

سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق

أ/سي بوعزة إيمان

باحثة دكتوراه

كلية الحقوق - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

ملخص

التطليق هو رخصة منحها المشرع في قانون الأسرة للمرأة من أجل رفع ضرر وقع لها من الزوج إلا أنه قيدها بسلطة القاضي في تقدير الأسباب الواردة في المادة 53 من نفس القانون و إن توفرت الشروط اللازمة في كل سبب من أسباب التطليق، فنجد هذه السلطة مطلقة في بعض الأسباب و ضيقة في تقدير الأسباب الأخرى.
الكلمات المفتاحية: التطليق، قاضي، سلطة.

Résumé

le divorce prononcé sur demande est une faveur à la disposition de l'épouse qui subit des dommages par son mari mais le juge est chargé par le pouvoir d'estimation des causes et motifs cités dans l'article 53 du code de la famille en présence des conditions nécessaires, mais nous trouvons ce pouvoir est absolu dans certains motifs alors qu'il est serré dans l'estimation des autres motifs.

Mots clés : divorce, juge, pouvoir.

مقدمة:

إن القانون ليس مجرد شكل يصاغ إنما هو تعبير عن الواقع الاجتماعي والإنساني، هذا الواقع الذي يكون مضمون القاعدة القانونية والتي يعمل القاضي في إطارها على محاولة التوفيق بين الواقع وهذه القاعدة أين نكون بصدد ما يسمى السلطة التقديرية.

ومن الصعوبة أن نجد تعريفا واضحا دقيقا لهذه السلطة لأنها لا تقوم على أساس موضوعي فهي لا تختلف من حيث ممارستها من قاضي إلى آخر فحسب، بل أنها قد تختلف لدى نفس القاضي باختلاف الظروف والأزمنة وكل ما يمكن قوله أن السلطة التقديرية مكنة لمواجهة ظروف تطبيق القانون.

ومن الناحية القانونية تعرف بأنها الوسيلة التي يمنحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعاته في البحث عن الحقيقة ، ذلك بتقدير مناسبة إعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين، تلبية لضروريات المجتمع بابتداع الحلول المناسبة للقضايا المطروحة.

وما دامت السلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة، فهذا يعني أن سلطته تبرز في كل فروع القانون ، وبما أن قانون الأسرة كغيره من القوانين الوضعية لا يخلو من الثغرات والغموض في مختلف نصوصه ، و أيضا جعل معظم نصوصه مرنة تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب باختلاف الظروف والملايسات . فقد فتحت بابا واسعا أمام القاضي أثناء ممارسته لعمله القضائي، وهو الأمر الذي نلمسه باستقراء مختلف نصوص قانون الأسرة حيث نجده خوله دورا ايجابيا فيما يتعلق بانعقاد الزواج وانحلاله .

حيث أن عقد الزواج هو من أخطر العقود التي يبرمها الانسان خلال حياته وذلك لخصوصيته منذ تكوينه إلى غاية انحلاله، إلى جانب أن المشرع أعطى لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في حل المنازعات. وذلك نلمحه خاصة في مسألة التطلاق بعد أن أعطى القانون والشرع للمرأة حق انهاء الرابطة الزوجية وذلك من أجل رفع عنها ظلم الرجل إذا ما وقع عليها وذلك برفع أمرها إلى القاضي طالبة فك الرابطة الزوجية بينها و بين زوجها، ويكون ذلك إما برفع دعوى التطلاق أو ما يعرف بطلاق القاضي ، والذي نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 منه وعدد الأسباب العشر من أجل طلب التطلاق.

وهنا يتبادر لنا كيف يمارس القاضي سلطته في قضايا التطلاق المرفوعة من قبل الزوجة؟

ولكي نتمكن من الإجابة على هذه الإشكالية نتطرق إلى المبحثين التاليين:

أولاً: الأسباب المقيدة لسلطة القاضي في مجال التطلاق.

ثانياً: أسباب التطلاق المطلقة لسلطة قاضي شؤون الأسرة.

