جامعة عمار ثليجي - الأغواط

كليـة الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

عنوان المذكرة:

ثبوت الطلاق بين النص التشريعي و التطبيق القضائي

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص : قانون أسرة

من إعدادالطالبين:

شوشة عبد الباقي

بوقنفـودة البشيـر

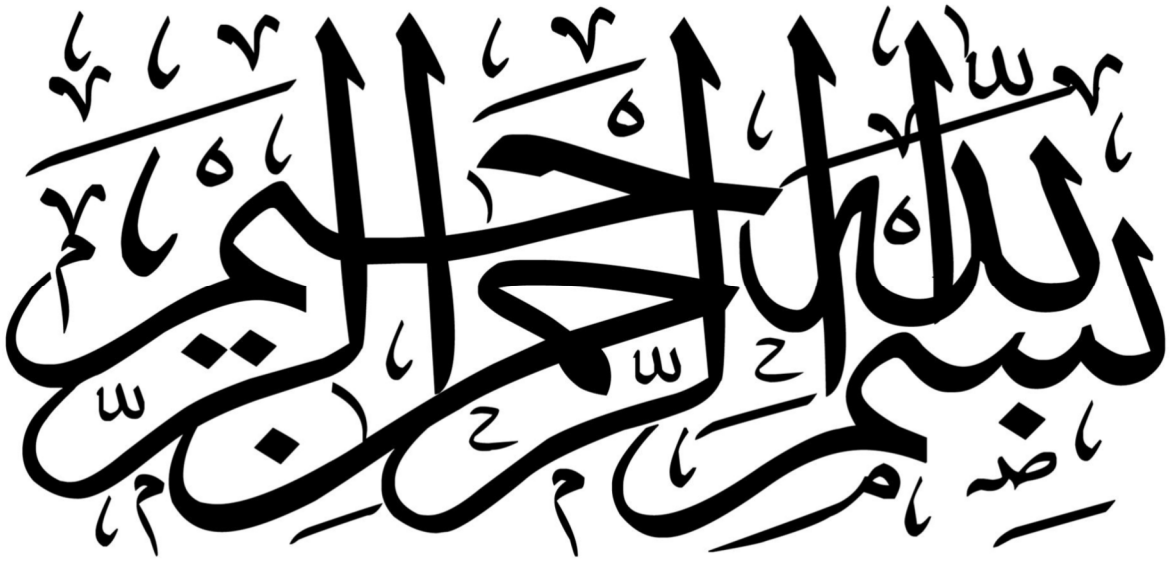
تحت إشراف:

د. عيمور راضية

لجنة المناقشة

د.مسعودي لمين	**رئيسـاً**
د. عيمور راضية	**مشرفـاً**
د. عكاكة فاطمة الزهراء	**عضـواً**

السنـة الجامعيـة:2018/2017


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على سيدنا محمد سيد الأولين و الآخرين ، وعلى آله و صحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

أبدأ بحمد الله تعالى وشكره على فضله ونعمته في تيسير وتمام بحثنا هذا ، **فالشكر لله أولا وأخيرا** .

واثني بشكري الخالص إلى جميع أساتذتي وأخص الأستاذة الفاضلة عيمور راضية التي تكرمت بقبولها الإشراف على بحثنا المتواضع هذا وكذا المتابعة و التوجيهات البناءة التي لم تبخل بها علينا وعلى منحها لنا جزءا من وقتها الثمين كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد ولو بالكلمة الطيبة في إنجاز هذا البحث ، كما أشكر عمال مركز البحث في العلوم الإسلامية و الحضارة ، خاصة القائمين على مكتبة المركز ، وكل من أبدى تعاونه ، منا جزيل الشكر و العرفان .

إهداء

قال الرسول صلى الله عليه وسلم "من أوتي معروفا فليذكره ، فمن ذكره شكره ومن كتمه فقد كفره " رواه الطبراني.

أبدأ أولا بحمد الله على إنجاز هذا العمل المتواضع

واهديه إلى روح من رباني صغيرا وفتح لي أبواب العلم والمعرفة والدي رحمه الله " اللهم اجعل قبره روضة من رياض الجنة ".

إلى أمي الكريمة حفظها الله ورعاها ....

إلى رفيقة الدرب زوجتي الغالية التي كانت المعين و السند جزاها الله كل الخير

إلى إخوتي وجميع إفراد العائلة الكريمة و إلى كل الأهل والأقارب

إلى كل زملاء الدراسة واخص حسين.

إلى كل زملاء العمل .

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد ولو بالكلمة الطيبة.

أهدي ثمرة جهدي ....

عبد الباقي

إهداء . .

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"**من صنَع إليكم معروفا فكافؤوه ، فإن لم تجدوا ما تكافؤونه فادعوا له حتى ترو أنكم كافأتموه**" . رواه أحمد و أبو داود و الحاكم وصححه العلامة الألباني.

أبدا أولا بحمد الله على هذا الإنجاز الذي ساهم فيه بقدر كبير الأهل و الأصدقاء و خاصة الوالدين الكريمين بفضل دعائهما الذي كان سر نجاحي ، إلى رفيقة الدرب الزوجة الغالية التي كانت نعم المعين ونعم السند جزاها الله على صبرها الكبير ، إلى ولدي محمد حفضه الله ورعاه ، إلى إخواني و أخواتي وجميع الأهل و الأقارب ، أهدي ثمرة هذا البحث المتواضع.

البشير بوقنفودة

قائمة لبعض المختصرات

- قانون الأسرة الجزائري : ق.أ.ج
- قانون الأسرة : ق.أ
- القانون المدني : ق.م
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية : ق.إ.م.إ
- طبعة : ط .
- طبعة خاصة : ط.خ
- بدون طبعة : د.ط
- بدون دار نشر : د.د.ن
- بدون بلد النشر : د.ب.ن
- بدون سنة النشر : د.س.ن
- مجلد : م .
- جزء : ج .
- المجلة القضائية : م.ق
- العدد : ع
- غرفة الأحوال الشخصية : غ.أ.ش.
- غرفة الأحوال الشخصية و المواريث : غ.أ.ش.م
- المحكمة العليا : م.ع
- الصفحة : ص.

مقدمة

مـــــــقدمــة

أولى الإسـلام اهتماما كبيرا بالزواج وأعطاه مكانة هامة حيث سماه بالميثاق الغليظ ووضع له من القواعـد ما يضمن به بقاؤه واستمراره ، إلا أنه وبالرغم من تلك الصفة القدسية لعقد الزواج فقد شرع الطلاق استثناءا، واعتبره أبغض الحلال إلى الله عز وجل وعـلاجـا للحياة المتفككة، وقيده بجملة من الأحكام والإجراءات ينبغي على الزوج إتباعها حتى يقع طلاقه و يعتبر سنيا وصحيحا، ونظم أحكامه ..ثم استنبط المشرع الجزائري تلك الأحكام من الفقه الإسلامي ونظمها في قانون الأسرة بأسلوب اجتهادي فالطلاق يحل رابطة الزواج و ينهي العلاقة الزوجية وينحل بذلك الميثاق مما يكسبه أهمية علمية بالغة ويستدعي ضرورة البحث فيه لاسيما إذا تخصص في دراسته من جانب ثبوته وهو الأمر الذي أريد لهذا البحث الخوض فيه من خلال الموضوع الموسوم بـ :

" ثبوت الطلاق بين النص التشريعي والتطبيق القضائي "

ونص المشرع الجزائري على الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة بأنه حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة وفق ما ورد في المادتين 53و54 من هذا القانون.[1]

وإن كان المـــــشرع الجزائري قد أطلق لفظ الطلاق على كل من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب الزوجة أو بتراضي الزوجين إلا أن المسألة هنا في حد ذاتها لاتتعلق إلا الطلاق بالإرادة المنفردة، لأن دور القاضي التحقق من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ليحكم بذلك وعليه ومتى وقع الطلاق بهذا الشكل وجب على الزوجة أن تعتد وبانتهاء عدتها تبين من زوجها إما بينونة صغرى أو بينونة كبرى، ولكن هذا في وقوع الطلاق من الناحية الشرعية إلا أنه قد يتدخل المشرع و يقيد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق وذلك بضرورة اللجوء إلى القضاء و التصريح به وانتظار الحكم القضائي.

وتكمن أهمية هذا الموضوع : في ضرورة التعرض للطلاق في وقوعه وطرق إثباته في الفقه الإسلامي وكذا ضرورة ذكر مواقف بعض التشريعات العربية منه وكذا بيان أهمية ثبوت الطلاق و الذي

[1]- قانون الأسرة الجزائري ،رقم 11-84المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 02المؤرخ في 2005/02/27

قد يقع خارج ساحة القضاء لأنه ينتج عنه إشكالا ت تشريعية وقانونية متعددة وهذا صونا لحقوق الطرفين المتنازعين أولا وكذا حفاظا على شرعية الطلاق ثانيا وعلى صحة وجود واقعة قانونية متنازع عليها بين متخاصمين ويتدخل القضاء لإثبات هذه الواقعة وهذا محاولة منا لتحديد أوجه القصور في بعض مواد التشريع واقتراح بعض الحلول المناسبة لسدها مستقبلا .

واختيارنا لهذا الموضوع موضوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لم يأت من باب الصدفة فهناك دوافع موضوعية وأخرى ذاتية:

- فالدوافع الموضوعية: تعود أساسا لحداثة الموضوع خاصة في الجزائر وتشعبه الكبير وطرحه العديد من التساؤلات الاجتماعية والشرعية والقانونية خاصة ... ومن أجل تحديد الإشكالات التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري أثناء تطبيقه ومحاولة منا لوضع افتراضات التي قد تشكل حلولا لهذه الإشكالات القانونية وهذا حفاظا على الأسرة وكذا محاولة منا قد الإمكان التوفيق بين أحكام التي جاءت به الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية .

- فالدوافع الذاتية: نظرا لكونه موضوعا شائكا لم يسبق لأحد الغوص فيه – في حدود اطلاعنا وعلّمنا – وكذا الرغبة الملحة في الاستزادة من الكم المعرفي حول قانون الأسرة الجزائري لاسيما بالدراسة المقارنة بينه وبين الفقه الإسلامي ، وإضافة إلى وضع بصمة شخصية وتقديم الإضافة في الدراسات القانونية الجزائرية والتي قد تحققها هذا النوع من الدراسات القانونية وخاصة في مجال قانون الأسرة .

ورغم الصعوبات التي اعترضتنا نظرا لحداثة الموضوع وعدم وجود دراسات سابقة في هذا الموضوع -على حدّي اطلاعنا – والخاصة بهذا النوع من الدراسات ،إضافة إلى ندرة المراجع الخاصة وعدم تنوعها خاصة الجزائرية منها وبالأخص في مجال الدراسة القانونية والتي تكاد تكون منعدمة حيث تغيب فيها تحليل مواد القانون والتعليق عليها ، ومع تشعب الموضوع وضيق الوقت وهي صعوبات عادية قد تقف أمام معظم الباحثين ، إضافة إلى صعوبة الوصول إلى الإحصائيات الخاصة بالطلاق وهذا على الأقل للحكم على نجاح أو فشل محاولات الصلح التي يجريها القاضي .

وقد اعتمدنا في دراستنا على الجمع بين المنهجين: المقارن والتحليلي.

- المنهج المقارن: من خلال الاستعانة ببعض التشريعات العربية المقارنة كالمغربي والمصري..والتي تناولت وقوع الطلاق ولو بصفة مختصرة لأنه لا تكتمل الدراسة إلا به(المقارن) وقد قمنا بتحليل المواد الخاصة بالطلاق التي جاء بها المشرع الجزائري وأشرنا إلى ما يقابلها في القانون المغربي والمصري متى وجد ذلك .

- المنهج التحليلي بعد جمعنا للمادة العلمية تم تحليلها للوصول إلى تحديد الخطة اللازمة وهو الأنسب في دراسة مواضيع الدراسات القانونية مع إدراجنا للمنهج الاستقرائي كمرحلة ثانية .

وبالتالي فإن موضوع البحث يطرح مشكلة أساسية إذا كان للزوج حق الخلاص من زوجته **هل بالإمكان وقوع الطلاق بمجرد التصريح والتلفظ به أم أنه يوجب إثباته قضائيا ؟**

وهي إشكالية البحث الذي نحاول الإجابة عنها إضافة إلى عدة تساؤلات أخرى فرعية منها: هل استعمال الزوج لهذا الحق(إيقاع الطلاق) هل هو مطلقا أم مقيدا ؟

كما يثار تساؤل حول بداية احتساب العدة هل تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أم من تاريخ عرض النزاع أمام المحكمة وصدور الأمر القضائي؟

هذه التساؤلات وأخرى نحاول أن نجيب عليها تباعا في خضم بحثنا

وقد استلزمت الإجابة على إشكالية الموضوع وتساؤلاته المتفرعة أن تكون الدراسة مقسمة إلى فصلين أساسين اثنين، حيث الفصل الأول به جانب نظري معنون:مفـــــهوم الطلاق واحتوى على مبحثين اثنين : المبحث الأول بعنوان تعريف الطلاق من مطلبين اثنين المطلب الأول تحت عنوان الطلاق شرعا وقانونا والمطلب الثاني بعنوان الدليل على جواز الطلاق، حكمه والحكمة منه.

والمبحث الثاني بعنوان أنواع و كيفية وقوعه من مطلبين اثنين المطلب الأول أنواع الطلاق والمطلب الثاني كيفية وقوع الطلاق .

أما الفصل الثاني معنون بإجراءات دعوى الطلاق وكيفية إثباته وقسمناه إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان إجراءات رفع دعوى الطلاق من مطلبين اثنين المطلب الأول رفع دعوى الطلاق والمطلب

الثاني سير دعوى الطلاق والمبحث الثاني بعنوان طرق إثبات الطلاق من مطلبين اثنين . المطلب الأول كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية والمطلب الثاني كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

وخلصنا إلى خاتمة ذكرنا فيها مجموعة من النتائج والاقتراحات .

الفصل الأول

مفهوم الطلاق

الفصل الأول: مفهوم الطلاق

حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز مكانة الأسرة التي تقوم على الزواج وأرست معالم وأهداف هذا الزواج وإحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية وبينت أن الحياة الزوجية قد تتخللها بغض العوارض من شانها أن تعكر صفوها وما على الزوجين إلا الصبر والسماح لتجاوزها ثم ابغض الطلاق وبين أن ما إباحته للضرورة هذا بعد استنفاذ جميع طرق الإصلاح والتوفيق بين الزوجين.

إن من يظن أن الإسلام أباح الطلاق مطلقا بلا ضوابط وفتح للناس الأبواب على مصراعيها في الطلاق فقد أخطأ وتجنى على هذا الدين ،وأن من يظن كذلك بأن الإسلام قد حجر الطلاق ومنعه وقيده بغير الطرق الشرعية اعتقادا منه أن ذلك عمل إنساني وأنه في صالح المرأة ، فهو أيضا جاهل في هذا الدين بل أن العدل هو الذي جاء به الدين الإسلامي بلا إفراط ولا تفريط ومع أن الدين الإسلامي يحرص حرصا شديدا لبقاء العلاقة الزوجية وحث على ذلك حتى مع تحقيق أقل عناصرها.

نتطرق في الفصل الأول من خلال مبحثين إلى تعريف الطلاق و دليل مشروعيته و كذا أحكامه والحكمة من تشريع الطلاق، من خلال المبحث الأول (تعريف الطلاق) و إلى أنواع الطلاق و شروطه و القيود الواردة على إيقاع الطلاق في المبحث الثاني (أنواع الطلاق وكيفية وقوعه).

المبحث الأول : مفهوم الطلاق

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم((لا يفرك[1] مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضي منها الأخر))[2]،وقال الله تعالى :﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ النِّسَاء كَرْهًا وَلاَ

1 - الفرك بفتح الفاء والراء هو الكراهية ينظر :ابن منظور ، لسان العرب، ج3، دار الجيل ، بيروت ،د.س ،لبنان ، ص235.

2 - زكي الدين عبد العظيم المنذري ، مختصر صحيح مسلم ، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض ، ط 3، 1996، ص219.

تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَاآتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾[1].

ومع ذلك فإن الأمر يصل أحيانا مع الاختلاف وعدم إمكان الإصلاح إلى القطعية وقد يصل ذلك إلى المضارة والإفساد وعدم قيام كل منهما بما يجب عليه نحو الآخر وبذلك يتحول الزواج بعدما كان طريقا إلى مرضاة الله والسعادة في الدنيا ليكون طريقا إلى سخط الله ومن هنا كان الطلاق ضرورة إنسانية تحتمها الفطرة البشرية وذلك لزوجين ظنا أن يعيشا في سعادة فأقدما على الزواج اختيارا ثم اكتشفا أنهما كان مخطئين وأنه يستحيل بقائهما إلى الأبد زوجين ، فكان الطلاق ملجأ وحلا ضروريا لهما فما الطلاق؟ .

المطلب الأول : تعريف الطلاق لغة شرعا وقانونا

نستعرض قبل ذلك التعريف اللغوي للطلاق ثم التعريف الشرعي له بمختلف المذاهب الفقهية ، والتعريف القانوني عند المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية الأخرى .

الفرع الأول : تعريف الطلاق لغة

هو حلَا لقيد والإطلاق وهو الترك والمفارقة سواء كان الّحلّ حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير أو معنويا كقيد النكاح [2].

فيقال لغة : طلقت الناقة – بتخفيف اللام – طلاقا إذا حل قيدها وسرحها وكذا يقال طلقت المرأة - بتخفيف اللام مضمومة ومفتوحة- إذا بانت فالطلاق مصدر الفعل طلق بفتح اللام و ضمها مخففة

[1] - سورة النساء ،الآية 19.

[2]- نصر إسماعيل أبا بكر علي الباري ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد ، ط1، عمان ، 2009 م ، ص 229.

وهو التخلص من أي نوع من الروابط والقيود التي تحد من الحرية[1] ، وجاء في لسان العرب في مادة "طلق" طلاق النساء لمعنيين :أحدهما حل عقدة النكاح والآخر بمعنى التخلية و الإرسال.[2]

الفرع الثاني : تعريف الطلاق شرعا

كان الناس في الابتداء يطلقون الطلاق من غير حصر ولا عدد,وكان الرجل يطلق امرأته، فإذا قاربت انقضاء عدتها راجعها ثم طلقها كذلك ، ثم طلقها وراجعها ،فنزل قوله تعالى :﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[3]، وقد تعدد تعريف الطلاق وتنوع بين الفقهاء والمذاهب وقدعرفه الحنابلة والحنفية بقولهم "بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من طلّق، أو ما في معناه ، مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة ،صادرا من الزوج ،أو يقوم مقامه ، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان بائنا أوفي المآل إذا كان الطلاق رجعيا[4].

وعرفه المالكية :بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته تكررها مرتين ، زيادة عن الأولى للتحريم.[5]

---

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1999 ،ج1،ص207.

[2] -نصر سلمان وإسعاد سطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 2003م،ص6.

[3] - سورة البقرة ،الآية 229 .

[4]- بدران أبو العينين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانون ،دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ،ص 302.

