جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات
في القانون الخاص

شهادة مشاركة

تشهد كل من مديرة مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، ورئيس الملتقى الوطني بأن:

الدكتور: ذبيح سفيان

قد شارك (ت) في فعاليات الملتقى الوطني الافتراضي الموسوم: **انحلال الزواج -الإشكالات والحلول-**، المنعقد يوم 20 رمضان 1443 هـ

الموافق لـ 21 أفريل 2022 بورقة بحثية موسومة: **الإشكالات القانونية والفقهية التي يثيرها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري**

رئيس الملتقى الوطني

الدكتور: عشير جيلالي
أستاذ محاضر قسم -أ-

مديرة المخبر

د. جهار جميلة
مديرة المخبر

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة
مديرية المخبر

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص

ينظم

الملتقى الوطني حول

انحلال الزواج
الإشكالات والحلول

تاريخ الملتقى 21 أفريل 2022

برنامج الملتقى الوطني

مراسيم الافتتاح: 09:30-09:45

09:30-09:35	استقبال الضيوف
09:35-09:40	القرآن الكريم
09:40-09:43	النشيد الوطني
09:43-09:45	كلمة السيد مدير الجامعة
09:45-09:48	كلمة السيدة مديرة المخبر (مديرة الملتقى)
09:48-09:50	الإعلان الرسمي عن افتتاح فعاليات الملتقى الوطني

مداخلة افتتاحية

الدكتور بودومي عبد الرحمان

طلاق المرأة القاصر في قانون الأسرة وإجراءاته القضائية

الجلسة الأولى

المحور الأول: **دور إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية**

11:00-10:00

رئيس الجلسة: الأستاذ الدكتور ياكر الطاهر

اسم المتدخل	الجامعة	عنوان المداخلة
د. علياتي محمد ط.د يوسف الزين شريفة	جامعة يحيى فارس المدية	الطلاق بالتراضي بين الممارسة والآثار القانونية بالتشريع الجزائري
د. قاشي علال	جامعة لونيسي علي البليدة 2	الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وإشكالاته القانونية الموضوعية
د. بعلوج أسماء	جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة	انحلال زواج المفقود في التشريع الجزائري
د. رحال عبد القادر	جامعة الجزائر -1-	إشكالات الطلاق التعسفي وآثاره الفقهية القانونية
د. زيد مليكة	جامعة حمة لخضر الوادي	الطلاق التعسفي بين المفهوم والتأصيل الشرعي ومعايير صوره
د. كرتوس أنيسة	جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة	التعسف في طلاق المريض مرض الموت
د. قرمال بوعلام	جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة	الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي
د.حميس معمر د. حمايدي نسرين	جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة	الطلاق التعسفي والآثار المترتبة عليه
د. ذبيح سفيان	جامعة محمد بوضياف المسيلة	الإشكالات القانونية والفقهية التي يثيرها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري
د. بن سماعيلي محمد	جامعة الجزائر-1-	الإشكالات القانونية للطلاق العرفي

الجلسة الثانية

المحور الثاني: **دور الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية**

14:00-11:00

رئيس الجلسة: الدكتور سواعدي جيلالي

اسم المتدخل	الجامعة	عنوان المداخلة
أ.د طيب عمور محمد د بلبشير يعقوب	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	المعايير الذاتية والموضوعية لتقدير الضرر المعتبر شرعا في التطليق – دراسة فقهية قانونية على ضوء الاجتهاد القضائي–
أ.د بن شويخ سارة أ.د بن شويخ الرشيد	جامعة لونيسي علي البليدة –2–	الإشكالات القانونية العملية للاستجابة لطلب الزوجة التطليق لعدم الإنفاق والغيبة
د. فيساح جلول	جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة	الخلع ضرورة اجتماعية وموقف إنساني
د. صافة خيرة	جامعة ابن خلدون تيارت	إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بين القانون والشريعة الإسلامية
د. بن عيشوش فاطمة الزهراء	جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة	أجور المطلقة الحاضنة بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي
د. مزياني نور الدين	جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان	الخلع مقابل الطلاق بإرادة الزوج –أية مساواة في الحفاظ على ميثاق الزوجة؟–
د. خدام هجيرة	جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان	طلب الزوجة التطليق لغيبة الزوج –النقائص والاقتراحات من منطلق دراسة مقارنة للتشريعات المغاربية للأسرة–
د. خليفة كرفة محمد	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	الطلاق التعسفي: مفهومه وأثاره في قانون الأسرة الجزائري
د.عميري فريدة د. بومدين سامية	جامعة مولود معمري تيزي وزو	حق الزوجة طلب إنهاء الرابطة الزوجية (دراسة وتحليل لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري)

مديرية المخبر

د. عيساوي فاطمة	جامعة آكلي محند أولحاج- البويرة	حق الزوجة العاملة في طلب التطليق لعدم الإنفاق
د. عشير جيلالي	جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة	موافقة الزوج على الخلع بين الاجتهادات القضائية والمقاصد الشرعية
د. مالك بالمختار	جامعة الجزائر -1-	مكانة الزوج والقاضي في إيقاع الخلع بين الشريعة والقانون
د. غديري مروة	جامعة زيان عاشور الجلفة	ظاهرة الطلاق التعسفي وأثرها على الصحة النفسية للمطلقة-دراسة عيادية
د. فلاح زهرة ط.د علوش صابرة	جامعة سوسة- تونس جامعة مولاي الطاهر- سعيدة	فك الرابطة الزوجية بالخلع
ط.د أمينة لحول ط.د بلعسل بنت نبي ياسمين	جامعة يحيى فارس المدية	ثبوت النسب كأثر عن انحلال الرابطة الزوجية
ط.د عبد النور تمين	جامعة الجزائر -1-	الاختلاف بين الزوجين حول متاع البيت
ط.د بن شويخ مروة ط.د مساعدية أمينة	جامعة نواكشوط جامعة لونيسي علي البليدة -2-	الإشكالات والحلول الواردة على قضايا التطليق وفقا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري
ط.د بن أحمد رانيا	جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان	التعويض عن الطلاق التسعفي
ط.د وحيد نورة	المركز الجامعي مرسلي عبد الله تيبازة	الطلاق بالتراضي والخلع وآثارهما القانونية
ط.د مزوزي أحمد بن يوسف	جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر	مدى إمكانية إثبات الهجر في المضجع
ط.د عليوات محمد	جامعة الجزائر-1-	الخلع بين المشروعية والتعسف في استعماله
ط.د أحمد موسي	جامعة الحاج موسى آق اخموك تامنغست	الآثار المترتبة عن تطبيق المادة54 من قانون الأسرة الجزائري .
ط.د عيساوي سارة	عبد الرحمان ميرة بجاية	طلب التطليق بسبب العيب من الزوجة

