الطلاق المنشئ: دراسة تحليلية نقدية وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري

أكلي نعيمة[1]

[1] أستاذة محاضرة قسم ب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 10000، الجزائر.

البريد الالكتروني: n.akli@univ-bouira.dz

الملخص:

جعلت التشريعات الطلاق بيد الرجل بصفة عامة، لحرصه الشديد على استمرارية الأسرة، وما يكلفه من خسارة مادية فضلا عن المعنوية، رغم أن المشرع لم يمنع المرأة بصفة مطلقة من طلب الطلاق، سواء عن طريق الخلع، أو التطليق، ويعتبر هذا الأخير النوع الوحيد من أنواع الطلاق التي يكون حكمه منشئا، على عكس الأنواع الأخرى التي يكون فيها كاشفا.

نظم المشرع الجزائري أحكام التطليق أساسا في المادة 53 من القانون رقم 11/84، يتضمن قانون الأسرة، رغم أن ذلك كان قاصرا نظرا لأهمية الموضوع وما ينطوي عليه من دفع الضرر، في ظل غموض بعض المفردات المستعملة فضلا عن إمكانية تأويل بعضها، بالإضافة إلى منح القاضي سلطة تقديرية كاملة في الحكم به من عدمه، تبعا لظروف كل قضية على حدة، دون أية رقابة من المحكمة العليا.

الكلمات المفتاحية:

الطلاق المنشئ، التطليق، التفريق القضائي، حل الرابطة الزوجية، الطلاق.

تاريخ إرسال المقال:2020/12/24، **تاريخ مراجعة المقال:**2021/12/16 ، **تاريخ نشر المقال:** 2021/12/31.

لتهميش المقال: أكلي نعيمة، "الطلاق المنشئ: دراسة تحليلية نقدية وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد03، 2021، ص ص683-696.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: أكلي نعيمة : n.akli@univ-bouira.dz

Creating Divorce: A Critical Analytical Study According to the Provisions of the Algerian Family Law

Summary :

Legislation granting divorce to men in general, because of keeping the family together, and the material loss as well as morale that it costs her, although the legislator has not absolutely prevented a woman from filing for divorce, only this either by el-kholea or by divorce for injury, and the latter is the only type of divorce, which has a Builder nature, unlike the other types in which it is revealing and detecting.

The Algerian legislator has essentially regulated the provisions relating to divorce in article 53 of law n ° 84/11, relating to the family code, although this is minor because of the importance of the subject and the involvement of " avoid prejudice, in the light of the ambiguity of some of the vocabulary used as well as the possibility of interpreting some of them, in addition to granting the judge full latitude to decide whether or not to judge him , depending on the circumstances of each case separately, without any review by the Supreme Court.

Keywords: CREATOR divorce, divorce, judicial separation, dissolution of marital bond.

Divorce initial: Une étude analytique critique conforme aux dispositions du Code algérien de la famille

Résumé :

Législation accordant le divorce aux hommes en général, en raison de garder la famille ensemble, et de la perte matérielle ainsi que du moral que cela lui coûte, bien que le législateur n'ait pas absolument empêché une femme de demander le divorce, que ce soit par el-kholea ou par divorce pour préjudice, et ce dernier est le seul type du divorce, qui a une nature Constructeur,, contrairement aux autres types dans lesquels il est révélateur détecteur.

Le législateur algérien a essentiellement réglementé les dispositions relatives au divorce à l'article 53 de la loi n ° 84/11,portant code de la famille, bien que cela soit mineur en raison de l'importance du sujet et de l'implication d'éviter du préjudice, à la lumière de l'ambiguïté d'une partie du vocabulaire utilisé ainsi que de la possibilité d'interpréter certains d'entre eux, en plus d'accorder Le juge a toute latitude pour décider de le juger ou non, en fonction des circonstances de chaque affaire séparément, sans aucun contrôle de la Cour suprême.

Mots clés: divorce constructif, divorce, séparation judiciaire, dissolution du lien conjugal, divorce.

مقدمة

تلعب الأسرة دورا مهما في حياة الفرد خاصة وأنها الملجأ الآمن له، وهي المدرسة الأولى التي يتعلم منها، ويكون قدراته العلمية والمعرفية فضلا عن التربوية، لذا كان من الأجدر أن تكون وحدة متماسكة مبنية على تعاليم الدّين الحنيف والأخلاق الحميدة، بعيدا عن العنف والاضطراب.

