الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي نور البشير –البيض –

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الفراغ التشريعي في قضايا فرقة الزوجية

مذكرة تخرج مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر قانون خاص

تخصص قانون الأسرة

من اعداد الطلبة:

- فرقو إخلاص
- بن موسى فوزي

تحت اشراف الدكتور:

– عيساوي عبد النور

أعضاء لجنة المناقشة:

اسم ولقب الاستاذ	الجامعة	الصفة
مرابط شهرزاد	المركز الجامعي نور البشير *البيض*	رئيس
عيساوي عبد النور		مشرق ومقرر
بوعيس يوسف		مناقش

الموسم الجامعي:

2022–2023م / 1443–1444هـ

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وتقدير:

احمد الله تعالى واشكره على توفيقه ومنه بتيسير اتمام هذا البحث، شكر خاص نوجهه الى استاذنا المشرف الدكتور عيساوي عبد النور على تشجيعه لنا المتواصل ومثابرته في توجيهنا.

- كما نتوجه بالشكر الى كل اساتذتنا الذين اناروا لنا طريق العلم، والى كل من اسدى لهذا العمل ولو كانت مثقال حبة خردل.

-مشفوعة بالدعاء الى الله ان يثيبه خبر الجزاء.

و الحمد لله رب العالمين

إهداء

أهدي نجاحي هذا إلى نور عيني وحبيبة قلبي التي ولدت وربت وتعبت وسهرت وتغربت من أجل نجاحي وضمان مستقبلي وهي جنبي أمي جنتي "رابح عائشة".

إلى الذي تعب وسهر لإسعادي ووصولي إلى هذا نجاح أبي الأول الغالي "بن الدين".

إلى الذي استقبلني وأنا صغيرة و وضعني بمكانة ابنته وعمل على تربيتي أحسن تربية أبي الثاني سندي "الدين حميدي".

إلى أحن قلبيين في حياتي وأعز شخصين على قلبي جدي وجدتي "رابح محمد و براهمي زينب".

إلى إخوتي وأخواتي "بن عامر، علي يوسف، أسماء، حمزة، أسامة خليل، وصغيرتي بشرى ليلى"، إلى أخوالي وخالاتي، إلى أعمامي وعماتي، إلى صديقاتي وأصدقائي اللذين عرفتهم في حياتي ومساري الدراسي، إلى كل المعلمين والأساتذة الذين أشرفوا على تعليمي من الابتدائية إلى الجامعة، إلى كل أهلي وأحبتي الذين وجدتهم سندا لي في حياتي و فرحوا لي فرحتي.

إخلاص فرقو

إهداء

-إلى صاحب السيرة العطرة والفكر المستنير فلقد كان له الفضل الأول في بلوغي هدا

المكان أبي حبيبي أطال الله في عمره

إلى من وضعتني على طريق الحياة ورعتني حتى صرت كبيرة أمي الغالية

إلى إخوتي من كان لهم بالغ الأثر في الكثير من العقبات والصعاب والى كل من مد يد

العون لي

فوزي بن موسى

مقدمة

الله عز وجل خلق سيدنا ادم وامنا حواء لإعمار الارض عن طريق الزواج، وانجاب الاطفال لنشر البشرية وتعدد الحضارات واللغات والأجناس ولقوله تعالى" **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وأنثى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا** ۚ" فالزواج عقد بين الرجل والمرأة وهو ميثاق غليظ، يقوم هذا العقد على الود والاحترام والمعاشرة بالمعروف والاحسان بين الزوجين وقيام كل طرف بواجباته وحقوقه ليتم هذا الزواج على وجه صحيح، إلا أن هذا الاخير في بعض الحالات لا يكتمل في صحته وتستحيل العشرة بين الزوجين ويؤدي هذا حتما الى التفريق بينهم بالطلاق.

فالطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال او المال بلفظ منصوص صريح او كناية، هو حق شرعي من حقوق الزوج اي له كامل الصلاحيات بان ينص هذا العقد في اي زمان ومكان، لكن ايضا يمكن للزوجة ان تفارق زوجها في حال ما راته غير ملزم بواجباته وحقوقه كزوج، ولم تستطيع ان تكمل حياتها معه فأعطتها الشريعة الإسلامية في طلب التطليق نتيجة الضرر الذي مسها من طرف زوجها، اما اذا غطى الكره على قلبها وسئمت او كرهت من زوجها ولم تجد راحه بالها او استقرارها فلها الحق ان تعطي لزوجها تعويضا له حتى لا يتضرر هو ايضا وهذا ما يسمى بالخلع.

وهذا ما جاء به قانون الأسرة الجزائري المادة 48 " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج و بتراضي الزوجين او يطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون "، أي إن الطلاق حق للزوج والزوجة ايضا، إلا أنه في حالات يكون الزوج قد تعسف في حق زوجته هنا يحكم عليه القاضي بالتعويض للزوجة عن الضرر الذي لحق بها، وهذا ما ورد في المادة 52 من القانون الاسرة الجزائري، المادة 53 من نفس القانون أسباب التطليق التي إذا وقعت يحق للزوجة التطليق، المادة 54 من نفس القانون السالف الذكر على الخلع وانه يجوز للزوجة دون موافقة زوجها ان تخالع نفسها بمقابل مالي يقدره الزوجان او القاضي في حاله عدم اتفاقهما عليه بما لا يتجاوز مبلغ المهر.

وبالرغم من ان القانون الجزائري أبرز كل الخطوات والطرق لفك الرابطة الزوجية بين الزوجين، الا انه في بعض الحالات نجد نقص قانوني لم يذكره او لم يتطرق اليه المشرع الجزائري، فنجد ان المحكمة العليا حاولت تغطيه هذا النقص بمجهوداتها القضائية ومن خلال القرارات الصادرة منها كما ان المشرع وحسب نص المادة 222 من قانون الاسرة انه عند عدم وجود نص قانوني يمكن ان يستند الى احكام الشريعة الإسلامية، ولهذا السبب اخترنا عنوان مذكرتنا " الفراغ التشريعي في قضايا الفرقة الزوجية "

تكمن اهميه بحثنا حول النقص التشريعي الذي لم يتطرق اليه قانون الأسرة الجزائري في باب الطلاق حيث انه اغفل بعض المسائل الهامه التي اردنا ابراز النقص الموجود بشأنها، وبحث الاجتهاد القضائي فيها وكذا رأي الفقهاء، دون اغفال الفقه الاسلامي.

يهدف بحثنا هذا الى وجود بدائل وحلول في قضايا و اشكالات الطلاق في قانون الاسرة الجزائري من اجل عدم ترك الثغرات القانونية وترك احد الطرفين متضرر ولم يأخذ حقه كاملا.

تتمثل اشكالية البحث في : اين يكمن النقص التشريعي في قضايا الفرقة الزوجية ؟ وكيف يمكن تكملة هذا النقص بالاعتماد على الفقه والقضاء ؟

قد اتبعنا في انجاز هذا البحث المنهج الوصفي والمنهج التحليلي لتفسير القرارات القضائية واجتهادات المحكمة العليا وكذا اراء الفقهاء.

لإكمال بحثنا والالمام به اعتمدنا على الخطة الأتية: قسمنا بحثنا الى فصلين حيث تطرقنا في الفصل الاول الى الفراغ التشريعي في فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج، اما الفصل الثاني فكان بعنوان الفراغ التشريعي في فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة.

الفصل الأول:

الفراغ التشريعي في فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج

يعتبر الزواج عقدا أساسيا لتأسيس الأسرة، وهو عقد رضائي بين الزوجين ، قال الله عز وجل{ وجعلنا بينكم مودة ورحمة}، حيث يكون بين الزوجين واجبات وحقوق واجبة على كل طرف منهم وعدم التقصير فيها، إلا أنه في حالات تستحيل المعاشرة الزوجية بينهم، فأعطت الشريعة الإسلامية للزوج حق في فك هذه الرابطة الزوجية، حيث جعل الدين الإسلامي الطلاق بعصمة الزوج مدام الزواج بيده، إلا أن الزوج في حالات يكون قد طغى في استعمال حقه أو لم يعطي الزوجة حقها في الطلاق وتعسف في حقها، وبما أن قانون الأسرة الجزائري بني على مبادئ الشريعة الإسلامية جاء في مادته **48** "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج وعليه فالمشرع الجزائري جعل انحلال الرابطة الزوجية بيد الزوج هو الأول، غير أنه في حالات يكون قد ظلم زوجته أو تعسف في حقها، وهذا ما خلق في القانون الجزائري وتضارب الآراء بين رجال القانون، لأن المشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تقدير حالات التعسف ضد الزوجة.

مما يجعلنا نطرح التساؤل الآتي: هل الطلاق حق للزوج أم سلطة تقديرية للقاضي؟

سنحاول الإجابة على التساؤل من خلال المبحثين الآتيين:

الأول سنتطرق الى إشكالية الطلاق بيد الزوج أم بيد القاضي، والثاني الفراغ التشريعي في الطلاق بالنشوز واحتساب العدة.

المبحث الأول: إشكالية الطلاق حق للزوج أم بيد القاضي.

سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين الأول نتحدث عن الفراغ التشريعي في تكييف حق الزوج في الطلاق وفي المطلب الثاني نتطرق إلى الفراغ التشريعي في تكييف الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: الفراغ التشريعي في تكييف حق الزوج في الطلاق.

في هذا المطلب سوف نقسمه الى فرعين الفرع الأول تحت عنوان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة حق مطلق أم مقيد، والفرع الثاني الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طلاق رجعي أم طلاق بائن؟

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حق مقيد أم مطلق

الأصل أن الطلاق من حق الزوج أو بعصمته لأنه هو من أخذ بالساق، لقوله تعالى {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ }[1]، كما جاء في قوله عز وجل { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ }[2]، حيث دلت الآيات الكريمة أن الطلاق حق للزوج.

كما جاء في نص المادة **48** من ق، أ، ج " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج...." حيث نصت على مبدأ الطلاق من حق الزوج أولا.

وفي نص المادة **49** من القانون سالف الذكر " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز 03 أشهر" وهنا أقر المشرع الجزائري بإعطاء مسألة الإشراف على الطلاق الى القضاء.

جاء نص المادة السابقة متلائما مع التطورات والتغيرات الطارئة على المجتمعات الإنسانية والتي باتت تفوض دخول القضاء لتقرير الحقوق للأشخاص، لكنه وضع الطلاق بإرادة الزوج محل إشكالية قانونية أساسية شكلت محور خلافي رئيسي على المستوى الفقهي والقانوني في بلادنا، تتمثل في الطبيعة القانونية لإرادة الزوج في إيقاع الطلاق[1].