مديرية المخبر

الجلسة الثالثة

المحور الثالث: **السلطة التقديرية للقاضي الوطني والقاضي الأجنبي في قضايا فك الرابطة الزوجية**

15:30-14:00

رئيس الجلسة: الدكتور بودومي عبد الرحمان

اسم المتدخل	الجامعة	عنوان المداخلة
د. دحامنية علي ط.د ضيف وليد	جامعة محمد خيضر بسكرة	السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة اتجاه حق الزوجة في طلب التطليق
د. سعودي مناد	جامعة الجزائر -1-	النزاع في متاع البيت
د. شاوش أسماء	جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة	تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالطلاق
د. لبنى لمين	جامعة محمد بوضياف المسيلة	الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وواقع التكييف القضائي له كطلاق تعسفي « دراسة في معايير الحكم بطلاق الثلاث بكلمة واحدة أنموذجًا »
د. سواعدي جيلالي	جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة	الجوانب الإجرائية في دعوى الطلاق بين النص والممارسة
د. بن تونس زكريا	جامعة آكلي محند أولحاج البويرة	ضوابط السلطة التقديرية لقاض الأسرة وبعض تطبيقاتها – فكّ الرابطة الزوجية
أ. مهدي عبد الحميد	جامعة الجزائر -1-	تدخل الهيئات القضائية في عقد الزواج
د. شدادي محسن ط.د بوطار رجاء	جامعة محمد الشريف مساعديه سوق أهراس	مدى نجاعة إجراء الصلح للحد من الطلاق ما بين النص القانوني والتطبيق القضائي الأسري
د. عبد الحكيم بوجاني د. غربي صورية	جامعة بوشعيب بلحاج عين تموشنت	إشكالية عدم تبيان المشرع الجزائري لطبيعة الحكم الخاص بالطلاق أهو كاشف أم منشئ
د. برمضان الطيب	جامعة الجزائر -1-	آليات تفعيل نظام التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
ط.د بطاهر خديجة	جامعة لونيسي علي البليدة -2-	شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية

اختتام فعاليات الملتقى الوطني مع تلاوة التوصيات

جامعة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص

ملتقى وطني: حول انحلال الزواج

(الإشكالات والحلول)

مداخلة تندرج ضمن المحور الأول والموسوم ب: دور إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية

بعنوان:

الإشكالات القانونية والفقهية التي يثيرها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري

- **الاسم واللقب: سفيان ذبيح**
- **رقم الهاتف: 0698134786**
- **البريد الالكتروني: s.debih@unv-dbkm.dz**
- **الرتبة العلمية: دكتور**
- **التخصص: قانون خاص**
- **عضو مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص(جامعة خميس مليانة).**
- **أستاذ متعاقد بقسم الشريعة بكلية العلوم الإنسانية والاجتماعية (جامعة المسيلة).**

ملخص:

تتناول هذه المداخلة دراسة الإشكالات التي يثيرها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري، حيث سلطنا الضوء على المواد التي نظمت هذا النوع من الطلاق؛ عن طريق تحليلها وإبراز الإشكالات والتناقضات التي تضمنتها من جهة ومحاولة اقتراح حلول لها من جهة أخرى، وذلك من خلال محاولتنا الإجابة على إشكالية تتمحور حول طبيعة الإشكالات التي تثيرها مواد قانون الأسرة التي نظمت هذا النوع من الطلاق سواء الفقهية منها أو القانونية.

هذا وقد اعتمدنا في الإجابة على هذه الإشكالية على كل من المنهج الوصفي وكذا التحليلي إضافة إلى المنهج المقارن؛ كون هاته المناهج الأنسب لمثل هذه الدراسات، وقد خرجنا بمجموعة من النتائج التي أوردناها في نهاية هاته المداخلة؛ وأبرزها أن نص الماد 49 جاء ناقصا وهو ما أثار مجموعة من الإشكالات الفقهية والقانونية، إلى جانب أن الطلاق بالإرادة المنفردة أصبح يرادف الطلاق التعسفي إلا في حال رفض الزوجة الرجوع بعد صدور الحكم به.

الكلمات المفتاحية: الطلاق بالإرادة المنفردة– الطلاق التعسفي– إشكالات الطلاق– إشكالات إثبات الطلاق.

Abstract:

This intervention deals with the study of the problems raised by the unilateral divorce of the husband in the Algerian family law, where we shed light on the articles regulating this type of divorce; By analyzing it and highlighting the problems and contradictions it contained on the one hand and trying to propose solutions to them on the other hand, through our attempt to answer a problem that revolves around the nature of the problems raised by the family law articles that regulate this type of divorce, whether jurisprudential or legal

In answering this problem, we have relied on both the descriptive as well as the analytical method, in addition to the comparative method. The fact that these approaches are most appropriate for such studies, and we came out with a set of results that we mentioned at the end of this intervention; Most notably, the text of Article 49 was incomplete, which raised a number of jurisprudential and legal problems, in addition to the fact that divorce by unilateral will has become synonymous with arbitrary divorce unless the wife refuses to return after the judgment is issued.

Keywords: unilateral divorce - arbitrary divorce - problems of divorce.

