جامعة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص قانون أسرة

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

التطليق للضرر في ظل قانون الأسرة الجزائري

إعداد الطلبة:

1/ بلوصيف آمال

2/ حواس آسية

تحت إشراف

الدكتور(ة): مجدوب لامية

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	علال ياسين	08 ماي 1945	أ محاضر أ	رئيسا
2	مجدوب لامية	08 ماي 1945	أ محاضر ب	مشرفا
3	الطيب عبد الجبار	08 ماي 1945	أ مساعد أ	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

قالى تعالى:

بعد

بسم الله الرحمن الرحيم:

"وإذا طلقتم النّساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرّحوهن بمعروف ولا تُمسكوهن ضِرَاراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه"

الآية 231/سورة البقرة

شكر وعرفان

أتوجه بخالص الشكر و العرفان الى

الأستاذة المشرفة " مجدوب لامية "

و

أعضاء لجنة المناقشة

و

كل أساتذة قسم الحقوق و خاصة أساتذة و دكاترة تخصص قانون الأسرة

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الى كل الطاقم الاداري لا سيما مسؤولة المكتبة للاعارات الخارجية على حسن معاملتها و ارشادها

أمال / أسية

إهداء

ختاما لمشواري الجامعي أهدي هذا العمل المتواضع الى :

عائلتي

أمي الغالية و أبي الغالي (أطال الله عمرهما)

زوجي حفظه الله

بناتي دعاء ، سجود ، ألاء

اخوتي

و لكل من دعمني و لو بكلمة طيبة

أهديهم ثمرة هذا الجهد سائلة الله العلي القدير

أن ينفعنا به و يمدنا بتوفيقه

أسية

إهداء

ختاما لمشواري الجامعي أهدي هذا العمل المتواضع الى :

عائلتي

أمي الغالية (أطال الله عمرها) و زوجي حفظه الله

روح أبي الغالي

بناتي " أية ,ألاء ,أروى "

اخوتي "ياسين, محمد, يوسف "

زوجة أخي و أختي الدكتورة "أمينة قبايلية"

صديقاتي

الدكتورة "بلحسن زينة" لتشجيعها لي على اكمال الدراسة

المحامية "براهمية فايزة"

"سناء و زوجها مجدوب شريف" على دعمهما عمليا و معنويا

و لكل من دعمني و لو بكلمة طيبة

أهديهم ثمرة هذا الجهد سائلة الله العلي القدير

أن ينفعنا به و يمدنا بتوفيقه

أمال

قائمة المختصرات

ق، أ،: قانون الاسرة

ق.ع: قانون العقوبات.

ق،م: قانون مدني.

غ ش أ م: غرفة شؤون الأسرة والمواريث.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق إ ج: قانون الإجراءات الجزائية.

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.

م ق: مجلة قضائية.

ط: طبعة.

ج: جزء.

ص: صفحة.

مقدمة

خلق الله تعالى الزوجين، الذكر والأنثى وشاء سبحانه أن تكون هذه العلاقة في إطار شرعي وهو "الزواج"، القائم على أساس السكينة والمودة والرحمة، مصداقا لقوله تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ". الآية 21 سورة الروم.

اكتمالاً للمنهج الرباني في تسيير وتنظيم شؤون خلقه، لما فيه صلاح لهم في دنياهم وأخراهم وتحقيقا للأهداف والمقاصد الشرعية للنكاح، من إحسان للزوجين وإكثار للنسل، وتربية النشء على العبادة وحسن الخُلق.

نظم الشارع الحكيم هذه العلاقة، بتحديد حقوق وواجبات كل طرف، حسب ما يقتضيه اختلاف الصفات والطبيعة المكونة لكليهما، لقوله تعالى على لسان زوجة عمران "فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعَتْ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَى وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ وَإِنِّي أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ " الآية 36 سورة آل عمران.

إلّا أنه في بعض الحالات، يمكن لهذا الزواج أن تعتريه مشاكل وخلافات، قد تكون أحياناً مؤقتة أمكن حلها وديا، وأحيانا أخرى تتعدى ذلك، فتؤثر في استمرارية هذه المؤسسة المقدسة، وتؤدي في كثير من الأحيان إلى فك الرابطة الزوجية، سواء بإعطاء الحق في الطلاق للزوج بإرادته المنفردة، بموجب واجب القوامة، أو عن طريق التفريق القضائي، الذي يوقعه القاضي بطلب من أحد الزوجين، حسب ما أقره جانب من الفقه، إذا ما توفرت أسبابه وأدلة إثباته، مصداقا لقوله تعالى: " وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " الآية 227 سورة البقرة.

كما أجازت الشريعة الإسلامية للزوجة، أن تخلع نفسها بمقابل من زوجها، في حالة نفورها منه لسوء طبع أو خلق...إلخ، أو غير ذلك خوفا من أن لا يقيما حدود الله، وقد أكد المولى سبحانه وتعالى بقوله: " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " الآية 229 سورة البقرة.

تماشيا مع ما قررته الشريعة السمحاء، في صور انحلال الرابطة الزوجية أقر قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005 وبعده ذلك في الباب الثاني: انحلال الزواج من الكتاب الأول، الزواج وانحلاله، بمادتيه 47 و48 منه، حيث نصت هذه الأخيرة على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

بهذه المفاهيم، لا يقتصر حق فك الرابطة الزوجية على الزوج وحده، بل أعطى بذلك الشرع والقانون الزوجة أيضا حق طلب التطليق بسبب الأضرار التي تلحقها من الزوج، متى توفرت أسبابه المذكورة في المادة 53 قانون أسرة جزائري المعدل والمتمم، ومن بينها الفقرة 10 من نفس المادة التي تنص: "وكل ضرر معتبر شرعا"، سواء أكان هذا الضرر ماديا أو معنويا، وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالتطليق للضرر أو التعويض لها عن الأضرار التي مستها حسب ما تقدمه من أدلة إثبات.

- **أسباب اختيار الموضوع:**

يرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع إلى جملة من الأسباب وهي:

- ✓ **الأسباب الذاتية:**

- كون هذا الموضوع كان محل بحث صفي سابق من قبلنا، في مقياس أحكام الطلاق للسنة أولى ماستر تخصص قانون أسرة، ولم نتطرق له بالتفصيل، مما ولد لدينا الرغبة الكبيرة للتعمق في دراسته.
- التساؤل المطروح فيما يخص الناحية العملية على مستوى المحاكم، في لجوء الزوجة إلى طلب الخلع بدلاً من ممارسة حقها في طلب التطليق للضرر، بالرغم من وجود التعويض لها، والنص القانوني الذي يخول لها ذلك.

- ✓ **الأسباب الموضوعية:**

- لإزالة الغموض الذي يعتري الفقرة 10 من المادة 53 ق. أ. ج، والدائر حول ما إذا كانت تُعتبر ملمة للحالات السابقة او مكملة لها، فهي بذلك تحتاج إلى الاجتهاد خاصة مع ما يشهده المجتمع من تطورات.
- هل بنص المشرع "كل ضرر معتبرا شرعاً" دون حصره، يريد بها حماية الزوجة كطرف متضرر، أم تقييدها من ناحية الاثبات بإعطاء السلطة التقديرية للقاضي في ذلك.

- **أهمية الموضوع:**

تكمن أهمية دراسة موضوع "التطليق للضرر" فيما يلي:

- يعتبر من القضايا الحساسة في المجتمع، كون الأسرة هي الخلية الأساسية، وتماسكها من تماسك المجتمع، كما أن التفكك الأسري يؤثر على أفرادها وعلى بنية المجتمع ككل.

- كثرة قضايا التطليق على مستوى المحاكم بسبب الإخلال بالواجبات الزوجية، الناتجة عموماً على عدم وعي الزوجين بأهداف الزواج وضعف الوازع الديني.
- تداخل التطليق للضرر وتشابكه مع الفقرات الستة التي تسبقه.
- للتفرقة والتمييز بينه وبين غيره من المصطلحات كالخلع والنشوز.

➢ **أهداف الدراسة:**

تهدف هذه الدراسة إلى:

- تزويد الطلبة ببحث قيم في مجال الحقوق، وتحديداً في موضوع "التطليق للضرر المعتبر شرعا".
- إثراء مكتبة الجامعة بمذكرة تخرج، تُضاف إلى رصيد تخصص قانون الأسرة.
- تبيان مفهوم، شروط وأنواع الضرر الموجب للتطليق، سواء من الناحية الفقهية أو القانونية ومقارنتها ببعض التشريعات.
- إظهار أهم نقائص المشرع الجزائري في صياغته للمادة موضوع الدراسة، مقارنة مع الاجتهادات القضائية قبل التعديل وبعده

➢ **الدراسات السابقة:**

من الدراسات السابقة حول موضوع "التطليق للضرر"، نذكر على سبيل المثال:

- هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص أحوال شخصية، قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022-2019.
- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، قسم شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006.
- سرايش مراد، يوسفي سفيان، حالة التطليق المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري، كمذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي، تخصص قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021-2020.

- **صعوبات الدراسة:**

من المتعارف عليه في مجال البحوث العلمية، أن أي بحث لا يخلو من الصعوبات في إنجازه، وكأي بحث فقد واجهتنا صعوبات منها:

- ضيق الوقت، بمعنى قصر المدة ما بين انتهاء الامتحانات والشروع في انجاز المذكرات، خاصة وأنه صادف ذلك تأجيل للإمتحانات بسبب جائحة كورونا.
- نقص المراجع الفقهية على مستوى مكتبة الجامعة، مما جعلنا نرجع إلى المكتبة الوقفية الالكترونية وهي في أغلب الأحيان في طور التحديث، وتتأثر بتدفق الأنترنت سواء من ناحية التصفح أو التحميل.
- قلة الدراسات القانونية حول موضوع التطليق للضرر، فنجده غالا كمطلب في دراسات فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة أو التطليق.
- قلة المراجع القانونية التي تتناول تحليل الفقرة 10 من المادة 53 ق. أ. ج في حدود علم الباحث.

- **المناهج المتبعة:**

لقد اتبعنا المنهج الوصفي من خلال البحث والالمام بماهية الموضوع، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي في تفسير بعض المواد القانونية، سواء تلك قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده إضافة إلى المنهج المقارن في المقارنة بين التطليق للضرر وغيره من المصطلحات من جهة، وبينه وبين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية وبعض التشريعات المقارنة.

- **إشكالية موضوع البحث:**

في سبيل تحليل ودراسة هذا الموضوع، يمكننا طرح الإشكالية التالية:

ما هو الضرر الموجب للتطليق ؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية الرئيسية، مجموعة من الأسئلة الفرعية التالية:

- ما هو الضرر، أنواعه وشروطه؟ هل يوجد فرق بينه وبين الخلع والنشوز؟ وماهي ضوابط تقدير القاضي للضرر المعتبر شرعاً وآثاره؟

- **خطة البحث:**

اعتمدنا في تقسيم المذكرة محل الدراسة الخطة التالية:

الفصل الأول، والمعنون بـ "الإطار المفاهيمي للتطليق للضرر المعتبر شرعا".أما الفصل الثاني والمُعنون بـ "ضوابط تحديد القاضي للضرر المعتبر شرعا وآثاره".

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للتطليق

للضرر المعتبر شرعا

من المعتبر شرعا و قانونا، أن للزوجة الحق في طلب التطليق، جراء ما لحقها من ضرر من طرف زوجها، وهو ما يعرف في الفقه الاسلامي ب "التفريق القضائي"، كونه يوقع من قبل القاضي, فيقع عليها عبء إثبات هذا الضرر الذي اختلف الفقه و التشريع على حد سواء في تقديره أو إجازته، والشروط الواجب عليه استيفائها كي تتكون لدى القاضي قناعة للفصل في طلبها و الحكم بالتطليق المنصوص عليه بموجب المادة 48 ق.أ.ج كصورة من صور فك الرابطة الزوجية، إضافة إلى الفقرة 10 من المادة 53 ق.أ.ج، التي تحدد الضرر المعتبر شرعا كحالة من حالات التطليق.

ونظرا للتشابه والتداخل الكبير بين مصطلح التطليق وكل من الخلع والنشوز، وفي سبيل توضيح هذه الأفكار، سنتناول في دراستنا هذه ما يلي:

المبحث الأول: مفهوم التطليق للضرر، أما المبحث الثاني فسنتعرض إلى التمييز بين التطليق للضرر وغيره من المصطلحات.

المبحث الأول: مفهوم الضرر الموجب للتطليق

قد تتعرض الزوجة إلى أنواع من الأذى من قبل زوجها، فيلحق بها ضررا، مستمرا، تستحيل معه العشرة الزوجية، وجب بذلك إزالته، لما يقع عليها ولأسرتها من مفسدة، تتخذه بذلك مبررا وأساسا لطلب التطليق، لهذا سنعالج في هذا الشأن، تعريف الضرر لغة واصطلاحا (فقها وقانونا)، مع دليل مشروعيته اضافة إلى الشروط الواجب توفرها في الضرر الموجب للتطليق وأنواعه.

المطلب الأول: تعريف الضرر وشروطه

قبل التطرق إلى شروط الضرر، يجب أولا تحديد تعريف الضرر.

الفرع الأول: تعريفه لغة واصطلاحا.

أولا: لغة:

"الضَّرُّ والضُّرُّ، لغتان: ضِدَّ النفع – والضَّرُّ المصدر، والضُّرُّ الإسم، بالصَّمِّ، الهزال وسوء الحال لقوله تعالى: " **وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنْبِهِ** "[1].

فكل ما كان من سوء حالٍ أو فقرٍ أو شدة في بدنٍ فهو ضُرٌّ"[2].

ثانيا: اصطلاحا

ا. في الفقه الإسلامي:

رجوعا إلى الفقه الإسلامي، وما تناوله الفقهاء باختلاف مذاهبهم، فقد ارتبط مصطلح الضرر بالقواعد الفقهية الكبرى التي بنت عليها الشريعة السمحاء أسسها وأحكامها وهي قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" أو ما يطلق عليها "الضرر يزال".

1- الآية 12، سورة يونس.

2- ابن المنظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص ص 2572، 2573.

وعليه فقد تعددت التعاريف بين:

01) الفقه المالكي: الذي عرف الضرر بأنه، إبطال لمنفعة مستحقة.

02) جمهور الفقهاء (الشافعية، الحنابلة، والحنفية) فقد ارتبط بمنفعة الشارع الأصلية في الحقوق المرتبطة بالغير، كمنفعة الطريق مثلا، بما يضيق فيها ولا يجعلها نافذة[1].

فلفظ الضرر، أستعمل في ثلاث دلالات: أولها: ما يقابل النفع، وثانيها بمعنى إلحاق المفسدة بالغير وثالثها، أن ينقص الرجل أخاه شيئا من حقوقه[2]، اضافة إلى من يعرفها بأنه ذلك النقص في النفس أو العرض أو المال[3].

ولقد عرف **الدردير** الضرر الواقع على الزوجة بأنه: "مالا يجوز فعله شرعا من هجرها بلا موجب شرعي وقطع الكلام عنها وتولية وجهه عنها في الفراش وضربها أو سبها أو سب أبيها، نحو يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون. وكوطئها في دبرها"[4]، وهو ما ذهب إليه المالكية عموما بأن الضرر مالا يجوز شرعا[5].

وبهذه المفاهيم، نستنتج وأن الضرر في العلاقات الزوجية هو إخلال أحد الزوجين بالتزامات أوجبها الشرع عليه، فكل واجب يقتضي حقا للطرف الآخر، وأي نقص أو تقصير أو تعد، يكون نتيجته الشقاق واستحالة العشرة الزوجية، وعدم تحقيق أهداف الزواج، إذا ما ثبت الضرر، ويعتبر بذلك سببا للتطليق سواء أكان الإيذاء الصادر من الزوج بالقول أو بالفعل على حسب صوره.

1- أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزاؤه، مجلد 1، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، سنة 1997، ص ص 80، 81.

2- المرجع نفسه، ص ص 78 وما بعدها.

3- فيصل بن ظهير بيك مغل، التعويض عن الضرر المعنوي، دون ذكر نوع المرجع، قسم الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، سنة 1427-1428، ص ص 9 وما يليها.

4- عرفة الدسوقي، وآخرون، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، المطبعة الأزهرية، مصر، سنة 1934، ص 345.

5- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و آثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص ص 216-217.

أ- موقف الحنفية، الشافعية والحنابلة من التطليق للضرر:

لقد اختلف الفقهاء حول التفريق للضرر، فلقد رأى جمهور الفقهاء، عدم جواز ذلك، مهما كان الضرر الواقع على الزوجة، ومهما بلغت شدته، لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير التطليق مادامت العصمة بيد الرجل، لكن يمكنها رفع أمرها إلى القاضي، فإذا تبين له ذلك، ردع الزوج بالتأديب ضربا أو حبسا إن عاود الإضرار بها مرة أخرى[1]، واستدلوا بالآية الكريمة: " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ**"[2].

ب- موقف المالكية من التطليق للضرر:

وخلافا لجمهور الفقهاء، فقد اتجه المالكية إلى جواز التفريق للضرر، واختلفوا حول مرات تكراره، بينما اتجه فريق منهم الى أن التكرار يتوقف على طبيعة الضرر ما إذا كان فاحشا أو خفيفا[3]، وهذا منعا للشقاق، وحفاظا على الحياة الزوجية، واستدلوا بقوله تعالى: " **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** "[4] وقوله: " **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا** "[5].

1- وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآداء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتخصيص الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرست القبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، ج7، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر، دمشق، سنة 1985، ص 527.

2- الآية 35، سورة النساء.

3 عبد المؤمن بالباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، سنة 2000، ص ص 142، 143.

4- الآية 229، سورة البقرة.

5 . الآية 231، سورة البقرة.

كما استدلوا بقوله – ص– "**لا ضرر ولا ضرار**"[1].

II. في التشريعات العربية:

1/ في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

لقد تناول المشرع الإماراتي التفريق للضرر وعرفه على أنه: "...يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف ..."[2] ويعتبر حقا لكلا الزوجين[3]، ما لم يثبت تصالحهما، والذي تتولى لجنة التوجيه الأسري إجرائه، فإن لم توفق، يعرض على القاضي كي يقوم هو الآخر بإجراء الصلح، فإن تعذر عليه ذلك، وثبت واقتنع بالضرر الواقع حكم بالتطليق[4].

2/ في مدونة الأسرة المغربية

نص المشرع المغربي في المادة 99 من مدونة الأسرة على أنه: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق ويعتبر ضررا مبررا للتطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مسيء أو مخل بالأخلاق الحميدة، يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

وبالمقارنة مع المادة 56 الملغاة من المدونة المغربية، نجد وأنها كانت عامة، ولم تستوجب نوعا معينا من الضرر، بل تضمنت ما يستعصي فقط معه العشرة الزوجية[5].

1– مالك بن أنس، الموطأ، باب القضاء في المرفق، كتاب الأقضية، 34/1424، ط3، دار الامام مالك، 2018، ص 413.

2– المادة 117، قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

3– المادة 117، القانون أعلاه، الفقرة 1.

4– المادة 117، القانون أعلاه، الفقرة 2.

5– محمد قاسمي، التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة، دراسة في إطار القانون والفقه والقضاء المقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر، وحدة التكوين والبحث، الأسرة في القانون المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2016–2017، ص 30.

وعموما، يستنتج مما سبق وأن معظم التشريعات العربية السالفة الذكر أعطت حق التطليق للضرر وأوردته في قوانينها، إلا أن الاختلاف بينها هو في ادراج بعضها لهذا الحق للزوجة فقط، كالقانون المغربي، والتونسي[1] والسوري[2]، إضافة إلى قانون الأحوال الشخصية للمسلمين في السودان[3]، بينما اكتفى البعض الآخر باعتباره حقا لكلا الزوجين ولا يقتصر على الزوجة وحدها، مثل ما هو منصوص عليه في القانون الإماراتي والمصري[4] والعراقي[5].

III. موقف المشرع الجزائري

أولا: الضرر في قانون الأسرة الجزائري

ورد "لفظ الضرر" في قانون الأسرة الجزائري الذي ربطه بالطلاق التعسفي للرجل على المرأة[6]، فنص عليه صراحة في المادة 53 مكرر بأنه: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". كما ارتبط بكلا الزوجين في حالة نشوز أحدهما، واستوجب على القاضي بذلك الحكم بالتعويض للطرف المتضرر[7].

غير أنه من الملاحظ من خلال النصوص الواردة سابقا، غياب تعريف للضرر، مما يحيلنا إلى الرجوع إلى القواعد العامة في التشريع الجزائري كالقانون المدني.

1- الفصلين 30، 31، مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

2- المادة 117، من قانون الأحوال السوري رقم2019-04 .

3- المادة 162، قانون الأحوال الشخصية للمسلمين في السودان لسنة 1991.

4- المادة 126.، قانون الأحوال الشخصية المصري.

5- المواد 43/41/40، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

6- الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الرسمية عدد 15.

7- المادة 55 من قانون الأسرة السالف الذكر.

ثانيا: الضرر في القانون المدني الجزائري

نص القانون المدني الجزائري على الضرر في المادة 124 منه، في إطار المسؤولية التقصيرية، هذه الأخيرة التي تندرج ضمن المسؤولية المدنية، بقوله: "كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

وبالتالي تتحدد الأركان العامة التي تشترك فيها المسؤولية التقصيرية والعقدية باعتبارهما من أنواع المسؤولية المدنية في:

أ/- الخطأ، ب/ الضرر، ج/ العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

فالخطأ هو ما يعتبر خرقا للقانون من جهة ونتاجا لممارسة تعسفية من جهة ثانية[1]، أما الضرر فهو ما يصيب الإنسان في كسبه أو صحته أو حياته، أو ما يصيبه في عرضه[2].

وعند اسقاط هذه المفاهيم على دراستنا في العلاقات الزوجية، عموما، فالزوج المخالف لقواعد الشرع التي حددها المولى، سواء تلك المتعلقة بالمقاصد العامة والخاصة للزواج من أمن وسكينة وإحصان أو تلك المتعلقة بالالتزامات الزوجية، كوجوب النفقة، المعاشرة الزوجية... إلخ، على نحو تجعل من الزوجة تتضرر من ممارسة الزوج حقوقه عليها ممارسة تعسفية، يعتبر ضررا متى توفرت الشروط اللازمة.

ثالثا: حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا

1/ في مذاهب الشريعة الإسلامية

ـ التفريق لعدم وتعسر نفقة الزوج على زوجته إذا لم يكن له مال ظاهر[3] (أخذ به الامام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل)، واستدلوا بقوله تعالى: " **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا** "[4] .

1- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2007، ص 220.

2- محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 228.