[1] سورة البقرة، الآية 229
[2] سورة الطلاق، الآية 01
[3] ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، شهادة ماجيستر في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، 2013-،ص10

يرى مجموعة من رجال القانون أن الطلاق هو واحد من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج، والأصل فيها أنها تستعمل استعمالا حرا إلا أن المشرع قد وضع حق الطلاق محل استثناء وأخضع استعماله الى ضرورة توفر الشكل القانوني المحدد في نص المادة **49** ق، أ، ج والمتمثل في:

-تقديم عريضة مكتوبة، بحيث يجب على الزوج تقديم عريضة مكتوبة الى القاضي يعبر فيها عن رغبته في طلب الطلاق بدون الحاجة الى ذكر الأسباب والدوافع.

-إجراء محاولة الصلح، وهي قيام القاضي بجمع الزوجين أمامه لإقناعه عن التراجع عن قراره، وإذا لم تنجح هذه المحاولة يعلن الزوج أو وكيله عن الطلاق في الجلسة المحددة، لكي يعبر عن إرادته في الطلاق، فيتلقى منه القاضي هذا الإعلان ، وباستيفاء جميع هذه الشروط يحدث التغيير في المراكز القانونية وينشأ الطلاق، ومعنى ذلك أن إرادة الزوج وحدها عاجزة عن إحداث أي أثر، ما لم تحترم الشكل المحدد قانونا.

وتبعا لذلك، فإن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يقع بمجرد إعلان الزوج عن إرادته، بل لابد من إفراغ التصرف في الشكل المقرر قانونا لذلك.

عدل هما القاضي وكاتب الضبط بطريقة غير مباشرة، فيفهم من هذه المادة أن الطلاق في الجزائر لا يقع لدى المحكمة وهو يخضع لإشراف القضاء.[1] ومن هذا المبدأ، يكون المشرع الجزائري قد قيد حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة من خلال وضع عقبات وصعوبات أمام حقه حيث نص على أن كل طلاق يتلفظ به الزوج قبل اللجوء الى القضاء لا يعتد به حتى تاريخ صدور الحكم بالطلاق حتى لو أخذوا وقتا في إجراء التقاضي، وهنا يكمن القول أن الطلاق بيد القاضي لا بيد الزوج.

في حين نرى أن الشريعة الإسلامية أقرت بأن الطلاق بيد الزوج لا غيره وله الحق أن يوكل أو يفوض شخص آخر.

[1] ربيع وفاء، المرجع السابق، ص10

اصطلح على القائلين بحق الزوج المطلق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة بأنصار المذهب الحر أو المطلق، والذي مفاده تقرير حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة بمجرد وجود المركز القانوني المتمثل في " مركز الزوج" فبمجرد نشأة هذا المركز القانوني يستطيع الزوج ممارسة حقه الإرادي في إنهاء الزواج، وعليه تعتبر الواقعة المادية حسب هذا الرأي هي المصدر المباشر للحق الإرادي للزوج في فك الرابطة الزوجية ، فاستعماله لحقه لا يكون تحت قيد أو اشتراط فسلطة إحداث الأثر القانوني تكون بمحض إرادة صاحب الحق المتمثل في الزوج الموقع لواقعة الطلاق، على عكس حق الزوجة في التطليق مثلا، والتي يشترط فيها توافر الحالات التي تجيز اللجوء الى التطليق بالنسبة للزوجة، والتي توحي الحكم به بالنسبة للقاضي متى تأكد من قيام الحالات المذكورة[1].

أما عن التأسيس القانوني لهذا الرأي، استند أصحابه الى نص المادة **48** ق، أ، ج قبل تعديلها التي كانت تنص على أن الطلاق حقا إراديا للزوج، فهي المجلس الأعلى سابقا، المحكمة العليا حاليا الى اعتبار حق الزوج في فك الرابطة الزوجية حقا مطلقا يعود مصدره للواقعة المادية وهذا في قرار جاء في مبدئه أن: الطلاق ليس إلا عبارة عن إرادة الزوج المنفردة لجعل حد للحياة الزوجية، وفي قرار آخر تؤكد ذات الجهة القضائية حق الزوج الإرادي و اللا مشروط في انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، حيث قضت بأنه من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للزوج صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره ، على غرار قرار آخر للمجلس الأعلى الذي جاء فيه أنه:" من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج)، ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق، يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية"[1].

[1]محبوب كربوب، الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية والإشكالات التي تثيرها، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 2021/03، ص 60.
[1]محمود كربوب، المرجع السابق، ص60

الفرع الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طلاق رجعي أم بائن

الطلاق الرجعي هو حق من حقوق الزوج، لأنه بعد يقع الطلاق بإرادة الزوج يمكنه أن يرجع زوجته وهي في فترة العدة وبدون عقد ومهر جديد، ويقع الطلاق الرجعي في الطلقة الأولى والثانية وقبل خروج المطلقة من عدتها لقوله تعالى:{ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ }[1] فإذا استطاع الزوج أن يرجع زوجته متى شاء وبدون أي قيود أو شروط وحتى لم تكن الزوجة موافقة على الرجوع بدون عقد و مهر جديد يدين مادامت في العدة وإلا أصبحت بائن.

وما يترتب على الطلاق الرجعي أنه ينقص من عدد الطلقات التي هي حق للزوج، يمكن إرجاع الزوجة قبل إكمال عدتها، على المطلقة المعتدة أن تبقى في منزل الزوجية كما جاء في نص المادة **65** من ق، أ، ج يمكن أن يرث أحدهم الآخر في حال الوفاة وفقا للمادة **132** ق، أ، ج إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث" وإذا صدر الحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح يسقط حق الزوج بالرجعة إلا بعقد جديد ويصبح الطلاق بائن وفقا للمادة **50** ق، أ، ج .

-إذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا، فلا يجوز له الزواج بإحدى محارمها من النساء خلال العدة الشرعية، لا يحل بالطلاق الرجعي المهر المؤجل لأقرب الأجلين بالطلاق أو الوفاة لأن هذا الطلاق لا ينهي الزواج بمجرد صدوره بل ينهيه بعد انتهاء العدة من غير مراجعة[2]

حكم الطلاق الرجعي هو الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة، إيقاعا مجردا عن أن يكون في مقابلة المال، ولم يكن مسبوقا بطلقة أصلا، أو كان مسبوقا بطلقة واحدة، ويترتب عليه أنه سواء أكان أول في العدة إلا أنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ، بمعنى أنه متى وقعت الطلقة الرجعية فإن كانت

[1] سورة البقرة، الآية 229

[2] هنان مليكة، الفراغ التشريعي في الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في قانون الأسرة الجزائري، دفاتر السياسة والقانون المركز الجامعي نور البشير البيض، ع 19، جوان 2018، ص739.

الأولى لم يبق للزوج إلا طلقتان، وإن كانت ثانية لم يبق له إلا واحدة وعلى ذلك لا يزيل الملك ولا يرفع الحل، ويترتب على عدم زوال الملك أن له أن يعاشرها معاشرة الأزواج بدون عقد ومهر جديد يدين، ويكون ذلك مراجعا لها مادامت في العدة [1].

موقف المشرع الجزائري من الطلاق الرجعي ما جاء في المادة **50** ق، أ، ج هو أن الرجل يملك حق الطلاق بإرادة منفردة للزوج في نص المادة **48** ق ،أ ،ج ويقع بمجرد التلفظ به إذا كان المطلق قاصدا غير مكره، وتترتب عليه آثاره والتي تتمثل أهمها في بدعة حساب العدة وغيرها من الآثار، وقد ذهب بعض الفقه الى أن المشرع لم يعترف بالطلاق الرجعي، ومن ذلك قول الأستاذ عبد العزيز سعد:" أن قانون الأسرة لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة، ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي طلاقا بائنا، ولا يقبل الطعن بالاستئناف، وقد رد عليه بأن المادة **50** ق.أ.ج هي نص صريح على الطلاق الرجعي إلا أن صياغتها ركيكة إذ قرنت الرجعة بفترة الصلح[2].

أما الطلاق البائن فهو منقسم إلى نوعان طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى.

يقصد بالطلاق بائن بينونة صغرى أنه من حق الزوج أن يرجع زوجته بعد انتهاء العدة بمهر جديد ويكون في الطلقة الأولى والثانية، أما المشرع الجزائري فلا يهتم بالعدة في هذا الباب وإنما مجرد النطق بالحكم بالطلاق يكون الطلاق بائن، كما جاء في نص المادة **50** ق،أ،ج ... ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد.

فحكمه أن يزيل الملك ولا يرفع الحل، ويترتب على زوال الملك أنه لا يحل لأحد الزوجين الاستمتاع بالآخر أو الخلوة به، وتكون منه بمنزلة الأجنبية ولو كانت في العدة[1].

[1] هنان مليكة، المرجع السابق، ص739.
[2] هنان مليكة، المرجع السابق، ص742.
[3] هنان مليكة،المرجع السابق ص739.

والطلاق البائن بينونة كبرى يقصد به الطلاق الذي اكتملت فيه عدد الطلقات من يد الزوج، فإذا طلق زوجته بثلاث طلقات فتكون قد حرمت عليه ولا تحل له حتى تتزوج رجل آخر ويدخل بها وعند الطلاق منه أو وفاته تحل لزوجها السابق لقوله عز وجل في آيته الكريمة من سورة البقرة{ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ }[1]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة **51** من ق.أ.ج .

لكن لا يحق للزوجين أو يحرم عليهم أنه إذا حرمت عليه زوجته، يذهب لرجل آخر يقول له تزوج بامرأتي وأدخل بها ثم طلقها لأرجعها، فهذا لا يجوز شرعا في الدين الإسلامي.

المطلب الثاني: الفراغ التشريعي في تكييف الطلاق التعسفي

التعسف مصطلح أجنبي وفد إلى بلاد العرب مع قوانين أجنبية، حيث عرف التعسف لغة على أنه مأخوذ من الفعل الثلاثي " عسف" تعسف عسفا والتعسف يأخذ بمعنى الجور والظلم والانحراف عن الغاية أو الوجهة المقصودة فعسف عن الطريق يعسف : مال وعدل كاعتساف وتعسف أو خبطه على غير هداية والسلطان ظلم، وعسفه تعسيفا: أتعبه وتعسفه ظلمه وانعسف: انعطف والعسوف الظلوم، ومنه أيضا عسف الولادة و إسرائهم الى الظلم[2]

نستنتج من هذا التعريف أن التعسف لغة يعني الظلم وإلحاق الضرر بالغير، أما التعسف اصطلاحا يقصد به في الفقه الإسلامي أنه مصطلح أو نظرية في الأول استعمله الفقهاء قديما، كالشافعي في الرسالة" أنه إذا أقامه على غير مثال بدلالة على قيمته كان متعسفا"، وذكره ابن الحزم بقوله " ولتعلم أن التعسف وسوء الملكة لمن خولك الله في أمره من رفيق أو رعية يدلان على حساسة النفس" ويقصد به الظلم[3].

