الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة

خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون الأسرة

إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية تخصص: قانون الأسرة

من إعداد:

✧ رشيدة جرار

✧ سارة سماعيل

تحت إشراف:

✧ جلول فيساح

لجنة المناقشة:

✧ عبد الرحمن بودومي رئيس

✧ رشيدة محمودي ممتحنة

السنة الجامعية: 2020/2019.

شكر وتقدير

الشكر والثناء لله عزّ وجل أولا على نعمة الصبر والقدرة على إنجاز هذا العمل

فالله الحمد على هذه النعم.

وأتقدم بالشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور "فيساح جلول"

الذي تفضل بإشرافه على هذا البحث، ولكل ما قدمه لنا من دعم، وتوجيه وإرشاد

لإتمام هذا العمل على ما هو عليه فله أسمى عبارات الثناء والتقدير.

وأتقدم بالشكر والتقدير للدكتور "الطاهر قوادري أحمد" على تشجيعه ودعمه لي.

نسأل اله العلي القدير أن يتقبل منا هذا العمل ويجعله من ضمن ميزان الحسنات

أمين يا رب

الإهـــــــداء

بسم الله الرحمن الرحيم

"قل اعملوا سيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون "

صدق الله العظيم

ألهى لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك سبحانك لا إله إلا أنت إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة، إلى نبي الرحمة ونور العالمين "سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم "

إلى الذي بارك ميلادي، إلى أول من همس في أذني أرجو من الله أن يمد عمرك لترى ثمار قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد والدي العزيز.

إلى من أرضعتني الحب والحياة الحب والحنان إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى ملاكي في الحياة إلى نهار العطاء إلى خيط الأمل الذي ينير المستقبل إليك يا أميرتي أمي الغالية.

إلى كل من نساهم قلمي ولم ينساهم قلبي وذاكرتي

إهـــــداء

إلى روح والديّا رحمهما الله وجعل مقامهما مع الصديقين والشهداء

بجوار نبينا الحبيب المصطفى

إلى الأحباء على القلب "إخوتي وأخواتي"

إلى أستاذي "فيساح جلول"

أهدي هذا العمل المتواضع

قائمة المختصرات

د.ت.ن: دون تاريخ النشر

د.ط: دون طبعة

ص: الصفحة

ع: العدد

ع.خ: عدد خاص

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

م.ع: المحكمة العليا

مقدمة:

الحمد لله الذي خلق من كل شيء زوجين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث بالهداية والحكمة والموعظة الحسنة وعلى آله وصحبه أجمعين.

لقد قدس الإسلام الزواج وسماه ميثاقا غليظا، ووضع له من القواعد ما يضمن به بقاؤه واستمراره، والحياة الزوجية هي النعمة بين الرجل والمرأة وهي الرحمة وهي السكن لقوله تعالى: **((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودّة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون))**.

لكن رغم جميع الضمانات والاحتياطات التي وضعتها الشريعة الإسلامية لحفظ العلاقة الزوجية، إلا أنه ومع وذلك فقد شرع الطلاق استثناءا لأنه يمكن أن تتحول هذه النعمة إلى نقمة بتحول العلاقة الزوجية إلى حالات لا تتوفر معها المحبة بين الزوجين ولا يستقيم فيها معنى للتعاون على شؤون الحياة والقيام بما أمر الله فتتقلب بسببها الحياة الزوجية رأسا على عقب وقد يصل الشقاق والخلاف بين الزوجين إلى حد يستحيل عنده الصلح وتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق بعد أن كانت سكنا وراحة.

والإسلام أقر الطلاق وشرع له من الآداب والتعاليم التي تحقق مصلحة الأسرة والأمة بشكل يكون بعيدا عن التعسف والظلم، ووضع له شروطا وحدد له حدودا وفرض على إرادة الزوج قيودا بحيث لن يتمكن من أن يعتبره تصرف يقوم به متى شاء ولأي سبب أراد، بل يقيد بالضرورة القصوى والحاجة الملحة التي يكون فيها الطلاق علاجا أنفع للزوجين أن يركنا إلى أبغض الحلال لقوله صلى الله عليه وسلم: ((ما أحلّ الله شيئا أبغض إليه من الطلاق)).

وقوله تعالى: **((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان))**.

وعليه فإن الطلاق مقيد بجملة من الأحكام والإجراءات ينبغي على الزوج إتباعها حتى يقع طلاقه صحيحا، ولكن ورغم صحة وقوع الطلاق من الناحية الشرعية إلا أنه قد يتدخل المشرع ويقيد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق باللجوء إلى القضاء والتصريح به أمامه.

وقد أشارت مسألة جعل الطلاق بيد القاضي في العصر الحالي الكثير من أراء العلماء المعاصرين بين المعارضين الذين يرون أنه لا جدوى من جعل الطلاق بيد القاضي نظرا لمصادمته مع ما هو مقرر شرعا، لأن الرجل يعتقد أنو الحق ديانة، فإذا أوقع الطلاق حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي، ولأن الطلاق حق للزوج في الحدود التي رسمها الشارع.

أما المؤيدون ذهبوا إلى منح القاضي سلطة تقديرية في إيقاع الطلاق، واستدلوا على رأيهم بأن مقصد الشارع هو التقليل من هذا الإجراء والتضييق على مع تعمده، وعليه يجب إخضاعه لرقابة القاضي للتأكد من استبعاد الأنواع المحضورة من الطلاق وضمان حقوق المطلقة وأبنائها، وأن القاضي يستطيع منع الزوج من التعسف في استعمال الحق في الطلاق، خاصة أمام ضعف الوازع الديني لدى بعض الأزواج.

أما المشرع الجزائري عرف الطلاق في المادة 48 من ق.أ.ج كما يلي: "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 53-54 من هذا القانون".

كما نص في المادة 49 من ق.أ.ج على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى.....".

إلا أن مسألة إثبات الطلاق في حد ذاتها لا تتعلق إلا بالطلاق بالإرادة المنفردة لأن دور القاضي هنا التحقق فقط من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ليحكم بإثبات هذه الإرادة دون أن يكون له الحق في مناقشتها.

إشكالية الموضوع:

نظرا لأهمية هذا الموضوع إرتأينا طرح إشكالية رئيسية على النحو الآتي:

- **هل العمل القضائي بقاعدة أن الطلاق يقع لفظ ويثبت حكما هو في صالح تماسك الأسرة أو يحتاج القانون إلى تعديل ليصبح الطلاق لا يقع ولا يثبت إلا بحكم.**

• من أجل الإحاطة والإلمام بحيثيات هذا الموضوع، تفرعت عن الإشكالية الرئيسية تساؤلات ثانوية من بينها:

1- هل يتوجب على الزوج أن يعلن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي؟

2- هل يعتد بالطلاق الذي يقع خارج القضاء؟ وهل يحكم القاضي بالطلاق بأثر رجعي من وقت وقوع الطلاق؟

3- ما مدى نجاعة الشكل القانوني الذي وضعه المشرع كقاعدة إجرائية لصحة وقوع الطلاق؟

4- ما طبيعة الحكم القاضي بالطلاق؟ أهو حكم كاشف أم منشئ؟

5- ما مدى كفاية التشريع في تنظيم مسألة الطلاق وموقف الاجتهاد القضائي من ذلك؟

• **أهمية الموضوع:**

لقد اخترت عنوانا لهذا البحث "إثبات الطلاق في القانون الجزائري مقارنة مع النصوص التشريعية" نظرا لما يكتسبه من أهمية نلخصها فيما يلي:

1- تكتسي أهمية الطلاق لكونه موضوع أغلب الأسر، وما ينشأ فيها من خلافات يومية تنتهي بالصلح أو بالتفريق.

2- بالإضافة إلى أن أهمية هذا الموضوع من ناحية مسألة اختلاف الفقه الإسلامي مع الفقه الوضعي قديما وحديثا حول إشكالية الطلاق العرفي وعدم الإشهاد عليه والموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري.

3- الارتفاع الشديد والمتزايد لمعدلات الطلاق في المجتمع الجزائري وهذا ما يؤثر سلبا على الأسرة الجزائرية خاصة والمجتمع بصفة عامة.

4- دور قضاء المحكمة العليا من خلال قراراتها الصادرة وما يسمى بالإجتهاد القضائي في أحكام الطلاق العرفي وتثبيته، باعتبارها محكمة تفسير القوانين وتوحيد وإرساء القاعدة القانونية.

- **أسباب اختيار الموضوع:**

من الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع عديدة ومتنوعة نذكر منها ما يلي:

1- كون موضوع الطلاق واقعا مراً نعيشه وكومنه مس الكثير من الأشخاص المقربين من أصدقاء وجيران، لذلك تولد لدي فضول لمعرفة ودراسة هذا الموضوع ومعرفة مختلف الإشكاليات التي تحيط به، وما سنه المشرع في هذا الشأن من قوانين وإجراءات.

2- الفضول لمعرفة ما حكم ومصير الطلاق الذي يوقع الزوج خارج القضاء والآثار المترتبة عن هذا، ودور القاضي وطبيعة حكمه في هذه الحالة.

أما الأسباب الموضوعية هي كما يلي:

1- كون الطلاق هو تصرف خطير للغاية، ويستوجب على الزوج الذي يوقعه أن لا يلجأ إليه إلا للضرورة القصوى، وذلك لما له من آثار قانونية تترتب فور وقوعه، مما يؤدي تفكك الأسرة.

2- من بين دواعي اختياري لهذا الموضوع أيضا وجود تعارض بين القانون والشريعة الإسلامية ودور القاضي في تطبيق القانون أو الشريعة، خاصة عندما يقع الطلاق لفظا وتنتهي العدة ويمر الزمن ويخطر أحد الزوجين إذا أراد أن يتزوج مرة ثانية إلى اللجوء إلى القضاء من أجل إثبات واقعة الطلاق التي حدثت منذ زمن بعيد.

3- كون هذا الموضوع خلف العديد من الإشكاليات فرضت نفسها في مجتمعنا الإسلامي.

- **الدراسات السابقة:**

نظرا لما يكتسيه موضوع الطلاق من أهمية بالغة وخطورة على المجتمع فقد كان محل دراسة العديد من العلماء والفقهاء القدامى والمعاصرين في العالم العربي بصفة عامة نذكر منها:

- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها.
- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية.

– عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق فغيب الشريعة الإسلامية.

- **الصعوبات والعراقيل:**

واجهتني صعوبات وعراقيل أثناء إنجاز هذه المذكرة تتمحور في عدة نقاط من بينها:

1- غلق المكتبات الجامعية والمكتبة الوطنية والمكتبات البلدية بسبب الوباء Covid19 الذي ألمّ بجميع الدول العربية والأوروبية.

2- ندرة المادة العلمية على مستوى المكتبات الإلكترونية.

*** المناهج المتبعة:**

اعتمدت في هذه الدراسة على المناهج التالية:

1- المنهج التاريخي من خلال دراسة الموضوع قديما بشكل عام ودراسة الموضوع في الجزائر بشكل خاص.

2- المنهج الاستقرائي من خلال استقراء النصوص من الكتاب والسنة المتعلقة بموضوع الطلاق.

3- المنهج المقارن من خلال مقارنة آراء الفقهاء المتباينة.

خطة البحث:

الفصل الأول: مفهوم الطلاق وإثباته.

- المبحث الأول: مفهوم الطلاق والإثبات.
  - ✓ المطلب الأول: مفهوم الطلاق
  - ✓ المطلب الثاني: تعريف الإثبات
  - ✓ المطلب الثالث: أنواع الطلاق
- المبحث الثاني: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية
  - ✓ المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية.
  - ✓ المطلب الثاني: طرق إثبات الطلاق شرعا وقانونا
- المبحث الثالث: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري وقوانين الأسرة المقارنة
  - ✓ المطلب الأول: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
  - ✓ المطلب الثاني: إثبات الطلاق في قوانين الأسرة المقارنة

الفصل الثاني: إجراءات إثبات الطلاق

- المبحث الأول: إثبات الطلاق بحكم قضائي وطبيعة الحكم
  - ✓ المطلب الأول: إثبات الطلاق بحكم وإجراء الصلح
  - ✓ المطلب الثاني: طبيعة الحكم الصادر
- المبحث الثاني: شروط وقع دعوى الطلاق والطعن فيه
  - ✓ المطلب الأول: شروط دعوى الطلاق
  - ✓ المطلب الثاني: الطعن في حكم الطلاق
- المبحث الثالث: تسجيل حكم الطلاق
  - ✓ المطلب الأول: يسجل بسعي من النيابة
  - ✓ المطلب الثاني: كيفية تسجيل حكم الطلاق

الفصل الأول:
مفهوم الطلاق وإثباته

تمهيد:

إن أساس الحياة الزوجية يقوم على الود والتآلف والثقة الزوجية المتبادلة، ولكن إذا اشتدت المشاكل والخلافات وأصبح العيش تحت السقف الواحد مستحيلا بسبب هذه الشقاق أصبح للتفرقة وترك الزوجين لبعضهما وانفصالهما أمرا حكيما وهذا يلحقهما إلى الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله.

ولقد أعطت الشريعة للزوج الحق في الطلاق إذا دعت إليه الضرورة، وبعد استكمال كل الطرق الإصلاح المشروعة دون الحاجة إلى إرادة الزوجة، إلا أن الزوج قد يسيء ممارسة حق العصمة (حق الطلاق).

وللإجابة على السؤال ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث.

حيث تناولت في المبحث الأول مفهوم الطلاق.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق والإثبات

يعتبر الطلاق نهاية غير سعيدة لحياة زوجية كانت قائمة على عقد صحيح شرعا وقانونا والأصل في الطلاق يقع بيد الزوج باعتباره صاحب العصمة الزوجية، ولقد تعددت تعريفات الطلاق عند الفقهاء إلا أن المعنى واحد وفي هذا المبحث نتطرق إلى تعريف الطلاق وكذا تعريف الإثبات.

المطلب الأول: تعريف الطلاق.

إن لكلمة الطلاق عدة معان وذلك حسب المقصود منها وقد تناولت الآراء الفقهية الطلاق لغة على تعاريف كثيرة من طرف فقهاء الشريعة والقانون.

كما يعتبر الطلاق الحل الأخير الذي يلجأ إليه الزوجين للحد من الشقاق الذي لا تنعدم فيه الغاية والهدف من الزواج وهذا ما سنعالجه في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحا:

أولاً :الطلاق لغة: هو حل القيد والإطلاق ومنه طالق، أي مرسلة بلا قيد وطلقت المرأة من زوجها طلاقا أي تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته[1].

الطلاق هو الترك أو المفارقة، يقال طلّق البلاد أي تركها وفارقها وطلقت القوم أي فارقتهم[2].

وهو أيضا رفع القيد سواء كان حسيا أو معنويا فيكون حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير ويكون معنويا كقيد النكاح وهو الإرتباط الحاصل بين الزوجين، أما الفرق بين الطلاق والإطلاق وإن كان كل منهما يستخدم لحل القيد حسيا أو معنويا إلا إن العرف قد جرى على قصر الإطلاق على القيد الحسي وقصر الطلاق على رفع القيد الزوجي فيقال: طلّق الرجل زوجته لا أطلق الرجل زوجته.[3]

---

[1] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2009، ص 81

[2] د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2004 ص207.

[3] حسن علي السمني، الوجيز في الأحوال الشخصية المجلد الأول بدون طبعة، ص 316.

ثانيا: تعريف الطلاق إصطلاحا عند الفقهاء:هو رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص، سواء كـان هذا اللفــظ مخصوصا منطوقا، مكتوبا أو مشار إليه أو به[1] فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي. واللفظ المخصوص هو الصريح كاللفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها[2].

– وعرفه الأستاذ بدران أبو العنين بدران أن الطلاق هو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال وفي المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من الكناية أو الإشارة ومعنى هذا أن الطلاق يرفع أحكام قيد الزواج الصحيح و يمنع إستمرارها[3].

– وعرف الأستاذ مصطفى شلبي: هو حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه بالحال أو المآل.[4]

الفرع الثاني: تعريف الطلاق شرعا:

تناولت المذاهب الأربعة تعريف الطلاق شرعا وسنتطرق إليها كالآتي:

أولاً: تعريف الحنفية: دفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو في المآل بالرجعي بلفظ مخصوص هو ما إشتمل على الطلاق وقالوا أيضا الطلاق رفع قيد النكاح حالا ومآلا بلفظ مخصوص.[5]

ثانيا: تعريف المالكية: الطلاق صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه قبل التزوج بغيره وهذا التعريف لا يتنافى مع تعريف الحنفية والحنابلة. [6]

---

[1] د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة 2004، ص 10 –11.

[2] د. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى 2007، دار الخلدونية، ص 212

[3] د. بدران أبو العنين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، دار النهضة.

[4] د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، طبعة 1983، ص 471.

[5] د. نصر سليمان، أ. سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى ،2003، ص 06–07.

[6] عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء الرابع قسم الأحوال الشخصية ص 279.

ثالثا: تعريف الشافعية: الطلاق شرعا حل عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه ثم إذا كان المراد بالنكاح العقد كانت الإضافة بيانية، والمعنى حل عقد هو النكاح أو بعبارة أخرى رفع النكاح[1].

رابعا : تعريف الحنابلة: الطلاق شرعا حل قيد النكاح وقالوا أيضا في تعريفه الطلاق شرعا حل قيد النكاح أو بعضه إذا طلقها طلقة رجعية .[2]

– ومن هنا فرباط الزوجية وثيق لا يمكن الإفلات منه وان لم يكن ذلك على الإطلاق فانه لا يتم الا بعد استنفاذ جميع الوسائل المشروعة للمحافظة عليه وتبعا لذلك فكل محاولة لفك قيد النكاح تعتبر مكروهة ويشمئز منها الطبع الإسلامي والدليل على لك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم «أبغض الحلال عند الله الطلاق».

– غير أن الشرعة الإسلامية نظرا لكونها تتميز بالواقعية دون غيرها من الشرائع فقد أباحت الطلاق إذا كان ضروريا لدفع مقاصد أكثر من الضرر الناتج عن التفريق بين الزوجين فتصبح هذه الحياة جحيما لا يطاق ومن هنا كان الحل هو الطلاق الذي يسمح لكل منهما أن يبدأ حياة جديدة قد تعطي ثمارا عجزت بحريتها السابقة عن تحقيقها، وإن كان هذا هو حال الطلاق في الشريعة الإسلامية فإنه كان لزاما علينا أن نتفحص موقف القانون الجزائري من الطلاق.

الفرع الثالث: تعريف الطلاق قانونا.

المشرع الجزائري عرف الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري من قانون 05-02 بقوله «الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.

وإستعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرف انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بواسطة الحكم القضائي[3].

---

[1] أ. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة 2006، ص 113.

[2] لموفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة المغني، الجزء العاشر، دار عالم الكتب، الطبعة الرابعة،1999، ص 541-620.

[3] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 207-208.

– غير أن التعديل الصادر في 2005/02/27 وفي نفس المادة تراجع المشرّع الجزائري عما قـام به في السابق وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق.

واكتفى بالقول: مع مراعاة أحكام المادة 49 ق أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.[1] «والأمر هنا فيه اختلاف لأن المادة 48 ق أ ج المعدّلة لم تعط الكناية الحقيقية للطـــلاق وإنما أكدت إحدى صور انحلال الرابطة الزوجية وهو الطلاق ولم تتطرق حقيقة إلى تعريفه وفي ذلك محاولة من المشرّع الجزائري التملص من أي إلتزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف القائل بها الفقه وترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة 222 ق إ.

ولم يخرج المشرع الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية الإسلامية الجاعلة من الطـلاق حقا إراديا أصيل لزوج دونما الرجوع إلى الزوجة، أي أن إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني فالمادة 48 ق أ ج التي أشارت إلا أن الزواج يحل بالطلاق أكدت الصورة الأعلى منه وهي إرادة الزوج النابعة أساسا من العصمة الزوجية المملوكة له شرعا، ذلك أن البارز شرعا وقانونا هو ملكية العصمة للزوج، فالإسلام فوضه وحده للقيام بذلك لأنه الأحرص على بقـاء العلاقـة الزوجية.

من هنا نلاحظ أن القانون الجزائري لم يختلف بتعريفه للطلاق عن التعريف الوارد في مختلف مذاهب الشريعة الإسلامية حيث يمكن الاستنتاج من خلال هذا التعريف أن الطلاق هو الذي يحل عقدة الرابطة الزوجية بين الزوجين.

[1] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1426 الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المطلب الثاني: تعريف الإثبات.

اشترط المشرع الجزائري في الطلاق أن يكون بحكم قضائي ووفقا للعمل القضائي، ذلك أن القاضي يزيل عقبة قانونية من شأنها أن تعترض إرادة الزوج، إذ لا يوجد نزاع أصلا في مسألة الطلاق فمتى قرر الزوج طلاق زوجته ما على القاضي إلا أن يحكم به، وأوجب المشرع كذلك مراعاة الشروط الشكلية التي يجب توافرها في العريضة الافتتاحية للدعوى بالإضافة إلى التأسيس الموضوعي.

ومنه فإن دعوى إثبات الطلاق يجب أن ترفع إلى المحكمة المختصة بموجب عريضة وفق لما يقضي به القانون وبعد اطلاع القاضي على العريضة يأتي دوره في استكمال الشكليات اللازمة لإثبات الطلاق ومنه فإن اتجاه المشرع في مسألة الطلاق هو عدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء إلا إذا صدر في شكل حكم قضائي في حين أن المادة 222 من ت.أ.ج تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لما لم يرد النص عليه.

أولا: تعريف الإثبات لغة واصطلاحا.

1- **لغة:** تأكيد الحق بالدليل

2- **اصطلاحا:** هو تأكيد لحق بالدليل أمام القضاء بالطرق المقررة قانونا، على وجود أو صحة واقعه قانونيه أثير نزاع بشأنها.

ثانيا: مفهوم الإثبات

الإثبات من الثبوت وهو إثبات الشيء، والثبوت وصف قائم بذات الشيء المدعى، فإذا أثبت المدعي دعوى أمام القاضي وتبثث عنده حجة على ذلك، فعليه أن يحكم بتلك الحجة، فالحكم من لوازم الثبوت.

والإثبات في المجال القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حق منازع فيه، ويلاحظ على هذا التعريف أنه اقتصر على إثبات وجود الحق ولم يذكر نفيه أيضا مع أنه أمر يقام الدليل عليه.

وعرف كذلك بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، غير أنه لم يذكر النزاع والإثبات لا يلجأ إليه إلا عند النزاع، وقد يجاب عن الاعتراض بأن حصول النزاع بديهي للالتجاء إلى الإثبات.

ومحل الإثبات كما يفيد هذا التعريف إنما هو الواقعة القانونية التي نشأ عنها الحق، وليس الحق المدعى به نفسه هو محل الإثبات، فالمدعي يثبت الواقعة القانونية ولا يثبت الحق الناشئ عنها، فالحق في ذاته موجود ولو لم يوجد دليل عليه، والدليل إنما يظهر الحق ولا يوجده، والقاضي المدعى أمامه يصدر الحكم المناسب للواقعة القانونية بعد اقتناعه بثبوتها منطلقا من مقررات القانون.

وثبوت الواقعة القانونية عند القاضي لا يلزم منها ثبوتها في نفس الأمر، فالثبوت في المجال القضائي ثبوت نسبي مبني على الظن الراجح.

