القانون الواجب التطبيق على التطليق في إطار تنازع القوانين

تاريخ استلام المقال: 26 جوان 2018 تاريخ النشر: 30 سبتمبر 2018

الدكتور راجـع عكـاشـة الباحث صلوح المكي
أستاذ محاضر قسم(أ) طالب دكتوراه في الأحوال الشخصية
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية
جامعة أحمد بن بله - وهران1 (الجزائر)
ra.okkacha@yahoo.fr *smtggt2012@gmail.com*

الملخص:

أقرت الشريعة الإسلامية والقانون للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق التفريق القضائي أو ما يعرف بالتطليق متى توافرت أسبابه الواردة على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وأثبتت الزوجة الضرر الذي لحق بها، سواء كان ضررا ماديا أو معنويا، والتي أعطت السلطة التقديرية للقاضي في فك الرابطة الزوجية.

الكلمات المفتاحية:

فك الرابطة الزوجية; التطليق; الضرر; السلطة التقديرية.

Résumé:

La loi islamique reconnaît le droit de l'épouse de dissolution le lien matrimonial par séparation judiciaire ou de divorcer lorsque ses motifs se trouvent exclusivement à l'article 53 du Code de la famille algérien, et que l'épouse a prouvé le préjudice qui lui a été causé, qu'elle soit physique ou morale, et a donné au juge l'autorité discrétionnaire de dissolution le lien matrimonial.

Mots Clés:

Dissolution le lien matrimonial; Le divorce; le préjudice; l'autorité discrétionnaire.

مقدمة:

لقد أباحت الشريعة الإسلامية والقانون للزوج الحق في فك الرابطة الزوجية إذا دعت الحاجة إليها، كما أباحت للزوجة حق الانفصال عن زوجها إن جلبت لها هذه العلاقة أضرارا مادية أو معنوية، بحيث تصبح لا تطيق معاشرة زوجها أو أصبحت تكرهه ولم تطق العيش في كنفه، أو لم تتحقق الغاية المرجوة من الحياة الزوجية، لدى تلجؤ إلى القضاء لطلب التفريق بينها وبين زوجها بناء على أسباب ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

الشريعة الإسلامية ساوت بين مركز الزوجة بمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية وكذا القانون الذي منح للزوج حق إنهاء العلاقة الزوجية، وهو حق إرادي يمكن استعماله في أي وقت، وفي مقابل ذلك أعطى للزوجة حق التقدم إلى القضاء بطلب من أجل تطليقها من زوجها الذي أضر بها، ومنه نطرح الإشكالية التالية:

ما هي الأحكام التي أقرها القانون الواجب التطبيق على التطليق في إطار تنازع القوانين؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: مفهوم التطليق ودليل مشروعيته، وطبيعته القانونية وأسبابه.

المبحث الثاني: دعوى التطليق والقانون الواجب التطبيق عليها.

وخاتمة فيها خلاصة ما توصلنا إليه من إجابة على الإشكالية المطروحة والنتائج والاقتراحات المستخلصة منها.

المبحث الأول

مفهـــــوم التطليق

في هذا المبحث سنعرف التطليق ونبين دليل مشروعيته والحكمة منه وطبيعته القانونية، ثم نتطرق إلى أسبابه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف التطليق ودليل مشروعيته

في هذا المطلب نتطرق لتعريف التطليق لغة واصطلاحا وقانونا وإلى حكمه الشرعي والقانوني.

الفرع الأول: تعريف التطليق

أولا - التطليق لغة: التطليق في اللغة لا يختلف عن لفظ الطلاق حيث يعود أصلها إلى طلق- تطليقا أي طلقت المرأة زوجها بمعنى تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته، وتطليق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم، ومنه أطلقت الأسير أي خليته[1]

ثانيا - التطليق اصطلاحا: هو منح الزوجة فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة وفي حدود ما ورد في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري[2] تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانونا أو ضرر معتبر شرعا ويتم بحكم قضائي[3]

ثالثا - التطليق قضاء: صدر عن المجلس الأعلى قرار بتاريخ 1984/12/03 جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[4].

---

[1]- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، ج 2، ط 1، دار صادر، بيروت، لبنان، 1990، ص229.

[2]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005، ج ر، ع 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

[3]- العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 273.

[4]- المجلس الأعلى قرار بتاريخ 1984/12/03 ملف رقم 35026.م.ق 89 عدد 4، ص 86.

إن المجلس الأعلى أراد أن يعرّف التطليق من خلال هذا القرار إلاّ أنّه لم يعطيه تعريفا شاملا ودقيقا بحيث لم يبين المقصود بالمرأة المتضررة أو كان على الأقل إعطاء أمثلة على ذلك.

رابعا- التطليق قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري التطليق ولكنه نص على الأسباب القانونية لطلب التطليق.

المشرع المغربي أعطى حق التطليق للزوجين، كما خص الزوجة بأسباب التطليق حسب مانصت عليها المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية[1].

عند الفقهاء يطلق على التطليق التفريق القضائي، وهي جميع الفروق التي يوقعها القاضي سواء كانت طلاقا كالخلع أو التطليق لإعسار وغيرها ويترتب عليها طلاق أو فسخ بحسب موجبها على اختلاف بين الفقهاء، فقد ذكر وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته بأن التفريق القضائي يختلف عن الطلاق، بأن الطلاق باختيار الزوج وإرادته، أما التفريق القضائي فيقع بحكم القاضي لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية[2].

الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق

يعتبر القرآن الكريم والسنة والإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية التطليق.

أولا – دليل مشروعية التطليق من الكتاب:

لم ترد في كتاب الله الكريم آيات تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هناك منها ما يدل ضمنيا على أنه للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها ضرر، ومنه قوله تعالى: "وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما"[3]، وقوله أيضا: "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزؤا"[4]، وقال تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[5].