3- وهبة زحيلي، المرجع السابق، ج2، ص ص 287، 288.

4_ الآية 231، سورة البقرة.

وبالتالي فعدم الإنفاق على الزوجة من سبل الإضرار بها، كون النفقة من واجبات الزوج على زوجته لقول المولى عز وجل: " **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ** "[1].

ـ التفريق للعلل بنوعيها، الأول علل تمنع من الدخول، والثانية لا تمنع منه، واختلف الفقهاء في حكمها حسب من وجدت عنده الزوج أو الزوجة[2].

ـ التفريق للشقاق (أخذ به الإمام مالك وأحمد بن حنبل)، ويقصد به ذلك الشقاق المستمر الذي تستحيل به دوام العشرة بين الزوجين، ويمر بمراحل ويختلف باختلاف ما إذا أثبتت الزوجة الضرر، فيحكم القاضي بالتفريق. أو في حالة ما إذا عجزت عن ذلك فيتبع إجراءات بعث الحكمين[3].

ـ التفريق للغيبة ومنها التفريق بسبب حبس الزوج والحكم عليه بعقوبة، وقد اعتمده مذهب الإمام أحمد بن حنبل فيقضي بحكم الغائب على كل من الأسير والمحبوس[4].

التفريق لنشوز[5] أحد الزوجين لقوله تعالى: " **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا** "[6].

1_ الآية 6، سورة الطلاق.

2ـ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وانحلاله، مجلد1، دار الوراق، السعودية، 2000، ص 231 وما بعدها.

3ـ المرجع نفسه، ص ص 240، 241.

4ـ المرجع نفسه، ص ص 236، 237.

5 ـ عبد المؤمن بلباقي المرجع السابق ص ص 137، 142.

6ـ الآية 128، النساء.

ـ التفريق للغرر[1]، وهو الخداع وإظهار عكس حقيقة الشيء لقوله تعالى: " **يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ**"[2] وبذلك فالتغرير في عقد الزواج هو استعمال الرجل طرقا وحيلا قصد إبرامه.

والتغرير مصطلح استعمله الأحناف أما المالكية والشافعية والحنابلة فقد استعملوا مصطلح التدليس.[3]

فمثلا إذا أوهم رجل امرأة على أنه ذو سلوك قويم، وذو أخلاق دينية عالية، ثم تبين له بعد ذلك سوء سلوكه وتصرفه، كأن يكون سكيرا أو ملحدا أو ذو أعمال شاذة، جاز للزوجة طلب التفريق لهذه الأسباب متى أثبتت ذلك.

ـ التفريق للإيلاء[4]، وهو رفع الزوجة دعوة تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها، وذلك لحلفه بعدم معاشرتها مدة أربعة أشهر فأكثر لقوله تعالى: "(**لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**) ".[5] والفيء هو نقذ اليمين. ولا يجوز إلا في مدة الإيلاء فقط.

وتجدر الإشارة الى أن هناك قاعدة في الفقه الإسلامي، مفادها "كل رجعة تهدم العدة إلا رجعة المولي والمعسر بالنفقة".[6] بمعنى أنهما تتوقفان على نقض اليمين واليسر.

1ـ عزة خديجة حسن، حكم التغرير في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الإندونيسي، بحث تقدم لاستيفاء أحد الشروط للحصول على الدرجة الجامعية الأولى (s.s.i)، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة شريف هداية الله الإسلامية الحكومية جاكارتا، 2020، ص ص12، 21 .

2ـ الآية 142، النساء.

3ـ بومدين محمد، المرجع السابق، ص 25.

4ـ يوسف عبد الله محمد الشريفين، شبلي أحمد عيسى عبيدات، التفريق بين الزوجين للإيلاء، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010، علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن، مجلد 46 عدد 3، 2019، ص ص 158، 160.

5ـ الآية 226، سورة البقرة.

3ـ أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، ط2، دار هومه، الجزائر،2017، ص ص 212، 213.

1/ في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي

قبل التطرق الى حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا، وجب علينا تسليط الضوء على ما جاء في الفقرة العاشرة من المادة 53 ق،أ،ج قبل وبعد التعديل.

أ/ قبل تعديل 2005[1]

لقد نصت المادة 53 ق،أ،ج في فقرتها السادسة: "... كل ضرر معتبر شرعا لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 أعلاه."

حيث أن المادة 8 من نفس القانون تنص: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضى".

أما المادة 37 فقد أوردت واجبات الزوج نحو زوجته من: نفقة شرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، وعدل في حالة التعدد.

يستنتج من هذه المواد أن المشرع الجزائري ذكر على سبيل المثال لا الحصر، ما يعد ضررا معتبرا شرعا ومن ذلك:

1* فيما يخص شروط تعدد الزوجات

أرجع تقييد التعدد الى أحكام الشريعة الإسلامية وما نصت عليه من شروط[2] والمتمثلة في:

- أربع زوجات على الأكثر.
- الاستطاعة أو القدرة على الإنفاق.
- ضرورة العدل بين الزوجات.

---

1 ـ قانون رقم 84 .11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15.

2 ـ بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، دون سنة النشر، ص 5.

لقوله تعالى: " **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ".[1]

2*فيما يخص علم الزوجة السابقة واللاحقة

إن المشرع ذكر لفظ "علم الزوجة" دون اشتراط الموافقة، على غير ما استقر عليه الاجتهاد القضائي على وجوب موافقتها، حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/01/19: " المبدأ: لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر علم الزوجة (السابقة) بزواج زوجها من امرأة أحرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج".[2] وهو ما لم تشترطه الشريعة الإسلامية.

3* توفر المبرر الشرعي للتعدد

يمكن ذكر أهم المبررات الشرعية التي أقرها الفقه للتعدد[3]:

ـ حالة عقم الزوجة.

ـ اصابتها بمرض مزمن يحول دون تحقيق الغاية من الزواج كإحصان الزوج.

ـ استمرار الشقاق بين الزوج وزوجته دون أن تجدي محاولات الصلح والتأديب الشرعي.

ـ زيادة الرغبة الجنسية لدى الرجل أكثر من زوجته، حيث لا يمكن لهذه الأخيرة أن تلبي حاجياته الجنسية، فيلجأ الى الزواج خوفا من اقترافه للمعاصي.

كما يمكن ادراج بعض الأسباب[4] الأخرى مثل:

ـ بعد الرجل عن مقر الزوجية لمدة طويلة يتعذر عليه أصحاب زوجته.

---

1 ـ الآية 3، سورة النساء.

2 ـ قرا ر قضائي رقم 334360، بتاريخ 2005/01/19، محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 2005، العدد 1، صفحة 325 ذكره نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي، مادة بمادة، على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هوهه، الجزائر، ط3، ص 41.

3 ـ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 165.

4 ـ المكتب العالمي للبحوث، الخلافات الزوجية في نظر الإسلام، بحث تحليلي في العلاقات الزوجية وأسبابها وطرق علاجها في ضوء الشريعة الإسلامية، منشورات دار مكتبة الحيات، بيروت، 1984، ص ص 64، 65.

ـ أن يكون له قريبة ضعيفة، يأويها عنده فيحسن إليها بأن يتزوجها فتكون زوجة شرعية لها نفس حقوق الزوجة الأولى من عطف وميراث ورعاية ونفقة.

ـ نتيجة الحروب وما تؤديه من نقص في الرجال وكثرة النساء.

4* طلب الزوجة للتطليق في حالة غش الزوج

عليها إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني[1] (المادة 86 منه) والتي تنص على القواعد العامة للتدليس.

ويمكن ذكر بعض الحالات الواردة في اجتهادات المحكمة العليا للتطليق المعتبر شرعا، نذكر منها على سبيل المثال:

ـ عدم توفير السكن اللائق الشرعي[2].

ـ العجز الجنسي للزوج بعد إعطائه مهلة سنة كاملة للعلاج[3].

ـ إساءة معاشرة الزوجة عن طريق إهانات خطيرة أو جسيمة[4].

ـ تهربه من الواجبات الزوجية دون سبب شرعي[5].

ـ تماطل الزوج في ارجاع زوجته[6].

---

1 ـ القانون رقم 07 ـ 05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري رقم 58.75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية عدد 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

2 ـ المحكمة العليا، 11 ديسمبر 1968، م أ ق، وزارة العدل، ج 1، ص 79 مكرر، مجلس تلمسان، 16 مارس 1967، م ج، 1968، عدد4، ص 1221، ذكرته دليلة براف، التطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص 214، اطلع عليه يوم 2022/3/16 على الساعة 20:30 www.asjp.cerist.dz .

3 ـ قرار قضائي رقم 34784، بتاريخ 1984/11/19، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 1989، عدد 3، ص 73.

4 ـ قرار قضائي رقم 40934، بتاريخ 1986/5/5، محكمة عليا، غير منشور، مجلة قضائية، 1991، ص 46، ذكره المرجع نفسه، ص 214.

5 ـ قرار قضائي رقم 41703، بتاريخ 1986/3/5، محكمة عليا، غ أ ش، عير منشور، م ق، 1992، ص 48، ذكره المرجع نفسه ص 48.

6 ـ قرار قضائي رقم 50519، بتاريخ 1988/09/26، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 1992، عدد 2، ص 48.

ـ تأخر الزوج بالدخول بالزوجة لمدة خمس سنوات يعتبر تعسفا[1]

ـ تطليق قبل البناء[2].

ـ ضرب الزوجة المبرح دون صدور حكم جزائي[3].

ب/ بعد تعديل 2005

ألحق المشرع الجزائري، المادة 8 ق،أ،ج المتعلقة بتعدد الزوجات ضمن الفقرة 6 بعد التعديل كفقرة مستقلة وألغى بالمقابل نص المادة 37 من نفس المادة. حيث تميز هذا التعديل بما يلي:

ـ اشتراطه للترخيص القضائي بالزواج الجديد.

ـ إيراده لمادة مستقلة معدلة (8 مكرر 1) والتي تنص على فسخ الزواج الجديد قبل الدخول كجزاء في حالة عدم استصدار الترخيص القضائي.

ـ تعديله للمادة 8 ق،أ،ج والتي تبين الهيأة القضائية المختصة في الترخيص للزواج في حالة التعدد وهي محكمة مقر الزوجية.

وتماشيا مع التعديلات التي جاء بها قانون الأسرة، جاء في الاجتهادات القضائية بعض من حالات التطليق لضرر المعتبر شرعا مثل:

ـ غياب العدل بين الزوجات[4]

ـ ضرب الزوج لزوجته، واثباتها بشهادتين طبيتين مع عدم انكار الزوج لذلك[5].

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتطليق

لم يتطرق المشرع الجزائري في الفقرة العاشرة من المادة 53 ق. أ. ج، إلى شروط الضرر الذي يجيز للزوجة أن تطلب بموجبه التطليق، بل اكتفى بوصفه "الضرر المعتبر شرعا"، حيث جاء هذا الشرط

1 ـ قرار قضائي رقم 135435، بتاريخ 1996/04/23، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، عدد 1، 1998، ص 129.
2 ـ قرار قضائي رقم 127179، بتاريخ 1999/03/16، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، عدد خاص، 2001، ص 122.
3 ـ قرار قضائي رقم 258555، بتاريخ 2001/01/23، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 2002، عدد 2، ص 417.
4 ـ قرار قضائي رقم 356997، بتاريخ 2006/07/12، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 2006، عدد 2، ص 441.
5 ـ قرار قضائي رقم 572240، بتاريخ 2010/07/15، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 2010، عدد 2، ص 278.

بأسلوب عام وشامل، غير محدد، يستلزم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي أخذت بها جل الاجتهادات القضائية.

وتتلخص هذه الشروط فيما يلي:

أولا: صدور الضرر من الزوج وايقاعه على الزوجة أو أحد فروعها أو أصولها

I- صدوره من الزوج:

إن العبرة في الضرر الذي يلحق بالزوجة، صدوره من الزوج (الكامل الأهلية، والبالغ سن الرشد القانونيين)، سواء أكان لفظا كالسب والشتم والإهانة، أو فعلا كالضرب الغير مشروع[1].

فإذا وقع من غيره، كأن يصدر مثلا من أحد أقاربه (أمه، أبيه، أو إخوته...إلخ)، انتفى شرط الضرر الموجب للتطليق، "ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته"[2].

فهو بذلك ضابط شخصي، مرتبط بالزوج وحده ويسقط إذا تعداه.

II- إيقاعه على الزوجة أو فروعها أو أصولها:

لعله من الأسباب المؤدية إلى التطليق للضرر، إخلال الزوج بالتزاماته الزوجية، أو عدم تحقيق الأهداف والمقاصد من الزواج، بسبب عدم الالتزام بشريعة الله تعالى، وتضييع حقوق الزوجة التي أقرها سبحانه في قوله: " **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ** "[3].

ويقابلها في ذلك واجبات خصها الله تعالى للزوج بقوله: " **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ** "[4] ويفهم من ذلك أن القوامة تستلزم الطاعة (طاعة الزوجة لزوجها)، هذا إذا تناولنا تحليلنا بالنظر من زاوية فصل حقوق وواجبات كلا الزوجين على حدة.

1- محمد عرفة الدسوقي، وآخرون، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، المطبعة الأزهرية، مصر، سنة 1934، ص 343.

2- دليلة براف، المرجع السابق، ص 217.

3- الآية 228، سورة البقرة.

4- الآية 34، سورة النساء.

ولقد توجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة 84/11، قبل التعديل إلى نفس الاتجاه الفقهي الذي يفصل بين حقوق وواجبات كل من الزوجين، قبل أن يلغي بعض المواد (مثل المادة 37)، وتركيزه على الحقوق المشتركة لكلا الزوجين والتي أقرتها المادة 36 من قانون الأسرة قبل التعديل وبعده.

فالضرر وجب أن يقع بهذا المفهوم على الزوجة، باعتبارها الطرف الأساسي في العلاقة الزوجية التي تستوجب اقرار حقوق تخصها، وواجبات مفروضة على الطرف الثاني وهو "الزوج".

أما إذا نظرنا من زاوية الحقوق المشتركة بينهما، كالمحافظة على الروابط الزوجية والأسرية المقررة بموجب المواد المذكورة آنفا والتي توضح أن الاحترام والمعاملة بالحسنى لوالدي كل من الزوجين، حفاظا على روابط القرابة، تستبعد دفع كل أذى أو أذى يلحق بأصولهما[1].

أما فيما يخص الفروع[2]، والمقصود به الأبناء، وأولادهم نزولا، فيمكن استنتاج ذلك من خلال نصوص قانون العقوبات التي تجرم بعض أفعال أحد الوالدين، بما فيهم الزوج، سواء أكان الضرر إيجابا أو سلبا، كترك الأسرة[3] (الإهمال العائلي)، الفاحشة بين المحارم، أو عدم التصريح بالمواليد[4].

ثانيا: ألا يكون لممارسة حق شرعي وأن تستحيل معه العشرة الزوجية بين أمثالها

فالطاعة، وتمكين الزوج من الاستمتاع بزوجته، وعدم الخروج من البيت إلا بإذنه، من الحقوق الشرعية على الزوجة تجاه زوجها، فإذا امتنعت جاز له حق تأديبها تأديبا شرعيا لقوله تعالى: " **وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ** "[5]، إضافة إلى خدمته بالمعروف[6].

1- المادة 35 من القانون المدني الجزائري.

2- المادتين: 330، 331 من القانون رقم 66-156، المعدل والمتمم من قانون العقوبات الجزائري، المؤرخ في 08 /1966/06، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون 19/15، المؤرخ في 2015/09/30، جريدة رسمية عدد 71، الصادرة في 2015/12/30.

3- المادة 337 مكرر، من قانون العقوبات السالف ذكره .

4- المادة 61 من الأمر رقم 20/70، المؤرخ في 13 ذو الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

5 . الآية 34، سورة النساء.

6- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المجلد 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987 ص 561.

والقول بالضرر المسبب للتطليق الناتج عن عدم التزام الزوجة بواجباتها، قول غير صائب، ونص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية للأخذ بما جاءت به.

كما أن الضرر يجب أن تستحيل معه العشرة الزوجية بين مثيلاتها، وهي نسبية تختلف باختلاف العادات والتقاليد، والبيئة التي نشأت فيها الزوجة، فما يعتبر ضررا يؤثر على العلاقة الزوجية لامرأة، لا يعتبر كذلك لأخرى[1].

وقد ذهب الاجتهاد القضائي، في قراراته إلى تأكيد هذا الشرط في الملف رقم 35891 الصادر بتاريخ 1985/02/25 حيث نص على: "من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها، إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي، يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها"[2].

ثالثا: استمرار الضرر وعجز القاضي على الإصلاح

والاستمرار المقصود به هو الاستمرار في الأفعال المخالفة للشرع[3]، كالضرب والشتم... إلخ، والتي يستمر الزوج بإيقاعها، رغم ردع القاضي له، كما أن الاستمرار لا يعني حتما التكرار، فضرب الزوج لزوجته لا يجب أن يتكرر[4].

وعدم إثبات الضرر من قبل الزوجة، تقتضي تدخل القاضي بالإصلاح أولا، لقوله تعالى: " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ا**"[5].

1- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة فب الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 105.

2- قرار قضائي رقم 35891، بتاريخ 1985/02/25، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، العدد 1، 1989، ص 80.

3- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، سنة 2006، ص 52.

4- عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 345.

5- الآية 35، سورة النساء.

ومهمة الحكمين هي التوفيق بين الزوجين، والبحث عن الأسباب الحقيقة لاستمرار الشقاق والنزاع بينهما، قصد رفعه إلى القاضي، الذي ترجع له السلطة التقديرية في تحديد الضرر وجسامته ونوعه.

لقد اتجه المشرع الجزائري الى نفس الاتجاه الفقهي، وهذا ما جاء في نص المادة: 56 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما..." وكذا المواد 439، 440 من قانون الإجراءات المدنية، إضافة إلى الاجتهادات القضائية المدعمة لذلك، حيث ورد في الملف رقم 34767 الصادر بتاريخ 1984/12/17: "متى كان من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلها..."[1]

ويعتبر بذلك الاستمرار والقضاء من الشروط العامة المقيدة للتطبيق من قبل الزوجة في حالة عدم اثباتها للضرر الذي لحق بها، مع عدم اشتراط تكرار الضرر، وفقا لما ذهب له الفقه المالكي، وخالفه آخرون[2]، خاصة إذا كان الضرر جسيما، أما إذا كان الضرر خفيفا، أو ما أعتيد بين الأزواج كثيرا، فهنا يشترط تكراره[3].

المطلب الثاني: أنواع الضرر

للضرر صور متنوعة، تختلف باختلاف المعايير المحددة له[4]، فيقسم من حيث الماهية الى ضرر مادي ومعنوي، ومن حيث وقوعه الى محقق الوقوع ومحتمل الوقوع. أما من حيث الجهة الواقع عليها

1. قرار قضائي رقم 34767 بتاريخ 12/17/ 1984، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 1990، عدد 1، ص 92.

2- التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص 548.

3- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط 2، دار الفكر، القاهرة، دون سنة النشر، ص 768.

4 ـ لامية مجدوب، جريمة التزوير في المحررات الرسمية والعمومية في التشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص ص 90 91.

فينقسم الى ضرر مباشر وغير مباشر، ولقد اعتمدنا التقسيم الذي يأخذ ب: "طبيعة المصلحة المعتدى عليها"[1]، وهو بذلك ينقسم إلى قسمين، ضرر مادي، وضرر معنوي.

الفرع الأول: الضرر المادي

يقصد بالضرر المادي، ذلك الضرر الذي يلحق الشخص في جسمه أو ماله (ينقص من ذمته المالية) أو يسبب له خسارة بتفويت كسب مشروع[2].

ويشترط فيه أن يكون محققا وماسا بمصلحة مشروعه، وترجع السلطة التقديرية في ذلك للقاضي في تقدير التعويض اللازم.

أولا: الضرر المادي في الفقه الإسلامي

لقد ارتبط الضرر بنظرية "الضمان" أي "التعويض" في الاصطلاح القانوني، والتي تعني "الجزم بصلاحية الشيء وخلوه مما يعيبه"[3].

كما تعلق مفهوم الضمان بالكفالة، واعتبرا على أنهما لفظين مترادفين يشملان المال والنفس على حد سواء.

وهو بذلك لا يخرج بمفهومه عن مقاصد الشرع لحفظ الضروريات الخمس من دين، نفس، نسل، مال وعقل[4].

ويتمثل الضرر المادي الواقع على الزوجة، كاستعمال العنف أو فعل تتعرض له في جسمها أو مالها كالضرب مثلا، أو استغلال عقاراتها أو ممتلكاتها أو مصوغاتها.

---

1 – بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص ص25، 26.

2– الشيخ علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 7.

3– المرجع نفسه، ص 8.

4– إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، المجلد 1، دار بن عفان، ص 31.

وفي الفقه المالكي خصوصا، باعتباره المذهب الأكثر توسعا في مجال التفريق للضرر، والذي أخذت به معظم القوانين العربية في أحوالها الشخصية، بما فيها قانون الأسرة الجزائري، فإن الضرر يكون بطلب من أحد الزوجين، ولا يقتصر على الزوجة فقط، ويشترط بقائه إلى حين قيام الدعوى إلا في حالة ما إذا رضت الزوجة بذلك[1].

ثانيا: الضرر المادي في القانون الجزائري

كما رأينا سابقا، غياب تعريف للضرر في قانون الأسرة الجزائري، مما استوجب الرجوع إلى الأحكام والمبادئ العامة في القانون المدني الجزائري، تجدر بنا الدراسة إلى تسليط الضوء على قانون العقوبات الجزائري، كون الضرر يرتب المسؤولية الجزائية المنصوص عليها في مواد التجريم والعقاب بتوافر أركانها.

فالضرب والجرح العمديين معاقب عليهما بنص المادة 264 ق.ع.ج وهي جنحة إذا ثبتت العقوبة لصاحبها وهي من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج، إضافة إلى العقوبات التكميلية، وترفع العقوبة إلى أقصاها، كلما تغير التكييف[2].

وكنتيجة لازدياد العنف الزوجي، عدل المشرع الجزائري، قانون العقوبات بموجب القانون 15-19، حيث وسع من مجال التجريم الماس بالزوجة وشدد على كثير من مظاهره.

فنجد نص المادة 266 مكرر من القانون 15-19 على تجريم العنف الجسدي المتمثل في الجرح والضرب العمدي الصادر من الزوج ضد الآخر وباعتبار الزوجة هي الطرف الضعيف في العلاقة الزوجية، خاصة إذا ساد هذه العلاقة التوتر والاضطراب وكثرة المشاكل، فيلجأ الأزواج إلى استخدام أنواع متعددة وأشكال من العنف، كالصفع، والخنق، واللكم.... إلخ، والتي تكون آثارها بادية للعيان[3].

1- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص ص 768، 769.

2- المواد 265، 266، 267 من قانون العقوبات الجزائري السالف الذكر.

3- آمنة تازير، حماية الزوجة من جميع أشكال العنف، على ضوء التعديل الجديد لقانون العقوبات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 1، العدد 1، 2019، ص 312.

ولقد قرر عقوبة الحبس من سنة إلى 3 سنوات إذا كان العجز الناجم عن الضرر والجرح العمدي لا يتجاوز 15 يوما، وفي حالة ما إذا تعدت هذه المدة، ترفع العقوبة إلى الحبس من سنة إلى 5 سنوات.

وإذا أفضى نفس الفعل إلى عاهة مستديمة فتصبح السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة.

كما يتجسد الضرر المادي أيضا، المساس بأموالها أو ما يسمى في التعديل القانوني 15-19 بالعنف الاقتصادي والمقصود به: "العنف الذي لا يكون موجها إلى شخص الضحية بل إلى ممتلكاته وموارده المالية..."[1] .

لقد حمى المشرع إثر تعديل قانون العقوبات وفقا للمادة 330 مكرر من نفس القانون بأنه: "يعاقب... كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية".

فعدم رضى الزوجة في تصرف الزوج في ممتلكاتها يعتبر جنحة يعاقب عليها الزوج قانونا بالحبس بين 06 أشهر إلى سنتين، وهذا مراعاة لانفصال الذمة المالية للزوجة عن الزوج إلا في الحالات المحددة قانونا[2].

كما تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري حذا حذو نظيره الفرنسي في حالة سوء العشرة والضرر بالتفريق القضائي، حيث يشتركان في نفس التسمية (la violence physique, et la violation de l'obligation de vie commune)[3].

وعليه، فصور الضرر المادي الممارس على الزوجة، يختلف باختلاف الفعل المؤدي إليه، والعقوبة المحددة لكل صورة منه، ورغم أن العلاقة الجنسية بين الزوجين محددة شرعا بضوابط لقوله تعالى: " **فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ** "[4]، إلا أن الممارسات الشاذة أحيانا لبعض الأزواج، تجعل الزوجة تتضرر منها، وبالتالي يمكن رفع دعواها إلى القضاء، هذا الأخير الذي لم ينص صراحة على تجريم هذه الأفعال بين الأزواج، غير أنه يمكن استنتاجها من فحوى نصوص المواد عموما كنص المادة 333

1- آمنة تازير، المرجع السابق، ص 320.

2- المادة 37 من قانون الاسرة الجزائري السالف الذكر.

3- Art 1143, code civil français, vu le 01/06/2022 a 23 :30. www.legifrance.gouv.fr

4 ـ الآية 222، سورة البقرة.

مكرر 03 من قانون العقوبات المعدل والمتمم: "ما لم يشكل الفعل جريمة أخطر، يعاقب.... كل اعتداء يرتكب خلسة أو بالعنف أو بالإكراه أو التهديد ويمس بالحرمة الجنسية للضحية".

فهو بذلك يحمي المرأة بوجه عام بما فيها الزوجة[1].

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

إن الضرر المعنوي، هو كل ما يصيب الإنسان في عاطفته وعرضه أو سمعته، بمعنى أنه لا يتعلق بمصلحة مادية ملموسة، بل هو مرتبط بكرامة الإنسان التي تعد من أشد أنواع الضرر عموما.

أولا: الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

ارتبط الضرر المعنوي عند الفقهاء بلفظ "الأذى"، سواء كان ماسا بالعرض أو غير ذلك[2]، ذلك أن القرآن الكريم لا يكاد يخلو تعبيره عن الضرر المعنوي إلا وتعلق بلفظ الأذى، كقوله تعالى: "**والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا واثما مبينا**"[3].

ويجد الشرع تطبيقات عديدة للتعويض عن هذا النوع مثلا:

- **عقوبة القذف:**

يقصد بالقذف شرعا: "الرمي بالزنا أو نفي النسب"[4]، حيث وضع الشارع حدها في قوله تعالى: "**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون....**"[5].

1- عبد الله زهام، حماية الزوجة من عنف الزوج، دراسة على ضوء القانون رقم 15-19 المتضمن تعديل قانون العقوبات، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 28، ص 179.

2- فاروق عبد الله كريم، الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، 2011، ص 35.

3 ـ الآية 58، سورة الأحزاب.

4- محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ط 1، دار اشبيليا، المملكة العربية السعودية، سنة 1999، ص 30.

5 ـ الآية 4، سورة النور.

- **عقوبة ما لا يدخل في المفهوم الشرعي للقذف**[1]:

وهو ما خرج عن الرمي بالزنا أو نفي النسب كرمي الشخص بعاهة فيه، أو نعته بالكافر أو بأي صفة ذميمة.

وقد استوجب الشرع لها نوعين من الأحكام وهما، إما التعزير وهو التأديب الذي لا يبلغ الحد الشرعي.[2] (على رأي جمهور الفقهاء)، أو القصاص مع التزام العدل (على رأي ابن القيم الجوزية)

وبالرغم من اقرار الشريعة الإسلامية بالأضرار المعنوية، الناجمة عن مسؤولية الإنسان تجاه كل ما يصدر منه، إلا أنها لم تقر بالتعويض المالي في هذا النوع من الأضرار عكس القوانين الوضعية وهذا للأسباب التالية[3]:

- كون الأضرار المعنوية لا تحتوي على خسارة مالية عكس نظيرتها المادية.
- كون الأضرار المعنوية لا يمكن بأي حال من الأحوال جبرها ماديا بل تخضع لما وضع لها الشارع من حد.

ثانيا: الضرر المعنوي في القانون الجزائري

I- الدستور

لقد ضمنت الدولة الجزائرية من خلال دساتيرها، حماية مواطنيها عن طريق حضر جميع أشكال العنف سوآءا البدني أو المعنوي، الى جانب معاقبة كل من يسيء المعاملة سوآءا بالتعذيب أو عن طريق المعاملات اللاإنسانية، فنص الدستور المعدل [4] في المادة 39: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان بحضر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة". يعاقب القانون على التعذيب وعلى المعاملات القاسية واللاإنسانية أو المهنية والاتجار بالبشر.

1- محمد بن المدني، المرجع السابق، ص 31 وما يليها.

2- وهبة زحيلي، المرجع السابق، ص 5589.

3- فيصل بن ظهير بيك مغل، المرجع السابق، ص 21، 22.

4. الدستور الجزائري المعدل لسنة 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442/20، جريدة رسمية عدد 28، المتضمن اصدار نص تعديل الدستور الجزائري المعدل والمتمم.

كما أحاط المرأة بحماية خاصة من كل أشكال العنف في جميع الأماكن والظروف العامة منها والخاصة.

II- في القانون المدني الجزائري:

قبل تعديل القانون المدني الجزائري لسنة 1975، لم ينص على التعويض عن الضرر المعنوي صراحة، إلا أن العمل القضائي كان متبنيا لمصطلح الضرر المعنوي، فكانت المادة 124 منه عامة ومطلقة، لا يمكن من خلالها التمييز بين مفهوم الضرر المادي والمعنوي[1].

وبعد تعديل التقنين المدني، فصل الجدال القائم حول الضرر المعنوي، فجاء نص المادة 182 مكرر واضحا على أنه يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، المساس بالحرية، أو الشرف، أو السمعة.

ويرجع السبب في ذلك الى اخذ المشرع الجزائري باجتهادات القضاء الفرنسي.

III- في قانون العقوبات والإجراءات الجزائية:

وفقا للتعديل الخاص بقانون العقوبات بموجب القانون 15/19، وبعد نصه على تجريم الأفعال المادية الضارة لزوج تجاه الآخر، نجده أقر بموجب المادة 266 مكرر1 (قانون 15/19)، تجريم الاعتداءات اللفظية والنفسية المتكررة التي تفضي إلى جعل الضحية في حالة تمس بكرامتها وتؤثر على سلامتها البدنية والنفسية، وهو بذلك يحمي الزوجة حماية قصوى اذا ما تعدت أفعال العنف جانبها المادي المتمثل في الجرح أو الضرب العمديين.

والملفت للانتباه مقارنة مع القانون المدني، الذي يعد كمبدأ عام، في مادته المذكورة آنفا (124 ق. م. ج)، نجد أن المادتين 3و4 من قانون الإجراءات الجزائية[2] نصت بصريح العبارة بقبول دعوى المسؤولية المدنية على كافة صور الضرر سواء المادي أو الأدبي (المعنوي).

---

1 ـ بوبكر نوال، بن عزوز فاطمة الزهراء، الضرر المعنوي وآليات تعويضه في القانون الجزائري، مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص حقوق وحريات، قسم لحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2016.2017، ص 28,

2 ـ الأمر رقم 66. 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 34، المؤرخة في 29 يونيو سنة 2015.

IV-في قانون الأسرة الجزائري:

في ظل قانون الأسرة الجزائري القديم 11/84، لم يرد التعويض عن الضرر المعنوي، رغم أن الاجتهادات القضائية، قضت بذلك، كغرفة الأحوال الشخصية[1] بتاريخ 1963/11/14، بالمجلس القضائي لمدينة مستغانم، والتي قضت بمبلغ 500 دج كتعويض لضرر الجسمي والمعنوي لحق زوجة بسبب طردها بعد 3 أيام من زواجها بدعوى أنها ليست بكرا مع أن الزوج لم يدخل بها ولم يختل بها فلحقها من ذلك اتهام بشرفها وكرامتها.

وبعد التعديل بمقتضى الأمر رقم 05-02، والذي عدل بموجبه المشرع، نص المادة 53 ق.أ.ج التي تعطي للزوجة الحق في طلب التطليق لأسباب عشرة (10)، بعد أن كانت سبعة (07).

وترك السلطة التقديرية للقاضي لتقدير الضرر المعنوي، بعد توافر شروطه، وهو بذلك غير خاضع لرقابة المحكمة العليا، وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قراره، المؤرخ في 1963/11/18 على أنه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا... ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا فيه من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة اثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون"[2].

1- نسيمة حشود، "التقدير القضائي للتعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد 7، العدد 02، ص 1423، نقلا عن نشرة القضاء، جوان 1969، رقم (هـ)، ص ص 25، 26.

2- قرار قضائي رقم 2773، بتاريخ 1963/11/18، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، غير منشور، ذكره بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق ص 192.

المبحث الثاني :التمييز بين التطليق للضرر وغيره من المصطلحات

الطلاق في الأصل حق للزوج بوقعه لأسباب معينة وفي أي وقت غير أنه المشرع والقانون لم يهملا حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية وذلك باللجوء إلى التطليق بسبب ضرر لحقها من زوجها وقد حدد القانون شروطه وأنواعه. وإما باللجوء إلى الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية المقررة للزوجة، وكذلك في حالة نشوز الزوج.

ومن أجل إضفاء توضيح أكثر لهذه المصطلحات سنتناول في المطلب الأول التمييز بين التطليق للضرر والخلع والتمييز بينه وبين النشوز في مطلب ثان.

المطلب الأول: التمييز بينه وبين الخلع

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الخلع في فرع أول ثم نتطرق إلى أوجه الإتفاق والإختلاف في فرع ثان.

الفرع الأول: مفهوم الخلع

سنتطرق في هذا الفرع الى تعريف الخلع، ومشروعيته.

أولا: تعريفه لغة واصطلاحا

I. لغة:

" خَلَعَ الشَّيْء يَخلَعه خَلعاً واختَلَعَه: كنزعه ، الا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا: جرده.

وخَلَعَ امراته خُلعاً بالضَّمِ ،وخلاعا فاختلعت، وخالعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له، فهي خالع، والاسم الخلعة وقد تخالعا، واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة.

قال أبو منصور: خلع امرأته وخالعها اذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها عن نفسه، وسمى ذلك الفراق خلعا. لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال، والرجال لباسا لهن[1].

1- ابن منظور، المرجع السابق، ص 1258 .

II. معنى الخلع اصطلاحا:

1. فقها:

الفرقة بين الزوجين بلفظ الخلع وما في معناه في مقابل عوض من الزوجية لزوجها، وعند الشيعة بلفظ الخلع أو المبارأة[1].

ويعرفه الدكتور مصطفى الساعي على " أن يتفق الرجل والمرأة على الطلاق لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها فهو طلاق بمال"[2].

2. قانونا:

نصت المادة 54 من الأمر 02/05 على الخلع أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وبالرجوع الى نص المادة 48 السالفة الذكر يستنتج أن الخلع هو وسيلة لفك الرابطة الزوجية وذلك عن طريق دفع مبلغ مالي للزوج وبدون موافقته وفي حالة عدم الاتفاق على هذا المبلغ من طرف الزوجين يحكم القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم[3].

ثانيا: مشروعية الخلع

ورد على مشروعية الخلع في الكتاب والسنة والأثر.

1- أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009م-1430هـ، ص 81.

2 – مصطفى السباعي، المرجع السابق ، ص 225.

3 – صغيري سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015، ص114.

I- الكتاب:

من الكتاب قوله تعالى" **:الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**"[1]

في هذه الآية، ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان، امساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وحرم أخذ المال من الزوجة، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة وهي إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله بينهما.

فشرع الله للزوجة التي تبغض زوجها الإفتداء للتخلص من الرابطة الزوجية مقابل أن تدفع للزوج مالا نظير تطليقها[2].

II- السنة:

قضاؤه (ص) في واقعة إمرأة ثابت بن قيس، ترافعت إلى حضرته فقالت له "يا رسول الله بي من الجمال ما ترى ولا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبدا وكانت لا تحبه لقصر قامته وشدة سواده، فقال لها أتردين عليه حديقته، فقالت نعم وزد" وفي بعض الروايات أنها "نعم وزيادة" فقال عليه –ص– " أما الحديقة فنعم وأما الزيادة فلا وكان قد أمهرها الحديقة"[3].

فما ورد في الحديث دل على أنه إذا أبدت الزوجة كراهيتها لزوجها فإنه يجب التفريق بينهما، وما فعله رسول الله –ص– أجدر أن يسلكه الفقهاء اليوم وينظمه القانون بالتفريق بين الزوجين بما أعطاها من مهر[4].

1- الآية رقم 229، سورة البقرة.

2- بن الكثير، تفسير القرآن العظيم، ج 1، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2008، ص ص 405،400.

3- البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار التأصيل، 2012، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج3، مجلد2، حديث 4973، ص 2021.

4- خليل عمرو، المرجع السابق، ص 166 وما بعدها.

III- الأثر:

لقد جاء في فتح الباري أن ربيعة بنت معوض قالت" :كان بيني وابن عمي كلام، كان زوجها قالت فقلت له لك كل شيء وفارقني قال قد فعلت فأخذوا له كل شيء حتى فراشي فجئت عثمان وهو محصور فقال الشرط أملك فخذ كل شيء حتى عقاص رأسها وهو الخيط الذي يعقص له أطراف الرأس كما أجمع العلماء منذ صدور الإسلام إلى يومنا هذا على جواز الخلع ومشروعيته[1].

الفرع الثاني: أوجه الإتفاق والإختلاف بين التطليق للضرر والخلع

سنتطرق في هذا الفرع إلى أوجه الإتفاق أولا ثم أوجه الإختلاف ثانيا.

أولا: أوجه الإتفاق

- كل من الخلع والتطليق للضرر يعتبران صورة من صور فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة[2] وهذا ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

- كلاهما لا يشترط موافقة الزوج على ايقاع الفرقة، لقد نص التعديل الجديد في نص المادة 54 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 على عدم إشتراط موافقة الزوج على مبدأ الخلع، سواء من حيث الإتفاق أو عدم الإتفاق على مبدأ الخلع أو حول بدل الخلع، وبهذا التعديل يكون المشرع قد أدرك النقص الوارد في النص القديم [3].

- أما التطليق للضرر فلا يشترط بداهة موافقة الزوج على ايقاعه نتيجة ما لحقها من أضرار من طرف زوجها مما دفعها للجوء إلى القضاء لطلب التطليق طبق للحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل.

1- خليل عمرو، المرجع السابق، ص 169.

2- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية،دون تاريخ النشر، ص 209.

3-خليل عمرو، المرجع السابق، ص 183.

– كلاهما يثبت بحكم قضائي وهذا طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 المعدل والمتمم.كما تكون الأحكام الصادرة في التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية وهذا ما ورد بنص المادة 57 من ق أ ج.

ثانيا: أوجه الإختلاف

يختلف الخلع عن التطليق للضرر من حيث السبب والآثار.

I- من حيث السبب

- التطليق للضرر يبنى على أسباب مادية كالضرب والجرح.... وغيرها[1] كما قد يبنى على أسباب معنوية كالسب والشتم وكل ما يصيب الإنسان في كرامته وعرضه[2]. حيث يقع على الزوجة عبئ إثبات الضرر أمام القاضي حتى يحكم لها بالتطليق.
- أما الخلع المقرر بالمادة 54 فيبنى على سبب نفسي وهو الكراهية ولا يتطلب الأمر وجود شقاق بين الزوجين، بل يكفي أن لا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكنية[3].

II- من حيث الآثار:

– التطليق للضرر يتم دون مقابل مالي، أما الخلع فيتم بمقابل مالي أي عوض منصوص عليه شرعا وقانونا يأخذه الزوج من زوجته ويستحب أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وهذا ما نصت عليه المادة 54 ف 2 ق أ ج.

- يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن ما لحقها من ضرر[4] أما في الخلع لا يتصور الحكم بالتعويض حيث لا يمكن للمخالعة أن تطلب التعويض.

1- عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 52.

2- محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 230.

3- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 209.

4- المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري السالف ذكره.

من خلال ما تقدم ذكره، يمكننا استنتاج أن الزوجة المتضررة من زوجها في أغلب الأحيان تلجأ الى رفع دعوى الخلع بدلا من التطليق للضرر، وذلك بسبب طول المدة التي تستغرقها هذه الدعوى من جهة، و صعوبة اثباتها لهذا الضرر من جهة أخرى.

المطلب الثاني: التمييز بينه وبين النشوز

سندرس في هذا المطلب التمييز بين التطليق للضرر والنشوز وذلك بالتطرق إلى مفهوم النشوز في فرع أول ثم إلى أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما في فرع ثان.

الفرع الأول: مفهوم النشوز

لتوضيح مفهوم النشوز، لابد من التطرق الى تعريفه لغة واصطلاحا، موقف المشرع الجزائري منه أولا، ثم حالة نشوز الزوج وأثره على فك الرابطة الزوجية ثانيا.

أولا: تعريف النشوز

I- لغة:

"مصدر نَشَزَ ، ويطلق على المتن المرتفع من الأرض، وعلى حواف الوادي، والجمع أنشاز ونشوز، ولذا سميت قطعة اللحم الزائدة على الجسم نشوز، وقيل ذاك رجل ناشز الجبهة، إذا كان مرتفع اللحم بها وقلب ناشز إذا ارتفع عن مكانه من الخوف"[1].

II- اصطلاحا:

لقد تأثر مفهوم النشوز فقها بالمعنى اللغوي، بمعنى ارتفاع كل منهما أي الزوجين عن صاحبه وما ينجم عن هذا الارتفاع من عصيان لصاحبه وكراهية[2]. قال تعالى:" **وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ** [3] ".

1- ابن منظور، المرجع السابق، ص 538.

2- أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 93.

3- الآية 34 ، سورة النساء.

فالمقصود بالخوف في الآية الكريمة العلم، فمعنى النشوز معصية الزوجة لزوجها فيما فرض وأوجب الله عليها من طاعته واحترامه[1].

ويكون النشوز من الزوج بمعنى رجل ناشز لقوله تعالى ": **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**[2]" وذلك بسبب سوء معاشرة الزوج لزوجته وكرهه لها وكذلك بضربها وبغضها.

كلمة النشوز تعني خروج الزوجين أو أحدهما عن طبيعة وظيفته وعدم قيامه بواجباته الزوجية بسبب دافع الكراهية وعدم الاحترام والطاعة[3].

وعلى ذلك: فإن النشوز قد يكون من الزوجة أو الزوج، أو منهما معا فنشوز الزوجين هو كراهية وبغض كل منهما صاحبه وهو ما يعرف أو يسمى بالشقاق [4] وهذا النوع من النشوز ورد بالآية الكريمة في قوله تعالى: " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا** "[5].

*** موقف المشرع الجزائري من النشوز:**

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 55 منه نجدها نصت على نشوز أحد الزوجين على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."

عند تحليلنا لنص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على وسائل وطرق علاج النشوز لكلا الزوجين، وإنما منح الحق للطرف المتضرر من هذا النشوز في طلب التعويض، وعليه فهو خالف في هذا الشأن ما أخذ به الفقه الإسلامي ولم يسايره، من وسائل العلاج لكلا الزوجين قبل الاقدام على فك

1- أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 93.

2- الآية 128 ، سورة النساء.

3- المكتب العالمي للبحوث، الخلافات الزوجية في نظر الإسلام، بحث تحليلي في العلاقات الزوجية وأسبابها وطرق علاجها في ضوء الشريعة الإسلامية، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، سنة 1984، ص 31.

4- معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، سنة 2007، ص 40.

5- الآية 35، سورة النساء.

الرابطة الزوجية، وبالنسبة إليه فإن النشوز لا يثبت إلا بحكم قضائي وهذا ما عمل به القضاة ومن أمثلة ذلك القرار الصادر بتاريخ 1986/02/24 غير منشور[1].

ففي حالة نشوز الزوج أعطى الاسلام للزوجة حق معالجة هذا النشوز في نطاق مسؤوليتها كزوجة، فلها أن تستعمل الموعظة الحسنة، الارشاد والنصح، ومحاولة اصلاح أمرها مع زوجها دون اللجوء الى العلاج بالهجر والضرب الذي منحهما للزوج.[2]

إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الزوجة لا تعتبر في حالة النشوز إلا إذا صدر عليها حكم بالرجوع ونفذ عليها بصفة قانونية بعدما أصبح نهائيا ولم تمتثل..." [3].

وما جاء في القرار المؤرخ في 21|04|1998. "من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بإمتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[4].

يستنتج من هذا القرار أن القضاء قد ساير ما ذهب إليه القانون بموجب نص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال الحكم للطرف المتضرر من النشوز بالتعويض عند الحكم بالطلاق سواء كان المتضرر الزوج أم الزوجة[5].

1-خليل عمرو، المرجع السابق، ص ص 125 ،126.

2- المكتب العالمي للبحوث، المرجع السابق، ص 40.

3- بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ط 2000 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 97.

4- قرار قضائي رقم 189226، بتاريخ 1998/04/21، المحكمة العليا، غ أ ش، المجلة القضائية للاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 144.

