الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــوم السياسية
قسم الحقوق.
رقم: .....

ميدان: الحقـــوق و العلـــوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالبة: ابتسام محاتفي

تحت عنوان

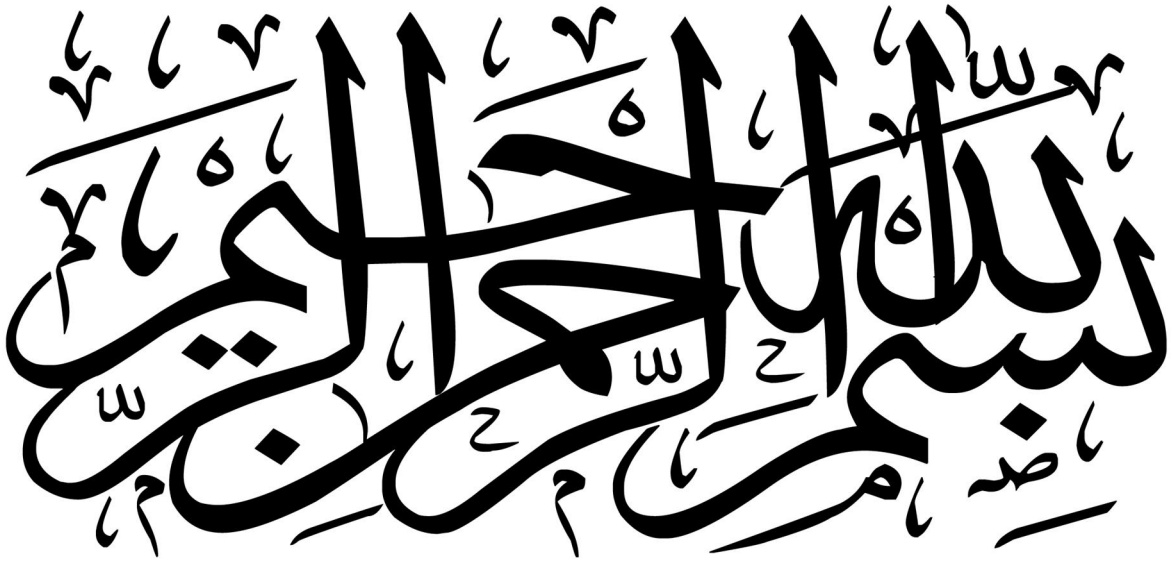
الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري

- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-

لجنة المناقشة:

الأستاذ : وليد ميرة	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	رئيســـا
الدكتورة : نجية رحماني	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	مشرفا و مقررا
الدكتور: موسى بن سعيد	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016



قال تعالى:

﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمٗا ﴾

سورة النساء الآية 130

شكر وعرفان

قال تعالى: " وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ" سورة الاحقاف، الآية 15 .

الحمد والشكر لله الذي وسع كل شيء رحمة وعلما وأصبغ على المؤمنين نعما جما رسولا من أنفسهم وأشرفهم عربا وعجما وأرجحهم عقلا، واوقرهم علما وفهما .

كما أتقدم بأسمى معاني الشكر والعرفان إلى الأستاذة المشرفة رحماني نجية والى الأستاذة حمادي سهام والأستاذة شرفة سامية فلهم مني أصدق العرفان والشكر .

ونخلص بالشكر أيضا اللجنة المناقشة .

كما لا أنسى كل طاقم مكتبة باب الجامعة فلهم منى جزيل الشكر

وختاما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من أمدني بالعون من قريب أو بعيد ولو بالكلمة الطيبة وخاصة أمي الحنونة وأختي الغالية دلال وكباهم سعاد وسعيد سميرة .

إهـــداء

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

ابدأ أولا بحمد الله على انجاز هذا العمل الذي ساهم فيه بقدر كبير الأهل والأصدقاء وأهديه إلى ملاكي في الحياة إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أمي الحبيبة والى روح والدي العزيز رحمه الله .

إلى أبنائي الأعزاء سيف الإسلام، وسيم وعبد الله

والى إخواني وأخواتي وخاصة دلال وجميع الأهل والأقارب

إلى من تكاتفنا يد بيد ونحن نقطف زهرة تعلمنا إلى صديقاتي وزميلاتي

قائمـــة المختصرات

- قانون الأسرة الجزائري: ق أ ج.
- قانون الأسرة: ق أ.
- القانون المدني: ق م.
- قانون الإجراءات والمدنية والإدارية: ق إ م إ.
- طبعة: ط.
- مجلد: م.
- جزء: ج.
- الأمر رقم 05-02: 05-02 .
- المجلة القضائية: م ج، نشرة القضاة: ن ق.
- العدد: ع
- غرفة الأحوال الشخصية: غ أ ش.
- المحكمة العليا: م ع.
- الصفحة: ص.

مقدمة:

ابتدأ الله سبحانه وتعالى وجود الناس بذكر وأنثى لإعمار الأرض وشرع لتحقيق هذه الغاية الزواج، فانتشرت به البشرية وبُنيت الحضارات لقوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ ﴾[1]، فليس الزواج هو مجرد لقاء الذكر بالأنثى ومعاشرتها فقط بل شُرع الزواج لحكم عظيمة تشمل صلاح الفرد والمجتمع.

وقد يصادف هذا الزواج عراقيل تؤدي الى عدم قدرة الزوجين على الاستمرار في الحياة الزوجية ويلجأون إلى الانفصال أو الطلاق كحل أخير بالرغم من أنه أبغض الحلال إلى الله، إلا أنه الوسيلة المشروعة لإنهاء العلاقات الزوجية التي لم يقدر لها الاستمرار.

وشرع الإسلام الطلاق من أجل تخفيف المعاناة التي يتعرض لها أحد الزوجين أو كليهما ومحاولة رفع الضرر عنهما لقوله تعالى:﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦ ﴾[2]، وهو نظام إلهي يكون كعلاج لمشكلات ونزاعات لا تنتهي بين الطرفين إذ اشتدت الضغينة والبغضاء بينهم.

موضوع الدراسة:

وما سنتناوله في دراستنا هو موضوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري.

فالطلاق حق أصيل للزوج، والقانون ساير الشريعة الإسلامية في ذلك باعتبار أن العصمة بيد هذا الأخير – الزوج– وهو صورة من صور فك الرابطة الزوجية التي نصت عليها المادة 48 من قانون الأسرة من الأمر 05-02، إلى جانب الخلع والتطليق إذا تضررت الزوجة من استمرار الحياة الزوجية.

[1] سورة الحجرات، الآية 13.

[2] سورة النساء، الآية 130.

أسباب و اهمية اختيار الموضوع:

وتعود أسباب اختيار موضوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إلى رغبتنا في الاطلاع أكثر على موضوع الطلاق وإثراء معلوماتنا، ومن أجل تحديد إشكالات الطلاق التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري اثناء تطبيقه ومحاولة وضع اقتراحات وحلول للتقليل من هذه الإشكالات والمحافظة على الأسرة، وبالتالي المحافظة على المجتمع ككل والتعرف على مدى إحاطة وإلمام المشرع الجزائري بموضوع الطلاق ومناقشة الفراغ القانوني الموجود في النصوص.

ومن جهة أخرى على الصعيد الاجتماعي تظهر أهمية الموضوع في تزايد نسبة الطلاق في المجتمع مما يستدعي تفعيلا لنصوص المتعلقة بالطلاق وأن يقوم المشرع بدوره في محاصرة هذه الظاهرة حتى يحمي الأسرة من التفكك على أن يكون ذلك في إطار الدين الإسلامي الذي هو مصدر للقانون.

أهداف الموضوع:

وتهدف دراستنا إلى إبراز ماهية الطلاق وأهم الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الجزائري أثناء تطبيق النصوص القانونية، ومحاولة تقديم الاقتراحات التي قد تشكل حلولا لهذه الإشكالات، وكذا محاولة التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية.

الإشكالية:

ومن خلال ما سبق يمكن لنا طرح الإشكال التالي:

- ما هي الإشكالات التي يثيرها قانون الأسرة في موضوع الطلاق وماهي طبيعتها؟
- هل تناول المشرع الجزائري كل ما يتعلق بالطلاق أم ترك بعض الأمور غامضة؟
- هل يمكن معالجة الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الجزائري؟
- ما هي الحلول التي يمكن أن تقدم في هذا الصدد؟

المقاربة المنهجية:

وللإجابة عن هذه الاشكالية اتبعنا المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، حيث قمنا بوصف موضوع الطلاق من خلال ذكر ماهيته وتحليل بعض النصوص القانونية لاستخراج الإشكالات التي تطرحها اثناء تطبيقها، ومقارنة ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية.

الدراسات السابقة:

ومن بين الدراسات التي اطلعنا عليها فيما له علاقة مباشرة بعنوان بحثنا:

كتاب للدكتور المصري مبروك "الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية"–دراسة مقارنة– 2010، حيث تناول هذا الكتاب موضوع الزواج والحكمة منه، ثم الطلاق والحكمة منه، ومع أن عنوان الكتاب "الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري" كصورة من صور فك الرابطة الزوجية، إلا أنه ذكر جميع صور انحلال الرابطة الزوجية المذكورة في القانون من خلع وتطليق، وفي الشرع من إيلاء وظهار ولعان مع مناقشة قانون الأسرة الجزائري في كل نقطة يتطرق إليها المؤلف.

ويظهر لنا أوجه التشابه بين موضوع البحث وبين هذا الكتاب في تناولنا موضوع واحد وهو الطلاق والتركيز عليه من الناحية الفقهية والقانونية، ومناقشة قانون الأسرة الجزائري في المسائل الخاصة بهذا الموضوع (الطلاق).

أما أوجه الاختلاف تتمثل في أن موضوع الكتاب جاء بشكل عام، أما موضوعنا جاء بشكل خاص، حيث تناولنا الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فقط، دون التعرض إلى الصور الأخرى، كما عالجنا في موضوعنا الإشكالات الخاصة بالطلاق التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري أثناء تطبيقه.

كما اعتمدنا على مذكرة لرحو مليكة بعنوان "الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج" مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2012–2015، حيث تناولت هذه المذكرة الطلاق بصورة مجملة غير مفصلة لكل نقطة على حدى وتطرقت إلى ذكر اثاره.

ويظهر لنا التشابه بين موضوع مذكرتها وموضوع البحث في تناولنا لنفس الموضوع وهو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

أما الاختلاف فيبرز في إضافتنا للإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الجزائري.

صعوبات الدراسة:

وقد واجهنا أثناء قيامنا بهذه الدراسة بعض الصعوبات المتمثلة في قلة المراجع التي تتناول إشكالات الطلاق إلا ما ورد في بعض المقالات المتناثرة على صفحات المجلات.

ونظرا لضيق الوقت مما استحال معه البحث بشكل أكثر دقة، بالإضافة إلى عدم إمكانية الوصول إلى الإحصائيات الخاصة بالطلاق ومدى نجاح أو فشل محاولات الصلح التي تثري موضوع بحثنا وذلك لخصوصية هذا الموضوع وحساسيته.

خطة الموضوع:

تم تقسيم البحث إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول، ماهية الطلاق ويحتوي على مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الطلاق من حيث تعريفه لغة و شرعا وكذا في قانون الأسرة الجزائري، بالإضافة إلى حكمه ودليل مشروعيته وفي الأخير إلى أقسام الطلاق.

أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه إلى أركان الطلاق والمتمثلة في المطلق والمطلقة، وكذا الصيغة مع ذكر القيود الواردة على إيقاع الطلاق.

أما بالنسبة للفصل الثاني فجاء تحت عنوان: إجراءات الطلاق وإشكالاته ويحتوي كذلك على مبحثين، حيث خصصنا المبحث الأول لإجراءات التقاضي في دعوى الطلاق لبيان كيفية رفع الدعوى وسيرها إلى غاية صدور الحكم بالطلاق.

أما المبحث الثاني فتناولنا فيه أهم إشكالات الطلاق التي أثارها القانون الجزائري المتعلقة بالعدة والميراث، وكذا الطلاق العرفي.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز مكانة الأسرة التي تقوم على الزواج وأرست معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية ومن أهدافه الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل لقوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ﴾[1].

بالإضافة إلى تحقيق الراحة والطمأنينة والمحبة والتراحم بين أفراد الأسرة لقوله تعالى: ﴿ وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةًۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[2] .

