Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human and Social Sciences

مجلة دراسات وأبحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية

EISSN: 2253-0363
ISSN : 1112-9751

الأسباب المبيحة للزوجة لطلب التفريق طبقًا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة

Reasons allowing the wife to ask for divorce according to the text of article 53 from the algerian family regulation "comparing research

بن عوالي علي benaouali ali
جامعة عبد الحميد بن باديس. مستغانم
université abdelhamid ibn badiss mostaganem
amin5073@gmail.com

تاريخ الاستلام : 2019-04-24 **تاريخ القبول :** 2020-04-09

الملخص:

شرَّع الله تعالى الفراق بين الزوجين عند الضرورة الملجئة لذلك من أجل رفع الضرر الذي أعاق سير الحياة الزوجية وفق حالتها الطبيعية، وأُسُسِهَا الشرعية من سكن، ومودة، ورحمة، وتعاون، حيث يعتبر طلب التطليق حلاً ناجعًا لعلاج الخلافات الزوجية الهدَّامة التي تُفقد الزواج مقاصده، وتخرجه عن أسسه، وإذا كانت العصمة الزوجية في الأصل بيد الرجل وأنه يمكن رفعها بإرادته المنفردة، فإنَّ الشريعة الإسلامية لم تَحْرُم المرأة من رفع هذه العصمة، حيث يمكنها أن ترفع أمرها أمام قاضي شؤون الأسرة الذي خوَّلته الشريعة الإسلامية والقانون لإنهاء هذه العلاقة الزوجية التي تضررت منها الزوجة.

الكلمات المفتاحية:

الأسباب، المبيحة للزوجة، طلب التفريق، التطليق، الشقاق المستمر، عدم الإنفاق، الهجر، الغياب.

Abstract:

god has legalized the separation among a couple when me necessary in order to remove the harm which hinders the going of the couple's life according to its ordinary situation, and its legal foundations as the house, the love and affection, the mercy and collaboration, and asking for divorce is regarded as an efficient solution to remediate destutive marital conflicts that con make marriage lose its aims, and get it out of its foundations, and if the bond of marriage is foundamentally the man's property and liability and that he can remove it with his own will, the islamic regulation did not deprive the woman from removing such bond of marriage she can initiate judicial proceedings of her, case to the judge on family matters who has been authorized by the islamic regulation oud the law to end this marital relationship.

key words:

Reasons, allowing, the wife, to ask for divorce, continuing discord, absence.

مقدمة:

إذا كان الأصل في العصمة الزوجية بيد الرجل وأنه يمكن رفعها بإرادته المنفردة، فإنَّ الشريعة الإسلامية لم تَحْرُم المرأة من رفع هذه العصمة، حيث يمكنها أن ترفع أمرها أمام القاضي شؤون الأسرة الذي خولته الشريعة الإسلامية والقانون لإنهاء هذه العلاقة الزوجية التي تضررت منها الزوجة، سواء أكان هذا الضرر ماديًّا، أو معنويًّا، إذ لا ضرر ولا ضرر، وأن الضرر يزال قدر الإمكان في الإسلام.

حيث أجاز جمهور الفقهاء للقاضي بما له من ولاية أن يُفرِّق بين الزوجين نيابة عن الزوج عند تأكُّد إضراره بزوجته؛ لأنَّ مهمة القاضي منع الظلم، ورفع الضرر الواقع، ودفع الضرر المتوقع.

وقد توسَّع المشرع الجزائري كثيرًا في أسباب التطليق أو التفريق القضائي، بإضافته فقرات جديدة في المادة 53 المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02، حيث ذكرت هذه المادة عشرة أسباب يمكن للزوجة اعتمادًا على أحدها لطلب التطليق من زوجها،[1] وذلك برفع دعواها

أمام قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة لطلب التفريق، ويمكن تفصيل هذه الأسباب العشرة بتصنيفها إلى صنفين، أسباب التفريق المتعلقة بارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا المبحث الأول، والأسباب المتعلقة بتخلّي الزوج عن التزاماته الزوجية.

المبحث الأول: أسباب التفريق المتعلقة بارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا.

فإنه قد يحدث وأن يرتكب الزوج جريمة تمس بكيان الأسرة فتُحدث حالة من التوتر، والتنافر، وانعدام الثقة، وعدم الانسجام، فتؤثر هذه العوامل على استقرار الحياة الزوجية واستمرارها، ومن يصبح التفريق بين الزوجين أمرًا ضروريًا.

المطلب الأول: مفهوم التفريق وحكمه والحكمة منه. يمكن تفصيل هذا ببيان مفهوم التفريق لغة واصطلاحًا الفرع الأول، وبيان حكمه والحكمة منه الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم التفريق لغة واصطلاحا:

1_ مفهوم التفريق لغة:هو تشتيت الشيء، وهو خلاف الجمع،[2] وفي حديث الزكاة: «... **لاَ يُفرَّقُ بين مجتمع، ولا يُجْمَعُ بين متفَرِّقٍ خشية الصدقة**... »[3] ويستعمل الفقهاء هذه العبارة في أبواب كثيرة في الفقه منها التفريق بين الزوجين، وهو إنهاء العلاقة الزوجية بحكم قضائي بناء على طلب أحد الزوجين لسبب من الأسباب المبيحة للتفريق، كالشقاق، والضرر،أو بدون طلب من أحد حفظًا لحق الشرع كما في حالة ردة أحد الزوجين.[4]

2_ **التفريق اصطلاحًا**: فهو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة، ويتم بحكم قضائي جبرًا على الزوج إذا وُجِدَ أحد الأسباب الشرعية والقانونية الداعية لذلك، ويفرّق القاضي بينهما عملاً بقواعد العدالة والإنصاف.[5]

الفرع الثاني: حكم التفريق والحكمة منه:

1_ حكم التطليق أو التفريق: لم يرد نصٌّ صريحٌ دالٌّ على مشروعية التطليق، إلاَّ أنَّ هناك بعض النصوص القرآنية والسنية التي دلَّت ضمنيًّا على مشروعية حق طلب المرأة التطليق إذا توفَّر أحد الأسباب المبيحة لذلك، ومن الآيات والأحاديث المتضمِّنة لهذا الجواز ما يلي:

أ_ الكتاب: قال الله تعالى: ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [البقرة 229].

ووجه الاستدلال من هذه الآية أنَّه يجب عليه أن يمسكها بالمعروف، بأن يرفق بها ويحسن معاشرتها، وإلاَّ عليه أن يُسرِّحها بإحسان، وفي حالة إساءة معاشرتها، أو تعسَّف في تسريحها جعل الله تعالى لها فرجًا ومخرجًا ممَّا هي فيه حيث ترفع نفسها إلى القاضي ليُطلِّقها منه جبرًا عليه.[6]

قوله تعالى: ﴿**وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**﴾ [البقرة 231].

فوجود المعروف في الإمساك يقتضي انتفاء الضرر، وانتفاء المعروف سبيل لوجود الضرر، حيث يصير الضرار مساويًا لنقيض المعروف[7]ومن ثَمَّ جاز للزوجة المتضررة رفع الضرر الذي أصابها من الحياة الزوجية التي انعدم فيها المعروف وحسن المعاشرة، وذلك برفع نفسها للقاضي ليطلِّقها من الزوج الذي ألحق الضرر بها.

ب_ السنة: «**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**»[8] حيث نهى الحديث عن إلحاق الضرر بالغير، كما نهى عن مقابلة الضرر بالضرر، وإنما يجب إزالة الضرر ودفعه قدر الإمكان، وسواء أكان الضرر ماديًا،كالضرب، وعدم الإنفاق، والغيبة، والعيب، أو معنويًا، كالسب والشتم، والتحقير، وعدم الاهتمام بها، ومن ثَمَّ جاز للمرأة المتضررة أن ترفع دعواها أمام قاضي شؤون الأسرة مثبتة فيها الضرر الذي أصابها بإحدى وسائل لتطلب تطليقها من الزوج المضار بها جبرًا عليه.[9]

2_ **الحكمة من التطليق**: إذا كان الطلاق شُرِّعَ للضرر الذي أصاب الزوج، فإنَّ الهدف من التطليق هو رفع الضرر الذي أصاب الزوجة ولم تستطع مواصلة الحياة الزوجية مع هذا الزوج المضار، على أن تكون هذه الأسباب والمبررات التي ألجأت الزوجة لطلب التطليق شرعية، وعلها أن تُثبت الضرر اللاحق بها بكل وسائل الإثبات، وذلك لكون حقها في طلب التطليق ثابتًا شرعًا، وقانونًا عند وجود الضرر الملجئ لذلك، حيث تتجلَّى هذه الحكمة من طلب الزوجة التطليق فيما يلي:

أ_ حفظ حقوق الزوجة، وحماية كرامتها الإنسانية، من أيِّ أذى قد يصيبها؛ لأنَّ بقدر ما حُفِظت حقوقُها، واحتُرمت حرِّيتُها وكرامتها بقدر ما زوَّدت المجتمع بجيل حرٍّ كريمٍ يحترم نفسه وغيره.

