جامعة 20 أوت 1955

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص: قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة: مقروس مريم

تحت إشراف: د. امحمد بوصيدة

أعضاء لجنة المناقشة

أ. كريمة سليني	رئيسا
د.امحمد بوصيدة	مشرفا ومقررا
أ. حنان قحام	مناقشا

دورة جوان 2017

بسم الله الرحمن الرحيم

"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"

سورة الروم، الآية 21

وقوله أيضا:

"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"

سورة البقرة، الآية 229.

صدق الله العظيم

كلمـة شكـــر وعرفـــان

إلهي لا يطيب الليل إلاّ بشكرك ولا يطيب النهار إلاّ بطاعتك

ولا تطيب اللحظات إلاّ بذكرك ولا تطيب الآخرة إلاّ بعفوك

ولا تطيب الجنة إلاّ برؤيتك

أشكر اللّه عز وجل الذي وفقني لإنجاز هذا العمل وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم "لا يشكر الله من لا يشكر الناس "رواه أحمد.

أشكر كل من أضاء بعقله عقل غيره وهدى بالجواب الصحيح حيرة سائله فأظهر بسماحته تواضع العلماء وبرحابته سماحة العارفين.

كما أتقدم بشكري الجزيل وامتناني الفضيل وتقديري الخالص لأستاذي الفاضل المشرف "أمحمد بوصيدة" لما تفضل به من إشراف على مذكرتي وما بذله من جهد مبارك وما أفادني به من توجيهات ونصائح كان لها أبلغ الأثر في إنجاز هذا العمل.

وإلى أعضاء لجنة المناقشة ولكل الأساتذة الكرام على مستوى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سكيكدة وجميع الموظفين بمكتبة الكلية وموظفي مكتبة جامعة الإخوة منتوري قسنطينة وإلى من مد لي يد المساعدة دون قيد أو شرط الأستاذة "ريم" محامية معتمدة لدى المحاكم والمجلس القضائي كما أتقدم كذلك بجزيل الشكر إلى من لم يبخل علي بنصائحه القيمة من قريب وبعيد على إنجاز هذا العمل.

الإهــداء

إلى من ربط الله طاعته بطاعتهما، إلى من قال عز وجل فيهما "وبالوالدين إحسانا"

إلى ملاكي في الحياة إلي منبع الدفء إلي بسمة حياتي وسر وجودي إلي من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلي من سهرت الليالي وباتت تجاف لآلامي إلي من حملتني وهنا وضعتني وهنا أرضعتني عذب الحنان إلي من جعل الله الجنة تحت أقدامها.

إلي من سافر وجاع ليطعمني وتعري ليكسني إلي تاج رأسي إلي من كلله الله بالهيبة والوقار إلي من أحمل اسمه بكل افتخار إلي من جسد الأبوة في أسمي معانيها إلي من جعلني أعرف معني التحدي والنجاح .

إلي من ضحيا بما يملكان في سبيل أن أمضي في دراستي ومستقبلي إلي من ملئ حبهما حنايا قلبي إلي من لو شكرتهما طيلة الدهر وحملتهما طيلة العمر لما وفيت دينهما.

"**أبي وأمي العزيزين حفظهما الله وأطال في عمرهما** ".

إلي سندي ودعمي" زوجي " جزاه الله خيرا وحفظه وكل أفراد عائلته.

إلي قرة عيني رفقاء في الدرب رمز الوفاء إخوتي وأخواتي إلي رمز العطاء عمي وزوجته وعماتي وأهلهم إلي الأحباء خالاتي وأخوالي وأهلهم إلي روح أجدادي وجداتي وزوج عمتي أسكنهم الله فردوس جنته إلي ضحكة العائلة الكتاكيت "أمجد،سيف الدين ،ملاك ،بشري "إلي اللؤلؤة" نور اليقين" ابنة أختي.

إلي كل أصدقائي وصديقاتي إلي كل من ذكرهم قلبي ونسيهم قلمي إلي كل من تمني لي النجاح من قريب أو بعيد ولو بدعاء طيب وإلى طلاب العلم إلي كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي في هذا العمل.

" **مريم** "

قائمة المختصرات

ج	.....	جزء
د.ب	.....	دون بلد نشر
د.د	.....	دون دار نشر
د.س	.....	دون سنة نشر
ط	.....	طبعة
م	.....	مجلد
م.ع	.....	محكمة عليا
ف	.....	فقرة
ص	.....	صفحة
ص.ص	.....	من صفحة إلى صفحة
ق.أ.ج	.....	قانون أسرة جزائري
ق.م.ج	.....	قانون مدني جزائري
ق.إ.م.إ	.....	قانون إجراءات مدنية وإدارية
ق.ع	.....	قانون عقوبات
غ.أ.ش	.....	غرفة أحوال شخصية

مقدمــة

إن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع والمنبت الطبيعي الذي ينشأ ويترعرع فيه الإنسان، فقد استخلفه عز وجل في الأرض وجعل منه زوجين ذكرا وأنثى وسنَ لهما طريقة للمعاشرة برباط شرعي لعمارة الأرض ألا وهو الزواج، فالزواج من أهم العلاقات التي ينشئها الإنسان، وقد شرعه عز وجل وجعل له ضوابط شرعية محكمة من أجل الحفاظ على قدسيته.

والأصل أن العلاقة الزوجية تقوم على أساس المودة والرحمة والسكينة والاستقرار وحسن المعاشرة، ولكن قد تحدث أمور تؤدي حتما إلى إنهاء هذه العلاقة بوفاة أحد الزوجين، أو بحدوث نوع من التوتر وعدم الثقة بين الزوجين، فتصبح الحياة بينهما لا تطاق لتستحيل معهما مواصلة العشرة، والحل هنا هو حل هذه العلاقة عن طريق الطلاق الذي يعتبر أبغض الحلال عند الله، ويكون بالإرادة المنفردة للزوج، كما قد تتدخل الإرادة المنفردة للزوجة فتنهي هذه العلاقة عن طريق التطليق والخلع.

لقد منح المشرع الجزائري الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية إذا ما تضررت من جرائها، ولكنه قيدها بأسباب منصوص عليها في المادة 53 ق.أ.ج على سبيل الحصر، ومنها أسباب ترجع إلى الضرر الماس بشرف الأسرة، مما يؤدي إلى إحداث أذى معنوي بالزوجة بصفة خاصة بالقول أو بالفعل للإضرار بها، وهذا ما يدفعها إلى طلب التطليق من القاضي متى أثبتت ذلك. وقد استعمل المشرع مصطلح المساس بشرف الأسرة وربطه بالجريمة دون أن يحدد معناه وما إذا كان يمكن أن يتوسع ليشمل كل ضرر ماس بشرف الأسرة، وعليه فإن الإشكالية التي تطرح تتمثل في مقصود المشرع من الضرر الماس بشرف الأسرة الذي يمنح الحق للمرأة في طلب التطليق وفي الحالات التي يشملها.

تتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

ما هي حالات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة؟ و ما هي الشروط الواجب توافرها في هذه الحالات عند التطليق؟ وما الموقف الفقهي والقانوني من هذه الحالات؟ وما هي إجراءات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وهل يجوز الصلح في مثل هذه الحالات؟

وما هي المعايير التي يعتمدها القاضي قي تقدير الضرر وما مدى سلطته في تقدير استحقاق المطلقة للتعويض عن الضرر اللاحق بها؟

للإجابة على الإشكالية التي تقدم طرحها نقترح وضع خطة من فصلين، يخصص الفصل الأول لماهية التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وحالاته، حيث نتناول فيه مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى ماهية التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة، أما المبحث الثاني نتطرق فيه إلى حالات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة، أما الفصل الثاني فخصصته لدراسة الإجراءات الخاصة بالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وسلطة القاضي في تقديره، حيث تناولت فيه مبحثين، تطرقت في المبحث الأول إلى الإجراءات الخاصة بالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة، أما المبحث الثاني فتطرقت فيه إلى سلطة القاضي في تقدير الضرر الماس بشرف الأسرة.

يرجع اختياري لهذا الموضوع للأسباب التالية:

– أسباب ذاتية، تتمثل في ميولي النفسية إلى المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية خاصة بشؤون الأسرة فيما يتعلق في انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، وهذا لتجنب العواقب والآثار الوخيمة من جراء انحلال هذه الرابطة بالإضافة إلى قلة الدراسات المتخصصة التي عالجت هذا الموضوع .

– أسباب موضوعية تتمثل في:

–إبراز وإظهار حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية متى لحقتها أضرار من جراء سوء معاملتها من طرف زوجها.

– كثرة قضايا التطليق المطروحة أمام المحاكم التي لا يراعي فيها الأزواج تصرفاتهم التي تلحق ضررا بالطرف الآخر وتمس بشرف الأسرة.

أما عن أهمية الموضوع، فالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة من الموضوعات المطروحة أمام المحاكم الجزائرية مما يؤدي إلى تفكك الأسر وفساد المجتمع، كما أن هذا الموضوع يوضح لنا القواعد والضوابط الأساسية التي تعتمد عليها الزوجة حال تضررها من

زوجها عند طلبها للتطليق لرفع هذا الضرر عنها، ويبين لنا اهتمام المشرع الجزائري بالمرأة المتضررة ومنحها الحق في طلب التطليق إذا أثبتت ذلك الضرر.

كما يمكن أن يكون لكل بحث علمي أهداف معينة، فمن خلال دراستي لموضوع التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة أسعي إلى تحقيق أهداف كثيرة منها: توضيح أن القانون والشريعة الإسلامية لم يهملا حق الزوجة في تخلصها من العلاقة الزوجية إذا ما لحقتها أضرار من جراء ذلك، كما يمكن تسليط الضوء على هذا الموضوع لقلة الدراسات والأبحاث المتخصصة فيه، كذلك السعي في الحاجة إلى تفعيل ضوابط قانونية نستطيع بها رفع الضرر الواقع على الزوجة.

اعتمدت في بحثي هذا على دراسات سابقة نذكر منها: – أطروحة دكتوراه في العلوم للطالبة آيت شاوش دليلة بعنوان إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، تخصص قانون كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو لسنة 2014.

– مذكرة ماجستير من إعداد الطالب بن هبري عبد الحكيم بعنوان أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 لسنة 2014–2015.

–أطروحة دكتوراه في القانون الخاص لطالبة مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، لسنة 2009–2010.

وهي دراسات عامة لا تتعلق بموضوع مذكرتي بشكل مباشر، ولكني استفدت منها في بعض جزئيات البحث أكثر من غيرها.

لقد اعترضتني مجموعة من الصعوبات والعقبات أثناء إنجاز البحث على رأسها عدم الحصول على المراجع المتخصصة التي تعالج التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة بصفة خاصة، حيث أن المراجع المتحصل عليها هي مراجع عامة تتحدث عن مختلف صور حل الرابطة الزوجية، ورغم وجود مراجع تتحدث عن التطليق للضرر غير أنه لم يتم التطرق فيها

إلى حالات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة أو بيان تعريفها تعريفا دقيقا، وهذا ما جعلني أجد صعوبة في جمع المعلومة الدقيقة ووضعها في المكان المناسب ورغم هذه الصعوبات حاولت أن أنتقي كل ما هو مفيد ويخدم الموضوع فإن الكمال لله عز وجل وحده.

وبخصوص المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج التحليلي والاستقرائي بالإضافة إلى المنهج المقارن، وذلك من خلال استقراء بعض الأحكام الفقهية وقرارات المحكمة العليا والكتب القانونية وتحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالبحث عن مقصود المشرع من وراء النص ومقارنة بعض القوانين العربية مع قانون الأسرة الجزائري وبعض الآراء الفقهية.

و ذلك يكون وفق خطة تتكون من فصلين:

الفصل الأول: ماهية التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وحالاته

الفصل الثاني:الإجراءات الخاصة بالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وسلطة القاضي في تقديره

الفصل الأول

ماهية التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وحالاته

قد تطرأ أمور أثناء قيام العلاقة الزوجية تعكر صفوها بسبب الاختلاف بين الزوجين وسوء التفاهم وانعدام الثقة بينهما مما يدفع الزوجة إلى طلب التطليق بإرادتها المنفردة ولأسباب عددها المشرع في قانون الأسرة الجزائري، والهدف من ذلك رفع الضرر عنها الواقع من الزوج، ويعتبر الضرر الركن الثاني في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية، وهذا بصفة عامة في القانون المدني، غير أن الضرر الذي هو موضوع بحثنا الضرر المجيز للزوجة طلب التطليق هو الأذى الذي يمس بشرف الزوجة من جراء ارتكاب زوجها لبعض الأفعال المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ.ج وهو ما يتطلب منا الوقوف على ماهية التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة(مبحث أول) ولما كان هذا النوع من الضرر لم تتحدد حالاته في الفقه الإسلامي القديم، الأمر الذي جعل التشريعات تختلف بشأنه، إلا أن المشرع الجزائري قد تبنى بعض الحالات من خلال المادة سالفة الذكر، كما يتبين حين التطرق لحالات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة(مبحث ثان).

المبحث الأول

ماهية التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة

قد استعمل المشرع الجزائري مصطلح التطليق للضرر في المادة 53 من ق.أ للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء وبموجب دعوى قضائية، فقد نص كذلك على الطلاق بطلب من الزوجة في المادة 48 ق.أ.ج، وعليه يمكن التعرض لماهية التطليق للضرر حيث نقف في البداية على مفهوم التطليق(مطلب أول)، ثم على مفهوم الضرر الماس بشرف الأسرة (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم التطليق

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق، ولكنه اقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من ق.أ لذلك يمكننا التطرق إلى مفهوم التطليق من الناحية اللغوية(فرع أول) ومن الناحية الاصطلاحية (فرع ثان).

الفرع الأول

تعريف التطليق في اللغة

يعود أصل كلمة تطليق إلى لفظ طلق تطليقا أي طلقت المرأة زوجها وتطليقها منه يعني حلها من قيد الزواج، وتطليق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم[1]، كما يمكن تعريفه أيضا من الناحية اللغوية أنه من الفعل طلق أي ترك، والتطليق بذلك هو إيقاع الترك وإحداث الفرقة بين الزوجين[2].

الفرع الثاني

تعريف التطليق في الاصطلاح

يقصد به إظهار رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المشار إليها قانونا، كما يمكننا تعريفه أيضا أنه منح الزوجة طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون[3].

الفرع الثالث

1- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون وفق الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة – الجزائر، 2010، ص 11.

2- ابن منظور، لسان العرب، ج 2، المكتبة الوقفية، القاهرة، ص 08.

3- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 11.

طبيعة التطليق والفرق بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة له

يعتبر التطليق مكنة منحها المشرع للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء لطلب الفرقة بينها وبين زوجها استنادا لأسباب محددة في المادة 53، لذلك تكون السلطة التقديرية للقاضي في ذلك في الاستجابة لطلبها أو رفضه، وعليه يتم دراسة الطبيعة القانونية للتطليق(أولا) والفرق بينه وبين المصطلحات المشابهة له(ثانيا).

أولا: الطبيعة القانونية للتطليق

يمكننا أن نعطي نظرة عن الطبيعة القانونية للتطليق والذي يمكن أن نعتبره رخصة استثنائية منحها المشرع للقاضي وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، لأن المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج قد ينقضي بناء على واقعة تتمسك بها الزوجة أمام القضاء، وإثبات هذه الواقعة ينشأ للزوجة حق إرادي في إنهاء هذا المركز أي بمعنى أن هذه الفرقة تدخل تحت نظام الفسخ[1]، وترتيبا على ذلك يرى جمهور الفقهاء من الأحناف والحنابلة والشافعية أن كل فرقة من جانب الزوج هي طلاق، كالفرقة بسبب الإيلاء مثلا، وكل فرقة من قبل الزوجة هي فسخ كالفرقة بسبب كفاءة الزوج لزوجته[2]، غير أن المالكية والظاهرية اختلفوا في ذلك عن باقي الفقهاء، حيث أن جمهور المالكية اعتمدوا في ذلك على السبب الموجب للفرقة، فإن كانت فرقة من زواج صحيح وكان بسببها لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين سواء كانت من الزوج أو من يقوم مقامه أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عدَت طلاقا وأما إذا كانت ناتجة عن زواج فاسد فيعد ذلك فسخا[3]، حيث أن الظاهرية يعتبرون كل فرقة تمت بين الزوجين طلاقا إلا في الحالات التالية:

1- عزيرية يوسف ،التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا ،مذكرة التخرج ،المعهد الوطني للقضاء ،مديرية التربصات وزارة العدل ،السنة الأكاديمية 2003-2004، ص 9.

2- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 17.

3- المرجع نفسه.