وبينت أن الحياة الزوجية قد تتخللها بعض العوارض من شأنها أن تعكر صفوها وما على الزوجين إلا الصبر والتسامح لتجاوزها.

ثم ابغضت الطلاق وبينت أن ما أباحته إلا للضرورة، هذا بعد استنفاذ جميع طرق الإصلاح والتوفيق، بداية من الموعظة إلى الهجر في المضجع وانتهاء بالضرب غير المبرح لقوله تعالى:﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ﴾[3]، فإن لم تنفع هذه الطرق نلجأ إلى الإصلاح بينهم وإدخال طرف ثالث لقوله تعالى:﴿ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ ﴾[4] وقال أيضا: ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ﴾[5].

ولهذا أعطت الشريعة للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى دعت الضرورة إليه ودون الحاجة إلى إرادة الزوجة و ذلك لكونه مالكا للعصمة الزوجية.

ومجال بحثنا هو الطلاق بإرادة الزوج وسنتطرق في هذا الفصل إلى ماهية الطلاق وأركانه والقيود الواردة عليه.

---

1 سورة الحجرات، الآية 13.

2 سورة الروم، الآية 21.

3 سورة النساء، الآية 34.

4 سورة النساء، الآية 128.

5 سورة النساء، الآية 35.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وأقسامه

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الطلاق وحكمه وكذا أقسامه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الطلاق وحكمه

سنعرف الطلاق لغة وشرعا ثم تعريفه في ق أ ج و وبعد ذلك سنتناول حكم الطلاق ودليل مشروعيته.

الفرع الأول: تعريف الطلاق

أولا- الطلاق لغةً:

" طلّق- طلاقاً- ت المرأة من زوجها: بانت عن زوجها وتركته فهي طالِق ج طُلّقُ وطالقة ج طوالق و-ت الناقة: انحلت من عقالها: طلقت، طلقا: تباعد، طلق قومه: تركهم وفارقهم والمرأة زوجها: خلاها عن قيد الزواج، أطلق المرأة طُلقها والمواشي سرّحها والأسير خلا سبيله".[1]

"طلَّق تطليقا الرجل امرأته، خلاَّها على قيد الزواج- وقومه: تركهم وفارقهم والشّعر هجره، تخلى عنه"[2].

"طلق الرجل امرأته تطليقاً فهو مطلّق، فإن كثر تطليقه للنساء قيل مِطْليق ومِطلاق والأصل الطلاق وطلقت هي التي تطلق من باب قتل وفي لغة باب قرب فهي طالق بغيرها، وقال الفارابي نعجة طالق بغيرها، إذا كانت مُخلاة وترعى وحدها فالتركيب يدل على الحل والانحلال، يقال أطلقت الأسير إذا حللت إساره وخليت عنه فانطلق أي ذهب في سبيله وأُطْلِقَتِ الناقة من عقالها وناقة طُلّق بضمتين بلا قيد وناقة طالق أيضا مرسلة ترعى حيث شاءت".[3]

---

[1] المنجد في اللغة والاعلام للأب مألوف المسوعي ، ط21، دار المشرق، بيروت،1973، ص470.

2 المعجم العربي الحديث لاروس للدكتور خليل الجُر، مكتبة لاروس، كندا، 1973، ص18.

[3] المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص 224.

ثانيا- الطلاق شرعا:

-عرفه الحنفية: "إزالة النكاح الذي هو قيد معنى"[1].

- عرفه المالكية: "حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص"[2].

- عرفه الشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"[3].

- عرفه الحنابلة: "حل قيد النكاح او بعضه"[4].

بعد التطرق إلى تعريف الطلاق عند كل مذهب يمكن لنا الخروج بتعريف شامل لطلاق في الفقه الإسلامي وهو: "رفع قيد النكاح في الحال والاستقبال بعبارة وألفاظ تفيد الطلاق صراحة أو معنى".[5]

ثالثا- الطلاق في القانون:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق واكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من ق أ الامر 02/05 "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزواج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون".[6]

---

[1] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الرابع، كتاب الإيمان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت، 1997، ص182.

[2] دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث للشيخ محمد محمد سعد، دار الندوة، 2001، ص81.

[3] العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، تحقيق الشيخ محمد معوض ، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الثامن- تتمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص479.

[4] كشاف القناع في متن الاقناع لشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوني، تحقيق محمد أمين الضناوي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، 1997، ص 205.

[5] حقوق المرأة في الشريعة والقانون لمولاي ملياني بغدادي، قصر الكتب، الجزائر، 1997، ص 194.

[6] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

ومنه نلاحظ أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وضوابطه وفي ذلك محاولة منه لتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف الفقهية.

وبهذا فإن ق أ لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق، كما توسع علماء الفقه ذلك أن المادة 48 من قانون الأسرة أجملت ما جاء مفصلا[1].

الفرع الثاني: حكمه ودليل مشروعيته

أولا- حكمه:

قبل أن نتطرق إلى الأحكام الخمسة التي تعتري الطلاق نتكلم أولا عن اختلاف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق أهو الحظر أو الإباحة مستمدين الحجج والبراهين من القرآن والسنة.

فالذين يقولون بأن الأصل في الطلاق الإباحة استندوا لقوله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِن﴾[2].

وقوله:﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ ﴾[3]، فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج الذي بيده العصمة في إيقاع الطلاق والادلة من السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلَّق زوجته حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة والنبي لا يفعل المحظور.

أما الذين يقولون أن الأصل في الطلاق الحظر فاستندوا إلى قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾[4]، وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغي وظلم وهذا ممنوع

[1] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري– الطبعة الأولى، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص: 10.

2 سورة الطلاق، الآية 1.

3 سورة البقرة، الآية 236.

4 سورة النساء، الآية 34.

ومحظور في الإسلام، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "أَبْغَضُ الحلال إلى الله الطلاق"[1] و منه فإن الأصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة وبعد محاولة الإصلاح أولا[2].

وبالتالي بالتعبير بأنه حلال مبغوض إلى الله يشعر بأنه رخصة شرعت للضرورة حين تسوء العشرة وتستحكم النفرة بين الزوجين ويتعذر عليهما أن يقيما حدود الله وحقوق الزوجية وقد قيل إن لم يكن وفاق ففراق[3].

والذي نرجحه من الأقوال السابقة أن الأصل في الطلاق الحظر ولأنه لا يباح إلا لحاجته وأياً ما كان الأمر في اختلاف الفقهاء حول الحظر والإباحة في الحكم الأصلي للطلاق فإنهم يتفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة وهي:

1- الوجوب: ويستمد مدلوله من تعبيره، فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من غيرها، إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح كان الطلاق واجبا كحالة العجز الجنسي الكلي فالأولى أن يحدث الطلاق لعدم تحقيق هدف التحصين[4].

2- الندب: ويكون كذلك إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته أو عدم الميل اليها كلية أو كانت سيئة السلوك وبذيئة اللسان أو عند تفريطها في حق من حقوق الله[5].

3- الحرمة: كما هو الحال في الطلاق البدعي إذا كان في الحيض أو في طهر مسها فيه الذي يترتب عليه تطويل أجل العدة.

واتفق الفقهاء على أن هذا الطلاق يقع حراما وأن فاعله آثم ،و ذلك لما ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال صلى الله

---

[1] سنن أبي داوود للإمام الحافظ أبي داوود سليمان بن أشعث الأزدي السجستاني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي وشادي محسن الشياب، ج3، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، ص 505.

[2] محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين- دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص، ص14،15.

[3] الحلال والحرام في الإسلام ليوسف القرضاوي، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1985، ص 200.

[4] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 14.

[5] ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 62.

عليه وسلم :" مُرهُ فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"[1].

4- الكراهة: لأن ابغض الحلال إلى الله الطلاق، فيترجح تركه على فعله هذا إذا كان الطلاق بدون مبرر ولا سبب جدي يستدعي ذلك ولا حاجة تدعو إليه.[2]

5- الإباحة: يكون مباح لحاجة لأن الطلاق شُرِع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت منار للفتن ومحلا للأحقاد وذلك من رحمة الله ولطفه بنا، فيكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها.[3]

ثانيا- أدلة مشروعيته:

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الطلاق بالكتاب والسنة والاجماع وكذا العقل.

1- من القرآن الكريم: قوله تعالى:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾[4]، هذه الآية فيها بيان لعدد الطلقات وتقديره ثلاث طلقات، ويجوز الرجعة في اثنتين ولا تجوز في الثالثة لقوله تعالى:﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمٗا ﴾ [6]، وقوله أيضا:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ﴾ [7]، وفي هذا التوجيه الإلهي دعوة لرجال أن يتمهلوا فلا يتسرعوا في فصل عري الزوجية فإن الطلاق أبغض الحلال إلى الله و لولا الضرورة القسرية لما أبيح الطلاق لأنه هدم للأسرة، وأن طلقها يحق للمطلقة بل وواجبها البقاء في بيتها وهو بيت مطلقها فترة العدة لا تخرج إلا أن تأتي بفاحشة مبينة[8].

---

[1] فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج9، كتاب الطلاق، باب العدة، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، ص 345.

[2] محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 34.

[3] أبغض الحلال لنور الدين عتر، ط4، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985، ص 44.

[4] سورة البقرة، الآية 229.

[5] سورة البقرة، الآية 230.

[6] سورة النساء، الآية 130.

[7] سورة الطلاق، الآية 1.

[8] في ظلال القران لسيد قطب، م 6، ط 10، دار الشروق، بيروت، 1982، ص 3593.

وقوله جلّ وعلا:﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ﴾[1]، ودلالة الآية أن لا إثم عليكم أيها الرجال إن طلقتم النساء قبل المسيس (الجماع) وقبل أن تفرضوا لهن مهرا، فالطلاق في هذه الحالة غير محضور، إذا كان لمصلحة أو ضرورة.[2]

2- من السنة: ثبت أن الرسول طلق حفصة ثم راجعها وأن ابن عمر طلق زوجته وهي حائض فسأل عمر في ذلك فقال لعمر: "مُرهُ فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"[3]، وقال النبي صلى الله عليه وسلم :" ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة" [4]، وقال النبي صلى الله عليه وسلم:" إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"[5].

3- من الاجماع: أجمع فقهاء الاسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، و أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا فكان إجماعا[6].

4- من العقل: لأن العشرة بالمعروف قد لا تدوم بين الزوجين وأن الغاية التي من أجلها شرع الزواج قد تنتفي منه من حيث السكن والمودة، فكان الأولى بهما أن يتفرقا.

ثالثا- الحكمة من مشروعيته:

إن الزواج هو رابطة مؤبدة بين الزوجين تقوم على المودة والرحمة لقوله تعالى:﴿ وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗ﴾[7]، فإذا

---

[1] سورة البقرة، الآية 236.

[2] صفوة التفاسير للشيخ محمد علي الصابوني، ج1، المكتبة العصرية، بيروت، 2010، ص128.

[3] موطأ للإمام أبو عبد الله مالك بن أنس، إعداد أحمد راتب عرموس، ط 4، دار النفائس، بيروت، 1980، ص 194.

[4] سنن ابن ماجة للحافظ ابي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ص 658.

[5] سنن الدار قطني للإمام الكبير علي بن عمر الدار قطني، تعليق ابي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط1، دار ابن حزم، بيروت 2011، ص 885 .

[6] إسماعيل أبا بكر علي الباموني، أحكام الأسرة – الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 230 .

[7] سورة الروم، الآية 21.

تنافرت النفوس واشتد الخصام فإن الطلاق هو الحل الأصلح للطرفين بدلا من البقاء مع النفرة والضغينة[1]، فهو مباح لحاجة رغم كراهته لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر: "ابغض الحلال إلى الله الطلاق"[2].

وشرع الطلاق لأن الإسلام دينا واقعيا يعمل حسابا لكل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان وحرص على وقاية الفرد والاسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الحرج والضيق والضرر، وهذا ما فطن إليه الفيلسوف الانجليزي بينتام فقال في كتابه "أصول الشرائع": "لو الزم القانون الزوجين البقاء على ما بينهما من جفاء لأكلت الضغينة قلوبها وكاد كلا منها للآخر، وسعى إلى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه، وقد يهمل أحدهما صاحبه، ويلتمس الحياة عند غيره[3].

المطلب الثاني: أقسام الطلاق

يتنوع الطلاق إلى عدة أقسام بحسب المعيار الذي يعتمد على أساسه.

