

إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية " التطلاق "

La volonté des femmes de mettre fin à la relation conjugale (divorce)

د. نبيلة بن عائشة، أستاذ محاضر (أ)، قسم العلوم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية

الملخص :

تنشأ أهم علاقة للإنسان في حياته وهي الزواج ، لكن قد تحدث خلافات زوجية تمنع من إبقاء الرابطة الزوجية، وإن كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن من حق الزوجة أيضا فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ولكن مقيد بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة 11/84 و القانون المعدل و المتمم 09/05 وهو ما يسمى بالتطلاق ، وذلك راجع إلى عدة أسباب حددتها المادة السابقة الذكر، وكل تلك الحالات تشتبك في وجود خلافات زوجية عميقة و ضرر يسببه الزوج فلا ينفع معه علاج سواه، وعليه إذا تحقق ذلك فمن حق الزوجة أن ترفع طلبها بالتطلاق إلى الجهة القضائية المختصة (شؤون الأسرة).

Résumé :

Parmi les choses les plus importantes dans la vie d'un homme et d'une femme c'est la relation conjugale c'est à dire le mariage , seulement des fois le mariage ne peut pas durer longtemps à cause de promesses non tenues, de comportements inhumains (coups et blessures volontaires) ; l'homme par le pouvoir que lui confère la loi , peut demander la séparation ; c'est-à-dire le divorce et la femme quant à elle a le droit de demander également le divorce (répudiation) dans certaines circonstances bien déterminées énoncées dans l'article 53 du code de la famille 05/09.

مقدمة :

تنشأ أهم علاقة للإنسان في حياته وهي الزواج ، لذلك تولاه الله عز وجل بالرعاية، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة على المجتمع، ولقد أولى الإسلام الزواج عناية و وصفه القرآن بأنه ميثاق غليظ في قوله تعالى: { وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا }⁽¹⁾، وبأنه أكثر النعم التي أنعم الله بها على الإنسان في معرض امتنانه بنعمه فيقول جل شأنه: { وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنَ وَحَفْدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ }⁽²⁾ ، وفي آية أخرى اعتبره آية من آيات قدرته لقوله تعالى : { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }⁽³⁾

وقد جعله الرسول -صلى الله عليه وسلم- مكملا لدين المسلم حيث يقول عليه الصلاة والسلام: "من تزوج فقد أحرز شطر دينه، فليترك الله في الشطر الآخر" وقال أيضا "يا معشر الشباب من استطاع

منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء" كما روى مسلم عن عمرو ابن العاص أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: "الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة"

ولكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية الخصام المستمر بين الزوجين فتصبح الرابطة الزوجية جحيما ، فشُرع الطلاق في الإسلام للتخلص من العلاقة وأنه لا يمكنهما التعاشر بالمعروف، ولا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية وواجباتها وذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

وبذلك قررت الشريعة الإسلامية حق الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته، إلا أنها لم تهمل حق المرأة في إنهاء العلاقة الزوجية إذا ما جلبت لها أضرارا مادية أو معنوية وشرع المشرع بابا لنوع من الطلاق تتخلص فيه من الرابطة الزوجية إذا أثبتت إضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعا وقانونا، وهذا ما يعرف بالتطليق.

فما مفهوم وأسباب التطليق خاصة مع ارتفاع إحصائيات في سنة 2017؟.

المبحث الأول : مفهوم التطليق

يظهر لنا مفهوم التطليق من خلال تعريف التطليق وتبيين أسبابه:

المطلب الاول : تعريف التطليق :

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق و اقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وبالرجوع إلى معناه في اللغة نجد أصل كلمة "تطليق" يعود إلى (طلق-تطلقا) أي طلقت المرأة زوجها، وتطليقها منه، بمعنى خلاها من قيد الزواج، وتطليق الرجل من قومه يعنى تركهم ومفارقتهم⁽⁴⁾ أما في الاصطلاح فهو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون.

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التطليق" (répudiation) في المادة (53) من قانون الأسرة للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل (53) وما بعده من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة ورد النص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة، وهذه الحالات هي عدم الإنفاق، العيوب، الهجر في المضجع، الغياب، الضرر، الحكم بعقوبة شائنة و ارتكاب فاحشة.

وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء، وبموجب دعوى قضائية، وفي حالة الإستجابة لطلبها تنتج عنه آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة، وثبوت نسب الأولاد وحضانتهم وغيرها من الآثار.

والفرق بين التطلاق والخلع الذي تتخذهما الزوجة لإنهاء العلاقة الزوجية هو إذا أثبتت الزوجة إضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعا وقانونا تقوم بالتطلاق أما إذا لم تستطع إثبات ذلك الضرر فتح لها باب افتداء نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه له وهذا بالخلع.