التفريق باللعان والتفريق لاختلاف الدين[1]، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده عرف الطلاق في المادة 48 على أنه حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون كما أنه استعمل في نص المادة 57 مصطلح الطلاق الذي يدل على أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطليق طلاقا لا فسخا، وقد ذكر الفسخ وأحكامه في المواد 32-33-34 من ق.أ.ج، كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل[2]، وما يمكن استخلاصه أن المذاهب الفقهية اختلفت في التطليق إن كان يدخل في الطلاق أو الفسخ، فقد اعتبر البعض ما يقع من الزوج هو الطلاق والطلاق الذي يقع من الزوجة هو فسخ، إلا أن المالكية نظروا إلى السبب الموجب للتطليق واعتبروا أن الفسخ يكون في الزواج الفاسد سواء كان من الزوجة أو غيرها والطلاق يكون في الزواج الصحيح سواء من الزوج أو الزوجة أو غيرهما، وعليه فالمشرع أخذ برأي المالكية واعتبر التطليق الصادر عن زواج صحيح هو طلاق وليس فسخا، وعليه فإن الطبيعة القانونية للتطليق في قانون الأسرة الجزائري هو طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة.

ثانيا: الفرق بين التطليق وبعض المصطلحات المشابهة له

يمكننا تمييز التطليق عن الطلاق والفسخ والخلع

أ- الفرق بين التطليق والطلاق

الطلاق معناه إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا، وقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من طلق أو ما في معناها مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة صادر من الزوج أو من له مقام الزوج، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان بائنا أو في المآل إذا كان

1- عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص 10.

2- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 18.

الطلاق رجعيا[1]. وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في قانون الأسرة الجزائري[2]، ومن خلال هذا يظهر لنا أن الفرق بين الطلاق والتطليق أن التطليق يقع بحكم القاضي وله السلطة التقديرية في ذلك، أما الطلاق فيوقعه الزوج باعتباره من التصرفات التي يملكها وأن العصمة بيده.

ب- الفرق بين الخلع والتطليق

يعرف الخلع بأنه فراق الرجل زوجته في نظير عوض، أو هو تخلي الزوج عن زوجته مقابل قدر من المال تلتزم به المرأة مقابل حريتها[3]، ولقد أعطى المشرع الجزائري للمرأة إمكانية خلع نفسها من الزوج الذي لا ترغب فيه وهذا من خلال المادة 54 من ق.أ [4]، ويمكننا التفريق بين الخلع والتطليق من حيث الأساس، حيث نص في المادة 53 على جواز التطليق بطلب من الزوجة ولكن قيدها بأسباب معينة، وبينما في المادة 54 اكتفى بالنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها دون أن يقيدها بأية أسباب أو شروط، وكذلك من حيث السلطة التقديرية للقاضي تختلف سلطته في التطليق والخلع مما يأخذ سلطة واسعة في التطليق مما يستدعي منه إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص وتمحيصها، بينما تكون له سلطة محدودة في الخلع حيث لا يبق له إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم كذلك من حيث الآثار يمكن التفريق بين الخلع للتعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج لالتزاماته اتجاهها عند توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 ، ص 172.

2- انظر المادة 48 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم المؤرخ 02/05 في 27 فيبرا ير 2005.

3- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2006، ص 102؛ طاهري حسين ،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2009، ص 131.

4- انظر المادة 54 ق.أج، والتي تنص على: "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."

53، في حين ينفرد بآثار متعلقة بالخلع المتمثلة في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع وسقوط الحقوق الزوجية[1].

جـ- الفرق بين التطليق والفسخ

التطليق هو إنهاء الرابطة الزوجية بسبب من الأسباب التي توجب إنهاءها بعد قيامها بصورة صحيحة[2]، بينما الفسخ هو حل رابطة العقد أو حل ارتباط العقد، ويكون في الزواج الصحيح وفي غير الصحيح[3]، ويختلف التطليق عن الفسخ في أن الأخير هو نقض عقد الزواج وإلغاؤه ويكون بسبب أمر طارئ على العقد، ويتناقض مع إنشاؤه ويمنع استمراره بمجرد وقوع السبب، كما يتميز بأنه يقطع الرابطة الزوجية في الحال ويقع دون أن يكون للزوجة التي يكون لها الخيار في ذلك بناء على إرادتها المنفردة وهذا ما أكدته المادتان 48 و 53 ق.أج، كما أن التطليق اشترط فيه القانون أن يكون بطلب من الزوجة بالإضافة أنه لا يكون في الحال[4]، أما الفسخ فيقع بسبب خارج عن إرادة الزوج أي بسبب حالات طارئة على العقد[5]، وما يهمنا في دراسة الفرق بين التطليق والفسخ هو النوع الذي من شأنه أن ينهي العلاقة الزوجية وهو النوع الذي يجب فسخه أبدا وإن طال الزمان بعد الدخول، وهو ما يكون الفساد فيه لخلل في الصيغة أو في العاقدين أو في محل العقد كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاعة أو مصاهرة، وزواج المتعة والزواج بأكثر من أربعة زوجات والزواج بغير ولي أو بغير شهود وزواج مريض مرض الموت فزواج المريض لا يجوز في المشهور عند مالك ويفسخ وإن صحَ[6]، وما يمكن التوصل إليه في الأخير أن الطلاق والتطليق و الفسخ والخلع كل طرق لفك الرابطة الزوجية، غير أنه هناك بعض النقاط يختلف

1- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 158 إلى 160.

2- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 171.

3- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2010 ، ص 43.

4- المرجع نفسه، ص 44.

5- نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، 2003، ص 10.

6- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له ، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة - الجزائر، 2007، ص 162.

فيها وتمَ التطرق إليها إلا أن يمكن القول أن الطلاق هو حق خالص للزوج لإنهاء العلاقة الزوجية، بينما التطليق والخلع هما طريقان لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، إذ إن التطليق يكون مقيدا بأسباب والخلع لا يكون فيه ذلك كما أن الفسخ يكون خارجا عن إرادة الزوجين، فيكون بسبب طارئ.

المطلب الثاني

مفهوم الضرر الماس بشرف الأسرة

الضرر الماس بشرف الأسرة هو نوع من أنواع الضرر التي تبيح للزوجة طلب التطليق، وبذلك فهو لا يختلف عن بقية الأضرار في مفهومه العام، ولذلك لا بد من الوقوف على تعريف الضرر من الناحية اللغوية(فرع أول) ثم تعريفه من الناحية الاصطلاحية (فرع ثان) ونتناول في الأخير أنواع الضرر بغرض الوصول إلى أي نوع ينتمي الضرر الماس بشرف الأسرة (فرع ثالث).

الفرع الأول

تعريف الضرر من الناحية اللغوية

لقد ورد لفظ الضرر في معاجم اللغة العربية، فيقال: ضرر: وفي أسماء الله الحسنى النافع الضار وهو الذي ينفع من يشاء ويضره وهو خالق الأشياء كلها خيرها وشرها ونفعها وضَرها.

الضَر: ضد النفع، والضَر بالضم هو الهزال وسوء الحال[1].

كذلك الضرر: جمعه أضرار ضد النفع والشدة والضيق وسوء الحال والضرَاء الشدة ونقيد السراء وأضرَه جلب عليه الضرر، لهذا يقال ضارَ امرأته أي أخذ عليها الضرَة[2]، وفي

1- ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بيروت – لبنان، م2، ص 524-525.

2- آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 200.

الكليات الضَرَ بالفتح شائع لكل ضرر وبالضم خاص بما في النفس، كمرض الهزال وتزوج على ضر أي مضارة بين امرأتين أو ثلاثة[1].

الفرع الثاني

تعريف الضرر اصطلاحا

لقد عرف الفقه وبعض شراح القانون الضرر بعدة تعريفات منها :

فقد عرف على أنه يتمثل في الخسارة المادية والمعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه[2]، كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري، على أنه "ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو جسمه أو كرامته أو شرفه أو بمعنى آخر، من المعاني التي يحرص الناس عليها ويمكن استخلاص أن الضرر هو كل ما يؤدي الشخص في نواحي مادية ومعنوية"[3]، هذا فيما يخص الضرر في القانون المدني بصفة عامة.

وفيما يخص الضرر المجيز للزوجة طلب التطليق الذي هو موضوع دراستنا جاء فيه كذلك عدة تعريفات منها:

يقصد به هو كل ما يصدر من قول أو فعل أو ترك أو مظهر يضر بالزوجة ويصدر عن الزوج بقصد وتعمد وبدون وجه حق أي بدون موجب شرعي لهذا الإضرار[4] كما جاء تعريفه أيضا أنه يشمل كل فعل أو تصرف يضر بالمرأة كالعنف الجسدي الذي يمكن أن تتعرض له بحجة التأديب[5].

1- حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، شعبة القانون، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق جامعة سكيكدة، 2011-2012، ص 11.

2- علي فيلا لي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، ط2، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص 284.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،ط3 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت-لبنان، 1998، ص 03.

4- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتعليقا، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2006، ص 186.

5- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 101.

كما يمكن تعريفه أيضا بأنه التضييق على الزوجة وإيذاؤها بالقول أو الفعل وإهمالها من الجانب المادي أو المعنوي[1].

وقد عرفه البعض من الفقه بأنه إيقاع الزوج المكروه على الزوجة لأجل الإضرار بها ماديا كالضرب المبرح وتعذيبها أو قتلها أو بضرها معنويا كالشتم أو الإنقاص من كرامتها أمام أترابها والناس كذلك، إذا وقع الضرر في مالها فإنه ضرر ينغص حياتها ويدمر بيت الزوجية[2]، وتجدر بنا الإشارة إلى أن فقهاء القانون يعتبرون أن الضرر أحد أركان المسؤولية التقصيرية شأنه شأن الخطأ والعلاقة السببية، في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتعرضون له باعتباره أساس المسؤولية وهو الحق والركن الأساسي في ترتيب التعويض أو الضمان على وقوعه[3].

وحسب رأيي يمكننا الأخذ بالتعريف الأول الذي يقول أن الضرر المجيز للزوجة طلب التطليق معناه كل ما يصدر من قول أو فعل أو ترك أو مظهر يضر بالزوجة ويصدر عن الزوج بقصد وتعمد وبدون وجه حق أي بدون موجب شرعي لهذا الإضرار.

الفرع الثالث

أنواع الضرر

لما كان الضرر شاملا وعاما ومتعددا ارتأينا أن نقسمه إلى نوعين، ضرر مادي وضرر معنوي.

أولا- الضرر المادي

الضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو مصلحة، سواء كان هذا الحق مالي أو غير مالي

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 207.

2- بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة، د.د ، د.س، د ب ص 239.

3- مسيخ زينة، تعويض الضرر الناشئ عن الجريمة، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العلوم الجنائية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2011، ص 52.

أو هو ما يصيب الإنسان في الحق من حقوقه التي تدخل في تقويم ثروته[1]، هذا فيما يخص الضرر المادي في القانون المدني بصفة عامة.

والمقصود بالضرر المادي المجيز للزوجة طلب التطليق هو ما يحيطه الزوج بزوجته من صنوف الأذى الذي لا تستقيم معه الحياة الزوجية ولا تستقر، فإذا آذى الزوج زوجته بالقول أو بالفعل أو الرضاء به أو يبغي على شيء من حقوقها فقد ذهب مالك إلى أن للزوجة أن تطلب من القاضي التطليق إذا ادعت إضرار الزوج بها، كما اشترط أن الضرر المشتكي منه يجب أن يكون متعمدا ومتكررا باستمرار من طرف الزوج، أما إذا لحقها من أبوي الزوج أو إخوته أو أخواته وبقية أهله دون تحريض منه فإن ذلك لا يجيز لها طلب التطليق بسببه[2].

كما جاء أيضا تعريف الضرر المادي على أنه كل ما يلحق الأذى ببدن المرأة ومنه ضربها باليد أو بالآلة أو بإحداث جرح في بدنها أو كدمة أو كسر أو نحو ذلك مما لا يجوز فعله شرعا[3]. ومن ثمَ يشترط في الضرر المادي الموجب للتفريق أن يكون محققا أي وقع فعلا او أنه مؤكد الوقوع في المستقبل[4].

وأخيرا يمكننا ذكر حالات الضرر المادي في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المجيزة للزوجة طلب التطليق وهي عدم الإنفاق والغيبة ووجود عيب في الزوج.

ثانيا- الضرر المعنوي

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ،عين مليلة – الجزائر،2012 ، ص 315.

2- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة لقانون الأسرة الجزائري، ط1 مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، 2013، ص 130.

3- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 186.

4- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 2010، ص 71.

يقصد بالضرر المعنوي بصفة عامة في القانون المدني هو الضرر الذي يصيب الإنسان في مصلحة غير مادية، ومثاله الضرر الذي يصيب الإنسان في عاطفته وسمعته وحريته وشرفه أو مركزه القانوني أو عرضه[1].

فالضرر المعنوي هو الضرر الذي يسبب ألما نفسيا ومعنويا للزوجة وقد يمس بشرف الأسرة ككل، لذلك يمكننا تناول هذا النوع من الضرر من ناحية تأثيره على كرامة الزوجة وعلى أنه يمس بشرف الأسرة.

أ- الضرر المعنوي الماس بكرامة الزوجة

هو الضرر الذي يصيب الزوجة في نفسها نتيجة المساس بكرامتها وشرفها وعرضها أو بكرامة وشرف وعرض والديها وذلك بكل ما يصدر عن الزوج من تحقير في المخاطبة وإسماعها الكلام القبيح مثل تشبيهها ببعض الحيوانات، كما قد ينسب هذه الصفات إلى والديها وهذا يعتبر إنقاصا من كرامتها ومساسا بشرفها[2]، كما يعتبر عدم الكلام مع الزوجة وترك وطئها من غير سبب وهو ما يسمى بالهجر، كذلك يعتبر ضررا معنويا يمس بكرامة الزوجة، وهذا ما يحقق المصلحة حين أعطى للزوج مهلة أربعة أشهر وعند مضي هذه المدة دون الرجوع عن خطئه هذا يجوز للزوجة طلب التطليق[3].

ب- الضرر المعنوي الماس بشرف الأسرة

هو الضرر الذي يمس الجانب النفسي للزوجة بصفة خاصة والأسرة ككل بصفة عامة فلم يرد تعريفا دقيقا له ولكن يمكن توضيحه من خلال الأمثلة التالية:

-اتهام الزوج لزوجته بالزنا مع شخص معين أو غير معين وثبت فيما بعد أنها بريئة هذا مما يمس بشرفها وعرضها.

1- حسن علي الدنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ،الضرر، ط1، دار وائل للنشر، عمان- الأردن، 2006، ص 277؛ محمد صبري السعدي الواضح في القانون المدني العقد والإرادة المنفردة ،المرجع السابق ،ص316؛ انظر المادة 182 مكرر ق. م التي تنص علي أنه:"يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ".

2- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 186-187.

3- العربي بختي، المرجع السابق، ص 127.

-ضبط الزوج في شقة لممارسة القمار مما يتعدى إلى الإضرار بزوجته .

- ضبط الزوج في حالة سكر مع امرأة في بيت الزوجية[1].

ويمكن استنتاج هذا الضرر من خلال الحالات المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ.ج وهي حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وحالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة وهذا ما ينتج عنه إضرار بالزوجة ويدفعها إلى طلب التطليق[2].

فمن خلال تعريف التطليق والضرر يمكننا استنتاج تعريفا مجملا للتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة بأنه حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة جراء الضرر الواقع عليها من زوجها بسب ثبوت ارتكابه لجرائم وفواحش فيها مساس بشرف الأسرة ككل.

المبحث الثاني

حالات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة

إن الزوج وبحكم مسؤوليته الأسرية، تقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات المادية والمعنوية حتى يحقق مقاصد الحياة الزوجية ماديا ومعنويا فإذا أخل الزوج بهذه الالتزامات وتضررت الزوجة من جراء ذلك مما يجعلها لا تطيق استمرار الحياة الزوجية معه فلها الحق في أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التطليق، وقد تلحق أيضا بالزوجة أضرارا بسبب سلوكات وتصرفات زوجها كارتكابه لإحدى الجرائم المعاقب عليها شرعا وقانونا يهتز لها كيان الأسرة وتؤدي إلى خلق جو من التوتر والتنافر وعدم الانسجام، وغياب المودة والرحمة والسكينة حيث تصبح الحياة الزوجية نقمة بعد أن كانت نعمة وسعادة، وهذا ما يدفعها إلى فك الرابطة الزوجية حسب الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. فمن هذه الحالات ما يلحق من جرائها ضرر يمس بشرف الأسرة وهي محل دراستنا كحالة الحكم على الزوج عن جريمة(مطلب أول) وكذلك حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة(مطلب ثان).

1- أنور العمروسى، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، النصوص، والفقه ومبادئ النقض،ج 2، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005، ص ص 606-608.

2- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 49.

المطلب الأول

حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

الزوج بشر يصيب ويخطئ، ومن الأزواج العاصي والمطيع، والزوج العاصي الذي يرتكب الجريمة ويعاقب عليها لا ينبغي أن تضار زوجته بجرائمه، وخاصة وأن من العقوبات ما يرغم الزوجة على انتظار زوجها السنين الطوال، وفي ذلك إضرار بالزوجة ينافي مقاصد التشريع، ويوقعها والمجتمع كله في حرج شديد[1].

ولقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة والعشرة الزوجية، وهذا ما تضمنته المادة 53 في فقرتها الرابعة.

من خلال هذه الفقرة نتطرق إلى معرفة ماهية الجريمة الماسة بشرف الأسرة للحكم على الزوج(فرع أول) ثم إلى معرفة الموقف الفقهي والقانوني من التطليق بسب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة (فرع ثان)

الفرع الأول

ماهية الجريمة الماسة بشرف الأسرة للحكم على الزوج

يتم توضيح ماهية هذه الجريمة من خلال تعريفها(أولا) وإلى الشروط الواجب توافرها في التطليق بسب الحكم على الزوج عن هذه الجريمة (ثانيا).

أولا – تعريف الجريمة الماسة بشرف الأسرة

1– محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ب، 2007، ص 107.

إن المشرع الجزائري باستعماله لعبارة جريمة فيها مساس بشرف الأسرة قد عمم الوصف وجعل معياره غير دقيق، وبالتالي فإن الجرائم والعقوبات التي تمس بشرف الأسرة يصعب علينا حصرها في عدد معين[1]، وعليه فقد اختلف شراح القانون في تعريف الجريمة الماسة بشرف الأسرة إلى عدة تعريفات كالتالي:

1- فهناك من عرفها بأنها الجرائم الأخلاقية والماسة بالسمعة والشرف وجرائم السرقة والاختلاس والرشوة ونحوها[2].

2- وهناك من عرفها بأنها كل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص المعني المرتكب لها في شرفه ونزاهته واعتباره، وهي بذلك مرشحة لأن تسبب الإساءة للأسرة بأكملها[3].

ومتى كان هذا الحكم له تأثير على مستقبل العائلة الصغيرة "الزوجة والأولاد" والعائلة الكبيرة "الأهل والأقارب" تكون ماسة بشرف الأسرة وسمعتها، وهذا يعتبر ضررا معنويا نخص منها جرائم الاغتصاب والمخدرات والاختلاس وشرب الخمر، أما الضرر المادي في هذه الجريمة فيتمثل في استحالة مواصلة الحياة الزوجية بسبب حبس الزوج وبسبب غيابه، فتتضرر الأسرة جراء ذلك[4].

غير أن الجريمة أو الجرائم الماسة بالشرف عديدة ومتعددة ونذكر منها على سبيل المثال "جريمة هتك العرض، جريمة الاعتداء على المحارم وجريمة الزنا أضف إلى ذلك تلك الجرائم التي تسيء إلى سمعة الزوجة والأسرة ككل والمنصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين المكملة[5]، ومن الجرائم كذلك التي تعتبر ماسة بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية جريمة المتاجرة بالمخدرات، وهو ما أكده القرار الصادر بتاريخ

1- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 57.

2- بن شويخ، المرجع السابق، ص 199.

3- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 44.

4- دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص 60.

5- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 56.

2014/05/14 عن مجلس القضاء سيدي بلعباس والذي جاء فيه ما يلي " حيث المستأنفة تلتمس إلغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2004/04/23 القاضي بعودة المستأنفة إلى بيت الزوجية والحكم من جديد بتطليقها من المستأنف عليه من جديد طبقا للفقرة الرابعة من المادة 53 من ق.أ.ج[1].

ثانيا-الشروط الواجب توفرها عند التطليق بسب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري كانت المادة 53 فقرة 4 تنص على أنه "لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم بعقوبة شائنة مقيدة بحرية الزوج لمدة أكثر من سنة بها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"[2].

ولكن وفق التعديل الجديد لسنة 2005 أصبحت الفقرة 4 من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"[3].

فحسب الدراسة التحليلية لهذه المادة قبل التعديل وبعده يمكن استخلاص مجموعة من الشروط ضمن فقرتها الرابعة يجب توفرها في هذه الحالة باعتبارها ضررا ماسا بشرف الأسرة.

نتناول الشروط قبل التعديل(أ) ثم نتطرق إلى الشروط التي يجب توافرها بعد التعديل(ب).

أ- الشروط الواجب توفرها عند التطليق للحكم على الزوج قبل التعديل والتعليق عليها

1- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 59.

2- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 75.

3- انظر المادة 53 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أولا_ الشروط الواجب توافرها للحكم على الزوج قبل التعديل

لقد تضمنت المادة 53 في فقرتها الرابعة من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل ستة شروط يمكن تحديدها كالتالي:

1- صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقتضى به

لكي تتمكن الزوجة من إقامة دعوى أمام المحكمة من أجل أن تطلب الحكم لها من زوجها وفقا لأحكام الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، يجب أن يكون زوجها الذي تريد أن تنفصل عنه بالطلاق قد ارتكب جريمة مهينة سواء من جرائم القانون العام أو غيرها، وأنه إلى جانب ذلك قد صدر ضده حكم قضائي حاز قوة القضية المقضية ولم يعد يقبل أن يطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن القانونية العادية أو غير العادية، وتقدم إلى المحكمة نسخة من الحكم لتدعم به طلبها باعتباره حجة قانونية[1].

2- أن تكون العقوبة شائنة (مشينة)

إن وصف الفعل بالشائن يعتمد على معيار الأخلاق من وجهة نظر القانون والتشريع الإسلامي، وهو ما يتضح من قول المشرع .

فالمشرع هنا يقصد الجريمة أي تتعلق بأعمال شائنة منافية للأخلاق، وأن تكون إهانة متصلة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها مثل عقوبة الاعتداء على العرض والاغتصاب والاحتيال[2].

كما يقصد أيضا بالعقوبة الشائنة تلك الأفعال المعاقب عليها والتي تشمئز لها النفوس وتأباها الأخلاق وأحكام الشريعة الإسلامية السمحة[3].

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 1996، ص 266؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 294.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 295.

3- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 55.

3- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية

أي تتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو بالحبس، فإذا كانت العقوبة بالحبس مع وقف التنفيذ أو الوضع تحت الحراسة أو الحكم بالغرامة فقط أو الحرمان من الحقوق السياسية أو كانت العقوبة متصلة بالحياة التجارية، كعقوبة الإفلاس مثلا، فإنه لا يجوز للزوجة في مثل هذه الحالة أن تطلب التطليق[1].

4- أن تكون العقوبة المقيدة للحرية أكثر من سنة

فإذا قضي على الزوج في جريمة بعقوبة السجن مدة تفوق السنة، وقد تنفذ الحكم عليه بالفعل وهي مضى على تنفيذه عام، حق الزوجة أن تلجأ إلى القاضي بالتطليق عليه للضرر، حتى لو كان الزوج قد ترك لها مالا تنفق منه، لأنها تتضرر من تركه لها هذه المدة الطويلة[2].

كما يمكن القول أيضا أن زوجة المحبوس محكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه[3].

5- أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة

لم يتم تحديد العقوبات الماسة بشرف من طرف المشرع ، لذلك جاء القانون الجنائي يصنف الجرائم من حيث طبيعتها إلى جرائم العنف والتي تتمثل أساسا في جرائم القتل والضرب والجرح العمدي، كما جاء التصنيف الثاني عن الجرائم الماسة بالعرض التي تنطوي تحتها الأفعال المخلة بالحياء والجرائم المتعلقة بهتك العرض، أما التصنيف الثالث يتعلق بالجرائم ضد الأسرة والأطفال، منها جرائم الإهمال العائلي، كترك الأسرة والتخلي عن الزوجة الحامل والإهمال المعنوي للأولاد، والتصنيف الرابع والخامس فخصهما في جرائم الاعتبار

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 294.

2- أنور العمروسي، المرجع السابق، ج2، 2005، ص 285.

3- أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، النصوص- والفقه ومبادئ النقض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ج 4، ص 12.

التي تتمثل أساسا في القذف والسب والإهانة وفي الجرائم ضد الأموال، وفيها نجد السرقة والاختلاس والنصب والاحتيال[1]، بالإضافة إلى تصنيفات أخرى واردة في قوانين خاصة كالمخدرات وتبييض الأموال وغيرها، وعليه فأي من هذه الجرائم ماسة بشرف الأسرة وغير الماسة بها؟ ففي اعتقادنا أن كل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص مرتكبها أو المعني بها كما سبق ذكره تكون ماسة بشرفه وسمعته ونزاهته وبالتالي فهي ماسة بشرف أسرته.

وما يمكننا توضيحه ضمن هذا الشرط أن يكون الزوج قد تم الحكم عليه بعقوبة مشينة ماسة بشرف الأسرة، وإذا ما تضررت الزوجة جراء ما قام به من فعل مجرم كان طلبها التطليق اعتمادا على الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري مؤسسا ومستجابا له[2].

6- أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية

ويعني ذلك أن العلاقة بين الزوجين تتوتر والمودة والمحبة بينهما يصبحان بغضا وكراهية، تأتي الخلافات الحادة والمستحكمة تحول راحتهما إلى فتنة والسعادة تنقلب إلى نقيضها والحياة الزوجية جحيم، فمن هي الزوجة التي تقبل زوجها الزاني، أو ذلك يمارس اللواط، لذا أعطي للزوجة حق طلب التطليق[3].

ثانيا – التعليق عن الشروط قبل التعديل

– يتضح لنا أن هناك تنافرا وعدم انسجام في كثرة الأوصاف المضافة إلى العقوبة المحكوم بها على الزوج من حيث كونها عقوبة شائنة، ومقيدة للحرية، ولمدة أكثر من سنة، فتعتبر من الشروط المتصلة بالعقوبة ذاتها والمتولدة عنها ليست بالجريمة.

1- باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 43-44.

2- المرجع نفسه، ص 44.

3- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 58؛ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، المشرف جيلالي تشوار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 220.

– إن شرط كون العقوبة ماسة بشرف الأسرة وكونها تجعل مواصلة العشرة واستمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا شرطان مقحمان في هذه الفقرة وبعيدان جدا عن العقوبة[1].

– إن الفقه والقانون لم يصفا العقوبة ولم يرد في القانون تصنيف العقوبة الشائنة عن باقي العقوبات الأخرى[2].

لأنه إذا كان من الممكن أن توصف الجريمة بأنها شائنة وتمس بشرف الأسرة فإن العقوبة المقررة لها والمحكوم على الزوج بسببها لا يمكن وصفها بأنها عقوبة تمس بشرف الأسرة، ولأن استحالة استمرار الحياة الزوجية إذا كان من الممكن أن تكون ناتجة عن بعض تصرفات الزوج المادية، أو عن شقاق ونزاع مستحكم بينه وبين زوجته، فإنه من غير الممكن أن يكون ناتجا مباشرة عن الحكم بالعقوبة[3].

– إن المشرع قد مس بحق الزوجة في طلب التطليق عند تقييدها بمدة العقوبة لأكثر من سنة في حالة حبس الزوج.

– ما يعاب كذلك عن المشرع أنه من الممكن أن يحكم على الزوج بالحبس لمدة أكثر من سنة مع وقف التنفيذ، ومن الممكن أن يحكم عليه بأكثر من سنة ثم يصدر عليه عفو عام أو خاص بعد مضي عدة أيام أو عدة شهور قليلة فقط، وهو ما لا يتوفر معه الغرض الشرعي والقانوني لمنح الزوجة حق طلب التطليق بسبب الحكم على زوجها بعقوبة مقيدة تفوق السنة[4].

– لم يتطرق المشرع إلى حالة الإفراج عن الزوج أثناء نظر دعوى التطليق، والحل المقدم في هذه الحالة.

ب– الشروط الواجب توفرها عند التطليق للحكم على الزوج بعد التعديل والتعليق عليها

1– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 268.

2– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 296.

3– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 268.

4– منصوري نورة،المرجع السابق،ص57.

أ-الشروط الواجب توافرها للحكم على الزوج بعد التعديل

بعد تعديل الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أصبحت تتضمن ثلاثة شروط وهي:

1- صدور حكم قضائي على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

إن المشرع بعد تعديله للفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري لم يوضح لنا طبيعة الحكم المقصود به في هذه الفقرة، ولم يتم الإشارة إليه كذلك من قبل رجال القانون وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي هل المقصود بالحكم على الزوج هو أن تكون العقوبة نافذة حالا(أي الحبس،أو السجن داخل المؤسسة العقابية)، أو موقوفة التنفيذ، أو قد تكون غرامة فقط؟

2- أن تكون الجريمة المعاقب عليها فيها مساس بشرف الأسرة

إن الجرائم الماسة بشرف الأسرة يصعب علينا جمعها أو تحديدها أو حصرها في عدد معين كما ذكرنا سابقا في التعريف، إلا أنه مع ذلك يمكن القول أن معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة من الجرائم هي عقوبة تمس بشرف الأسرة ولاسيما عقوبة جريمة الزنا وعقوبة جريمة الفحش مع قريبات الزوجة المحرمات مثل أختها وخالاتها وغيرها، والمقصود بالأسرة هنا أسرة الزوجين وأقاربهما[1].

3- أن تكون الجريمة فيها استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية

1- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق ، المرجع السابق، ص 267.

وهذا الشرط يمكن ربطه بالشرط الثاني لأن استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية مرتبطة بالجريمة المرتكبة الماسة بشرف الأسرة والتي لا يمكن حصرها في عدد معين كما سبق القول عنها لأن القانون لم يوضح لنا هذه الجرائم بالتفصيل وهذا الشرط يعتبر ضابطا يتسم بمرونة كبيرة لصعوبة تطبيقه على جميع المجالات، فما تعتبره بعض الزوجات أفعالا قبيحة تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، قد تعتبرها الأخريات جرائم عادية[1].

وعلى هذا الأساس تدخل قناعة القاضي في تقدير ما يمكن معه استحالة الحياة ومواصلة العشرة وما لا يمكن معه ذلك.

ب- التعليق عن الشروط بعد التعديل

- إن المشرع من خلال هذه الشروط قد أغفل تحديد المدة التي يمكن من خلالها رفع دعوى التطليق بسبب الحكم عن الزوج عن الجريمة التي ارتكبها.

- كما أنه كذلك لم يحدد لنا طبيعة الحكم المقصود به على أنه عقوبة نافدة ،أم أنها موقوفة التنفيذ .

- إن المشرع قد بالغ في استعماله لمصطلح "الاستحالة " إذ أن الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة لا يؤدى حتما إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية[2].

وأخيرا إن فقدان أحد هذه الشروط يحرم الزوجة قانونا من ممارسة حق طلب التطليق طبقا للفقرة الرابعة من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري.

غير أن المشرع عندما أغفل تحديد المدة التي يمكن من خلافها رفع دعوى التطليق، ولم يحدد طبيعة الحكم، ولم يذكر العقوبة، يبدو أنه يرمي إلى التوسع في منح المرأة طلب التطليق بالنسبة لكل ضرر يمس بشرف الأسرة بمجرد صدور الحكم بذلك، ومهما كانت العقوبة نافذة أو موقوفة النفاذ. وذلك بغرض حماية المرأة وشرف الأسرة، وزجرا للزوج عن

1- ربع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء الفقه الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر ،2013-2014، ص 24.

2- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 58.

سلوك سبل الجرائم والفواحش التي تعصف به ويفقد من خلالها زوجته، ويرجع كل ذلك لتقدير للزوجة التي يحق لها استعمال هذا الحق أو عدم استعماله.

الفرع الثاني

الموقف الفقهي والقانوني من التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

لم يتطرق الفقه الإسلامي لمسألة صدور حكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وإنما تناول بالدراسة السجن كسبب للزوجة لطلب التفريق بينها وبين زوجها وربما هي الحالة التي يقصدها المشرع بصدور الحكم عن جريمة، وهذا ما يدفعنا للتطرق لوجهة نظر الفقه الإسلامي(أولا) ثم نتناول وجهة نظر بعض القوانين العربية وقانون الأسرة الجزائري من هذه الحالة(ثانيا).

أولا :موقف الفقه الإسلامي من التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

لقد اعتمد الفقهاء المسلمون في جواز التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة على أساس الحبس لمدة معينة، والتطليق بسبب الحبس في حد ذاته اختلف فيه الفقهاء إلى اتجاهين، أحدهما يجيز التطليق للحبس بسبب الحكم على الزوج(أ) والاتجاه الآخر لم يجز ذلك(ب).

