذكروا المراد الشقاق في قوله تعالى :" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ".

فقال الإمام الرازي رحمه الله للشقاق تأويلات :

- أن كل واحد منهما يفعل ما يشق على صاحبه.
- أن كل واحد منهما صار في شق العداوة والمباينة (4).

---

1. سورة الروم: الآية 21.
2. الإفريقي بن منظور، لسان العرب،باب الشين، دار المعارف،مصر،2003،ص50.
3. الأنصاري القرطبي محمد بن أحمد،الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع،لبنان،ط 01، 2006/1428 ،ص167.
4. زيدان عبد الكريم،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلمة،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع،لبنان،ط1424،2003/02،ج08،ص 408.

وفي تفسير ابن كثير لهذه الآية ذكر الله تعالى: الحال الأول وهو إذا كان النفور والنشوز من الزوجة والحال الثاني وهو إذا كان النفور من الزوجين (1).

ويعتبر الشقاق شيء غير مرغوب فيه شرعا ، فحاولت الشريعة الإسلامية معالجته قبل وقوعه بالقضاء على أسبابه وهذا عند مرحلته الأولى وإذا اتضح أن هذه الوسيلة الوقائية لم تجد نفعا فلم يبق إلا الانتقال إلى مدى أبعد وهو الاكتفاء بما شرعته الآية الكريمة من سورة النساء الآية35(2) التي بينت حل لأمرها أن يتولى أمرها الحاكم من أهل ثقة لينظر في أمرها ويمنع الظالم منها من الظلم فإن تفاقم أمرهما وطالت خصومتهما بعث الحاكم القاضي ثقة من أهل المرأة وثقة من أهل الرجل ليجتمعا وينظر في أمرها ويفعلا ما فيه للمصلحة مما يريانه من التوفيق أو التفريق(3).

ج/ طرق وقاية من الشقاق : نجد عدّة سبل لتفادي الشقاق أو القضاء على أسبابه قبل وقوعه ومن بينها:

1)احترام كل زوج لحقوق الآخر: بينت الشريعة الإسلامية أن الحقوق بين الزوجين متقابلة وعلى كل طرف أن يراعى حقوق الطرف الآخر لقول الله تعالى:" وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عليهن بالمعروف ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"(4) ولقد نص المشرع الجزائري في م 36 ق.أ.ج على حقوق وواجبات الزوجين ولا يجوز أن يهمل كل طرف حقوق صاحبه لأن التفريط بهذه الحقوق من شأنه أن يثير أسباب الشقاق بين الزوجين ولا شك أن القيام بواجبات الحياة المشتركة والمحافظة على الروابط الزوجية يؤدي إلى تدعيم العلاقة بين الزوجين واستمرارها في سعادة ومودة ، ولقد جاءت الآية وأعطت للمرأة من الحقوق مثل ما لل رّجال عليها لذلك يجب على كل واحد من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر(5).

---

1. العوايشة حسين بن عوادة،الموسوعة الفقهية الميسرة في الفقه الكتاب والسنة المطهرة،دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع،الأردن،ط01، 2004/1425 ،ج 5 ،ص 352.
2. قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي و القضاء ،مرجع سابق ،ص 160.
3. العوايشة حسين بن عوادة، الموسوعة الفقهية الميسرة في الفقه الكتاب والسنة المطهرة ، مرجع نفسه ،ج05 ، ص 352.
4. سورة البقرة : الآية 228 .
5. زيدان عبد الكريم ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلمة، مرجع سابق، ج08 ، ص409.410.

2) الأمر بالمعاشرة بالمعروف : يجب على كل من الزوجين أن يحسن معاشرة صاحبه بالمعروف الذي لا ينكره الشرع والعرف قولا وفعلا وخلقا ويكون هذا التعاو ن على جلب الخير ورفع الشر والتسامح والإخلاص في أداء الواجب والمحافظة على الروابط الزوجية بروح من المحبة والمودة والتي تعتبر من أهداف الزواج لتكوين أسرة أساسها الرحمة والتعاون (1)لقول الله تعالى:"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ "(2)وقوله تعالى:"وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ "(3) فإذا اختلفت هذه المعاملة وسوء العشرة بين الزوجين وما تتركه المعاشرة السيئة في نفس المرأة تؤدي إلى مسببات الشقاق التي هي كالبذور للشقاق (4).

فلا شك أن الشقاق سيحل محل المودة والرحمة وتسوء العشرة بين الزوجين وينجر عن ذلك آثار سيئة في نفسية الزوجة ولهذا أمر الله الأزواج بمعاشرة زوجاتهم بالمعروف وهذا الأمر صريح يحسن المعاشرة و يؤثر في نفسية الزوج المسلم ويحثه على نبذ الشقاق والابتعاد على أن أسبابه وتتمثل في حسن المعاشرة في أن يحسن كل واحد منهما للآخر وفي هذا المضمار قال أحد الفقهاء إنه كما حث الرسول صلى الله عليه وسلم:"الرجال أن يستوصوا بالنساء خير" وليست حسن المعاشرة استجابة أحد الطرفين لأخر وإنما هو معنى ينبعث من قلب أحدهما إلى قلب صاحبه مشمولا بروح الإيمان بالمهمة الملقاة على عاتقهما وبما يفضي على جميع متعة الراحة والسعادة والاستقرار (5).

3) ما ينبغي للزوجة فعله عند نشوز الزوج : على الزوجة أن لا تشدد في المطالبة بكامل حقوقها من زوجها إذا رأت منه نشوزا أو إعراضا إبقاء الرابطة الزوجية ومنعا كمسببات الشقاق لقول الله تعالى:"وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا "(6)

---

1. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ط06،2012، ج01 أحكام الزواج، ص309.310.
2. سورة الروم: الآية 21.
3. سورة البقرة: الآية 187.
4. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلمة ، مرجع سابق،ج08 ، ص410.
5. قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، مرجع سابق،ص162
6. سورة النساء: الآية 128.

ومن خلال هذه الآية يتبين أن نشوز الزوج وما يترتب عليه من سوء العشرة والمعاملة يؤدي غالبا إلى الشقاق بين الزوجين ثم إلى الطلاق وعلاج هذه الحالة بعلاج مسبباتها وهي عزوف الزوج عنها لكبرها ... الخ فالعلاج الحاسم لها والمبني على الواقع هو تنازل الزوجة عن بعض حقوقها وبالتالي تزول أسباب نشوز الزوج وإعراضه عنها وما يترتب على ذلك من سوء العشرة ثم الشقاق ثم الطلاق فإذا أبت الزوجة التنازل عن حقوقها فإذا عجز الزوج عن الإيفاء أو لم يرغب فيه كالمبيت عندها في نوبتها وأصّر المبيت عند زوجته الأخرى مثلا فلا جناح عليه أن يعوضها بمال يبذله لها عوضا عن ليالي المبيت عندها إذا رضيت بالتنازل عن حقها في النفقة لأن المقصد هو التراضي لبقاء الرابطة الزوجية ومن الواضح أن هذه المصالحة بالتنازل عن حقوقها بعوض أو بدونه تنزيل مسببات الخلاف والشقاق وتبقى الرابطة الزوجية وهذا خير من انقطاعها (1).

4) ما يفعله الزوج عند نشوز زوجته : إذا نشزت الزوجة أي خرجت عن طاعة زوجها ولم تؤد حقوقه فعلى الزوج أن يعظها بتبيين أن ما تفعله أن يؤدي إلى تدمير الحياة الزوجية بينهما فإن لم ترتدع وترجع عن نشوزها فإن لم ينفع ذلك معها يهجرها في المضجع فيترك النوم معها في فراش واحد ويترك معاشرتها فإن لم ينفع ذلك معها جاز له أن يضربها ضربا غير مبرح إذا كان يعلم أن مثل هذا الضرب قد يفيد في ردعها عما هي فيه لقول الله تعالى :"**وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ**"(2) وأما إذا كان يعلم أنه لا يفيد فلا يجوز له أن يضرب والضرب المباح هو الخفيف شريطة أن يكون بعيدا عن الوجه وعن الأماكن التي تقتل والأولى عدم الضرب .

ولما رود ففي النهي عنه الأحاديث التي تنهى عن ضرب الزوجات مثل قول الرسول صلى الله عليه وسلم:"**فلا تضربوهن و لا تقبحوهن** "(3)

---

1. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلمة، مرجع سابق ، ج08 ، ص411.412.
2. سورة النساء: الآية 34.
3. سنن أبي داود،سليمان ابن الأشعف،أبو داود، مرجع سابق،ص 6745.

2/ موقف الفقهاء من التفريق للشقاق: إذا تمنع الوسائل الوقائية من وقوع الشقاق أو من إزالته إذا وقع التي سبق الإشارة إليها سابقا فهل يصلح الشقاق بسبب للتفريق بين الزوجين؟

وللإجابة على هذا التساؤل هناك قولان للفقهاء (1) .

القول الأول: مذهب الحنفية لا يصلح الشقاق سببا للتفريق بين الزوجين مهما كان شديدا لأن دفع الضرر من الزوجة يمكن بغير الطلاق عن طريق رفع الأمر إلى القاضي والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها (2) .

فقد قال الإمام الجصاص موضحا هذا القول ومحتجا له بقوله:" لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليه لم يفرق الحاكم بينهما ولم يجبرها الحاكم طلاقها قبل تحكيم الحكميين وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا على رد مهرها فإن كان كذلك حكمهما قبل بعث الحكميين فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتها من غير رضا الزوج وتوكيله وإخراج المهرعن ملكها– بالمخالعة–من غيرها " وهذا مذهب أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه وهو قول الأظهر في مذهب الشافعية ومذهب الظاهرية والجعفرية .

القول الثاني : يصلح الشقاق سببا للتفريق بين الزوجين لأن بقاء الشقاق ضرر بالزوجين والضرر يُزال وإزالته عن الزوجة بإيقاع التفريق وهذا في الرواية الثانية عن الإمام أحمد بن حنبل وهو قول الإمام مالك والقول الثاني في مذهب الشافعية وهو قول فقهاء المدنية وهذا ما نرجحه (3) وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء حيث يقول الرسول الله صلى الله عليه و سلم:" لا ضرر ولا ضرار" وبناء ترفع المرأة أمرها للقاضي فإن أثبتت الضرر أو صحة دعواها طلقها منه القاضي وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها (4)

---

1. زيدان عبد الكريم ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلمة، مرجع سابق ،ج08 ،ص 412.
2. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق ،ص 281.
3. زيدان عبد الكريم ،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلمة، مرجع نفسه ،ج08 ،ص413.
4. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع نفسه ، ص 281.

3/ موقف المشرع الجزائري: أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها للشقاق إذا استمر بينهما وهذا حماية لها وأولادها من النشوء في جو عائلي وهذا فضلا عن الإبقاء على الصلة بين أهل الزوجين وهذا حسب م 53 /8 ق.أ.ج ،ولقد حدد القانون سبب التطليق لشقاق المستمر بين الزوجين وهذا سبب يشمل نواحي عدة للضرر والشقاق بسبب هذا الضرر،وفقهاء المالكية يقولون:الضرر هو مالا يجوز شرعا ويقول:الدردير أحد فقهاء المالكية – ولها – أي الزوجة – التطليق على الزوج بالضرر، وهو ما يجوز كهجرها بلا موجب شرعي وضربها وسبها وسب أبويها فيشمل الضرر القول والفعل أو ترك أو أي مظهر يظهر بالزوجة ويصدر عن زوجها بقصد الإضرار بها دون مبرر شرعي لذلك،والضرر قد يكون ماديا وقد يكون معنويا وهناك بعض الأمثلة على الإضرار الذي يؤدي إلى الشقاق المستمر وإن كانت حالاته لا تقع تحت الحصر إلا أن له ضوابط يتعين على قاضي الدعوى أن يتحقق من قيامها :

1) أن يكون الضرر واقعا من الزوج على زوجته نفسها سواء بفعل أو قول وقع عليها أو على والديها وسبب لها ضررا ماديا أو معنويا شرط هذا الضرر أن يكون مقصودا من الزوج.
2) أن يكون الضرر ناشئا عن شقاق وتنافر بين الزوجين ويكون ملازما غير مقابل للزوال.
3) أن يثبت الضرر فعلا أمام القاضي لأن الضرر معياره شخصي لا مادي.

ومن تطبيقات الفقهاء في شأن الشقاق والضرر يجيز للزوجة طلب التطليق بسببه :

1) الزوج الذي يقوم بإفشاء السر الخاص بينه وبين زوجته هذا الفعل يكون سببا من أسباب الشقاق بين الزوجين.
2) التراخي في الدخول بالزوجة عمدا واستطالة المدة والزواج بأخرى سبب من أسباب الشقاق.
3) طمع الزوج في مال زوجته سبب من أسباب الشقاق .
4) طول الخصومات القضائية بين الزوجين سبب من أسباب الشقاق بين الزوجين .
5) فالتطليق للشقاق المستمر بين الزوجين يستوي فيه أن تكون الزوجة مدخولا بها أوغير مدخول بها(1).

---

1. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق ، ص 121.122.123.

4/ نوع الفرقة الشقاق: الطلاق الذي يوقعه القاضي للشقاق بين الزوجين طلاق بائن قانونا لأن ضرر لا يزول إلا به لأنه إذا كان الطلاق رجعيا يمكن للزوج من مراجعة الزوجة في العدة والعودة للضرر(1) ويعلل ابن العربي المالكي ذلك لقوله إذا حكما بالفراق فإنه بائنا لوجهين :

أ/ أحدهما : كلي والآخر معنوي فبالنسبة للكلي : فكل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بائن .

ب/ الثاني : أن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان فلم يكن إيقاعه رجعيا يفيد شيئا فامتنع وقوعه رجعيا من أجل ذلك،وعليه هل الطلاق البائن يقع بطلقة واحدة أو أكثر طلقات ؟ .

إذا أوقعاه بأكثر من واحدة فعند ابن القاسم أي ينفذ ما أوقعه من عدد الطلقات وقال مطرف وابن الماجشون لا يكون إلا طلقة واحدة بائنة وقد بيّن الإمام ابن العربي المالكي مستند القولين وأصحابهما جميعا من المالكية فقال وجه القول بأنه ينفذ ما أوقعاه ولو كان أكثر من واحدة وهو أنهما حكما فينفذ ما حكما به ووجه الثاني أي يقع واحدة وأن حكمها لا يكون فوق حكم الحاكم والقاضي لا يطلق أكثر من واحدة ولكن استقر عليه فقهاء المالكية المتأخرون هو قول مطرف وابن الماجشون فلا يلزم الزوج إلا طلقة واحدة فقد جاء في الشرح الصغير للدردير:"ولا يلزم الزوج مما زاد على الواحدة أي من الطلقات" وقال الصاوي تعليقا على هذا القول : " حاصلة أنه لا يجوز لهما أي القاضي ابتداء إيقاع أكثر من طلقة واحدة فإذا أوقعاه فلا ينعقد منه إلا طلقة واحدة لأن الزائد خارج عن معنى الإصلاح(2).

---

1. بن حرز الله عبد القادر،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق،مرجع سابق،ص 282 / ولد خسال سليمان،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ،ص 137 / الزحيلي وهبة،الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ،ج07 ، ص 529.
2. زيدان عبد الكريم،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلمة، مرجع سابق ،ج08 ،ص 434.433.

المطلب الثاني : التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

هل كل الشروط المتضمنة في عقد الزواج تنتج آثارها بحيث تكون لها قوة إلزامية؟أي مدى قوة الإلزامية الاشتراطات العقدية ؟

وقبل الإجابة على هذا التساؤل نتناول في هذا الموضوع مفهوم الشرط والشروط المتفق عليها في العقد ومن ثم آثار هذه لشروط.

1/ تعريف الشرط المقترن بالعقد والشروط التي يقتضيها العقد.

قد يصدر من المتعاقد تصرفات قولية منجزة ومطلقة وخالية من كل قيد وشرط وعندئذ يبرم العقد وتترتب عليه أحكامه وآثاره في الحال ويسمى العقد منجزا مطلقا .

أ/ تعريف الشرط : الشرط هو معروف وكذلك الشريطة والجمع شروط وشرائط والشرط هو إبرام الشيء والتزاماته في البيع ونحوه والجمع شروط (1).

هو اقتران التصرف بالتزام أحد المتعاقدين بالوفاء بأمر زائد عن مقتضى التصرف وغير موجود وقت التعاقد و ذلك بشرط كذا أو على أن يكون كذا أو ما تشابه ذلك (2).

وعرفه الأصليون بأنه كل أمر خارج من الشيء الموقوف عليه دون أن يكون جزءا منه،وعرفه الشيخ الدردير: بأنه ما يلزم من عدمه عدم الشروط ولا يلزم من وجوده المشروط ولا عدمه (3).

ب/ تعريف الشرط المقترن بالعقد : عرفه الفقه الإسلامي بأنه:التزام العاقد في عقده أمر زائد عل أصل العقد سواء أكان مما يقتضيه العقد نفسه أو كان مؤكدا له أو مخالفا له وسواء أكان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط أم كان الاشتراط لصالح الغير أم لم تكن هناك مصلحة لحد مطلقا.