تقوم الحياة الزوجية على المعاشرة بين الزوجين بالمودة والرحمة والتعاون على مستلزمات الحياة، وجعلت الشريعة الإسلامية فضلا عن التشريعات الوضعية جملة من الأحكام التي مفادها حماية هذه الخلية من كل ما يزعزع استقرارها، ما دامت قائمة على زواج صحيح مستوف لركنه (الرضاء) فضلا عن شروطه، مع ذلك قد يطرأ على الحياة الزوجية ما قد يعكر صفوها، ما قد يستلزم التحكيم العائلي من خلال تعيين حكما من أهل الزوجة وآخرا من أهل الزوج لمحاولة تهدئة الأوضاع بينهما، وباعتبار العلاقة مبنية على عقد مقدس من المفروض أبديا لا ينهيه إلا الموت، إلا أنه إذا استحال حل المشاكل القائمة بينهما فقد شرع الله التفريق دفعا للضرر، أين جعل الطلاق بيّد الزوج أساسا، وإن لم يمنع الزوجة منه، إلا أنه رُخص لها في حالات ضيقة، من خلال إمكانية خلع نفسها تبعا للشروط التي يفترضها القانون، بالإضافة إلى إمكانية طلبها التطليق رفعا للضرر تطبيقا للمادة 53 من الأمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري[1]، التي تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد (78 و79 و80) من هذا القانون،

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4-الحكم على الزوج بجريمة 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،

9مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10-كل ضرر معتبر شرعا".

[1] أمر رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر عدد 24، الصادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

يمكن تعريف الطلاق عامة على أنه: "حل الرابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح أو بعبارة تقوم مقامه تصدر ممن يملكه وهو الزوج أو نائبه"[2]، وتجدر الإشارة إلى أنّ الطلاق بمفهومه القانوني لا يقصد به فك الرابطة الزوجية القائمة على الزواج الصحيح بإرادة الزوج المنفردة فقط، ذلك أن هذا الأخير ما هو إلا نوع من أنواع الطلاق الذي يشمل كل من الحالة السابقة والطلاق بالتراضي (الزوجين)، فضلا عن الخلع الذي تناوله المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة، بالإضافة إلى التطليق عملا بأحكام المادة 53 من نفس القانون، حيث تنص المادة 48 من قانون الأسرة على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53 و54) من هذا القانون".

تظهر أهمية دراسة موضوع التطليق، في إلْتفاتة المشرع الجزائري إلى منح الزوجة فرصة وضع حد نهائي لعقد النكاح الصحيح أثناء قيامه، لكن دون أن يساوي في حقها هذا مع حق الزوج في طلب الطلاق بإرادته المنفردة، أين قيد حرية الزوجة –عموما– في ضرورة تأذيها من العلاقة الزوجية، كما أن المشرع لم يجعل لها إلا الحق في المطالبة بالتطليق مع منح القاضي السلطة التقديرية الكاملة للحكم به من عدمه، حسب ظروف كل حالة على حدة، ما جعل من التفريق بين زوجين عن طريق التطليق طلاقا منشئا، وهي الحالة الوحيدة التي يأخذ فيها الطلاق الحكم المنشئ، ذلك أن الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بالإرادة المشتركة للزوجين على غرار الخلع يأخذ حكما كاشفا، باعتبار أن في هذه الحالات الأخيرة لا يمكن للقاضي على الإطلاق رفض الطلاق، إنما يعبر فقط عن إرادة أحد الزوجين أو كلاهما، وحكمه يصدر لإعلان الطلاق فقط، وإعمال أثاره القانونية، ما يجعل من التوقف عند دراسة التطليق ضرورة قائمة، خاصة في ظل قصور التنظيم القانوني له فضلا عن التعارض والتناقض القائم بين مفردات ومواد قانون الأسرة عامة.

