جامعة آكلي محند أولحاج ــ البويرة ــ
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الضرر المؤدي إلى التطليق في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون أسرة

تحت إشراف الأستاذ:
حكيم قاسم

إعداد الطالبتين:
ــ صليحة أحمان
ــ نصيرة لعريق

لجنة المناقشة

الدكتورة: الياقوت عرعار .....رئيسا
الأستاذ: حكيم قاسم.....مشرفا ومقررا
الدكتورة : نصيرة ربيع .....ممتحنا

السنة الجامعية 2023/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل:

إلى قرة عيني أبي وأمي أطال الله في عمرهما

إلى نصفي الثاني زوجي العزيز

إلى جنة الدنيا أبنائي فرح ومحمد

إلى من كانا سندا وعونا خالتي فاطمة وعمي محمد

إلى إخوتي كل باسمه

إلى أصدقائي وزملائي بجامعة البويرة

صليحة

إهداء

أهدي هذا العمل

إلى من كانت سبب في وجودي روح أمي رحمة الله عليها

إلى سندي في الحياة أبي الغالي أطال الله في عمره

إلى نور فؤادي وأعظم ابتساماتي وأجمل هدية من الله أبنائي فلذة كبدي أسيل وسيف الدين أطال الله في عمرهما وحفظهما

إلى شريكي في الحياة الزوج الكريم أشكره على تشجيعه وصبره وسعة صدره طيلة فترة مسيرتي الدراسية

إلى كل إخوتي وأخواتي وزملائي وزميلاتي في العمل إلى كل من شجعني وساندي في انجاز هذا العمل

نصيرة

كلمة شكر وعرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والسلام على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم،

أما بعد:

من نعم الله سبحانه وتعالى علينا أن أمدنا بالعون لإتمام هذه الدراسة، وإنه ليشرفني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا الفاضل **قاسم حكيم** الذي شرفنا بقبوله الإشراف على هذه المذكرة والاهتمام الذي أولانا إياه في سبيل ظهور هذا البحث بالمظهر اللائق فكان خير مرشد ومعين، جزاه الله عنا وعمن ينتفع بهذا العمل خير الجزاء.

كما نتقدم بالشكر الجزيل **للأساتذة المناقشين**، وكل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

ألف شكر وامتنان

قائمة المختصرات

- ص صفحة
- غ أ ش غرفة الأحوال الشخصية
- غ ش أ غرفة شؤون الأسرة
- م ع المحكمة العليا
- م ق المجلة القضائية
- ن ق النشرة القضائية
- د س ن دون سنة نشر
- د د ن دون دار نشر
- د ب ن دون بلد نشر
- ص ص صفحة إلى صفحة
- ق أ ج لاقانون الأسرة الجزائري
- ق ع ج قانون العقوبات الجزائري
- ق م ج قانون مدني الجزائري

مـقدمـــــة

منحت الشريعة الإسلامية نظام الزواج أهمية قصوى ، لأنه يعتبر أهم علاقة يقيمها الإنسان في حياته، لذا نجد الله عز وجل أضفى عليه قدسية تجعله يختلف عن سائر العقود الأخرى التي يقوم بها الإنسان طيلة حياته، فهو نظام منذ أن خلق البشر مصداقا لقوله تعالى: "**ومِن آيَاتِهِ أن خلقَ لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة**"[1]

ولقد شرع الله عزو جل الزواج و حبب إليه بهدف تنظيم الحياة الإنسانية و منع الفوضى و من أسمى مقاصده إستمرار النوع البشري و خلافة الأرض و تعميرها و منع إختلاط الأنساب تمييزا و تكريما للإنسان عن الحيوان، والزواج أساسه الرحمة و المودة و السكينة و الاستقرار والطمأنينة بين الزوجين، فهو عماد الأسرة تلتقي فيه الحقوق و الواجبات، هو واجب بالنسبة لكل قادر إعمالا لمبدأ ما كان مطلوبا لأداء الواجب كان واجبا تماما.

ورغم القيمة العالية للزواج من ناحية الدين الإسلامي إلا أن الواقع يثبت أن هناك حالات من الصعب أن تتحقق معها المقاصد التي من أجلها شرع الزواج، وبالتالي يصبح الزواج بعد ما كان مودة ورحمة علاقة مستحيلة الاستمرار.

ولذلك شرع الله عزوجل الطلاق بين الزوجين كحل شرعي لفك هذه الرابطة و إنهاء الخصام و الشقاق بين الزوجين الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، فيصبح الطلاق في هذه الحالة هو العلاج لحالة الاضطراب و التفكك في العلاقة الزوجية، حيث جعلت الشريعة الإسلامية و كذا القوانين الوضعية العصمة بيد الرجل فيمكنه فك هذه الرابطة بإرادته المنفردة متى شاء و لكنه قيده بضوابط معينة تمنعه من التعسف و الظلم في إستعمال هذا الحق و في المقابل لم تحرم المرأة من هذا الحق فإذا ما تجاوز الزوج حده في تأديب زوجته على نحو يسيء لها و يؤذيها في المعاشرة سواء بالفعل أو القول ، بمعنى أن يسبب لها أذية سواء معنوية

[1] الآية 21 سورة الروم

أو مادية فلها أن تطلب من القضاء التفريق بينها و بين زوجها لرفع الضرر الذي لحق بها جراء هذه العلاقة و ذلك عن طريق طلب التطليق للضرر.

وقد أخذ المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في ما يخص التطليق باعتبار بعض أحكام قانون الأسرة الجزائري مستمدة من الشريعة الإسلامية و ذكر جملة من الشروط التي يمكن للمرأة من خلالها طلب فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال نص المادة 53 ق.أ ج[1].

ولقد إخترنا موضوع الضرر المؤدي إلى التطليق في قانون الأسرة الجزائري لمجموعة من الأسباب و الدوافع نذكر منها الوقوف على حجم معاناة الزوجات في صمت من تصرفات أزواجهن والضرر المادي والمعنوي اللاحق بهن أمام صعوبة إثبات هذا الضرر، هذا من جهة ونظرة المجتمع إلى طلب الزوجة للتطليق من جهة أخرى .

-كذلك البحث عن الأسباب الحقيقية للتطليق و رأي الاجتهاد القضائي في هذه المسألة.

- ومعرفة مدى تأثر المشرع الجزائري بالآراء الفقهية حول مسألة الضرر و بأي المذاهب قد أخذ.

- محاولة منا لإبراز وتبيان الطرق والوسائل الصحيحة التي يمكن للزوجة الإعتماد عليها لتبرير طلب التطليق.

- كما يمكن القول أن الأسباب كثيرة و متعددة لاختيار هذا الموضوع كون أن الضرر الواقع على الزوجة له مدلول واسع يندرج تحته عدة حالات و وقائع لا يمكن حصرها في مادة واحدة.

[1] القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 11، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984، المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

وقد تم إختيار موضوع الدراسة لأهميته البالغة لأنه يتطرق إلى علاقة منحها الله سبحانه و تعالى عناية خاصة و أحاطها بحماية قصوى لأنها أساس وجود البشر، كما أن هذا الموضوع يتصل مباشرة بالأسرة التي تعتبر اللبنة الأولى في قيام المجتمعات و الحضارات فإستمرار وجود الأسرة و إستقرارها يعني إستقرار المجتمع و قيام الحضارات و رقيها و تقدمها إلى ما يسمو بالحياة الإنسانية بعيدا عن الصراعات و منعا للظلم و إلحاق طرف الضرر بالطرف الأخر و بإعتبار المرأة الطرف الضعيف في العلاقة الزوجية فكثيرا ما يقع عليها الظلم و الجور و الضرر من طرف الزوج لذا وجب رفعه لقوله صلى الله عليه وسلم " **لا ضرر و لا ضرار**"[1].

كما تظهر هذه الأهمية في الجانب النظري و العملي:

فمن الناحية النظرية تظهر أهمية الموضوع من خلال إظهار الآراء الفقهية حول أسباب التطليق للضرر و الاختلاف الواقع بين مختلف المذاهب، و في إيجاد حلول لمنع هذا الضرر و الأفعال التي يمكن تكييفها على أساس أنها ضرر واقع على المرأة يستوجب معه فك الرابطة الزوجية بالتطليق.

وأيضا معالجة ظاهرة العنف بمختلف إشكاله الواقع على الزوجة بإعتباره لا يخلو من وقوع الضرر.

ومن الناحية العملية فإن كثرة ملفات الطلاق و خاصة منها ملفات الخلع و التطليق في المحاكم الجزائرية ينذر بالخطر،مما يدفع إلى مزيد من الإهتمام بهذه الموضوعات و تقديم معالجات لمختلف الجزيئات المتعلقة بمحل الدراسة.

-وكذلك متابعة ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في موضوع التطليق للضرر بإعتباره المرجع في تفسير القانون.

[1] عن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري رضي الله أن رسول الله صل الله عليه وسلم قال "لا ضرر ولاضرار"

-كما تتجلى أيضا أهمية الموضوع في أن هذه الدراسة تبين الأساس القانوني الذي تعتمده الزوجة في تأسيس دعواها أمام القضاء لتكون محل قبول.

و بالرجوع إلى رأي المشرع الجزائري في مجال التطليق للضرر نجده ترك المجال واسعا للسلطة التقديرية للقاضي في تكييف الواقعة أو الفعل على أنه ضرر معتبر شرعا يستوجب فك الرابطة الزوجية ،لأنه بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد هناك من يبيح فك هذه الرابطة و بين من يفضل الحفاظ عليها و دفع الضرر أو إزالته و هنا تظهر أهمية هذا الموضوع من ناحية الفقه و القانون و معرفة الاتجاه الذي سلكه المشرع في ذلك.

و يمكن القول أن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو تسليط الضوء على الضرر الموجب للتطليق و الكشف عن ضوابطه و أحكامه التي يمكن أن يستند إليها القاضي في تقرير حكم التطليق لأن مفهوم الضرر مفهوم واسع يصعب الإلمام به.

- كذلك التطرق لأسباب التطليق التي ذكرها المشرع الجزائري في المادة 53 من ق.أ.ج وتوضيح موقفه منها.

- إبراز مكانة الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية بالتطليق من خلال قانون الأسرة الجزائري.

-الوقوف على مدى إهتمام المشرع الجزائري بتنظيم أحكام فك الرابطة الزوجية من جانب الزوجة.

ومن خلال ماسبق فإن إشكالية الدراسة تتجلى فيما يلي:

كيف يكون الضرر سببا للتطليق في قانون الأسرة الجزائري ؟

والمنهج المتبع في دراستنا هاته هو المنهج الوصفي في من خلال التعرف على معنى الضرر وأسبابه، بالإضافة إلى الإعتماد على المنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص المواد لقانونية المتعلقة بالموضوع و مقارنتها بموقف الفقه في ذلك.

ووفقا لهذا الطرح قمنا قسمنا بحثنا إلى فصلين:

الفصل الأول: ماهية الضرر الموجب للتطليق يحتوي الفصل الأول على مبحثين، المبحث الأول تناولنا فيه مفهوم الضرر بصفة عامة حيث تطرقنا إلى مختلف التعاريف الفقهية و القانونية للضرر و أنواعه و أقسامه، و المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى الضرر المعتبر شرعا وقانونا لطلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق.

الفصل الثاني خصصناه لدراسة حالات وصور الضرر المبيح للزوجة طلب التطليق حيث قسمناه إلى مبحثين المبحث الأول تناولنا فيه الضرر المادي المجيز للزوجة طلب التطليق و المبحث الثاني تناولنا فيه الضرر المعنوي المجيز للزوجة طلب التطليق.

ولقد قمنا بختام دراستنا هذه هذا بخاتمة كانت عبارة عن تحصيل عام للموضوع، ومن خلال ذلك الإجابة على الإشكالية المطروحة.

الفـصـل الأول

ماهية الضرر

الموجب للتطليق

إن من مقاصد الشريعة الإسلامية تحقيق المصالح و رد المفاسد أو المضار بكل أنواعها فالمصلحة تعني جلب المنفعة و دفع الضرر، أي منع الضرر إبتداء و إنتهاء و الوقاية من وقوعه و الحكم برفعه في حال حدوثه، و النظر في أثاره المترتبة بهدف جبر المضرور و تطبيق الجزاء على المتسبب في حدوثه.

فالضرر من المواضيع الهامة التي أولتها الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة نظرا لارتباط مواضيعه بمسائل تنظم العديد من مجالات الحياة الإنسانية (نفع مقابل الضرر).

كما أن موضوع الضرر له استعمالات واسعة في مجال الفقه الإسلامي، فقد تناوله الفقهاء في عدة أبواب و بنو عليه العديد من المسائل الفقهية، على الرغم من اختلاف مذاهبهم و اتجاهاتهم.

و لما كان هدف الشريعة كما سبق القول تحقيق مصالح العباد و دفع الأضرار عنهم فان هذه الأخيرة من مقاصدها أيضا تحقيق إستقرار الأسرة عن طريق الرحمة و المودة بين أفرادها، و لا يتحقق هذا المعنى في أسمي معانيه إلا في حال منع وقوع الضرر بكل أنواعه لهذا نجد الشارع الحكيم نهى عن إلحاق أحد الزوجين الضرر بالأخر ورفعه في حال وقوعه تحقيقا لمعنى السكن و المودة و الرحمة التي يقوم عليها الزواج.

فإذا انعدمت المودة و الرحمة و السكينة بين الزوجين، و ساد الخلاف و الشقاق بينهما فقد الزواج معناه و أصبح من الضروري فك هذه الرابطة و رفع الضرر الواقع أو الحد منه.

و هذا ما سوف نتناوله بالدراسة و التحليل في هذا الفصل و هو مفهوم الضرر بكل أحكامه و شروطه و ضوابطه.

المبحث الأول

مفهـوم الضــرر

إن الأصل في المعاملات هي جلب المصالح و درئ المفاسد دون إلحاق الضرر بالآخرين أو التسبب في حدوثه، فالضرر لا يجوز مهما كان نوعه و مقداره فدفع الضرر ما أمكن مقرر شرعا لأن صيانة الإنسان عن إنزال الضرر به و إيلامه بأي وجه من وجوه الإيلام أصل ثابت في الإسلام،وانطلاقا من هذا سوف نتناول في هذا المبحث تعريف الضرر بصفة عامة من الناحية الفقهيةوعند فقهاء القانون كمطلب أول، كما نتعرض إلى أنواع الضرر وأحكامه في المطلب الثاني.

المطلب الأول

المقصود بالضرر و أقسامه

نتطرق في هذا المطلب إلى التعريف اللغوي و الاصطلاحي للضرر لتحديد المقصود به أولا كما نتناول تعريف الضرر من الناحية الفقهية و في الأخير تعريفه عند فقهاء القانون في فرع أول ثم بيان أقسامه في فرع ثاني على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقصود الضرر

أولا: **الضرر لغة وإصلاحا:**

1- لغة: االضر ضد النفع ، وقيل الضرر ماتضر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضراء نقيض السراء[1].

الضرر من أسماء الله (النافع الضار) و هو الذي ينفع من يشاء من خلقه و يضره و هو خالق الأشياء كلها خيرها و شرها و نفعها و ضرها[1].

[1] محمد بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، ط1،ج 28، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت،2005، ص 2572 2473

والمضرة خلاف المنفعة و ضره ضرا، و ضر به وأضر به، وضاره مضارة و ضرار. و الاسم:الضرر، والضرار فعال من الضر أي: لا يجازي أحد أحدا على إضرارهبإدخال الضرر عليه، و الضرر فعل الواحد و الضرار فعل الاثنين والضرر ابتداء الفعل و الضرار الجزاء عليه.

و قيل: الضرر ما تضر به صاحبك و تنتفع أنت به و الضرار أن تضره من غير أن تنتفع.

و الضراء: السنة و الضاروراء: القحط و الشدة و الضراء: نقيض السراء، قال ابن الأثير (الضراء الحالة التي تضر و هي نقيض السراء)، و قال ابن الأعرابي: و الضرة الأذاة.

و ضره يضره من باب (قتل يقتل) إذا فعل به مكروها، ولا يضر الرجل أخاه يعني لا ينقص شيئا من حقه أو ملكه و هو ضد النفع.

بناء على ما سبق أن مدلول الضرر يدور حول ما يعتري الإنسان أو يتعرض له من سوء حال و ضيق و فقر و قحط و شدة و مرض و هزال أو حاجة ملجئة أو مخالفة مزاحمة أو نقصان للحقوق أو الملك أوما يكون ضدا النفع بوجه عام[2].

إن الضرر عموما يشمل الشدة التي تصيب الإنسان سواء في جسمه أو ماله من مرض و فاقة و غير ذلك، و يلاحظ أن أحوال الشدة هذه منها المادي و منها المعنوي غير المحسوس مايفهممنه أن معنى الضرر لغة ينبئ عن وجود نوعين منه الأول مادي و الأخر معنوي[3].

---

[1] أسعد كمال محمد و محمد عبد الله الشوابكة،**الضرر و أثاره بين الشريعة و القانون**، الجامعة الأمريكية بالإمارات، ص87

[2] أحمد موافي، المرجع السابق، ص ص 20-22 .

[3] بن زيطة عبد الهادي، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع القبة، الجزائر، 2007، ص17.

2- اصطلاحا:

بالبحث في مصادر الكتب الفقهية الفقه نجد أن استعمال الضرر يكون في مقابل النفع فالضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة أو هو بمعنى الإخلال بمصلحة مشروعة سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية فالضرر يقتضي فضلا عن المساس بوضع قائم الإخلال بحق يحميه القانون، بل يكفي أن يقع على مصلحة مشروعة أي غير مخالفة للقانون.

أما إذا كانت المصلحة التي حصل بها المساس غير مشروعة فإن القانون لا يحميها[1] و بالتالي فان في هذه الحالة الفعل المرتكب لا يعتبر ضررا يعتد به قانونا ولا شرعا، لان المصلحة التي تم المساس بها غير مشروعة و غير محمية من الناحية القانونية.

ثانيا: **الضرر في الإصطلاح الشرعي**

إذا كان النفع جلب المنفعة فإن الضرر يكون بمعنى إزالة المنفعة بمفهوم المخالفةو في هذا يقول ابن العربي المالكي: (الضرر هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربى عليه و هو نقيض النفع).

و جاء في المنتقى شرح الموطأ للباجي، قال الخشني: (الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة).

و في جامع العلوم و الحكم لابن رجب الحنبلي: (.... و قيل الضرر أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به، و الضرر أن يدخل على غيره ضررا بلا منفعة له به كمن منع ما لا يضره و يتضرر به الممنوع).

[1] قورادش فاطمة الزهراء، **أسباب التطليق و إشكالات إثبات الضرر في القانون الجزائري**، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة ماستر، تخص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016/2015، ص 44 .

و في الفتوحات الوهبية: الضرر ما يضر به الإنسان غيره و ينتفع هو به (الضرر منع ما ينفع الغير)[1].

أما كلمة ضرر فقد وردت في القران الكريم في أربعة و سبعين موضعا و ذلك على عدة وجود و معان و من ذلك قوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا مَسَّ الْإِنسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَىٰ ضُرٍّ مَّسَّهُ كَذَٰلِكَ زُيِّنَ لِلْمُسْرِفِينَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ**﴾[2]، و كذلك قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ يَمْسَسْكَ اللَّهُ بِضُرٍّ فَلَا كَاشِفَ لَهُ إِلَّا هُوَ وَإِنْ يُرِدْكَ بِخَيْرٍ فَلَا رَادَّ لِفَضْلِهِ يُصِيبُ بِهِ مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَهُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ** ﴾[3].

و قوله أيضا:﴿ **ثُمَّ إِذَا كَشَفَ الضُّرَّ عَنكُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنكُم بِرَبِّهِمْ يُشْرِكُونَ**﴾[4].

وردت هذه الآيات بمعنى البلاء و الشدة.

و قوله عز و جل: ﴿ **فَلَمَّا دَخَلُوا عَلَيْهِ قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ مَسَّنَا وَأَهْلَنَا الضُّرُّ وَجِئْنَا بِبِضَاعَةٍ مُّزْجَاةٍ فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا إِنَّ اللَّهَ يَجْزِي الْمُتَصَدِّقِينَ**﴾[5]، بمعنى الجوع و العرى.