أولاً: الأسباب المقيدة لسلطة القاضي في مجال التطلاق

أوردت المادة 53 من قانون الأسرة الأسباب التي تسمح للمرأة بطلب التطلاق في حالة توفرها، ومن بين هذه الأسباب المنصوص عليها نجد منها أسباباً إذا توفرت الشروط اللازمة لقيامها فيكون القاضي ملزماً بالحكم بالتطلاق مباشرة فهنا نجد أن سلطته مقيدة وهذه الأسباب سنتعرض لها بالترتيب فيما يلي:

1- التظليق لعدم الإنفاق:

يعتبر عدم انفاق الزوج على الزوجة من أول الأسباب لرفع دعوى التظليق و هذا حسب ما ورد في المادة 53 فقرتها الأولى بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب الآتية:

-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون ...¹. وعلى حسب ما ورد في هذا النص فإنه لا يجوز للزوجة طلب التظليق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة، وصار هذا الحكم نهائي وكلف الزوج بالوفاء طبقا لأحكام المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والادارية.

كما اشترطت المادة ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإذا كانت تعلم بإعساره في ذلك حين لا يجوز لها طلب التظليق لعدم الإنفاق² لذا على الزوجة عند رفع دعوى التظليق لعدم الانفاق اثبات أن الزوج كان موسرا وقت الزواج، وأن ذمته المالية كانت ممثلة وأن اعسار حل كحالة طارئة و بما أن الإعسار هو واقعة مادية فيمكن لزوجة اثباتها بكافة الوسائل الإثبات بم فيها البينة والقرائن وهنا تتجلى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة³.

إن الإنفاق الذي على الزوج تقديمه للزوجة هو إنفاق مثيله على مثل زوجته ويحسب مدخولاته وموارده رزقه، وذلك حسب ما ورد في المادتين 78 و 79 من قانون الأسرة وبذلك لا يجوز لزوجة أن تطلب بما يفوق دخل زوجها إذا عجز عن تقديمه في حالة طلبها له. وان المشرع الجزائري لم ينص على أنه هل يمكن إمهال زوج مدة معينة إلا أننا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء من الشافعية حددتها بشهر واحد أما أحد

الحنفية فحددها بشهرين أما الحنبلي و المالكي فحددها ب 3 أشهر، فهنا للقاضي السلطة التقديرية فإن رأى أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وأن الضرر اللاحق بالزوجة ليس جسيما، فله أن يمهل لزوج مدة معينة حتى لا يحطم الحياة الزوجية لزوج وما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على كل أفراد هذه الأسرة، أما إذا رأى بأن الأوضاع السيئة مستمرة مما قد يلحق اضرارا جسيما لزوجته فله أن يحكم بتطليق لتفادي تضرر الزوجة أكثر، وهذا وفقا لما للقاضي من سلطة تقديرية⁴.

و إن المشرع الجزائري لا يجيب على الزوجة طلبها بالتفريق إلا بعد أن ترفع دعوى من أجل إلزام الزوج بالنفقة و اثبات ذلك وبعد استصدار حكم بوجود النفقة وامتنع الزوج عن تنفيذها يجوز لها رفع دعوى التطليق، وهنا يتغير الحكم القضائي الممتنع تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة اثبات الموضوعية تعفي من تقرر لمصلحته وهو الزوجة عن الاثبات وينتقل إلى الزوج⁵.

كما أن المشرع لم يبين المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة والتي يمكن لها أن ترفع دعوى التطليق إلى المحكمة لذلك المعمول به هو الأخذ بالمدة الواردة في المادة 331 من قانون العقوبات و هي مهلة شهرين و في هذا الشأن صدر قرار للمحكمة العليا بتاريخ 23/11/1988 جاء فيه : "إذا كان مؤدي النص المادة 331 من قانون العقوبات الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون"⁶.

و إن المشرع الجزائري لم يفرق بين امتناع الزوج عن الانفاق في حالة اعساره أو في حالة عدم عسره، كما انه لم يفرق بين الزوجة الغنية و الزوجة الفقيرة .

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

لقد منح المشرع الزوجة في المادة 53 الفقرة 2 من قانون الأسرة الحق في طلب التطلاق اذا كان هناك عيب في الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج. و المقصود بالعيوب هنا هي تلك الأمراض والعلل الجنسية التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، سواء كان هذا العيب بالزوج قبل ابرام عقد الزواج ولم تعلم به الزوجة أم حدث بعد العقد فمنها الجنسية والتي تصيب الانسان في الأعضاء الجنسية مثل الجب(قطع الذكر و الأنثين)، العنة (هي العجز عن الوطء وعرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتي معها إتيان النساء)، و الخصاء (رض الأنثين أو قطعهما)، أما العيوب المرضية فهي التي تصيب الانسان مثل الجنون، الجذام، البرصى، و الأمراض المعدية الأخرى.