[5] - مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة المقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري، الطبعة4،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت 1983، ص 471.

وعرفه الشافعية : بأنه حلَ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[1].

وعرفه الإباضية بأنه رفع قيد الزواج في الحال أو المآل ، وله مراجعة الزوجة ما دامت في العدة كرهت أم رضيت وهم كالحنفية والحنابلة في ذلك[2].

والتعريف الراجح هنا هو ما ذهب إليه الحنابلة والحنفية باعتباره شامل مانع مقارنة مما ذهبت إليه المذاهب الفقهية الأخرى في تعريفهم للطلاق.

الفرع الثالث: تعريف الطلاق قانونا

بعد أن عرفنا الطلاق شرعا ،نستعرض تعريف الطلاق عند المشرع الجزائري ثم المغربي ونقارن بين التعريفين : لقد نص المشرع الجزائري في المادة 48 من ق.أ.ج بقوله : "مع مراعاة أحكام المادة 49 ، يحل عقد الزواج بالطلاق،الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ".[3]

واستعمل المشرع كلمة "حلَ" التي تشمل طرق انحلال الزوج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي ، أو بواسطة الحكم القضائي[4] ، وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع المغربي من خلال المادة 44 من المدونة بقوله: " الطلاق هو حلَ عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي .

كما نص القانون المغربي في المادة 71 على أنه ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ وهذا مالم يذكره المشرع الجزائري.

حيث اعتبرت هذه المادة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج صورة من صور فك الرابطة الزوجية ،إلا أنه ما يلاحظ من خلال هذا "النص التشريعي" أن المشرع ذكر إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية"بالطلاق"

[1] - نصر إسماعيل أبا بكر علي الباري ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، مرجع سابق ص230.

[2] - نصر سلمان وإسعاد سطحي ، مرجع سابق ،ص ص7-10

[3] - قانون الأسرة الجزائري ،رقم 11-84المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 02المؤرخ في 2005/02/27.

[4] - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص208.

ولم يذكر أركانه أو شروطه وضوابطه ولو من باب التفصيل والتمييز عن باقي طرق انحلال الرابطة الزوجية الأخرى ، وبالتالي ترك ذلك لما هو مقرر في الفقه الإسلامي وذلك من خلال الإحالة على المادة 222 من قانون الأسرة[1].

المطلب الثاني : الدليل على جواز الطلاق ،حكمه والحكمة منه

لا خلاف في مشروعية الطلاق من الكتاب والسنة والإجماع والعقل والأصل في الطلاق هو الحظر و المكروهية وهو مباح للضرورة والحاجة.

نتحدث في الفرع الأول عن مشروعية الطلاق من الكتاب ومن السنة النبوية ومن إجماع علماء الأمة الإسلامية وبالقياس، ثم حكم الطلاق والحكمة الإلهية من تشريع الطلاق و في الفرع الثالث تكلمنا عن صيغة الطلاق وشروط من يقع عليه الطلاق -المطلق والمطلقة -.

الفرع الأول : مشروعية الطلاق

شرع الإسلام الطلاق في تحقيق لأصل من أصوله وهو أن يكون وسطا بين الإفراط والتفريط غير أنه يعد تشريعا استثنائيا وقد استمد الفقهاء على مشروعية الطلاق من الكتاب والسنة والإجماع وهو ما سنذكره بشيء من التفصيل.

أولا- مشروعية الطلاق من الكتاب :

لقد شرع الطلاق في الإسلام بآيات فقد ورد ذكر الطلاق في سور البقرة والأحزاب والطلاق وإحدى سور القرآن الكريم باسم "الطلاق"قوله تعالى:﴿ يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ

[1]- المادة 222 ق.أ: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ظَلَمَ نَفْسَهُ لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾[1] فالطلاق يشرع عند الحاجة إلى الخلاص والخشية من عدم الوفاء بحدود الله التي أمر بها الزوجين ولقد ذكر الطلاق في سور البقرة والأحزاب والطلاق كما أسلفنا الذكر ففي سورة البقرة قوله تعالى :﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾2،وفي قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُون ﴾[3].

ثانيا -مشروعية الطلاق من السنة :

وفي السنة النبوية الشريفة وردت مجموعة أحاديث كثيرة ، منها ما رواه الإمام مالك ومنها ما رواه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي وابن ماجة ، مما وردعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه طلق السيدة حفصة رضي الله عنها ثم راجعها[4].

ونذكر عن نافع أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ،فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :((مره فليراجعها ثم فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض،ثم تطهر ثم إن شاء امسكها بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء)).[5]

ما أخرجه ابن ماجة في سننه حدثنا محمد بن يحي قال :حدثنا محمد بن يحي قال :حدثنا يحي بن عبد الله بن بكير قال: حدثنا ابن لهيعة ،عن موسى بن أيوب الغافقي عن عكرمة،عن ابن عباس،أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل ،فقال:«يا رسول الله،إن سيدي زوجني أمته،وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال:

---

[1]- سورة الطلاق ،الآية 01.

[2]-سورة البقرة ،الآية 229.

[3]-سورة البقرة ،الآية230.

[4] -نصر سلمان وإسعاد سطحي ، مرجع سابق ص10.

[5] - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ،ج3 ، دار البيان العربي ، ط1، 2005، ص1081.

فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر، فقال ياأيها الناس، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته،ثم يريد أن يفرق بينهما ،إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»[1].

وما أخرجه أبو داود في سننه: حدثنا كثير بن عبيد،حدثنا محمد بن خالد عن معروف بن واصل، عن محارب بن دثار،عن ابن عمر،عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:«أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»[2].

ثالثا - مشروعية الطلاق من الإجماع :

لقد اجمع علماء الأمة الإسلامية في أيام الرسول صلى الله عليه وسلم وحتى اليوم على أن للرجل أن يطلق زوجته،ولم ينكر أحدّ هذا الصنيع إلا إذا كان بدون عذر[3].

وأجمع الناس على جواز الطلاق ،والعبرة دالة على جوازه وإن كان مكروها، فهو يشرع للحاجة إليه ، لسوء خلق المرأة، وسوء عشرتها ،والتضرر بها ،أومن غير حصول الغرض منها[4].

وإذا كانت العلاقة بين الزوجين،موثوقة مؤكدة فإنه لا ينبغي الإحلال بها ،ولا التهوين من شأنها، وكل أمر من شأنه أن يوهن من هذه الصلة ،ويضعف من شأنها، فهو بغيض إلى الإسلام ،وفي ذلك ذهاب مصالح كل من الزوجين، وهو ما يؤكده حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم« أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»[5].

---

[1]- ذكره نصر سلمان وإسعاد سطحي ، مرجع سابق ، ص10.

[2]- أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السَجِستَاني،سنن أبي داود ،كتاب في كراهية الطلاق،ج3 دار الرسالة العالمية، دمشق، طبعة خاصة ، 2009 م، ص505.

[3]- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون ، بحث مقارن، رسالة دكتوراه، مصر الجديدة ، دار المعارف ، 1967م، ص36 .

[4]- السيد سابق، فقه السنة ،ج2 ، كتاب الطلاق، دار الفتح للإعلام العربي، د ط، القاهرة ،1995م ، ص280.

[5]- أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السَجِستَاني، المرجع السابق ،ص505.

رابعا – مشروعية الطلاق من القياس:

ولقد دل القياس على الطلاق أيضا،لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين ولم يكن في الاستطاعة دوامها يكون بقاء الزواج لإمساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تقوية للهدف وللغاية المنشودة من الزواج وتضييع لمصالحه التي شرع لأجلها، ومن هنا شرع الطلاق في الإسلام كنعمة يتخلص بها الزوجان المتنافران والمتباغضان من قيد تلك الرابطة الزوجية فيلتمس كلاهما من هو خّير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة[1]وبالتالي يكون أبغض الحلال هو الحل .

الفرع الثاني :حكم الطلاق والحكمة من تشريعه

العلماء يقرون إلى أن الأصل في الطلاق الحظر إلا لحاجة تدعو إليه ، أو وجود مقتضى أو سبب، فإذا لم تكن حاجة وسبب معتبر إلى الخلاص يكون الطلاق عبثا و لغواً، ويكون مكروهاً هنا.

وعليه فإنه لابد من سبب معتبرا شرعاً وحاجة تدعو إليه ، وهو ما يتفق مع الحكمة الإلهية من تشريع الزواج ،بعيدا عن العبث و اللغو وهذا ما سنشير إليه بالتفصيل في هذا الفرع .

أولا -حكم الطلاق:

إن الفقهاء جميعا اتفقوا على أن الطلاق بيد الرجل وهو حقا له، وأن للمرأة الحق اللجوء للقضاء ليفرق بينها وبين زوجها إذا وقع عليها ضرر، وأن الأصل في الطلاق الإباحة لقوله تعالى:﴿لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾.[2]

[1]- بلحاج العربي ، مرجع سابق ص209.

[2]- سورة البقرة ،الآية 236.

ثانيا- الحكمة من تشريع الطلاق

تظهر حكمة تشريع الطلاق في الحاجة إلى الخلاص من تباين الأخلاق ، وطروء البغضاء الموجبة لعدم إقامة حدود الله تعالى فكان تشريعه رحمة منه سبحانه و تعالى أي أن الطلاق علاج حاسم ، وحل نهائي ، لما استعصى حله على الزوجين ،وهذا بسبب تباين الأخلاق أو تنافر الطباع أو تعقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين ، أو بسبب الإصابة بمرض لا يحتمل ، أو عقم لا علاج له ، مما يؤدي إلى ذهاب المحبة والمودة ، وظهور الكراهية والبغض، فيكون الطلاق منفذا وحيدا للخلاص من المفاسد والشرور بين الزوجين، فالطلاق إذاً ضرورة لحل مشاكل الأسرة ،فهو يشرع إذا استدعت الحاجة و يكره عند عدم الحاجة [1].

وهذا نظرا لما يترتب عنه من أضرار وخيمة ، وبخاصة الأولاد إلا أنه يشرع في سبيل دفع ضرر أشد وأكبر لقوله تعالى :﴿يا أيّها الّذين آمنوا لا يحلّ لكم أن ترثوا النّساء كرها ولا تعضلوهنّ لتذهبوا ببعض ما أتيتموهنّ إلّا أن يأتين بفاحشةٍ مّبيّنةٍ وعاشروهنّ بالمعروف فإن كرهتموهنّ فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيراً﴾[2].

وقوله صلى الله عليه وسلم ((لا يفرك مؤمن مؤمنة إنّ كره منها خلقا رضي منها آخر))[3].

فالشرع رغب الأزواج في الصبر وتحمل خلق الزوجة فإن كره منها خلق رضي بخلق آخر.

الفرع الثالث :صيغة الطلاق و شروط من يقع منه و عليه الطلاق

حتى يقع الطلاق صحيحا وجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط على من يقع منه الطلاق والذي هو الزوج باعتباره صاحب الإرادة المنفردة والعصمة في يديه وكذا على من يقع عليه الطلاق وهي الزوجة باعتبارها يقع عليها الطلاق وحتى يتم بينهما الطلاق لابد من صيغة للطلاق

أولا - شروط من يقع منه الطلاق (المطلّق):

---

[1]- قوله صلى الله عليه وسلم :((أبغض الحلال عند الله الطلاق))وسبق ذكره.

[2]-سورة النساء ،الآية 19.

[3] -زكي الدين عبد العظيم المنذري، مرجع سابق،ص219.

أ -المطلّق:هو الزوج الذي يملك إيقاع الطلاق ويوقعه فعلا لقوله تعالى :﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لاَ تَعْلَمُون ﴾[1]. ويقول الله تعالى :﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُون ﴾[2].

يثبت حق الطلاق بمجرد عقد الزواج الصحيح ولابد وأن يكون المطلق :هو الزوج أو نائبه من حاكم أو وكيل ، وإن كان الزوج صغيرا ،أو مجنونا فليس لولي أمره أن يوقع الطلاق نيابة عنه ،إلا إذا كان ذلك في مصلحته ،و يشترط في المطلّق:

أ. 1- الإسلام:فلا يعتد بطلاق الكافر سواء كانت زوجته كافرة أو مسلمة لان خطاب آيات القرآن كله موجهة للمؤمنين لقوله تعالى:﴿ يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن﴾[3] .

أ. 2- البلوغ والعقل: فلا يعتد بطلاق الصبي قبل البلوغ لأن الطلاق تكليف و التزام تترتب عليه حقوق والصبي غير مكلف ، ويجوز لولّيه أن يطلق عنه كأنه يقدم عنه الكلام ، لقوله صلى الله عليه وسلم ((كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون)) ولا يعتد بطلاق المجنون وقت غياب عقله لما تقدم من رفع القلم عن المجنون حتى يعقل و يعتد بطلاق العاقل ولو كان سفيها [4].

[1]- سورة البقرة ،الآية 232.

[2]- سورة البقرة، الآية 230.

[3]- سورة الأحزاب، الآية 49.

[4]- صادق عبد الرحمان الغرياني ،مدونة الفقه المالكي ،ج2،ط1،الريان للطباعة ،2002،بيروت، ص670.

ولوقوع الطلاق يشترط أن يكون من مكلف ، فلا يقع: من صبي ، ومجنون ومغلوب على عقله بإغماء ، أو نوم ، لقول النبيصلى الله عليه وسلم:((رفع القلم على ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق))[1]، حيث تبطل لهذه الأسباب تصرفاتهم في الطلاق و غيره .

أ. 3 -أن يكون المطلق مختارا غير مكره:ذهب الجمهور إلى أن طلاق المكره لا يقع وأدلتهم في ذلك عديدة منها :

عن عائشة رضي الله عنها ، قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :((لا طلاق ولا عتاق في إغلاق))[2].

وعن ثابت بن الأحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال : فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن بن زيد، ابن الخطاب فجئته فدخلت عليه فإذا سياط موضوعة و إذا قيدان من حديد و عبدان له قد أجلسهما و قال لي : تزوجت أم ولد أبي بغير رضاي ، فأنا لا أزال أضربك حتى تموت ، ثم قال : طلقها وإلا فعلت ، فقلت هي طالق ألفا ، فلما خرجت من عنده أتيت عبد الله بن عمر فأخبرته ، فقال : ليس هذا بطلاق ، ارجع إلى أهلك ،فأتيت عبد الله بن الزبير فقال مثل ذلك.[3]

في حين قال الحنفية بأنه يقع طلاق المكره ، حيث قالوا بأن الّعلة في وقوع طلاق المكره هي حاجته إلى التخلص مما توعد به من القتل أو الجرح أو الأذى الذي لا يطيقه ، فالمكره عرف الضررين : ضرر إيقاع الطلاق ، والضرر المهدد به فأختار أهونهما وهو إيقاعه للطلاق فهو مختار إختيارا كاملا.

أما الجمهور فيرون :أن الإكراه لا يكون مع الاختيار لإفساد إياه ، والتصرف الشرعي إنما يعتبر شرعا بالاختيار، فإن فات الاختيار لم يكن للتصرف اعتبار ، وطلاق المكره في الحقيقة قول أكره عليها بغير حق فلا يجوز أن يثبت له حكم[4] ،فلا يصح إيقاع طلاق المكره لأنه لا يقصد الطلاق ولا يريده ولا حاجة له

---

[1] - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، مرجع سابق ، ص1085.

[2] - أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السَجِستَاني، مرجع سابق ، ص515.

[3] - بن صغير محفوظ،الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة دكتورة علوم في أصول الفقه ، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، السنة الجامعية 2008 /2009 ، ص537.

[4] - مرجع نفسه ص 540 .

فيه لقوله صلى الله عليه وسلم : ((إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهواعليه))[1]،وقوله أيضا :((لا طلاق ولا عتاق في إغلاق)) ،[2] والإغلاق انسداد باب العلم و القصد عليه , فيدخل فيه طلاق المعتوه والمجنون والسكران والمكره والغضبان الذي لا يعقل ما يقول , لأن كلا من هؤلاء قد أغلق عليه باب العلم القصد, والطلاق إنما يقع من قاصد له عالم به ، ويتحقق الإكراه بأن يكون المكره(بكسر الراء) قاهرا للمكره ولا يقدر على دفعه ، وأن يغلب على ظن المكره أن ما يخافه من المكره واقع به ،وأن يكون ما يهدده به المكره(بكسر الراء)مما يلحق به ضررا مثل : القتل و القطع و الضرب المبرح و الحبس الطويل ونحوه.

أ . 4- أن يكون المطلق قاصدا الطلاق: وهو كونه ناويا إيقاع الطلاق مريدا له عازما عليه فالطلاق إنما يكون بلفظ ونية أو بلفظ فقط[3]،.. وأما الطلاق بالنية المجردة ،بأن ينوي الزوج في قلبه تطليق زوجته أو أنه طلقها في نفسه دون أن يتلفظ بلفظ الطلاق فإن طلاقه بهذه الشاكلة لا يقع ،وهذا قول عامة الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم :((إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم))[4].

وعليه فلا بد في الطلاق من لفظ وقصد يدلان عليه ، فإذا افترق اللفظ عن القصد فلا يقع به الطلاق وحده ، وكذلك لا يقع الطلاق بمجرد النية ،وهذا الرأي هو الأقرب إلى المصلحة وروح التشريع .

أما المشرع الجزائري فلم يورد أي نص يتعلق بشروط المطلق ، مما يوجب علينا الرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ، ورأى الفقه المالكي بأنه لا يقع طلاق الصبي ولا المجنون ومن في حكمه ولا السكران ولا المكروه ولا الغضبان ، ولا المخطئ ولا الساهي ولا الناسي إلا إذا قامت قرينة تدل على ذلك, على أنه إن طلبت الزوجة التطليق وكان زوجها صبيا أو مجنونا أو مريضا فالقاضي يملك حق التفريق بينهما, ولقد أجاز المذهب المالكي طلاق الولّي نيابة عن الصغير أو المجنون إن دعت المصلحة أو الضرورة إلى ذلك.[5]

---

[1]- السيد سابق ، مرجع سابق ،ص283.

[2]- أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السِجِستَاني، مرجع سابق ، ص515.

[3] - بن الصغير محفوظ . مرجع سابق ص ص (538-539) .

[4]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، كتاب الطلاق،ج3 ، دار البيان العربي، ط1،2005،ص1085.

[5]- عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، ط1 ، الجزائر ، 2007 ،ص221.

ورغم سكوت المشرع الجزائري عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج إلا أنه قد نص في المادة 85 ق. أ على أنه تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه،وعليه فإن كان متمتعا بالقوة العقلية وغير محجور عليه فإن طلاقه يقع .

ونلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر في المادة 85 ق.أ السفيه عديم الأهلية مما يتناقض مع أحكام المادة 43 ق.مدني التي تعتبر السفيه ناقص الأهلية وليس عديمها ، ذلك لان السفيه يكون بالنسبة للتصرفات المادية محجوراً عليه ولكن بالنسبة للشخصية فإن أحكام الفقه الإسلامي تجيز له أن يزوج نفسه أو يقوم بإنهاء الرابطة الزوجية فطلاقه واقع لأنه يملك إنهاءه لأن الحجر عليه لا يكون إلا في التصرفات المالية التي لا تنفذ إلا إذا أجازها القيم وليس الطلاق موضوعا للحجر فصح أن يقع منه .