نظرا لدور الأسرة الفعال في بناء المجتمعات، في مقابل خطورة التّطليق، وخاصة وأنه طلاق منشئ قد لا يمنحه القاضي للزوجة المدعية، ما يؤثر سلبا على استقرار الحياة مستقبلا، من خلال تفشي المشاحنات وسيادة البغض والحقد، كان لابدّ أن تأتي التشريعات الوضعية (تشريعات الأحوال الشخصية) متناسقة مع أحكام الشريعة الإسلامية في مقصدها العام، مدعمة باجتهادات قضائية فعالة تخدم الغرض وهو حفظ كيان الأسرة وحماية مقوماتها المادية والمعنوية، **وهو ما يفرض التساؤل عن مدى فعالية أحكام قانون الأسرة الجزائري في تنظيم التطليق؟**

وهو ما نتوصل إليه من خلال معالجة الموضوع عن طريق تحليل نص المادة 53 من قانون الأسرة أساسا، من خلال النقاط التالية:

[2] نقلا عن: عيسات اليزيد، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري "مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002–2003، ص 15.

أولا: التطليق: دراسة نقدية لحالات ارتكاب الزوج لجريمة

أ)التطليق لعدم إنفاق الزوج على زوجته بعد صدور الحكم بوجوبه

ب)التطليق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة

ج) التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

ثانيا: التطليق دراسة نقدية لحالات مخالفة الزوج لشروط متفق عليها سابقا

أ)مخالفة الزوج للأحكام الضابطة للتعدد

ب)مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج

ثالثا: التطليق: دراسة نقدية للحالات الخارجة عن إرادة الزوج

أ)التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

ب)التطليق لغياب الزوج بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

وذلك من خلال الاعتماد على المنهج التحليلي النقدي عن طريق تحليل وشرح أحكام قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم المتعلقة بالموضوع محل الدراسة.

أولا: التطليق: دراسة نقدية لحالات ارتكاب الزوج لجريمة

شرع الزواج لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما بإحصانهما وبث المودة بينهما، بجعل كل واحد منهما سكنا للآخر، وشرع التطليق إذا كان العلاقة الزوجية مجلبة للضرر، بذلك تصبح المصلحة في إزالة العلاقة لا بقائها، لأن التفريق في هذه الحالة هو المصلحة فلا ضرر ولا ضرار والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان.

منح المشرع الجزائري للزوجة إمكانية المطالبة بالتطليق عملا بأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، التي أشارت إلى مجموعة من الدوافع والأسباب –وإن كان التعرض لها من باب المثال لا الحصر–، حيث ترك المجال للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، إذ ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 53 عبارة "**كل ضرر معتبر شرعا**"، ومن بين الحالات المرخص لها للزوجة بطلب التطليق ارتكاب الزوج لإحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة أعلاه، وهي كالأتي:

أ/ التطليق لعدم إنفاق الزوج على زوجته بعد صدور الحكم بوجوبه

حسب ما هو وراد في المادة 1/53 من قانون الأسرة، فإنه يجوز للزوجة طلب التطليق في حالة عدم الإنفاق عليها، ما لم تكن عالمة بعسره وقت إبرام عقد الزواج مع مراعاة أحكام المواد 78، 79 و80 من نفس القانون.

من خلال تحليل هذه المادة، نتوصل إلى شروط طلب التطليق بناء على سبب عدم إنفاق الزوج على زوجته، وهي عدم الإنفاق عمدا، وتشمل النفقة كل من اللباس، المأكل والعلاج..[3]، مع صدور حكم من المحكمة بوجوب النفقة لإثبات الامتناع، فضلا عن إلزام الزوج بها، وألا تكون عالمة بإعسار الزوج قبل إبرام عقد الزواج، وفي حالة ثبوت العكس يسقط حقها في طلب التطليق.

ما يلاحظ أن المشرع لم يفرق بين عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك وامتناعه عمدا، وبين عدم الإنفاق لعجزه المادي[4]، كأن يكون في حالة بطالة، أو لعجزه البدني لإعاقة أو مرض...

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري وما يعاب عليه أيضا، أن جعل للزوجة حق المطالبة بالتطليق طالما لم تعلم بعسر الزوج عند إبرام عقد الزواج، أما إذا علمت بذلك فلا يمكنها المطالبة بالتطليق، بالتالي، إذا كان المشرع الجزائري حقيقة سعى إلى حماية الزوجة ورفع الضرر عنها، فهل من المعقول أن يفرض عليها البقاء تحت عصمة الزوج وهو عسير الحال، بالتالي ما الخلفية وراء تشريع التطليق في حالة عدم العلم بالعسر أثناء إبرام عقد الزواج دون حالة العلم به إذا كان هدفه هو رفع الضرر عن الزوجة وضمان حياة كريمة لها؟، وما يضمن عدم عسره مستقبلا؟.