ولقد اختلف الفقهاء في عدد العلل التي تسمح للمرأة للمطالبة بالتطلاق فحددها المالكية ب 13، وقال الشافعية و الحنبلية أنها 7، وقال الحنفية أنها علتان وحصروها في الجب و العنة، أما ابن القيم فتوسع أكثر إلى ما ذهب إليه المالكية حيث أن كل عيب ينفر الزوج الآخر ولا يحصر به المقصود النكاح بالمودة والرحمة يوجب الخيار⁷. أما المشرع الجزائري فلم يحصر هذه العيوب التي يمكن لزوجة على أثرها طلب التطلاق واشترط فقط شرطان هما: أن يكون هذا العيب في الزوج،

وجود هذا العيب لا يحقق الهدف من الزواج ، وترك في غير ذلك السلطة للقاضي في تقدير العيب إذا كان يحول أولاً من تحقيق الهدف من الزواج، وهنا يكون التقدير للقاضي على الأساس الموضوعي.

أما عن علم الزوجة بالعيب قبل الزواج إذا كان يعد مسقط لحقها في طلب التطلاق، فلقد ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنبلية والمالكية إلى اشتراط أن تكون الزوجة غير عالمة بالعيب قبل إبرام عقد الزواج حتى يحق لها طلب التطلاق ما عدا عيب العنة فإنه يمكن لزوجة طلب التطلاق حتى وان كان تعلم به قبل الزواج. و أما مسألة اثبات هذه العيوب فيكون أما بإقرار الزوج بالعيب أو أن يستعين القاضي بأهل الخبرة لاثبات ذلك خاصة في حالة عدم اقرار الزوج وهذا ما ذهب إليه الكثير من التشريعات كالتشريع المصري في مادته 11 و التشريع الأردني في المادة 119 من قانون الأحوال الشخصية⁸.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد صراحة مهلة معينة يمنحها لزوج المصاب من أجل العلاج إلا أنه نجد في الميدان العملي إذا وجد عيب بالزوج وطلبت على اثره الزوجة التطلاق فإنه يمكن للقاضي أن يؤجل الحكم بالطلاق إلى مدة معلومة لا تتجاوز السنة. حيث أن المحكمة العليا أصدرت قرارا بتاريخ 1984/11/09 جاء فيه : " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي و على ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أثناء تلك المدة أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي أستقر على أن تكون الزوجة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلاق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"⁹.

كما أن هناك حكم صدر عن محكمة تيزي وزو بتاريخ 1995/06/24 قضى بتطليق الزوجة من زوجها بسبب اصابة هذا الأخير بمرض عقلي و جاء في حيثياته مايلي : "حيث أن طلب المدعية المتعلق بالتطليق بين الطرفين على أساس أن المدعي عليه مصاب بمرض عقلي طلب المؤسس قانونيا طبقا للأحكام المادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة مادام أن المدعى عليه اقر أمام المحكمة أثناء جلسة الصلح أنه مريض عقليا وهذا منذ مدة وبالتالي فهو عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج مما يتعين الاستجابة لطلبها وبالتالي التصريح بالتطليق بين الطرفين".وهنا من خلال هذه الحكم فانه بمجرد اعتراف الزوج للقاضي باصابته بمرض عقلي حكم بالتطليق مع أنه كان يمكن له أن يمنح له أجل سنة من أجل العلاج وأن يعين له خبير مختص لفحص حالته وبعد ذلك يحكم بالتطليق¹⁰.

3- التطليق لحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة

نص المشرع في المادة 53 الفقرة الرابعة من قانون الأسرة على أنه : "يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب التالية :

- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"¹¹.

من خلال استقراءنا للنص الفقرة أنها حددت بكل دقة الشروط الواجب توافرها في هذه الحالة حتى يحق للزوجة طلب التطليق وهذه الشروط هي :
- صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضى فيه أي أنه استوفى طرق الطعن فلا يكفي مجرد الحكم بادانته و صدور الحكم بل يجب أن يحوز قوة الشيء المقضى فيه.