مقدمة:

تناول المشرع الجزائري أحكام الطلاق في الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون الأسرة[1]، والموسوم بانحلال الزواج[2]؛ حيث نصت المادة 47 من هذا القانون على أن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة، مع ملاحظة أنّ استعمال المشرع الجزائري لمصطلح الطلاق في هذه المادة في مقابل الوفاة غير دقيق؛ وذلك لوجود طرق أخرى لفك الرابطة الزوجية تتمثل في الخلع والطلاق بالتراضي والتطليق، لتنص بعدها المادة 48 على أنّ عقد الزواج ينحل بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون، وما يهمنا في مداخلتنا هاته هو الصورة الأولى وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج؛ حيث سنتطرق للإشكالات التي يثيرها هذا النوع من الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بشكل عام وما تعلق بتلك الناجمة عن إثباته وتثبيته بشكل خاص.

ذلك أنّ المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري قد نصت على إثبات الطلاق وجاء فيها أنّ الطلاق لا يثبت إلا بعد إقامة عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة

---

[1]– القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ، الموافق 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية العدد24، بتاريخ 12 رمضان 1404هـ، الموافق12 جوان1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02–05 الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 18 محرم1426هـ، الموافق 27 فبراير 2005م.

[2]– ذكر المالكية أنّ الفراق بين الزوجين يقع على خمسة عشر وجها؛ وهي: الطلاق على اختلاف أنواعه والإيلاء إن لم يفئ الزوج عن يمينه، واللعان والردة وملك أحد الزوجين الآخر، والإضرار بالزوجة وتفريق الحكمين بين الزوجين، واختلاف الزوجين في الصداق قبل الدخول، وحدوث الجنون أو الجذام أو البرص في الزواج، ووجود العيوب في أحد الزوجين، والإعسار بالنفقة، أو الصداق، والتغرير والفقد وعتق الأمة زوجة العبد وتزوج أمة على حرة(انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق،1405هـ/1985م، ج9، ص244).

أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوة، أمّا المادة 52 فقد نصت على أنّه في حالة ما تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وبالرجوع للطلاق بإرادة الزوج والذي هو موضوعنا نجد أنّ أبرز الإشكالات التي يطرحها في قانون الأسرة الجزائري هي كونه يقع في أغلب الأحيان خارج ساحة القضاء؛ حيث أنّ الزوج يتلفظ بالطلاق في أوقات تختلف حسب الحالة، والتي تكون قبل اللجوء للقضاء في غالب الأحيان بمدّة قد تطول وقد تقصر، وذلك خلاف مجرى النصوص بل الطريقة القانونية والتي تقتضي برفع دعوى ثم إجراء محاولات صلح ثم النطق بالحكم المتضمن الطلاق في حال عدم نجاح الصلح (حسب المادة 49)، وعكس مجرى هذه الأمور يسمى بالطريق العرفي[3]، مع ملاحظة أنّه لا يمكن لأيّ قانون أن يضبط المسألة بدقة لتعلقها بالإنسان؛ ذلك أنّ الطلاق قد يقع دون تفكير مسبق فيه وعكس مجرى سير الحياة الزوجية أو لطارئ ما عليها، ورغم عدم وجود نص صريح يقضي بإثبات الطلاق بأثر رجعي[4] إلّا أنّ التطبيقات القضائية كما سبق بيانه تذهب في مجملها لإثباته عملا بأحكام الشريعة الإسلامية والتي أحالت لها المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[5]؛ وبالتالي فنص المادة 49 ينصرف إلى الإثبات لا غير وهو ما فهمه القضاة وعملوا به.

مع الإشارة إلى أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ينقسم من حيث الجوانب الشرعية إلى واجب ومندوب وجائز ومكروه، أمّا من حيث وقوعه فينقسم إلى طلاق سني وطلاق بدعي[6]، ومن حيث الصياغة إلى صريح وكنائي[7]؛ إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه الأنواع، واكتفى بالنص على الطلاق بالإرادة المنفردة كأصل عام، وعموما وبالرجوع لموضوع الدراسة فقد حاولنا من خلال مداخلتنا هاته الإجابة على الإشكالية التالية:

---

[3]– تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن أغلب الدارسين لقانون الأسرة الجزائري يسمون الطلاق خارج ساحة القضاء بالطلاق العرفي؛ ومصطلح العرفي هنا يقابل القضائي، وإلا فهو طلاق شرعي، وتسميته بالعرفي لا يراد بها إطلاقا التدليل على عدم جوازه أو عدم صحته(عدم صحته)؛ وإنما تمييزه عن الثاني لا غير.

[4]– وهو ما أدى ببعض الفقهاء للقول بأن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي ويقتصر على القضائي فقط، إلا أن هذا القول مرجوح –حسبنا– لكون نص المادة ينصرف أكثر لمسألة الإثبات وذلك حفاظا على حقوق الطرفين وذوي الحقوق من الورثة؛ وهو ما سار عليه العمل القضائي في البلاد.

[5]– ورد في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[6]– ابن تيمية، جامع المسائل، تحقيق محمد عزير شمس، ط1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1422هـ،ج1، ص245.

[7]– شمس الدين محمد بن أبي العباس المعروف بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ/2003م، ص 423.

الإشكالية: ما هي الإشكالات القانونية والفقهية التي يثيرها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري؟ وكيف يمكن تجاوزها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على كل من المنهج التحليلي ويتجلى ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والوقوف على الأحكام التي تضمنتها وكذا الإشكالات التي تثيرها، إضافة إلى المنهج الوصفي والذي يتجلى اعتمادنا عليه في وصف وترتيب وتصنيف الأحكام التي تضمنتها النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع محل الدراسة، إلى جانب المنهج المقارن والذي تجلى اعتمادنا عليه في مقارنة الأحكام التي تضمنتها النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع المدروس بنظيرتها الفقهية والوقوف على الإشكالات التي تثيرها، حيث قمنا بتقسيم الموضوع ككل إلى محورين؛ تطرقنا في الأول إلى دراسة الإطار المفاهيمي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وفي الثاني تطرقنا إلى الإشكالات الفقهية والقانونية التي يطرحها هذا النوع من الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

سنتناول في هذا المحور دراسة مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج؛ حيث سنتطرق بداية إلى دراسة ماهيته وذلك من خلال استعراض تعريفه في كل من اللغة والاصطلاح بشقيه(الشرعي والقانوني)، وكذا تبيان أنواعه، ثم سنتطرق بعدها إلى دراسة أقسامه وفق قانون الأسرة الجزائري.