أ- الاتجاه المؤيد للتطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

يتمثل أنصار هذا الاتجاه في الشافعية وبعض من الجعفرية وشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله والمالكية وبعض من الحنابلة ويرون أن التفريق للحبس بسبب الحكم على الزوج جائز لأن الزوج في هذه الحالة يعتبر غائبا معلوم الحياة، إذ يقولون إذا حبس الزوج لمدة غير محددة تزيد عن السنة ثم مر العام ولم يطلق سراحه جاز للزوجة طلب فسخ الزواج[1].

كما يعتبرون مطلق الغيبة بعذر أو بغير عذر سببا يجيز للزوجة طلب التطليق فالمالكية مذهبهم متناسق لأنهم يرون التطليق للحبس يقع بائنا[2].

وقد أجازوا ذلك لشدة التضرر بترك الوطء وخشية الزنا، وحددوا ذلك بأكثر من سنة وهذا التقيد جيد[3].

حيث يقول البعض منهم إذا صدر الحكم بالسجن لمدة ثلاث سنين، أو أكثر، وكان الحكم نهائيا، ونفذ على الزوج، ومضت سنة فأكثر من تاريخ تنفيذه، فللزوجة أن تطلب من القاضي الطلاق لوقوع الضرر بها بسبب بعده عنها، ويجب على الزوجة أن تثبت ذلك[4]، فإذا ثبت ذلك طلقها القاضي طلقة بائنة[5].

وقد جاء في قول ابن تيمية أنه يجوز التفريق أو الفسخ بسبب الحبس والسجن لمدة طويلة وذلك لمنع الضرر الواقع على الزوجة في هذه الحالات[6].

وحسب رأي الجعفرية لا يبعد جواز طلاق الزوجة للحاكم الشرعي إذا علم أن زوجها محبوس في مكان لا يمكن مجيئه أبدا[1].

---

1 – العربي بختي، المرجع السابق، ص 129.

2– محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997 ص 133، آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 172.

3– المصري مبروك، المرجع السابق، ص 358–359؛ أحمد علي جرادات ،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج و الطلاق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان –الأردن ، 2012، ص 240.

4– عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص 226.

5– السيد سابق، فقه السنة م.2، ط7، دار الكتاب العربي، بيروت، 1985، ص 292.

6– السيد أبو عيطة، الزواج والطلاق في زمن العولمة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 235.

وحسب ما تم ذكره، فإن أنصار هذا الاتجاه قد أجازوا التطليق لحبس الزوج ولكنهم اختلفوا في المدة فمنهم من حددها بسنة ومنهم من جعلها ثلاث سنوات فأكثر، كما حددها البعض منهم بمدة طويلة حيث لا يمكن مجيئه أبدا، فقد قاسوا الحبس على الغياب والمعيار في ذلك المدة(مدة سنة فأكثر) مما لا يؤدي إلي عدم اختلاف حالة زوجة المحبوس على حالة الغائب في مقامها وزوجها بعيدا عنها زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف مما تأباه الطبيعة البشرية في الأعم الأعلى من الحالات[2]، إذ جاء القول في امرأة الأسير والمحبوس وغيرهما ممن تعذر انتفاع امرأته به "إذا طلبت فرقته، كالقول في امرأة المفقود، ولذلك ثمة قياس المحبوس على الغائب من قبل الفقهاء واستدلوا بنفس الأدلة لحالة الغياب والفقد والحبس[3]، لأن المناط في ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها، مع أن بعد الأسير لا يكون باختياره[4] كما يعتبر التطليق للضرر الناتج عن الحبس فسخ عند الحنابلة ، وطلاق بائن عند المالكية[5].

ب- الاتجاه المعارض للتطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

يرى الحنفية وبعض جمهور فقهاء الجعفرية وبعض من الحنابلة أنه لا تفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مهما طالت المدة أو قصرت، لأن الغيبة عندهم بعذر وإن كان العذر بحد ذاته غير مشروع، غير أن البعض من الحنفية لا يجيزون تطليق الزوجة من

1- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1997، ص 173.

2- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص 448.

3- أحمد محمد الموفي، إسماعيل أمين نوهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن – عمان، 2009، ص 113؛ طاهري حسين، المرجع السابق، ص 121،122.

4- محمد بلتاجي، أحكام الأسرة، دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، ط 1، الناشر دار التقوى، 2001، ص 487.

5- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي (التعليق على النصوص)، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص 290؛ بلحا ج العربي، المرجع السابق، ص 297.

زوجها لسبب الحبس لأنهم لا يعتبرون الغيبة سببا لجواز التفريق، ورأيهم تضييق مجالات التفريق بين الزوجين دائما[1].

إن أنصار هذا الاتجاه لم يجيزوا التطليق لحبس الزوج، لأنهم لا يعتبرن الغيبة سببا للتفريق سواء بعذر أو بغير عذر، فحسب رأيهم لا وجود لضرر الزوجة هنا رغم بعد وغياب زوجها عنها، وبالتالي يسقط حقها في طلب التطليق للحبس.

إذا ما يمكن استخلاصه بعد عرض الآراء الفقهية السابقة يعود الرأي الراجح إلي أنصار الاتجاه الأول الذين يجيزون التفريق بسب الحبس وذلك لقوة أدلتهم وحججهم.

ثانيا: موقف القانون من حالة التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

لقد تضمن القانون حالة التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، غير أنه هناك اختلافا في دراسة هذه الحالة حسب قانون الأسرة الجزائري والقوانين العربية الأخرى وإنما تناولوا مسألة التطليق للحبس دفعا للضرر الواقع للزوجة مع الاختلاف في التفاصيل وبعض النقاط، لذلك يمكننا التطرق لموقف بعض القوانين العربية(أ) و موقف قانون الأسرة الجزائري(ب).

أ- موقف بعض القوانين العربية

إن القوانين العربية بما في ذلك القانون السوري والعراقي والأردني والمغربي والمصري واللبناني والإماراتي لم تتطرق لمسألة صدور حكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وإنما تناولوا مسألة التطليق للحبس مثل ما فعل فريق من الفقهاء، وما ذهب إليه

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1977، ص 593؛ محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، المرجع السابق، ص 133، عبد الله عبد الرحمن لسعيدي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005 م، الآفاق المشرقة، ناشرون، د ب، د س ص 215.

ابن تيمية حيث في كل قانون مادة تدعم ذلك، وهذا ما يدفعنا لدراسة وجهة نظر كل قانون على حدة.

1-القانون السوري

لقد اعتبر المشرع السوري في المادة 109 الفقرة 1 من قانونه أن التفريق للحكم بعقوبة سالبة للحرية طلقة رجعية، واقترح أن يحذوا حذوه المشرعون في العالم الإسلامي لما به من إسناد واستمرار الحياة الزوجية، كما نص كذلك في الفقرة 2 من نفس المادة على أنه " إذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها"[1].

2- القانون العراقي والأردني والمغربي

إن هذه القوانين أجازت التطليق للحبس بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ولكن اشترطوا المدة في ذلك أن يكون قد مضى على حبس الزوج وغيابه سنة على الأقل[2].

3- القانون المصري

إن القانون المصري أجاز التطليق للحبس بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة وذلك طبقا لما جاء في المادة 41 منه بقولها "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا لعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأثر أن تطلب للقاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"[3].

1- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، ط1 المؤسسة الحديثة للكتاب، د ب، 2011، ص 206؛بلحا ج العربي ،المرجع السابق ،ص 297.

2- مصطفي إبراهيم الزلميى ،المرجع السابق، ص 207.

3- محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، المرجع السابق، ص 134؛ أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، ط 1، دار المعارف، مصر، 1967م، ص 150.

4- القانون اللبناني

إن المحاكم الشرعية السنية والشيعية في لبنان لا تفرق بين الزوجين بسبب حبس الزوج أما الطائفة الدرزية فتجيز التفريق بين الزوجين إذا حكم على هذا الزوج بعقوبة الحبس لمدة عشر سنوات فأكثر وقضى منها في الحبس خمس سنوات متتالية، فإن للزوجة أن تطلب التفريق من زوجها في ختام تلك المدة أي انقضاء السنوات الخمس.[1]

5- القانون الإماراتي

قد أخذ القانون الإماراتي في التفريق للحبس برأي المالكية فجاء في المادة (131) ما يلي:

"لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم بات بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب من المحكمة بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"[2].

كما وردت أحكام التطليق لحبس الزوج أيضا في مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي وافق عليه مجمع البحوث الإسلامية، وهي أحكام لا تختلف عما نص عليه القانون رقم 20 لسنة 1929.

وقد نصت المادة 120 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية على الطلاق لحبس الزوج و نصها ما يلي «لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبسه مدة لا تقل عن سنة.»[3]

1- أكرم ياغي قوانين الأحوال الشخصية، لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية فقها تشريعا و قضاء ط1،منشورات زين الحقوقية لبنان2007ص262

2- عبد الله عبد الرحمان السعيدي المرجع السابق، ص215.

3 - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص111،ايت شاوش دليلة ،المرجع السابق ،ص ص 173 ،175 .

إن كل القوانين التي تم التعرض لها أجازت للزوجة التطليق للحبس بسبب الحكم على عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة حتى ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه وتجدر الإشارة إلى أن مجال تطبيق نصوص هذه القوانين ينحصر في المحبوس المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية وهي الحبس بالسجن والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة، أما حيث يكون الحكم بالغرامة أي بعقوبة مالية، فلا مجال لتطبيق هذا النص ولا مجال لتطبيقه أيضا إذا كانت العقوبة الإعدام عقوبة سالبة للحياة[1] ماعدا القانون اللبناني الذي لم يجز ذلك ،إلا أن الطائفة الدرزية تجيز ذلك.

ويبدوا أن واضعي القانون قاسوا حالة الحبس على حالة الغياب، لأنه غائب فعلا وأن المحبوس ليس جديرا بالعطف والرحمة لذلك يحق لزوجة المحبوس أن تطلب التطليق[2]، وقد اشترطت هذه القوانين لجواز طلب التطليق مضي سنة من تاريخ القبض على الزوج وحبسه، وذلك لكي تمضي مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلا لأن الفرقة للحبس إنما هي للضرر الواقع بالفعل وليس للضرر المتوقع وإنما اشترطت في مدة الحبس ثلاث سنوات حتى تكون الزوجة يائسة من عودة الزوج عودة قريبة، فيستحكم الضرر إن بقيت إلى نهاية المدة[3] وما يمكن ملاحظته أن هذه القوانين أخد ت برأي المالكية وابن تيمية في إجازة التطليق للحبس .

ب- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق بسب الحكم على الزوج

لقد نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الرابعة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.[4]

1- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 108.

2- أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 151.

3- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 449.

4- انظر المادة 53فقرة 4قانون اسرة جزائري.

من خلال هذا النص يمكن القول أن المشرع قد أجاز التطليق للزوجة في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وهذا دفعا للضرر الذي يلحقها من جراء غيابه عنها.

و لكنه قيد استعمال هذا الحق بضرورة توفر جملة من الشروط المذكورة سابقا[1].

هذا وقد ذهب المشرع الجزائري مذهب المالكية وابن تيمية رحمه الله في جواز التفريق للحبس، وإن كان قد خالفه في تحديد المدة، حيث أن المدة التي أخذ بها ابن تيمية هو الحبس الطويل الذي يلحق به ضرر جسيم بالمرأة، ويتعذر معه انتفاعها بزوج بها[2].

هذا قبل التعديل أما بعد التعديل فقد أجاز طلب التطليق للزوجة بسب الفعل المرتكب الماس بشرف الأسرة وليس بسب الحبس في حد ذاته[3].

كما يجوز للزوجة طلب التطليق في هذه الحالة حتى قبل البناء، فقد صدر قرار بهذا الشأن في تاريخ 2014/07/10 جاء فيه يجوز للزوجة طلب التطليق قبل الدخول بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة واستحالة تحقيق الهدف من الزواج[4]

وأخيرا بما أن المشرع أخذ بالرأيين السابقين يمكننا الفهم أن المقصود بالحكم على الزوج هو الحبس(أي عقوبة نافذة).

لذلك فمن المتأمل للفقرة 4 من المادة 53 ق.أ.ج المعدلة أنها أكثر وضوحا من سابقتها والتي كانت صياغتها رديئة نوعا ما على النحو التالي «الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية»[5].

1- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص266.

2- نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 14

3- آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 178.

4- غ أش و المواريث، القرار رقم 0870291،المؤرخ في تاريخ 2014/07/10 ،مجلة المحكمة العليا،العدد2 سنة 2014،ص282.

5- آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 177.

وقد جاء تعديل الفقرة كما يلي:

«الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية»[1].

كما أن المشرع خلال تعديله للفقرة الرابعة أيضا يكون قد خفف من وطأة الشروط المادة الواردة سابقا، إذ إنه ألغي الشرط القائل بالعقوبة التي يتعدى منها أكثر من سنة واكتفى بالقول أنه على الزوجة المطالبة بالتطليق وأن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه، وفي ذلك تيسير أكثر تستفيد منه الزوجة في تأسيسها طلب التطليق على هذا الوجه[2]، فالمشرع حاول في التعديل تصحيح الخطأ الوارد في الفقرة 04 قبل التعديل، لتحدثه عن الجريمة وليس العقوبة[3]، إن المتمعن جيدا في هذه الفقرة أن المشرع الجزائري حاول تدارك النقائص الواردة في القانون المعدل 11/84، لكنه مما يؤخذ عليه أنه لم يحدد ما هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة وترك المجال مفتوحا للسلطة التقديرية للقاضي في معرفة مدى إمكانية مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة، وكذا مدى إمكانية أو صعوبة العشرة الزوجية معها مع العلم أن عبء الإثبات يقع على الزوجة[4].

المطلب الثاني

حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة

قد يحدث أن الزوج يكون مرتكبا للفواحش ويقع فيها باستمرار وهو الأمر الذي قد تراه الزوجة مضرا بها وماسا بشرف العلاقة الزوجية التي تربطها بهذا الزوج مما يؤدي إلى تدهور هذه العلاقة فتمحى سمات المودة والألفة والمحبة التي كانت تجمعهما، وربما يدفعها ذلك للبحث عن حل هذه العلاقة التي تربطها به.

1- انظر المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

2- باديس ديابي المرجع السابق، ص45.

3- باديس ديابي، المرجع السابق، ص 45.

2- حفيظة فضلة، المرجع السابق ، ص 79.

وهذا ما جعل الفقرة 7 من المادة 53 تتيح للزوجة التطليق في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة غير أن هذه الفقرة لا تبين لنا ما لمقصود بالفاحشة وهذا ما يمكن توضيحه من خلال هذا المبحث سنتناول في(فرع أول) ماهية الفاحشة المبينة وفي (فرع ثان) موقف الشريعة الإسلامية والقانون من حالة ارتكاب الزوج للفاحشة المبينة.

الفرع الأول

ماهية الفاحشة المبينة

يثور التساؤل عن ماهية الفاحشة المبينة المحددة كحالة من الحالات التي يجوز للزوجة طلب التطليق فيها، لذلك يمكن دراسة هذه الحالة من حالات الضرر المعنوي للزوجة ويمكن تحديد ماهيتها عن طريق التقسيم التالي:

مفهوم الفاحشة المبينة(أولا) والشروط الواجب توفرها في التطليق لهذه الحالة(ثانيا).

أولا: مفهوم الفاحشة المبينة

الواضح أنه ليس هناك خلاف كبير في القول أن الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان[1]، ولكن من الصعب تعريف الفاحشة بدقة، غير أنه يمكن حصر مفهومها من خلال مدلولها اللغوي كما هو شائع الاستعمال وكما استعمله القرآن الكريم في المفهوم الموسع لها(أ) والمفهوم الضيق (ب).

أ- المفهوم الموسع للفاحشة المبينة

إن شراح القانون لم يحصروا الفاحشة في مجال معين بل توسعوا في تحديد مفهومها حيث قالوا أن الفاحشة تتعدي إلى الجرائم التي أقرها الشارع الكريم عقوبات محددة ومعينة تسمى (الحدود) وهذه الجرائم هي الزنا،القذف، السرقة، المحاربة، والبغي وهي أيضا تسمى بالفواحش جمع فاحشة[2].

1- باديس ديابي، المرجع السابق، ص 47

2- باديس ديابي، المرجع السابق، ص 48.؛آيت شاوش دليلة،المرجع السابق،ص222.

وهناك أيضا من قال أن الفاحشة تشمل أيضا شرب الخمر وهو ما يسمح للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطليق كلما استطاعت أن تثبت بالدليل القوى إن زوجها يتعاملا شرب الخمر بشكل متكرر وبصورة تدفعه إلى ارتكاب بعض الحماقات وإلى الإساءة إلى زوجته وأولاده، والإضرار بسمعه عائلته واقتصاد الأسرة وأمنها و راحتها أو تدفعه إلى التخلي عليا أو جزئيا عن واجباته نحو زوجته و أولاده[1].

فبالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن المقصود بالفاحشة هي كل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع الإسلامي[2]، كما يمكن تعريفها أيضا على أنها كل فعل من الكبائر، كالشرك بالله وعقوق الوالدين والزنا[3]، وقد جاء المقصود بالفاحشة أيضا على أنها الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي[4]، ويعتقد البعض أن المقصود بالفاحشة تنصرف إلى الخيانة الزوجية والجرائم للأخلاقية[5].

ب- المفهوم الضيق للفاحشة المبينة

إن البعض من شراح القانون حصروا الفاحشة في فعل الزنا مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة[6] كما قد عرفها قانون العقوبات بأنها ارتكاب العلاقة الجنسية بين الأقارب من الفروع والأصول بين الإخوة الأشقاء من الأب و الأم أو مع احد فروعه، من والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب و فروع الزوج الأخر من أشخاص، يكون احدهم زوجا لأخ و الأخت[7] ، ويمكن تعريف ا الفاحشة بأنه، مؤنث الفاحش ما يشتد قبحه من الذنوب والفاحشة جمع فواحش الزنا، والفاحشة القبيح السيئ الخلق، يقال غبن فاحش إذا

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص275.

2- عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص 21.

3- ربيع وفاء، المرجع السابق ، ص ص 25-26.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 305.

5- الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 205.

6- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 275؛ نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 266.

7- انظر المادة 337 مكرر من القانون رقم 66-56 المؤرخ في 8 يونيو1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالأمر 9-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 15،ص142، 143.

جاوزت الزيادة ما يعتاد مثله ويقال رجل فاحش أي معتد في القول والجواب[1] كما يقال أيضا الفاحشة من الفحشاء يقال: كل شيء جاوز حده فهو فاحش ويقال فحش الأمر فحشا وتفا حش، ويسمى الزنا فاحشة[2].

وقد جاء في قانون العقوبات أن الفاحشة يمكن أن تحمل على ارتكاب الزوج فعل الزنا وإن لم يحكم عليه بارتكابه جريمة الزنا طبقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات والتي جاء فيها النص على أنه «يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته ولا الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضح الحد لكل متابعة»[3] .

وتجدر الإشارة إلي أن المشرع لم يحصر ولم يحدد الفاحشة في مجال معين ،بل اشترط أن تكون مبينة فربما أنه يميل إلي الاتجاه الضيق الذي حصرها في فعل الزنا.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في التطليق لحالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة

1- أن يكون هذا الفعل الذي ارتكبه الزوج مخلا بالحياء والآداب العامة أي كل فعل منافي ومبادئنا الإسلامية ويعتبر فاحشة ومن الكبائر.

2- يجب أن يكون هذا الفعل قد ارتكب من طرف الزوج، كما يجب أن تكون العلاقة بينهما أساسها عقد الزواج وأن يكون صحيح شرعا وقانونا أي مستوفى لكل أركانه وشروطه الشرعية والقانونية ولا يزال قائما إلى حين رفع دعوى التطليق[4].

1- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 94.

2- شكشوك مفيدة،تقدير قاضى شؤون الأسرة للضرر و التعويض في حالة التطليق ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01 يوسف بن خده،2015-2016 ، ص60.

3- رواق أمال الإشهاد ودوره في إثبات الزواج و انحلاله وأثره في ترتيب الأحكام المرتبة عليهما، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون نوميديا للطباعة و النشر و التوزيع قسنطينة،ص222.

4- بوحملة نسرين، زبيلح حسيبة، صور فك الرابطة الزوجية بالإدارة المنفردة لكلا الزوجين، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر فرع قانون الأسرة، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة، الإخوة منتوري قسنطينة2015،1-2016 ص ص 55 -56.

3- لا بد من قيام العلاقة الجنسية، وقيام علاقة القرابة وقيام القصد الجنائي علاوة على ذلك أن يتم إدانة الزوج ويصبح الحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به[1].

الفرع الثاني

الموقف الفقهي والقانوني من التطليق في حالة ارتكاب الزوج الفاحشة مبينة

إن الإسلام يدعوا إلى أن تبقى الحياة قائمة على دعائمها الأساسية كالسكون والمودة، فإذا افتقدت فلا معنى لها، لذلك شرع الله عز وجل الطلاق في حالة توتر العلاقة الزوجية، في المادة 53 من ق.أ.ج، فإذا أتى الزوج بفاحشة من الفواحش، وهذا ما تؤكده الفقرة 7 من هذه المادة، لذلك يمكننا التعرض إلى موقف الفقه الإسلامي من التطليق في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة(أولا) وموقف قانون الأسرة الجزائري من هذه الحالة(ثانيا).

أولا: موقف الفقه الإسلامي من التطليق في حالة ارتكاب الزوج الفاحشة مبينة

إن ما ذكر من الجرائم تعد فواحش في نظر الشريعة الإسلامية، وفي غياب آراء الفقهاء بهذا الشأن لا يبقى لنا سوى الاستدلال بخير دليل وهو ما ورد في القران الكريم من آيات عدة تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا[2].

نذكر على سبيل قوله تعالى:« **وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا** »[3].

وقال أيضا: « **قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَن تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَن تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ** »[4].

وقوله تعالى أيضا:« **لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ** »[1].

1- يوسف دلاتة، المرجع السابق،ص59

2- منصوري نورة، المرجع السابق،ص ص 55-60

3- سورة النساء الآية 22.

4- سورة الأعراف الآية 33.

ومصطلح الفاحشة لا بد من إحالته إلى الشريعة التي فصلت في الفواحش وهي كل فعل محرم شرعا مهما كانت صفته سواء ظاهرة أم باطنه[2].

كما سبق القول فإن الشريعة الإسلامية تعتبر الزنا والخمر من الفواحش العظمى في الإسلام، فالعقوبة فظيعة بقدر فظاعة الجرم المرتكب، فالأصل هنا أن الزوجة لا تطلب التطليق لأن زوجها سيعاقب ونهايته الموت بحكم الشرع، ولكن الأمر الذي يختلف في ظل القوانين الوضعية[3]، واستنادا إلى هذا المبدأ يعتبر التطليق للفاحشة في نظر الإسلام أمر معقول لما ينتج عنها من أضرار تلحق بالزوجة لذلك يحق لها أن تتقدم إلى المحكمة طالبة التطليق لهذا السبب إذا ما استطاعت إثبات ذلك[4].

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق في حالة ارتكاب الزوج الفاحشة مبينة.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 ف 7 قانون الأسرة الجزائري بأنه «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ارتكاب فاحشة مبينة».

وباعتبار أن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش بل الشريعة الإسلامية هي من اعتبرها كذلك فإنه بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني الجزائري فنجدها تنص على أنه يسرى القانون على جميع المسائل التي يتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية.[5]

وعليه فانه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله أو الردة، أو الاعتداء على قاصرة، أو انحراف عن الطريق السليم وقيامه بالسلوك الإجرامي، الذي يتنافي

1- سورة الطلاق الآية 01.

2- بوحملة نسرين، زبيلح حسيبة، المرجع السابق، ص56.

3- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 98.

4- المرجع نفسه، ص 100.

5- انظر المادة 1 ق م ج.

مع مقتضيات العقل السليم واردة المجتمع فانه في كل هذه الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب التطليق وحينئذ يطلقها إذا أثبتت، ارتكاب الفاحشة وكان الفعل إخلالا جسيما وخطير يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة المشتركة بين الزوجين[1]

وعليه فانه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة المادة 53ف7 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا مثل فعل الزنا من طرف الزوج، مما يتنافي مع الزواج[2].

وقد أحسن المشرع ما فعل لما أتاح للزوجة حق طلب التطليق إذا تعلق الأمر بارتكاب الزوج لفاحشة مبينة دون حاجة لاستصدار حكم يقضي بإدانة هذا الأخير[3].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يتحدث عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل، وهل يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانة أم يكفي ارتكاب الزوج للفاحشة خصوصا وأن الزوجة من الناحية القضائية مطالبة بالإثبات[4].

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه في نص الفقرة 7 من المادة 53 ق أ ج لم يعطي تعريفا دقيقا للفاحشة ولم يذر أمثلة عنها للقياس عليها مما يترك المجال لتقدير القاضي الأمر الذي يجعل الأحكام القضائية متذبذبة من قاض لآخر، فقد يرى قاضي حالة معينة قد تشكل فاحشة في حين يرى آخر أنها ليست كذلك[5]، وذلك قد تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ينفرد بالنص على الفاحشة كحالة من حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق دون سواه من القوانين العربية الإسلامية الأخرى[6]،و يلاحظ عليه أيضا أنه لم يخص جريمة الفاحشة بحكم خاص،ولم يشترط أن تكون في هذه الجريمة عقوبة مقيدة للحرية ،بل اشترط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش بغض النظر عن العقوبة .

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص305-306.

2- الغوثى بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط3،ديوان المطبوعات الجامعية، د ب، د س ص106.

3- منصوري نورة، المرجع السابق، ص106.

4- الرشيد بن شويخ، المرجع السابق،ص 63.

5- عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص 21.

6- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

ملخص الفصل الأول

نخلص في نهاية هذا الفصل إلى أن ماهية التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة تتجسد في تعريف التطليق والضرر ممَا يخول لنا أن الضرر الماس بشرف الأسرة هو نوع من أنواع الضرر المعنوي الذي يمس بكرامة وشرف الزوجة المخولة لها الحق في طلب التطليق من جرَاء الأفعال التي يرتكبها زوجها، ممَا تجعل الحياة مستحيلة بعد ذلك.

أما فيما يخص حالات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة فهي من الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من ق أ ج وهما

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

– حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة.

فتمت دراسة هته الحالات من الناحية القانونية والشرعية لما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية والقانون.

الفصل الثاني

الإجراءات الخاصة بالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وسلطة القاضي في تقديره

لما كان الطلاق ملكا للزوج دون الزوجة، فإن الفقه الإسلامي وتشريع قانون الأسرة الجزائري مكنها هي الأخرى من التعبير عن إرادتها في استعمال حقها في التطليق عند الضرر، حيث تلجأ من خلاله للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها استنادا لأسباب محددة، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها، ولقد شرع الله تعالى التطليق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين، يلجأ إليه عند الحاجة، ومع ذلك فإن الشارع الحكيم أخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته، وبالتحديد الإجراءات الخاصة بالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة (مبحث أول) ولما كان هذا النوع من الضرر له علاقة بالفواحش والجرائم فقد تتأثر سلطة القاضي في تقدير هذا الضرر(مبحث ثان).

المبحث الأول

الإجراءات الخاصة بالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة

يعتبر التطليق أحد طرق فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة حسب نص المادة 48 من ق أ ج وهو مقيد بأسباب في المادة 53 ق أ ج وبذلك فهو يخضع لإجراءات خاصة به، والتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة لا يخرج مبدئيا عن إجراءات التطليق بصفة عامة(مطلب أول) أما الصلح، وهو إجراء جوهري في مادة التطليق، إلا أنه في الضرر المساس بشرف الأسرة قد يكون مجرد إجراء شكلي ويمكن الحديث عن خصوصية إجراءات الصلح في التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة(مطلب ثان).

المطلب الأول

إجراءات التطليق بصفة عامة

لا يمكن التفريق بين الزوجين إلا بإتباع إجراءات قانونية، وقبل الحديث عن هذه الإجراءات لابد من الإشارة إلى أن ق.أ.ج يشمل مختلف المسائل بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية التي تنظم الأسرة، غير أنه لا يتضمن الإجراءات والقواعد اللازمة لتطبيقه، وهذا ما تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وللاطلاع على هذه الإجراءات نقسم هذا المطلب إلي فرعين (فرع أول) نخصصه لدراسة قواعد الاختصاص و(فرع ثان) نخصصه إلى دراسة إجراءات دعوى التطليق.

الفرع الأول

قواعد الاختصاص

إن قواعد الاختصاص شأنها شأن كل القواعد المتعلقة بالإجراءات، إذ تعتبر قواعد آمرة، وقد تعرض دعاوى انحلال الزواج على المحكمة المختصة محليا ونوعيا، ونظرا لاختلاف قواعد الاختصاص النوعي والإقليمي ارتأينا أن نتناولهما في نقطتين مختلفتين (أولا) الاختصاص النوعي (ثانيا) الاختصاص الإقليمي.

أولا- الاختصاص النوعي

في الاختصاص النوعي فإن الدعاوى تقام أمام قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي، فالاختصاص النوعي في مسائل الطلاق يعد من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، ويقصد به ولاية القضاء بالفعل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والموقع الإقليمي[1]، ويقصد به أيضا توزيع القضايا بين مختلف الجهات القضائية على أساس نوع الدعوى، فيعتبر من النظام العام، يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة كانت عليه الدعوى كما جاء النص عليه في المادة 36 من ق إ م إ [2].

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 341.

2- يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 79.

ثانيا- الاختصاص الإقليمي

يقصد بالاختصاص الإقليمي ولاية جهة قضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي، وقد نصت عليه المادة 3/426 من ق إ م إ بقولها "تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي".

من خلال هذا النص نستنتج أن المحكمة المختصة إقليميا في دعاوى الطلاق أو التطليق هي محكمة مقر الزوجية، فالاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام ومن ثمَ يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحلَ خلافهما أمام المحكمة الأقرب أو التي يختارانها وفي هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الاختصاص المحلي[1].

الفرع الثاني

إجراءات دعوى التطليق

إن المشرع الإجرائي وضع أحكاما مشتركة لجميع الجهات القضائية في الدعوى وفي شروط قبولها، وفي عريضة افتتاحها، وفي شكل وبيانات التكليف بالحضور في تقديم السندات[2]، فكل ما يتعلق بالدعوى وإجراءاتها نظمها المشرع الجزائري في ق.إ.م.إ فلنتحدث (أولا) عن شروط قبول الدعوى و(ثانيا) عن كيفية تبليغها وسيرها.

أولا- شروط قبول دعوى التطليق

لكي يتم قبول الدعوى يجب أن تتوفر بعض الشروط في المدعى والمدعى عليه وهي الصفة والمصلحة والأهلية، فالصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على

1- المرجع نفسه، ص 78.

2- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص 147.

المصلحة المباشرة والشخصية ويجب أن يكون كلا الزوجين يتمتعان بصفة التقاضي حيث يجب أن تكون المدعية هي الزوجة نفسها من تضررت بسبب ارتكاب زوجها لفاحشة مبينة أو لأنه حكم عليه عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ، والمدعى عليه هو الزوج، فلا يمكن رفع الدعوى من غيرهما لأنه يتعين في الدعوى أن تكون مرفوعة من ذي صفة عن ذي صفة والأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء لدى الشخص الطبيعي أي أهلية التقاضي أمام المحكمة أي بلوغ سن الرشد المنصوص عليه في القانون المدني في المادة 40 منه، والمصلحة تعتبر من أهم الشروط في الدعوى، والمقصود بها هي أن يكون الهدف من اللجوء إلى القضاء هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة مشروعة أو فائدة عملية مشروعة، فمثلا في دعوى التطليق يكون هدف الزوجة من رفع هذه الدعوى هو الحصول على حكم يطلقها من زوجها الذي سبب لها ضررا وهذه الشروط قد نظمها المشرع في المادة 13 من ق.إ.م.إ[1]و كذا المادة 65.

ثانيا- كيفية تبليغ الدعوى وسيرها

تبلغ الدعوى عن طريق تقديم عريضة كتابية أو تصريح شفهي إلى كتابة الضبط للمحكمة التي يوجد فيها مقر الزوجية ضمن دائرة اختصاصها وذلك وفقا لأوضاع وشروط منصوص عليها في المادة 14 و 15 من ق إ م إ، وتكون تشمل ملخص الموضوع المنازع فيه وأسباب طلب الطلاق أو التطليق، كما يجب أن تكون على نسختين وتكون مؤرخة وموقعة من الزوج المعني أو من محاميه، وبعد ذلك يكون أمين الضبط بالمحكمة بتسجيل العريضة في سجل مخصص لتسجيل الدعاوى بتاريخ إيداعها، وبعد ذلك يقوم المدعي بتبليغ المدعى عليه رسميا بالنسخة الثانية من العريضة عن طريق محضر قضائي الذي يجب عليه أن يحرر محضرا بتكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المعينة، كما يجوز له

1- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص ص 52-53-54؛ بربارة عبد الرحمان ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ط4 ، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر،2013 ،ص ص41 -44 ؛عزيرية يوسف، المرجع السابق ص ص 33-34؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 329.