5-خليل عمرو، المرجع السابق، ص 126.

ثانيا: حالة نشوز الزوج وأثره على فك الرابطة الزوجية.

سنتعرض في هذا الفرع إلى دراسة حالة نشوز الزوج وأثره على فك الرابطة الزوجية.

I. حالة نشوز الزوج.

النشوز قد يكون من أحد الزوجين، الزوج أم الزوجة، وقد يكون من الزوجين معا، إلا أننا سنتطرق إلى:

حالة نشوز الزوج وما ينتج عنه من أضرار تلحق بالزوجة خاصة وأن موضوع دراستنا وبحثنا يتمحور حول الأضرار التي تمس بالزوجة وتجعلها سببا في اللجوء إلى القضاء من أجل طلب التطليق.

قال تعالى: " **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ** " [1].

فالمرأة التي تخاف نشوز زوجها أو إعراضه عنها لأي سبب من الأسباب ككبر سنها أو لمرضها أو لدمامة وجهها فلا جناح عليهما أن يصطلحا لأن في الصلح خير[2].

ولقوله صلى الله عليه وسلم في بيان التصالح في النشوز مما ترويه أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: "هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها، فيريد طلاقها، ويتزوج عليها فتقول: امسكني ولا تطلقني، وتزوج غيري، فأنت في حل من النفقة علي، ولقسمة لي" [3].

وفقا لما أمر به القرآن الكريم، إذا استمرت الزوجة بكراهية الزوج لها وإعراضه عنها فيجب عليها أن تحاول إصلاح ذلك من خلال ارضائه بكل الوسائل، أما إذا أصر على النشوز وكانت الزوجة

1- الآية 128، سورة النساء.

2- أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 101.

3- صحيح البخاري، المرجع السابق، ج 5، رقم 2578، ص 1997.

ترغب في البقاء معه فقال الفقهاء ترفع أمرها إلى القاضي ليأمرها بأن تهجره فإن لم ينفع الهجر فيه ضر به القاضي أن يعالج الزوج الناشز بإحدى الطرق إذا أثبت تعدي الزوج على الزوجة من خلال الهجر أو الضرب أو الشتم وما ينتج عنه من ضرر يلحق بها[1].

II- أثر نشوز الزوج على فك الرابطة الزوجية

من آثار النشوز على فك الرابطة الزوجية هو الحكم بالتطليق لنشوز الزوج. وذلك طبقا للحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والمذكورة على سبيل الحصر، حيث نجد الفقرة 3 من نفس المادة أجازت الزوجة طلب التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، وكذلك الفقرة 8 أجازت لها ذلك بسبب الشقاق المستمر، أما الفقرة العاشرة فأباحت لها بصفة عامة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، وفي كل هذه الحالات الضرر مصدره الزوج سواء كان هذا الضرر بالقول أو الفعل أو بالتخلي عن واجباته الزوجية، مما يدل على جواز طلب التطليق استنادا للحالات المذكورة سابقا[2].

ومن الناحية العملية يلجأ القضاة إلى إجراء محاولات الصلح بين الزوجين، لتنتهي بتحرير محضر عدم الصلح، وبعد إجراء تحقيق ومناقشة طلبات ودفوع الطرفين، بحكم القاضي بالتطليق لنشوز الزوج، وذلك بعد صدور حكم غيابي برجوع الزوجة لمسكن الزوجية، ويمتنع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم وذلك بالسعي لإرجاع زوجته[3].

1-خليل عمرو، المرجع السابق، ص 125.

2-اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري "مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون العام "فرع العقود والمسؤولية" جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، سنة 2002. 2003 ص 136.

3- بغدادي فاطمة، النشوز بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون أسرة، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، سنة 2014، ص 105.

وباعتبار الزوجة طرفا متضررا من نشوز زوجها، فيحكم لها القاضي بالتعويض استنادا لنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري[1].

الفرع الثاني: أوجه الإتفاق والإختلاف بين التطليق للضرر والنشوز

سنتطرق في هذا الفرع إلى أوجه الاتفاق أولا ثم الإختلاف ثانيا.

أولا: أوجه الإتفاق

في حالة نشوز الزوج يحق للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية كما هو الحال في حالة وقوع الضرر منه، فكلاهما صورتان من صور فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، كما يترتب عليهما حقها في طلب التعويض.

ثانيا: أوجه الاختلاف

يختلف الطلاق للنشوز عن التطليق للضرر من حيث السبب والآثار.

I- من حيث السبب

تلجأ الزوجة الى طلب التطليق استنادا لنص المادة 53 ق أ في فقرتها العاشرة التي تنص على كل ضرر معتبر شرعا، فهذا الضرر الذي يوقعه الزوج على زوجته غير معرف أو موصوف بالنص.[2]

فان الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا تجمع كلها على تطليق الزوجة عند كل ضرر معتبر شرعا في صوره المختلفة.[3]

-أما في حالة الطلاق للنشوز فقد نصت عليه المادة 55 من ق أ فأعطت الحق لكلا الزوجين في حالة الامتناع عن آداء الواجبات الزوجية خصوصا في جانبها المعنوي مع الحق في طلب التعويض.[4] فهو حق مخول لكلا الزوجين على عكس التطليق للضرر فهو حق مكرس للزوجة فقط.

1- المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري السالف ذكره.

2-عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 224.

3-المرجع نفسه، ص 223.

4-بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 214.

II- من حيث الاثبات:

من الناحية القانونية فان القضاة عادة لا يعتبرون أحد الزوجين في حالة نشوز الا اذا كان احدهما خارج البيت، ويطلب منهما الرجوع الى البيت الزوجية للقيام بالواجبات الزوجية والعودة للمعاشرة الزوجية. فاذا امتنع الزوج او الزوجة ولم يستجب لهذا الأمر، فان القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا، ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر بعد الطلاق.[1]

غير ان للزوجة التي تطلب التطليق للضرر عبأ اثباته بكافة الطرق، لأنه مسألة موضوعية حتى يحكم لها بالتطليق والتعويض، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر والتعويض معا. وله الحق في قبول هذا الطلب أو رفضه.

وأخيرا يمكن القول أن النشوز المنصوص عليه في المادة 55 من ق أ ج سواء في حالة نشوز الزوج أو الزوجة يترتب عليه ضررا يحكم من خلاله بالتعويض للطرف المتضرر. وبما أن المادة 53 من نفس القانون في فقرتها الأخيرة نصت على الضرر كسبب للتطليق لذا يمكن للزوجة في حالة نشوز الزوج رفع دعوى التطليق للضرر استنادا لأحكام هذه المادة وليس المادة 55.

كما كان على المشرع استعمال مصطلح التفريق بدلا من الطلاق في المادة 55 لأن التفريق للضرر والطلاق صورتين مختلفتين من صور فك الرابطة الزوجية بين الزوجين.[2]

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 215.

2- عبد الفتاح تقية، المرج السابق، ص 225.

ملخص الفصل:

بعدما تطرقنا في هذا الفصل الى ماهية التطليق للضرر المعتبر شرعا، مفهومه، شروطه وأنواعه إضافة إلى التمييز بينه وبين غيره من المصطلحات كالخلع والنشوز.

نكون بذلك قد توصلنا إلى أن المشرع الجزائري لم يعرّف الضرر في قانون الأسرة، ولم يتطرق الى شروطه وأنواعه وجعله حكرا على الزوجة فقط مقارنة ببعض التشريعات العربية الأخرى، هذه الأخيرة منحت حق التطليق للضّرر لكلا الزوجين. بالمقابل نجد وأن أحكام الشريعة الإسلامية التي تحيلنا اليها المادة 222 ق.أ.ج لم تنص على التعويض المالي للأضرار المعنوية عكس ما نص عليه القانون المدني. إضافة الى حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا وفق ما جاء به الفقه الإسلامي وما توصلت اليه الاجتهادات القضائية قبل وبعد تعديل قانون الأسرة. والملاحظ أيضا أنه نتيجة لصعوبة إثبات الضرر في التطليق، تلجأ الزوجات الى الخلع رغم فقدانهن لحق التعويض، عكس النشوز الذي يعتبر حالة من حالات الضرر وحقا لكلا الزوجين.

الفصل الثاني:

ضوابط تحديد القاضي للضرر المعتبر شرعا و آثاره

لقد منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة، سلطة تقديرية واسعة ومطلقة، لاسيما فيما يتعلق بدعوى التطليق للضرر وآثاره، وهذا حفاظا على الروابط الأسرية والتقليل من حالات فك الرابطة الزوجية، حيث يستوجب على القاضي التحقق من مدى توفر أسباب التطليق المنصوص عليها بموجب المادة 53 قانون الأسرة الجزائري المعدل سنة 2005، إضافة إلى التأكد من ثبوت الضرر وتقديره والتعويض اللازم لذلك والمنصوص عليه في المادة 53 مكرر ق.أ.ج.

كي يتمكن أخيراً من تقدير الآثار المترتبة على فك الرابطة الزوجية سواء بالنسبة للزوجة بصفتها مطلقة أو للأبناء المحضونين.

وسنتناول دراسة هذه النقاط من خلال مبحثين:

المبحث الأول: سلطات القاضي في تقدير الضرر.

المبحث الثاني: آثار التطليق للضرر.

المبحث الأول: سلطات القاضي في تقدير الضرر

بعد استكمال الزوجة للإجراءات الشكلية والموضوعية، الخاصة برفع الدعوى، والمنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية[1]، متبعة دعوها بالتسبيب والأساس القانوني، ينظر القاضي أولا الى أدلة الإثبات التي استندت إليها في حال ما إذا استطاعت اثبات الضرر الذي طالها من الزوج، وأما إذا لم تستطع ذلك وتكررت شكواها دون إقامة الدليل على دعواها، فيلجأ القاضي إلى الحكمين، كي يكوّن قناعته حول ادعائها، ويفصل في قضية التطليق بتقدير التعويض المناسب لذلك.

سنتناول في المطلب الأول وسائل الاثبات من حيث قبولها في دعاوى التطليق، من خلال تبيان مفهومها في الفرع الأول، وطرق الاثبات في قضايا التطليق كفرع ثان.

المطلب الأول: من حيث قبول وسائل الاثبات:

سنتناول في هذا المطلب وسائل الاثبات مبينين مفهومها في الفرع الأول، وطرق الاثبات في قضايا التطليق كفرع ثان.

الفرع الأول: مفهوم الاثبات:

أولا: تعريف الاثبات:

للإثبات معنيان، معنى عام[2]، مرتبط بالقضاء أو بغيره، ومعنى خاص، وهو محدد قانونا والمتعلق بالقاضي فقط، كونه موضوع دراستنا.

فالإثبات قانونا هو: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها، يترتب على ثبوتها آثار قانونية"[3].

1- المواد: 13 وما بعدها، وكذا المواد 436 وما بعدها، ق. إ. م.إ

2- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، العدد13، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2018، ص 63.

3- المرجع نفسه، ص 63.

وهناك من يعرّفه على أنه: " إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية"، هذا من الناحية الشرعية"[1].

يستنتج من هذه التعاريف، أن الاثبات في مادة شؤون الأسرة، وخاصة ما تعلق منها بحق الزوجة في طلب التطليق، خاصة وأن عبء الاثبات واقع عليها بأن تقيم الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، كالوسائل المدنية[2]، الموضوعية للإثبات، المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري المواد من (323، 350) وهي: الكتابة، الإقرار والبيّنة (الشهود)، إضافة إلى تلك الطرق الشكلية الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المواد من (125-....145)، وهي المعاينة، الخبرة القضائية.

في غياب تحديد وسائل إثبات معيّنة من قبل المشرع الجزائري في قانون الأسرة نظرا للخصوصية والميزة التي تتميز بها جل القضايا الأسرية، فيرجع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها سالفة الذكر، والتي ارتئينا أن ندرس منها تلك المتفق عليها بين الفقه الإسلامي، وما نص عليه قانون الأسرة الجزائري، وما جرى الاجتهاد القضائي على الحكم بمقتضاها، نظراً لأهميتها.

ثانيا: أهمية الاثبات:

تتسم أهمية الاثبات في التمييز بين الحق والباطل، وحفظ الحقوق ورد المظالم، وإعطاء كل ذي حق قحه.

كما أن أدلة الاثبات ذات أهمية كبيرة، خاصة في المجال القضائي[3]، فالقاضي لا يمكنه الإحاطة بحيثيات القضية كلها، بل وجب عليه الاعتماد على ما يحضر أمامه من أدلة (البيّنة، إقرار...إلخ)، هذه الأخيرة تختلف باختلاف حجيتها، مطلقة أو نسبية ونوع القضايا المعروضة أمام القضاء، كي يستطيع الفصل في النزاع.

1- محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، جزء 1، 2، طبعة أولى، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982، ص 23.

2- دامة مربعي، والي صابر، وسائل الاثبات المدنية والعلمية في بعض مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، قانون خاص، قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020/2019، ص 8.

3- محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص ص 35، 39.

فالإثبات لصيق بالحق، "فمن الناحية العملية يفقد الحق قيمته إذا لم يستطع صاحبه أن يقيم الدليل على مصدره"[1].

الفرع الثاني: طرق الإثبات في قضايا التطليق:

رغم تعدد طرق الإثبات التي حددها القانون، سواء من ناحية حجيتها كونها مطلقة كالكتابة والإقرار، أو نسبية كالشهادة واليمين والخبرة والمعاينة، إلّا أننا سنتطرق إلى الأهم والأصلية منها، في إثبات الزوجة الطالبة للتطليق الضرر الذي لحقها نتيجة المعاملة السيئة للزوج، وهي مشتركة ومتفق عليها بين الشريعة الإسلامية والقانون، وهي الشهادة (البيّنة)، اليمين، الإقرار.

هذا في حالة إثبات الضرر من قبل الزوجة، أما إذا تكررت شكواها دون إثبات الضرر، فيكون على القاضي بعث حكمين لمعاينة ادعاءات الزوجة، والاستعانة بالقرائن القضائية في ذلك والتي يعود أساسها إلى السلطة التقديرية للقاضي.

أولا: وسائل إثبات الزوجة للضرر:

I. الشهادة

1- مفهوم الشهادة:

أ- **لغة:** من الفعل شهد، "والشهيد من أسماء الله الحسنى، وقيل الشهيد الذي لا يغيب عن علمه شيء، والشهيد هو الحاضر...، والشاهد العالم الذي يبين ما علمه...، وشهد الشاهد عند الحاكم أي يبين ما يعلمه وأظهره...، والمشاهدة، المعاينة، وشهد له بكذا شهادة، أي أدّى ما عنده من الشهادة فهو شاهد"[2].

ب-**اصطلاحا:** لقد تعددت التعريفات الاصطلاحية للشهادة:

عرفها الأحناف بأنها: "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي"[3].

1- عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 64.

2- ابن منظور، المرجع السابق، ص 2348.

3- محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 101.

كما عرفها ابن عرفه من المالكية بأنها: "قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه أن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه"[1].

أما تعريف الشهادة قانونا: فقد عرفها الشرقاوي بأنها: "الأقوال التي يُدلى بها أمام المحكمة بعد حلف اليمين"[2].

وما يمكن استخلاصه من هذه التعاريف أن هناك اختلاف في مفهوم الشهادة عند الفقهاء والقانون من حيث اليمين، فهناك من يعرف الشهادة باليمين، رغم أنهما يتفقان في وجوب الإدلاء بهما أما القضاء إضافة إلى كونها شفوية[3].

ج- دليل مشروعية الشهادة:

- **من الكتاب:** قوله تعالى: " **وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ** "[4].

وقوله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ** "[5].

- **من السنة:**

عن ربيعة بن أبي عبد الرحمان أنه قال: "قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق فقال: "لقد جئتك لأمر ماله رأس ولا ذنب، فقال عمر: ما هو؟ قال: شهادات الزور ظهرت بأرضنا، فقال عمر: أو قد كان ذلك؟ قال نعم، فقال عمر" والله لا يؤسر رجل في الإسلام بغير العدول"[6].

1- محمد الأنصاري الرضاع أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993، ص 445، ذكره المرجع السابق، ص 102.

2- الشرقاوي جميل، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة، 1976، ص 101.

3- محمد عبد الله الرشيدي، الشهادة كوسيلة من وسائل الاثبات، دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 21.

4- الآية 02، سورة الطلاق.

5- الآية 135. سورة النساء.

6- مالك بن أنس، الموطأ، باب ما جاء في الشهادات، كتاب الأقضية، حديث رقم 1394/4، ط 3، دار الإمام مالك للكتاب، 2018، ص 400.

2- شروط الشهادة والأثر المترتب عليها:

أ- شروط الشهادة:

لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على توفر شروط في تحمل الشهادة وهي[1]:

أن يكون:

- عاقلا.
- بالغا.
- التبصرة: وهو مختلف في بعض جزئياته، فاشترط الأحناف والشافعية على وجوب أن يكون الشاهد ليس بأعمى، وخاصة فيما يتعلق بالأفعال التي تستلزم النظر إلى فاعلها، كالزنا الاغتصاب، العيب في المبيع وهي محل اتفاق بينهم وبين المالكية والحنابلة.

أما إذا كانت تنصب على: الزواج، الطلاق، البيع، فذهب الحنفية والشافعية إلى وجوب التبصرة بينما خالفهم المالكية والحنابلة.

ب-الأثر المترتب على الشهادة:

اختلف الفقهاء بوجوب أخذ القاضي بالشهادة إلى رأيين[2]:

القول الأول: الذي يقضي بشهادة الشاهد، حتى ولو خالفت قناعة الحاكم القاضي، ففي نظرهم الشهادة هي التي تظهر الحق بعينه، وخاصة عندما تستكمل شروطها.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه فقهاء المالكية والحنابلة، وهي في إمكانية القاضي رد الشهادة إذا كانت خلاف قناعته، لأنها وسيلة وطريق لإظهار الحق.

1- أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص ص 60، 61، 62.

2- المرجع نفسه، ص 32 وما يليها.

3- أنواع الشهادة:

تقسم الشهادة حسب درجتها إلى[1]:

شهادة أصلية، شهادة ثانوية وشهادة بالسماع.

ج- **الشهادة الأصلية:** وهي الشهادة المباشرة، بمعنى التي تقوم على المعاينة المباشرة للواقعة، أو سماع مباشر.

كشهادة أحدهم على واقعة الضرب الممارس من قبل الزوج على زوجته مشاهدة وسماعا.

ح- **الشهادة الثانوية:** وهي الشهادة الغير مباشرة، بمعنى أن يشهد الشاهد بما سمع وليس بما عاين من وقائع معينة.

كشهادة أحدهم بالصراخ المنبعث من مسكن الجيران وسماع صراخ الزوجة، والأبناء بوجود الزوج.

وتدخل فيها الشهادة بالظن، بمعنى سماع الصراخ، يوحي على أغلب الظن بممارسة الزوج للعنف على أفراد عائلته.

- **الشهادة بالتسامع:**

وهي ما يعتمد على التسامع، بما يتناقله الناس، لا من سماع الواقعة ذاتها وإنما بما هو متداول على الواقعة.

ووجب على شهادة التسامع توفر شروط وهي[2]:

- أن تكون من قبل شاهدين عدلين فأكثر.
- خلو الواقعة من الشك.
- أداء الشاهد لليمين.

1- محمد عبد الله الرشيدي، المرجع السابق، ص 25 وما يليها.

2- المرجع نفسه، ص 31.

4- الشهادة في القانون الجزائري والاجتهادات القضائية:

لقد تعرض المشرع الجزائري لشهادة الشهود في المواد من 333 إلى 336 من القانون المدني إضافة إلى المواد من 150 إلى 163 ق.إ.م.إ.

في قضايا الأحوال الشخصية، نجد أن شهادة الشهود معتبرة ويأخذ بها في القضايا، سواء في قضايا الطلاق[1] أو التطليق عموماً، ويطلق عليها كذلك البيّنة.

ولقد أحاطها المشرع بجملة من الإجراءات نذكر منها[2]:

- حضور الشهود المادة 154 ق. إ. م. إ عن طريق كتابة الضبط.
- أداء اليمين المادة 152 ق. إ. م. إ.
- أداء الشهادة الفقرة 2 من المادة 158 ق. إ. م. إ.
- وأخيرا التوقيع على أقوالهم المادة 160 ق. إ. م. إ.

ومن ناحية الشهادة فقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي[3] في الشهادة المعتادة وهي شهادة رجل مع يمين المدعية في حالة التطليق.

وقد جرى العمل القضائي بوجوب الأخذ بالشهادة على الأفعال الواقعة على الزوجة إلى جانب الشهادات الطبية، كون الطبيب المحرر للشهادة، شاهد على آثار الضرب الواقع على جسد الزوجة، دون معاينة الفاعل، وفي قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1982/01/11[4]، وقرار آخر صادر بتاريخ 1984/12/03 ".... كما أن إدعاء الزوجة على زوجها بضربه إياها لا يكفي في إثباته بشهادة الطبيب

1- قرار رقم 35322، بتاريخ 1984/12/17، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1989، عدد 4، ص 91.

2- منصوري المبروك، إجراءات الإثبات بالشهادة أمام قاضي شؤون الأسرة، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي، تيندوف، العدد 01، 2019، ص ص 31-35.

3- الدردير، المرجع السابق، ج3، ص 312.

4- قرار رقم 26535، بتاريخ 1982/01/11، محكمة عليا، غ.أ.ش، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص 240، ذكره بلحاج العربي، قانون الاسرة مع تعديلات الامر05/02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006،ط 3،ديوان المطبوعات الجامعية،2007، ص 261.

إذ هي لا تعتبر بيّنة شرعية لعدم إفادتها القطع بأن الضرب المشهود به وقع من الزوج فعلا، يقول خليل وبتعديه أي الزوج على زوجته بالضرب أو الهجر وثبوته بالنية أو الإقرار، زجره من طرف الحاكم"[1].

II. الإقرار:

1- مفهوم الإقرار:

أ- **لغة:** من الفعل أقرّ، بمعنى اعترف[2].

ومنه قوله تعالى: "قالوا أقررنا قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين"[3].

ب- اصطلاحا:

عرفه المالكية بأنه: "خبر يوجب حكم صدقة على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه[4].

ج- **قانونا:** عرفه السنهوري بأنه: "اعتراف شخص لآخر عليه، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد"[5].

إضافة إلى تعريف رزق الله أنطاكي بأنه: "اعتراف شخص بحق الآخر سواء قصد من هذا الاعتراف ترتيب الحق بذمته أو لم يقصده"[6].

ومما يستخلص من هذه التعاريف، عدم اشتراط القصد في الإقرار، عكس ما ذهب إليه فقهاء قانونيون آخرون، كالدكتور مرقس وأحمد نشأت[7] اللذان اشترطا إدراك المقر وقصده.