وجاء في تعريف العقد المقترن بالعقد من أحد الكتاب بأنه:اقتران عقد الزواج بالتزام أحد طرفيه أو كليهما بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد بناء على اشتراط الطرف الآخر بأية عبارة أخرى أو تفيد ذلك (4)

---

1. الإفريقي بن منظور، لسان العرب، باب السين ،مرجع سابق ، ص 2235.
2. الدردير أحمد،الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،طبعة دار المعارف،مصر،ب.ط،ج2 ،ص 258
3. الشوكاني أحمد،إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول الشوكاني، دار السلم للنشر والتوزيع الترجمة،مصر،1998/1418،ج01،ص44.45.
4. الكساني الحنفي علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،دار الكتب العلمية،لبنان،ط1424،2003/02، ج4،ص 422.

وقد تجدر الإشارة إلى أنه ما يعنينا في بحثنا هذا الشروط التي تكون داخل ماهية العقد وبالأخص الشروط التي يشترطها أحد الزوجين وتكون مقترنة بالعقد وهي في حد ذاتها عقود مبينة على تبادل الإرادتين وتكتسب القوة الإلزامية للعقد.

2/ الشروط التي يقتضيها العقد: تنص م19 من ق.أ.ج:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم يتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" ، اقتصر المشرع الجزائري في هذه المادة على ذكر شرطين بالتحديد أما بالنسبة لباقي الشروط اكتفى بالإشارة إلى أنه يجب ألا تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.يتبين أن المشرع لم يوضح الشروط التي تبيح للزوجة حق التطليق في حالة مخالفتها طبقا لنص م53/ 9 ق.أ.ج والتي تنص على:" مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج" .

ولكن يلاحظ أن كل الاجتهادات ترى أن كل عقد في الشرع أحكاما أساسية تسمى بمقتضى العقد نظمها الشرع مباشرة وأثبتها حفاظا للتوازن بين المتعاقدين في الحقوق فلا يحق للعاقدين أن يشترط من الشروط ما يخالف مقتضى العقد، فإن كان ذلك يفسخ العقد، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء مبدئيا، ولكن اختلفوا حول حرية التعاقد فذهب البعض إلى أن الأصل في ذلك التقييد في الشرط ولا يباح إلا ما جاء به النص وذهب البعض الآخر إلى أن الأصل في ذلك الإطلاق ولا يحظر منها إلا ما جاء النص بحظره (1).

أ **التقييد في الشروط :** يرى أنصار هذا التقييد أن لكل عقد أحكاما أساسية معروفة بمقتضى العقد نص عليها الشرع مباشرة وأثبتها حفاظا للتوازن في الحقوق بين أطراف العقد وليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط ما يخالف هذا المقتضى وإن حصل ذلك فتعد هذه الشروط غير لازمة ولا يجب الوفاء بها وأن عقد الزواج يبقى صحيحا والشروط لا أثر فيها ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية ويقاربه في ذلك جمهور فقهاء المالكية ثم الاجتهاد الشافعي فهذه الاجتهادات قد أخذت مبدئيا بنظرية مقتضى العقد وتمسك أصحابها بفكرته إجمالا ثم اختلفوا في التفصيل وتشبعت أنظارهم،والاجتهاد الشافعي أكثرهم تشددا وتضييقا لحرية الشروط فمقتضيات العقود كلها في نظرهم إما تثبت بدليل شرعي وليس للعاقد أن يخالفها أو يضيف إليها أو يقيدها بقيد إلا إذا أقام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به كاشتراط تأجيل الثمن في البيع وتأجيل المهر في عقد الزواج (2).

---

1. قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء ، مرجع سابق،108.
2. الزرقا مصطفى أحمد،المدخل الفقهي العام،دار القلم،سوريا،ط01، 1998/1418،ج01،ص550.

واستدل هذا الفريق الذي يقول ببطلان الشروط التي يقتضيها العقد وبقاء عقد الزواج صحيحا بالكتاب والسنة .

أ/ من القرآن الكريم : قول الله تعالى :" **وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** "(1) .

قوله عزوّجل:" وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ "(2) .

ووجه الدلالة في أصحاب هذا الرأي أن الله سبحانه وتعالى بيّن بهاتين الآيتين حدود لا يصح لعباده أن يتجاوزها ووصف من يتعداها بالظلم ، وحيث قال أبو جعفر : يعني أن الله تعالى ذكره بذلك معالم فصوله بين ما أحل لكم وحرم عليكم أيها الناس فلا تعتدوا ما أحل لكم من الأمور التي بينها وفصلها لكم من الحلال إلى ما حرم عليكم فتجاوزوا طاقته إلى معصيته " (3).

وقد نوقش الاستدلال بهاتين الآيتين بأنه ليس فيهما مما يدل على مدعاهم إذ هو واردتان في شأن من يخالف ما شرعه الله تعالى بفعل ما نهى عنه وترك ما أمر به دليل ذلك ما ذكر من أحكام شرعية فهذه الأخيرة تقصد منها بيان المتعدى لحدود الله وذلك ردعا وزجرا لعباد عن مخالفة شرعه الله وحكمه وبهذا يبطل الاحتجاج بهاتين الآيتين .

ب/ من السنة النبوية : ما رواه الشيخان البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط "(4) .

وما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:"المسلمون على شروطهم"

وكذا في رواية أبو داود :" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حرام أو حرّم حلالا" (5) . ووجه الدلالة أن هذه الشروط التي يقتضيها العقد في إطلاقه تحرم الحلال كالتزويج بامرأة أخرى أولا يطلقها أبدا أو لا يسافر بها كل ذلك فيه تحريم للحلال فيكون هو تحليل الخنزير والميسر سواء في أن كل ذلك خلاف لحكم الله تعالى(6).

---

1. سورة البقرة : الآية 228.
2. سورة الطلاق: الآية 1.
3. الطبري محمد بن جرير،تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن،دار الكتب العلمية،لبنان،ط1426،2004/04،ج02،ص486.487.
4. البخاري عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم،صحيح البخاري،مرجع سابق،ص 2/27.
5. المارودي البصري علي بن محمد بن حبيب،الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي،دار الكتب العلمية،لبنان،1999/1419،ج6،ص365.
6. الألباني محمد ناصر الدين، صحيح الجامع الصغير وزيادته، مرجع سابق، ج01، ص 4530.

ومن الواضح أن هذه الشروط ليست من مصلحة العقد ولا من مقتضياته فتكون شرط فاسدا كما لو اشترطت المرأة عدم تسليم نفسها لزوجها كما يقتضي عقد النكاح وأن الشروط المضافة في عقد النكاح تعدل من آثاره وأن ترتيب الآثار في العقود هي من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين وهذا هو وجه منافاتها واستعبادها ويرد على هذا الوجه بأن الشريعة الإسلامية هي التي ترجع لها ترتيب آثار العقود منها عقد النكاح ومن جهة أخرى الشارع هو الذي أجاز للمتعادين عن طريق إضافة شروط للعقد بقصد تعديل هذه الآثار لمصلحة الطرفين وهذا الإذن بتعديل آثار العقود بالشروط المعتبرة شرعا يجعل الإجازة محدودة أي يصبح التعديل مقيدا بالقدر المحدود فيه شرعا إذا جاء الشرط موافقا للقدر المحدود والمأذون فيه شرعا ، كان الشرط صحيحا وإذا تجاوز الحد المأذون فيه كان شرطا لاغيا وباطلا وظل العقد صحيحا إلا إذا كان الشرط مخالفا لمقصود العقد ومقتضاه يبطل الشرط والعقد معا(1).

ب – الإطلاق في الشروط: يرى القائلون بأن الشروط التي لا يقتضيها العقد في إطلاقه والتي تكون فيها مصلحة للزوجة تعتبر شروط صحيحة تثبت لها الحق إذا لم يف بها الزوج فتبقى هذه الشروط قائمة ولا يبطل الشرط منها إلا إذا قام الدليل على إبطاله ، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة وخاصة منهم ابن تيمية وابن القيم ، حيث يقول ابن تيمية في الفتاوى : " إن أصول الإمام أحمد المنصوص عنه أكثرها تجري على هذا القول ومالك قريب منه ولكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا منه " .

يتضح من هذا القول أن مذهب الحنابلة هو أوسع المذاهب في تصحيح الشروط ثم يليه المذهب المالكي والحنفي والشافعي والظاهري (2)، واستدل هذا الفريق بآيات كثيرة منها:

أ/ القرآن الكريم : قال الله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "(3).

وقوله أيضا :"وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا"(4).

فمن خلال هاتين الآيتين أوجب الله تعالى الوفاء بالعقود دون تحديد والمقصود بالعقود هي الشروط وقال الله تعالى في آية أخرى ذم المتناقضين للعهود بعد إبرامها.إذ يقول الله تعالى:"وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ "(5)

---

1. زيدان عبد الكريم ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلمة ، مرجع سابق ،ج08 ، ص420.
2. قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي و القضاء ، مرجع سابق،ص 112.111.
3. سورة المائدة : الآية 1.
4. سورة الإسراء : الآية 34 .
5. سورة النحل: الآية 91

ووجه الدلالة : إن من يتزوج امرأة و يكون قد وافق على شرط من الشروط التي تعود عليها بالمنفعة ثم بعد تمام العقد يعود في شرطه وينقض التزامه وعهده تجاه زوجته وبالتالي فعلى الزوج أن يقوم بأحد الأمرين إما الالتزام بالشرط أو أن يجبرها في البقاء معه أو مفارقته، فأحد الأمرين التي تختاره الزوجة عليه بفعله (1).

ب/ من السنة النبوية: استدل هذا الفريق حيث قال الرسول الله صلى الله عليه و سلم:" أربع من كنّ فيه كان منافيا خالصا ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا عاهد عذر وإذا خاصم فجر"(2).

وقوله صلى الله عليه و سلم : "إذا أجمع الله الأولين والآخرين يوم القيامة يرفع لكل غادر لواء فيقال: هذه غدره فلان ابن فلان " (3)

وتبين من هذه الأحاديث أنها تلزم كل من ارتبط بشرط أو بعهد الوفاء و تحث عن رعاية العقود والنهي عن العذر ونقض العهود .

فالشروط هي وسيلة إلى جعل أحكام العقود وآثارها محققة لمصلحة المتعاقدين ولا لو حاجاتهم إليها لما أقدموا عليها فإن الأصل في الاشترا ط في العقود هو الخطر لا يتفق مع مرونة الشريعة الإسلامية وقابليتها للتطبيق في كل عصر لأن هذا الرأي يؤدي إلى كثير من العقود والناس في حاجة إليها ومن الممكن طبقا لمبادئ الشريعة الإسلامية العامة تصحيح هذه العقود ما دامت لا تخالف نصا في الشريعة ويتبين من أحوال الفريقين رجحان أدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الإباحة وهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية ، ابن القيم حيث يقول ابن تيمية وهو يسوق حجته في ذلك وإذا ظهر أن لعدم تحريم الشروط وصحتها أصليين : الأدلة الشرعية العامة والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع وعلى هذا فإن كل مسألة تأخذ على حدة وينظر في أدلتها الشرعية ثم قال : لأن الأدلة المنافية لتحريم الشروط والمثبتة كلها مخصوصة بجمع ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط فلا ينتفع بهذه القاعدة في أنواع المسائل إلا مع العلم والحجج الخاصة في ذلك النوع (4).

---

1. قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي و القضاء، مرجع سابق، ص 112.
2. البخاري عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري،مرجع سابق،ص 3007.
3. النووي يحيى الدين بن شرف، صحيح المسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج02: النكاح ، ص 42إلى46.
4. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، مكتبة الإرشاد،السعودية،ب.ط،ج03، ص 346.

ونخلص إلى أن المذهب الحنبلي أفسح المجال واسعا أمام المتعاقدين لاشتراط ما يرغبون ضمن النظام العام للشريعة الإسلامية ويوجب الوفاء بكل شرط لم يقم دليل على ما نقضه فإنه يجعل العقد غير لازم عند تخلفه بالنسبة للمشترط لذا يكون لهذا الأخير الحق في الفسخ بسبب ترك الوفاء بالشرط ويمكن عمل مخالف الشرط على الوفاء به ،ويبدو أن المشرع الجزائري اعتمد على الرأي الثاني وهذا ما تؤكده م19 ق.أ.ج ويفهم من هذا النص أن المشرع لم يتقيد بشروط معينة بل أجاز للزوجين أن يشترطا كل الشروط التي تعود عليها بالنفع في عقد الزواج ، فبمجرد إبرام العقد والانتهاء منه تترتب عليه آثاره فإذا اتفق العاقدان على شرط بعد إنشاء العقد وتمامه أي شرط لاحق فما هو مدى تأثيره على العقد السابق لإبرامه ؟

اختلف الفقهاء حول حكم هذا الشرط ، ذهب المالكية والظاهرية إلى عدم التحاق الشرط المتأخر بالعقد،أمّا أبو حنيفة فإنه يرى بأن الشرط المتأخر يلتحق بالعقد مطلقا خلافا لصاحبيه محمد و البخاري في الشرط الفاسد حيث قالا أنه لا يلتحق بالعقد ولا يؤثر فيه ، أمّا عن الشافعية والحنابلة قالوا:إذا كان الشرط اللاحق قبل لزوم العقد فإنه يلتحق به وإن كان بعد لزوم العقد فلا يلتحق به ،والظاهر أن المشرع الجزائري أخذ برأي أبي حنيفة عندما نص في م 19 ق.أ.ج أنه يجوز للمتعاقدين أن يضيفا شرطا في عقد رسمي لاحق أي بعد إتمام عقد الزواج في هذه الحالة يكون قد أخذ بالصيغة الإلزامية بتسجيله في الحالة المدينة وهذا ما يجب فهمه من ذكر عقد رسمي لاحق (1)

3/ آثار الشروط المقترنة بالعقد : لقد اهتم الشرع اهتماما كبيرا بنظرية الشروط التي تمنح للجانب الضعيف من المتعاقدين مزيدا من الأمن على نفسه وضمان المستقبل غير مضطرب ونظمت الشريعة الإسلامية عقد النكاح وصيغته وقررت الآثار المترتبة عليه من حقوق وواجبات كل الطرفين ، وأيضا فيترتب عليه حق الاستمتاع بين الجنسيين ووجوب النفقة للمرأة على الرجل وثبوت النسب والحضانة وحرمة المصاهرة والإرث بين الزوجين بينهما وبين الأولاد (2) وقد لا يحصل تكافئ بين الزوجين بأحكام العقد الشرعي ويريد إضافة شروط أخرى تحقق له مصلحة أو منفعة ويقبلها الطرف الآخر فإذا تم العقد بهذا الشكل يكون الشرط جزءا من صيغة العقد ويلتحق به الشروط المقترنة بعقد الزواج مختلفة منها ما يجب الوفاء بها باتفاق الفقهاء وهي شروط صحيحة وهناك من الشروط مالا يجب الوفاء بها من التزامه والبعض الآخر قال بلزوم الوفاء بها وهي الشروط الجائزة التي ليست من مقتضيات العقد ولاهي مما تنافيه.

---

1. قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، مرجع سابق ، ص 115 .
2. الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ،ج01، ص542.

أ/ الشروط الصحيحة : اتفق الفقهاء على صحة الشروط التي يمكن أن يشترطها أحد الزوجين في عقد الزواج وهذه الشروط هي التي توافق مقتضى العقد ويقصد به الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد سواء بالنص عليها مباشرة أو استنباط الاجتهادات بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين فكلها شروط يقتضيها العقد وهي ثابتة ولو لم تشترطها الزوجة وبالتالي يكون العقد صحيحا والشرط صحيحا من ثم يجب الوفاء بها لأن الشارع رتبها على هذا العقد وجعلها من آثاره ، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز اقتران العقد بشروط صحيحة وصحة العقد باقتران هذه الشروط كما أنهم اتفقوا على أنه يجب على من قبل الشرط أن يلتزم به غير أنهم اختلفوا في أثر عدم الوفاء بالشرط ممن التزامه وهم الأحناف والحنابلة ،حيث يرى الأحناف أن عدم الوفاء بالشرط الصحيح لا يترتب عليه أي أثر على عقد الزواج ولا يعطي لصاحب الشرط المتخلف حق فسخ العقد .