ب_ بيان أنَّ للمرأة حقًّا في إنهاء العلاقة الزوجية عندما يسئ الزوج للعشرة الزوج، مثل ما له الحق في إنهائها.

ج_ تذكير الرجل بأنَّ قوامته على زوجته لا تعني استعبادها، وامتهان كرامتها وسلب حريتها، وإلحاق الأذى بها، وإنما تعني تحمُّل مسؤولياته والقيام بواجباته تجاهها، فهو ملزم برعاية زوجته، وحمايتها،[10]ومن ثَمَّ

إذا فرَّط في المسؤولية المنوطة به نحو زوجته، أو أساء استعمال القوامة التي كُلِّفَ بها شرعًا فإنه من حق الزوجة أن تطلب التطليق منه.

المطلب الثاني: الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيًا: وقد حددها المشرع الجزائري في التطليق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة مقيّدة للحرية الفرع الأول، والتطليق بسبب ارتكاب الزوج عقوبة لفاحشة تمس بشرف الأسرة وسمعتها الفرع الثاني.

الفرع الأول: التطليق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة مقيّدة للحرية: قد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون بعقوبة مقيّدة للحرية، وتتضرر زوجته من هذه العقوبة سواء أكان الضرر ماديًّا، أو معنويًّا كمساس العقوبة بشرف الأسرة، حيث يعتبر سجن الزوج أو حبسه سببًا مبرّرًا لطلب الزوجة التطليق، وقد نصَّ المشرع الجزائري على العقوبة المقيدة للحرية في المادة 53 الفقرة 4 من (ق.أ.ج) على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها بناء على الشروط التالية:

أ_ أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به، وهو الحكم الذي استنفذ جميع طرق الطعن العادية كالمعارضة والاستئناف، وغير العادية كالطعن بالنقض.[11]

ب_ أن تكون العقوبة مقيدة للحرية: وهي العقوبة المتضمنة سجن الزوج، أو حبسه،[12] بصرف النظر عن كون العقوبة تتجاوز السنة أو أقل، وإذا 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 مثلاً، فإنه لا يجوز للزوجة في مثل هذه الحالات أن تطلب التطليق.

ج_ أن تكون العقوبة المقيّدة للحرية تتعلق بفعل منافي للأخلاق،كونها تمس بشرف الأسرة وسمعتها، وكرامتها، ومكانتها الاجتماعية،كعقوبة جريمة الزنا والاغتصاب، والاحتيال، والاختلاس، والسرقة، وخيانة الأمانة، وغير ذلك ممَّا له علاقة بشرف الأسرة وكيانها.

د_ أن تؤدي هذه الجريمة إلى استحالة مواصلة العشرة الزوجية، وذلك بنفور الزوجة من زوجها وبغضها له، وعدم ثقتها به، بحيث لا تستطيع الاستمرار معه بسبب هذه الجريمة.[13]

هـ_ أن تطلب الزوجة التطليق: فلا يحكم القاضي بالتطليق إذا لم تطلبه الزوجة مع إثباتها أن الجريمة مست حقيقة بكيان الأسرة، وسمعتها، وشرفها.[14]

الفرع الثاني: التطليق بسبب ارتكاب الزوج عقوبة لفاحشة تمس بشرف الأسرة وسمعتها: حيث نصت المادة 53 من (ق.أ.ج) في فقرتها السابعة على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:... ارتكاب فاحشة مبينة"

الفاحشة بمفهومها اللغوي والشرعي، هي كل ما عظُمَ قُبْحُه من الأقوال والأفعال،[15] إذ الفاء، والحاء، والشين، كلمة دالَّة على قبحٍ الشيء وشناعته، سواء أكانت اسمًا، كالفحش، والفحشاء، والفاحشة، أم فعلاً، ك:فَحَشَ الرجل، وأفحش، وهو فحَّاش،[16] وَفَحُشَتِ المرأةُ: قبُحَتْ.[17]

وكثيرٌ ما ترد الفاحشةُ بمعنى الزنا، حيث تُسمَّى جريمة الزنا فاحشةً،[18] ومنه قوله تعالى:﴿**وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً** ﴾[الإسراء 32].

فالنهي عن قربان فاحشة الزنا دليل على شدة قبحها؛ لأنَّ الآثار التي تترتب على جريمة الزنا ذات خطورة شديدة على الإنسان الزاني، والأسرة، والمجتمع، ولذلك علَّله بكونه فاحشةً، وأسوأ طريق يسلكه الإنسان الزاني.[19]

وحكم جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية واضحٌ، حيث تعتبر من الحدود[20] التي لها عقوبة مقدَّرة بنص الكتاب أو السنة النبوية، فإذا كانت الزانية والزاني غيرَ متزوجين فإنهما يُجْلَدَان مائة جلدة بدليل قوله تعالى:﴿**الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ**﴾ [النور 2].

أمَّا إذا كانا متزوجين فإنهما يرجمان بالحجارة حتى الموت، عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:«**خذوا عَنِّي خذوا عَنِّي، قد جعل اللهُ لهُنَّ سبيلًا: البِكْرُ بالبِكْرِ جلدُ مائةٍ، ونَفْيُ سنةٍ، والثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ جلدُ مائةٍ والرجمُ** »[21]

وقد أجمع العلماء على وجوب جلد الزاني البكر مائة جلدة، ورجم المحصن وهو الثيب، ولم يخالف في هذا الحكم أحد من أهل القبلة إلاَّ ما حكاه القاضي عياض وغيرُه عن الخوارج وبعض المعتزلة كالنَّظام وأصحابِه، فإنهم لم يقولوا بالرجم.[22]

واختلفوا في جلد الثيب مع الرجم فقالت طائفة بوجوب الجمع بينهما فَيُجْلَدُ ثم يُرْجم، وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه والحسن

البصري وإسحاق بن راهويه وداود وأهل الظاهر وبعض أصحاب الشافعي.

أمَّا جمهور العلماء قالوا: الواجب الرجم وحده، وحجتهم أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم اقتصر على رجم الثيب في أحاديث كثيرة، منها قصة ما عز وقصة المرأة الغامدية، وفي قوله صلى الله عليه وسلم:"واغدوا ياأنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها" قالوا وحديث الجمع بين الجلد والرجم منسوخ، حيث إنه كان في أول الأمر.[23]

وبناء على الفقرة السابعة من المادة 53 من (ق.أ.ج) التي أجازت للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ارتكاب زوجها لفاحشة الزنا، حتى وإن لم تصدر في حق الزوج عقوبة سالبة للحرية، وإنما عليها إثبات ارتكاب هذه الفاحشة من طرف الزوج بوسيلة من وسائل الإثبات المقررة.[24]

وما يجب التذكير به أنَّ حق طلب الطلاق لا يقتصر على الزوجة فحسب، بل للزوج أيضا حق الطلاق في حالة ارتكاب الزوجة لفاحشة الزنا، حتَّى وإن كان له الحق أن يطلقها بالإرادة المنفردة،[25] ولا يعتبر الزوج في هذه الحالة متعسِّفًا في استعمال حقه في الطلاق، ومن ثَمَّ فلا يُلْزَمُ بالتعويض.

ومن العدل والمساواة التي ينشدها المشرع من تعديله لقانون الأسرة كان حريًّا به أن يخوِّل حق طلب الطلاق للطرف المتضرر بسبب ارتكاب أحد الزوجين فاحشة الزنا، سواء أكان مرتكبها زوجًا، أم زوجة كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية فكلاهما يعاقب بنفس العقوبة، رجمًا، أو جلدًا، وكما سوَّى المشرع بينهما من حيث الجزاء العقابي طبقًا لنصَّ المادة 339 من قانون العقوبات، فإنَّه في حالة ارتكاب أحد الزوجين فاحشة الزنا يعاقب من سنة إلى سنتين حبسًا، بشرط أن يتقدم الزوج المتضرر بالشكوى.حيث نصت المادة أعلاه على أنه" يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته، ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدًّا لكل متابعة"[26]

المبحث الثاني: الأسباب المتعلقة بتخلِّي الزوج عن التزاماته الزوجية:
إن من طبيعة الزواج التي توفَّرت جميع أركانه وشروطه تترتب عليه آثاره من حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، وأيُّ إخلال بها يؤدي إلى إلحاق الضرر بكيان الأسرة، حيث إنه إذا كان الإخلال من جهة الزوجة حق للزوج تطليقها بإرادته المنفرد، باعتباره العصمة الزوجية بيده، أمَّا إذا كان الإخلال من جانب الزوج عن التزاماته جاز للزوجة أن تطلب التطليق دفعًا للضرر الواقع عليها بسبب هذا الإخلال، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: التطليق بسبب إخلال الزوج بالأحكام أو الشروط المنصوص عليها في المادتين8و19و36 من ق.أ.ج:حيث يكون تفصيل هذا المطلب وفق التقسيم التالي الفرع الأول مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة الفرع الثاني الإخلال بالشروط المتفق عليها في المادة التاسعة عشر، الفرع الثالث الإخلال بالواجبات المنصوص عليها في المادة 36.