المطلب الثاني : أسباب التطلاق

نص المشرع في المادة (53) من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

أولاً : "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة

المواد (78 و 79 و 80) من هذا القانون : تُعتبر النفقة حق للزوجة يثبت لها بموجب عقد الزواج الصحيح

و تسقط بنشوزها وينتهي بفك العلاقة الزوجية، فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الإلتزام تعسفاً أو

إعساراً فهل يحق للزوجة طلب التطلاق ؟

يشترط لتحقيق ذلك توافر الشروط التالية:

1. يجب على الزوجة أولاً أن ترفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم يأمره بالنفقة، وإذا امتنع

عن تنفيذ الحكم، فإن رفعت دعواها لأول مرة تطالب بالنفقة، فإن القاضي يحكم لها بذلك

ويأمرها للعودة إلى مقر الزوجية، إلا إذا ثبت امتناعه بعد الحكم، فإن رفعت دعوى التطلاق

بعد ذلك، فعلى القاضي الإستجابة لطلبها في هذه الحالة.

2. ألا يكون امتناعه عن النفقة بسبب إعسار، لأن هذا الأخير بيد الله، ولا يعتبر مبرراً لطلب

التطلاق، مصداقاً لقوله تعالى : {اللَّهُ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَن يَشَاءُ وَيَقْدِرُ وَفَرِحُوا بِالْحَيَاةِ الدُّنْيَا

وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا فِي الْآخِرَةِ إِلَّا مَتَاعٌ} ⁽⁵⁾ وقال في آية أخرى: {وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى

مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ} ⁽⁶⁾

فالزوج في هذه الحالة ليس بظالم حتى يُطلق عليه القاضي ويرفع ظلمه عن زوجته.

3. ألا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج ، فإن كانت على دراية بذلك أو أنه بدون

عمل، أو أن مهنته غير مطلوبة اجتماعياً مما يجعله عسيراً ، ، فإن وافقت بالزواج به على

هذه الحال فهي على علم بعسره فإن رفعت دعواها للقاضي تطلب التطلاق للعسر، رُفضت

دعواها ، ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج فإن استطاعت الزوجة إثبات أنه عُسر هذا حصل بعد زواجهما، فإنه يُنظر إلى ما بعد صدور الحكم بالنفقة، فإن لم يُنق و طال عُسرهُ إلى مدة تتضرر منها الزوجة، طلقها القاضي.

ويكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المادتين (78 و 80) من قانون الأسرة، و تبقى تخضع للسلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة و يُراعى في تقديرها حالة الزوجين، و ألا يتجاوز القاضي مدة سنة قبل رفع الدعوى عند الحكم بها إن ثبت لديه ما يدعو لذلك. و إلا فتقديرها يكون إبتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى أن يزول مبررها.

لم يعر المشرع الجزائري اهتماما للمهله التي يمكن أن تُمنح للزوج و لا للحالة التي يكون عليها من يُسر أو عُسر، و إنما اشترط فقط أن يكون لدى الزوجة حكم بوجوب النفقة صادر ضده و أن الزوج امتنع عن الإنفاق رغم ذلك، كما أنه لم يشر إلى أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة و تاريخ إقامة الدعوى، مما يحملنا على الاعتقاد بضرورة مراعاة ما نصت عليه المادة (331) من قانون العقوبات و هو أجل شهرين متتاليين.

ثانيا : التطلاق بسبب وجود عيوب تحول من تحقيق أهداف الزواج:

أجاز المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطلاق لوجود عيوب تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، إلا أنه لم يُعرّف المقصود بالعيوب و لم يبين نوعه، أهو عيب جنسي أو غير ذلك، بل وصفه بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و اعتمد بذلك عبارة واسعة و عامة وردت في الفقرة الثانية من المادة(53) من قانون الأسرة دون أن يذكر أي عيب من العيوب و لو على سبيل المثال و اكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديد لها و هو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج⁽⁷⁾. و حسنا ما فعل المشرع باعتبار العيوب والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة و متنوعة و من الصعب جمعها .

و عليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا بزوجها لم تكن على دراية به قبل الزواج أو اطلعت على مرض أصابه بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل مرض العقم أو من شأنه دفع الزوجة إلى الإشمئزاز منه فإنه من حقها أن تطلب التطلاق لتدفع الضرر عن نفسها⁽⁸⁾.