أما الحنابلة فقالوا بأن عدم الوفاء بالشرط الصحيح يعطي لمن وضعه في عقد الزواج حق الفسخ لتخلف شرطه فعقد الزواج إذا اقترن بشرط صحيح صح العقد ووجب الوفاء بالشرط فإن لم يف به من التزامه ثبت لصاحبه الشرط المتخلف حق فسخ العقد(1) ولا جدال في أحكام قانون الأسرة مستنبطة من الشريعة الإسلامية وبالتحديد فإن م 19 ق.أ.ج تستند إلى المذهب الحنبلي الذي يرى أن الشروط التي لا تتنافى مع مقتضيات العقد شروط لا يتأثر العقد بها ويجوز للمشترط في حالة عدم الوفاء بها أن يطالب بفسخ العقد لأن المشترط لم يرض بإبرام العقد إلا على أساس الوفاء بالشرط المقترن به فإذا لم يتحقق الوفاء به فإن رضاه بالعقد يزول والرضا أمر ضروري مادام أنه ركن أساسي في عقد الزواج حسب م 09 ق.أ.ج:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" فعقد الزواج يقوم على ركن واحد وهو الرضا إذ اختل ركن الرضا لم ينعقد العقد أصلا ويكون باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما جاء في م 1/33 مع ملاحظة أن ركن الرضا من الناحية الفقهية هو ركن وحيد المتفق عليه بين الفقهاء (2) وإذا كانت القاعدة العامة هي أن تعليق الزواج على شرط مما يجعله باطلا بطلانا مطلقا حسب م 32 المعدلة بالأمر 05/09 فإنه لا مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج نفسه بعض الشروط التي لا تتنافى مع أحكام العقد ومقاصده الشرعية فهذا جائز طبقا لاتفاق الطرفين بشرط أن لا تعارض هذه الشروط مع نظام الزواج ومقاصده الشرعية .

---

1. قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، مرجع سابق ،ص 115.116.
2. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق ،ص 55.

ومن بين الشروط التي اتفق عليها الفقهاء نذكر منها :

أ - اشتراط الزوجة أن ينفق عليها الزوج أو لحسن معاشرتها وألا يضربها.

ب - اشتراط الزوجة بعدم الزواج عليها وألا يسكنها مع أهله أو مع أهلها .

ج - اشتراط الزوج على زوجته عدم العمل خارج البيت الزوجية أو الالتحاق به أين طاب عيشه.

فإن هذه الشروط لازمة وهي لا تتنافى العقد ولا تخالف أحكام الشريعة وهي تدخل في إطار حرية الاشتراط في العقد وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17.10.2000 ملف رقم 253111 بقولها : " مادام الطاعن قد وافق على هذا الشرط وهو بقاء الزوجة في السكن الزوجي في حالتي الخلاف والطلاق فعقد الزواج يعد شريعة الطرفين"(1) ، وهذا تطبيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " **أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج** " (2)

فالمشرع الجزائري استند إلى مذهب الحنابلة فيما يخص الاشتراطات وأجاز للطرفين أن يشترطا الشروط التي يريانها ضرورية حسب م19 من ق.أ.ج التي ذكر على شروط على سبيل المثال : شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ، غير أن هذان الشرطان هما محل خلاف بين الفقهاء حول صحتهما وآثارهما ، لكن المذهب الحنبلي قال بصحتهما ويجوز للمشترط في حالة عدم الوفاء بهما أن يفسخ العقد، فاشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها شرط عدم تعدد الزوجات 19 ق.أ.ج هو شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، وقال المالكية والشافعية والحنابلة إنه ليس بملزم ، وذهب ميارة الفاسي من مذهب المالكية أنه مكروه و يلغى وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهادها فإن خالف الرجل الشرط وتزوج كان للمرأة طلب التطليق 9/53 ق.أ.ج أو فسخ الزواج واستيفاء كامل من حقوقها الشرعية ، لقد أشارت المحكمة العليا في قراراته ا المشهورة إلى أن اشتراط إثبات الزواج بالحالة المدنية واشتراط الزوجة بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهل الزوج واشتراطها البقاء في السكن الزوجي في حالة الخلاف بينهما أو في حالة الطلاق وكذا اشتراطها تحديد مكان الإقامة الزوجية بأن يسكنها في مدينة معينة واشتراطها البقاء في مزاولة عملها فهي شروط متممة للعقد ولا تنافيه وذلك أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أنه من الواجب على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه(3).

---

1. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق لآخر التعديلات،مرجع سابق،ج01 أحكام الزواج، ص 150.151.
2. البخاري عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري،مرجع سابق،ص 307.
3. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق لآخر التعديلات،مرجع نفسه،ج01 أحكام الزواج،ص 152.

وكقاعدة عامة تقيم الزوجة حيث يقيم الزوج ويحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج وتقيم البينة على ذلك (1) .

أما اشتراط عدم الزواج الوارد في بعض عقود العمل أو الوظيفة كما هو الشأن في عقود العمل مضيفة الطيران أو المساعدة الاجتماعية حكم القضاء الفرنسي بأنه لا يجوز لرب العمل التعسف والمساس بالحق في الزواج ومن ثم فإنه لا يجوز الفسخ التعسفي لعقد العمل من جانب رب العمل على أساس مخالفة شرط عقد الزواج الوارد في عقد العمل من طرف رب العمل باعتباره مساسا واضحا بالحرية الشخصية الكاملة في إتمام الزواج (2)

والمشرع الجزائري ذكر هذين الشرطين على وجه الخصوص لأنه لاحظ أن حالة تعدد الزوجات وعمل المرأة كثيرا ما يرد الشقاق وتثور النزاعات بسببها فأراد المشرع أن تجنب الزوجين هذا النوع من الخلافات ليحد من طلب الطلاق.

وكما حاول أن يحسم النزاع الذي يثور عند الطلاق حول متاع البيت والأموال التي تكتسبها الزوجة من عملها خلال الحياة الزوجية عن طريق اتفاق الزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما (3) وهذا كله من أجل الحفاظ على حقوق المرأة الخاصة ،ويمكن طرح التساؤل في حالة عدم تسجيل الشروط في عقد رسمي من طرف الزوجة ستطيع القاضي الموضوع إعمال سلطته في تقدير الضرر من خلال القضية وملابساتها ؟

يبدو أن هذه الحالة من الحالات الموجبة للتطليق إذا ما أثبتت الزوجة إدعاءاتها فإذا كان العكس ذلك يرفض القاضي طلبها وتتجسد هذه الحالة في قرار وارد فيه مايلي:

---

1. المجلة القضائية غ.أ.ش ،الجزائر ، العدد 01 سنة 2005، قرار رقم 358665،ص491 بتاريخ12.04.2006
2. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق لأحدث التعديلات ، مرجع سابق ،ج1 ، ص 153.152.
3. م37 ق.أ .ج معدلة بموجب القانون رقم 05/09 المؤرخ في 4.5.2008 المتضمن الموافقة على الأمر 02/05 المؤرخ في 27.4.2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 9.6.1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية رقم 43.

عن الوجهين المثارين معا لتشابههما :

حيث يتبين من الاطلاع على العرائض و وثائق ملف الحال وكذلك القرار محل الطعن أن النزاع بين الطاعنة والمطعون ضده ينحصر في كون هذا الأخير يطالب أن تقيم معه زوجته بالقصر بولاية بجاية حيث يوجد مسكن الزوجية أو حيث أمكن له توفيره بهذه المدينة وتتجسد هذه الحالة في قرار ورد فيه مايلي:لكن الطاعنة الزوجة تعارض طلبه هذا على أساس أن المطعون ضده كان قد طالبها بالإقامة بفرنسا وأنها هي الأخرى اشترطت عليه ذلك لكونها ولدت وترعرعت بهذا البلد لكن حيث أن القاعدة العامة أن الزوجة تتبع زوجها وتُقيم حيث يقيم ويمكن له إيجاد مسكن الزوجة.

وحيث أن للطاعنة الحق في اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو أثناء أو بعد إبرام عقد الزواج بينهما وتقيم البينة على ذلك.

حيث أن في دعوى الحال الطاعنة تدعي وأنها اشترطت على المطعون ضده أن يكون مقر الزوجية "فرنسا" غير أنها عجزت عن تقديم البينة على ذلك خاصة وأن الطاعن ينكر ادعائها وتمسك بالحق الشرعي والقانوني والمتمثل في وجوب إقامة الزوجة حيث يقم الزوج ،ولما قضى قضاة الموضوع بإلزام الزوجة بالإقامة حيث يقيم زوجها فإن قضائهم غير منشوب بالقصور وانعدام الأساس القانوني بل جاء متطابقا وأحكام قانون الأسرة ومبادئ الشريعة الإسلامية الأمر الذي يجعل الوجهين المثارين غير وجهين مما يتعين معه رفضها و تبعا لذلك رفض الطعن(1)

والملاحظ من هذا القرار على أن م 9/53 ق.أ.ج تعد سببا من أسباب الموجبة للتطليق بمجرد إثباته وهذه مسؤولية القاضي الذي ينظر دعوى التطليق ولا يمكن أن يستعمل سلطته التقديرية لاستنتاج الضرر من ظروف القضية (2) .

---

1. المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية،الجزائر ،العدد 01 سنة 2006 قرار رقم 358665،ص491 .
2. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 123.

ب/ الشروط غير صحيحة باتفاق الفقهاء: وتنقسم شروط غير صحيحة أو فاسدة إلى قسمين:

1/ الشروط التي تنافي مقتضى العقد : من الثابت أن الشريعة الإسلامية لا تمانع في كون أحد الزوجين يشترط في عقد الزواج ما يشاء من الحقوق والمصالح وكل ما يعود عليه بالنفع في حياته الزوجية مادام أن هذه الشروط لا تتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية لكن إذا كانت الشروط تتنافى مقتضى العقد وتخل بمقصوده ، فتعتبر هذه الشروط فاسدة ومن ثم فلا يجب مراعاتها والالتزام بها باعتباره تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم تصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع ، فأما العقد فإنه في نفسه صحيح ولأن هذا الشرط يعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله ، وهكذا يرى جمهور الفقهاء صحة العقد وبطلان الشروط المقترنة به والتي تكون منافية لمقتضاه، وهذا ما جاء في نص م 35 ق.أ.ج فمن خلال نص المادة فإذا اشترطت الزوجة شرطا منافيا بمقتضى العقد فلا يحق لها أن تطلب التطليق على أساس عدم وفاء الزوج به كونه شرطا فاسدا وبالتالي يلغى(1) مثل اشتراط الزوج على زوجته ألا ينفق عليها أو تنفق عليه أو أن نفقتها عليها فإن مثل هذه الشروط يتنافى مع ما تقتضيه طبيعة عقد الزواج في مقصوده الأصلي وتخالف أحكام الشرع فإن وقع هذا الشرط في عقد الزواج كان الشرط باطلا والعقد صحيحا وهذا اتجاه سليم فهو يهدف إلى صيانة عقد الزواج والمحافظة عليه قدر المستطاع (2).

2/ الشروط التي تنافي أصل العقد : هذه الشروط هي التي ورد عن الشارع نص ينهى عنها صراحة فهي باطلة في نفسها تبطل العقد من أصله مثل أن يشترط الزوجان تأقيت زواجهما أو أن يطلقها في وقت معلوم(3)وبالتالي تلغى الشروط ويصح العقد عند النزاع يكون الفصل فيها للقاضي ومن ضمن الشروط التي تتنافى ومقتضيات عقد الزواج شرط ألا مهر لها (4) أو تنازل الزوجة عن بعض حقوقها لزوجها كالنفقة أو حق المبيت وغيرها من الشروط التي قد تقل أو تكثر حسب الإنفاق بين الزوجين فلا يلتزم الزوج أن ينفق عليها (5) فإذا اشترطت هذه الشروط من أحد المتعاقدين في عقد الزواج بطل العقد من أساسه وتغيرت طبيعته.

---

1. خيرة قويدري ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، مرجع سابق ،ص 120.121.
2. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق لآخر التعديلات ،مرجع سابق، ج01 أحكام الزواج ص151.
3. قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، مرجع نفسه ، ص 121.
4. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع سابق،ص 128.129.
5. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق لأحدث تعديلات،مرجع نفسه،ج01 : أحكام الزواج، ص 155.156.

وبالنسبة لقانون الجزائري تنص م 32 ق.أ.ج منه:" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"إن هذه المادة تتسم بالغموض والتناقض حيث خلط المشرع بين المانع من الزواج والذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد وبالتالي إلى بطلانه وبين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضيات العقد والتي لا تؤثر على صحة العقد (1)

ويبدو من عبارة "مقتضيات العقد" كان يقصد بها المشرع أصل العقد وخلوه من الشروط التي نهى عنها الشرع لأن حكمه يتفق مع حكم العقد المشتمل على مانع وهو بطلان العقد ذلك لأنه طبقا لنص م 35 كما سبق تبيانه أعلاه أن الشرط الذي يتنافى ومقتضيات العقد قد يبطل ويبقى العقد صحيحا وهذا ما يؤكد أن المشرع كان يقصد أصل العقد وهذه العبارة تكون أصلح لأنها قد تجنبنا الغموض والالتباس الموجودين في م32.35 من ق.أ.ج لأنهما متناقضتان في الظاهر.

ونخلص إلى أن الشروط المنافية لأصل العقد كالتوقيت والتحليل ... قد تؤثر في صحة العقد وتبطله لأنها تجعل الصيغة غير صالحة لإنشاء العقد وبالتالي تؤثر هذه الشروط على عقد الزواج بالبطلان وهذا باتفاق الفقهاء قي م 32 ق.أ.ج أما عن الشروط المنافية لمقتضى العقد كاشتراط الزوج ألا ينفق على زوجته فإنه يعتبر شرطا فاسدا لا تؤثر على إنشاء العقد وكيانه بل تلغى ويبقى العقد صحيحا إلى جانب الشروط الصحيحة والتي يجب الوفاء باتفاق الفقهاء والشروط الفاسدة التي تلغى و يبقى العقد صحيحا (2) أما عن القوانين العربية فنصت على هذا الموضوع بصيغ متقاربة،فقانون المغربي نص في م47:" الشروط كلها ملزمة إلا ما منها خالف أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا"، والقانون التونسي نص في الفصل 21 حيث اعتبر الزواج الفاسد إذا تضمن شرطا يتنافى مع جوهر العقد وقرر في الفصل 22 بطلان الزواج وجوبا وبدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ماعدا في حالة الدخول إذا تم فترتب آثار الزواج من استحقاق المهر والنسب والعدة بعد التفريق وحرمة المصاهرة (3).

ج/ الشروط التي هي مخل خلاف بين الفقهاء : وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد في إطلاقه كما أنها لا تنافيه ولا تخل بقاصده وتكون فيها منفعة للمشترط ، فما هو مجال اختلافهم وفيما ينحصر اتفاقهم ؟

---

1. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص 129.
2. قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء ، مرجع سابق،ص112.121.
3. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع نفسه ،ص130 .

فالمذهب الأحناف يرى أن هذه الشروط التي لا يقتضيها العقد هي غير لازمة ولا يجب الوفاء بها وأن عقد الزواج يبقى صحيحا ، فلو اشترطت المرأة على زوجها أن لا يتزوج عليها ثم تزوج لم يكن لها الخيار في فسخ العقد من أجل الإخلال بالشرط ومن ثم فإن الشرط باطل أو فاسد ويترتب عليه إبقاء الشرط وحده ويبقى صحيحا وأن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة (1) .

أما المالكية ذهبوا إلى أن هذا النوع من الشروط مكروه لكنه لا يفسد النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده لأنه لا يخالف مقتضى العقد ولأن الزوج له أن يلتزم به وله أن لا يلتزم به وقد كرر الإمام مالك اشتراط هذا النوع من الشروط في عقد الزواج وكل شرط وإن كان منصوص عليه في العقد لا يلزم الوفاء به ولكن يستحب لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:"إن الحق ما وفيّتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج " وإنما يكون لازم إذا كان معلقا بطلاق أو تمليك أو عتق أو غير يقال به يمين (2) حيث يرى المالكية أن هذه الشروط غير صحيحة وعند عدم الوفاء بها لا يثبت لصاحب الشرط فسخ العقد ، أما عن فقهاء الشافعية فيميزون بين أمرين :

الأمر 01 : إذا كانت الشروط التي تتنافى مقتضى العقد لا تخل بمقصوده الأصلي كشرط ألا يتزوج الزوج عن زوجته فهذه الشروط لا تؤثر على العقد فيبقى العقد صحيحا ويلغى الشرط وحده.

الأمر 02 : إذا كانت هذه الشروط تخل بمقصوده الأصلي كأن شرطت عليه أن لا تنجب منه أولاد وفي هذه الحالة يبطل العقد والشرط معا لأنه يتنافى مقتضى العقد ومقصوده (3) .

أما عن الحنابلة أن الشروط التي لا يقتضيها العقد وتعود بالنفع على صاحبها شروط صحيحة تثبت الحق في فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بها ويعللون رأيهم يكون صاحب الشرط لم يرض بالعقد إلا على أساس الوفاء به ، فإذا لم يتحقق الوفاء به فالرضا أمر لابد منه في عقد الزواج في حالتي الابتداء والانتهاء والبقاء ، إذ لا خير في بقاء عقد فقد فيه الرضا بين الزوجين أو من احدهما (4)

ويتمسك الحنابلة أيضا في هذا الصدد بما رواه الإمام البخاري في صحيحه:أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها ثم أراد نقلها فتقاضيا إلى عمر فقال لها:شرطها فقال الرجل إذن يطلقنا فأجابه عمر بهذه الكلمة مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما اشترطت" ولأنه شرط لازم في العقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به (5) .