---

[1]– القانون رقم 70/03 المؤرخ في 03 فبراير2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/09 المؤرخ في 16 يوليو 2010، جريدة رسمية عدد 5859 بتاريخ 26 يوليو 2010.

[2]– محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، دمشق، 1984، ص509.

[3]– سورة النساء، الآية 129.

[4]– سورة البقرة، الآية 229.

[5]– سورة البقرة، الآية 226.

ثانيا - دليل مشروعية التطليق من السنة النبوية:

قول الرسول صل الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"[1]، فلا يجوز شرعا للمرأة أن تطلب التطليق من غير ضرر لقوله صل الله عليه وسلم: " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما باس فحرام عليها رائحة الجنة"[2].

ثالثا - دليل مشروعية التطليق من الإجماع:

منذ عصر الرسول صل الله عليه وسلم وحتى اليوم انعقد الإجماع على جواز التطليق ولا يباح إلا لحاجة أو ضرورة فهو يكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما.

الفرع الثالث: الحكمة من التطليق

نستخلص الحكمة من التطليق من إجازة الشرع والقانون للزوجة المتضررة طلبه في عدة نقاط أهمها على سبيل المثال الآتي:

- رفع الضرر عن الزوجة إذا توفرت أسبابه الشرعية والقانونية.
- إثبات الزوجة للضرر اللاحق بها بكل وسائل الإثبات حتى لا تتعسف في استعمال حقها.
- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية.
- تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط، فقد أوصى الرسول- صل الله عليه وسلم بالنساء خيرا في العديد من الأحاديث[3].

لقد توسع المشرع الجزائري في أسباب التطليق حماية لحقوق المرأة، ودرء للمفاسد.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للتطليق

التطليق رخصة للمرأة، ينطق القاضي بها بحكم، وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدّة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء.

فقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي معتبرا بأن الفرقة للإعسار طلاق وليس فسخ وهذا ما يستشف من المادة 48 ق.أ بحيث جعل الفرقة التي تقع بطلب من الزوجة طلاقا، وبالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجده يبين فيما إذا كان التطليق هو عبارة عن فسخ أم طلاق وإنما نص على حالات على سبيل الحصر في المادة 53 ق.أ وترك أمر تقديرها للقاضي بحيث إذا رأى بأنه فعلا تتوفر حالة من هذه الحالات فما عليه إلا الحكم بالتطليق لأن القاضي في هذه الحالة يكون له دور إيجابي فهو الذي يقوم بالتقرير ما إذا أخل الزوج بالتزاماته وبفضل هذا

---

[1]- محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ط 2، دار القلم، دمشق، 1989، ص 165.

[2]- سنن أبي داوود، حديث 2225، تعليق عزت عبيد الدفاس، كتاب الطلاق، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997، ص 647.

[3]- عبد الحافظ عبد ربه، الثورة الاجتماعية في الإسلام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1980، ص 100.

التقرير ينشأ حق إرادي للزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية والحكم الذي يصدر بتطليق الزوجة هو حكم منشئ.[1]

المطلب الثاني: أسباب التطليق

في هذا المطلب نتطرق لأسباب التطليق أو ما يعرف بالتفريق القضائي في الشريعة الإسلامية وكذا القانون، وهي منصوص عليها على سبيل الحصر

قانونا، فقد تقيد من سلطة القاضي كما قد تجعل سلطته واسعة.

الفرع الأول: الأسباب المقيدة لسلطة القاضي

من بين الأسباب المنصوص عليها في المادة المذكورة سابقا، هناك أسباب

إذا ما توفرت فيها الشروط اللازمة لقيامها فيكون القاضي ملزما بالحكم بالتطليق مباشرة أي بمعنى تكون سلطته مقيدة وهذه الأسباب تكمن في التطليق لعدم الإنفاق وللعيوب وللحكم بعقوبة مقيدة للحرية وللغياب بعد مرور سنة.

أولا – التطليق لعدم الإنفاق:

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب عدم إنفاق الزوج عليها أو على أبنائهما إذا امتنع عمدا عن الإنفاق على زوجته بعد صدور حكم يتعلق بوجوب النفقة من الزوج على زوجته وأن لا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه، وتسقط النفقة بنشوزها.

1- موقف المشرع الجزائري:

نصت المادة 53/1من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون"، من نص الفقرة الأولى من المادّة 53 يتضح لنا موقف المشرع الجزائري من منح الزوجة حق طلب التطليق لتضررها من عدم إنفاق زوجها عليها، وهنا أخذ برأي جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة الذين أجازوا ذلك، فقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/05/02تحت رقم 118475والذي قضى بأنه:"لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة وأن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك"[2]، فصدور الحكم القضائي بالتنفيذ وامتناع الزوج عن ذلك يعرضه لارتكـــاب جريمة عدم الانفاق حسب ما نصت عليه المادة 331 من قـــانون العــقوبات

---

[1] – عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 96.

[2] – منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 26.

الجزائري[1].

2- موقف التشريعات العربية:

إنّ أغلب التشريعات العربيّة نصّت على حق الزوجة في التطليق بسبب امتناع الزوج عن الإنفاق، سواء كان حاضرًا أو غائبًا، إلا أنّها فصّلت في الشروط والإجراءات الواجب إتباعها قبل الحكم للزوجة بالتطليق، حيث إنّ أغلبها حدّدت مدّة إنظار الزوج العاجز عن الإنفاق بشهر قبل الحكم بتطليق زوجته منه، وأغلبها جعلت الطلاق في هذه الحالة رجعيًا، وهذا ما نصت عليه المادة4 من القانون المصري[2] والمادة 1/110 من القانون السوري[3]، وفي الفصل39 من الكتاب الرابع من القانون التونسي[4] وكذا المادة 102 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية[5].