أولا- ماهية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

أ- تعريف الطلاق:

1- تعريف الطلاق لغة: الطلاق في اللغة إزالة القيد والتخلية، والطالق من الإبل التي طلقت في المرعى، وقيل هي التي لا قيد عليها، وطلاق النساء بمعنيين؛ الأول حل عقدة النكاح والثاني التخلية والإرسال[8].

2- تعريف الطلاق اصطلاحا:

2-1- تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي:

2-1-1-عند الحنفية: الطلاق عند الأحناف هو" رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص"[9].

---

[8]- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1970، ج10، ص 226.

[9]- ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنوز الدقائق، د ط، دار الكتب العربية الكبرى، د ت، ج3، ص235.

2-1-2-عند المالكية: عرّف ابن عرفة المالكي الطلاق على أنّه:" صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته[10]، وعرفه القرطبي على أنه:" حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة"[11].

2-1-3-عند الشافعية: ورد في كتاب نهاية المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج أنّ الطلاق شرعا هو حل قيد النكاح باللفظ الآتي...[12].

2-1-4-عند الحنابلة: عرفه ابن قدامة على أنّه: "حل قيد النكاح"[13]، وهذا التعريف مطلق يشمل الفسخ وقد يخرج منه الطلاق الرجعي.

أمّا عند الفقهاء المحدثين فيستوقفنا تعريف الإمام محمد أبو زهرة للطلاق ونصه:" الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها"[14]؛ حيث يتصف هذا التعريف بكونه تعريفا جامعا مانعا فلا يدخل فيه الفسخ ولا الخلع.

2-2- تعريف الطلاق في الاصطلاح القانوني: لم يرد تعريف صريح للطلاق في قانون الأسرة الجزائري؛ حيث نجد أن المادة 48 قد تضمنت النص على انحلال عقد الزواج بالطلاق؛ والذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.

3- تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج: هو الذي يوقعه الزوج المؤهل صاحب العصمة بإرادته المنفردة بعيدا عن أي ضغط أو أيّ عامل يؤثر على إرادته وإدراكه على زوجته التي تحته والتي تكون محلا للطلاق.

ب- أنواع الطلاق: الطلاق نوعان رجعي وبائن، وفي البائن قسمان؛ بائن بينونة صغرى وآخر بائن بينونة كبرى، وفيما يلي تفصيل ذلك:

1- الطلاق الرجعي: يكون الطلاق رجعيا إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها طلقة شرعية واحدة؛ كما يملك فيه رجعتها من غير اختيارها[15]، لقوله تعالى: ﴿

﴾

---

[10]- عليش المالكي، فتح العلي المالك، ط1، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د ت،ج2، ص2.

[11]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990م، ص130.

[12]- شمس الدين محمد بن أبي العباس المعروف بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج6، ص 423.

[13]- ابن قدامة المقدسي، المغني، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997م، ج10، ص323.

[14]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957م، ص279.

[15]- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1975م، ج2، ص60.

ويترتب عليه جملة من الأحكام؛ أولها أنه يمكن للزوج مراجعتها دون وقت العدة[16] صراحة أو ضمنا؛ لقول بعض الصحابة رضوان الله عليهم وعلى رأسهم سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ:" الكنايات رواجع"[17]، كما ينقص به عدد الطلقات التي في يد الزوج وكذا تستحق المطلقة طلاقا رجعيا النفقة بجميع مشتملاتها، كما تلزم بيتها، إضافة إلى عدم جواز خطبتها تصريحا وتعريضا، كما يتحقق التوارث بينهما إذا توفي أحدهما في فترة العدة الشرعية[18]، أمّا من الناحية القانونية[19] فنجد أنّ المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إليه فقط في المادتين 50 وكذا المادة 51؛ حيث نصت الأولى على أنّه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، أمّا الثانية فقد نصت على أنّه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلّا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

2- الطلاق البائن: وهو على نوعان:

2-1- الطلاق البائن بينونة صغرى: ويقع هذا الطلاق في عدّة حالات:

2-1-1- الحالة الأولى: إذا طلق الزوج زوجته مرة واحدة ولم يراجعها في فترة العدة الشرعية، فإنه يقع بائنا ببينونة صغرى ويترتب على الزوج إذا أراد مراجعتها عقد ومهر جديدين.

2-1-2- الحالة الثانية: إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول بها[20](قبل البناء) ؛ ويترتب عليه أنه لا عدة للمطلقة ولا رجعة للمطلق[21]، لقوله تعالى:﴿ ﴾ الآية 49 سورة الأحزاب.

---

[16]- ورد في قرار المحكمة العليا رقم 395557 ما نصه:"... حيث أن القرار المطعون فيه جاء معللا ومؤسسا بما فيه الكفاية، وذلك لأن المطعون ضده(الزوج) تمسك بالرجوع ما دامت العصمة بيده، وأن الطلاق الذي صدر منه رجعي ما دام تراجع عن ذلك، وسعى إلى إرجاعها خلال مدة عشرين يوما قبل فوات مدة العدة شرعا.

حيث أن قضاة الاستئناف طبقوا القانون تطبيقا سليما لما قضوا باستئناف الحياة الزوجية لأن العصمة بيد الزوج، وأن الطلاق لم يقع مما يجعل الأوجه المثارة من الطاعنة غير مؤسسة يتعين معها رفض الطعن"(انظر: القرار رقم 395557 الصادر بتاريخ 2007/05/09م، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008م، ص299).

[17]- عبد الحي بن محمد اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية، كتاب الحدود-الوطء الذي يوجب الحد-دار الكتب العلمية، بيروت،1971م، ج4، ص185.

[18]- عليش المالكي، فتح العلي المالك، مرجع سابق، ج2، ص2.