أما فيما يخص كلمة ضرر في **السنة النبوية الشريفة** فقد وردت في أحاديث كثيرة للدلالة على عدد من المعاني،فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله –صلى الله وعليه وسلم– قال:(**لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ**)،هذا الحديث يعتبر قاعدة تنص على منع إيقاع الضرر مطلقا و الحيلولة دون حدوثه، و الاحتياط للوقاية منه سواء وقع أو لم يقع و يكون المنع ابتداء أو جزاءا ، فلا يجوز إلحاق الضرر بالغير ابتداء أو إنشاء فيدفع الضرر قبل وقوعه، إذا ترتب

[1] أحمد موافي، مرجع سابق، ص 79–80 .

[2] الآية 12 سورة يونس.

[3] الآية 107 سورة يونس

[4] الآية 54 سورة النحل.

[5] الآية 88 سورة يوسف

على فعل أو تصرف معين ضرر فانه يجب رفعه بعد وجوده بالطرق الشرعية الممكنة التي تزيل أثاره و تمنع تكراره، و سواء كان الضرر خاصا يلحق فردا معينا أو عاما يشمل كثير من الأفراد، فالضرر في كل صوره ممنوع لأنه مفسدة و الشريعة إنما تقوم على جلب المصلحة و دفع المفسدة.

أما المقصود بنفي الضرار (لا ضرار) نفي فكرة الثأر المجرد و الانتقام الذي يزيد في قدر الضرر و يوسعه، فإنشاء الضرر و فعله و لو كان وجه مقابلة ضرر أخر من الطرف المقابل لا يجوز أن يكون هدف الفاعل إلحاق الضرر و لا ينبغي أن يكون مقصودا و لا يلجأ إلى مثل ذلك إلا اضطرار[1].

ثالثا: الضرر قانونا

يرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه الركن الثاني من أركانها طبقا لنص المادة 124 من ق.م.ج[2]، وتتجلى أهميته في أن أي مطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصيرها الرفض[3]، لان الهدف الذي تسعى إليه دعاوى المسؤولية المدنية هو جبر الضرر للشخص المضرور الذي لحق به أو مسه الفعل الضار نتيجة الخطأ[4].

وعلى الرغم من إتساع فكرة الضرر في التشريع و الفقه القانوني إلا أنه يبدو من الصعب استخلاص أو وضع تعريف منضبط للضرر.

---

[1] عبد القادر داودي، **القواعد الكلية و الضوابط في الفقه الإسلامي**، ط1، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر 2019، ص 117.

[2] أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم بالأمر 10/05المؤرخ في :20 يونيو 2005 ،ج.ر44، ص23 .

[3] بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق ، ص 22.

[4] زياني منير، **فكرة الضرر المباشر، بين النظرية و التطبيق**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية ، جامعة الجزائر 1 بن عكنون،2012 /2013 ، ص 02 .

ومن محاولاتهم ما استقر عليه القضاء في فرنسا و مصر و تبناه الفقه إثر ذلك وفقا لما سبق يعرف الضرر بأنه :الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، أو بمعنى أخر هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أم أدبية.

هذا وينبغي أن يكون من شأن هذا المساس، أو الاعتداء جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي خولها ذلك الحق أو تلك المصلحة.

ولذلك فالضرر لا يعتد به إلاّ إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل التعدي أو الماس به، فإذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر الأشد ضرراً أخف منه فإنه لا يعد فعلاً ضاراً ولا يستوجب التعويض.

ووفقاً لما تقدم فإن الاعتداء على حياة الإنسان أو جسمه أو على ماله يحقق ركن الضرر سواء كان في القانون الإداري أم في القانون المدني، هذا و أن الضرر هو الركن الأساسي للمسؤولية مدنية كانت أم إدارية[1].

و مما سبق نجد أن للضرر أركان :

1 – نوع الاعتداء: و يقصد به الفعل المرتكب و الذي لا يشترط فيه أن يكون ماديا بالضرورة لأن الفعل قد يكون فعل معنوي كالسب و الشتم.

2 – محل الضرر: و هو يمثل تلك المصلحة المشروعة أو الحق المشروع الذي وقع عليها الفعل الضار أو تم الاعتداء عليه أو المساس به، أي هي المصلحة التي تتمتع بحماية قانونية.

3 – المضرور:و هو الشخص الذي عليه الفعل الضار سواء كان الغير أو النفس.

4 –أثر الضرر: و هي المفسدة التي تلحق بالشخص المضرور أي تلك المفسدة التي تلحق بمحل الضرر بمعنى إلحاق مفسدة بالمصلحة المشروعة التي يحميها القانون[2].

---

[1] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية(الفعل غير المشروع ، الإثراء و القانون) ، ج 2، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2008 ، ص 142 .

[2] كنزة صغير ، الضرر كسبب للتطليق بين الشريعة و القانون ، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2016/2015 ، ص 30 .

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده نصفي القانون المدني على الضرر كشرط لقيام المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية أو عقدية من خلال ما ورد في نص المادة 124 منه: (كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)[1]، مما يستنتج منه ضرورة توافر عنصر الضرر لقيام المسؤولية التقصيرية، إذ يكون الخطأ الموجب للتعويض قد سبب ضررا للغير بغير تحديد لقدر الضرر مما يستتبع قيام المسؤولية بأي قدر من الضرر[2].

أما بالنسبة لـ ق.أ.ج و خاصة في الفقرة العاشرة من المادة 53 أعطى للزوجة الحق في طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا دون أن يضع تعريفا معينا لهذا الضرر الذي يلحق بالزوجة نتيجة تصرفات زوجها، و إنما ترك تقديره لسلطة القاضي الذي ينظر في تكييف الفعل على أساس انه فعل ضار الحق ضررا بالزوجة أو لم يلحق بها ضررا .

كما نص المشرع كذلك في ق.أ.ج في مادته 55 في حال نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر و هذه المادة مفادها أنه متى نشزت الزوجة كان للزوج حق الطلاق و متى كان الزوج هو الناشز فللزوجة حق التطليق للضرر.

أيضا ما نصت عليه المادة 5 من ق.أ.ج في حال الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة من أحد الطرفين، و كذلك نص المادة 52 منه التي تنص على الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي إذ جاء فيها(إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)[3].

---

[1] أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

[2] بن زيطة عبد الهادي، مرجع سابق،ص 22 .

[1] القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 11، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984، المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

[2] ليلى كتو، **التعويض عن الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** ، دراسة مقارنة ، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2013/ 2014 ، ص 9 .

الفرع الثاني: أقسام الضرر

يقسم الضرر إلى عدة أقسام ضرر عام وضرر خاص و ضرر مشروع و غير مشروع

أولا: **الضرر العامو الضرر الخاص:**

ينقسم الضرر باعتبار شموله للأفراد و عدم شموله إلى ضرر عام و خاص

1- الضرر العام:

هو الضرر الذي يصيب عدد غير محدد من الأفراد و يعتبر من الأعباء أو التكاليف العامة التي يجب على عموم الأفراد تحملها دون تعويض، فهو ذلك الضرر الذي يقع على جميع أفراد المجتمع أو أغلبهم[1] مثلا ضرر يصيب مجموعة من سكان بلد ما أو جماعة ما أي حدوث ضرر يحدث أذى بمصلحة عامة مشروعة.

2- الضرر الخاص:

هو الضرر الذي يصيب فردا معينا أو أفراد محددين على وجه الخصوص، أو طائفة معينة أي الضرر الذي يقع على شخص محدد بعينه و صفاته كضرر الزوج بزوجته بالضرب أو الشتم أو غيرها من الأضرار المعتبرة ، فهو ضرر يصيب الزوجة دون غيرها من النساء لوجود العلاقة الزوجية بينها و بين المتسبب في الضرر، بمعنى هو ضرر يمس بمصلحة خاصة لشخص معين لان الضرر هو المساس بالمصلحة المشروعة سواء كانت خاصة أو عامة.

و من القواعد الفقهية التي تقضي بحماية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة نجد القاعدة التي تنص على أنه **(تحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام)** فهذه القاعدة مفادها المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة و مثال ذلك الحائط المتوهن إذا كان في الطريق، فإنه يجب نقضه على مالكه دفعا للضرر العام[2].

---

[2] ليلى كتو، المرجع السابق ، ص 09

ثانيا: **الضرر المباح و غير المباح**

ينقسم الضرر باعتبار الحكم التكليفي لإيقاعه إلى ضرر مشروع و ضرر غير مشروع

1-الضرر المباح (المشروع):

هو الضرر الذي لا يحرم إيقاعه، سواء كان إيقاعه واجبا أو جائرو مثالالضرر الواجب: الحدود الشرعية و التعازير فإنه يجب على الحاكم إقامتها و إن كان فيها ضرر على الجاني. و مثال الضرر الجائز الدخان الذي ينتشر من مطبخ دار شخص إلى جاره، فإنه يعد ضررا لأنه يضر الجيران مباشرة أو يسبب اشتهاء الأطعمة للفقراء منهم فينشأ عن ذلك ضررا لهم[1].

2-الضرر غير المباح(المشروع):

هو الضرر الذي يحرم إيقاعه و هو المقصود بقول النبي صلى الله عليه و سلم**(لا ضرر و لا ضرار)**[2].

المطلب الثاني

أحكام الضرر المعتبر

سنتطرق في هذا المطلب إلى أهم أنواع الضرر و شروط تحققه في فرع أول و مختلف الأحكام المتعلقة به في فرع ثان و ذلك وفق ما سيأتي بيانه :

[1] ليلى كتو، مرجع سابق، ص 10

[2] مرجع نفسه، ص 11 .

الفرع الأول: أنواع الضرر المعتبرو شروط تحققه

للضرر عدة أنواع بحسب تقسيم الفقهاء و لتحقق الضرر لا بد من توافر بعض الشروط لأنه مرتبط بمفهوم المسؤولية و فكرة التعويض الناتج عن الضرر.

أولا: **أنواع الضرر المعتبر:**

قسم الفقه الضرر إلى عدة أنواع بحسب اعتبارات مختلفة فمنهم من جعلها نوعين و منهم من تعداه إلى ثلاث أنواع.

فعند اعتبار موضوع الضرر فيقسم الضرر إلى مادي و ضرر معنوي أو أدبي، و باعتبار ضمان مسببه للتعويض على من أصابه يتنوع الضرر المادي إلى ضرر متوقع و غير متوقع و ضرر حال و أخر مستقبل، و من الفقهاء من قسم الضرر المعنوي إلى أضرار اعتبارية محضة و أضرار معنوية تابعة للأضرار الحسية و هي الأضرار المباشرة و غير المباشرة و ما يصيب الإنسان نفسه من ضرر التشهير و إساءة السمعة، أما الغير مباشرة فما يصيبه في متعلقاته و توابعه كالأسرة[1].

والتقسيم الشائع هو التقسيم الثنائي الذي يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي تم الاعتداء عليها و التي لا تعدو أن تكون مادية أو معنوية[2].

لكن الفقه الغربي اخذ بالتقسيم الثلاثي،حيثقسم الضرر إلى ثلاث أنواع و هو الضرر المالي و يتعلق بالمعاملات المالية للشخص و ضرر معنوي و أخر بدني يتعلق بجسم الإنسان و التقسيم الراجح هو التقسيم الثنائي الذي يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي تم

[1] كنزة صغير، **مرجع سابق**، ص 31 .

[2] بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق** ،ص 25 .

الاعتداء عليها و التي تكون إما مادية أو معنوية، وعليه يمكن تقسيمالضررإلى نوعين ضرر ماديو ضرر معنوي[1].

1-الضررالمادي المعتبر:

إن المقصود بالضرر الماديهو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق (أو مصلحة) سواء كان الحق ماليا أو غير مالي، ومن هنا فان المساس بالحق المالي (كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية) يكون ضررا ماديا إذا نجم عن هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي يخولها واحد من هذه الحقوق.

كما أن الضرر المادي قد يحدث نتيجة المساس بحق غير مالي كالمساس بسلامة الجسم، حيث عرفه السنهوري بأنه: إخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية، و يجب أن يكون هذا الإخلال محققا، و لا يكفي أن يكون محتملا يقع أو لا يقع[2].

و بذلك فهذا الضرر له وجهان أولهما يمس بحقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة ذات صفة، و ثانيهما يصيب الإنسان في سلامة جسده و حياته.

2-الضرر المعنوي أو الأدبي المعتبر:

هو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقداته أو في عاطفته وهو أيضا ما يصيب العواطف من آلام نتيجة لفقدان شخص و قد توسع القضاء في مفهوم

[1] كنزة صغير، نفس المرجع، ص 32 .

[2] بلحاج العربي، **مرجع سابق**، ص 145-146 .

المصلحة الأدبية، فأعتبر ضررا أدبيا ما يصيب الشخص من جراء السب أو القذف من إيذاء للسمعة أو عن ألام النفس، و يعتبر ضررا أدبيا كل مساس بالجانب العاطفي للشخص[1].

ومن المحاولات التي اتجهت لوصف الضرر ببعض صوره:

* **تعريف الشيخ علي خفيف:**الأذى فيما يصيب الإنسان في شرفه و عرضه و فيما يصيبه من ألم في جسمه أو في عاطفته".

* **تعريف الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي:** هو كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام و الأوجاع الروحية ، من الشتم و التحقير و ترك الجماع و الكلام و المبيت و يصيب تعريف الشيخ على وصف الضرر الذي يخول للزوجة حق طلب التفريق.

و قد أعتبر البعض أن الآثار التي يخلفها الضرر المادي في الجسم من قبل الضرر المعنوي[2]، كالجروح و الندوب ، لأنها تؤثر على الحالة النفسية للشخص فتترك في نفسيته أثار كبيير يصعب جبرها لارتباطها بالمشاعر و الأحاسيس فما يصيب القلب أصعب بكثير مما يصيب الجسد.

ثانيا: شروط تحقق الضرر

يعتبر الضرر أهم ما ترتكز عليه المسؤولية،حيث لا مسؤولية بدون ضرر و القول بمشروعية التعويض ليس مطلقا بل له ضوابط وفق ما جاء في التشريع الإسلامي و القانون ومن أهم الشروط لتحقق هذا الضرر نجد:

-أن يكون الضرر محقق الوقوع (حقيقيا):

إن الضرر المترتب عن الفعل الضاريجب أن يكون فعليا أي أنه ضرر محققا و يقع بالفعل أو انه سيقع حتما في المستقبل و معني لفظ المحقق هو ما ليس مظنونا و لا موهوما أو هو المحتمل سواء كان تحققه حالا أو مآلا، أيأن القول بوقوع الضرر يجب أن يكون واقعا

[1] بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 149.

[2] عبد الهادي بن زيطة ، مرجع سابق ، ص 28-29 .

من الناحية الفعلية ينتج جميع آثاره أو محقق الوقوع على الرغم من عدم ظهور أثاره حين وقوعه كان تتأخر اثأر الضرر إلى وقت لاحق.

-أن يكون الضرر ذاتيا بمعنى مرتبط بالشخص المضرور:

معنى اشتراط أن يكون الضرر شخصيا، أي أن الضرر أصاب الشخص المدعي وقوع الضرر عليه و بالتالي يصبح له الحق في طلب التعويض نتيجة الضرر الذي أصابه، ففي باب التطليق يجب على الزوجة المتضررة هي أن تطالب بحق رفع الضرر عنها و لا يحق لأحد غيرها و لو كانوا أولياؤها من ممارسة هذا الحق إلا بتكليف أو وكالة منها[1].

فالضرر ينشئ حق للشخص المضرور بالمطالبة بإزالته ورفعه دون سواه.

-أن يقع الضرر على حقا أو مصلحة محمية قانونا:

لوقوع الضرر يجب أن يكون هناك إخلال بحق للمضرور أو مصلحة مشروعة فيجب لمساءلة المعتدي أن يمس اعتداءه حقا ثابتا يحميه القانون، و قد يكون الضرر الإخلال بمصلحة مالية للمضرور و في هذا أيضا يشترط أن تكون المصلحة مشروعة لوجوب التعويض عن الأضرار بها فإذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا محل للتعويض عما يقع مساسه بها[2].

-أن يكون الضرر السبب المباشر أي يمس مباشرة بالزوجة:

إن القاعدة المعمول بها هو أن التعويض يشمل الأضرار المباشرة دون غيرها من الأضرار سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية[3]،فإنه لا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر بل يجب أن يكون هو السبب المباشر و كذلك السبب المنتج فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية و لا تقوم المسؤولية أي لا بد أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر و إلا انعدمت المسؤولية[4].

---

[1] كنزة صغير، مرجع سابق، ص ص 34-35 .

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق ، ص 158 .

[3] زياني منير، مرجع سابق، ص 06 .

[4] العربي بلحاج ، نفس مرجع ، ص ص 170 -171 .

الفرع الثاني: أحكام الضرر المعتبرو ضوابطه في التشريع الأسري

نتناول في هذا الفرع الأحكام الخاصة بالضرر و أهم الضوابط الفقهية التي تضبطه و توضح معالمه و تنظم أثاره وما سوف نتطرقإليه في هذه الحالة هي الأحكام الخاصة بالضرر الذي يعتد به من الناحية القانونية و الشرعية في مجال فك الرابطة الزوجية بالتطليق.

أولا: أحكام الضرر المعتبر

إن من النقاط التي يمكن اعتبارها أحكاما للضرر في مجال العلاقات الأسرية نذكر منها:

-يجب أن يقع الضرر من جانب الزوج، و بعبارة أخرى فإنه يشترط أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادرا من الزوج، إذلا يمكن للزوجة رفع دعوى التطليق إذا كانت هي المتسببة في الضررأو وقوع الضرر من شخص لا تربطها معه علاقة زوجية.

– يجب أن يكون الضرر واقع على الزوجة وتقوم بإثبات ذلك حتى تسمع و تأسس دعواها في طلب التطليق.

– أن يكون الضرر مرتبط بإرادة الزوج، بمعنى يقوم الزوج بإضرار زوجته و هو في كامل قواه العقلية و بكامل إرادته، أي قام به عمدا و قصد السوء بها بالفعل و القول بأحد الأمور التي تتضرر منها الزوجة.

– لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول فيجوز أن يقع الضرر قبل الدخول، كما في حال العدول عن الخطبة من طرف الخاطب أو العدول عن الدخول بالزوجة رغم انعقاد عقد الزواج ففي هذه الحالة يلحق ضررا بالزوجة نتيجة العزوف عن الدخول بيها و تراجع الزوج عن إتمام الزواج بالدخول إلى بيت الزوجية[1].

[1] كنزة صغير، مرجع سابق، ص 37.

– عدم اشتراط تكرار الضرر فإذا اعتدى الزوج على زوجته مثلا بالضرب أو السب كفى لطلب التطليق[1]، في هذه الحالة يكفي أن يقع الضرر مرة واحدة لطلب التطليق نتيجة الضرر الذي مس الزوجة.

ثانيا: معيار تقدير الضرر المعتبر

الضرر الذي يوقعه الزوج بزوجته غير معروف أو موصوف بالنص و لذلك كان معياره موضوعيا، يقوم القاضي بالبحث عنه في ملف الدعوى و مستنداتها و تعقب دواعيه و المتسبب فيه[2].

فمعيار تقدير تضرر الزوجة من زوجها هو معيار شخصي يختلف منامرأة لأخرى باختلاف البيئة و الثقافة و العمل و الوسط الاجتماعي و لا يشترط تكراره كما سبق القولحيث يتسبب فيه الزوج و لو لمرة واحدة و كل ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع[3].

فالضرر بهذه الصورة تتعدد أحواله، و صوره فهناك الضرر الخفيف و الشديد و القليلو الكثير، والواضح الذي لا اختلاف فيه و الخفي الذي لا إطلاع عليه كالضرر النفسي، بل و ما يعد ضررا عرفا قد يختلف باختلاف الزمان و المكان و الأشخاص والحالات، فما يعد ضررا في بيئة و مجتمع ما لا يعد كذلك في بيئة و مجتمع أخر.

و لذلك نقل السادة المالكية عن الإمام مالك قوله: "و ليس عندنا في قلة الضرر و كثرته شيء معروف و لا موقوف".

قال الإمام الباجي:(و معنى ذلك أنه لا يتقدر بحد لا يكون ضررا حتى ينتهي إليه و إنما ذلك بقدر ما يعلم أنه مصر بها من تكراره أذاه لها).

[1] كنزة صغير، مرجع سابق، ص 46 .

[2] أحمد نصر الجندي، **الطلاق و التطليق و آثارهما**، دار الكتب القانونية، مصر 2004، ص 2019.

[3] نورة منصوري، ،التطليق والخلع –وفق القانون والشريعة الإسلامية، دارالهدى، عين مليلة الجزائر، 2010، ص 65 .