ثالثا: أهمية الإثبات ووسائله وأطرافه

الفرع الأول: أهمية الإثبات

تتجلى أهمية الإثبات في حمايته للحقوق فهو وإن لم يكن ركنا من أركان الحق شرط لثبوته، فصاحب الحق يضيع حقه منه إذا لم يقدر على إثباته والقاضي لا يملك أن ينصره إلا إذا أمده بوسيلة إثباته، بل لا يمكن أن يعرفه إلا من خلال الإيضاحية:" يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدأ له قانونيا كان هذا الحادث ماديا والواقع أن الدليل هو قوام الحق ومقدر النفع منه."

فإثبات الحق واجب وحق معا واجب على الذي يدعيه وحق له حتى يحفظه من الضياع، فحق صاحب الحق في إثباته يعود إلى التوثيق وواجب إثباته يعود إلى الإثبات.

الفرع الثاني: أطراف الإثبات

لابد من وجود ثلاثة أطراف ليتحقق الإثبات:

- **الطرف الأول:** القانون الذي يحدد وسائل الإثبات وكيفية القيام به.
- **الطرف الثاني:** الخصوم الذين يتحملون عبء الإثبات.

➢ **الطرف الثالث:** القاضي الذي يتلقى الأدلة من الخصوم ويعرضها على النصوص القانونية، ويبت في النزاع بيم الخصوم بمقتضى تلك النصوص.

فالمدعى مكلف بإثبات مصدر الحق محل النزاع، والقاضي مكلف بإثبات كون هذا الحق لمدعيه أو نفي كونه له، بعد أن يعرض مصدر الحق الذي أثبته المدعي على النصوص القانونية التي يطبقها على الواقعات.

الفرع الثالث: وسائل الإثبات بين الإطلاق والتقييد:

ذهب القانونيون في إطلاق وسائل الإثبات وتقييدها ثلاثة مذاهب:

➢ **المذهب الأول:** يرى أن وسائل الإثبات لا تنحصر في طائفة معينة، بل للخصوم كامل الحرية في إثبات ما يدعون بأي وسيلة يملكونها، وللقاضي سلطة كاملة في تقدير الأدلة التي يقدمها الخصوم، وقبولها أو رفضها ولهذا عرف هذا المذهب "بالمذهب الحر أو المطلق."

➢ **المذهب الثاني:** عكس المذهب الأول، فهو يحصر وسائل الإثبات ويقيد بها الخصوم والقاضي جميعا وسمي هذا المذهب "ّبالمذهب المقيد أو القانوني" لأن الخصم والقاضي يخضعان لما حدده القانون من وسائل الإثبات ومن إصدار الحكم بناء على ما تفرضه فكلاهما مقيد بما حدد القانون.

➢ **المذهب الثالث:** هو مذهب بين المذهبين، فلا هو يطلق إطلاق المذهب الأول، ولا هو يقيد تقييد المذهب الثاني، وسمي هذا المذهب لذلك: "مذهبا مختلطا" فهو مطلق في مجال الجنايات، حيث يكون الخصوم أحرارا في الإثبات بأي وسيلة ويكون القاضي حرا في تلمس الدليل على حكمه من أي وسيلة وكذلك الأمر في مجال المعاملات التجارية إلا في بعض مسائلها.

3- وسائل الإثبات في القانون

عدد وسائل الإثبات- كما وردت في القانونين المصري والمغربي-سبع، وهي:

الكتابة، والشهادة، والقرائن، والإقرار، واليمين، والمعاينة، والخبرة.

وأول سهم في كنانة الإثبات في القانون المدني هو الكتابة وقد حمله على اعتبارها كذلك مالها من مزايا تفوق بها سائر الوسائل ومن هذه المزايا:

1-إن الكتابة يمكن إعدادها قبل حدوث أي نزاع ولذلك يوجب القانون الإثبات بها في الواقعات التي يمكن إعدادها فيها قبل النزاع، ومن أجل إعدادها قبل النزاع سميت دليلا "مهيئا" وسميت أيضا "سندا" للاستناد إليها.

2-أنها أضبط للتصرفات من شهادة الشهود، فهي تجنب المتعاقدين الوقوع في نسيان محل المتقاعد، والشهود يتعرضون للخطأ والنسيان.

3-أنها تثبت الحق عند تقادم العهد، وليست كذلك الشهادة.

4-أنها أسلم من التزوير من شهادة الشهود، فقد انتشر تزوير الشهادة وفسدت ذمم الشهود، فهم يشهدون محاباة أو انتقاما أو ارتشاء أو كراهية.

بل إن بعض القانونيين بالغ في الحط من شهادة الشهود فقال:"أبغض طرق الإثبات شهادة الشهود."

ولهذه المزايا عدها القانونيين الوسيلة التي لها قوة مطلقة في الإثبات، أي أنها صالحة لإثبات جميع الواقعات والتصرفات القانونية على اختلافها، متفوقة بذلك على الوسائل ذات القوة المحدودة وهي: الشهادة، والقرائن القضائية، واليمين المتممة، لأنها لا تصلح إلا لإثبات تصرفات قانونية محدودة.

ونتج عن إعطاء الكتابة قوة مطلقة في الإثبات أمران:

أحدهما: إن حجية الكتابة ملزمة للقاضي إذا استوفت الشروط المطلوبة، بخلاف الشهادة فهي خاضعة لتقدير القاضي، وله كامل السلطة في قبولها أو رفضها.

ثانيهما: إن الإثبات بالكتابة أمر وجوبي بخلاف الشهادة فالإثبات بها أمر جوازي.

المطلب الثالث: أنواع الطلاق

الطلاق اسم مصدره التطليق فهو ينقسم حسب المشرع الجزائري الى:

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة

أولا: تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية

تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لتعريف الطلاق بالإرادة المنفردة باعتباره وسيلة شرعية لفك الرابطة الزوجية منحت شرعا للزوج[1]، وهي تعريفات توضح معنى الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يمكننا من تمييزه عن التصرفات الشرعية الأخرى المشابهة له[2].

1 -التعريف الفقهي للطلاق بالإرادة المنفردة

عرف ابن قدامة الحنبلي الطلاق بأنه: "حل قيد النكاح"، كما عرفه الزيلعي بأنه:

"رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح"،[3] غير أن هذين التعريفين مطلقين غير مقيدين، يشملان الطلاق والفسخ، وقد يخرج منهما الطلاق الرجعي.

وقد عرفه القرطبي أنه "حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة[4] ".

ويبقى الاعتراض قائما على هذا النوع من التعاريف التي تقيد الطلاق باللفظ المخصوص أيضا،الذي ليس فيه ما يدل على عدم رفع قيد النكاح. والصحيح الثابت أن الطلاق الرجعي يرفع قيد النكاح لكنه في المآل وليس في الحال[5].

وعلى هذا، فقد عرفه أبو زهرة أنه: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها".[6]

---

[1] سورة الروم، الآية 21.

[2] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، 1990، ص127.

[3] المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص112.

[4] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص130.

[5] المصري مبروك، المرجع السابق، ص 113.

[6] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة، 1957، ص279.

وهذا التعريف للطلاق بالإرادة المنفردة هو الأكثر دقة، فهو جامع للطلاق الرجعي والبائن بقوله (في الحال أو المآل)، ومانع فلا يدخل فيه الفسخ وذلك بقوله: (بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها).[1]

ويرى العربي بختي أنه في غالب الأحيان نجد الزوج لا يلجأ إلى الطلاق ولا يقدم عليه إلا بعد صبر وتروي طويلين، أما الذين يسارعون إليه لأهون الأسباب فهم الجهلة بأحكام الدين.

ويقع الطلاق بالإرادة المنفردة في حكم الشرع بفعل الزوج، فالعصمة الزوجية جعلت بيد الزوج وذلك ليحافظ عليها أشد الحفاظ ولا يفكها إلا في حالة الضرورة حين لا يجد غير ذلك سبيلا.[2]

وجعل العصمة بيد الرجل ليس فيه ظلم للمرأة أو هضم لحقوقها ولا يكون بذلك انحراف عن فكرة المساواة، ذلك أنه لو تمعنا في الأمر جيدا وتأملنا في المسؤوليات التي أناطها الإسلام بالرجل، نجد أن العصمة التي وضعت في يده ليست حقا يتمتع به وإنما هي أمانة يلتزم بحسن التصرف فيها وذلك بمجرد العلم أن الطلاق هو أبغض الحلال عند الله، هذا علاوة على أنه هدم لأسرة سعى واجتهد وكرس الوقت والجهد لبنائها وأصبح عليه أن يبدأ كل شيء من جديد باعتبار أن الرجل هو الذي يتحمل القسط الأكبر من بناء العش الزوجي، كما أنه تقع عليه أزمات مالية في حال الطلاق لذا سيكون أحرص من المرأة على الأسرة وآخر من يفكر في هدمها[3]، والإسلام جعل حضانة الأطفال للأم مما يؤدي إلى بعد الأطفال

---

[1] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006 –2007، ص13. المصري مبروك، المرجع السابق، ص111.

العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص86، انظر كذلك

DEKHIL Farida, Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algérienne, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, volume 26, n° 03 et 04,o.p. u,1988,p44

[3] تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2000– 2001، ص75.

وحرمان الأب من الإشراف الكامل عليهم وتنشئتهم كما يريد ،فهذا أيضا من عوامل الكبح لدى الرجل في عدم التسرع في إيقاع الطلاق[1].

وفي المقابل نجد أن الشريعة الإسلامية لم تسد الباب أمام الزوجة في طلاق نفسها لبعض الأسباب، ورخص لها في أن تجعل لنفسها الوكالة من قبل الزوج في طلاق نفسها في ضمن العقد[2]، كما أجازت للقاضي أن يوقع الطلاق للمرأة حسب الأحوال بناء على

القول أن الرجل هو الأكثر إضرار من الطلاق، قد لا يكون عاما ولا دقيقا لاحتمال تضرر المرأة أكثر من الخسارة المادية التي يتضررها الرجل، فقد تجد المرأة نفسها في حالة ضياع بعد الطلاق ولاسيما في المجتمعات التي لا تملك فيها استقلالها ولا حريتها، فيكون الطلاق مشكلة لها، وذلك عكس الرجل الذي يملك الحرية والاستقلال عادة طلبها وذلك استثناء من الأصل المقرر–أن الطلاق بيد الزوج–[3]، مثل حالة رفض الزوج الطلاق والإنفاق.

ثانيا: تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة

ساير قانون الأسرة الجزائري الأحكام الشرعية، وأباح الطلاق مع النظر إليه أنه ضرورة لابد منها في بعض الحالات، لكنه لم يغفل عما يترتب عليه من الأضرار التي تصيب الأسرة، خصوصا الأولاد، غير أن الضرر يكون أكبر إذا أبقى على الحياة الزوجية المضطربة على كره من الزوجين.[4]

لذا نجد أن المشرع أقر الطلاق بالإرادة المنفردة، وذلك باعتباره وسيلة قانونية لفك الرابطة الزوجية تتميز عن غيرها من التصرفات القانونية المشابهة لها.

---

[1] تبودوشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر ،1999–2000، ص16. محمد سمارة، المرجع السابق، ص273 .

أنظر كذلك :

–SAHEB Hakim¸ Statut de la femme en Algérie et droit International ¸ mémoire en vue de l'obtention du diplôme magister en droit¸ université Mouloud Mammeri de TiziOuzou¸s.a¸p130.

[2] تبودوشت نعيمة، المرجع السابق، ص18.

[3] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى،2006، ص10.

[4]العربي بختي المرجع السابق، ص86.

1 -التعريف القانوني للطلاق بالإرادة المنفردة

المشرع الجزائري كان متذبذبا بين التطرق لتعريف الطلاق بالإرادة المنفردة وغض النظر عنه، ففي الوقت الذي ترك التعاريف القانونية للفقه للخوض فيها، لم يجسد ذلك في المادة (48) من القانون رقم 11/84 إذ نص صراحة على أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بت ارضي الزوجين أو بطلب من الزوجة، غير أنه في تعديل 2005 وفي نفس المادة ت ارجع وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق، واكتفى بنصه في المادة (48): » مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بت ارضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون».

وما يلاحظ على هذه المادة :

– هي ليست تعريف للطلاق، وفي ذلك محاولة من المشرع للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف الفقهية، وترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى[1].

– المشرع في هذه المادة نص على الطرق الثلاثة التي ينحل بها عقد الزواج وهي: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بت ارضي الزوجين، وبطلب من الزوجة (التطليق)، وأدرجها جميعها تحت مصطلح "الطلاق"، في حين أنه بالرجوع إلى المواد التي تلي المادة (48) وهي المواد (49)، (50)، (51)، (52) من نفس القانون نجد أنها تنظم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتي سماها بالطلاق،أما أحكام التطليق فتناولها في المواد (53) و(53) مكرر، وأما الطلاق بالت ارضي فلم ينص عليه إلا ما يفهم ضمنا من نص المادة (57) من ق.أ على أن الحكم الصادر في دعوى الطلاق بالت ارضي غير قابل للاستئناف حيث نصت المادة (57)على أنه:» تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ».

[1] اديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص08

لذلك فمن الأفضل لو حدد المشرع الجزائري المصطلحات في المواد (49) و(50) و(51) و(52) من قانون الأسرة، كونها تتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وليس الطلاق بشكل عام.

– اعتبر المشرع الجزائري الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حّلّ لعقد الزواج بإرادة الزوج (المادة 48 ق.أ.ج)، فهو بهذا أخذ من فقهاء الشريعة الإسلامية، فالمشرع أوكل مصير العشرة الزوجية إلى الزوج طبقا لأحكام القرآن ومقتضى السنة، وذلك ليس إنكارا منه لحق المرأة في القرار، إنما كون التصرف ذاته له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى[1]، هذا بالإضافة إلى أنه أعطى للمرأة الحق في الطلاق بواسطة القضاء وهذا ما يطلق عليه في التشريع الجزائري بالتطليق وذلك بأن ترفع دعوى أمام القضاء طالبة فيها التطليق من زوجها إذا كان هناك سبب شرعي (المادة 53 ق.أ.ج)[2].

والمشرع لم يمنح حق الطلاق للزوج مطلقا من أي قيد أو شرط، حتى يصير في يد الرجال سلاح استبداد أو لعبة في يد الجهال منهم[3]، فيجب أن يكون الطلاق في موضعه وبمقتضى أحكام تضبطه وأسباب قاهرة وضرورة قصوى تدفع الزوج إلى الرغبة الإرادية في الطلاق، وإلا عّد طلاقه تعسفيا يستوجب التعويض[4].

فدعوى الطلاق قد تكون بسعي من الزوج وبتظليم الزوجة إذا برر الزوج تبريرا جديا طلب الطلاق[5]، وقد تكون دعوى الطلاق بسعي من الزوج وبتظليمه وذلك لعدم تبرير

---

[1] عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشوارت تالة، الجزائر ،2007، ص ص40– 41.

[2] سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة، مجلة المنتدى القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد السادس ،2005، ص55. عبد الفتاح تقنية، المرجع نفسه، ص41.

[3] العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها على أحكام فقه الأسرة، – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2001–2002، ص45.

[4] معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس،2007، ص63.

[5] تنص المادة (52)ق.أ.ج:» إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

الطلاق، وهو الأمر الأكثر وقوعا في الميدان العملي، وفي الغالب يكون الطلاق بسعي من الزوج وبتظليم الزوجة إذا ثبت نشوز هذه الأخيرة (المادة 55 ق.أ. ج).[1]

الفرع الثاني: التطليق

أولا: مفهوم التطليق

1- تعريف التطليق:

انحلال رابطة الزواج وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب.[2]

أو هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما، وانشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو دون طلب من أحد حفظا لحق الشرع وردة أحد الزوجين.[3]

ومنه يمكن استخلاص أن التطليق هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف.[4]

---

[1] تنص المادة (55) ق.أ.ج « عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر« والمقصود بنشوز الزوجة جحود الزوجة لغير سبب شرعي، أي عدم امتثال الزوجة لأحكام عقد الزواج أو عدم احترام الأحكام القضائية، وفي الحياة العملية نلاحظ أن النشوز لا يحكم به في محاكمنا في الغالب إلا في حالة واحدة وهي عدم امتثال الزوجة لحكم يقضي برجوعها إلى بيت الزوجية فبعدما يبلغ لها حكم الرجوع وترفض الامتثال له يحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ فيكون ذلك المحضر حجة في يد الزوج حيث يمكنه اللجوء إلى القضاء ويطالب بالطلاق بتظليم الزوجة، وتفقد الزوجة في هذه الحالة حقها في النفقة وكذلك الحق في التعويض بل قد يطالبها الزوج بالتعويض إذا لحقه ضرر. تبودوشت نعيمة، المرجع السابق، ص ص109 -110.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 3686/9، دار الفكر، دمشق، ط4، 1422هـ، نقلا عن نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق، ص502.

[3] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 7002، ص72.

[4] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 20-50، دار الوعي، 2102، ص232.

2- التمييز بين التطليق والخلع:

ولقد وردت أحكام التطليق ضمن الفصل الأول من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان الطلاق، كما ورد الخلع تحت نفس العنوان وعليه لابد من التمييز بين التطليق والخلع والطلاق، وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال العنصرين الآتي ذكرهما:

1- تعريف الخلع:

عرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه".[1]

عرفه المالكية: بأنه "طلاق بعوض".[2]

عرفه الشافعية بأنه: "هو فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع"[3].

ع رفه الحنابلة بأنه: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو من غيره بألفاظ مخصوصة".[4]

2- أساسه القانوني:

إن الخلع هو ذلك النظام الذي يمكن المرأة من إنهاء الحياة الزوجية عندما يتعذر عليها إثبات قيام أحد الأسباب التي نصت عليها المادة 35 من قانون الأسرة بخصوص التطليق، مستندا في ذلك على نص المادة 54 من نفس القانون، وهذا هو المفهوم الذي كرسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.[5]

---

[1] ابن لجين، بحر الرائق – شرح كنز الدقائق –، ط2، دار الكتاب الإسلامي، (د.م.ن)، ج4، (د.ت.ن)، ص77.

[2] محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بيروت، (د.ت.ن)، ص743.

[3] الإمام الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، ج8، 7991، ص942.

[4] البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ط1، عالم الكتب، بيروت، ج4، 7991، ص681.

[5] لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة (الزواج- الطلاق)، (مذكرة التخرج للقضاء)، المعهد الوطني للقضاء، 2002-5002، ص.171

3_ الأساس القضائي للتطليق:

من خلال تفسير نص المادة 35 من ق.أ.ج بالوقوف على المبادئ القضائية التي استقر عليها الاجتهاد القضائي في الجزائر.

3- التمييز بين التطليق والطلاق:

الطلاق قائم على الإرادة المنفردة للزوج طبقا لنص المادة 84 من ق.أ.ج، ذلك أنه ليس بقاضي أية سلطة في قبول أو نفي تصرف الزوج، بينما التطليق يتم بناء على حكم القاضي بعد إثبات الزوجة لما تدعيه إثباتا ماديا نافيا للجهالة.[1]

ثانيا: مشروعية التطليق.

الأصل أن يكون الطلاق بيد الرجل، وقد يكون ملكا للزوجة إذا لم تجد سعاد ا في الحياة الزوجية أن ترفع الأمر للقاضي، ليفرق بينهم وبين زوجها وهو ما يسمى بالتطليق ويتم الحكم القضائي بناء على طلب الزوجة، واستنادا على أمر نص عليه القانون على سبيل الحصر. وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 52 فبراير 5891 بأنه من المبادئ المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر لاحقا.[2]

1- الطبيعة القانونية للتفريق:

نجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل المادة 84 منه الطلاق للتعبير على كل أنواع الفرق، وهذا اعتمادا على ظاهر النص، غير أنه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة مصطلح نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا[3]، وذلك استنادا إلى أحكام المادة35 من

---

[1]- المكان نفسه، ص271.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة-الخطبة- الزواج -الطلاق-الميراث-الوصية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، ط5، (د.ت.ن)، ج1، ص372.

[3]- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د.ت.ن)، المرجع السابق، ص21 .13.

نفس القانون، والتي جاء فيها " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق"...[1] مما يدل أن المشرع فرق بين مدلولي الطلاق والتطليق لاختلاف آثارهما لاسيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيها.[2]

ويعتبر التطليق مكنة منحها المشرع للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها استنادا لأسباب محددة وللقاضي السلطة التقريرية في قبول أو رفض طلبها[3] ويمكن اعتبارها رخصة استثنائية منحها المشرع للقاضي، وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء[4]، كما أسلفنا الذكر.

2- مشروعية التطليق:

تثبت مشروعية التطليق بين الزوجين بالكتاب والسنة والمعقول:

أ- **من الكتاب:**

1_ قوله تعالى الطّلاقُ مرتانِ فإمْساكٌ بمعْروفٍ أوْ تسْريحٌ " بإحسان"[5].

وجه الدلالة: الأصل في العلاقة بين الزوجين أن تقوم على المعاشرة بالمعروف وأن تقوم على تبادل الحقوق المشروعة بينهما، فإذا انتفى أهم هذه الحقوق وهو الإمساك بالمعروف تعين التسريح بإحسان لرفع الضرر عن الزوجة، فإن قام به الزوج استجابة لأمر الشارع فعل خيرا، وإن لم يقم بذلك فإن القاضي هو الذي يوقع الفرقة لرفع الضرر عن الزوجة.[6]

2_قال تعالى "**وإذا طلّقْتمُ النّساء فبلغْن أجلهُنّ فأمْسِكُوهُنّ بمعْروفٍ أوْ سرحُوهُن بمعْروفٍ ولا تُمْسِكُوهُ ضِراراً لتعْتدُوْا ومن يفْعلْ ذلك فقدْ ظلم نفْسهُ**".[7]

---

[1]- الأمر رقم 50 - 20 المؤرخ في 72 فبراير 2005.

[2]- منصوري نورة، التطليق والخلع، المرجع السابق، ص31.

[3]-المرجع نفسه، ص61.

[4]- يوسف عزيرية، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، (مذكرة تخرج للقضاء)، المعهد الوطني للقضاء، 2004 -2003، ص60.

[5]- سورة البقرة، الآية922.

[6]- نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 0102، ص502.

[7]- سورة البقرة، الآية132.

وجه الدلالة: إن الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب للزوجة من حقوق على الزوج، فإذا فات ذلك انتقلنا إلى البديل، وهو التسريح بمعروف، ثم جاءت الآية بصريح النهي عن الإمساك الذي يلحق الضرر بالمرأة بدون تفصيل في أنواع الضرر، فدل ذلك على أن الإمساك مع الضرر والإمساك بالمعروف نقيضان لا يجتمعان، فإذا كان الإمساك بالمعروف انتفى الضرر، وإذا غاب الإمساك بالمعروف تحقق الضرر، ثم بين الحق_ تبارك وتعالى_ أن الذي يمسك زوجته ضررا يعتبر ظالما لنفسه، لاعتدائه على زوجته، وعلى أحكام الله لأن ظلمه يؤدي إلى اختلال المعاشرة الزوجية، وفوات مصالح النكاح، فيكون السبيل لرفع الضرر هو التفريق عقوبة دنيوية له[1].

3_ قول لله تعالى: "**وإن يتفرقا يغْنِ ٱللّهُ كُلاًّ من سعتهِ وكان ٱللّهُ واسعا حكِيمًا**"[2].