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا هنا عندما جعل الطلاق يخضع لإشراف سلطة القضاء وتحت مراقبة القاضي مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجبة في المطلق بكل وعي وإدراك وإرادة واختياراً بعيدا عن التعسف وسوء استغلال حق الطلاق .

ثانيا - شروط من يقع عليها الطلاق (المطلقة)

بعد أن ذكرنا شروط على من يقع الطلاق (المطلق) وحصرناه في 4 شروط والتي لم يرد عليها أي نص عند المشرع الجزائري لا بد من الإشارة كذلك إلى الطرف الثاني من الطلاق المطلقة باعتبارها الطرف الأخر الذي يقع عليه الطلاق .

أ - المرأة التي تكون محلا للطلاق :

المرأة تطلق إذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة أو حكما لقوله تعالى :﴿ يأيّها الّذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثمّ طلّقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ فما لكم عليهنّ من عدّة تعتدّونها فمتّعوهنّ و سّرحوهنّ سراحا جميلا ﴾[1] ، فالآية الكريمة تنص على أن الطلاق جاء بعد النكاح بقوله تعالى :﴿ إذا نكحتم ﴾النكاح حقيقة

[1]- سورة الأحزاب، الآية 49.

في الوطء وتسمية العقد لملابسته له من حيث أنه طريق إليه ولم يرد لفظ النكاح في كتاب الله إلا في معنى العقد.

كما استدل بعض العلماء بقوله تعالى :﴿ ثم طلّقتموهن ﴾بحرف العطف(ثم)الذي يدل على الترتيب مع التراخي في الزمن معناها أن الطلاق لا يكون إلا بعد النكاح.

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم :(لا طلاق قبل نكاح) ومعناه أن الطلاق لا يقع حتى يحصل النكاح [1]، و يشترط في إيقاع الطلاق على الزوجة حالتان :

أ.**1 -** أن تكون الزوجة غير مدخولا بها: فلا تكون محلا للطلاق الثاني لأنها ليست زوجته فبمجرد قوله أنت طالق بانت منه .

أ.**2-**أن تكون مدخولا بها: فتكون محلا للطلاق الثاني و الثالث لأن عليها العدة عقب الطلاق .

ب - المرأة التي لا تكون محلا للطلاق:

ب.1 - إذا كانت معتدة من فسخ الزواج بسبب ظهور أن العقد غير صحيح أو طروء حرمة المصاهرة وقد تكون الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمرأة فكل فرقة قبل الدخول وقبل الخلوة تسقط جميع المهر سواء كانت من قبل الزوجة أو الزوج قبل الزواج و إنما كان كذلك لأن كل فرقة بغير طلاق تكون فسخا للعقد و فسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر لأنه فسخ العقد جعله كأنه لم يكن .

ب.2 -إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فلا يقع الطلاق على امرأة ليست للمطلق أو بانت منه بالطلاق الثلاث[2].

ب.3- المرأة الأجنبية : فإذا قال رجل لإمرة ليست زوجته أنت طالق كان لغوا .

---

[1]- التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ،كتاب الأحوال الشخصية ، م4،ط1،2009، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر ص503و504.

[2]- أبو جابر الجزائري ،منهاج مسلم ، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ، بدون طبعة ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، ديوان المطبوعات الجامعية ،بدون سنة نشر ،الجزائر ،ص568.

ثالثا - صيغة الطلاق: صيغة الطلاق هي اللفظ الدال على حل عقدة النكاح صريحا كان أو كناية القصد بأنه يقصد النطق بلفظ الطلاق ، فإذا أراد أن ينادي امرأته باسمها طاهرة ، فقال لها "يا طالقة "هنا لا يعد الطلاق لفظا للطلاق بل خطأ في لفظ الاسم فقط ولصيغ الطلاق شروط نبحث فيها في ثلاث نقاط هامة و هي :**ألفاظ الطلاق - عدد الطلقات- أنواع صيغة الطلاق** .

أ- ألفاظ الطلاق:

ذكرنا سابقا بان الطلاق هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل, و يشترط في الصيغة التي يقع بها الطلاق أن تكون دالة على حلّ رباط الزوجية،بكل لفظ يدل على انحلال عقد الزواج, سواء أكان اللفظ صريحا أو كان اللفظ كناية ويكون عن طريق الكتابة والإشارة.

فاللفظ الصريح هو كل لفظ صريح لا يستعمل إلا في الطلاق غالبا، بحيث يفهمه السامع حين سماعه لهذا اللفظ أن الزوج طلق زوجته ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق , أو طلقتك, أو زوجتي مطلقة..

أما الكناية فهي كل لفظ يحتمل الطلاق, وذلك مثل أن يقول الرجل لزوجته : أنت بائن , أنت حرة , إذهبي إلى أهـلك , إلى غير ذلك والألفاظ الكنائية يقع بها الطلاق بائنا بالنية أو بدلالة الحال في الفقه الحنفي . وهذا خلافا للمالكية والشافعية، فلا يقع بها الطلاق عندهم إلا بالنية والقصد ولا اعتبار لدلالة الحال عندهم[1].

ولم ينص المشرع الجزائري على صيغة الطلاق وعن الألفاظ التي يقع بها الطلاق وبالتالي فإن القاضي وتطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة يرجع إلى أحكام الشريعة دون تقيده بمذهب معين .

كما أخذ القانون المغربي للأحوال الشخصية في الفصل 46 بالمذهب المالكي ونص على أنه يقع الطلاق باللفظ المفهم له ،أو الكناية ، ويقع من العاجز بإشارته المعلومة ،وعليه فإنه لا يقع الطلاق إلا بالألفاظ الصريحة بوضع اللغة أو الموضوعة عرفا للدلالة على الطلاق ، وهكذا فلا يقع الطلاق بالأفعال ،

[1]- مرجع سابق، ص182-186.

فمن غضب على زوجته وأخذها إلى بيت أهلها أو بعث إليها بجهازها ومؤخر صداقها ، دون أن يتلفظ بالطلاق ، لا يعد مطلقا .

ولقد اخذ القانون المصري رقم 25 الصادر سنة 1929 بمذهب الإمامين مالك والشافعي فنص في المادة 4 على أن كنايات الطلاق هي ما تحتمل الطلاق وغيره ، ولا يقع طلاق بها إلا بالنية وهو ما ذهب إليه القانون السوري المادة 87 و 93 والقانون الكويتي المادة 104[1].

ويقع الطلاق بالألفاظ الصريحة ويقع أيضا بالكناية مما يستدعي تتبع رأي الشريعة :

أ.1-الألفاظ الصريحة في الطلاق :

أ.**1.1 - رأي الحنفية :**يرون أنه كل لفظ يستعمل في عرف الناطق به فهو في حل عقد الزواج ، فهم لم يشترطون فيه ألفاظ خاصة ويجوز أن يكون بالأعجمية أو بأية لغة يفهمها الزوجان، والطلاق بلفظ صريح يرتب الطلاق حالا دون الحاجة إلى نية أو دلالة .

أ.**2.1- رأي المالكية** : يرون أن لفظ الطلاق وما اشتق منه مما يستعمل عرفا في حلّ عقدة الزواج وهو أن يقول الرجل لزوجته : أنت طالق أو أنت مطلقة أو الطلاق عليّ أو الطلاق منيّ .

أ.**3.1- رأي الحنابلة**: يقولون أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ ، فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع ، و الشافعية قيدوها بثلاثة ألفاظ وردت في القرآن ، كالطلاق والسراح والفراق[2] .

أ.2-ألفاظ الكنايات في الطلاق : الكناية لفظ لم يوضع لخصوص الطلاق ، بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق ولمعنى آخر، فهو محتمل لأمرين مثل لفظة بائن وكذا أنت حرة أو اختاري لنفسك زوجا [3].

أ.**1.2-المالكية والشافعية:** يتوقف الطلاق بألفاظ الكناية على النية فقط ولا عبرة عندهم بدلالة الحال لأن هذا الألفاظ لم توضع للطلاق حقيقة فلا تقع دالة على الطلاق إلا إذا استعملها المتكلم مجازا

[1]- أحمدالغندور ، المرجع سابق، ص188.

[2] - المرجع نفسه، ص190.

[3] - بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص266.

في هذا المعنى وذلك بان يقصد الطلاق بها وقيام القرينة الدالة على ذلك فلا يتحقق المجاز إلا بالقصد إليه وذلك بالنية .

أ.**2.2 - الحنفية والحنابلة** :يرون أن لفظ الكناية يقع طلاقا بالنية أو بالقرينة،لأن الكنايات تحتمل أما الطلاق أو غيره ، فالقرينة ترجح أحد المعنيين الذين يحتملهما اللفظ وأما الكناية فهي كثيرة وهي تدل على الفراق منها:أنت بائن وبرية وحرة ....فأن خاطبها بشيء من ذلك ونوى الطلاق وقع وإن لم ينو لم يقع لأنه يحتمل الطلاق وغيره [1].

أ.**3.- الطلاق بالكتابة أو الإشارة** : لقد تعددت أراء المذاهب الفقهية وتعددت في وقوع الطلاق من عدمه بالكتابة أو الإشارة على النحو الأتي :

أ.**1.3-رأي الحنفية:** يرون وقوع الطلاق بالكتابة المرسومة إذا كانت عباراتها بألفاظ صريحة ،أما إذا كانت بألفاظ الكنايات فانه لا يقع إلا بالنية و حكمها أنه لا يقع بها طلاق وإن نوى [2] .

أ.**2.3-رأي المالكية** :يرى المالكية أن المطلق إذا كتب الطلاق كتابة واضحة لزمه الطلاق بمجرد الكتابة ، نوى أو لم ينو وسواء أخرج الكتاب من تحت يده أم لم يخرجه وسواء وصل إلى الزوجة أم لم يصل وسواء عدل عنه عند إخراج الكتاب أم لا ، وإذا كتب إلى زوجته إن وصلك كتابي هذا فأنت طالق فإنها تطلق عند وصول الكتاب إليها بالاتفاق .

أ.**3.3- رأي الشافعية**: يرون أن كتاب الطلاق من باب الكنايات ولو كان المكتوب أصرح من ألفاظ الطلاق.

أ.**4.3-رأي مالك والإمام الشافعي**:يريان أن طلاق الأخرس يقع بإشارته إذ لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة فتقوم مقام الكلام ،[3] أما القادر على النطق فلا يصح طلاقه بالإشارة .

---

[1]- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق، ط2 ، 1985 ، ص382.

[2] - المرجع نفسه ، ص 383.

[3]- المرجع السابق ،ص384.

أ.**5.3-رأي الحنفية**: ويرى بعض عدم جواز الطلاق بالإشارة إن كان الأخرس يعرف الكتابة ويرى البعض الأخر بان طلاق الأخرس يقع بالإشارة مطلقا ولو كان عارفا للكتابة وهو رأي بعض الشافعية وذلك لانتفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة إذا كان الشخص عاجزا عن الكلام أو الكتابة . في حين لا يوجد نص في القانون الجزائري لذلك [1].

وخلاصة القول أنه يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة كما يقع بالكتابة(المعنى مأخوذ من المادة 10 ق.أ الفقرة 1و2)وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة حسب (المادة 48 ق.أ) فان التعبيرعن الإرادة في القانون الجزائري كما وردفي المادة 60من القانون المدني في الفقرة الأولى يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع فيه أي شك في دلالته على مقصود صاحبه على الطلاق .

ب –عدد الطلقات :

اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ،مثل أن يقول الرجل لزوجته (أنت طالق ثلاثا) وهو ما يسمى بالطلاق المقترن بعدد أو إذا كرر لفظ الطلاق كقوله (أنت طالق ، أنت طالق، أنت طالق) وهو ما يطلق عليه بالطلاق المتتابع أو المتكرر،وقد اختلف الفقهاء في الطلاق على ثلاثة آراء متباينة :

ب.1- مذهب الفقه الجعفري وبعض الشيعة إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث يعتبر لغواً ،فلا يقع به الطلاق وهو باطل .

ب.2-ما ذهب إليه بعض الصحابة وأهل الظاهرية وفقهاء الأمامية وكذا ما أفتى به ابن تيمية وابن القيم إلى أن الطلاق المقترن بعدد لا يعتبر إلا طلقة واحدة .

ب.3-ويرى جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة إلى وقوع هذا الطلاق ثلاثا فان اقترن بالثلاث أو تكرر اللفظ ثلاث مرات وقع ثلاث طلقات .[2]

---

[1]- بن شيخ لحسين أث ملويا ،بحوث في القانون- أحكام الطلاق وأسبابه- ،دط،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،2005، الجزائر ، ص41-45.

[2]- مرجع سابق ، ص383.

وقد أخذت القوانين العربية برأي ابن تيمية والذي مفاده بأنه يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات، وأن الطلاق المقترن بعدد لفظًا أو إشارة لا يقع إلا واحداً [1]وهو ما أشارت إليه المادة 51 في القانون المغربي بقولها :(الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحداً) وهو ماجاء في المادة 92من القانون السوري والمادة 109من القانون الكويتي والمادة 03من القانون المصري رقم 25 الصادرة سنة 1929 والمادة من القانون الأردني والمادة 37من القانون العراقي .

ولم يورد القانون الجزائري أي نص في هذا الشأن ، غير أنه اعتبر في المادة 51من قانون الأسرة البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتاً هو ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات وتعتد المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة طلاق وهذا هو المفهوم من قوله تعالى :﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾[2] فان طلقها فلا تصح له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره.

وهذا هو الذي يتماشى مع الحكمة التشريعية الإسلامية في جعل الطلاق دفعات متعددة على ثلاث مرات ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى ثم الثانية ويروضها على الصبر والاحتمال حتى إذا لم تفده التجارب وقعت الثالثة وهي الأخيرة .

وقد استقر القضاء العربي في مصر وسوريا ... على اعتبار الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة طلاقا واحداً ومثله الطلاق المكرر في مجلس واحد ذلك أن المشرع لم يشرع إيقاع الطلاق دفعة واحدة وإنما

[1]- بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص248و251.

[2] - سورة البقرة ،الآيتان 229-230.

على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق، وعليه فان لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدورة تجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد وهو ما استقر عليه القضاء العربي .[1]

ج-أنواع صيغة الطلاق :

تتنوع صيغة الطلاق إلى ثلاثة أنواع :صيغة منجزة لا تعليق فيها ولا إضافة إلى زمان المستقبل وصيغة معلقة على شرط وصيغة أضيفت إلى زمان المستقبل.

ج.1- الصيغة المنجزة :فالطلاق المنجز هو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أوأن يقول لها طلقتك وحكم هذا النوع متى صدر فانه يقع وفورا بمجرد التلفظ به وتترتب عليه جميع آثاره .

ج.2 – الصيغة المضافة إلى زمن المستقبل : أما الطلاق المضاف فهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن مستقبل , مثل أن يقول لزوجته : أنت طالق ابتداء من أول الشهر القادم , وحكم هذا النوع أنه يقع الطلاق المضاف بمجيء الزمن الذي أضيف إليه , ولا يقع الطلاق قبله بل تكون المرأة زوجة له إلى حلول هذا الوقت , نظرا لأن هذه إرادة الزوج .

ج.3- الصيغة المعلقة على شرط :وأما الصيغة المعلقة على شرط أو الطلاق المعلق هو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل يحتمل الوقوع وعدمه،كأن يقول الرجل لزوجته إن خرجت من الدار فأنت طالق أو إذا دخلت دار فلان فأنت طالق [2].

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع ولو كان بصيغة معلقة أو مضافة وخالف ذلك الظاهرية والجعفرية وابن تيمية فقالوا لا يقع الطلاق غير المنجز واعتبر الظاهرية الطلاق غير المنجز طلاق باطل ويرى ابن تيمية أن التعليق الذي هو في معنى اليمين لا يقع به طلاق .

ومن هنا فانه لا يقع الطلاق غير المنجز وهو ما ذهبت إليه العديد من القوانين العربية نذكر منها فالمادة 90 من قانون السوري والمادة من 52 من قانون المصري والمادتين 92 و 96 من قانون الأردني،

[1] - أحمد الغندور ، مرجع سابق ،ص188.

[2] - بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص251-253.

وتنص المادة 50 من قانون المغربي بان الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به الطلاق كما أن المادة 52 من نفس القانون تقتضي بأن الطلاق على فعل شيء أو تركه لا يقع .[1] فالحكمة تقتضي الأخذ بما ذهبت إليه التشريعات العربية من أن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع وكذا اليمين بالطلاق لا يقع.

كما أن خطورة الطلاق وآثاره السلبية على العائلة تجعل من المرأة مهددة على الدوام بالطلاق وبالتالي وجب أن يكون الأصل في الطلاق منجزا وجديا معبرا عن الإرادة الحقيقية للزوج بعيدا عن الطلاق المعلق ... هذا حفاظا للشريعة وحماية الناس من الخروج عليها لأن اعتياد الرجال على مثل هذه الصيغ المعلقة على شيء من الأشياء وكذا الحلف باليمين بدون قصد ولا نية غالبا ما يكون الغرض منه التخويف أو التأكيد على فعل شيء أو تركه .

أما القانون الجزائري فلم يتعرض لمسائل الطلاق المعلق واليمين بالطلاق تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه من خلال المادة 222 ق.أ ج لكن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة وعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به العديد من القوانين العربية بان الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه يعتبر طلاق لاغ.

المبحث الثاني :أنواع الطلاق وكيفية وقوعه

تنوع الطلاق وتعدد حسب المعيار الذي يعتمد في تحديده وحتى يكون صحيحا شرعيا لابد من توفر فيه الشروط وهذه الأنواع كما أوردها الفقه الإسلامي .

ثم ورد حدثينا في المطلب الثاني عن كيفية وقوع الطلاق عند المشرع الجزائري وهذا من خلال المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بصور الطلاق الثلاثة ويصب تركيزنا عن الصورة الأولى باعتبار الطلاق يتم بالإرادة المنفردة للزوج وهي الصورة التي تهمنا أكثر .

[1]- أحمد الغندور ، مرجع سابق ،ص190 و191.

المطلب الأول: أنواع الطلاق

ينقسم الطلاق إلى عدة أقسام وهذا حسب المعيار الذي يعتمد في تحديده فالطلاق باعتبار الوصف الشرعي إلى سني وبدعي ، والطلاق من حيث الرجعة وعدمها إلى رجعي وبائن و باعتبار الصيغة إلى طلاق منجز و مضاف إلى زمن ومعلق على شرط.

الفرع الأول :الطلاق باعتبار الوصف الشرعي

ينقسم الطلاق من حيث مطابقته للسنة النبوية إلى طلاق سنّي وطلاق بدعي .