وكون الضرر يختلف فهذا لا يعني أنه لا فرق بين شديد و خفيف و لا بين قوي و ضعيف إلاأن ذلك محال إلى العرف بحسب الأعراف السائدة في كل بيئة اجتماعية ما[1].

ثالثا: ضوابط الضرر شرعا لدى الفقه الإسلامي:

لقد اعتنى الفقهاء كثيرا بدراسة موضوع الضرر و معالجةآثاره، ذلك لما له من أهمية بالغة في استقرار العلاقات بين الناس و وضعوا لذلك مجموعة من القواعد الفقهية الكلية التيتضبطهو توضح معالمه و تنظم آثاره.

وسنحاول التطرق لأهم القواعد الفقهية الضابطة لمفهوم للضرر.

أ- القاعدة الفقهية لا ضرر و لا ضرار:

هذه القاعدة " **لا ضرر و لا ضرار**" لفظ حديث شريف رواه ابن ماجة و الدار قطنيو غيرهما، عن أبي سعيد الخذري و ابن عباس و عبادة ابن الصامت رضي الله عنهم، كما رواه مالك في الموطأ مرسلا: يقول أي فعل ضرر و لا ضرار بأحد في ديننا أي لا يجوز شرعالأحد أن يلحق بآخرضرر، و قد سبق نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي و الزجر[2].

إن هذه القاعدة من أهم القواعد و أجلها شأنا في الفقه الإسلامي، لما لها تطبيقات واسعة في مختلف المجلات الفقهية، بل هناك من يعتبر هذه القاعدة من أركان الشريعة، و فيها من الفقه ما لا حصر له لعلها تتضمن نصفه فإن الأحكاموضعت إما لجلب المنافع أو لدفع المضار، فيدخل فيها حفظ الضرورات الخمس التي هي حفظ الدين و النفس و النسب و المال و العرض.

و هذه القاعدة أساس لمنع الفعل الضار و ترتيب نتائجه في التعويض المالي و العقوبة.

---

[1] عاصم أحمد بسيوني حجازي، **مرجع سابق**، ص 1241 .

[2] أحسن محاسنة، **الوسيط في شرح القواعد الكبرى و ما يندرج تحتها من قواعد صغرى**، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، ماليزيا، ب.س.ن، ص 277 .

كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح و درء المفاسد و هي عند الفقهاء و عمدتهم وميزانهم في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث و النوازل.[1]

و بالنظر إلى كون القاعدة تطبق في فروع الفقه المختلفة و خاصة فيما يتعلق بالأسرة من زواج و طلاق و غيرها فتعتبر مرجعا مهما للقاضي في الأخذ بها للفصل في النزاع المطروح للدفع بالضرر كون أن الشريعة تعتبر مصدرا رسميا إحتياطيا من مصادر ق.أ.ج.

وأهم ما يتجلى في هذه القاعدة هو الشقاق المستمر بين الزوجين، فالضرر الواقع هنا يصنف كضرر كبير لأن الاستمرارية في الشقاق و التنافر تعني الديمومة و تستحيل معها الحياة، و إن كانت من طرف الزوج فهذا الضرر مدفوع و يستطاع رفعه بدون إضرار الزوجة بالطلاق و يكون بالتأديب، أما إن كان للزوجة فقد شرع لها التطليق بدون إضرار الزوج و إبعاد لفكرة الثأر و نيل كل واحد منهما من الأخر[2].

إن الله عز و جل حرم الظلم عن نفسه فحرمه على عباده، فكيف للعباد إلحاق الظلم و الإضرار ببعضهم البعض أو الثأر طرف من طرف أخر و إلحاق الأذية به.

ب-القاعدة الفقهية الضرر يزال:

هي تتعلق بالضرر الواقع أو بعد حدوثه و حصوله، فهي تفيد وجوب إزالة الضرر و دفعه بعد وقوعه فهي متعلقة برفع الضرر الواقع الموجود و من أهمية هذه القاعدة تبنى عليها الكثير من أبواب الفقه[3]، حيث يعرف لفظ الضرر بالأذى و الفساد و يراد بعبارة يزال المنع و الدفع و الضرر يزال: يعني وجوب إزالة الضرر، لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب و هي من أهم القواعد الفقهية الموجبة لإزالة الضرر و منع إيقاعه.

---

[1] ناهد عطا الله الشمروخ، **تطبيقات القواعد الفقهية في الأحكام الطبية –قاعدتا " لا ضرر و لا ضرار" و " المشقة تجلب التيسير"**–د.د.ن، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص 09 .

[2] كنزة صغير، مرجع سابق، ص 48 .

[3] عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص 120 .

فإذا وقع على شخص من شخص أخر ضرر لم يحتمله، و رفع أمره للقاضي وجب على القاضي أن يحكم بإزالة الضرر، تحقيقا للأمن بين الناس و على المتضرر أن يطلب من الذي تسبب له بالضرر إزالته بالطرق السلمية و إن امتنع رفع أمره للقاضي لإزالته عنه.

و من خلال ملاحظة فقرات المادة 53 من ق.أ.ج ندرك أن الفقرة الأخيرة التي وضعها المشرع الجزائري "**الضرر المعتبر شرعا**" فأصلها أنها تعود إلى هذه القاعدة، و القاضي يراعي قبل حكمه بالتطليق الضرر اللاحق بالزوجة و الذي تدعيه، فإن كان واقعا فعلا حكم لها القاضي برفعه و في حالة النظر إلى جسامة الضرر و أثره على الحياة الزوجية فإنه على القاضي أن يحرص على إزالةالضرر الواقع و أن لا يزيله بضرر مثله و لا أكثر منه[1]، بمعنى إزالة الضرر بحسب قدر الضرر الحاصل، و ليس إزالة الضرر الحاصل بضرر يكون اكبر منه.

ج- القاعدة الفقهية الضرر لا يكون قديم بمعنى حديثا:

معنى هذه القاعدة أن الضرر لا يكون قديما اصطلاحا و لا يترك على قدمه، فلا بد من إزالته و رفعه، والضرر في هذه الحالة سواء كان قديم أو حديثمتساوون في الحكم، فلا يعتد بقدمه و لا يعتبر بل يزال.

أما القدم الواقعي فهو غير مقصود بالنفي فالضرر الواقع بالنفي قد يكون قديما بحيث لا يوجد وقت النزاع من أدرك منشأهو مبدأه، أما الضرر القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له في الأساس.

فالمختلف فيه في هذه الحالة إذا كان قديما تراعى فيه حالته التي هو عليها من القدم بلا زيادة و لا نقصان، و لا تغيير و لا تحويل، و سبب عدم تغيير القديم عن الحالة التي هو عليها أو رفعه بدون إذن صاحبه لأنه لما كان من الزمن القديم على هذه الحالة فالأصل بقاؤه على ما كان عليه ظنا أنه وضع على أساس وجه شرعي.

[1] كنزة صغير ، مرجع سابق، ص 49- 50 .

وقاعدة التقادم لا تسري في مسائل الطلاق و بحسب المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها الاخيرة فإن فقراتها تتحدث عن الأضرار التي تصيب الزوجة من خلالها ترفع أمرها للقاضي بفك الرابطة الزوجية فلا تلزم الزوجة بالصبر على الضرر مهما كان قديما، و لا يحق للزوج أو القاضي التمسك بتقادم الضرر.[1]

[1] كنزة صغير، مرجع سابق، ص 52 .

المبحث الثاني

الضرر المعتبر لطلب التطليق وموقف الشرع والقانون منه

نتناول في هذا المبحث الضرر المعتبر شرعا و قانونا لفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق و ذلك في مطلبين نتطرق في المطلب الأول إلى الضرر المعتبر شرعا للتطليق عند جمهور العلماء في مختلف المذاهب الفقهية الكبرى ثم مشروعية التطليق للضرر و في المطلب الثاني نتطرق إلى موقف الفقه و القانون من التطليق للضرر.

المطلب الأول

الضرر المعتبر شرعا لطلب التطليق

في هذا المطلب نسلط الضوء على مختلف الآراء الفقهية حول مسألة الضرر المعتبر لطلب التطليق في فرع أول ومدى مشروعية التطليق للضرر في فرع ثان.

الفرع الأول:الضرر المعتبر عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية

اتفق علماء الشريعة الإسلامية على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة و لا يؤذيها بالقول أو الفعل و هذه مبادئ قررها الإسلام، فقد قال عز و جل:﴿**وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**﴾[1].

و قد اختلفوا حول الحالات التي يمكن للقاضي فيها تطليق الزوجة بناء على طلبها فالحنفية لا يطلقون الزوجة قضاء إلا بسبب العيب الذي يمنع من الاستمتاع بالنكاح كالعيوب التناسلية

[1] الآية 228، سورة البقرة .

أما الحنفية فتوسعوا في الطلاق الذي يملكه القاضي و أكثر المذاهب توسعا في ذلك المالكية و الحنابلة[1]، يقولون بوجوب التطليق للضرر حتى و لو حدث مرة واحدة.

أولا: الضرر عند فقه الشافعية:

ذهب جمهور الفقهاء و منهمالشافعية إلىأنه لا يجوز للقاضي تطليق الزوجة إذا ثبت أنه يضارها، بل يمنعه من الإضرار و يعاقبه على ضره بزوجه إن استحق العقوبة فإن كف و إلا أرسل الحكمين،قال الإمام النووي في روضة الطالبين: (الحال الثاني:إن يتعدى الرجل فينظر إن منعها حقا كنفقة أو قسم ألزمه الحاكم توفية حقها و لو كان يسيء خلقه و يؤذيها و يضربها بلا سبب.

ففي" التتمة" أن الحاكم ينهاه فإن عاد عزره و في "الشامل" و غيره أنه يسكنهما بجنب ثقة ينظرهما و يمنعه من التعدي و النقلان متقاربان.

وإن كان لا يمنعها حقا و لا يؤذيها بضرب و نحوه لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر و لا يدعوها إلى الفراش أو يهم بطلاقها فلا شيء عليه و استحب لها أن تسترضيه بترك بعض حقها من قسم أو نفقة، و كذلك لو كانت هي من تشكوه و تكره صحبته فيجب أن يبرها و يستميل قلبها بما تيسر له)[2].

ثانيا: الضرر عند فقه الحنفية:

قال الإمام أبو بكر الجصاص: لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليها لم يفرق بينهما و لم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين، بمعنى أن القاضي لا يطلق المرأة لمجرد ادعائها الضرر، و لا يمكن إجبار الزوج على تطليقها و إنما قبل ذلك يحاول إجراء الصلح عن طريق تحكيم الحكمين.

[1] أحمد موافي،مرجع سابق، ص 105 .

[2] عاصم احمد بسيوني حجازي، المرجع السابق ، ص 1233 .

ثالثا: الضرر عند فقه الحنابلة:

قال الإمام ابن قدامة في المغني: (إن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فإن بان أنه من المرأة فهو نشوز، و قد قضى حكمه و إن بأنه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها و التعدي عليها، و إن بان من كل واحد منهما تعد أودعى كل واحد منهما أن الأخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما و يلزمهما الإنصاف)[1].

رابعا: الضرر عندالمذهب الظاهري:

قال الإمام ابن حزم الظاهري: (و إذا شجر بين الرجل وامرأته بعث الحاكم حكما من أهلهوحكما من أهلها عن حال الظالم منهما و ينهيا إلى الحاكم ما وقف عليه، و من ذلك ليأخذ الحق ممن هو قبله، و يأخذ على يدي الظالم و ليس لهما أن يفرقا بين الزوجين و لا يخلع و لا بغيره).

من خلال ما سبق يتضح أن جمهور الفقهاء من غير المالكية لم يذهبوا إلى أنه يجوز للمرأة طلب التطليق للضرر بطريق الرفع إلى الحاكم من غير طريق التحكيم، و ليس للحاكم أن يطلق و سبب هذا الحكم أن رفع الضرر عن المرأة ممكن من غير طريق التطليق[2].

خامسا: الضرر عند الفقه المالكي:

ذهب المالكية في القول المشهور عندهم إلى أن للزوجة إذا ضارها زوجها:إما أن ترضى به أو لا، فإن رضيت به فلها ذلك وإن لم ترضى به فلها أن تطلب التطليق للضرر ويجيبها الحاكم لذلك إذا أثبتت الضرر، سواء شرط لها الزوج ذلك أم لا، فان لم تثبت الضررو تكررت شكواها حاول الإصلاح فان استمرت الشكوى بعث الحكمين.

[1] عاصم أحمد بسيوني حجازي، مرجع نفسه ، ص 1234 .

[2] عاصم أحمد بسيوني حجازي ، مرجع سابق،ص 1234 .

وقيل للإمام مالك: من يريد العبادة و ترك الجماع لغير ضرر و لا علة قال: إما وطئت أو طلقت.

وقال الإمام اللخمي: (والنكاح يتضمن حقوقا للزوجة و هيالإصابة، و النفقة و الكسوة، و حسن العشرة و لها أن تقوم بالفراق إذا لم يوف بأحد هذه الوجوه بعد الاعزار إليه إذا كان ممن يرجى ذلك منه، و إذا لم يرج طلق عليها إلاأن تكون الزوجة عالمة به حين العقد بعجزه عن الإصابةأو النفقة أوالكسوة فلا يكون لها أن تقوم بالفراق).

ومما سبق يمكن بيان مذهب المالكية في القول في الأتي:

– للزوجة إذا ضارها زوجها طلب التطليق للضرر قضاء.

– يشترط للتطليق للضرر إثباته بأحد طرق الإثبات.

– لا يكون التطليق للضرر إلا بطلب من الزوجة فإن رضيت به و لم ترفع الأمر للقضاء فلا طلاق[1].

و جاء في شرح الكبير: و لها –أي الزوجة – التطليق على الزوج بالضرر،و هو ما لا يجوز شرعا، كهجرها بلا موجب شرعي، و ضربها و كذلك سبها و سب أبيها[2].

إضافة إلى على هذه الأسباب فقد أضاف المالكية الإكراه على أمر حرام أو كان يضارها بالهجر أو الشتم أو هو كل ضرر لا يجوز شرعا و لا تحتمله الزوجة المتضررة و من هنا نلاحظ أن الضرر الشرعي يمس الأسباب التي ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري كالهجر لمدة تضار بها الزوجة فهذا ضرر شرعي و العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج و الغيبة الطويلة و ارتكاب الفاحشة و استمرار الشقاق كلها أسباب شرعية تدفع بها الزوجة الضرر عنها و تطلب التطليق.[3]

[1] عاصم أحمد بسيوني حجازي، نفس المرجع، ص 1269.

[2] أحمد موافي، **مرجع سابق**، ص 107 .

[3] كنزة صغير،**مرجع سابق**، ص 20

فالمشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين فأجاز للزوجة إذا تضررت من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع و أهداف عقد الزواج،أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما و ثبت ما ادعته من الضرر و عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه[1].

الفرع الثاني: مشروعية التطليق للضرر المعتبر

إن الشرع حينما أباح للمرأة حق اللجوء إلى القاضي ليطلقها على زوجها يستند إلى مبدأ تشريعي و مقصد شرعي واضح، إذ الأصل في الطلاق أنه شرع لقصد مخصوص كما أن لجعله بيد الرجل حكمة اقتضتها عناية الله عزوجل بالأسرة المسلمة، وأن لجوء الزوجة للقاضي كارهة زوجها و طالبة الخلاص منه يستند إلى مقتضى نفي الضرر و إزالته الذي يظهر موقعه بارزا في قواعد الشريعة الإسلامية و مقاصدها،و لقد اثبت الشارع للمرأة حق المطالبة بالتطليق للضرر لتحقيق المقاصد الآتية:

- رفع الضرر و منع الظلم و الجور.
- تقديس العلاقة الزوجية و السمو بها عن العبودية.
- مراعاة حق الأولاد في أسرة هادئة تؤدي حقوقهم و تسهر على رعايتهم[2].

<u>أولا: مشروعية التطليق للضرر المعتبر من القران الكريم:</u>

إن آيات الله جاءت واضحة و صريحة في موضوع الطلاق و كيفية إيقاعه و هذا هو الأصل و بما أن التطليقهو استثناء عن الأصل لان الطلاق أنواع إما أن يكون بإرادة الزوج

[1] موقع الإستشارات القانونية الجزائرية، مقال بعنوان: **إستشارات قانونية مجانية–دعوى الطلاق للضرر**– منشور على موقع https//www.asjp.cerist.dz/en/ar ، أطلع عليه بتاريخ: 2023/02/02 على الساعة 10:15 .

[2] بن زيطة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 175

المنفردة، و إما أن يكون بالتراضي، و إما يوقعه القاضي بطلب من الزوجة لسبب ماو من آيات الدلالة على مشروعيته قوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًايُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[1]، و قوله تعالى أيضا:﴿.. **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ** ﴾[2]و قوله عزوجل: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[3].

ثانيا: مشروعية التطليق للضرر المعتبر من السنة :

روي محارب عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال:(إن ابغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق و لا أحب إليه من العتق) و قال أيضا: (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة)،يشير الحديثين إلى أن الطلاق أو التطليق مشروع و لكن بأسبابه و دواعيه[4].

ثالثا: التطليق في التشريع الأسري الجزائري:

التطليق أو التفريق القضائي هو إنحلال رابطة الزواج وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب، أو هو إنهاء العلاقة بين الزوجين بحكم القضاء بناء على طلب أحدهما.

[1] الآية 35 سورة النساء

[2] الآية 231 سورة البقرة

[3] الآية 229 سورة البقرة

[4] بن زيطة عبد الهادي مرجع سابق ، ص 175 .

ومنه يمكن استخلاص أن التفريق القضائي هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف.

هذا ولميعرف المشرع الجزائري التطليق بل اكتفى بذكر أسبابه في نص المادة 53 من ق.أ.ج منه والتي جاء فيها: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من القانون.

2 – العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

3 – الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

4 – الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.

5 –الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لانفقة.

6 – مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.

7 –ارتكاب فاحشة مبينة.

8 – الشقاق المستمر بين الزوجين.

9 – مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10 – كل ضرر معتبر شرعا[1].

[1] أمر رقم 02/05 المعدل للقانون 11/84 السالف الذكر.

المطلب الثاني

موقف الشرع و القانون من التطليق للضرر المعتبر

نتناول في هذا المطلب الموقف الفقهي والقانوني للتفريق أو التطليق للضرر وذلك في فرعين نتطرق في الفرع الأول موقف الفقه الإسلامي من مسألة التفريق للضرر وفي الفرع الثاني موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق للضرر.

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية التطليق للضرر:

قد أختلف الفقهاء في التفريق للضرر إلى رأيين حول هذه المسالة على النحو التالي:

أولا: رأي جمهور الفقهاء:

ذهب الشافعية و الحنفية و أحد الحنبلية على عدم جواز التطليق للضرر، لأن الزوجة إذاادعت الضرر، و رفض الزوج أن يطلقها فليس من حق القاضي أن يحكم بتطليقها، لأن رفع الضرر ممكن كما سبق القول بغير وسيلة الطلاق فرفع الظلم عن المظلوم هو من مهمة الإمام و القاضي فهو الذي يأمر الزوج بحسن المعاملة و عدم الإيذاء، و يقتصر على النهي في أول مرة لأن التعزير يورث وحشة في النفوس فيكتفي بالنهي لعل الحال يلتئم بينهما، فإن امتثل في المرة الثانية عزره بحسب الحالة، فإذا ساء خلقه و أذى الزوجة بلا سبب بضرب، أو غيره عزره في المرة الثانية ثم يسكنه بجانب ثقة يمنعه من التعدي على الزوجة، ثم يحال بين الزوجين أي يمنع الرجل عن المرأة حتى يعود إلى العدل[1].

ثانيا: رأي المالكية و وافقه الحنبلية في أحد القولين

و للمالكية رأي مخلف في ذلك حول مسألة تطليق الزوجة من زوجها للضرر، حيث

[1] هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون الخاص، جمعة محمد خيضر بسكرة 2020/2019 ،ص 135

قالوا بجواز التطليق للضرر، فإذا فعل الزوج بزوجته ما يوجب القصاص لها منه، و كان شريرا يخاف عليها منه إذا اقتضت منه فإنها تطلق عليه، و ليس من الضروري تكرار الضرر حتى يحكم للمرأة بالطلاق، و إنما يكفي حدوث الضرر و لو لمرة واحدة[1].