الفرع الأول: مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة المعدلة بالأمر 05-02 **من هذا القانون:** وقد ناقشت هذه المادة مسألة التعدد، حيث نصت على أنه"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وُجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يُقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية..."

وقد ضيَّق المشرع الجزائري التعدد وقيَّده بشروط شكلية أو إجرائية يصعب تحقيقها، فقليل من النساء من ترضى بمن تزاحمها في زوجها، فالحصول على رضا الزوجة السابقة أو السابقات، ورضا من يريد الزواج بها في شكل كتابي نادر الوقوع، كما يجب عليه استصدار ترخيص بالزواج من رئيس المحكمة الكائن مقرها بمكان مسكن الزوجية، وبعد اطِّلاَع رئيس المحكمة على الملف المقدم أمامه وتأكده من توفر جميع الشروط الشكلية السابقة الذكر يمكنه الترخيص له بالزواج، كما يمكنه رفض ذلك.[27]

وبناء على الفقرة السادسة من المادة 53 من (ق.أ.ج) التي تنص على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:... مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه" حيث إنه في حالة إخلال الزوج بالشروط الشكلية المنصوص عليها في المادة الثامنة جاز للزوجة المتضررة بسبب هذا الإخلال أن ترفع دعوى قضائية مدعَّمة بالدليل المثبت للضرر للمطالبة بالتطليق.[28]

وقد جاء في القرار رقم 122443" إن المادة 8 (من ق.أ) تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها، لأنَّ هذا يعتبر ضررًا أصابها"[29]

الفرع الثاني: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: وأوسع المذاهب اعتبارًا للشروط المقترنة بالعقد، وأكثرهم تصحيحًا لها هم الحنابلة، حيث يرون أنَّ الشارع الحكيم هو الذي منح المتعاقدين حرية إنشاء العقود وفق الشروط التي يرياها مناسبة، تحقيقا لمصالحهما، وحماية لها من أي خطر قد يهددها، وذلك لكون إرادة العاقدين لها تأثيرٌ كبيرٌ ودورٌ بالغ الأهمية في مقتضيات تكوين العقد، حيث أجازوا كل شرط في النكاح يعود بالمنفعة والفائدة لأحد الزوجين، واستدلوا بأدلة كثيرة، منها قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بلزوم الشرط على من ألزم نفسه به، حيث قال عمر:"مقاطع الحقوق عند الشروط" فالوفاء بشرط النكاح أولى، لما فيه من حفظ مصالح المشترط، ولصاحب الشرط الذي اشترطه في العقد الحق في فسخ العقد، في حالة عدم الوفاء له بشرطه.[30]

وقد تناول المشرع الجزائري مسألة الاشتراط في عقد الزواج في المادة التاسعة عشر(19) من (ق.أ.ج) التي نصَّت على أنَّ" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرياها ضرورية، لا سيَّما شرط تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"[31]

وتأسيسًا على ما سبق فإن العقد الذي يتفق عليه الطرفان يعتبر ملْزِمًا لهما، فلا يمكن لأيّ منهما إنهاؤه، أو تعديله إلاَّ برضا الطرف الآخر.

ومن ثمَّ أنه في حالة إخلال الزوج بالتزاماته التعاقدية يمكن للمرأة اعتمادًا على أحكام الفقرة التاسعة من المادة (53) من قانون الأسرة التي نصَّت على أنَّه"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ...مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"[32] حيث يجوز لها أن ترفع دعوى قضائية متضمنة طلب التطليق من زوجها بسبب إخلاله بالشروط المتفق عليها في العقد، أو في عقد رسمي لاحق إذا رأت ضرورة لذلك، مع الاحتفاظ بحقها في طلب التعويض إذا لحقها ضرر بسبب هذا الإخلال.[33]

الفرع الثالث: الشقاق المستمر بين الزوجين: إذا لم تُجْدِ محاولات الصلح التي نصَّت عليها المادة 56 من (ق.أ.ج) على أنه" إذا اشتدَّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حَكَمَيْنِ للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكمًا من أهل الزوج، وحكمًا من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرًا عن مهمتهما في أجل شهرين"

حيث إنه إذا تضررت المرأة من هذا الشقاق المستمر الذي لم يستطع الحكمان علاجه، وفقدت الحياة الزوجية مقصدها الذي نصَّ عليه المشرع في مواد كثيرة من (ق.أ.ج) منها المادة الثالثة، والرابعة، والسادسة والثلاثون،[34] فإنه جاز للزوجة طلب التطليق بناء على الفقرة الثامنة من المادة 53 من (ق.أ.ج) التي نصت على أنَّه"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... الشقاق المستمر بين الزوجين"

وهذا ما نجده مقرَّرًا في القرارين التاليين للمحكمة العليا:

_ قرار رقم 139353 الذي نصَّ على أنه"من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعًا، ولما كان ثابتًا في قضية الحال، أنَّ المطعون ضدَّها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإنَّ القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافٍ للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[35]

_ قرار رقم 224655 الذي نصَّ على أنه"من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررًا شرعيًّا، ومتى تبيَّن من قضية الحال أنَّ الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر؛ لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام، وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[36]

وهذا الضرر الذي يجيز للمرأة أن تطلب التطليق من زوجها قد يكون ماديًّا: وهو كلُّ ما يُلْحِقُ الأذى أو الألم ببدن الزوجة، وقد يكون معنويًّا، أو نفسيًّا: وهو كلُّ ما يُلْحِقُ الألم بنفسية الزوجة، من سبٍّ، وتعيير، وتحقير، ومساس بكرامتها، أو عدم الكلام معها.[37]

وقد اختلف الفقهاء في التفريق للضرر إلى قولين:

القول الأول: ذهب المالكية إلى جواز التطليق للضرر ولو لم يتكرر منه، وسواء أكان ماديًّا كالضرب، والهجر، أو معنويًّا كسبِّها، أو سبِّ أبويها، أو عدم الكلام معها، وإيثار امرأة عليها.[38]

القول الثاني: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز التفريق للشقاق، أو للضرر مهما كان شديدًا؛ لأنَّ دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم

على الرجل بالتأديب ضربًا، أو حبسًا، إن عاود الإضرار بها مرَّة أخرى.[39]

وقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها لأيِّ ضرر يصدر منه نحوها، وختم المادة 53 من (ق.أ.ج) بهذه الفقرة العاشرة التي جاء نصُّها على أنَّه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ...كُلُّ ضَرَرٍ مُعْتَبَرٍ شَرْعًا" وقد صدرت مجموعة من القرارات من غرفة الأحوال الشخصية في المحكمة العليا المتعلقة بالمادة 53 من (ق.أ.ج) كان الهدف منها رفع الضرر عن الزوجة، أيًّا كان هذا الضرر.

ومن هذه القرارات، قرار رقم 217179 الذي نص على أنه"من المقرر قانونًا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعًا، ومتى تبيَّن في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديًّا، ومعنويًّا، مما يثبت تضررها شرعًا طبقًا لأحكام المادة 53 من ق.أ.ج، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج، وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[40]

وفضلا عن حق الزوجة في طلب التطليق بسبب الضرر المادي أو المعنوي الذي أصابها من طرف الزوج، فإنه يتعرض بسببه أيضًا للمتابعة الجزائية وفق نص المادتين 266 مكرر و266 مكرر1 المضافتين بالقانون رقم 15-19.[41]

المطلب الثاني: التطليق بسبب لأحد الأسباب التالية: حيث إنه إذا تضررت الزوجة بسبب عدم الإنفاق أو لوجود عيب في الزوج يحول دون تحقق الهدف من الزواج الفرع الأول، أو بسبب الهجر في المضجع أو غياب دون عذر الفرع الثاني جاز للزوجة طلب التطليق.