أولا - الطلاق السنّي: وهو ما جاء مطابقا ومسايرا للكتاب والسنة وهو الواقع على الوجه الذي أشار إليه الشرع وهو أن يكون طلقة واحدة وفي طهر لم يمسها فيه وعليه فالطلاق السني يكون بتوفر شرطين :

أ-أن تكون المرأة في طهر لم يمسها فيه الزوج : المرأة عندما تكون في حالة حيض فان ذلك يؤثر على سلوكها وأعصابها ومعاملتها لزوجها ؛وجاء في الصحيحين عن ابن عمر –رضي الله عنهما-أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((مُره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسكها وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلّقلها النساء))[1].

ب-أن تكون طلقة واحدة لا أكثر: فما زاد على واحدة بدعة لقوله تعالى : ﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُون ﴾.[2] ويقول الإمام مالك طلاق السنة أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة طاهرا –من غير جماع –

[1]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، مرجع سابق ، ص1081.

[2]- سورة البقرة ،الآية 229.

ثم يتركها حتى يمضي ثلاثة قروء ولا يتبعها في ذلك إطلاقا فإذا دخلت الدم من الحيضة الثانية فقد حلت وبانت من زوجها الذي طلقها .[1]

ثانيا- الطلاق البدعي :الطلاق البدعي هو الطلاق المخالف للشريعة ،أي ما خالف فيه المطلق الطريقة التي أمرالله تعالى بها ورسوله صلى الله عليه وسلم بإتباعها في إيقاع الطلاق كأن يطلق زوجته وهي حائضأو طهر مسها فيه أو يطلقها ثلاث في كلمة واحدة أو ثلاث كلمات .

فالطلاق البدعي لا يجوز حسب القانون المغربي (المدونة)إذ جاء في الفصل 47 على انه إذا وقع الطلاق والمرأة حائضا أجبر القاضي الزوج على الرجعة ،وكذا في الفصل 51 الذي صرح بأن الطلاق المقترن يحدد لفظا أوإشارة أو كتابة ،لا يقع إلا واحدا [2].

ويجدر التنبيه هنا أن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة تقسيم الطلاق إلى سني وبدعي وهو يقع حسب قانون الأسرة الجزائري طبقا للمادة 51.

الفرع الثاني :الطلاق من حيث الرجعة وعدمها

ينقسم الطلاق باعتبار إمكان المراجعة وعدم إمكانها إلى رجعي وبائن :

أولا- الطلاق الرجعي :

هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته بدون رضاها من غير حاجة إلى عقد أو صداق جديدين ،ما دامت في العدة وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة،فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن ، فلا يملك الزوج مراجعتها(إرجاع زوجته المطلقة) إلا بعقد جديد وهذا ما أشارت إليه المادة 50من قانون الأسرة وذلك بشرط عدم المضرة وإلا كانت للزوجة الحق في التطليق للضرر وإبطال الرجعة ويجب الإشهاد على الرجعة حسب الشافعية .

[1]- طاهري حسين ،في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ط1،2009،دار الخلدونية ، الجزائر،ص85.

[2]- بن شيخ لحسين أث ملويا ،بحوث في القانون - أحكام الطلاق-،مرجع سابق ،ص ص54-55.

والطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق لقوله تعالى :﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُواْ إِصْلاَحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيم ، الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[1]، ومادامت العدة لم تنقض فالزوجية قائمة حكما،فيكون للزوج حق مراجعتها متى يشاء .

وتبقى الحقوق الزوجية ثابتة لكل واحد منهما على صاحبه ولا يمنع التوارث بينهما إذا مات احدهما في العدة ، لكنه تنقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ولا يجوز لزوج أن يمسك زوجته بقصد الإضرار بها لقوله تعالى : ﴿ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ ﴾[2], ولها في هذا أن تلجأ إلى القاضي وتطلب منه أن يفرق بينهما طبقا لأحكام المادة 53من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا -الطلاق البائن :

الطلاق البائن فهو الذي لا يملك المطلق مراجعة مطلقته إلا بموافقتها (عقد جديد) وهو الذي يحدث بعد انقضاء عدتها (من الناحية الشرعية) وبعد صدور حكم الطلاق من الناحية القانونية ،وهذا ما أشارت إليه المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري، وينقسم الطلاق البائن إلى طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى :

أ-الطلاق البائن بينونة صغرى :هو الذي لا يستطيع الرجل فيه أن يعيد مطلقته إلى الحياة الزوجية(عصمته) إلا بعقد وصداق جديدين (المادة 50.ق.أ)[3] ويكون الطلاق بائنا بينونة صغرى في الحالات التالية :

[1]- سورة البقرة،الآيتان 228و229.

[2]- سورة البقرة، الآية 231.

[3]- المادة 50 من ق.أ : من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لايحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد .

أ.**1-**الطلاق قبل الدخول :لقوله تعالى :﴿ ياأيّها الّذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثمّ طلّقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ فما لكم عليهنّ من عدّة تعتدّونها فمتّعوهنّ و سّرحوهنّ سراحا جميلا ﴾[1].

فقد نفى سبحانه وتعالى وجود العدة قبل الدخول وبانتفائها تنتفي الرجعة .

أ.**2-** إذا كان الطلاق على مال، لأنها تدفع له المال وهي تريد أن تفدي نفسها بما تقدمه من مال، ولا يتحقق الغرض من الاقتداء مع ثبوت حق المراجعة لقوله تعالى :﴿ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾[2].

أ.**3-**ما يوقعه الطلاق عند تحقق الضرر(طلاق القاضي)

أ.**4 -**في الطلاق الرجعي إذا انقضت العدة ولم يراجعها لقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾[3].

ومن آثار الطلاق البائن بينونة صغرى أن الزوجين لا يتوارثان ولا تجب لها النفقة وتنقص عدد الطلقات [4].

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى :

الطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الحياة الزوجية إلا بعد أن تتزوج زوجا آخر زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا،ثم يفارقها أو يموت وتنقضي عدتها فيه ،وذلك بعد أن طلاقها ثلاثا فلا يجوز له بعد الطلقة الثالثة أن يردها إليه ولا تحل له بعد ذلك حتى تنكح غيره

[1]- سورة الأحزاب، الآية 49.

[2]-سورة البقرة ،الآية 229.

[3]- سورة البقرة ،الآية 232.

[4]- طاهري حسين ، مرجع سابق ص106.

زواجا شرعيا صحيحا مقصدا لذاته لا لمجرد تحليلها للزوج الأول[1]لقوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[2].

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق البائن بينونة كبرى في المادة 51ق.أ.ج(لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء).

وتجدر الإشارة هنا بأن موقف المشرع الجزائري لم يرد نصا على الطلاق الرجعي أو البائن إلا ما كان من إشارة عابرة إلى إمكان الرجعة وذلك في المادة 50من ق.أ.ج أو البينونة في المادة 51ق.أ.ج حيث نلحظ من المادتين أن المشرع تعرض إلى الحديث عن الطلاق الرجعي والطلاق البائن بينونة صغرى وبين أنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد أما من راجعها بعد محاولة الصلح يحتاج إلى عقد جديد والفيصل في الطلاق الرجعي والبائن هو حكم القاضي بالطلاق.

وبالتالي كل طلاق قبل حكم القاضي رجعي وكل طلاق بعد حكم القاضي بائن وهو أمر اختلف فيه الفقهاء(إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة)وفي قانون الأسرة الجزائري النص غير واضح ويحتاج إلى تفصيل إلا انه حسب نص المادة 49ق.أ.ج يعتبر طلقة واحدة ولا يقع إلا بواسطة حكم قضائي ولا يثبت إلا من خلاله، وعليه كان لزاما على المشرع الجزائري أن يراعي ما يحقق المصلحة وهو رأي جمهور الفقهاء كما اشرنا سابقا والذي قضى بان كل طلاق رجعي ألا ما كان قبل الدخول أو المكمل للثلاث أو الطلاق على المال والتطليق للضرر .

[1]- يوسف القرضاوي ،الحلال الحرام، د.ط ،المكتب الإسلامي ،بيروت، 1398هـ، ص209.

[2]- سورة البقرة، الآية 230.

الفرع الثالث :باعتبار الصيغة (طلاق منجز و مضاف ومعلق)

ينقسم الطلاق باعتبار الصيغة من حيث اشتمالها على التعليق على أمر مستقبل أو الإضافة إلى زمن في المستقبل وعدم اشتمالها على التعليق إلى ثلاثة أنواع : منجز ومضاف ومعلق[1]

أولا–الطلاق المنجز **:**هو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال من غير تقييد كقوله أنت طالق أو طلقتك ويقع بمجرد صدوره ويسمى طلاقا مرسلا وطلاق معلقا وهذا هو الأصل في الطلاق .

ثانيا **-**الطلاق المضاف **:**هو الطلاق المضاف إلى الزمن المستقبل كأنت طالق غدا أو في أول الشهر أو سنة كذا بحيث يربط إيقاع الطلاق بهذا الزمن المعين وقد اختلف الفقهاء في حكمه إلى عدة مذاهب:

أ -مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة: ويقضي بوقوع الطلاق عند حلول الوقت الذي حدد.

ب **-** مذهب المالكية : وهو يقضي بأن الطلاق يقع في الحال وعللوا ذلك بأن التمتع بالزوجة في هذه الفترة (من تعليق الطلاق إلى حلول الزمن) كالتمتع بها في الزواج المؤقت .

يقول ابن حزم : من قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ،أو ذكر وقتا فلا تكون طالقا بذلك لا الآن ولا إذا جاء رأس الشهر [2].

ثالثا –الطلاق المعلق **:**هو ما جعل الزوج فيه الطلاق معلقا على شرط معين وينقسم إلى قسمين تعليق لفظي وتعليق معنوي .

أ - التعليق اللفظي: هو الطلاق الذي رتب وقوعه على حصول أمر ما في المستقبل بأداة الشرط مثل إن إذا ونحوهما،كأن يقول الرجل لامرأته إن خرجت من المنزل بغير إذني فأنت طالق..

ب - التعليق المعنوي:(ويسمى الحلف بالطلاق أو اليمين بالطلاق) وهو ما قصد به العزم على فعل شيء في المستقبل أو تركه أو قصد به تصديق الحالف في إخباره عن شيء فعله كقول الرجل علّي الطلاق لأسافر غدا ...

[1]-وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ،ص442 وما بعدها .

[2]- المصري مبروك ، مرجع سابق،ص163 .

و حكم الطلاق المعلق أنه إذا علق على أمر مستحيل عادة مثل أنت طالق إن دخل الجمل في سم الخياط ، أو على أمر مستحيل عقلا و كقوله أنت طالق إن أحييت ميتا ، أو على أمر مستحيل شرعاً، فلا يقع الطلاق و كذلك الأمر إن علقه على مشيئة الله تعالى ، كأنت طالق إن شاء الله ، فلا يقع بها الطلاق لتعذر الوقوع عليها وهذا ما ذهب إليه أئمة المذاهب الأربعة [1].

ومجمل ما يمكن قوله بأن قانون الأسرة الجزائري وفقا لما تعرضنا إليه في هذا المطلب لأحكام الطلاق ، قد اكتفى في نصوصه القانونية بذكر طرق الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة، أما تعريف الطلاق وأنواعه فهو لم يشير إليه بصفة واضحة ، وإذا تعمقنا أكثر في مواد قانون الأسرة نجد أنه قد أشار بشكل من الإشكال إلى الطلاق البائن وترك الباب مفتوحا أمام القاضي للرجوع إلى المادة 222من قانون الأسرة الجزائري التي ترجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني :كيفية وقوع الطلاق

يعد الطلاق نوعا من أنواع الفرقة الزوجية إلى جانب الوفاة أو الفسخ والذي يعنينا هو الطلاق وطرق وقوعه ولقد نصت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم تحت مرسوم 02-05 المؤرخ في 2005/04/27 على انه "الطلاق حلٌّعقد الزواج ،ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54 من هذا القانون[2]، وهو ما نفصل فيه من خلال الفروع الموالية الفرع الأول نتكلم عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وفي الفرع الثاني عن الطلاق بالتراضي وفي الفرع الثالث عن الطلاق بطلب من الزوجة.

[1]-وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ،ص 376.

[2] -مدقن عبد القادر،شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ،الباب الأول،ط1،المطبعة العربية بغرداية، الجزائر ،ص159 .

الفرع الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح ، سواء كان الطلاق من الزوج أو من رسوله أومن وكيله ونظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع اشترط العلماء شروطا لا بد من توافرها في المطلق حتى يمكنه إيقاع الطلاق وهذا مالم يتطرق له المشرع الجزائري، واكتفى بالإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال نص المادة 222 ق.أ ومن بين هذه الشروط:

أولا – أن يكون زوجا أو رسولا منه أو وكيلا عنه: فلو لم يكن المطلق واحد من هاؤلاء فإنه لا يملك إيقاع الطلاق ، والدليل على أن الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق هو قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[1] وقوله أيضا : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[2]،فالطلاق يكون بالإرادة المنفردة للزوج ولا يملكه أحد غيره .

ثانيا – أن يكون بالغا عاقلا: فالصبي وإن كان مميزا لا يقع طلاقه ولو أجازه الولي،لأن الطلاق تصرف ضار ضررا محضا .

ثالثا –أن يكون قاصدا: وهو إرادة الزوج التلفظ به ولم ينوه فلا يقع طلاق فقيه يكرره ولا طلاق حاك عن نفسه أو غيره لأنه لم يقصد معناه ، بل قصد التعليم والحكاية ولا طلاق أعجمي لُقن لفظ الطلاق بلا فهم منه لمعناه، ولا يقع طلاق سر بلسان نائم.

و تجدر الإشارة بأنه لا يقع طلاق المخطئ أو من سبق لسانه ،بأن أراد أن يقول أنت طاهر فقال خطا أنت طالق فلا يقع طلاقه على ذلك وهذا بخلاف الهازل فإنه واقع لأنه قاصد التلفظ بلفظ الطلاق حتى وان لم يرد معناه .

كما نشير إلى أنه لا يوجد نص في قانون الأسرة يجعل إيقاع الزوج للطلاق موقوفا على أسباب معينة فإن القضاء في الجزائر قد دأب على مسائلة الزوج عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق ومعرفة

[1]- سورة البقرة، الآية 231.

[2]- سورة البقرة ،الآية 230.

ما إذا كانت تلك الأسباب جدية وشرعية مقبولة أم أنها كانت أسباب طائشة غير حقيقية وغير شرعية وبالتالي الوقوع فيما يعرف بالتعسف في استعمال الحق وبالتالي يكون الطلاق تعسفي.

وعليه فإذا ثبت للقاضي أن طلب الطلاق في هذا الحالة تعسفي غير شرعي ولا مبررله فعليه أن يطبق نص المادة 52من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02- 05لسنة 2005 وهي المادة التي جاء فيها أنه إذا تبين للقاضي أن الزوج قد تعسف في إيقاع الطلاق فله أن يحكم للمطلقة بما تستحقه من تعويض عما يلحقها من ضرر مادي أو معنوي كجزاء لطلب الطلاق التعسفي.[1]

فالشريعة وإن أباحت الطلاق للزوج فإنها جعلته في أضيق نطاق وبناء على مبررات مشروعة وإلا اعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق ، فإذا تعسف الزوج بسبب استعمال حقه في الطلاق فإن هذا التعسف يسبب الضرر للزوجة ، ومن ثم كان لها أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي يصيبها .

الفرع الثاني : الطلاق بالتراضي

الطلاق بالتراضي هو صورة من صور فك الرابطة الزوجية ومفاده أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الـزوجية بقناعة كاملة ،على أن استمراريتها أضحت من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل احدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متخذة من اجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق ،وهذا معناه أنه يمكن للزوجين أن يتطالقا بتراضيهما دون خصام أو نزاع بالمعروف ويقابله الطلاق بالإرادة المشتركة للطرفين أو الطلاق بالمنازعة ، فيكون من شروطه أن يتم بناء على طلب احد الزوجين وموافقة الزوج الآخر أو بناء على طلبهما المشترك ، (تتقدم الزوجة مثلا للمحكمة بدعوى جوازية والزوج بدعوى وجوبية طالبين فك الرابطة الزوجية)[2]، وتعتبر هذه المادة وسطا بين حق الزوج في إيقاع الطلاق منفردا وكذا حق الزوجة في طلب التطليق بإرادتها المنفردة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من قانون الأسرة الجزائري .

[1] -عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، دار هومة للطباعة ،الجزائر ،ط1،2007 ، ص123.

[2] - عبد العزيز سعد ، المرجع نفسه، ص123.

وعلى هذا فإن المشرع الجزائري قد استحدث صورة لفك الرابطة الزوجية قاصدا بذلك ترك الحرية للزوجين للاتفاق بينهما بعيدا عن المحاكم فيما يريانه مناسبا لهما دون بحث القاضي عن أسباب الانفصال وبغض النظر عن فحوى الاتفاق ولا معرفة الطرف المتضرر بينهما كون الطلاق بالتراضي يسقط الحق في التعويض من الطرفين .

ولما كانت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة والمتممة(لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز المدة 3أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ويتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج الصلح)، توجب على القاضي المعروضة عليه دعوى الطلاق أن يقوم بعدة محاولات صلح وأن يحرر محضرا يوقعه مع كاتب الضبط والزوجين فإننا نعتقد بأن الطلاق بالتراضي سيسهل على القاضي مهمة محاولات الصلح لأن الزوجين لا يطلبان منه الحكم بالطلاق برضاهما إلا بعد أن يكونا قد اتفقا على كل شيء مسبقا وبالتالي يتقلص دور القضاء عكس ما يلحظ في صورتي طلاق الزوج أو التطليق بطلب من الزوجة ، وما على القاضي في هذه الحالة إلا أن يحرر محضرا إيجابيا ويفصل بالطلاق بينهما.

ولكن ما قد يعاب هناعلى المشرع الجزائري انه لم يبن الآثار الشرعية المترتبة على هذه الصورة (الطلاق بالتراضي)كونه يأخذ عدة طرق خارج دائرة القضاء تترتب فيه أحكام شرعية تختلف باختلاف طريقة وقوعه.

الفرع الثالث : الطلاق بطلب من الزوجة (التطليق والخلع)

أولاً - التطليق: الطلاق بطلب الزوجة بمعنى أن الزوجة إذا تضررت من سلوك زوجها فإنها لا تطلق نفسها بنفسها وإنما لها الحق أن تطلب التطليق من القاضي بناء على مبرر أو جملة من المبررات التي تستدعي طلب الزوجة للتطليق وهذه المبررات نصت عليه المادة 53 والمادة 54.

والمبررات التي جاء بها نص المادة 53 ق.أ.ج والتي يجوز فيها للزوجة أن تطلب التطليق هي :

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت إبرام الزواج مع مراعاة المواد 78 و79و80من هذا القانون .

- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .
- الهجر في المضجع أكثر من أربعة أشهر.
- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .
- الغيبة بعد مرور سنة كاملة بدون مبرر ولا نفقة .
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه .
- ارتكاب فاحشة مبينة.
- الشقاق المستمر بين الزوجين لمدة معتبرة .
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .
- كل ضرر معتبر شرعا .