-أن تكون العقوبة المحكوم بها على الزوج بحكم قضائي جريمة مشينة أي أنها من الجرائم التي يشمئز منها المجتمع و منافية لأخلاقه¹² مثل : جرائم الاعتداء على العرض و الاغتصابالخ .

-أن تكون الجريمة قرينة على استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية ، أي أن الحكم يسبب توترا في العلاقات بين الزوجين وينجم عليه الكره والبغض فينتج عن هذه الأخيرة خلافات حادة .

و تقدير إذا كانت الجريمة يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، يرجع إلى القاضي وعليه أن يعتمد على عادات وتقاليد المجتمع لتحديد مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وتأثيرها على الحياة الزوجية . وإذا توفرت كل هذه الشروط مجتمعة فللزوجة الحق في رفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها وعلى المحكمة أن تقضي لها بذلك ، بعد أن تقدم الإثباتات أمام القاضي كالحكم الجزائي الحائز على قوة الشيء، وجعل القاضي يقتنع بأن هذه الجريمة فيها مساس الأسرة و لأنه يستحيل مواصلة عيش الزوج والزوجة مع بعض¹³ .

4-التطليق لغياب الزوج

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للغيبة فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى عدم التفريق للغيبة ، كما ذهب مالك وأحمد إلى جواز التفريق إذا طالت الغيبة وتضررت منها المرأة بأن خشيت على نفسها الزنا ولو كان الزوج قد ترك لها مالا تتفق منه¹⁴

أما المشرع الجزائري في الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة و التي تنص على : "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية :

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة"¹⁵ .

جعل غياب الزوج أحد أسباب التطلق و ذلك بعد مضي سنة و قد استمد هذه القاعدة من مذهب مالك و أحمد دفعا لضرر عن المرأة . ولقد نص المشرع الجزائري في هذه الفقرة على شروط يجب توفرها حتى تتمكن الزوجة من رفع التطلق بسبب الغيبة وهي :

-تعقيب الزوج عنها بدون عذر مقبول ودون سبب جدي يعني أنه متعمد الاضرار بزوجته.

- ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه ، فإن ترك لها مالا تنفق منه فإنه يسقط حقها في طلب التطلق.

-أن تكون مدة غياب الزوج سنة و تحسب هذه المهلة من يوم الغياب الى غاية يوم رفع دعوى التطلق.

ف نجد أن في فقرة باللغة الفرنسية تنص على أن الغياب الذي يبيح للزوجة طلب التطلق يشترط معه أن يكون بدون عذر أو نفقة عكس فقرة باللغة العربية و التي تنص على الشرطين مجتمعين، وهنا يكمن السؤال هل يمكن للزوجة المطالبة بالتطلق للغياب الزوج لأكثر من سنة دون مبرر شرعي ولكنه ترك لها النفقة ، فأى من النصين يأخذ القاضي؟ إلى جانب أن المشرع الجزائري لم يبين ما المقصود من العذر الشرعي المبرر للغياب والذي يحول دون تطلق زوجته عليه.

وبالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي جاء فيها كما سبق الإشارة اليه ان المذهب المالكي والحنبلي ذهبوا إلى ايجازة التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها، ولو ترك لها الزوج مالا، وهذا ينطبق مع النص باللغة الفرنسية¹⁶.

حتى لو ترك الزوج لزوجته مالا تنفق منه أثناء غيبته، فإنه يجعلها كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة ، كما أن طول الغياب مناف للإمساك

بالمعروف وهنا تكون السلطة التقديرية للقاضي للأخذ بأحد النصين حتى يتضمن اسكات الوجع و اعناق تضرر الزوجة.

وإن المبرر الشرعي لغياب الزوج هو الآخر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ما إذا كان هذا العذر شرعيا ومبررا لغيابه فيسقط حق الزوجة في طلب التطلق، أو يمنح لزوجة حق التطلق، فمثلا غياب الزوج للدراسة هو مبرر شرعي، أما غياب في رحلة سياحية لمدة أكثر من سنة هو غير مبرر للغياب، وبهذا القاضي يحدد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقا لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع¹⁷.

و في هذا الصدد صدر حكم عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/10/03 وقضى بالاشهاد وفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق التطلق وجاء فيه : "حيث أن الثابت في قضية الحال أن الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لها لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة 05/53 ق الأمر الذي يتعين معه الاستجابة لطلبها المتعلق بالتطلق¹⁸.