---

1. محمود عبد المقصود يوسف، الواضح في الفقه الإسلامي، ب.ط،ب.ت، ص 125.
2. بن رشد أبو الوليد،البيان والتحصيل،طبعة دار المغرب الإسلامي،لبنان،1984،ج5 ،ص 475.
3. الشربيني محمد الخطيب،مغني المحتاج إلى شرح المنهاج ،طبعة الحلبي وأولاده، سوريا،ط03، 2007/1428ج8،ص252.
4. بن رشد أبو الوليد،البيان والتحصيل، مرجع نفسه ،ج5، ص475.
5. البخاري عبد الله محمد بن إسماعيل،صحيح البخاري، مرجع سابق، ص 5762.

4/ أساس القوة الإلزامية للشرط المقترن للعقد : إن التشريعات المعاصرة ترددت في البداية الأمر على أن تتيح للزوجين إضافة شروط في عقد الزواج وهذا بالرغم من أن الفقهاء المسلمين قد بحثوا في هذا المجال حول ما يجوز اشتراطه وما لا يجوز حرصا على المحافظة على الروابط الزوجية وعلى استبعاد كل ما من شأنه أن يزيد تفاقمها في بعض الحالات التي تتسم بعدم الإستقرارية،واتفقت الاجتهادات الفقهية على المبدأ العام في ترتيب آثار العقو د وأحكامها وعلى أن المبدأ هو في الأصل من صنع الشارع لا من عمل أطراف العقد والشارع هو الذي ينظم العقود في حقوق الناس وكذلك النتائج التي تترتب على كل عقد، ويتبين من هذه النظرية في جعل ترتيب لآثار العقود من صنع الشارع هو أن العقد سبب شرعي وأن الشارع هو الكفيل برسم طريق يصل بسالكيه إلى نتائج حقوقية يقرها بين المتعاقدين ، وبالتالي يعود إليه تحديد هذه النتائج وفي هذا المجال يرى الفقهاء بأن:" إرادة المتعاقدين" تستمد سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحددها لها وأن لشرع نظاما يحميه وأن الشارع هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناء على مباشرتهم لأسبابها حفاظا للتوازن ومنعا للتغابن وضبطا لنظام التعامل (1)

وهذا فيما يخص القوة الإلزامية للعقد المشروع باتفاق الاجتهادات الفقهية وكثيرا ما يلجأ المتعاقدان إلى إضافة بعض النتائج للعقد وهي ما يعبر عنها بالشروط المقترنة بالعقد والتي هي في حد ذاتها عقود مبينة على تبادل الإرادتين وتكتسب القوة الإلزامية للعقد أما فيما يتعلق بمدى صحة الشروط المقترنة بالعقد في تحديد آثار العقد بين أطرافه ، فقد اختلف الفقهاء في هذا الصدد فيرى الإمام أبو زهرة بناء على القاعدة القانونية القائلة:" العقد شريعة المتعاقدين" أنه يرجح إنشاء آثار العقد القانونية إلى إرادة العاقدين الحرة وكل ما يرتضيه العاقدان من أحكام يكون صحيحا واجب الوفاء .

أما في الشريعة الإسلامية فقد استقر الرأي على أن الإرادة تنشئ العقد فقط و كل أحكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد وهذه الآثار قد يجد فيها المتعاقدان ما يحقق رغبتهما فيكتفيان بها ولا يرغبان في تغييرها بالزيادة أو النقصان وهذا ما يكون للمتعاقدين كامل الحرية في ترتيب العقد وفقا لرغباتهم وأهوائهم ولكن في ظل مقتضيات الشريعة الإسلامية حيث نظمت للناس شروطه بما يرفع عنهم الحرج ويحقق لهم مصالحهم.(2)

---

1. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، مرجع سابق،ج3 ،ص236 .
2. قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء ، مرجع سابق،ص 127.128.

المبحث الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى التطليق .

إن نظام القضاء في الجزائر يسير إلى ما يسمى تخصص القضاء ، لذلك استحدث ق.إ.م.إد إجراءات خاصة ببعض الأقسام ومنها قسم شؤون الأسرة وهذا حسب المواد 423 إلى 499 ق.إ.م.إد سعيا لتكريس تخصص القضاة في المواد التي تتطلب معارف جيدة لطبيعة النزاعات القائمة بشأنها في م423 ق.إ.م.إد ويشرف على قسم شؤون الأسرة قاضي مختص تماشيا مع التنظيم القضائي الجديد وتكفل بجميع المسائل والنزاعات المتعلقة بالأسرة ومنحت له صلاحيات مخولة لقاضي الاستعجال بمناسبة النظر في قضايا المعروضة عليه اعتمادا على الإجراءات الوقتية والتحفظية وقانون الأسرة في جميع أحكامه عبارة عن قواعد موضوعية يحدد الحقوق الناتجة عن عقد الزواج وهي بحاجة إلى قواعد إجرائية يضمن تطبيقها بشكل صحيح لذلك جاء قانون الجديد وكرّس هذه القواعد وحدد إجراءات الطلاق بالتراضي التطليق وإجراءات الصلح ، الولاية والإجراءات المتعلقة بالتركة ، وما يهم بحثنا اليوم هو إجراءات رفع دعوى التطليق والصلح والأحكام الصادرة عنها وكيفية الطعن فيها .

المطلب الأول : إجراءات رفع دعوى التطليق.

إن أول إجراء يتطلبه القانون للحكم على وقوع الطلاق أو التطليق هو وجوب تقديم عريضة كتابية أو شفهية إلى كتابة الضبط بالمحكمة التي يوجد مقر الزوجية ضمن دائرة اختصاصها (1) وذلك وفقا للأوضاع والشروط المنصوص عليها في م 14 ق.ا.م.اد التي تنص على: " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف " وعليه من خلال هذه المادة يتضح لنا أن هناك طريقة قانونية لرفع الدعوى وإقامتها أمام المحكمة وهي :

- ❖ رفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة يطلب منها أن تحكم له بالرجوع أو بالطلاق أو بالنفقة أو بالحضانة أو غير ذلك ، حيث يشترط في العريضة أن تكون طلبا مكتوبا على نسختين يحتوي على البيانات اللازمة وعلى الأدلة والحجج وكل الوثائق المطلوبة التي تؤكد الطلب،وتشمل على تاريخ الدعوى الذي حررت فيه وموقعه من طرف المدعي ويسلم مباشرة إلى رئيس مكتب الضبط بالمحكمة المختصة مرفقا بوصل الرسوم القضائية (2)

---

1. سعد عبد العزيز ،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص 117.

2. عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام التشريع الجزائري والاجتهاد القضائي،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر بن عكنون،الجزائر 2006.2007 ، ص242(مذكرة دكتوراه دولة في القانون).

فرع 01 : كيفية سير الدعوى : عندما تقوم الدعوى من طرف الزوجين ضد الآخر فيقوم أمين الضبط بالمحكمة بتسجيل العريضة في السجل المخصص لتسجيل الدعاوى بتاريخ إيداعها ويعطيها رقما يميزها عن غيرها من الدعاوى الأخرى ثم يقوم المدعي من الزوجين بتبليغ النسخة الثانية من العريضة إلى الزوج المدعى عليه وذلك بواسطة المحضر القضائي الموجود مكتبه بدائرة اختصاص المحكمة المختصة والمرفوعة أمامها دعوى الطلاق والتطليق الذي يجب عليه أن يحرر محضرا بتكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المعينة (1)،وهذا كله وفق للأوضاع والأشكال المنصوص عليه في مواد من 13 حتى 22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فنص م13 منه تنص على:" لا يجوز لأي شخص ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون" ، فالقاضي يثير تلقائيا الدعوى لانعدام الصفة في الدعوى أو في المدعي عليه كما يثير تلقائيا لانعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون (2)

شروط قبول الدعوى:من خلال نص م13 سابقة الذكر استحدث المشرع مسائل مهمة في تحديد شروط قبول الدعوى:

1) **وجوب توفر الصفة في المدعى والمدعى عيها :** نصت م13 صراحة على وجوب توافر الصفة في المدعى والمدعى عليها فلا يجوز لأي شخص كالمتدخل أو مدخل في الخصام الوقوف أمام القضاء وحيث اعتبر المشرع الجزائري هذه المسألة من النظام العام وأجاز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت فيها الدعوى وهذا ما جاء في م68 ق.إ.م.إد .
2) **وجوب توفر المصلحة ولو كانت محتملة :** فقد أقر القانون صحة الدعوى إذا رفعت بمقتضى مصلحة محتملة على أن يقرها القانون لأن الأصل فيها لا تصلح أن تكون سببا لرفع الدعوى إلا إذا كان القانون قد أقرها كالدعوى الوقائية والاستعجالية وغيرها فالقاضي يثيرها من تلقاء نفسه انعدام الصفة والإذن وباقي الدفوع المتعلقة بالنظام العام مثل عدم الاختصاص النوعي م 36 أما عن المصلحة فقد استثنيت من النظام العام انعدام النص واعتبارها من الدفوع بعدم القبول والتي يثيرها الخصوم في أي مرحلة في التقاضي دون الحق في القاضي من إثارتها بنفسه مثلها مثل التقادم ويكون الحكم بانعدام المصلحة في التقاضي حكما فاصلا في موضوع الدعوى برفض الطلب وليس بعدم قبوله.

---

1. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل،مرجع سابق ،ص117.
2. م13 من قانون 08.09 المؤرخ في 29.02.2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية رقم 21.

3) **استبعاد الأهلية من شروط قبول الدعوى:** استبعدت الأهلية من نص م 13 لأسباب التالية:

1) أنها شرط لصحة التقاضي أو شرط لمباشرة نشاط أو عمل قانوني وليست شرط لوجود الحق في التقاضي.
2) أن الأهلية شرط لمباشرة الدعوى و ليست شرط لوجودها.
3) أن الدفع المقدم في انعدام الأهلية هو دفع ببطلان الإجراء أما الدفع المقدم بعدم توافر الصفة أو المصلحة فهو دفع بعدم القبول.(1)

وفي حالة حضور المدعي ولا وكيله في اليوم الأول المحدد للجلسة بعد تبليغه بكل طرق التبليغ المنصوص عليها في المواد 406إلى416 من ق.إ.م.إد فإن القانون يخول للقاضي سلطة الحكم بشطب الدعوى حسب م217 ق.إ.م.إد فإنه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى في غيابه ويفصل القاضي دائما بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسات بعد سماع كل واحد منهما ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتها في جلسة سرية لا يحضرها إلا هما والقاضي وكاتبه وبدون حضور المحامين كما يجوز للقاضي أيضا أن يأمر من تلقاء نفسه بأن تكون جلسات الزوجين جلسات سرية لا يحضرها معهما أحد ، ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يصحب معه شهوده إلى المحكمة ويقدمهم مباشرة إلى القاضي أثناء الجلسة أما سير المرافعات أثناء الجلسة وتكون بأن يبدأ المدعي من الزوجين بعرض طلباته من المحكمة مع إبراز الأدلة التي يعتمد عليها ثم يعطي القاضي الكلمة للمدعي عليها منها ليقدم دفوعه وحججه وأدلته المعاكسة،وبعد موافقة الزوجين المتنازعي‌ن يحيل القاضي الكلمة إلى محامي الزوجين قبل إقفال باب المرافعة (2).

ب/ قواعد الاختصاص : تختلف المحكمة المختصة بالفصل في قضايا التي تنشأ بين الزوجين المتخاصمين وذلك حسب اختلاف موضوع الطلب المقدم للمحكمة،فقد نصت م 2/40 ق.أ.م.إد:"في دعاوى الميراث ، دعاوى الطلاق أو الرجوع ، الحضانة ، النفقة الغذائية والسكن ، على التوالي ، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى ، مسكن الزوجية ، مكان ممارسة الحضانة،موطن الدائن بالنفقة ، مكان وجود السكن" وكما نصت م 3/426 : " تكون المحكمة مختصة إقليميا : في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما "(3)

---

1. شويحة زينب،الإجراءات المدنية في ظل قانون 08.09،دار الشاملة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2009،ج01، ص42 إلى46.
2. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق،ج01 ، ص352.353.
3. عزيرية يوسف، الطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري واجتهاد المحكمة العليا ، مرجع سابق، ص38.

فرع 02 : إجراءات الصلح و التحكيم : إجراءات الصلح والتحكيم في قضايا الأحوال الشخصية هي من الإجراءات الهامة والأولية التي يجب على القاضي القيام بها بصفة وجوبية قبل النطق الطلاق.(1)

1) إجراءات الصلح : الصلح هو إجراء يؤدي إلى إنهاء النزاع بين الطرفين ولقد عرفت م459 من قانون المدني الجزائري: " الصلح عقد ينتهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "،والصلح المقصود في هذه المادة يطبق على كل العقود بصفة عامة ، وبالأحرى وفيما يخص موضوع بحثنا بمناسبة خلاف أو خصام قائم بين الزوجين إذ أن الصلح يصبح واجبا لمعالجة الخصام وهذا بغرض المحافظة على استمراريۃ العشرة وعدم تفكك الأسرة ،وجاء في هذا الصدد أن المحافظة على القرابة مبدأ كرسته الشريعة الإسلامية وأكده القانون الجزائري على غرار القوانين الأخرى كالقانون المصري.(2)

طالما أن إجراء الصلح في الطلاق والتطليق حسب م 49 ق.أ.ج فقد تطرق ق.إ.م.إد بفرع من التفصيل لسد الفراغ الموجود وذلك بتحديد كيفية إجرائه ، الفترات الزمنية احترام حقوق الدفاع الوجاهية عند إجرائه إفراغه في محضر يتضمن ما حصل الاتفاق عليه بين الزوجين أمام القاضي انطلاقا من أن الصلح خير إصلاح ذات البين واجب القاضي (3).

ولقد نص المشرع الجزائري في م49 المعدلة بالأمر05/09 على:"أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدت ه ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى،على أنه يتعين على القاضي تحرير محضر يبيّن فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه كل من كاتب الضبط والطرفين وعلى أن تسجل أحكام الطلاق وجوبا في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".

فمن خلال نص المادة نستنتج ثلاثة أمور تشكل أهم إجراءات محاولة الصلح التي توجب القانون توفرها لإمكانية مناقشة دعوى الطلاق وهي :

---

1. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق،ج01 ، ص 356.
2. قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري فيضوء الفقه الإسلامية القضاء ، مرجع سابق، ص 210.211.
3. سعيداني عبد الحفيظ،الإجراءات الخاصة بشؤون القسم الأسرة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 09/08، المؤرخ في 25.02.2005، مجلس قضاء اليزي،محكمة اليزي،الجزائر،25.03.2009، ص 210.

- **إجراءات محاولة الصلح :** حسب م49 ق.أ.ج نص مبدئيا يتعلق بأن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي وأن أي طلاق عرفي يقع شفهيا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانونا ولا يحتج به الغير ، وأن الطلاق لا يجوز للمحكمة أن تقرره إلا بعد قيام القاضي و التي يجري القاضي عدة محاولات صلح يحاول من خلالها إقناع الزوجين بالرجوع عن التفكير في الطلاق والعودة إلى حياة المودة على شرط أن لا تتجاوز مدة محاولات الصلح مدة 03 أشهر لكن إذا تخلف أحد الزوجين من حضور جلسات محاولات الصلح دون اعتذار فإن ذلك يعتبر امتناعا ،فيعفى القاضي من الانتظار ويعفيه من تجديد محاولات الصلح، فإذا كانت محاولات الصلح فاشلة فيحرر القاضي محضر بفشله ا يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر وعند الفشل بمحاولات الصلح فينتقل القاضي إلى آخر دواء وهو الحكم بالطلاق إذا توافرت أسبابه .
- **تحرير محضر بمساعي الصلح ونتائجه :** وهذا حسب م 2/49 ق.أ .ج سواء كانت هذه النتائج ايجابية أو سلبية ، فإذا كانت ايجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها وإن كانت سلبية يذكر أ ن محاولات الصلح فشلت مع إشارة أسباب فشلها وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين حسب م443 ق .أ.م.إد.
- **تسجيل حكم الطلاق:** بعد أن كان واجب تسجيل حكم الطلاق في سجلات الحالة المدنية ضمن وثيقة عقد الزواج ووثيقة الميلاد لكل من الزوجين طبقا لأحكام 58 ق.ح.م بسعي من رئيس كاتب الضبط لدى المحكمة التي أصدرت حكم الطلاق وبناءا على طلب المحكوم له فإن م 49 قد كفلت وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة بوجوب القيام بالاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها إبرام و تسجيل عقد الزواج ليطلب منه تقييد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد الزواج المعنيين.(1)

ولقد أشارت المحكمة العليا في قرارها على : " أنه من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بعد الطرفين يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون".(2)

---

1. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل،مرجع سابق،ص 119.120.121.
2. المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،الجزائر،العدد01،سنة 1991 ،قرار رقم :75141 ،ص65 بتاريخ 18.06.1991.