[19]- في هذا الإطار نذكر على سبيل المثال المادة 23 من مدونة الأسرة المغربية والتي نصت على:" كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل البناء، والطلاق بالاتفاق، والخلع المملك".

[20]- عليش المالكي، فتح العلي المالك، مرجع سابق، ج2، ص4.

[21]- صدر قرار من المجلس الأعلى عن الطلاق الواقع قبل الدخول ومما ورد فيه:" متى كان من المقرر شرعا أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية تنحل بالطلاق، سواء قبل البناء أو بعده، فإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول

2-1-3- الحالة الثالثة: إذا وقع الطلاق على مال قبل الدخول أو بعده وصف بالبينونة الصغرى لقوله تعالى: ﴿ ﴾ الآية230 سورة البقرة، ويترتب على هذا النوع من الطلاق(البائن بينونة صغرى) حلول الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين؛ الطلاق أو الوفاة، كما تفقد المطلقة فيه حقها في النفقة، ويجوز للغير خطبتها تصريحا وتلميحا، كما يجوز لمطلقها ان يعقد عليها بصداق جديد(يزيل الملك ولا يرفع الحل)، ولا توارث بين المطلقين في هذا النوع من الطلاق، وإذا وقع قبل الدخول فإن المطلقة تستحق نصف المهر[22] لقوله تعالى: ﴿

﴾الآية 237 سورة البقرة.

2-2- الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الذي تحدث به الفرقة بين الزوجين لقوله تعالى: ﴿

﴾ الآية 230 سورة البقرة، ويكون هذا الطلاق بعد الثلاث[23]؛ والخلاف بين العلماء في كون الثلاث مجملة في كلمة واحدة؛ وجمهور أهل العلم على أنها تقع طلاقا بائنا بينونة كبرى، وخالفهم علي بن أبي طالب وابن عباس رضي الله عنهما وطائفة من الصدر الأول وفقهاء الظاهرية[24]؛ وآثاره أنه يزيل الملك والحل، يسقط حق التوارث بين الطليقين، حق الزوجة في مؤخر الصداق .

ثانيا- أقسام الطلاق بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة الجزائري:

أ- طلاق غير تعسفي (مسبب): وهو الذي يصدر عن الزوج الراشد العاقل الأهل للطلاق؛ والذي تكون فيه الزوجة محلا للطلاق من زواج صحيح غير فاسخ ولا باطل، استنادا إلى الإرادة المنفردة للزوج؛ والذي يرى أن هناك مبررات شرعية وقانونية للطلاق، وهو المستفاد من إعمال مبدأ مفهوم المخالفة بالنسبة لنص المادة 52 من قانون الأسرة.

ب- طلاق التعسفي: وهو القسم الثاني من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج -حسب قانون الأسرة الجزائري- حيث يصدر عن زوج عاقل راشد بالغ مخير، والذي تكون فيه الزوجة محلا للطلاق من زواج صحيح غير فاسخ ولا باطل، وقد نصت عليه المادة 52 من هذا القانون؛ وجاء فيها أنّه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، حيث يستفاد من هذه المادة أنه يختلف عن الأول من حيث وجود التعسف فيه والذي يستلزم تعويضا يقدره القاضي.

وجب عليه نصف المهر"(انظر: القرار رقم 39022 الصادر بتاريخ 1987/01/27م، المجلة القضائية، الجزائر، العدد01، ص105).

[22]- انظر: المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري(الأمر05-02).

[23]- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2، ص61.

[24]- عليش المالكي، فتح العلي المالك، مرجع سابق، ج2، ص4.

المحور الثاني: الإشكالات الفقهية والقانونية التي يطرحها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري

بداية وبالرجوع لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها أنّه" لا يثبت الطلاق إلّا بعد عّدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوة"، والملاحظ هنا أنّ قانون الأسرة الجزائري عالج في هذه المادة حالة واحدة ألا وهي حالة توجه الزوج إلى المحكمة للطلاق دون التلفظ به أو بعد التلفظ به مباشرة؛ وبالتالي فالمادة هنا لا تطرح إشكالات قانونية ولا فقهية، لكن الإشكالات تطرح في الحالة العكسية؛ أي تلفظ الزوج بالطلاق وتوجهه بعد مدّة للمحكمة قد تتجاوز ثلاثة أشهر وهي مدّة العدّة الشرعية، وبالتالي فهو يقع خلافا لمجرى الطريقة القانونية والتي تقتضي برفع دعوى ثم إجراء محاولات صلح ثم النطق بالحكم المتضمن الطلاق في حال عدم نجاح الصلح، وعند التوجه للقضاء ورفع دعوى الطلاق تثار مجموعة من الإشكالات؛ مع الإشارة إلى أنّه ورغم عدم وجود نص صريح يقضي بإثبات الطلاق بأثر رجعي إلّا أنّ التطبيقات القضائية كما سبق بيانه تذهب في مجملها لإثباته عملا بأحكام الشريعة الإسلامية والتي أحالت لها المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

ضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري لم ينص على أنواع الطلاق(رجعي أو بائن) في هذه المادة ولا في غيرها وإنما يستفاد من المادتين 50 و51[25]، وسنتطرق فيما يلي إلى الإشكالات الفقهية والقانونية التي يثيرها الطلاق بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة الجزائري:

أولا- الإشكالات القانونية التي يثيرها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

أ- مسألة إثبات الطلاق: والمقصود هنا تحديدا الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء أو ما اصطلح عليه بالطلاق العرفي؛ حيث لم تشر له المادة 49 سالفة الذكر وهو ما يمثل ثغرة فيها، حيث اكتفت بالنص على الطلاق الواقع داخل أسوار المحاكم.