ويكون الإقرار الذي يصدر داخل القضاء، إقرارا قضائيا، أما خارجه فهو إقرار غير قضائي.

1- قرار قضائي رقم 34267، بتاريخ 1984/12/03، محكمة عليا، غ.أ.ش، مجلة القضاة، 1990، عدد1، ص 79. ذكره بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 261.

2- محمود المسعدي، القاموس الجديد، ط5، الشركة التونسية الجزائرية للكتاب، ،1984، ص 86.

3- الآية 81، سورة آل عمران.

4- محمد الانصاري الرضاع أبو عبد الله، المرجع السابق، ص 332.

5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 471.

6- رزق الله أنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة المقيد الجديدة، دمشق، سوريا، ط6، 1965، ص 599، ذكره محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص240.

7- سماحي وفاء، عمران أسماء، الإقرار كدليل مطلق في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص ص 9-10.

2- الإقرار في القانون الجزائري والاجتهاد القضائي:

رجوعا إلى المبادئ العامة في القانون المدني الجزائري، نجد وأن المادة 341 منه، عرفت الإقرار القضائي على أنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

وعليه فإن للإقرار 4 أركان أساسية هي[1]:

- صدوره من الخصم المقر.
- صدوره أمام الجهة القضائية المختصة المقرة له.
- الواقعة القانونية المقر بها.
- الصيغة التي تصدر في شكلها.

والإقرار موضوع دراستنا، هو الإقرار القضائي كوننا بصدد التطليق للضرر الذي تطلبه الزوجة، متى توفرت شروط الضرر المذكورة آنفا، إضافة إلى إقرار الزوج أمام القضاء بدوره بسوء معاملة زوجته[2].

واتجهت قرارات المحكمة العليا إلى أن عدم نفي الزوج بالادعاءات الموجهة له من قبل الزوجة والمثبتة بالشهادة الطبية[3]، يعتبر إقرارا منه بذلك.

كما أن رغبتها في البقاء مع زوجها دون دليل[4] لا يكون سببا للتطليق وفق ما جاء به قرار المحكمة العليا.

وفي هذا الصدد يلاحظ على قرار المحكمة العليا رقم 52278 الصادر بتاريخ 1989/01/02 والذي أكد في فحواه، أن الشهادات الطبية[5] ليست دليلا كافيا لإثبات الضرر، وبالتالي عند مقارنة القرار الأخير الصادر قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، فاقتران الشهادة الطبية بالاعتراف أو عدم نفي الزوج للضرب أو التعدي، تعد قرينة قاطعة على ثبوت الضرر.

1- سماحي وفاء، عمران أسماء، المرجع السابق، ص ص 12، 16.

2- قرار قضائي رقم 572240، بتاريخ 2010/07/15، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 2010، العدد2، ص 278.

3- قرار قضائي رقم 41104، بتاريخ 1986/05/05، محكمة عليا، غ.أ.ش، غير منشور، ذكره بلحاج العربي، المرجع المرجع السابق، ص 268.

4- قرار قضائي رقم 43864، بتاريخ 1987/01/12، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1990، العدد2، ص 50.

5- قرار قضائي رقم 52278، بتاريخ 1989/01/02، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1991، عدد4، ص 95.

III. اليمين:

1- مفهوم اليمين:

أ- **لغة:** القسمُ، جمع أيمن وأيمان[1].

ب- اصطلاحا:

- **فقها:** عرفها المالكية "تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله تعالى أو صفته"[2].

كما تعرف على أنها: "تأكيد بثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي"[3].

- **قانونا:** عرفها الأستاذ أبرى ورو: "بأنها عمل مدني وديني يتخذ فيها الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول أو على إنجاز ما بعد، ويستنزل عقابه إذا حنث"[4].

2- مشروعيتها

- **من الكتاب:** قال تعالى: " **وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ** "[5].
- **من السنة:** قال يحي قال مالك: عن جعفر بن محمد، عن أبيه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد[6].

3- اليمين في القانون الجزائري:

نصت المواد من 343 و348 ق. م. ج على أنواع اليمين وهي: يمين حاسمة ويمين متممة[7].

أ- **اليمين الحاسمة:** وهي التي يلجأ إليها الخصم عندما لا يجد من يحتكم إليه فيتوجه إلى ضمير خصمه لحسم النزاع عند عجزه عن إثبات حقه.

1- محمود المسعدي، المرجع السابق، ص 1385.

2- الدردير، المرجع السابق، ص 126.

3- محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 319.

4- رزق الله الانطاكي، المرجع السابق، ص 613.

5- الآية 224، سورة البقرة.

6- الإمام مالك، المرجع السابق، باب القضاء باليمين مع الشاهد، حديث رقم 1398/8، ص 401.

7- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2006، ص ص 121، 122.

ويمكن للقاضي منع توجيهها إذا رأى في ذلك تعسفا لجانب على آخر[1].

ب-**اليمين المتممة:** وهي التي يوجهها القاضي إلى أطراف الدعوى من تلقاء نفسه[2]، كي يصدر بها حكما وهي تكملة الأدلة في الدعوى المعروضة أمامه.

فيمكن للزوجة المطالبة بالتطليق للضرر بأن توجه لزوجها اليمين لإثبات ما تدعيه[3]، فإذا حلف يأخذ بها القاضي، أما إذا نكل فتقبل دعواها، حسب ما ورد في المادة 347 ق.م.ج: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه فنكل عنها خسر دعواه".

ولقد قضى الفقه المالكي بجواز اليمين مع الشاهد، وهو نفس اتجاه المشرع الجزائري، رغم اختلاف جانب من الفقه معه[4].

IV. القرائن:

1- مفهوم القرينة لغة واصطلاحا:

أ- **لغة:** القرينة، "قرينة الكلام، ما يصاحبه ويدل على المراد به"[5].

ب- **اصطلاحا:** لقد تعددت المفاهيم حول القرينة، إلّا أننا تطرقنا إلى الراجح منها، وهو ما يراه، الدكتور محمد مصطفى زحيلي، أن تعريف الشيخ الزرقا هو الأصح والقائل في تعريف القرينة أنها: "كل أمارة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه"[6].

وبالتالي فالقرينة هي:

- العلامة أو الأمارة.
- استنباط أمر مجهول من واقعة معلومة[7].

1- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والاثبات، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 125.
2- المرجع نفسه، ص 126.
3- عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 122.
4- الإمام مالك، المرجع السابق، باب القضاء باليمين مع الشاهد، كتاب الأقضية، الحديث رقم 1400/10، ص 401.
5- محمود المسعدي، المرجع السابق، ص 834.
6- محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 489.
7- عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 2006، ص 22.

2- أنواع القرائن:

تنقسم القرائن حسب القوة والضعف[1] إلى: قرينة قاطعة، وقرينة بسيطة.

أ- **القرينة القاطعة:** وهي التي لا تحتاج إلى دليل آخر، وتصل إلى درجة اليقين[2].

ب-**القرينة البسيطة (الغير قاطعة، ظنية):** وهي عكس الأولى، بمعنى تحتاج إلى دليل آخر معها.

كما تنقسم القرائن حسب مصدرها[3] إلى قرائن قضائية وأخرى قانونية.

- **القرينة القضائية**[4]: وهي التي تكون فيها السلطة التقديرية للقاضي، حيث يستخلصها من القضية القضية نفسها، استدلالا بأمر معلوم على أمر يراد إثباته، بغض النظر إن كانت هذه الواقعة ثابتة بوسائل الاثبات كالشهود، الإقرار...إلخ، وما يمكن إثباته بالشهادة يمكن أن تثبته القرينة القضائية.

فمثلا: عدم قبول قول الزوجة أن زوجها لم ينفق عليها وهما في بيت واحد، لأن ذلك قرينة على كذبها وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك وأحمد[5].

- **القرينة القانونية**[6]: وهي القرينة التي يكون مصدرها القانون وحده، بمعنى لا سلطة للقاضي فيها، فيها، لأن نص المادة القانونية هو ركنها الأساسي، ومن الملاحظ أنها تعود أصلا إلى كونها قرينة قضائية ضمها القانون إليه.

وتنقسم بدورها إلى قرينة قاطعة وأخرى بسيطة، كما سبق وأن أشرنا إليه، كما أنه لا يمكن إثبات عكسها إلى بالإقرار أو اليمين، هذا فيما يخص فقط ما يخرج عن نطاق الأمور التي تتعلق بالنظام العام.

1- محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 494.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، مجلد8، ص 6148.

3- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 18 وما يليها.

4- المرجع نفسه، ص 22.

5- المرجع نفسه، ص 209.

6- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 63.

3- سلطة القاضي في الحكم بالقرائن:

للقاضي سلطة واسعة ومطلقة في أخذ واختيار القرائن القضائية التي يراها مناسبة في تكوين قناعته حول القضية المعروضة أمامه، وهو في ذلك لا يخضع للرقابة[1].

كما يمكنه أن لا يتقيد بأطراف القضية (الخصوم) المعروضة أمامه، بل أن يتعداها إلى أطراف أخرى ووقائع غير تلك الدائر النزاع حولها.

وارتباط القرينة بالشهادة تزيد من قوتها كون الشهادة من أهم وسائل الإثبات[2].

وتجدر الإشارة إلى أن القرائن من أدلة الإثبات التي اختلف فيها فقهاء الشريعة بين موسع ومضيق[3].

4- القرينة في التشريع الجزائري والعمل القضائي:

أما في القانون الجزائري، فنجد المادة 340 ق. م. ج تنص على: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيزها قانون الإثبات بالبيّنة".

حيث يبني القاضي قناعته من استنتاج القرينة من أقوال أطراف الدعوى، سواء من شهادة الشهود، كما ذكرنا او حتى خارج النزاع[4].

وفي قانون الأسرة الجزائري، المادة 53، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، نستنتج وأن الحالات التي ذكرها المشرع في فقرتها العاشرة، تجيز طلب التطليق بمجرد ثبوت أحدها، بشروطها التي نص عليها القانون، فهي بذلك تعتبر قرينة قانونية مقيّدة للقاضي ووجب عليه الحكم بالتطليق، لصالح الزوجة، فنذكر على سبيل المثال:

1- قرار قضائي رقم 222134، بتاريخ 1999/05/18، محكمة عليا، غ.أ.ش، عدد خاص، ص 126، ذكره العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 282.

2- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 18.

3- أحمد فراج حسين، المرجع، ص 15.

4- عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 119.

- **عدم الانفاق:** وفقا للفقرة الأولى من المادة 53 ق. أ. ج: "عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج...".

كما بينت ذلك المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 1984/11/19: "من المقرر فقها وقضاءاً في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الانفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها..." [1].

وفي قرار لاحق صادر بتاريخ 1989/11/27: "من المقرر قانوناً أن تطليق الزوجة لعدم الانفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفا للأحكام الشرعية الإسلامية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون"[2].

فعدم الانفاق المثبت بموجب حكم بعدم الانفاق، هو قرينة قضائية، تثبت الضرر الحاصل للزوجة، كما أن المحكمة العليا، حددت عدم الانفاق لمدة تزيد عن شهرين، بعد تحريره محضر الامتناع عن دفعها، ووجب على القاضي الحكم بتطليق الزوجة للضرر.

- **الحكم النهائي على الزوج بجريمة:**

وفقا للفقرة 4 من نفس المادة أعلاه: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

فسوء سيرة الزوج المثبتة بحكم جنائي بعقوبة، من صور الضرر الموجب للتطليق، هذا ما جرى العمل به في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1971/03/10: "حيث يتضح من القرار المطعون فيه أن المجلس لما قضى بالطلاق بين الزوجين استند إلى حالة الزوجة المتضررة التي أثبتت شكواها بالشهادات الطبية وتأكد من سوء سيرة الزوج، فالحكم عليه من المحكمة الجنائية بعقوبة ناشئة فاستنتج في نطاق اجتهاده المطلق أن ذلك ضرر لحق بالزوجة"[3].

1- قرار قضائي رقم 34791، بتاريخ 1984/11/19، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1989، عدد3، ص 76، ذكره العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 263.

2- قرار قضائي رقم 56249، بتاريخ 1989/11/27، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1992، عدد1، ص 51، ذكره المرجع السابق، ص 276.

3- قرار قضائي دون رقم، بتاريخ 1971/03/10، محكمة عليا، غ.ق.خ، نشرة القضاة، 1972، عدد2، ص 48، ذكره المرجع السابق، ص ص 260، 261.

- **تعدد الزوجات:**

نصت عليه الفقرة 6 من نفس المادة: "مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه".

بمعنى الأحكام الواردة، الخاصة بتعدد الزوجات من حيث:

الترخيص من قبل رئيس المحكمة المختصة فقرة 2 من المادة 8، 8 مكرر 1.

أما فيما يخص المبرر الشرعي، وتوفر نية وشروط العدل، إضافة إلى علم الزوجة السابقة واللاحقة، فيقع عبء إثباتها على الزوجة، وأجاز لها القانون وفقا للمادة 8 مكرر رفع دعوى التدليس متى توفرت لها أدلة الإثبات.

أما فيما يخص الترخيص الكتابي للزواج فهو مستحدث بموجب التعديل 02/05 لقانون الأسرة، وهو بذلك قرينة قانونية ملزمة على القاضي في حالة عدم استصدار الزوج لهذه الوثيقة، وطلبت الزوجة التطليق، فعليه الحكم لصالح الزوجة وفقا للمادة 8 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

- **حالة النشوز:**

تنص المادة 55 ق. أ. ج: "عند نشوز أحد الزوجين، يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

إلّا أن قضاة المحكمة العليا في تطبيقهم لنص هذه المادة، لم يقضوا بنشوز الزوج أو الزوجة[1]، إلّا عند امتناع أحدهما عن الرجوع إلى بيت الزوجية بموجب حكم، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2019/09/04: "لا يعتد بامتناع الزوجة عن الرجوع لمسكن الزوجية أثناء جلسة الصلح إلا إذا صدر حكم يقضي بذلك وتم تنفيذه وحرر محضر امتناع عن الرجوع، لتأخذ حكم الناشز وتحرم من التعويض"[2].

1- قرار قضائي رقم 189226، بتاريخ 1998/04/21، محكمة عليا، غ.أ.ش، عدد خاص، ص 144، ذكره بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 298.

2- قرار قضائي رقم 1307506، بتاريخ 2019/09/04، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، عدد2، ص98.

أما فيما يخص الفقرة 10 من المادة 53، فلا تقوم إلّا على القرينة القضائية التي يستخلصها القاضي وفقا للسلطة التقديرية المطلقة، في الحالات الغير منصوص عليها في الفقرات السابقة الذكر.

وإضافة الى وسائل الإثبات السالفة الذكر، يمكن للقاضي اللجوء الى الخبرة القضائية والمعاينات للتحقق من أدلة الإثبات المعروضة عليه، فيستشير أهل الخبرة والفن لتكوين قناعة حول القضية (المادتين 144، 146 من ق.إ.م.إ)، أما الكتابة فلا يمكن تصورها في طلبات التطليق.

ثانيا: التحكيم في حالة عدم ثبوت الضرر:

I- مفهوم التحكيم:

1- **لغة:** "من حكم، والحكم هو من يقع عليه الاختيار للفصل بين المتنازعين[1]..." ومنه قوله تعالى: " **فَاصْبِرْ لِحُكْمِ رَبِّكَ وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ آثِمًا أَوْ كَفُورًا** "[2].

2- **اصطلاحا:** عرفه الزرقا بأنه: "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حكماً بينهما للفصل في خصومتهما"[3].

أما جمهور الفقهاء فقد عرفوه بأنه: "تصيير غيره حاكماً فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق الناس كافة وفي حق غيرهما بمنزلة الصلح"[4].

ومن هذه التعريفات الاصطلاحية نستنتج وأن التحكيم هو: اتفاق خصمين على جعل شخص آخر حكماً للفصل في النزاع القائم بينهما بعد توفر الشروط اللازمة لذلك.

3- دليل مشروعية التحكيم:

أ- **من الكتاب:** قوله تعالى: " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** "[5].

1- محمود المسعدي، القاموس الجديد، ط5، 1984ن ص 286.

2- الآية 24، سورة الانسان.

3- سهيل الأحمد، التحكيم بين الزوجين حال النزاع والشقاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني والمواثيق الدولية، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث، المجلد 5، العدد1، دون سنة النشر، ص 252.

4- المرجع نفسه، ص ص 252-253.

5- الآية 35، سورة النساء.

ب-**من السنة:** ما روي أن النبي –ص– قبل تحكيم سعد بن معاذ في بني قريضه حيث قال: "إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: فإني أحكم أن تُقتل المقاتلة وأن تسبى الذرية، قال: لقد حكمت فيهم بحكم الملك"[1].

II- شروط الحكمين:

من الشروط التي اتفق عليها للحكمين هي: الإسلام والتكليف والعدالة والذكورية[2].

أمّا وجه الاختلاف، فهو في كون الحكمين من أهل الزوجين أم لا، ويرى الفقه المالكي أنّ الحكمين وجب أن يكونا من أهل الزوجين، بينما جمهور الفقهاء، فيرون ذلك مستحبا فقط[3].

III- مهمة الحكمين في الفقه الإسلامي:

يرجح الفقه الإسلامي، مهمة الحكمين، في معرفة سبب الشقاق الرئيسي بين الزوجين، أهو من عند الزوج، أو الزوجة، أو من طرفهما معًا، أو لسبب مجهول وبالتالي وجب التمييز بين هذه الحالات الأربعة[4]:

- حالة الإساءة من الزوج: هنا، يقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة مع احتفاظ الزوجة بحقوقها.
- حالة الإساءة من الزوجة: هنا، يكون الخلع مقابل البدل تدفعه الزوجة.
- إذا كانت الإساءة من قبل الزوجين معًا: هنا، كان الاقتراح خياراً بالعوض أو بدونه.
- إذا كانت الأسباب مجهولة: هنا، يقوم الحكمان بكتابة تقرير يُرفع للقاضي يذكران فيه الأسباب واقتراح التفريق دون عوض.

غير ان بعض المذاهب (الأحناف، الحنابلة، الشافعية) رأوا أن للحكمين دور الوكيل، وليس لهما الصفة القضائية[5].

1- البخاري، المرجع السابق، حديث رقم 3043، ص 282.

2- عبد المومن بلباقي، المرجع السابق، ص 122.

3- المرجع نفسه، ص ص 120-122.

4- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 132.

5- عبد المنعم نعيمي، دور الحكمين في إجراء الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الإحياء، الإحياء، المجلد 21، العدد29، 2021، ص ص 263-265.

IV- موقف قانون الأسرة الجزائري من دور الحكمين:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقيما تقريراً عن مهمتهما في اجل شهرين".

وبالتالي نلاحظ وأن المشرع الجزائري سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده،

- قد حذا نفس اتجاه الفقه المالكي في تعيين الحكمين من أهل الزوجين[1].
- لجوء القاضي إلى الحكمين يكون فقط في حالة عدم اثبات الضرر من قبل الزوجين أو أحدهما.
- شرط استمرارية الشقاق وتكراره بين الزوجين.
- مهمة الحكمين البحث عن أسباب النزاع والشقاق، وتقديم تقرير للمحكمة في ذلك.
- تحديد المسؤولية لكلا الزوجين.

وبالتالي نلاحظ وأن المشرع الجزائري يختلف في دور الحكمين، عن التشريع الإسلامي، كون هذا الأخير يوكل مهمتهما حتى في اقتراح حل النزاع سواء التفريق، العوض...إلخ، إلّا أن دورهما في القانون الجزائري هو الكشف فقط عن أسباب سوء العشرة، وترك المجال للقاضي بعد الاطلاع على التقرير[2] المقدم في الآجال المناسبة، بمعنى أنهما ليسا حكمين بل يعتبران بمثابة وكيلين فقط[3]، وهو نفس اتجاه جانب من الفقه الإسلامي[4].

ويكون تعيين الحكمين من قبل قاضي الاستعجال طبقا لما جاء في نص المادة 56 قانون الأسرة الجزائري[5].

1- عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 122.

2- المادة 446، من ق.إ.م.إ، السالف ذكره.

3- قرار قضائي رقم 75812، بتاريخ 1989/12/25، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1991، ص 71.

4- عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص 265.

5- الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، التربوية، 2000، ص 63.

المطلب الثاني: من حيث تقدير التعويض

لقد خوّل القانون للقاضي تقدير التعويض في حالات الضرر المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ.ج، حيث نص في المادة 53 مكرر على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، فيبني التعويض على أساس قانوني تحدده نوع السلطة المخولة له (مقيدة أو مطلقة)، العرف وطبيعة الأضرار، الى جانب معايير تقديره للضرر والتي تشمل كل من ضابط الضرر وطبيعة المعيار(شخصي أو موضوعي)، والتي تحددها وقائع القضية.

الفرع الأول: أساس تقدير القاضي للتعويض:

ويتعلق الأساس القانوني للتعويض بضوابط الضرر والسلطة التقديرية للقاضي ونوع الأضرار.

أولا: ضوابط الضرر[1]:

يتعلق الضرر بالضوابط الشرعية وفقا لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"[2]، ويقصد بها تلك التي تمكن القاضي من رفع الضرر، أو دفعه بعد وقوعه لإزالته وإزالة آثاره، ويمكن إجمال علاقتهما بما يلي:

الفترة الزمنية: وهذا يرجع إلى سرية العلاقات الزوجية، التي لا يمكن لأي شخص كان الاطلاع عليها، فنجد الشرع ربطها بمدة محددة، إذا تجاوزتها اعتبرت ضرراً كهجر المضجع لمدة تزيد عن أربعة أشهر[3] وما يقابلها في الشريعة مما يسمى الإيلاء لقوله تعالى: "**لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيم وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** "[4].

ويرى بذلك جمهور الفقهاء (الشافعية، المالكية، الحنابلة)، أنّ الزوج إذا لم يفيء إلى زوجته في هذه الفترة المحددة، يمكنها مخاصمته أمام القضاء، ولا يمكن للقاضي أن يطلقها إلا بعد شكواها له وطلبها ذلك[5].

1- عبد القادر بن عزوز، قاعدة الضرر يزال، ضوابطها وتطبيقاتها، عرض نماذج من فقه الأسرة في الفقه المالكي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد3، 2004، ص ص 84-86.

2- مالك بن أنس، المرجع السابق، باب القضاء في المرفق، كتاب الأقضية، حديث رقم 34/1424، ص 413.

3- الفقرة 3، المادة 53، ق.أ.ج.

4- الآيتين 226، 227، سورة البقرة.

5- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 155.