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من التطليق للضرر المعتبر

إذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق، وهو ما جاء النص عليه في ق.أ.ج في المادة 53 في فقرتها العاشرة بنصها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بكل ضرر معتبر شرعا" وبذلك يكون المشرع قد أورد عبارة عامة وشاملة " **كل ضرر معتبر شرعا** " ولم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضيسلطة تقديرية و موضوعية مطلقة لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تضطلع برقابة مسائل القانون دون الوقائع، و حسنا ما فعل المشرع لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما قد لا يكون كذلك في زمن آخر بالنسبة لجماعة أخرى .

إن القواعد العامة في الشريعة لم تحدد أنواع معينة من الضرر، كذلك أمكن القول أن المشرع اعتمد معيارا شخصيا لتحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها[2] و القاضي له السلطة التقديرية في تحديد مدى شرعية ذلك الضرر و وقعه من عدمه.

وفضلا عن ذلك فان عبارة " **كل ضرر معتبر شرعا** "واسعة يمكنها أن تستغرق كل الأسباب التي تضمنتها المادة 53 من ق.أ.ج.

[1] هشام ذبيح، مرجع نفسه، ص 136 .

[2] نورة منصوري، مرجع سابق، ص ص 66-67 .

وقداعتنق المشرع الجزائري في كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر المذهب المالكي، و يتجلى ذلك من خلال إتاحته للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة لا سيما البينة و الإقرار.

فإنعجزت عن إثبات ذلك و عجز القاضي عن الصلحبينهما عين للزوجين حكمين واحد من أهله و الأخر من أهلها للإصلاح بينهما، و هو ما نصت عليه المادة 56 من ق.أ.ج إذ جاء فيها" إذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"[1].

يتضح من نص هذه المادة انه يتعين على القاضي تعيين في حال اشتد الخصام بين الزوجين و لم يتوصل إلى حل يعين القاضي وجوبيا حكمين للتوفيق بينهما ، يكون الحكمين من اهل الزوجين أو من احد أقرباءهما تكون مهمتهما الاستماع غالى الطرفين و محاولة تقريب وجهات النظر بهدف الوصال إلى الصلح و التوفيق، و على هذين الحكمين ان يقدما تقرير عن عملهما و النتائج المتوصل إليها في اجل لا يتعدى مدة شهرين[2].

و في حال عدم توصل الحكمين إلى الإصلاح بين الزوجين يقدما تقرير بذلك لقاضي شؤون الأسرة الذي يبت في القضية و يحكم فيها بعد القيام بإجراء الصلح لأنه إجراء إلزامي و جوهري في قضايا الطلاق و التطليق[3].

[1] أمر رقم 02/05 المعدل للقانون 11/84 السالف الذكر.

[2] نورة منصوري ، نفس المرجع السابق،ص 68 .

[3] نورة منصوري ،المرجع نفسه، ص 70

خلاصة الفصل

من خلال هذا الفصل الذي تطرقنا فيه لماهية الضرر، و بعد التفصيل في مباحثه نستنتج أن معنى الضرر يلزم ضده النفع و هذا ما ورد في التعريف اللغوي والشرعي للضرر وكذلك التعريف القانوني، فقد يكون الضرر من أجل جلب مصلحة تطبيقا للقاعدة الفقهية الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، بمعنى إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفها، فلم نتطرق إلى هذا المعنى و أقتصر تعريفنا على الضرر الذي يجلب المفسدة و لا يأتي بالمنفعة.

كما خلصنا إلى الأساس الفقهي الذي يحكم الضرر و أهم الضوابط الفقهية التي يؤسس عليها،ومما يلاحظ أيضاأن فقهاء الشريعة و فقهاء القانون وضعوا تعريفا للضرر الواقع على الزوجة، و قد اتفق التعريفان على أن الضرر الواقع على الزوجة هو الذي يصيبها في دينها و عرضها و شرفها و نفسها، سواء كان ضرار ماديا أو معنويا، و هي أهم التقسيمات التي اعتمدت في تقسيم الضرر .

كما أشترط أن يكون هذا الضرر الواقع على الزوجة يمس بمصلحة مشروعةو معترفبها من قبل الشريعة و القانون و الهدف من دفع الضرر ومعالجته هو استقرار الحياة الزوجية و الأسرية المتكاملة.

وتتمة لموضوع بحثنا هذا سوف نتطرق في الفصل الثاني بالتفصيل لحالات الضرر التي وردت في قانون الأسرة الجزائري والتي يجوز للزوجة من خلالها طلب فك الرابطة الزوجية بالتطليق.

الفــصل الثـاني

صور الضرر المبيح للزوجة طلب التطليق في التشريع الجزائري

قضت حكمة الله تعالى أن يكون الطلاق بيد الزوج ، و اقتضت عدالته أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها، أو بما اتفق على تسميته(التطليق)، وقد أعطى المشرع الجزائري للزوجة الحق في اللجوء إلى القضاء لطلب الانفصال بينها و بين زوجها مستندة على أسباب محددة و للقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها، فالتطليق هو وضع حد للعلاقة الزوجية بحكم من القضاء و بناءا على طلب من الزوجة، و على هذه الصورة يمكن للزوجة أن تحل الرابطة الزوجية غير أن ذلك متوقف على عدة شروط:

- أن يتم طلب التطليق أمام القاضي.
- أن يتم طلب التطليق من الزوجة وحدها.

- أنه لا يستعمل هذا الحق إلا إذا تعذر الاتفاق بين الزوجين، و توفرت الشروط المنصوص عليها في القانون و سمي الطلاق في هذه الأحوال بالتطليق، حيث يتم بحكم القاضي رغم معارضة الزوج طالما أن الزوجة متضررة من العشرة معه و حقوقها مهضومة، فإن كانت الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري غير متوفرة فإن الدعوى ترفض لعدم التأسيس .

وقد أورد المشرع الجزائري الأسباب التي تبني عليها الزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بالتطليق في نص المادة 53 من ق.أ.ج .

حيث خصنا المبحث الأول لدراسة الضرر المادي الذي من خلاله يجوز للزوجة طلب التطليق والمبحث الثاني لدراسة الضرر المعنوي المجيز للزوجة فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق.

المبحث الأول

الضرر المادي المعتبر والمبيح للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بالتطليق

تناولنا بالدراسة في الفصل الأول من هذا البحث ماهية الضرر وتطرقنا إلى أنواعه وتقسيماته ومن أنواع الضرر الذي قد يلحق بالزوجة نتيجة تصرفات زوجها، الضرر المادي الذي يصيبها في جسمها أو في مالها فتضطر الزوجة معه لطلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق،وذلك لاستحالة مواصلة العشرة مع زوجها.

وسنتناول في هذا المبحثالحالات التي تندرج ضمن الضرر المادي الواقع على الزوجة في مطلبين مطلب أول نعالج فيه حالات التطليق لضرر إخلال الزوج بإلتزاماته الزوجية والمطلب الثاني ندرس فيه حالات التطليق للضرر الناتج عن مخالفة أحكام قانون الأسرة.

المطلب الأول:التطليق لضرر إهمال الزوج

يرتب إبرام عقد الزواج حقوق وواجبات على عاتق الزوجين، فإذا أخلت الزوجة بإلتزاماتها إتجاه زوجها يحق له أن يطلّقها، أمّا إذا قصر الزوج في واجباته إتجاهها مثل الغياب المستمر عنها بدون مبرر، أو عدم النفقة عليها وعلى الأولاد، أو هجرها في المضجع فوق الأربعة أشهر دون إستمرار العلاقة الزوجية، فهنا يحق للزوجة طلب التطليق وفقا للإجراءات القانونية.

الفرع الأول :التطليق للضرر الناتج عن عدم الإنفاق والغيبة المعتبرة شرعا وقانونا

أولا- التطليق للضرر الناتج عن عدم الإنفاق

1-معنى النفقة

أ – **لغة:** النفقة هي ما ينفقه الإنسان على عياله، وهي شرعا الطعام والكسوة والسكنى، وهي في عرف الفقهاء الطعام فقط، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى، والعطف يقتضي المغايرة[1].

ب-إصطلاحا: يطلق هذا اللفظ على كل ما يحتاجه المرء من ضروريات الحياة وهي تشمل الطعام والشراب، والكسوة والسكن والعلاج وغيرها من الحاجات [2].

ج-تعريف النفقة في تشريع الأسرة الجزائري

المشرع الجزائري لم يضع تعريفا دقيقا للنفقة الزوجية، ولكنّه حدّد محتوياتها بموجب نصّ المادة 78 من ق.ا.ج بحيث تنص على أنّه "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة "[3].

د-إلزامية النفقة لدى الفقه الإسلامي:

إتفق الفقهاء على انه من حقوق الزوجة على الزوج النفقة، فهي واجبة لها بموجب عقد الزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه وشروطه، وهي نتيجة من نتائجه مادامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكما.

جاء في (التاج): النكاح يوجب النفقة بشروط التمكين.

وتجب نفقة الزوجة إذا كانت صالحة لتحقيق أغراض الزواج وواجباته، وأن لا تضيع حق زوجها، وهو ما يقتضي التفرغ لحياتها الزوجية[1]، والدليل على النفقة من القرآن الكريم قوله تعالى:

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له**، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر ، د.س.ن، ص 381 .

[2] آيت شاوش دليلة، **إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة ين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية**، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص74 .

[3] الأمر 02/05 المعدل للقانون رقم 11/84 المذكور سابقا.

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[2].

وتجب نفقة الزوجة إذا كانت صالحة لتحقيق أغراض الزواج وواجباته، وأن لا تضيع حق زوجها، وهو ما يقتضي التفرغ لحياتها الزوجية[3]، ودليل النفقة من القرآن الكريم قوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [4].

ونفقة الأولاد واجبة على الآباء وذلك في حدود الاستطاعة، من مأكل ومشرب وملبس وغيرها بالمعروف، ومن الأدلة أيضا وقوله تعالى:﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾[5]، وقوله تعالى ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ ٱللَّهُ﴾[6] .

ودليل النفقة من السنّة النبوية الشريفة : عن جابر رضي الله عنه أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال في خطبته في حجة الوداع " **اتَّقوا اللهَ في النساءِ، فإنَّكم أخذتُموهنَّ بأمانةِ الله، وإستحلَلْتُم فروجَهنَّ بكلمةِ الله، وإنَّ لكم عليهنَّ ألَّا يُوطِئْنَ فُرُشَكم أحَدا تكرهونَه، فإنْ فعَلْنَ ذلك فاضرِبوهنَّ ضربًا غيرَ مُبَرِّحٍ، ولهنَّ عليكم رِزقُهنَّ وكِسوتُهنَّ بالمعروفِ**"[7].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: يا رسول الله عندي دينار قال: أنفقه على نفسك، قال عندي آخر، قال: أنفقه على ولدك، قال عندي

---

[1] العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 147.

[2] الآية 233 سورة البقرة.

[3] العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 147.

[4] الآية 233 ، سورة البقرة.

[5] الآية ،06 سورة الطلاق.

[6] الآية 07 سورة الطلاق.

[7] السيد سابق، فقه السنة، ج 2، ط4 ، دار الحديث ، مصر ، 2004، ص 442

آخر، قال: أنفقه على أهلك، وفي حديث أبي عاصم عن محمد بن عجلان عن المقبري عن أبي هريرة : قال على زوجتك.

أما دليل النفقة وفقا لـ ق.أ.ج، نجده في المادة 74 منه والتي تنص على وجوب نفقة الزوجة على زوجها.

وحددت المادة 78 من من ق.أ. ج ما تشتمل عليه النفقة[1]، وما يراعيه القاضي عند تقديره النفقة أما المادة 80 من ق.أ.ج نصت على مدة استحقاقها[2].

2- موقف فقهاء الإسلام من التطليق لضرر عدم الإنفاق

إختلف فقهاء المذاهب الأربعة في جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، أو لإعسار الزوج فذهب جمهور الفقهاء – المالكية و الشافعية و الحنابلة – إلى جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، وذلك بإتفاق بينهم إذا كان عدم الإنفاق بسبب الإعسار، وعلى إختلاف بينهم في بعض التفاصيل إذا كان السبب الامتناع عن الإنفاق، وإعتبروا إمساك الزوج لزوجته مع الامتناع عن الإنفاق ضررا بالغا بها[3]. لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾[4] وهو من أشد أنواع الضرر، ومن أدلتهم كذلك قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[5].

---

[1] م 78 من ق.ا.ج تنص : تشمل النفقة: الغذاء الكسوة والعلاج،والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة).

[2] م 80 من ق.ا.ج تنص :تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى)

[3] نورة منصوري، مرجع سابق، ص 21 .

[4] الآية 231 ، سورة البقرة.

[5] الآية 229 ، سورة البقرة.

فالآية تدل على وجوب الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، ومع عدم الإنفاق لا يكون الزوج ممسكا بمعروف، ويتعين عليه التسريح بإحسان، فإن لم يفعل طلق عليه القاضي رفعا للظلم على الزوجة.

وقد جاء في السنة النبوية الشريفة ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي – صلى الله عليه و سلم قال: (خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى و اليد العليا خير من اليد السفلى و أبدأ بمن تعول، فقيل من أعول يا رسول الله قال : إمرأتك ممن تعول، تقول أطعمني و إلا فارقني)، فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الامتناع عن الإنفاق[1].

وبما روى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهم وأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى.

و الإمساك بالزوجة مع عدم الإنفاق عليها فيه إضرار بها و النبي صلى الله عليه و سلم يقول: (**لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ**)[2].

3-موقف تشريع الأسرة الجزائري من التطليق للضرر الناتج عدم الإنفاق

عند النظر في نصوص قانون ق.أ.ج نجد أن المشرع قد أعطى للنفقة نصيبا معتبرا من الاهتمام، ويظهر جليا من خلال عدة مواد، حيث جاء الحديث عن النفقة في الفصل الثالث من الباب الثاني من تقنين الأسرة من المادة 74 إلى غاية المادة 88، بالنص على وجوبها ومشتملاتها وكذا تقديرها واستحقاقها[3].

---

[1] السيد سابق، مرجع سابق، ص 445

[2] نورة منصوري، مرجع سابق، ص 22 .

[3] حفيظة فضلة ، **الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص شؤون الأسرة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص 33.

فالنفقة واجبة على الزوج للزوجة بمجرد العقد عليها ويتأكد هذا الواجب بالدخول أو بإنتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ويستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة، وما لم تكن الزوجة ناشز، ولا يجوز أن يمتنع عن الإنفاق على زوجته إلا لعذر مقبول[1].

أما فيما يتعلق بالتطليق لعدم الإنفاق، فقد استمد المشرع الجزائري موقفه في هذا الشأن من موقف جمهور الفقهاء (مالك، أحمد والشافعي) فنص على ذلك في الفقرة الأولى من المادة 53 من ق.أ.ج على أنه للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد78 و 79 و 80 من هذا القانون.

عند تحليل نص هذه المادة يمكن لنا إستنتاج الشروط الواجب توافرها لكي تتمكن الزوجة من المطالبة بالتطليق تأسيسا على هذه الحالة:

- **<u>الشرط الأول</u>:** إمتناع الزوج عن النفقة الشرعية قصدا أو عمدا، وبهذا إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق، لابد لها من إستصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه لها قانونا، وفي حالة إمتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة، حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق .
- **<u>الشرط الثاني</u>:** ألا يكون إمتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره وفقره، فإن كان العسر فلا يطلق عليه القاضي للعسر لأن الرزق بيد الله الذي قال في محكم تنزيله: ﴿**يَبْسُطُ الرِّزْقَ**

[1] بن شويخ رشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر 2008 ص189.

لِمَن يَشَاء﴾[1]، وقوله أيضا في آية أخرى﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[2] فالزوج هنا ليس ظالما حتى يطلق عليه القاضي ويرفع ظلمه عن زوجته[3].

- **الشرط الثالث:** لا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، بإعتبار أن النفقة حقها فعلمها بإعساره رضاء منها بحاله، و رضاء بالعشرة معه على هذا الحال[4] ، فإن تزوجته وهي عالمة بفقره وأنه متكفف فلا قيام لها في المشهور[5] .

لأنه إن كان معسرا و تعلم بعسره فإنه لم يقع منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا ما أتاها.

و على هذا يقول المالكية إذا علمت الزوجة بفقر زوجها عند عقد الزواج، فليس لها طلب التفريق، إلا إذا كان الزوج مشهورا بالعطاء و القطع.

و كذلك إذا علمت عند العقد أنه من الذين يسألون الناس، ويطوفون عليهم في بيوتهم يستعطفونهم و يسألونهم الصدقة، فليس لها طلب التطليق لعدم الإنفاق، إلا إذا ترك زوجها الاستجداء و الطواف على أبواب الناس، فلها طلب التطليق بعد هذا الترك لعد الإنفاق.

ومسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وتبقى للقاضي السلطة التقديرية في إعتماد قول أحد الزوجين[6] .

- **الشرط الرابع:** إن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثيلاتها، وذلك بحسب موارد رزقه، لأنه لا يجـوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طالبت بما يفوق دخل زوجها وتعجزه، عملا بنص المادة 79 ق. أ. ج

---

[1] الآية 30، سورة الإسراء

[2] الآية 280، سورة البقرة

[3] فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة – الزواج و الطلاق**–ج1، المؤسسة الوطنية للكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1986، ص 272 .

[4] أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 112.

[5] سليمان بوقندورة ، **الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية**، شرح قانون الأسرة الجزائري، الباب الأول، الزواج و انحلاله مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ص 291 .

[6] باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون** ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007 ص 112 .

حيث أوجب المشرع على القاضي عند تقدير النفقة مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش بمعنى أن حقها في طلب التطليق يسقط إذا وفر الزوج ضروريات الحياة من غداء وكسوة وعلاج ومسكن وغيرهما.

وقد قررت المحكمة العليا بأن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه الملكي ابن عاصم، هذا ولا يجوز لها رفع دعوى التطليق إلا إذا رفعت دعوى النفقة، وإكتسب الحكم الصيغة النهائية وقوة الشيء المقضي فيه، وبعد أن يتم إخطار زوجها عن طريق المحضر القضائي.

وقد أجاز المشرع الجزائري نظرا لطول إجراءات التقاضي اللجوء إلى القضاء الإستعجالي لطلب استصدار أمر بنفقة مؤقتة مشمولة بالنفاذ المعجل القانوني، كما نصت على ذلك المادة 57 مكرر من ق.أ.ج.

ويكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المواد 78،80 من هذا القانون على أن يراعى في تقديرها حال الزوجين، وأن لا يتجاوز القاضي عند الحكم بها مدة سنة قبل رفع الدعوى متى ما تثبت لديه ما يدعو لذلك، وإلا فتقديرها يكون ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى أن يزول المبرر[1]

وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا تحت رقم 1995/118475 بتاريخ 1995/05/02 قضى "بأنه لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة وأن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك".

و ذهب المـــجلس الأعلى في قراره الصادر في:1984/11/19 إلا أنه "من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين، يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها"، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله: الزوج إذا عجز عن الإنفاق لأجل شهرين ذو إستحقاق بعدهما الطلاق لأمن فعله وعاجز عن كسوة كمثله، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من

[1] فضيل سعد ، **مرجع سابق**، ص 272 .

الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبس نافذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك

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

ثانيا: التطليق للضرر المعتبر الناتج عن الغياب

من بين الحالات التي تتعرض من خلالها الزوجة للضرر هو غياب زوجها عنها لوجهة معروفة لها أو غير معروفة، و قد تطول هذه الغيبة و تزداد أوضاع الزوجة سوءا و تتفاقم و يعتبر من الغياب من بين الحالات التي سمح قانون الأسرة الجزائري للزوجة طلب التطليق فيها من خلال نص المادة 53 الفقرة الخامسة و التي تنص على أنه: **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة ".**

1- معنى الغياب :

أ – لغة: الغياب هو إسم غاب، يقال غاب عنه أي بعد عنه و باينه، و الغياب من البعد و غابت المرأة وغاب زوجها فهي مغيب و مغيبة[2]

ب- اصطلاحا: هو ذلك الشخص الذي رحل عن مقر إقامته، و إنقطعت أخباره لفترة طويلة و لا يعلم مصيره و ثبات بقاءه حيا أو ميتا [3].

2-موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للضرر الناتج عن الغياب

لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من مسألة التطليق للضرر الناتج عن الغياب رأيين مختلفين:

---

[1] م أ، غ أ ش، ملف رقم:34791 ، بتاريخ: 1984/11/19، م. ق .1989 عدد3 ، ص 76

[2] محمد بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، ط1،ج 28، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت،2005، ص 2473 627.

[3] ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ب.س.ن، ص1 .