و الملاحظ في هذا الحكم أن القاضي لم يبين فيه الشروط الواجبة توفرها في غياب الزوج حتى يمكن له أن يصرح بالتطلق وما إن كان السبب الغياب مبررا أم لا، وما إذا ترك لها مال أم لا .

فإن كانت سلطة القاضي في هذه الأسباب سابقة الذكر مقيدة بما ورد في نصوص معالجة لها فغيرها من الأسباب تركت له السلطة الواسعة في تقييمها فكيف يستعمل القاضي هذه السلطة؟

ثانيا: أسباب التطلق المطلقة لسلطة قاضي شؤون الأسرة

هناك من بين الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة تعطي لقاضي شؤون الأسرة سلطة واسعة في تقديرها من حيث توفر شروطها حتى يعطي لزوجة حق طلب التطلق و هذه الأسباب هي:

1-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

المراد بالهجر هو الامتناع عن قربان الزوجة عمدا أو ذلك بترك فراش الزوجية دون سبب شرعي و لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الاضرار بها¹⁹.

و تطرق المشرع الجزائري إلى الهجر في المضجع كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطلق في الفقرة 3 من المادة 53 من قانون الأسرة التي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية :

- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"²⁰.

والمقصود بالهجر في هذه الفقرة أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج أي لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج كما يشترط أن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر وأن يكون عمدا مقصودا لذاته نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره لا شرعا ولا قانونا²¹. لأن هناك الهجر الذي يملكه الزوج في مواجهة زوجته على وجه التأديب لقوله تعالى: " واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع"²² ، ومتى كان الهجر بغرض التأديب فإنه يدخل في اطار حقوق الزوج و بالتالي لا يجوز أن يضار شخص باستعمال حقه الشرعي، إلا إذا تعسف في استعماله وتجاوز حدود هذا الحق المقرر له وفي هذا الهجر لتأديب يسقط حق الزوجة في طلب التطلق²³ .

وإن الهجر في المضجع كسبب من الأسباب الممنوحة للزوجة من أجل طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق، فيشترط فيه أن يكون متعمدا وليس له مبرر شرعي وإن القاضي هو الذي يحدد ما إذا كان الهجر شرعيا أم لا، وهل تعسف الزوج في استعمال حقه أم لا، وفقا لما له من سلطة تقديرية في هذا المجال²⁴.

2- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة

اعتبر المشرع الجزائري أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة والمتعلقة بتعدد الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطلق ، وهذا ما جاء به في الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة والتي تنص على : " يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية :

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 اعلاه"²⁵.

أما الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات فقد نص عليها في المادة 8 من قانون الأسرة و لهذا على القاضي استعمال سلطته من أجل معرفة ان الزوج لم يخالف الشروط و ذلك عن طريق التأكد من عدم وجود المبرر الشرعي أو عدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج ، أو عدم الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة، فهذه كلها تعتبر أسبابا تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطلق .

فأما مسألة العدل بين الزوجات فإن على الزوجة الطالبة للتطلق اثبات أن زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة أو الزوجات الأخريات ، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد عدل الزوج من عدمه .

أما بالنسبة لمسألة عدم وجود المبرر الشرعي فالسؤال الذي يطرح نفسه هو زوال المبرر الشرعي بعد إبرام عقد الزواج الثاني يعد سببا من أسباب

التطليق؟. وهنا فإن المبرر الشرعي يشترط وقت إبرام الزواج الثاني وليس بعد الإبرام وهنا لا يمكن أخذ به وطلب الزوجة لتطليق سبب مخالفة مادة 8 يكون غير مؤسس²⁶.

و إن المبرر الشرعي المقصود من قبل المشرع كسبب من أسباب التطليق هو الزواج العرفي فإذا تزوج الزوج بزوجة الثانية زواجا مكتمل الأركان والشروط الشرعية دون أن يقوم بتسجيل هذا الزواج وانعدم المبرر الشرعي يجوز للزوجة الأولى المطالبة بالتطليق²⁷. ونفس الأمر يطبق على شرط إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وغالبا يكون هذا في الزواج العرفي بالنسبة لزوجة الثانية خاصة. كما يمكن أن لا يخبرا إحدى الزوجتين عمدا ونتيجة لطرق احتيالية وتدليسة تمكن الزوج من الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة ، وتجدر الإشارة هنا أن المادة 8 مكرر من قانون الأسرة تجيز للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق في حالة التدليس بحيث جاء في هذه المادة : "حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"²⁸.