ثانيا- التطليق للعيب:

المقصود بالعيب هو كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج[6]، فقد سمح المشرع للزوجة أن تطلب التطليق بسبب العلل والأمراض التي يصاب بها الزوج ومن صور هذه العلل عدم قدرة الزوج على المخالطة الجنسية، الأمراض السائدة التي تنتقل من أحدهما للآخر بمجرد الاقتران كمرض السيدا، كذلك المرض الذي من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها كالبرص والجذام والعقم، ولها الحق أيضا في طلب التطليق

إذا أصبح الزوج في حالة جنون ومن ثم يشترط لطلب التطليق للعيب، أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وأن تكون هذه العيوب غير قابلة للزوال أي غير قابلة للعلاج أو الشفاء، أما إذا كان العيب قابل للشفاء فينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يضرب للزوج أجل وأن تبقى الزوجة بجانب زوجها.

1- موقف المشرع الجزائري:

المشرع الجزائري لم يعرف المقصود بالعيب ولم يبين نوعه، ولكنه أباح للزوجة حق طلب التطليق للعيوب، فقد نصت المادة 2/53 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" يجوز للزوجة

---

[1]- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر، ع 49، الصادرة في 1966/06/11.

[2]- القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 المعدل بقانون رقم 44 لسنة 1979.

[3]- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي (59) بتاريخ 09/07 /1953 المعدل والمتمم بتاريخ 2009/04/05.

[4]- الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة بالقانون رقم 20/08 المؤرخ في 04 مارس 2008، الصادر بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956.

[5]- مدونة الأسرة المغربية، المصدر السابق.

[6]- منصوري نورة، المرجع نفسه، ص 45.

أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: – العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، وفي هذا الإطار صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ1999/02/16 جاء فيه: " من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وان الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1]

والمشرع الجزائري لم يحدد المدة المعينة التي تنتظرها الزوجة لطلب التطليق للعيب، ولكن متى توفرت شروط دعوى التطليق يمكنها رفعها، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا: " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا من مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك الفترة بجانب بعلها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق"[2]، ويمكن للزوجة أن تثبت ما تدعيه بكافة وسائل الإثبات القانونية خاصة الشهادات الطبية، ويجوز للقاضي التأكد من ذلك عن طريق طلب إجراء الخبرة الطبية.

2- موقف التشريعات العربية:

نص المشرع المغربي على أنواع من العيوب في المادة 107 من مدونة الأسرة المغربية[3] بقوله: " تعتبر عيوبا مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهائها- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية – الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة"، ونصت عليه المادة 9 من القانون المصري[4]، والمادة 105 من القانون السوري[5].

---

[1]- اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، قسم الوثائق المحكمة العليا، 2001، ص 119.

[2]- قرار صادر بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 43784-غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 3، 1989، ص 79.

[3]- مدونة الاسرة المغربية، مصدر سابق.

[4]- القانون المصري، مصدر سابق.

[5]- قانون الأحوال الشخصية السوري، مصدر سابق.

ثالثا- التطليق لحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة:

وذلك بأن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائزا قوة الشيء المقضي به، وحكمت المحكمة على الزوج بالحبس أكثر من سنة على أن تكون الجريمة المعاقب عليها تمس بشرف الأسرة، كالاعتداء على العرض والاغتصاب والاحتيال وغيرها.

1- موقف المشرع الجزائري:

نصت المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، فقد جعل المشرع الجزائري الحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة من بين الأسباب لطلب التطليق متى توفرت شروطها وهي الفعل المجرم المرتكب من قبل الزوج كالجرائم الأخلاقية المتعلقة بالآداب العامة والنظام العام أو المتعلقة بالأشخاص أو الأموال كجريمة الزنا والفاحشة بين المحارم.

فقد صدر قرار عن مجلس قضاء سيدي بلعباس غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2004/05/25 قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب الحكم عليه بعقوبة شائنة مقيدة للحرية بسبب جرم المتاجرة بالمخدرات طبقا للفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري[1].

2- موقف التشريعات العربية:

المشرع المغربي نص في المادة 106 من مدونة الأسرة المغربية بقوله:" إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله"[2]، كما نص عليه المشرع المصري في المادة2/5[3].

وكذا المادة 109 من القانون السوري[4] على حكم التفريق للحبس.

رابعا- التطليق بسبب غياب الزوج:

يجوز للزوجة طلب التطليق إذا غاب زوجها مدة طويلة دون عذر ولم يترك لها مال تنفق منه سواء كان مكانه معلوما أو مجهولا، وأن تكون الغيبة تفوق السنة ويجري حسابها بالسنة الميلادية وهذا هو المعمول به قضاء، أما الفقهاء المسلمين فيحسبونها بالسنة القمرية.

---

[1]- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 58.

[2]- مدونة الاسرة المغربية، مصدر سابق.

[3]- القانون المصري، مصدر سابق.

[4]- قانون الأحوال الشخصية السوري، مصدر سابق.

1- موقف المشرع الجزائري:

نصت المادة 5/53 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، فالمشرع الجزائري قصر الغيبة على الغياب غير المبرر والمصحوب بعدم الإنفاق، فالغائب حسب نص المادة 110 من قانون الأسرة هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير.

وتحسب الغيبة لمدة سنة من يوم غياب الزوج لغاية تاريخ رفع الدعوى فقد صدر حكم عن محكمة مقر مجلس سيدي بلعباس قسم الأحوال الشخصية بتاريخ 2004/04/13 قضى بتطليق المدعية من المدعى عليه بسبب غياب هذا الأخير عنها مدة تفوق السنة تاركا إياها وابنتها بدون نفقة وفقا للفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري[1].

2- موقف التشريعات العربية:

المشرع المغربي نص في المادة 104 من مدونة الأسرة المغربية[2] بقوله:" إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة أمكن الزوجة طلب التطليق، تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل، تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة، ستحكم المحكمة بالتطليق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه".

كما نصت عليه المادة12 من القانون المصري، وكذا المادة110 من القانون السوري، والمادة136 من القانون الإماراتي[3] والفصل40 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية[4] وكذا المادة106 من القانون الموريتاني[5]، وهذا التفريق طلاق رجعي في حالة عدم انتهاء العدة[6].