[1] سورة البقرة، الآية 230

2 مسعودة بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ماستر، تخصص الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، 2015-2016، ص24-25.

[3] مسعودة بودية، المرجع السابق، ص25

أطلق مصطلح التعسف في الطلاق على انحلال الرابطة الزوجية في حالة أن الزوج طلق زوجته بدون سبب سمي الطلاق التعسفي، إذن ما المقصود بالطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري وما هي المعايير لتحديد هذا التعسف وكيفية التعويض عن الضرر الناتج عنه ؟

الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق، ولكن إيقاعه يكون بدون سبب معقول وبدون سوء تصرف من قبل الزوجة وبدون طلبها أو رضاها، إنما يقع لمجرد قصد الإضرار بها، وهنا يكون الزوج متعسفا في استعمال حق الطلاق ويتحمل النتائج المترتبة عليه شرعا وقانونا[1].

وفي موضوع الطلاق التعسفي أعطى قانون الأسرة الجزائري الحق للقاضي هو الذي يقرر إذا كان الزوج متعسفا أولا، وهذا ما جاء في نص المادة **52** من نفس القانون" إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"

لكنه لم يذكر أو يحدد معايير الطلاق التعسفي أو الحالات التي يمكن القول أن الزوج تعسف في حق زوجته، بل تركها لاجتهادات المحكمة العليا، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول حول معايير التعسف في استعمال حق الطلاق ، والفرع الثاني سيكون يتمحور حول التعويض عن ضرر التعسف في الطلاق.

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال حق الطلاق

إن معايير التعسف في الطلاق متعددة نذكر منها:

1. **معايير ذاتية أو شخصية:** معيار قصد الإضرار بالغير وذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصدا الإضرار بها لدافع الانتقام والكراهية والمرض والموت وقد يكون بدون سبب مشروع ولا توجد أي منفعة مصلحة بحقها.

[1] مخالفيه سعاد، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، مذكرة الماجيستر فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 2015-2016، ص11.

2. **معيار المصلحة غير المشروعة:** مشروع الطلاق لأن يكون حلا للخلافات الزوجية التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولم يشرع إلا لهذا المقصد وإيقاعه في غيره مناقض لهدف الشارع منه[1]

3. **المعايير الموضوعية:** معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: إيقاع الزوج للطلاق بناءا على أسباب غير مقبولة وبغير مبررات ودوافع للطلاق وذلك لدفع الضرر عن نفسه بالموازنة بين ما يترتب على الطلاق من مصالح وما ينتج عنه من مفاسد وأضرار تلحق بالزوجة وهذه المفاسد أكبر من المصلحة المرجوة من الطلاق وبذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه.

4. **معايير الضرر الفاحش:** إن قيام الزوج بتطليق زوجته من غير مبرر شرعي ودون حاجة فيه ضرر فاحش للزوجة خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا واعتمدت الزوجة عليه في النفقة وقد تقدم بها العمر وحدث الطلاق في هذه الحالة فإن الزوج يكون قد أضر بها ضررا فاحش.ا[2]

الفرع الثاني: التعويض عن ضرر التعسف في الطلاق

إن المشرع الجزائري لم ينص على مبدأ التعويض في الطلاق التعسفي وأغفل ذلك وجعله سلطة تقديرية للقاضي ولاجتهادات المحكمة العليا من خلال القرار الصادر عنها وباعتبارها سلطة ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض.

و المقصود بالتعويض هو ما يلتزم به المسؤول في مسؤولية مدنية اتجاه من أصابه بضرر فهو جزاء المسؤولية، أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق التعويض عن الضرر الذي نجم عنه، أي مقابلة هذا الضرر بمال عوض عنه.[1]

[1] العطري محمد، التعسف في الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر حقوق في أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015-2016، ص28.
[2] العطري محمد، المرجع السابق، ص29.
[1] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، شهادة دكتورة في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص581.

إن التعويض أساسه وجود الضرر، وقد يستفيد منه الزوج كما تستفيد منه الزوجة في حين أن المتعة مقتصرة على الزوجة ولا يشترط فيها إثبات وجود الضرر ولعل هذا ما يؤكد وجود فرق بين المتعة والتعويض[2]

المبحث الثاني: الفراغ التشريعي في الطلاق بالنشوز واحتساب العدة

نصت المادة **55** من ق.أ.ج على أنه عند نشوز أحد الزوجين يجب التعويض للطرف المتضرر من الطلاق، كما يمكن أن يقع من الزوج أو الزوجة، وهي المادة الوحيدة التي تنص على التعويض للزوج في حالة النشوز من الزوجة ويصدر الحكم بالطلاق من القاضي.

قانون الأسرة الجزائري هو القانون الوحيد من ضمن القوانين العربية الذي نص على هذا النوع من التطليق، والذي كان من السهل الاستغناء عنه وإدخاله ضمن الضرر المعتبر شرعا الوارد في الفقرة 10 من المادة **53** ق.أ.ج، وبالإضافة الى هذا نص المشرع الجزائري في المادة **61** من نفس القانون بأنه لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة.[1]

سنتطرق في هذا المبحث الى النقص التشريعي في الطلاق بالنشوز واحتساب العدة في مطلبين، المطلب الأول سيكون حول النقص التشريعي في النشوز، والمطلب الثاني يتمحور حول العدة واحتسابها.

[2] عيساوي عبد النور، المرجع السابق ص107.
[1] عيساوي عبد النور، المرجع السابق ص99.

المطلب الأول: النقص التشريعي في أحكام الطلاق للنشوز

إن النشوز مذكور في القرآن الكريم في قوله تعلى{ واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا}[1] فالسؤال المطروح حول ماهية النشوز ومعاييره ؟

سنجيب على هذا السؤال من خلال فرعين، الفرع الأول حول مفهوم النشوز والفرع الثاني معايير النشوز.

الفرع الأول: ماهية النشوز

يعني النشوز في اللغة مأخوذ من النشز وهو الارتفاع عن الأرض [2]، واصطلاحا هو عدم القيام بالواجبات المفروضة على الزوج أو الزوجة.

فكأنها ارتفعته وتعالته عما فوض عليها من المعاشرة الزوجية، ينبغي للزوجة ألا تغضب زوجها وللزوج مداراتها، فقال عبد الله عن أبيه: سمعت أبا يوسف القاضي يقول: " خمسة يجب على الناس مداراتهم: الملك المسلط، والقاضي المتأول، والمريض والمرأة، والعالم ليقتبس من علمه".

فالنشوز هو عدم قيام الزوجة بواجبها اتجاه زوجها وعدم طاعته، فله أن يؤدبها على الترتيب فيدخلها أولا على الرفق واللين بأن يقول لها كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب ولا تكوني من كذا وكذا فلعلها تقبل الموعظة فتترك النشوز فإن نجحت فيها الموعظة ورجعت الى الفراش وإلا هجرها، وقبل يخوفها بالهجر أولا والاعتزال عنها وترك الجماع والمضاجعة فإن تركت وإلا هجرها لعل نفسها لا تحتمل الهجر، ثم اختلف في كيفية الهجر قيل **يهجرها بأن** لا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه، وقيل يهجرها بأن لا يكلمها في حال مضاجعته إياه لأن يترك جماعها ومضاجعتها لأن ذلك حق مشترك بينهما فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها فلا يؤد بها بما يضر

[1] سورة النساء، الآية 34.
[2] الروض المربع شرح زاد، ص134.

بنفسه ويبطل حقه، وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع ويضاجع أخرى[1].

قال الله عز وجل { وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا }[2]، وشرعا هو الخروج عن طاعة الزوج وهو مأخوذ من نشز إذ ارتفع لأن فيه ارتفاعا عن أداء الحق، قال في شرح الروض ويسمى النشوز شقاقا لأن الإنسان إذا بغض شخصا يعطيه شقه وحقوق الزوج عليها طاعته وملازمة المسكن وحقوقها عليه المهر والنفقة ونحوها، وأما المعاشرة بالمعروف فهي حق لكل منهم على الآخر.3

جاء في المادة **55** من ق.أ.ج " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، يفهم من هذه المادة أن النشوز يكون من طرف الزوج أو الزوجة لا من طرف الزوجة فقط.

قال الشافعي رحمه الله قال الله عز وجل { وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها}[3] فظاهر الآية بأن الخوف من الشقاق بين الزوجين أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه منع الحق، ولا تطيب نفس واحد منهما لصاحبه بإعطاء ما يرضى به، ولا ينقطع ما بينهما بفرقة ولا صلح ولا ترك القيام بالشقاق، وذلك أن الله عز وجل أذن في نشوز المرأة بالعظة والهجرة والضرب، ونشوز الرجل بالصلح، {فإذا خافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به}

فالنشوز عموما هو جحود الزوجية لغير سبب شرعي ، أو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك.[4]

الفرع الثاني: معايير تقدير النشوز

[1] الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، الطبعة الثانية،1406 ه، 1986م، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ص334.
[2] سورة النساء، الآية 128.
[3] سورة النساء، الآية 35.

[4] عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص101.

لم يرد نص قانوني يحدد معايير تقدير النشوز، وكما جاء في نص المادة **222** من ق،أ،ج بالرجوع الى الشريعة الإسلامية، وكما حول خول المشرع الجزائري بسلطة التقديرية للقاضي في إصدار أحكام ما لم يجد نصوص قانونية يستند عليها.

فمعايير إثبات النشوز للزوجين استمدت من الشريعة الإسلامية والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا.

فالقاضي لا يحكم إلا عند ثبوت النشوز، لذلك يقع عبئ إثبات النشوز على من يعيه، ويثبت النشوز بكل الوسائل القانونية، فيثبت بشهادة الشهود مثلا في حالة التي تغادر فيها الزوجة منزل الزوجية على مرأى ومسمع الجيران.[1]

فقد قال التسولي: إن إضرار أحد الزوجين الآخر يثبت بأحد أمرين:

- إما شهادة عدلين فأكثر لمعاينتهم إياه، لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم ونحو ذلك.
- وإما السماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران، من الناس والخدم وغيرهم ويثبت الضرر بينه والإقرار.[2]

وإذا أقر أحد الزوجين بالنشوز فالإقرار سيد الأدلة، ويعد النشوز الامتناع من الانتقال الى منزل الزوجية بغير سبب شرعي ، هجر بين الزوجية بعد انتقالها إليه بدون سبب معقول شرعا أو حق أو كأن لم يأذن لها بالخروج وتخرج بغير إذنه، منع الزوج من الدخول عليها في بيتها الذي هو ملك لها والتي لم تكن قد طلبت إليه الانتقال الى بيته فأبى وأمهلته حتى يهيئ لها مسكنا شرعيا، ألا تمكنه من مجامعتها إلا إذا كان الجماع يؤذيها بسبب مرض فلا تسقط نفقتها بشرط أن تتم معاينتها من امرأة ثقة (طبيبة).[13]

[1] عيساوي عبد النور، مرجع سابق، ص103.
[2] عيساوي عبد النور، مرجع سابق، ص105.
[3] عيادة الحسين، الحماية القضائية للأسرة عبر النفقة الزوجية، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، الجزائر، قوائم المحتويات متاحة على Asjp المنصة الجزائرية للمجلات العلمية الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، المجلد 12، العدد 2، القسم 1، العلوم الاقتصادية والقانونية، ص363.