الفرع الأول:التطليق بسبب عدم الإنفاق أو لوجود عيب في الزوج يحول دون تحقق الهدف من الزواج:

1_ التطليق بسبب عدم الإنفاق: تُعدُّ النفقة حقًّا للزوجة على زوجها يثبت لها بعد الزواج الصحيح، ويسقط بنشوزها، وينتهي بانفصام العلاقة الزوجية، فإذا امتنع الزوج عن القيام بواجب النفقة نحو زوجته بسبب تعسُّفه، أو تكاسُله، أو إعساره فهل من حق المرأة أن تطلب التطليق، وذلك برفع دعواها أمام قاضي شؤون الأسرة لطلب تطليقها من زوجها؟

حيث انقسم رأي الفقهاء بين قائل بالتفريق، وبين مانع له إلى رأيين.

الرأي الأول: حيث يرى جمهور الفقهاء[42] أنَّ للزوجة حقَّ طلب التفريق لعدم الإنفاق، وعلى القاضي أن يستجيب لطلبها بعد تثبُّته من عدم الإنفاق، وعند المالكية للزوج مراجعتها إن أيسر وهي في عدتها، إن كان قد دخل بها، ورُوي عن مالك أنه إن أيسر في العدة له مراجعتها سواء أكان قد دخل بها، أم لم يدخل بها.[43]

الرأي الثاني: يرى الحنفية عدم تطليق الزوجة عن زوجها بسبب عجزه عن النفقة، سواء أكان حاضرًا، أم غائبًا، وسواء تعلَّق العجز بعدم القدرة على الإطعام، أو الملبس، أو المسكن،[44] ولها أن تستدين ثمَّ ترجع عليه، ولا يحبسه القاضي إذا علم عجزه وعسره؛ وإن كان موسرًا ولم ينفق جاز حبسه لدفع ظلمه.[45]

ومثل الحنفية في عدم التفريق بسبب عدم الإنفاق الظاهرية حيث قال ابن حزم:" لا يُفسخُ النكاح بعد صحته بجذام....ولا بعدم نفقة، ولا بعدم كسوة، ولا بعدم صداق"[46]

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور في التطليق بسبب عدم الإنفاق، حيث نصَّت المادة 53 في الفقرة الأولى على أنه" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج"وقد بيَّنت المادة 78 من (ق.أ.ج) مشمولات النفقة كما يلي"تشمل النفقة: الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن، أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العادة والعرف".

حيث يحق للزوجة المحرومة من النفقة أن تقوم برفع دعوى عدم الإنفاق أمام قاضي شؤون الأسرة، وعندئذٍ يقوم القاضي بتوجيه إعذار للزوج ينذره فيه بأن ينفق على زوجته فورًا في حالة يسره، أو يحدد له أجلاً في حالة عسره، وإلاَّ تعرض للمتابعة بإجباره على الإنفاق، أو تطليق الزوجة منه إن طلبت ذلك مع تقديمها الإثبات اللازم لعدم الإنفاق،[47] وهذا ما نجده صريحًا في القرار رقم 43864 الذي نصَّ على أنه"من المقرر شرعًا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعًا يُعَدُّ خرقًا للقواعد الشرعية"[48]

وجاء في القرار رقم 56249 أنَّ الطليق لعدم الإنفاق دون أداء اليمين كوسيلة إثبات لانعدام غيرها من الوسائل يعتبر مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث نصَّ هذا القرار على أنه"من المقرر قانونًا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر الزوجية،[49] ومن المقرر أيضًا أنَّ تطليق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفًا للأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثَمَّ فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خرقًا للقانون"[50]

ولا يحكم القاضي بالتطليق بسبب الإهمال، وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يلزم الزوج بالإنفاق على الزوجة، وأن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك.[51]

2_ التطليق بسبب وجود عيب في الزوج يحول دون تحقق الهدف من الزواج: يقصد بالعيب كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية الطبيعية، حيث يحق للزوجة عند وجوده طلب التطليق.[52]

وقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق للعيب من عدمه إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب الظاهرية إلى عدم جواز التفريق بسبب وجود عيب في الزوج أو الزوجة، قال ابن حزم:" لا يُفسخُ النكاح بعد صحته بجذام حادث، ولا ببرص كذلك، ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئًا من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعنَّانة، ولا بداء فرج، ولا بشيء من العيوب"[53]

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التفريق بسبب العيب، لكنهم اختلفوا هل يثبت حق طلب التفريق لكلا الزوجين، أم للزوجة فقط، كما اختلفوا في العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق إلى قولين.

القول الأول: ذهب الحنفية إلى القول بثبوت حق التفريق بالعيب للزوجة فقط؛ لأنَّها لا تملك حق الطلاق لدفع الضرر عن نفسها.

أمَّا الزوج فيمكنه دفع الضرر عن نفسه بإيقاع الطلاق، دون الحاجة إلى للجوء إلى القاضي للتفريق بينهما بحكم قضائي.

إلاَّ أنَّ أبَا حنيفة وأبا يوسف ضيَّقوا في العيوب التي يمكن للمرأة أن تطلب التفريق بسببها، وحصراها في الجَبِّ،[54] والعَنَّة،[55] والخِصاء،[56] باعتبارها عيوبًا تمنع من تحقيق المقصود من الزواج معها وهو الإعفاف، وإيجاد النسل، وزاد محمد بن الحسن الشيباني -وهو حنفي- الجنون والجذام والبرص بأنَّ لها الخيار بها أيضًا.[57]

القول الثاني: ذهب الجمهور[58] إلى ثبوت الخيار لِكِلَا الزوجين، ولهما الحق في طلب التفريق بسبب العيوب التناسلية والجنسية؛ وذلك لكون كلٍّ منهما يتضرر بالعيب الموجود في الطرف الآخر، سواء أكانت هذه العيوب من العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة كالجنون، والبرص، والجذام، أم كانت خاصة بالرجل كالجَبِّ، والعَنَّة، والخصاء، والاعتراض،[59] أم خاصة بالمرأة كالرَّتْقِ،[60] والعَفَلِ،[61] والقَرْنِ[62]

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الحنفية الذين أعطوا حق طلب التفريق للزوجة دون الرجل، حيث نصَّت المادة 53 في الفقرة2 على أنه" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" فإذا وُجد أحد هذه العيوب في الرجل فمن حق الزوجة أن تتقدم بدعواها أمام قاضي شؤون الأسرة لطلب التطليق، وما عليه سوى التأكد ممَّا تدَّعيه الزوجة، فإذا أثبتت ما ادَّعته على زوجها بإحدى وسائل الإثبات[63] قضى لها بالتطليق منه.

وقد أحسن المشرع الجزائري صُنْعًا عند عدم تحديده للعيوب على سبيل الحصر، وإنما توسع فيها مع اشتراطه تأثيرها على حياة الزوجة تأثيرًا بالغًا، وترك للقاضي السلطة التقديرية لتقدير ذلك.[64]

ومن العيوب المعتبرة عقم الزوج: حيث يجوز للزوجة طلب التطليق، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 213571 الذي نص على أنه" من المقرر قانونًا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعًا، ومتى تَبَيَّنَ في قضية الحال أنَّ المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدَّى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإنَّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبَّقوا القانون تطبيقًا سليمًا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[65]

لكنه إذا كان من حق الزوجة طلب التطليق بسبب عقم زوجها فإنه ليس من حقها المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل لها بعدم قدرته على الإنجاب، فلا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية عقمه لتعويض الزوجة عن الضرر الحاصل لها المتعلق بعدم الإنجاب.[66]

أمَّا إذا عجز الزوج عن مباشرة زوجته لمرض أو اعتراض يرجى الشفاء منه عليها انتظاره سنة للعلاج مع بقائها معه طيلة المدة المحددة، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، حيث جاء نصُّ قرار المحكمة العليا على أنه" متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزًا عن مباشرة زوجته يُضْرَبُ له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها، وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حُكِم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يُعد خرقًا لقواعد الشريعة..."[67]

ولا يكفي ادعاء الزوجة بعجز زوجها جنسيًّا لطلب التطليق دون إثبات العجز، وهذا ما أكَّد عليه قرار رقم 33275 على أنه"من المقرر شرعًا أنه لا يسوغ بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها، إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثَمَّ فإن القضاء بما يخالف هذا

المبدأ يُعد خرقًا لقواعد الشريعة الإسلامية، ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقة الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية، وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادًا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون"[68]

الفرع الثاني: التطليق بسبب الهجر في المضجع أو غياب دون عذر:

1_ الهَجْرُ في المضجع فوق أربعة أشهر: ويقصد بالهجر الترك والقطيعة،[69] وقال الراغب: مفارقة الإنسانِ غيرَهُ، سواء أكان ذلك بالبدن، أو باللسان، أو بالقلب،[70] وهجر زوجته: اعتزلها ولم يطلِّقها.[71]

وشرَّع الله هذا التأديب القائم على هجر الزوج لفراش الزوجة، بهدف تهذيب الزوجة وإرجاعها إلى طاعته، ومن ثَمَّ فلا يجوز للزوج هجرُ زوجته قصد الإضرار بها دون سبب شرعي، وقد اختلف الفقهاء في مدة الهجر بين موسِّع ومضيِّق فيها.[72]

ونصَّ المشرع الجزائري على الهجر في المادة 53 الفقرة 3 من (ق.أ.ج) على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها إذا هجرها بناء على الشروط التالية:

أ_ أن يكون الهجر متَعَمَّدًا، ومقصودًا لذاته، لا مبرر له شرعًا، ولا قانونًا، وهو المسمَّى الهجر غير المشروع، لتجاوزه الحد الذي شُرِّع له.