وواضح أن المحكمة العليا من خلال هذا القرار اعتبرت أن الصلح إجراء من الإجراءات الجوهرية لابد من القيام به لكنها لم تستقر في نفس الاتجاه بل بالعكس من ذلك فإنها أغفلت عنه حيث أنها قضت بمناسبة قرار آخر(1) بأنه لا داعي لنقض القرار المطعون فيه على أساس أن إجراء الصلح لا يعد من النظام العام وأن لفظ الطلاق أو التطليق تصدر دائما نهائيا ، ما نلاحظه بالنسبة لهذين القرارين أن القضاة لم يستقروا على نفس المنهج .

لكن عند صدور قانون رقم 09/08 الموافق 29.02.2008 المتضمن ق.إ.م.إد قد يزيل هذا التناقض الذي وقع فيه القضاة وتصبح الأحكام موّحدة وهذا حسب م 439 ق.إ.م.إد التي تنص على:" محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية" وهذه المادة جاءت في صيغة أمر لأن استعمال لفظ وجوبية من شأنه أن يلزم القاضي بالقيام بإجراء الصلح باعتباره من الإجراءات الجوهرية كما اقتضت المادة أن يتم الصلح في الجلسة السرية وهذا تفاديا لفضح أسرار الأسرة ، يحضرها الزوجان حيث تتم مقابلتها بعد استماع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا ولا مانع من حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح إذا كان الزوجان ذلك م 440 ق.إ.م.إد وفي حالة عدم الصلح يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى ينقص من خلالها عن أسباب النزاع والشقاق وفي هذا الصدد فإن المحكمة تتمتع بكامل الصلاحية في الوقوف على كل الأسباب والدوافع الرامية إلى طلب التطليق ، كما أنه يستوجب على المحكمة أن تبذل جميع مساعيها لإصلاح ذات البين مجدية بين الطرفين وهذا ما جعل جلسات الصلح أكثر من واحدة حتى يتمكن القاضي من الإلمام بملبسات القضية ، وهذا تمكين أهمية تحديد عدة جلسات الصلح في إعطاء مهلة تفكير لإجراء محاولة الصلح جديدة للزوجين م 1/442 ق.إ.م.إد .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإجراء لابد من القيام به من طرف القاضي في كل الحالات الطلاق المنصوص عليها في م 48 ق.أ.ج ومن ضمن هذه الحالات حالة التطليق التي تكون فيها محاولة الصلح إجراء لزومي حتى إذا استطاعت الزوجة إثبات الضرر وأصرت على الفرقة.

---

1. نشرة القضاة ،غرفة الأحوال الشخصية ، الجزائر ، العدد 53،سنة 1999، قرار رقم 200198،ص53،بتاريخ:21.7.1998.
2. قويدري خيرة،حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء ،مرجع سابق ،ص211.212.213.

لكن سؤال المطروح أمام حالة الشقاق هو:

هل يحكم القاضي بالتطليق إذا جاءت محاولة الصلح بالفشل ؟

يكمن الجواب في نص م 446 ق.إ.م.إد التي تنص على:" إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة" وهذا برجوعنا لنص م 56 ق.أ.ج يتعين على القاضي أن ينتقل إلى إجراء آخر يتمثل في تعيين حكميين(1) .

2/ إجراءات التحكيم: نص المشرع في م 56 من قانون الأسرة الجزائري:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكميين للتوفيق بينهما يُعين على القاضي الحكميين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهريين"،وواضح من هذه المادة أنه إذا اشتد الشقاق بين الزوجين أو أضر أحدهما بالآخر واستحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما ولم يثبت الضرر اختارت المحكمة حكميين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدليين من أهل الزوجين إن أمكن أو من له خبرة بحالهما وقارة على الإصلاح بينهما (2)، ولقد قال علي بن أبي طلحة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال:أمر الله عزوّجل أن يبعثوا رجلا صالحا من أهل الرجل ومثله من أهل المرأة فينظران أيهما المسيء فإذا كان الرجل هو المسيء حجبوا عنه امرأة وقصّروه على النفقة وإن كانت المرأة هي المسيئة قصروها على زوجها ومنحوها النفقة فان اجتمع رأيهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز(3) والأصل في الحكميين قوله تعالى:**إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا "(4) ، وبعث عثمان بن عفان عبد الله بن عباس ومعاوية أبي سفيان رضي الله تعالى عنهم في قصة عقيل بن أبي طالب مع امرأته فاطمة بنت عقبة بن ربيعة ، قال ابن عباس رضي الله عنهما:بُعثت أنا ومعاوية حكميين فقيل لنا:إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما،قال معمر:وبلغني أن الذي بعثهما عثمان رضي الله عنه(5)

---

1. قويدري خيرة،حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء،مرجع سابق ،ص211.212.213.
2. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ،ج01 ، ص 359.
3. العوايشة حسين بن عوادة ،الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، مرجع سابق ،ج5 ،ص 352.
4. سورة النساء: الآية 35.
5. الشقفة محمد بشير،الفقه المالكي في ثوبه الجديد، مرجع سابق ،ج04، ص 634.

أ/ الشروط الواجب توفرها في الحكميين : يشترط لصحة حكم الحكميين مايلي:

الإسلام : فلا تجوز تحكيم غير المسلم لأنه قضاء .

العدالة : فلا يكونا أو أحدهما فاسقا لأن التحكيم هنا نوع من القضاء فيشترط فيه العدالة.

العقل والبلوغ : فلا يكونا صغيرين أو فاقدي العقد (1) فلا يصح حكم سفيه لأن السفيه إذا كان مُولى عليه وكذلك إذا كان السفيه مهملا ليس له ولي وكان غير عدل فلا يقبل حكمه وأما المُهمل المتصف بما اعتبر بالعدل فعدل .

الذكورة : فهي شرط فلا يصح حكم النساء ولا الاقتداء بهن لأن الحكم حكم و إما مقتدى به (2).

أن يكونا عالمين بحل الخلافات الزوجية في الجمع والتفريق وما يترتب على ذلك وهذا الشرط لأنهما يتصرفان بحل الخلافات فيشترط علمها بها فلا يصح حكم جاهل فيما ولي فيه.

الأولى أن يكون الوكيلان من أهل الزوجين حيث قال المالكية يندب إن لم يكونا من أهلهما أن يكونا جارين لأنهما أعلم بحالهما وكما اشترط المالكية الرشد في الحكميين لأنهما أشفق وأعلم بحال الزوجين فإن كانا من غير أهلهما جاز لأن القرابة ليست شرطا في الحكم ولا في الوكالة (3).

ب/ مهمة الحكميين : يجب على الحكمين الإصلاح بين الزوجين بكل وجه أمكن قال الله تعالى: "**إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما**" ، أي يرد الحكمان إصلاحا يوفق الله تعالى بين الزوجين وهذا قول ابن عباس ومجاهد وغيرهما ،والمراد بالإصلاح هنا فعل ما هو الأصلح للزوجين وليس المراد بالإصلاح هنا ضد الافتراق فقد يكون الأصلح لهما الافتراق وقد يكون الأصلح البقاء على الزوجية ،فالواجب الأول على الحكميين أن يجمعاها على الألفة وحسن معاشرة مما أمكنهما وذلك وإذا عرفا الظالم يؤخذ منه الحق لصاحبه ويجبراه على إزالة الضرر أولا بالعظة والزجر فإن أنابا ورجعا تركاهما وعن وجداهما قد اختلف ولم يصطلحا وتفاقم أمرهما بعد أن سعيا في الألفة جهدهما وذكرا هما بالله وبالصحبة فلم يرجعا لابد أن يتعرفا على الناشز منهما فمتى عُرف الناشز لم يضلا الحق وفرقا بينهما إن رأيا الصلاح بالفرقة فإن تحققا أن الضرر من الزوج وأنه هو الناشز ولا يريد البقاء معها طلقاها عليه بلا عوض إن لم ترض بالمقام معه فإذا رضيت بالمقام معه فلا يحكمان بالطلاق والعصمة بيده وإن أراد إمساكها حكما بالطلاق بلا عوض.

---

1. سمارة محمد ، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ،ص 345.
2. الشقفة محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ،ج04، ص 636.637.
3. سمارة محمد،أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، مرجع نفسه ، ص 346.

وأما إن تحققا أن النشوز من الزوجة وأن المخالفة منها وأحب المخالعة وسئمت نفسه منها خالعاها له بما يريانه مناسبا للطرفين ولو بأزيد من مهرها ، وإذا لم يرد مخالعتها وأراد بقائها زوجة فلا كلام للحكمين هنا إلا التوصية بها فلو فرقا بينهما في حال تبين الإساءة منها وعدم رضا الزوج بالمخالعة فيفرقهما لا ينفذ ولازالت زوجة ويكون ذلك دليلا على عدم فقههما أو عدم عدالتهما ، أما إذا تبين لهما أن الإساءة منهما جميعا فكل كان منهما يضر بصاحبه تعين الطلاق بلا خلع عند الأكثر إذا لم ترض بالمقام معه كما أفاده الدردير و الصاوي(1) .

موقف القانون : أوجب القانون على الحكمين يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه فالقاضي يحكم في ضوء تقرير الحكمين ولا يشترط أن يكون معللا كما يجوز له رفض وتعيين حكميين آخرين كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن فإن عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو من الزوجة أو جهل الحال وثبت الضرر حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين وألزم الزوج بالتعويض عن الضرر إذا طلبت الزوجة ذلك ، ونلاحظ من المادتين 55.56 ق.أ.ج تركت حق تقرير الدليل للقاضي فإذا لم يستطع الإصلاح بين الزوجين وفقا لم 50 ق.أ عجز الحكمان عن الإصلاح كذلك أصدر القاضي حكمه في ضوء تقرير الحكمين و انطلاقا من وقائع و ظروف وملابسات الدعوى (2).

والملاحظ أن القانون لم يجعل الحكمين حق التفريق دون القاضي بل جعل الحق للقاضي بناء على اقتراحهما وهذا فيه احتياط حيث يجعل القاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارها مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية (3).

---

1. الشقفة محمد بشير،الفقه المالكي في ثوبه الجديد، مرجع سابق،ج04، ص 637.638.
1. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق،ج01، ص 359.360.
2. حسين طاهري،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية،مرجع سابق،ص 127.

المطلب الثاني: الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالتطليق و طرق الطعن فيها .

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

فرع 01 : الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالتطليق

نص المشرع بأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء وأنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق م 49 ق.أ.ج و يسجل حكم الطلاق بعد 3 أيام على هامش عقد الزواج في مواد 59.60 من الأمر المؤرخ في 09 .02 .1970 وكذا على هامش كل من المطلقين في شهادة الميلاد م 23 من المرسوم الصادر في 17.09.1959 و بعد تسجيله يسرى حكم الطلاق في مواجهة الكافة(1).

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

أما الحكم الإلزام فهو الذي يتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري والدعوى التي ترمي إلى الحصول على هذا القضاء تسمى بدعوى الإلزام كالحكم بالتعويض عن العدول ، الحكم بالتعويض عن الطلاق والتطليق ، أما عن الحكم المنشئ فهو الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني كدعوى الفسخ القضائي ودعوى الغبن التي ترمي إلى تكملة ثمن البيع والدعوى التي تهدف إلى الحصول على هذا القضاء فتسمى بالدعوى المنشئة التي تهدف إلى تغيير في حقوق الأفراد و مراكزهم القانونية (3).

---

1. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 361.
2. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه لإسلامي، مرجع سابق، ص 232.
3. عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها،بن عكنون،الجزائر،2003، ص99.100.

ومن أمثلة الحكم المنشئ للطلاق والتطليق الحكم الذي يصدر في أمر الزوج الغائب عن زوجته دون عذر ولا نفقة لأكثر من سنة أو للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر تأديبا ويحتوي حكم الطلاق على القضاء بحل الرابطة الزوجية كما يفصل في طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد ، كما يحدد صاحب الحق في الحضانة وزيارة المحضون كما أنه يفصل في النزاع حول متاع البيت الزوجية ويقدر تعويض المطلقة وإسكانها(1) وقد يكون الحكم في بعض الأحيان حكم قضائي مختلط إذ يجمع طبيعيتي ن للأحكام القضائية في مسائل الأحوال الشخصية فتجده في شق منه حكما مقررا أو منشئا وفي شق ثان حكما إلزاميا فإنه في هذه الحالة ينصرف التنفيذ الجبري فقط في الشق الثاني ومثال ذلك إذا صدر حكم بالتطليق مع التعويض بالنفقة فإن هذا الحكم يعد سندا تنفيذيا فيما يتعلق بالتعويض والنفقة فقط دون ما يتعلق بالتطليق لأن الأحكام غير ملزمة أي مقررة أو منشئة (2).

فالأحكام الصادرة بالتطليق تلعب إرادة القاضي في إنشائها و تكوينها دورها الهام الإيجابي بل تعتبر إرادة العنصر الداخلي في تكوين هذا الحكم أي يتوقف صدور هذا الحكم على إرادة القاضي(3).

فرع 02 : طرق الطعن في الحكم بالتطليق.

إن طرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالتطليق هي نفسها طرق الطعن الأخرى الصادرة في المواد الأخرى ومن ثم فإنها كأصل عام تقبل الطعن بالمعارضة والاستئناف وذلك في الجانب المادي فقط كما تقبل الطعن بالنقض ، ولهذا يمكن تقسيم طرق الطعن إلى عادية وتشمل المعارضة والاستئناف وطرق غير عادية وتشمل الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر" (4).

أ/ طرق الطعن العادية :

1) **المعارضة:** من خلال مراجعة م 292 وما بعدها من ق.إ.م.إد نجد أنها تنص إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه رغم صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابيا ".

ولكن إذا تخلف المدعى عليه بالحضور المكلف بالحضور شخصيا هو أو ممثله يفصل بحكم اعتباري حضوري .

---

1. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق،ج01، ص 362.363.
2. أ.هلالي مسعود، محاضرات تنفيذ الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، كلية الحقوق ،جامعة زيان عاشور،الجلفة ، تخصص أحوال الشخصية ماستر2013.2014،02،(غير منشورة)،ص 8.
3. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 241.
4. عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري واجتهاد المحكمة العليا ، مرجع سابق ،ص 45.

الطعن بالمعارضة هو يمكن أن يقال هو إجراء يهدف إلى إعادة النظر في حكم غيابي من حيث الوقائع والقانون وإصدار حك م ثاني في نفس الموضوع وبين نفس الأطراف مع إمكانية تغيير وسائل الإثبات(1).

وإذا تم تسليم التكليف بالحضور إلى أحد الأشخاص المؤهلين للاستسلام والمقيمين بالموطن أو تم تسليم التكليف بالحضور إلى النيابة العامة التي تعتبر طرفا أصليا في قضايا الأسرة فيصدر الحكم غيابيا وإذا نص المشرع على عدم جواز الطعن في الحكم بالاستئناف أي غير قابل للاستئناف فإن ذلك لا يمنع من الطعن فيه بالمعارضة لأن جميع الأحكام طبقا للقاعدة العامة فهي قابلة للطعن فيها بالمعارضة والاستئناف ما لم يرد نص خاص يقضي بذلك وعليه نص المشرع على أن حكما ما غير قابل للاستئناف فإنه ليس هناك ما يمنع من الطعن فيه بالمعارضة ومن ثمة يجوز الطعن في الحكم الصادر بالتطليق بالمعارضة (2) .

2) **الاستئناف:** يعتبر المظهر العملي لمبدأ درجتي التقاضي،لأنه يرمي إلى عرض النزاع مجددا على محكمة الدرجة الثانية من أجل إعادة النظر فيه (3) .

ومن خلال الإطلاع على المادتين 332.333 ق.إ.م.إد نجد أنهما تنصان على أن الأحكام الصادرة في جميع المواد تكون قابلة للطعن فيها بالاستئناف عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك كما أنها تنص على أن الهدف في ممارسة حق الطعن بالاستئناف في أحكام الصادرة عن أقسام شؤو ن الأسرة بالمحاكم الابتدائية هو تعديل أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة من خلال أقسامها.

---

1. سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2013،ص259.260.
2. زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وآثر الطعن فيها،مرجع سابق،ص 139.
3. أمقران بوبشير محند،قانون الإجراءات المدنية نظرية الدعوى.نظرية الخصومة.الإجراءات الاستثنائية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ط2008،03،ج01،ص 316.