الفرع الثاني: الأسباب المطلقة لسلطة القاضي

من بين الأسباب التي تجعل ممارسة القاضي لسلطته التقديرية مطلقة وواسعة هي التطليق بسبب هجر الزوج لزوجته في المضجع والتطليق للضرر والتطليق لارتكاب فاحشة مبينة وتكون فيها سلطة القاضي واسعة نظرا لصعوبة إثباتها من قبل الزوجة.

---

[1]- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 44.

[2]- مدونة الاسرة المغربية، مصدر سابق.

[3]- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28/05 المؤرخ في 2005/06/15.

[4]- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مصدر سابق.

[5]- القانون رقم52/01 المؤرخ في 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، جريدة رسمية رقم 1004 بتاريخ 15 أغسطس2001.

[6]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 203.

أولا - التطليق للهجر في المضجع:

وهو ما يعرف في لغة الفقه الإسلامي بالايلاء، وذلك سواء حلف الزوج أم لم يحلف، فيهجر الزوج زوجته ويترك فراش الزوجية بحيث لا يعاملها معاملة الأزواج على أن يدوم الهجر مدة تتجاوز أربعة أشهر متتالية بحيث لا يقع أثناء هذه الأشهر أي اتصال بين الزوجين وأن يكون الهجر عمدا، والهجر في المضجع نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج على زوجته، وهو يختلف عن الإيلاء الذي هو هجر مقترن بالحلف وبالظهار الذي هو تشبيه الزوجة بمن تحرم على الزوج تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة[1].

1- موقف المشرع الجزائري:

نصت المادة 3/53 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: - الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، حيث جعل المشرع الجزائري الهجر في المضجع بدون سبب من بين الأسباب لطلب التطليق بشرط توفر، الهجر بإدارة ظهره ولا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج، وأن يدوم هذا الهجر مدة تفوق أربعة أشهر متتالية ويكون هذا الهجر عمديا نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره شرعا وقانونا، فقد صدر قرار عن مجلس قضاء سيدي بلعباس غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2004/12/26 قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب هجر هذا الأخير لها وفقا للفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري[2].

2- موقف التشريعات العربية:

المشرع المغربي نص على الإيلاء والهجر في المادة 112 من مدونة الأسرة المغربية بقوله: " إذا آلي الزوج من زوجته أو هجرها فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر فان لم يفيء بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة"، وهو طلاق رجعي، كما نص عليه المشرع المصري في المادة5 من القانون رقم 25 لسنة 1929، وكذا المواد 123و124 من القانون الكويتي[3].

ثانيا- ارتكاب فاحشة مبينة:

نعتقد أن المشرع يقصد من وراء ذلك جريمة الزنا أي أن الفاحشة الواردة في هذه المادة يعني بها ارتكاب العلاقة الجنسية مع شخص أجنبي، وهو ما يمنح الزوجة حق طلب التطليق، بحيث إذا أثبتت للقاضي بالوسائل المعترف بها شرعا كشهادة أربعة شهود حضروا ارتكاب

---

[1] - رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعة، بيروت، 2001، ص310.

[2] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 38.

[3] - القانون رقم 51/84 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل والمتمم، ج ر، ع 1570 بتاريخ 1984/07/23.

الجريمة أو عن طريق محضر الجهات المخولة لها ذلك لاختصاص (الشرطة، الدرك)، فعندئذ ما على القاضي إلا أن يحكم لها بالتطليق وليس له أمام هذا الإثبات أية سلطة تقديرية بل ينبغي عليه الحكم بفك الرابطة الزوجية [1].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري: نصت المادة 7/53 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: – ارتكاب فاحشة مبينة"، حيث جعل المشرع الجزائري ارتكاب الفاحشة المبينة من بين الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق، أي في حالة ما إذا قام الزوج بارتكاب أيّ فعل مخلّ بالآداب بصفة خطيرة ومخالف للعرف والضمير الاجتماعي، وذلك مثلا كالزنا، أو الشرك بالله، أو أيّ سلوك آخر في درجة من الخطورة ممّا يؤثر على الكيان الأسري بسبب مخالفة للمبادئ الإسلاميّة والاجتماعية، بحيث يجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلة، ممّا يدفع بالزوجة إلى طلب حلّ هذه الرابطة التي تربطها به، فقد عالج المشرع الجزائري جريمة الزنا في المادة 3/339 من قانون العقوبات، ولم يفرق ما إذا ارتكبت من طرف الزوج أو الزوجة طبقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية، وتميز المشرّع الجزائري عن باقي التشريعات العربية الأخرى كالتشريع المغربي والتونسي والسوري بأنّه الوحيد الذي اعتبر مثل هذه الحالة سببًا لإعطاء الزوجة حق طلب التطليق، وخصّص لها فقرة من حيث حالات التفريق، وهذا راجع ربما إلى المصدر الذي أخذ منه هذه الفقرة، من القانون الفرنسي القديم، وليس لها أيّ مصدر في شريعتنا السمحاء [2].

ثالثا- التطليق لضرر معتبر شرعا:

منح المشرع السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقدير الأضرار التي يمكن للزوجة أن تطلب بمقتضاها التطليق، وأن هذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، ويكون المشرع بذلك قد أخذ بعين الاعتبار العادات والتقاليد المنتشرة داخل المجتمع الجزائري، بحيث أن الضرر المعتبر لدى جماعة معينة ليس ذاته عند جماعة أخرى، ويختلف كذلك الأمر ليس من مكان إلى مكان آخر ولكن كذلك من زمان إلى زمان آخر، والواقع فإنه كان بإمكان المشرع أن يستغني عن جميع الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة ويبقي على هذا السبب لأنه يشملها جميعا.