أيضا أن يبلغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط، وذلك وفقا للأوضاع والأشكال المنصوص عليها في المواد (16-18-19-407-438) من ق.إ.م.إ[1].

المطلب الثاني

خصوصية إجراءات الصلح في الضرر الماس بشرف الأسرة

نص المشرع الجزائري في المادة 49/ 1 ق.أ. على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وهذا النص جاء كقيد للحكم بالطلاق إلا بناء على إجراء عدة محاولات للصلح وينسحب ذلك على كل ما يتعلق بحل الرابطة الزوجية استنادا إلى ما ذهب إليه القضاء واجتهادات المحكمة العليا وما قرره الفقه، وعليه لا تختلف إجراءات الصلح في التطليق للضر الماس بشرف الأسرة عن الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية وهذا ما نحاول أن نبينه في خطوة أولى(فرع أول) ولما كان التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة تميزه بعض الخصوصيات نتناوله في خطوة موالية (فرع ثان).

الفرع الأول

إجراء الصلح بصفة عامة في مختلف صور حل الرابطة الزوجية

1- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 117؛ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص ص 18-22؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 327؛ بربارة عبد الرحمان المرجع السابق، ص ص 346 -348؛عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة،المرجع السابق، ص 152.

يقصد بالصلح عند جمهور الفقهاء بصفة عامة أنه عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخلافات والخصومات الواقعة بين أطراف النزاعات المختلفة بغض النظر عن نوعية تلك الخلافات وأسبابها[1].

كما عرفه القانون على أنه "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"[2]، بينما يقصد به في صور حل الرابطة الزوجية أنه الإصلاح بين الزوجين لما فيه من صلاح حالهما واستمرار الحياة الزوجية وحسن المعاشرة بينهما، أي إمساك بمعروف، وإجراءات الصلح تناولها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد (439 – 449) وهذا ما يدفعنا إلى دراسة كيفية إجراء محاولة الصلح (أولا) ومدى ضرورة إجرائه(ثانيا).

أولا: كيفية إجراء الصلح

بعد أن أوردت المادة 49 ق.أ.ج. نصا مبدئيا يتعلق بأن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي، وأن أي طلاق عرفي يقع شفهي لا يعتد به القانون أشارت إلى أن مثل هذا الطلاق لا يجوز للمحكمة أن تقرره إلا بعد قيام القاضي المعروض عليه دعوى طلاق بعدة محاولات إجراءات صلح[3].

حيث يقوم القاضي المختص بالفصل في دعوى الطلاق باستدعاء الزوجين المتخاصمين إلى مكتبه بواسطة مكتب الضبط، ويستمع لكل زوج على إنفراد وهذا من أجل تمكين كل طرف من قول ما لا يستطيع البوح به في حضور الطرف الآخر، ويكون ذلك في جلسة خاصة، ثم يحاول الصلح بينهما ويكون ذلك بإشعار الزوجين بضرورة التسامح

1- أحمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2010، ص 40؛ عبد الحميد ألشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط 2، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص ص343-344.

2- انظر المادة 459 ق.م.ج.

3- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص ص 149-150.

المتبادل وبيان محاسن المحبة والتفاهم والانسجام من أجل استقرار الأسرة وضمان مصالح الأطفال واستمرار علاقة القرابة والمصاهرة بين عائلتي الزوجين[1].

وتجدر الإشارة إلى أن محاولة الصلح وجوبيه وتتم في جلسة سرية وفقا لما نص عليه القانون[2]، ولكن إذا ما حدث وأن تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات الصلح دون اعتذار فإن ذلك يعتبر امتناعاً معتمداً ورفضاً ضمنياً لمحاولات الصلح، ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار ويعفيه من تجديد محاولة الصلح وتعتبر محاولة الصلح فاشلة وغير منتجة فيحرر محضرا بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر ذلك لأنه عندما تفشل محاولاته ينتقل بالضرورة إلى آخر دواء وهو الحكم بالطلاق أو التطليق إذا توافرت أسبابه[3]، وقد جاء في سياق هذا الحديث قرار صادر عن المحكمة العليا يقر بأن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم حضور أحدهما لأن المادة 49 ق أ ج تحدد مدة إجراء الصلح بثلاثة أشهر[4]

أما في حالة غياب كلا الطرفين فإن القاضي يحكم بشطب الدعوى وهذا طبقا لما جاءت به المادة 216 ق.إ.م.إ، فإذا فشل القاضي في التوفيق بين الزوجين فعليه أن يحاول مرة ثانية إذا تبين له جدوى من محاولة الصلح، فإذا فشل مرة ثانية ورأى أن هناك إمكانية للوصول إلى إصلاح ذات البين فله الحق في إجراء محاولة الصلح ثالثة ورابعة لأن القانون

1- بوضياف عادل ،الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج1، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، ط1، إصدار كليك للنشر ،الجزائر ،2012، ص 445 ؛ بلحاج العربي الوجيز، ج 1، المرجع السابق، ص 357؛ ربيع وفاء، المرجع السابق، ص 33.

2- آنظر المادة 439 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فيبراير 2008.

3- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 120.

4- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1997/10/23، ملف رقم 174132، نشرة القضاة، العدد 55، ص 197؛ شمروك محمد وآخرون، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الدفعة السادسة عشر 2005-2008، ص 16.

أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات للصلح قبل الطلاق على أن لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وهنا تتجلى سلطة القاضي التقديرية[1].

ويتعين على القاضي سواء نجح أو فشل في محاولات الصلح، فإنه يحرر محضرا بما توصل إليه من نتائج يلحق بملف الدعوى، ومن جهة أخرى نجد أن المادة 443 ق.إ.م.إ تنص على الصلح بين الزوجين يثبت بموجب محضر يحرر في الحال من قبل أمين الضبط تحت إشراف القاضي ويوقع من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط ويصبح بعد ذلك يشكل سنداً تنفيذياً[2].

ثمَ يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية من أجل النطق بالطلاق فعلا أو بالتطليق[3]، ثمَ يسمع من جديد إلى كل واحد منهما ثم يصدر القاضي حكمه وفقاً للإجراءات العامة هذا ولا ننسى أن نشير إلى أن أحكام الطلاق تسجل في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة[4].

وهذا ما نعيبه في ما مضى على المشرع عندما أغفل النص على كيفية تصرف القاضي الذي أشرف على عملية الصلح بين الزوجين في دعوى فك الرابطة الزوجية سواء في حالة نجاح محاولة الصلح أو فشلها، ولكن تم تدارك هذا السهو في التعديل الأخير الذي مس قانون الأسرة الجزائري سنة 2005[5].

1- شمروك محمد وآخرون، المرجع السابق، ص 15.

2- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 90؛ بوضياف عادل ،المرجع السابق، ص 447 .

3- عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص 36؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد،المرجع السابق ،ص 120.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 357.

5- سليمان قدور محمد، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2011، ص 149.

ثانيا: مدى ضرورة إجراء الصلح في حل الرابطة الزوجية

يعتبر الصلح من الإجراءات الهامة والأولية التي يجب على القاضي القيام بها بصفة إجبارية قبل النطق بالطلاق، وهذا الأمر لم يغب عن المشرع الجزائري بتشييده في نص المادة 49 ق.أج، غير أنه وقع خلاف بين رجال القانون عند تفسيرهم لهذه المادة على أن الصلح إجراء جوهري إجباري أم أنه إجراء عادي يمكن الاستغناء عنه، إذن سنوضح هذا الخلاف حسب التقسيم التالي، الصلح إجراء جوهري (أ) والصلح إجراء عادي (ب).

أ- الصلح إجراء جوهري (إلزامي)

لقد أكدت المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوبيه محاولات الصلح في قضايا شؤون الأسرة واضعة بذلك حداً للقرارات المتضاربة التي صدرت عن المحكمة العليا في هذا الشأن لاسيما في قرارها المؤرخ في 1968/07/03 الذي اعتبرت فيه نص المادة 49 ق.أ.ج نصا إجرائيا يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح وإلا كان حكمه معيبا لمخالفة القانون مما يستوجب نقضه لأن الحكم بالطلاق يكون باطلا ومخالفا للقانون[1].

كما جاء في قرارين آخرين صادرين عن المحكمة العليا يؤكدان على وجوبيه الصلح قرار صادر في 1991/06/18 الذي أقرَ بأن الصلح إجراء إجباري وأن عدم احترامه يعتبر خطأ في تطبيق القانون، والقرار الثاني صدر في 1994/01/18 الذي أقرَ أن محاولات الصلح إجراء جوهري يعد من النظام العام[2].

وتجدر الإشارة إلى أن قضاة المحاكم قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد كانوا يجمعون على فكرة وجوبيه محاولات الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي أمام جهات القضاء المختصة بشؤون الأسرة محاولين بذلك الحرص على تماسك الأسرة متبعين في ذلك سنة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم[3].

1- سليمان قدور محمد، المرجع السابق، ص 147؛ المرجع السابق، ص 357.

2- عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص 36.

3- سليمان قدور محمد، المرجع السابق، ص 148.

كما يمكن القول كذلك أن محاولة الصلح من طرف المحكمة مسألة ضرورية تتعلق بقاعدة آمرة من قواعد النظام العام التي يجب أن لا تتجاوزها، وهذا يتضح من خلال الصياغة الآمرة التي استعملها المشرع طبقا لأحكام المادة 49 من ق.أ.ج[1].

ب- الصلح إجراء عادي (جوازي)

هناك من رجال القانون من يرى أن الصلح إجراء جوازي، والصلح المحدد في نص المادة 49 من ق.أ.ج هو إجراء عادي الغرض منه الوعظ والإرشاد لا غير[2].

ويعتبرون أن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة لا تعد من الإجراءات الجوهرية السابقة على الحكم بفك الرابطة الزوجية، وبالتالي لا تعد من النظام العام[3].

وما يؤكد ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 1985/06/03 الذي اعتبر أن القضاة غير ملزمين بالصلح بالنص الآتي: من المقرر قانونا أنه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء ما لم يفرضه عليهم القانون وأنه لا يسوغ لخصم أن يحاول انتزاع إجراء ما منهم جعله القانون جوازاي لهم فعله أو تركه[4].

إذن إن محاولة الصلح تبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام والذي يدعم أكثر أن محاولة الصلح ليست إجراء جوهريا هو أن المشرع حددها بمدة ثلاثة أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى، أي بمعنى آخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد انقضاء المدة المحددة والمخصصة لها وهي ثلاثة أشهر، فلو كانت حقيقة من الإجراءات الجوهرية وتتعلق بالطلاق لما قيدها المشرع بتلك المدة، بحيث تجعل المدة تدوم أطول[5].

1- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص 45.

2- ربيع وفاء، المرجع السابق، ص 44.

3- بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 49.

4- سليمان قدور محمد، المرجع السابق، ص ص 147-148.

5- بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 49.

ويلاحظ أن بعض الحالات يكون إجراء الصلح فيها غير ضروري وغير جوهري ومن بين هذه الحالات حالة ما إذا اتفق الزوجان على الطلاق بينهما وكل ما يتعلق بذلك وحالة ما أعلن أحد الزوجين بشكل صريح رفضه لمبدأ الصلح[1].

فمن خلال ما سبق نجد تأكيدا من المشرع في نص المادة 49 من ق.أ.ج أن المقصود بعدة محاولات الصلح هو الوجوب، وجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 439 على اعتبار أن محاولة الصلح وجوبيه ليكرس نص المادة 49 ق.أ.ج لتكون السلطة التقديرية للقاضي في عدد محاولات الصلح وهذا ما أكده قرار من المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2013/03/13 الذي جاء فيه أنه استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه[2].

لذلك فإن محاولة الصلح تعتبر من الإجراءات الإجبارية والجوهرية التي يجب على قضاة الموضوع القيام بها قبل النطق بالحكم.

هذا وقد اعتبرت المحكمة العليا أن إغفال إجراءات الصلح يعتبر خرقا للقانون وهذا ما يؤكد أنه لا مانع من تدخل القاضي للإصلاح بين الزوجين حال النزاع وقبل وقوع الطلاق وذلك إذا أوقع الزوج الطلاق وكان رجعيا في أن يراجع زوجته أو أن يتزوجها من جديد إذا كان الطلاق بائناً فهو عمل جليل يعمل على تماسك الأمة وإصلاح منافذ للخلاف مما يجعل الحياة الزوجية المستقبلة أكثر تماسكا واستقرارا[3].

وأخيرا من خلال المواد 439 – 449 نستخلص أن المشرع أعطى سلطة واسعة للقاضي في اتخاذ ما يراه مناسبا للحفاظ على مصالح الأسرة دون التقيد بأجل أو إجراء

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 384.

2- غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0870291، المؤرخ في تاريخ 2014/03/13، مجلة المحكمة العليا العدد 02، 2014، ص 268.

3- المصري مبروك، المرجع السابق، ص 200.

سابق، وله اتخاذ أي تدبير مؤقت باعتباره قاضي استعجال وذلك بموجب أوامر غير قابلة لأي طعن للرجوع فيها أمامه[1].

الفرع الثاني

إجراءات الصلح في التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة

لقد خولت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري للزوجة حق طلب التطليق بالإرادة المنفردة لها وأمام انعدام نص صريح لإجراء الصلح في دعاوى التطليق أو الخلع على خلاف المدونة المغربية نجد كل حالة طلاق أو تطليق أو خلع إلا ولها نص يخص إجراءات الصلح فيها، ونجد المشرع المغربي يعتمد نظام الإحالة إلى النصوص المتعلقة بالصلح وهو ما لم يفعله المشرع الجزائري، فيتعين على القاضي أن يستند إلى نص المادة 04 من ق.إ.م.إ كمبدأ عام الذي يخول للقاضي بصفة عامة ولقاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة اللجوء إلى تطبيقه[2].

وقد يكون إجراء الصلح استنادا إلى نص المادة 439 وما يليها من ق.إ.م.إ ينطبق على جميع صور فك الرابطة الزوجية لأن صياغة هذه المادة جاءت عامة.

فالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة تنطبق عليه نفس إجراءات الصلح السابقة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، وعليه تبقى للقاضي سلطة تقديرية لإجراء الصلح في مختلف أسباب دعاوى التطليق، إذ يجب على القاضي إذا أثبتت الزوجة الضرر الواقع عليها من زوجها أن يتدخل للإصلاح بينهما[3]، وعليه يتعين على المحكمة أن تثبت قيامها بغرض الصلح في الحكم التي تصدره بالتطليق ومن ثمَ يعتبر الصلح إجراء جوهريا لصحة الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب الضرر، غير أن هناك حالتين في المادة 53 ق.أ.ج تتميز بخصوصيات في إجراء الصلح عن مدى فاعليته أو عدم فاعليته فيها ويمكن وتوضيح ذلك

1- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 18.

2- بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص ص 143-144.

3- أحمد نصر جندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص ص 350-351.

كالتالي، الحكم على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف لأسرة(أولا) وحالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة(ثانيا).

أولا- مدى فاعلية إجراء الصلح في التطليق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة.

حسب الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ.ج. كما سبق القول أنه لا يمكن للزوجة طلب التطليق في هذه الحالة إلا إذا توافرت الشروط التالية:

- أن يصدر حكم ضد الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.
- أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة.
- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا.

وعليه بجميع هذه الشروط المجتمعة يمكن للزوجة طلب التطليق وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك، في هذه الحالة قد يكون الصلح منتجا وقد يكون غير منتج، وذلك حسب ظروف ووقائع القضية ونوع الجريمة المرتكبة وعلى ذلك يمكن توضيح إجراء الصلح المنتج في هذه الحالة(أ)، والصلح الغير منتج فيها(ب).

أ- الصلح المنتج في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

فحسب ظروف ووقائع القضية، يتطلب الأمر أن يكون القاضي في بداية الأمر مطلعا جدا على الملف وبناء على ذلك يجري الصلح، فإذا كانت هناك دعوى تطليق مرفوعة من قبل الزوجة على أساس صدور حكم جزائي ضد الزوج يقضي بعقوبة ماسة بشرف الأسرة وهو في المؤسسة العقابية فعلى القاضي من خلال جلسات الصلح التي يعقدها أن يأمر بإحضاره ليمثل أمامه إذا كان بالإمكان إخراج المحبوس أو على الأقل سماعه بموجب إنابة قضائية[1]، غير أنه صدر قرار يقر بعكس ذلك، إذ أنه لا جدوى من إحضار الزوج في

1- بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 145.