السؤال المطروح هو كيف تتمكن الزوجة من إثبات الزواج الثاني في حالة إذا كان زواج عرفي غير مثبت بحكم قضائي وبذلك لم يسجل في سجل الحالة المدنية.

3- ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة

جعل المشرع الجزائري ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة سببا آخر من أسباب نكاح الرابطة الزوجية عن طريق طلب الزوجة لتطليق وذلك حسب ما ورد في الفقرة 7 من المادة 53 من قانون الأسرة بقولها : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- ارتكاب فاحشة مبينة..."²⁹.

وإن المشرع في هذه المادة لم يبين لنا المقصود بالفاحشة المبينة ، و بصفة عامة يقصد بالفاحشة كل فعل تستتكره القيم الاسلامية وأخلاق المجتمع الاسلامي . وعليه فانه إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة كالزنا،الشرك بالله أو الردة أو الاعتداء على قاصر.... فإنه يجوز لزوجة رفع أمرها إلى القاضي من أجل تطليقها لكن شرط اثبات الفعل، كما يضاف إلى الفاحشة المبينة تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي الأرحام والمنصوص عليها في المادة 337 من قانون العقوبات³⁰.

والملاحظ على مصطلح "فاحشة المبينة" هي عبارة فضفاضة والمشرع لم يعطي أمثلة على ذلك و ترك الأمر لتقدير القاضي ، فإن رأى أن هذا الفعل هو فاحشة مبينة يحكم لزوجة بالتطليق أما اذا رأى أن الفعل لا يشكل فاحشة مبينة فإنه لا يعطي لزوجة التطليق³¹.

4-الشقاق المستمر بين الزوجين

اعتبر المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين من الأسباب التي تمنح للزوجة من أجل طلب فك الرابطة الزوجية ، وهذا ما جاءت به المادة 53 في فقرتها 8 بقولها: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

-الشقاق المستمر بين الزوجين..."³².

وإن هذه الفقرة هي مستحدثة بموجب الأمر 02/05 مؤرخ في 11 مايو سنة 2005 ، وهذه الفقرة جاءت اثر الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا منها القرار المؤرخ في 15/06/1999 والذي جاء فيه: " من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا..."³³. وإن مصدر مصطلح الشقاق مستمدة من قوله تعالى: "و إن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها".

والشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهايار والضياع³⁴.

وان القاضي في حالة الخصام وعدم معرفة مصدر الضرر كل زوج ينسب لآخر فهنا القاضي يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف فإن لم يفلح يلجأ إلى التحكيم³⁵، و في حالة عدم توصل إلى حل وسط من خلال الحكيم يرفعان أمرهما بعدم التصالح إلى القاضي، وتتمثل سلطة القاضي في أمرين هنا في بذل جهد للإصلاح بين الزوجين ويكون هذا عند وقوف القاضي على أسباب النزاع والشقاق بين الزوجين بعد ثبوت الدعوى وتدخل بحسب معرفته وأسلوبه وأعضا ومرشدا ومرغبا في الاصلاح . وثاني سلطة له هي في تعيين آجال الدعوى التي يراها مناسبة على أن لا تتجاوز مدة 3 أشهر التي نص عليها المشرع. فالقاضي يقدر المدة التي يراها كافية ليراجع الزوجان نفسيهما وذلك من أجل الاصلاح بينهما³⁶.

5- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

هذه الفقرة أيضا مستحدثة بموجب التعديل الجديد لقانون الاسرة ومصدر هذه الفقرة هو المادة 19 من نفس القانون والتي تنص على انه: "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"³⁷. فالمادة 19 ننص على اشتراط كحق للزوجين وأوردت على سبيل مثال شرطين وذكرهما المشرع لأهمية هاذين الشرطين وهما عمل المرأة و تعدد الزوجات ، والجديد في قانون الأسرة هو امكانية ابرام عقد رسمي أمام الموثق ولو كان الأمر لاحقا عن عقد الزواج³⁸.