ومن ثم متى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فلها أن ترفع أمرها للقاضي ولها أن تثبت له بجميع وسائل الإثبات أن الزوج لا يحسن معاملتها وعندئذ فما على القاضي في حالة الإثبات إلا أن يستجيب لطلبها وذلك لرفع الظلم، وإن عجزت عن إثبات ذلك فينبغي على القاضي أن يقوم

---

[1] – العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 305.

[2] – نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 143.

بتعيين حكمين للتوفيق بينهما، حكما من أهله وحكما من أهلها وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا له عن مهمتهما في أجل شهرين(م 56ق.أ)، وإذا تبين من تقرير الحكمين أنه هناك ضرر من الزوج على زوجته وفشلا في التوفيق بينهما فما على القاضي عندئذ إلا الحكم بالتطليق وإلزامه بالتعويض إذا طلبته الزوجة.

1- موقف المشرع الجزائري:

نصت المادة10/53 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:- كل ضرر معتبر شرعا"، فحالات الضرر لم تذكر هنا على سبيل الحصر، فهي تمثل كل أنواع الضرر التي تلحق بالزوجة، والتي تكون مخالفة للشرع والقانون، كاستمرار الزّوج في التّعسف في استعماله لسلطاته وحقوقه التي له على زوجته وإساءة استعمالها، وذلك بجميع الأساليب سواء بالقول عن طريق الكلام السيئ والجارح أو بالفعل كالضّرب المؤلم المبرح الّذي يترك لها آلام جسدية ونفسية مستعملا في ذلك الوسيلة التي تجعل الزّوجة تمقت مثل هذه المعيشة الزّوجية التي لا تطاق، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا:" لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه، إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلها"[1].

2- موقف التشريعات العربية:

لقد نصّت معظم قوانين الدول الإسلامية على التّفريق للضرر، وعلى نظام التّحكيم بين الزّوجين، إلا أن بعض القوانين أعطت حق طلب التّفريق للزّوجة فقط دون الزّوج باعتباره يملك حق الطلاق، وبعضها أعطت هذا الحق لكلّ من الزّوجين، كما أن بعضها اشترطت أن يكون الضّرر الّذي تدعيه الزّوجة يصل حدا لا يستطاع معه دوام العشرة الزّوجية، وبعض القوانين لم تشترط ذلك، وهناك بعض القوانين منحت الحكمين سلطة التّفريق، أما البعض الآخر فلم تمنحهما إلا سلطة الإصلاح.

نصت المادة 6 من القانون المصري بقولها:" يجوز إذا ادعت الزّوجة إضرار الزّوج بها بما لا تستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التّفريق، وحينئذ يطلقها طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما"، كما نص على ذلك في الفصل 25 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وكذا المادة 1/112 من القانون السوري، والمادة 98 من مدونة الأسرة المغربية.

---

[1]- المجلة القضائية لسنة 1990، ص 92.

رابعا- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه:

1- موقف المشرع الجزائري:

نصت عليها المادة 6/53 من قانون الأسرة الجزائري يجوز للزوجة طلب التطليق إذا لم تحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات وذلك يتجلى في حالة التدليس من طرف الزوج على زوجته بأنه غير متزوج فإذا به ظهر خلافا لذلك، وكذلك في حالة ما إذا تم استصدار الرخصة القضائية دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد من حيث العذر أو نية العدل أو ليست له القدرة الكافية لتحمل تكاليف الزواج، ففي كل هذه الحالات إضافة إلى الحالة التي ترفض فيها الزوجة التعدد مع توافر الشروط فإنه يجوز لها طلب التطليق حتى ولو وافقت على التعدد غير أن الزوج لم يكن عادلا ماديا نحو زوجاته[1]، كما نصت المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "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 يقبل الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج لرئيس 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"، ونصت المادة 8 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"، فمعنى ذلك أنه إذا ما حصل وقام الزّوج بمخالفة أي شرط من الشروط التي سبق ذكرها في المادة 8 ، جاز للزّوجة المتضررة رفع أمرها للقاضي لطلب التّطليق.

2- موقف التشريعات العربية:

نصت المادة 2/11 مكرر من القانون المصري بقولها:" يجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهم ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها"، كما أن الفقرة الرابعة من نفس المادة السابقة الذكر أعطت الحق للزوجة الجديدة أن تطلب التطليق إذا لم تعلم بأنه متزوج بأخرى"، والمادة 99 من مدونة الأسرة المغربية.

خامسا-الشقاق المستمر بين الزوجين:

نصت عليه المادة 8/53 من قانون الأسرة الجزائري الشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار والضياع اعتبر المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين سببا من أسباب التطليق بل جاء مؤكدا لما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها

[1]- باديس دياني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 51.

ومن بينها ما قضت به في قرارها الصادر في 15 جوان 1999، بأنه: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسئول عن الضرر ...وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وبتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون"[1].

سادسا- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

1- موقف المشرع الجزائري:

نصت عليها المادة 9/53 من قانون الأسرة الجزائري فإذا كانت المادة 19 من قانون الأسرة تنص صراحة أنه يجوز لكلا الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية شريطة أن لا تخالف هذه الأخيرة أحكام قانون الأسرة ومن ثم يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التعدد، وكما يجوز للمرأة أن تشترط مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة، أو استمرارية عملها بل لها كذلك أن تشترط عليه أي شرط تراه ضروري شريطة أن لا يتنافى مع ما جاء به المشرع في قانون الأسرة المستمد أساسا من الشريعة الإسلامية، ويشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوب في عقد رسمي[2].

2- موقف التشريعات العربية:

المشرع المغربي نص في المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية[3] بقوله:" للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب التالية: إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج".

المبحث الثاني

دعوى التطليق والقانون الواجب التطبيق

في هذا المبحث نتطرق لمعرفة كيفية رفع دعوى التطليق والقانون الواجب التطبيق عليهما في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: دعوى التطليق

نتطرق في هذا المطلب لإجراءات التقاضي في دعوى التطليق والمحكمة المختصة وطرق الطعن بها.