–حيث يرى فقهاء الحنفية و الشافعية بأن الغيبة لا تعد سببا للتفريق بين الزوجين و إن طالت المدة، و ذلك لانعدام وجود أصل شرعي يمكن أن يقوم عليه هذا النوع من التفريق و في هذا يذهب الشافعي في قوله: (أنه لا فسخ ما دام الزوج موسرا و أن غاب غيبة منقطعة)[1].

– أما المالكية و الحنابلة فقد أجازوا طلب الزوجة للتطليق إذ غاب زوجها عنها، و ذلك إذا نتج عنه ضرر و لم تصبر على فراقه، حتى و لو ترك لها ما تنفقه على نفسها.

– ولكنهم إشترطوا قبل أن يوقع القاضي الطلاق، بأن يكتب إليه إذا كان مكانه معلوم فيأمره بالحضور و اللحاق بزوجته، أو يطلقها إن لم يكن له شأن بها، فإن لم يفعل أحدا من الأمور الثلاثة قام القاضي و طلق عليه.

ورغم إتفاق المالكية و الحنابلة على جواز التطليق الذي يترتب عليه ضرر للزوجة من غياب زوجها، إلا أنهم اختلفوا في أدنى مدة يمكن للزوجة رفع الأمر فيها لطلب التطليق، و كذالك في نوع الغياب الموجب للتطليق[2] .

فالمدة التي من خلالها يمكن للمرأة طلب التطليق فيها هي سنة و في رواية أخرى ثلاث سنـــوات فما فوق، و بالنسبة لنوع الغياب فهم لم يفرقوا بين الغيـاب الذي يكون لعذر كالـعلم أو التجارة، و الغياب الذي لا عذر فيه، لأن الضرر واقع بالزوجة في الحالتين.

أما بالنسبة للمذهب الحنبلي فالمدة الأدنى التي يمكن للزوجة رفع أمرها للقاضي هي بعد مرور ستة أشهر من غياب زوجها، و قد ثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل 6 أشهر أقصى مدة للجنود الغائبين عن أهلهم، ثم يعودون و هذا باستشارة ابنته حفصة رضي الله عنها [3].

---

[1] محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، دار الفكر، بيروت، ص 442.

[2] عبد المؤمن بلباقي، **التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، د. د.ن ، ب.س.ن، ص 154.

[3] محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص443.

كما إتفق المالكية و الحنابلة على أن الغيبة إذا كانت بعيدة ، بحيث لا يمكن الاتصال به و حتى وصول الرسائل إليه أو يمكن ذلك و لكن لوقت اكبر ، فالقاضي في هذه الحالة يجب عليه أن يفرق بدون انتظار أو عذر ، أما إذا كانت الغيبة في مكان قريب لا يكون التفريق إلا بعد إنذار الزوج الغائب بضرورة العودة إلى زوجته أو نقلها إليه فإذا لم يفعل أحدا من هذه الأمور يطلق عليه القاضي[1] .

3-موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق الناتج عن ضرر الغياب

تطرق المشرع الجزائري لهذه المسالة من خلال الفقرة 5 من نص المادة 53 من ق. أ. ج و التي جاء فيها: **(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة)**، و نصت المادة 110 من ق.أ.ج على تعريف الغائب إذ جاء في نصها (الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود).

وجاء نص المادة 112 من نفس القانون بنصها على أنه " يحق لزوجة الغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون، وعليه فإن غياب الزوج يجب أن يكون مقبولا شرعا، و أن يكون الغرض منه سليما كالسفر لطلب العلم أو تجارة أو عمل، و بالرجوع إلى الفقرة 5 من نفس المادة نجد أنه لا بد من توفر ثلاث شروط تمكن الزوجة من رفع طلب التطليق:

أ-الشرط الأول: أن يمضي على مدة غياب الزوج سنة فأكثر وذلك من يوم غيابه إلى غاية رفع دعوى التطليق عليه، بشرط أن تتأكد المحكمة من الغيبة ومدتها بكل وسائل الإثبات الممكنة[2] ، وقد أخذ المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي في تحديد المدة بأكثر من سنة.

---

[1] عبد المؤمن بالباقي، **مرجع سابق**، ص 155 .

[2] نبيلة تركماني، **أسباب الطلاق و أثاره القانونية و الاجتماعية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 59 .

ب-الشرط الثاني: أن يغيب الزوج عن زوجته دون مسوغ شرعي وقانوني دفعه لذلك، كأن يغيب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر بسبب تأدية الخدمة العسكرية، وبالتالي لا يكون الغياب لعذر شرعي مقبول يصلح لاعتباره أن تعمد الإضرار بها، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط متبعا بذلك مذهب الحنابلة.

ج-الشرط الثالث : أن يغيب الزوج عن زوجته مدة دون أن يترك لها مالا تنفقه على نفسها وأولادها أما إذا ترك لها مالا تنفقه منه فلا يجوز لها طلب التطليق وهذا ما ذهب إليه الحنابلة[1].

وبالتالي على القاضي أن يتأكد من توفر الشروط السابقة، حتى تتمكن الزوجة من رفع طلب التطليق، فإذا تخلف إحداها ينتفي حق الزوجة في رفعه طبقا لنص المادة 53 /5 من ق. أ ج[2] .

ويلاحظ أن تقدير العذر متروك لقاضى الدعوى، لذلك نجد القاضي يأخذ بالغيبة فيقيس عليها التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج، وإعتبر ذلك هجرا، لأن استطالته تنال من الزوجة، وتصيبها بأبلغ الأضرار، وهو ما من شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هي ذات بعل، ولا هي مطلقة[3].

والمشرع الجزائري في نص المادة 53 فقرة 5، يقصد الغائب الذي نص عليه في المادة 110 ق.أ.ج بقولها (الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير..).

فتكون المادة 110 ق.أ.ج قد حددت مفهوم الغائب والمادة 112 والمادة 53 من ق.أ.ج قد خولت الحق للزوجة في طلب التطليق للغياب من جراء الضرر الذي لحقها، إذا توفرت الشروط القانونية للغياب، أما إذا كان الغائب في مكان معروف، وأمكن الاتصال به ووصول

---

[1] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط2، د.د.ن، قسنطينة،الجزائر، 1989، ص 269 .

[2] أحمد بلحاج جيلالي، **فك الرابطة الزوجية بالتطليق وفق قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر تخصص حقوق و علوم سياسية، قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 27 .

[3] العربي بختي، **مرجع سابق**، ص 130

الرسائل إليه، ضرب له القاضي أجلا أو أعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليها، فإذا إنقضى الأجل ولم يفعل، ولم يبد عذرا مقبولا تأكد القاضي من إستمراره على طلب الفراق، ثم يحكم بينهما بتطليقه بائنة[1].

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

وهنا تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يذكر إن كان التفريق بسبب الغيبة طلاقا رجعيا أو بائنا أو فاسخا، وهذا عكس ما ذهبت إليه التشريعات العربية الأخرى، والتي أجازت التفريق للغيبة لمدة سنة فأكثر بدون عذر شرعي وبعد إنذار الزوج، فإذا لم يحضر أو ينقلها إليه يقوم القاضي بالتطليق عليه أو يطلقها، وإعتبرها القانون المصري في هذه الحالة طلاقا بائنا، أما القانون السوري فخالفه في ذلك وأعتبرها طلاقا رجعيا[2].

ولقد صدر في هذا الشأن حكمين عن محكمة بشار الأول بتاريخ : 1999/10/03 قضى فيه بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق التطليق وقد جاء في حيثياته "حيث أن الثابت في قضية الحال أن الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة 5/53 من ق.أ .ج الأمر الذي يتعين معه الاستجابة لطلبها المتعلق بالتطليق "[3]

والحكم الثاني صدر بتاريخ: 1999/06/06 قضى فيه بالتطليق بين الزوجين وقد جاء في حيثياته "حيث أن المدعية تهدف بدعواها إلى تطليقها من المدعى عليه استنادا إلى المادة 5/53 من ق.أ .ج لغيبة أكثر من سنة بدون نفقة وطالبت بالتعويضات والحضانة ،حيث أن

---

[1] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية(** الزواج و الطلاق)،ج**1**، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 299.

[2] عمرو عيسى الفقي، **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**، المكتب الجامعي الحديث، ط1،د.ب.ن، 2005 .

[3] موقع المحامي، مقال بعنوان: **التطليق موضوع مدعم بإجتهادات المحكمة العليا**، منشور على موقع https//elmohami.com بتاريخ :18 /2022/02 أطلع عليه بتاريخ: 2023/03/05 على الساعة 15:00

المدعي لم يحضر جلسات المحكمة لدحض مزاعم المدعية وتقديم ما يثبت أنه ينفق على زوجته وابنه رغم استدعائه قانونا، وأنه سعى في تنفيذ الحكم والقرار القاضي برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية الكائن بالجزائر الوسطى مما يجعل المحكمة تكون قناعة بسوء نية الزوج في ترك زوجته معلقة لا هي بزوجة ولا هي بمطلقة طول هذه المدة الأمر الذي يتعين معه التصريح بفك الرابطة الزوجية بينهما"[1].

الفرع الثاني: التطليق للضرر الناتج عن الهجر في المضجع

يجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها و بمجامعتها لأن ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة للزواج، و قال فقهاء الإسلام أن الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته و ذلك مرة في كل طهر مصداقا لقوله تعالى: ﴿**فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ**﴾[2]، و ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر مذكورين في القران الكريم، النوع الأول بغرض التأديب و هو غير محدد المدة و النوع الثاني بغرض الإيلاء و هو هجر مصحوب بالقسم بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش لمدة من الزمن قد تطول أو تقصر، و في إعتقادنا أن الفقرة الثالثـــة من المادة 53 من ق.أ.ج تقصد الإيلاء، أي الهجر بالقسم و الذي طالت مدته الذي قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة .

1- معنى الهجر في المضجع:

أ-لغة: الهجر ضد الوصل، والتهاجر التقاطع، يقال هجرت الشيء هجرا إذا تركته وأغفلته، والإسم الهجرة، والهجرة :الخروج من أرض إلى أخرى، وأصل المهاجرة عند العرب خروج البدوي من باديته إلى المدن [3].

[1] موقع المحامي ،المرجع السابق .

[2] الآية 222 سورة البقرة.

[3] محمد بن مكرم بن منظور، **مرجع سابق**،ج5 ، ص 250

ب-اصطلاحا: يدل لفظ الهجر على مفارقة الإنسان غيره إما بالبدن أو اللسان أو القلبو هجر الفراش الزوجية يعني تباعد الطرفين و نشوء الشقاق بين الزوجين و إنقلاب الألفة إلى سوء عشرة و هجر و فراق، فالهجر هو ترك الزوج لزوجته و هجرها و عدم مجامعتها بشكل متعمد بدون وجود سبب شرعي لمدة تفوق أربعة أشهر[1].

2- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للضرر الناتج عن الهجر في المضجع

المقصود بالهجر في المضجع عند فقهاء الحنابلة هو أن يهجر فراشها فلا يصاحبها فيه بمعنى أن يدير ظهره لها، أما عند الشافعية فترك مضاجعة الفراش و هجرها فيه، و قد إختلف الفقهاء في كيفية الهجر في المضجع على عدة أقوال منها:

قيل يهجرها أي لا يجامعها، أي يترك وطئها.

و قيل يهجرها أي لا يكلمها في حال مضاجعته إياها لا أن يترك جماعها و مضاجعتها لأن ذلك حق مشترك بينهما، فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها، فلا يؤدبها بما يضر بنفسه و يبطل حقه[2].

و قيل أيضا يهجرها بأن يفارقها في المضجع، و يضاجع الزوجة الأخرى في حقها و قسمها.

* كما قيل يهجرها بترك مضاجعتها و جماعها لوقت غلبة شهوتها و حاجتها، لا في وقت حاجته إليها لان هذا للتأديب و الزجر، فينبغي أن يؤدبها لا أن يؤدب نفسه بإمتناعه عن المضاجعة[3].

و في أما فيما يخص مدة الهجر في المضجع فقد إختلف الفقهاء على رأيين:

---

[1] العربي بختي، **مرجع سابق**، ص 127

[2] محمد الجندي، **عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة، ط1، عمان 2010، ص 105.

[3] هشام ذبيح، مرجع سابق، ص 50

- ذهب الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أنه يحق للزوج أن يهجر زوجته الناشز ما دامت على نشوزها دون تحديد مدة ذلك، و إستدلوا لرأيهم في قول الله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾[1].

- و ذهب فقهاء المالكية إلى أنه يحق للزوج أن يهجر زوجته الناشز شهرا إلى أربعة أشهر حيث قال: له هجرها فوق الشهر و دون الأربعة)، واستدلوا في ذلك على أنه على الزوج أن لا يبلغ بالهجر مدة الإيلاء و هي أقصى مدة يسمح للزوج فيها هجر زوجته، حيث قال تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [2] .

أي الذين يحلفون بالله إن لا يجامعوا نساءهم، انتظار أربعة أشهر، فإن رجعوا قبل فوات الأشهر الأربعة، فإن الله غفور لما وقع منهم من الحلف بسبب رجوعهم رحيم بهم[3].

أما رأي الفقهاء في التطليق لضرر الهجر في المضجع فيرى المالكية و الحنابلة أنه من ترك وطء زوجته دون عذر و رفعت أمرها إلى القضاء ، لتطلب التطليق على القاضي أن ينظر الزوج مدة الإيلاء – أربعة أشهر– ، فإما أن يطأ وإما أن يطلق أو يطلق عليه الحاكم و هذا عند الحنابلة و بعض المالكية ، و على الصحيح عند المالكية أن يطلق القاضي دون ضرب الأجل و يجتهد في ذلك .

و بذلك فلا يجوز للزوج أن يهجر زوجته من غير ذنب، فإن منعها حقها أو أعرض عنها و جحد ذلك عند الحاكم اسكنها إلى جانب ثقة ينظر حالهما، و يلزم كل واحد منهما الخروج مما عليه من الحق لصاحبه و يمنعه من العدوان[1].

---

[1] الآية 34 سورة البقرة .

[2] الآية 226 سورة البقرة .

[3] هشام ذبيح، المرجع نفسه، ص 52، 54 .

4-موقف تشريع الأسرة الجزائري من التطليق للضرر الناتج عن الهجر في المضجع

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 3/53 من ق. أ.ج أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق **عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر**، وعليه يشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق الشروط التالية:

– أن يكون الهجر في المضجع دون سبب شرعي مقبول، و ذلك بأن يهمل الزوج زوجته و يدير لها ظهره و يسيء معاملتها، حيث يعتبر هذا التصرف ضرر مادي يصيب الزوجة.

– إذا تجاوزت مدة الهجر أكثر من أربعة أشهر متتالية، تقدم الزوجة رفع دعوى لطلب التطليق و يقع عبء الإثبات عليها بكافة طرق الإثبات، و تعتبر هذه المدة هي التي يتأكد من خلالها تضرر الزوجة و مقدار صبرها.

– أن تتوفر لدى الزوج نية الإضرار بالزوجة، ولم يكن قصده تأديبها و تهذيبها، إذ يكون قصده من الهجر هو تعذيب الزوجة و النكاية بها.

ولكي يتمكن القاضي من تطبيق الفقرة الثالثة من المادة 53 من ق.أ.ج عليه أن يتأكد من توفر الشروط الأساسية اللازمة، و في حالة غياب أحد هذه الشروط فهنا لا يجوز للمحكمة أن تحكم للزوجة بالتطليق[2].

أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني ، كوجود الزوج في المستشفى ، أو في الخدمة العسكرية أو في مكان أخر من أجل القيام بوظيفته أو كان الهجر تعبيرا عن غضب الزوج عن سلوك زوجته الطائش، و كذا إذا كان الهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر، و لو بيوم

[1] محمد الجندي، مرجع سابق، ص 112

[2] عبد العزيز سعد، **مرجع سابق**، ص 269 .

واحد أو كان لعدة مرات و في أوقات مختلفة و متفرقة فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها في مثل هذه الحالات، لان الهجر شرعي و لأسباب معقولة[1] .

ما يمكن ملاحظته في هذه الحالة من التطليق أن هناك ندرة في الإجتهاد القضائي في مجال التطليق للهجر رغم توفره ضمن أسباب التطليق الأخرى، حيث يوجد قرار يشير إلى موضوع الهجر تلميحا فقط و لم يذكره صراحة بصفة مباشرة إذ جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 و المتعلق بالتطليق قبل البناء ما يلي:

من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة بكل ضرر معتبر شرعا و متى تبين في قضية الحال إن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة و لم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فان الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا و معنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة. و يكون قضاة الموضوع قد أشاروا إلى موضوع الهجر لأن الزوج تقاعس على تحصين زوجته[2].

و يكون قضاة الموضوع من خلال هذا القرار قد أشاروا إلى موضوع الهجر لأن الزوج تقاعس على تحصين زوجته.

كما تجدر الإشارة إلى أن ما يميز دعوى الهجر في المضجع هو صعوبة الإثبات لأنها من الأسرار الزوجية، و ليس من السهل إيجاد شهود على ذلك إلا إذا اقترن هذا الهجر بترك الزوج لمسكن الزوجية، لأن إثبات هذا النوع من الهجر أسهل، خاصة إذا أدين الزوج بحكم جزائي بتهمة الإهمال العائلي طبقا للمادة 330 من ق.ع.ج التي جاء فيها:يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج أحد الوالدين الذي ترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) ويتخلى عن التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية .

[1] بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص 290

[2] آيت شاوش دليلة، **مرجع سابق**، ص 194 .

-الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين (2)عن زوجته علما أنها حامل لغير سبب جدي[1].

المطلب الثاني

التطليق للضرر الناتج عن مخالفة أحكام قانون الأسرة

إن الزواج كغيره من العقود ينشئ إلتزامات، حيث وجب على الزوج إحترام هذا العقد، فإذا خالف الزوج الأحكام الواردة في المادة 08 من ق.أ.ج المعدل والمتمم، أو خالف الشروط المتفق عليها والمنصوص عليها في المادة 19 من هذا القانون كان من حق الزوجة أن تطالب بالتطليق لرفع الضرر الذي أصابها من جراء هذا الإخلال.

الفرع الأول:التطليق للضرر الناتج عن مخالفة أحكام المادة 08 من ق أ ج.

أجازت المادة 53 من ق.أ.ج الفقرة السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 08 من ق.أ.ج: **(يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل)**[2]

1- <u>معنى تعدد الزوجات:</u>

أ – لغة: من العَدُّ: أي إحصاءُ الشيء[3].

ب- اصطلاحا : تعدد الزوجات هو زواج الرجل بأكثر من إمرأة واحدة.

ج - التعدد في القانون: نصت المادة 8 ق.أ.ج على أحكام تعدد الزوجات ولم تعط تعريفا خاصا بالتعدد وإنما أعطت معنى عنه بجانب الأحكام بنصها(يسمح بالزواج بأكثر من زوجة

[1] الأمر 155/66 المؤرخ في 14 صفر 1146 الموافق لـ 04 يونيو 1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتم بالقانون رقم 14/21 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021 ج ر عدد 2021/99 .

[2] الأمر رقم 05 /02، المعدل للقانون رقم 11/84، مرجع سابق

[3] محمد بن مكرم بن منظور، **مرجع سابق**،ج 34 ، ص 2832 .

واحدة في حدود الشريعة الإسلامية)...، وبذلك فالتعدد هو زواج الرجل المتزوج بزوجة ثانية فأكثر.

2- موقف الشريعة الإسلامية من تعدد الزوجات:

نجد أن هناك إتفاق بين الفقهاء على تعدد الزوجات، مصداقا لقوله تعالى: ﴿**فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**﴾[1].

ولإتاحة التعدد شرطان وهما:

- **العمل على توفير العدل بين الزوجات:** ونعني به المساواة بين الزوجات من حيث الملبس والمسكن والنفقة وحسن المعاشرة، والعدل المطلوب في هذه الآية هو العدل الظاهر، وهو القسم بين الزوجات والمساواة في الإنفاق والمساواة في المعاملة الظاهرة وليس هو العدل في المحبة لأن هذا أمر غير مستطاع، فإذا خشي الزوج التعسف في العدل والمساواة بين زوجاته فإن الله تعالى أمره بالإكتفاء بواحدة.
- **المكنة على النفقة:** فلا يصح للزوج الإقدام على التعدد، إلا بعد التأكد من القدرة على توفير مؤن الزواج والتكاليف اللازمة، وعدم التوقف على أداء النفقة الواجبة للزوجة الأولى لقوله صلّى الله عليه سلم (**يا معشر الشباب من إستطاع منكم الباءة فليتزوج**)، ومن خلال ذلك فإذا تبين إنعدام العدل بين الأزواج أو قصد إلحاق ضرر بإحداهنّ، فيمكن للزوجة التي وقع الضرر عليها أن ترفع أمرها إلى القاضي للمطالبة بالتفريق.