I. **وسائل الاثبات:** حيث تعتبر من أهم الضوابط التي يعتمد عليها القاضي ويثبت الضرر في الشريعة السلامية بـ[1]:

- الإقرار.
- الشهادة المعتادة.
- السماع الفاشي المستفيض.

ويقابلها قانوناً، طرق الاثبات المنصوص عليها في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، السابقة الذكر، والتي تختلف باختلاف حجيتها.

II. **حكم القاضي (الحاكم):** أي أن السلطة التقديرية للقاضي في ضبط الضرر، وتقدير التعويض اللازم له، بعد التأكد من وسائل الاثبات المقدمة من قبل الزوجة، في حالة تمكنها من ذلك، او استعانة القاضي بالخبراء والمعاينات القضائية، حيث نصت المادة 125 قانون إجراءات مدنية وإدارية على: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

III. **نية الإضرار:** وتعتبر هي الأخرى من القضايا الشائكة، فالنوايا صعبة الإدراك، فهي خفية، وترتبط بالمدعى عليه وفي قضايا الأسرة، والتطليق تتعلق بالزوج، حيث يقع عبء إثبات نيته على الزوجة.

وفي الفقه الإسلامي، وضع جمهور الفقهاء علامات يستشفون منها القصد في الإضرار منها[2]:

- تكرار الفعل.
- الظهار.
- المرض المانع من الوطء.

IV. **ما يتوقع من الفعل:** وهو ما اعتمده فقهاء المالكية، بمعنى النظر الى مآل التصرفات والأفعال وما ترتبه من أضرار في المستقبل متى ثبت ذلك، بمعنى هل هذا الفعل الذي صدر من أحد الزوجين، سيؤدي وقوعه حتما إلى ضرر أحد منهما أم لا؟ [3].

1- عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 142.
2- عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 85.
3- المرجع نفسه، ص 86.

ويظهر ذلك جليا في الشقاق المستمر بين الزوجين، حيث ينظر القاضي عن طريق جلسات الصلح وبعث الحكمين لتقدير نتيجة الأضرار فيما إذا كانت تستوجب فك الرابطة الزوجية أم الإبقاء عليها

V. **الجهل بحال الضار**: فالعلم بالشيء يقتضي الرضا به، وهذا ما ورد في الفقرة 1 من المادة 53 من ق.أ.ج، التي تنص على طلب التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره.

ثانيا: سلطات القاضي:

يتمتع قاضي شؤون الأسرة بنوعين من السلطات التقديرية[1]، وهي سلطة تقديرية مطلقة تارة، وتارة أخرى مقيدة، في إطار ما خول له القانون.

I. **السلطة التقديرية المقيدة:**

وهي تلك المذكورة في نص المادة 53 قانون أسرة جزائري، بمعنى ان القاضي إذا ثبت لديه بالأدلة المعروضة عليه، سواء القانونية أو الشرعية، حكم للمطلقة بالتطليق للضرر.

ونذكر منها على سبيل المثال: صدور حكم جزائي نهائي لعدم إنفاق الزوج[2] على زوجته ما عبرت عنه الفقرة الأولى من المادة 53 ق. إ. ج بقولها: "يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

وهو يخضع لرقابة المحكمة العليا في حكمه بالتعويض عن النفقة والمتعة[3].

1- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية، جامعة وهران، 2006، ص 28.

2- قرار قضائي رقم 19743، بتاريخ 1984/11/19، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1989، عدد3، ص 76.

3- قرار قضائي رقم 75029، بتاريخ 1991/06/18، محكمة عليا، م.ق، 1992، عدد 1، ص 5.

II. السلطة التقديرية المطلقة:

وهي التي وردت فيها الفقرة 10 من المادة 53 قانون أسرة جزائري، موضوع دراستنا، حيث لا يخضع من خلالها القاضي لرقابة المحكمة العليا[1]، في تقديره للتعويض المناسب، قصد جبر الأضرار التي لحقت بالزوجة فهي واسعة متى تبين للقاضي ثبوت ذلك.

ثالثا نوع الأضرار:

يختلف التعويض عن الضرر المعنوي عنه في الضرر المادي، كون هذا الأخير سهل التقدير، يعتمد تحديد عناصره على الفعل والضرر والعلاقة السببية بينهما[2].

بينما يشكل التعويض عن الضرر المعنوي صعوبة كبيرة في تقدير القاضي رغم مرونة ضوابط تحديده واختلاف المحاكم في تقدير التعويض على نفس الضرر، كونها لا تعتمد على عناصر محددة، إضافة الى أن المشاعر والعواطف من العسير تقديرها ماليا[3].

I. قواعد التعويض المعنوي:

لا توجد قاعدة معينة للتعويض المعنوي، إلا أنه يمكننا أن نستشف ذلك من خلال الاجتهاد القضائي باستخلاص قاعدتين هما[4]:

1. أن لا يكون سببا للإثراء.
2. عدم وضع تسعيرة على أنواعه.

رغم أن هذه القاعدة الأخيرة محل خلاف فيما يخص بعض الأضرار المعنوية كالعاهات الدائمة والتشوهات التي تؤثر على الإنسان سواء مع نفسه أو مع غيره، وهذا ما يعرف بالضرر الجمالي[5].

1- سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، العدد6، دون سنة نشر، ص 296.

2- محمد بوصيدة، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، العدد 12، 2016، ص 154.

3- المرجع نفسه، ص 161.

4- المرجع نفسه، ص 168.

5- شارف بن يحيى، التعويض عن الضرر الجمالي الناتج عن حوادث المرور في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 10، العدد 1، ص ص 1460، 1462.

ومن الملاحظ أن نص المادة 53 مكرر ق.أ.ج قد أورد التعويض بصفة عامة دون تحديد لنوع الضرر الذي يشمله، مما يفهم وانه يشمل الضررين معا المادي والمعنوي.

II. طلب التعويض في الاجتهاد القضائي:

تقضي المحاكم بالتعويض للزوجة المتضررة حتى ولو لم تطلب ذلك، كون التعويض لصيقا بدعاوى التطليق، فقد حكمت المحكمة للزوجة تعويضا لجبر الأضرار المبالغ فيها نتيجة ما تعرضت له من قبل الزوج[1].

كما أنه يمكن للقضاء أن ينظر في دعاوى التطليق والتعويض معا في حالة ثبوت تضرر الزوجة وفق ما قررته المحكمة العليا في قرار لها في حالة ضرب الزوج للزوجة وطردها وإهماله لأولاده[2].

الفرع الثاني: معايير تقدير الضرر:

يعتمد القاضي في تقديره للضرر على معيارين هما: المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي[3] الى جانب دور العرف في تقدير الأضرار الموجبة للتطليق.

أولا: المعيار الموضوعي

وهو الذي لا يستعين به القاضي بالضوابط الذاتية، بل ينظر فيه إلى تلك المادية، بعد التأكد من الشروط الواجب توافرها في الضرر، فعلى سبيل المثال: ما ورد في الفقرة1 من المادة 53 ق. إ. ج حول التطليق لعدم الانفاق يحكم القاضي بذلك دون الأخذ بعين الاعتبار حالة الزوج المادية أو الزوجة[4].

ثانيا: المعيار الشخصي:

وهو الذي ينظر فيه إلى الشخص والظروف المحيطة بالخصوم، وتكون للقاضي على إثرها سلطة واسعة في تقدير الضرر والتعويض المناسب للزوجة.

1-قرار قضائي رقم 181648، بتاريخ 1997/12/23، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1997، عدد 1، ص 49.

2-قرار قضائي رقم 192665، بتاريخ 1998/07/21، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.م.ع، 2001، عدد خاص، ص 116.

3- عد الله عابدي، المرجع السابق، ص ص 98-102.

4- المرجع نفسه، ص 25.

ويعتد بالحالة الشخصية والعائلية للمتضررة، غير أنه وجب عليه أن يسبب مقدار هذا التعويض كي لا يتعرض حكمه للنقص[1].

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا، نجد وأنها متناقضة قبل تعديل قانون الأسرة، حيث لم تحكم بالتعويض للزوجة المطالبة للتطليق[2] في بادئ الأمر، ثم نجدها في أحكام أخرة تحكم بالتعويض، كما جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر في 1997/12/23 حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبرا شرعاً، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيها وتعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأَضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض النقض"[3].

تكون سلطة القاضي في قضايا التطليق للضرر، سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة وترتبط بالوقائع[4]، وهذا ما جرى به العمل القضائي في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1999/05/18: "من المقرر قانونا أن يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[5].

1- قرار قضائي رقم 75029، بتاريخ 1991/06/18، محكمة عليا، م.ق، 1962، عدد 1، ص 65.

2- قرار قضائي رقم 41104، بتاريخ 1986/05/05، محكمة عليا، غ.أ.ش، غير منشور، ذكره بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 269.

3- قرار قضائي رقم 181648، بتاريخ 1997/12/23، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1997، عدد1، ص 49.

4- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 230.

5- قرار قضائي رقم 222134، بتاريخ 1999/05/10، محكمة عليا، غ. أ. ش، عدد خاص، 2001، ص 126. ذكره العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 282.

ثالثا: العرف[1]:

يلعب العرف دورا مهما في دعاوى فك الرابطة الزوجية، وترجع هذه الأهمية الى كون العلاقات الزوجية هي علاقات تتسم بالخصوصية، الى جانب دوره في اثبات الضرر، خاصة التي يصعب اثباتها بالوسائل القانونية، فمثلا عندما يعتدي زوج على زوجته بالسب أو الشتم، يكون من الصعب إثبات ذلك بالمعاينة، حيث يدخل العرف في تقدير القاضي للأضرار الموجبة للتطليق، سواءا من حيث التوسيع أو التضييق.

I. **العرف في إثبات الضرر**: لقد أقر الفقه المالكي الى ثبوت الضرر بالسماع الفاشي بين الناس، وهذا ما يتطابق والعرف السائد الذي تعيشه الأسر من تقارب واشتراك في المرافق والسكن، فيجعل الأخبار سهلة التداول إذا ما وقعت شجارات أو نزاعات[2]، فيقبل القاضي الشهادة بالتسامع إذا اقتنع بها في إثبات الضرر، ويمكنه ردها إذا لم يطمئن لها، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1984/12/3، والذي جاء فيه: " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول الإثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضورا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي، يعد مخالفا للشريعة الإسلامية"[3].

II. **العرف في تقدير جسامة الضرر**: رغم أن المشرع الجزائري أخذ بالاتجاه المالكي الذي لا يشترط تكرار الضرر، إلا أن الفقرة 8 من المادة 53 ق.أ.ج التي تقضي بالتطليق للشقاق المستمر بين

1- محمد حجاري، مدى اعتماد القاضي للعرف في تقدير موجب الفرقة في دعاوى التطليق، دراسة مقارنة في القانونين الجزائري والمصري والعمل القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر، المجلة الشارقة للعلوم القانونية، مجلد 17، العدد 2، 2020، ص 770.

2- محمد حجاري، المرجع السابق، ص 770.

3- قرار قضائي رقم 35026، بتاريخ 1984/12/3، محكمة عليا، غ.أ.ش، م ق، 1989، ص 86.

الزوجين بغض النظر عن حجم الضرر، فقد جرى العمل القضائي الى أن كثرة الخصومات القضائية بين الأزواج دليل على وجود خلافات مستمرة تستوجب التطليق[1].

III. **العرف في آثار التطليق:** ويظهر ذلك جليا من خلال حكم القاضي فيما هو مشهود له للرجال مع اليمين، وما هو معهود للنساء مع اليمين (المادة 73 ق.أ.ج) فيما يتعلق بمتاع الزوجية، إذ يعتمد القاضي على العرف في تحديد ذلك، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: "وأما عن كيفية التمييز بين ما هو للرجال وما هو للنساء فالأمر يعود الى العرف المعمول به حسب ظروف الزمان والمكان بالنسبة لكل قضية"[2].

1- قرار قضائي رقم 624622، بتاريخ 2011/7/14، محكمة عليا، غ.أ.ش، م ق، 2012، ص 227.

2- قرار قضائي رقم 878597، بتاريخ 2013/5/16، محكمة عليا، غ.م، م.م.ع، 2013، عدد 1، ص 174.

المبحث الثاني: آثار التطليق للضرر

يترتب على التطليق للضرر المعتبر شرعاً مجموعة من المستحقات المالية منها ما هو متعلق بالزوجة بصفتها مطلقة، سنتناوله في مطلب أول ومنها ما هو متعلق بالأبناء، بصفتهم محضونين وهذا ما سنتعرض إليه في مطالب ثانٍ.

المطلب الأول: آثار التطليق للضرر بالنسبة للزوجة:

الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة يرتب آثار شخصية (فرع أول)(وآثار مادية (فرع ثاني).

الفرع الأول: الآثار الشخصية للتطليق عن الضرر:

تتمثل الآثار الشخصية للحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة المطلقة في: العدة، الحضانة.

أولا: العدة:

ذكر المشرع العدة كأثر من آثار الطلاق بموجب المواد 58، 59، 60، 61 من قانون الأسرة الجزائري، وقبل التطرق إلى أحكام العدة، أنواعها، دليل مشروعيتها، وجب أولاً التطرق إلى تحديد مفهومها لغة واصطلاحا.

I- مفهوم العدة لغة واصطلاحا:

أ- **لغة:** "عدة المطلقة، هي أيام أقراء وعدّة المتوفى زوجها، هي أيام حملها بعد الزوج، أيام حداد على الزوج "ج" عدد[1].

ب- **اصطلاحا:** عرفه الفقهاء العدة اصطلاحا بعدة تعاريف منها:

أولا: "هي أجل ضربه الشارع لإنقضاء ما بقي من آثار النكاح".

ثانيا: مدة تتربصها المرأة عند وقوع سبب الفرقة، فتمتنع عن الترويج بها وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم.

1- محمود المسعدي، قاموس الجديد، المرجع السابق، ص 655.

وعرفها المالكية: مدة يمتنع فيها الزواج بسبب طلاق المرأة..."[1].

II- دليل مشروعيتها:

الدليل على مشروعية العدة الكتاب والسنة والاجماع.

- **من الكتاب:** قوله تعالى: " **فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ**..."[2]

ومنه أيضا قوله تعالى: " **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**..."[3].

- وأما من السنة أحاديث كثيرة منها: قال مالك: "السنة عندنا أنّ الرجل إذا طلق إمرأته ولو عليها رجعةٌ فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها، قبل أن يمسها أنها لا تبني على ما مضى من عدتها وأنها تستأنف من يوم طلاقها عدة مستقبلية وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها".

وأيضا حدثني عن مالك عن يحي بن سعيد، عن سعيد بن المسبب أنه كان يقول: "الطلاق للرجال والعدة للنساء"[4].

ولقد انعقد الاجماع في عصر أصحاب رسول الله واستمر في جميع العصور[5].

III- أنواع العدة:

تنقسم إلى ثلاث أنواع بحسب سبب الفرقة والحال التي تكون عليها المرأة أثناء وصحة الزواج .

1- عدة بالقروء.

2- عدة بالأشهر.

3- عدة وضع الحمل.

1- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص ص 230-231.

2- الآية 4 ، سورة الطلاق.

3- الآية 1 ، سورة الطلاق.

4- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، ط3، دار الإمام مالك للكتاب، 2018، ص 326.

5- مصطفى محمد شلبي، المرجع السابق، ص 649.

1- العدة بالقروء:

وتكون للمرأة التي فارقها زوجها بعد الدخول أو الخلوة بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة، وتكون من اللاتي يحضن وغير الحامل، وهذا بعد الزواج الصحيح، أما إذا كان فاسداً فتعتد بالقروء بعد الدخول الحقيقي[1] ودليلها قوله تعالى: " **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** "[2].

2- العدة بالأشهر:

تكون للمرأة المطلقة بعد الدخول لأي سبب ، والتي لم تحض ولم تكن حاملاً فعدتها ثلاثة أشهر بنص القرآن الكريم[3] لقوله تعالى: " **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** "[4].

3- العدة بوضع الحمل:

"اتفق العلماء على أن الحامل، تنقضي عدتها بوضع الحمل سواء كانت من طلاق أو وطء شبهة"[5] فنص الآية جاءت عامة في المطلقات ومن في حكمهن. فالحامل التي توفي عنها زوجها اختلف فيها الفقهاء فذهب جمهور الفقهاء أن عدتها تنقضي بوضع الحمل حتى لو وضعت بساعة قبل وفاة زوجها[6].

IV- الأحكام الشرعية للعدة:

إن المقاصد الشرعية تستوجب أحكاماً للعدة يلتزم بها المطلق والمطلقة وهي ثابتة تتمثل في:

1- يجوز مراجعة المطلقة طلاق رجعي أثناء العدة، والمطلقة طلاق بائن ببينونة صغرى لا يجوز مراجعتها إلّا بعقد ومهر جديدين.

2- وجوب الأحداد في عدة الوفاة.

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، 1982م، ص 653.

2- الآية 228، سورة البقرة.

3- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 233.

4- الآية 4، سورة الطلاق.

5- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 234.

6- المرجع نفسه، ص 234.

3- حرمة الخروج من البيت لبعض المعتدات دون البعض.

4- ثبوت النسب والارث.

5- وجوب نفقة العدة[1].

ثانيا: الحضانة:

أولى المشرع عناية وأهمية كبيرتين للحضانة باعتبارها من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية للطفل فهو بحاجة ماسة لمن يرعاه ويهتم بهن وُعدُ الأم أولى بالحضانة من غيرها.

I- تعريف الحضانة:

أ- **لغة:** "مأخوذة من الحضن، وهو الجنب، والجمع أحضان والمصدر حضن، ومنه حضن الطائر بيضه، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وحضنت المرأة حاضنة، والحاضن والحاضنة الموكلات بالصبي يحفظانه ويربيانه"[2].

ب-**شرعا:** وردت عدة تعريفات فقهية للحضانة منها ما جاء في حاشية ابن عابدين من أن "الحضانة هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحضن في الحضانة"[3].

ت-**قانونا:** من القوانين التي عرفت الحضانة نجد قانون الأسرة الجزائري في المادة 62 بنصها "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

II- دليل مشروعيتها:

النصوص الشرعية أعطت الأولوية لحضانة الصغير إلى الأم من السنة والإجماع[4].

1- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص ص 236-237.

2- إبن منظور، المرجع السابق، ص ص 122-123.

3- حاشية ابن عابدين، رد المحتار على ذر المختار، الطبعة الأميرية وبلاق، 1323هـ، الجزء الثاني، ص 560.

4- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 302.

- **من السنة:** فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حضانة خمسة قضايا: جاءته إمرأة فقالت: يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، ففال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنحكي"[1].
- **من الاجماع:** "يروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق إمراته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق وأخذه فذهب جدته ثم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاها إياه، وقال لعمر الفاروق: "ربحها ومسها ومسحه أوريقها خير له من الشهد عندك"[2].

- **من المعقول:** أثبتت الدراسات أن الأم هي الأساس في نشأة سليمة وهي الأكثر عطاءاً له بالحب والعطف والطمأنينة[3].

III- ترتيب الحواضن في قانون الأسرة الجزائري:

سنبين تحت هذا العنوان ترتيب الحواضن في قانون الأسرة القديم 84-11 والترتيب الوارد في قانون الأسرة والمعدل رقم 05-02.

أ- ترتيب الحواضن في قانون الأسرة رقم 11/84:

الترتيب الذي أخذ به المشرع الجزائري قبل التعديل وارد بنص المادة 64 والتي كانت تنص على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ب-ترتيب الحواضن في قانون الأسرة المعدل 05-02:

غير المشرع الجزائري ترتيب الحواضن بالقانون المعدل بموجب الأمر 05-02، فعدلت المادة 64 كما يلي: "الام أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم جدة الأم، ثم جدة الأب، ثم الخالة، ثم العم، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة

1- إبن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين راجعه وقدمه وعلق عليه طه عبد الروؤف، مكبة الكليات الازهرية، ج الرابع، ص ص 360-361.
2- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 303.
3- المرجع نفسه، ص 303.

أن يحكم بحق الزيارة" فهدف المشرع من هذا التعديل هو إعطاء الأولوية للأب في حضانة الصغير على الجدة لأم والخالة.

القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة يراعي مصلحة المحضون، وليس الترتيب الوارد بنص المادة المذكورة اعلاه، وهذا ما أكده القرار رقم 613469 الصادر بتاريخ 2011/03/10 عن المحكمة العليا[1].

الفرع الثاني: الآثار المادية للتطليق عن الضرر:

تتمثل الآثار المادية للحكم بالتطليق للضرر بالنسبة للزوجة في: النفقة، النزاع في متاع البيت الزوجية والتعويض.

أولا: النفقة:

I- تعريف النفقة لغة واصطلاحاً:

أ- **نفق:** نِفاقا.

الشيء نفذ وفن وقلّ، البيع رَايجً ورُغبَ فيه، السوق قامت ورادّت تجارتها.

- **نفوقا:** الرحل أو الدابة، هلكت وخرجت روها.
- **أنفق:** افتقر أي ذهب ما عنده في زاده والمال صرفه وأنفذه.

والنفقة مع نفقات ونِفاق أو أَنفَاق اسم من الانفاق بمعنى نتفقه من الدراهم[2].

ب-اصطلاحا:

عرفت النفقة بعدة تعريفات عند الفقهاء منها: في المذهب المالكي: قال الشيخ أبي عبد الله الأنصاري: "هي ما به قِوامُ مُعتادِ حال الآدمي دون سَرَفٍ" وخاصة أن النفقة موضوعة للطعام والكسوة" ثم خصصت عنده عرفا في الطعام فقط[3].

1- قرار قضائي رقم 613469، بتاريخ 2011/03/10، محكمة عليا، غ أ ش، م ق ، 2012،عدد 01 ، ص 285.
2- المنجد في اللغة والاعلام. دار المشرق العربي، الطبعة الحادية والثلاثون، بيروت، لبنان، 1991، ص 82.
3- أبي عبد الله الأعضاري الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، ط الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993، ص ص 321-322.

كما عرفها الدكتور محمد علي محجوب:

بأنها ما تحتاج إليه الزوجة من طعام، أو كساء، ومسكن وخدمة، وكل يلزم لها بحسب العرف والعادة وهي واجبة للزوجة على زوجها حتى وإن كانت الزوجة غنية لا تحتاج إليها ما دام عقد الزواج صحيح[1].

ث-تعريفها قانونا:

من الملاحظ أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى لم يعرف النفقة بل اكتفى فقط بذكر مشتملاتها في المادة 78 منه التي نصت على: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

II- دليل مشروعتيها:

1- **من الكتاب:** قوله تعالى: " **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا**"[2].

وقوله أيضا: "**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى** "[3].

وقال الله تعالى أيضا: " **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ** "[4].