---

[1]- قرار بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 224655، المجلة القضائية لسنة 1999، ص 128.

[2]- باديس دياني، المرجع السابق، ص 55.

[3]- مدونة الاسرة المغربية، مصدر سابق.

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى التطليق:

إن قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنضمة للأسرة وأحكامها، إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها في حالة إثارة نزاع بين الزوجين وخاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية الأمر الذي يستوجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الجديد لمعرفة طرق رفع الدعوى إلى المحكمة واختصاصها وطرق الطعن في الأحكام، لأن قانون الأسرة هو الذي يضبط الجانب الموضوعي المتعلق بقضايا الأسرة في حين ينظم قانون الإجراءات الشق الإجرائي.

وترفع الدعاوى حسب ما نصت عليه المادة 13 من ق إ م إ[1] فلا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أو مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون وكذا نص المادة 64 منه الخاصة بالأهلية.

الفرع الثاني: الاختصاص في دعوى التطليق

يجب تحديد المحكمة المرفوع أمامها الدعوى، وهل هي مختصة نوعيا وإقليميا؟

أولا – المحكمة المختصة:

تختلف المحكمة المختصة بالفصل في القضايا التي تنشأ بين الزوجين المتخاصمين فحسب نص المادة 436 ق إ م إ. ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفق للأشكال المقررة لرفع الدعوى، ويقدم طلب فك الرابطة الزوجية من قبل الولي أو مقدم الزوج ناقص الأهلية باسمه حسب الحالة (المادة 437 ق إ م إ)، وعلى المدعي التبليغ الرسمي للمدعي عليه بنسخة من العريضة عن طريق محضر قضائي والنيابة العامة بنسخة من العريضة عن طريق أمانة الضبط (المادة 438 ق إ م إ). وتكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية أو مكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما هي المحكمة المختصة إقليميا حسب نص المادة 426 من ق. ا.م.ا.

أما بالنسبة لتسيير جلسة دعوى الأحوال الشخصية فهي عادية ولا تختلف عن الجلسات الأخرى ويمكن لأحد الزوجين أن يطلب من المحكمة أن تكون الجلسة سرية ويمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يجعلها سرية إذا رأى ضرورة لذلك بعد تسجيل العريضة في السجل الخاص بكتابة الضبط وتعيين تاريخ الجلسة بحضور الزوجين إما شخصيا أو عن طريق ممثليهم القانونيين، ويقدم كل منهما طلباته وأدلته ويجوز لهم إحضار الشهود إلى المحكمة وأثناء الجلسة يبدأ القاضي بسماع المدعي الذي يعرض طلباته مع تقديم أدلته إلى المحكمة وبعد

[1] – القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، الصادرة في 2008/04/23.

الانتهاء تعطى الكلمة للمدعي عليه للرد وتقديم دفوعه وأدلته، ولكن من الناحية الميدانية نجد القاضي يكتفي بالعرائض المقدمة له فقط أي بتبادل الأطراف العرائض للرد عليها وكفى.

ثانيا- التكييف القانوني للوقائع في دعوى التطليق:

يكيف القاضي الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق بعد معاينتها طبقا لقانون الأسرة ويفصل في مدى تأسيس الطلب آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها، ويمكنه حينها أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة لاسيما بالتحقيق أو بإجراء الخبرة الطبية أو الانتقال للمعاينة ويتعين عليه تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية[1].

ثالثا- إجراءات الصلح والتحكيم:

وهي من المسائل الهامة التي تعرض لها قانون الأسرة الجزائري في المادة 56 منه كما نصت المادة 49 من قانون الأسرة:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" وكذلك لقوله تعالى:" وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما، إنّ الله كان عليما خبيرا "[2]، من خلال هذه الآية نستنتج أن الله تعالى شرع التحكيم كإجراء وقائي يلجا إليه قبل وقوع الكارثة وهي التطليق وما ينتج عنه من آثار سلبية وخطيرة، والمشرع لم يوضح متى نلجأ للتحكيم إما بعد فشل محاولة الصلح أو أثناء إجراءات محاولة الصلح، فقد جرى العمل على أن تتم هذه الإجراءات أثناء محاولة الصلح، وهذا فيه فائدة كبيرة لأننا نكون أمام إجراءين في نفس الوقت وهذا يمكن أن يؤثر على الزوجين ويقع الصلح بينهما، والتحكيم في مسائل الأحوال الشخصية وجوبي ولا سيما فيما يتعلق بدعاوى فك الرابطة الزوجية.

الفرع الثالث: الأحكام وطرق الطعن فيها

ما هو الطريق الذي تسلكه دعوى التطليق، فهل أحكامهذه الدعوى قابلة للاستئناف أم لا، وبأي طريق من طرق الطعن يمكن ذلك؟

أولا- الأحكام الصادرة بالتطليق:

الحكم الصادر بالتطليق متى توفرت حالة من الحالات المذكورة في المادة 53 يتم التفريق بين الزوجين، وهذا الحكم هو حكم منشئ وهو حكـــم بمجرد صـدوره تتحقق الغاية منه بدون

---

[1]- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 340.

[2]- سورة النساء، الآية 35.

حالة تنفيذه جبرا ويختلف الحكم التقريري عن الحكم الإنشائي في كون أن السلطة التقديرية للقاضي تكون محدودة بينما في الأحكام المنشئة تكون السلطة التقديرية للقاضي أوسع.