ثانيا - الخلع :مأخوذ من خلع الشيء إي نزعه [1] والخلع أن تطلب المرأة الطلاق مقابل عوض تلتزم به وهذا الاتفاق الذي يتم بين الزوج والزوجة هو عبارة عن الفرقة مقابل مال تدفعه الزوجة وهو عبارة عن افتداء لها ولا يقع الخلع لا بعد قبول الزوج كون الخلع عقد على طلاق بعوض ولا يستحق العرض بدون قبول[2]وهذا ما أشارت إليه المادة54من ق.أ.ج"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ". فالخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وشرعه القانون في حال استحالة استمرار الزواج.

[1]- ابن منظور ، مرجع سابق ص1232.

[2]- صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2 ، الجزائر،1992 ،ص16 .

الفصل الثاني

إجراءات رفع الدعوى الطلاق

و طرق إثباته

الفصل الثاني : إجراءات رفع دعوى الطلاق وطرق إثباته.

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى تعريف الطلاق و دليل مشروعيته و كذا أحكامه و الحكمة من تشريع الطلاق، من خلال المبحث الأول و إلى أنواع الطلاق و شروطه و القيود الواردة على إيقاع الطلاق في المبحث الثاني ، نتطرق الآن إلى الفصل الثاني و الذي سندرس فيه جانب التطبيقات القضائية لواقعة الطلاق و ما يثار حوله من إشكالات سواءا داخل المحاكم أو خارجها ، حيث سنتناول في المبحث الأول إجراءات دعوى الطلاق والتي تسبق الحكم بالطلاق وطبيعة هذا الحكم وكيفية الطعن في الحكم الصادر عن دعوى الطلاق ، ثم في المبحث الثاني سنتطرق إلى كيفية إثبات الطلاق في الشريعة و القانون و بالأخص الطلاق العرفي .

المبحث الأول : إجراءات دعوى الطلاق

تضمن قانون الأسرة الجزائري القواعد الأساسية لبناء هيكل الأسرة الجزائري ، و ذلك ببيان أحكام الزواج و الطلاق و حقوق و واجبات الزوجين و حقوق الأولاد و الوالدين ، إلا أنه لم يتضمن الإجراءات التي تحدد كيفية الوصول إلى مثل هذه الحقوق، و ضمان القيام بهذه الواجبات و لذا كان على القضاة اللجوء لمواد ق.إ.م.إ ، و لكي تكون دعوى الطلاق صحيحة و مستوفية لشروطها يجب اتباع قواعد و إجراءات أساسية لرفع الدعوى ، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى إجراءات رفع دعوى الطلاق من خلال ذكر شروط قبول الدعوى و قواعد الإختصاص أما المطلب الثاني سنتناول فيه كيفية سير دعوى الطلاق.

المطلب الأول: رفع دعوى الطلاق

لكي تكون دعوى الطلاق مقبولة شكلا ، لابد من توضيح الشروط اللازمة لقبول الدعوى من صفة و مصلحة ، و كذا قواعد الإختصاص التي تتمثل في الإختصاص النوعي و الإختصاص الإقليمي وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: شروط قبول دعوى الطلاق

دعوى الطلاق هي كباقي الدعوى القضائية فيجب على من يرفعها أن تتوفر فيه شروط نصت عليها المادة 13 من ق.إ.م إ [1]، و هي الصفة و المصلحة في حين أن ق.إ.م القديم نص في المادة 459 منه على توفر ثلاث شروط و هي الصفة و المصلحة و الأهلية.

أولا – الصفة:

" هي الحق في المطالبة أمام القضاء، تقوم على المصلحة المباشرة و الشخصية في التقاضي."[2] أما الصفة في مجال فك الرابطة الزوجية فهي أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعوى ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة بمعنى أنه لتحقق هذا الشرط يجب أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة أو أحد ممثليها قانونا ،وعليه فإن فقد شرط الصفة سيؤدي حتما إلى الحكم بعدم قبول الدعوى ،كما يجب أن يكون لصاحب الصفة نسخة من عقد الزواج وأن يقدمها إلى المحكمة رفقة عريضة إفتتاح الدعوى.[3]

ثانيا – المصلحة:

"هي المنفعة التي يحققها المدعي من وراء اللجوء إلى القضاء " ، و تعتبر المصلحة الدافع لرفع الدعوى ، و الهدف من اشتراط المصلحة ضمان جدية الإلتجاء إلى القضاء ، فلا دعوى من دون مصلحة ، و أكد المشرع ضمن م 13 ق إ م إ ، إلى ضرورة توفر عنصر المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة يقرها القانون[4] ، والمقصود بذلك أنه يجب على المدعي أن يدعي بحق يعترف به القانون و يحميه، كما يجب أن تكون المصلحة قائمة و حالة أي أن النزاع بغرض حماية حق أو مركز قانوني أو تعويض لما لحق به من ضرر، أما المصلحة المحتملة يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر

[1] _ المادة 13 ق إ م إ " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه ، كما يثير تلقائيا الإذن إذا ما اشترطه القانون."

[2] _ عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الأجراءات المدنية و الإدارية ، ط2 ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2009،ص34.

[3] _ عوقي رحمة ، أحكام التطليق في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي ، أطروحة ماستر ، بجامعة محمد بوضياف ، كلية الحقوق ، قسم العلوم القانونية و الإدارية 2016/2015 ، ص 58.

[4] _ عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة ، ط 9 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2012،ص ص66-67.

محتمل ، و يحق للخصم الدفع بعدم وجود المصلحة و ليس للقاضي ذلك كما هو عليه الحال في الصفة التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

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

الفرع الثاني: الإختصاص القضائي

تنظر المحكمة في جميع القضايا المدنية و التجارية و البحرية و قضايا الأسرة و تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع و هذا ماجاء به ق.إ.م.إ حسب المادة 32 منه[1]، وهو الإختصاص النوعي أما الإختصاص الإقليمي فقد تناولته م 37 منه [2] ، وعليه سنتناول الإختصاص النوعي و الإقليمي فيما يخص قضايا شؤون الأسرة و بالضبط قضايا الطلاق.

أولا – الإختصاص النوعي :

" يقصد بالإختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى ، فالإختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى ، بعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى [3] ".

يرجع القضاة للفصل في قضايا شؤون الأسرة دائما إلى مضمون ق.أ وقد ذكرت المادة 423 ق.إ م.إ أهم الدعاوى التي يعرفها القضاء ، لكنها لا تمثل كل الدعاوى التي يختص بها قسم شؤون الأسرة لوجود منازعات أخرى لم يأت ذكرها، و المنازعات التي تم ذكرها هي دعاوى الخطبة و الزواج و الرجوع

---

[1] المادة 32 ق إ م إ " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام، يمكن أيضا أن تتشكل من اقطاب متخصصة ، تفصل المحمة في جميع القضايا ،لاسيما المدنية و التجارية و البحرية والاجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا، تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع ، غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام ، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات استبناء القضايا الإجتماعية ."

[2] المادة 32 ق.إ.م.إ " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وإن لم يكن له موطن معروف ، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له ، وفي حالة اختيار موطن،يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ، ما لم ينص القانون على خلال ذلك ."

[3] عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 74.

و كذا دعاوى انحلال الرابطة الزوجية و توابعها ، دعاوى النفقة و الحضانة و حق الزيادة بالإضافة إلى دعاوى إثبات الزواج و النسب و أخيرا الكفالة و الدعاوى المتعلقة بالولاية و سقوطها و الحجر و الغياب و الفقدان و التقديم .[1]

وبالتالي فدعوى الطلاق ترفع أمام قسم شؤون الأسرة على الدرجة الأولى للقضاء العادي و طبيعة الإختصاص النوعي من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه حسب المادة 36 ق.إ.م.إ التي نستنتج منها أنه لا يجوز مخالفته و لا الإتفاق على خلافه و لما كان كذلك فإن الدفع بعدم الإختصاص النوعي يمكن إثارته من أي طرف له مصلحة ، في أية مرحلة من مراحل التقاضي كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها و الحكم بمقتضاه.

ثانيا – الإختصاص الإقليمي :

هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها ، إستنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي .[2]

تنص المادة 40 ق إ م إ في فقرتها الثانية : يكون الإختصاص الاقليمي في دعاوى الطلاق بمسكن الزوجية[3].

وجاءت المادة 426 ق إ م إ لتحدد الإختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع ، إما في موطن المدعي أو في موطن المدعى عليه أو الموطن الذي يختاره الطرفين ، أما القضايا التي لم يرد ذكر اختصاصها فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة للإختصاص.

[1] عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص ص 329 – 328 .

[2] - المرجع نفسه ، ص 83.

[3] المادة 40 فـ2 من ق.إ.م.إ :(في مواد الميراث،دعاوى الطلاق،أو الرجوع ، الحضانة ، النفقة الغذائية و السكن ، على التوالي ، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي ،مسكن الزوجية ، مكان ممارسة الحضانة ، موطن الدائن بالنفقة ، مكان وجود السكن) .

كما بين نص المادة 426 ق إ م إ .[1] على أن الإختصاص الإقليمي في موضوع الطلاق هو مكان وجود مسكن الزوجية .

ويفهم من نص المادة 46 من ق.إ.م.إ أن الإختصاص الإقليمي ليس من النظام العام[2] ومن ثمة لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، بل بطلب من أحد الخصوم حسب نص المادة 47 من ق إ م إ [3]، وبالتالي يجوز للزوجين الأتفاقعلى أن يُحل خلافهما أمام المحكمة الأقرب أو التي يختارانها ، وفي هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الإختصاص الإقليمي.

المطلب الثاني :سير دعوى الطلاق

بعد عرضنا لأهم الشروط اللازمة لرفع دعوى الطلاق المتمثلة في الصفة والمصلحة، وكذا قواعد الإختصاص الإقليمي والنوعي ، نتطرق إلى كيفية سير دعوى الطلاق من خلال بيان تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق في الفرع الأول والإجراءات التي تلي ذلك من صلح وتحكيم في الفرع الثاني أما طبيعة الحكم الصادر والطعن فيه فتأتي في الفرع الثالث.

الفرع الأول : تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق

يقصد بالعريضة الطلب المكتوب الموجه للقاضي ، والذي يعرض خلاله المتقاضي ادعاءاته وطلباته ودفوعه من أجل طلب الحصول على حكم في الدعوى ،سواء بتقرير حق أو حماية مركز قانوني أو جبر ضرر ما عن طريق التعويض ،ويعتبر إيداع العريضة أول خطوة قانونية تفتح بها الدعوى ،

---

[1] - المادة 426 ق إ م إ " تكون المحكمة مختصة إقليميا في :
1- موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.
2- موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.
3- موضوع الطلاق او الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي و في الطلاق بالتراضي بمكان اقامة أحد الزوجين.

[2] - المادة 46 من ق إ م إ "يجوز للخصوم باختيارهم أمام القاضي ، حتى ولو لم يكن مختصا اقليميا.
- يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي ،وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك.
- يكون القاضي مختصا طياة الخصومة ،ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف الى المجلس القضائي التابع له."

[3] - المادة 47 من ق إ م إ " يحب إثارة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي ، قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول".

كما تختلف العرائض بحسب موضوع الدعوى وطبيعة الطلب، فنجد مثلا عريضة استئناف وعريضة طعن....ولكن مع اختلاف العرائض فإن البيانات الأساسية لا تختلف[1] .

ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ،موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف ،م14 من ق إ م إ ، وذكرت م 15 من ق إ م إ وجوب توفر مجموعة بيانات في عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا [2]وهي ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ،اسم المدعي وموطنه ثم اسم ولقب وموطن المدعى عليه وعرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ، و في الأخيرا يمكن الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى وتفيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها بعد دفع الرسوم المحددة قانونا ويسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ الجلسة[3] ،حسب نص م 16و17 من ق.إ م.إ ، ونفهم من نص م 436 ق إ م إ أن دعوى الطلاق ترفع من الزوج أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة قانونا لرفع الدعوى المذكورة في م 15 ق إ م إ.

الفرع الثاني : إجراءات الصلح بين الزوجين

تعد إجراءات الصلح في مسائل الأحوال الشخصية من الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه ، لا سيما إذا تعلق الأمر بالطلاق وهي إجراءات كان قد عرفها التشريع الإسلامي منذ القدم حيث رغب الشارع الحكيم في الصلح بين الزوجين ،بل فضله وخصه عن غيره من الأحكام الأخرى لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ

[1] - فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، قانون 08-09 ، الجزائر ، 2009، ص 53.

[2] - المادة 15 من ق.إ.م.إ : يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى ، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ، البيانات الآتية :

1. الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ،
2. اسم ولقب المدعي و موطنه ،
3. اسم ولقب و موطن المدعي عليه ، فإن لم يكن له موطن معلوم ، فآخر موطن له،
4. الإشارة إلى تسمية و طبيعة الشخص المعنوي ، ومقره الجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي،
5. عرضا موجزا للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى،
6. الإشارة عند الإقتضاء ، إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى .

[3] - عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق، ص ص 47-48.

خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1].

وجاءت الآية الكريمة تدعو صراحةً إلى وجوب الإصلاح قصد التوفيق بين الزوجين وتقريب وجهات النظر بينهما بهدف تذليل الصعوبات ،وهذا من أجل إعادة الحياة الزوجية إلى طبيعتها ،ويقول تبارك وتعالى أيضا: ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾[2]

فإذا حدث شقاق بين الزوجين أوجب الشارع الحكيم وقبل حدوث الطلاق وانفصام عرى الزوجية وحدوث أبغض الحلال عند الله ، اللجوء الى إجراء الصلح وجعله كخطوة أولى لا مفر منها قبل أي حل آخر.

ولم تَجِدْ النصوص التي جاءت في قانون الأسرة عن الشرع ،ونظرا لأهمية هذه الإجراءات ومساهمتها الفعالة في القضاء على الشقاق بين الزوجين وإمكانية الإصلاح بينهما ، فقد مسها التعديل الأخير بموجب الأمر رقم: 05-02 ، ولهذا فإننا سنحاول أن نتحدث عن الصلح من حيث ما يتعلق منها بمسائل الزوجين ، وما ينشأ بينهما من خصومات من خلال مايلي:

أولا : تعريف الصلح:

إذا أردنا الألمام بالصلح وجب منا أولا تعريف الصلح من الناحية اللغوية ثم تعريفه اصطلاحا لكي نتمكن من الوصول إلى تعريف جامع للصلح .

[1] - سورة النساء ،الآية 35.

3- سورة النساء الآية 128.

أ - تعريف الصلح لغة:

يعرف الصلح في اللغة : من تصالح القوم بينهم ،يقال قد أصلحوا وصالحوا وتصالحوا واصّالحوا بتشديد الصاد،ويقال قوم صلوح أي متصالحون ،كأنهم وصفوا بالمصدر[1].

ب- تعريف الصلح اصطلاحا:

عرفه الفقهاء بأنه العقد الذي ينهي الخلافات والخصومات الواقعة بين أطراف النزاعات المختلفة بغض النظر عن نوعية تلك الخلافات وأسبابها ، وبصفة عامة وبالرجوع إلى مختلف كتب الفقه خاصة كتب المذاهب الأربعة ،نجد الحنفية اعتبروا الصلح عقد يرفع به النزاع بحيث جاء في كتاب الاختيار لتعليل المختار: "هو عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن[2] ، وفي بديع الصنائع: "هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة ،وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين ، أما فيما لا يتعين كالدرهم فيتم بلا قبول"[3].

وعرفه ابن عابدين بقوله :"الصلح شرعا عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة "[4] .

وأما الشافعية ،فقد جاء في كتاب مغني المحتاج :"الصلح لغة قطع النزاع ،وشرعا عقد يحصل به ذلك" [5] ، ويعتبرون الصلح سيد الأحكام ،لأنه يجري في سائر العقود .

وأما الحنابلة ،جاء في المغني والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي : "الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين" [6] .

---

[1] - ابن منظور ،لسان العرب،ج3، مرجع سابق ،ص 426

[2] - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي،الاختيار لتعليل المختار،ج3،دار المعرفة، لبنان،1975، ص 5.

[3] - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج6 ، كتاب الصلح ، دار الكتب العلمية ،لبنان، ط2، 1986 ، ص39.

[4] - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج5، دار الفكر،د.ب.ن،1979،ص628.

[5] - شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج3، دار المعرفة ، ط1 لبنان ، 1997،ص 177.

[6] - موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي ، المغني و الشرح الكبير ، ج4 ، دار الكتاب العربي ، د.ب.ن،1983 ، ص 419.

وعند المالكية، جاء تعريف ابن عرفة: "هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه "[1]، هذا التعريف فيه إشارة إلى جواز الصلح لتوقي منازعة غير قائمة و لكنها محتملة الوقوع في المستقبل أي أعطى للصلح دورا جديدا لم يكن له وجود في التعريفات السابقة وذلك بتبيان الدور الوقائي للصلح.

ومقارنة بالتعريفات الأخرى يعد هذا التعريف أحسن التعاريف ، والأقرب لفهم قوله تعالى: ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾[2] .

ج- تعريف الصلح قانونا :

هناك عدة تعريفات للصلح وضعها الفقهاء ورجال القانون ،نذكر من بينهم تعريف الأستاذ إبراهيم نجار الذي عرفه كمصطلح قانوني بأنه ":اتفاق المتنازعين على فض النزاعات الناشبة بينهم وديا[3]".

أما الأستاذة ابتسام القرام عرفته على أنه " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل لكلا الطرفين عن ادعاءاته [4] "

أما الدكتور أحسن بوسقيعة فيرى أنه يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام بأنه :"تسوية لنزاع بطريقة ودية [5]" .

ثانياً : دليل مشروعيته

ثبتت مشروعية الصلح في كتاب الله وسنة نبيه عليه أفضل الزكاة وأزكى التسليم و إجماع الصحابة ، فيما يأتي :

---

[1] - صادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، ج 2، مرجع سابق ، ص 704.

[2] - سورة النساء، الأية 128.

[3] - قوادري الأخضر ،الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات الصلح القضائي والوساطة القضائية ،دار هومه ،الجزائر ،2013 ،ص 18.

[4] - القرام ابتسام ، المصطلحات القانونية في التشريع القانوني، قاموس باللغتين العربية و الفرنسية ، قصر الكتاب،الجزائر، د.س.ن، ص 140.

[5] - بوسقيعة احسن، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام في المادة الجمركية بوجه خاص،الديوان الوطني للأشغال التربوية،2001 الجزائر ، ص45.

أ – من الكتاب :

جاء في العديد من الآيات في القرآن الكريم أمر الله تعالى على وجوب الصلح، من أجل أن يبين أهميته في تسيير حياة الناس ، وأنه السبيل الوحيد لحل الأزمات و الخلافات ، ومنها قول الله عز وجل : ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [1] ، وقوله تعالى : ﴿ لاَّ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاء مَرْضَاتِ اللّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ [2]

ب – في السنة :

من الأحاديث التي تكلمت عن الصلح : عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراماً و المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً))[3] ، إن هذا الحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح ، فالصلح إذا تم بين الخصمين فهو منتهى و قمة العدل وأقرب إلى دوام المودة والأولى بذلك أن يتم بين الزوجين لما فيه من صلاح للأسرة وصلاح المجتمع ككل.