الفرع الأول: من حيث مطابقته للسنة

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

أولا- الطلاق السني:

"هو الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع وهو أن يكون طلقة واحدة وفي طهر لم يمسها فيه فهو طلاق شرعي"[4].

الطلاق السني "هو الطلاق الذي رسمته سنة الرسول صلى الله عليه و سلم شروطه"[5] وهي:

---

[1] أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية –الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، ج1، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص 126.

[2] تم تخريجه.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص211 .

[4] دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2001، ص 45.

[5] أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق – تعريف العدة، مشروعيتها...، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 97.

1- أن يكون طلقة واحدة لا أكثر، أي فما زاد على واحدة بدعة والدليل قوله تعالى:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ۗ﴾ [1]،

2-أن يكون طلقة كاملة لا بعض طلقة، كنصف طلقة،

3- أن يكون واقعا في طهر لا في حيض أو نفاس،

4- أن لا يطأ المطلق مطلقته في الطهر الذي طلق فيه،

5-أن لا يكون واقعا في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق،

6-أن يوقع المطلق الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها،

فإن انتفت هذه الشروط أو بعضها، فهو طلاق بدعي[2].

ثانيا- الطلاق البدعي:

وهو الطلاق المخالف للشرع أي ما انتفى منه شرط أو أكثر من الشروط المتقدمة، وحكم الطلاق البدعي إما مكروه أو حرام.

فالبدعي المكروه هو الواقع في طهر مسها فيه، والواقع في عدة من طلاق رجعي سبقه، والواقع في بعض الطلقة، وعلة الكراهة التلبيس على المرأة في عدتها فلا تدري هل تعتد بالقروء أو بوضع الحمل، لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطء[3].

والبدعي الحرام هو الواقع في الحيض أو النفاس والواقع ثلاثة والواقع على جزء المرأة وعلة تحريم الطلاق في الحيض والنفاس هو تطويل العدة على المطلقة لأن المطلق إذا طلق زوجته في الحيض يكون قد زادها في العدة أيام الحيض التي طلقها فيها[4].

والملاحظ أن ق أ ج لم ينص على الطلاق السني والبدعي و يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص م 222 من ق أ الامر 05-02.

---

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر، ج4، ط2، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2005، ص، ص27,26.

[3] المرجع نفسه.

[4] المرجع نفسه، ص 29.

الفرع الثاني: من حيث إمكانية المراجعة

ينقسم الطلاق من حيث إمكانية المراجعة إلى طلاق رجعي وطلاق بائن

أولا- الطلاق الرجعي:

وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه للطلاق إرجاع زوجته وهي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين[1].

والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج أن يكون رجعيا وهذا في الطلقة الأولى والثانية ما دامت الزوجة المطلقة في عدتها لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ۗ﴾[2]، إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط حتى ولو لم تكن الزوجة راضية فباستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة، أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها أو راجعها بعد انتهائها فإنها تخرج من الطلاق الرجعي إلى البائن[3].

وهذا ما أخذ به القضاء من خلال القرار الصادر بتاريخ1986/2/10 ملف رقم 39463 "من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية إن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وإن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن هو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاق بائنا"[4].

ثانيا- الطلاق البائن:

وهو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد وهو نوعان:

---

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 177.

[2] سورة البقرة، الآية 229 .

[3] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة –الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 50.

[4] أحمد لعور ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 48.

1- الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الذي يستطيع الزوج فيه أن يراجع زوجته بعد انقضاء العدة بمهر وعقد جديد ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية[1].

2- الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث فلا يراجعها إلا إذا تزوجت رجل أخر ثم طلقها فيمكن له هنا أن يتزوجها من جديد بمهر وعقد جديدين[2]، ذلك لقوله تعالى:﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾[3]، وهذا ما ذهب إليه ق أ من خلال م 51 ق أ 05-02، وأخذ به القضاء من خلال القرار الصادر بتاريخ 1998/2/17 ملف رقم 551176 من المقرر شرعا و قانونا أنه: "لا يمكن أن يراجع من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام م 57 ق أ 05-02 وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن" م ق، العدد 1، 2000، ص 171[4].

وقد اختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة فهل يقع بائن أم رجعي؟

وفي قانون الأسرة الجزائري النص غير واضح إلا أنه عمليا يعتبر طلقة واحدة وذلك لأنه من الناحية القانونية لا يقع إلا بواسطة حكم قضائي ولا يثبت إلا من خلاله حسب نص م 49 ق أ 05-02[5].

أ-الأحكام المترتبة عن الطلاق الرجعي:

يترتب على الطلاق الرجعي عدة أحكام منها:

1-نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج وفقا لنص م 50 ق أ 05-02،

[1] تحفة العروس لمحمد بيومي، ط1، دار الرشد للكتاب والقرآن الكريم، الجزائر، 2007، ص 37.

[2] المرجع نفسه.

[3] سورة البقرة ،الآية 230.

[4] فضيل العيش، قانون الأسرة- مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2007، ص 50.

[5] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص، ص178,177.

2- إمكان المراجعة في العدة م 58 و 60 من ق أ 05-02،

3- الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت الزوجة في العدة، فعليها أن تبقى في منزل الزوجية م 61 ق أ 05-02،

4-يرث أحدهما الآخر م 132 ق أ 05-02،

5- بصدور حكم الطلاق أثر محاولة الصلح م 49 ق أ 05-02 يسقط حق الزوج في الرجعة إلا بعقد جديد ويصبح الطلاق بائن وفق م 50 من ق أ 05-02 .[1]

ب- الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة صغرى :

1-أنه يزيل الملك لا الحل ولا ترجع المطلقة إلا برضاها بعقد ومهر جديدين،

2-لا توارث بينهما إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت(طلاق الفار)،

3-يحل الصداق المؤجل وينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

ج- الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة كبرى:

1-إزالة الملك والحل معا ولا يبقى أثر سوى العدة،

2-يحل الصداق المؤجل،

3-يمنع التوارث إلا إذا كان الطلاق طلاق الفار،

4-تحرم به المطلقة على الزوج تحريما مؤبدا حتى تتزوج بزوج آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها.[2]

د- الأحكام المشتركة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

1-وجوب نفقة العدة للمطلقة،

2-ثبوت نسب الولد من أبيه،

3-هدم الطلقات الثلاث من الزواج الثاني.

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص، ص 316، 317.

[2] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالامر 05-02- الأسرة والتشريع، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2012، ص، ص65,64.

المبحث الثاني: أركان الطلاق والقيود الواردة عليه

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى أركان الطلاق والقيود الواردة عليه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: أركان الطلاق

للطلاق أركان ولكل ركن شروط يجب توافرها جميعا، بعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق وهو الزوج أو المطلق وبعضها يرجع إلى من يقع عليه الطلاق وهي الزوجة أو المطلقة وبعضها يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي الصيغة، وسنتناول كل ركن في فرع

الفرع الأول: ركن المطلق

يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح، سواء كان الطلاق من الزوج أو من رسوله أو من وكيله ونظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع اشترط العلماء شروطا لابد من توافرها في المطلق حتى يمكنه ايقاع الطلاق وهي :

أولا: أن يكون زوجا أو رسولا منه أو وكيلا عنه، فلو لم يكن المطلق واحدا من هؤلاء فإنه لا يملك ايقاع الطلاق، والدليل على أن الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق هو قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[1] وقوله أيضا: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حتى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[2]، فالطلاق يكون بالإرادة المنفردة للزوج ولا يملكه أحد غيره والنتائج الشرعية التي تترتب على ذلك ما يلي :

أ- لا يجوز لغير الزوج أن يطلق،

ب-لا يجوز لولي الصغير أن يطلق عليه زوجته ،

ج- لأن الزوج صاحب الحق في الطلاق، فإنه متى تلفظ بالطلاق في أي وقت وفي أي مكان يترتب عليه أثره ما دام مستوفيا لأركانه وشروطه [3].

---

[1] سورة البقرة، الآية 231.

[2] سورة البقرة، الآية 230.

[3] محمد كمال إمام ،المرجع السابق، ص، ص 49،50.

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

ولما كان الطلاق أمرا خطيرا تترتب عليه بعض الالتزامات، فإن الفقهاء اختلفوا في مدى وقوع طلاق كل من السكران والسفيه ونحوه وفي ما يلي بيان ذلك :

1- طلاق المجنون والمدهوش: ولا يصح طلاق المجنون، ومثله المغمى عليه والمدهوش هو الذي اعترته حالة من الانفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل أو يصل به الانفعال الى درجة يغلب معها الخلل في أقواله وأفعاله، بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب، لقوله صلى الله عليه وسلم" لا طلاق في إغلاق"[1]، والإغلاق كل ما يسد باب الادراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن ونحوها[2].

2- طلاق الغضبان: يفهم مما ذكر أن طلاق الغضبان لا يقع اذا اشتد الغضب بأن وصل الى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل ولا يقصده أو وصل به الغضب الى درجة يغلب عليه فيها الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله، وهذه حالة نادرة فإن ظل الشخص في حالة وعي وادراك لما يقول فيقع طلاقه، وهذا هو الغالب في كل طلاق يصدر من الرجل، لأن الغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل واخذ مال بغير حق وطلاق وغيرها[3].

3- طلاق الفضولي: هو من يوقع الطلاق عن غيره بغير إذنه، فان حكمه كبيعه، متوقف على الإجازة فإن أجازه الزوج لزم، وهذا التشبيه بالبيع من ناحية توقف كل منهما على إجازة المالك، لا في أصل القدوم على هذا التصرف، فإنه اتفق على عدم جواز قدوم الفضولي على الطلاق بخلاف البيع، فقيل بالحرمة وقيل بالجواز وتكون العدة في طلاق الفضولي من يوم إجازة الزوج لا من يوم ايقاع الفضولي[4].

---

[1] سنن الدار قطني للإمام الكبير علي بن عمر الدار قطني، المرجع السابق، ص 884.

[2] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق- في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2007، ص 218.

[3] المرجع نفسه.

[4] الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص 43.

4- طلاق الهازل: يلزم الطلاق ولو وقع من الشخص هازلا، وهذا كالنكاح والرجعة فإنها تلزم بالهزل والمزاح، وإن لم يقصد إيقاعها، لما روى عن ابي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة"[1].

فالهازل يقصد اللفظ ولا يقصد الأثر المترتب عليه، فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح المنقول وصريح المعقول[2].

5- طلاق الغائب: إذا طلق الزوج زوجته وهو غائب عنها، فإنه يقع والدليل ما جاء في قصة فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها وهو غائب باليمين وأرسل إليها بطلاقها مع عباس ابن ابي ربيعة، ووجه الاستدلال أن هذه الواقعة قد علِمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه ولا رد طلاقه، فدل ذلك على جواز طلاق الغائب[3].

6- طلاق السكران: السكران الذي وصل الى درجة الهذيان وخلط الكلام ولا يعي بعد افاقته ما صدر منه حال سكره، فالسكران بطريق محرم مختار لشربه كخمر أو مخدر يقع طلاقه زجرا له على ارتكاب المعصية، فإن كان بطريق غير الحرام كالمكره أو بحجة العمليات الجراحية فلا يقع طلاقه ويعذر لعدم الإدراك والوعي كالنائم[4].

7- طلاق السفيه: السفيه هو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل السليم، فينفذ طلاق المحجور إذا كان بالغا باتفاق المذاهب، ولو بغير إذن وليه، لأن موضع الحَجر هو التصرفات المالية والرشد ليس شرطا لوقوع الطلاق[5].

8- طلاق المكره: طلاق المكره لا يقع عند الجمهور غير الحنفية لانتفاء القصد[6]، لقوله صلى الله عليه وسلم:" إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[7].

---

[1] سنن إبن ماجة للحافظ أبي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني- كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا، المرجع السابق، ص 658.

[2] محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 55.

[3] الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص 44.

[4] عبد القادر بن حرز الله، المرجع سابق، ص 220.

[5] المرجع نفسه.

[6] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 49.

[7] سنن ابن ماجة للحافظ ابن عبد الله... -كتاب الطلاق، باب الطلاق المكره، المرجع السابق، ص 659.