كما يلاحظ، أن المشرع الجزائري لم ينص على المدة القانونية لامتناع الزوج عن النفقة التي تعتبر عذرا قانونيا تطلب على إثره المرأة التطليق، ما دفعنا للقول بمدة الشهرين الواردة في المادة 331 من قانون العقوبات[5]، التي تشير إلى العقوبة المقررة قانونا على كل من امتنع عمدا عن تقديم مبالغ النفقة المقررة قضاء لإعالة العائلة، والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة (6) أشهر إلى (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد عن سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال...".

خاصة وأن المادة تناولت حكما عاما يفيد أن عدم الدفع يفترض أنه عمديا وقصديا، ما لم تقم القرينة على خلاف ذلك، في ظل سكوت قانون الأسرة على ذلك.

---

[3] تنص المادة 78 من الأمر قم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، السالف ذكره، على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

[4] معاشي سميرة، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، جامعة بسكرة، د س ن، ص 203. متوفر على الموقع: fdsp.univ-biskra.dz

[5] أمر رقم 156/66، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري.

وربما يمكن أن تستدل على هذه الحالة (عدم الإنفاق على الأسرة) أيضا، بجريمة أخرى للتأكيد على مدة الشهرين كمهلة قانونية يقبل على أساسها طلب التطليق للامتناع عن النفقة، وهي جريمة ترك مقر الأسرة، حيث تناولت حكما وهو "التخلي عن كافة الالتزامات"، باعتبار دفع مبالغ النفقة المحكوم بها إحدى هذه الالتزامات، حيث اعتبارا لنص المادة 1/330 من الأمر رقم 156/66، يتضمن قانون العقوبات الجزائري[6]، فإنه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25000 دج إلى 100000 دج أحد الأبوين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين، ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك لغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية[7].

تعتبر جريمة ترك الأسرة جنحة، يعاقب عليها القانون بالحبس ما بين الشهرين إلى سنة فضلا عن غرامة بين 25000 إلى 100000 دج، ومن مظاهر تشديد المشرع على هذه الجريمة حمايةً لكيان الأسرة، أنه علاوة على هذه العقوبات الأصلية (الحبس في شقه الجزائي فضلا عن التطليق والتعويض في شقه المدني)، يمكن الحكم بعقوبات أخرى تكميلية[8]، تتلخص في الحرمان من بعض الحقوق التالية، من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر[9]، وهي:

- ✓ العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة،
- ✓ الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح أو حمل أي وسام،
- ✓ عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال،
- ✓ الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس وفي إدارة مدرسة، أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا،
- ✓ عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما،
- ✓ سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

---

[6] المادة 330 من الأمر رقم 156/66، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، معدل ومتمم، المعدل بالأمر رقم 23/06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ر عدد 84.

[7] ترك الأسرة باعتباره جريمة يتعين أن يتوفر على جملة من الأركان، من خلال الابتعاد عن مقر الأسرة لمدة أكثر من شهرين، فضلا عن عدم الوفاء بالالتزامات العائلية لسبب غير جدي، فمثلا من تفرض عليه مهنته أو الاستجابة لأداء الخدمة الوطنية الابتعاد عن مقر الأسرة لا يعتبر تاركا لمقر الأسرة.

[8] عملا بأحكام المادة 332 من الأمر رقم 156/66، يتضمن قانون العقوبات، السالف ذكره.

[9] هذه العقوبات أشارت إليها المادة 332 من قانون العقوبات، على أنها واردة في المادة 14 من نفس القانون، والتي أحالتنا بدورها إلى المادة 09 مكرر 1 من نفس القانون، فهي مذكورة في هذه الأخيرة، تسري من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية، أو الإفراج عن المحكوم عليه.