و استجابة القاضي لهذا السبب لابد أن يكون العيب ناتجا عن مرض مستمر و دائم لا يتوقع شفاؤه، أما إذا كان مرضه من الأمراض التي يمكن الشفاء منها خلال أجل يراه الأطباء و جيزا ، و القاضي لشؤون الأسرة أن يمهّل الزوج أجلا لمواصلة العلاج ، كما يمكن تمديده مرة أو مرتين، و عند الاستمرار على نفس الحال يحكم لها بالتطلاق من الزوج .

وإذا كان المرض الذي أصاب الزوج ليس من شأنه الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج مثل ما يصيب الزوج جراء حادث مرور يمنعه من الحركة أو الصرع الطارئ المتقطع الذي يأتي الزوج حيناً و يتركه أحياناً، فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطلاق بسببه لأن مثل هذا المرض لا يحول دون تحقيق الغرض من الزواج.

ولم يحدد المشرع الجزائري مدة محددة يسقط خلالها حق الزوجة في طلب التطلاق، بل أباح لها أن ترفع دعواها التي يجب قبولها متى توافرت الشروط التالية:

1. أن ترفع دعوى التطلاق.

2. أن يتأكد وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون أن يرتبط ذلك بزمان معين.⁽⁹⁾

وهذا الموقف أسلم من اعتبارها راضية ضمناً لأن مجرد رفع الدعوى يعتبر رفضاً ومتى حصل ذلك كان البقاء بعده ضرراً وجب رفعه، وبالتالي الإستجابة لطلبها، فإن تنازلت عنه صراحة أمام القضاء، فلا يحق لها أن تطلب التطلاق لنفس العيب مرة أخرى إلا لسبب آخر غير العيب الذي تنازلت عنه، لأن مدة سكوتها قد تتطلبها طبيعة المرض، كما لو كان الظن يغلب على شفاؤه منه، فانتظرتة.⁽¹⁰⁾ إلا أنه يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة مهلة معينة يمنحها للزوج المصاب من أجل العلاج.

هذا ويلاحظ عملياً أنه إذا وجد عيب بالزوج وطلبت على إثره الزوجة التطلاق، فإن القاضي يؤجل الحكم بالتطلاق إلى مدة معينة معلومة لا تتجاوز السنة.

ثالثاً : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر :

شرع المشرع الجزائري الهجر في المضجع من بين الأسباب لطلب الزوجة التطلاق عملاً بنص المادة (53) الفقرة الثالثة ولا بد من توافر الشروط التالية:

1. أن يهجرها ويدير لها ظهره ولا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج.

2. أن يدوم هذا الهجر مدة من الزمن تفوق أربعة أشهر متتالية لا يقع بين الشهر والآخر أي إتصال بينهما.

3. أن يكون هذا الهجر عمدياً نكايته بالزوجة وليس له ما يبرره شرعاً وقانوناً.

4. أن يحافظ فيه على الطابع الذي أعطاه إياه الله عز وجل " لقوله تعالى: {وَأَصْبِرْ عَلَىٰ مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا} ⁽¹¹⁾ فإذا ذهبت صفة الجمال عنه كان ظلما. أما إذا وقع الهجر وكان لعدة مرات وفي أوقات مختلفة ومتفرقة أو أنه وقع لعذر شرعي مثل أن يكون هجر فراش الزوجة قد وقع بسبب وجوده في مستشفى للعلاج أو في مكان آخر من أجل الوظيفة، فالقانون لا يجيز لها طلب التطلاق بسبب الهجر في الفراش ولو تجاوزت المدة أربعة أشهر وإذا طلبته فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به في مثل هاتين الحالتين.

رابعا : الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية :

أجاز قانون الأسرة للزوجة أن تطلب التطلاق من زوجها، هو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (53) والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية...". ولا بد من توافر جملة من الشروط وهي:

1. الحكم بعقوبة شائنة:

يقصد بالعقوبة الشائنة تلك الأفعال المعاقب عليها والتي تشتملها النفوس، وترفضها أخلاق الانسان

لقد حدد قانون العقوبات الجرائم والعقوبات المقررة لها وجعل بعضها جرائم أخلاقية تتعلق بالأداب العامة والنظام العام والبعض الآخر يتعلق بالأشخاص أو الأموال ، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها اعتبرت جريمة "الزنا" فعلا شائنا مصداقا لقوله تعالى: "لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا"

لكن قانون العقوبات جرم فعل الزنا المرتكب من قبل أحد الزوجين وهكذا يصبح نص الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه يتضمن فكرة مرنة تسمح للقاضي أن يُدخل ما يشاء من الأفعال تحت هذا الوصف "الشين".