وجه الدلالة: تدل الآية على جواز التفريق بين الزوجين إذا تعذر الصلح بينهما، ويكون التفريق بينهما في هذه الحالة خيرا لهما من استمرار حياة التعب والشقاق، وإذا لم تتم الفرقة بإرادة الزوج (بالطلاق) أو كليهما (بالخلع) يمكن للقاضي أن يدخل بطلب من أحد الزوجين للتفريق بينهما لرفع الضرر وحل النزاع والشقاق بينهما.[3]

ب- **من السنة:**

1_ قول الرسول صلى الله عليه وسلم: **(لا ضرر ولا ضرار)**. *

وجه الدلالة: الحديث بمعناه ي عن الضرر، وإن كان لفظه الإخبار، أي لا يضر بعضكم بعضا، والحديث عام ،فالضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر يعتبر من جملة الضرر المنهي عنه، فتجب إزالته، وفقا للقاعدة الفقهية "الضرر يزال"، ومن أمره بإزالته، لاستحالة الأمر بالنقيضين، ولا معنى لذلك إلا جواز التفريق إذا توفرت الأسباب[4].

---

[1]- النجار عدنان علي، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجيستير)، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 4002، ص8،9.

[2]- سورة النساء، الآية03.

[3]- نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص602.

* موطأ مالك بن أنس، إعداد أحمد راتب عرموش، ط4، دار النفائس، بيروت، 0891، ص925.

[4]-النجار عدنان علي،التفريق القضائي بين الزوجين، المرجع السابق، ص9.

2_ وروى محارب باندثار بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق).

وروي عنه أنه طلق حفصة ثم راجعها، وما ورد عن النبي من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام[1].

ت- من المعقول:

من غايات النكاح وأهدافه هو أن يجد كل من الزوجين بصحبة الآخر الهدوء والمودة والرحمة والسكينة لروحه وجسده لكي تنشأ الأسرة سليمة واتمع سليم من التفكك والضياع ويحفظ النوع البشري[2]، حيث قال تعالى: "**ومِنْ آياتهِ أنْ خلق لكُمْ مِنْ أنْفُسِكُمْ أزْواجًا لتسْكُنوا إليْها وجعل بيْنكُمْ مودةً ورحْمةً إنّ في ذلك لآياتٍ لِقوْم يتفكّرون**"[3]، ولكنت الحياة الزوجية لا تخلو من المشاكل والشقاق، فيبدأ بالإرشاد والنصح ثم الإصلاح قدر المستطاع، فإذا نفذ صبر الزوجين أو أحدهما، وأصبحت العلاقة الزوجية جحيما لا يطاق، وأمست لا تحقق المقاصد المرجوة منها، فإن الشارع لا يأمر بالإبقاء على هذه العلاقة بل يفصل في ذلك بما فيه الصالح العام، وذلك بالإذن بالفراق إذا لم يجد سبيلا للمصلحة، وليستأنف كل من الزوجين حياته بروابط زوجية جديدة تناسبه، وتحقق مقاصد الشارع من النكاح،[4] لقوله تعالى: "**وإنْ يتفرقا يغْنِ اللّهُ كُلا مِنْ سعتهِ وكان اللّهُ واسِعًا حكِيمًا**"[5].

ث- من قانون الأسرة الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري بالتطليق انطلاقا من نص المادة 84 الآتي نصها: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة"[6]، وكذا نص المادة 35 من نفس القانون والذي هو موضوع الدراسة.

---

[1]- منصوري نورة، التطليق والخلع، المرجع السابق، ص51.

[2]- نايف محمد الجنيدي،عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص702.

[3]- سورة الروم، الآية 21.

[4]- النجار عدنان علي، التفريق القضائي بين الزوجين، المرجع السابق، ص01.

[5]- سورة النساء، الآية 130.

[6]- الأمر رقم 20-50، المؤرخ في 72 فبراير.2005

الفرع الثالث: الخلع

نتناول تعريف الخلع اللغوي والاصطلاحي.

أولا- تعريف الخلع لغة: يقال خلع الشيء يخلعه خلعا، وخلع الفعل والثواب والرداء يخلعه خلعا: جرده، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع[1].فالخاء واللام والعين أصل واحد مطرد وهو مزايلة الشيء الذي كان يشمل به أو عليه[2]. وخلع أم أرته خلعا بالضم وخلاعا فاختلعت وخالعته، أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له فهي خالع والاسم الخلعة، وقد تخالعا واختلعته اختلاعا فهي مختلعة، وسمي ذلك الف ارق خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن والاسم الخلع بالضم هو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للأخر فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه.[3]

ثانيا- تعريف الخلع اصطلاحا: سنتناول تعريف الخلع عند أكبر المذاهب الفقهية: من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة وبعدها نتطرق لتعريفه قانونا.

تعريف الخلع في الاصطلاح الشرعي:

1- تعريف الحنفية للخلع: عرف الخلع بأنه: "إزالة ملك النكاح، بلفظ الخلع أو ما في معناه، نظير عوض تلتزم به الزوجة".[4]

2- تعريف المالكية للخلع: عرفوا الخلع بأنه: "إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها، أو هو بلفظ الخلع".[5]

---

[1] محمد مرتضي الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جوهر القاموس، تحقيق عبد الكريم العرباوي، الجزء السادس عشر، مطبعة حكومة كويت، الكويت، 1983، ص518؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، لبنان، دون سنة النشر، ص 76.

[2] أبى الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، الجزء الثاني، دار الفكر، دون دار النشر ،1979، ص 209.

[3] أحمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان ،1987، ص 68؛ ابن منظور، المرجع السابق، ص76.

[4] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص530.

[5] أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، الجزء الثاني، دار الفكر، لبنان، 1995، ص 34.

3- تعريف الشافعية للخلع: الخلع عندهم يعرف بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع"[1].

4- تعريف الحنابلة للخلع: يعرفون الخلع بأنه: "ف ارق الزوج لام أرته بعوض، يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"[2].

من خلال التعاريف التي قيلت بشأن الخلع، نجد معظمها تنصب على معنى واحد مشترك فيما بينها وهو وقوع الفرقة بين الزوجين بت أرضيهما في مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها.

ب- تعريف الخلع في الاصطلاح القانوني: نص المشرع الجزائري على الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة ولكنه لم يتطرق لتعريف الخلع، لأن ذلك لا يدخل في إطار مهمته التشريعية ونادرا ما يتناول موضوعا ما بالتعريف وعليه لابد من الرجوع لفقهاء القانون لبيان تعريف الخلع.

عرفته منال محمود المشني بأنه: "الطلاق البائن الذي تحصل عليه الزوجة بحكم القاضي عند إصرارها على دعواها دون اعتبار لرضا الزوج مقابل مال تدفعه له".[3]

يلاحظ على هذا التعريف أنه غير من التعريفات التي قال بها فقهاء المذاهب الأربعة وهذا التغيير تبناه المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة، وكذا بعض القوانين العربية والتي أقرت بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون الحاجة إلى موافقة الزوج.

---

[1] عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن، 2007، ص 257.

[2] منال محمود المشني، الخلع في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص40.

[3] منال محمود المشني، المرجع نفسه، ص 148.

فيتبين لنا من خلال التعريفات السابقة التي قال بها فقهاء الشريعة والقانون أنهما يختلفان من حيث المضمون بعدما كان توافق بينهم[1]، وسبب ذلك يرجع للتعديل الذي طرأ على قانون الأسرة في سنة 2005، فقبل التعديل كان يشترط الموافقة بين الزوجين لحصول الخلع–تبنى أري فقهاء الشريعة– أما بعد التعديل فإنه أهمل إرادة الزوج في الخلع وأصبح بإمكان الزوجة الحصول على الخلع دون موافقة الزوج.

الفرع الرابع: مشروعية الخلع.

قامت الأدلة على مشروعية الخلع من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع ومن آثار الصحابة ومن المعقول (الفرع الأول)، وذلك لحكمة أقرها المولى عز وجل من أجل دفع الضرر عن المرأة عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج (الفرع الثاني).

أولا: أدلة مشروعية الخلع.

يستمد الخلع مشروعية من القرآن الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ومن آثار الصحابة ومن الإجماع ومن المعقول.

أ- من القرآن الكريم قال تعالى:

((لطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)) (229)[2].

أمر الله تعالى أن يكون تسريح المرأة بإحسان ونهى الزوج أن يأخذ شيئا من مالها عند فارقه لزوجته؛ لأنه ظلم وأخذ المال من غير مقابلة شيء، إلا في المخالعة بالمعروف إذا ما

---

[1] عرف الأستاذ عبد العزيز سعد الخلع في كتابه الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 249، 248. بأنه: "الخلع هو عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف، شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناًء على عرض أحد الزوجين وقبول الأخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومتقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".

[2] سورة البقرة، الآية 229.

كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو نقص دينه وخافت ألا تطيع الله فيه، فتمنحه العوض لتحصيل مقصدها من الفرقة وفي هذا مشروعية الخلع، إن وجدت هذه الحكمة[1].

وعليه فإذا ظهرت بوادر الشقاق والخلاف، واستحكمت أسباب الكراهية والنفرة ولم تقم المراة بحقوق الرجل وأبغضته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ولا حرج عليها في بذله له إذا كان عن طيب نفس منها لقوله تعالى: ((**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا(04)**))[2]، ولا حرج عليه في قبول ذلك منها[3]، وطلاق المرأة على هذا النحو والمعروف عند الفقهاء بالخلع باعتباره ف ارق الزوج لزوجته على بدل يأخذ منها، ذلك أنه في الزواج أعطى المهر وبذل تكاليف الزواج وأنفق وهي طالبته بالفراق بعد كل هذا[4].

ب –من السنة النبوية

أول خلع وقع في الإسلام، هو ما كان في جميلة بنت سلول،[5] تزوجت ثابت بن قيس[6] وروي أنها كانت تبغضه أشد البغض وكان يحبها أشد الحب، فرفعت يوما جانب الخباء فراته مقبلا في عدة رجال؛ فإذ هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها فوقع في قلبها النفور منه[7]، فحدثنا أزهر بن جميل حدثنا عبد الوهاب الثقفي حدثنا خلد عن عكرمة عن ابن عباس:

---

[1] عبد الرحمان ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، دون سنة النشر، ص86.

[2] سورة النساء، الآية 4.

[3] عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار التقوى، مصر، 2006، ص294.

[4] أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، الخلع والإيلاء والظهار واللعان، دار الكتب القانونية، مصر ،2009، ص 14.

[5]جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول كبير الخزرج وهي أخت عبد الله بن عبد الله بن أبي أرس النفاق، أسلمت وحسن إسلامها، وبايعت وتزوجت من حنظلة بن أبي عامر غسيل الملائكة قتل عنها بأحد ثم تزوجت ثابتا. أشار إليه أحمد ف ارج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر 2004، ص 116.

[6] ثابت بن قيس: أنصاري خزرجي شهد أحد وما بعدها، وهو من أعيان الصحابة، كان خطيبا للأنصار ولرسول الله صلى الله عليه وسلم وشهد له النبي الجنة. أشار إليه أحمد فراج حسين، المرجع والموضع نفسه.

[7]محمد بلتاجي، أحكام الأسرة دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، دار التقوى، مصر، 2001، ص 477؛ باديس ذيابي، صور

(أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إن ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[1]، فيتضح من الحديث أن سبب ف ارقها لثابت بن قيس لم يكن لسوء خلقه، ولا لنقصان دينه، وإنما لشدة البغض له وخافت أن تحملها الكراهية على إظهار الكفر في الإسلام أي كف ارن العشير والتقصير فيما يجب له، ولما تحقق الرسول صلى الله عليه وسلم من ذلك أمر ثابت بأن يطلقها ويأخذ الحديقة التي وهب لها مهرا وفي ذلك دليل على أنه يجوز للرجل أخذ العوض من المرأة إذا ما كرهت البقاء معه.[2]

[1] فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 2.

[2] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح وهو المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، الأجزاء 7-9، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، لبنان، 1422 هـ، رقم الحديث 5273، ص 47.

المبحث الثاني: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية.

نظرا لعدم وضوح اتجاه المشرع الجزائري فإنه ينبغي علينا الرجوع إلى تنظيم الطلاق في الشريعة الإسلامية ومدى تطابقه مع قانون الأسرة وبعبارة أخرى هل تركت الشريعة الإسلامية حق الطلاق حرا بلا قيود أم أنه ثمة هناك قيود يتعين على الزوج الالتزام بها حتى يقع طلاقه؟

وإذا تم الطلاق فما هي الطرق الشرعية المقررة لإثباته؟

المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية.

اتفق جمهور الفقهاء على أن الطلاق هو حق للرجل،ولكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو طريقة استعمال هذا الحق هل يتم بصفة تلقائية أم يجب أن يحترم فيه الزوج ترتيب معين؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى هل هو حق مطلق أم مقيد؟

وعلى هذا الأساس سوف نتناول بالدراسة فيما يلي كيفية استعمال الزوج لحق الطلاق ومدى إلزامية الإشهاد عليه في الشريعة الإسلامية، مع العلم أن الحق ينقسم إلى حق يقابله التزام وحق إرادي لا يقابله أي التزام فهو مقرر لصاحبه.

الفرع الأول: حق الزوج في إيقاع الطلاق.

ذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد لأنه من حقوق الرجل وقد جعله الله بيده ولم يجعل الله لغيره حقا فيه حيث قال تعالى: **((يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن...))** وقال ابن القيم: فجعل الطلاق لمن نكح لأن له الإمساك وله الرجعة.

ولكي يباشر الزوج حقه فلا يحتاج إلى بينة ولم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد.[1]

وقد اتجه جمهور الفقهاء إلى ذلك بل إنهم قالوا بأن الإشهاد على الطلاق ليس شرطا لوقوعه فهو مندوبا لا واجبا وبالتالي وطبقا لهذا الرأي فإن الحق في الطلاق هو من

[1] أ/عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، مطبعة تالة 1999-2000، ص56.

التصرفات الحرة، ويكفي لترتيب الأثر القانوني أن يتم التعبير عن الإرادة بأية وسيلة كانت، بل ويذهب أبعد من ذلك وهو وقوع الطلاق الواقع وقت حيض الزوجة مع إثم الزوج ديانة.

ونظرا لكون الطلاق هو حق من حقوق الزوج فإنه له أن ينيب عنه غيره سواء كانت زوجته أم غيرها وهذا ما ذهب إليه المالكية وتنقسم هذه النيابة إلى قسمين:

الأولى بأن يرسل الزوج إلى زوجته رسولا يعلمها بالطلاق، فالرسول هنا لم يجعل له الزوج إنشاء الطلاق، وإنما له فقط إعلام الزوجة بوقوع الطلاق بعبارة الزوج نفسه والثانية تفويض الطلاق وهي ثلاثة أنواع توكيل، تخيير وتمليك.

وباعتبار أن الطلاق هو من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بإرادته المنفردة فقد قيدته الشريعة الإسلامية بجملة من الشروط والقيود ينبغي توافرها لوقوعه، وخارج ذلك إما أن يعتبر بدعيا لعدم احترام الزوج إجراءات الطلاق أو تعسفيا لعدم وجود المبرر الشرعي ومن هنا جاء تقسيم الطلاق إلى سني وبدعي، فأما الطلاق السني فهو أن يوقع الزوج على زوجته المد خول بها طلقة واحدة في طهر لم يمسسها فيه، فإذا طلقها وهي حائض أو في طهر مسها فيه أو أوقع عليها طلقتين متتاليتين أو ثلاث فطلاقه بدعي.

والطلاق البدعي مكروه ومحرم في المذاهب السنية أما في المذهب الجعفري فهو طلاق فاسد لا يقع. ويجب على الذي يطلق امرأته أن يردها إليه قبل انتهاء عدتها عند المالكية والحنفية، ويسن ذلك عند الشافعية والحنابلة، وذلك لأن عمله معصية والرجوع عن المعصية ضروري، هذا إذا أمكنت الرجعة أما إذا طلقها ثلاث أو واحدة مكملة للثلاث فلا رجعة.

وعليه فإن الطلاق هو حق مقرر للزوج الذي توافرت فيه الشروط الشرعية لإمكانية ممارسة هذا الحق وذلك بأن يكون عاقلا، فلا يصح طلاق المجنون ولو كان جنونه متقطعا.

الفرع الثاني: الإشهاد على الطلاق كقيد على حق الزوج.

ذهب فقهاء الشيعة الإمامية إلى اعتبار أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى في سورة الطلاق:» وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله «وظاهر الأمر من هذه الآية الكريمة في الشرع أن الإشهاد يقتضي الوجوب.[1]

وقد روى الإمام ابن كثير في تفسيره عن ابن جريح أن عطاء كان يقول في قوله تعالى: **((وأشهدوا ذوي عدل منكم))** قال: لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا إرجاع إلا شاهد عدل ولم ينفرد بوجوب الإشهاد فقط علماء آل البيت بل هو مذهب عطاء وابن سيرين وابن جريح.

وقد قال الزمحشري: إن المعني بالخطاب في الآية 229 من سورة البقرة: **((فإن خفتم ألا يقيما حدود الله))** هو الأئمة والحكام، والأمر نفسه في الآية 35 من سورة النساء **((وإن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها))**. حيث لهم أن يتدخلوا لرفع الأذى والمضرة، وكذلك الأمر نفسه في سورة الطلاق: **((واشهدوا ذوي عدل منكم))**، ومن ثمة وجب على الزوج أن يشهد شهيدين من المسلمين على طلاقه.

والإشكال الذي طرح هنا هو موقف القضاة من الزوج الذي يطلق زوجته بدون إشهاد فإن أقروا طلاقه خالفوا الآية الكريمة التي تدعوا إلى الإشهاد على الطلاق وإن رفضوا إقراره سمحوا له بالاستمرار في معاشرة زوجته وهي مطلقة في علم الله.

والإجابة على ذلك أنه ما دام وأن روح الآيات تساعد على جعل تنظيم الطلاق منوطا بالقضاء وأن السنة النبوية الشريفة جرت على ذلك وأنه ليس في الكتاب ولا السنة ما يمنعه فإن أقر بذلك أولياء الأمور وأصبح تشريعا صار الشذوذ عنه باطلا.

ومن محاسن ضرورة الإشهاد على الطلاق مع إتباع الخطوات الصحيحة في إيقاعه والمتمثلة في طهر المرأة هو إعطاء فرصة للزوج لإعادة التفكير فإن بقي مصمما رغم حضور الشاهدين ومرور الوقت الزمني فإن طلاقه يكون قائما على أسباب قوية وليست عرضية وهذا هو الطلاق المقصود في الشريعة الإسلامية.

[1] أ/عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، 32 حي المجاهدين بن عكنون الجزائر، ص 72.

المطلب الثاني: طرق إثبات الطلاق شرعا وقانونا.

إن مسألة إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا تكتسي غموضا ذلك أنه يثبت بكافة طرق الإثبات من إقرار وبينة ويمين، فإن ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر فهو مذهب المالكية أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، وإن لم تأتي بشاهد فلا شيء على الزوج، وعليها منع نفسها مقدر جهدها، وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث القول الزوج بيمينه لأن الوصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما أدعته بنية، ولا يقبل فيه إلا عدلان لأن الطلاق ليس مال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في أغلب الأحوال كالحدود والقصاص، فإن لم تكن هناك بينة يستحلف الرجل على الصحيح لحديث: اليمين على من أنكر.[1]

وتوضيحا لما سبق ينبغي علينا التطرق إلى طرق الإثبات المقررة شرعا ومطابقتها بتلك المقررة قانونا لنخلص في النهاية إلى مسلك القضاء الجزائري في مسألة إثبات الطلاق العرفي:

الفرع الأول: الإقرار.

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه، وبذلك يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير.[2]

فإذا أقر الشخص بحق لزمه، ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر لخلاف البينة وذلك لقصور ولاية المقر وعدم امتدادها إلى غيره، فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق وأقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار ويثبت الطلاق. والإقرار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاء ولا ديانة[3]، هذا إذا أقر بطلان سابق، أما إذا نوى إنشاء طلاق جديد فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتمل الإنشاء.[4]

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه وأدلته، الجزء السابع، الأحول الشخصية، دار الفكر، دمشق، طبعة خاصة، الجزائر، 1992، ص460.

[2] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 183.

[3] محمد عزمي البكري، المرجع نفسه، ص 184.

[4] محمد عزمي البكري، المرجع نفسه، ص185.

وينبغي الاعتداد بتاريخ السناد واتخاذه بدء الطلاق ولكن السؤال الذي يمكن أن يطرح: هو الحكم في حالة الإكراه على الإقرار بالطلاق؟

هنا لا يقه الطلاق في حالة توافر البينة الشرعية على وقوع الإكراه.[1]

وقد نص المشرع الجزائري على الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات الإلزام في المادة 341 قانون مدني بقوله إن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

وإن كان الإقرار بمثابة الدليل القاطع على ثبوت الواقعة محل النزاع وترتب عليه إزالة النزاع حولها، إلا أنه في واقع الأمر لا يعتبر طريقة إثبات بقدر ما هو إعفاء منه، ولذلك الإقرار يغني عن إلزام مدعى الواقعة بتقديم أي دليل عنها، ولذا فليس من المتوقع أن يكون أمر كثير الوقوع في الحياة العملية، ولا تظهر أهميته إلا عندما يحوز الخصم الذي صدر لمصلحته الدليل على ما يدعيه فيضطر إلى الاعتماد على اعتراف خصمه.[2]

الفرع الثاني: البينة.

البينة حجة متعدية، فالإثبات بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار، ونصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا تحوز الشهادة بالتسامح إنما أجيزت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج وتعطيل الأحكام، وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل.[3]

الفرع الثالث: اليمين.

اليمين هي إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف أو على عدم صدق مما يقوله الخصم الأخر، لما كانت اليمين عملا دينيا فإن ما يكلف بأداء اليمين عليه أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة شرعا.

---

[1] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 192.

[2] مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد التجارية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1994، ص 219.

[3] مزايا حياة مسعودي إثبات الطلاق بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج نيل شهادة ليسانس، كلية الحقوق بجامعة سعيدة 2010-2011.

واليمين طريق غير عادي لإثبات يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص.[1] وبعد أن تعرضنا إلى طرق إثبات الطلاق شرعا فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: كيف يتم إثبات الطلاق العرفي في القضاء الجزائري؟

في حقيقة الأمر لم ينص قانون الأسرة أصلا على مسألة إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال البيئة وذلك بإجراء تحقيق في الموضوع بسماع الشهود ويتم ذلك حتى في حالة إقرار الزوج وتصديقه من الزوجة، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر الإقرار هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق ومع ذلك يتم سماع الشهود لتأكيد الواقعة أكثر، ولا نجد في القضاء الجزائري ما ينبغي إثبات الطلاق العرفي باليمين إلا أنه من الناحية العملية لا يوجد ما يمنع ذلك.

وتأكيد لهذا المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطبيق فهو حق الزوجة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، 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 ولهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم وكذلك فإن الإقرار الذي قضي بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية".[2] كما جاء في قرار أخر أنه يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود ولم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا لمجلس الطلاق لتأكيد صحته ذلك أن هذه الشهادة يكتفها الغموض والنقص في محتواها.[3]

---

[1] مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 165.

[2] قرار المحكمة العليا رقم 35026، بتاريخ 1984/12/03، م ق،1989،ع 4، ص 86.