ثانيا- طرق الطعن بالإحكام الصادرة بالتطليق:

حسب ما قضت به المادة 57 من ق.أ. فتكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف في ما عدا جوانبها المادية وهي أحكام قابلة للطعن بالطرق غير العادية فيمكن رفعها عن طريق الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم حسب نص (المادة 434 من ق إ م إ). وأن هذا الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة (المادة 435 من ق إ م إ) ويرفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المحكمة العليا، حسب نص (المادة 1/560 من ق إ م إ)، وعلى الطاعن تبليغ المطعون ضده رسميا خلال أجل شهر واحد من تاريخ التصريح بالطعن بالنقض، ويجب أن تتضمن عريضة الطعن بالنقض البيانات المنصوص عليها في (المادة565 من ق.إ.م.إ). كما يجب إرفاق عريضة الطعن بالنقض بالوثائق المنصوص عليها في (المادة566 من ق.إ.م.إ) على أن تحمل عريضة الطعن بالنقض التوقيع الخطي وختم محام معتمد لدى المحكمة العليا وعنوانه المهني وإلا تعرضت هذه الإجراءات إلى عدم قبولها شكلا تلقائيا، وعلى المطعون ضده أجل شهرين للرد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لعريضة الطعن بالنقض حسب نص (المادة 568 من ق.إ.م.إ) ويجب أن تتضمن المذكرة الجوابية على أوجه الطعن المثارة وعند انتهاء الآجال القانونية المحددة للأطراف يحيل أمين الضبط الرئيسي للمحكمة العليا الملف إلى غرفة الأحوال الشخصية.

بعد صدور قرار المحكمة العليا ترسل أمانة ضبط المحكمة العليا نسخة من القرار إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، ويمكن للأطراف استخراج نسخة منه من أمانة ضبط تلك الجهة القضائية التي تقوم بالتأشير على هامش أصل الحكم بمنطوق القرار الصادر من المحكمة العليا.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التطليق ونطاق تطبيقه

نتطرق في هذا المطلب للقانون الواجب التطبيق على التطليق ونطاق تطبيقه.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على التطليق

أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، هذا ما تضمنته المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري[1]، دون تمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال

[1]- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد78، الصادرة في 1975/09/30.

الجسماني، وقد أخذت بهذا الحل بعض القوانين العربية منها القانون المصري (م 2/13) والقانون السوري (م 2/12) وقانون الاحوال الشخصية العراقي (المادة 3/19)[1].

غير أن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيه ظلم للزوجة، ويقول كثير من الفقهاء بأنه ليس هناك ما يبرره، إذ يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بإختصاص قانون لم تكن تتوقعه أثناء إنعقاد الزواج، فقد يسمح بانحلاله لأسباب لم تكن في حسبان الزوجة ولا تعرفها ولا يخفى الضرر الذي يلحقها[2]، كذلك قد يتيح للزوج إمكانية الغش نحو القانون فيكتسب جنسية دولة أخرى قصد الاستفادة من الشروط المخففة في قانونها بخصوص فك الرابطة الزوجية أو تمنحه حقوقا لم يجدها في قانون جنسيته السابقة أو يعفيه من التزامات يفرضها عليه قانون الجنسية السابق[3].

ولعل أفضل قانون يمكن أن يخضع له انحلال الزواج هو القانون الذي تكون الزوجة على بصيرة به ولا يخل بمبدأ المساواة بين الطرفين، ويعتبر قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين هو القانون الذي يستجيب لهذين الاعتبارين[4]، وقد اختارته بعض الدول العربية كضابط للإسناد بالنسبة للانحلال الزواج كالقانون الكويتي(المادة40) والقانون اليوناني لسنة1940 في(المادة16)التي نصت بقولها: " يسري على الطلاق والتفريق قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى، فإذا لم توجد هذه الجنسية المشتركة سرى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج".

وقد أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال (المادة 08) وإذا لم يكن للزوجين جنسية مشتركة فيطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لكون الزوجين على بصيرة كافية به.

فقد أخذ البعض من دول أوروبا والدول اللاتينية بإخضاع التطليق والتفريق لقانون جنسية الزوج وحده، ومنهم من أخضعها لقانون جنسية كل من الزوجين مع التطبيق الجامع أو الموزع.

---

[1]- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

[2]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، ط 12، دار هومة، الجزائر،2011، ص 256.

[3]- عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، 1979، ص 37.

[4]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 76.

أما في الدول الانجلوسكسونية والولايات المتحدة الأمريكية فيخضعانهما لقانون القاضي، أما القضاء الفرنسي فقد اخضع التطليق والتفريق لقانون جنسية الزوجين، فإذا اختلفت طبق التوزيع، ففي حالة ماإذا كان أحد القانونين يبيح الطلاق والآخر يحرمه قضى للزوج الذي يبيح قانون جنسيته الطلاق، كما حدث في قضية مدام فيروري حيث طبق قانون جنسية الزوجة وقت رفع الدعوى، إلا أن القضاء الفرنسي عاد في سنة 1961 وطبق في أحكامه على التطليق والتفريق الموطن المشترك لإقامة الزوجين، وإذا لم يكن لهما موطن مشترك يطبق عليهما قانون القاضي المعروض أمامه النزاع[1].

وبالرجوع إلى القاعدة في القانون الجزائري التي تقول بخضوع انحلال الزواج لقانون الجنسية وقت رفع الدعوى فإنه يوجد استثناء عليها منصوص عليه في المادة13 من القانون المدني ومفاده أنه (إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الجزائري وحده) كما نصت عليه أغلب الدول العربية وقد تم نقد هذا الاستثناء.

حيث أنه إذا كان الغرض منه هو حماية الطرف الوطني المسلم فإنه في الأخذ بفكرة النظام العام ما يحقق نفس النتيجة، كما أن الأخذ بهذا الاستثناء يؤدي إلى نتائج غريبة، فنجد القانون الجزائري يطبق على انحلال الزواج بين أجنبية وجزائري وقد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد انعقاد زواجه في حين لا يطبق على انحلال الزواج بين أجنبين قد إكتسب كل منهما الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما.

وفي رأي الدكتور أعراب بلقاسم يقول بأن يخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع دعوى طلاق وهذا ما أخذ به القانون الألماني، فقد تضمنت المادة 17 منه على التطليق أن يكون أحد الزوجين على الأقل ألمانيا وقت رفع الدعوى.