9- طلاق المريض مرض الموت: طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقا، ومرض الموت عارض سماوي يصيب الإنسان في مراحل حياته فيؤثر في قواه البدنية، ويترتب عليه شرعا تغيير في بعض الأحكام حماية للغير، أي أن من تعرض لهذا العارض فإنه قد يتصرف تصرفا يقصد به الأضرار بغيره وخاصة زوجته ويسمى طلاق الفار.[1]

وهو طلاق المريض مرض الموت قصد حرمان الزوجة من الميراث، فيحكم عليه بنقيض قصده ويبقى للزوجة حق الميراث رغم طلاقها وهو رأي جمهور الفقهاء غير الشافعية، الا أنهم اختلفوا في وقت استحقاقها للإرث إذا ما حدث الموت:

أ- الحنفية: ترث إذا كانت مازالت في عدتها،

ب-الملكية: ترث ولو انتهت عدتها،

ج-الحنابلة: ترث مالم تتزوج ثانية.

واشترطوا لثبوت ميراث المرأة في طلاق الفار ما يلي:

- أن لا يصح الزوج من ذلك المرض،
- أن يتم الطلاق بعد الدخول الحقيقي ولا يعتد بالخلوة فيه،
- أن يكون الطلاق دون رضا الزوجة وإلا لا يعتبر طلاق الفار،
- أن تكون الزوجة أهلا للميراث وقت الطلاق أي لا يوجد اختلاف في الدين،
- إذا كان الطلاق من طلاق رجعي وحدثت الموت أثناء العدة فإنها ترث بالاتفاق،
- إذا كان الطلاق من طلاق رجعي أو بائن حال الصحة وحدثت الموت بعد انقضاء العدة فإنها لا ترث بالاتفاق[2].

إذن الطلاق ملك للزوج البالغ، العاقل، ولا تملكه الزوجة إلا بتفويض من الزوج أو بتوكيل منه كما لا يملكه القاضي إلا في أحوال خاصة[3].

---

[1] بختي العربي، المرجع السابق، ص 76.

[2] قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد ابن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي، دار العلم للملاين، لبنان، 1968، ص 253.

[3] رحو مليكة ، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، اطروحة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر ،الدفعة 23، 2012- 2015 ، ص32.

ثالثا: أن يكون قاصدا الطلاق وهو ارادة الزوج التلفظ به ولو لم ينوه فلا يقع طلاق فقيه يكرره ولا طلاق حاك عن نفسه أو غيره لأنه لم يقصد معناه، بل قصد التعليم والحكاية ولا طلاق اعجمي لقن لفظ الطلاق، بلا فهم منه لمعناه، ولا يقع طلاق سر بلسان نائم، ومن زال عقله بسبب لم يعص به.

وكذلك لا يقع طلاق المخطئ أو من سبق لسانه، بأن أراد أن يقول طاهر أو طالب فقال خطأ انت طالق فلا يقع طلاقه على ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل".[1]

بخلاف طلاق الهازل فإنه واقع لأنه قاصد التلفظ بلفظ الطلاق حتى وإن لم يرد معناه.[2]

موقف القانون الجزائري من ركن المطلق وشروطه:

نص المشرع الجزائري في م 48 ق أ 05-02 "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بحدود ما ورد في مادتين 53 و54 من هذا القانون" وبالتالي ذكر المشرع صور الطلاق دون ذكر التفاصيل الأخرى.

ولم يورد ق أ أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبق م 222 ق أ 02/05، ورغم سكوته عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج فقد نص في م 85 ق أ 05-02 بأنه "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفيه" والأهلية المطلوبة هنا هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه[3].

كما نصت م 132 من ق أ 05-02 على أنه "إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، هنا قد تكون الوفاة بسبب مرض الموت فيكون قد طلقها في مرض الموت وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة.

وهذا ما أيدته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر في 17-3-1998 الذي نص على أن الطلاق في مرض الموت –جواز ذلك– ماعدا حالة الحرمان من الميراث.

---

[1] حديث صحيح البخاري للأمام محمد بن إسماعيل البخاري، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 2002، ص 1343.

[2] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 221.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 230.

إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من ايقاع الطلاق، ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث[1].

الفرع الثاني: ركن المطلقة

لا خلاف بين الفقهاء أن المطلقة هي الزوجة في نكاح صحيح شرعي فهي محل الطلاق ومن يقع عليها الطلاق، أما المرأة الأجنبية عن الرجل إذا أوقع عليها الطلاق لا تكون مطلقة، وسبب ذلك هو أنها ليست محلا لطلاقه، والطلاق الواقع منه عليها هو لغو من القول لا ينتج أثرا شرعيا بالنسبة لها[2]. ويشترط لوقوع الطلاق عليها ما يلي:

أولا- قيام الزوجية وقت الطلاق:

فيقع عليها الطلاق حال قيام الزوجية الصحيحة قبل الدخول أو بعده، ولا يقع على امرأة غير متزوجة وأن تكون الزوجة في طهر لم يمسها فيه.

ثانيا- صحة الزواج بالعقد:

فلا يقع عن امرأة متزوجة زواجا غير صحيح.

ثالثا- ألا تكون مطلقة قبل الدخول:

فلا يقع الطلاق على من تزوجت زواجا صحيحا ثم طلقت قبل الدخول ولا يلحقها طلاق آخر، لأنها لم تكن من ذوات العدد.

رابعا: ألا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثا[3].

موقف قانون الأسرة الجزائري من ركن المطلقة وشروطه:

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بمحلية الطلاق، ومما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية وفق نص م 222 من ق أ 05-02، غير أنه وضح في م 48 ق أ 05-02 بأن الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح. كما أنه نظم أحكام الرجعة في المادتين 50 و 51 من ق أ 05-02.

---

[1] حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا- الزواج وانحلاله، الخطبة، دار الخلدونية، الجزائر، 2015، ص32.

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق،ص 165.

[3] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 55.

الفرع الثالث: ركن الصيغة

نبحث عن شروط هذا الركن في ثلاث نقاط هامة وهي أولا الفاظ الطلاق، ثانيا عدد الطلقات، ثالثا صيغة الطلاق

أولا- الفاظ الطلاق:

اتفق الفقهاء على أن الزواج ينتهي بالطلاق بالعربية أو بغيرها سواء لفظا أو كتابة أو إشارة وسواء كان اللفظ صريح أو كناية.

1- اللفظ الصريح: هو اللفظ الذي ظهر المراد منه، وغلب استعماله عرفا في الطلاق كالألفاظ المشتقة من الطلاق مثل: انت طالق، طلقتك، انت مطلقة.

2- **اللفظ الكناية:** وهو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ولم يتعارفه الناس بإرادة الطلاق كقول الرجل لزوجته الحقي باهلك واخرجي واذهبي، انت بائن، انت بتة، استبرئي رحمك، امرك بيدك.

وعند المالكية الكناية نوعان ظاهرة وخفية والكناية الظاهرة لها حكم الصريح كلفظ التسريح والفراق أو قوله انت بائن وبتة أما الخفية كقوله اعتدي فيقع بها طلقة واحدة إلا إذا نوى أكثر من ذلك[1].

واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة وبإرسال رسول وحكمه حكم الطلاق الصريح كما يقع الطلاق بالإشارة المفهمة بيد أو رأس عند الضرورة كالأخرس، ولا يصح الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام والكتابة، وعند المالكية إشارة القادر على الكلام كالكناية تحتاج إلى النية[2].

موقف القانون الجزائري من ألفاظ الطلاق

يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة، كما يقع بالكتابة المفهمة، وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة وفق م 48 ق أ 05-02 الذي يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه حسب م 60 من ق أ 05-02، وقد ذهبت م ع في قرارها المؤرخ في 5/14/ 1984 بأنه" من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره، ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة"[3].

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 222.

[2] المرجع نفسه.

[3] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 251 .

ثانيا- عدد الطلقات :

يملك الرجل على زوجته طلقة وطلقتان وثلاث ويجوز مراجعتها بعد الأولى والثانية، لقوله تعالى:" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"[1]، إن نوى بكلامه عدد معين أو صرح بعدد قرنه بالطلاق وقع ما نواه أو صرح به من العدد فيقع ثلاثا إذا تكرر منه أو قيد بلفظ الثلاث سواء طلق المرأة واحدة بعد واحدة أم جمع الثلاثة في كلمة واحدة فإن قال لها انت طالق ثلاثا وقع ثلاث دخل بها أم لا .

وإذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق يقع ثلاثا إلا إذا لم يتخلل فصل بين الجملتين وقصد به تأكيد الطلقة السابقة فيقع طلاقا واحدا .

ويرى المالكية صحة الاستثناء في الطلاق بأحد أدوات الاستثناء إلا، سوى... ولو لفظ بها سرا، مثل قوله أنت طالق ثلاث إلا واحدة فيلزمه اثنان بشرط اتصال المستثنى بالمستثنى منه ولا يضر العطاس أو السعال أما الفاصل الاختياري لا يصح وأن يقصد بالاستثناء الإخراج "إلا واحدة أو إلا اثنان "وأن لا يستغرق المستثنى منه المستثنى لقوله "أنت طالق ثلاث إلا ثلاث فلزمه الثلاث "[2].

موقف قانون الأسرة الجزائري من عدد الطلقات:

لم يورد المشرع أي نص في هذا الشأن غير أنه اعتبر في م 51 ق أ 02/05 [3] الطلاق البات الذي يُحرِم الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات، تعتد المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة الطلاق وهذا أمر يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي[4]، مع أن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بحكم قضائي .

ثالثا- أنواع صيغة الطلاق:

تتنوع صيغة الطلاق إلى ثلاثة أنواع: صيغة منجزة ومعلقة وصيغة مضافة .

---

[1] سورة البقرة، الآية 229 .

[2] عبدالقادر بن حرز الله، المرجع السابق ، ص، ص26,25.

[3] المادة 51 ق أ " لا يمكن ان يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية الابعد ان تتزوج غيره و تطلق منه او يموت عنها بعد البناء".

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 252.

1- الصيغة المنجزة: وهي التي تكون في الحال وترتب اثارها بمجرد صدورها كقوله "أنت طالق "أو " طلقتك "من غير تقيد ولا يمين وهذا هو الأصل في الطلاق[1].

2- **الصيغة المضافة:** هو ما أضيف حصوله لوقت المستقبل كالشهر القادم، يقع متى ظهر الزمن الذي أضيف إليه .

3- الصيغة المعلقة: وهو ما ترتب وقوعه عل حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط كإن إذا دخلت دار فلان فأنت طالق، ويشترط لصحة التعليق ما يلي :

أ- أن يكون حال قيام العلاقة الزوجية،

ب- أن يكون الشرط المعلق عليه معدوما في الحال الذي قد يحصل في المستقبل أولا[2].

موقف قانون أ. ج من أنواع صيغة الطلاق:

لم يتعرض المشرع لأنواع صيغة الطلاق واليمين بالطلاق تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي م 222 ق أ 05-02، غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة وعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة بأن الحلف باليمين والحرام لا يقع به طلاقا وأن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه ،وما في معناه هو طلاق لاغ [3].

المطلب الثاني: القيود الواردة على ايقاع الطلاق

انطلاقا مما هو مقرر فقها وقانونا أن الطلاق بيد الرجل هو حق أصيل له يستعمله دون اعتماد على إرادة المرأة في إحداث هذا الأثر غير أنه لابد من تحديد طبيعة حق الزوج في إيقاع الطلاق، فيجب أن يكون استعماله بمعروف أو بإحسان فقد ضبط فقهاء الشريعة حق الزوج في ايقاع الطلاق من خلال القيود التالية:

الفرع الأول: أن يكون الطلاق لحاجة

حيث يتقيد استعمال الزوج لحق ايقاع الطلاق بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه والحكمة التي دعت إلى مشروعية الطلاق هي الحاجة المتمثلة في الخلاص من

[1] المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الأسرة الجزائرية – دراسة فقهية مقارنة، دار هومة ،الجزائر ،2010، ص 161.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 254.

[3] المرجع نفسه، ص 256.

الرابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى بحيث يفوت المقصود من النكاح وينقلب إلى مضرة [1].

إذن الحاجة قيد من القيود الواردة لإيقاع الطلاق، فإن وقع من غير حاجة وقع الطلاق وأثم المطلق ولا حاجة للتعويض المادي بسبب كون الطلاق تعسفا كما تجنح إليه بعض القوانين، والاكتفاء بإلزام الرجل بمؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق .

وكان القانون الجزائري من بين القوانين التي اعتبرت أن الطلاق بدون سبب أو من غير حاجة طلاق تعسفي وهذا ما ورد في م 52 ق أ 05-02 إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق على المطلقة دونما سبب مقبول وإن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل[2].

الفرع الثاني: أن يكون في طهر لم يجامعها فيه

وهذا متفق فيه بين الفقهاء فإن أوقع الزوج الطلاق حال الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه كان طلاقا حراما عند جمهور الفقهاء وهو الذي يسمى بالطلاق البدعي، والمالكية يحرمونه حال الحيض والنفاس ويكره عندهم حال الطهر الذي مسها فيه لاحتمال حملها منه في ذلك الوطء لأن الشارع أمر بالطلاق عندما تكون المرأة مستقبلة عدتها قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾[3].

وإذا خالف الرجل هذا القيد وقع طلاقه اتفاقا بدليل حديثه صلى الله عليه وسلم لما طلق ابن عمر امراته وهي حائض فقال لعمر" مره فليراجعها تم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء امسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء "[4]، فالمراجعة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق .

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى هذا القيد لأنه لم يتحدث أصلا عن الطلاق السني والبدعي وبالتالي الرجوع إلى أحكام الشريعة وفقا للمادة 222 ق أ 05-02 .

---

[1] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 106 .

[2] عبد القادر بن حرز الله ،المرجع السابق، ص 226 .

[3] سورة الطلاق، الآية 1 .

[4] تم تخريجه.

الفرع الثالث: أن يكون طلقة واحدة لا يتبعها طلاق أخر

وذلك متى تنقضي عدتها وهذا متفق عليه بين الفقهاء، فالطلاق السني هو الواقع مفرقا فإن جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد كان طلاق بدعي محظور، محرم عند المالكية والحنفية وابن تيمية ولما أخرجه النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا، فقام غضبان، ثم قال :"أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ".

وإن خالف الرجل هذا القيد كان أثما مستحقا التأديب، ولكن طلاقه يقع بحسب العدد الواقع فإن طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع به ثلاث طلقات عند الجمهور، أما قول ابن تيمية وابن القيم يقع به واحدة ولا تأثير للفظ فيه [1].

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بأن طلاق الثلاث يقع طلقة واحدة حسب راي ابن تيمية خلافا لجمهور الفقهاء ، وهذا ما نستنتجه من خلال نص م 51 ق أ 05-02 " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء "، فالظاهر أنه يقصد أن يطلق الرجل ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق، ومعنى هذا أنه لم يشر صراحة إلى قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد[2].

الفرع الرابع: إذا طلق الرجل امراته في مرض الموت

فإذا طلقها طلاقا بائنا فإنها ترثه والعلة في ذلك هي أن المريض الذي يطلق زوجته يتهم بأنه قصد بطلاقها حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده، ويلاحظ أن قيام هذه التهمة كون ايقاع الطلاق غير متفق مع الحكمة التي دعت لتشريعه لأن المقصود بالطلاق الفرقة وهي حاصلة بالموت، إذ الفرض أن المطلق يموت في مرضه الذي طلق فيه وبذلك يكون المطلق قد قصد بطلاقه غير ما شرع له الطلاق[3].

وقد أخذ بهذا قانون الأسرة الجزائري بأن طلاق المريض مرض الموت يقع إلا إذا كان ينوي بطلاق زوجته حرمانها من الميراث فيعامل بنقيض قصده وهذا ما يستنتج من خلال نص م 132 ق أ 05-02 .

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص، ص229,228.

[2] المصري مبروك، المرجع السابق، ص 159 .

[3] رحو مليكة ، المرجع السابق ،ص 38.

الفصل الثاني: إجراءات دعوى الطلاق وإشكالاته

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى تعريف الطلاق وأقسامه، من خلال المبحث الأول وإلى أركان الطلاق وشروطه والقيود الواردة على إيقاع الطلاق في المبحث الثاني، نتطرق الآن إلى الفصل الثاني حيث سنتناول في المبحث الأول إجراءات دعوى الطلاق والتي تسبق حكم الطلاق، ثم نتطرق إلى الإشكالات التي يطرحها، من خلال تناول إشكالات هامة تمس العدة والميراث وكذا الطلاق العرفي.

مع أن الحضانة والنفقة أيضا تثير إشكالات من ناحية أن قانون الأسرة لم يأخذ بترتيب الحاضن وفقا للمذاهب الأربعة بل أخذ بمذهب الإمامية، ولم ينص على الشروط الواجب توفرها في الحاضن بالرغم من أهميتها لأنها تمس الجانب الضعيف.

كما أن صندوق النفقة الذي كرسه القانون قد يكون له أثر بارز في ازدياد ظاهرة الطلاق حيث أن القانون جاء به كحل لمشكلة النفقة فإذا به اصبح مشكلة .

إلا أن دراستنا لن تتناول الحضانة والنفقة لقلة أهميتها مقارنة بالعدة والميراث وكذا الطلاق العرفي فهذه المواضيع تثير إشكالات كثيرة ومن عدة جوانب، ومن جهة أخرى فإن الوقت المتاح لنا لإنجاز هذه المذكرة لم يسمح لنا بالإحاطة بكل المواضيع ذات الصلة.

المبحث الأول: إجراءات دعوى الطلاق

رغم أن ق أ ج قد تضمن القواعد الأساسية لبناء هيكل الأسرة الجزائري، وذلك ببيان أحكام الزواج والطلاق وحقوق وواجبات الزوجين وحقوق الأولاد والوالدين، إلا أنه لم يتضمن الإجراءات التي تحدد طريق الوصول إلى مثل هذه الحقوق، وضمان القيام بهذه الواجبات لذا يجب البحث على ذلك ضمن ق إ م إ، ولكي تكون دعوى الطلاق صحيحة ومستوفية لشروطها يجب إتباع قواعد وإجراءات أساسية لرفع الدعوى، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى إجراءات رفع دعوى الطلاق من خلال ذكر شروط قبول الدعوى وقواعد الاختصاص أما المطلب الثاني سنتناول فيه كيفية سير دعوى الطلاق.

المطلب الأول: رفع دعوى الطلاق

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى كيفية رفع دعوى الطلاق، وذلك من خلال بيان الشروط اللازمة لقبول الدعوى من صفة ومصلحة في الفرع الأول، وكذا قواعد الاختصاص الذي يتمثل في الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط قبول دعوى الطلا ق

عند رفع أي شخص دعوى قضائية يجب أن تتوفر فيه شروط نصت عليها المادة 13 من ق إ م إ[1]، وهي الصفة والمصلحة في حين أن ق إ م القديم نص في المادة 459 منه على توفر ثلاث شروط وهي الصفة والمصلحة والأهلية.

أولا- الصفة:

"هي الحق في المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية 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 ممثليهما قانونا، وعليه فإن فقد شرط

---

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

[2] عبد الرحمان بربارة، شرح ق إ م إ، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 34.

الصفة سيؤدي حتما إلى الحكم بعدم قبول الدعوى، كما يجب أن يكون لصاحب الصفة نسخة من عقد الزواج وأن يقدمها إلى المحكمة رفقة عريضة افتتاح الدعوى [1].

ثانيا- المصلحة:

"هي المنفعة التي يحققها المدعي من وراء اللجوء إلى القضاء"، وتعتبر المصلحة الدافع لرفع الدعوى، والهدف من اشتراط المصلحة ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء، فلا دعوى من دون مصلحة، وأضاف المشرع ضمن م13 ق إ م إ عبارة هي غائية في المادة 459 ق إ م إ، تشير إلى توفر عنصر المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة يقرها القانون[2].

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

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

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي

تنظر المحكمة في جميع القضايا المدنية والتجارية والبحرية وقضايا الأسرة وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع وهذا ما جاء به ق إ م إ حسب المادة 32 منه[3]، وهو

---

[1] عوقي رحمة، أحكام التطليق في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة ماستر، بجامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية والادارية، 2015-2016، ص : 58 .

[2] عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ، - ترجمة للمحاكمة العادلة، ط9، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص، ص 67,66.

[3] المادة 32 ق إ م إ " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام، يمكن أيضا أن تتشكل من اقطاب متخصصة، تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما المدنية والتجارية البحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها اقليما، 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 استثناء القضايا الاجتماعية".

الاختصاص النوعي أما الاختصاص الإقليمي فقد تناولته م 37 منه[1]،وعليه سنتناول الاختصاص النوعي والإقليمي في ما يخص قضايا شؤون الأسرة وبالضبط قضايا الطلاق.

أولا- الاختصاص النوعي:

"يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، فالاختصاص النوعي هي 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"[2].

يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة 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، والمنازعات التي تم ذكرها هي دعاوى الخطبة والزواج والرجوع وكذا دعاوى انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيادة بالإضافة إلى دعاوى إثبات الزواج والنسب وأخيرا الكفالة والدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم[3].

إذن فدعوى الطلاق ترفع أمام قسم شؤون الأسرة على الدرجة الأولى للقضاء العادي وطبيعة الاختصاص النوعي من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه حسب المادة 36 ق إ م إ التي نستنتج منها أنه لا يجوز مخالفته ولا الاتفاق على خلافه ولما كان كذلك فإن الدفع بعدم الاختصاص النوعي يمكن إثارته من أي طرف له مصلحة، في أية مرحلة من مراحل التقاضي كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها والحكم بمقتضاه.

ثانيا- الاختصاص الإقليمي:

"هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها، استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي"[4].

---

[1] المادة 37 من ق إ م إ " يؤول الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وان لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها اخر موطن له ،وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ،ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "

[2] عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق ، ص74.

[3] المرجع نفسه، ص، ص329,328.

[4] المرجع نفسه، ص83.

ويشمل موضوع الاختصاص الإقليمي قاعدة عامة تعتمد مقر المدعى عليه م 37 ق إ م إ ومجموعة استثناءات بحسب كل حالة المادة 39 ق إ م إ.

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

فمن حيث الاختصاص الإقليمي في موضوع الطلاق هو مكان وجود مسكن الزوجية حسب نص المادة 426 ق إ م إ [1].

ونستنتج من المادة 46 من ق إ م إ [2] إن الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام 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 الاتفاق على أن يحل خلافهما أمام المحكمة الأقرب أو التي يختارانها وفي هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الاختصاص الإقليمي.

المطلب الثاني: سير دعوى الطلاق

بعدما تطرقنا إلى الشروط اللازمة لرفع دعوى الطلاق المتمثلة في الصفة والمصلحة، وكذا قواعد الاختصاص 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.

---

[1] المادة 426 ق إ م إ " تكون المحكمة مختصة اقليما:

1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.

2- في موضوع اثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.

3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان اقامة أحد الزوجين .

[2] المادة 46 من ق إ م إ " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي ، حتى ولولم يكن مختصا اقليما.

- يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، واذا تعذر التوقيع يشار الى ذلك.
- يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف الى المجلس القضائي التابع له ".

[3] المادة 47 من ق إ م إ " يجب اثارة الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي ، قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول."

الفرع الأول: تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق

تعتبر العريضة اصطلاحا قانونيا، يقصد به الطلب المكتوب الموجه للقاضي، والذي يعرض خلاله العارض 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، 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، م 14 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 وهي ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ،اسم ولقب المدعي وموطنه ثم اسم ولقب وموطن المدعى عليه وعرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ،أخيرا يمكن الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى وتقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها بعد دفع الرسوم المحددة قانونا ويسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ الجلسة [2]، حسب نص م 16 و17 من ق إ م إ.

ونستنتج من نص 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: اجراءات الصلح والتحكيم

إن إجراءات الصلح والتحكيم في مسائل الأحوال الشخصية والخصومات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين هي الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه، لاسيما إذا تعلق الأمر بالطلاق

[1] فضيل العيش، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، منشورات أمين ، ص، ص53,52.

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

وإجراءات الصلح والتحكيم مستمد من الشريعة الإسلامية لقوله تعالى:﴿ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌۗ ﴾[1] وقوله: ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾[2] وقوله أيضا: ﴿ لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ أَوۡ إِصۡلَٰحِۭ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ ﴾[3] .