ويثبت الطلاق العرفي عادة بالشهود والإقرار وكذا البينة، حيث تجري المحكمة التي ترفع فيها قضية الطلاق تحقيقا في الواقعة ثم تصدر حكمها بناء عليه[26]؛ وفي هذا الصدد نجد قرارا

---

[25]- نصت المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري(الأمر02-05) على ما يلي:" من راجع زوجته أناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، أما المادة 51 من القانون ذاته فقد نصت على ما يلي:" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلّا بعد أن تزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

[26]- وعلى مستوى العمل القضائي نجد مثلا أن كلا من محكمتي البويرة والجلفة تعملان بإثباته عن طريق التحقيق بواقعة الطلاق في حد ذاتها، وذلك بسماع الأطراف وكذا الشهود، حيث صدرت عدة أحكام من محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس في هذا الإطار ومن أهمها القرار رقم 99/19 الصادر بتاريخ 1999/01/30م(قسنطيني

للمحكمة العليا حول إثبات الطلاق العرفي ونصه كالتالي:"... ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق وليس لهم بعد ذلك إلّا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية"[27].

وهو ما نستشفه كذلك في قرار آخر للمحكمة العليا ونصه:" من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء، ومتى تبين في قضية الحال أنّ الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأنّ الزوج طلق فعلا المطعون ضدها، أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم إثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون"[28].

ب- مسألة عموم المصطلحات في المادة 49 من قانون الأسرة: حيث يطرح السؤال هنا تحديدا حول المقصود من كلمة أو مصطلح "**لا يثبت**" التي وردت في المادة 49(لا يثبت الطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح ...) هل يقصد منها لا يقع؟ وإن كان كذلك فهل ينصرف مقصد المشرع الجزائري من ورائها إلى سلب العصمة من الزوج؟ أم مجرد التأني والتروي ومنح فرصة للصلح؟ أم يقصد منها تثبيته اجرائيا وبشكل نهائي بعد انتهاء العدة الشرعية ؟ والراجح في المسألة والأصح أن مصطلح الإثبات هنا للإثبات لا غير، وهو ما فهمه القضاء وعمل به.

ج- إمكانية اتهام الزوجة التي تعقد قرانها قبل صدور حكم الطلاق بالزنا: حيث يمكن متابعة الزوجة التي تتزوج عرفيا قبل صدور حكم الطلاق بجريمة الزنا حسب قانون العقوبات الجزائري وتحديدا المادة 339؛ وذلك لأنّ الزوجة لا تزال على ذمة الزوج الأول على الورق كما يقال، وبالتالي لا يمكنها الزواج مع أنها قد تكون بائنة من الناحية الشرعية، وفعلا حدث ذلك بمحكمة الجلفة قسم الجنح؛ حيث أدينت المطلقة عرفيا التي أعادت الزواج عرفيا بجريمة الزنا[29].

وبالرجوع لقرارات المحكمة العليا نجد أنها أكدت هذا الطرح في عديد قراراتها؛ حيث ورد في أحدها أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص دون أن تنتظر الفصل في القضية

=حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية-دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة- مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل إجازة المعهد الوطني للقضاء،2004م، ص13).

[27]- القرار رقم 35026 الصادر بتاريخ: 1984/12/03م، عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 4، 1989م، ص86.

[28]- القرار رقم216850 الصادر بتاريخ: 1999/02/16م، عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا المتضمنة الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001م، ص100.

[29]- قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سابق، ص 15.

المنشورة بينها وبين زوجها، بل ذهبت المحكمة أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا، وقد ورد في آخر أنه إذا دفعت المتهمة بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها وبين الشاكي قد انحلت واستشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما فادعى الزوج الشاكي أن هذا الحكم محل استئناف، تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى والقضاء بإدانة المتهمة بالزنا، أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصر نهائيا بعد وإلّا كان قراره مخالفا للقانون ويستوجب نقضه[30].

د- مسألة تثبيت الطلاق: يتم تثبيت الطلاق بعد صدور الحكم به من قبل قاضي الأحوال الشخصية؛ حيث يثبت في منطوق الحكم، ثم يؤشر على هامش وثائق الحالة المدنية لطرفيه[31]، ويتم الاحتفاظ بالنسخ الأصلية على مستوى مصلحة الحالة المدنية بالمحكمة المختصة[32]، ليستدعي بعدها وكيل الجمهورية ضابط الحالة المدنية[33] على مستوى البلدية- ذلك أنّ التأشير على هامش وثائق الحالة المدنية يكون بسعي من النيابة العامة[34]- ليستلم الحكم ويؤشر به على هامش وثائق الحالة المدنية للطرفين، إلّا أّن الإشكال يطرح في حال عدم قيام ضابط الحالة المدنية المختص سواء في المحكمة أو البلدية بتسجيل الحكم على هامش وثائق الحالة المدنية للطرفين؛ وفي هذه الحالة تتم مساءلته إداريا- مسؤولية إدارية مدنية- ثم جنائيا إذا تبين تورطه في عدم التأشير بالحكم لأغراض مشبوهة[35].

ثانيا- الإشكالات الفقهية التي يثيرها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

1- التعويض عن الطلاق التعسفي: تطرح مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي عديد الإشكالات؛ وذلك لغموض موقف المشرع الجزائري منها؛ وسنستعرضها فيما يلي:

1-1-غموض حول المقصود من الضرر المنصوص عليه في المادة 52 ومتى يحكم به: فبالرجوع للمادة 52 من قانون الأسرة نجد أنّها قد نصت على أنّه في حالة ما تبين للقاضي تعسف

---

[30]- قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سابق، ص ص 15، 16.

[31]- مع مراعاة أحكام المادة 25 مكرر وما يليها والمتعلقة باستحداث السجل الوطني الآلي للحالة المدنية.

[32]- نصت المادة 59 من قانون الحالة المدنية رقم 14-08 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-20 على أن كتابة ضبط الجهة القضائية تحتفظ بنسخة الاصلية من السجلات(منطوق الحكم القضائي).

[33]- نصت المادة 26 من قانون الحالة المدنية(الأمر رقم 70-20) على ما يلي:" يمارس ضباط الحالة المدنية مهامهم تحت مسؤوليتهم ومراقبة النائب العام".

[34]- نصت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثالثة على ما يلي:" تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

[35]- قد يستفيد المطلق من بعض الامتيازات الممنوحة للمتزوجين كالأولوية في الحصول على سكن مثلا، أو قد يستهدف الإضرار بالطرف الآخر وتأخيره عن إبرام عقد الزواج بالاتفاق مع ضابط الحالة المدنية على عدم تأشير الطلاق على هامش وثائق حالته المدنية.