[3] قرار المحكمة العليا رقم 38105 م.ق، 1989، ع1، ص 98.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن إعتراف المحكمة العليا بالطلاق العرفي لم يتجسد فقط في قراراتها القديمة بل إنه موقفها حتى في قراراتها الحديثة ويتضح ذلك بصفة خاصة من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1999/02/16 والذي جاء في المبدأ الثاني منه أنه من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء.

ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون.

انتهينا في الفصل السابق إلى أنه من الناحية القانونية لا يثبت الطلاق إلا بحكم وهذا الحكم له طبيعة الإنشاء وهو عمل يدخل في إطار الوظيفة الولائية للقاضي رغم صدوره في شكل حكم قضائي، ذلك أنه يزيل عقبة قانونية تعترض إرادة الأفراد، ومن ثمة فإن دور القاضي يكون فيه سلبيا، كما انتهينا إلى أن الطلاق في حد ذاته هو حق إرادي للزوج إلا أن هذا الحق يمارس وفقا للشكل القانوني ومن هنا يطرح السؤال حول الإجراءات المتبعة لاستصدار الحكم بالطلاق. وعلى صعيد آخر نجد أن التطبيقات القضائية في مختلف محاكم الوطن تذهب إلى إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي وهنا يطرح السؤال حول مدى صحة هذا الاتجاه والإجراءات المتبعة في ذلك ومدى شرعيتها.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن أكبر إشكالية هي تلك المتعلقة بالطعن في الحكم بالطلاق ذلك أن قانون الأسرة ينص على عدم القابلية للاستئناف إلا أنه لم يتحدث عن الطعن بالنقض فهل يجوز الطعن في حكم الطلاق بطرق الطعن العادية وغير العادية وما هو موقف القضاء في هذه الحالة؟

وعليه سوف نحاول قدر الإمكان الإجابة على هذه الإشكاليات وذلك من خلال مبحثين إذ نتطرق في المبحث الأول إلى إجراءات استصدار الحكم بإثبات الطلاق والذي نتناول فيه كل من دعوى الطلاق ودعوى إثبات الطلاق العرفي ومدى شرعية إجراءات هذه الأخيرة، أما المبحث الثاني فنخصصه لطرق الطعن في حكم الطلاق وكيفية تنفيذه.

المبحث الثالث: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من ق.أ على ما يلي: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر.

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن إرادة المشرع تتجه إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء إلا أن الإشكالية التي تثار في هذه الحالة هي مسألة إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بحكم قضائي وبأثر رجعي وهذا الاتجاه كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري إلا أن القضاء استمر يحكم به حتى بعد صدور قانون الأسرة وعليه فإن السؤال المطروح هو كيف يتم إثبات الطلاق في قانون الأسرة وما مدى صحة اتجاه القضاء في هذا المجال؟

المطلب الأول: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

كما سبق وأن ذكرنا فإن المادة 49 من قانون الأسرة استعملت عبارة لا يثبت وليس لا ينعقد أو لا ينشأ أو لا يقع الطلاق إلا بحكم.

وعليه يطرح التساؤل حول ما يرمي إليه المشرع الجزائري من خلال هذه العبارة: هل يقصد أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء أم أنه لا يمكن تصور الطلاق خارج ساحة القضاء؟ وهذا ما سوف نجيب عنه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق.

للوهلة الأولى يفهم من سياق المادة 49 من ق.أ: أنه فقط مسألة الإثبات هي التي تبقى خاضعة للقضاء إلا أن وقوع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج ساحة القضاء.

ولكن: وبالرجوع إلى مواد قانون الأسرة نجدها تعتبر أن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي وأن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي وأن هذا الطلاق هو طلاق بائن رغم أنه يعد انطلاقة لبداية احتساب العدة وبالتالي فإن المراجعة تكـون قبل صدور الحكم بالطلاق أي أثناء محاولة الصلح فما طبيعة الرجعة في هذه الحالة وهل يمكن اعتبارها طلقة تدخل ضمن الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج على زوجته أم لا؟

وبعبارة أخرى هل يفهم من ذلك بأن المشرع اعترف ضمنيا بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء أم أن المراجعة لا تنصرف إلى الطلاق الرجعي؟

وإذا قلنا بأن الأمر كذلك فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري لا يعترف بوجود الطلاق الرجعي لأنه بصدور الحكم تبين الزوجة من زوجها؟

إجابة على هذه الأسئلة نقول في البداية بأن المشرع قد حدد فترة زمنية تجرى خلالها محاولة الصلح وهي ثلاثة أشهر ممنوحة للزوجين من أجل مراجعة نفسيهما، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يحكم قبل مضي هذه المدة إلا أنه في حالة امتداد المصالحة إلى أكثر من ثلاثة أشهر فإن المشرع لم يرتب أي جزاء على ذلك[1].

وفي رأيي أن عدة الزوجة عادة ثلاثة أشهر وعليه فقد رأى المشرع أن المصالحة خلال العدة لا تحتاج إلى عقد جديد ومن هنا جاءت مدة الثلاثة أشهر وبما أن الأمر كذلك فإننا نفهم أن المشرع قد اعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ضمنيا ويبقى الإشكال في كون أن المشرع لم يرتب جزاءا عن المصالحة التي تقع بعد مضي مدة الثلاثة أشهر.

وفي هذا المجال يرى الأستاذ زودة عمر أن الرجعة التي تقع بعد الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي لا تدخل في مفهوم الرجعة التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي، لأن الطلاق لم يقع بعد،وتبعا لذلك يستطيع الزوج أن يعيد الزوجة إلى بيت الزوجية في أي وقت ما دامت العلاقة الزوجية ما تزال القائمة.

وخلاصة القول إن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن هذا إذا أخذنا بحرفية النص وبفكرة عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، أما إذا أخذنا بالمفهوم المقابل له وهو وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء وثبوته بحكم قضائي فإننا نكون كما سبق البيان أمام نوعين من الطلاق طلاق رجعي وآخر بائن

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد فرق بين الطلاق البائن بينونة كبرى والطلاق البائن بينونة صغرى، وذلك بنصه في المادة 51 من ق. أ على أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.[2]

[1] د/الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2000.

[2] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع 1996، ص 68.

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن حيث جاء في قرارها أنه من المتفق عليه فقها وقضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق. أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناءا على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءا على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها.

وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا.

وعلى صعيد آخر نجد أن عبارات قانون الأسرة جاءت غامضة، إذ نجد في المادة 58 منه عبارة تاريخ التصريح بالطلاق فما لمقصود منها؟ هل نعني بها تلفظ الزوج بالطلاق أم نعني بها تصريح القاضي به؟

يذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطا للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراء الصلح،وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح و تعبير الزوج عن إرادته في ذلك، ومن ثمة يعدّ المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق و ليس وسيلة لإثباته.

ونجد أن المشرع الجزائري لم يستحدث أمرا جديدا وإنما أخذ برأي الفقهاء الذين يقولون بضرورة الإشهاد على الطلاق .

وعلى غرار التشريع الجزائري فقد ذهب التشريع التونسي إلى عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء. وذلك على خلاف التشريع المصري والذي يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، حيث يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية من إقرار وبينة ويمين.

وقد ذهب الاجتهاد المصري إلى أن إقرار الزوج بطلاق زوجته مسندا إلى تاريخ سابق لا يعد إنشاء لطلاق جديد، وحجتهم في ذلك هو حتى لا يحل له التزوج بأختها أو بأربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها وهو المختار.

كما ورد في اجتهاد آخر أن يعامل المطلق في حق نفسه وحق الشرع بإقراره بالطلاق، وبانقضاء العدة في زمن يحتمل فيه ذلك فليس له حق مراجعة مطلقته .

وتجدر الإشارة إلى أنه وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية في مختلف المحاكم تعمل على إثبات الطلاق العرفي وترتب عليه آثاره بأثر رجعي، وقد عمت هذه الظاهرة في معظم محاكم البلاد وعلى رأسها محكمتي الجلفة والبويرة وقبل التطرق إلى مسألة الطلاق العرفي والإشكاليات الناجمة عنه ينبغي علينا معرفة أولا طبيعة الحكم بالطلاق فهل هو حكما منشئا أم مقررا؟ وهل هو عملا قضائيا أم عملا ولائيا؟

الفرع الثاني: طبيعة الحكم بإثبات الطلاق.

إن البحث في طبيعة الحكم المثبت للطلاق يقودنا إلى البحث أولا في أنواع الأحكام القضائية والتي تنقسم إلى أحكام تقريرية، أحكام منشئة وأحكام إلزام، وكل حكم تقابله دعوى خاصة به، ثم البحث في طبيعة الحكم في حد ذاته فيما إذا كان حكما قضائيا بأتم معنى الكلمة أم لا يعدوا أن يكون مجرد عملا ولائيا.

ونعلم أنه وكما سبق بيانه فإن حق الطلاق المقرر للزوج هو حق إرادي والحق الإرادي يعرف بأنه سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادة صاحبه ما دام ذلك يوافق القانون وبمجرد استعماله يترتب عليه الأثر القانوني وهنا يجب تمييزه عن الحق الإرادي الذي لا يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني إذ لا ينشأ هذا الأخير إلا بناءا على ما يرتكبه الطرف الآخر في الرابطة من إخلال بالتزاماته ومثالها حق الزوجة في التطليق.

ولذلك فإن طرق استعمال هذا الحق تختلف عن طرق استعمال الحق الإرادي الذي ولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني.[1]

[1] د/نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى 1986، ص41.

إلا أنه ورغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء، وتبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانونا، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق.

وقد جعلا لمشرع لهذا الحكم طبيعة الإنشاء لأنه ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين ويخلق بذلك وضعا جديدا وذلك من تاريخ صريح القاضي به، إلا أن السؤال الذي يبقى مطروحا هو ما هي طبيعة هذا الحكم؟ هل يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي أم أنه عملا قضائيا؟

الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا التمييز بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية للقاضي، فالأصل في أعمال القضاء أنها ذات طبيعة قضائية بحتة واستثناءا تكون ذات طبيعة ولائية، ويذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن الفرق بينهما يكمن في وجود النزاع من عدمه وعليه وطالما أن الحكم بإثبات الطلاق لا ينطوي على أي نزاع فإنه من المفروض أن يكون عملا ولائيا، إلا أن المشرع ارتأى إصداره في شكل حكم قضائي تماما كالأعمال القضائية.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري وإن كان قد منح للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى إبداء الأسباب و دون أن يكون للقاضي فيها دورا إيجابيا – وهذا ما يفيد أنه يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي– فإنه قيده باستيفاء الشكل المقرر قانونا وجعل له طبيعة الإنشاء وهذا ما انتهى إليه الأستاذ زودة عمر، ذلك أنه من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه وليس من تاريخ تصريح الزوج به، وبالتالي فإن آثاره تترتب من تاريخ الحكم وهذا ما يدعونا إلى التساؤل حول مضمون الحكم المثبت للطلاق، فما هو مضمونه؟

الفرع الثالث: مضمون الحكم بإثبات الطلاق.

يتضمن الحكم بالطلاق عادة شقين اثنين:

فأما الشق الأول فهو يتعلق بالطلاق ويصدر ابتدائيا نهائيا في حين نجد أن الشق الثاني يتعلق بالآثار المترتبة على الطلاق ويصدر ابتدائي أو عادة تكون صيغة المنطوق كما يلي:

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية حكما علنيا حضوريا:

في الشكل: بصحة الإجراءات وبالتالي قبول الدعوى شكلا.

في الموضوع:

القضاء نهائيا بالطلاق بين كل من.....و..... مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لبلدية..... والتأشير به على هامش عقد زواج الطرفين وشهادتي ميلادهما.

والقضاء ابتدائيا: بتحميل الزوج مسؤولية الطلاق وإلزامه بأن يدفع للزوجة مبلغ ..... تعويضا عن الطلاق التعسفي، ومبلغ ..... كنفقة عدة وإسناد حضانة الأبناء ..... لأمهم على نفقة أبيهم بواقع ..... شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ النطق بالحكم تستمر إلى غاية سقوطها شرعا أو قانونا، مع منح الأب حق الزيارة يومي الخميس والجمعة وفي المناسبات والأعياد الدينية وأيام العطل، وإلزام الزوج بأن يخصص للحاضنة سكنا لممارسة الحضانة فيه أو بدل إيجار بواقع ..... شهريا.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالزوجة المطلقة، ومن ثمة يتعين التمييز بينه وبين حق المتعة والذي يعد حقا معترفا به لكل مطلقة بغض النظر عما إذا كان قد لحق بها ضرر أم لا.

الملاحظ في الواقع العملي أن قضاة الأحوال الشخصية لا يبادرون إلى سؤال الزوجين

[1] أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة، ص 64.

فيما إذا سبق وأن وقع طلاق بينهما كما أنني لم أجد حكما واحدا يتضمن عدد الطلقات مع العلم أن القانون الجزائري يفرق بين الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى.

وعليه وإذا قلنا إن الطلاق يثبت بحكم قضائي منشئ فما مدى صحة التطبيقات القضائية بشأن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي؟ وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: إثبات الطلاق في قوانين الأسرة المقارنة.

أولا: القانون الفرنسي.

تبنى البرلمان الفرنسي حديثاً قانونا عدل بموجبه إجراءات الطلاق، «لتهدئة» مسألة الانفصال بين الأزواج المؤلم دائما والمحرج ولجعله أكثر «بساطة» فحالات الطلاق في فرنسا ارتفعت بشكل مطرد خلال ربع القرن الأخير وسجلت الأرقام 59190 العام 1976 و128971 العام 2002، ويرافق الطلاق غالبا إعادة تركيب عائلي تجعل حياة الأزواج والأبناء أحيانا في غاية التعقيد.

عرض المشروع وزير العدل دومينيك بربان معتبرا انه «خطوة أولى على طريق التعديل الشامل لقانون الأسرة»، وأعدت المشروع مجموعة من الخبراء متعددي الاختصاصات بعد مشاورات عريضة وتبناه البرلمان في 12 مايو/أيار 2004 بعد نقاش حيّا الوزير جو «الثراء والصفاء» الذي طبعه. وأشار إلى أن المشروع سيضع «الأزواج أمام خيارات حقيقية أكثر ملائمة لتطلعاتهم، وستطبع قانون الطلاق تدابير ونزعة إنسانية تحمي كرامة الأزواج وصلات الرحم الأساسية".

لدى عرض المشروع أمام مجلس الشيوخ، أول غرفة ناقشته، ركز الوزير على ضرورة تكييف قانون الأسرة مع «نمو النزعة الفردية، وتطور الأشكال الجديدة للحياة الزوجية»، كما اعتبر الانفصال بين الأزواج الذي لم يعد اليوم «مشينا من وجهة نظر اجتماعية» يظل شائكا. فالتعديل المقترح يدور حول محاور ثلاثة: تحديث التشريع وجعل الإجراءات أكثر فعالية وأقل نزاعية كما يثير مسئولية الزوج المهمل وحماية الزوج الضحية.

في الماضي، كان القانون الفرنسي ينص على أربع حالات تتوزعها مجموعتان: طلاق متفق عليه (بناء لطلب مشترك، مثل 45,8 في المئة من الحالات العام 2002، أو بناء لطلب من أحد الزوجين وموافقة الآخر بنسبة 15,25 في المئة وحالات نزاعية، لخطأ 37,65 في المئة، أو لانقطاع الحياة المشتركة 1,3 في المئة) وجرت تعديلات على الحالات الأربع، كما أضيف تدبير من اقتراح النواب نص على حالات استعمال العنف بين الأزواج وعلى مبدأ طرد الزوج المسئول من المنزل العائلي.

كان من بين التعديلات التي تم تبنيها فيما يخص مبدأ «التفاهم المشترك» لجعله أكثر تبسيطا، عدم الحاجة إلا لجلسة واحدة أمام القاضي بدل جلستين سابقا، ويجوز للقاضي رفض الاتفاق الذي ينظم تبعات الطلاق الذي يعرضه الزوجان وبالتالي رفض الطلاق، «إذا لاحظ الاتفاق تضمن غبنا للأبناء أو لمصلحة أحد الزوجين» وهذا ما يلزمهما بتقديم اتفاق آخر خلال ستة أشهر.[1]

كما جرى تبسيط لأمر الطلاق حسب «قبول مبدأ انقطاع صلة الزواج» من دون اعتبار لأسبابه وجرى استبدال حال الطلاق «لانقطاع الحياة المشتركة» والذي لا يتم بحسب القانون القديم إلا بعد مضي ست سنوات من الانفصال، بحال طلاق «لتدهور نهائي في الصلات الزوجية» بعد مضي سنتين على الانفصال.

مع ذلك تم الاحتفاظ بحال الطلاق الناجم عن خطأ، لكن فقط في حال مخالفة خطيرة ومتكررة للواجبات وللفروض الزوجية تجعل البقاء في حياة مشتركة غير مقبولة،" وفي حال العنف يجوز للقاضي ان يأمر بمغادرة الزوج المسئول عن العنف للمنزل العائلي".

وحصلت مسألة «التعويضات» التي تهدف قدر الإمكان إلى ردم التفاوت الذي ينتج عن الطلاق في الشروط المعيشية للزوجين، على نقاش وجدال بين البرلمانيين. فهذه التعويضات لا تطاول أكثر من 14 في المئة من حالات الطلاق وتمنح عادة للمرأة بنسبة 97 في المئة. وكانت موضع نقد من قبل الأزواج المدينين الذين كانوا يشتكون منها بعد زواج آخر لأنها كانت على مدى الحياة وتنتقل إلى ورثتهم بعد الوفاة ولا تقبل قيمتها أي

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 64.

تعديل إلا في حالات استثنائية، وكانت الزوجات الدائنات يبررن ذلك بالقول إنهن ضحين بحياتهن المهنية من أجل الأسرة وهن بحاجة لهذه التعويضات للمحافظة على معيشتهن.

وسبق إن صدر قانون العام 2000 نص على إمكان استبدال التعويضات الدائمة بمبلغ يدفع خلال السنوات الثماني التي تلي حكم الطلاق، من أجل تبسيط هذه المسألة تم إقرار بعض المرونة في بعض الأحكام بتشجيع مسألة دفع مبلغ مقطوع وجعله قاعدة ثابتة، يحدد القاضي المبلغ مع جواز استبداله «بشكل استثنائي» إلى تعويضات طويلة المدى، فلم يعد منح هذه التعويضات متعلقا بالخطأ إنما يمكن أن يدفع لزوج يعتبر مسئولا عن الخطأ ويجوز للقاضي رفض هذا الأمر «إذا اقتضت العدالة» كما يجوز له «تعديله أو إيقافه أو الغاؤه في حال تغير الموارد وحاجات كلا الطرفين.«

وكرّس التعديل دور الوساطة العائلية لمساعدة الأزواج على تجاوز تبعات الانفصال، فقد نص القانون الجديد على «سعي القاضي لمصالحة الأزواج إن كان على صعيد الطلاق أو تبعاته» فأجاز له أن يقترح تدبير الوساطة بعد الحصول على موافقتهم وتعيين الوسيط العائلي. كما يجوز له أن «يأمر بلقاء وسيط عائلي يحيطهم علما بغرض الوساطة وشروطها.

ثانيا: القانون السوري[1]

إن الطلاق لا يثبت إلا بشهادة من سمع من الزوج لحظة إيقاع الطلاق أو أخبره به بعد وقوعه. وأما ثبوته بالتسامع ولو من الزوجة ومن الناس فغير ذي بال ولا يعتد به.

لا تقبل شهادة الطلاق إلا إذا سمعها الشاهد من الزوج في نفس المجلس أما حديث الناس لا يعتد به وكذلك المراجعة، لذا لا تسمع دعوى التفريق في هذه الحالة لوجود الادعاء بالطلاق.

إن الحكم بالنفقة قبل تثبيت النسب وتسجيل الطفل في السجل المدني موجب للنقض.

[1] قرار 1118 / 2001 – أساس 855 – محكمة النقض – دائرة الأحوال الشخصية – سورية قاعدة 16 – م. القانون 2001 – القسم الأول – الأحكام المدنية – رقم مرجعية حمورابي: 72035.

في القضاء:

حيث أن الطعن مقدم ضمن المدة القانونية بشروطه مما يوجب قبوله شكلا.

وحيث أن سببي الطعن الأول والثاني لا يردان على القرار الطعين بعد أن أحسن القاضي مصدر القرار الطعين بما قضى به لجهة إثبات الطلاق الرجعي الذي أقر به الزوج وادعت به الزوجة بالأصل وإثبات المراجعة التالية له والتي تمت بشكل صحيح بمحضر من فضيلة مفتي الميادين وخلال عدة المدعية مما يوجب رد سببي الطعن لأن المشرع السوري اختار الرجوع إلى السنة النبوية المطهرة ونص وبمقتضى المادة /92/ من قانون الأحوال الشخصية السوري لعام 1953 على أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدا.

وحيث أن سبب الطعن الثالث لا يرد على القرار الطعين لأن المدعية لم تذكر في استدعاء دعواها شيئا على طلاق سابق ولأن الزوج لم يذكر في معرض طلب الفتوى التي تقدم بها إلى فضيلة المفتي الميادين شيئا عن ذلك الأمر وما يثبت من الطلاق حسب ما استقر عليه الاجتهاد وهو ما يسمعه الشاهد من الزوج في نفس المجلس أما الحديث عن طلاق سابق يتحدث به الناس فلا وجه لقبوله شرعا في أمور تتعلق بالحل والحرمة.

وهي من حقوق الله تعالى ولا يصح بناء حكم فيها على مجرد الظن أو ما هو ثابت ثبوتا يقينا مما يوجب رد سبب الطعن.[1]

وحيث أن سبب الطعن الرابع لا سبيل لقبوله لأن عدم تحديد أسماء هؤلاء الشهود والواقعة التي يراد سماع شهاداتهم من أجلها دليل على عدم الجدية مما لا يصح معه الالتفات إلى سبب الطعن وحيث أن سبب الطعن الخامس لا يرد على القرار الطعين لأن مجادلة المدعية في وضع الزواج وادعائها بالطلاق يمنع قبول الادعاء بالتفريق للشقاق منها والى ما بعد تقرير المحكمة عودة الحياة الزوجية السوية بين الزوجين بعد المراجعة الأمر الذي يؤكد صحة تصرف المحكمة ويوجب رد سببي الطعن ورد سبب الطعن السابع التالي

[1] قرار 2001/1118–أساس855 –محكمة النقض–دائرة الأحوال الشخصية–سورية قاعدة 16– م. القانون 2001–القسم الأول–الأحكام المدنية–رقم مرجعية حمورابي: 72035

له لأن عدم دعوة الزوج زوجته للمتابعة لا يعني عدم صحة المراجعة الواقعة من الزوج بالقول.

وحيث أن سبب الطعن السابع يرد على القرار الطعين لأن مناقشة شهود المدعية الذين أثبتوا وجود أغراض جهازية ومصاغ للمدعية لدى الزوج لم تكن كافية كما أن عدم الإحسان في التعبير من قبل بعض الشهود واختلاف من ذكر مفردات ذلك الجهاز لا يعني وجوب إصدار تلك الشهادات دون تعليل مستساغ موجب لنقض ما قضى به الحكم الطعين لهذه الجهة.