وهي نفس المدة نص عليها المشرع الجزائري أيضا في جريمة تمس وتهدد كيان الأسرة، وهي جريمة ترك الزوجة الحامل، حيث تنص المادة 2/330 من قانون العقوبات، على أنه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة مالية من 25000 إلى 100000 دج، الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه أنها حامل، وذلك بغير سبب جدي، وقد سعى المشرع من خلال هذه الفقرة إلى حماية ضعف المرأة الحامل التي هي أولى بالرعاية خاصة من قبل زوجها، فضلا عن ضرورة حماية الأسرة المستقبلية، فهي بذلك تقوم بتوافر صفة الزوج، الذي يغادر مقرّ الزوجية لمدة أكثر من شهرين برضاه دون سبب جدي مع علمه بحمل زوجته[10].

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 19-11-1994 في الملف رقم 34791، والذي قضي بأنه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على **شهرين متتابعين** يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عصام...-إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي ...فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلقة بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي..."[11].

نفس الحكم أقرته أيضا في القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 الحامل لرقم 34791 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عصام بقوله: الزوج إن عجز عن الإنفاق في أجل شهرين استحق بعدهما الطلاق. وأن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية..."[12].

ب/ التطليق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة

منح المشرع الجزائري إمكانية للزوجة لطلب التطليق متى حُكم على زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، على شرط أن تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ويلاحظ أن المشرع الجزائري وسع من دائرة مطالبة الزوجة بالتطليق بعد تعديل المادة 53 من الأمر رقم 11/84، يتضمن قانون الأسرة، في سنة 2005، ذلك أن هذه المادة قبل التعديل كانت تشترط أن تكون العقوبة المحكوم بها سالبة للحرية (الحبس أو السجن)

[10] أكلي نعيمة، فعالية قانون العقوبات وقانون الأسرة في حماية الأسرة ودور النيابة العامة في تفعيلها، الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري كلية الحقوق جامعة يحي فارس المدية، 4 و5 نوفمبر 2015، ص 4. (غير منشور).

[11] نقلا عن: تريكي دليلة، التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض تشريعات الأحوال الخصية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانون، العدد 1، جامعة بجاية، 2010، ص 167. متوفر على الموقع: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

[12] مقداش عبد الرحيم، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص49.

لمدة تفوق سنة، لارتكاب أعمال مشينة منافية للأخلاق، تعد قرينة على استحالة العشرة الزوجية لسبب ما وصلت إليه من الكراهية والخصومات.

ما يلاحظ في هذه الحالة كسبب مشروع لطلب التطليق أن المشرع ربطها بمجموعة من الشروط منها أن تمّس العقوبة بشرف الأسرة، وإن سكت المشرع عن تحديد ما الذي يقصده بشرف الأسرة؟؟؟، خاصة وأن الجرائم الماسة به كثيرة، في ظل اتساع مصطلح "الأسرة"، حيث تنص المادة 2 من الأمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري[13]، على أنه: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"، كما أنه لم يميز بيم ما إذا كانت العقوبة نافذة أو موقوفة، كما أنه لم يشر إلى إمكانية الحكم على الزوج بأكثر من سنة ويستفيد من الإفراج لعفو شامل[14] مثلا، وهو ما لا يحقق الغرض من تشريع التطليق رفعا للضرر.

وقد كان المشرع الجزائري قبل تعديل نص المادة 53 من قانون الأسرة، اشترط أن يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج، بينما بعد التعديل اكتفى فقط بالحكم على الزوج لارتكابه لجريمة ماسة بالشرف، وعليه إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يكون شرط طلب التطليق قد تحقق[15]، وهو مظهر من مظاهر توسيع حالات السماح للزوجة بطلب التطليق، رغم أن الفاحشة المبينة مفهوم واسع ويحتمل أكثر من تأويل، بالتالي يبقى لقاضي الموضوع السلطة التقديرية حسب كل حالة والجريمة التي ارتكبها الزوج، باستقراء الآراء الفقهية والعودة إلى الأحكام التشريعية من خلال الوقوف عند آراء الأئمة والمذاهب.

التطليق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة مشينة سالبة للحرية تفوق سنة، بتوافر مجموعة من الشروط من ضرورة صدور حكم نهائي يدين الزوج، يثير إشكالات عملية بالمقارنة مع غاية تشريع التطليق (رفعا للضرر)، ذلك أنّ المبدأ المعمول به في الجزائر هو التقاضي على درجتين إلا ما استثني بنص صريح، وفي ظل التعقيدات الإدارية وتراكم الملفات على مستوى جهات الحكم بصفة عامة خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا فهذه الإجراءات دون أدنى شك تستغرق أكثر من سنة ليصبح الحكم نهائيا باتا، وهو ما يتعارض مع الحكمة التي توخاها المشرع الجزائري من خلال تشريع التطليق الذي أصله اعتبارا للمادة 53 من قانون الأسرة رفعا وجبرا للضرر، وليس إهدارا للوقت وإذلالا للزوجة.