ب_ أن يتجاوز الهجر الأربعة الأشهر متتالية دون وقوع اتصال بينهما في هذه المدة رغم كونهما يبيتان على فراش واحد، والهجر بهذا الشكل يعتبر دليلاً على أنّهُ ليس الهدف منه الإصلاح؛ لأنَّ استمراره واستغراقه كلَّ هذه المدة المحددة له شرعًا دليل على فَقْدِ المقصد منه وهو تأديب الزوجة، وإرجاعها إلى رشدها وطاعة زوجها حفاظًا على الحياة الزوجية من التفكك.

أمَّا إذا كان الهجر شرعيًّا، ككونه تعبيرًا عن غضبه عنها لسوء تصرفها نحوه، أو كونه لم يتجاوز المدة المحددة شرعًا، أو كان له مبرر قانوني أو مرضي ككونه في المستشفى للعلاج، أو في الخدمة العسكرية، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بتطليقها في مثل هذه الحالات.[73]

ولأجل التطبيق السليم للفقرة الثالثة من المادة 53 من (ق.أ.ج) يستوجب على القاضي عندما تُرْفَعُ أمامه دعوى التطليق بسبب الهجر أن يتأكد من توافر العناصر الأساسية للهجر، وهي:

_ العنصر المادي: المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي.

_ العنصر الزمني: المتمثل في مرور أربعة أشهر متتالية لم يقطعها أيُّ اتصال بينهما.

_ العنصر المعنوي: المتمثل في نية الإضرار بها.[74]

2_ التطليق للغياب: من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف، وحسن التعامل بين الزوجين لحفظ استقرار الأسرة، واستدامة استمرارها، وباعتبار الزوج هو رب الأسرة، والمسئول عن رعايتها وحمايتها، فإن غيابه بدون عذر شرعي يُعد سببا في اضطراب الأسرة، وانعدام استقرارها.

ومعنى الغَيبة بفتح الغين، هي البعد، حيث يقال: غاب الشيء يغيب غيبًا، وغَيبة، وغيابًا إذا بعد، والغِيبة بكسر الغين هي ذكرك الشخصَ بما يكره من العيوب التي فيه.[75]

والزوج الغائب هو الذي يغيب عن مسكن الزوجية أكثر من سنة دون عذر ودون ترك نفقة لأسرته.

وقد اختلف الفقهاء في حكم التفريق بين الزوجين للغَيْبةِ بين مجيز ومانع له إلى قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية،[76] والشافعية في الجديد،[77] والحنابلة في أحد قولهم،[78] والظاهرية،[79] إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين حتَّى يتحقق موته، أو يمضي من الزمن الذي لايعيش لمثله غالبًا، إذا ترك لها ما تنفق على نفسها منه فلا حق لها في طلب التفريق بسبب الغياب مهما طالت مدته، وذلك باعتبارهم أنَّ استدامة الوطء قضاءً حقٌّ للرجل فقط، أمَّا حقُّها في ذلك يتحقق بالمرَّة الواحدة وقد استوفتها، ومن ثَمَّ فإنَّ تركَ وطْئها حاضرًا أو غائبًا لا يعتبر سببًا لطلب التفريق عندهم، ما دام أنه ترك لها ما تنفق على نفسها منه.[80]

القول الثاني: وهو للحنابلة والمالكية، حيث ذهب الحنابلة في قولهم الثاني وهو الأظهر إلى جواز طلب الزوجة التطليق من الزوج الغائب بدون عذر مقبول يمنعه من الرجوع، وذلك لكون استدامة الوطء يعتبر حقًّا واجبًا لها على زوجها قضاءً، ما لم يكن له عذر مانع من ذلك، كمرض أو غيره، وعليه إذا غاب الزوج عن زوجته كان لها الحق في طلب التفريق منه للضرر الذي لحقها بسبب غيابه، حيث يأمرها القاضي بانتظاره أربع سنين للبحث عنه وبعد مرور هذه المدة ولم يظهر عليه أيُّ خبر أمرها القاضي بأن تعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرًا.

أمَّا إذا لم يكن له عذرٌ يمنعه من الرجوع، ذهب أحمد إلى توقيته بستة أشهر فقط، فقد سئل أحمد كم يغيب الرجل عن زوجته؟ فقال:"ستة أشهر، يُكتب إليه، فإن أبى أن يرجع، فرَّق الحاكم بينهما" وذلك استدلال بتوقيت عمرَ بن الخطاب رضي الله عنه للجنود في مغازيهم ستة أشهر، حيث يسيرون شهرًا ذاهبين، ويقيمون أربعة أشهر، ويسرون شهر عائدين.[81]

وقال بن مفلح المقدسي وهو من الجنابلة:"ومن قال تنتظر حتَّى تدخل في سن الآيسات، فهذا ضعيف جدًّا، مع ما فيه من الضرر الذي لا تتأتَّى الشريعة بمثله، تُمْنعُ من النكاح وقت حاجتها إليه، ويُؤذَنُ لها فيه حين لاتحتاج إليه"[82]

أمَّا المالكية والشافعي في القديم فقد ذهبوا إلى جواز التفريق بين الزوجين في حالة غياب الزوج، بعد انتظارها إياه أربع سنين، فإذا لم يظهر عليه أيُّ خبرٍ تعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرًا.[83]

وحجة القائلين بانتظارها إياه أربع سنين ما رواه الأثرم، والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال: "فُقِدَ رجلٌ في عهد عمر، فجاءت امرأته إلى عمر، فذكرت ذلك له، فقال: انطلقي فتربصي أربع سنين، ففعلت، ثم أتته، فقال: انطلقي فاعتدّي أربعة أشهر وعشرًا، ثم أتته، فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فقال طلقها، ففعل، فقال لها عمر: انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت... "[84]

وسبب اختلافهم فضلاً عن سبب حق الزوجة في استدامة الوطء من عدمه، المذكور سابقًا، هو معارضة استصحاب الحال للقياس، وذلك لكون استصحابَ الحال هو بقاء العصمة الزوجية حتى يدل الدليل رفعها، والرافع للعصمة الزوجية هو الموت، أو الطلاق، ولم تثبت وفاة الزج، كما لم يثبت وقوع الطلاق منه.

وأمَّا القياس فهو قياس الضرر اللاحق بها بسبب غِيبته على الإيلاء والعَنَّة، ومن ثَمَّ لها الخيار في البقاء على العصمة، أو طلب حلها.[85]

حيث إنه إذا جاز الفسخ لتعذُّر الوطء بالعَنَّة والإيلاء، وتعذُّر النفقة بالإعسار، فيجوز الفسخ للغيبة الطويلة من باب أولى لتعذُّر الجميع،[86] وقد أكَّد ابن قدامة هذا المنعى بقوله:"وإن اختارت امرأة المفقود المُقامَ والصبر حتَّى يتبيَّن أمرُه فلها النفقة"[87]

حيث لها الخيَّار بين البقاء على عصمة زوجها المفقود، ولها النفقة من ماله حتَّى يتبيَّن حاله، وبين الانفصال عنه بعد تربصها أربع سنين، ثم تعتد عدة وفاة وتتزوج.