الزوج في الطلاق يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها؛ حيث يطرح تساؤل حول الضرر المقصود هنا؟ وإن كان هو الضرر المادي؟ لأنّ الضرر المعنوي مفترض في جميع حالات الطلاق، هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد نصت هذه المادة على أنّه إذا تبين للقاضي وجود مبررات شرعية فإنّه لا يحكم بالتعويض(إعمالا لمفهوم المخالفة)، إلّا أنّ العمل القضائي في هذا الإطار– وفي الغالب الأعم– يحكم بالتعويض عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بل وأصبح مرادفا للطلاق التعسفي رغم أنّ المادة واضحة وصريحة، وحسب بحثنا والأسئلة التي طرحناها على العاملين في قطاع العدالة ومن لهم صلة مباشرة به فإن القاضي عادة لا يحكم بالتعويض ويعفي الزوج منه في حالة واحدة وهي حالة نشوز الزوجة[36] وصدور حكم بالرجعة في حقها وعدم امتثالها له، أما غيرها فإنه يحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي مطلقا.

1–2– أساس المطالبة بالتعويض: حيث يطرح تساؤل حول الأساس الذي يعتمد عليه القاضي للحكم بالتعويض؛ هل هو المسؤولية التقصيرية أم نظرية الحق في الفقه الإسلامي؟ أم بالاعتماد عليهما معا؟ ولعل الأقرب هو الثاني، ذلك أنّه ورد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22 فيفري 2000م ما نصه:" إنّ الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق"[37].

1–3– مسألة مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي: ومن الإشكالات الفقهية التي يطرحها التعويض عن الطلاق التعسفي فهو الأساس الذي يقوم عليه؛ أي مدى مشروعيته، وبتعبير آخر هل التعويض الذي يدفعه الزوج لزوجته جائز شرعا؟ وفي هذا الإطار نجد فتوى للشيخ فركوس فحواها عدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي، وإذا حكم به للزوجة فهو من قبيل أخذ أموال الناس بالباطل فلا يجوز لها أخذه إلّا إذا أذن الزوج لها بأخذه طيبا به نفسه؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ الآية 29 سورة النساء، ولقوله ﷺ: «لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» أخرجه أحمد(20695)، والبيهقي(11545) من حديث أبي حنيفة الرقاشي ﷺ، وصحَّحه الألباني في «صحيح الجامع»(7662)[38].

1–4– مسألة التعويض وعلاقته بمتعة الطلاق: حيث يطرح تساؤل حول ما إذا انصرف قصد المشرع الجزائري إلى متعة الطلاق؟ وبالتالي وقع في خلط بين مفهومين مختلفين، وهو وارد كون القضاء كان يحكم بها قبل صدور قانون الأسرة الجزائري؛ حيث جاء في قرار المحكمة العليا

---

[36]– نصت المادة 55 من الأمر 02–05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري على أنه في حالة نشوز أحد الزوجين فإن القاضي يحكم بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.

[37]–انظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في ملف رقم 235367 المجلة القضائية لسنة 2001 العدد 1ص 275 .

[38]– انظر: الفتوى رقم:530، الصنف: فتاوى الأسرة –انتهاء عقد الزواج– الطلاق في حكم الطلاق التعسُّفي/ موقع الشيخ فركوس: الساعة 19:51 يوم 2022/03/26م).

الصادر بتاريخ1973/02/10م:" إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية..." [39]، وحتى في هذه الحالة يطرح إشكال حول وجوب[40] المتعة وتقديرها؛ لأن الأصل في تقديرها يعود للزوج لا القاضي.

ويمكن أن يكون قصد المشرع من نص المادة 52 انصرف رأسا للتعويض دون المتعة، وهو ما يلتمس من القرار الصادر بتاريخ 1985/04/08م، أن متعة المطلقة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة، حيث رجح هذا القرار مصطلح التعويض عن المتعة[41].

2- مسألة حساب العدّة: نصت المادة 58 على العدة؛ وجاء فيها أن المطلقة المدخول بها غير الحامل (الحائل) تعتد بثلاث قرؤ؛ حيث لم المشرع يبين المقصود بالقرؤ هل هو الأشهر أم عدد الحيضات أم الطهر؟ فالمشرع الجزائري لم يتبنى موقفا فقهيا صريحا في هذه المادة، لكن وبالرجوع إلى عدّة اليائس من المحيض في المادة ذاتها والتي هي ثلاثة أشهر وقياسا على هذه الحالة نقول أن المشرع قصد بالقرؤ الأشهر، من تاريخ التصريح بالطلاق؛ وهنا كذلك تثار مسألة التصريح والوقوع الفعلي للطلاق من جديد في هذه المادة؛ حيث قد تنتهي العدة ثم يصرح بالطلاق.

3- مسألة ازدواجية العدة: قد يؤدي تطبيق المادتين 49 و50 إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة؛ عدّة شرعية تبدأ من تاريخ التلفظ بالطلاق وأخرى قانونية تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق وما يترتب عليها من آثار بالنسبة للنسب الذي قد يثبت قانونا لا شرعا ومثله الميراث ولزوم الزوجة للبيت وكذا استحقاقها للنفقة قانونا لا شرعا، إضافة إلى حلول مؤخر الصداق شرعا لا قانونا، إلى جانب جواز خطبة وزواج المرأة شرعا لا قانونا.

---

[39]- انظر: القرار الصادر بتاريخ1973/02/10م، المجلة القضائية لسنة 1972م، العدد2، ص66.

[40]- يقول الإمام الشوكاني في قوله تعالى:﴿ ﴾ الآية 241 سورة البقرة، اختلف المفسرون في هذه الآية فقيل هي المتعة وهي واجبة لكل مطلقة وقيل هذه الآية خاصة بالثيبات اللواتي قد جومعن، لأنه قد تقدم قبل هذه الآية ذكر المتعة للواتي لم يدخل بهن الأزواج ﴿ ﴾الآية 236 سورة البقرة، والخلاف في كونها خاصة بمن طلقت قبل البناء والفرض أو عامة للمطلقات، وقيل إن هذه الآية شاملة للمتعة الواجبة وهي متعة المطلقة قبل البناء والفرض، وغير الواجبة وهي سائر المطلقات فإنها مستحبة فقط، وقيل المراد بالمتعة هنا النفقة(انظر: محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، ط1، ج1، دار الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د ت، ص255).