2. أن تكون العقوبة مقيدة للحرية:

يشترط القانون أن تكون العقوبة سالبة للحرية، ويتم تنفيذها دون الاستفادة من منحة العفو كلياً أو جزئياً، أما إذا حُكم على الزوج بعقوبة موقوفة التنفيذ لمدة أكثر من سنة أو سبق له أن أُودع الحبس المؤقت، فالعقوبة في هذه الحالة غير سالبة للحرية ولا تصلح أن تكون سبباً لطلب التطلاق حسب مفهوم هذه الفقرة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يبين طبيعة الحكم القاضي بالعقوبة إن كان نهائياً أم لا، على خلاف القانون المصري الذي جعله نهائياً.

3. أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة:

إن المشرع باستعماله لعبارة "العقوبة الماسة بشرف الأسرة" قد عمم الوصف وجعل معياره غير دقيق، كما هو الحال بالنسبة لما أسلفنا ذكره بمناسبة تطرقنا للشرط الأول والمتمثل في كون العقوبة شائنة وبالتالي فإن الجرائم والعقوبات التي تمس بشرف الأسرة، يصعب علينا حصرها في عدد معين، لدرجة يمكن معها القول أن معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة من الجرائم هي عقوبات تتضمن هذا الوصف لاسيما جريمة الزنا والفاحشة بين المحارم. وبالتالي تبقى للقاضي دوماً السلطة التقديرية في اعتبار أية جريمة ماسة بشرف الأسرة أو غير ذلك.

4. أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية:

لقد بالغ المشرع الجزائري في استعماله لمصطلح "الإستحالة" إذ أن الحكم على الزوج بعقوبة شائنة مقيدة للحرية ولمدة تفوق السنة وفيها مساس بشرف الأسرة، لا يؤدي حتماً إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية، وإنما قد يخلق جواً من التوتر يصعب معه استمرار الحياة بين الزوجين، لذا أُعطي للزوجة حق طلب التطلاق وللقاضي في ذلك السلطة التقديرية الكاملة، مستعيناً بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوتر والضرر ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها لقبول طلب الزوجة أو رفضه.

وكما أسلفنا القول يجب أن يقضي الحكم بعقوبة مقيدة للحرية و نافذة، وهذا أمر منطقي لارتباط الحبس بغيبة الزوج، وإلا فلا مبرر لطلب الزوجة التطلاق عندما تكون العقوبة موقوفة التنفيذ، وهذا ما نعييه على المشرع الجزائري الذي لم يحدد نوع العقوبة بدقة.

خامسا : الغيبة بعد مرور سنة بدون عذرو لا نفقة :

جاز المشرع للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها وفق ما جاء في المادة (53) من قانون الأسرة ، ويقصد بالغائب حسب نص المادة (110) من قانون الأسرة هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير. ويتضح من المادة (53) من قانون الأسرة بأنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطلاق إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

1/ أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءا من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى، في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمض على غيابه رفع الدعوى في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمضي على غيابه هذه المدة التي يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية، ولكن القانون الجزائري لم يحدد هذه الكيفية و جرى العمل بالاعتماد على السنة الميلادية أخذا بموقف الإمام مالك الذي جعل مدة الغيبة بين سنة و ثلاث سنوات.

2/ أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي كما لو سافر لمجرد السفر ولم يعد، ويختلف الأمر لو غاب سنة أو أكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه في الخارج لمدة تفوق السنة، أو لأي سبب جدي آخر، فإن طلب الزوجة التطلاق في هذه الحالات يكون مصيره الرفض.

3/ أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة، خلال مدة غيابه، وهذه الحالة يقدرها القاضي، ويتأكد منها بجميع الطرق، حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب، والبلد الذي يتواجد به والوضعية التي آل إليها خلال الغياب والإجراءات الإدارية والظروف السياسية المحيطة به، وما إذا كان التحويل النقدي ممكنا، فإن كانت وضعية الزوج المالية حسنة وله مصادر في الداخل دون أن يترك للزوجة ما ينفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة، ومتى رفعت إليه طلب التطلاق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة ويحكم لها بأخذ النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير، وتكون الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل.

إن المشرع الجزائري باستعماله "محل الإقامة" لم يكن دقيقا لتوضيح ما إذا كان يُقصد بها نفس البلد أو بلد أجنبي.

سادسا : مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه وكل ضرر معتبر شرعا:

إذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها فلها أن ترفع طلب التطلاق إلى القاضي ، و المشرع قد أورد عبارة واسعة وشاملة : "كل ضرر معتبر شرعا" ولم يتقيد بضرر محدد و للقاضي سلطة تقديرية في ذلك .

و إذا كان المشرع قد فتح المجال واسعا لتفسير معنى الضرر، إلا أنه خص من جهة أخرى المادة 08 من قانون الأسرة، حيث جعل إخفاء الزوج عن زوجته الأولى زواجه بثنائية سببا مبررا لطلب التطلاق دون أن يحدد مدة أو أجلا لممارسة هذا الحق.