أولا- إجراء الصلح:

تنص م 49 من ق إ م إ" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ،تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

حيث تتم محاولة الصلح تحت مراقبة القاضي وفي جلسات سرية وهي وجوبية حسب نص المادة 439 ق إ م إ " محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية"، فالنص وجوبي للكافة قاضيا كان أو متقاضي، وهو يتضمن جزئيتين:

فأما الأولى فتتعلق بكون محاولات الصلح إجبارية ولما الأمر كذلك فعلى القاضي أن يأمر بها ويسعى إلى إتيانها في جميع الأحوال، بغض النظر عن ما يتحقق من نتائج ايجابية كانت أم سلبية.

أما الثانية فتتعلق بكون هذا الإجراء يتعين أن يتم في قاعة المشورة وبصفة سرية[4].

وأن تكون محاولات الصلح في تاريخ محدد، ويستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا بناء على نص م 440 ق إ م إ ويمكن حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح.

---

[1] سورة النساء، الآية 128.

[2] سورة النساء، الآية 35.

[3] سورة النساء، الآية 114.

[4] سائح سنقوقة، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد- بنصه وشرحه والتعليق عليه ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 604.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن إصدار حكم الطلاق بدون إجراء صلح يعتبر خطأ في تطبيق القانون، كما إن للقاضي أن يأمر بتدابير مؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن حسب نص م 442 ق إ م إ[1]و م 57 مكرر[2] من ق أ 05-02 ، يأخذ بعين الاعتبار ما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين ويمكن للقاضي في هذه المرحلة والى حين صدور الحكم في الموضوع تعديل أو إلغاء هذه التدابير في حالة ظهور واقعة جديدة بأمر غير قابل للطعن، حسب نص م 445 ق إ م إ، فإذا توصل القاضي إلى الصلح يقوم أمين الضبط بتحرير محضر يوقعه مع القاضي والزوجين ويودع بأمانة الضبط، وهذا المحضر يعتبر سند تنفيذي[3]، حسب نص 443 ق إ م إ.

وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بدون عذر مع تبليغ الزوج شخصيا ورغم مهلة التفكير الممنوحة لهما، يحرر القاضي محضر بذلك حسب نص م 441 ق إ م إ، يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى م 443 من ق إ م إ.

أما حالة غياب أحد الزوجين من جلسة الصلح لاستحالة الحضور بسبب عذر، فللقاضي إمكانية تأجيلها إلى موعد آخر أو ندب قاضي أخر لسماعه في إطار إنابة قضائية.

وفي جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة 3 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق إعمالا لنص م 442 ق إ م إ[4] إن عدم القيام بهذا الإجراء يعد خطأ في تطبيق القانون وهذا ما أخذت به م ع من خلال نص القرار " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

---

[1] المادة 440 من ق إ م إ" يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

وفي جميع الحالات يجب الا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق".

[2] المادة 57 مكرر من ق أ " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

[3] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد- شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط3، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 120.

[4] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص 154.

ولما كان من الثابت في قضية الحال – أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد اخطأوا في تطبيق القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" [1].

ثانيا– إجراء التحكيم:

جميع دعاوى الطلاق المنصوص عليها في القانون لا تبت فيها المحكمة إلا بعد استنفاذ محاولات الصلح الذي يقوم به القاضي، بينما التحكيم فهو تفويض الأمر للغير وكذلك رفع الأمر للحاكم للفصل في المنازعات بين المتخاصمين، فهو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما بدلا من القاضي كطرف ثالث باختيار الطرفين المتخاصمين وبتراضيهما للفصل في النزاع القائم بينهما طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالحكمين يقومان بالصلح بين الزوجين في حالة اشتداد الخصام بينهما، يعينهما القاضي وهذا ما نصت عليه م 56 من ق إ م إ[2] وإجراء التحكيم مستمد من الشريعة الإسلامية لقوله تعالى:﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾[3]، فإذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غياب الخطأ المبرر للطلاق جاز للقاضي أن يعين حكمين لمحاولة الصلح بين الزوجين وهذا ما أكدته م 446 من ق إ م إ ، على الحكمين تقديم تقرير عن مهمتهما في أجل شهرين ويطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة م 447 ق إ م إ.

ويجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة حسب نص م 449 ق إ م إ، أما إذا نجح

---

[1] قرار م ع، غ ا ش، ملف رقم 475141، بتاريخ 1991/6/18، قضية ع. ل ضد ج. خ، م ق، العدد 1، 1993، ص 65.

[2] المادة 56 من ق أ " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين التوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

[3] سورة النساء ،الآية 35.

الحكمين في عملية الصلح يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن بناء على نص م 448 ق إ م إ [1].

وهذا ما أخذت به م ع من خلال القرار الذي ينص "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وإن اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكميين للتوفيق بينهما ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان ثابت – في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد49 ،55، 56 من ق أ 05-02 يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" [2].

الفرع الثالث: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق والطعن فيه

لأن كل دعوى ترفع أمام القضاء لا بد أن يصدر في شأنها حكم قضائي أو قرار أو أمر ولأن دعوى الطلاق كغيرها من الدعاوى، لا بد من إن يصدر القاضي فيها حكمه استنادا لما قدم لديه من مستندات وإثباتات تؤكد أو تنفي ما تدعيه في دعواها وسنحاول التطرق لتحديد طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق، ومدى جواز الطعن فيه وذلك من خلال النقاط التالية:

أولا- طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق:

قبل التطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق يجب أن نتعرف على أنواع هذه الأحكام باختصار:

1- الأحكام التقريرية أو الكاشفة: " وهي الأحكام القضائية التي تقضي فقط بوجود الحق أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني".

فالحكم الكاشف أو المقرر هو الذي يصدر مقررا ومؤكدا لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل ودون إن يتضمن إلزام أحد الخصمين بأداء معين ، لذلك فان الحكم المقرر لا يرمي

[1] عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 338.

[2] قرار م ع ، غ ا ش، ملف رقم 57812، بتاريخ 1989/12/25، قضية ب. ق ضد أ. م. ع، م. ق، العدد 3، 1991 ص71.

إلا إلى تأكيد رابطة قانونية معينة وبصورة تتحقق الحماية القانونية كاملة، فهو يزيل الشك أو التجهيل الذي يدور حول هذا الحق أو المركز القانوني [1].

2- أحكام منشئة: "وهي الأحكام القضائية التي تقرر إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إنهاء مركز قانوني قائم، وبصدور الحكم يتم إنشاء الرابطة الجديدة فتتحقق بصدوره كامل الحماية القانونية "[2] .

3- أحكام الإلزام: " وهي الأحكام التي يرد فيها التأكيد على حق بالتزام، أي على حق يقابله التزام الطرف الآخر بأداء معين كتسليم منقول أو دفع مبلغ من المال، ولا يحقق هذا الحكم بذاته الحماية القانونية المطلوبة بل يحتاج إلى تنفيذه"[3].

ونستخلص من كل ما سبق أن القضاء الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية بواسطة الطلاق هو قضاء أوحكم كاشف بحيث يترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج فالحكم هنا لم يأتي بشيء جديد وإنما كشف عن حكم الطلاق الذي صدر بإرادة الزوج المنفردة وهذا بناء على نص م 49 من ق. أ 05-02 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم ..."، يتبين بأن الحكم الذي يصدر في دعوى الطلاق يأتي ليؤكد رغبة الزوج في فك الرابطة الزوجية وما الحكم إلا كاشف عن نفس النية أو الرغبة.

ثانيا- الطعن في أحكام الطلاق:

قبل التطرق إلى الطعن في أحكام الطلاق نتطرق أولا إلى التعرف على طرق الطعن العادية وغير العادية حيث أن طرق الطعن هي:

" هي عبارة عن الوسائل القانونية التي أتاح المشرع من خلالها ضمن أجال زمنية محددة ومن النظام العام للمحكوم عليه من طلب إعادة النظر في الحكم الصادر ضده، سواء بتقديم الطلب أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام جهة قضائية من درجة أعلى، والعلة في

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص 154.

[2]- عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق، ص 176.

[3] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق ، ص 154.

تقرير الطعن في الأحكام هي حماية حقوق المحكوم عليه، فقد يخطي القاضي أو هيئة المحكمة في حكمها مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمحكوم عليه دون وجه حق"[1].

وبالتالي يهدف الطعن إلى مراجعة الحكم المطعون فيه من حيث القانون أومن حيث الموضوع والقانون معا، كما يعتبر وسيلة قانونية للتعبير عن عدم الرضا.

وقد عالج ق إ م إ طرق الطعن في الأحكام القضائية من م 313 إلى 397 وحدد طرق الطعن العادية في م 313 وهي المعارضة والاستئناف وطرق الطعن غير العادية وهي الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، التماس إعادة النظر.

1- طرق الطعن العادية: وهي المعارضة والاستئناف.

أ- **المعارضة:** "هي إحدى طرق الطعن العادية يمارسها الخصم المتغيب تمس الحكم أو القرار الغيابي للنظر في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار الغيابي الصادر إما عن محكمة أو مجلس قضائي بناء على نص م327 ق إ م إ، باستثناء قرارات المحمة العليا التي لا تقبل فيها المعارضة حسب نص م 379 ق إ م إ "[2].

ب-الاستئناف: "هو عرض النزاع مجددا على محكمة الدرجة الثانية من أجل إعادة النظر فيه".

"هو الطعن الذي يقوم بواسطته الطرف الذي يشعر بالغبن من جراء حكم الدرجة الأولى بنقل القضية وجوانب منها إلى جهة التقاضي الأعلى بغرض الحصول على مراجعة أو إلغاء الحكم المطعون فيه، والاستئناف يكرس قاعدة التقاضي على درجتين، م 332 ق إ م إ" [3].

2- طرق الطعن غير العادية: وهي الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر.

أ- **الطعن بالنقض:** ويكون أمام المحكمة العليا من أجل تقرير المبادئ القانونية السليمة ومراقبة مدى تطبيق القانون،[4] ونص على الطعن بالنقض المواد من 348 إلى 379 والمواد من 557 إلى 583 ق إ م إ.

---

[1] المرجع نفسه، ص159.

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

[3] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص 165.

[4] المرجع نفسه، ص172.

ب-اعتراض الغير الخارج عن الخصومة: يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجال الذي فصل في أصل النزاع وهذا ما نصت عليه م 380 من ق إ م إ.[1]

وعليه يمكن وفقا للقانون أن يقوم الغير الخارج عن الخصومة باتخاذ هذا الطعن غير العادي وبالتالي يقوم به من لم يكن طرفا ولا ممثلا أثناء عرض النزاع، على القضاء[2] بناء على نص م 381 ق إ م إ [3].

ج- التماس إعادة النظر: يهدف إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع الحائز لقوة الشيء المقضي فيه والفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون، م 390 من ق إ م إ ومنح اختصاص النظر في الطعن بالالتماس لنفس الجهة التي أصدرت السند المطعون فيه ويرجع ذلك إلى الفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا الطعن، فهو لا يهدف إلى إصلاح تقدير خاطئ إنما إلى إعادة النظر لأجل تقرير جديد في ضوء ظروف جديدة، إذ لا شك في أن الجهة التي أصدرت السند المطعون فيه هي أعلم من غيرها بقيمة العناصر المثارة لأول مرة بعد اكتشافها[4].

ونصت م 391 ق إ م إ على "أنه لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر، إلا ممن كان طرفا في الحكم أو القرار أو الأمر أوتم استدعاؤه قانونا".

وأهم ما يميز طرق الطعن العادية عن طرق غير العادية والمنصوص عليها في م 313 في ق إ م إ أنه ليس لطرق الطعن غير العادية ولآجال ممارسته أثر موقف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك عملا بالمادة 348 ق إ م إ.

---

[1] المادة 380 من ق إ م إ" يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة الى مراجعة أو الغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع، يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون".

[2] عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 283.

[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 من الخصومة".

[4] عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح ق إ م إ، هومة الجزائر، 2009، ص 130.

وبعد التعرف على طرق الطعن يمكن القول أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف لأنها أحكام تصدر ابتدائيا ونهائيا ما عدا في جوانبها المادية التي تصدر ابتدائيا فقط وبالتالي يمكن الطعن فيها بجميع طرق الطعن وفقا نص م 57 من ق أ 05-02. [1]

كما أن على القاضي التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق من أجل الحكم له بذلك لأن حكم القاضي بالطلاق هو حكم كاشف وغير قابل للاستئناف وفق نص م 450 ق إ م إ [2].