ومن خلال قراءة نص م 57 من قانون الأسرة نجد أنها تنص على:" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية " ومعنى هذا الكلام ببساطة واختصار أن هناك ثلاث فئات من الأحكام الصادرة عن قسم شؤون الأسرة لا يقبل الطعن فيها بطريق الاستئناف أمام المجالس القضائية على مستوى الدرجة الثانية وهي الطلاق بأنواعه حسب م 48 ق.أ.ج ويعني أن التطليق غير قابل للطعن بالاستئناف ، فإذا وقع الطعن في الطلاق والتطليق والخلع سهوا أو جهلا فإنه يجب على القضاة المجلس القضائي أن يصدروا قرارهم بعدم قابلية الحكم بالطعن فيها بالاستئناف ولكن لا يجوز لهم أن يقرروا أو يحكموا بعدم القبول الاستئناف شكلا(1).

ولقد أقرت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 27.04.1993 الذي قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 16.06.1990 الذي صرّح بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتطليق وقد جاء في حيثياته " فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصه ذلك أن المادة 57 من قانون الأسرة فهي لا تجيز الاستئناف في الأحكام بالطلاق والحكم المستأنف لم ينص بالطلاق وإنما بالتطليق "(2).

ب/ طرق الطعن غير العادية :

1/ الطعن بالنقض : ومن خلال الإطلاع على 349 وما بعدها من ق.ام.اد نجد أنها تنص على أن تكون قابلة بالطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة عن المجالس القضائية والمحاكم كما تكون قابلة بالطعن بالنقض تلك الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الفروع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض لآخر (3) هو طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة القانون أو بطلان سواء في ذات الحكم المطعون فيه أو في الإجراءات التي أسس عليها.

---

1. سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية،مرجع سابق، ص 266.265.
2. المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،الجزائر، العدد 01 ،سنة 1994،قرار رقم :89635،ص 97.
3. سعد عبد العزيز،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع نفسه ،ص 283.

ويطعن بهذا الطريق في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم والقرارات الصادرة من المجالس القضائية (1)وبالرجوع إلى م 57 ق.أ .ج فإننا نجد أنها تنص على أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للطعن بالاستئناف ، ومن خلال ما يتعلق بمفهوم المخالف يتبين لنا أن مثل هذه الأحكام تقبل بالنقض مباشرة دون الحاجة إلى المرور بالدرجة الاستئنافية الثانية ومثل ذلك بالنسبة إلى ما ورد النص عليه في م 433 التي جاءت فيها أن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف فمن خلالها الحكم الصادر في دعوى الطلاق بالتراضي مثله مثل الأحكام الصادرة بالطلاق والتطليق والخلع لا تقبل الطعن فيها بطريق الاستئناف ،لكنها رغم ذلك تقبل الطعن فيها النقض مباشرة والملاحظ أن أحكام التطليق في إطار م 53 ق.أ.ج حسب م 451 ق.إ.م.إد (2) وم542 التي أقرت أنه لا يتوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في مادتين 450.451 أعلاه .

2) التماس إعادة النظر : يعتبر التماس إعادة النظر طريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية يقدم في الحالات التي نص عليها القانون ،ويرفع الالتماس إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه لأنه ينبني على أسباب لو أن هذه الجهة قد تنبهت إليها لاحتمال أن تغير حكمها وهي أسباب غابت عنها إما لسهو غير معتمد منها أو بسبب فعل المحكوم له ويكفي تنبيه هذه الجهة القضائية إليها كي تعيد الفصل في القضية وتتدارك ما وقع منها (3)، ويطبق التماس إعادة النظر من خلال مواد 966 إلى 969 ق.إ.م.إد ، ومن خلال كل ما سبق يتبين بأنه يمكن أن يرفع التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة بالتطليق ما دام أنه لا يوجد نص يمنع ذلك (4) .

المبحث الثالث: توابع التطليق .

عن الآثار القانونية لكل من الطلاق والتطليق واحدة و قد أوردها القانون الأسرة في مواد متفرقة و تنحصر في المواد 58 إلى 72 ق.أ.ج فمنها ما يثبت للزوجة وتتمثل في النفقة، العدة،السكن، التعويض ومنها ما يثبت للأولاد وتتمثل في الحضانة والنسب ونفقة المحضون وسكناه .

---

1. زودة عمر،طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وآثر الطعن فيها، مرجع سابق ،ص 146 .
2. سعد عبد العزيز،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية ، مرجع سابق ،ص 285.
3. زودة عمر،طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع نفسه، ص 155.154.
4. أمقران بوبشير محند، قانون الإجراءات المدنية نظرية الدعوى.نظرية الخصومة.الإجراءات الاستثنائية،مرجع سابق،ص 338.

المطلب الأول : ما يثبت للزوجة

1) **النفقة: أ/ لغة:** النفقة وهي مأخوذة من الإنفاق وهو في الأصل بمعنى الإخراج والنفاذ وهو ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والسكن والكساء وغيرها (1).

ب/ الاصطلاح الفقهاء :فيطلق على كل ما يحتاج إليه المرء لإقامة حياته من ضروريات الحياة وتشمل نفقة لزوجية أي كل ما تحتاج إليه الزوجة من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزمها إقامة حياتها ويقتضي به الشرع (2) أما عن المشرع الجزائري لم يضع تعريف للنفقة إلا انه نظم أحكامها في المواد من 74إلى 80 ق.أ.ج .

2) نفقة العدّة : لابد من تعريف العدة و بيان مشروعيتها وأنواعها :

أ/ تعريف العدّة :أ/ لغة: أيام أقرائها و أيام إجدادها على الزوج ، وهي مأخوذة من العدد فهي مصدر سماعي لعدّ بمعنى أحصى، تقول عددت الشيء عدة إذا أحصيته إحصاء والمصدر القياسي العد (3).

ب/ اصطلاحا : فقد عرّفها الجمهور بأنها:مدة تربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها .

ج/ العدّة في قانون الأسرة الجزائري: هي تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة، بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها و قد نص المشرع في م 30 ق.أ بأنه يحرم مؤقتا من طلاق أو وفاة(4).

د/ حكمتها : من الحكمة في مشروعية العدّة مايلي:

- إعطاء الزوج فرصة الرجوع إلى مطلقته بدون كلفة إن كان الطلاق رجعيا.
- معرفة براءة الرحم.
- مشاركة الزوجة في مواساة أهل الزوج و الوفاء للزوج إن كانت العدّة عدّة وفاة.

---

1. المقرى الفيومي، المصباح المنير، معجم عربي عربي ، دار الحديث،مصر،2003/1424 ،ص 367.
2. بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 147.
3. الجزيري عبد الرحمن،الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ،ج4، ص 371.
4. بن حرز الله عبد القادر،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص327.

ه/ أنواع العدّة : تختلف عدّة المرأة بحسب الوضع الذي هي فيه :

- **عدّة المطلقة التي تحيض :** وهي 3 أقراء لقول الله تعالى: " **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء**" فإذا طلقت المرأة في طُهر ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت فإذا طهرت انقضت عدتها "وإن قلنا المراد من الإقراء الأطهار كما هو رأي الجمهور فإنها تنقضي عدّتها بدخولها في الحيضة الثالثة مع ملاحظة أنها لو طلقت في حيض لا تعتبر لها حيضة تعتد بها هذا بالنسبة للحرّة أمة الأمة فعدتها قراءان لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:"طلاق الأمة تطليقتان وعدّتها حيضتان " (1) . وهو ما جاء في نص م 58 ق.أ.ج التي نص على : تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء واليائس من المحيض بثلاث أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق " .
- **عدّة المتوفى عنها زوجها :** وهي أربعة أشهر وعشرة أيام لقول الله تعالى:" **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ** "(2) ويتوجب على المرأة المتوفى عنها زوجها أن تعتد مدة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة سواء حصل الدخول أم لم يحصل ويكون لها الحق في الميراث بمجرد العقد و لو لم يحصل الدخول به (3).

ولقد نص المشرع في م59 ق.أ.ج على أنه:" أن عدّة المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ".

- **عدّة اليائسة والمريضة :** وهي ثلاثة أشهر لقول الله تعالى:" **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** "(4) والآية الكريمة تشمل المرأة التي لا تحيض لكبر أو لصغر سنها أو لمرض فيها وإن كانت صغيرة لا تجوز التزوج بها من الناحية القانونية لأن سن الزواج محدد بنص قانوني وقد نص القانون على عدّة اليائس من المحيض في م58 ق.أ.ج (5) .

---

1. الجزائري أبو بكر جابر، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات معاملات، مرجع سابق ، ص 432.
2. سورة البقرة: الآية 234.
3. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق ،ص 226.
4. سورة الطلاق : الآية 4.
5. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع نفسه، 225.

- **عدّة الحامل :** وهي وضع الحامل حملها وهذا قول الله تعالى :" **وَأُولاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**" سواء كانت في العدّة من الوفاة أو غيرها (1).

ولقد أشارت م 60 ق.أ.ج على أن عدّة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة "وكما أن م 42 ق.أ.ج أشارت أيضا إلى أن:" أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر".

- **عدّة زوجة المفقود :** عدّة من غاب زوجها هي أربعة أشهر و 10 أيام فتنتظر الزوجة أربعة سنوات من يوم انقطاع خبره 113 من ق.أ.ج ثم تعتد عدّة وفاة أربعة أشهر وعشرا وهو ما جاء في نص م58 التي سبق ذكرها (2) .

3/ نفقة العدّة : فهي ما تستحقه المعتدة أثناء مدة عدّتها من النفقة بأنواعها من نفقة الطعام و اللباس و الكسوة ، فقد تجب لها النفقة بجميع أنواعها وقد لا تجب لها مطلقا وقد يجب لها بعض أنواعها وهذا حسب نوع الفرقة و صحة النكاح الذي وقعت فيه الفرقة أو عدم صحته (3) .

أ/ حالات استحقاق نفقة العدة : لابد من التمييز بين عدّة الوفاة وعدّة الطلاق.

1/ عدّة الوفاة : فالمتوفى عنها زوجها لا نفقة لها على زوجها المتوفى سواء كانت حاملا أو حائلا لأن لا سبيل لغرض نفقة على زوج توفى وأصبحت زوجته وارثته له بالإضافة إلى الوفاة تنتهي الزوجية فالفقهاء متفقون على عدم استحقاق المرأة المعتدة من الوفاة النفقة (4) ويخالفهم في ذلك الأيام مالك رضي الله عنه بشأن حق السكن إذا أعطاها ذلك سواء كانت حاملا أم غير حاملا (5) وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص م 60 التي تنص على:" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها ".

2/ عدّة الطلاق : ويكون الطلاق إما رجعيا وإما بائن .

أ/ المعتدة من طلاق رجعي: اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة والسكنى بعد الطلاق الرجعي لأن هذا الطلاق لا يرفع النكاح ولا يزيل الحل فتبقى المطلقة رجعيا في خلال أجل العدّة الزوجة (6) .

---

1. بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 129.
2. الجزائري أبو بكر جابر، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات معاملات، مرجع سابق ،ص 433.
3. صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر،2006،ص 239.
4. عبد الله عمر، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية،مصر،1986، ص 311.
5. طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 147.
6. بوخاتم آسية،الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري،كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،الجزائر،2006.2007 ،ص 24(مذكرة ماجستير في قانون الخاص).

ب/ المعتدة من طلاق بائن : إذا كانت المعتدة حاملا وجب لها النفقة بأنواعها المختلفة بالإنفاق لقول الله تعالى :"وَأُولاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ "، وإذا كانت غير حامل وجب لها النفقة بأنواعها وهذا سبب احتباسها في العدّة لحق الزوج وهذا على حسب رأي الحنفية وفي رأي المالكية والشافعية تجب لها السكنى فقط لقول الله تعالى:" سكنتم من وجدكم"فإن أوجب لها السكنى مطلقا سواء كانت حاملا أم غير حامل ولا تجب لها نفقة الطعام والكسوة لمفهوم قول الله تعالى:" وَأُولاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"فتدّل على عدم وجوب النفقة لغير الحامل (1) .أما المشرع فنص في م 61 ق.أ.ج على المطلقة بصفة عامة ويتضح من ذلك أن للمطلقة أعطى لها الحق في النفقة والسكن في فترة العدّة دون تمييز بينما إذا كانت مطلقة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن ولكن سبق القول بأن المشرع لا يأخذ إلا بالطلاق بموجب حكم قضائي والذي يعتبر طلاق بائن (2).

ج/ حالات سقوط نفقة العدّة: تسقط نفقة العدة عن الزوج في حالات وهي:

- إذا كان الزواج فاسدا أو كان الدخول بشبهة وذلك أن سبب استحقاق نفقة العدة معتبر فيه حال الزواج الصحيح أما بالنسبة للزواج الفاسد والدخول بشبهة يجب على الطرفين أن يتفرقا فورا وبالتالي لا تستحق المرأة نفقة العدّة وهذا ما جاء به في الفقه الإسلامي (3).
- الزوجة التي تخالع نفسها من زوجها تجب عليها نفقة العدّة (4) .
- كل زوجة توفى زوجها إذ لا سبيل إلى إيجاب نفقتها على أحد.
- كل امرأة تعتد بسبب فرقة حاملة من جهتها و هي محظورة شرعا كارتدائها عن الإسلام (5)
- خروج الزوجة من بيت الزوجية بلا إذن الزوج ولم يقدر على منعها من الخروج ولا على ردها إلى البيت ولو بحكم الحاكم ولم يكن خروجها لظلم نزل بها ولم تكن حاملا فإن خرجت وهو حاضر قادر على منعها ولم يمنعها لم تسقط نفقتها لأنه كخروجها بإذنه كما لا تسقط نفقتها إذا كان خروجها لظلم نزل بها أو كانت حاملا لأن النفقة تكون للحمل .
- إعسار الزوج و عجزه عن النفقة (6) .

---

1. بن حرزالله عبد القادر،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق ، ص 341.
2. بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص26.
3. بن عبد الله عمر،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، مرجع سابق، ص 211.
4. بوخاتم آسية،الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، مرجع نفسه ، ص 27.
5. تقية عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 194.
6. الشقفة محمد بشير،الفقه المالكي في ثوبه الجديد ، مرجع سابق، ج03 ، ص658.

ولقد أقرت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 22.10.1984 على أنه متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدّة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية (1).

- نشوز الزوجة لأن احتباس الزوجة في بيت الزوجية واجب فإذا خرجت الزوجة من بيت زوجها بغير مسوغ شرعي سقطت نفقتها و المسوغ الشرعي مثل عدم دفع المهر المعجل لها أو الشقاق المستمر بين الزوجين (2) .

2)نفقة الإهمال : وهي النفقة التي تكون قبل النطق بالطلاق فللزوجة لها الحق في النفقة وخاصة إذا لم ينفق عليها زوجها تطالب بنفقة الإهمال.

أ/ استحقاق نفقة الإهمال : بالرجوع إلى ق.أ.ج في م 80 ق.أ.ج التي تنص على:تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى" فمن خلال هذه المادة أن النفقة لا تستحق إلا من تاريخ رفع الدعوى للمطالبة بها ولا يمكن للزوجة المطالبة بها بأثر رجعي إلا لمدة سنة قبل رفع الدعوى والسبب في ذلك هو دفع الزوجة إلى عدم مماطلة في المطالبة بالنفقة (3).

حيث أجاز المشرع للقاضي أن يحكم باستحقاق نفقة الإهمال بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى نفقة العدّة تبدأ من يوم صدور الحكم أما نفقة الإهمال تبدأ من يوم رفع الدعوى أما نفقة الإهمال فعلى الزوجة أن تطالب بها وتجدر الإشارة إلى أن هل يشترط المشرع وجود بينة على عدم الإنفاق لتمكين القضاء من الحكم للزوجة بالنفقة وإذا كان كذلك كما جاء في نص م 80 فما هي البينة؟ إن ما تتطلب ملاحظته في هذا الصدد نفترض أن الزوج قد يعترف أنه فعلا لم ينفق على زوجته وبالتالي لا إشكال يطرح في هذه الحالة. لكن نفترض أن الزوج قد ينكر ذلك ففي هذه الحالة كيف للزوجة أن تثبت عدم الإنفاق؟ وعليه فما يقتضيه أن قضائنا يعتمدون على شهادة الشهود وخاصة الجيران وعليه فإن المحكمة العليا أقرت مايلي في هذه الحالة:" من المقرر قانونا أن اعتبار الزوج ممتنعا عن الإنفاق على زوجته وأولاده لا يشترط فيه وجود حكم مدان فيه من أجل ذلك بل يثبت بكل وسائل الإثبات بعد صدور الحكم وجوبها "(4) .

---

1. المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،الجزائر،العدد 03،سنة1989،قرار رقم 34327 ،ص 69 .
2. تقية عبد الفتاح، مباحث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 170.
3. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق،ص 148.
4. نشرة القضاة،غرفة الأحوال الشخصية ، الجزائر، العدد 65 ،سنة 2006،قرار رقم 335844 ،ص315 ،بتاريخ 8.5.2005.