3- موقف تشريع الأسرة الجزائري من تعدد الزوجات:

حسب نص المادة 08 من ق. أ.ج يسمح للزوج بالزواج بأكثر من زوجة واحدة متى وجد المبرر الشرعي في حدود الشريعة الإسلامية، وتوفرت نية العدل، ويشترط القانون إخبار

[1] الآية 03 سورة النساء .

الزوجة السابقة و الزوجة التي يقبل على الزواج بها، ولا بد أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الواقع بها مكان مسكن الزوجية.

فالمشرع الجزائري أباح التعدد كمبدأ عام، ولكنه قيد الأمر بضرورة توفر شروط معينة تتضح من خلال نص المادة 08 من ق.أ.ج و من خلال ما جاء في هذا النص يستنتج أن التعديل القانوني الجديد قد سمح بتعدد الزوجات مع فرض مجموعة من الشروط :

1- أن يكون تعدد الزوجات في حدود ما تسمح به الشريعة:

والمقصود أن يتزوج الحد الأقصى المسموح به شرعا، أي يتزوج الرجل مثنى وثلاث ورباع، وما عدا الأربعة فيعتبر زواجًا غير شرعي و ممنوع قانونًا [1] .

2 – أن يكون هناك مبرر الشرعي يستدعي تعدد الزوجات:

فالمبررات الشرعية متعددة وكثيرة ومختلفة فلا يوجد معيار للتفريق بين مبرر شرعي وغير شرعي، ومن بين المبررات الشرعية التي يمكن ذكرها هي حالة عقم الزوجة الأولى، وهذا عذر مقبول للزوج لحاجته و حقه في إنجاب الأولاد، ومن بين المبررات أيضاً المرض الجسيم الذي تعاني منه الزوجة والتي يعيقها عن القيام بواجباتها الزوجية فيرى زوجها من الوفاء أن لا يتركها فريسة للحياة السيئة، و أن يبقيها تحت رعايته فيكون من الحكمة أن لا تمنعه من الزواج بغيرها.

فهاته الحالات تعتبر مبررات مشروعة ومقبولة تتيح تعدد الزوجات، ورغم ذلك وفي جميع الحالات فتقدير وجود المبرر الشرعي متروك للسلطة التقديرية للقاضي[2].

[1] عبد العزيز سعد، **مرجع سابق**، ص 86

[2] عبد العزيز سعد ، المرجع نفسه، ص87.

3 – توفر مسوغات ونية العدل بين الزوجات:

ويمكن القول بأن هذا الشرط لا يصلح أن يكون شرطًا باعتبار النية في إقامة العدل بين الزوجات هو أمر داخلي لا يعلمه إلا الله، كما أن العدل يكون من حيث المسكن والملبس والنفقة بمعنى أن يثبت للزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كقدرته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية ويجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد الإيجار وكشف الراتب أو السجل التجاري[1]، وهذا مالا لا يمكن الحكم عليه **إلا** بعد القيام به، أما بالنسبة للعدل في الميول العاطفي نحو إحدى الزوجات فقد كفانا الله جدلاً فيه لقوله تعالى: ﴿**وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾[2].

4–شرط إعلام الزوجة السابقة والزوجة الثانية بالرغبة في الزواج:

من خلال الفقرة الثانية من المادة 8 من ق. أ .ج و التي تنص على وجوب إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي هو مقبل على الزواج بها، ومعنى ذلك أن الزوج إذا لم يخبر الزوجة الأولى أو الثانية بأمر الزواج يكون قد أرتكب غشا، والمشرع الجزائري من خلال إشتراطه ذلك يهدف إلى تقيد التعدد حتى لا تهضم حقوق الزوجات عند التعدد ومن أجل تفادي الأضرار الناجمة عن التعدد[3].

والملاحظ أن المشرع الجزائري ضيَّق في مسألة التعدد، وقيَّده بشروط شكـــلية أو إجرائية يصعب تحَقيقها، فقليل من النساء من ترضى بزواج زوجها من إمرأة أخرى، فالحصول على رضا الزوجة السابقة أو الزوجات السابقات، ورضا من يريد الزواج بها في شكل كتابي أمرٌ

[1] هشام ذبيح، مرجع سابق، ص 56

[2] الآية 126 سورة النساء .

[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 94.

نادر الوقوع، كما يجب عليه استصدار ترخيص بالزواج من رئيس المحكمة الكائن مقرها بمكان مسكن الزوجية، وبعد إطِّلاع رئيس المحكمة على الملف المقدم أمامه، وتأكده من توفر جميع الشروط الشكلية السابقة الذكر يمكنه الترخيص للزوج بالزواج ثانية، كما يمكنه رفض ذلك.

بحيث يجوز للزوجة المتضررة بسبب هذا الإخلال أن ترفع دعوى قضائية مدعَّمة بالدليل المثبت للضرر للمطالبة بالتطليق[1]، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا" إن المادة 8 من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها لأنَّ هذا يعتبر ضررًا أصابها، كما اعتبر المشرع عدم العدل في حال التعدد، أو عدم توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية سببًا يخوِّل للزوجة المطالبة بالتطليق.

الفرع الثاني: التطليق للضرر الناتج عن مخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج

إن المشرع الجزائري استحدث هذه الفقرة بموجب الأمر 02/05 في المادة 53 في فقرتها التاسعة على أنه: (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب التالية: – **مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج).**

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

ومن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع قد فتح المجال أمام الزوجين ليضعا شروطهما في عقد الزواج، لكنه قيد هذا الاشتراط بعدم مخالفة القانون، وهما ملزمان بتنفيذ تلك الشروط ولهذا فقد يحدث أن يخل الزوج بتنفيذ هذه الشروط، وبالتالي يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للمحكمة وتطلب التطليق[2].

[1] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق ، ص 204

[2] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 206

1- تعريف الاشتراط في عقد الزواج:

أ- لغة: يعرف بأنه ما يشترطه المتعاقد وما يلتزم به لنفسه ولغيره، والمرأة إذا اشترطت على زوجها أمر في عقد النكاح، فقد ألزمته أمرا[1].

ب- اصطلاحا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وبالتالي إذا تخلف الشرط إنعدم بالضرورة الشيء المرتبط به[2].

2- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق لمخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج

المقصود بالشروط المرتبطة بعقد الزواج وهي أن يلتزم أحد الطرفين بالوفاء بأمور زائدة عما يقتضيه عقد الزواج، وهي مختلفة بحسب إتفاق أو اختلاف الفقهاء في الوفاء.

ويعد مذهب الحنابلة أوسع المذاهب الفقهية في إعتبار الشروط المقترنة بالعقد، وأكثرهم تصحيحًا لها، حيث يرون أنَّ الشارع الحكيم هو الذي منح المتعاقدين حرية إنشاء العقود وفق الشروط التي يريانها مناسبة، تحَقيقا لمصالحهما، وحماية لها من أي خطر قد يهددها، وذلك لكون إرادة العاقدين لها تأثيرٌ كبيرٌ ودورٌ بالغ الأهمية في مقتضيات تكوين العقد، ومن هنا أجازوا كل شرط في النكاح يعود بالمنفعة والفائدة على أحد الزوجين، وإستدلوا في ذلك بأدلة كثيرة، منها قوله صلى الله عليه وسلم **(أحق ما أوفيتُم من الشُّروطِ أن توفُّوا به ما إستحللتم به الفروج)**، ومنها أيضا قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بلزوم الشرط على من ألزم نفسه به، حيث قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط)، فالوفاء بشرط النكاح أولى لما فيه من حفظ

[1] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، (القاموس المحيط) ،ج2، دار الحديث، القاهرة، ص3

[2] بلحاج جيلالي أحمد، **مرجع سابق**، ص 38.

مصالح المشترِط، ولصاحب الشرط الذي اشترطه في العقد الحق في فسخ العقد في حالة عدم الوفاء له بشرطه[1] .

3-موقف تشريع الأسرة الجزائري من التطليق للضرر الناتج عن مخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج

لقد تناول المشرع الجزائري مسألة الاشتراط في عقد الزواج في المادة 19 من ق.أ.ج المعدل والمتمم، التي نصت على أن: (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون).

وتأسيسا على ما سبق، فإن الشرط الذي يتفق عليه الطرفان يعتبر ملزما لهما، فلا يمكن لأي منهما إنهاؤه، أو تعديله إلا برضا الطرف الآخر، ومن ثم فإنه في حالة إخلال الزوج بالتزاماته التعاقدية يمكن للمرأة أن تطلب التطليق.

حيث يجوز لها أن ترفع دعوى قضائية متضمنة طلب التطليق من زوجها بسبب الإخلال بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، إذا رأت ضرورة لذلك مع الاحتفاظ بحقها في طلب التعويض إذا لحقها ضرر بسبب هذا الإخلال ، حيث يقع عليها عبء الإثبات[2].

وبالتالي أضاف المشرع الجزائري الإخلال بالشرط كسبب قانوني موجب للتفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة، إذا أخل الزوج بالشروط المتفق عليها تطبيقا لنص المادة 19 من

---

[1] علي بن عوالي، **الأسباب المبيحة للزوجة طلب التطليق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، دراسة تحليلية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس ،مستغانم، 2000، ص 600 .

[2] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 207 .

نفس القانون، التي تقضي بأن لكل الطرفين الحق في الاشتراط بما لا يتنافى مع القانون[1]، وإباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها.

فقد تطرق المشرع الجزائري في المادة 19 من ق أ ج لشرطين على سبيل المثال(عمل المرأة وتعدد الزوجات) بإعتبارهما منبع الخلاف الأكبر الموجود حاليا في واقع الأسرة الجزائرية، وكسبب يعيق إستمرار الحياة الزوجية.

كما نجد أن الاجتهاد القضائي الجزائري سار على جوازية الزوجة الاشتراط في عقد الزواج، وأحقية الزوة المطالبة بالتطليق جراء مخالفة زوجها تلك الشروط، ومن الاجتهادات القضائية: يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا، وبشرط أن لا يناقض روح العقد[2].

[1] سمير معاشي، **مجلة المنتدى القانوني**، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، العدد 06، 2009، ص 209.

[2] م.ع، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1971/03/03، م ق، عدد 02، 1972 ، ص 39 .

المبحث الثاني
الضرر المعنوي المعتبر والمبيح للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بالتطليق

يرد هذا النوع من الضرر على الجانب غير المالي لذمة الإنسان وهو متعلق بالمشاعر وعلى هذا الأساس يسمى الضرر المعنوي أو الأدبي، فالضرر المعنوي يصيب الشرف والعرض و العاطفة ، فبقدر تضرر الزوجة من جراء تصرفات زوجها ماديا لإخلاله بإلتزاماته الزوجية والعائلية يحدث وأن تتضر منه معنويا.

وهذا ما سنحاول تناوله بالدراسة من خلال معرفة الأسباب المعنوية المجيزة للزوجة طلب التطليق، ومن أجل ذلك قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين نتعرف في المطلب الأول على أسباب التطليق لضرر سوء العشرة الزوجية، والمطلب الثاني التطليق لضرر المساس بالسمعة ولكل ضرر معتبر شرعا حسب ما ورد في ق.أ.ج.

المطلب الأول
التطليق للضرر الناتج عن سوء العشرة الزوجية

الزواج ميثاق غليظ يبنى على المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف، فإذا إنتفت هذه العشرة بين الزوجين ودخل الشقاق المستمر بينهما، أثر هذا بشكل كبير على إستمرار هذه العلاقة الزوجية وعرضها للتفكك والإندثار .

الفرع الأول: التطليق للضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين وللعيوب

1- تعريف الشقاق بين الزوجين :

أ – لغة:المشاقة والشقاق :غلبة العداوة والخلاف، شاقه مشاقة وشقاقا:خالفه[1].

[1] محمد بن مكرم بن منظور، **مرجع سابق**، ج 26، ص 2301

ب – اصطلاحا: معنى الشقاق المستمر بين الزوجين، وهو الوضع الذي يسوء فيه الحال بين الزوجين ويتعذر الصلح وتستمر الخلافات دون جدوى الحل، وتكثر الشكوى من الجانبين، الرجل يدعي على الزوجة سوء العشرة والتقصي، والزوجة تدعي مضارة الزوج وتضييقه عليها ولا مع أحد منها تشهد على صحة دعواه[1].

2- موقف الفقه من التطليق للضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين

لقد أجاز فقهاء المالكية طلب التفريق لوجود شقاق بين الزوجين، وذلك لوجود صعوبة في إستمرار العلاقة الزوجية لقوله صلّى الله عليه وسلّم: (لا ضَرَرَ ولا ضِرَار)، ومن خلالها ترفع الزوجة طلب للقاضي، فإذا ثبتت صحة الدعوى طلقها منه، وإذا تبين العكس رفضت دعواها وفي حالة إستمرار الخلاف يبعث القاضي حكمين، حكما من أهلها وحكما من أهله لإحتواء الخلاف والدعوة للصلح والحفاظ على الأسرة لقوله تعالى :﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[2].

ويشترط في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين رجلين عدلين لديهما القدرة على الإقناع والإصلاح وتخفيف النزاع والحفاظ على تماسك الأسرة.

أما الحنفية والشافعية والحنابلة لم يجيزوا التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين، بحيث لم يعتبروه سببًا صحيحًا يوجب التفريق بحيث أنه لا يعتبر الخلاص من الأذى الذي حل بالزوجة فدور القاضي هو الأمر بحسن المعاشرة والا قضى بتأديبه بما يراه كفيلاً بحمايتها منه

[1] هشام ذبيح، **مرجع سابق**، ص 83

[2] الآية 35، سورة النساء

3- موقف تشريع الأسرة الجزائري من التطليق للضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين:

إستحدث المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق بموجب نص المادة 53 الفقرة الثامنة من ق. أ. ج، والذي من خلالها يمكن للزوجة التي لحقها ضرر جراء النزاع والشقاق مع زوجها وإستحالة إستمرار الحياة الزوجية أن تلجأ للقضاء وترفع دعوى التطليق[1].

فإذا أثبتت الزوجة صحة دعواها طلقها القاضي منه ، فالإبقاء على الزوجية مع إساءة العشرة مجلبة للأضرار[2]، وإذا عجزت الزوجة عن إثبات دعواها رفض القاضي طلبها للتطليق أما إذا تكررت الشكوى وعجزت عن الإثبات إختارت المحكمة حكمين للتوفيق والإصلاح بينهما، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين، وعليهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق والنزاع ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين على أن يقدما للقاضي تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين، وهو ما نصت عليه المادة 56 ق. أ .ج (إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين)[3].

فبعد تقديم الحكمين تقريرهما للقاضي لعجزهما عن الصلح بين الزوجين لمدة شهرين وإستحكم الشقاق وإستمر دون جدوى الصلح حكم القاضي بالتطليق بينهما.

ولقد جسدت المحكمة العليا هذه المادة من خلال القرار رقم: 224655 الصادر بتاريخ: 1999/06/15 وقد جاء فيه ما يلي:

---

[1] بن شويخ الرشيد، **مرجع سابق** ، ص 205 .

[2] باديس ذيابي، **مرجع سابق**، ص 302.

[3] الأمر 02/05 ،المعدل للقانون رقم 11/84 ، مرجع سابق.

(من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيًا ومتى تبين– في قضية الحال –أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و بتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون) [1].

وهو ما أخذ به أيضا الاجتهاد القضائي حيث جاء في القرار رقم: 1996/139353 (من المستقر عليه أن إستفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء إستفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب طبقوا صحيح القانون)[2].

وقد حظي هذا الإجتهاد بعناية المشرع وإرتقى لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصصت له المادة 53 المعدلة الفقرة الثامنة وأصبحت مستقلة وهي فقرة الضرر المعتبر شرعا.

ولا تحكم المحكمة بمجرد وجود شقاق وخصام بين الزوجين، بل عليها أن تثبت بأن الخصام مستفحل بينهما وطال أمده، وبالتالي إقتناع المحكمة بعدم جدوى بقاء الزوجية.

كما يجب القول أيضا أن التحكيم للشقاق يجب أن يكون بعد إجراء جلسات الصلح حيث قد يفلح القاضي فيها بالتوفيق بينهما، أو يتبين الضرر دون الحاجة إلى تحكيم.

والملاحظ أن ق.أ.ج لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي، بل جعل الحق للقاضي بناء على اقتراحاتهما من باب الإحتياط حيث يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما، مما يؤدي إلى توجيهه لمصلحة الحياة الزوجية [3].

ومن الأسباب أيضا التي تجيز للزوجة طلب التطليق للشقاق :

---

[1] م.ع، غ أ ش، القرار رقم: 224655، بتاريخ: 1999/06/15، م .ق، عدد خاص 2001، ص 129 .

[2] م.ع، غ أ ش، القرار رقم:139353، بتاريخ: 1996/09/24 م. ق عدد 02، 1997، ص 96.

[3] هشام ذبيح، **مرجع سابق**، ص، 85.

* قيام الزوج بإفشاء السر الخاص بينه وبين زوجته، هذا الفعل يكون سببا من أسباب الشقاق بين الزوجين.

* طمع الزوج في مال زوجته سببا من أسباب الشقاق.

* التراخي في الدخول بالزوجة عمد أو إستطالة المدة والزواج بأخرى سببا من أسباب الشقاق

*إتيان الزوجة في غير مكان الحرث والنسل ضرر يكون سببا في الشقاق بينهما.

* طول الخصومات القضائية بين الزوجين سبب من أسباب الشقاق بينهما.

والتطليق للشقاق المستمر يستوي فيه أن تكون الزوجة مدخول بها أو غير مدخول بها وذلك للإطلاق النص(للزوجة أن تطلب التطليق)، والزوجية تلحق المرأة بعقد الزواج ولا يشترط الدخول بها.

ومتى إتضح للزوجة أن تصرفات زوجها نحوها تعبر عن رغبة في الفراق، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي و أن تثبت له بجميع طرق، الإثبات أن زوجها لا يحسن معاملتها و تطلب التطليق، فإن إتضح الضرر أجابها رئيس المحكمة، و إن لم يتضح أمر الزوج بتحسين سلوكه مع زوجته و عاد إلى فعلته متجاهلا نص المادة 36 ق.أ.ج و رفعت الزوجة طلبها ثانية إلى رئيس المحكمة كان ذلك قرينة على شدة النزاع، و على القاضي أن يتجه في هذه الحالة إلى الإستجابة لطلبها القاضي بفك الرابطة الزوجية بالتطليق.[1]

الفرع الثاني: التطليق للضرر الناتج عن العيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج

إن الحياة الزوجية قوامها الألفة والمودة و التراحم والتعاون بين الزوجين ولولا الشعور المتبادل الذي يبعثه الله في نفوس الأزواج بما استطاع أحدهما معاشرة الأخر زمنا قصيرا فكيف بمعاشرته طول الحياة، لكن قد يعتري الإنسان عارض أو عيب من العيوب المرضية أو

[1] فضيل سعد، **مرجع سابق**، ص296 .

الخلقية بما يحول بينه وبين تكوين أسرة، والعيب يحتمل التوقيت والديمومة، كما يحتمل أن يكون في الرجل أو المرأة ، وما يهم هو العيوب الزوجية للرجل التي يمكن أن تستند عليها المرأة للمطالبة بالتطليق.

1- تعريف العيب:

أ – التعريف اللغوي: العاب والعيبة والعيب :الوصمة ، وعيبة الرجل :موضع سره[1].

ب – التعريف الإصطلاحي:

و المقصود بالعيب إصطلاحا هو خلل أو نقص يكون في بدن الإنسان أو عقله يخرج به عن أصل الفطرة السوية التي خلقه الله عليها، والعيب أيضا نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين أو هما معا فيسبب ضيقا للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة الزواج[2] .

فإن رضي الطرف السليم بزوجه المعيب فلا إشكال في الأمر ولكن الإشكال فيما لو أكتشف أحد الزوجين بعد العقد أو الدخول أن الزوج الأخر معيب ولم يرضى بعيبه.

2- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق لضرر العيوب المانعة من تحقيق غاية الزواج

هناك إختلاف بين الفقهاء في تحديد العيوب الموجبة للتفريق :

- ذهب الظاهرية إلى أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوعه، سواء أكان موجودا بأحد الزوجين قبل العقد أم بعده، لأنه ليس فيه دليل من الكتاب والسنة، وكل ما ورد بشأنه أقوال عن الصحابة، وهي لا تخرج عن كونها آراء اجتهادية لا تصلح للاحتجاج بها .

[1] محمد بن مكرم بن منظور، مرجع سابق ، ج36، ص 3183- 3184

[2] فضيل سعد ، مرجع سابق، ص 275 .

– أما مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد وأتباعهم فقد أجازوا للقاضي التفريق بين الزوجين إذا وجد في الواحد منها عيب جنسي يمنع من المعاشرة أو وجد فيه مرض ضار كالجذام والبرص والجنون، وهذه العيوب متفق عليها عند المذاهب الثلاثة[1].

2– موقف تشريع الأسرة الجزائري من التطليق لضرر للعيوب المانعة من تحقيق غاية الزواج

جاء في نص المادة 53 من ق. أ .ج، وهي المادة التي تشير إلى الأسباب التي تستند إليها الزوجة في طلبها التطليق، في فقرتها الثانية (يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية –2 ....**العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج...**".

بحيث لم يتعرض المشرع الجزائري إلى أي تفصيل فيما يخص هذه العيوب و لم يحددها ولم يحصرها بل ولم يحدد بعضها على سبيل المثال.

كما لم يبين طبيعتها هل هي من العيوب الجنسية فقط أم تلحق بها عيوب جسدية ونفسية أخرى، كما لم يفرق المشرع الجزائري بين العيوب التي تكون في الزوج وقت العقد أو تطرأ عليه بعده، وهذا نظرا لكثرة العيوب التي لا يمكن حصرها وترك السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في تكييف العيب الذي يحول دون تحقيق الغاية من الزواج والمشرع الجزائري بعدم تحديده للعيوب الوجبة للتفريق قد ساير التطور العلمي الحاصل في مجال الطب[2].

لم يحدد قانون الأسرة شروط قبول الزوجة دعواها بالتطليق للعيوب، لكن يمكن إستخلاصها من نص المادة السالفة كما يلي:

*أن يكون العيب من الزوج .

*أن يكون العيب من العيوب التي يحول دون تحقيق المغزى من الزواج.

*أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يتوقع الشفاء منها.

---

[1] مباركة جليخي، **الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015/2014 ، ص 10 .

[2] آيت شاوش دليلة، **مرجع سابق**، ص 54 .

*لا تكون الزوجة عالمة بهذا العيب وقت العقد وهذا ما كان يجب النص عليه.

*أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليق إلي القاضى.

وبما أن الزوج ليس هدفه الاستمتاع الجنسي فقط بل الحياة الزوجية الهادئة المستقرة فإنه يشرط ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند العقد فلو تزوجته وهى تعلم بحاله ليس لها الحق في طلب التفريق، لأن زواجها منه حينئذ يعتبر رضا منها بالعيب، وإسقاط لحقها الجنسي كـــما لو وجد منها رضا صراحة أو دلالة بعدم العلم بالعيب ورضيت بالبقاء معه لم يكن لها الحق في التطليق.

ولعل المشرع الجزائري يقصد بعبارة العيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج المغزى الذي من أجله شرع الزواج وهو حفظ النسل و الإستمتاع، وبقاء الزوجة مع زوجها المعيب بعيب مادي جسمي أو معنوي عقلي نفسي يضرها إضرار حيث لا يعاشرها معاشرة الأزواج لزوجاتهم، وبالتالي يجب إعطائها وسيلة للتخلص مما هي فيه من المعاناة بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق[1].

و الإلتجاء إلى الطريق العلمي في مجال الطب لعلاج تلك العيوب والإبقاء على العلاقة الزوجية لزوال العيب بالعلاج، سواء أكان عن طريق إلزام الزوجين عن الكشف المبكر عن العيوب في الشهادة الطبية أثناء العقد أم عن طريق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد، حيث تعد الفحوصات الطبية قبل الزواج مفتاح الزواج الآمن وهي من الوسائل الوقائية الفعالة جدا في الحد من الكثير من الأمراض الوراثية والمعدية الخطيرة[2].

وقد جاء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 بشرط الشهادة الطبية في المادة 7 مكرر بنصها (يتعين على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل يشكل خطرا يتعارض مع الزواج).

[1] فضيل سعد، **مرجع سابق**، ص 276 .

[2] هشام ذبيح، **مرجع سابق**، ص80.

والملاحظ أن المادة 03 من المرسوم التنفيذي 154/06 المنظم لأحكام الشهادة– الطبية حددت أن يشمل الفحص: فحص عيادي شامل + تحليل فصيلة الدم (ABC+rhésus) وهذين الفحصين غير كافيين للكشف عن الأمراض والعيوب الزوجية، مما يتطلب إضافة أخطر الأمراض للكشف عنها في الشهادة الطبية ويكون كشف إلزامي،لأن الغرض من هذه الوثيقة وقائي وبها يتحقق الاستقرار الأسري.

فالكشف المبكر عن أغلب الأمراض، يضع الزوجين أمام الأمر الواقع فإما العدول عن مشروعهما في الزواج، أو أن يتزوجا رغم الإصابة بالمرض أو العيب الجنسي على مسؤوليتهما.

و لما تدرج إلزامية الكشف عن أهم الأمراض الأخرى الجنسية والجسدية في الشهادة الطبية لا يتفاجأ الزوجان بوجود المرض والعيب، فلا تحدث تلك الخلافات والصراعات بين الزوجين وأسرهم، التي تصل للمحاكم ثم فك الرابطة الزوجية[1].

*وقد قرر المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ : 1984/11/19 أنه "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وإن الاجتهاد القضائي إستقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد إنتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، وعليه فان القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا للشريعة الإسلامية، إذ كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية، واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك[2].

كما إعتبر قضاة المحكمة العليا أن العقم يجيز للزوجة طلب التطليق للعيوب، وذلك في قرار لها بتاريخ: 1999/02/16 حيث قضت بأنه(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن

[1] بلحاج العربي، **مرجع سابق**، ص 138

[2] قرار م.أ، غ أ ش، ملف رقم 34784، مؤرخ في 1984/11/19، م ق، عدد 3، 1989، ص 73.

الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف طبقوا القانون تطبيقا سليما ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن)[1].

المطلب الثاني

التطليق لكل ضرر يمس بالسمعة ولكل ضرر مقدر شرعا

تلعب السمعة عند المجتمع الجزائري كبيرا، إذ أول شيء تنظر إليه عائلة تود مناسبة عائلة أخرى هي صيتها وسمعتها، فإذا خدشت هذه الأخيرة قد تؤدي لأضرار خاصة فيما يخص سمعة المرأة والعائلة ككل، لهذا ذكرها المشرع الجزائري من بين أسباب التطليق.

فقد يحَدث وأن يصدر حكم يدين الزوج بإرتكابه جريمة تمس بشرف الأسرة وسمعتها أو يقترف فاحشة مبينة، فينتج عن هذا حالة من الإضطراب والتوتر، والتنافر وإنعدام الثقة داخل الأسرة، فتؤثر هذه العوامل على إستقرار الحياة الزوجية وإستمرارها، ومن ثم يصبح التفريق بين الزوجين أمر لابد منه

.

الفرع الأول: التطليق للضرر الناتج عن إرتكاب الزوج جريمة مخلة بشرف الأسرة

بالرجوع إلى المادة 53 ق .أ.ج في فقرتها 8 يتضح أن المشرع الجزائري أعطى للزوجة الحق فيال مطالبة بالتطليق في حالة الحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة ويستحيل معها إستمرار الحياة الزوجية.

[1] قرار م.ع، غ أ ش ملف رقم 111571 مؤرخ في 1999/02/16، م ق ، عدد خاص 2001 ، ص 119.

1- موقف الفقه الاسلامي من التطليق للضرر الناتج عن ارتكاب الزوج جريمة مخلة بشرف الأسرة

نتج إختلاف بين الفقهاء في إجازة طلب التطليق لإرتكاب الزوج لجرائم تمس بشرف الأسرة، فمنهم من أجازها ومنهم من لم يجزها، ففقهاء الحنفية يرون أن إدانة الزوج بالحبس لا يعد سببًا للتفريق مع زوجته مهما كانت مدة الحبس، فمن خلالهم لا تعتبر الغيبة سببا للتفريق حتى بدون عذر[1].

والرأي الراجح عند الحنابلة هو عدم التفريق بين الزوجين، لأن الغيبة جاءت في هذه الحالة، على الرغم من أن العذر غير مشروع، وقد أجاز المالكية التفريق بين التفريق بين الزوجين بسبب الحكم على الزوج بالحبس، لأن الغيبة عندهم سواء كانت بعذر أو بدون عذر تجيز للزوجة طلب التطليق، والسبب من إجازة الطلب هو ما قد يصيب الزوجة من ضرر مادي أو معنوي من تلك الغيبة[2].

2- موقف التشريع الجزائري من التطليق للضرر الناتج عن ارتكاب الزوج جريمة مخلة بشرف الأسرة

نصَّ المشرع الجزائري على العقوبة المقيدة للحرية في المادة 53 الفقرة الرابعة من ق.أ.ج المعدل والمتمم المعدل والمتمم بقوله: (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

4- **الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية**، حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها بناء على الشروط التالية:

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به، وهو الحكم الذي إستنفذ جميع طرق الطعن العادية كالمعارضة والاستئناف، وغير العادية كالطعن بالنقض.

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **مرجع سابق**، ص 549 .

[2] أحمد بلحاج جيلالي، **مرجع سابق**، ص 42 .

- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية وهي العقوبة المتضمنة سجن الزوج أو حبسه، بصرف النظر عن كون العقوبة تتجاوز السنة أو أقل، أما إذا كانت العقوبة بالحبس مع وقف التنفيذ أو الوضع تحَت الحراسة، أو الحكم بالغرامة فقط، أو الحرمان من الحقوق السياسية مثلاً فإنه لا يجوز للزوجة في مثل هذه الحالات أن تطلب التطليق.
- أن تكون العقوبة المقيِّدة للحرية تتعلق بفعل مناف للأخلاق، كونها تمس بشرف الأسرة وسمعتها وكرامتها ومكانتها الاجتماعية مثل جرائم الزنا، والاغتصاب، والإحتيال والإختلاس والسرقة وخيانة الأمانة، وغير ذلك ممَا له علاقة بشرف الأسرة.
- أن تؤدي هذه الجريمة إلى استحالة مواصلة العشرة الزوجية وذلك بنفور الزوجة من زوجها وبغضها له وعدم ثقتها به بحيث لا تستطيع الاستمرار معه بسبب هذه الجريمة .
- أن تطلب الزوجة التطليق فلا يَحكم القاضي بالتطليق إذا لم تطلبه الزوجة، مع تقديم دليل يثبت أن الجريمة مست شرف الأسرة وسمعتها.[1]

فإذا ثبتت إدانة الزوج وأصبح الحكم الصادر ضده نهائي، ونفدت العقوبة فإنه من حق الزوجة تأسيسا على الفقرة الرابعة من المادة 53 ق.أ.ج المطالبة بالتطليق، فطلبها يستجاب لها ويتم الحكم لها بالتعويض إستنادا لأحكام المادة 53 مكرر من ق.أ.ج التي تجيز القاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق[2].

*ولقد صدر في هذا الشأن حكما عن محكمة تيزي وزو بتاريخ : 1997/08/29 قضى بتطليق الزوجة لصدور حكم قضائي يقيد حريته لمدة 18 شهرا حبسا نافذا، وإنطلاقا من هذا الحكم قضى القاضي بالتطليق بينها وبين الزوج المحبوس .

وصدر حكم عن محكمة بسكرة في: 2008/01/15 حيث ثبت للمحكمة أنه بتاريخ :2007/06/15 صدر حكم يقضي حضوريا إبتدائيا بإدانة المدعي عليه بتهمة حيازة وإستهلاك المخدرات وأيده القرار النهائي الصادر في: 2007/08/14، حيث أنه من الثابت أن

[1] بلحاج العربي، **مرجع سابق**، ص 2014

[2] يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2011 ، ص 14

جريمة المخدرات ماسة بشرف الأسرة التي ينتمي إليها المدعي عليه وهي تمس بأخلاق وصحة المجتمع ومنه فان المدعية محقة بطلبها التطليق طبقا للمادة 4/53 [1].

الفرع الثاني: التطليق للضرر الناتج عن إرتكاب الزوج فاحشة ثابتة في حقه

بالرجوع إلى المادة 53 الفقرة 7 نجدها قد وضعت سببا آخر من الأسباب التي يمكن للزوجة أن تطلب من خلالها التطليق، وهو إرتكاب الزوج فاحشة مبينة، والتي تشمل الأفعال المخلة بالحياء مع أن المشرع لم يبين ما المقصود بالفاحشة المبينة وما هي الأفعال التي تشملها، حيث جاء في المادة (**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة**

1- تعريف الفاحشة المجيزة للتطليق

أ – لغة:

فاحشة وفحش: كل شيء جاوز حده فهو فاحش والفحش : هو القبيح الشنيع من قول أو فعل[2] .

ب- اصطلاحا:

هي الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي[3].

فنقول مثلا عن أمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول، فيقال رجل فاحش أي معتد في القول أو يقال خسارة فاحشة أي كبيرة أو غبنا فاحش أي إذا جاوزت الزيادة ما يعتد مثله[4]. لذلك نجد آيات القرآن الكريم تنهى عن الفحشاء « إن الله لا يأمر بالفحشاء » وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي « إن الذين يحبون أن تشيع الفحشاء» « من يأت منكم بفاحشة مبينة » إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن » هذه الآيات تنهى عن الفاحشة.

---

[1] حكم صادر بتاريخ :2008/01/15 ، عن محكمة بسكرة، رقم الفهرس:1008/08

[2] محمد بن مكرم بن منظورم ، **مرجع سابق** ،ج 38، ص 3355

[3] هشام ذبيح، **مرجع سابق**، ص117 .

[4] نورة منصوري، **مرجع سابق** ،ص 29 .

والفاحشة المبينة شرعا تكون في كل المعاصي والكبائر، وعلى رأسها الزنا والخمر والمخذرات والسرقة، وعليه يمكن للزوجة أن تتمسك بدلك بناء على أحكام المادة 222 من القانون 11/84 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية، ويبدو أن الفاحشة تفسر قانونا بكل ضررا قد يلحق بالأسرة وإستقراء الواقع يؤكد ذلك، فكم من أب إنتهك عرض فلذات كبده بسبب الخمر أم الخبائث.

وتصرف الفاحشة أيضا إلى الخيانة الزوجية، أو الجرام الأخلاقية أما بالرجوع إلى قانون العقوبات في المادة 337 مكرر نجد أنه عرفها على أنها تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم، وجريمة الفاحشة حسب أحكام المادة 337 مكرر من قانون العقوبات لا تقوم إلا إذا توفرت أركانها كقيام العلاقة الجنسية وثبوت علاقة قرابة وقيام القصد الجنائي علاوة على ذلك أن تتم إدانة الزوج، ويصبح الحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي.

و عليه فانه في حالة إتيان الزوج فاحشة مبينة، كالزنا أو الاعتداء على قاصرة أو إنحراف عن الطريق السليم و قيامه بالسلوك الإجرامي، الذي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع، فإنه في كل هذه الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء و تطلب التطليق.

و حينئذ يطلقها القاضي إذا ثبت إرتكاب الفاحشة و كان الفعل إخلال جسيما و خطيرا يؤدي إلى إستحالة استمرار المعيشة بين الزوجين، و للقاضي السلطة التقديرية و موضوعية في هذا الشأن[1].

3- موقف الفقه الإسلامي من التطليق لضرر ارتكاب الزوج فاحشة ثابتة في حقه:

[1] بلحاج العربي، **مرجع سابق**، ص 306.

بالرجوع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية نجد آيات وأحاديث تدل على أن الفاحشة هي فعل الزنا، قال الله تعالى: ﴿**يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا** ﴾[1].

وقال أيضا : ﴿**وَلَا تَقْرَبُوا الزنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَة وَسَاءَ سَبِيلاً**﴾[2].

والشريعة الإسلامية لم تجعل من لوازم إرتكاب الزنا أو أي فاحشة أخرى ثبوت الحق للزوجة في التطليق، كذلك الفقه الإسلامي يركز على مسألة إرتكاب الجريمة وحبس الزوج كعقوبة عن الفعل المرتكب في الجرائم الأخرى، فيحدث الضرر للزوجة نظير الفراق الذي سيحصل بين الزوجين وغياب الزوج عن زوجته، فذهب الفقه إلى حق الزوجة المطالبة بالفرقة لتضـــررها من فراق زوجها لحبسه، أما في الزنا فعقوبة الزاني المحصن هو الرجم حتى الموت، فإذا ثبت في القضاء الشرعي إرتكاب الزوج فعل الزنا يطبق عليه الحد الشرعي للزاني وهو الرجم[3].

وبالتالي لا مجال للزوجة المطالبة بالفرقة بسبب زنا زوجها شرعا لأن مصير العلاقة الزوجية هو الإنحلال بسبب وفاة زوجها نتيجة تطبيق حد الزاني المحصن، ولعل سبب سلوك المشرع هذا المنهج هو تعطيل الحكم الشرعي في حد الزاني، وإستبداله بعقوبة مخالفة للشرع حيث تكون عقوبته في المادة 339 من قانون العقوبات الحبس من سنة إلى سنتين(يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين)[4]، مما يدفع الزوجة المطالبة بالتطليق لمفارقة زوجها بسبب الفاحشة، والذي ركز فيه المشرع على الضرر المعنوي وهو الفعل المخل بالحياء المناقض للأخلاق، على أساس أن فاحشة الزنا التي تمس بالصلة

[1] الآية 30 سورة الأحزاب.

[2] الآية 30 سورة الإسراء

[3] هشام ذبيح، **مرجع سابق**، ص 119.

[4] الأمر 156/66، المؤرخ في: 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

الوثيقة بين الزوجين، والمودة التي بني عليها الزواج والخيانة الزوجية تفك أواصر العلاقة الزوجية المتينة.

ثالثا: موقف تشريع الأسرة الجزائري من التطليق لضرر إرتكاب الزوج فاحشة ثابتة في حقه

من خلال نص المادة 53 فقرة 7 من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري قد منح للزوجة طلب التطليق في حالة ارتكاب زوجها لفاحشة مبينة، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد القصد من الفاحشة المبينة وبهذا يكون المشرع قد قصد بالفاحشة المبينة فعل الزنا، وأخرج الأفعال الأخرى وصنفها من باب الأفعال التي تمس بشرف الأسرة، وهي في الغالب تشمل الجرائم الأخلاقية والخيانة الزوجية، ومن خلال هذا فقد أقر القانون مجموعة من الشروط لقبول دعوى التطليق والتي تتمثل في[1]:

- أن يقوم الزوج بتصرف أو فعل مخل بالآداب العامة، ويكون مناف للعقيدة الإسلامية بحيث يعتبر شرعًا من الكبائر.
- أن تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين وقت إرتكاب الفاحشة المبينة، بناءً على عقد زواج صحيح شرعًا وقانونًا.
- أن يكون الفعل مرتكب من قبل الزوج بصفة أساسية، وقد ثبت بالأدلة لإعتباره فاحشة مبينة، إذا توفرت الشروط السابقة على الزوجة إثبات الضرر الذي لحقها من جراء إرتكاب الزوج لهذه الجريمة، فإن عجزت الزوجة عن إثبات ذلك فيتم رفض دعواها، ويبقى هذا الأمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، بما عرض عليه من معطيات.

ومن المتفق أن هناك سلوكا يفرضه المجتمع الذي نعيش فيه وتفرضه علينا الشريعة الإسلامية من جهة أخرى وكذا العادات والتقاليد، فإذا إرتكب الزوج فاحشة كأن إنحرف على السلوك المعتاد، وخالف قواعد الآداب والأخلاق، حق للزوجة مقاضاته والمطالبة بتطليقها منه

[1] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 205

وما على الجهة القضائية عملا بالسلطة التقديرية إلا البت في طلبها وذلك بعد التأكد من ارتكاب الزوج الفاحشة .[1]

الفرع الثالث: التطليق لكل ضرر معتبر شرعا وقانونا

لا يجوز للزوج إساءة معاملة زوجته أو الإضرار بها لقوله تعالى: ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾ [2]، وعليه معاشرتها بالمودة والألفة فإذا تجاوز الحدود الممنوحة له شرعا وقانونا و أضر بها جاز لها رفع طلب التطليق للقضاء.