ج – الإجماع :

أجمع الصحابة والفقهاء على مشروعية الصلح بين الخصوم ، وقال صاحب كتاب المغني : " وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع ، صلح بين المسلمين وأهل الحرب ، وصلح بين أهل العدل وأهل البغي ، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما" [4] .

---

[1] - سورة الحجرات، الآية 09 .

[2] - سورة النساء ، الآية 114 .

[3] - أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، الجامع الكبير ، كتاب الطلاق و اللعان ،ج2 ، دار الغرب الاسلامي ، لبنان ، ط1، 1996 .، ص 635 .

[4] - موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ، المغني والشرح الكبير،كتاب الصلح، ج5، دار الكتاب العربي، دط ، 1983 ، ص6 .

كما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لأبي موسى الأشعري **:** " واحرص على الصلح مالم يتبين لك فصل القضاء " ، كما قال أيضاً :"ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فإن فَصل القضاء يورث الضغائن[1]"، فقد أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى الصلح مطلقا وكان ذلك بحضور الصحابة الكرام رضوان الله عليهم ولم ينكروا عليه ذلك .

ثالثا – إجراءات الصلح في قانون الأسرة :

نصت المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 على وجوب القيام بمحاولة الصلح في كل دعاوى الأحوال الشخصية قبل الفصل في الموضوع ، ولا سيما دعاوى الطلاق ، كما نصت أيضا على وجوب تحرير محضر من القاضي يذكر فيه ماتصالحا عليه أو بفشل محاولة الصلح ، ودعوة الزوجين إلى جلسة علانية للمحاكمة .

أما التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 نص على الصلح في المواد من 439إلى449 "على أن الصلح في مادة الأحوال الشخصية وجوبي وإلزامي[2]" ، والصلح في مادة الطلاق هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج بالتراجع عن طلب الطلاق ، وإذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية ،حكم بإبطال إجراءات الطلاق .

هذا ماأكدته المادة(49 من ق.أ) لسنة 1984 على أنه :" لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر[3] " .

يفهم من نص (المادة 49 من ق.أ) أن إرادة الزوج لاتكفي لوحدها في ترتيب الأثر القانوني للطلاق إلا باستيفاء الشكل القانوني ، ويعد هذا النص نصاً إجرائياً يلجأ له القاضي قبل النطق بحكم الطلاق ، وإلا يكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ، وبالتالي وجب نقضه[4] .

---

[1] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج6 ، كتاب الصلح ، دار الكتب العلمية ،لبنان، ط2، 1986، ص40

[2] - المادة 439 من ق.إ.م "مجالات الصلح وجوبية ، وتتم في جلسة سرية".

[3] - القانون رقم84-11 المؤرخ في : 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في27 /2005/02.

[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ :18/06/1991،ملف رقم 75141 ، المجلة القضائية، 1993 عدد 01 ، ص65.

كما يثار إشكال آخر حول مدة الثلاثة أشهر التي أتت بها المادة 49 من ق.أ فإنه يعتريها بعض الغموض بشان بداية احتساب هذه المدة ، فهل تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق ؟ أم من تاريخ عرض النزاع على المحكمة ؟ وبسبب هذا الغموض أعاد المشرع صياغة هذه المادة من خلال تعديل القانون 84-11 بالأمر رقم 05-02 وأصبحت المادة 49 تنص على مايلي :" لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى ، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة [1]".

وجديد المادة 49 المعدلة هو جعل جلسات الصلح مكررة وليست جلسة واحدة وذلك بقوله "عدة محاولات صلح" ، وليس كما كانت قبل التعديل " بعد محاولة صلح " وذلك لإعطاء الفرصة للزوجين بمراجعة نفسيهما والعدول عن فكرة الطلاق ، على شرط أن لاتتجاوز هذه المدد بالصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى بالطلاق ، وفي حال تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات الصلح دون عذر فذلك يعتبر رفضا لمحاولات الصلح ، وبالتالي على القاضي أن يحرر محضرا يبين فيه نتائج محاولات الصلح سواء كانت إيجابية أو سلبية ، فإن كانت الأخيرة يذكر فيه سبب فشل محاولات الصلح ، وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط بكونه حاضرا في جلسات الصلح ، يوقع كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين، ثم يقوم بإصدار الحكم بالطلاق متى توفرت أسبابه [2] ، هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها : " إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما ، وهذا كون المادة 49 حددت مدة إجراءات الصلح بثلاثة أشهر [3] ".

الفرع الثالث : طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق وطرق الطعن فيه.

يتوجب على القاضي أن يصدر حكمه في الدعوى المعروضة أمامه استنادا لما قدم لديه من وقائع وأدلة تؤكد أو تنفي مايدعيه صاحب الدعوى ، وعليه سنحاول التعرف على طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق ، وكذا امكانية الطعن فيه .

[1] - عدلت بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في :27 /2005/02 ، (ج ر عدد15 ، ص21).

[2] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق ، ص120 .

[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ : 1997/10/23، ملف رقم 174132 ، نشرة القضاء، عدد 55، ص 179 .

أولاً – طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق

لمعرفة طبيعة الحكم بالطلاق إن كان كاشفا أم منشئا ، يجب أولاً معرفة أنواع الأحكام القضائية باختصار :

أ – الأحكام الكاشفة أو التقريرية :

هي الأحكام القضائية التي تقضي فقط بوجود الحق من عدمه أو مركز قانوني ، فالحكم الكاشف أو المقرر هو الذي يصدر مقررا و مؤكداً لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل ودون أن يتضمن إلزام أحد الخصمين بأداء معين ، لذلك فإن الحكم المقرر لا يرمي إلا إلى تاكيد رابطة قانونية معينة وبصورة تحقق الحماية القانونية الكاملة ، فهو يزيل الشك أو التجهيل الذي يدور حول هذا الحق أو المركز القانوني [1] .

ب – الأحكام المنشئة :

هي الأحكام القضائية التي تقرر إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إنهاء مركز قانوني قائم، وبصدور الحكم يتم إنشاء الرابطة الجديدة فتتحقق بصورة كاملة الحماية القانونية .

ج – أحكام الإلزام :

"وهي الأحكام التي يرد فيها التاكيد على حق يقابله إلتزام الطرف الاخر بأداء معين كتسليم منقول أو دفع مبلغ من المال ، ولا يحقق هذا الحكم بذاته الحماية القانونية المطلوبة ، بل يحتاج إلى تنفيذه [2]" .

وبما أن الطلاق هو حق يعبر فيه الزوج عن ارادته الكاملة ، فبمجرد استعماله لهذا الحق يترتب عليه الأثر القانوني ، وبالتالي فهو حكم ذو طبيعة إنشائية كونه ينهي العلاقة القائمة بين الزوجين ، إلا أنه ورغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي ، فقد قيده المشرع بضرورة اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم قضائي يثبت فيه إرادة الزوج في إيقاع الطلاق .

[1] - فضيل العيش ، المرجع السابق، ص 154.

[2] - نفس المرجع ، ص 155.

ثانياً – الطعن في أحكام الطلاق .

تُعرّف طرق الطعن بأنها الوسائل القانونية التي أتاح المشرع من خلالها للمحكوم عليه من طلب إعادة النظر في الحكم الصادر ضده ، وذلك ضمن آجال زمنية و إجراءات قانونية محددة ،بتقديم الطلب لدى المحكمة التي أصدرت الحكم ، أو أمام جهة قضائية أعلى ، والعلة في تقرير الطعن في الأحكام هي حماية حقوق المحكوم عليه ، فقد يخطئ القاضي في حكمه مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمحكوم عليه دون وجه حق [1].

وتنقسم طرق الطعن إلى عادية والمتمثلة في المعارضة والإستئناف وأخرى غير عادية تتمثل في الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، وكذا إلتماس إعادة النظر .

أ – **طرق الطعن العادية** : تتمثل طرق الطعن العادية في كل من المعارضة و الإستئناف

أ.1 – المعارضة :

تكون في حال تغيب أحد الخصوم فيلجأ إليها للنظر من جديد في القضية من حيث الوقائع والقانون وتكون أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار الغيابي سواءا كانت محكمة أو مجلس قضائي بناء على نص م 327 ق.إ.م.إ باستثناء قررات المحكمة العليا التي لا تقبل فيها المعارضة حسب نص م 379 من ق.إ.م.إ[2] .

أ.2 – الإستئناف :

هو الإنتقال بالنزاع من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية من أجل إعادة النظر فيه ، كما يعرف أيضا بأنه الطعن الذي يقوم بواسطته الطرف الذي يشعر بالغبن من جراء حكم الدرجة الأولى بنقل القضية أو جانب منها إلى جهة تقاضي أعلى منها بغرض مراجعة الحكم أو إلغائه ، والإستئناف يكرس قاعدة التقاضي على درجتين ، المادة 332 من ق.إ.م.إ [3]

ب – طرق الطعن الغير عادية : وتتمثل في الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة وكذا إلتماس إعادة النظر ، سنتناولهم فيما يلي :

---

[1] - فضيل العيش ، المرجع السابق، ص 154.

[2] - عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق ، ص 246 .

[3] - فضيل العيش ، المرجع السابق، ص 165.

ب.1 – الطعن بالنقض :

يرفع أمام المحكمة العليا من أجل تقرير المبادئ القانونية السليمة وكذا مراقبة مدى تطبيق القانون[1] ، ونصت المواد من 349 إلى 379 و المواد من 557 إلى 583 من ق.إ.م.إ .

ب.2 – إعتراض الغير الخارج عن الخصومة :

يقوم بهذا النوع من الطعون شخص ما تكون له مصلحة و يكون خارج عن أطراف النزاع الأصليين والخصومة ككل، ويكون بهدف مراجعة أو إلغاء حكم أو قرار أو أمر الإستعجال ، الذي فصل في أصل النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 380 [2] و المادة 381من ق.إ.م.إ [3].

ب.3 – إلتماس إعادة النظر :

تنص المواد من 390إلى 397 من ق.إ.م.إ على هذا النوع من الطعون الغير عادية ، يهدف إلى مراجعة الأمر الإستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع و الحائز لقوة الشيئ المقضي فيه ، و الفصل فيه من جديد من حيث الوقائع و القانون ، ويقدم إلتماس إعادة النظر إلى نفس الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، ويرجع ذلك إلى الفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا الطعن ، فهو لايهدف إلى تصحيح تقرير خاطئ بل إلى إعادة النظر لأجل تقرير جديد في ضوء ظروف جديدة ، إذ لاشك في أن الجهة التي أصدرت السند المطعون فيه هي أعلم من غيرها بقيمة العناصر المثارة لأول مرة بعد اكتشافها [4].

[1] - فضيل العيش ، المرجع نفسه ، ص172 .

[2] - المادة 380 من ق إ م إ "يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي الذي فصل في أصل النزاع، يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع و القانون."

[3] - المادة 381 من ق.إ.م.إ " يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه ، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة."

[4] - عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار هومة ، الجزائر، 2009 ، ص 130 .

المبحث الثاني : طرق إثبات الطلاق .

في ظاهر مسألة إثبات الطلاق تبدوا لغير العارف بأحكام قانون الأسرة أنها مسألة 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 عليه أن يحكم بالطلاق متى رفع إليه بناءا على إرادة الزوج المنفردة دون أن يكون له الحق في مناقشته ، وعليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يدخل الحكم بالطلاق في الوظيفة الولائية للقاضي أم في الوظيفة القضائية له ؟

تعرف الأعمال القضائية بأنها تصرف يصدر عن القاضي نتيجة فض خصومة أو نزاع قائم بين شخصين حول حق من الحقوق بتقريره لأحدهما وإلزام الآخر بأدائه، أما الأعمال الولائية للقاضي فتعرف بأنها تلك القرارات التي تصدر من المحكمة لما لها من سلطة ولائية ،فلا يعد هذا العمل حكماً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، فهو لا يفصل في خصومة مطروحة على القضاء ، ولا في مسألة متفرعة عن الخصومة ، ولكنه مجرد إجراء لايستهدف حسم الخصومة ولا تقرير حق وإنما يراد به المحافظة على وضع قائم أو صيانة مصلحة لأحد الأفراد على أساس تقدير ظروف أو اتخاذ تدابير معينة كإثبات شهادة الأفراد ، إثبات إقرارات الخصوم وما اتفقوا عليه ، أو اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية [1]

من خلال ماسبق ذكره نرى بأن الحكم الصادر عن دعوى الطلاق يدخل ضمن الأعمال الولائية للقاضي ، لكن وبالرجوع إلى نص المادة 49 من ق.أ التي تقول بأنه لا طلاق إلا بحكم نرى بأنها أخضعت الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق للوظيفة القضائية للقاضي .

وما نراه في واقع التطبيقات القضائية أنها تذهب إلى إثبات الطلاق الحاصل خارج ساحة القضاء و بأثر رجعي مع العلم أن هذا الاتجاه كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ، كما جاء في قرار المحكمة العليا سنة 1999 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 ،

[1] -http://eastlawsacademy.com/ForumPostView.aspx?I=294 (اطلع عليه يوم 2018/04/02 على الساعة 14:20 سا)

وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق زوجته فعلا ، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق ، وعليه فإنه بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون" .[1]

وهذا التطبيق جاء مسايرا لقواعد الشريعة الإسلامية ، وعليه هل يمكن القول بأن: مسلك القضاء سليم في هذا المجال ، وبالتالي وجب على المشرع صب هذه الإجتهادات في نصوص قانونية تزيل الغموض على واقعة الطلاق العرفي ؟ ، أم أنها تبقى مجرد اجتهادات ؟

خاصة و أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لكل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة.

و سوف نجيب على هذه التساؤلات وغيرها في مطلبين نتناول في الأول كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية على أساس أن المادة 222 من ق.أ أحالت عليها في حالة الغموض ، وعلى أساس أن المرجع القضائي في إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي هو الشريعة الإسلامية وسوف نتطرق فيه إلى الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية في الفرع الأول أما الفرع الثاني فنخصصه لباقي طرق الإثبات كالإقرار والبينة و اليمين ، أما المطلب الثاني سنخصصه إلى كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري و الذي نتطرق فيه إلى المبدأ الوارد به وهو عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي في الفرع الأول وخروج القضاء عن هذا المبدأ بإثباتهم الطلاق العرفي بأثر رجعي في الفرع الثاني.

المطلب الأول : كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية.

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الطلاق هو حق للرجل يوقعه بإرادته المنفردة ، لكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو طريقة استعمال هذا الحق هل هو مطلق أم مقيد ؟

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

[1] - المحكمة العليا ، غ أ ش م ، قرار بتاريخ 1999/02/16 ، ملف رقم 216850 ، مجلة المحكمة العليا المتضمنة الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 100 .

الفرع الأول : الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية

انقسمت آراء الفقهاء إلى قسمين منهم من يرى عدم ضرورة الإشهاد والرأي الثاني يخالفه ويرى بضرورة الإشهاد في الطلاق

أولا: حق الزوج في إيقاع الطلاق دون ضرورة الإشهاد

ما قال به جمهور الفقهاء أن الطلاق يقع بدون إشهاد[1] لأنه من حق الرجل وقد جعله الله بيده ولم يجعل لغيره حقا فيه حيث قال تعالى: ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً ﴾[2]

ولكي يباشر الزوج حقه في الطلاق لا يحتاج إلى بينة ولم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد، وقد اتجه جمهور الفقهاء إلى ذلك بل إنهم قالوا بأن الإشهاد على الطلاق ليس شرطاً لوقوعه فهو مندوب لا واجب وبالتالي وطبقا لهذا الراي فإن الحق في الطلاق هو من التصرفات الحرة ، ويكفي لترتيب الأثر القانوني أن يتم التعبير عن الإرادة بأية وسيلة كانت ..[3]

ثانيا: الإشهاد على الطلاق كقيد على حق الزوج

ذهب فقهاء الشيعة الإمامية الاثنا عشرية و الإسماعلية[4] إلى اعتبار أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا ﴾[5]

وظاهر الأمر من هذه الآية الكريمة في الشرع أن الإشهاد يقتضي الوجوب.

---

[1] - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،دط، 2012 م ، ص 368 .

[2] - سورة الأحزاب ،الآية 49 .

[3] - السيد سابق ، مرجع سابق ، ص 290 .

[4] - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 368 .

[5] - سورة الطلاق، الآية 02 .

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

وقد قال الزمخشري : إن المعني في قوله تعالى: ﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[1] هم الأئمة و الحكام ، و الأمر نفسه من قوله عز وجل : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[2] حيث لهم أن يتدخلوا لرفع الأذى و المضرة ، وكذلك الأمر نفسه في سورة الطلاق: (واشهدوا ذوي عدل منكم) ، ومن ثمة وجب على الزوج أن يشهد شاهدين من المسلمين على طلاقه.

و القصد من وراء ضرورة الإشهاد على الطلاق هو إعطاء فرصة للزوج لإعادة التفكير فإن بقي مصمما رغم حضور الشاهدين و مرور الوقت الزمني فإن طلاقه يكون قائما على أسباب قوية و ليست عرضية و هذا هو الطلاق المقصود في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني :إثبات الطلاق بالإقرار و البينة و اليمين .

على عكس الإثبات في المسائل القانونية فإن مسألة إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا تكتسي غموضا ذلك أنه يثبت بكافة طرق الإثبات من إقرار و بينة و يمين ، فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها و أنكر هو، فمذهب المالكية أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق ، و إن أتت بشاهد واحد حلف الزوج و برئ و إن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف ، و إن لم تأتي بشاهد فلا شيئ على الزوج ، و عليها منع نفسها منه بقدر جهدها ، و إن حلف بالطلاق و ادعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه.

[1] - سورة البقرة ،الآية 229 .

[2] - سورة النساء، الآية 35 .

و ذكر الحنابلة أنه إذا إدعت المرأة أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه لأن الأصل بقاء النكاح و عدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ، ولا يقبل فيه إلا عدلان ، فإن لم تكن هناك بينة يستحلف الرجل على الحق لحديث : "اليمين على من أنكر".

و توضيحا لما سبق ينبغي علينا التطرق إلى طرق الإثبات المقررة شرعا و مطابقتها بتلك المقررة قانونا لنخلص في النهاية إلى مسلك القضاء الجزائري في مسألة إثبات الطلاق العرفي .

أولا : الإقرار

الإقرار شرعا : هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه ، و بذلك يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير ، فإذا أقر الشخص بحق لزمه ، و لكن الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة و ذلك لقصور ولاية المقروعدم امتدادها إلى غيره ، فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق و أقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار و يثبت الطلاق ، وقد ثبت الإقرار بأدلة كثيرة نذكر منها:

قوله عز وجل : ﴿ وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنتُمْ تَشْهَدُونَ ﴾ [1]

ثانيا : البينة

البينة حجة متعدية ، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار، ونصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل و امرأتين[2]، ولا تجوز الشهادة بالتسامع في الطلاق لأن الشهادة بالتسامع إنما أجيزت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج و تعطيل الأحكام وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل.