السفر دون إذنه أو الخروج من منزل الزوجية دون علمه، وكذا الزوجة العاملة التي يشغلها عملها عن منزلها وواجباتها اتجاه زوجها ومنزلها، في هذه الحالات تعتبر ناشزة فإن صدر الحكم القضائي بالرجوع الى منزل الزوجية وامتنعت عن ذلك فتكون ناشزة.

المطلب الثاني: النقص التشريعي في احتساب العدة:

إن العدة أثر من الآثار الناتجة عن الطلاق وهي حق للزوجة لما فيها من حكم تشريعية، فلا يحق للمرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تعيد الزواج من رجل آخر وهي في فترة العدة ولم تنتهي منها بعد، حرصا على عدم اختلاط الأنساب وبراءة الرحم من ماء الزوج الأول.

فمن خلال هذا المطلب سنعطي مفهوم للعدة وأحكامها ومقدارها من خلال الفرع الأول، واحتساب بدايتها ونهايتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ماهية العدة

العدة لغة: من العد والإحصاء فيقال عدد الشيء أو أحصاه إحصاءا وعده عدا.[1]

والعدة بكسر العين هي عدة النساء في ظروف خاصة بهن، وصارت عادة لهن حسب ما أراد الله بهن، قال الله تعالى{ إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منها أربعة حرم ذلك الدين القيم فلا تظلموا فيهن أنفسكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة واعلموا أن الله مع المتقين}[2]

والعدة اصطلاحا تعني تربص المرأة عند المفرقة من نكاح صحيح مؤكدا بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت، أو بعد وطئ بشبهة أو نكاح فاسد، فإذا حصلت الفرقة بأن سبب من الأسباب، فلا يحل للمرأة أن تتزوج

[1] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مدعمة باجتهادات قضائية، دار الهدى الجزائر، ط،2008، ص28.
[2] سورة التوبة، الآية 36.

إلا بعد أن ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لانتظارها.[1]

و بالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري لا نجد مفهوما مفصلا حول العدة، وإنما عالج أحكامها في الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق وتحته مسمية العدة، وذلك من المادة **58** الى المادة **61** منه.

ومن الاجتهادات القضائية التي أقرت بوجوب العدة للمرأة، ما جاء في قرار المحكمة العليا والذي اعتبر العدة من النظام العام ، حيث جاء في نص القرار "لا طلاق دون عدة ودون نفقة عنها، مادامت من النظام العام[2].

1 وأحكام العدة في الفقه الإسلامي هي:

- ✓ **التوارث بين الزوجين:** حسب نص المادة **132** ق.أ.ج فالعدة يترتب عليها التوارث بين الزوجين فالزوجة المعتدة من طلاق إذا توفي زوجها قبل إكمالها العدة فإنها ترث منه.
- ✓ **ثبوت النسب:** الولد الناتج عن علاقة المعتدة بزوجها المتوفى أثناء العدة وكانت ولادته وقعت بين أقل وأقصى مدة الحمل المحددة في المادة **43** ق ،أ ،ج وهي 6 اشهر.
- ✓ **مكان الاعتداد:** على الزوجة المعتدة أن تكمل عدتها في مسكن الزوجية وتمنع نفسها من الخروج خارج المنزل، إلا لحالات ضرورية، لقوله تعالى {ولا تخرجوهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة}[3]

كما جاء في نص المادة **61** من ق ،أ ،ج أنه :" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

[1] هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة الدكتورة، قسم الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خضير بسكرة 2019-2020 ص 309.
[2] هشام ذبيح، المرجع السابق ص 309
[3] سورة الطلاق، الآية 01

2 حقوق المطلقة المعتدة:

إن الزوجة المطلقة المعتدة لها حق النفقة والسكن هذا ما أقرته المادة **65** ق.أ.ج وهي النفقة الواقعة على عاتق الزوج سواء كان ميسور الحال أو معسورا بشرط ألا تخرج الزوجة من بيت الزوجية إلا للضرورة القصوى، وفي حالة خروجها بعدم الضرورة تعتبر ناشزا ويسقط حقها من نفقة العدة وفي قوله تعالى { أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن}[1]

- ✓ منع الزوج من الزواج بأقارب من فارقها عدتها، لا يحق للزوج الزواج بإحدى محارم لمن فارقها أثناء عدتها، ولا بالخامسة وهي أثناء العدة.
- ✓ وجوب الحداد على الزوجة:

تلتزم المعتدة بالحداد على زوجها المتوفي وتجتنب كل أنواع الزينة كلبس الحلي ووضع العطر والابتعاد عن أدوات التجميل والكحل ما دامت في العدة، أما المطلقة رجعيا يستحسن أن تتزين لزوجها في منزل الزوجية فقط.

وكذلك لا يجوز تجاوز حدود الشرع لقوله صلى الله عليه وسلم" لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا"

ومقدار العدة عند المطلقة هو ثلاث أشهر وعشر أيام والمرأة المتوفي عنها زوجها تقدر بأربع أشهر وعشر، لقوله عز وجل { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء}[2]و في قوله تعالى { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا}[3]

[1] سورة الطلاق، الآية 07.
[2] سورة البقرة، الآية 226.
[3] سورة البقرة، الآية 188.

الفرع الثاني: احتساب العدة:

ازدواجية العدة في فالعدة الشرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق والعدة القانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وهذا ما يطرح عدة إشكاليات.

فإذا افترضنا وقوع الطلاق من قبل الزوج بتاريخ **2018/04/02** وتم رفع دعوة قضائية لاستصدار حكم الطلاق بتاريخ **2018/08/27** أي بعد انقضاء العدة الشرعية، فالقانون ينص على الصلح في مدة لا تتجاوز ثلاث أشهر، فإذا عقد القاضي جلسة الصلح يوم **2018/08/27** وتم الصلح بينهما فإن الرجعة تتم بدون عقد جديد طبقا للمادة **50** من ق.أ.ج و هذا لا يتفق والشريعة الإسلامية لبينونة الطلاق بعد انقضاء العدة الشرعية فيحتاج الزوج في هذه الحالة الى إبرام عقد شرعي جديد كما يمكن طرح تناقضات أخرى حسب الافتراض السابق منها:

- يجوز خطبة المطلقة بعد فوات عدتها الشرعية وذلك ممنوع قانونا.
- يجوز زواجها بعد إكمال العدة الشرعية شرعا ولا يجوز ذلك قانونا ويحق لزوجها متابعتها قانونا.
- إذا توفى زوجها المطلق بعد فوات العدة الشرعية فلا ميراث لطليقته، لكن في القانون ترثه بسبب عدم انحلال الرابطة الزوجية قضائيا وأما إذا توفى زوجها بعد إنهاء العدة القانونية ولم يراجعها في جلسات الصلح وصدر حكم الطلاق قانونا وما زالت في العدة الشرعية كتأخر الشهري فلها حق ميراث شرعا وليس قانونا.
- كما يمكن للزوج أن يتلفظ بالطلاق وتتأخر إجراءات الحكم به طبقا للمادة **49** ق.أ.ج أو قد تنعقد جلسة الصلح بعد إكمال العدة الشرعية التي تبدأ من وقت تلفظ الزوج بالطلاق فإذا نجح الصلح في الجلسة يحق له إرجاع زوجته بلا عقد جديد طبقا للمادة **50** ق.أ.ج.

- تحدد محاولات الصلح بثلاثة أشهر قانونا بينما هناك أنواع للعدة شرعا وهي عدة الأشهر والقروء والحمل بالنسبة للبينونة انتهى أمرها فلا جدوى من الصلح لأن الطلاق من الطلاق بائن بينونة كبرى.

الفصل الثاني:

الفراغ التشريعي في فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة

حرصت الشريعة الإسلامية على رعاية حقوق المرأة في مختلف المجالات وفي جميع مجالات الحياة، وفي توازن غير مسبوق في عالم ضاع فيه العدل والإنصاف، فكما أعطت الشريعة للرجل وحده حق الطلاق دون سواه، أعطت للمرأة حقا آخر و هو اختيار الرجل المناسب فلا يتم الزواج إلا برضاها، فإن خاب اختيارها و استحالت العشرة بينهم لجأت للقضاء تطلب الخلع أو التطليق طبقا لنص المادة **53 و 54** من قانون الأسرة الجزائري لفك الرابطة الأسرية وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل من خلال مبحثين: المبحث الأول: الفراغ التشريعي في الخلع، أما المبحث الثاني يندرج تحت عنوان الفراغ التشريعي في التطليق.

المبحث الأول: الفراغ التشريعي في الخلع

تطرقنا في هذا المبحث الى مطلبين الأول ماهية الخلع والثاني الفراغ التشريعي في الخلع.

المطلب الأول: ماهية الخلع

يندرج تحت هذا المطلب فرعين الفرع الأول مفهوم الخلع لغة واصطلاحا وقانونا أما الثاني الفراغ التشريعي في تكييف الخلع.

الفرع الأول: مفهوم الخلع لغة واصطلاحا وقانونا

التعريف اللغوي للخلع: خلع يخلع، خلع الثوب: نزعه، قال تعالى { إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِي الْمُقَدَّسِ طُوًى }[1]

- خَلُع: يخلع، خلاعة الرجل: انقاد لهواه.
- خَلْع: هو تحول المفصل عن موضعه من غير انفصال عنه.[2]

[1] سورة طه، الآية 12.

[2] علي بن هادية وبالحسن البليش والجيلاني بن حاج يحي، القاموس الجديد للطلاب معجم عربي الخبائي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط7، 1991، ص318.

التعريف الاصطلاحي للخلع:

الحنفية: قالوا إن الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه، فقوله إزالة ملك النكاح.

المالكية: قالوا الخلع شرعا هو الطلاق بالعوض، وقد تقدم تعريف الطلاق، فقوله الطلاق شمل الطلاق بأنواعه المتقدمة، وهو الصريح، والكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنية الطلاق، فإذا قالت له زوجته: طلقني على مهري، أو على مائة ريال مثلا، فقال طلقتك على ذلك لزمه طلاق بائن ولزمها العوض، وكذا إذا بأي كنية ظاهرة من الكنايات المتقدم ذكرها فإنه يقع الطلاق البائن ويلزمها العوض، وكذا إذا أجابها بأي لفظ ناويا به طلاقها فإنه يلزمه طلاق بائن، ولفظ من ألفاظ الطلاق الصريح، فإذا أجابها بقوله خالعتك، أو اختلعتك كان بمنزلة قوله لها: أنت طالق، وإذا قال لها: خالعتك أو اختلعتك بدون ذكر.