ج/ التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

تناول المشرع الجزائري لمصطلح الفاحشة، قاصدا منه زنا المحارم، وذلك في المادة 337 مكرر من الأمر رقم 156/66، يتضمن قانون العقوبات، في القسم السادس الحامل لعنوان "**انتهاك الآداب**"، من الفصل

---

[13] أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف ذكره.

[14] معاشي سميرة، مرجع سابق، ص 205.

[15] مقداش عبد الرحيم، مرجع سابق، ص61.

الثاني المتعلق "**بالجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة**"، من الباب الثاني الخاص "**بالجنايات والجنح ضد الأفراد**".

وعليه، صنفت الفاحشة من قبيل الجرائم الماسة بانتهاك الآداب العامة، والمتمعن في تشريع المشرع الجزائري للتطليق بناء على نص المادة 53 من قانون الأسرة، لا يقتصر فقط على زنا المحارم، ذلك أنه استعمل مصطلح الفاحشة المبينة، ويقصد بها الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة وجسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي من بينها الزنا، الشرك بالله، الردة، شرب الخمر[16]، ويمكن اعتبارها من الأفعال المشينة الماسة بشرف الأسرة.

تعتبر الجرائم الأخلاقية التي تعتبر من أخطر الجرائم فتكا بروابط الأسرة، نظرا لما تحدثه من زعزعة الثقة بين أفرادها وتشتتهم، ومن أخطرها ما يعرف بجريمة الزنا، فهي جريمة أخلاقية دينية قبل أن تكون جريمة قانونا. ولا شك أن المحافظة على الحياة الزوجية والوفاء بالالتزامات المتبادلة يعطي الحق لكل زوج باستئثار السلوك الجنسي لزوجه، ومنع ممارسته خارج العلاقة الزوجية المشروعة[17].

وعليه، وفق المشرع الجزائري في تشريع التطليق لارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، نظرا للآثار السلبية التي يمكن أن تنجم عنه، خاصة على نفسية الزوجة، في ظل عادات وتقاليد المجتمع الذي يرى التعدد جريمة، فكيف له أن يتقبل الخيانة؟

ثانيا: التطليق دراسة نقدية لحالات مخالفة الزوج لشروط متفق عليها سابقا

أ/ مخالفة الزوج للأحكام الضابطة للتعدد

من أوجه حفاظ المشرع على كيان الأسرة وتماسكها التشدّد في مسألة التعدّد، رغم أنه أباحه عملا بأحكام الشريعة الإسلامية، حيث تضمنت المادة 08 من قانون الأسرة بعد التعديل[18]، شروطا من شأنها أن تصعب على الزوج الراغب في التعدّد ذلك، بالتالي إتاحة الفرصة للحفاظ على الزواج الأول واستقرار الأسرة،

---

[16] معاشي سميرة، مرجع سابق، ص206.

[17] أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 4-5.

[18] تنص المادة 8 من الأمر رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدلة بالمادة 6 من الأمر رقم 05-02، مرجع سابق، على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.
يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي تقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

وتتلخص هذه الشروط في ضرورة إخطار[19] الزوجة الأولى أو الزوجات –في حالة ما إذا كان قد عدد– عن رغبته في التعدّد، فضلا عن إخطار الزوجة المقبل الزواج منها أنه متزوج ولديه أسرة، بالإضافة إلى ضرورة الحصول على إذن من رئيس المحكمة يسمح له بذلك، فضلا عن ضرورة توفر المبرر الشّرعي[20] ونية العدل[21].

فضلا عن تقييد المشرع التعدّد بمجموعة من الشروط، تظهر نيته أيضا في التشديد والعمل على حماية الأسرة، أنه جعل عدم إخطار الزوجة السابقة أو اللاحقة سببا لطلب التطليق لصالح المدلسة[22]، فضلا عن ذلك يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يتسن للزوج الحصول على رخصة من رئيس المحكمة[23] تسمح له بالتعدد.