[1] - سورة البقرة،الآية 84 .

[2] - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص369 .

ثالثا : اليمين

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

ذهب المالكية إلى إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو ذلك فإن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق ، وإن أتت بشاهد واحد ، حلف الزوج وبرئ ، وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف ، وإن لم تأت بشاهد فلا شيئ على الزوج ، وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها ، وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث ، فالقول قول الزوج بيمينه [1].

ذكر الحنابلة : إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها ، فالقول قول الزوج بيمينه ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق ،إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ، ولا يقبل فيه إلا عدلان ، لأن الطلاق ليس بمال، ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال كالحدود والقصاص ، فإن لم تكن بينة يستحلف الرجل على الصحيح لحديث : " اليمين على من أنكر "[2] .

وبعد أن تعرضنا إلى طرق إثبات الطلاق شرعا فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: كيف يتم إثبات الطلاق بصفة عامة و الطلاق العرفي بصفة خاصة في قانون الأسرة الجزائري ؟.

المطلب الثاني : كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري .

جاء في نص المادة 49 من ق.أ.ج على أنه : لايثبت الطلاق إلابحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر، يتضح لنا من خلال هذه المادة أن إرادة المشرع تتجه الى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء ، إلا أن الإشكالية التي تثار في هذه الحالة هي مسألة إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بحكم قضائي و بأثر رجعي ، وهذا الإتجاه كان معمولاً به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ، إلا أن القضاء استمر يحكم به حتى بعد صدور قانون الأسرة ، وعليه فإن السؤال المطروح هو كيف يتم اثبات الطلاق في قانون الأسرة و مامدى صحة اتجاه القضاء في هذا المجال ؟ و هذا ماسنتناوله فيما يلي :

[1] - وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 459 .

[2] - نفس المرجع ، ص460 .

الفرع الأول : ثبوت الطلاق بحكم قضائي

كما قلنا سابقا أن المادة 49 من ق.أ[1] استعملت عبارة " لا يثبت " و ليس " لا ينعقد " أو لاينشأ أو لا يقع إلا بحكم .

يفهم من هذه المادة حصر وسيلة اثبات الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية ، وهذا يعني تجريد الطلاق الذي يتلفظ به الزوج من كل قيمة قانونية ، وهذا يناقض الشريعة الإسلامية على مختلف مذاهبها، كون الطلاق يصدر من حين تلفظ الزوج به ، وأن ابتداء العدة في الطلاق بعد الطلاق مباشرة ، وابتدائها في الوفاة بعد الوفاة مباشرة ؛ فالعبرة في العدة بطلاق الزوج، لابحكم المحكمة ، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء[2] .

وعليه نتساءل عن قصد المشرع الجزائري من خلال هذه العبارة : هل أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء ، أم أنه لايمكن تصور الطلاق خارج ساحة القضاء ؟.

أولاً - ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق

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

ولكن و بالرجوع إلى مواد قانون الأسرة نجدها تعتبر أن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي و أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي و أن هذا الطلاق هو طلاق بائن رغم أنه يعد انطلاقة لبداية احتساب العدة و بالتالي فإن المراجعة تكون 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 ؟

[1] - المادة 49 من ق.أ.ج تنص على : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى " .

[2] -الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت ،ط1، دار الصفوة، مصر ،ج29 ص 326

إجابة على هذه الأسئلة نقول في البداية بأن المشرع قد حدد فترة زمنية تجرى من خلالها محاولة الصلح و هي ثلاثة أشهر ممنوحة للزوجين من أجل مراجعة نفسيهما ، و بالتالي لا يجوز للقاضي أن يحكم قبل مضي هذه المدة ، إلا أنه في حالة امتداد جلسات الصلح الى أكثر من ثلاثة اشهر فإن المشرع لم يرتب أي جزاء على ذلك .

ومن خلال ذلك نرى بأن المشرع يعترف ضمنيا بوقوع الطلاق خارج أسوار المحاكم ، وهذا ما يفهم من نص المادة 50 من ق.أ إن كان يقصد بفترة الثلاث أشهر هي فترة العدة ، إلا أن الإشكال يبقى في حالة تجاوز فترة الصلح فترة العدة ، هذا مالم يتكلم عنه المشرع الجزائري .

وفي هذا المجال يرى الأستاذ زودة عمر" بأن الطلاق لايقع إلا بإعلان الزوج عن إرادته أمام الجهة الرسمية ، وأنه لايمكن إنشاء الطلاق إلا بموجب محرر رسمي ، إذ لا يقع الطلاق إلا بعد صدور هذا الإعلان من القاضي"[1].

ويقول الأستاذ عبد العزيز سعد: " أن قانون الأسرة لايعترف بالطلاق الشفهي الذي تعترف به الشريعة وتقره ، ولا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة مادامت القاعدة العامة تقول بأن طلاق القاضي يكون طلاقاً بائنًا ولا يقبل الطعن بالإستئناف " [2].

كما يقول الأستاذ باديس ديابي :" أن قانون الأسرة الجزائري لم يتحدث عن الطلاق الرجعي ، ولم يتبناه من حيث مفهومه وآثاره ، واكتفى بالطلاق البائن بينونة صغرى و الطلاق البائن بينونة كبرى" [3].

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن ، هذا اذا أخذنا بحرفية النص و بفكرة عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ، أما إذا أخذنا بنقيض هذه الفكرة أي بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء و ثبوته بحكم قضائي فإننا نكون أمام نوعين من الطلاق الرجعي و البائن .

كما نلاحظ من خلال نص المادة 51 من ق.أ أن المشرع الجزائري قد فرق بين الطلاق البائن بينونة كبرى ، والبائن بينونة صغرى حيث نصت على أنه لايمكن أن يراجع الرجل زوجته من طلاقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء .

---

[1] - عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، أطروحة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون جامعة الجزائر ،2002-2003 م ، ص ص33-34 .

[2] - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط.2، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص.316.

[3] - باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 ، ص 141 .

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى التفرقة بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن حيث جاء في قرارها أنه من المتفق عليه فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي [1] ، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو بالخلع بناء على مقابل مالي تعطيه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية ، وكذلك يقع بالتطليق في حال طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع القائم بينها وبين زوجها .

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

كما أن بعض عبارات قانون الأسرة جاءت غامضة ، وتحتمل عدة تاويلات ، فمثلا المادة 58 من ق.أ جاءت فيها عبارة من " تاريخ التصريح بالطلاق " ،هل تعني تلفظ الزوج بالطلاق ؟ أم يقصد بها تصريح القاضي به ؟

وهذا ما أشار إليه سابقا الأستاذ عمر زودة إلى أن الطلاق لايقع إلا بموجب حكم ، فهو ليس شرطا للإثبات و إنما هو شرط للإنعقاد ، ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لايمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو ينفي وقوع أي طلاق من غير اجراء الصلح ، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الإتجاه الشكلي ، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء ، بل يجب على الزوج أن يعلن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي و ينتهي استعمال الزوج لحقه في إيقاع الطلاق بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وكذا تعبير الزوج عن ارادته في ذلك .

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 و ترتب عليه آثار بأثر رجعي[2] ، وقبل التطرق إلى مسألة الطلاق العرفي و الإشكالات الناجمة عنه ينبغي علينا أولا معرفة طبيعة الحكم بالطلاق هل هو منشئ أم مقرر(كاشفا) ؟

[1] - مجلة المحكمة العليا ، العدد 2 ، سنة 2008 ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 395557 ، قرار بتاريخ 2007/05/09 .

[2] - الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا ، الغرفة غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، رقم القرار315403 ، تاريخ القرار2005/02/23 .

ثانيا - طبيعة الحكم المثبت للطلاق ومضمونه.

يعد الحكم الصادر في دعاوى الطلاق كغيره من الأحكام الصادرة في الدعاوى الأخرى ،إذ لابد من أن يصدر القاضي فيها حكمه استنادا لما قُدم لديه من مستندات وإثباتات تؤكد أو تنفي ماتدعيه في دعواها وسنحاول التطرق لتحديد طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق ، ومدى جواز الطعن فيه .

أ - طبيعة الحكم المثبت للطلاق :

سبق وأن تطرقنا لأنواع الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق من أحكام كاشفة ومنشئة وكذا إلزامية ، وتوصلنا إلى أن الحكم الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية في دعوى الطلاق هو حكم كاشف ، بحيث أقر حكم الطلاق الذي صدر عن إرادة الزوج المنفردة و بالتالي يترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج .

ب - مضمون الحكم المثبت للطلاق :

و يتضمن الحكم المثبت للطلاق شقين الأول يتعلق بالطلاق ويصدر ابتدائياً نهائياً ، في حين نجد الشق الثاني يتعلق بالآثار المترتبة على الطلاق ويصدر ابتدائياً و تكون صيغة المنطوق بالحكم كما يلي: حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية حكماً علنياً حضورياً – في الشكل : بصحة الإجراءات و قبول الدعوى شكلاً – في الموضوع : القضاء نهائيا بالطلاق بين كل من :...و... مع أمر ضابط بالتالي الحالة المدنية بقيده بسجلات الحالة المدنية لبلدية :.... والتأشير به على هامش عقد زواج الطرفين وشهادتي ميلادهما ، ويصدر ابتدائيا : بتحميل الزوج مسؤولية الطلاق و إلزامه بأن يدفع للزوجة مبلغ :....تعويضا عن الطلاق التعسفي ،ومبلغ :...كنفقة عدة وإسناد حضانة الأبناء لأمهم على نفقة أبيهم بمبلغ :... شهريا لكل ولد تسري من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوط الحضانة عنهم مع منح الأب حق الزيارة ، وإلزام الزوج بتوفير سكن للحاضنة أو بدل الإيجار بمبلغ:....شهرياً [1].

وبما أن الطلاق لابد أن يثبت بحكم قضائي ، فما مدى صحة التطبيقات القضائية بشأن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي ؟ وهذا ماسنجيب عليه من خلال الفرع الموالي .

[1] - فضيل العيش ، مرجع سابق ، ص 154 .

الفرع الثاني : إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية لقانون الأسرة الجزائري

قبل التطرق إلى إشكالات الطلاق العرفي نتطرق أولاً إلى مفهومه ثم معرفة مدى إقرار الشريعة الإسلامية والقانون له .

أولاً – مفهوم الطلاق العرفي ومدى إقرار الشرع والقانون له

لم يخص المشرع الطلاق العرفي بتعريف أو بخصائص وأركان تحدد مفهومه كالطلاق العادي كماعترف المشرع الجزائري بالزواج العرفي وأنه يثبت بحكم قضائي وتترتب عنه آثار كالزواج العادي ، إلا أنه في حالة الطلاق العرفي لايمكن اثباته إلا بتسجيل الزواج العرفي أولا .

أ – تعريف الطلاق العرفي :

" هو الطلاق الذي يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون وثيقة [1] ."

"وهو أيضا الطلاق الذي يقع شفهيا ضمن قواعد الفقه الإسلامي ولا يعتد به قانونا ولا يحتج به إتجاه الغير [2] ".

وبالتالي فالطلاق العرفي هو الطلاق الشفوي المستوفي أركانه وشروطه والصادرة من الزوج عن أهلية و إرادة واعية وبالألفاظ الشرعية الدالة على الطلاق ، وهو ما استقر عليه المسلمون منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم دون إشهاد أو توثيق سواء كان هذا الطلاق ناتج عن زواج عرفي أو زواج رسمي [3] "

ومنه نستخلص أن الطلاق العرفي هو كل طلاق يقع دون الحصول على مستند رسمي يثبته أو ما يعرف بوثيقة طلاق.

[1] - محمد كمال إمام ، أحكام الاسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2007 ،ص 70 .

[2] - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 119.

[3] - Fatwa islam web .net /fatwa/index.php (اطلع عليه بتاريخ 2018/02/09 على الساعة 11:40) .

ب – مدى إقرار الشرع و القانون للطلاق العرفي :

مثلما أقر الشرع الزواج العرفي فهو يقر أيضا الطلاق العرفي ، ومادام كذلك فهو طلاق صحيح وجب تسجيله في المحكمة لصيانة حقوق كلا الزوجين خاصة الزوجة التي في الغالب هي الضحية المتضررة من الزواج و الطلاق العرفيين ولثبوت النسب ورفع الظلم وللإثبات أيضا ، ولكن القانون لا يعترف به ولا يقره ما لم يكن موثقا ، ومن ثم يفقد آثارة وتوابعه من حقوق وواجبات [1] .

وبالتالي فإن الشرع يقر بالزواج والطلاق العرفي وما يترتب عليهما من آثار وإن تم دون توثيق ، إلا أن القانون لا يعترف بغير التوثيق ، فمن الناحية القانونية لا حقوق للمطلقة من زواج رسمي على مطلقها ما لم يتم توثيق الطلاق والحصول على شهادة رسمية بذلك ، كما لايسمح للمرأة المطلقة طلاقا بائنا غير موثق بأن تتزوج أو تسافر دون إذنه ، أو أن تتخلى عن شيء من الحقوق التى كفلها القانون للزوج على زوجته ، ما لم تحصل على شهادة رسمية تثبت أنها مطلقة ، أما المطلقة من الزواج العرفي فالقانون لا يقر إلا بالقواعد الرسمية والأوراق الموثقة و لا يعترف بالزواج العرفي أصلا .

ثانياً : إشكالات الطلاق العرفي .

في الطلاق العرفي لايمكن رفع الدعوى فيه إلا بعد تسجيل الزواج العرفي أولا حيث اعترف المشرع بالزواج العرفي ولم يعترف بالطلاق العرفي ولا حتى تسجيله بأثر رجعي حيث لم نلتمس ذلك من خلال أحكام قانون الأسرة ولا مواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

أ – حالة عدم تسجيل عقد الزواج وإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي :

جاء في مضمون المادة 22 من ق.أ.ج على أنه" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " ، وقد نصت م 9 من ق أ 05 – 02 ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " يتضح لنا من خلال المادتين أن المشرع يعترف بوجود الزواج العرفي و يرتب آثاره و في حالة الطلاق العرفي لا يمكن إثباته بدعوى ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله بدعوى .

وكما قلنا سابقا بعدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فإن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي وهذا ما أيدته القرارات التالية " : من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين – في قضية الحال – أن الطلاق

[1] جمال بن محمد بن محمود ، الزواج العرفي في ميزان الإسلام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 2004، ص100.

وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين ، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون [1] " وجاء في قرار آخر والذي يوضح أيضا إثبات الطلاق العرفي قضاءً ، إذ ورد فيه :" إن الطلاق العرفي الواقع من الزوج والمثبت قضائيا لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية "[2] .

ومن الممارسات اليومية للقضاء في هذا النوع من القضايا هو رفع دعوى إثبات الزواج والطلاق العرفي في نفس الوقت وبحكم واحد على أن الحكم بإثبات الزواج يكون إبتدائيا وأما الحكم بالطلاق يكون نهائيا ومن ثمة يمكن استئناف الحكم بإثبات الزواج وقد يتم إلغاؤه من المجلس وهنا نكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود زواج ! ، وقد تضمن القرار الصادر بتاريخ 1995/10/24 دعوى إثبات الزواج والطلاق العرفي بحكم واحد حيث جاء " إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج ، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق ، باعتبار أن الزواج العرفي في الحكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي " [3].

ب – حالة إعادة أحد الزوجين الزواج :

ب.1 حالة إعادة الزوج الزواج :

هذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة الزواج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة ، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا الشروط الواردة في السنة النبوية ، إلا أنه من الناحية القانونية يطرح إشكالا كبيرا ، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا ، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول و وجوب الإستبراء لذلك كان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا وتتعقد المسألة أكثر بوجود أولاد منه .

---

[1] - قرار م ع ،غ ا ش، ملف رقم 216850 ، ص ب 1999/02/12 ، قضية ح/خ ضد أ/ ي م ق ، عدد خاص ، 2001 ، ص 100 .

[2] - قرار م ع ،غ ا ش، ملف رقم 288322 ، ص ب 2002/09/25 ، قضية ب/ع ضد د/ ت م ق ، عدد 1 ، 2003 ، ص 375 .

[3] - قرار م ع ،غ ا ش، ملف رقم 22317 ، ص ب 1995/10/24 ، قضية ع/ و ضد ح/ أ م ق ، عدد 53 ، 1996 ، ص 56 .

ب. 2 حالة إعادة الزوجة الزواج :

هذه الحالة تطرح إشكالات كثيرة على الصعدين القضائي والشرعي وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين حالتـين :

ب.1.2 حالة المطلقة عرفيا من الزواج العرفي :

لا يشكل الطلاق العرفي من الزواج العرفي أي إشكال طالما أنه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق ، لكن تثير إشكال عند وجود الأولاد إذ ينبغي إلحاق نسبهم للزوج الأول ، مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول و إلحاق نسب الأولاد [1] ، مع الإشارة إلى أن الزوجة على ذمة زوج آخر ، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي وهنا حتى وإن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الإجتماعية تقضي الإعتراف بـه .

ب.2.2 حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل :

ونكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا ، حيث تعتبر في حكم الشرع مطلقة ومن حقها إعادة الزواج ثانية أما من ناحية القانون فهي لا تزال زوجة للرجل الأول [2]، وتجدر الملاحظة أنه يمكن في هذه الحالة حسب القانون الجزائري ، متابعة الزوجة بجريمة الزنا ، وذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ومن ثمة فإن علاقة الزواج لا تنقطع بعد وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية عن ذلك .

ج – احتساب العدة :

كثيرا ما تثار إشكالية احتساب العدة عند إثبات الطلاق العرفي حيث أن القواعد العامة المستمدة من الشريعة الإسلامية تقضي أن تعتد المطلقة من تاريخ وقوع الطلاق، في حين و بالعودة إلى ق.أ.ج 05-02 نجده ينص في المادة 58 [3]منه على تاريخ التصريح بالطلاق إلا أن هذا النص المقصود به الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء ، وليس مسألة الطلاق العرفي ومن ثمة لا يمكن اعتبار

[1] - عبد رب النبي الجارحي ، الزواج العرفي المشكلة والحل ، دار الروضة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، دس ، ص 117 .

[2] - هشام ذبيح ، المركز القانوني للزواج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة حمة ، لخضر الوادى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2014 – 2015 ،ص 90 .

[3] - نص المادة 58 ق.أ.ج: تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق .

أن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق في هذه الحالة الأخيرة ينبغي على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة ، و للمرأة إذا انقضت عدتها أن تتزوج متى أرادت ، فمن الناحية الشرعية يجوز لها ذلك ، ومن الناحية القانونية لا يسمح لها القانون بالزواج ، إلا إذا كان الطلاق موثقا ، ناهيك عن إستهانة بعض الأزواج بالأ فيُ طلق ويرجع وُيطلق ويراجع ولا يعبأ بعدد الطلقات و بالعدة وما إذا كانت العشرة بينه وبين زوجته حلال أو حرام . [1]

ومايثار من إشكال هنا و بصفة خاصة في وقت احتساب العدة ، هل تبدأ وقت تلفظ الزوج بالطلاق أم من وقت إصدار الحكم بالطلاق ؟ و كذا نفقتها ، وقد درج القضاء الجزائري على منح الزوجة نفقة العدة[2] إذا ما طالبت بها و أمكن إثباتها .