3) التعويض : لقد أشار المشرع الجزائري في النصوص الواردة في ق.أ .ج إلى أحد الزوجين في التعويض بعد الحكم بالطلاق وأنه في هذه الحالة يجوز للقاضي بطلب من المطلقة أن يحكم لها بالتعويض وذلك جراء الضرر اللاحق بها في حالة ما إذا طلبت التطليق حسب نص م 53 مكرر من ق.أ.ج التي نصت على:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "،والتطليق للضرر يقع من القاضي على الزوج إذا ثبت الضرر وهذا التطليق يقع جبرا عليه ورغم إرادته وهذا مخالفته المعاشرة بالمعروف والإمساك بالإحسان وبهذا الفراق الذي يقوم القاضي به فيه تمليك الزوجة عصمتها كرها على زوجها ومن ثم يكون تعويضا لها لابد من تطليقا على مال أو مخالعة نفسها على فداء تقدمه لزوجها فإذا جاء النص ليجيز القاضي في حالة الحكم بالتطليق (1) ويمكن تعويض الزوجة الطالبة للتطليق في حالة ثبوت تضررها فعلا (2).

وعليه لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة المطالبة للتطليق عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته على الإنجاب،ذلك أن هذا العيب لا دخل لإرادة الزوج فيه وإن قضاة الموضوع الذين قضوا بتعويض الزوجة تعويضا عن التطليق استنادا فقط على الضرر الناجم عن العقم يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون " (3).

" وإذا استمر الشقاق بين الزوجين يعود التقدير للقاضي في الحكم بالتعويض وعليه فإن تطليق الزوجة بتضررها من طول مدة الخصام مع الزوج وتحميل هذا الأخير المسؤولية عن الضرر الحامل لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة يوافق التطبيق السلبي للقانون وأن الزوجة المتضررة محقة في طلبها التعويض" (4).غير أن المشرع الجزائري لم يسمح للقاضي أن يحكم في الوقت ذاته وذلك خلافا بعض القرارات الصادرة عن المحاكم الجزائرية بالتعويض والمتعة لأن هذه الأخيرة فهي في ذاتها تعويض لما لحق المرأة من أضرار والواقع أن الفقه الإسلامي قد أقر للمطلقة بحق المتعة بالنسبة للمرأة التي طلب زوجها الطلاق قبل أن يدخل بها وذلك حتى لا تهدر حقوقها لأن في هذه الحالة لها الحق فقط في نصف المهر.

---

1. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ،ص 125.
2. الاجتهاد القضائي،غرفة الأحوال الشخصية،الجزائر،قرار رقم 391655 بتاريخ 20.06.2000 ،ص 259.
3. المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية ، الجزائر، العدد 2 سنة 2011، قراررقم:596191،ص270 ،قرار بتاريخ13.1.2011.
4. الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية ، الجزائر،قرار رقم 224655 بتاريخ 15.6.1999،ص 129.

4) **النزاع في متاع البيت :** لم يتناول الفقهاء حالة النزاع في متاع البيت في موضوع خاص كما هو شأنهم دائما في المسائل التي ترجع إلى العلاقة الزوجية ولعل هذا يرجع إلى عدم الاهتمام به يوم إذن كما هو الحال في عصرنا ، وكل ما أثبتته الشريعة الإسلامية أن لها الحق في النفقة من ماله الذي خلفه وراءه من وقت وفاة زوجها بعد أن يكون قد دخل بها، ولها نصيبها من الميراث والبقاء في البيت الزوجية (1)، ومتاع البيت يقصد به كل ما يوجد بمسكن الزوجية من أثاث ولباس وحلي وغير ذلك،ولقد فيتضح من خلال المادة ق.أ .ج 73 أن النزاع متاع البيت وأثاثه ينهي لصالح من له بينة،وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع في المعتاد للرجال فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك وله أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية في ذلك.

" إذا اختلف الزوجان على متاع البيت وكان مما يصلح عادة للنساء يقضى بما تطلبه الزوجة بعد تحلفيهما اليمين و عليه يستوجب نقض القرار الذي فصل في النزاع المتعلق بمتاع البيت خاص بالنساء وحكم على الزوج بتأدية اليمين " (2).

---

1. بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص 141.
2. المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،الجزائر،العدد 1 سنة1986، قرار رقم 39975،ص180،بتاريخ 27.01.1986

5) **سكن الحاضنة** :"إن الإشكال الكبير الذي يطرح هو ما يتعلق بحق الإسكان للزوجة خاصة إذا كانت حاضنة ولم يكن للزوج سكن آخر يمكن أن يوفره لها، هل استثنى المشرع الجزائري في نص م72ق.أ.ج مسكن الزوجية من النزاع وهو التحيز لصالح الرجل؟ أم هناك اعتبارات أخرى رعاها المشرع خاصة أن الاجتهاد القضائي قد جسد هذه القاعدة واعتبر أن حق بقاء الحاضنة في المسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين إلا أن الضمان المعترف به للمرأة الحاضنة اقترن بشروط لاستيفاء المرأة المطلقة بالسكن مع محضونيها وهذه الشروط حسب قانون الأسرة تتمثل فيما يلي:

- أن تكون المرأة المطلقة حكم لها بالحضانة .
- أن لا يكون ولي يقبل إيوائها مع محضونيها .
- أن يكون في استطاعة الزوج ماديا أن يضمن لها مسكنا.

ويستثنى من النزاع حول الحضانة أن يكون مسكن الزوجة وحيدا وأضاف الاجتهاد القضائي شرط أن تكون المرأة الحاضنة لثلاث أولا وهو شرط قابل للمناقشة والنقد وهذا في نظري يعتبر إجحاف في حق الحاضنة إذا كان لها ولدا أو اثنان.

فيمكن القول أن المشرع الجزائري أساء للمرأة في حقها في المسكن، فبالنسبة للشرط الأول فهو شرط موضوعي إذ لا يمكن منح السكن لزوجة مطلقة غير حاضنة أما عن الشرط الثاني المتعلق بوجود الولي فهذا الشرط يعد إجحافا في حق المرأة وقد أثبتت تجارب القضاة أن الولي لا يقبل إيواء المطلقة وأولادها،وهذا في الغالب ما يدفع المرأة في التنازل عن أولادها،لأن الولي قد يقبل إسكان ابنته ويرفض أولادها،وعلى هذا الاتجاه هناك من اعتبر المش رع الجزائري تجاهل إمكانية الولي استقبال الزوجة ورفض أبنائها ، فإذا كانت م 467 ق.م.ج أعطت سلطة للقاضي لمنح السكن المؤجر في حالة النزاع للمستفيد في هذه الحالة والحضانة هي عادة ما تكون للأم حسب م 64 ق.أ.ج وبناء على ما يسير به القضاء الجزائري بأن حضانة الأولاد تستند غالبا إلى الأم ومعنى هذا أن الزوجة بمقتضى هذا النص هي التي تستفيد من السكن العائلي بعد الطلاق " (1).

---

1. الغات ربيحة،الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، كلية الحقوق،جامعة الجزائر 1،2011،ص 177.176(مذكرة دكتوراه في الحقوق).

المطلب الثاني : ما يثبت للأولاد .

لقد أقر القانون عند فك الرابطة الزوجية آثار قانونية تشمل الأولاد والمتمثلة في مايلي:

1 نفقة المحضون وسكناه:

طبقا للقواعد العامة والمبادئ العامة المنصوص عليها في ق.أ.ج أن نفقة المحضون تكون أولا قبل كل شيء، فلقد نص المشرع الجزائري في م 75ق.أ.ج على أنه: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنيا أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

" ومن المقرر شرعا إن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا في فراش صحيح ناشئ عن عقد صحيح شرعا ،ولما قضت جهة الاستئناف بتأبيد حكم مستأنف لديهم القاضي على الطاعن بان يؤدي نفقة البنت دون إثبات الزوجية ودون إثبات نسب البنت للطاعن فإنها بقضائها كما فعلت خرقت أحكما الشريعة الإسلامية "(1).

أما نص م76 ق.أ.ج في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ".

وعليه فإن قرار المحكمة العليا يقضي ب:" لا تنتقل نفقة الأولاد من أمها إلى جدهما طالما أن والدتهما عاملة ولها دخل لأن النفقة لا تنتقل إلى الجد إلا إذا كانت الأم دون دخل طبقا لما توجبه المادتين 76.77 ق.أ.ج "(2)

والملاحظ أن المشرع الجزائري نجد أنه يصنف السكن تارة في مشتملات النفقة وتارة أخرى في ما جاء في مادتين 72.78 ق.أ.ج .

فالقضاء الجزائري تمسك أن السكن حق مستقل عن النفقات الأخرى،حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 17.11.1988 أنه:" إن النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة واللباس والعلاج شرعا وقانونا، وأنه لا يجوز إدخال طلب قيمة إيجار السكن من أجل ممارسة الحضانة ضمنها فالسكن حق مستقل عن النفقات الأخرى بنص قانوني ومن ثم فإنه لا يمكن الاحتجاج ببطاقة مهنة الفلاح، ولا تعفي المطلقة من حقها في السكن لممارسة الحضانة" (3) .

---

1. المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية ، الجزائر، العدد 3 سنة 1990، قرار رقم47915 ،ص65،بتاريخ 07.02.1987.
2. المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية ، الجزائر، العدد2 ،سنة 2008،قرار رقم 390381،ص295 ،بتاريخ 09.05.2007.
3. بلحاج العربي، قانون الأسرة لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة،مرجع سابق،ص323 .

2 سكن المحضون: أ/ فقها: للفقهاء خلاف في وجوب مسكن الحضانة الصغير على من تلزمه نفقته وقد أراد ابن عابدين أن يوفق بين القولين بالوجوب وعدمه فرأى في رد المختار أنه كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها لم يلزم المسكن لعدم احتياج الطفل إليه، ووردت عبارته في رسالة الإبانة تنص على عدم اللزوم متى كان للحاضنة سكن دون تقييد بإمكان سكناها مع الولد فيه .ومن النصوص الفقه الحنفي تبين أن الأوجه فيه هو لزوم أجرة مسكن الحضانة ولو كانت الحضانة تملك مسكنا تسكنه فعلا هي والصغير لأن المسكن من أنواع النفقة الواجبة للولد (1) .

وقد اتفق المالكية على أن السكنى واجبة على الأب، ولا شيء على الحاضنة ولو كانت مسيرة ،وإذا كان المحضون رضيعا فلا سكنى للرضيع على أبيه مدة الرضاع لأن مسكنه في مدتها حجر أمه فإن انقضت مدة الرضاع لزم الأب أجرة السكنى (2) .

ب/ قانونا : حسب م72 ق.أ.ج :" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن" وقد اتخذ القانون من فقه المالك للمادة السابقة،وهكذا لم يترك المشرع الجزائري للزوج أي خيار، فهو مجبر ألا يطلق أو أن يوفر لها سكنا أو أن يدفع بدل الإيجار ولا يهم إن كان فقيرا معدما، وأما إذا كان لا يملك لا يملك غير مسكنه فإن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية (3).

وقد أقرت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 16.02.1999:" يستوجب نقض القرار المطعون فيه الذي اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصص الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة ذلك أنه قضاء لا يتماشى والمنطق،فالشيء المنجزأ يعتبر شيئا واحدا لذا كان ينبني على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة مسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي على أساس أن المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق ويستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد" (4).

---

1. صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ، مرجع سابق، ص 261.262.
2. الشقفة محمد بشير، الفقه المالكي على ثوبه الجديد ، مرجع سابق،ج04 ، ص 599.
3. ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 156.
4. المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،الجزائر،العدد1سنة2000،قرار رقم215212،ص 181،قرار بتاريخ16.02.1999.

3 الحضانة : الحضانة بفتح الخاء وهي ضمّ الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قوله:" تعيش الذئاب في حضن الجبل أي عمقه " ونقول حضن الطائر بيضه إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعانقه وتلصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضمّ الشيء وحفظه والحنان عليه (1) ولقد نص المشرع الجزائري في م62 ق.أ.ج على أنها:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا " .

ولقد عرفتها م97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحة.

كما عرفتها م54 مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.

فخلافا للقوانين الأخرى فالمشرع الجزائري ركز في ق.أ .ج في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا أما بالنسبة لشروط الحضانة فإن قانون الأسرة اكتفى بالقول: أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة وهو قول كما نرى عام جدا ومبهم ولا يدل على اشتراط أي شرط بشكل واضح وصريح على عكس قانون الأحوال الشخصي السوري الذي اشترط صراحة في م 137 منه على أن يكون الحاضن يتمتع بالعقل والبلوغ وعلى القدرة بصيانة المحضون صحة وخلقا .

أ/ من له الحق في الحضانة : حسب م64 ق.أ.ج نجد أنها تنص على الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "ومعنى هذا أن المشرع الجزائري عند تعديل لنص م 64 قد جاء ترتيب جديد خلافا للنص القديم حيث قدموا حق الأب على أم الأم وعلى الخالة أخت الأم ثم احتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون وفي جميع الأحوال وهذا يعني أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار (2) .

---

1. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1986، ص 369.
2. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق،ص 140.

ب/ انتهاء مدة الحضانة وتمديدها : يمتد زمن الحضانة إلى أن يبلغ الغلام ويتزوج الجارية ويدخل بها زوجها غير أنه في حال انفصال الزوجة عن زوجها واستقلال الأم أو غيرها بحضانة الولد تكون مدة الحضانة بالنسبة إلى الجارية سبع سنوات فقط ثم تنتقل حضانتها إلى الوالد إذ هو أولى بها بعد السابعة من سائر الحاضنات كما أن الغلام إذا بلغ السابعة خيّر بين أمه ووالده فأيهما اختار انتقلت حضانة إليه(1) وبالرجوع إلى م65 ق.أ.ج أن مدة الحضانة بالنسبة إلى الأنثى تنتهي ببلوغها سن أهلية الزواج القانوني 19 سنة،والملاحظة إذا كان الولد قد بلغ سن 10 سنوات وتبين أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنه أو حاضنته إذا كانت أما ولم تتزوج ثانية فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل عريضة بتمديد مدة الحضانة من 10 إلى 16 سنة إذا كان ذلك بناء طلب الحاضن نفسه (2).

4 النسب : وهو نسب القرابة وهو مفهوم الأنساب والنسب القرابة ويكون في الآباء خاصة لأبيه كما ورد قول الله تعالى: " **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّه**"(3) ، فالنسب هو إلحاق الولد بأبيه دينا وقانونا اعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد ، ولقد نظمه المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 45 مكرر قانون الأسرة الجزائري وتبعا لمادة خصصها لمعالجة ظاهرة التبني التي حرّمها الإسلام فأكد القانون ذلك في نص م 46 ق.أ.ج .

وعليه يثبت النسب الولد بالزواج الصحيح والمقصود الفراش مصدقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:"**الولد للفراش والعاهر الحجر**" إضافة إلى الإقرار والبينة ونكاح الشبهة وكل زواج تم فسخه بعد الدخول حسب المواد 32.33.34 قانون الأسرة الجزائري.

---

1. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق ، ص 141.
2. الجزائري أبو بكر جابر،منهاج المسلم كتاب عقائد وأداب وأخلاق وعبادات ومعاملات ، مرجع سابق، ص 438.
3. سورة الأحزاب: الآية 5.
4. البخاري عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، مرجع سابق، ص 6818.

الخاتمة

الخاتمة

بعدما تعرضنا إليه من تحليل لموضوع التطليق و ما استجد فيه من أسباب جديدة الذي جاء به في تعديل للقانون الأسرة بموجب الأمر 05/09 .

وما أعطاه الإسلام حقوق للمرأة منها الاجتماعية والثقافية الواسعة ولاحظ في تقرير هذه الحقوق عدة أمور منها وجوب إتاحة كل الفرص لها حتى تستطيع أن تنمي قدراتها ومواهبها الفطرية في حدود النظام الاجتماعي.

فمن خلال دراسة حق طلب التطليق الذي منحه المشرع للزوجة في م 53 ق.أ.ج للحالات التي تم ذكرها على سبيل الحصر إلا أنه يمكن اعتبار نص المادة 10/53 أن كل ضرر معتبر شرعا يمكن إجمال كل الأسباب التي تسمح للزوجة برفع أمرها للقاضي بفك رابطتها الزوجية، بل من الأفضل أن يُذكر الضرر معتبر شرعا في بداية النص كمعيار مثله مثل فكرة استحالة استمرار العشرة الزوجية وهذا تكريسا لقول الرسول "**لا ضرر و لا ضرار**".

كما أن في حالة طلب التطليق بسبب عيب في الزوج وجدنا أنه كان من المستحسن على المشرع منح مدة للزوج الذي به عيب أو مرض مهلة لعلاج مرضه حتى نتفادى أبغض الحلال.

وما نجد أبرز ما جاء به في تعديل الأخير للمادة 53 من قانون الأسرة إضافة الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق لم يبين كيفية إثبات وجود الشقاق وكيف يُثبت استمراره وهذا بطرق الإثبات المدنية ومنها مثلا شهادة الشهود كالجيران اللذان يمكن معرفة ظروف كلا من الزوجين إضافة إلى تعديل للمادة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج التي تعتبر أساسا للحفاظ على التوازن بين المتعاقدين في الحقوق فلا يحق للعاقدين أن يشترط من الشروط ما يخالف مقتضى العقد والتي تسمح للعاقدين من ضمان المستقبل .