وحسب المادة 8 مكرر المستحدثة بموجب المادة 7 من الأمر رقم 05-02، على أنه: "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية لمطالبة الزوج بالتطليق".

ب/ مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

تنص المادة 19 المعدلة والمتممة على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

يعتبر الإخلال بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج كسبب من أسباب طلب التطليق، حيث يجوز للزوجة أن تشترط ما تشاء من الشروط التي تكون فيها فائدة شرط ألا تحلل حراما ولا تحرم حلالا وألاّ تتناقض مع هدف العقد[24]، كاشتراط عدم الإنجاب، ويبقى تحديد الضرر المعتبر شرعا مسألة تقديرية لقضاة الموضوع في ظل غياب معايير واضحة المعالم يمكن الاستناد إليها.

يعدّ قبول المشرع الجزائري التطليق في حالة مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، ضمانة للزوجة من تعسف زوجها، ورفع الضرر عنها، خاصة إذا ما تعلق الأمر بشرط يعتبر ضروريا بالنسبة للزوجة المعنية، مثل العمل.

---

[19] يجب أن يكون الإخطار كافيا وصادقا، بحيث يجوز في حالة التدليس لكل زوجة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق عملا بأحكام المادة 08 مكرر من الأمر رقم 02/05، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84، المتضمن لقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[20] يثبت المبرر الشرعي عن طريق شهادة طبية تثبت إصابة الزوجة بمرض يحول دون تحقيق أهداف الزواج أو ما شابه ذلك.

[21] شرط ونية العدل وتوفير الشروط الضرورية للحياة يمكن التأكد منها من خلال إجراء بحث حول الظروف المادية التي يتواجد فيها الزوج وإذا ما كان دخله كاف لتغطية نفقات الأسرة المؤسسة والأسرة التي هي مشروع التكوين.

[22] المادة 08 مكرر من الأمر رقم 02/05، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[23] المادة 08 مكرر 1 من الأمر رقم 02/05، مرجع نفسه.

[24] معاشي سميرة، مرجع سابق، ص 206.

ثالثا: التطليق: دراسة نقدية للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

لم يحدد المشرع الجزائري العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج فهل هي العيوب الجنسية أو غير ذلك، وما الذي يقصده بالعيوب هل الجسدية الظاهرة أم الخفية لأنه قد يختلف العيب بالمرض الذي لا يرجى شفاءه أو بأية عاهة ما يفتح باب التأويلات.

وليس للقاضي الحكم بتطليق الزوجة إلا بعد التأكد من صحة ادعاءاتها التي تثبت بمختلف وسائل الإثبات، وله الاستعانة بالخبرة الطبية المتخصصة في المجال[25].

كما للقاضي تأجيل الفصل في القضية لمدة لا تتجاوز سنة، حيث قضت المحكمة العليا بالجزائر، بتاريخ 1984/11/19 في القضية رقم 437841، الذي جاء فيه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جري به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها، وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"[26].

تم إدراج الشهادة الطبية كشرط من شروط قبول تسجيل عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05[27]، وبهذا الشرط يكون المشرع الجزائري قد التحق بمركب التشريعات المقارنة التي سبقته إلى اعتناق هذا الشرط، ما يثبت تأكده من الآثار الإيجابية التي يرتبها هذا الشرط على مستوى الأسرة والمجتمع، وهو مطلب تستدعيه الضرورة خاصة وأن المجتمع الجزائري ذات تركيبة عشائرية في الغالب، تعزز مكانة الزواج العائلي أو ما بين الأقارب، بسبب ما يخلف من أمراض وراثية خطيرة، ما دفع المشرع إلى الانتباه والاحتياط من خلال التدخل في الحريات الفردية[28]، وقيدها بخصوص عقد الزواج حينما اشترط على المقبلين

---

[25] مقداش عبد الرحيم، 2013، مرجع سابق، ص58.

[26] نفس المرجع، ص59.

[27] تنص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة المستحدثة بموجب المادة 5 من تعديل 2005، على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك على عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

[28] أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 12.

على الزواج شهادة طبية لا تزيد مدتها عن ثلاثة أشهر، تثبت خلوهما من أي مرض يشكل خطرا يتعارض وهدف الزواج، وهو مظهر من مظاهر حماية المشرع للأسرة وذلك قبل بناءها[29].