2- **من السنة النبوية الشريفة:** يوجد الكثير منها:

- روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبة حجة الوداع: "فاتقوا الله في النّساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهم بكلمة الله، ولكم عليهنّ أن لا يوطئن فُرُشكم أحدا تكرهونه

1- رتيبة عياش، (أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر- يوسف بن خدة-، 2007/2006، ص04.

2- الآية 233 ، سورة البقرة.

3- الآية 06، سورة الطلاق.

4- الآية 34، سورة النساء.

فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا مبرح، ولهن عليكم رزقهن، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[1] رواه مسلم.

3- من الإجماع:

اتفق العلماء على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهنّ وسبب ذلك هو احتباس الزوجة لحق زوجها وانتفاعه بها[2].

III- وجوب نفقة المعتدة:

أوجب المشرع الجزائري نفقة العدة بموجب نص المادة 61 من التقنين[3] ومنه قرر الفقه الإسلامي حق النفقة في العدة استناداً للقاعدة الشرعية (من حبس لأجل غيرهن وجبت نفقته عليه)، لذا وجب التمييز بين أنواع النساء اللواتي تلزم فيهن نفقة العدة وبين اللواتي لا تجب عليهن نفقه العدة.

أ- الفئة التي لا يجب عليها:

- المتوفى عنها زوجها، لأن نفقة الزوجة حق شخصي على الزوج.
- كل امرأة تعتد بسبب فرقة حاصلة من جهتها وهي محظورة شرعاً كالموطوءة بشبهة أو بزنا.
- المرأة التي طلقها زوجها بعد المعاشرة بدون عقد زواج صحيح[4].

ب-الفئة التي تجب عليها:

تجب على ثلاثة أنواع من النسوة هن:

- المتوفى عنها زوجها وكان العقد بينهما صحيحا شرعياً .
- كل امرأة كان سبب افتراقها من زوجها من جهتها وبإرادتها.
- كل امرأة طلقها القاضي على زوجها بعد طلبها، مثلما هو وارد بنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

1- أبو الحسن مسلم بن الحجاج النسابوري، صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار طيبة، الرياض، 2006، ص 55.
2- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 318.
3- المادة 61 من القانون رقم 84-11، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.
4- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 239.

- **نفقة المطلقة طلاقا رجعياً:**

أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على حقها في النفقة بكل مشتملاتها، من سكن، وعلاج وكسوة وغيرها، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الاستمتاع. وفي هذه الحالة تطبق أحكام نص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، فالمشرع الجزائري في هذه المادة لم ينص على الطلاق الرجعي وإنما نص على الطلاق بصفة عامة.

- **نفقة الإهمال:**

للمطلقة الحق في نفقة العدة في الفترة بعد النطق بالطلاق إلى غاية انقضاء عدتها، أما فيما يتعلق بنفقتها قبل النطق بالطلاق تمسى بنفقة الاهمال التي غالبا ما تغادر فيها الزوجة من مقر الزوجية لتبقى مدة زمنية معينة عند أهلها دون انفاق، مما يترتب عليه طرح قضية الطلاق على الجهة القضائية المختصة، ومن خلالها يحق للزوجة المطالبة بنفقة إهمالها، مما يستوجب على القاضي الفصل فيها طبقا لمقتضيات المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري[1].

كما تجدر الاشارة الى أن ابقاء المطلقة الساكنة مع مطلقها انتهاك لقواعد الشريعة الاسلامية وخرق لمقصد من مقاصد الشرع، وهذا ما ورد بالقرار رقم 33130 الصادر بتاريخ 1984/05/14.[2]

كما أن نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة، على عاتق الزوج حسب القرار رقم 390091 الصادر بتاريخ 2007/04/11 عن المحكمة العليا[3].

ثانيا: النزاع في متاع البيت الزوجية:

من أهم المشاكل التي قد تثور ونتيجة انحلال الرابطة الزوجية النزاع حول متاع البيت الزوجية من تأثيث وأغطية وأفرشة، وغيرها من الأغراض. قد عالج المشرع هذا النوع من النزاعات بموجب أحكام المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على ما يلي: إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

1- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص ص 240-241.

2- قرار قضائي رقم 33130، بتاريخ 1984/05/14، محكمة عليا، غ .ش.أ.م، م م ع ، 1990، عدد01، ص 57.

3- قرار قضائي رقم 390091، بتاريخ 2007/04/11، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 2008 ،عدد 01،ص 245.

يتضح من خلال نص المادة أن القاضي يعتمد في الفصل في المنازعات على قاعدة الكتابة، أي المسألة هنا مسألة إثبات فعلى الطرف الذي يدعي ملكية الأمتعة أن يقدم دليلاً للمحكمة يثبت ذلك. فالبينة على من إدعى واليمين على من أنكر. وفي غياب البينة والدليل فما طلبه الزوج ونازعته فيه الزوجة وكان مما يصلح للرجال عادة وانكرت الزوجة ملكية الزوج له فإنه يحكم به للزوج مع أداء اليمين.

وما كان مما يصلح للنساء وطالبت به الزوجة وأنكر الزوج ملكيته للزوجة فيحكم به لصالح الزوجة مع أداء اليمين.

وإذا كان المتاع يصلح استعماله من قبل المرأة والرجل على حد سواء وليس لهما بينة على امتلاكه فيقتسمانه مع اليمين طبقا للفقرة 2 من المادة 73.

ثالثا: التعويض:

من الآثار المترتبة على الحكم بالتطليق التعويض عن الأضرار التي لحقت بالزوجة، وبالرجوع إلى القاعدة العامة فإن التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر وهذا استناداً لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري.[1]

أجاز المشرع الجزائري للقاضي بموجب نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، فللقاضي السلطة التقديرية في تقدير هذا التعويض.

كما أجاز المشرع الحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بها إذا تعسف الزوج في الطلاق وهذا ما ورد بنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري[2].

كذلك عند نشوز الزوج، يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر(الزوجة) وهذا طبقا لما ورد بنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

1- المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

2- المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري السالف ذكره.

مقدار التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وهذا ما قررته المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها "من المقرر قانوناً أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع"[1].

وتجدر الإشارة إلى أن متعة الطلاق من المواضيع المهمة التي يجهلها الكثير من الناس، فتعتبر بالنسبة للشريعة الإسلامية بمثابة تعويض يعطى للزوجة المطلقة تطبيباً لها وجبراً لخاطرها المنكسر وتعويضا له عن الضرر اللاحق بها بسبب الطلاق الذي اوقعه الزوج. هذا ما أدى إلى الخلط بينهما وبين التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تطرق إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة[2].

المطلب الثاني: آثار التطليق للضرر بالنسبة للأبناء:

يترتب على الحكم بالتطليق عن الضرر آثار عديدة على الأبناء بصفتهم محضونين تتمثل في: النسب، النفقة، حق السكن، سنتناول فيما يلي كل حق من هذه الحقوق على حدى.

الفرع الأول: النسب

كان النسب في الجاهلية يتم بطرق مختلفة، منها الزوجية والملك غير أنه عند مجيء الإسلام غير المجتمع الأسس القائم عليها، حيث حرم التبني واعتبر فراش الزوجية هو الموجب للنسب[3]، ولقد أولى المشرع الجزائري اهتماماً ملحوظا بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بذويهم مستنداً في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية ونظّمه في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة[4].

فذكر في المادة 40 أسباب ثبوت النسب وحصرها في الزواج الصحيح أو الإقراء أو البينة أو نكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول.

1- قرار قضائي رقم 216865، بتاريخ 1999/03/16، المحكمة العليا، غ. أ. ش، م. ق للاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية،2001، عدد خاص، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 256.

2- سمية عبد العزيز، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، حجم 9، عدد 16، 2014/06/01، ص 99.

3- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 370.

4- بركان فتحي، الحق في النسب والحضانة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون قضائي، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019 ص 7.

كما أجاز للقاضي في الفقرة الثانية من نفس المادة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وقد أنسب في المادة 41 الولد لأبيه متى كان الزواج صحيحا أو أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية.

كما حدد في المادة 42 أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر وأقصى مدة له تقدر بعشرة أيام.

وسنتطرق في هذا الفرع لموضوع ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين باعتبار النسب من الحقوق المكتسبة للأولاد بعد الفرقة ولارتباطها بموضوع دراستنا هذا.

أولا: ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين:

إذا تمت الفرقة بين الزوجين لأي سبب كان بطلاق أو وفاة، ثم جاء الولد، فلا يعدو ان تكون عدتها بالقروء أو بالأشهر، وأن تكون قد أقرت بانتهاء العدة أم لا، فإذا كانت عدتها بالقروء وأقرت انقضائها، ثم وضعت ولداً لستة أشهر فصاعداً بعد انقضاء العدة. فعند الحنفية والحنبلية لا يلحق نسب الولد بالزوج لأنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها وحل نكاحها. وإن كانت عدتها بالأشهر ثم أتت بولد في مدة الحمل نُسب الولد للزوج لأنها كانت تدعي الأياس وتبين كذبها. وإن كانت من ذوات الحيض لا يجوز ما ينافي كونها حاملاً.

أما عند الشافعية والمالكية في حالة العدة بالقروء ينسب الولد بالأب ما لم تتزوج أو تأتي به بعد مدة الحمل.

وإذا أتت بولد في مدة الحمل ولم تقر بانقضاء عدتها فيلحق نسب الولد بالزوج، وتنتهي عدتها بوضع الحمل[1].

I- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول:

المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا** [2]"، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في

1- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 374.

2- الآية 49 ، سورة الأحزاب.

قرارها الصادر بتاريخ 1996/06/18 "من المقرر شرعاً أن تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب على المرأة المطلقة غير المدخول بها"[1].

اختلف الفقهاء فيمن طلقت بعد العقد عليها ولم يدخل بها زوجها، فذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن الرجل لو تزوج إمراه ثم طلقها عقب العقد مباشرة من غير إمكان وطئتها، وأتت بولد لستة أشهر من العقد لم يحلق به كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر للتأكد من أنها حملت قبل إبرام العقد، وحجة الجمهور هنا ان إمكان الوطء أو التلاقي هو شرط لثبوت النسب وليس العقد، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش" فالمرأة عند الجمهور لا تكون فراشا إلّا بالوطء، وعليه فإن أتت به أكثر من ستة أشهر فإنه يلحق بالزوج المطلق ما دام تلاقيهما ممكناً، وإن أتت به أقل من ستة أشهر لا يلحق لأن أقل مدة للحمل ستة أشهر.

أما الحنفية فعندهم النسب يثبت بمجرد العقد لأن المرأة عندهم تثبت فراشاً بعقد النكاح وليس بالوطء[2].

الرأي الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الولد يثبت نسبه من المطلق إذا طلق قبل الدخول وأتى بالولد لستة أشهر أو أكثر مع إمكان التلاقي[3].

- **موقف القانون:**

حدد القانون أطول مدة للحمل بعشرة (10) أشهر فكل حمل جاء بعد ذلك إذا كانت الزوجة مطلقة أو متوفي زوجها لا تعتبر مدة حمل طبيعية[4]، وقد نص القانون على ذلك في المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري[5].

1- قرار قضائي رقم 137571، بتاريخ 1996/06/18، المحكمة العليا غ. أ. ش، مجلة قضائية،1997، عدد02 ص 93.

2- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، ط الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص، 208.

3- المرجع نفسه، ص 209.

4- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 375.

5- المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري، السالف ذكره.

II- ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول:

وهي الأكثر اختلافا بين الفقهاء فإما أن تكون رجعية أو لا رجعية وهي البائن[1]. أما المشرع الجزائري فقد ذكر في المادة 49 من قانون الأسرة أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

وعليه فإن المطلقة بعد الدخول لا تعتبر مطلقة إلا بعد صدور حكم يقضي بذلك.

في حين تنص المادة 60 من قانون الأسرة على انه "أقصى مدى الحمل 10 أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق". ونصت المادة 43 منه على أنه" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال او الوفاة.

1- ثبوت نسب ولد المطلقة رجعياً:

المطلقة طلاقاً رجعياً فصل فيها الحنفية خير تفصيل حيث قال لو طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعيا وأقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد من مطلقها في مدة تحتمل ذلك فإن الولد ينسب للمطلق إن أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بانقضاء العدة فإن النسب يثبت بذلك وبالعكس من ذلك إذا كانت الولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فإنه لا يلحق الولد بالمطلق.

أما المالكية فقالوا فيمن طلقت وأقرت بانقضاء عدتها ثم تزوجت بعد إقرارها بانقضاء عدتها، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم وطئها الثاني فإن الولد يكون للزوج أول صاحب العدة، والعكس لو أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من يوم وطئها فإن الولد يلحق بالزوج الثاني قطعا[2].

2- ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقا بائنا:

استنادا للنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري فإنه لا يثبت نسب ولد المطلقة إلّا إذا ولد بعد مضي أقصى مدة الحمل اعتبارا من تاريخ الإنفصال إلّا إذا أقر به الزوج المطلق وهي حالة لإثبات النسب وهي الإقرار[3].

1- خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 210.

2- المرجع نفسه، ص 210 وما يليها.

3- المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري، السالف ذكره.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/19، حيث جاء فيه: "من المقرر أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبني في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد 04 أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني.

اعتمادا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعاً فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية[1].

أما المذهب المالكي فقد اعتبر المطلقة بالثلاث (البائنة والتي انقضت عدتها) كالرجعية فجاءت بولد أكثر من سنتين أيلزم الزوج أم لا؟ قال: يلزمه الولد في قول مالك إذا جاءت بالولد في ثلاث سنين أو أربع أو خمس قال ابن القاسم وهو رأيي في الخمس"[2].

ثانيا: ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها:

بالرجوع إلى نص المادة 43 من قانون الأسرة فإن الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الوفاة[3].

وهذا الاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة ويكون الفراش قائماً وقت الوطء، فيثبت النسب احتياطيا لمصلحة الولد ولا يثبت النسب احتياطيا لمصلحة الولد ولا يثبت نسبه إذا جاءت به لأكثر من 10 أشهر لأنه من غير المعقول أن تكون حملت بعد وفاة الزوج[4].

الفرع الثاني: النفقة:

يختلف وجوب النفقة على الأبناء في كونهم صغاراً أو كباراً، فنفقة الصغار واجبة على الأب دون خلاف، لأن الأب على الصغير ولاية ومؤونة، أما إذا كان للصغير مال فنفقته في ماله، فإذا بلغ الصغير ووصل حد القدرة على الكسب[5]، فإن للأب أن يؤجره أو يعلمه حرفة يكتسب منها، وتصبح نفقته في

1- قرار قضائي رقم 193825 ،بتاريخ 1998/05/19، عن المحكمة العليا غ. أ. ش، م. ق، 2001، عدد خاص ص 73.

2- خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 218.

3- المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري.

4- بركان فتحي، المرجع السابق، ص 19.

5- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 418.

كسبه، غير أن النفقة تجب للولد الكبير العاجز عن الكسب، "وقد ذهب مالك رحمه الله إلى تضييق دائرة القرابة الموجبة للنفقة على القريب المعسر الفقير فقصرها على الأبوين والأولاد الصلبيين دون بقية الأصول والفروع.

جاء في المدونة: "قلت من تلزمني نفقتهم في قول مالك؟ قال: الولد ولد الصلب دنية، تلزمه نفقتهم في الذكور حتى يحتلموا، فإذا احتلموا لم تلزمه نفقتهم، والنساء حتى يتزوجن ويدخل بهن ازواجهن"[1]، والدليل على نفقة الأولاد قوله تعالى: " **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** "[2]، وقال تعالى "أينفق ذوي سعة من سعته ومن قُدِرَ عليه رزقُهُ فلينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله نفساً إلّا ما آتاه"، وقال جلا وعلا: " **وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ** "[3].

وسنتطرق في هذا الفرع إلى شروط النفقة أولاً ثم إلى مشتملات النفقة ثانيا.

أولا: شروط النفقة:

1- أن يكون المنفق عليه صغيراً، لا مال له ولا كسب يستغنى به، عن انفاق غيره.

2- أن يكون المنفق الذي تجب النفقة عليه، له ما يفضل عن نفقة نفسه، إما من ماله، وإما من كسبه، فليس عليه شيء، لما روي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله (ص) قال: "إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فإن فضل فعلى عياله فإن كان فضل فعلى قرابته".

3- أن يكون المنفق وارثا لقوله تعالى: "وعلى الوارث مثل ذلك"، ويستثنى من هذه الشروط الآباء والأولاد الصلبيين.

4- ويضيف الأحناف شرط أن يكون المنفق في غير نفقة الأبوين على إبنهم ونفقة الإبن على أبيه موسراً، وحد اليسار هو أن يكون له كسب دائم يكفي حاجته ويزيد.

وتستمر النفقة على الأولاد حتى يقدر على الكسب أو حتى يحتلم مع قدرته على الكسب، وتستمر على الأب إذا بلغ الصبي عاجزاً عن الكسب لعاهة بدنية أو عقلية.

1- المصري مبروك، الطلاق وأثره من قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية مقارنة، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 488.

2- الآية 233 ، سورة البقرة.

3- الآية 39، سورة سبأ.

وإذا كان بعض الفقهاء لم يفرقوا بين البنت والولد في هذا الشأن كالشافعية الذين ألزموا الأب على نفقة البنت حتى تبلغ المحيض إذا بلغت قادرة على الكسب ما لم تكن بها عاهة تعجزها عن ذلك.

أما الإمام مالك رحمه الله الذي يذهب إلى أن الفتاة بعد أن تطلق لا يلزم الأب بنفقتها[1].

- **موقف القانون:**

نص المشرع الجزائري في المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

من خلال استقراء نص المادة نجد أن المشرع وافق آراء الفقهاء في إن كان للولد مال فلا نفقة له على أبيه، فنفقته من ماله.

كما أنه حدد إستمرار النفقة بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الزواج والدخول، وتسقط إذا توفرت القدرة على الكسب.

ولم ينص القانون على إلزام الولد بالكسب، فكان جديراً به أن ينص على ذلك، كما أنه لم ينص على نفقة الأنثى بعد الطلاق وكان الأولى به أن ينص على ذلك، كما ذهب إليه الحنفية بوجوب النفقة للأنثى بعد الطلاق[2].

ثانيا: مشتملات النفقة:

تشمل النفقة الطعام والمسكن والكسوة، وتشمل أيضا الأخدام إذا كان الفقير محتاجاً إلى خادم كأب كبير أو مريض، كما تشمل أيضا نفقة المرض بأنواعها كأجرة الطبيب وثمن العلاج، وإن كان الفقهاء لم ينصو على نفقة المرض، ولكن نصوا على وجوب الأخدام[3].

1- المصري مبروك، المرجع السابق، ص 491 وما يليها.
2- المرجع نفسه، ص 496.
3- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 427.

وتقدر النفقة بقدر الكفاية من الخبز والإدام والكسوة وغيرها لأنها وجبت للحاجة فقدرت بما تندفع به الحاجة، وقد قال رسول الله (ص) لهند: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[1]، فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية فإن احتاج إلى خادم فعليه أخدامه[2].

- **موقف القانون:**

نصت المادة 78 من قانون الأسرة على مشتملات النفقة كما يلي:

"تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

إن العناصر التي اشتملتها نص المادة السالفة الذكر والمتمثل في:

الغذاء من مأكل ومشرب، اللباس والكسوة، العلاج بالقدر المعروف[3].

فالمشرع اعتبر نفقة العلاج من ضمن النفقة الواجبة على الأب تجاه ولده، بالإضافة إلى السكن وفي حالة عدم القدرة أجرته وكذا كل ما يعتبر من الضروريات والأساسيات في مجتمعاتنا وما تتطلبه الحياة اليومية.

إلّا أن المشرع في المادة 76 من قانون الأسرة نص على وجوب نفقة الأولاد على الأم في حالة عجز الأب وكانت الأم قادرة على ذلك.

كما أن القاضي يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش وهذا ما نصت عليه المادة 79 ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.

1- صحيح البخاري، كتاب النفقات، المرجع السابق، ص 418.

2- المصري مبروك، المرجع السابق، ص 494.

3- بكري بختة ومتاري ليلى، النفقة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية العلوم السياسية والقانونية، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة، 2018، ص 23.

الفرع الثالث: السكـن:

يعتبر حق الأولاد في السكن أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية، فإذا كان للحاضنة مسكن، فتحضن فيه المحضون تبعا لها وليس لها سكنى خاصة لتحضن فيها المحضون. فإن لم يكن لها مسكن، فعلى من عليه نفقة المحضون إيجاد سكن له، هذا عند الحنفية.

أما عند المالكية، فالسكن على الأب المحضون لا الحاضنة، بل هناك قول في المذهب المالكي يقضي بأن أجرة السكن تكون الجماجم ويجتهد في ذلك الحاكم، والحاضنة تدفع اجرة نفسها في السكن، وليس لها أجرة في نظير الحضانة. وإذا كانت الحاضنة تقدم عملاً للمحضون ولأب المحضون، فكيف تلزمها لدفع أجر للسكن الذي يؤجره ولي المحضون.

والفقه هو ما عليه الحنفيةً من انه ولي المحضون إن لم يكن مال إيجاد مسكن على حسب وسعه، لحضانة من تجب عليه نفقته، فإن كان معسراً فليس عليه شيء وعلى الحضانة أن تسكنه حيثما سكنت، فإذا اختل شرط من شروط الحضانة مع عدم وجود مسكن للحضانة تنتقل الحضانة إلى من يليها[1].

- **موقف القانون:**

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة على السكن واعتبره من مشتملات النفقة وقد أوجب المشرع في المادة 72 من قانون الأسرة في حالة الطلاق على الوالد المحضون بتهيئة مسكن له أو دفع أجرته، فالتعديل 05/09 ألغى جميع الشروط وألزم الزوج المطلق بتوفير مسكن ملائم للمطلقة الحاضنة مع أولادها وإن تعذر عليه ذلك بدفع الإيجار، وتضيف الفقرة الثانية من المادة ببقاء المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية حتى تنفيذ الزوج المطلق للحكم.

1- المصري مبروك، المرجع السابق، ص 518.

خلاصة الفصل:

في هذا الفصل عالجنا ضوابط تحديد القاضي للضرر المعتبر شرعا وآثاره، مبرزين سلطة قاضي الموضوع التقديرية والمطلقة فيما يتعلق بقبوله لوسائل الإثبات المعروضة عليه من قبل الزوجة المتضررة أو تلك التي يلجأ إليها في حالة عدم إثبات الضرر للتحقق منه وتقدير التعويض اللازم له دون رقابة المحكمة العليا. إضافة الى ما يترتب على فك الرابطة الزوجية من آثار التطليق للضرر سواء للزوجة المطلقة أو الأبناء المحضونين.