وقد نصَّ المشرع الجزائري على مسألة غياب الزوج في المادة 53 الفقرة 5 من (ق.أ.ج) على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:... الغِيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة "حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة غيابه غيبة طويلة، تتضرر بها ضررًا قد يدفعها إلى الانحراف، حيث يمكنها طلب التطليق إذا توفرت الشروط التالية:

أ_ أن تمضي سنة فأكثر على غيابه، وتحسب المدة من يوم غيابه لا مِن يوم رفع الدعوى، أو الحكم، وهذا ما بيَّنه قرار المحكمة العليا رقم 290808 على" أنَّ احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم رغم ثبوت ظروف فقدان المفقود دون إجراء تحقيق لمعرفة ذلك هو خطأ في تطبيق القانون"[88]

ب_ أن يكون الغياب لغير عذر مقبول، ودون سبب شرعي، أمَّا إذا كان الغياب لعذر مقبول كغيبته للعمل لإعالة أسرته، أو طلب العلم، أو لأداء الخدمة الوطنية مثلا، فلا يجوز لها المطالبة بالتطليق.

ج_ أن لا يترك لها مالاً تنفق على نفسها منه، وإلا فلا يجوز لها طلب التطليق، بشرط إذا لم تتضرر بغيابه، وإلاَّ جاز لها طلب التطليق حتى وإن ترك لها نفقة.[89]

ويجب إصدار حكم مسبق يقضي بفقدان الغائب قبل إصدار الحكم بموته، حيث نص قرار رقم 118621على أنه" من المقرر قانونًا أن الشخص الغائب يعتبر مفقودًا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثَمَّ يمكن إصدار حكم بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه.

ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آنٍ واحد، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتعبة باطلة، مما يستوجب إبطال قرارهم المنتقد"[90]

خاتمة: من خلال ما سبق ذكره يمكن الخلوص ببعض النتائج التالية:

1_ لقد توسَّع المشرع الجزائري كثيرًا في أسباب التطليق أو التفريق القضائي، بإضافته فقرات جديدة في المادة 53 المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02، حيث ذكرت هذه المادة عشرة أسباب يمكن للزوجة اعتمادًا على أحدها لطلب التطليق من زوجها، بعد ما كانت محصورة في سبعة أسباب فقط في القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

2_ أجاز جمهور الفقهاء للقاضي بما له من ولاية أن يُفرِّق بين الزوجين نيابة عن الزوج عند تأكُّد إضراره بزوجته؛ لأنَّ مهمة القاضي منع

الظلم، ورفع الضرر الواقع، ودفع الضرر المتوقع، حيث يجب إزالة الضرر ودفعه قدر الإمكان.

3_ الأصل في الحياة الزوجية الاستمرار والدوام لكن قد يحدث وأن يرتكب الزوج جريمة تمس بكيان الأسرة فتُحدث حالة من التوتر، والتنافر، وانعدام الثقة، وعدم الانسجام، فتؤثر هذه العوامل على استقرار الحياة الزوجية واستمرارها، ومن ثَمَّ يصبح التفريق بين الزوجين أمرًا ضروريًا.

4_ لقد أعطى الشرع والقانون معًا للزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة، ويتم بحكم قضائي جبرًا على الزوج إذا وُجِدَ أحد الأسباب الشرعية والقانونية الداعية لذلك، ويفرِّق القاضي بينهما عملاً بقواعد العدالة والإنصاف.

5_ لقد حفظت الشريعة والقانون حقوق الزوجة، وحمت كرامتها الإنسانية، من أيِّ أذى قد يصيبها؛ لأنَّ بقدر ما حُفِظت حقوقُها، واحتُرمت حرِّيتُها وكرامتها بقدر ما زوَّدت المجتمع بجيل حرٍّ كريمٍ يحترم نفسه وغيره.

6_ قوامة الرجل على زوجته لا تعني استعبادها، وامتهان كرامتها وسلب حريتها، وإلحاق الأذى بها، وإنما تعني تحمُّل مسؤولياته والقيام بواجباته تجاهها، فهو ملزم برعاية زوجته، وحمايتها، ومن ثَمَّ إذا فرَّط في المسؤولية المنوطة به نحو زوجته، أو أساء استعمال القوامة التي كُلِّفَ بها شرعًا فإنه من حق الزوجة أن تطلب التطليق منه.

7_ إن من طبيعة الزواج التي توفَّرت جميع أركانه وشروطه وانتفت موانعه فإنه تترتب عليه آثاره من حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، وأيُّ إخلال بها يؤدي إلى إلحاق الضرر بكيان الأسرة، حيث إنه إذا كان الإخلال من جهة الزوجة حق للزوج تطليقها بإرادته المنفرد، باعتباره العصمة الزوجية بيده، أمَّا إذا كان الإخلال من جانب الزوج عن التزاماته جاز للزوجة أن تطلب التطليق دفعًا للضرر الواقع.

8_ لقد أخذ المشرع الجزائري برأي الحنفية الذين أعطوا حق طلب التفريق للزوجة دون الرجل، العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج في العيوب، حيث إنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إذا وُجد أحد هذه العيوب في الرجل فمن حق الزوجة أن تتقدم بدعواها أمام قاضي شؤون الأسرة لطلب التطليق، وما عليه سوى التأكد ممَّا تدَّعيه الزوجة، فإذا أثبتت ما ادَّعته على زوجها بإحدى وسائل الإثبات قضى لها بالتطليق منه،وقد أحسن المشرع الجزائري صُنْعًا عند عدم تحديده للعيوب على سبيل الحصر، وإنما توسع فيها مع اشتراطه تأثيرها على حياة الزوجة تأثيرًا بالغًا، وترك للقاضي السلطة التقديرية لتقدير ذلك.

(1) حيث تضمنت هذه المادة المعدلة بالأمر 05-02 على عشرة أسباب أو حالات تجيز للزوجة طلب التطليق من زوجها،
وجاء نصها كما يلي":يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:
1_ عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78و79و80. 2_العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. 3_ الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر. 4_ الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية. 5_ الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة. 6_ مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه. 7_ ارتكاب فاحشة مبينة. 8_ الشقاق المستمر بين الزوجين. 9_ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. 10_ كل ضرر معتبر شرعا" وكانت تتضمن هذه المادة في القانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م قبل تعديلها بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، على سبع فقرات، وبعد تعديلها أصبحت تتضمن عشر فقرات، حيث أضيفت فيها الفقرات التي تحتها سطر وهي رقم6 و8 و9.
(2) ابن منظور: لسان العرب، المصدر السابق، المجلد الخامس، باب الفاء، ج 38، ص 3397.

(3) ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب الزكاة، باب: ما يأخذ المصدق من الإبل، (د.ت.ط)، بيت الأفكار الدولية، الرياض السعودية، رقم:1801، ص196.
(4) محمد عبد الرحمن عبد المنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، (475/1). محفوظ بن صغير: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429-1430هـ 2009-2010م، ص 636.
(5) العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (273/1).
منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، 2012م، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر، ص 11. محفوظ بن صغير: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 639. اليزيد عيسات بلمامي: التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري - مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون – جامعة الجزائر- 2002 – 2003م، ص 32.
(6) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، كما شاركه في تحقيق هذا الجزء خالد العوَّاد وآخرون، ط1، 1427هـ 2006م، مؤسسة الرسالة، (57/4).

(7) محمد الطاهر بن عاشور: تفسير التحرير والتنوير،الدار التنوسية للنشر، تونس 1984، (423/2).

(8) سنن ابن ماجه: المصدر السابق، كتاب الأحكام، باب إذا تشاجروا في قدر الطريق، رقم 2340، ص 252. ورواه الإمام مالك في الموطأ كتاب الأقضية، رقم 2171، (290/2). وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد، (157/20).

(9)عبد العزيز سعد: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، 2014، دار هومة، الجزائر، ص 172.

(10) اليزيد عيسات بلمامي: التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق، ص 33.

(11) عبد الله أوهايبية: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ص 124.عبد الرحمن خلفي: محاضرات في القانون الجنائي العام، 2013، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، ص 62.

(12) وقد حددت المادة الخامسة من قانون العقوبات، العقوبات الأصلية في الجنايات، وهي إمَّا الإعدام، أو السجن المؤبد، أو السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشرين سنة. كما حددت نفس المادة العقوبات الأصلية في الجنح، وهي إمَّا الحبس من شهرين إلى خمس سنوات، أو الغرامة المالية التي تتجاوز عشرين ألف دينار جزائري.

أمَّا العقوبات الأصلية في المخالفات فهي إما الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر أو بغرامة مالية من 2000 دج إلى 20000 دج.

ينظر الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

(13) بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، (294/1-296). بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص 199.

(14) بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرجع السابق، ص 199.

(15) محمد عبد الرحمن عبد المنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، (29/3).