كما أن النظام العام له علاقة بتطبيق الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية وخاصة انحلال الزواج، فالمشرع الفرنسي امتنع عن تطبيق الأحكام الأجنبية التي تمنح الزوج حق طلاق زوجته بالإرادة المنفردة بسبب تعارضها مع النظام العام في فرنسا وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية التي رأت ضرورة مطابقة الطلاق الصادر طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مع أحكام المادة5من البروتوكول الإضافي رقم 7الصادر في 1984/11/22 المتعلق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والخاصة بالمساواة بين الزوجين خلال انعقاد الـــزواج أو

[1] – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص257.

انحلاله[1]، ولكنها في الوقت الحاضر أصبحت تعترف بأحكام الطلاق الصادرة في الدول الأجنبية وخاصة الدول الإسلامية، أما إجراءات التطليق فتخضع لقانون القاضي، ويجوز للرعايا الجزائريين في الخارج أن يجروا الطلاق أمام القنصليات الجزائرية.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج

إن القانون الذي يحكم انحلال الزواج هو الذي يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفا به في دولة هذا القانون أم لا، وإذا كان معترفا به فيها فمن من الزوجين يملك إيقاعه، وما هي القيود التي ترد على إستعماله، وهل يجوز التوكيل فيه أم لا ؟ ويرجع كذلك إلى القانون الذي يحكم انحلال الزواج لمعرفة الأسباب التي تبرر التطليق أو الانفصال الجسماني.

أما إجراءات الطلاق أو التطليق فهي تخرج من نطاق هذا القانون وتخضع لقانون القاضي، كما تخرج أيضا من نطاقه الإجراءات التحفظية أو الوقتية التي تتخذ أثناء سير دعوى الطلاق أو التطليق أو الخلع للمحافظة على مصالح كل الزوجين والأولاد مثل تحديد نفقة وقتية للزوجة، والإذن لها بالإقامة في سكن الزوجية، وتسليم الأثاث الضروري لها للاستعمال اليومي، فهذه الإجراءات كلها تخضع لقانون القاضي، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي وقد إنتقد بعض الفقه هذا القضاء ويقول بإخضاع الإجراءات الوقتية للقانون الذي يحكم انحلال الزواج مع قبول بصفة استثنائية إحلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي المختص ويكون ذلك بإسم النظام العام أو بإسم حالة الاستعجال[2].

خاتمة:

إن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، ولهذا فإن أي عدول أو إخلال به من طرف الزوج قد يلحق بالزوجة ضررا أي كان نوعه فلها الحق في طلب التطليق إن أرادت مفارقته، شريطة أن تؤسس طلبها على حالة من الحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة.

ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري لم يعط اهتماما كبيرا لمسألة فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق حيث خص لها مادة واحدة فقط، على الرغم من أهمية هذا الموضوع بالنظر لما جاءت به قوانين الدول العربية كسوريا ومصر والمغرب الذين فصلوا أحكام التطليق بشكل لا

---

[1] -*Roula El Husseini, Le droit International privé français et le répudiation islamique, Revue Critique du droit international privé, juillet-septembre,1999 ,P 427.*

[2] - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج 1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004، ص 172.

يترك مجالا للجدل والنقاش، وأمام سكوت المشرع وإغفاله، يجب علينا الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نقدم بعض الملاحظات حول التطليق والتي بإمكان المشرع تداركها مستقبلا وتتمثل في:

- تحديد مفهوم التطليق وبيان شروطه وآثاره وبيان التكييف القانوني له.
- على المشرع الجزائري تعديل المادة 13 من القانون المدني بما يتناسب حسب كل حالة.
- على المشرع الجزائري أن يضمن قانون الأسرة إجراءات خاصة برفع الدعوى في مادة الأحوال الشخصية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- المصادر:

1-القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

2- سنن أبي داوود، حديث 2225، تعليق عزت عبيد الدفاس، كتاب الطلاق، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997.

3- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، الجزء 2، الطبعة 1، دار صادر، بيروت، لبنان، 1990.

4- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 49، الصادرة في 1966/06/11.

5- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد78، الصادرة في 1975/09/30.

6- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005، جريدة رسمية، عدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

7- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، الصادرة في 2008/04/23.

8- القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 المعدل بقانون رقم 44 لسنة 1979.

9- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي (59) بتاريخ 09/07 /1953 المعدل والمتمم بتاريخ 2009/04/05.

10- الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة بالقانون رقم 20/08 المؤرخ في 04 مارس 2008، الصادر بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956.

11- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

12- القانون رقم 51/84 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 1570 بتاريخ 1984/07/23.

13- القانون رقم52/01 المؤرخ في 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، جريدة رسمية رقم 1004بتاريخ 15 أغسطس 2001.

14-القانون رقم 70/03 المؤرخ في 03 فبراير2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية المعدل والمتمم بالقانون رقم

08/09 المؤرخ في 16 يوليو 2010، جريدة رسمية عدد 5859 بتاريخ 26 يوليو 2010.

15- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28/05 المؤرخ في 2005/06/15.

ثانيا- المراجع:

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الاول، الطبعة 12، دار هومة، الجزائر، 2011.

2- العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء الاول، الطبعة 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

3- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

4- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

5- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

6- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعة، بيروت، 2001.

7- محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، الطبعة2، دار القلم، دمشق، 1989.

8- محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء7، دار الفكر، دمشق، 1984.

9- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

10- عبد الحافظ عبد ربه، الثورة الاجتماعية في الإسلام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1980.

11- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع، الطبعة2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

12- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

13- عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2000.

14- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة4، دار هومة، الجزائر، 2013.

15- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، منشورات تالة، الجزائر، 1999.

16- عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، 1979.

17- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

18- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، الطبعة2، الجزائر، 2012.

19- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الجزء الاول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004.

20-Roula El Husseini, Le droit International privé français et le répudiation islamique, Revue Critique du droit international privé, juillet-septembre,1999.

22- المجلة القضائية، الأعداد (03،04)، سنة 1989.

23- المجلة القضائية، سنة 1999.