وعليه بناء على هذه الشهادة، يمكن للقاضي باعتباره صاحب السلطة التقديرية في الحكم بالتطليق أن يرفض هذا الأخير، على أساس علم كلا الزوجين بحالتهما الصحية مقدما خاصة ما تعلق بعدم قدرتهما على الإنجاب، وإن كانت هذه الشهادة غير لازمة إذا تم تسجيل عقد الزواج بعد الدخول فذلك بمثابة تنازل منهما في حقهما في المعاينة الطبية.

تجدر الإشارة إلى أننا ركزنا على الحالات باعتبارها تثير إشكالات عملية في التطبيق العملي، ذلك أن المشرع الجزائري أشار إلى حالات أخرى، وهي الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر دون مبرر شرعي، وطلب التطليق في الحالة التي يكون فها الزوج غائبا، بالإضافة إلى الفقرة الأخيرة من المادة 53 من قانون الأسرة التي فتحت المجال لطب التطليق لكل سبب معتبر شرعا وفق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ذلك أن ما يعتبر ضررا شرعا بالنسبة لزوجة معينة قد لا يكون كذلك لأخرى، كما أنه قد يطلق على الضرر الواقع على الزوجة من زوجها عدة أوصاف، فهناك من وصفه بإساءة العشرة وهناك من وصفه بالنشوز، وعموما كل الضرر الذي يعتبره الشرع الإسلامي كذلك، ما يعني أن المشرع الجزائري اقترب بذلك من المعيار الذي وضعه الفقهاء حيث عرفوا الضرر بما لا يجوز شرعا، حيث لم يشر إلى ضرورة كون الضرر الموجب للتطليق مما يستحال معه دوام العشرة، بالتالي حسب الفقرة الأخيرة من نص المادة 53 من قانون الأسرة، فإن أية واقعة أو تصرف شكل ضرر شرعيا يعد سببا من أسباب التطليق ويجوز للزوجة طلبه[30]، ولها أن تثبته بكافة وسائل الإثبات، وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

---

[29] لم يمنح المشرع الجزائري الطبيب الذي يقوم بالفحوصات للمقدمين على الزواج الصلاحية في منع تقديم تلك الشهادة إذا رأى مانعا في ذلك، كعدم قدرة أحد الزوجين على الإنجاب، أو إصابته بأمراض تنتقل عن طريق الزواج من شأنها الإضرار بالأم أو الحمل، عكس ما أخذت به التشريعات المقارنة مثل التشريع التونسي، لذلك يتعين على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص ما يعزز حماية الأسرة حماية فعالة.

[30] أيت شاوش ديلة، مرجع سابق، ص 215.

خاتمة:

من أهداف الزواج بناء أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون على مستلزمات ومتطلبات الحياة اليومية، الضرورية والكمالية، في إطار جملة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين، وكل إخلال من أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة، الخلية الأساسية للوجود البشري.

يلاحظ أن المشرع الجزائري شرع التطليق، لكن في حدود ضيقة مع غموض أحكام المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

أشار المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 53 من قانون الأسرة، إلى اعتبار كل ضرر معتبر شرعا سببا لطلب التطليق، لكنه لم يحدد الأضرار التي يمكن للزوجة أن تؤسس عليها التطليق لمضرة بل ترك المجال مفتوحا لتقدير قاضي الموضوع، وفقا للأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، الصحية، العائلية، والثقافية... ذلك أن ما يعتبر ضررا شرعا بالنسبة لزوجة معينة قد لا يكون كذلك مع أخرى، وعلى الزوجة المدعية للضرر الشرعي الحاصل لها من قبل زوجها أن تثبته بكافة وسائل الإثبات، وعليه نوصي ب:

- ✓ ضرورة إعادة صياغة المادة 53 من قانون الأسرة، مع ضبط مفرداتها وما لا يسمح بالتأويل وتوسيع السلطة التقديرية للقاضي الموضوع في تكييف المبرر ومنه، رفض التطليق.
- ✓ ضرورة ردع مخالفة أحكام المادة 08 مكرر من قانون الأسرة بالنص على عقوبة سالبة للحرية للمتزوج الذي يقدم على التعدد خلافا لمقتضيات المادة.