وحيث أن سبب الطعن الأخير جدير بالقبول لأن الحكم للولد أيمن بالنفقة قبل تسجيله في سجلات الأحوال المدنية سندا لشهادة ولادته المبرزة بالدعوى وسندا لإقرار والده بنسبه اليه أمر موجب لنقض ما قضى به الحكم الطعين لهذه الجهة وليمكن من تم الحكم بإثبات نسب الصغير لأبيه.

لذلك وسندا لأحكام المواد /250/ وما يليها من قانون أصول المحاكمات المدنية فقد تقرر بالإجماع:

1 –قبول الطعن شكلا.

2–قبوله موضوعا بشكل جزئي ونقض ما قضى به الحكم ولجهة رد دعوى المدعية بالأشياء الجهازية والمصاغ في الفقرة الثالثة منه ونقض ما قضى به الحكم الطعين في الفقرة الرابعة منه لجهة فرض النفقة للولد أيمن قبل الحكم بإثبات نسبه الى والديه طرفي الدعوى ورد الادعاء فيما تجاوز ذلك وتصديق باقي فقرات القرار الطعين.[1]

ثالثا: القانون المغربي.

رغم مرور ما يقارب السنتين على إصدار "مؤسسة الأزهر المصرية" بيانها الذي تؤكد في مضمونه وقوع الطلاق الشفوي "دون اشتراط إشهاد أو توثيق"، تجدد الجدل مؤخرا في

[1]قرار 2001/1118–أساس855–محكمة النقض– دائرة الأحوال الشخصية–سورية قاعدة 16– م. القانون 2001–القسم الأول–الأحكام المدنية–رقم مرجعية حمورابي: 72035

المغرب بشأن الموضوع، وتساءل كثيرون عما إذا كان هذا الأمر يطرح "تعارضا" بين الفقه والقانون.

الرأي القانوني يشدد على كون الطلاق الشفوي ليس له أي أثر من الناحية القانونية، ذلك أن مدونة الأسرة تفرض سلك مسطرة معينة ليتم الطلاق، وذلك بشكل "يحفظ حقوق المرأة، وكذلك الأطفال إن وُجدوا."

أما الرأي الديني، فبدوره يؤكد أن إنفاذ الطلاق يستوجب التوثيق، ويرى أن "الفقه التقليدي" كان يعتبر الطلاق الشفوي طلاقا نافذا "بحكم أنه لم تكن وسائل الإثبات والتوثيق متطورة كما هو عليه الحال اليوم".

- **شروط إنفاذ الطلاق:**

المحامي، خالد الإدريسي، يؤكد أن الطلاق الشفوي من الناحية القانونية "لا ينتج أي أثر."

فعلى الراغب في الطلاق القيام بالمسطرة المقررة في مدونة الأسرة بدءا بالتقدم بدعوى لدى محكمة قضاء الأسرة مرورا بجلسة البحث وصولا إلى محاولة الصلح ليتم بعدها في حال لم يتم الصلح إصدار الحكم وتحديد المستحقات للمرأة وللأطفال إن وُجدوا، ما يعني "ضرورة القيام بالمسطرة تحت رقابة القاضي حتى يكون الطلاق نهائيا."

أما بالنسبة للطلاق الشفوي، فيوضح المتحدث في تصريحه لـ «أصوات مغاربية" أنه "ربما كان قبل سنة 1993 في إطار قانون الأحوال الشخصية وليس مدونة الأحوال الشخصية التي جاءت في تلك السنة.

والتي تم تعديلها بمقتضى مدونة الأسرة سنة 2004."

فحينها (أي قبل 1993) "كان يمكن للطلاق الشفوي أن ينتج أثره"، وبعدها، أي في ظل مدونة الأحوال الشخصية، كانت مسطرة الطلاق "متيسرة بالنسبة للرجل، بحيث كان يمكن أن يصدر الحكم حتى في غياب المرأة."

أما مدونة الأسرة، فقد "أعطت مجموعة من الضمانات لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة" يقول الإدريسي، من أشكالها كونها جعلت الطلاق يتم تحت رقابة القاضي "حماية لمصلحة وحقوق المرأة والأطفال."

- **قوانين الدولة المدنية:**

من جانبه، وتعليقا على الجدل و"التشويش" الذي أثارته فتوى "الأزهر"، يرى الباحث في الدراسات الإسلامية، محمد عبد الوهاب رفيقي، أن "الإشكال أعمق من قضية الطلاق الشفوي أو غيرها من القضايا التي يقع فيها تعارض بين الفقه والقانون."

ويتابع المتحدث موضحا في السياق نفسه أن "مشكلة الفقهاء التقليديين وكثير من المتصدرين لباب الفتوى وإعطاء الأحكام الشرعية للناس أنهم لم يستوعبوا بعد أننا نعيش في دولة مدنية وليس في دولة دينية."

فالأصل في الأولى "أنها خاضعة للقوانين التي تعلو ولا يُعلى عليها"، تلك القوانين التي "لم يستوعب هؤلاء الفقهاء"، حسب رفيقي "أنها ليست إلا تطويرا للفقه وأن الفقه التقليدي ليس إلا قانونا كان مناسبا لعصره وليس دينا يجب الالتزام به في كل زمان ومكان."

من ثمة، وعلاقة بقضية الطلاق الشفوي، يوضح رفيقي في تصريحه لـ «أصوات مغاربية" أن "الفقه التقليدي كان يعتبره طلاقا نافذا بحكم أنه لم تكن وسائل الإثبات والتوثيق متطورة كما هو عليه الحال اليوم"، مضيفا أن "القانون حسم في هذا الموضوع وغير القوانين الفقهية في هذا الباب وألغى اعتبار الطلاق الشفوي الذي لا يمكن إنفاذه إلا إذا حكم به القاضي في محكمة وتم توثيقه والإشهاد عليه واستوفى كل الشروط كما في عقد الزواج".[1]

[1] حليمة ابروك، مقال منشور بتاريخ 2018/12/14 تحت عنوان أنت طالق عبارة لا تكفي لإنهاء الزواج في المغرب، تم الاطلاع عليه 2020/08/21، موقع:
https://www.maghrebvoices.com/2018/12/14/المغرب-في-الزواج-إنهاء-لتكفي-عبارة-طالق-أنت.

الفصل الثاني:
إجراءا إثبات الطلاق

في حقيقة الأمر أن مسألة إثبات الطلاق وإن كانت للوهلة الأولى تبدو بسيطة إلا أنها تنطوي على غموض كبير خاصة في تفسير نص المادة 49 من قانون الأسرة إذ يثار الإشكال حول الحكم الصادر بالطلاق فيما إذا كان منشئا أو مقررا، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه نظرا لخصوصية الحكم بإثبات الطلاق فإنه لا مجال لإعمال سلطة القاضي فيه ذلك أنه يتعين مناقشته.

وعلى صعيد آخر نجد أن التطبيقات القضائية تذهب إلى إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بأثر رجعي مع العلم أن هذا الاتجاه كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري تطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية.

وعليه هل يمكن القول بأن مسك القضاء سليم في هذا المجال أم أن ذلك بدعة قضائية ينبغي النزوح عنها؟

ومن هنا وبعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى مفهوم الطلاق وإثباته سوف نتطرق في الفصل الثاني إلى إجراءات إثبات الطلاق وتم تقسيمه إلى ثلاث مباحث نتناول في المبحث الأول إثبات الطلاق بحكم قضائي وطبيعة الحكم وإجراء الصلح، ونتناول في المبحث الثاني شروط دعوى الطلاق والطعن فيه، وفي المبحث الثالث نتناول تسجيل حكم الطلاق.

ومن هنا يطرح السؤال حول صحة الإجراءات المتبعة لاستصدار حكم بإثبات الطلاق، وهل يجوز الطعن في هذا الحكم؟

وعليه سوف نحاول قدر الإمكان الإجابة على هذه الإشكاليات في هذا الفصل.

المبحث الأول: إثبات الطلاق بحكم قضائي وطبيعة الحكم.

في حقيقة الأمر أن مسألة إثبات الطلاق وإن كانت للوهلة الأولى تبدو بسيطة إلا أنها تنطوي على غموض كبير خاصة في تفسير نص المادة 49 من قانون الأسرة، إذ يثار الإشكال حول الحكم الصادر بالطلاق فيما إذا كان منشأ أو مقررا، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه نظرا لخصوصية الحكم بإثبات الطلاق فإنه لا مجال لإعمال سلطة القاضي فيه ذلك أنه يتعين عليه أن يحكم بالطلاق من رفع إليه بناءا على إرادة الزوج المنفردة دون أن يكون له الحق في مناقشته.

وعليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه هل يدخل الحكم بالطلاق في الوظيفة الولائية للقاضي أم في الوظيفة القضائية له؟

خاصة وأن المادة 222 من قانون الأسرة تميل على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لكل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة.

وعلى صعيد آخر نجد أن التطبيقات القضائية تذهب إلى إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء وبأثر رجعي مع العلم أن هذا الاتجاه كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري تطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية.

وإجابة على جميع التساؤلات وغيرها فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول إثبات الطلاق بحكم وإجراء الصلح في حين نخصص المطلب الثاني لطبيعة الحكم الصادر والسؤال المطروح ما مدى صحة اتجاه القضاء في هذا المجال؟

المطلب الأول: إثبات الطلاق بحكم وإجراء الصلح.

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر.

ويمكن للزوج مراجعة زوجته أثناء محاولة الصلح بدون عقد جديد غير أنه إذا راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق وجب عليهما إبرام عقد جديد المادة 50 ق.أ.[1]

[1]–المواد 49–50 من القانون 84–11المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم للأمر 05–02 المؤرخ في 27فبراير 2005.

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق كفرع أول وإجراءات الصلح كفرع ثاني وصدور الحكم بالطلاق كفرع ثالث.

الفرع الأول: ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق.

يعين ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطا للإثبات وإنما شرط للانعقاد، وهذا ما أقره المشرع ضمن نصوصه بحيث لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح وبالتالي هو ينبغي وجود طلاق ما لم تسبقه محاولة التي هي من صلاحيات القاضي، كما على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراءات الصلح والتعبير عن إرادة الزوج في ذلك،[1] ومن خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى تعريف الحكم بصفة عامة.

أولا: تعريف الحكم.

يعد الحكم من أهم الأعمال التي يؤديها القضاء، إن لم نقل أنه جوهر العمل القضائي وأساس إقامة المحاكم، خاصة وأن الحكم يعد ترجمة للعدل.

فما هو الحكم في اللغة، وما مدى اقتراب هذا المعنى اللغوي من المعنى الفقهي والقانوني؟

1- التعريف اللغوي للحكم:

في لسان العرب الحكم هو: العلم والفقه والقضاء بالعدل وهو مصدر حكم يحكم،[2] والمعنى الأصلي لمادة "حكم" كما استعمله العرب قديما هو المنع والحبس، فالحكم كما جاء في "المصباح المنير": ((أن معناه القضاء وأصله المنع يقال حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه، ومنه اشتقت "الحكمة"، فهي تمنع صاحبها من أخلاق الأرذال)).[3]

---

[1]- عمر زودة، المرجع السابق، ص31-33.

[2] - محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج6، ص591.

[3] - أحمد بن محمد علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، 1987، ص56.

وبهذا العرض للمعنى اللغوي لمصطلح الحكم، نجد أن الحكم يأتي بمعنى القضاء بشكل عام، ويطلق في كثير من الأحيان على معنى القضاء بالعدل، ولكن بالرجوع إلى المعنى الأصلي للكلمة نجد أنها تعني المنع.

2- التعريف الفقهي:

جاء تعريف الحكم في معجم المصطلحات الفقهية والقانونية على أنه يعني: "القرار النهائي الذي تصدره المحكمة عندما تنتهي من النظر في الدعوى المرفوعة إليها".[1]

فالحكم هو ما يصدر عن المحكمة في الخصومات، إذ يعتبر هذا الحكم هو الغاية من إتباع إجراءات الدعوى، بل الغاية من القضاء ككل، وفي هذا الصدد يقول أحمد أبو لوف: ((فالغرض من رفع الخصومة إلى القضاء ومن السير فيها ومن إثباتها هو الوصول إلى الحكم....)).[2]

إذ لا جدوى من إقامة المحاكم لولا وجود خصومات بين الناس، ولا جدوى من رفع هذه الخصومات إلى هذه المحاكم لدعم تصل المحكمة في النهاية إلى حل فاصل يضع حدا للخصومة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحكم لكي يكون موجودا من الناحية القانونية والواقعية منتجا لما تضمنه من قضاء يجب أن يكون في شكل قرار صادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا ومختصة أو صارت مختصة لعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب في الخصومة رفعت إليها وفق قواعد مرافعات، سواء كان صادر في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه،[3] وقد ينصرف مفهومه إلى عدة معاني، ولكنه في معناه الدقيق والخاص هو ما يصدر من المحاكم للفصل في النزاعات بغية جعل حد لها،[4]

---

[1]- جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، الطبعة الأولى، 1996، ص141.

[2] - أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1981، ص479.

[3] - مصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، الإدارية والجنائية، دراسة نظرية.

[4] - عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والتجارية الجديد، ترجمة المحاكم العادلة، موفم للنشر، الجزائر،2011، الطبعة الثانية، ص183.

أي الفصل فيها والانتهاء منها، وهو كما سبق الذكر الهدف من إقامة القضاء ورفع الخصومات إليه.

ويلاحظ في هذا السياق أن جل التعاريف الفقهية تعرف الحكم بأنه قرار، غير أنه ومن الناحية العملية يوجد وجه اختلاف واضح ومعروف بين مصطلح حكم ومصطلح قرار، فعند إطلاق تسمية "الحكم" يكون للدلالة على الحكم الصادر عن المحاكم الابتدائية، واستعمال تسمية "القرار" للدلالة على الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف أو المحكمة العليا، وجاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن كلمة حكم هي مصطلح عام يقصد به كل ما يصدر عن القضاء من أحكام وقرارات بما فيها الأوامر الإستعجالية.[1]

3- التعريف القانوني:

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الحكم، حيث نص على الحكم في المواد من (275 إلى 277 ق.إ.م.إ) وأورد من خلالها البيانات الواجب توافرها في الحكم القضائي قبل النطق به وهي بيانات عامة تخص كل أنواع الأحكام الصادرة عن القضاء بما فيها حكم الطلاق بالإرادة المنفردة.

وأهم هذه البيانات نجد عنصر تسبيب الحكم، والذي نصت عليه المادة (277 ق.إ.م.إ) حيث جاء فيها: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة"، وفي قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه: "التسبيب هو ضمان الحكم العادل وهو المنهجية الفكرية التي تسمح بتقديم البرهنة على أن ما يصل إليه القاضي من نتيجة من خلال الحكم هو الأصح والأقرب بتقديم البرهنة على أن ما يصل إليه القاضي من نتيجة من خلال الحكم هو الأصح والأقرب من العدل ومطابق للقانون".[2]

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي غير ملزم بتسبيب حكم الطلاق بالإرادة المنفردة في شق الطلاق، ذلك أن القاضي لا يستطيع رفع دعوى الزوج الرامية إلى طلب الطلاق إذا توافرت شروطها.

---

[1] – قرار صادر بتاريخ 1998/02/25، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص305.

[2] – قرار رقم 847-386 مؤرخ في 2007/03/04، ذكره ديب عبد السلام، المرجع السابق، ص195.

لأن الطلاق هو حق إرادي أصيل للزوج متى طلبه يحكم له به ودون تسبيب من طرف الزوج، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم السعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله، وحتى يتبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقة صحيح القانون".[1]

واستخلاصا مما سبق واستنادا لتعريف الطلاق والحكم، فإن تعريف المصطلح المركب منهما –أي حكم الطلاق– لا يمكن أن يخرج عن إطارهما.

فحكم الطلاق هو القضاء الصادر عن قاضي شؤون الأسرة المتضمن حل الرابطة الزوجية بين المدعي والمدعى عليها والمقيد بالأشكال القانونية.

والحكم الصادر في الطلاق بالإرادة المنفردة وإن كان لا يختلف في عمومه عن الأحكام العادية، إلا أن تعلقه بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة والطلاق بإرادة الزوج بصفة خاصة جعل فيه من الأحكام القانونية ما يميزه.[2]

الفرع الثاني: إجراءات الصلح.

حفاظا على المجتمع والمصلحة العامة ولجعل الرجل يحس بخطورة الأمر الذي يقدم عليه من جهة، وحتى لا يحرم الزوج من استعمال حقه في الطلاق من جهة أخرى، حاول المشرع التوفيق بين هذا الحق (حف الزوج في الطلاق) وحق المجتمع، بأن جعل إجراءات أولية أوجب على القاضي المرور بها قبل البحث في موضوع النزاع وإصدار الحكم، ومن خلال هذه الإجراءات جعل مجالا للقاضي للتدخل لمحاولة فض النزاع وقطعه خلال مرحلة الصلح ومرحلة التحكيم.[3]

---

[1] – القرار الصادر بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص104.

[2] – مثال ذلك أن الطلاق لا يصدر صحيحا إلا إذا استوفى شرطا جوهريا فيه قرره المشرع الجزائري في نص المادة (49) ق.إ.ج وهو إلزامية إجراء الصلح خلال مدة لا تتجاوز 03 أشهر قبل النطق بالطلاق.

[3] – زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير –قانون خاص– كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006–2007، ص91.

والمشرع الجزائري نص على الصلح الذي يقوم به القاضي وكذا التحكيم الذي سماه الصلح الذي يقوم به الحكمان، وذلك في تقنين الأسرة، ثم أكد على هذين الإجرائين وخصص لهما حيزا واسعا من خلال تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

أولا- الصلح الذي يقوم به القاضي.

تنقسم إجراءات الصلح إلى إجراءات متعلقة بالمواعيد وأخرى متعلقة بسير محاولة الصلح، وأخرى متعلقة بحضور وغياب أطراف هذه المحاولة.

1- مواعيد محاولة الصلح:

طبقا لنص المادة (49) ق.أ.ج فإنه ينبغي على القاضي أن يعقد جلسات محاولة الصلح خلال ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، أي من تاريخ تسجيلها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة،[1] ولقد انتقد المشرع الجزائري عند تحديده لمدة محاولة الصلح بثلاثة أشهر بين من يرى أنها مدة طويلة ولا تتلائم مع شعار السرعة وتتصف أحيانا بالاستعجال.[2] وبين من يرى أنه من الأفضل لو أن المشرع لم يربط محاولة الصلح بميعاد معين لأن التجربة أعطت كثيرا لعامل الزمان في تصالح الزوجين، وعليه فإن السرعة في الفصل في قضايا الطلاق يترتب عليه نتائج وخيمة، دون الهدف المنشور من إجراء محاولة الصلح.

فصحيح أن قضايا شؤون الأسرة وخصوصا دعاوى الطلاق، من تلك القضايا التي تتطلب السرعة في البث فيها ولكن ليس لدرجة تقليص مدة محاولة الصلح بين الزوجين، لأن الأهم هو كيف يتم الفصل في القضايا وليس العبرة بعدد القضايا المفصول فيها خصوصا إذا كان للزوجين أولاد فالأمر يستدعي تكرار محاولة الصلح بينهما والأحسن لو ترك المشرع تحديد هذه المدة للسلطة التقريرية للقاضي لأنه هو الأعلم بحالة الزوجين ونفسيتهما ومدى قابليتهما للصلح.[3]

---

[1] – زيدان عبد النور، المرجع السابق، ص91.

[2] – زيدان عبد النور، نفس المرجع، ص108.

[3] – عباس ريمة، إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2018، ص83.

2- إجراءات سير محاولة الصلح:

المشرع الجزائري لم يعين طريقة محددة في سير جلسات الصلح، بل تركها للقاضي[1] فقط يجب أن تتم المحاولات في جلسات سرية، وذلك طبقا لنص المادة 439 ق.إ.م.إ،[2] وبحضور أمين الضبط فقط وعليه فعند حضور الزوجين أول جلسة أمام المحكمة يستدعيهما القاضي إلى مكتبه لحضور جلسة الصلح، فيقوم أمين الضبط بالمناداة على الزوجين للتأكد من حضورهما لإجراء محاولة الصلح وبعد التأكد من هويتهما يباشر الصلح بينهما.

والجديد الذي جاء به المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه نص على أن القاضي يستمع لكل زوج على انفراد، ثم معا، كما يمكن أيضا وبناء على طلب أحد الزوجين وحضور أحد أطراف العائلة للمشاركة في محاولة الصلح المادة 440 ق.إ.م.إ.[3]

وبعد الاستماع إلى أقوال الطرفين يتعرف القاضي على حقيقة النزاع وأسبابه فينطلق بعدها بالصلح بينهما، ومن المبادئ التي تقوم عليها محاولة الصلح، أنه وبعد الانتهاء من كل جلسة من جلسات الصلح يحدد القاضي محضر إجراء محاولة الصلح وهذا المحضر يحرره القاضي بغض النظر عن النتيجة المتوصل إليها وبعد استغراق المدة القانونية لمحاولة الصلح (الذي يحمل جميع تواريخ محاولات الصلح) بملف الدعوى، ثم يحيل الطرفين على حضور الجلسة العلنية للنطق بالحكم.

3- حضور وغياب الأطراف في جلسة محاولات الصلح:

يرى عبد الفتاح تقية بأن المشرع كان مرنا مع الأطراف حيث نص في المادة 441 ق.إ.م.إ[4] أنه إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاضي آخر سماعه.

---

[1] – العيش فضل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية– بن عكنون، 2005، ص43.

[2] – تنص المادة (439) ق.إ.م.إ: محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية.

[3] – تنص المادة (440) ق.إ.م.إ "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح.

[4] – زيدان عبد النور، المرجع السابق، ص110.

وفي الحالة التي لا يحضر فيها أحد الطرفين مرات عدة رغم تبليغهما، فيمكن اعتبار ذلك رفضا لمحاولة الصلح، وعلى القاضي تحرير محضر الصلح، ويباشر بعدها إجراءات السير في الدعوى.[1]

ثانيا: الصلح الذي يقوم به الحكمان.

التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية هو صلح من نوع خاص لأنه يجرى من طرف حكمين وليس من طرف القاضي،[2] نصت عليه المادة 56 ق.أ.ج المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي والتحكيم في الشقاق بين الزوجين وغير إلزامي، حيث تنص المادة 446 ق.إ.م.إ "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

وقد أفرد المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا التحكيم بإجراءات خاصة تتمثل فيما يلي:

1- اختيار الحكمين وتعيينهم:

نصت المادة 216 ق.أج "يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا على مهمتهما في أجل شهرين"، وقد أكدت المادة 446 ق.إ.م.إ هذا الأمر بنصها، "...جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين..."، فمن خلال هاتين المادتين نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل تعيين الحكمين من اختصاص القاضي.

2- إجراء مجلس التحكيم:

بعد تعيين الحكمين، يشكل مجلس التحكيم الذي لا يحضره سوى الزوجين، ولم يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية سير هذا المجلس، لكن عادة ما يعقد هذا المجلس جلسته الأولى، التي تتم تحت إشراف القاضي الذي عين الحكمين، ثم تنتقل إلى الحكمين صلاحية

---

[1] – عباس ريمة، إثبات الطلاق الإرادة المنفرد، المرجع السابق. ص85.

[2] – وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2007، ص80.