سابعا : ارتكاب فاحشة مبينة :

نصت المادة (53) من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة، و المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي تُرتكب بين ذوي المحارم و المنصوص عليها بالمادة (337) مكرر من قانون العقوبات، و قد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في ذات القانون و منه فهو في غير حاجة إلى إعادة ذكر ما يُعد فاحشة ضمن قانون الأسرة، باعتبار كلا القانونين صادرين عن نفس المشرع لكن يثور التساؤل بالنسبة لجريمة الزنا فيما إذا كانت تدخل ضمن الفواحش أم لا؟

و باعتبار أن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش بل الشريعة الإسلامية هي من اعتبرتها كذلك، فما هو القانون الواجب التطبيق لما تعرض المسألة على القاضي؟ فهل يطبق الشريعة الإسلامية أم النصوص التشريعية؟

بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني، نجدها تنص على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية" و طبقا لمبدأ تدرج القوانين فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون أولا قبل اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كما خص المشرع الجزائي جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، ولمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة و لولمدة تقل عن السنة، و لو كانت غير سالبة للحرية، فيحق للزوجة أن تطلب التطلاق⁽¹²⁾. و حسنا ما فعل المشرع لما أتاح للزوجة حق طلب التطلاق إذا تعلق الأمر بارتكاب الزوج لفاحشة مبينة دون حاجة لاستصدار حكم يقضي بإدانة هذا الأخير.

ثامنا : الشقاق المستمر بين الزوجين :

جعل المشرع من خلال تعديل قانون الأسرة إمكانية طلب الزوجة التطلاق من القاضي نظرا لوجود شقاق و خصام مستمر بين الزوجين ، لكن لم يحدد المشرع الآجال التي يمكن للزوجة طلب التطلاق، بل ذكر فقط كلمة " مستمر"

وحقيقة فإن الشقاق و الخصام المستمر بين الزوجين يجعل الحياة متعبة وتسبب أضرارا مختلفة .

تاسعا : مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :

جعل المشرع من خلال تعديل قانون الأسرة إمكانية طلب الزوجة التطلاق من القاضي نظرا لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ، وأكد أن المشرع قصد المخالفة من قبل الزوج ، رغم أن هذه الشروط هي التي بَيَّ عليها عقد الزواج.

وباستقراء هذه المادة نجدها تضمنت أسبابا تستند إليها الزوجة لطلب التطلاق من القاضي الذي تبقى له السلطة التقديرية في قبول طلبها أو رفضه .

المبحث الثاني: توابع التطلاق :

يترتب عن التطلاق الآثار القانونية التي أوردها قانون الأسرة في مواد متفرقة تنحصر بين المادتين 58 و 73 منها ما يثبت للزوجة و تتمثل في العدة، النفقة، السكن و التعويض، و منها ما تثبت للأولاد و تتمثل في: الحضانة و النسب و النفقة .

المطلب الأول: ما يثبت للزوجة

أولا : العدة وهي "مدة تترىصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيها، و بانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم"¹³

و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة 58 نصت على أن تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، و اليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، أما المطلقة الغير المدخول بها فلا توجب عليها العدة

و أضافت المادة 60 من قانون الأسرة على أن "عدة الحامل هو وضع حملها و أقصر مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق" و يبدأ حساب مدة العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق في الشريعة الإسلامية، و جاء نص المادة 58 مخالفا لهذه الأخيرة بحيث أنها قضت بأن العدة يبدأ احتسابها من تاريخ التصريح بالطلاق و الذي لا يثبت إلا بحكم قضائي وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة.

و إذا صدر الحكم بالطلاق تدخل المطلقة في عدتها ابتداء من تلك اللحظة و تقع عليها الالتزامات الآتية:

ملازمة بيت الزوجية حيث تبقى في بيت زوجها مدة عدتها

لكن ما يجري به العمل بين الناس خلاف ذلك إذ أن المطلقة تأخذ أغراضها وتلتحق بأهلها لتقضي عدتها هناك.

- امتناع الزوجة عن الزواج في فترة العدة برجل أجنبي.

ثانيا: النفقة :

تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطلاق وتشمل نفقة العدة و نفقة الإهمال.

1. نفقة العدة:

تستحق الزوجة المطلقة نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هذه المدة وتحددها المحكمة إجماليا أو شهريا وهذا ما نصت عليه المادة 61 من قانون الأسرة⁽¹⁴⁾ ، ويسقط هذا الحق شرعا وليس قانونا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشز.