الشافعية: قالوا الخلع شرعا هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض متوفرة فيه الشروط الآتية بيانها في شروط العوض، فكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن وسيأتي بيان ألفاظ الطلاق في الصفة وشروطها.

الحنابلة: قالوا الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة، أما الألفاظ المخصوصة فتقسم الى قسم: صريحة في الخلع، وكناية فيه.[1]

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة **54** بأنه " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بمال قيمة الصداق المثل وقت الحكم"، وعليه فإنه يمكن للزوجين أن يتراضيا

[1] عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، ج4، النكاح والطلاق، منشورات محمد علي بيضون لنشر الكتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003ن ص 342.

على الطلاق بالخلع، ويكون هذا عن طريق اتفاق الرجل والمرأة على الطلاق شكلا خاصا ولا شكلية معينة، وإنما يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له، واتفاقهما على الطلاق الرضائي مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها من أجل أن يطلقها دون نزاع ولا مخاصمة.[1]

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للخلع

الخلع هو فسخ: لقوله تعالى { الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون}[1]

وقوله تعالى{ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون}[2]

فوجه الاستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق ذكره مرتين "الطلاق مرتان" ثم ذكر بعده الافتداء " فلا جناح عليهما فيما افتدت به" ثم ذكر الطلقة الثالثة " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " فلو كان الخلع طلاقا لكان عدد الطلقات هنا حسب ما ورد في الآية الكريمة أربعا، وهذا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج رجلا آخر، فإن هو دخل بها دخولا شرعيا ثم طلقها، فتحل لزوجها الأول.[3]

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الاول الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص263.

[1] سورة البقرة، الآية 227.

2 سورة البقرة، الآية 228.

3 جبار نعيمة، الخلع في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون خاص معمق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017، 2018، ص12.

ومن السنة النبوية إنه فسخ عندما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس بن شماس أن يطلق امرأته وأمرها أن تعتد بحيضة واحدة، وهذا دليل آخر على أنه فسخ الطلاق، فلو كان طلاقا لقال لها أن تعتد ثلاث حيضات.[4]

وقوله تعالى{ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يومن بالله واليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم}[5]

المطلب الثاني: أحكام الخلع

سنتطرق في هذا المبحث الى ثلاث فروع، الفرع الأول حالة اتفاق الزوجين على مقابل الخلع، والفرع الثاني عدم اعتبار الحضانة على مقابل الخلع والفرع الثالث التفريق بين المتخالعين فورا.

الفرع الأول: حالة اتفاق الزوجين على مقابل الخلع

المقصود به العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها لقاء طلاقها، ولا يمكن أن يكون هذا المقابل طبقا للمادة **54** ق.أ.ج مبلغا من المال، وينبغي أن يكون المقابل مالا معلوما شرعا، بينما يجوز أن يكون مؤجل المهر أو نفقة العدة، غير أن المادة تنص **54** من ق.أ.ج على أنه" إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وفق صدور الحكم"[1]

والتساؤل المطروح هنا: هل يمكن للزوج أن يطلب يبدل الخلع أكثر من المهر الذي أعطاه لها ؟

[4] جبار نعيمة، المرجع السابق، ص12.
[5] سورة البقرة، الآية 226.
[1] بن عيسى أحمد، بن فردية محمد، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث العلمية، جامعة غرداية، المجلد 8،العدد1، (2023)، ص372.

نجد عدة آراء مختلفة لهذا التساؤل، هناك من يرى بأنه يمكن للزوج أن يأخذ من زوجته مقابل الخلع يفوق المهر الذي أصدقه إياها، لقوله تعالى { فلا جناح عليهما فيما افتدت به}[2] وهناك من يقول أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاها، وهذا استنادا لما رواه الدار قطني عن أبي الزبير :" أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبي بن سلول وكان أصدقها حديقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته التي أعطاك، قالت نعم وزيادة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فأخذوها له وخلى سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم [3]، وبالرجوع إلى ق.أ.ج نجده أخذ برأي المالكية، ترك مسألة تحديد العوض بين طرفين أي لهما الحرية في تحديد المبلغ، وإذا لم يتفقان على مقابل الخلع، أعطى المشرع للقاضي السلطة لحسم هذا الخلاف وتقدير المقابل شرط ألا يتجاوز صداق المثل.

الفرع الثاني: عدم اعتبار الحضانة مقابل الخلع

لا يجب أن يتفق الطرفان على أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع، وفي حالة حصول ذلك فإن الخلع سيكون صحيحا وملزما أما التنازل عن الحضانة فيكون باطلا لأن هذه الأخيرة هي حق للطفل ولا يمكن التنازل عنها، كذلك في حالة ما اتفق الزوجان على أن يكون مقابل الخلع هو التزام الزوجة بالاتفاق على أولادها مدة محددة ثم خلال تلك الفترة وقعت في إعسار، فإن حق النفقة ينتقل إلى الأب على أن يكون ذلك دينا في ذمتها تسدده حين يسرها وإذا توفيت فإن له الحق في الرجوع على تركها إن كانت قد خلفت ما يورث.[1]

وفي غير أنه لا يجوز الخلع على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها لأبيه لأن هذا حق للولد، وبقاؤه عند أمه أنفع له.

[2] سورة البقرة، الآية 229.
[3] بن عيسى أحمد، بن فردية محمد، المرجع السابق، ص373.
[1] حبار امال، الخلع بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة وهران احمد بن بلة، الجزائر، 2018، ص 198.

كما يشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو حضانته، أو اشتراط إمساكها له بلا أجرة مدة معلومة، أو إنفاقها عليه ، فتزوجت وتركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية، أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت.[1] ويتم التفريق بين المتخالعين فورا، بحيث نجد بأن هناك من اعتبر الخلع فسخا لعقد الزواج وليس طلاقا وهذا ما جاء به المذهب الحنبلي، في حين المذهب المالكي والحنفي فإنهما يعتبران الخلع طلاقا بائنا بدليل أن الهدف من وقوعه هو درء الضرر عن الزوجة.[2]

الفرع الثالث: التكييف القانوني للخلع

إن طبيعة هذه الفرقة بسبب الاختلاف القانوني والفقهي حول اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا.

1-الموقف الجزائري: اعتبار الخلع طلاقا أم فسخ

إن المشرع الجزائري كان موقفه بارزا من الأول حيث اعتبر الخلع طلاق لا فسخا، حيث خصص المشرع الجزائري في الفصل الثالث الفسخ تحت عنوان " النكاح الفاسد والباطل" من المادة **32** الى **35** منه.

كما ذكر الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج وذلك في المادة **47** تقول" تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"

ثم ذكر طرق فك الرابطة الأسرية من خلال المادة **48** في الفصل الأول من ق.أ.ج التي تنص " 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** و**54** من هذا القانون"

حيث نجد المادة **54** تنص على الخلع كطريقة من طرق فك الرابطة الزوجية الواردة تحت الفصل الخاص بالطلاق.

[1] بالحاج العربي، مرجع سبق ذكره، ص 296.
[2] حبار امال، مرجع سبق ذكره، ص 198.

لأن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد ويتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته وبينما الأمر يختلف عليه في الخلع، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية.[1]

المبحث الثاني: الفراغ التشريعي في انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق:

في هذا المبحث سوف نعرف التطليق لغويا و اصطلاحا و كذا التعريف الفقهي و التعريف القانوني.

يعرف التطليق لغة: على أنه مأخوذ من الفعل طَلَق، يُطلق، طلاقا، وتطليقا و التطليق التخلي و الإرسال وحل العقد، ويكون الإطلاق بمعنى الترك.[1]

وتعريف التطليق اصطلاحا ينقسم إلى التعريف الفقهي و التعريف القانوني نجد أن الفقه الإسلامي قد أعطى تعريفا له كما يلي أنهم أطلقوا عليه التفريق القضائي، والتفريق في اللغة :الفرقة مصدر الافتراق، قال الأزهري الفرقة اسم يوضع موضع المصدر الحقيقي من الافتراق و فارق الشيء مفارقة و فراقا و الاسم فرقة و تفارق القوم، فارق بعضهم بعضا و فارق فلان امرأته مفارقة و فراقا باينها.[2]

وعند الفقهاء لم يرد تعريف معين للتفريق القضائي، لكن بعد الاطلاع على كتب الفقه على المذاهب الأربعة، يمكن ان اصل الى التعريف الآتي أن تتقدم الزوجة بطلب التطليق إلى القضاء، و تثبت الضرر اللاحق بها بكل الطرق القانونية وعلى القضاء التحقق من وقوع الضرر بالزوجة وإيقاع الطلاق بعد ذلك.[3]

1 باديس دياني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص86-89

[1] ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكروم بن منظور الإفريقي المصري: لسان العرب ، ط 1، بيروت، لبنان، دار صادر، المجلد العاشر، ص 229.

[2] زين الدين محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، 1988، ص209.

[3] لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناء على الارادة المنفردة للزوجة بين احكام الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دراسة تأصيلية و تحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير، قانون خاص، تخصص شؤون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ان البواقي، 2012/2011، ص 11.

تعريف التطليق في قانون الأسرة الجزائري:

إن المشرع الجزائري لم يرد نص فيه على تعريف التطليق تعريفا واضحا بل اكتفى بذكر أسبابه في المادة 53 من ق أ ج كما جاء في نص المادة 48 من ق ا ج إدراج مفهوم التطليق ضمن الطلاق، والتي تنص على "الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين 53و 54 من هذا القانون" وجاءت المادتين 53 و 54 تتحدثا عن التطليق و الخلع.

و ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول بعنوان الفراغ التشريعي في أسباب التطليق قبل تعديل ق أ ج سنة 2005 و الثاني الفراغ التشريعي في اسباب التطليق المضافة بعد التعديل ق أ ج سنة 2005.

المطلب الأول: الفراغ التشريعي في اسباب التطليق قبل التعديل 2005:

في هذا المطلب سنتطرق إلى الأسباب الواردة في قانون الأسرة الجزائري للتطليق قبل التعديل سنة 2005، لأنه قبل التعديل كانت هناك سبع أسباب للتطليق سنذكرها كما يلي:

1.التطليق لعدم الإنفاق:

جاء في نص المادة 53 من ق أ ج في فقرتها الأولى أنه يجوز التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79 و80 من نفس القانون.