ذلك وفقا لما يريانه مناسبا وبناءا على ذلك يقوما بعقد عدة جلسات، وقد يكون ذلك بمسكن الزوجية، أو أحد الحكمين، أو أي مكان آخر يريانه مناسبا.[1]

3- مهمة الحكمين وانتهائها:

تنص المادة 56 ق.أ.ج على التزام الحكمين برفع تقرير للقاضي، وذلك سواء توصلا إلى الصلح بين الزوجين أو لم يتوصلا إلى ذلك، وتقابلها كذلك المادة 448 ق.إ.م.إ بنصها "إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن".

ذلك أن تقرير الحكمين يفيد القاضي في مجريات التحكيم، ووقائع النزاع الحقيقية والصحيحة حتى تتمكن من الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه على أحسن وجه، ولقد ألزم المشرع الجزائري الحكمين بتقديم تقريرهما خلال أجل شهرين دون أن يحدد تاريخ بداية هذا الأجل.[2]

الفرع الثالث: صدور الحكم بالطلاق.

نتعرض أولا لتحديد البيانات الضرورية الواجب توافرها في حكم الطلاق بالإرادة المنفردة ثم نتناول مضمون هذا الحكم من حيث موضوعه.

أولا: البيانات الشكلية في حكم الطلاق بالإرادة المنفردة.

حكم الطلاق شأنه شأن الأحكام الأخرى، يقتضي شروطا يجب أن يتضمنها وإلا كان عرضة للطعن بالنقض،[3] وقد نص على هذه الشروط والبيانات في عدة مواد أولها المادة 275 ق.إ.م.إ التي نصت "يجب أن يشمل الحكم تحت طائلة البطلان العبارة الآتية "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري".

---

[1] – زيدان عبد النور، المرجع السابق، ص34.

[2] – زيدان عبد النور، المرجع نفسه، ص59.

[3] – تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص500.

هذا وقد اعتبرت المحكمة العليا عدم ذكر هذه العبارات مخالفة تؤدي إلى بطلان الحكم حتى ولو كان ذلك سهوا، لأن ذكرها يعد من النظام العام، إلا أن الخطأ المادي في ترتيب كلمات العبارة لا يؤدي إلى البطلان.[1]

كما نجد المادة 276 ق.إ.م.إ تنص "يجب أن يتضمن الحكم البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التي صدرته.
2- أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية.
3- تاريخ النطق به.
4- اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء.
5- اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم.
6- أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي نذكر طبيعته وتسميته، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.
7- أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.
8- الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية.

وينقسم الحكم بصفة عامة إلى 04 أقسام هي: الديباجة، بيان الوقائع، حيثيات المحكمة، ويقصد بها تسبيب الحكم والرد على جميع الطلبات، والدفوع وأخيرا نجد منطوق الحكم الذي يجب أن يكون نتيجة منطقية للحيثيات.[2]

ونشير إلى أن القاضي غير ملزم بتسبيب حكم الطلاق بالإرادة المنفردة في شق الطلاق، ذلك أن القاضي لا يستطيع رفض دعوى الزوج الرامية إلى طلب الطلاق إذا

[1] – وذلك في قرارها الذي جاء فيه: "عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات عن الفرع الأول: المأخوذة من مخالفة المادة (38) من تقنين الإجراءات المدنية، بدعوى أن القرار المطعون فيه يتضمن في ديباجته خطأ عبارة "الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية" عوض "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية" حيث أن الخطأ المذكور هو من قبيل الخطأ المادي الذي يمكن تداركه من طرف الجهة التي أصدرت القرار بطلب ممن يهمه الأمر وعليه فالفرع المشار غير مؤسس، أنتظر إلى المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 2007، المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2007، ص18.

[2] – عباس ريمة، إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص88.

توافرت شروطها لأن الطلاق هو حق إرادي أصيل للزوج متى طلبه بحكم له به ودون أي تسبيب من طرف الزوج وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها.[1]

كما يجب على القاضي أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية، وطلبات وإدعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم،[2] ويجب أن يكون الحكم القضائي مؤرخا وموقعا من طرف القاضي، وأمين الضبط وفي حالة تعذر إمضائه من طرف القاضي أو أمين الضبط يقوم رئيس الجهة القضائية المعنية بتعيين قاضي آخر أو أمين ضبط حسب الحالة طبقا لنص المادة 278-279 من ق.إ.م.إ.

ثانيا: موضوع حكم الطلاق.

إذا صدر الحكم في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة فإنه لا يخرج عن أحد الفرضيات الآتية:

1- الحكم بعدم قبول الدعوى. ويكون في حالة عدم توفر شرط الصفة وهو من شروط قبول الدعوى الشروط المنصوص عليها في المادة (13 ق.إ.م.إ) وهذا بالإضافة إلى الحالة التي لا يقدم فيها الزوج وثيقة عقد الزواج التي تثبت صفته، فهنا أيضا تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى.[3]

2- الحكم برفض الدعوى شكلا: ويكون ذلك في حالة عدم احترام المدعي البيانات والشروط الشكلية الواجب توافرها في دعوى الطلاق، كعدم ذكر اسم المدعي عليه

---

[1] - جاء في قرار المحكمة العليا: (من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم النص على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله - ومتى تبين - في قضية الحال أن للزوج الحق في تحميل مسؤولية الطلاق، دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون) قرار صادر بتاريخ 1999/06/15 المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2001، ص104.

[2] - يوسف دلادة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجديد، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص202.

[3] - ربيع زهية، النفقة بين الأقارب من خلال الشريعة والقانون -مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص36.

وغيرها من البيانات الضرورية للعريضة، كما قد ترفض على الحال إذا أشار المدعي إلى وثائق تخدم القضية لكنه لم يقدمها.[1]

3- الحكم بالطلاق: وهو الأصل في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة، فإذا رفع المدعي دعوى يطلب فيها طلاق زوجته، وكان مصرا على طلبه فإن القاضي ليس له خيار آخر سوى الحكم به، فقط إذا لم يبرر الزوج طلبه، كان الحكم يقضي بالطلاق التعسفي.

في الأخير فإن ما يلاحظ على الحكم كوسيلة لإثبات الطلاق أن المشرع الجزائري قصر الإثبات على الحكم القضائي، كما لم يأت بأي إجراءات التنظيم سير دعوى إثبات الطلاق الذي يكون قد وقع شرعا خارج ساحة القضاء ومنذ سنوات، أو شهور وبدون حكم قضائي، في حين حدد وسيلتين لإثبات عقد الزواج بموجب المادة 22 ق.أ.ج وهي المستخرج من الحالة المدنية والحكم القضائي في حالة عدم تسجيله.

إن الشريعة الإسلامية ومن خلال ما ذهب إليه جمهور الفقهاء تعترف بما يسمى بالطلاق الشفهي الذي يقع بمجرد صدوره من الزوج، وتعتبر الطلاق الأول والثاني رجعيا قبل نهاية العدة بحيث يمكن للزوج أن يرجع زوجته بدون عقد جديد، أما قانون الأسرة الجزائري فبموجب نص المادة 49 ونص المادة 50 و51 السالفتي الذكر والتي يظهر منها المشرع الجزائري يقيد الطلاق الشفهي الذي تعترف به الشريعة الإسلامية وتقره، فالطلاق بالنسبة للمشرع الجزائري لا ينتج أثره إلا بعد صدور الحكم بذلك والذي يكون نهائيا غير قابل للاستئناف إلا فيما تعلق بجوانبه المادية، ويبدأ دخول الطلاق حيز التنفيذ من يوم النطق به بموجب حكم قضائي.

المطلب الثاني: طبيعة الحكم الصادر.

إن البحث في طبيعة الحكم المثبت للطلاق يقودنا إلى البحث أولا في أنواع الأحكام القضائية التي تنقسم إلى أحكام تقريرية، أحكام منشئة، وأحكام إلزام، وكل حكم تقابله دعوى

[1]- تبودوشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – رسالة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الإدارية – جامعة الجزائر، 199-2000، ص211.

خاصة به،[1] ثم البحث في طبيعة الحكم في حد ذاته فيما إذا كان حكما قضائيا بأتم معنى الكلمة أم لا يعد وأن يكون مجرد عملا ولائيا.

ونعلم أنه كما سبق بيانه فإن حق الطلاق المقر وللزوج هو حق إرادي والحق الإرادي يعرف بأنه سلطة إحداث أثر قانوني بمحض إرادة صاحبه مادام ذلك يوافق القانون، وبمجرد استعماله يترتب عليه الأثر القانوني وهنا يجب تمييزه عن الحق أو المركز القانوني، إذ لا ينشأ هذا الأخير إلا بناءا على ما يرتكبه الطرف الآخر في الرابطة من خلال التزاماته ومثالها حق الزوجة في التطليق.[2]

ولذلك فإن طرق استعمال هذا الحق تختلف عن طريق استعمال الحق الإرادي الذي ولد مع الحق أو المركز القانوني.[3]

إلا أن ورغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي، فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء أو تبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانونا، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق.

وقد جعل المشرع لهذا الحكم طبيعة لإنشائه لأنه ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين ويخلق بذلك وضعا جديدا وذلك من تاريخ التصريح القاضي به[4] إلا أن السؤال الذي يبقى مطروحا هو ما طبيعة هذا الحكم؟

الإجابة على هذا السؤال تدعو إلى البحث عن التكييف المناسب لطبيعة الحق في الطلاق وصولا إلى معرفة مدى حجيته وموقف الفقه والقضاء وهذا من خلال النقاط الآتية:

أولا: تكييف الحق في الطلاق.

بما كان الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج شرعا وقانونا فإنه يتم التعبير عنها بمجرد إعلان إرادة صاحبها، والذي يترتب عنه مركز قانوني جديد لصاحب الحق في مواجهة الطرف الآخر الذي لا حيلة له في مناقشة أو رفض هذا الحق الإرادي

[1] – زودة عمر، المرجع السابق، ص99.

[2] – زودة عمر، المرجع نفسه، ص104.

[3] – زودة عمر، المرجع نفسه، ص105.

[4] – زودة عمر، المرجع نفسه، ص107.

وهو ما عبر عنه قانون الأسرة رقم 84-11 في المادة 48 عندما اعتبر الطلاق يتم بإرادة الزوج، مما يعني تكييفه بأنه تصرف إرادي ترتب عليه آثاره الشرعية من عدة وغيرها، غير أن المشرع الجزائري سرعان ما تراجع عن تكييفه للحق في الطلاق عندما أوجب شرطا أساسيا للاعتراف بالطلاق كتصرف إرادي هو إفراغ الطلاق في شكل قانوني لا يثبت الطلاق بدونه طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 05-02 "لا يثبت الطلاق إلا بحكم...".

وترتيبا على ذلك فإن إرادة الزوج تصبح عاجزة لوحدها عن ترتيب الأثر القانوني ما لم تستوفي الشكل القانوني المطلوب إفراغه فيه،[1] وهي النتيجة التي قد تختلف مع أحكام الشريعة والتي تقتضي وقوع الطلاق من تاريخ التلفظ به في حالة الطلاق بإرادة الزوج، وبحكم القاضي في حالة الطلاق، وهو ما ترتب عنه أيضا إشكالات في حساب العدة، ففي القانون لا تسري العدة إلا من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، أما في الشريعة الإسلامية فتسري العدة من تاريخ تلفظ الزوج به بشروط الطلاق السني، وهو ما قد يترتب عنه ضرر للزوجة في حالة تأخر الفصل في دعوى الطلاق، بحيث تصير من الناحية التطبيقية معتدة بعدتين العدة الشرعية من تاريخ صدور الطلاق التلفظي، والعدة القانونية من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

ويرجع سبب هذا الإشكال إلى تنوع طبيعة الأحكام بين أحكام منشئة وأخرى كاشفة وهو ما يستدعي التمييز بينها بعد الفصل في طبيعة الحق في الطلاق هل هو عمل إرادي أم عمل قضائي؟[2]

وللإجابة على هذا السؤال تقتضي منا التمييز بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية للقاضي، فالأصل في أعمال القضاة أنها ذات طبيعة قضائية بحتة واستثناءا تكون ذات طبيعة ولائية.[3]

---

[1] – تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص141.

[2] – سعاد لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة) – أطروحة دكتوراه في القانون الخاص – كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.

[3] – محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات، طبعة 1987، ص64.

ثانيا: الطلاق بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية.

لاشك أن الطلاق من حيث التنظيم له جانبان: جانب موضوعي يشمل القواعد القانونية التي تبين كيف ينشأ الحق وكيف ينقضي، وجانب إجرائي يبين كيف يستعمل الحق وكيف يكون ملزما للغير، وقد اهتمت الشريعة والقانون بالقواعد الموضوعية للطلاق، من حيث كيفية انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج دون الخوض في القواعد الإجرائية اللازمة لتطبيق القواعد الموضوعية.[1] وتتعلق القواعد الإجرائية للطلاق بطريقة وكيفية استعمال الزوج لحقه في الطلاق من حيث هل يمارس هذا الزوج حقه في الحرية بحرية مطلقة؟ أم ينبغي أن تخضع لقيود معينة سواء من حيث الشكل القانوني أم من حيث الحجية في إلزام الغير؟

كما أن صور الطلاق التي تؤدي إلى انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج ليست واحدة بل متعددة، فقد تكون نتيجة لاستعمال الزوج لحقه الإرادي وقد تكون نتيجة لاستعمال المرأة حقها في التطليق أو في الخلع، ومن الفقهاء من يعتبر بعض هذه الصور نسخا وليس طلاقا وهو ما يصعب عملية التكييف القانوني لحق الزوجين في فك الرابطة الزوجية.[2]

ويذهب الأستاذ عمر زودة إلى أن الفرق بينهما يكمن في وجود النزاع من عدمه، وعليه طالما أن الحكم بإثبات الطلاق لا ينطوي على أي نزاع فإنه من المفروض أن يكون عملا ولائيا، إلا أن المشرع ارتأى إصداره في شكل حكم قضائي تماما كالأعمال القضائية.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري وإن كان قد منح للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى إبداء الأسباب، وجاء في هذا الصدد قرار المحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية والذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله".

---

[1] – زودة عمر، المرجع السابق، ص184.

[2] – زودة عمر، المرجع نفسه، ص25.

وما تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج، أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون.[1]

دون أن يكون للقاضي فيها دورا إيجابيا وهذا ما يفيده أنه يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي فإنه قيده باستيفاء الشكل المقرر قانونا وجعل له طبيعة الإنشاء وهذا ما انتهى إليه الأستاذ عمر زودة وذلك أن من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط، في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ تصريح الزوج به وآثاره تترتب من تاريخ إصدار هذا الحكم.

الفقهاء اعتبروا الأصل في الطلاق الحضر والمنع، وبالتالي فليس الزوج حرا في إيقاع الطلاق من شاء وأراد، بل هو مقيد بقيدين اثنين:

- **قيد زمني:** يتمثل في وجوب أن يقع في حالة طهر ولم يمسسها فيه، فإذا وقع الطلاق وهي حائض أو في طهر مسها فيه كان الطلاق حراما واقع قضاءا.
- **قيد إجرائي:** هو اشتراط الإشهاد على الطلاق.[2]

وبناءا على هذا يرى الأستاذ عمر زودة أنه يمكن تمييز مذهبين في الفقه الإجرائي الإسلامي حول الطلاق، المذهب الحر، والمذهب الشكلي، ومن ثم كان لازما علينا تحديد موقف المشرع الجزائري من المذهبين خصوصا في ظل تعقد الحياة المدنية للمواطنين مما يستوجب معه توثيق التصرفات الإرادية، ومن هذا المنطلق فقد اشترط المشرع ضرورة إفراغ إرادة الزوج في قالب قانوني قضائي خاص، ولكن الأعمال الصادرة من القاضي ليست على نمط واحد فمنها الأعمال القضائية ومنها الأعمال الولائية.

وعليه يشار تساؤل آخر حول طبيعة الحكم في الطلاق، هل هو من الأحكام الولائية؟ وللإجابة على هذه التساؤلات لابد من تحديد المصطلحات الإجرائية المتعلقة بالطلاق، ما

---

[1] – قرار المحكمة العليا تحت رقم 223019 الصادر بتاريخ 1999/06/15 المنشور في العدد الخاص من المجلة القضائية المتعلق بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية.

[2] – زودة عمر، المرجع السابق، ص25.

موقف المشرع الجزائري من تكييف مدى حرية الزوج في الطلاق؟ وهل أخذ بالمذهب الحر عملا بمبدأ سلطان الإرادة، والذي بمقتضاه يقع الطلاق من الزوج دون أي قيد حتى الطلاق البدعي منه فإنه واقع قضاء مع الإثم، أم أخذ بالمذهب الشكلي الذي يشترط صحة الطلاق أن يقع في زمن معين وأمام شهود؟

وجدير بالإشارة إلى تمييز هذين الاتجاهين مع الشكلية التي تعتبر ركنا بالنسبة لبعض التصرفات الإرادية كبيع العقارات، فالشكلية لا تهدف إلى الانتقاص من الحق في الطلاق أو المساس به، بل تهدف إلى تنبيه أصحاب الشأن إلى خطورة التصرف الذي يقدمون عليه كنوع من الحماية لصاحب الحق من التسرع بإعطائه فرصة لمراجعة نفسه على ما هو قادم عليه. وأمام هذه الاتجاهات نصت المادة 49 على أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم وهي المادة التي كانت محل نقاش فقهي، هل يعتبر صدور حكم الطلاق شرطا لإثبات الطلاق أم شرطا للانعقاد؟

يرى غالبية الفقه أن صدور حكم الطلاق ما هو إلا إثبات لواقعه الطلاق الذي هو من التصرفات الإرادية الانفرادية التي يملكها الزوج، وعندها فليس لقضاة الموضوع عند التصريح به للشهادة به، والحكم به دون البحث في مسألة تأسيس الوقائع المدعى بها.

ولكن ليست دائما كل أحكام الطلاق مثبتة، وإنما في أحيان كثيرة يكون هناك نزاع مستحكم يضطر معه القاضي إلى الحكم بالطلاق، كما في حالة طلب الزوجة للتطليق، وحالة فشل الصلح وحالة الطلاق على مال فكلها أحكام قضائية مبنية على السلطة التقريرية للقاضي، مما يجعلها أحكام منشئة وليست كاشفة، وهو ما دعى بعض الفقه إلى المطالبة بأن تكون أحكام التطليق والخلع قابلة للاستئناف خلافا للحكم بالطلاق الكاشف، لأن هذا الأخير ليس إلا شكلا قرره القانون حتى تنتج الإرادة أثرها،[1] وتبعا لذلك فإن أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة لا تقع بمجرد إعلان الزوج عن إرادته، وإنما لابد من صدور حكم قضائي بغض النظر عن طبيعته الكاشفة أو المنشئة وبهذا يكون المشرع الجزائري قد انحاز إلى

[1] – تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص188.

المذهب الشكلي الذي يشترط لصحة الطلاق حضور شاهدي عدل وكاتب الضبط بطريقة غير مباشرة.[1]

والجدير بالإشارة أن التمييز بين الأحكام الكاشفة والمنشئة هو وليد التمييز بين الأحكام القضائية والأحكام الولائية، فالقائلون بأن الطلاق حكم كاشف يعتبرونه من الأعمال الولائية التي يصدرها القاضي دون أن يكون هناك نزاع بين الطرفين، حيث أن القاضي لا يواجه نزاعا بين الزوجين وإنما يكون في تدخله لوضع إرادة الزوج المطلق في شكل قانوني يكون قادرا على إنتاج الأثر القانوني، وهذا ما يصدق على الطلاق اللفظي الذي يكون بين الزوجين في البيت نتيجة شجار أو غضب أو بإرادة مقصودة، فالأصل أن الإرادة طليقة حرة عملا بمبدأ سلطان الإرادة، ولكن قد ترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات القانونية كاشتراط المشرع عنصر الشكلية في إنتاج إرادة الطلاق لآثارها وهو ما عبّر عنه المستشار عمر زودة بالمعادلة التالية: التعبير عن الإرادة + الشكل القانوني = الأثر القانوني.

أي لابد من اجتماع الأمرين لترتيب الأثر القانوني المعتد به قانونا في مواجهة الغير الأول وجود الإرادة، والثاني استيفاء الشكل الذي يشترطه القانون وهو ما يجعل الحكم بالطلاق الكاشف مجرد حكم ولائي،[2] ولم يسبقه نزاع هدفه مجرد ترجمة إرادة الزوج في حكم ملزم للغير. أما الغالبية فيعتبرون الحكم بالطلاق مثله مثل سائر الأحكام عمل قضائي صادر بعد إجراء القاضي لمحاولات الصلح وفشله في ذ1لك سوى أنه يتميز عنها بطبيعته الخاصة، فهو حكم كاشف من جهة كونه يكشف عن إرادة الزوج قبل أن يلجأ إلى القضاء وهو من جهة ثانية حكم منشئ كونه يرتب ويؤسس لمركز قانوني جديد يتمثل في مركز المطلق والمطلقة، ولهذا اعتبره بعض الفقهاء حكم كاشف ومنشئ في نفس الوقت.[3]

---

[1] – زودة عمر، المرجع السابق، ص198.

[2] – تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص198.

[3] – شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية نقدية مقارنة – ماجستير في الحقوق – كلية الحقوق، الإسكندرية، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.

المبحث الثاني: شروط دعوى الطلاق والطعن فيه.

تطبيقا لنص المادة 436 من ق.إ.م.إ التي مفادها "ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى".

وتنص المادة 313 ق.إ.ج.م.إ على: "طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة.

طرق الطعن غير العادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض.

ويبدأ سريان أجل الطعن ابتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم ويسري هذا الأجل كذلك في حق من قام بالتبليغ الرسمي.

يعتبر الاعتراف كتابة بالتبليغ الرسمي أثناء سير الخصومة بمثابة التبليغ الرسمي ومنه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول[1] شروط دعوى الطلاق، ونتناول في المطلب الثاني الطعن في حكم الطلاق.

المطلب الأول: شروط دفع دعوى الطلاق.

يشترط عند استعمال الدعوى كوسيلة للحماية القضائية، توفر شروط شكلية وأخرى موضوعية نظمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية محفوفة بضوابط حدوث ذو الخصوم ومالهم وما عليهم، ودور القاضي في الرقابة، وضمان المساواة بين الخصوم وتفعيل الإجراءات عند اللزوم،[2] سنتكلم أولا عن الشروط الشكلية لرفع الدعوى ثم نتطرق إلى الشروط الموضوعية.

الفرع الأول: الشروط الشكلية لرفع الدعوى.

يقصد بالشروط الشكلية هنا تلك الشروط التي وضعها القانون ورتب على عدم توفرها جزءا إجرائيا هو عدم قبول الدعوى شكلا، وهي كما يلي:

---

[1] – قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 436-313.

[2] – نشرة القضاة العدد 64، 2009، ج1، ص302.

1- تقديم عريضة افتتاح الدعوى باللغة العربية:

وذلك ما نصت عليه المادة 08 ق.إ.م.إ في فقرتها الأولى التي تعتبر تقديم الدعوى الافتتاحية باللغة العربية شرطا شكليا لقبول الدعوى، وعليه فإن تحرير عريضة افتتاح الدعوى بلغة أخرى غير العربية تؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلا.