2. نفقة الإهمال:

لقد أقرت المادة 74 من قانون الأسرة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها، فإذا لم يتم الإنفاق عليها يحق لها طلب نفقة إهمال تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم التطلاق وللقاضي سلطة تقدير مبلغ هذه النفقة شهريا مراعى في ذلك حال الزوجين.

ثالثا: حق السكن أو دفع أجرته:

لقد ورد النص على إسكان الزوجة المطلقة و على شروطه في المادة 52 الفقرة 2 من قانون الأسرة⁽¹⁵⁾ و من تحليلها يتضح لنا أنه حتى يمكن للمطلقة الحكم بإسكانها أو إبقائها في مسكن الزوجية توافر ثلاثة شروط:

لأن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة قل عدد المحضونين أو أكثر.

لأن يكون لها ولي يستقبلها ويؤمن لها المسكن.

لأن يكون في استطاعة الزوج توفير السكن.

رابعاً: التعويض :

لقد منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطلاق للأسباب التي أوردتها المادة (53) من قانون الأسرة و إستناداً لأحدها يحكم لها القاضي بالتطلاق.

فهل يُعد هذا الحكم في حد ذاته جبراً للضرر الذي أصابها، أم أنها تستحق تعويضاً إلى جانب ذلك؟ في غياب النص القانوني حول هذه المسألة، وبالرجوع إلى الواقع العملي نجد تطبيقات مختلفة فهناك من يعتبر أن الحكم بالتطلاق في حد ذاته جبراً للضرر الذي أصاب الزوجة، فلا يمكن الحكم لها بالتعويض إلى جانب ذلك، ومنهم من يعتبر أنها تستحق التعويض بعد الحكم لها بالتطلاق .

خامساً: النزاع حول متاع البيت

قد يتنازع الزوجان في بعض متاع⁽¹⁶⁾ البيت أو كله، بأن يزعم أحدهما أن المتاع ملكاً له، بينما ينكر الطرف الثاني هذه الملكية.

وقد نصت المادة 73 من قانون الأسرة على أنه "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال و المشتركات بينهما يقتسمانهما مع اليمين".

يتضح من خلال هذه المادة أن النزاع حول متاع البيت و أثاثه ينتهي لصالح من له بينة، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال، فإن الزوج يُكلف بأداء اليمين كذلك، و له أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية.

أما عند اشتراك الشيء بين الزوجين، تقضي المحكمة بقسمته بينهما مع تحليفهما اليمين.

غير أنه في حالة عدم وجود المتاع فنميز بين حالتين:

الأولى: إذا كان المتاع غير موجود أصلاً

الثانية: إذا كان المتاع غير موجود لأن الزوجة أخذته كاملاً.

ففي الأولى تطالب الزوجة بما لها من متاع الزوجية إلا أن الزوج يُنكر وجوده، فعندئذ تلجأ إلى القواعد العامة للإثبات، و ذلك بتطبيق المادة 323 من القانون المدني و تطبيقاً لقاعدة: "البينة على من ادعى، و اليمين على من أنكر."

أما الحالة الثانية فيدعي الزوج أن زوجته أخذت المتاع إلى بيت أهلها عند مغادرتها بيت الزوجية، سواء برفعه دعوى يطلب فيها استرداد ما يراه من الأثاث، أو يكون بمثابة دفع يقابل به طلب الزوجة، و عليه يقع عبء إثبات ما يتذرع به، فإذا عجز عن تقديم دليل على ذلك خسر دعواه.

المطلب الثاني : ما يثبت للأولاد

أولاً: النسب :

ونظمه المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة وتبعه بمادة خصصها لمعالجة ظاهرة التبني التي حرّمها الإسلام، فأكد القانون ذلك في المادة 46 منه.

ويثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو غير ذلك. في حين يثبت نسب الولد لأبيه في الحالات التالية: الفراش، مصداقاً لقوله -صلى الله عليه وسلم- "الولد للفراش و للعاهر الحجر" إضافة إلى الإقرار والبينة ونكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32-33-34 من قانون الأسرة وهو ما تضمنته فحوى المادة 40 من ذات القانون.

لكن إذا ادعت الزوجة بأنها حامل بعد تطليقها، فهل ينسب هذا الولد مباشرة إلى الزوج دون قيد أو شرط أم أنه هناك شروط يجب توافرها لذلك؟

لقد نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه "ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة" وبهذا النص يكون المشرع قد وضع شرطاً واحداً لإلحاق الولد بالزوج المطلق وهو ولادة الطفل قبل عشرة أشهر كاملة من يوم التفريق الفعلي بين الزوجين، وعليه فإذا وقعت الولادة خلال هذه المدة ينسب المولود إلى الزوج دون خلاف، في حين إذا وقعت ولادته بعد مرور أكثر من عشرة أشهر من تاريخ التطليق فإن المولود لا يلحق بالزوج لاحتمال نسبه لشخص آخر، وبالتالي يحق لكل ذي مصلحة من الورثة أو من ممثلي النيابة العامة أو غيرهما أن يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء ليطلب نفيه.