كما أبقت المادة المعدلة على بطلان شرط يتعارض مع القانون وإذا تم الاتفاق على شرط مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج يعد باطلا بطلانا مطلقا كون المسألة متعلقة بالنظام العام. وإن التعديل للمادة 19 وبين الفقرة المستحدثة في المادة 53 المتعلقة بمخالفة الشروط المتفق عليها لا نجد بينهما ربط دقيق و انسجام بحيث أن المشرع لم يراعي بدقة في المادة 53 في الفقرة 09 بحيث أن هذه الأخيرة تنص فقط على مخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج و لم تنص على العقد الرسمي اللاحق الذي نصت عليه المادة 19 من نفس القانون. وإن سقوط العبارة يمكن أن يكون سهوا كما ممكن هناك نقص الدقة المطلوبة وهنا تظهر السلطة التقديرية للقاضي فإنه تغيير الشروط التي أبرمت في عقد رسمي ومخالفتها تعطي الحق لزوج بطلب التطلق أولا³⁹. وعلى القاضي التأكد ما إذا كان الشرط المتفق عليه مخالف والمنافي لمقتضيات قانون الأسرة ، فإذا لم يكن مخالف لأحكام القانون الأسرة فيحكم للزوجة بطلب التطلق تطبيقا لقوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عند شروطهم"⁴⁰.

6- التطلق بسبب كل ضرر معتبر شرعا

منح المشرع الجزائري حق طلب التطلق ورفع طلبها للقاضي في حال تضررها من قبل الزوج وهو حق للزوجة دون الزوج وذلك لأن لهذا الأخير حق فك الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة، وجاءت المادة 53 في فقرتها 10 الأخيرة بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية:

- كل ضرر معتبر شرعا"⁴¹.

وباستقراء هذه الفقرة نجد أن العبارة عامة جدا بحيث لم يتقيد المشرع بضرر المعين، وهنا تبدأ سلطة القاضي التقديرية وتكون موضوعية مطلقة ولا يقيد أي قيد ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا⁴²، وإن ضرر وتقديره يرجع

للقاضي لأنه يختلف من زوجة لأخرى فهنا يعتبر ضرر عند الزوجة ليس بضرورة يشكل ضرر عند الأخرى و ضرر الذي يعتبر شرعا في زمن معين وكذا جماعة معينة قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى زمن آخر أو جماعة أخرى⁴³.

توجد عدة قرارات للمحكمة العليا منها القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 اعتبرت المحكمة العليا بقاء الزوجة مدة طويلة تقارب الخمسة سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة تعتبر ضررا شرعا يجيز للزوجة المطالبة بالتطليق⁴⁴.

كذلك ضرب الزوجة يعد هو آخر ضرر شرعيا وسبب من أسباب التطليق وهو ما أتت به المحكمة العليا في اجتهادها القضائي الصادر بتاريخ 2000/06/20 ، كما لم يشترط صدور الحكم الجزائي لاثبات الضرر وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2001/01/23، وان تقديم شهادة طبية وحدها غير كافي لثبات الضرب الواقع من طرف الزوج . والسلطة التقديرية للقاضي تبقى واسعة في تقدير الضرر الذي لحق الزوجة من جراء فعل الزوج وهل ما هذا الضرر يعتبر شرعيا أو لا وله في تقدير ذلك السلطة الواسعة⁴⁵. والقاضي له السلطة في تقدير مثاله ويمكن اعتبار عدم توفير السكن اللائق الشرعي أو اهمال النفقة الشرعية أو اساءة معاشره الزوجة أو التهرب من الواجبات الزوجية ضرر معتبر شرعا ، والقاضي هو من له تقدير ذلك⁴⁶.

الخاتمة:

منح المشرع الجزائري للمرأة حق فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، والذي جاءت به المادة 53 من قانون الأسرة إلا أن المشرع قيده بسلطة القاضي حتى يعطي للزوجة الطلاق من عدمه إلا أنه لم يجعل هذه

السلطة مطلقة وإنما قيدها بضوابط عدة حتى لا يكون هناك اجحاف في حق المرأة في انهاء الرابطة الزوجية .

وكما يبدو أن القاضي يلعب دورا ايجابيا في التطليق بحيث هو من له السلطة في تقدير حالات التطليق حتى عندما يقيد المشرع الحالة بضوابط يجب توافرها لتبقى له سلطة تقدير وجودها من عدمه حتى يعطي للمرأة امكانية التحلل من زواجها، ففي بعض الحالات تكون سلطته واسعة و في حالات أخرى تكون سلطته ضيقة في التقدير لمنح الطلاق .