2- شكل عريضة افتتاح الدعوى:

حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية النموذج الذي تفرغ فيه عريضة افتتاح الدعوى في المادة 14-15 منه بأن تقام بعريضة مكتوبة وموقعة من المدعي أو وكيله أو محاميه، وتتضمن بيانات جوهرية حددها في الآتي:

- بيان الجهة القضائية التي تعرض أمامها الدعوى.
- ذكر أسماء وألقاب الأطراف وعناوينهم، وصفات ممثلين عند الاقتضاء.
- تقديم عرض موجز عن الوقائع محل النزاع وتبيان وسائل الإثبات التي تؤسس عليها الدعوى، وتختتم العريضة بطلبات أصلية محددة بدقة أو أصلية واحتياطية محددة أيضا، مرفقة بالمستندات والوثائق التي تدعم الإعاء.

والحكمة في وضع هذه البيانات هي ضمان صياغة العريضة بالشكل الذي يوفر المقتضيات التي تسمح بمعرفة موضوع النزاع وطبيعته والوسائل القانونية لدعمه، وذلك في صالح المدعي والمدعى عليه ويسمح بالفصل في موضوع النزاع.[1]

3- أهلية التقاضي:

والمقصود منها توفر الصفة الإجرائية لدى كل من سيلجأ إلى القضاء، بأن يكون بالغا سن الرشد القانوني (19 سنة كاملة) غير محجور عليه أو له ممثل قانوني (ولي، وصي، مقدم، كافل) حسب الأحوال، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 416686 المؤرخ في 2008/03/12.

[1] - نشرة القضاة، العدد 64، 2009، ج1، ص303.

4- تكليف الخصم بالحضور:

عن طريق المحضر القضائي وهذا إجراء جوهري لسير الدعوى ولا يمكن الحكم على شخص دون تكليفه بالحضور تكليفا صحيحا.

5- جزاء مخالفة الشروط الشكلية:

لقد رتب المشرع جزءا إجرائيا على عدم توفر الشروط الشكلية للدعوى، أو وجودها معيبة، هو عدم قبول الدعوى شكلا.[1]

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية للدعوى.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 ق.إ.م على أنه "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...إلخ".

كما أن المادة 05 من القانون رقم 63/224 الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 تقضي بأنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج، وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد الزواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية.

وانطلاقا من هذين النصين، فإن القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة ما يلي:

1- **وجود حق يقره القانون:** يشترط القانون وجود حق وحصول اعتداء على هذا الحق إما عمدا من المدعى عليه أو نتيجة جهله القانون.

2- **الصفة:** توفر صفة التقاضي في المدعى أو المدعى عليه بمعنى أنه يجب أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسيهما أو أحد ممثليهما قانونا كالمحامي أو الولي أو الوصي،[2] وتثبت الصفة في الدعوى بتقديم الزوج طالب الطلاق نسخة من عقد الزواج.

وفي هذا الصدد نص القانون رقم 224-63 الصادر في 1963/06/29 والخاص بتحديد سن الزواج قد نص في المادة 05 منه على أنه "لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج وأن

[1] - نشرة القضاة، 2012، عدد01، 2009، ج1، ص304.

[2] - المحكمة العليا، القرار الصادر بتاريخ 1968/12/25، بنشرة القضاة، 1969، عدد5، ص61.

يطالب بما يترتب على الزواج من آثار ما لم يقدم عقد زواج محرر ومسجل في سجلات الحالة المدنية.[1]

أما في دعوى إثبات الطلاق العرفي فإنه طالما أن هذه الدعوى قد فرضت نفسها في الواقع فإنه يجب التطرق لها، وعليه فالصفة تثبت لكل من الزوجين ولورثتهما في حالة الوفاة مع العلم أنه في حالة كون أحد الزوجين قاصرا فإنه يملك الصفة الموضوعية دون الصفة الإجرائية.[2]

3- **المصلحة:** إن تكون له مصلحة في موضوع النزاع، أي أنه يهدف من الالتجاء إلى القضاء لتحقيق فائدة عملية مشروعة والمصلحة القانونية القائمة أصلا، هي الشرط الرئيسي لقبول الدعوى وسماعها، وأن لا دعوى حيث لا مصلحة.[3]

والمصلحة هي المنفعة التي يحققها المدعى من وراء اللجوء إلى القضاء، وتعتبر الدافع لرفع الدعوى، والهدف من اشتراط المصلحة ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء فلا دعوى من دون مصلحة، وأضاف المشرع ضمن المادة 13 ق.إ.م.إ عبارة هي غائبة في المادة 459 ق.إ.م.إ تشير إلى توفر عنصر المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة يقرها القانون.[4]

بمعنى أنه يجب على المدعي أن يدعي بحق يعترف به القانون ويحميه، كما يجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة، أن يكون النزاع بغرض حماية حق أو مركز قانوني أو تعويض ما لحق به من ضرر، أما المصلحة المحتملة يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل، والحق للخصم لدفع بعدم وجود المصلحة وليس للقاضي ذلك كما هو عليه الحال في الصفة التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

---

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص268.

[2] – قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية – مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة – دفعة 12، 2004، ص31.

[3] – بلحاج العربي، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، محاضرات ألقيت على طلاب الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران 1989، فقرة 31 وما بعدها.

[4] – عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، ط09، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص66-67.

أما المقصود من المصلحة في الطلاق هو أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوج ضد الزوجة أو العكس للحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية من الطلاق وإقرارها، لأن عدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى.

المطلب الثاني: الطعن في حكم الطلاق.

تنص المادة 57 من ق.أ على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، ونعلم أن الحكم بالطلاق وإن كان يصدر في شكل الحكم القضائي إلا أنه ذو طبيعة ولائية ومن ثمة فالمفروض أن يخضع لنظام خاص به ومفاده أن يكون الطعن فيه بموجب تظلم أمام القاضي مصدر الأمر، ولعل نص المادة 57 من ق.أ قد سار في هذا الاتجاه عند ما نص على عدم خضوع الحكم بالطلاق للاستئناف وفي ذلك تماشيا مع القواعد الشرعية إذ لا يعقل أن يستعمل الزوج حقه في الطلاق إستنادا إلى كون العصمة في يده ثم يعطي الحق للزوجة في استئنافه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن المادة 57 نصت على عدم القابلية للاستئناف ولم تنص على عدم القابلية كالطعن بالنقض.[1]

المادة 57 ق.أ: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف.

المادة 57 مكرر: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن،[2] وتكون أحكام الطلاق قابلة للطعن أمام المحكمة العليا، كما لا يوقف هذا الطعن بالنقض تنفيذ حكم الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450-451 وكذلك ما جاء في المادة 452 ق.أ.م.إ.

والملاحظ أن الطلاق غير قابل للاستئناف لأنه لا يغير من الحكم شيئا مادام بيد الرجل ومصراً على الطلاق وحكم القاضي بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يعد بائنا لا يمكن مراجعته.

---

[1] – قسنطيني حدة، مرجع سابق، ص39.

[2] – المادة 57 ق.أ عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج ر 15 ص22)، حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية".

أما بالنسبة للتطليق أو الخلع فلا فائدة من الاستئناف كون أن الزوجة أرادت رفع الضرر عن نفسها. إلا أنه بالعودة إلى قانون الأسرة والذي هو نص خاص نجده يتضمن قواعد موضوعية وردت ضمنها قاعدة إجرائية تتعلق بالحكم بالطلاق والذي يكون غير قابل للاستئناف إلا في جوانبه المادية، وعليه ينص في المادة 57 ق.أ على عدم قابلية الحكم بالطلاق للاستئناف إلا أن هذه المادة لم تشر إلى الطعن بالنقض، ونجد أن المحكمة العليا لم تستقر على رأي واحد في هذه المسألة حيث ورد في قرار صادر عنها أنه من العبث أن يستأنف الطلاق أمام المجلس مادام الزوج قد طلبه وهو مصر عليه غير أنه يمكن المطالبة بتوابع فك العصمة أمام الجهة الاستئنافية وهذا القول كما ينطق على الاستئناف فهو ينطق لا محالة على الطعن بالنقض.

وعلى صعيد آخر نجد أن المحكمة العليا قبلت الطعن بالنقض في قضايا الطلاق وما أكثرها، وعليه فمن المنطقي حسب هذا التحليل القول بأن أحكام الطلاق تخضع لطريق الطعن بالنقض، ذلك أنه مادامت هنا إجراءات مقررة قانونا ينبغي احترامها فإنه لابد من وجود رقابة المحكمة العليا عليها وهي محكمة قانون لا علاقة لها بالواقع.[1]

يتضح من نص المادة 57 أن الأحكام التي تصدرها محاكم قسم الأحوال الشخصية تصدر بصورة ابتدائية ونهائية أي أنها لا تقبل الاستئناف أمام المجالس القضائية كدرجة ثانية إلا في الجوانب المادية وإن كانت تقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وهذه المادة بوضعها الحالي تطرح إشكالا قانونيا للأحكام التي تصدر بصورة ابتدائية أم أنها تصدر بصورة نهائية؟ وفي حالة الطعن بالمعارضة فإنها تنظر أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي هنا أيضا وجب تدخل المشرع وتدارك هذا القصور.[2]

[1] – زودة عمر، المرجع السابق، ص136.

[2] – موسوعة الفكر القانوني، تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية، العدد 4، ص78–79.

المبحث الثالث: تسجيل حكم الطلاق.

نصت الفقرة الثالثة من المادة 49 ق.أ على أنه يجب تسجيل أحكام الطلاق في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ضمن وثيقة الزواج وضمن وثيقة الميلاد لكل واحد من الزوجين طبقا لأحكام المادة 58 ق.ح.م.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 49 ق.أ.ج فقرة الثالثة منها نصت على وجوب أن تسجل أحكام الطلاق في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة (قرار المحكمة العليا رقم 401317 المؤرخ في 2006/10/11 مجلة المحكمة العليا 2007 عدد 02، ص489 الذي نص على: يجب إطلاع النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا على قضايا الأحوال الشخصية) بمعنى أن القانون كلف وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة بوجوب القيام بالاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها إبرام وتسجيل عقد الزواج ليطلب منه تقيد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد زواج المعنيين، بعد أن يكون قد أرفق نسخة من الحكم بالطلاق ولهذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ندرس في الأول تسجيل الحكم بالطلاق بسعي من النيابة العامة وندرس في المطلب الثاني كيفية تسجيل حكم الطلاق، ماذا نعني بالتسجيل؟ وكيف يتم تسجيل حكم الطلاق؟

المطلب الأول: يسجل بسعي من النيابة العامة.

قبل التطرق إلى تسجيل الحكم بسعي من النيابة العامة سوف نتطرق أولا إلى تعريف التسجيل أو ما يعرف بالتوفيق.

الفرع الأول: تعريف التوثيق (التسجيل).

أولا: التوثيق لغة.

التوثيق في اللغة أصل مادته (وثق أو يأتي بمعنى الائتمان والإحكام والتسديد والتقوية، والثبوت والعقد المحكم).

يقال وثق به، يثق ثقة بكسر التاء فيهما: أي ائتمنه.[1]

[1] – أحمد بن يوسف بن أحمد درويش، الزواج العرفي وحقيقته، وأحكامه، والأنكحة ذات الصلة بها (دراسة فقهية مقارنة)، دار العاصمة للنشر، الطبعة الأولى، 2006، ص60.

ويقول الله تعالى: **((وميثاقه الذي واثقكم به))**.[1]

والميثاق هو العهد المحكم، جميع المواثيق، والمواثقة المعاهدة.

والتوثيق: التسجيل بالطريق الرسمي، والموثق من يوثق العقود ونحوها بالطريق الرسمي.

ثانيا: التوثيق اصطلاحا: عرف التوثيق بعدة تعريفات منها:

- عرف التوثيق اصطلاحا بأنه عبارة عن مجموعة من الوسائل التي تؤدي إلى استفاء الحق عند تعذره من المدين أو إثباته في ذمة عند الإنكار.
- وعرفه الدكتور عبد الله محمد الحجيلي بقوله: "مجموعة من العقود الشرعية المحكمة كتأكيد الحق واستقراره في يد صاحبه، أو في ذمة الغير أو إثباته عند التنازع أمام القضاء".[2]
- كما عرفه صاحب الفتوحات الإلهية: التوثيق الأمر يحصل التقوى على الوصول إلى الحق.

والأولى أن يقال في تعريف التوثيق هو ما يحصل به إثبات العقود والحقوق وتأكيدها مع استقرارها في أيدي أصحابها، أو في ذمة الغير ويصبح الاحتجاج به عند التنازع.[3]

ولقد عرفت المادة 58 ق.ج.م لسنة 2014 التسجيل واعتبرته العملية التي ينتقل بواسطتها ضابط الحالة المدنية في سجلاته عقد الحالة المدنية الوارد إليه من مكان آخر غير دائرته، أو حكما قضائيا يتعلق بالحالة المدنية.

ويسجل أيضا وفقا للتشريع المعمول به البيانات المتعلقة باكتساب الجنسية الجزائرية، وعليه فإنه يشار تلقائيا في جميع الأحوال التي يجب فيها تسجيل عقد من ضابط الحالة المدنية سواء على هامش العقد المسجل قبلا، وإما في مكان التاريخ الذي كان يجب أن يسجل فيه العقد.

المادة 58 في فقرتها الثانية والثالثة من قانون الحالة المدنية 2014 يجب أن يتضمن منطوق الحكم لأنواع الأحكام المقرر تسجيله أو بيانه في سجلات الحالة المدنية ألقاب

---

[1] – القرآن الكريم: سورة المائدة، الآية (07).

[2] – أحمد بن يوسف بن أحمد، المرجع نفسه، ص60.

[3] – أحمد بن يوسف بن أحمد درويش، مرجع سابق، ص61.

وأسماء الأطراف المعنيين، وكذا ألأمكنة وتواريخ العقود التي يجب أن يذكر البيان على هامشها.

والتسجيل لا يشمل إلا على منطوق الحكم ويجب تبليغ الصفات والأسباب من قبل الأطراف إلى ضابط الحالة المدنية أو إرسالها لأطراف من قبل وكيل الجمهورية المادة 59 في فقرتيها الأولى والثانية من قانون الحالة المدنية لسنة 1970.

الفرع الثاني: تدخل النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الطلاق.

يجب على المدعي في دعاوي الطلاق أن يبلغ رسميا المدعي عليه، وكذا النيابة العامة بنسخة من العريضة عن طريق محضر قضائي، كما أحجاز له أيضا أن يبلغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط وفقا لما نصت عليه المادة 438 ق.إ. م. إ وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها رقم 49283 بتاريخ 9 ماي 1988 بقولها: "بالرجوع إلى ملف القضية والقرار المطعون فيه الصادر حولها، فإنه يتبين منها أنه رغم النزاع يتعلق بالطلاق، فإن الملف لم يبلغ إلى النائب العام، مما يعد خرقا لإجراءات جوهرية تتعلق بالنظام العام الذي يعرض القرار المطعون فيه بالنقض".

وتسعى النيابة العامة في حالة انحلال الرابطة الزوجية سواء كان بالطلاق أو بالخلع إلى تسجيله في الحالة المدنية وجوبا لكونه يتعلق بالنظام العام.[1]

أوجب المشرع على النيابة العامة أن تكون طرفا أصليا في جميع قضايا الأسرة ولكنه لم يشترط حضورها في الجلسة وهذا راجع أساسا إلى أن حضورها في الجلسة لن يجدي نفعا. بالإضافة أيضا فإن ملف الدعوى يمر على مكتب النيابة العامة، وتضع هي أيضا طلباتها ضمن الملف إن كانت لها طلبات، وتؤشر عليه بالموافقة وعن طريق هذا الإجراء سيكون اسمها واردا على الأحكام الصادرة في غرفة الأحوال الشخصية وذلك طبعا مع اسم قاضي الجلسة وكاتب ضبط الجلسة.

وما يمكن قوله في هذا الصدد هو أن دور النيابة العامة يختلف حسب طبيعة الدعوى، فمثلا نجدها في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة أو الخلع، أن دورها يكون حياديا تماما،

[1] – جروني فائزة، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد13، جوان 2016، ص52–55.

حيث تحرص فيه أساسا على تطبيق القانون فقط وذلك حتى تتمكن من إثبات واقعة الطلاق، وتسجيله في سجلات الحالة المدنية لأن الحكم بالطلاق وحده ليس كافيا، بل وجب تسجيله هذا الحكم في سجلات الحالة المدنية ومثال ذلك المرأة التي تحصل على حكم الطلاق فإنه لا يمكن لها تسجيل عقد الزواج الجديد إلا إذا كان هذا الحكم بالطلاق مسجل في دائرة الأحوال المدنية.[1]

المطلب الثاني: كيفية تسجيل حكم الطلاق.

إن كل حكم أو قرار أو سند لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية وهذا ما نصت عليه المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية، وعليه كل من صدر لمصلحته حكم قضائي الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية، وعلى كل حال فإن أي واحد من الزوجين صدر لصاحب الحكم من المحكمة أو قرار من المحكمة يمكنه أن يحصل من مكتب الضبط على نسخة تنفيذية كلما أراد أن ينفذ الحكم الصادر لفائدته، ومن ثمة فإن القابلية للتنفيذ تختلف في كل منهما عن الآخر مما يقتضي بنا دراسة كل واحد منهما.

فالمفروض أنه بمجرد صدور الحكم بالطلاق يتم إشباع الحاجة من الحماية القضائية وبالتالي فإنه يكون نافذا بذاته دون الحاجة إلى إجراء آخر، وحتى يكون قابلا للتنفيذ يجب أن يشمل على العناصر التالية:

- يجب أن يكون الحكم نهائيا حائز قوة الشيء المقتضي فيه ولم يعد يقبل الطعن ولا المعارضة ولا الاستئناف.
- يجب أن تكون النسخة المقدمة إلى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط تحمل عبارة "نسخة طبق الأصل مسلمة للتنفيذ" وموقعة من كاتب الضبط وتحمل الخاتم الرسمي لمكتب الضبط.
- يجب أن تكون نسخة الحكم المقدمة إلى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط التابع للمحكمة ممهورا بالصيغة التنفيذية المشار إليها في المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية.[2]

[1] – صالح حسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2015، ص128.

[2] – بلعابد سمية، مرجع سابق، ص53.

وبالتالي حتى يصبح الحكم قابلا للتنفيذ فإنه يتعين أن يستنفذ طرق الطعن العادية وغير العادية وعليه يكون قابلا للتنفيذ بعد مضي آجال الطعن بالنقض.

والموظف المؤهل للقيام بالتنفيذ بعد أن يصدر الحكم لصالح أحد الزوجين ويصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه، وبعد أن يحصل المعني على نسخة منه موقعة ومختومة وممهورة بالصيغة التنفيذية يحرر طلبا يذكر فيه اسمه ولقبه، وعنوانه، واسم ولقب وعنوان الزوج الآخر، المراد التنفيذ عليه، ويشير في طلبه هذا إلى مضمون الحكم إلى رقمه وتاريخ صدوره، والجهة القضائية التي صدر عنها، ثم يوقع هذا الطلب ويضم إليه النسخة التنفيذية ويقدمهما معا إلى مصلحة التنفيذ والتبليغ بمكتب الضبط لدى المحكمة التي أصدرت الحكم أو المحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها مكان التنفيذ ومعها وصل بدفع رسوم ومصاريف التنفيذ المحددة بالقانون بعد أن يسلمه الكاتب المكلف بتسيير مصلحة التبليغ والتنفيذ، وصل يثبت إيداع الطلب ووصل يثبت دفع الرسوم والمصاريف.[1]

[1] – قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص48.

وزارة العدل **الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

محكمة **إخبار بالطلاق**

مجلس القضاء رئيس كتاب الضبط لدى المحكمة.....

إلى السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي لـ.....

بمقتضى حكم من المحكمة صدر في.....

وصار نهائيا في.....قضى بفك الرابطة الزوجية

بين المسمى.....

المولود في.....

أبوه.....وأمه.....

وبين المسماة.....

أبوها.....وأمها.....

السابق تزويجها برسم حرره الموثق – رئيس المجلس الشعبي البلدي....

.....في.....تحت

رقم.....

ومسجل القضاء بـ.....به للسعي وراء تقييد لتأشيرة

المذكورة على هامش السجلات المودعة كتابة الضبط لدى المجلس ويجب

تقييد هذا الحكم بسجلات الحالة المدنية في ظرف خمسة أيام ابتداءا من التوصل

بالرسالة الموصى عليه ورد الإخبار إلى كتابة الضبط لدى المحكمة في ظرف عشرة أيام

رئيس كتابة الضبط

يشهد رئيس المجلس الشعبي البلدي ب.....

التسجيل على هامش سجلات الحالة المدنية للطلاق الذي أفصل به بين الزوجين.....و.....

بـ.....في.....

رئيس المجلس الشعبي البلدي

بعد أن يقوم أمين الضبط بتحرير الإخبار بالطلاق يقوم بإرساله إلى البلدية التي أبرم عقد الزواج بدائرتها ليقوم ضابط الحالة المدنية تسجيل الطلاق على السجل المخصص للزواج وعلى عقدي زواجهما بسجلات الميلاد إذا كان المطلقين قد ولدا بدائرة اختصاصها وإلا فإنها ترسل إشعارات إلى البلديات المختصة التي ولدا بدائرتها. وفي الأخير يعيد ضابط الحالة المدنية الإشعار أو الإشهاد بالتسجيل إلى المحكمة موقعا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي.[1]

أما عن كيفيات التسجيل فإن المادة 2/58 من الأمر 20/07 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلقة بالحالة المدنية تنص على أنه في كل الحالات التي تقتضي تسجيل قضائي يجب على ضابط الحالة المدنية وضع مباشرة ملاحظة في شكل إشارة موجزة في هامش العقد المسجل أو في التاريخ الذي كان يجب تسجيله فيه.

ومن جهة أخرى تنص المادة 60 من الأمر المذكور أعلاه على: ضابط الحالة المدنية المحرر والمسجل للعقد الذي يستدعي ملاحظة يضع هذه الأخيرة ثلاثة أيام في السجلات التي بحوزته وإذا كانت النسخة من السجل حيث يجب تسجيل ملاحظة لدى كتابة الضبط بوجه إشعار إلى النائب العام.[2]

ويستنتج من هذه المواد أن الملاحظات الهامشية يجب أن توضع إلزاميا في بعض العقود التي تقتضي ملاحظة (شهادة ميلاد، عقد الزواج) وكذا في السجلات من طرف ضابط الحالة المدنية التي يحرر أو يسجل العقد، وفي حالة إذا كانت النسخة عن السجل بكتابة الضبط عليه أن يرسل إشعارا إلى وكيل الجمهورية بدائرته. وإذا كان العقد الذي يجب أن تسجل فيه هذه الملاحظة في هامشه محررا أو مسجلا في بلدية أخرى يجب إرسال هذا الإشعار إلى ضابط الحالة المدنية الموجودة بتلك البلدية والذي يعلم مباشرة وكيل الجمهورية بدائرته إذا كانت النسخة عن السجل لدى كتابة الضبط.

إذا كان العقد الذي يستدعي ملاحظة محررا أو مسجلا في الخارج فإنه يجب على ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد إرسال إشعار إلى وزارة الشؤون الخارجية.[3]

---

[1] – بلعابد سمية، مرجع سابق، ص56.

[2] – المادة 2/58 من الأمر 07-02 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.

[3] – المادة 60 من نفس الأمر.

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، سواء من الجانب الشرعي وما نصت عليه الشريعة الإسلامية لتنظيم هذا الموضوع بمسائله المتشعبة وسواء من الجانب القانوني ومدى انسجام النصوص القانونية بمقتضيات الشريعة الإسلامية وموقف الاجتهاد القضائي بإقراره لحق الزوج في إيقاع الطلاق وإثباته بأثر رجعي.