وأخذت م ع بما جاء سابقا وذلك من خلال نص القرار " إن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح طبقا لنص م 49 ق أ05-02، إن أحكام الطلاق تصدر نهائية طبقا لأحكام المادة 57 من ق أ "[3].

[1] المادة 57 من ق أ " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة الاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

[2] المادة 450 ق إ م إ" يتأكد القاضي من ارادة الزوج في طلب الطلاق ويأمر بأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك".

[3] قرار م ع ،غ أ ش، ملف رقم 82143، بتاريخ ، بتاريخ 1992/05/12، قضية غ. ع ضد أ. ز. خ، م ق، العدد 48، 1992، ص 165.

المبحث الثاني: إشكالات الطلاق من خلال قانون الأسرة الجزائري

بعد أن تطرقنا إلى إجراءات الطلاق في المبحث الأول نتطرق إلى الإشكالات التي يطرحها في المبحث الثاني والتي تعرقل القضاة أثناء قيامهم بمهامهم وتطرح صعوبات لدارسي القانون، حيث سنتناول في المطلب الأول إشكالات العدة والميراث وفي المطلب الثاني، إشكالات الطلاق العرفي.

المطلب الأول: إشكالات العدة والميراث

إن العدة والميراث من أهم الإشكالات التي يطرحها الطلاق في قانون الأسرة الجزائري وبالتالي سنحاول إعطاء مفاهيم بسيطة لكل من العدة والميراث قبل التطرق إلى إشكالاتها.

الفرع الأول: مفهوم العدة والميراث

اولا-تعريف العدة:

1-لغة: عدة المرأة قبل أيام إقرائها مأخوذة من العد والحساب، وقيل تربصها المدة الواجبة عليها والجمع عدد مثل سدرة وسدر، لقوله تعالى:﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾"[1]، اللام بمعنى "في" أي في عدتهن"[2] "عدة المرأة أيام إقرائها وإحدادها على زوجها"[3].

2-اصطلاحا: "هي الفترة الزمنية التي تمنع فيها المطلقة والمتوفى عنها زوجها الزواج ثانية"[4]

"هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها أو بواسطة القاضي أو حدثت الوفاة، إذ يتوجب عليها مراعاة العدة الشرعية لقوله تعالى: ﴿"يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ ﴾[5]، من أجل التأكد من براءة الرحم منعا من اختلاط الأنساب وإعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما وهي كذلك مهلة للحداد لمن توفى زوجها".[6]

---

[1] سورة الطلاق، الآية 1.

[2] المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري ، المرجع السابق،ص236.

[3] المعجم العربي الحديث لاروس للدكتور خليل الجر، المرجع السابق، ص 818.

[4] غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، ط1ن الجزائر، 2011، ص 142.

[5] -سورة الطلاق، الآية 1.

[6] -بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق، ص 224.

ثانيا: تعريف الميراث

1-لغة: تركة الميت، جمع مواريث "علم المواريث"، علم الفرائض[1].

انتقال الشيء من شخص إلى آخر، أومن قوم إلى آخرين وقد يكون بالمال أو العلم والمجد أو الشرف، ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إن العلماء ورثة الأنبياء وإن الانبياء لم يورثوا درهما ولا دينارا ،وانما ورثو العلم ، فمن اخذه اخذ بحظ وافر"[2].

والفرائض لغة جمع فريضة مأخوذة من الفرض بمعنى التقدير، لما فيها من تقدير سهام الورثة وانصبتهم المقدرة شرعا.

عن أبي هريرة قال صلى الله عليه وسلم: "يا أبا هريرة تعلموا الفرائض وعلموها فإنه نصف العلم، وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي"[3]

وعن عمر بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "العلم ثلاثة، وما سوى ذلك فهو فضل، آية محكمة أوسنة قائمة أو فريضة عادلة".[4]

اصطلاحا: "هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء وسواء كان المتروك مالا أو عقارا، أو حقا من الحقوق الشرعية التي قبل الميراث.[5]

وعلم الميراث أو الفرائض هو" العلم بالأحكام الشرعية العملية المتعلقة بمعرفة نصيب من التركة بعد موت المورث".

أو هو" علم بقواعد فقهية وحسابية يعرض بهما توزيع التركة ونصيب كل وارث فيها".[6]

الفرع الثاني: إشكالات العدة والميراث

سنتناول إشكالات العدة والميراث من خلال التعليق على المواد التالية:

---

[1]– المعجم العربي لاروس، المرجع السابق، ص 1177.

[2]– رواه أحمد وأصحاب السنن وهو صحيح.

[3]– سنن ابن ماجة، أبي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، كتاب الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض، ص 908.

[4]– سنن دار قطني للإمام الكبير علي بن عمر الدار قطبي، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي، كتاب الفرائض، دار بن حزم، بيروت، 2011، ص 908.

[5] منصور الكافي، المواريث في الشريعة والقانون، دار العلوم، الجزائر، 2008، ص 28.

[6] المرجع نفسه.

أولا: المادتين 49 و50 يفهم من هذه المادة حصر وسيلة إثبات الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية، مما يفهم منه تجريد الطلاق الذي قد يلفظ به الزوج من كل قيمة قانونية وهذا ما يناقض نص المادة 50 من ق أ 05-02 فلفظ "راجع" يفهم منه اعتبار الطلاق الذي تلفظ به الزوج قبل صدور الحكم طلاقا رجعيا.

وينتج عن تطبيق المادتين بروز ظاهرة إزدواجية العدة عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ،وهذا يؤدي الى عدة إشكالات.

فإذا فرضنا وقوع الطلاق من قبل الزوج بتاريخ 2016/1/1 وتم رفع دعوى قضائية لاستصدار حكم الطلاق بتاريخ 2016/4/25 "أي بعد فوات المدة الشرعية" فالقانون يتيح مجالا للصلح في أجل أقصاه ثلاثة أشهر بعد رفع الدعوى ،فإذا عقد القاضي جلسة الصلح يوم 2016/5/25 وتم الصلح بينهما فإن الرجعة تتم بدون عقد جديد طبقا للمادة 50 ق أ 05-02 وهذا ما لا يتفق والشريعة الإسلامية لبينونة الطلاق بعد انقضاء العدة الشرعية، فيحتاج الزوج في هذه الحالة إلى إبرام عقد شرعي جديد[1]، كما يمكن تصور تناقضات أخرى حسب الافتراض السابق منها:

1. يجوز خطبة المطلقة بعد فوات عدتها الشرعية ولا يجوز ذلك قانونا.
2. يجوز زواجها بعد ذلك شرعا ولا يجوز ذلك قانونا لقيام العلاقة الزوجية بل يجوز لزوجها متابعتها جزائيا.
3. يحل مؤخر صداقها شرعا لا قانونا.
4. الحكم بالطلاق في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة لزوج حكم كاشف وليس منشئ وبالتالي التقليص من وظيفة القاضي.
5. إذا توفى زوجها المطلق بعد فوات العدة الشرعية فلا ميراث لمطلقته شرعا ولكنها ترثه قانونا لعدم انفكاك الرابطة الزوجية قضائيا[2]، والعكس إذا توفى زوجها بعد فوات العدة القانونية ولم

[1] JURSTESCERTAINEMENT.TORM.ORG>E12-TOPIC اطلع عليه 2مارس2009.

[2] محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص، ص 25,24.

يراجعها في جلسات الصلح وصدر حكم الطلاق قانونا وما زالت في العدة الشرعية كتأخر العادة الشهرية فلها حق الميراث شرعا و ليس لها حق الميراث قانونا.

6. إذا حصل الطلاق بحكم قضائي ولم تكن العدة الشرعية قد انقضت ثم راجع الزوج زوجته دون توثيق عقد الزواج من جديد، فإن هذا الزواج لا يحتج به قانونا اتجاه الغير من حيث ترتيب الآثار القانونية عليه وهذا مخالف لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من حيث ترتيب الآثار الشرعية.
7. يمكن لزوج أن يتلفظ بالطلاق، وتطول إجراءات الحكم به طبقا للمادة 49 ق أ 05-02 أوقد تنعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية التي يبدأ حسابها من وقت تلفظ الزوج بالطلاق فإذا نجحت هذه الجلسة وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقا للمادة 50 ق أ 05-02.
8. تحديد محاولات الصلح بثلاثة 3 أشهر قانونا بينما هناك أنواع للعدة شرعا وهي عدة الأشهر والقروء والحمل وبالنسبة للبينونة انتهى أمرها فلا جدوى من الصلح لأن الطلاق هنا طلاق بائن بينونة كبرى[1].
9. ازدواجية المهنة بالنسبة للقاضي الذي يجري الصلح فالقاضي هو الذي يفصل في الدعوى فكيف يمكن لشخص واحد أن يكون قاضي ومحكم في نفس الوقت ويقترح الحلول مع أن القاضي يجب أن يكون حياديا وقد أثبتت الإحصائيات فشل جلسات الصلح الذي يقوم بها القاضي من خلال إحصائيات المجلس القضائي سنة 2016 حيث أن عدد القضايا 1749 في دعاوى طلاق تم الصلح في 45 قضية فقط أي أن الصلح نجح بـ 2.7% وفشلت 97.3 محاولة صلح[2].
10. إن المشرع الجزائري قد خالف الشرع في ميراث المطلقة التي يتوفى عنها زوجها فنصت المادة 132 من ق أ أنه "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، حيث أن وفاة الزوج قبل صدور

---

[1] سعيد خنوش "التحكيم في قانون الاسرة الجزائري"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية الأولى التي نضمتها كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الموسوم بعنوان قانون الاسرة الجزائري، إشكالات وحلول ، بتاريخ 2017/3/13.

2 المرجع نفسه.

الحكم بالطلاق وهي الفترة التي اعتبرها المشرع الجزائري فترة المراجعة م 50 من ق أ 05-02 فإن الزوجين يستحق الحي منهما الإرث، كذلك في حال وفاة الزوج في عدة الطلاق بعد صدور حكم الطلاق وهو طلاق بائن وبالتالي لا يستحق الحي منهما الإرث وهذا ما يجعل القانون الجزائري يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية[1]، نظرا لعدم تفرقة المشرع بين الطلاق الرجعي والبائن والطلاق السني والبدعي و ما يترتب عنهما.

11. لزوم المطلقة لبيت الزوجية قانونا لا شرعا، إذا انقضت العدة الشرعية ولم تنقضي العدة القانونية طبقا لنص م 61 ق أ 05-02.[2]

ثانيا- المادتين 52-58:

المادة 52 اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض من الضرر اللاحق بها، غير أنه لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ولكنه مصطلح جديد حيث تطرق الفقهاء للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم هل هناك تعسفا في الطلاق أم لا؟ على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أو الإباحة إلى مذهبين:

أ-**المذهب الأول:** ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى أنه ليس هناك تعسف في الطلاق وذلك بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأن الله تعالى ملّك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة فهو حر التصرف فيه[3].

ب-**المذهب الثاني:** ذهب علماء المحدثين أن هناك تعسفا في الطلاق إذا طلق الزوج زوجته بغير مسوغ شرعي مستدلين على ذلك بأن الأصل في الطلاق الحضر.

ومن خلال ما سبق فإن الطلاق بإرادة الزوج ليس فيه تعسفا شرعا، والتعويض لا يكون من الطلاق التعسفي بل يمثل نفقة المتعة في ش إ لأن الطلاق حق مشروع للزوج بينما في

---

[1] سمير بكري، العدة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة ماستر، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016، ص 78.

[2] المادة 61 " لا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة إطلاقها ووفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

[3] ابغض الحلال لنور الدين عتر، المرجع السابق، ص-ص 156-160.

القانون حسب م 52 ق أ 05-02 فإن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ونفقة إهمال ونفقة متعة، كذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي وأنه عند الحكم ينبغي تحديد المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، ويجب أن يراعي في التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا الأسعار وتغييرها وارتفاعها وهي أمور تخضع لسلطة قاضي الموضوع ولا يخضع لرقابة م ع فيها، إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين.[1]

فالمشرع الجزائري أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي والذي يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان مجتمعين ومتلازمين وهما:

أ. أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول او إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية بأن تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض وتشبت بالعودة إلى الحياة الزوجية وتمادى الزوج في تمسك بطلب الطلاق.