كما أن التعديل الجديد جاء بمادة جديدة تسمح للزوجة المطلقة المطالبة للتطليق الحق في التعويض حسب ما جاء في نص م 53 مكرر من جراء الضرر اللاحق بها من طرف زوجها وفي كيفية إثبات الزوجة للضرر وهذا كله يقتصر تحت سلطة القاضي التقديرية .

وإننا لا ننكر أن قانون الأسرة فيما يتعلق بالتطليق جاء نتيجة ترسيخ مبادئ المساواة والعدل بين الزوجين وتتجلى في صيغتها الجهود التي بذلت في المزج بين الأصالة والعصرنة لتواكب قواعده الحداثة مع احترام تشبثنا بقيّمنا الروحية .

كما أن الإصلاح الأخير سدّ العديد من الثغرات ومنها على سبيل التمثيل إقرار عدم قابلية أحكام التطليق للاستئناف و أن التطبيق الفعلي لهذا القانون من طرف القضاة والتعمق في دراسته من طرف أساتذة القانون وأهل الاختصاص سيفرز ثغرات أخرى وإشكالات يتكفلون بالوقوف عليها والعمل على تذليلها والحرص على سدّ كل الفراغات .

وعليه فالزوجة التي تطلب التطليق مع توفر أحد الأسباب الواردة في م 53 ق.أ.ج أن تطلب من المحكمة تعويضا عما لحقها من ضرر فضلا عن حقها في نفقة العدة وتطالب أيضا بنفقة الإهمال المستحقة كما لها الحق في مطالبة بحضانة أولادها مع إلزام المطلق بالإنفاق عليهم وتوفير سكن للحضانة.

ونحن بدورنا نتساءل أين نحن مما جاء على لسان خاتم الأنبياء حين قال: "**استوصوا بالنساء خيرا** ".

وفي الأخير هذا الموضوع هو موضوع شائك ومتشعب وبالتالي فمن الغرور الجزم بأنه يمكن الإحاطة والإلمام بكل الأفكار الأساسية التي تتضمنها .

وإننا لا نستطيع الإجابة إلا عن بعض جوانبه راجينا من الله عزوّجل أن ينيرنا في المستقبل وينير غيرنا من الباحثين للتوسع في إيجاد الحلول للمسائل التي سيفرزها العمل التطبيقي .

و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الملحق

دعوى التطليق

عريضة افتتاح دعوى قضائية

المجلس القضائي ب:.....

محكمة : .....

قسم : شؤون الأسرة .

قضية رقم :...../ ....

في حق: ..... – مدعية –

الساكنة ب :.....

ضد : .....– مدعى عليه –

الساكن :.....

<u>ليطيب للمحكمة الموقرة</u>

حيث أن الطرفين اقترنا على سنة الله و رسوله سنة .... وسجل عقد زواجهما بالحالة المدنية لبلدية .....بتاريخ ..... تحت الرقم .....

(وثيقة رقم 1)

حيث أن زواج الطرفين أثمر بإنجاب .....أبناء – أو أنه لم يثمر.

(وثيقة رقم 2)

حيث أن مقر دار الزوجية يقع ببلدية ..... دائرة اختصاص محكمة الحال .

حيث أن العشرة الزوجية دامت ..... سنوات .

حيث أن المدعية وبموجب هذه العريضة تقيم دعوى للمطالبة بالتطليق ملتمسة .

في الشكل :

قبولها شكرا لورودها وفق ما تنص على ذلك المواد 13،12،9 ،459،26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 3 مكرر قانون الأسرة الجزائري .

في الموضوع :

حيث أن المدعية طوال العشرة الزوجية (ذكر ظروف الحياة الزوجية إن لزم الأمر) .

حيث أن المدعية غير قادرة على استمرار الحياة الزوجية سبب" ذكر أحد الأسباب أو أكثر من الأسباب المحددة في م53 من قانون الأسرة ".

حيث أن السبب أو الأسباب المذكورة ثابتة حسب الحالة أو السبب.

حيث ومنه فإن طلب التطليق مبرر مما يتعين الاستجابة له.

حيث واستنادا لأحكام م 53 مكرر من قانون الأسرة فإن المدعية محقة للمطالبة للتعويض عادل لقاء الضرر اللاحق بها بما قدره.. وكذا مبلغ نفقة الإهمال .

حيث أن المدعية محقة في حضانة أبنائها طبقا لأحكام المادة 74 من قانون الأسرة .

حيث أن المدعية محقة كذلك في السكن إيوائها وأبنائها المحضونين طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة وكذا إلزامه بأن يمكنها من أمتعتها حسب القائمة المرفقة .

حيث ..... (تحديد باقي الطلبات كالأمتعة وغيرها)

ولهـــــذه الأسبـــــــــــــــــــاب :

قبول الدعوى شكلا .

في الموضوع : بعد الإطلاع على المواد 53.53 مكرر.62.64.73.74.من قانون الأسرة .

القول بأنها مؤسسة و نتيجة ذلك ، الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين بالتطليق للضرر طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة ونتيجة لذلك إلزام المدعي بأن يدفع للمدعية تعويض جبرا للضرر الأحق .

وكذا نفقة إهمالها على أساس ..... بداية من .....

وإسناد لها حضانة الأولاد و على نفقة والدهم المدعى عليه بواقع ..... د ج شهريا مع استمرارها إلى غاية سقوط الحضانة شرعا .

علاوة على ذلك إلزامه بتمكينها من المنحة العائلية إن وجدت.

الحكم عليه بأن يوفر لها سكن لإيواء الأولاد المحضونين أو دفع لها بدل الإيجار بواقع ..... شهريا .

إلزامه بأن يمكنها من أمتعتها المبينة في القائمة المرفقة .

تحميله من المصاريف القضائية .

المرفقات: **مع كل التحفظات**

عقد الزواج

شهادة عائلية

بطاقة الإقامة

قائمة الأمتعة

قـائـمـة المـراجـع

قائمة المراجع

1) المصادر:

-القرآن الكريم برواية ورش.

2) **كتب التفسير و الحديث :**

1) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القريشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار طيبة للنشر والتوزيع ،السعودية ، ط02 ،1999.

2) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري،تفسير الطبري المسمى الجامع البيان في تأويل القرآن،دار الكتب العلمية،لبنان ،ط04 ،2005/1426.

3) أبو جعفر عبد الله بن أحمد الأنصاري القرطبي،الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع ،لبنان ، ط01 ،2006/1428.

4) أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني،صحيح الجامع الصحيح وزيادته،المكتب،الإسلامي، لبنان ط03، 1988/1408.

5) البخاري، عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، المكتبة الثقافية، لبنان.

6) يحيى الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي،صحيح المسلم بشرح النووي،مكتبة الصفا،مصر ،ط01، 2003/1424.

7) سنن ابن داود ،سليمان ابن الأشعف ،أبو داود،دار المودة،المنصورة،مصر، ط2013،01.

8) سنن ابن ماجة،أبو عبد الله محمد بن يزيد،ابن ماجة دار الفكر، بيروت ، لبنان ،د.ط، د.ت.

9) عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، البلد،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان ، ط01 ،2002/1423.

❖ **المعاجم :**

1) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرى،المصباح المنير،معجم عربي عربي،دار الحديث مصر2003/1423.

2) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحيح، دار الحديث ، مصر 2003/1424.

3) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، لسان العرب، دار المعارف، مصر، 2003.

❖ **المراجع الفقهية :**

1. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات معاملات،دار الكتب الحديثة، مصر، ط02، 1422/2002.
2. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير،الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، طبعة دار المعارف،مصر.
3. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الشوكاني،إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول الشوكاني،دار السلم للنشر والتوزيع والترجمة ،مصر 1998/1418.
4. أبو الوليد بن محمد بن أحمد بن رشد،البيان والتحصيل،طبعة دار المغرب الإسلامي،لبنان1984.
5. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري،الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي،دار الكتب العلمية،لبنان، 1999/1419.
6. وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،سوريا ط02، 1975/1405.
7. حسين بن عوادة العوايشة ، الموسوعة الفقهية الميسرة في الفقه الكتاب و السنة المطهرة ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ،الأردن ،ط01 ،2004/1425.
8. يسري محمد السيد، جامع الفقه ، دار الوفاء ،مصر ،ط01 ،2000/1421.
9. يوسف محمود عبد المقصود ، الواضح في الفقه الإسلامي المقارن.
10. محمد بشير الشقفة،الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية،دار القلم،سوريا ،ط03 ،2007/1428.
11. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ،سوريا ، ط1418،1998/01.

12. محمد الخطيب الشربيني،مغني المحتاج إلى شرح المنهاج ،طبعة الحلبي وأولاده،سوريا ،1985.
13. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، مكتبة الإرشاد ، السعودية.
14. محمد بن علي بن محمد الشوكاني،إرشاد الدخول إلى تحقيق الحق من على الأصول الشوكاني ، دار السلام للنشر و التوزيع و الترجمة ، مصر ،1998/1418.
15.محمد عثمان شبير ، فتاوى الشيخ محمد أبو زهرة ،دار القلم ،سوريا ،ط1، 2006/1427.
16. عبد الكريم زيدان،المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلمة ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط01، 1993/1413.
17. عبد الرحمن الجزيري،الفقه على المذاهب الأربعة،مكتبة الصفا،مصر، ط 01، 2003/1424.
18. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية ، لبنان ،ط02 ،2003/1424.

❖ **المراجع القانونية :**

1. العربي بختي،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط04، 2013.
2.الرشيد بن شويخ،شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر،2007.
3.العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط01، 1994.
4.العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر تعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا أحكام الزواج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط6، 2012.
5.العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966.2010،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2012.
6.أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري،دار الكتب القانونية دار شتات للنشرو البرمجيات،مصر،2009.
7.أحمد محمد الموصي.إسماعيل أمين نواهضة،الأحوال الشخصية،فقه،الطلاق،الفسخ،التفريق، الخلع،دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة،الأردن، 2009.

8.بوبشير محند أمقران،الإجراءات المدنية،نظرية الدعوى،نظرية الخصومة،الإجراءات الاستثنائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،ط03 ،2008.

9.باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2007.

10. زينب شويحة ،الإجراءات المدنية في ظل قانون 08.09 الدعوى.الاختصاص.الخصومة. طرق الطعن ،دار الشاملة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2009.

11. حسين طاهري،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر، ط01، 2009/1430.

12. محمد كمال إمام،الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية،دار المطبوعات الجامعية، مصر ،1997.

13. محمد سمارة،أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط01 ،2008.

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

15. نبيل صقر،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 2006.

16. سليمان ولد خسال،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري،دار طليطلة،الجزائر،ط2010،01.

17. عبد المؤمن بلباقي،التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي،دار الهدى،الجزائر،2000.

18. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل،دار هومة،الجزائر،ط02، 2009.

19. عبد العزيز سعد،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2013 .

20. عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط03، 2000/1999.

21. عمر زودة،طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وطرق الطعن فيها،بن عكنون،الجزائر،2003.

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

23. عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط01 ، 2007.

24. عمر بن عبد الله،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين،دار المطبوعات الجامعية،مصر،1986.

25. عبد الحفيظ سعيداني، الإجراءات الخاصة بشؤون قسم الأسرة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08.09 المؤرخ في 25.02.2008 ، مجلس قضاء اليزي، محكمة اليزي، الجزائر ، 25.03.2009.

26. فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986.

❖ **المذكرات والرسائل :**

1) آسية بوخاتم ، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، 2007/2006.

2) يوسف عزيرية ، التطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة و اجتهاد المحكمة العليا ، المعهد الوطني للقضاء ، وزارة العدل ، مديرية التربصات ، الجزائر ، 2004/2003.

3) عبد الفتاح تقية ، الطلاق بين تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، بن عكنون ،رسالة دكتوراه دولة في القانون ، 2006/2007.

4) ربيحة الغات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، رسالة دكتوراه في الحقوق ، 2011.

5) خيرة قويدري ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، رسالة دكتوراه في القانون ، 2009/2008.

6) الفكر البرلماني، أبعاد تعديل قانون الأسرة الاجتماعية و السياسية و القانونية ، مجلس الأمة ، الجزائر ، العدد 9 ، سنة 2005.

7) الفكر البرلماني ، الضمانات البرلمانية لتطبيق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، مجلس الأمة ، الجزائر، العدد 8 سنة 2005.

8) سميرة معاشي ،أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ، مجلة المنتدى القانوني ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، العدد 6.

❖ **المحاضرات:**

1) مسعود هلالي، محاضرات تنفيذ الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ،كلية الحقوق،جامعة زيان عاشور،الجلفة ،تخصص ماستر02 أحوال الشخصية،2013.2014 (غير منشورة).

❖ **القوانين:**

1) القانون رقم 09.05 المؤرخ في 04.05.2008 المتضمن الموافقة على الأمر 05.02 المؤرخ في 27.04.2005 المعدل والمتمم لقانون رقم 84.11 المؤرخ في 09.06.1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية رقم 43.

2) الأمر رقم 84.11 المؤرخ في 09.061984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3) القانون رقم 08.09 المؤرخ في 29.02.2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية رقم 21.

4) القانون رقم 07.05 المؤرخ في 13.05 2007 المعدل والمتمم للأمر رقم 58.75 المؤرخ في 26.09.1975 والمتضمن قانون المدني ، الجريدة الرسمية رقم 31.

5) القانون رقم 09.01المؤرخ في 25.02.2009 المعدل والمتمم للأمر 156.66 المؤرخ في 8.06.1966 والمتضمن قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية رقم 15.

❖**المجالات القضائية:**

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد 1 سنة 1986، قرار رقم 399755.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد 4 سنة 1989، قرار رقم 35026.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد 3 سنة 1989، قرار رقم 34784.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد3 سنة 1990، قرار رقم 47915.

- المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد1 سنة 1991، قرار رقم 75141.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد4سنة 1993، قرار رقم 75588.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد3 سنة 1993، قرار رقم 34327.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد1 سنة 1994، قرار رقم 89635.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد2 سنة 1997، قرار رقم 139353.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد 1سنة 2000، قرار رقم215212.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد 1 سنة 2005، قرار رقم 358665.

-المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد2 سنة 2008، قرار رقم390381.

- المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد2 سنة 2011، قرار رقم 596191.

-نشرة القضاة غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد2 سنة 1992 قرار بتاريخ 12.01.1971.
-نشرة القضاة غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد53 سنة 1999قرار رقم 200198.
-نشرة القضاة غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، العدد 65 سنة 2006قرار رقم 335844.
-الاجتهاد القضائي غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، قرار رقم 391655.
-الاجتهاد القضائي غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، قرار رقم 224655.

فهرس الموضوعات

الإهداء

شكر وتقدير

المقدمة .....أ.ه

قائمة المختصرات..... ..... و

الفصل الأول : التطليق وأحكامه..... 2

المبحث الأول : مفهوم التطليق.....3

المطلب الأول: تعريف وشروط التطليق.....3

فرع 01:تعريف التطليق.....3

فرع02: شروط التطليق.....4

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق.....5

فرع 01: القرآن الكريم والسنة النبوية.....6

فرع02: الإجماع.....8

المطلب الثالث: طبيعة التطليق في الفقه والقانون.....9

فرع01: طبيعة التطليق لدى الفقهاء.....9

فرع02: طبيعة التطليق في القانون.....10

المبحث الثالث:تمييز التطليق عما يشابهه.....11

المطلب الأول:تمييز التطليق عن الطلاق.....11

المطلب الثاني: تمييز التطليق عن الخلع.....14

المبحث الثالث: أسباب التطليق.....17

المطلب الأول: أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري 11/84.....17

فرع01: الأسباب المقيدة لسلطة القاضي.....17

فرع02:الأسباب المطلقة لسلطة القاضي.....33

المطلب الثاني: خلفيات تعديل أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري05/09.....49

الفصل الثاني:جديد التطليق في التشريع الجزائري.....54

المبحث الأول: أسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري05/09.....55

المطلب الأول: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.....55

المطلب الثاني: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليهما في عقد الزواج.....62

المبحث الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى التطليق.....76

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى التطليق.....76
فرع01:كيفية سير الدعوى.....77
فرع02: إجراءات الصلح والتحكيم.....79
المطلب الثاني: الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالتطليق وطرق الطعن فيها.....84
فرع01: الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالتطليق.....84
فرع02: طرق الطعن في الحكم بالتطليق.....86
المبحث الثالث: توابع التطليق.....88
المطلب الأول: ما يثبت للزوجة.....89
المطلب الثاني:ما يثبت للأولاد.....97
الخاتمة.....102
الملحق.....105
قائمة المراجع.....109
الفهرس.....116