وعليه من خلال مراجعتي لهذا الموضوع توصلت إلى بعض النتائج واقترحت بعض النقاط كما يلي:

أولا: النتائج المتوصل إليها.

1- يعتبر الطلاق أثرا رئيسيا من الآثار المترتبة على الرابطة الزوجية.

2- إن موضوع الطلاق يعد من أخطر المسائل التي تمس المجتمع والتي تؤثر عليه سلبا، حيث يؤدي إلى تشتت الأسرة وانهيارها والبداية لضياع الأولاد الذين سوف ينشئون في بيئة غير ملائمة تؤثر على نفسيتهم مما يقودهم إلى الانحراف في المستقبل.

3- الطلاق حق خالص للرجل، فالعصمة الزوجية بيده فعلى الزوج أن يحسن استعمال هذا الحق للضرورة القصوى ويسعى إلى إتباع ما نص عليه القانون من إجراءات حتى يضمن الحقوق وما ينتج عن الطلاق من آثار قانونية.

4- هدف المشرع من خلال المادة 49 التضييق من حالات الطلاق والمحافظة على تماسك الأسرة وعلى الأولاد.

5- أوجب المشرع على القاضي بالقيام بمحاولة الصلح بين الزوجين باعتباره إجراءا جوهريا في مسألة الطلاق قبل الفصل في الدعوى.

6- إغفال المشرع الجزائري للطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء بالرغم من إقرار الاجتهاد القضائي به.

7- غياب وعدم وجود قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية، مما أدى إلى إشكالات كثيرة في المجال التطبيقي.

8- يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجعية الإجرائية لقضايا الطلاق.

9- الإحالة من المشرع إلى أحكام ومبادئ الفقه الإسلامي، وآراء الفقهاء في مسائل الطلاق المتشعبة وهذا بموجب المادة 222 من قانون 11/84 المعدد والمتمم بالأمر 05-02.

10- عدم انسجام قانون الأسرة بمقتضيات الشريعة الإسلامية.

11- المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق خارج مساحة القضاء من خلال نصه في المادة49 من ق أ ج لا يثبت الطلاق إلا بحكم وبالتالي يجب أن يصرح الزوج بالطلاق أمام القاضي، وسكوت المشرع عن الطلاق العرفي خلق إشكالات خطيرة خصوصا في حالة انتهاء مدة العدة ويصبح بذلك الطلاق بائن بينونة كبرى وما يترتب عنه من آثار.

12- بالرغم من سكوت المشرع عن الطلاق العرفي إلا أن التطبيقات القضائية تعمل بإثباته بأثر رجعي من يوم التلفظ به من قبل الزوج بعد التأكد من صحة وقوع الطلاق بشهادة الشهود.

13- الصياغة الغير راشدة للنصوص القانونية التي تنظم موضوع الطلاق خاصة المادة 49،50،51 بالمقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

14- إغفال وعدم إشارة المشرع إلى مسألة الإشهاد في الطلاق ذلك لكون الإشهاد له فوائد كثيرة تحد من استعمال حق الطلاق خاصة الزوج المتعصب المتسرع في طلاق زوجته ولعل الشاهدين يصلحان ما بينهما.

15- التزايد الرهيب في نسب الطلاق وهذا راجع إلى غياب الوازع الديني للأشخاص وجهلهم بخطورة هذا الإجراء فأصبحت الأسرة الجزائرية هشة سريعة الانهيار مما سيؤدي بالضرورة إلى عدم تماسك المجتمع.

16- إن القاضي يبدل جهده لتطبيق القانون وأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة إثبات الطلاق إلا أن قناعته تبقى نسبية خاصة في حالة الإنكار من طرف الزوج بوقوع طلاق، وبالتالي فإنه يجب بالدرجة الأولى على الزوجين أن يكونا أشد حرصا من القاضي على تطبيق دينهما وما قضت به الشريعة الإسلامية.

17- جعل المشرع الأحكام الصادرة في كل من دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف، واستثنائه الحضانة التي تقبل الاستئناف وذلك طبقا للمادة 57 ق.أ.

18- اهتمام المشرع الجزائري بشؤون الأسيرة من خلال تفعيل دور النيابة العامة وجعلها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة (المادة 3 مكرر).

ثانيا: الاقتراحات.

من خلال النتائج التي توصلت إليها على ضوء دراستي واستقرائي لهذا الموضوع حاولت أن أعرض بعض الاقتراحات منها:

1- إعادة صياغة النصوص القانونية التي تنظم موضوع الطلاق بطريقة تجعلها تنسجم وتتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، لأنه مادام المشرع يعترف للزوج بالحق في أن يوقع الطلاق فيجب إعادة صياغة المادة 49 من ق أ ج على النحو التالي:

- لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة 03 أشهر، وأن لا تتجاوز فترة الصلح ثلاثة أشهر للزوجة غير الحامل والزوجة الحامل مدة حملها كلها تعتبر فترة للصلح.
- إذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق، فيثبته من تاريخ وقوعه.
- وعلى كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ.

2- كذلك اقترح إعادة صياغة المادة 50 من ق.أ.ج على النحو التالي:

- من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة.

3- كذلك نظرا لغموض نص المادة 51 من ق.أ.ج يجب إضافة فقرة أخرى يوضح فيها معنى الثلاث بحيث يصبح لفظ الطلاق لا يقع إلا طلقة واحدة، وكذلك إضافة الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي.

4- يجب على المشرع الاعتراف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء ما يعرف بالطلاق العرفي والعمل على إثباته بحكم قضائي بأثر رجعي من تاريخ التلفظ به من قبل الزوج.

5- إيجاد قانون إجرائي خاص، ينظم قضايا شؤون الأسرة مما يسهل على المتقاضين وعلى مهمة القاضي.

6- أن يكون قاضي الأحوال الشخصية متخصصا ومكونا تكوينا يتماشى مع مقتضيات المجتمع والشريعة الإسلامية، وأن يكون شخصا متزوجا له دراية بالحياة الزوجية ومدى أهمية وقداسة هذه الرابطة، وعالما بأن الطلاق هو إجراء خطير لا يستهان به، وأن يكون

ملما بما نصت عليه الشريعة الإسلامية حتى يستطيع التوفيق في حكمه بكل الجوانب المحيطة بالطلاق، ويكون بذلك حكمه صحاحا من الناحية القانونية وكذا من الناحية الشرعية.

7- ينبغي على المشرع أن يضع حدا للزواج العرفي لأنه يعتبر الأرض الخصبة للطلاق العرفي، وذلك من أجل حماية حقوق الأفراد، والأسباب، والقضاء على الزواج العرفي يكون بمنع تثبيته وإجبارية تسجيله في حينه، وبذلك نكون قد قضينا على جل النزاعات التي تعم بها المحاكم في وقتنا الراهن بسبب هذا الموضوع.

8- أقترح تمديد مدة الصلح وعدم التسرع في الحكم بالطلاق، لإعطاء مهلة أطول للزوجين حتى يتصالحا وتعود الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من قبل، وهذا يهدف إلى الحفاظ على حياة الأسرة، والحفاظ على نفسية وحقوق ومستقبل الأولاد الذين سيصبحون في المستقبل أفراد صالحين يساهمون في بناء مجتمع صالح.

9- توعية وإرشاد المجتمع بخطورة هذا الإجراء، وما ينجر عنه من عواقب تعود على المجتمع بشكل عام، ويتحقق ذلك بإعطاء دروس في المساجد، ومساهمة الجمعيات الدينية في توعية السكان القاطنين بعيدا عن المدينة أي في البدو والرحل وتكون التوعية كذلك عن طريق الإعلام بشتى أنواعه (إذاعة، التلفزيون، الجريدة) وكل هذا يساهم في القضاء على الجهل بأحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية.

10- وفي الختام يمكن القول أن الطلاق، وإن كان حقا للزوج إلا أنه مكروه لذاته ومحظور إلا للضرورة، وعلى هذا الأساس ينبغي على المشرع تقنين هذه المسألة تبقى أكثر لأن الأسرة هي أساس المجتمع، وبصلاحها يصلح المجتمع، ومن ثم وجب أن تكون الأحكام التي تحكمها واضحة وصريحة ولا يكتنفها أي غموض حفاظا على استقرار المعاملات وضمانا لحقوق الزوجين وبصورة أخص حقوق الأولاد وهم الضحية الأولى والأخيرة والبريئة للطلاق.

وأتمنى أن أكون قد ساهمت بهذا الجهد الضئيل في تسليط الضوء حول موضوع جد مهم في حياة كل فرد من هذا المجتمع والذي يحتاج إلى المزيد من البحث والدراسة والتدقيق في خصوصياته، وأسأل الله عزّ وجل أن يسدد ما في هذا البحث من خلل، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه إلى يوم الدين.

قائمة المراجع:

- **آيات قرآنية:**

1. سورة البقرة، الآية 229.

2. سورة البقرة، الآية132.

3. سورة البقرة، الآية922.

4. سورة الروم، الآية 21.

5. سورة الروم، الآية 21.

6. سورة النساء، الآية .130

7. سورة النساء، الآية 4.

8. سورة النساء، الآية03.

القرآن الكريم: سورة المائدة، الآية (07).

- **باللغة العربية:**

9. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة 2006.

10. أ/عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، مطبعة تالة 1999-2000.

11. أ/عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، 32 حي المجاهدين بن عكنون الجزائر.

12. ابن لجين، بحر الرائق – شرح كنز الدقائق –، ط2، دار الكتاب الإسلامي، (د.م.ن)، ج4، (د.ت.ن).

13. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1981.

14. أحمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان ،1987، ابن منظور.

15. أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، الجزء الثاني، دار الفكر، لبنان ،1995.

16. أحمد بن يوسف بن أحمد درويش، الزواج العرفي وحقيقته، وأحكامه، والأنكحة ذات الصلة بها (دراسة فقهية مقارنة)، دار العاصمة للنشر، الطبعة الأولى، 2006.

17. أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة.

18. أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، الخلع والإيلاء والظهار واللعان، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

19. اديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

20. الإمام الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، ج8، 7991.

21. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة – الخطبة– الزواج – الطلاق – الميراث–الوصية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، ط5، (د.ت.ن)، ج1.

22. ثابت بن قيس: أنصاري خزرجي شهد أحد وما بعدها، وهو من أعيان الصحابة، كان خطيبا للأنصار ولرسول الله صلى الله عليه وسلم وشهد له النبي الجنة. أشار إليه أحمد فراج حسين.

23. جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، الطبعة الأولى، 1996.

24. جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول كبير الخزرج وهي أخت عبد الله بن عبد الله بن أبي أرس النفاق، أسلمت وحسن إسلامها، وبايعت وتزوجت من حنظلة بن أبي عامر غسيل

الملائكة قتل عنها بأحد ثم تزوجت ثابتا. أشار إليه أحمد ف ارج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر 2004.

25. حسن علي السمني، الوجيز في الأحوال الشخصية المجلد الأول بدون طبعة.

26. حليمة ابروك، مقال منشور بتاريخ 2018/12/14 تحت عنوان انت طالق عبارة لا تكفي لانهاء الزواج في المغرب، تم الاطلاع عليه 2020/08/21، موقع: انت-طالق-عبارة-لتكفي-لانهاء-الزواج-في-المغرب/https://www.maghrebvoices.com/2018/12/14.

27. د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة 2004.

28. د. بدران أبو العنين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، دار النهضة.

29. د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2004 .

30. د. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى 2007، دار الخلدونية.

31. د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، طبعة 1983.

32. د.نصر سليمان، أ.سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى،2003.

33. د/الغوث يبن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2000.

34. د/نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى 1986.

35. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى،2006.

36. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2009.

37. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء الرابع قسم الأحوال الشخصية.

38. عبد الرحمان ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، دون سنة النشر.

39. عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والتجارية الجديد، ترجمة المحاكم العادلة، موفم للنشر، الجزائر، 2011، الطبعة الثانية.

40. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، ط09، موفم للنشر، الجزائر، 2012.

41. عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات تالة، الجزائر ،2007.

42. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، 1990.

43. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن، 2007.

44. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013. انظر كذلك

45. عرف الأستاذ عبد العزيز سعد الخلع في كتابه الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 249، 248. بأنه: "الخلع هو عقد معارضة رضائي وثنائي الأطراف، شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة

الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الأخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومتقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".

46. عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار التقوى، مصر، 2006.

47. العيش فضل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية– بن عكنون، 2005.

48. لموفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة المغني، الجزء العاشر، دار عالم الكتب، الطبعة الرابعة،1999.

49. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 20–50، دار الوعي، .2102

50. المحكمة العليا، القرار الصادر بتاريخ 1968/12/25، بنشرة القضاة، 1969، عدد5.

51. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة، 1957.

52. محمد بلتاجي، أحكام الأسرة دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، دار التقوى، مصر، 2001، باديس ذيابي، صور

53. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بيروت، (د.ت.ن).

54. محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات، طبعة 1987.

55. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر والتوزيع 1996.

56. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 7002.

57. محمد مرتضي الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جوهر القاموس، تحقيق عبد الكريم العرباوي، الجزء السادس عشر، مطبعة حكومة كويت، الكويت، 1983،أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، لبنان، دون سنة النشر.

58. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ،2010.

59. مصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، الإدارية والجنائية، دراسة نظرية.

60. مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد التجارية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1994.

61. منال محمود المشني، الخلع في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009.

62. منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د.ت.ن).

63. موسوعة الفكر القانوني، تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية، العدد 4.

64. نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 0102.

65. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 3686/9، دار الفكر، دمشق، ط4، 1422هـ، نقلا عن نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق.

66. وهبة الزحيلي، الفقه وأدلته، الجزء السابع، الأحول الشخصية، دار الفكر، دمشق، طبعة خاصة، الجزائر، 1992.

67. يوسف دلادة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجديد، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.

معاجم والمجلدات:

68. أبى الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، الجزء الثاني، دار الفكر، دون دار النشر، 1979.

69. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح وهو المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، الأجزاء 7-9، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، لبنان، 1422 هـ، رقم الحديث 5273.

مجلات والدوريات:

70. جروني فائزة، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد13، جوان 2016.

71. سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة، مجلة المنتدى القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد السادس، 2005، عبد الفتاح تقنية.

72. نشرة القضاة العدد 64، 2009، ج1.

73. نشرة القضاة، 2012، عدد01، 2009، ج1.

رسائل ومذكرات:

74. بلحاج العربي، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، محاضرات ألقيت على طلاب الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران 1989، فقرة 31 وما بعدها.

75. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ط1، عالم الكتب، بيروت، ج4، 7991.

76. تبودوشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – رسالة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الإدارية – جامعة الجزائر، 199-2000.

77. تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000- 2001.

78. تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.

79. مزايا حياة مسعودي، إثبات الطلاق بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج نيل شهادة ليسانس، كلية الحقوق بجامعة سعيدة 2010-2011.

80. ربيع زهية، النفقة بين الأقارب من خلال الشريعة والقانون – مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون – فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.

81. زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير -قانون خاص- كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.

82. سعاد لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة) – أطروحة دكتوراه في القانون الخاص – كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.

83. صالح حسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2015.

84. عباس ريمة، إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2018.

85. قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية – مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة – دفعة 12، 2004.

86. شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية نقدية مقارنة – ماجستير في الحقوق – كلية الحقوق، الإسكندرية، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.

87. عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006 -2007.

88. العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها على أحكام فقه الأسرة، – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر،2001–2002.

89. لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة (الزواج – الطلاق)، (مذكرة التخرج للقضاء)، المعهد الوطني للقضاء، 2002–5002.

90. معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس،2007.

91. النجار عدنان علي، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجيستير)، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 4002.

92. وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2007.

93. وذلك في قرارها الذي جاء فيه: "عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات عن الفرع الأول: المأخوذة من مخالفة المادة (38) من تقنين الإجراءات المدنية، بدعوى أن القرار المطعون فيه يتضمن في ديباجته خطأ عبارة "الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية" عوض "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية" حيث أن الخطأ المذكور هو من قبيل الخطأ المادي الذي يمكن تداركه من طرف الجهة التي أصدرت القرار بطلب ممن يهمه الأمر وعليه فالفرع المشار غير مؤسس، أنتظر إلى المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 2007، المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2007.

94. يوسف عزيرية، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، (مذكرة تخرج للقضاء)، المعهد الوطني للقضاء، 2004 –2003.

المواد:

95. تنص المادة (439) ق.إ.م.إ: محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية.

96. تنص المادة (440) ق.إ.م.إ "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح.

97. تنص المادة (52) ق.أ.ج:» إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

98. تنص المادة (55) ق.أ.ج « عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر« والمقصود بنشوز الزوجة جحود الزوجة لغير سبب شرعي، أي عدم امتثال الزوجة لأحكام عقد الزواج أو عدم احترام الأحكام القضائية، وفي الحياة العملية نلاحظ أن النشوز لا يحكم به في محاكمنا في الغالب إلا في حالة واحدة وهي عدم امتثال الزوجة لحكم يقضي برجوعها إلى بيت الزوجية فبعدما يبلغ لها حكم الرجوع وترفض الامتثال له يحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ فيكون ذلك المحضر حجة في يد الزوج حيث يمكنه اللجوء إلى القضاء ويطالب بالطلاق بتظليم الزوجة، وتفقد الزوجة في هذه الحالة حقها في النفقة وكذلك الحق في التعويض بل قد يطالبها الزوج بالتعويض إذا لحقه ضرر. تبودوشت نعيمة.

99. المادة 57 ق.أ عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج ر 15 ص22)، حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية".

100. المادة 2/58 من الأمر 07-02 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.

101. المادة 60 من نفس الأمر.

102. مثال ذلك أن الطلاق لا يصدر صحيحا إلا إذا استوفى شرطا جوهريا فيه قرره المشرع الجزائري في نص المادة (49) ق.إ.ج وهو إلزامية إجراء الصلح خلال مدة لا تتجاوز 03 أشهر قبل النطق بالطلاق.

103.المواد 49-50 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم للأمر 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005.

104.الأمر رقم 50 – 20 المؤرخ في 72 فبراير .2005

105.الأمر رقم 20-50، المؤرخ في 72 فبراير .2005

- **القوانين والقرارات:**

106.فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012.

107.قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 436-313.

108.قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1426 الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

109.قرار 1118 / 2001 – أساس 855 – محكمة النقض – دائرة الأحوال الشخصية – سورية قاعدة 16 – م. القانون 2001 – القسم الأول – الأحكام المدنية – رقم مرجعية حمورابي: 72035

110.قرار 1118 / 2001 – أساس 855 – محكمة النقض – دائرة الأحوال الشخصية – سورية قاعدة 16 – م. القانون 2001 – القسم الأول – الأحكام المدنية – رقم مرجعية حمورابي: 72035

111.قرار 1118 / 2001 – أساس 855 – محكمة النقض – دائرة الأحوال الشخصية – سورية قاعدة 16 – م. القانون 2001 – القسم الأول – الأحكام المدنية – رقم مرجعية حمورابي: 72035

112.القرار الصادر بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001.

113.قرار المحكمة العليا تحت رقم 223019 الصادر بتاريخ 1999/06/15 المنشور في العدد الخاص من المجلة القضائية المتعلق بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية.

114.قرار المحكمة العليا رقم 35026، بتاريخ 1984/12/03، م ق،1989،ع4.

115.قرار المحكمة العليا رقم 38105 م.ق، 1989، ع1.

116.قرار رقم 847-386 مؤرخ في 2007/03/04، ذكره ديب عبد السلام.

117.قرار صادر بتاريخ 1998/02/25، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998.

118.جاء في قرار المحكمة العليا: (من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم النص على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله – ومتى تبين – في قضية الحال أن للزوج الحق في تحميل مسؤولية الطلاق، دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون) قرار صادر بتاريخ 1999/06/15 المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2001.

*** باللغة الفرنسية:**

* موطأ مالك بن أنس، إعداد أحمد راتب عرموش، ط4، دار النفائس، بيروت، 0891.

121. DEKHIL Farida, Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algérienne, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, volume 26, n° 03 et 04,o.p. u,1988,p44

-SAHEB Hakim, Statut de la femme en Algérie et droit International , mémoire en vue de l'obtention du diplôme magister en droit, université Mouloud Mammeri de Tizi Ouzou,s.a.

فهرس:

كلمة شكر.....أ

إهداءات.....ب-ج

قائمة المختصرات.....د

مقدمة.....6

الفصل الأول: مفهوم الطلاق وإثباته.....12

تمهيد.....13

المبحث الأول: مفهوم الطلاق والإثبات.....14

المطلب الأول: تعريف الطلاق.....14

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحا.....14

الفرع الثاني: تعريف الطلاق شرعا.....15

الفرع الثالث: تعريف الطلاق قانونا.....16

المطلب الثاني: تعريف الإثبات.....18

الفرع الأول: أهمية الإثبات.....19

الفرع الثاني: أطراف الإثبات.....19

الفرع الثالث: وسائل الإثبات بين الإطلاق والتقييد.....20

المطلب الثالث: أنواع الطلاق.....22

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة.....22

الفرع الثاني: التطليق.....27

الفرع الثالث: الخلع.....33

الفرع الرابع: مشروعية الخلع.....35

المبحث الثاني: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية.....37
المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية.....37
الفرع الأول: حق الزوج في إيقاع الطلاق.....38
الفرع الثاني: الإشهاد على الطلاق كقيد على حق الزوج.....40
المطلب الثاني: طرق إثبات الطلاق شرعا وقانونا.....41
الفرع الأول: الإقرار.....41
الفرع الثاني: البينة.....42
الفرع الثالث: اليمين.....42
المبحث الثالث: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.....44
المطلب الأول: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.....45
الفرع الأول: ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق.....45
الفرع الثاني: طبيعة الحكم بإثبات الطلاق.....48
الفرع الثالث: مضمون الحكم بإثبات الطلاق.....50
المطلب الثاني: إثبات الطلاق في قوانين الأسرة المقارنة.....51
الفصل الثاني: إجراءات إثبات الطلاق.....58
تمهيد.....59
المبحث الأول: إثبات الطلاق بحكم قضائي وطبيعة الحكم.....60
المطلب الأول: إثبات الطلاق بحكم وإجراء الصلح.....60
الفرع الأول: ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق.....61
الفرع الثاني: إجراءات الصلح.....64
الفرع الثالث: صدور الحكم بالطلاق.....68

المطلب الثاني: طبيعة الحكم الصادر.....71
المبحث الثاني: شروط دعوى الطلاق والطعن فيه.....78
المطلب الأول: شروط دفع دعوى الطلاق.....78
الفرع الأول: الشروط الشكلية لرفع الدعوى.....78
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية للدعوى.....80
المطلب الثاني: الطعن في حكم الطلاق.....82
المبحث الثالث: تسجيل حكم الطلاق.....84
المطلب الأول: يسجل بسعي من النيابة العامة.....84
الفرع الأول: تعريف التوثيق (التسجيل).....84
الفرع الثاني: تدخل النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الطلاق.....86
المطلب الثاني: كيفية تسجيل حكم الطلاق.....87
الخاتمة.....91
قائمة المراجع.....96
فهرس.....108