ولإثبات هذا السبب لا بد من توافر شرطين أساسين هما:

أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي: يعني إذا أرادت الزوجة أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق، لا بد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها، وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه عنها قانونا، وفي حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق.[1]

[1] باديس دياني، صور واثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص37.

- ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وفق عقد الزواج :اي بعد عقد الزواج وإنهاء مراسيمه ولم يكن للزوجة علم بإعسار زوجها حتى بعد الزواج فيجوز لها أن تطلب التطليق، لكن إذا كانت تعلم بإعساره فلا يجوز لها التطليق على هذا الاساس وتبقى مسألة الاثبات في علمها من عدمه مسألة تخضع لقواعد الإثبات العامة والسلطة التقديرية للقاضي.
- وفي حالة توافر هذه الشروط يمكن للزوجة أن تطلب التطليق.

و للإشارة في هذا السبب أن المشرع الجزائري استند على قواعد الشريعة الإسلامية وعلى رأي الأئمة الثلاث (الإمام مالك و الشافعي و أحمد بن حنبل (من جواز التطليق أو التفريق لعدم الإنفاق استنادا على الآية 213 من سورة البقرة و ذلك خلف لما ذهب إليه الإمام أبو حنفية من عدم جواز التطليق لعدم الإنفاق لأن الزوج في رأيه لا يخلو من أن يكون معسرا إن كان معسرا فلا ظلم لها و اعتداء منه و إن كان موسرا و امتنع عن الإنفاق و ظلم زوجته فظلمه لا يعاقب عليه بالتطليق بل يعاقب ببيع ماله و دفعه لزوجته.

كما صدر عن المحكمة العليا بأن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها و فقا لما نص عليه الفقه المالكي كما جعل المالكي هذه المادة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي يحددها حسب مقتضيات الأحوال و لكنها لن تتجاوز السنة لأنه الحد الأقصى لطلب التطليق بالنسبة للزوجة الغائب.[1]

وتوضيحا لهذا الأساس نجد القرار المؤرخ في 23/02/1987 تحت رقم 44994 جاء فيه[1]" متى كان من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج، فليس معنى هذا أنها تطلق اذا لم يكن لها ذلك حالا، بل يجري عليه ما يجرى على النفقة ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية و الخطأ في تطبيقها في غير محله يستوجب رفضه.

[1] سميرة معاشي، احكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الاسرة الجزائري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلة المنتدى المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد السادس، ص 203.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفوذ لها بعيدا عن أهله، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية التي زفت إليه ورفض الطلبات الأخرى اعتمادا على إظهار الزوج عجزه وعدم قدرته على تلبية رغبتها طبقوا احكام الشريعة الإسلامية تطبيقا صحيحا و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن "فهذا القرار اعتبر السكن من مشتملات النفقة و بالتالي فلا أساس لعدم الإنفاق ما تم ليس هناك حكما يلزم الزوج به، لاسيما وأن الزوجة (الطاعنة (علمت أن زوجها معسر ولت يستطيع أن يؤسس مسكن منفرد في بداية حياته، ومن ثم فشرط العلم بالإعسار وعدم وجود حكم يلزم الزوج بالسكن المنفرد (كونه من مشتملات النفقة)، جعل طلب تطليق الزوجة في غير محله، و بذلك عدم القرار تطبيقا نموذجيا للفقرة الأولى من المادة 53 من ق أ ج إن لم تقل أن القرار كان المصدر لنشوء القاعدة القانونية طالما أن تاريخه يعود إلى سنة 1987.

يعتبر هذا القرار من القرارات القليلة التي نوهت بوضوح على الفقرة الاولى من المادة 53 من ق أ ج ذلك أن القرارات التي صدرت بعدها لم تكلف نفسها عناء التسبيب الذي حمله قرار 1987، كون المادة جعلت من الضرر المعتبر شرعا أساسا للتطليق و اعتمادا لكون مصطلح عام في لفظه، فإن غالبية القرارات الخائضة في مجال التطليق و رغم أنها أسست على عدم الإنفاق، إلا أنها تحولت جميعها على أساس الضرر المعتبر شرعا، وهو ما يتصنع جليا لدى بعض العينات منها القرار المؤرخ في 21/07/1998 الذي جاء فيه ما يلي:

" من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق، حكم المطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج و طردها و إهمالها مع أولادها و عدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق و التعويض معا لثبوت تضررها، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة و تعويضها طبقوا صحيح القانون".

وفي قرار آخر جاء فيه ما يلي:

" من المقرر أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق و الضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تعذرها، فإن تقديرهم كان سليما و طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعون".[1]

إلا قضاة الاختصاص واجتهادات المحكمة العليا أخذو بالحديث عن الفقرة الأولى و قالو أن كل ضرر معتبر شرعا و قد عمموه على اللفظ و الدلالة، وفي هذه الحالة نلاحظ غياب الدقة في الألفاظ و معانيها والاكتفاء بنا هو أسهل، وهنا نلاحظ أن القواعد التي بني عليها التطليق أصبحت تزداد مع الوقت عمومية بالشكل الذي أضحت هذه الصورة تقترب إلى حد بعيد من مجرد طلب مشروط إلى حق أصيل.

1.العيوب التي تخول دون تحقيق الهدف من الزواج:

أجمع الفقهاء في هذا السبب أن العيوب التي تحول دون الهدف من الزواج لا يمكن ان تخرج عن ثلاثة أنواع:

- العيوب التناسلية: اتفق المذاهب الأربعة على أنه يحق للزوجة إذا وجدت في زوجها عيب من العيوب التناسلية الثلاثة أن تطلب بالتطليق وتلجأ للقضاء للتفريق بينهم.

ويقع عليها عبئ اثبات ما تدعيه، فإذا تأكد ما تدعيه حكم لها بالتطليق لأن الهدف الأساسي من الزواج هو الإنجاب الذي لا يمكن تحقيقه إذا وجد عيب غير قابل للعلاج.

والعيوب غير محققة للهدف من الزواج لاسيما المتعلق بالجهاز التناسلي تقف عائلا دون تحقيق شيئين من الاهمية بالمكان:

تحصين الزوجة حتى لا تنصرف إلى الإنحراف بفعل إهمالها وعدم إشباع غريزتها بما هو ممنوع عنه شرعا.

الانجاب وتكوين الأسرة.

[1] باديس ذيابي، مرجع سبق ذكره، ص 39/38.

الا أن المشرع الجزائري لم يذكر أي عيب من العيوب التناسلية الحائلة لتحقيق الهدف من الزواج و إنما اكتفى فقط بذكر اللفظ دون الشرح و التفصيل تاركا المسألة للاجتهاد القضائي و الفقهي.

فنجد أن مذهب أبي حنفية النعمان قد دقق وفصل في، هذه النقطة و حدد شروط للتأكد من وجود عيب من العيوب التي تعرقل نجاح الزواج وهي:[1]

– أن لا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند عقد الزواج، فإن كانت تعلم فلا يحق لها الطلب بالتطليق.

–ألا يظهر منها الرضا بالعيب بعد الزواج، فإذا كانت راضية و قابلة بهذا العيب بعد الزواج يسقط حقها في طلب التطليق، وإذا لم تصرح برضاها و بقيت ساكتة فلا يعد سكوتها رضا ولها الحق في التطليق.

–ألا يكون الزوج قد باشر زوجته مباشرة جنسية بعد العقد ولو مرة واحدة فإذا اثبت أنه اجتمع بها بعد العقد ولو مرة واحدة، لم يبق لهل الحق في المطالبة بالتطليق لظروف العجز الجنسي على زوجها بعد ذلك.

–ألا يكون بالزوجة عيب يعيق الاتصال الجنسي كالقرف والترف فلو كان بها عيب من العيبين فلا يحق لها في المطالبة بالتطليق.

وصدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1999/02/16 حول هذه المسألة (من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين–في قضية الحال–أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما).[2]

وفي قرار آخر يعد أكثر وضوحا أكدت المحكمة العليا على ضرورة إثبات العيب الحائل دون تحقيق الهدف من الزواج بكل الطرق الشرعية و القانونية لإثبات الضرر قبل التصريح بحكم التطليق ، فقد جاء في القرار ما يلي:

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 42.

[2] قرار ملف رقم 213571 مؤرخ في 1999/02/16، المجلة القضائية، ص 119.

من المقرر شرعا أنه بسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد حرقا لقواعد الشريعة الإسلامية، ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية).[1]

1. الهجر في المضجع أكثر من أربعة أشهر:

من واجب الزوج أن يحسن معاشرة زوجته ومجامعتها، لأنه يعد أهم الأسباب الدافعة له، وتبنى الجمهور العلماء رأي الإمام ابن حزم بوجوب الرجل معاشرة زوجته إذا لم يكن له عذر، وأما الإمام الشافعي اعتبر معاشرة الرجل لزوجته ليس من قبل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به، وقال أحمد بن حنبل أنه مقدر بأربعة أشهر لأن الله قدره في حق المولى بهذه المدة.

والمسألة فيها قصة لعمر بن خطاب إذ سمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل وأسود جانبه وطال علي أن لا خليل ألاعبه.

والله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه.

ولكن ربي والحياء يكسيني وأكرم بعلي أن توطأ مراكبه.

فسأل عنها عمر فقيل له فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل لها تكون معه، وبعث إلى زوجها فأقفله (أي أرجعه)، ثم دخل على حفصة فقال: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي

[1] قرار رقم 33275 مؤرخ في 1984/05/14، المجلة القضائية، 1990، العدد 02، ص 75.

عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر...ستة أشهر فوقت الناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون راجعون شهرا.

ومن هنا توارث أن الزوجة لا تستطيع الصبر عن زوجها أكثر من أربعة أشهر للأدلة التي ذكرناها سابقا، فإذا ثبت أن الزوج هجر زوجته في الفراش لأكثر من أربعة أشهر جاز التطليق بينهما بناء على طلب الزوجة للضرر الذي لحقها جراء عدم تحصينها وعبئ الإثبات يقع عليها.

أما المشرع الجزائري لم يهمل هذا السبب لماله من أضرار ومساوئ وانعكاسات نفسية واجتماعية خطيرة ، غير أن مسألة الإثبات و الخوض فيها يعد أمرا من الصعوبة بمكان الدقة وحساسية هذه الصورة، ونتيجة لذلك لم نجد على صعيد الاجتهاد القضائي شيئا يصب صراحة على هذه الفقرة إلا تلميحا له مثلما نلاحظه في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 متعلق بالتطليق قبل البناء جاء فيه ما يلي :

(من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا، ومن تبين-في قضية الحال-أن الطاعن عقد على الطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة53 ن ق.أ.ج و عليه فإن قضاة الموضوع بقضاتهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد زواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون).[1]

2. الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية:

جاء في الفقرة الرابعة من المادة 53 ق.أ.ج قبل تعديل من أكثر الفقرات صعوبة في تفسيرها. لأنها جاءت عامة وبمصطلحات غير دقيقة و انطوت على عديد من الشروط قصد تحقيقها فيما يلي:

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 46.