(16) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة العربية، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، 1399هـ1979م، دار الفكر. (478/4).

ابن فارس: معجم مقاييس اللغة العربية، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، 1399هـ1979م، دار الفكر.

(17) ابن منظور: لسان العرب، المصدر السابق، المجلد الخامس، باب الفاء، ج 39، ص 3356.

(18) ابن منظور: لسان العرب، المصدر السابق، المجلد الخامس، باب الفاء، ج 39، ص 3355.

(19) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، (72/13). محمد الطاهر بن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، المرجع السابق، (90/15).

(20) وحكمة مشروعية الحدود في الشريعة الإسلامية: هي الزجر، والردع، عمَّا يتضرر به العباد، وإضاعة الأنساب، وهتك الأعراض، وإتلاف الأموال، وإزهاق الأنفس، واضطراب الأمن، وهذه الحدود تعتبر دواء شافيا، وعلاجًا ناجعًا لما يصيب المجتمع من الأمراض الأخلاقية الخطيرة، التي تهلك المجتمع.

(21) مسلم: صحيح مسلم، اعتنى به أبو صهيب الكرمي، كتاب الحدود، باب:حد الزِّني، 1419هـ 1998م، بيت الأفكار الدولية، الرياض، رقم 1690، ص 701.

(22) حيث قال الخوارج بجلد كلٍّ من البكر والثيب، استدلالا بقوله تعالى{الزانية والزاني فاجلدوا كلَّ واحد منهما مائة جلدة} وقالوا: لا يجوز ترك كتاب الله تعالى الثابت بطريق القطع واليقين،لأخبار آحاد يجوز الكذب فيها، ولأن هذا يُفضي إلى نسخ الكتاب بالسنة، وهو غير جائز. ينظر: ابن قدامة المقدسي: المغني، ط3، 21417هـ1997م، دار عالم الكتب، الرياض المملكة العربية السعودية، (309/12).

(23) صحيح مسلم بشرح النووي، المصدر السابق، (189/11).

(24) منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، سنة ط 2012م، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، ص 62.

(25) بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرجع السابق، ص 205.

(26) عدلت بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 16 فبراير 1982، (ج.ر7 ص324).

(27) بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرجع السابق، ص 112-113.

(28) بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرجع نفسه، ص 204.

(29) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 122443، الصادر في 1995/09/26)، ط1، منشورات كليك، (935/2)، نشرة القضاة، 1999، العدد 55، ص 171.

(30) ابن قدامة المقدسي: المغني، المصدر السابق، (483/9 – 485).ابن مفلح المقدسي: كتاب الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، 1424هـ 2003م، مؤسسة الرسالة، ودار المؤيد، (259/8). فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، (392/2).

(31) فهذه المادة معدَّلة ومتممة بالأمر 05-02، حيث حُرِرت في ظل القانون رقم 84-11 كما يلي:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يرياها ما لم تتنافى مع هذا القانون" حيث أضاف الأمر 05-02 " العقد الرسمي

اللاحق للعقد، وخص بالذكر والتأكيد التعدد وعمل المرأة" ينظر الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م. العدد 15، ص 20.

(32) حيث أضيفت هذه الفقرة بموجب الأمر رقم 05-02.

(33) بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرجع السابق، ص 207.

(34) حيث نصت المادة الثالثة على أنه"تعتمد الأسرة في حيانها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ، ونبذ الآفات الاجتماعية" ونصت المادة الرابعة على أنَّ" الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين الأسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" كما نصت المادة السادسة والثلاثون على أنه" يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة..."

(35) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار139353، الصادر في 1996/09/24)، ط1، منشورات كليك، (882/2)، المجلة القضائية، 1997، العدد 2، ص 96.

(36) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار224655، الصادر في 1999/06/15)، ط1، منشورات كليك، (1051/2)، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 129.

(37) عبد الكريم زيدان: المفصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، 14133هـ 1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان. (438/8).

(38) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (د.ت.ط) دار الفكر، (345/2). الحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، 1416هـ1995م، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، (265/5).

(39) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، 1405هـ 1985م،(527/7). السَّرَخْسِي :كتاب المبسوط، (د.ت.ط) دار المعرفة، بيروت – لبنان، (219/5). الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المصدر السابق، (344/3). ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، (273/10).

(40) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار217179، الصادر في 1999/03/16)، ط1، منشورات كليك، (1047/2)، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 122.

(41) القانون رقم 15- 19 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437هـ، الموافق 30 ديسمبر سنة 2015م المعدِّل والمتمِّم للأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966م المتضمن قانون العقوبات.

(42) الدردير (أبو البركات أحمد بن محمد):الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، (745/2-746). أبو الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي:البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، 1421هـ 2000م، دار المنهاج، بيروت، لبنان، (220/11). البهوتي: كشَّاف القناع عن متن الإقناع، 1403هـ1983م، عالم الكتب، بيروت – لبنان، (476/5).

(43) ابن عبد البر النمري القرطبي: كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط1، 1398هـ1978م، مكتبة الرياض الحديثة، (561/2).

(44) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة خاصة، 1423هـ2003م، دار عالم الكتب، الرياض – السعودية، (306/5).

(45) السَّرَخْسِي :كتاب المبسوط، (د.ت.ط) دار المعرفة، بيروت – لبنان،(187/5).

(46) ابن حزم الظاهري: المحلى، كتاب الطلاق، ابن حزم الظاهري: المحلَّى، مطبعة النهضة، مصر رقم المسألة 1934، (109/10).

(47) منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 25.

(48) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 43864، الصادر في 1987/01/12)، ط1، منشورات كليك، (449/1)، المجلة القضائية، 1991، العدد1، ص 46.

(49) حيث إنَّ دعوى الطلاق والتطليق أو طلب العودة إلى مسكن الزوجية يكون أمام المحكمة التي يقع في دائرتها اختصاصها مسكن الزوجية، أمَّا إذا كان الطلاق بالتراضي فإنَّ المحكمة المختصة هي مكان إقامة أحد الزوجين حسب اتفاقهما. ينظر المادة 426 قانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 08 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(50) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 43864، الصادر في 1987/01/12)، ط1، منشورات كليك، (569/2)، المجلة القضائية، 1992، العدد1، ص 51.

(51) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 118475، الصادر في 1995/05/02)، ط1، منشورات كليك، (819/2)، نشرة القضاة، 1996، العدد49، ص 241.

(52) منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، 45.

(53) ابن حزم الظاهري: المحلى، كتاب الطلاق، المصدر السابق، رقم المسألة 1934، (109/10).

(54) الجَبُّ: - بفتح الجيم- قطع جميع الذكر مع بقاء الأنثيين، وقيل قطع الذكر والأنثيين معًا. ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د.محمد عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة، مصر، (519/1).

(55) العُنَّةُ: - بضم العين- والعِنين - بكسر العين- هو عجز الرجل عن إتيان النساء لمرض، أو كبر سنٍّ، وقد يكون عنينًا عن امرأة دون أخرى. المرجع نفسه، (550/2).

وقال ابن عرفة: إنَّ العنين هو ذو ذكر لا يمكن به جماع لشدَّة صغره، أو لدوام استرخائه. ينظر شرح حدود ابن عرفة، (253/1).

(56) الخصاء: وهو زوال الأنثيين أو الخصيتين قطعًا، أو سَلاًّ، كما يطلقه الفقهاء على مقطوع أحدهما. ابن عرفة المصدر نفسه، (253/1).

(57)كمال الدين ابن الهمام: فتح القدير، ط1، 1424هـ 2003م، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، (267/4- 273). وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، (516/7-517).

(58) محمد بن أحمد بن جُزَيّ الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية، والحنفية والحنبلية، ط1، 1434هـ 2013م، دار ابن حزم، بيروت – لبنان، ص 368- 369. الكوهجي: زاد المحتاج بشرح المنهاج، ط1، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، (253/3-254). البهوتي:كشف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، (105/5-109).

(59) الاعتراض: هو المانع من الشيء، وعند الفقهاء يقصد به عدم انتشار الذكر للجماع، وقد يكون هذا الاعتراض قبل الإيلاج، أو بعده. ينظر: محمد عبد الرحمن عبد المنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، مصر، (225/1).

(60) الرتق: هو انسداد في الفرج يمنع من ولوج الذكر فيه.ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د.محمد عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، (124/2).

(61) العفل: هو ورم في الفرج يمنع ولوج الذكر فيه، وقيل: هو رغوة تحدث في الفرج عند الجماع. المصدر نفسه(514/2).