محاولة الصلح وهذا القرار صدر بتاريخ 2002/07/03 الذي جاء فيه "إن الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التطليق للضرر لكون زوجها محبوسا يعتبر حكما سليما ولا يخضع هذا الأمر لقبول الزوج أو حضوره" حيث أن الطاعن كانت حريته مقيدة أثناء التطليق إذا لم يبدي رأيه ولم يخرج من مؤسسة إعادة التربية لحضور الصلح مما يشكل مخالفة للقانون، وإن المادة 2/35 من ق.إ.م.إ تنص بأنه "إذا لم يحضر المدعى عليه أو محاميه في اليوم المحدد رغم صحة التبليغ يقضي في غيبته أي بحكم غيابي وليس حضوري مما يترتب عنه النقض ولكن حيث أن القاضي استجاب لطلب المدعى عليه للتطليق بالضرر وهي رخصة منحها المشرع للزوجة لا تحتاج قبول الطاعن أو حضوره[1].

حيث أن القاضي يتأكد من طبيعة العقوبة وسماع تصريحات كل طرف، لأنه في إطار القيام بالصلح إذا كان محكوما عليه بمدة ليست بالطويلة أو أن الزوج قضى العقوبة أو خرج من السجن ثم تأتي الزوجة وترفع طلبها أنها لا تستطيع أن تعيش مع زوجها.

فالقاضي هنا يستطيع إجراء الصلح من أجل حثها على الاستمرار في الحياة الزوجية وتتراجع عن طلبها في هذه الحالة يلعب القاضي دورا كبيرا في إقناع الزوجة على أن زوجها أخطأ فعلا وهو نادم على ما فعل ومستعد لكي يتغير ويستأنف الحياة الزوجية ويتخلى عن التصرفات السيئة وأنه على الزوجة منحه فرصة أخرى ليتدارك الخطأ ويندمج في الأسرة والمجتمع من جديد، فباب التوبة مفتوح والعفو عليه لاسيما وأن الزوج يتمسك بالزوجة[2].

ب- الصلح غير المنتج في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

الأصل أن يجري القاضي الصلح بهدف التوفيق والإصلاح بين الزوجين لدفع الزوجة إلى تجاوز الضرر غير أنه إذا كان الزوج في بعض الأحيان حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية

1- غ.أ.ش، قرار رقم 27344 مؤرخ في تاريخ 2002/07/03 قرارات م ع ، العدد 58، ص 198؛ جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، ط 1، منشورات عليك، الجزائر، 2013، ص 1318-1319.

2- بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 145.

لسنوات طويلة لبشاعة الجريمة وخطورتها وكان الزوج قد ارتكب جريمة القتل العمدي مثلا أو إحدى الجنايات الأخرى وحكم عليه مؤبدا، وإلى جانب ذلك مشكل إحضار الزوج المسجون لأن غالبا ما يتم تحويله من ولاية إلى أخرى لاسيما إذا كان الزوج المحكوم عليه مؤبدا، فهنا إجراء الصلح لا جدوى منه، فتتحول جلسة الصلح إلى جلسة سماع الزوجة على محضر ليتأكد القاضي من إرادتها في طلب التطليق، كون الصلح في هذه الحالة مستحيلا مع الطرف الآخر، وبالتالي غياب الغاية من إجرائه وهو التوفيق والإصلاح ولم شمل الأسرة[1]، ونظرا إلى أن الزوجة متمسكة بطلبها لفك الرابطة الزوجية لكون الجريمة مشينة وفيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية فهنا إجراء الصلح يكون فارغا من فحواه مادام الزوج يقضي مدة طويلة في السجن أو يقضي حياته فيه فلا توجد في أن يصالح القاضي الزوجة مع شخص في حكم الميت أو المفقود أو الغائب والذي يخشى من جهة أخرى انحراف الزوجة في حالة عدم الاستجابة لطلبها[2]، ولكن المحكمة العليا تعطي أهمية في إجرائه تتطلب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصيا والغاية من ذلك التأكد من إرادة الزوجة في طلب التطليق، ثم يحرر محضر بذلك ليشرع في الموضوع، فالقاضي يواجه عمليا حالات مستعصية ولذلك وجب على المشرع منحه سلطة تقديرية نظرا لأحوال السلطة المختلفة[3].

ويمكن أن نضيف بأن المشرع حينما منح الحق في التطليق للزوجة بسبب استحالة العشرة الزوجية فلم يعد منتجا إذن أيّ إجراء للصلح ويكون فاقدا لمعناه.

ثانيا: مدى فاعلية إجراء الصلح في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة

لقد نصت الفقرة 07 من المادة 53 ق.أ.ج على هذه الحالة غير أنه لم يضع المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لها، فهناك من حصرها في فعل الزنا وهناك من توسع في ذلك وعليه فكل الأفعال التي وصفت بها الفاحشة هي أفعال مخلة بالنظام العام والآداب العامة.

1- بن هبري عبد الحكيم ،المرجع السابق، ص 170.

2- المرجع نفسه، ص 170.

3- المرجع نفسه، ص 170.

والجدير بالذكر أن الصلح لا مفاد منه إذا كان مخالفا لنظام العام وبما أن الفاحشة حصرت في أفعال مخالفة للنظام العام فلا جدوى للصلح فيها عند طلب التطليق بسبب ارتكابها من طرف الزوج، ويكون إجراؤه هو خرق لأحكام الشريعة الإسلامية ومخالفا لقانون الأسرة الجزائري بحد ذاته، فمن يعتبر أن الصلح إجراء جوهري وأن القاضي لابد من استيفائه في كل الأحوال وإلا كان حكم فك الرابطة الزوجية باطلا ويكون عرضة للنقض والإبطال[1]، غير أنه هناك من يرى أن جلسة الصلح في هذه الحالة قد تفيد الزوج بأن ينكر أو يعترف بارتكابه للفاحشة وتتحول إلى جلسة تحقيق لأن الزوج من الممكن أن يثبت بأنه لم يرتكب هذا الفعل، ولذلك يرى البعض أن الصلح لا يقتصر هدفه على مجرد تحقيق غاية لم شمل الأسرة والزوجين والإقلاع عن فكرة فك الرابطة الزوجية، وإنما يؤكد أمورا أخرى لا يرد ذكرها في العرائض أو لا يكون لها أساس من الصحة، فتكون جلسة الصلح عبارة عن جلسة تحقيق فقط، وعليه فإجراء الصلح في هذه الحالة ليس له معنى إذ يكون مجرد إجراء بدون موضوع ومخالف للنظام العام[2].

المبحث الثاني

سلطة القاضي في التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة

إن لقاضي شؤون الأسرة صلاحية مخولة في تقدير وقائع الدعوى ووسائل الإثبات مع إصدار حكم يتلاءم مع ذلك لاسيما في دعاوى التطليق أو فك الرابطة الزوجية، حيث يقع على عاتقه معاينة وتكييف الوقائع المعتمد عليها، كما له السلطة التقديرية في التحقق من وقوع الضرر الواقع على الزوجة من طرف زوجها وكذلك مدى حجية الأدلة المقدمة من طرف الزوجة وكفايتها للحكم لها بالتطليق والضرر الذي حددته بعض الحالات من المادة 53 ق أ ج متى ثبت الطرق الشرعية والقانونية يكون للقاضي على إثرها ملزما بالحكم لفك الرابطة الزوجية عن الضرر تحقيقا للعدل وتطبيقا للقانون، وسلطة القاضي في التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة حسب الفقرتين 4 و 7 من المادة 53 ق.أ.ج تكون مقيدة في حالة ومطلقة في حالة أخرى، ولهذا يمكن توضيح سلطة القاضي في التطليق بسبب الحكم

1- بن هبري عبد الحكيم،المرجع السابق ، ص 171.

2- المرجع نفسه، ص ص 171-172.

على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة(مطلب أول) وسلطة القاضي في التطليق بسبب ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة(مطلب ثان).

المطلب الأول

سلطة القاضي إزاء طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

إن قاضي شؤون الأسرة له السلطة التقديرية الكاملة حال طلب الزوجة للتطليق بناء على الحكم الصادر ضد زوجها، بناء على هذا سيتم توضيح سلطة القاضي في تقدير الجريمة الماسة بشرف الأسرة(فرع أول) وسلطته في الحكم والتعويض(فرع ثان).

الفرع الأول

سلطة القاضي في تقدير الجريمة

يعتمد القاضي في تقديره للجريمة على معيارين:

أولا: عادات وتقاليد المجتمع

لتحديد مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وتأثيرها على الحياة الزوجية يعتمد القاضي على عادات وتقاليد مجتمعه[1].

ثانيا: تقدير درجة التوتر والضرر

قد يستعين في ذلك بالمعيار الموضوعي لتحديد مدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها لقبول طلبها أو رفضه واستحالة مواصلة العشرة الزوجية أمر يجب على الزوجة إثباته[2]، لأنه من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق

1- شمروك محمد وآخرون، المرجع السابق، ص 21.

2- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 58.

جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه[1]، فإن سلطة القاضي في تقدير الجريمة الماسة بشرف الأسرة سلطة مطلقة حسب اختلاف وتنوع الجرائم المرتكبة من طرف الزوج واختلاف العادات من مجتمع إلى آخر واختلاف سلطة القضاة من قاضي إلى آخر في تقدير درجة التوتر مع استحالة الحياة الزوجية.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في الحكم والتعويض

إن صدور الحكم ضد الزوج في الجريمة التي ارتكبها من شأنه جعل سلطة القاضي مقيدة وليس له سلطة مطلقة في هذا المجال، إذ يحكم للزوجة بالتطليق ويجيبها لطلبها لأن الحكم القضائي يثبت فعلا لارتكابه الجريمة وبالتالي تتضرر الزوجة من جراء ذلك[2]، غير أن هذا الحكم يجب أن يقضي بعقوبة مقيدة للحرية ونافذة وهذا أمر منطقي لارتباط الحبس بغيبة الزوج وإلا فلا مبرر لطلب الزوجة للتطليق عندما تكون العقوبة موقوفة التنفيذ[3]، لأنه إذا كانت العقوبة الحبس مع وقف التنفيذ أو الوضع تحت الحراسة أو الحرمان من الحقوق السياسية أو الحكم بغرامة فقط دون الحبس، فإن هذا الشرط يسقط ويسقط معه حق الزوجة في طلب التطليق[4].

هذا وقد ذهبت المحكمة العليا إلى جواز تطليق الزوجة تأسيسا على الفقرة 04 من المادة 53 من ق.أ.ج حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي "إن الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التطليق للضرر لكون زوجها مسجون يعتبر حكما سليما ولا يخضع هذا الأمر لقبول الزوج وحضوره"[5].

1- عمر سعد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص 30.

2- شكشوك مفيدة،المرجع السابق، ص 12.

3- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 58.

4- شكشوك مفيدة، المرجع السابق، ص 46.

5- سايس جمال ،ج3 ،المرجع السابق،ص1318.

كما ذهبت المحكمة العليا في اجتهاد آخر إلى ما يلي :يكون إيذاء الزوجة عن طريق القول بسبها وشتمها وتشبيهها بما لا يليق من الأمور كاتهامها بسلوكيات تمس من شرفها وكرامتها أو تحريضها على ارتكاب الفواحش والمعاصي أمر مهين مما يخول لها الحق في التطليق وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/13 تحت رقم 39025 جاء فيه"إن التعدي علي الزوجة واهانتها ومس كرامتها بصفة صيرت علاقتها الزوجية أمرا مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير تطليقها، كذلك في قرار ثاني "إن بقاء الزوج بعيدا عن زوجته المطعون ضدها لمدة 04 سنوات يعد هجرا وإن كان غير إرادي لأن المطعون ضدها تتضرر منه ويحول دون تحقيق الهدف من الزواج الأمر الذي يجعل القرار المنتقد عرضة للنقد والإبطال"[1].

فإذا أثبتت الزوجة إدانة الزوج وأصبح الحكم الصادر ضده نهائيا ونفذت العقوبة فإن حق الزوجة تأسيسها على الفقرة الرابعة من المادة 53 ق.أ.ج قائم وطلبها يستجاب له وتطلق ويتم الحكم لها بالتعويض استنادا لأحكام المادة 53 مكرر من قانون الأسرة والتي تجيز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها[2].

وهذا حسب الاجتهاد القضائي في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري الذي استقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة تضررها فعلا [3].

كما أن التعويض عن الضرر وتقديره يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع فمن المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها[4]، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري مدد حالات التعويض عن الضرر إلى الصورة الثانية المتمثلة في التطليق، وهذا ما أكدته المادة 53 مكرر ق.أ.ج التي جاء فيها "يجوز

1- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص ص 175-176؛شكشوك مفيدة ،المرجع السابق،ص 73.

2- يوسف دلا ندة، المرجع السابق، ص56.

3- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ، ص 296.

4- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 78.

للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[1]، وجاءت هذه المادة بمناسبة التعديل الوارد في الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 تكريسا لمبدأ حق الزوجة في التعويض ولوضع حد للقضاة الذين كانوا يرفضون تعويض الزوجة عن تطليقها باعتبار الاستجابة لطلبها الرامي بالتطليق هو التعويض في حد ذاته[2]، وتقدير مبلغ التعويض أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي في كل الأحوال حالة الطرفين والواقع المعاش وغير ذلك[3].

وتجدر الإشارة إلى أن الضرر ا لمعنوي كعنصر مستقل من عناصر التعويض وباعتباره أنه لا تترتب عليه خسارة مالية فإن البعض عارض التعويض عنه لصعوبة تقويمه، مما أثار جدلا كبير حول مبدأ التعويض، وفي هذا الشأن حسم المشرع المصري هذا الخلاف في المادة 222 من القانون المصري بأنه يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، حيث جاءت المادة 124 من القانون المدني الجزائري عامة لا تميز بين الضرر المادي والأدبي[4]

غير أن سلطة القاضي في تقدير التعويض هي جوازيه خاضعة لسلطته المطلقة ولكي يتمكن القاضي من تقدير التعويض بشكل دقيق وتحديد عدالة شاملة فأنه يعتمد في استدلاله على عدة وسائل قانونية ومنطقية بإضافة إلى عدة معايير قضائية يعمل على إنشائها حسب تقديره للأدلة والوقائع المعروضة عليه، وبالرغم من تعدد هذه الوسائل فإن الأساس الذي يقوم عليه التعويض هو حجم الضرر اللاحق بالزوجة ومدى جسامته[5].

المطلب الثاني

سلطة القاضي في التطليق بسبب ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة

1- أنظر المادة 53 مكرر ق أ ج.

2- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض - نفقة- عدة -حضانة -متاع ، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة -الجزائر، 2008، ص ص14-15.

3- يوسف دلا ندة، المرجع السابق، ص 67؛ باديس ديابي،أثار فك الرابطة الزوجية ،المرجع السابق،ص15.

5- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 257.

5- شكشوك مفيدة ،المرجع السابق ،ص92 -94 .

إن الفقرة السابعة من المادة 53 ق.أ.ج خولت حق التطليق للزوجة في حالة ما إذا تبين لها أن زوجها قد ارتكب فاحشة مبينة وأصبحت لا تطيق العيش معه، وتكون هنا سلطة القاضي مطلقة في نقطتين، تقدير الضرر(فرع أول) والفعل الفاحش(فرع ثاني)

الفرع الأول

سلطة القاضي في تقدير الضرر في ارتكاب الفاحشة

يلجأ القاضي إلى استخدام سلطته من أجل وضع حل للنزاعات المعروضة عليه وهي سلطة مهمة في العمل القضائي تلمس ذلك خلال عبارات المشرع في ق.أ.ج حيث نجده يستخدم عبارات مطلقة تاركا بذلك المجال واسعا للقاضي عند تطبيقه لأي نص قانوني عن الواقع المعروضة عليه[1].

سلطة القاضي تكون ظاهرة وبارزة من حيث مطلقيتها في تقديم الأدلة من طرف الزوجة عند رفع الدعوى أمام القضاء لتطلب الحكم بتطليقها من زوجها والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة وتقنع القاضي بذلك حتى يحكم لها بما تريده طبقا لما نص عليه القانون[2]

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تكييف الفعل الفاحش

إن للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في وصف الفعل الفاحش المرتكب والمؤسس عليه الدعوى لإحالة الزوجة على طلبها وذلك اعتمادا على ثلاثة أمور أساسية

1- المرجع نفسه ، ص 12.

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 275؛ شمروك محمد وآخرون، المرجع السابق،ص 23.

تكون المعيار الذي يقاس به الفعل الفاحش ويكيف على ضوئه ما إذا كان فاحشا أو غير ذلك[1].

ونتطرق لهذه الأمور كالتالي:

أولا:المعيار الديني لتكييف الفعل الفاحش

يعتمد القاضي في تقديره للفعل الفاحش على نظرة الدين، إذ يعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو الفواحش بين المحارم سواء ظهرت للناس أو لم تظهر، حيث أن الحلال بين والحرام بين في الإسلام والكبائر هي المعاصي التي فيها حد في الدنيا ووعيد في الآخرة، وورد فيها وعيد ينفي إيمان أو لعن وإخراج من رحمة الله[2].