ومن خلال هذا الطرح نستخلص أن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص ق أ 05- 02 يتبن لنا أنه لا يعترف بالطلاق العرفي ، إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك ولم ينظم هذه المسألة وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي ، والذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي إستنادا إلى الشريعة الإسلامية والتي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما لم يوجد نص فيه حسب نص المادة 222 من ق.أ.ج .

[1] - هشام ذبيح ، المرجع السابق ، ص 90 .

[2] - نص المادة 61 من ق.أ.ج : لاتخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من المسكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق .

الخاتمة

الخاتمة :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ابغض الحلال إلى الله الطلاق "

بدلالة نص الحديث النبوي الشريف تتضح مكروهية الطلاق بالرغم من مشروعيته فالمشرع اشترط في هذا المقام فك الرابطة الزوجية حيث يعتبر حق أصيل للزوج يوقعه بإرادته المنفردة وقد نص عليه الشارع الحكيم ، لكن هذه الإرادة قيدت ولم تترك مطلقة بل قيدت بضوابط ونصوص معينة حتى لا يتسنى الزوج استعمال حقه في الطلاق بطريقة تعسفية فاتبعه ذلك بحكم قضائي ووفقا للعمل القضائي فإن القاضي يزيل عقبة قانونية تعترض إرادة الزوج إذ لا يوجد نزاع أصلا في مسالة الطلاق فمتى قرر الزوج طلاق زوجته ما على القاضي إلا أن يحكم به إلا ما كان فيه تعسفا للزوجة فهنا يجب تدخل القاضي .

ولكن عند إسقاط هذه النصوص التشريعية في الواقع العملي تثار العديد من الإشكالات تُظّهر عدم انسجام هذه الأحكام القانونية مع أحكام الشريعة الإسلامية منها:

وفيما يخص نص المادة 48 من ق.أ على أن الطلاق حل عقد الزواج ويتم إما بإرادة الزوج أو بالتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد بالمادتين (53-54 من ق.ا). يقوم المشرع بالتفرقة بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ويطلق عليه مصطلح الطلاق وغيره من صور حل الرابطة الزوجية الأخرى .

كما يفهم من المادة49 من قانون الأسرة حصر وسيلة وقوع الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية وهذا يعني تجريد الطلاق الذي يتلفظ به الزوج من كل قيمة قانونية ، وهذا يناقض الشريعة الإسلامية على مختلف مذاهبها الفقهية وهو ما ذكرناه في الفصل الأول – من أن الطلاق يثبت من حين صدوره عن الزوج والعدة تبدأ عقب الطلاق فالعبرة في العدة بطلاق الزوج لا بحكم المحكمة بالطلاق، وهو أمُر متفق عليه بين الفقهاء إلا أن المادة 49من قانون الأسرة خالفته فنصت على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر وهو ما يخلق مشكل ازدواجية العدة في حل تلفظ الزوج بالطلاق (شرعا طلقت) وتأجيل رفع الدعوى أمام المحكمة لاستصدار الطلاق (قانونا غير مطلقة).وهنا يظهر التناقض بين الشريعة والقانون في العدة أيهما نأخذ بها العدة الشرعية أم العدة القانونية؟ وما يترتب عن ذلك في غموض لتحديد نوع الطلاق

هل هو رجعي أم بائن؟ وهل يحتاج الزوج إلى إبرام عقد شرعي جديد؟ وهي إشكالات وجب رفع الغموض عليها من المشرع وتوضيحها.

إضافة إلى تصور تناقضات أخرى تطرحها المادة 49ق.أ.ج بأنه يجوز خطبة المطلقة بعد فوات عدتها الشرعية شرعا ولا يجوز ذلك قانونا .

- ويجوز زواجها بعد ذلك شرعا ولا يجوز قانونا لقيام العلاقة الزوجية بل أنه يمكن لزوجها – قانونا – أن يتابعها جزائيا ، ويحل مؤخر الصداق شرعا لا قانونا .

وقد تطرح إشكالات أخرى في حالة توفى زوجها المطلق بعد فوات العدة الشرعية فلا ميراث شرعا لكن ترثه قانونا ، والعكس إذا توفى الزوج بعد فوات العدة القانونية ولم يراجعها في جلسات الصلح وصدر حكم الطلاق قانونا وهي ما زالت في العدة الشرعية بسبب مثلا تأخر العادة الشهرية، فهنا لها الحق في الميراث شرعا وليس لها حق الميراث قانونا .

فإذا كان المشرع يقصد بها مدة العدة نعتقد فهنا لا تجوز المصالحة بعد انتهاءها وبالتالي يكون المشرع قد فرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن أي أن رفع دعوى الطلاق من طرف الزوج هو طلاق رجعي وان القاضي يجوز له خلال مدة ثلاثة أشهر المصالحة بين الطرفين.

وكان ينبغي أن تربط جلسة الصلح الواردة في المادتين 49 و50 ق.أ بفترة العدة الشرعية فتكون صياغة المادتين على النحو التالي:فالمادة 49 ق.أ :" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي خلال فترة العدة الشرعية ".

والمادة 50 ق.أ :"من راجع زوجته أثناء فترة العدة الشرعية في الطلاق الرجعي لا يحتاج إلى عقد جديد و يحتاج إلى عقد ومهر جديدين بعد فوات العدة أو صدور الحكم بالطلاق" .

والمشرع الجزائري اشترط أن تكون الطلقات لثلاث مرات متتالية, وعليه فان الطلاق مرة واحدة بلفظ الثلاث يقع طلقة واحدة طبقا لنص المادة من 51 من ق.أ التي تنص " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية ..."

ونقترح أيضا أن ينص في التعديل على أن القاضي عندما يحكم بالصلح فان هذا الحكم يعتبر طلقة أولى تحتسب ضمن الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته حتى تكون المادة صريحة

النص . ونقترح في هذا المجال تقرير جزاء على الصلح الذي يتم بعد فوات هذه المدة كما نقترح أيضا تحديد طبيعة هذه المدة كما قضت به المادة 50 من ق.أ.

و المشرع من خلال نص المادة 58 من ق.أ على أن تعتد المطلقة ... من تاريخ تصريح الطلاق هنا نجد أن عبارة التصريح بالطلاق جاءت غامضة ومبهمة وجب توضيحها وتحديدها لأننا لا نعلم بيان المقصود بالتصريح بالطلاق هل هومن تاريخ تصريح الزوج به أو من تاريخ رفع الدعوى أو بتاريخ صدور الحكم ؟

بينما نجد في المادة 57 من ق.أ والتي تنص على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا جوانبها المادية فهي أحكام جاءت واسعة تشمل الطلاق بإرادة الزوج والتطليق والذي كان على المشرع تحديد ذلك بصفة أدق .

كما على المشرع ذكر نصا يحدد فيه المذهب المتبع في تحديد صيغة الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة مثلما اخذ به المشرع المغربي والمصري والسوري..

وخلصنا إلى أن اتجاه المشرع في مسالة الطلاق هوعدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج أسوار القضاء إلا إذا صدر في شكل حكم قضائي وان كانت المادة 222 من ق.أ تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة إلا أن ذلك لا يكفي وعليه ينبغي على المشرع التدخل بنصوص صريحة على إمكانية إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي وذلك اللجوء إلى طرق إثباته وأثاره وطرق الطعن فيه نظرا لخطورة أثاره على الصعيد القانوني بتغيير مركز الزوجين ومن ثمة إفراز نتائج أخرى مستعصية خاصة فيما يتعلق بصحة الزواج الثاني الذي قد يقع والأخطر منه الإرث وتتعقد المسالة أكثر فأكثر في حالة إنكار الزوج للزواج وغيرها من الحقوق المترتبة على وقوع الطلاق والأخطر هي إثبات النسب لأنها تمس الأبناء .

كما يجب ضرورة التوعية الاجتماعية قبل القانونية لمخاطر الطلاق وتفعيل الصلح القضائي ليصبح حلا لمحاربة ظاهرة الطلاق وليس فقط إجراء قانوني بحت .

وفي حالة الطلاق العرفي يجب على الزوجين معا التوجه إلى لجنان فتوى رسمية لبيان الموقف الشرعي لحالتهما (وقع الطلاق أم لا؟ وهل هو رجعي أم بائن؟)، وتكون الفتوى كمستند يساعدهم أمام القضاء.

وفي الختام يمكن القول أن الطلاق وان كان حقا للزوج إلا أنه مكروه لذاته ومحظور إلا لضرورة، وعلى هذا الأساس ينبغي على المشرع الجزائري تقنين هذه المسألة بدقة أكثر لأن الأسرة هي أساس المجتمع و بصلاحها يصلح المجتمع ،ومن ثمة وجب أن تكون الأحكام التي تحكمها واضحة وصريحة ولا يكتنفها أي غموض حفاظا على استقرار المعاملات و ضمانا لحقوق الزوجين و بصورة أخص حقوق الأولاد وهم الضحية الأولى والأخيرة للطلاق.

والله الموفق

المصادر و المراجع

1 القرآن الكريم برواية ورش

قائمة المصادر والمراجع:

2 كتب عامة

1. زكي الدين عبد العظيم المنذري ، مختصر صحيح مسلم ،مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، ط3 ،1996 .

2. أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السَجِستَاني، سنن أبي داود ،كتاب في كراهية الطلاق،ج3 ، دار الرسالة العالمية، دمشق ، طبعة خاصة،2009 م.

3. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري،كتاب الطلاق،ج3 ، دار البيان العربي ،د.ب.ن،ط1،2005.

4. أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي ،الجامع الكبير ،كتاب الطلاق و اللعان ،ج2 ، دار الغرب الإسلامي، لبنان ،ط1،1996 .

5. أبوبكر جابر الجزائري ،منهاج مسلم ، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، ط4، د.ب.ن ،د.س.ن.

6. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج5، دارالفكر، د.ب.ن،1979.

7. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ،لسان العرب،ج3، دار صادر ،بيروت ، ط3 ، 1414 هـ .

8. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج29، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت ، ط1 ، دار الصفوة ، مصر.

9. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ،دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان ، ط1،1998.

10. وهبة الزحيلي ،كتاب الفقه الإسلامي وأدلته ،ج10 ، دار الفكر، دمشق ، ط4 ،2006 .

11. وهبة الزحيلي ، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته ،ج7 ،دار الفكر للطباعة،ط2 ، دمشق ، 1985.

12. زكي الدين عبد العظيم المنذري ، مختصر صحيح مسلم ،مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، ط3 ،1996 .

13. يوسف القرضاوي ،الحلال الحرام في الإسلام، ط2 ، دار الكتب المصرية ،القاهرة،2012.

14. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة المقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ط4،بيروت ، 1983.

15. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،ط2، 1950 م.

16. موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ،المغني والشرح الكبير ، ج4 ،دار الكتاب العربي ، د.ب.ن،1983.

17. موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ،المغني والشرح الكبير،كتاب الصلح،ج5،دار الكتاب العربي، دط ، 1983.

18. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي،الاختيار لتعليل المختار،ج3،دار المعرفة، لبنان،1975.

19. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج6 ، كتاب الصلح ، دار الكتب العلمية ،لبنان،ط2، 1986.

20. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج3 ، كتاب الطلاق ، دار الكتاب العربي ،لبنان،ط2، 1974..

21. السيد سابق، فقه السنة ،ج2 ، كتاب الطلاق، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة ، دط ،1995م.

22. صادق عبد الرحمان الغَرياني ،مدونة الفقه المالكي و أدلته ،ج2، ، مؤسسة الريان للطباعة و النشر، بيروت ،ط1 ،2002 .

23. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج3،دار المعرفة ، ط1 ،لبنان ، 1997.

24. التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ،كتاب الأحوال الشخصية ، دار الوعي للنشر والتوزيع ،م4،ط1، الجزائر ، 2009 .

3 <u>كتب متخصصة :</u>

1. باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،د ط، دار الهدى ، الجزائر ، 2012.

2. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة-الخطبة-الزواج-الطلاق-الميراث و الوصية)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2005 .

3. بوسقيعة أحسن، المصالحة في المواد الجزائيةبوجه عام في المادة الجمركية بوجه خاص،الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.

4. بن شيخ لحسين أث ملويا ،بحوث في القانون أحكام الطلاق وأسبابه ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، د.ط،، الجزائر ، 2005.

5. جمال بن محمد بن محمود ، الزواج العرفي في ميزان الإسلام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 2004.

6. طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دارالخلدونية ، الجزائر، ط1 ،2009.

7. محمد كمال إمام ، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2007.

8. المصري مبروك ،الطلاق وآثره في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة فقهية مقارنة ، دار هومة ، الجزائر ،2010.

9. عبد القادر مدقن ،شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ، المطبعة العربية ، غرداية ، الجزائر ، ط1 د.س.ن.

10. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة ،الجزائر ، ط1،2007.

11. عبد الله مسعودي،الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار هومة الجزائر ،2009.

12. عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة ، ط 3 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2012م.

13. عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ط2 ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2009.

14. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط.2، دار البعث، قسنطينة، 1989.

15. عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، ط1 ، الجزائر ، 2007 .

16. عبد رب النبي الجارحي ، الزواج العرفي المشكلة والحل ، دار الروضة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، دس.

17. فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، قانون 08-09 ، الجزائر ، 2009

18. صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،ط2 ،الجزائر ، 1992 .

19. قوادري الأخضر ،الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات الصلح القضائي والوساطة القضائية ،دار هومه ،الجزائر ،2013.

20. القرام ابتسام ، المصطلحات القانونية في التشريع القانوني،قاموس باللغتين العربية و الفرنسية،قصر الكتاب،الجزائر، د.س.ن.

21. نصر إسماعيل أبا بكر علي الباري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع،ط 1، عمان ،2009 م.

22. نصر سلمان وسعاد سطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،عين مليلة ، 2003م.

4 نصوص قانونية :

1 قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية العدد 21 صادرة في 23-02-2008.

2 القانون رقم84-11المؤرخ في : 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في،2005/02/27 ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 صادرة في 27-02-2005 .

3 ظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03. 70 بمثابة مدونة الأسرة ، الجريدة الرسمية ، عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004) .

5 قرارات وأحكام قانونية :

1 المحكمة العليا 1982/2/8، غ.أ.ش، نشرة القضاة ،1982.

2 قرار م ع ،غ ا ش، ملف رقم 216850 ، ص ب 1999/02/12 ، قضية ح/خ ضد أ/ ي م ق عدد خاص ، 2001.

3 قرار م ع ،غ ا ش، ملف رقم 288322 ، ص ب 2002/09/25 ، قضية ب/ع ضد د/ ت م ق ، عدد 1 ، 2003.

4 قرار م ع ،غ ا ش، ملف رقم 22317 ، ص ب 1995/10/24 ، قضية ع/ و ضد ح/ أ م ق عدد 53 ، 1996.

5 المحكمة العليا ، غ أ ش م ، قرار بتاريخ 1999/02/16 ، ملف رقم 216850 ، مجلة المحكمة العليا المتضمنة الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001.

6 المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ :18/06/1991،ملف رقم 75141 : المجلة القضائية، 1993 ،عدد01 .

7 المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ : 1997/10/23،ملفرقم 174132 :،نشرة القضاء،عدد55 .

8 مجلة المحكمة العليا ، العدد 2 ، سنة 2008 ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 395557 قرار بتاريخ 2007/05/09 .

9 الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ، الغرفة غرفة الأحوال الشخصية والمواريث رقم القرار315403 ،تاريخ القرار2005/02/23.

6 رسائل وأطروحات جامعية :

1 الغندور أحمد ، الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون ، بحث مقارن، رسالة دكتوراه، مصر الجديدة ، دار المعارف ،1967 م.

2 بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراة علوم في أصول الفقه، جامعة لحاج لخضر ،باتنة ، السنة الجامعية 2008 /2009 م.

3 عوقي رحمة ، أحكام التطليق في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي ، مذكرة ماستر ، بجامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016/2015.

4 عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، أطروحة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ،2002-2003 م.

5 هشام ذبيح ، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة حمة لخضر الوادى، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2014 – 2015.

7 مواقع ومجلات الكترونية

1 . Fatw islam we.net /fatw / index.ph (اطلع عليه بتاريخ 2018/02/09 على الساعة 11:10 سا) .

2 http://eastlawsacademy.com/ForumPostView.aspx?I=294. (اطلع عليه يوم 2018/04/02 على الساعة 14:20 سا)

الفهرس

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
شكر وعرفان	
الإهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	1
الفصل الأول مفهوم الطلاق	
المبحث الأول : مفهوم الطلاق	5
المطلب الأول : تعريف الطلاق لغة شرعا وقانونا	6
الفرع الأول :تعريف الطلاق لغة	6
الفرع الثاني: تعريف الطلاق شرعا	7
الفرع الثالث: تعريف الطلاق قانونا	8
المطلب الثاني : الدليل على جواز الطلاق ،حكمه والحكمة منه	9
الفرع الأول : مشروعية الطلاق	9
الفرع الثاني :حكم الطلاق والحكمة من تشريعه	12
الفرع الثالث : صيغة الطلاق وشروط من يقع منه وعليه الطلاق	13
المبحث الثاني :أنواع الطلاق وكيفية وقوعه	25
المطلب الأول :أنواع الطلاق	26
الفرع الأول :باعتبار الوصف الشرعي	26
الفرع الثاني :من حيث الرجعة وعدمها	27
الفرع الثالث : باعتبار الصيغة	31
المطلب الثاني :كيفية وقوع الطلاق	32

الفرع الأول الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج	33
الفرع الثاني :الطلاق بالتراضي	34
الفرع الثالث :الطلاق بطلب من الزوجة	35
الفصل الثاني :إجراءات رفع دعوى الطلاق وطرق إثباته	
المبحث الأول : إجراءات دعوى الطلاق	37
المطلب الأول: رفع دعوى الطلاق	37
الفرع الأول :شروط قبول دعوى الطلاق	38
الفرع الثاني : الاختصاص القضائي	39
المطلب الثاني: سير دعوى الطلاق	41
الفرع الأول : تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق	41
الفرع الثاني : إجراءات الصلح بين الزوجين	42
الفرع الثالث : طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق وطرق الطعن فيه	48
المبحث الثاني : طرق إثبات الطلاق	52
المطلب الأول :كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية	53
الفرع الأول :الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية	54
الفرع الثاني :إثبات الطلاق بالإقرار و البينة واليمين	55
المطلب الثاني :كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري	57
الفرع الأول : ثبوت الطلاق بحكم قضائي	57
الفرع الثاني :إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية لقانون الأسرة الجزائري .	62
الخاتمة	67
قائمة المصادر والمراجع	71
الفهرس	