أ– صدور حكم يدين الزوج بعقوبة شائنة:

نلاحظ في هذه النقطة أن المشرع لم يدقق في النص، بل ذكر العقوبة بدل الجريمة ومن خلال التدقيق في فقرة نجد أنها تتحدث عن الجريمة وليس العقوبة إذ أن القانون والفقه لم يصفا العقوبة ولم يرد القانون تصنيف العقوبة الشائنة عن باقي العقوبات الأخرى: وبالتالي فالمقصود هو الجريمة وليس العقوبة.

ب – **أن ينطوي الحكم على عقوبة أكثر من سنة:**

بمعنى أن العقوبة ينبغي أن تكون أكثر من سنة، أي إذا كانت أقل من سنة لا يمكن أن تكون أساسا لقيام الزوجة بطلب التطليق.

ج – أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة:

إن كل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص المعني المرتكب لها في شرفه ونزاهته واعتباره وهي بذلك مرشحة لأن تسبب الإساءة للأسرة بأكملها لاسيما الجرائم العمدية، وتظل في اعتقادنا الجرائم غير العمدية وكذا الجرائم البسيطة التي لا تصل عقوبتها إلى أكثر من سنة حبسا لا تشكل مساسا بشرف الأسرة، لاسيما فيما يتعلق بالمخالفات أو حتى الجنح غير العمدية(كالقتل الخطأ)، أما ما عدا ما فهي ماسة بشرف الجانب وكذا أسرته وإذا ما تضررت الزوجة جراء ما قام به الزوج من فعل مجرم كان طلبها التطليق اعتمادا على الفقرة الرابعة مؤسسا ومستجابا له.[1]

[1] باديس دياني، المرجع السابق ، ص 49.

3. الغيبة لأكثر من سنة بدون عذر ولا نفقة:

أخذ المشرع هذه الفقرة من مذهب الإمام مالك، والذي يوافقه الإمام أحمد و ذلك لاعتمادهما أنه يجوز للزوجة طلب التطليق دفعا للضرر عنها، وأضاف المشرع لهذه الفقرة عذر النفقة أيضا، إلا أن الإمام المالك برى أن للزوجة الحق في التطليق من زوجها إذ غاب عنها حتى لو كان له مال تنفق منه.

ولتحقيق هذا السبب يجب توافر هذه الشروط:

- أن يكون غياب الزوج عن زوجته بغير عذر مقبول.

- أن تتضرر بغيابه.

- أن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم فيه.

- أن تمر سنة تتضرر فيها الزوجة.

ومدى سنة قدرها الإمام مالك ولم تكن محل إجماع، فمنهم من يرى ثلاث سنين ومنهم من يرى الحد الأدنى ستة أشهر، كونها المدة التي تستطيع المرأة فيها الصبر عن غياب زوجها كما تقدم ذلك في حديثنا عن الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر، و أضاف المشرع الجزائري في ذات السياق أن الغيبة أن تكون مصحوبة بانعدام العذر و كذا وانعدام النفقة، معنى ذلك أنه حتى ولو تغيب الزوج عن زوجنه لمدة سنة دون عذر وله مال تنفق منه، فلا يجوز لها هذه الحالة أن تطالب بالتطليق.[1]

[1] باديس دياني، المرجع السابق، ص 51.

6.كل ضرر معتبر شرعا لاسيما إذا نجم عن مخالفة الإحكام الواردة في المادتين8و37:

الفقرة هاته اعتبرت الملاذ والملاذ والملجأ القضاة المحاكم وحتى المحكمة العليا لنشر أي شيء في خانة الضرر المعتبر شرعا، ولقد رأينا فيما سبق كيف أن جل قرارات المحكمة العليا تؤسس للتطليق بالضرر المعتبر شرعا رغم توافر القضاة على أسباب أخرى منوه عنها بوضوح في الماجة 53ق.أ.ج.

وحصرت هذه الفقرة الضرر المعتبر شرعا بشكل جلي في حالات منها:[1]

- في حالة إقدام الزوج على إعادة الزواج بامرأة ثانية دون علم الزوجة الأولى.

- في حالة عدم الإنفاق عليها كما هو منوه عنه شرعا.

- في حالة عدم العدل بمناسبة الزاج بأكثر من واحدة.

4. ارتكاب فاحشة مبينة:

الفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، وإنما تتعداها إلى الجرائم التي أقر لها الشارع الكريم عقوبات محددة ومعينة تسمى(الحدود) وهذه الجرائم هي: الزنا، القذف، السرقة، السكر، المحاربة، والردة والبغي وهي أيضا تسمى بالفواحش والفواحش جميع فاحشة.

فعقوبة جريمة الزنا هو الجلد للبكر والرجم للثيب في الشريعة الإسلامية، لقوله تعالى :" وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ۖ فَإِن شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ".[2]

[1] باديس دياني، المرجع السابق، ص 51.

[2] سورة النساء، الآية 15.

وعقوبة جريمة القذف الجلد ثمانون جلدة، لقوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمْ الْفَاسِقُونَ ".[1]

وعقوبة السرقة قطع اليد، لقوله تعالى :" وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ".[2]

أما عقوبة المحاربة والفساد في الأرض القتل، فوله تعالى :" إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ".3

و عقوبة البغي القتل، لقوله تعالى :" إِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ".[4]

فالجرائم سالفة الذكر تحد فواحش في ظر الشريعة الإسلامية ووجود فقرة في المادة 53ق.أ.ج تؤكد أن الزوج إذا أتى من الفواحش جاز للزوجة طلب التطليق.

[1] سورة المائدة، الآية 38.
[2] .سورة النور، الآية 04.
[3] سورة المائدة، الآية 32.
[4] سورة الحجرات، الآية 09.

المطلب الثاني: الفراغ التشريعي في أسباب التطليق بعد تعديل2005.

جاء الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل لقانون الأسرة أضاف ثلاث أسباب للتطليق في المادة 53 وعليه امتدت حالات الطلاق إلى عشر حالات وهي كالآتي:

1/الشقاق المستمر بين الزوجين .

الشقاق هو استخدام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار و الضياع، بحيث لا تعد الحياة الزوجية معه تستحق ان تحرص الزوجة علما لما ينشئ من مفاسد شتى.[1]

حيث ان مصدر الشقاق جاء فالآية الكريمة من قوله تعالى " إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ".[2]

2/التحكيم في دعوى الطلاق للشقاق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

استقر الاجتهاد القضائي بعد تعديل قانون الأسرة 11/84 بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على إثبات الشقاق وعلاماته، وعلى حجية القرائن للإثبات، وأن الضرر المنبثق عن الشقاق ليس شرطا أن يكون كثبتا بقرائن، حيث أنه يكفي اعتراف الطرف المتسبب بإيقاع الضرر من كلا الطرفين سواء كان ماديا أو معنويا، وهو ما حوته أكثر قرارات التطليق لشقاق بين طياتها.[3]

[1] قلال بن ذهيبة، التطليق في ظل قانون الاسرة الجزائري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة عبد الحميد بن باديس، 2022، ص36.

[2] سورة النساء الآية 35.

[3] مبروك معمري، عماد شريفي، "مسائل لم ينص عليها قانون الاسرة الجزائري ودور اجتهادات المحكمة العليا في استعمالها"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مخبر القانون والمجتمع، جامعة ادرار، المجلد 11، العدد 01، 2020، ص623.

3/التطليق لمخالفة احكام المادة 8 من قانون الاسرة الجزائري.

عالجت المادة 8 من ق.أ.ج موضوع تعدد الزوجات حيث ضبطت أحكام التعدد و وضعت الشروط الواجب على الزوج احترامها للسماح له بالتعدد قانونا من دون الإضرار بالزوجتين الأولى والثانية.[1]

حيث أعطى المشرع حق الزوجة بالمطالبة بالتطليق إذا خالف الزوج شروط تعدد الزوجات بموجب المادة 53 فقرة 6.

كما تبين من أحكام الفقرة 6 من المادة 53 من ق.أ.ج و التي تقضي بأحقية كل زوجة المطالبة بالتطليق متى تبين وجود تدلس من الزوج بعدم إخبارها والحصول على موافقتهما وترخيص القاضي مسبق[2]

وكذا جدير بالذكر أن المشرع الجزائري جعل المسألة اختيارية في مسألة الشروط التي يتم الاتفاق عليها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، غير أن ذلك لم يراعي بدقة في المادة 53 من نفس القانون وبالأخص في الفقرة 9 والتي تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون ان يتم ذكر عبارة أو في عقد رسمي لاحق وهذا ما يعاب على الشرع الجزائري في هذه المسألة.

الملاحظ أن المادة 08 مكرر1، أجازت للقاضي فسخ الزواج قبل الدخول إذا تم دون الحصول على ترخيص من طرف رئيس المحكمة، ومع أن الزواج تم من الناحية الشرعية صحيحا غاب فيه فقط شرط شكلي وهو رخصة رئيس المحكمة، لم تحدد المادة المدة التي تطلب فيها الزوجة بالتطليق بعد علمها بتعدد زوجها عليها مما قد يؤدي إلى تعسف الزوجة في استعمال حقها في ذلك .[3]

[1] هشام ذبيح، مرجع سبق ذكره، ص88.

[2] عميد اسامة، فك الرابطة الزوجية من طلب من الزوجة، مذكرة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص.

[3] هشام ذبيح، مرجع سبق ذكره، ص95.

نصت المادة 08 من ق.أ.ج على المبرر الشرعي لكن لم تحدد نوعه أو شكله رغم أنه صدر المنشور الوزاري رقم 85- 14. ونص على حالة العقم وكذا مرض العضال لكنه نص أيضا على أنه خارج الحالتين السابقتين يعود أمر التقدير المبرر الشرعي إلى القاضي.

وكذا نص على توفر نية العدل وكان عليه أن يقول شروط العدل لأن النية أمر نفسي ومحلها القلب، ولا يعلم نواياها إلا الله جل وعلى، أما العدل وشروطه تستشف من المظاهر الخارجية المادية.[1]

أما الطرف الثالث والمتمثل في ضرورة ان يقوم الزوج بإخبار الزوجة السابقة واللاحقة فهو امر مهم خاصة وأنه لم يتم تحديد طريقة التي يتم بها هذا الإخبار حتى يكون واضحا وصحيحا وكما أن الشرع لم يقيد هذا الإخبار بجزاء في حال عدم توافره في حالة التعدد.[2]

كان على المشرع ان يضيف مسألة التحكيم في حال التعدد الذي يمارسه القاضي إذا كان الزوج قد وفر جميع الشروط المتعلقة بالتعدد قانونا سوى شرط الموافقة من الزوجة لأن مجرد التعدد لا يعد ضرار ما لم مصحوبا بضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة، كما ان القول بإعطاء الزوجة الحق في طلب التطليق لما أصابها من آلام نفسية بسبب جمع زوجها بينها وبين أخرى، هو دوران حول حق الرجل في تعدد الزوجات ويستهدف تعطيله والحد منه وهو ما يؤدي الى ضرر عام ومفاسد اعظم من الضرر الذي يصيب الزوجة التي يتزوج عنها زوجها.[3]

على المشرع أن يعيد النظر في تنظيم احكام تعدد الزوجات وفقا لمقتضيات المشرع وكذا وفقا لحاجة المجتمع له اليوم في بلادنا.