ثانياً: الحضانة:

الحضانة مأخوذة من الحِضْن وهو ما دون الإبط إلى الكشح و حِضْن الشيء جانباه، و حِضْن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا ضمت ولدها.

وعرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة، لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع.

وعلى نهج مقارب سار المشرع الجزائري في المادة 62 عندما عرف الحضانة بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة و خلقاً".

أما بالنسبة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقد أدخلت المادة 64 من قانون 09/05 من يكتسب حق الحضانة بطلبه من القاضي شؤون الأسرة شرط أن يكون أهلا لهذه المسؤولية فيكون للأم ، الأب ، أم الأم ، أم الأب ، الخالة ، العمة ، فالأقربون درجة¹⁷.

وإن نص المادة السابقة الذكر لا يفيد الترتيب الحتمي إنما يبحث قاضي شؤون الأسرة على مصلحة المحضون ، ولهذا اختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب المصلحة ومستحقو الحضانة إما إناثا فقط أو ذكورا فقط وإما الفريقان معا.

وهناك شروط عامة لابد من توافرها في الحاضنة حتى تثبت أهليته لذلك، وهي: الإسلام، البلوغ العقل الأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانتهم صحة وخلقا.

وقد اشتملت المادة 62 من قانون الأسرة على هذه الشروط باستعمالها لعبارة "أهلا للقيام بذلك" دون أن تفصل في هذه الشروط.

كما حدد القانون مدة الحضانة القصوى في المادة 65 منه بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة بعشر سنوات، ويجوز في حالات استثنائية تمديدتها إلى أكثر من ذلك على أن تتجاوز في كل الأحوال سن التمييز الذي هو ستة عشر 16 سنة طبقا للمادة 42 من القانون المدني.

وإذا رغب الحاضن في الإستمرار في حضانة المحضون تعين عليه التمسك بهذا الحق طبقا لشروط معينة وهي:

- أن يرفع طلبه إلى المحكمة لإصدار حكم بتمديد مدة الحضانة إلى أكثر من عشر سنوات وذلك حسب ما جاء في المادة 68 من قانون الأسرة والتي جاء فيها "أن صاحب الطلب ملزم بتقديم الطلب خلال سنة من تاريخ نهاية الحضانة وإلا رفض طلبه لفوات الأجل القانوني"

- إن حق تمديد الأجل للحضانة ثابت للأم وحدها.

- أن تكون الأم غير متزوجة لأن الزواج سبب مسقط لحقها في الحضانة إلا إذا كان زوجها من محارم المحضون.

- أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار في تمديد تلك الفترة أمرين وهما:

• ألا يتجاوز فيها ستة عشر سنة.

• أن ينظر إلى مصلحة المحضون.

وتسقط الحضانة بتزوج الأم بغير قريب محرم لكنه يبقى وفق السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة لمراعاة مصلحة المحضون ، وبتنازل الحاضنة عن هذا الحق وباختلال شروط المادة 62 من قانون الأسرة..

وقد تم النص على هذه الأسباب بمقتضى المواد من 66 إلى 70 من قانون الأسرة.

ثالثا: نفقة المحضون وسكنه:

إن مسألة نفقة المحضون وسكنه قد تضمنتها المادة 72 من قانون الأسرة حيث نصت على: "نفقة المحضون من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يبيء له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته " من استقراء هذه المادة يتبين لنا بروز ثلاث حالات .

1. إذا كان للمحضون مال خاص به تكون نفقته من ماله لا من مال أبيه.
2. إذا لم يكن المحضون مال تكون نفقته وسكنه واجبة على أبيه من مال غيره إذ على الأب أن يضمن النفقة والمسكن معا.
3. يجب على الأب أن يتحمل مسؤولية الإنفاق على المحضون وإذا لم يوفر له مسكن يجب عليه أن يوفر له أجرته والمبلغ المقرر للنفقة، وتكون هذه الأخيرة شهرية تسري ابتداء من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا.

رابعا: حق الزيارة:

بعد أن رتب المشرع أصحاب الحضانة في المادة 64 من قانون الأسرة، نص في الفقرة الثانية منها: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" وهذا يعني بكل وضوح أنه عندما يحكم القاضي بالتطلاق يتوجب عليه عند إسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها الحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون وذلك في ساعات وأيام وفي أماكن محددة وفي العطل والمواسم الدينية والوطنية، وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره، يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة كذلك. وما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أن المشرع أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك لأن الحضانة وما يترتب عنها من نفقة وحق الزيارة من النظام العام.