الخاتمة

الخاتمـــــة

لقد توصلنا من خلال دراستنا المنصبة حول التطليق للضرر المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري، إلى أن القاضي بالرغم من أنه يتمتع بسلطة واسعة في تقدير الضرر والتعويض، إلا أنه مقيد في حدود العرف السائد، والقوانين المنصوص عليها وما توصلت إليه الاجتهادات القضائية فيما يخص حالات الضرر المعتبر شرعا، بمعنى وجب أن يكون الضرر معتبرا شرعا، عرفا، قانونا وقضاء.

من جملة النتائج والاقتراحات المتوصل لها نورد ما يلي:

أولا: النتائج

– غياب تعريف للضرر في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة ببعض القوانين العربية (كالقانون الاماراتي والمغربي مثلا)، والرجوع الى القواعد العامة للقانون المدني، والإجراءات المدنية والإدارية، إضافة الى نص المادة 222 ق.أ.ج التي تمنح للقاضي إمكانية الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية.

– ضرورة توفر شروط خاصة بالضرر، كصدوره من الزوج وإيقاعه على الزوجة، وأن يكون معتبرا شرعا وليس لممارسة حق شرعي، إضافة الى استمراريته وعجز القاضي على الإصلاح.

– غياب التعويض المعنوي في الشريعة الإسلامية، فيما يخص الأضرار الواقعة على جسم ونفس الإنسان، فهي محل عقوبة (قصاص، حد) وفقا لما وضعه الشارع، دون تمييز بين أحوال الناس واختلافهم، فالإنسان يسمو أن يكون محل تعويض، والتعويض لا يكون إلا في حالة الضرر المالي.

– استقرار الاجتهاد القضائي على التعويض المادي والمعنوي.

– في حالة عدم تمكن الزوجة من اثبات الضرر، ترفض دعواها، فتلجأ الى الخلع وتفقد حقها في التعويض، أما بالنسبة للنشوز فقد منح المشرع حق فك الرابطة الزوجية للطرفين مع وجوب التعويض ويعتبر حالة من حالات الضرر.

– اعتبار الضرر ركن جوهري في التعويض لدى الفقه الإسلامي، بينما هو ركن من أركان المسؤولية الى جانب الخطأ والعلاقة السببية في القانون المدني الجزائري.

– تقدير الضرر واثباته وتعويضه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ويكون الاثبات بكل الطرق والوسائل القانونية، لاسيما (الإقرار، الشهادة، اليمين، القرائن القانونية...).

– لم ينص المشرع على أثار التطليق للضرر، لكنه نجح كثيرا في ضمان حقوق المرأة في هذه الحالة، ويظهر ذلك جليا من خلال قرارات المحكمة العليا.

– الضرر المعتبر شرعا المنصوص عليه في الفقرة 10 من المادة 53 ق.أ.ج شامل لجميع الفقرات التي تسبقه.

– هدف المشرع الجزائري من الفقرة 10، المادة 53 ق.أ.ج، هو حماية لحقوق المرأة من جهة، وترك السلطة التقديرية المطلقة لقضاة الموضوع في مجال تقدير الضرر والتعويض له.

ثانيا: الاقتراحات

نظرا لأهمية الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لبناء المجتمع السليم، ودور الزوجين في انشائها واستقرارها، واستمرار العلاقة القائمة بينهما على أساس المودة والرحمة والتعاون فإننا نقترح ما يلي:

– برمجة دورات تكوينية للشباب المقبل على الزواج، وتوعيته لتنمية وازعه الديني، وذلك عن طريق وسائل الإعلام ومواقع التواصل الاجتماعي، بإبراز أهمية وأهداف الزواج السامية، وحساسية هذه المؤسسة المقدسة، وعواقب انفكاكها، إضافة الى إظهار حقيقة الفضاءات والمنصات الإلكترونية الافتراضية وتأثيرها على الأجيال بما ينافي ما يدعو إليه ديننا الحنيف وعقيدتنا السمحاء.

– ضم الحالات أي أسباب التطليق المذكورة في المادة 53 ق.أ.ج للفقرة 10 من نفس المادة وجعل التطليق حقا لكلا الزوجين.

– إلغاء المادتين 55/ 56 من ق.أ.ج، كونهما تمثلان حالة من حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا، وتستوجبان التعويض.

– العمل عل فتح أكبر عدد ممكن من مسابقات ما بعد التدرج في تخصص قانون أسرة، كون هذا الأخير يشهد قلة الأبحاث والدراسات الأكاديمية مقارنة مع باقي تخصصات القانون الأخرى رغم أهميته.

– إحداث محاكم أسرية، ومكاتب لتسوية المنازعات المتعلقة بالأسرة، وتكليف قضاة بمساعدة أخصائيين نفسانيين واجتماعيين للفصل في قضايا التطليق والطلاق، للحد من ارتفاع نسب التفكك الأسري، باستحداث نظام إجرائي متخصص في الأسرة.

– تكوين قضاة متخصصين في مجال المنازعات والقضايا الأسرية، ومراعاة شروط توظيف القضاة في هذا المجال سواء من حيث السن، الحالة العائلية، الجنس، إضافة الى الأقدمية في مجال الأحوال الشخصية.

– عقد الكثير من الندوات والمحاضرات والملتقيات وكذا التكثيف من الدروس في المساجد، قصد التوعية والإرشاد في قضايا الأسرة، وكيفية المحافظة على الرابطة الزوجية المقدسة وحمايتها من الانفكاك بكل صوره، وتبيان أثارة الوخيمة على الزوجين والأولاد بصفتهم العنصر الأكثر تضررا.

قائمة المصادر

المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم

أولا: القوانين والتشريعات

أ/ التشريعات:

1- الدستور الجزائري المعدل لسنة 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442/20، جريدة رسمية عدد 28، المتضمن اصدار نص تعديل الدستور الجزائري المعدل والمتمم.

ب/ القوانين:

1- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25، لسنة 1920، المعدل بالقانون 25 لسنة 1929.

2- قانون الأحوال الشخصية السوري، رقم 59، لسنة 1953.

3- قانون الأحوال الشخصية التونسي، المؤرخ في 1956/08/13، المنشور بالرائد الرسمي، عدد 66، بتاريخ 1956/08/17.

4- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

5- قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15.

6- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين في السودان لسنة 1991.

7- القانون رقم 07 / 05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية عدد 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

8- القانون رقم 66-156، المعدل والمتمم من قانون العقوبات الجزائري، المؤرخ في 08 /1966/06، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون 19/15، المؤرخ في 2015/09/30، جريدة رسمية عدد 71، الصادرة في 2015/12/30.

9- القانون 28 للأحوال الشخصية الإماراتي لسنة 2005، المعدل والمتمم بموجب المرسوم قانون الإتحادي رقم 29 بتاريخ 2020/09/27.

ج/ الأوامر:

قائمة المصادر والمراجع

1- الأمر رقم 20/70، المؤرخ في 13 ذو الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

2- الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 15.

3- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية المؤرخة في 29 يونيو سنة 2015.

ثانيا: الكتب والمؤلفات:

أ/ الكتب:

1- إبن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين راجعه وقدمه وعلق عليه طه عبد الروؤف، مكتبة الكليات الازهرية، ج الرابع.

2- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المجلد 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987.

3- أبو الحسن مسلم بن الحجاج النسابوري، صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار طيبة، الرياض، 2006.

4- أبي عبد الله الأعضاري الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، ط الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.

5- أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، ط2، دار هومه، الجزائر،2017.

6- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

7- أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.

8- أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009م-1430هـ.

9- أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزاؤه، مجلد 1، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، سنة 1997.

10- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و آثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

11- إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، المجلد 1، دار بن عفان.

12- البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار التأصيل، 2012، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج3، مجلد2، حديث 4973.

13- المكتب العالمي للبحوث، الخلافات الزوجية في نظر الإسلام، بحث تحليلي في العلاقات الزوجية وأسبابها وطرق علاجها في ضوء الشريعة الإسلامية، منشورات دار مكتبة الحيات، بيروت، 1984.
المنجد في اللغة والاعلام. دار المشرق العربي، الطبعة الحادية والثلاثون، بيروت، لبنان، 1991.

14- التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.

الشيخ علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.

15- الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000.

16- بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ط 2000 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

17- بن الكثير، تفسير القرآن العظيم، ج 1، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2008.

18- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

19- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، دون تاريخ النشر.

20- بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، دون سنة النشر.

21- حاشية ابن عابدين، رد المحتار على ذر المختار، الطبعة الأميرية وبلاق، 1323هـ، الجزء الثاني.

22- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، ط الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

23- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة فب الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.

24- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والاثبات، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر.
الشرقاوي جميل، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة، 1976.

25- عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 2006.

26- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط 2، دار الفكر، القاهرة، دون سنة النشر.

27- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

28- عبد الله زهام، حماية الزوجة من عنف الزوج، دراسة على ضوء القانون رقم 15-19 المتضمن تعديل قانون العقوبات، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 28.

29- عبد المؤمن بالباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، سنة 2000.

30- عرفة الدسوقي، وآخرون، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، المطبعة الأزهرية، مصر، سنة 1934.

31- فاروق عبد الله كريم، الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، 2011.

32- فيصل بن ظهير بيك مغل، التعويض عن الضرر المعنوي، دون ذكر نوع المرجع، قسم الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، سنة 1427-1428.

33- لامية مجدوب، جريمة التزوير في المحررات الرسمية والعمومية في التشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

34- مالك بن أنس، الموطأ، باب القضاء في المرفق، كتاب الأقضية، 34/1424، ط3، دار الامام مالك، 2018.

35- مالك بن أنس، الموطأ، باب ما جاء في الشهادات، كتاب الأقضية، حديث رقم 1394/4، ط 3، دار الإمام مالك للكتاب، 2018.

36- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2007.

37- محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ط 1، دار اشبيليا، المملكة العربية السعودية، سنة 1999.

38- محمد حجاري، مدى اعتماد القاضي للعرف في تقدير موجب الفرقة في دعاوى التطليق، دراسة مقارنة في القانونين الجزائري والمصري والعمل القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر، المجلة الشارقة للعلوم القانونية، مجلد 17، العدد 2، 2020.

39- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

40- محمد عرفة الدسوقي، وآخرون، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، المطبعة الأزهرية، مصر، سنة 1934.

41- محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، جزء 1، 2، طبعة أولى، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982.

42- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، 1982م.

43- المصري مبروك، الطلاق وأثره من قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية مقارنة، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2010.

44- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وانحلاله، مجلد1، دار الوراق، السعودية، 2000.

45- وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآداء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتخصيص الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرست القبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، ج7، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر، دمشق، سنة 1985.

46- يوسف عبد الله محمد الشريفين، شبلي أحمد عيسى عبيدات، التفريق بين الزوجين للإيلاء، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010، علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن، مجلد 46 عدد 3، 2019.

ب/ المعاجم:

1- ابن المنظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، دون تاريخ نشر.

2- محمود المسعدي، القاموس الجديد، ط5، الشركة التونسية الجزائرية للكتاب، ،1984.

ثالثا: الرسائل الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009.

ب- رسائل الماجستير:

1- اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري "مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون العام "فرع العقود والمسؤولية" جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، سنة 2002. 2003.

2- رتيبة عياش، (أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر- يوسف بن خدة-، 2007/2006.

3- صغيري سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015.

4- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2006.

5- محمد عبد الله الرشيدي، الشهادة كوسيلة من وسائل الاثبات، دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

6- معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، سنة 2007..

ج- مذكرات الماستر:

1- بركان فتحي، الحق في النسب والحضانة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون قضائي، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019.

2- بغدادي فاطمة، النشوز بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون أسرة، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، سنة 2014.

3- بكري بختة ومتاري ليلى، النفقة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية العلوم السياسية والقانونية، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة، 2018.

4- بوبكر نوال، بن عزوز فاطمة الزهراء، الضرر المعنوي وآليات تعويضه في القانون الجزائري، مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص حقوق وحريات، قسم لحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2017.2016.

5- دامة مربعي، والي صابر، وسائل الاثبات المدنية والعلمية في بعض مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، قانون خاص، قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020/2019.

6- سماحي وفاء، عمران أسماء، الإقرار كدليل مطلق في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.

7- محمد قاسمي، التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة، دراسة في إطار القانون والفقه والقضاء المقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر، وحدة التكوين والبحث، الأسرة في القانون المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2017-2016.

رابعا: المجلات العلمية:

أ/ المجلات القضائية:

- المحكمة العليا، 11 ديسمبر 1968، م أ ق، وزارة العدل، ج 1، ص 79 مكرر، مجلس تلمسان، 16 مارس 1967، م ج، 1968، عدد4، ص 1221، ذكرته دليلة براف، التطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص 214، اطلع عليه يوم 2022/3/16 على الساعة 20:30 www.asjp.cerist.dz

ب/ المقالات:

1- آمنة تازير، حماية الزوجة من جميع أشكال العنف، على ضوء التعديل الجديد لقانون العقوبات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 1، العدد 1، 2019.

2- سمية عبد العزيز، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، حجم 9، عدد 16، 2014/06/01.

3- سهيل الأحمد، التحكيم بين الزوجين حال النزاع والشقاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني والمواثيق الدولية، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث، المجلد 5، العدد1، دون سنة النشر.

4- سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، العدد6، دون سنة نشر.

5- شارف بن يحيى، التعويض عن الضرر الجمالي الناتج عن حوادث المرور في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 10، العدد 1.

6- عبد القادر بن عزوز، قاعدة الضرر يزال، ضوابطها وتطبيقاتها، عرض نماذج من فقه الأسرة في الفقه المالكي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد3، 2004.

7- عبد المنعم نعيمي، دور الحكمين في إجراء الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الإحياء، المجلد 21، العدد29، 2021.

8- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، العدد13، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2018.

9- محمد بوصيدة، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، العدد 12، 2016.

10- منصوري المبروك، إجراءات الإثبات بالشهادة أمام قاضي شؤون الأسرة، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي، تامنغست، العدد 01، 2019.

11- نسيمة حشود، "التقدير القضائي للتعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد 7، العدد 02، ص 1423، نقلا عن نشرة القضاء، جوان 1969، رقم (هـ).

خامسا: الإجتهادات القضائية:

1- قرار رقم 26535، بتاريخ 1982/01/11، محكمة عليا، غ.أ.ش، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص 240، ذكره بلحاج العربي، قانون الاسرة مع تعديلات الامر05/02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006،ط 3،ديوان المطبوعات الجامعية،2007.

2- قرار قضائي رقم 34784، بتاريخ 1984/11/19، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 1989، عدد 3.

3- قرار قضائي رقم 19743، بتاريخ 1984/11/19، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1989، عدد3.

4- قرار قضائي رقم 35026، بتاريخ 1984/12/3، محكمة عليا، غ.أ.ش، م ق، 1989.

5- قرار قضائي رقم 34767 بتاريخ 12/17/ 1984، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 1990، عدد 1.

6- قرار رقم 35322، بتاريخ 1984/12/17، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1989، عدد 4.

7- قرار قضائي رقم 35891، بتاريخ 1985/02/25، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، العدد 1، 1989.

8- قرار قضائي رقم 43864، بتاريخ 1987/01/12، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1990، العدد2.

9- قرار قضائي رقم 50519، بتاريخ 1988/09/26، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 1992، عدد 2.

10- قرار قضائي رقم 52278، بتاريخ 1989/01/02، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1991، عدد4.

11- قرار قضائي رقم 75812، بتاريخ 1989/12/25، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1991.

12- قرار قضائي رقم 75029، بتاريخ 1991/06/18، محكمة عليا، م.ق، 1992، عدد 1.

13- قرار قضائي رقم 75029، بتاريخ 1991/06/18، محكمة عليا، م.ق، 1962، عدد 1.

14- قرار قضائي رقم 135435، بتاريخ 1996/04/23، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، عدد 1، 1998.

15- قرار قضائي رقم 137571، بتاريخ 1996/06/18، المحكمة العليا غ. أ. ش، مجلة قضائية،1997، عدد02.

16- قرار قضائي رقم 181648، بتاريخ 1997/12/23، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1997 عدد 1.

17- قرار قضائي رقم 181648، بتاريخ 1997/12/23، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 1997، عدد1.

18- قرار قضائي رقم 189226، بتاريخ 1998/04/21، المحكمة العليا، غ أ ش، المجلة القضائية للاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.

19- قرار قضائي رقم 193825 ،بتاريخ 1998/05/19، عن المحكمة العليا غ. أ. ش، م. ق، 2001، عدد خاص.

20- قرار قضائي رقم 192665، بتاريخ 1998/07/21، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.م.ع، 2001، عدد خاص.

21- قرار قضائي رقم 127179، بتاريخ 1999/03/16، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، عدد خاص، 2001.

22- قرار قضائي رقم 216865، بتاريخ 1999/03/16، المحكمة العليا، غ. أ. ش، م. ق للاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية،2001، عدد خاص، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية.

23- قرار قضائي رقم 258555، بتاريخ 2001/01/23، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 2002 عدد 2.

24- قرا ر قضائي رقم 334360، بتاريخ 2005/01/19، محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 2005، العدد 1، صفحة 325 ذكره نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل

القاضي والمحامي، مادة بمادة، على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هوهه، الجزائر، ط3.

25- قرار قضائي رقم 356997، بتاريخ 2006/07/12، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 2006 عدد 2.

26- قرار قضائي رقم 572240، بتاريخ 2010/07/15، محكمة عليا، غ أ ش، م ق، 2010 عدد 2.

27- قرار قضائي رقم 572240، بتاريخ 2010/07/15، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، 2010، العدد2.

28- قرار قضائي رقم 624622، بتاريخ 2011/7/14، محكمة عليا، غ.أ.ش، م ق، 2012.

29- قرار قضائي رقم 878597، بتاريخ 2013/5/16، محكمة عليا، غ.م، م.م.ع، 2013، عدد 1.

30- قرار قضائي رقم 1307506، بتاريخ 2019/09/04، محكمة عليا، غ.أ.ش، م.ق، عدد2.

2- عزة خديجة حسن، حكم التغرير في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الإندونيسي، بحث تقدم لاستيفاء أحد الشروط للحصول على الدرجة الجامعية الأولى (s.s.i)، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة شريف هداية الله الإسلامية الحكومية جاكارتا، 2020.

سادسا: المواقع الإلكترونية:

1- Art 1143, code civil français, vu le 01/06/2022 a 23 :30. https://www.legifrance.gouv.fr

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	الصفحة
شكر وتقدير	//////////////
الإهداء	//////////////
مقدمة	01
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتطليق للضرر المعتبر شرعا	07
المبحث الأول: مفهوم الضرر الموجب للتطليق	08
المطلب الأول: تعريف الضرر وشروطه	08
الفرع الأول: تعريفه لغة واصطلاحا.	08
أولا: لغة:	08
ثانيا: اصطلاحا	08
أولا: الضرر في قانون الأسرة الجزائري	12
ثانيا: الضرر في القانون المدني الجزائري	13
ثالثا: حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا	13
الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتطليق	19
أولا: صدور الضرر من الزوج وايقاعه على الزوجة أو أحد فروعها أو أصولها	20
ثانيا: ألا يكون لممارسة حق شرعي وأن تستحيل معه العشرة الزوجية بين أمثالها	21

ثالثا: استمرار الضرر وعجز القاضي على الإصلاح	22
المطلب الثاني: أنواع الضرر	23
الفرع الأول: الضرر المادي	24
أولا: الضرر المادي في الفقه الإسلامي	24
ثانيا: الضرر المادي في القانون الجزائري	25
الفرع الثاني: الضرر المعنوي	27
أولا: الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي	27
ثانيا: الضرر المعنوي في القانون الجزائري	28
المبحث الثاني :التمييز بين التطليق للضرر وغيره من المصطلحات	31
المطلب الأول: التمييز بينه وبين الخلع	31
الفرع الأول: مفهوم الخلع	31
أولا: تعريفه لغة واصطلاحا	31
ثانيا: مشروعية الخلع	32
الفرع الثاني: أوجه الإتفاق والإختلاف بين التطليق للضرر والخلع	34
أولا: أوجه الإتفاق	34

ثانيا: أوجه الإختلاف	35
المطلب الثاني: التمييز بينه وبين النشوز	36
الفرع الأول: مفهوم النشوز	36
أولا: تعريف النشوز	36
ثانيا: حالة نشوز الزوج وأثره على فك الرابطة الزوجية.	39
الفرع الثاني: أوجه الإتفاق والإختلاف بين التطليق للضرر والنشوز	41
أولا: أوجه الإتفاق	41
ثانيا: أوجه الاختلاف	41
ملخص الفصل	43
الفصل الثاني: ضوابط تحديد القاضي للضرر المعتبر شرعا وآثاره	**45**
المبحث الأول: سلطات القاضي في تقدير الضرر	**46**
المطلب الأول: من حيث قبول وسائل الاثبات	46
الفرع الأول: مفهوم الاثبات	46
أولا: تعريف الاثبات	46
ثانيا: أهمية الاثبات	47
الفرع الثاني: طرق الإثبات في قضايا التطليق	48

أولا: وسائل إثبات الزوجة للضرر	48
ثانيا: التحكيم في حالة عدم ثبوت الضرر	61
المطلب الثاني: من حيث تقدير التعويض	64
الفرع الأول: أساس تقدير القاضي للتعويض	64
أولا: ضوابط الضرر	64
ثانيا: سلطات القاضي	66
ثالثا: نوع الأضرار	67
الفرع الثاني: معايير تقدير الضرر	68
أولا: المعيار الموضوعي	68
ثانيا: المعيار الشخصي	68
ثالثا: العرف	70
المبحث الثاني: آثار التطليق للضرر	72
المطلب الأول: آثار التطليق للضرر بالنسبة للزوجة	72
الفرع الأول: الآثار الشخصية للتطليق عن الضرر	72
أولا: العدة	72
ثانيا: الحضانة	75
الفرع الثاني: الآثار المادية للتطليق عن الضرر	77
أولا: النفقة	77

ثانيا: النزاع في متاع البيت الزوجية	80
ثالثا: التعويض	81
المطلب الثاني: آثار التطليق للضرر بالنسبة للأبناء	82
الفرع الأول: النسب	82
أولا: ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين	83
ثانيا: ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها	86
الفرع الثاني: النفقة	86
أولا: شروط النفقة	87
ثانيا: مشتملات النفقة	88
الفرع الثالث: السكـن	90
خلاصة الفصل	91
الخاتمة	93
قائمة المصادر والمراجع	97
فهرس المحتويات	110