[1] هشام ذبيح، مرجع سبق ذكره، ص96.

[2] نسيمة امال حيضري، تعدد الزوجات في قانون الاسرة الجزائري بين الاباحة والتقييد، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق، جامعة غرداية ، المجلد 08، العدد02، 2022/06/16، ص594.

[3] هشام ذبيح، مرجع سبق ذكره، ص 96.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا الذي تطرقنا فيه إلى الفراغ التشريعي في قضايا التفرقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري حول أهم نقاط أو نقائص التي لم يأخذها المشرع بعين الاعتبار أو أغفل عنها، فقد أخذتها الشريعة الإسلامية واجتهادات القضائية على محمل الجد وحاولت أن تطبقها في قانون الأسرة الجزائري في مختلف قضاياه، يكمن الخروج بنتائج الآتية :

أن المشرع الجزائري جعل الطلاق بعصمة الزوج وهو حق شرعي وقانوني لكن اذا لم يذكر أي سبب مقنع لفك الرابطة الزوجية يكون وقع غي طلاق تعسفي فهنا يصبح مجبورا بالتعويض للزوجة .

- كما أعطى المشرع الجزائري الزوجة حق في فك الرابطة الزوجية بطريقتين هما الخلع أو التطليق ،فالخلع هو أن تطلق الزوجة نفسها من زوجها مقابل تعويض متفق عليه بينهم وادا لم يتفقا فالقاضي هو الذي يحدد هذا التعويض ،فالمشرع لم يذكر إدا كان هذا تعويض مادي أو معنوي أو شيء آخر وهذا ما جعل فراغ تشريعي في ق أ ج ،أما تطليق يكون له 10 أسباب كما هي مذكورة في المادة 53 من ق أ ج
- والعدة أيضا كانت قد أخذت نصيبا من هذا النقص وأحدثت جدلا وسط رجال قانون حول كيفية احتساب العدة هل يبدأ من وقت تلفظ الزوج بالطلاق من وقت صدور الحكم نهائي للطلاق

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1- المصادر

القرآن الكريم.

2- المراجع

الكتب:

1) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع جزء 2، طبعة1 2001/1422 ،دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع .

2) سليمان البجيري علي الخطيب المسماة بتحفة الحبيب على ،شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل الألفاظ أبي شجاع للشيخ محمد الشربيني الخطيب جزء 3.

3) عبد الرحمان الجزيري ،كتاب الفقه على المذاهب الأربعة جزء 4.

4) محمد بن إدريس الشافعي، الأم تحقيق وتخريج، الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب.

5) النكاح والطلاق، منشورات علي البيضون لنشر الكتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003. :

6) الروض المربع في شرح الزاد علي طه بن هادية وبالحسن البليش والجيلاني بن جاج يحيى، القاموس جديد للطلاب معجم عربي الخبائي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر الطبعة، 17 1991.

7) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية مدعمة باجتهادات قضائية، دار الهدى الجزائر، طبعة، 2008.

8) باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، سنة الطبع، 2012.

9) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مقدمة الخطبة الزواج الطلاق، الميراث الوصية الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2003 .

رسائل و المذكرات العلمية:

رسائل الدكتورة

10) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، شهادة الدكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص الفقه واصوله، قسم الشريعة الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009/2008.

11) هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري والشريعة الاسلامية، شهادة دكتوراه قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020/2019.

رسائل الماجيستر

12) ربيع وفاء، اشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون خاص، فرع قانون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 2013.

13) عيساوي عبد النور، التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي رسالة الماجيستر تخصص قانون الأسرة المركز الجامعي ببشار، 2007 2008.

14) قلال بن ذهبية، التطليق في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم 03.07.2022.

15) لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناء على إرادة الزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجستير في قانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2011 2012.

16) مخالفة سعاد، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، مذكرة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015 2016.

مذكرات الماستر

17) العطري محمد، التعسف في الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016/2015.

18) جبار نعيمة، الخلع في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون خاص معمق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017.

19) عميد اسامة، فك الرابطة الزوجية من طلب من الزوجة، مذكرة ماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة.

20) مسعودة بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، 2016/2015.

المقالات العلمية:

21) بن عيسى أحمد بن فردية، محمد حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث العلمية، جامعة غرداية، المجلد 8 العدد 1 2023 .

22) حبار أمال، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الدفاتر السياسية والقانون العدد 18 جامعة أحمد بن بلة، وهران، الجزائر 2008.

23) عيادة الحسين، الحماية القضائية للأسرة، عبر النفقة الزوجية، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، الجزائر.

24) مبروك المصري، عماد شريفي، مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور الاجتهادات، المحكمة العليا في استعمالها مجلة العلوم القانونية مخبر القانون والمجتمع جامعة أدرار مجلد 11 العدد 28|04|2020.

25) محبوب كروب الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية والإشكالات التي تثيرها دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية المجلد 5 العدد 3 2021

26) هنان مليكة، الفراغ التشريعي في الطلاق الرجعي وآثره على جريمة الزنا في قانون الأسرة الجزائري، دفاتر السياسة والقانون المركز الجامعي نور البشير البيض، العدد19 .جوان 2018.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

- الإهداء.....
- الشكر والتقدير.....
- المقدمة 01
- الفصل الاول: الفراغ التشريعي في فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج.....04
- المبحث الاول: إشكالية الطلاق حق للزوج أم بيد القاضي.....06
- المطلب الاول: الفراغ التشريعي في تكييف حق الزوج في طلاق.....06
- الفرع الاول: الطلاق بإرادة المنفردة للزوج حق مقيد ام مطلق.....06
- الفرع الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طلاق رجعي أم بائن.....10
- المطلب ثاني: الفراغ التشريعي في تكييف طلاق التعسفي.....13
- الفرع الاول: معايير التعسف في استعمال حق الطلاق.....15
- الفرع الثاني: التعويض عن الضرر التعسف في طلاق.....16
- المبحث ثاني: الفراغ التشريعي في طلاق النشوز واحتساب العدة.....17
- المطلب الاول: النقص التشريعي في أحكام الطلاق للنشوز.....18
- الفرع الاول: ماهية النشوز..... 18
- الفرع الثاني معايير تقدير النشوز.....20
- المطلب الثاني: النقص التشريعي في احتساب الغدة.....22
- الفرع الاول: ماهية العدة 22
- الفرع الثاني: احتساب العدة 25
- الفصل الثاني: الفراغ التشريعي في فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة.....28

- المبحث الاول: الفراغ التشريعي في الخلع.....30
- المطلب الاول: ماهية الخلع.....30
- الفرع الاول: مفهوم لغوي واصطلاحي والقانون للخلع..... 31
- الفرع الثاني: الفراغ التشريعي غي تكييف الخلع.....32
- المطلب الثاني: آثار الخلع.....33
- الفرع الاول: حالة اتفاق الزوجين على مقابل الخلع.....33
- الفرع الثاني: عدم اعتبار الحضانة مقابل الخلع..... 35
- الفرع الثالث: التفريق بين متخالعين فورا.....36
- المبحث الثاني: الفراغ التشريعي في انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق 37
- المطلب الاول: الفراغ التشريعي في أسباب الطلاق قبل لسنة2005.....39
- المطلب الثاني: الفراغ التشريعي في التطليق بعد التعديل لسنة 2005.....52
- الخاتمة.....56
- قائمة مصادر والمراجع 58
- الفهرس.....63

الملخص

الملخص:

الطلاق ظاهرة اجتماعية وجدت منذ القدم وعرفتها البشرية منذ ان وطأة أقدامها هذه البسيطة وأقرتها فيما بعد جميع الاديان كل بطريقته ،والدين إسلامي أعطى للزوج حقه في فك هذه رابطة وكذا للزوجة حقها لتفريق هذا العقد وبناءا على مبادئ الشريعة إسلامية استمد منها قانون الأسرة جزائري قواعده وقوانينه إلا أنه في حالات طلاق بإرادة المنفردة لزوج أو بالخلع أو بالتطليق نجد ان مشرع جزائري قد أغفل بعض النقاط وتركها لتعاليم الدين الإسلامي واجتهادات المحكمة العليا والفقهية فإذا كان طلاق بإرادة المنفردة لزوج أو طلاق بالتراضي ولم يفصح عن سبب طلاق يقع هنا زوج في طلاق تعسفي في حق الزوجة يحكم عليه القاضي بالتعويض للزوجة بعد تعرضها للضرر المادي أو نفسي لكن قانون لم يفصل في مقدار هذا تعويض أن يكون مالا أو شيء آخر وفي حالة اتفاق زوجين على تعويض مالي يقع طلاق ولكن في حالة عدم اتفاق يمكن للقاضي تطبيق السلطة التقديرية ويضع التعويض زمن آثار الناتجة عن الطلاق نجد العدة كما هي معلومة لدى نساء بتعريف انها الزوجة بعد طلاق تعتد لمدة ثلاث أشهر لكن هنا نجد إشكال في احتساب العدة نجد من يقول انها تعتد بعد صدور الحكم القضائي بالطلاق لكن مدة بين رفع الدعوة القضائية وجلسات الصلح ونطق بالحكم قد تكون أكثر من ثلاثة أشهر بينما نجد أن الشريعة إسلامية تنص على أن المرأة تعتد بعد تصريح لفظي للطلاق من طرف الزوج وهنا وقع أشكال فمن أجدر الاخذ بمبادئ إسلام للحفاظ من اختلاط الأنساب.

Abstract:

Divorce is a social phenomenon that has existed since ancient times and has been known by mankind since it set foot and was later approved by all religions in its own way. However, in cases of divorce with the sole will of the husband, or by dislocation or by conformity, the Algerian legislature omits certain points and leaves them to the teachings of the Islamic religion and the jurisprudence of the Supreme Court, if the divorce with the will or consent of the wife, the law does not reveal any reason for the divorce The spouses' agreement on compensation is financial. Divorce takes place, but in the event of disagreement, the judge can apply discretion and set up compensation in time of effects resulting from divorce. As women are aware of the definition of a wife after divorce, but here there are forms of calculation of the number.