وقد أدخل المشرع الجزائري الضرر كسبب لطلب التطليق وحل الرابطة الزوجية من طرف الزوجة، في الفقرة 10 من المادة 53 من اق.أ.ج ، والتي جاء فيها : للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: .. 10- **كل ضرر معتبر شرعا**، فإذا لحق الزوجة ضرر من زوجها فلها طلب التطليق بناء عليه بعد إثباته من طرفها.

إنّ المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين، فأجاز للزوجة إذا تضررت من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع و أهداف عقد الزواج كإكراهها على فعل المحرمات ويكون ذلك إما بمنعها من أداء فرائض الإسلام و واجباته، كمنعها من الصلاة أو الزكاة أو الصوم أو الحج وغيرها، فمنعها من أداء ما أمرها به الإسلام يدخلها في باب التحريم والإثم أو أن يأمرها بأفعال هي محرمة شرعا، كإتيان الزوجة في غير موضع الحرث، أو يأمرها بممارسة الدعارة أو مجالسة الرجال أو نزع الحجاب أو شرب الخمور، فمن أصول الشريعة الإسلامية : أنَّه لا طاعةَ لِمَخْلوقٍ في مَعصيةِ الخالِقِ [3] .

كذلك إتهام الزوج لزوجته تهمة تخدش كرامتها وتمس شرفها وتطعن في سلوكها وأخلاقها فإن ذلك يفسد العشرة الزوجية، كأن يدعي الزوج على زوجته أنها كانت على علاقة غير

[1] م ع، ملف رقم 20841 مؤرخ في 1968/10/10، ن ق لسنة 1968، م ق عدد 24، سنة 1979، ص 211-124 نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 306 .

[2] الآية 229 سورة البقرة

[3] باديس ذيابي، مرجع سابق، ص46

شرعية مع شخص آخر، أو ممارسة سلوكات شنيعة تمس بكرامتها وسمعة العائلة، كممارسة الشعوذة والسحر وإفشاء الزوج الأسرار التي بينه وبين زوجته، وخاصة منها المتعلقة بفراش الزوجية وتحديث الناس بها، مما يحدث ضررا للزوجة فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق.

ومن كل هذه الأسباب نستخلص أن الضرر المعتبر شرعا يشمل مجموعة الأسباب أو الأضرار المذكورة في المادة وزاد عليها المشرع صفة الإطلاق و التوسيع لأضرار أخرى مستجدة يبقى تقديرها لسلطة القاضي.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ساير الشريعة الإسلامية في مفهوم الضرر سعيا منه لتوفير حماية للزوجة من كل أشكال الضرر، لأنه ما قد يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما، قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن إعتبار فعل ما بمثابة ضرر معتبر شرعا في زمن معين لدى جماعة معينة، قد لا يكون هو نفسه في زمن آخر بالنسبة لجماعة أخرى، خاصة وأن الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر، فالمشرع هنا أخذ بالمعيار الشخصي في تحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها.

ومما سبق ذكره يتبين أن الفقرة العاشرة من المادة53 من ق.أ.ج قد أصبحت المرجع والمنفذ للقضاة وحتى للمحكمة العليا لتسبيب أحكامها في خانة الضرر المعتبر شرعا، رغم عدم وجود تعريف أو معيار محدد للمقصود بالضرر المعتبر شرعا، وحتى في وجود أسباب أخرى منصوص عليها بوضوح في المادة 53 من ق أ ج[1] .

وقد قضت المحكمة العليا في ذلك بما يلي" إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي"[2] .

[1] باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص47

[2] م .ع ، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 2001/01/23 ، ملف رقم 258555 ، م.ق، العدد 2 ، 2002 ، ص 417

-وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا (أن الطاعن عقد على المدعى عليها منذ 1995/06/13 ولم يقم بإتمام عقد الزواج منذ ذلك التاريخ وهذه المدة طويلة ألحقت ضرراً بها ويكون الضرر المعتبر شرعاً متوفراً طبقاً للمادة 53 من قانون الأسرة).

و قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي..." إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 4 من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون[1].

و في قرار آخر للمحكمة العليا تحت رقم: 2012/699785 " يتبين أن زواج المسلم مع غير المسلم محرم مؤقتا ويبقى هذا الإرتداد أو التحريم قائما مابقي السبب وبالتالي فإن إرتداد الزوج عن الإسلام تقع به الفرقة حالا وأن المحكمة بقضائها بالتطليق قد طبقت صحيح القانون [2].

ويتبين لنا أن أغلب إجتهادات المحكمة العليا في القضايا المتعلقة بالتطليق بسبب الضرر المعتبر شرعا ركزت على الضرب و الجرح ، غير أننا وجدنا أيضا قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 127948 بتاريخ :1996/01/16 إعتبرت فيه تعريض الأولاد للخطر و سوء السلوك يعد ضرر معتبر شرعا)[3].

ويمكن الإشارة في هذا السياق إلى أن هناك الكثير من أنواع الضرر المعتبر شرعا لا تلجأ إليه الزوجات في المطالبة بالتطليق أما لجهلهن أو لعجزهن عن إثباته.

[1] م.ع ، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 2001/07/18 ، ملف رقم 269594 ، م.ق، العدد 1 ، 2003 ، ص 349

[2] م.ع ، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 2012/04/12 ، ملف رقم 699785 ، م.ق، العدد 2 ، 2012 ، ص 274

[3] م.ع ، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 1988/09/26 ، ملف رقم 50519 ، م.ق، العدد 2 ، 1992 ، ص 48

خلاصة الفصل

لقد توسع المشرع الجزائري في أسباب التطليق أو التفريق القضائي، بإضافته فقرات جديدة في المادة 53 المعدلة بموجب الأمر05/02 المعدل والمتمم لقانون رقم 11/84 المتضمن ق.أ.ج، حيث ذكرت هذه المادة 10 أسباب يمكن للزوجة الاعتماد على أحدها لطلب التطليق من زوجها، بعد ما كانت محصورة في سبعة أسباب فقط في القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

كما أجاز جمهور الفقهاء للقاضي بما له من ولاية أن يُفرِّق بين الزوجين نيابة عن الزوج عند تأكده من إضرار زوجته، لأنَّ مهمة القاضي منع الظلم، ورفع الضرر الواقع ودفع الضرر المتوقع حيث يجب إزالة الضرر ودفعه قدر الإمكان.

و لقد منح الشرع والقانون معًا للزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة، ويتم بحكم قضائي جبرًا على الزوج إذا وُجِد أحد الأسباب الشرعية والقانونية الداعية لذلك، ويفرِّق القاضي بينهما عملاً بقواعد العدالة والإنصاف.

كما حفظت الشريعة والقانون حقوق الزوجة، وحمت كرامتها الإنسانية من أيِّ أذى قد يصيبها لأنَّ بقدر ما تحَفظ حقوقُها، تحترم حرِّيتُها وكرامتها ، كما أن قوامة الرجل على زوجته لا تعني استعبادها، وإمتهان كرامتها وسلب حريتها، وإلحاق الأذى بها، وإنما تعني تحمل مسؤولياته والقيام بواجباته تجاهها، فهو ملزم برعاية زوجته وحمايتها، ومن ثم إذا فرط في المسؤولية المنوطة به نحو زوجته، أو أساء استعمال القوامة التي كُلّف بها شرعًا فإنَّ من حق الزوجة أن تطلب التطليق منه.

ولم يحصر المشرع الجزائري العيوب وإنما توسع فيها مع اشتراطه تأثيرها على حياة الزوجة تأثيرًا بالغًا، وترك للقاضي السلطة لتقدير ذلك.

خـــاتمـــــة

في نهاية الدراسة فصولا ومباحث–بما وفقنا الله إليه–من خلال دراسة موضوع من أهم المواضيع التي تهتم بالمجتمع بصفة عامة و الأسرة بصفة خاصة ألا وهو موضوع الضرر الواقع على المرأة والمؤدي إلى فك الرابطة الزوجية بالتطليق.

فإذا إستحالت العشرة الزوجية جاز لها رفع الأمر إلى القضاء، وقد إنتهج المشرع الجزائري ذلك في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تتعلقان بالتطليق والخلع على التوالي، ولقد إشترطت المادة 53 من ق.أ.ج عشرة أسباب لقبول طلب التطليق

فإذا وقع سبب من الأسباب التي وردت في المادة 53 أعلاه، لا يكون للزوجة سوى الالتجاء إلى القضاء ورفع طلب التطليق من زوجها، ويبقى عبئ الإثبات عليها بأي وسيلة من وسائل الإثبات، مع بقاء السلطة التقديرية للقاضي في دراسة الأدلة التي قدمتها الزوجة، حيث في بعض الأحيان تكون سلطة القاضي مقيدة كما قد تكون مطلقة، فقد يحدث أن يرفض طلب الزوجة بالتطليق وهذا مصير أغلب قضايا التطليق .

غير أنه يتضح لنا أن المادة 53 من ق.أ.ج رغم تناولها لعدة أسباب يمكن أن تستند عليها المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية، فقد أهمل المشرع جملة من النقاط و المسائل المتعلقة بهذا الموضوع و تركها مبهمة و غامضة دون تنظيم و لا توضيح، مما نتج عنه تضارب في الأحكام القضائية لذا وجب على المشرع أن يتدارك الهفوات التي وقع فيها، و يذكر كل الأحكام و المسائل المتعلقة بالتطليق بشكل دقيق لا يدع مجالا للشك.

ومن بين النقاط و المسائل التي لازالت بحاجة إلى توضيح، و التي على المشرع أن يحكم ضبطها نذكر مايلي:

* أولا فيما يخص أسباب التطليق نخص بالذكر: بالنسبة لتطليق لضرر عدم الإنفاق، لم يحدد المشرع إن كان عدم الإنفاق لغياب الزوج أم بحضوره، فالنص جاء عاما يحتاج إلى توضيحه أكثر.

* بالنسبة للتطليق لضرر للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، نجد أن المشرع لم يحدد ماهية هذه العيوب، كما لم يميز بين العيوب التي لا علاج لها و التي يرجى الشفاء منها هذا و لم ينص كذلك على حالة علم الزوجة بالعيب و رضاها به بعد الدخول، كسبب يسقط حقها في رفع دعوى التطليق للعيوب كما لم يحدد المشرع مدة التي يجب أن يشفى فيها الزوج من العيب.

أما بالنسبة للتطليق لضرر للغياب، فنجد نص على أنه يمكن لزوجة أن تطلب التطليق لغياب زوجها لمدة سنة، فما فوق دون عذر و لا نفقة، و الملاحظ أنه جعل عدم الإنفاق من شروط إعمال هذه الفقرة، بمعنى أنه إذا غاب عنها زوجها و كان ينفق عليها فهنا لا يمكن للزوجة أن تطلب التطليق استنادًا عليها.

وبالنسبة للتطليق لكل ضرر معتبر شرعا، نجد أنه لم يعط صورا عن الضرر المعتبر شرعا و لو على سبيل المثال و لم يبين معايير تحديده تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي مما نتج عنه تضارب في الأحكام القضائية.

غير أن من الناحية التطبيقية فإن هذا التعديل في هذه المادة كان شكلي فقط، لأنه كان و لايزال يشترط إثبات المرأة للضرر، و هذا الشيء في الواقع صعب جدا إن لم نقل مستحيل أحيانا وبالتالي هذا التعديل لم يخدم الزوجة المتضررة، لأنه في الأخير حتى و إن كانت فعلا متضررة فبعدم قدرتها على الإثبات لا يحكم لها بالتطليق.

ولهذا أصبح التطليق نادرا نتيجة لمواجهة الزوجة صعوبات في إثبات الضرر و هذا ما لوحظ في المحاكم.

قائمة المصادر والمراجع

أولا:المصادر

1-القرآن الكريم

2-السنة النبوية الشريفة

3 المعاجم في اللغة العربية:

-محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط1،ج28، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت،2005.

-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، (القاموس المحيط)،ج2، دار الحديث القاهرة د.س.ن.

ثانيا : المراجع

1-الكتب الخاصة

– أحمد موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي(تعريفه ، أنواعه، علاقته ، ضوابطه ، جزاؤه) دار عفان للطباعة و النشر و التوزيع ، ط 01، المملكة العربة السعودية ، 1998.

– أسعد كمال محمد و محمد عبد الله الشوابكة، الضرر و أثاره بين الشريعة و القانون الجامعة الأمريكية ، الإمارات، د.س.ن.

-أحسن لحساسنة، الوسيط في شرح القواعد الكبرى و ما يندرج تحتها من قواعد صغرى دار إبن حزم للطباعة و النشر و التوزيع ، ماليزيا، د.س.ن.

-عبد الهادي بن زيطة، التعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع، ط 01، الجزائري، 2007 .

2-الكتب القانونية العامة

– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر،2004.

– أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و أثارهما، دار الكتب القانونية، مصر 2004

– العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012.

– إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الرغاية –الجزائر، د.س.ن .

– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق– الميراث–الوصية، الجزء الأول(الزواج و الطلاق)، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007.

– العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية الفعل غير المشروع، الإثراء و القانون)، ط 05، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2008 .

– باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.

– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ط1، دار الخلدونية، الجزائر 2008 .

–رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2009.

–سليمان بوقندورة، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة الجزائري،الباب الأول الزواج وإنحلاله مدعم بإجتهادات المحكمة العليا، د.س.ن.

– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ط 02، د.د.ن، قسنطينة الجزائر،1989.

–عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر.د.س.ن.

– عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري د.د.ن، د.س.ن.

– عبد القادر داودي، القواعد الكلية و الضوابط في الفقه الإسلامي، ط1، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2019.

-عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث ط1، د.ب.ن، 2005 .

- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة - الزواج و الطلاق-ج1، المؤسسة الوطنية للكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1986

- محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، ط1 عمان 2010.

- نورة منصوري،التطليق و الخلع -وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى عين مليلة الجزائر) ، 2010 .

19 - ناهد عطا الله الشمروخ، تطبيقات القواعد الفقهية في الأحكام الطبية -قاعدتا "لا ضرر و لا ضرار و المشقة تجلب التيسير- ، المملكة العربية السعودية .ب.س.ن.

- يوسف دلاندة، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011 .

ثالثا: الرسائل و المذكرات الجامعية

1-الرسائل الجامعية:

- دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة ين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو سنة 2014.

-هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2019-2020.

2-المذكرات الجامعية :

– أحمد بلحاج جيلالي، فك الرابطة الزوجية بالتطليق وفق قانون الأسرة الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، حقوق وعلوم سياسية قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019.

-حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، الخاص، تخصص شؤون الأسرة، سنة 2012 .

– فاطمة الزهراء قورادش، أسباب التطليق و إشكالات إثبات الضرر في القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص أحوال شخصية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2015 /2016 .

– كنزة صغير، الضرر كسبب للتطليق بين الشريعة و القانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2016/2015 .

– ليلى كتو، التعويض عن الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر ، جامعة زيان عاشور، الجلفة 2013/ 2014 .

– مباركة جليخي، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015/2014 .

-منير زياني ، فكرة الضرر المباشر بين النظرية و التطبيق ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع عقود و مسؤولية ، جامعة الجزائر 01 بن عكنون ، 2012 /2013 .

– نبيلة تركماني ، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع عقود، ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001 .

رابعا – المقالات

– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2– قرارات المحكمة العليا– رقم القرار 122443 ، الصادر في :1995/09/26.

–سميرة معاشى، مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحامات، بتاريخ أفريل 2009 ، عدد 06.

– عاصم أحمد بسيوني حجازي ، التفريق بسبب سوء العشرة ، دراسة موازية بين الفقه الإسلامي و القانون المصري ، مجلة الدراسات العربية ، كلية العلوم ، جامعة المنيا ، مصر .د.س.ن.

– علي بن عوالي ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة (الأسباب المبيحة للزوجة طلب التطليق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري–دراسة تحليلية–)، المجلد 06 ، العدد 1 ،2020.

خامسا:النصوص القانونية

1–الأوامر

–الأمر 156/66 المؤرخ في 14 صفر 1146 الموافق لـ 04 يونيو 1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتم بالقانون رقم 07/17 المؤرخ في 28 جمادى الثانية 1428 الموافق لـ 07 مارس 2007 ج ر عدد20/2017 .

–الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ج ر عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

2–القوانين

–القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر عدد 11، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984، المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

سادسا: الاجتهادات القضائية الجزائرية

-المجلة القضائية، العدد2، لسنة 1972 .
-المجلة القضائية، العدد24، لسنة 1979 .
-المجلة القضائية، العدد3، لسنة 1989 .
-المجلة القضائية، العدد1، لسنة 1997
-المجلة القضائية، العدد2، لسنة 1997 .
-المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001 .
-المجلة القضائية، العدد2، لسنة 2002 .
-المجلة القضائية، العدد2، لسنة 2012 .

سابعا:المواقع الإلكترونية المتعلقة بالموضوع

- موقع الإستشارات القانونية الجزائرية، مقال بعنوان: إستشارات قانونية مجانية-دعوى الطلاق للضرر- منشور على موقع https//www.asjp.cerist.dz/en/ar ،أطلع عليه بتاريخ: 2023/02/02 على الساعة 10:15.

-موقع المحامي، مقال بعنوان: التطليق موضوع مدعم بإجتهادات المحكمة العليا، منشور على موقع https//elmohami.com بتاريخ :18 /2022/02 أطلع عليه بتاريخ 2023/03/05 على الساعة 15:00.

فهرس الموضوعات

الإهداء

شكر وتقدير

قائمة المختصرات

مقدمة.....1-5

الفصـــل الأول: مـــــــاهية الضـــــرر الموجب للتطليق

المبحث الأول: مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري.....8

المطلب الأول: المقصود بالضرر و أقسامه.....8

الفرع الأول: معنى الضرر.....8-14

الفرع الثاني: أقسام الضرر.....15-16

المطلب الثاني: أحكام الضرر المعتبر.....16

الفرع الأول: أنواع الضرر وشروط تحققه.....17-20

الفرع الثاني: أحكام الضرر المعتبر وضوابطه في التشريع الأسري.....21-26

المبحث الثاني: الضرر المعتبر لطلب التطليق وموقف الشرع والقانون منه.....27

المطلب الأول: الضرر المعتبر شرعا لطلب التطليق.....26

الفرع الأول: الضرر المعتبر عند فقهاء الشريعة.....27-31

الفرع الثاني: مشروعية التطليق للضرر المعتبر.....31-33

المطلب الثاني: موقف الشرع و القانون من التطليق للضرر.....34

الفرع الأول: الموقف الفقهي من التطليق للضرر.....34-35

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من التطليق للضرر.....35-37

الفصل الثاني: صور الضرر المبيح للزوجة طلب التطليق في التشريع الجزائري.....39

المبحث الأول: الضرر المادي المعتبر والمبيح للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بالتطليق...40

المطلب الأول: طلب التطليق لضرر إهمال الزوج.....40

الفرع الأول:التطليق للضرر الناتج عن عدم الإنفاق والغيبة المعتبرة شرعا وقانونا.....41-53

الفرع الثاني: التطليق للضرر الناتج عن الهجر في المضجع.....53-57

المطلب الثاني: التطليق للضرر الناتج عن مخالفة أحكام قانون الأسرة.....58
الفرع الأول: التطليق للضرر الناتج عن مخالفة أحكام المادة 08 من ق أ ج.....58-62
الفرع الثاني: التطليق للضرر الناتج عن مخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج.....62-65
المبحث الثاني: الضرر المعنوي المعتبر والمبيح للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بالتطليق.....66
المطلب الأول: التطليق للضرر الناتج عن سوء العشرة.....66
الفرع الأول: التطليق للضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين.....66-70
الفرع الثاني: التطليق لضرر العيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج.....70-75
المطلب الثاني: التطليق لكل ضرر يمس بالسمعة ولكل ضرر مقدر شرعا.....75
الفرع الأول: التطليق للضرر الناتج عن ارتكاب الزوج جريمة مخلة بشرف الأسرة.....75-78
الفرع الثاني : التطليق بسبب لضرر إرتكاب الزوج فاحشة ثابتة في حقه.....78-82
الفرع الثالث:التطليق لكل ضرر المعتبر شرعا وقانونا.....82-86
الخاتمة.....88-89
قائمة المصادر و المراجع.....91-96
فهرس الموضوعات.....98-99