[41]- انظر: القرار الصادر بتاريخ 1985/04/08م، الملف رقم 39731، المجلة القضائية لسنة1989م، العدد1، ص89.

خاتمة:

يثير الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري عديد الإشكالات وذلك نظرا لقصور النصوص القانونية المنظمة له من جهة وعمومها من جهة أخرى؛ حيث لم يفصل المشرع الجزائري في جميع النقاط المتعلقة بالطلاق رغم خطورتها وترك المجال للتأويل والتفسير ؛ ذلك أن موضوع الطلاق ككل من الخطورة بما كان نظرا للآثار المترتبة عليه والتي تتعدى الطرفين، فبالرجوع للمادة 49 والتي لم تشر إلى الطلاق خارج أسوار المحاكم، حيث قد ينجم عن العمل بها كما هي بروز مسألة ازدواجية العدة، وكذا إمكانية اتهام المرأة التي تتزوج عرفيا قبل صدور الحكم بالطلاق بجريمة الزنا، إلى جانب إشكالات أخرى حول إثباته وتثبيته، إلى جانب الإشكالات التي يطرحها الطلاق التعسفي والتي أوردناها في المحور الثاني من مداخلتنا هاته.

وعموما فقد خرجنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع بمجموعة من النتائج والتي سنوردها فيما يلي تليها بعض المقترحات التي ارتأينا إيرادها لتجاوز النقائص التي وقفنا عليها من خلال بحثنا في هذا الموضوع.

-النتائج:

1- نص المادة 49 من قانون الأسرة معيب وناقص في شكله الحالي؛ مما أثار جدالا واسعا حول اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق خارج ساحة القضاء.

2- إثبات وقوع الطلاق (العرفي) يكون عن طريق التحقيق في الواقعة من قبل المحكمة.

3-غموض في المادة 52 حول المقصود من الضرر هل هو المادي أو المعنوي؛ والظاهر أنه المعنوي والذي هو في حقيقة الأمر مفترض في جميع حالات الطلاق، وهو ما يفسر حكم القضاة بالتعويض عن الطلاق التعسفي مطلقا إلا في حالة عدم امتثال الزوجة لحكم الرجوع لبيت الزوجية.

4- أساس المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي غامض؛ يتراوح بين المسؤولية التقصيرية ونظرية الحق في الفقه الإسلامية والراجح هو الطرح الثاني كون المحكمة العليا أكدت في أحد قراراتها أنه التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا يشمل الطلاق.

5- إمكانية إتهام الزوج لزوجته بارتكاب جريمة الزنا في ظل النصوص الحالية وهو ما وقع فعلا في محكمة الجلفة.

6- قد يؤدي تطبيق المادتين 49 و50 إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة؛ واحدة شرعية تبدأ من تاريخ التلفظ بالطلاق وأخرى قانونية تبدأ من تاريخ النطق بالحكم به.

- المقترحات:

1- تعديل المادة 49 من قانون الأسرة أو إضافة فقرات لها حتى يزال اللبس ويوضع حد للجدل المثار حولها.

2- ربط محاولات الصلح بالعدة الشرعية.

3- النص على متعة الطلاق التعسفي ومراجعة مسألة التعويض عنه.

4- تعديل نصوص المواد 50، 51 لإزالة الغموض وتوضيح المقصود منها بشكل أكبر بما يتلاءم مع نص المادة 49 (إن عدلت).

- المراجع:

أولا- الكتب:

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق،1405هـ/1985م، ج9.
- ابن تيمية، جامع المسائل، تحقيق محمد عزير شمس، ط1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1422هـ،ج1.
- شمس الدين محمد بن أبي العباس المعروف بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ/2003م.
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1970، ج10.
- ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنوز الدقائق، دار الكتب العربية الكبرى، د ت، ج3.
- عليش المالكي، فتح العلي المالك، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د ت،ج2.
- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990م.
- ابن قدامة المقدسي، المغني، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997م، ج10.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957م.
- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1975م، ج2.
- عبد الحي بن محمد اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية، كتاب الحدود-الوطء الذي يوجب الحد-دار الكتب العلمية، بيروت،1971م، ج4.
- محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، ج1، دار الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د ت.

ثانيا- مذكرات التخرج:

- قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية-دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة- مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل إجازة المعهد الوطني للقضاء،2004م.

ثالثا-القوانين:

-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ، الموافق 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية العدد24، بتاريخ 12 رمضان 1404هـ، الموافق12 جوان1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02- 05 الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 18 محرم1426هـ، الموافق 27 فبراير2005م.

- القانون رقم 14-08 المؤرخ في13 شوال 1435هـ الموافق ل09 أوت 2014م المعدل والمتمم للأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق ل19 فبراير 1970م والمتعلق بالحالة المدنية.

رابعا- القرارات:

- القرار رقم 395557 الصادر بتاريخ 2007/05/09م، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008م.

- القرار رقم 39022 الصادر بتاريخ 1987/01/27م، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01.
- القرار رقم 35026 الصادر بتاريخ: 1984/12/03م، المجلة القضائية، العدد 4، 1989م.
- القرار رقم216850 الصادر بتاريخ: 1999/02/16م، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص،2001م.
- قرار المحكة العليا المؤرخ في ملف رقم 235367 المجلة القضائية لسنة 2001م.
- القرار الصادر بتاريخ1973/02/10م، المجلة القضائية لسنة 1972م.
- القرار الصادر بتاريخ 1985/04/08م، الملف رقم 39731، المجلة القضائية لسنة1989م.

خامسا- المواقع الالكترونية:

- موقع الشيخ فركوس: **www.ferkous.com** (الساعة 19:51 يوم 2022/03/26م).