ثانيا: المعيار العقلي لتكييف الفعل الفاحش

يعتمد القاضي في تقديره للفاحشة كذلك على مقتضى العقل السليم فمقتضى العقل السليم هو الموضوعية والمنطق برفض الانحراف عن السلوك الغير سوي وينفرد من الخطأ المفضي إلى انحطاط الآداب والأخلاق والفساد ويهتدي في أحكامه بقواعد إسلامية نافذة مبنية على الشرف والرحمة وعزة النفس، إذن العقل السليم يرفض الزنا جملة وتفصيلا لأنها فعل فاحش خطير متهور سواء في سرية أو علانية ويرفض الاتجار في الخمر وجعله مصدرا للرزق وغير ذلك ويعتمد في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية والعرض وظروف المجتمع[3].

ثالثا: المعيار الاجتماعي لتكييف الفعل الفاحش

1- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 60.

2- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر بن عكنون، 2002-2003، ص 115.

3- منصوري نورة، المرجع السابق، ص ص 60-61؛ اليزيد عيسات المرجع السابق، ص 116.

القاضي ابن بيئته فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات وتقاليد وقيم وأعراف وثقافات وعلى نحو يطابق كتاب الله وسنة رسوله (ص) أي المجتمع الصالح الذي يتصرف أفراده وفقا لأحكام صحيحة[1]، فإرادة المجتمع العامة لا ترضى بالمنكر والفواحش والرذائل التي تؤدي انتشارها في المجتمع إلى أضرار وخيمة وخطيرة وعلى المشرع بالقانون وبواسطة العدالة أن يقاومها بكل شدة وبالتالي فإتيان الزوج لمثل هذه الفواحش يجب أن يعاقب حتى يكون عبرة لغيره[2]، وبالتالي فكل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع العربي يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق[3]، وعليه فالمشرع عندما نص على الفاحشة فإنه يهدف إلى تطهير المجتمع وتنظيف حياته وتنظيمها وللقاضي في كل الحالات السلطة التقديرية في ذلك، فيمكن أن يحكم بالتطليق إذا ما تأكد من ادعاء الزوجة وأثبتت هذه الأخيرة بكل وسائل الإثبات اقتراف زوجها لفاحشة مبينة مما يفضي إلى استحالة استمرار العلاقة الزوجية[4].

وما يمكن استنتاجه أن سلطة القاضي تكون مقيدة في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة فيما يتعلق بالحكم بحد ذاته، أما تقدير الجريمة الماسة بالشرف فتكون له فيها سلطة مطلقة، وكذلك تكون سلطته مطلقة نسبيا في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، كما أنها تكون مطلقة كذلك في حالة التعويض للضرر الماس بشرف الأسرة فله أن يقدر تعويض الزوجة طالبة التطليق وله أن لا يعوضها بحسب كل حالة.

ملخص الفصل الثاني

نخلص في نهاية هذا الفصل إلى أن إجراءات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة هي ذات الإجراءات لحل الرابطة الزوجية بصفة عامة، فمن حيث الاختصاص تكون

1- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 61.
2- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 116.
3- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 61.
4- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 118.

المحكمة المختصة هي محكمة مسكن الزوجية، ومن حيث إجراءات رفع الدعوى هي تبليغها وسيرها وشروط قبولها التي تتمثل في الصفة والمصلحة والأهلية.

أما بالنسبة لسلطة القاضي في التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة قد تكون له سلطة مطلقة في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة من تقدير الضرر وتكييف الفعل الفاحش، وقد تكون سلطته نسبية أو مطلقة في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وذلك بصدور الحكم.

الخاتمــة

في ختام بحثنا نخلص إلى أن الشارع الحكيم جعل العصمة بيد الزوج وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية، وبالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك فشرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة وذلك عن طريق التطليق والخلع المنصوص عليهما في المادتين 53-54 ق.أ.ج، وذلك بغرض إزالة الضرر الواقع عليها من قبل الزوج.

والضرر ذو معيار شخصي يختلف من شخص إلى آخر، وبالتالي فإن تقديره من سلطة القاضي، وعليه فإن الزوج الذي يسيء معاملة زوجته ويلحق بها أضرارا سواء مادية أو معنوية مما يجعل الحياة مستحيلة معه، فلهذه الأخيرة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها وعلى هذا الأخير أن يفرق بينهما بعد التأكد من توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ.ج والتأكد من تحقق الضرر متى أثبتت الزوجة ذلك، ومن خلال دراستنا لبعض أنواع الضرر الواقع على المرأة وهو الضرر الماس بشرف الأسرة يمكننا استخلاص مجموعة من النتائج:

- أن الضرر الماس بشرف الأسرة الذي يجيز للزوجة الحق في التطليق يجب أن يكون مما ورد النص عليه في المادة 53 ق.أ.ج الفقرتين الرابعة والسابعة.

- إن الضرر الماس بشرف الأسرة طبقا للفقرتين الرابعة والسابعة يتعلق بارتكاب الزوج للجرائم والفواحش وهما مما تضرر بهما الزوجة معنويا، لأن هذه الأعمال تسيء لشرف الأسرة.

- كما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد خفف في الشروط المنصوص عليها في الفقرة 4 قبل التعديل كان يصف العقوبة، أما بعد التعديل الجديد لسنة 2005 قام بوصف الجريمة بحد ذاتها وهي حالة من حالات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وهذا ما جعله يجيز للزوجة طلب التطليق على الفعل المرتكب وليس على أساس الحبس كما أخذ به

من قبل متبعا في ذلك فريقا من الفقهاء وبعض القوانين العربية الأخرى، ولكنه ما يؤخذ عليه في هذا التعديل جعل عبارة الحكم في الفقرة 4 مبهما على أنه عقوبة نافذة أو أنها موقوفة التنفيذ، مما جعله لم يحدد المدة في ذلك.

– انفرد المشرع الجزائري بالنص على الفاحشة المبينة عن باقي التشريعات الأخرى كما في المادة 53 /7 ق.أ.ج.

–إن سلطة القاضي تكون مطلقة في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، أما في حالة الحكم علي الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة تكون مقيدة بصدور الحكم. وهذا التقييد بصدور الحكم يرجع لرغبة المشرع في التفريق بينهما حماية للمرأة وحفاظا على شرف الأسرة.

– إن المادة 49 ق.أج نصت على إجراء الصلح بصفة عامة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، وقد جاءت المادة 439 ق.إ.م.إ تكريسا لمبدأ وجوبية الصلح غير أن حالات التطليق المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ.ج منها ما يستثنى فيها إجراء الصلح لغياب الحكمة من تشريعه، إذ نجد من حالات التطليق ما يكون فيها الصلح ذو فائدة وحالات يكون فيها مجرد إجراء شكلي فقط، وحالات أخرى يكون فيها الصلح مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وعليه فمفهوم الصلح الوارد في المادة 49 –50 ق.أ.ج لا ينطبق على الصلح الذي يطبق بمناسبة النظر في حالات التطليق المنصوص عليها في المادتين 53 – 54 ق أ ج.

– الإجراءات الخاصة في التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة لم يرد النص عليها ق.أ.ج، فقد تناولها المشرع ضمن إجراءات التطليق بصفة عامة التي نظمها ق.إ.م.إ، وهذا ما يحدث ثغرة قانونية في قانون الأسرة الجزائري.

لتفادي بعض النقائص التي كشفت عنها هذه الدراسة نوصي بما يأتي:

- إعادة النظر في المادة 53 ق.أ.ج لأن الحالات التي تم ذكرها جاءت بطريقة عشوائية ومنه يمكن إدماج حالات الضرر الماس بشرف الأسرة في فقرة واحدة على هذا النحو "ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، أو الحكم عليه عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معه العشرة الزوجية".

- لابد من وضع نصوص قانونية خاصة في الجانب الإجرائي لحالات التطليق بصفة عامة والتطليق بالضرر الماس بشرف الأسرة بصفة خاصة يتضمنها قانون الأسرة الجزائري أو قانون خاص.

- ضرورة وضع محاكم متخصصة في قضايا شؤون الأسرة .

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

أولا: الكتب

1- أحمد علي جردات، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، ط 1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2012.

2- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، ط1، دار المعارف، مصر، 1967.

3- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1997.

4- أحمد محمود الموفي، إسماعيل أمين نوهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن – عمان، 2009.

5- أحمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 2010.

6- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي (التعليق على النصوص) دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

7- أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية مصر، 2008.

8- أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية فقها تشريعا وقضاء، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007.

9- أنور العمروسى، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، النصوص والفقه، ومبادئ النقض، ج 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

10- أنور العمروسى، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، النصوص والفقه، ومبادئ النقض، ج 4، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

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

12- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع، دراسة مدعمة للاجتهاد القضائي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة- الجزائر 2008.

13- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج 1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د س.

14- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 4، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

15- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، الزواج والطلاق ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

16- بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية د د وقانون الأسرة، د ب، د س.

17- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، د س.

18- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، ط1 إصدار كليك للنشر، الجزائر، 2012.

19- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

20- حسين علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، ط 1، دار وائل للنشر عمان-الأردن، 2006.

21- رواق آمال، الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله وأثره في ترتيب الأحكام المترتبة عليهما، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانوني، نوميديا للنشر والتوزيع قسنطينة، د س.

22- السيد أبو عيطة، الزواج والطلاق في زمن العولمة، ط 1، دار الفقه الجامعي الإسكندرية، 2014.

23- السيد سابق، فقه السنة، م2، ط 7، دار الكتاب العربي، بيروت، 1985.

24- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

25- عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط 2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

26- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 1998.

27- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

28- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

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

30- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، ط 1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د س.

31- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء منشورات ثالة، الجزائر، 2011.

32- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، 2007.

33- عبد الله عبد الرحمن السعيدي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28)، لسنة 2005، الآفاق المشرقة، ناشرون، د ب، د س.

34- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة لقانون الأسرة الجزائري، ط 1، مؤسسة كنوز للنشر والتوزيع، د ب، 2013.

35- علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، ط 2، دار هومة للنشر الجزائر، 2007.

36- عمر سعد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

37- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، د ب، د س.

38- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2006.

39- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

40- محمد بلتاجي، أحكام الأسرة الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، ط 1، الناشر، دار التقوى، د ب،2001.

41- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح الفانون المدني، النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة – الجزائر، 2010.

42- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة – الجزائر، 2012.

43- محمد كمال الدين إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

44- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، د. ب، 2007.

45- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1977.

46- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، د.ب، 2011.

47- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

48- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة – الجزائر، 2010.

49- ابن منظور، لسان العرب، المكتبة الوقفية، القاهرة، ج 2

50- ابن منظور، لسان العرب، المحيط، دار لسان العرب، بيروت-لبنان، المجلد الثاني.

51- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتعليقا، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر 2006.

52- نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر 2007.

53- يوف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

1- آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2014.

2- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في الفانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، السنة الجامعية 2014-2015.

3- بوحملة نسرين، زبيلح حسيبة، صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة لكلا الزوجين، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، فرع قانون الأسرة، قسم القانون الخاص كلية الحقوق، الإخوة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2015-2016.

4- حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة سكيكدة، السنة الجامعية 2011-2012.

5- دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.

6- ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء الفقه الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.

7- سليمان قدور محمد، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011.

8- شكشوك مفيدة، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض في حالة التطليق مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، يوسف بن خدة، السنة الجامعية، 2015-2016.

9- شمروك محمد وآخرون، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16 السنة الجامعية 2005-2008.

10- عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، السنة الأكاديمية، 2003-2004.

11- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي والمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر بن عكنون، السنة الجامعية 2002-2003.

12-مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بن القايد، تلمسان، 2009- 2010.

13- مسيخ زينة، تعويض الضرر الناشئ عن الجريمة، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العلوم الجنائية، كلية الحقوق ، جامعة سكيكدة السنة الجامعية 2011.

ثالثا: المجلات القضائية

1- مجلة المحكمة العليا لسنة 2014، العدد 02.

رابعا: النصوص القانونية

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم وفقا لأحدث التعديلات.

- الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008.

- القانون رقم 56/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالأمر 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، العدد 15.

الفهـــــــرس

العناويـــــــــــــــن	الصفحة
مقدمـــــــــــة	أ ب ج د
الفصل الأول: ماهية التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وحالاته	1
المبحث الأول: ماهية التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة	1
المطلب الأول: مفهوم التطليق	2
الفرع الأول: تعريف التطليق في اللغة	2
الفرع الثاني: تعريف التطليق في الاصطلاح	2
الفرع الثالث: طبيعة التطليق والفرق بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة له	3
أولا: الطبيعة القانونية للتطليق	3
ثانيا: الفرق بين التطليق وبعض المصطلحات المشابهة له	4
المطلب الثاني: مفهوم الضرر	7
الفرع الأول: تعريف الضرر لغة	7
الفرع الثاني: تعريف الضرر اصطلاحا	8
الفرع الثالث: أنواع الضرر	9
أولا – الضرر المادي	9
ثانيا – الضرر المعنوي	10
المبحث الثاني: حالات التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة	12
المطلب الأول:حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	13
الفرع الأول: ماهية الجريمة الماسة بشرف الأسرة للحكم على الزوج	13
أولا : تعريف الجريمة الماسة بشرف الأسرة	14
ثانيا : الشروط الواجب توفرها عند التطليق بسب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	15
أ– الشروط الواجب توفرها عند التطليق للحكم على الزوج قبل التعديل والتعليق عليها	16
أولا_ الشروط الواجب توافرها للحكم على الزوج قبل التعديل	16

ثانيا – التعليق عن الشروط قبل التعديل	19
ب – الشروط الواجب توفرها عند التطليق للحكم على الزوج بعد التعديل والتعليق عنها	20
الفرع الثاني:الموقف الفقهي والقانوني من التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	22
أولا: موقف الفقه الإسلامي من التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة	23
أ– الاتجاه المؤيد للتطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	23
ب– الاتجاه المعارض لحالة التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.	25
ثانيا: موقف القانون من حالة التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	26
أ– موقف بعض القوانين العربية	26
ب– موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق بسب الحكم على الزوج	29
المطلب الثاني: حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة	31
الفرع الأول:ماهية الفاحشة المبينة	31
أولا:مفهوم الفاحشة المبينة	32
أ– المفهوم الموسع للفاحشة المبينة	32
ب– المفهوم الضيق للفاحشة المبينة	33
ثانيا:الشروط الواجب توافرها في التطليق لحالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة	34
الفرع الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من التطليق في حالة ارتكاب الزوج الفاحشة مبينة	34
أولا: موقف الفقه الإسلامي من التطليق في حالة ارتكاب الزوج الفاحشة مبينة	35
ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة	36

ملخص الفصل الأول	38
الفصل الثاني: الإجراءات الخاصة بالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة وسلطة القاضي في تقديره	39
المبحث الأول: الإجراءات الخاصة بالتطليق للضرر الماس بشرف الأسرة	39
المطلب الأول: إجراءات التطليق بصفة عامة	40
الفرع الأول: قواعد الاختصاص	40
أولا: الاختصاص النوعي	40
ثانيا: الاختصاص الإقليمي	41
الفرع الثاني:إجراءات دعوى التطليق	41
أولا: شروط قبول الدعوى	42
ثانيا: كيفية تبليغ الدعوى وسيرها	42
المطلب الثاني: خصوصية إجراءات الصلح في التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة	43
الفرع الأول:إجراء الصلح بصفة عامة في مختلف صور حل الرابطة الزوجية	44
أولا: كيفية إجراء الصلح	44
ثانيا: مدى ضرورة إجراء الصلح في حل الرابطة الزوجية	47
أ- الصلح إجراء جوهري (إلزامي)	47
ب- الصلح إجراء عادي (جوازي)	48
الفرع الثاني:إجراءات الصلح في التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة	50
أولا: مدى فاعلية إجراء الصلح في التطليق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة.	51
أ- الصلح المنتج في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	51
ب- الصلح غير المنتج في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	53

ثانيا: مدى فاعلية إجراء الصلح في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة	54
المبحث الثاني: سلطة القاضي في التطليق للضرر الماس بشرف الأسرة	54
المطلب الأول: سلطة القاضي إزاء طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	55
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير الجريمة	55
الفرع الثاني: سلطة القاضي في الحكم والتعويض	56
المطلب الثاني: سلطة القاضي في التطليق بسبب ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة	59
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير الضرر في ارتكاب الفاحشة	59
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تكييف الفعل الفاحش	60
ملخص الفصل الثاني	62
الخاتمــة	63
قائمة المراجع	66
الفهرس	75