الهوامش:

- ¹،المادة 53 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- ²، شمروك محمد و آخرون، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله،مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008/2005، ص18.
- ³، عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، دار هومة، الجزائر 1996، ص 257.
- ⁴،شمروك محمد و آخرون، المرجع السابق ، ص19.
- ⁵،أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة(دراسة مقارنة الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية)، رسالة لكتوراه في قانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر 2013 2014 ، ص153.
- ⁶، قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- بتاريخ 11/23 /1982 ملف رقم 23194- غير منشور مقتبس شمروك محمد و آخرون.
- ⁷ ، عزيزية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهادات المحكمة العليا، مذكرة التخرج من المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر، 2004، ص 14.
- ⁸، شمروك محمد و آخرون، المرجع السابق ، ص20.

- ⁹، قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- بتاريخ 19/11/1984 ملف رقم 43784- المجلة القضائية- العدد الخاص لسنة 2001 العدد3 - ص73.
- ¹⁰،عزيزية يوسف، المرجع السابق ، ص 15.
- ¹¹،المادة 53 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- ¹²،عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون ، جامعة بن عكنون ، الجزائر، 2007، ص109.
- ¹³، نعيمة تبودشت، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي،رسالة لنيل شهادة الماجستير ، معهد الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2000، ص 219.
- ¹⁴،عزيزية يوسف ، المرجع السابق، ص 15.
- ¹⁵، المادة 53 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- ¹⁶، شمروك محمد و آخرون، المرجع السابق ، ص17.
- ¹⁷، شمروك محمد و آخرون، المرجع السابق ، ص22.
- ¹⁸،عبد الفتاح تقيّة ، المرجع السابق، ص117.
- ¹⁹،عزيزية يوسف ، المرجع السابق، ص18.
- ²⁰،المادة 53، من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- ²¹،عبد العزيز سعد،المرجع السابق، ص231.
- ²²،سورة النساء ، الآية 34.
- ²³،عزيزية يوسف ، ال،مرجع السابق، ص18.
- ²⁴،شمروك محمد و آخرون، المرجع السابق ، ص21.
- ²⁵،المادة 53من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- ²⁶،شمروك محمد و آخرون، المرجع السابق ، ص23.

- ²⁷،المادة 8 مكرر من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- ²⁸،المادة 22 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري
- ²⁹،المادة 53 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري
- ³⁰،شمروك محمد و آخرون، المرجع السابق ، ص23.
- ³¹،عزيزية يوسف، المرجع السابق ، ص21.
- ³²،المادة 53 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري
- ³³،قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ15/06/1999 ملف رقم 224655- المجلة القضائية،ص 128
- ³⁴ ، باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص54..
- ³⁵،باديس ديابي ، المرجع السابق،ص 54.
- ³⁶ ،احمد شامي، المرجع السابق ، ص177.
- ³⁷ ، المادة19 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري
- ³⁸،باديس ذبابي،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 52.
- ³⁹، باديس ذبابي،المرجع السابق،2007، ص53
- ⁴⁰، شمروك محمد و آخرون، المرجع السابق ، ص25.
- ⁴¹المادة 53 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- ⁴²،عبد العزيز سعد، المرجع السابق،ص 236.

⁴³،نجية زتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية و القانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2006،ص 75.

⁴⁴،قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1991/02/20ملف رقم 75588- المجلة القضائية- العدد 4 لسنة 1993 ، ص78.

⁴⁵، شمروك محمد و آخرون، المرجع السابق ، ص 2

⁴⁶،عزيزية يوسف ، المرجع السابق، ص19.

قائمة المراجع:

- القرآن الكريم.
- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة(دراسة مقارنة الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية)، رسالة لدكتوراه في قانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر 2013 2014.
- باديس ذبابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- شمروك محمد و اخرون، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله،مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008/2005.
- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، دار هومة، الجزائر 1996.
- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون ، جامعة بن عكنون ، الجزائر، 2007.
- عزيزية يوسف، التطبيق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهادات المحكمة العليا، مذكرة التخرج من المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر، 2004.
- نجية زتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية و القانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2006.

-نعيمة تبودشت، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي،رسالة لنيل شهادة الماجستير ، معهد الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2000.

- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.