الخاتمة :

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري سار في مواده القانونية من قانون الأسرة حول التطلاق الذي يتم بحكم القاضي طالما أن الزوجة متضررة وحقوقها مهضومة وذلك استنادا على أسباب أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة (53) من قانون الأسرة وفي غيابها يرفض القاضي دعوى التطلاق لعدم التأسيس، ولا يبقى لها سوى اللجوء إلى الطريق الثاني المتمثل في الخلع في حالة كرهها لزوجها لتفتدي نفسها مقابل مبلغ من المال تدفعه له كتعويض عما دفعه لها من مهر حتى لا يضار هو الآخر من إنهاء العلاقة الزوجية.

وبالرغم من كون التطلاق طريقة لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة إلا أنها تختلف عن الخلع من عدة نواح إذ يُشترط في الخلع صيغة معينة تتم بلفظ الخلع وذكر البدل، بينما لا يُشترط هذا في

التطلاق، بل يكفي توافر الأسباب المنصوص عليها في قانون الأسرة و التي يُمنح فيها للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مدى مطابقة الوقائع للقانون والموازنة بين طلبات الزوجة و دفع زوجها و من ثمة منحها التطلاق، بينما تضيق سلطته في الخلع لتقتصر فقط على تقدير بدله في حالة اختلاف الزوجين على تحديده.

و بعد الوقوف عند كل العناصر و النقاط الأساسية لموضوع التطلاق تبين لنا أن المشرع الجزائري وبالرغم من نصه عليه إلا أنه ترك الكثير من الأمور المتعلقة بهما في حالة إيهام و غموض، مما نتج عنه تذبذب الإجتهااد القضائي على مستوى المحكمة العليا و تناقض أحكام المحاكم والمجالس القضائية، لهذا وجب على المشرع أن يتخذ أمرا حاسما بشأن هذه المسألة نظرا لخطورة الأمر المتعلق بفك الرابطة الزوجية و ذلك بالنص صراحة على كل المبادئ و الأحكام المتعلقة بالتطلاق، و توضيح الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة بدقة.

و أخيرا نأمل من المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه الإقتراحات في مشروع قانون الأسرة حتى يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية و يمنح المرأة مكانتها و حقوقها الأساسية في المجتمع.

قائمة المراجع :

- _ القرآن الكريم
- _ قانون الأسرة
- _ القانون المدني
- _ المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة-دار المشرق-بيروت-لبنان- توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر.
- _ لسان العرب -لابن منظور-دار إحياء التراث العربي -بيروت-لبنان.
- _ عبد العزيز سعد- الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري- طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر.
- _ "الأستاذ عمر زودة -طباعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها- دار النشر أنسكلوبيديا.
- _ الدكتور محمد كمال إمام- الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قانونية-دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية- 1997.
- _ تقية عبد الفتاح : محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، دار ثالة للنشر ،الجزائر ، سنة 2007.
- _ مذكرات المدرسة العليا للقضاء حول التطلاق و الخلع.

¹ - سورة النساء الآية 21.

² -سورة النحل الآية 72

³ -سورة الروم الآية 21.

⁴ - المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة-دار المشرق-بيروت-لبنان- توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر- صفحة 665.

⁵ -سورة الرعد الآية 26.

⁶ -سورة البقرة الآية 280.

⁷ -"الدكتور فضيل سعد"- كمرجع سابق- صفحة 275-276.

- ⁸-الأستاذ"عبد العزيز سعد"-كمرجع سابق- صفحة 261.
- ⁹-الدكتور "فضيل سعد" -كمرجع سابق- صفحة276-277.
- ¹⁰-الدكتور "فضيل سعد" كمرجع السابق صفحة 277.
- ¹¹ - سورة المزمل الآية 10.
- ¹² -"الأستاذ عمر زودة" -طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها- الصفحتين 54-55
- ¹³ - الدكتور محمد كمال إمام -كمرجع سابق- صفحة144
- ¹⁴ -نصت المادة 61 من قانون الأسرة على ما يلي:"لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"
- ¹⁵ -نصت المادة 2/52 قانون أسرة على أنه "...وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثني من القرار من السكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو يكون انحرافها."
- ¹⁶ -يُقصد بالمتناع كل ما يوجد بمسكن الزوجية من أثاث و أواني ولباس و حلي.
- ¹⁷ - تقيّة عبد الفتاح : محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، دارثالة للنشر،الجزائر، سنة 2007، ص 138.