(62) القَرْن: بفتح القاف وسكون الراء هو عظم أو غدة في الفرج تمنع من ولوج الذكر. المصدر نفسه(84/3).

(63) حيث يثبت بكافة الأدلة والوسائل القانونية الممكنة، مثل شهادة الشهود، والشهادة الطبية المعتمدة، وسواء تلعق الأمر بوجود المرض الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أو بكون المرض خطيرًا على الحياة الزوجية وعلى الزوجة نفسها، كما يجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج المدعى عليه على طبيب خبير من تلقاء نفسه إذا عجزت الزوجة عن إثبات ذلك بالوسائل الأخرى، وكان القاضي لا يستطيع الوصول إلى معرفة الحقيقة إلا بهذا الفحص الطبي، وبناء عليه وعلى الأدلة الموجودة بين يديه يبني قناعته لإصدار حكمه بالتطليق، أو برفضه. ينظر: منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 52-53.

(64) بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 193- 194. منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، 49.

(65) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 213571، الصادر في 1999/02/16)، ط1، منشورات كليك، (1045/2)، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص ، ص 119.

(66) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 596191، الصادر في 2011/01/13)، ط1، منشورات كليك، (1552/3)، مجلة المحكمة العليا، 2011، العدد2 ، ص 270..

(67) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 34784، الصادر في 1984/11/19)، ط1، منشورات كليك، (300/1)، المجلة القضائية، 1989، العدد 3، ص 73.

(68) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 33275، الصادر في 1984/05/14)، ط1، منشورات كليك، (381/1)، المجلة القضائية، 1990، العدد 2، ص 75.

(69) محمد عبد الرحمن عبد المنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، المرجع السابق، (446/3).

(70) الراغب الأصفهاني: مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، ط4، 1430هـ 2009م، دار القلم – دمشق، الدار الشامية، بيروت، ص 833.

(71) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، الكويت، (162/42).

(72) فعند الحنفية: له أن يهجرها ما شاء إن لم يتضرر هو بذلك الهجر،تأديبا لها، ولم يحددوا مدة الهجر. ينظر: الكساني: بدائع الصنائع، (344/2).

وعند المالكية: شهر، وعلى أكثر الأحوال لا يتجاوز الأربعة الأشهر التي حددها الله تعالى لِلْمُولِي، استدلالا بما فعله النبي صلى الله عليه وسلم حيث هجر زوجاته شهرا كاملاً، باعتزاله لهن. ينظر: الحطاب: مواهب الجليل، (262/5). حاشية الدسوقي، (343/2).

أما الشافعية والحنابلة فقد فرقوا بين الهجر في المضجع الذي لم يحددوا مدته، ومن ثَمَّ يمكن هجرها ما شاء ما دامت ناشزاً، وبين الهجر في الكلام الذي حددوه بثلاثة أيام ولا يجوز عندهم هجرها أكثر من ذلك، استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم الذي رواه أبو أيوب الأنصاري «**لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال، يلتقيان فيُعرض هذا ويُعرض هذا، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام**» ينظر: الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المصدر السابق، (342/3). البهوتي:كشَّاف لقناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، (184/4).

(73) بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، (289-288/1).

(74) منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 37.

(75) الموسوعة الفقهية الكويتية، (321/31).

(76) حافظ الدين النسفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، (276/5). حيث استدل الحنفية بقوله صلى الله عليه وسلم: « **إنها امرأته حتَّى يأتيها البيان**». لم أقف على درجة هذا الحديث.

وقول علي رضي الله عنه في الزوجة التي غاب زوجها عنها لفترة طويلة:" هي امرأة ابتليت فلتصبر حتَّى يتبيَّن موتٌ أو طلاقٌ" نفس المصدر (276/5).

(77) الماوردي البصري: الحاوي الكبير، المصدر السابق، (316/11).

(78) ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، (247/11)، المغني، نفس المصدر، (241-240/10).

(79) ابن حزم الظاهري:" ولا يُفسخ النكاح بعد صحته...ولا بفقد الزوج؛ لأنه لا يُدْرَى أين هو، وهما في كل ذلك باقيان على الزوجة كما كان" ينظر: المحلى، كتاب الطلاق، المصدر السابق، رقم المسألة 1934، (109/10).

(80) الموسوعة الفقهية الكويتية، (62/29).

(81) ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، (255/11). البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، (421/5). الموسوعة الفقهية الكويتية، (63/29).

(82) شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي: كتاب الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، 1424هـ 2003م، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، دار المؤيد، جدة، (249/9)

(83) محمد بن أحمد بن جُزي الغرناطي:القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، المصدر السابق، ص 373.

(84) بن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، (192/3).
(85) بن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر نفسه، (193/3).
(86) ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، (247/11).
(87) ابن قدامة: المغني، المصدر نفسه، (255/11).
(88) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 290808، الصادر في 2002/04/10)، ط1، منشورات كليك، (1218/3)، المجلة القضائية، 2003، العدد 1، ص 372.

(89) بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، (298-297/1). بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرجع السابق، ص 199.

(90) جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، (رقم القرار 118621، الصادر في 1995/05/02)، ط1، منشورات كليك، (815/2-816)، المجلة القضائية، 1995، العدد 2، ص 101.

المصادر والمراجع:

1_ الإمام القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ط1، 1427هـ 2006م، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان.
2_ محمد الطاهر بن عاشور: تفسير التحرير والتنوير،الدار التنوسية للنشر، تونس 1984.

3_ صحيح مسلم: 1419هـ 1998م، بيت الأفكار الدولي، الرياض- السعودية.

4_ ابن ماجه: سنن ابن ماجه، (د.ت.ط)، بيت الأفكار الدولية، الرياض السعودية.

5_ السَّرَخْسِي :كتاب المبسوط، (د.ت.ط) دار المعرفة، بيروت – لبنان.

6_ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة خاصة، 1423هـ2003م، دار عالم الكتب، الرياض – السعودية.
7_ كمال الدين ابن الهمام: فتح القدير، ط1، 1424هـ 2003م، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

8_ حافظ الدين النسفي: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق،ط1، 1418هـ 1997م، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

9_ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (د.ت.ط) دار الفكر.

10_ الحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، 1416هـ1995م، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

11_ الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف.
12_ ابن عبد البر النمري القرطبي: كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط1، 1398هـ1978م، مكتبة الرياض الحديثة.

13_ محمد بن أحمد بن جُزيّ الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية، والحنفية والحنبلية، ط1، 1434هـ 2013م، دار ابن حزم، بيروت – لبنان.

14_ بن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، 1416هـ 1995م، دار السلام، مصر.

15_ محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، 1418هـ1997م، دار المعرفة، بيروت لبنان.

16_ أبو الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي:البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، 1421هـ 2000م، دار المنهاج، بيروت، لبنان.
17_ الماوَردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط1، 1414هـ1994من دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
18_ عبد الله الكوهجي: زاد المحتاج بشرح المنهاج، ط1، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر.

19_ ابن قدامة المقدسي: المغني، ط3، 21417هـ1997م، دار عالم الكتب، الرياض المملكة العربية السعودية.

20_ ابن مفلح المقدسي: كتاب الفروع، ط1، 1424هـ 2003م، مؤسسة الرسالة، ودار المؤيد.

21_ البهوتي: كشَّاف القناع عن متن الإقناع، 1403هـ1983م، عالم الكتب، بيروت –لبنان.

22_ ابن حزم الظاهري: المحلَّى، مطبعة النهضة، مصر.

23_ عبد الكريم زيدان: المفصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، 14133هـ 1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان.

24_ فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، 1429هـ 2008م، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان.

25_ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق.

26_ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، الكويت، (162/42).

27_ الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

28_ محفوظ بن صغير: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429-1430هـ 2009-2010م.

29_ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9يونيو(جوان) سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتعلق بتعديل قانون الأسرة الصادر في 18 محرم عام 1426هـ، الموافق 27 فبراير 2005م.

30_ القانون رقم 15- 19 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437هـ، الموافق 30 ديسمبر سنة 2015م المعدِّل والمتمِّم للأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966م المتضمن قانون العقوبات.

31_ العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

32_ منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، سنة ط 2012م، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر.

33_ ليزيد عيسات بلمامي: التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري - مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون – جامعة الجزائر- 2002 – 2003.

34_ عبد العزيز سعد: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة،
35_ عبد الله أوهايبية: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام.
36_ عبد الرحمن خلفي: محاضرات في القانون الجنائي العام، 2013، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر.
37_ بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية.

38_ بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، 1429هـ2008م، دار الخلدونية، القبة- الجزائر.