ب. أن يتحقق القاضي من لحوق الضرر بالمطلقة كأن يطلق الزوج زوجته في مرض موته لحرمانها من الميراث[2].

وبناء على ما سبق بيانه يمكن القول بأن النظرة الشرعية في تكييف التعسف وصوره في الطلاق تختلف عن نظرة القانون، فمعيار التعسف في نظر الإسلام إنما يرجع إلى مدى المخالفة الشرعية في إيقاع الطلاق، وفيه يفقد وجه الحكمة في تشريعه كما لا يرتب الطلاق هنا أي تعويض لأنه حق الزوج وأما معياره بالنظر القانوني فيكون بقدر الضرر الذي ينتجه الطلاق ويترتب عليه تعويض.

م 58 ق أ 05-02، ذكرت نوعين من العدة عدة بالأقرء وعدة بالأشهر كما نص على حسابها من تاريخ التصريح وبالطلاق، وهذا غير معقول لأن صدور الطلاق وخصوصا إذا كان خارج دائرة المحكمة يكون في وقت سابق على التصريح به، أما إذا أوقعه القاضي فلا يحتاج إلى تصريح، وإنما تحسب العدة من تاريخ صدور الحكم وإذا لم يوقعه الزوج أمام المحكمة

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 363.

[2] محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص، ص 102، 103.

فحساب العدة يكون من تاريخ التلفظ به[1]، وهذا باتفاق جمهور الفقهاء بالإضافة الى أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالقرء مما يأثر في حساب العدة والخطأ في حسابها قد يؤدي الى الوقوع في المحظور.

المطلب الثاني: إشكالات الطلاق العرفي

قبل التطرق إلى إشكالات الطلاق العرفي نتطرق أولا الى مفهومه ثم معرفة مدى إقرار الشريعة الاسلامية والقانون له.

الفرع الاول: مفهوم الطلاق العرفي ومدى إقرار الشرع والقانون له

أولا –تعريف الطلاق العرفي:

"وهو الطلاق الذي يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون وثيقة".[2]

"هو الطلاق الذي يقع شفهيا ضمن قواعد الفقه الاسلامي ولا يعتد به قانونا ولا يحتج به اتجاه الغير"[3].

ويمكن لنا القول أن" الطلاق العرفي هو الطلاق الشفوي المستوفي أركانه وشروطه والصادر من الزوج عن أهلية وإرادة واعية وبالألفاظ الشرعية الدالة على الطلاق، وهو ما استقر عليه المسلمون منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم دون اشتراط إشهاد او توثيق سواء كان هذا الطلاق ناتج عن زواج عرفي او رسمي".[4]

إذن فالطلاق العرفي هو كل طلاق يقع دون الحصول على مستند رسمي يثبته او ما يعرف بوثيقة طلاق سواء كان ناجما عن زواج رسمي أو عرفي.

ثانيا–مدى إقرار الشرع والقانون بالطلاق العرفي:

الطلاق العرفي يقره الشرع كما هو الحال في الزواج العرفي ،و هو الذي لم يسجل في المحكمة، وهو صحيح و يسجل في المحكمة لصيانة الحقوق لكلا الزوجين و ثبوت النسب

---

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 224.

[2] محمد كمال إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ،2007، ص70.

[3] عبد العزيز سعد ،المرجع السابق، ص 119.

[4] Fatwa islam web.net/fatwa/index.php% اطلع عليه بتاريخ 2017/04/06.

ورفع الظلم وللإثبات ، ولكن القانون لا يعترف به ولا يقره مالم يكن موثقا، ومن ثم يفقد اثاره و توابعه 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 لا يسمح للمرأة المطلقة طلاقا بائنا غير موثق بأن تتزوج أو تسافر دون إذنه، أو أن تتخلى عن شيء من الحقوق التي كفلها القانون للزوج على زوجته، ما لم تحصل على شهادة رسمية تثبت أنها مطلقة ، اما المطلقة من الزواج العرفي فالقانون لا يقر إلا بالقواعد الرسمية و الأوراق الموثقة ولا يعترف بالزواج العرفي أصلا[2].

الفرع الثاني :إشكالات الطلاق العرفي .

اولا- حالة عدم تسجيل عقد الزواج وإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي:

تنص م 22 من ق أ 05-02على 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 ويرتب آثاره وفي حالة الطلاق العرفي لا يمكن إثباته بدعوى ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله بدعوى.

ورغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى اثباته 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 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

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

[2] المصري المبروك، المرجع السابق، ص199.

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 قضاء، إذ ورد فيه :"إن الطلاق العرفي الموقع من الزوج والمثبت قضائيا لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية "[2].

والمعمول به في المجال القضائي هو رفع دعوى إثبات الزواج والطلاق العرفي في نفس الوقت وبحكم واحد على أن الحكم بإثبات الزواج يكون ابتدائيا 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 فيه " إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في الحكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي"[3].

ثانيا –حالة إعادة أحد الزوجين الزواج:

1–حالة إعادة الزوج الزواج:

وهذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط 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

[1] قرار م ع، غ ا ش، ملف رقم216850، بتاريخ 1999/02/12، قضية ح. خ ضد أ. ي، م ق، عدد خاص، 2001، ص100.

[2] قرار م ع، غ ا ش، ملف رقم 288322، بتاريخ 2002/09/25، قضية ب. ع ضد د. ت، م ق ، العدد1، 2003، ص375.

[3] قرار م ع، غ ا ش، ملف رقم22317، بتاريخ 1995/10/24، قضية ع، و ضد ح، أ، ن ق ، العدد 53، 1996، ص56.

زواجا فاسدا، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب الاستبراء لذلك كان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا وتتعقد المسألة أكثر بوجود أولاد منه[1].

2- حالة إعادة الزوجة الزواج:

وهذه الحالة تطرح إشكالات كثيرة على الصعيدين القضائي والشرعي وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين حالتين:

أ-حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي: لا يشكل الطلاق العرفي من زواج عرفي 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 وإلحاق نسب الأولاد[2]، 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 الاجتماعية تقتضي الاعتراف به.

ب-حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل: ونكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا، حيث تعتبر في حكم الشرع مطلقة وإعادة الزواج ثانية ومن ناحية القانون فهي لا تزال زوجة للرجل الأول[3]، 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 لم تنقطع بعد وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية عن ذلك[4].

ثالثا-احتساب العدة:

تثار إشكالية احتساب العدة عند إثبات الطلاق العرفي ذلك أن القواعد العامة المستمدة في الشريعة الإسلامية تقتضي أن تعتد المطلقة من تاريخ وقوع الطلاق، ولكن بالعودة إلى ق أ

---

[1] Http/www.ahram.org.eg/newsQ/380094SPX اطلع عليه بتاريخ 2017/04/06.

[2] عبد رب النبي الجارحي ، الزواج العرفي المشكلة و الحل ، دار الروضة للنشر و التوزيع ، القاهرة ، ص117.

[3] هشام ذبيح ،المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2014-2015، ص90.

[4] www.olshanrq.net.sa/2013/4/22/811926 اطلع عليه بتاريخ 2017/04/06.

05-02 نجده ينص على تاريخ التصريح بالطلاق إلا أن هذا النص المقصود به الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء، وليس مسألة الطلاق العرفي ومن ثمة لا يمكن اعتبار أن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق في هذه الحالة الأخيرة ينبغي على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة[1].

كما ان المرأة اذا انقضت عدتها، فمن الناحية الشرعية يجوز لها الزواج إن أرادت ومن الناحية القانونية لا يسمح لها القانون بالزواج إلا إذا كان الطلاق موثقا، ناهيك عن استهانة بعض الأزواج بالأمر فيطلق ويراجع ويطلق ويراجع ولا يعبأ بعدد الطلقات وبالعدة وما إذا كانت العشرة بينه وبين زوجته حلال أو حرام[2].

ونجد أن الإشكال يثور بصفة خاصة في نفقة العدة، وقد درج القضاء الجزائري على منح الزوجة نفقة العدة إذا ما طالبت بها وأمكن إثباتها[3].

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص ق أ 05-02 يتبين 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 استنادا إلى الشريعة الإسلامية والتي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما لم يوجد نص فيه حسب م 222 ق أ 05-02.

---

[1] الهاشمي تافرونت، " إشكالات الزواج العرفي"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية الأولى التي نظمتها كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الموسوم بعنوان قانون الاسرة الجزائري إشكالات وحلول، بتاريخ 2017/3/13.

[2] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص90.

[3] الهاشمي تافرونت، المرجع السابق.

خاتمة:

في ختام هذا البحث الذي تناولنا فيه موضوع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري والإشكالات التي يثيرها من خلال المقارنة بالشريعة الإسلامية، يمكن استخلاص النتائج الآتية:

– أن قانون الأسرة الجزائري خاض في مسألة صور فك الرابطة الزوجية بمواد مختصرة ودون تبني تعريف محدد لهذه الصور، ثم أحال التفصيل على أحكام الشريعة الإسلامية كما ذكر ذلك في المادة 222 منه.

– المشرع أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة انطلاقا من العصمة الزوجية المكفولة شرعا له، والتي تكون مصدرها الشريعة الإسلامية، التي تعطي الحق للزوج في إيقاع الطلاق وهو حق أصيل له، مع اعتبار الزوج متعسفا في استعمال هذا الحق إذا كان الطلاق بدون سبب أو مبرر شرعي، مما يستوجب عليه التعويض للزوجة، ولم يتناول المشرع الجزائري الإيلاء والظهار واللعان مع أنها من صور فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج.

– أن قانون الأسرة الجزائري ما زال بعيدا عن تلبية حاجة الناس إلى الحماية القانونية من خلال إغفاله الحديث عن الكثير من المسائل ذات الصلة بالحالة الشخصية للفرد، ومن خلال الإشكالات التي تطرحها مواد قانون الأسرة الجزائري، فالحديث عن العدة كان مختصرا بتحديد زمن كل عدة في مواد محددة 58–59–60 وفي الوقت الذي لم يُعرّف العدة على غرار ما قام به بخصوص الحضانة ولم يحدد بدء سريان العدة و ترك كل ذلك للفقه الذي لم يكن منسجما مع القانون في هذه النقطة سيما أن الطلاق من الناحية القانونية لا يكون الا بحكم و ولا يمكن الحديث عن العدة إلا بصدوره.

– التعارض الحاصل في العدة بين الشرع والقانون وما يثيره هذا من إشكالات من نواح عدة من بينها اعتبار الطلاق الذي يتلفظ به الزوج دون صدور حكم به طلاق عرفي، حيث يرتب آثاره الشرعية ولا يرتب آثاره القانونية إلا بصدور حكم الطلاق.

– التعارض في حساب العدة حيث أن العدة الشرعية تبدأ من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، بينما العدة القانونية تبدأ من يوم صدور الحكم بالطلاق مما يترتب عليه اختلاف طبيعة الطلاق من حيث هو رجعي أو بائن، فإذا انتهت العدة الشرعية ولم تنقض العدة القانونية وراجع الزوج زوجته نكون هنا أمام طلاق بائن في الشرع، وأمام طلاق رجعي في القانون مما يؤدي إلى وقوع الكثير من الأسر في المحظور.

– بالإضافة إلى الإشكالات التي تطرح في الميراث فإذا انتهت العدة الشرعية ولم تنته العدة القانونية هنا المرأة ترث قانونا لا شرعا والعكس صحيح.

– كما أن المشرع لم يتطرق إلى موضوع تحول العدة وما يسمى فقها بطروء عدة على عدة وذلك يفتح الباب على مصراعيه لنزاعات قد تضيع معها الحقوق.

– فشل محاولات الصلح وفي كل الأحوال يُعلق السبب على الزوجين ويهمل القضاء الذي يسرع إلى الطلاق فهو يتم في دقائق معدودة .

بناء على ما سبق فيمكن لنا بالخروج باقتراحات نتوج بها دراستنا هذه، والمتمثلة في:

– ضرورة إثراء ق إ ج وعدم المساس بالمواد التي احتوت على أحكام شرعية ثابتة بنصوص قطعية فلا اجتهاد مع النص.

– منح التحكيم الأهمية ذاتها التي منحت للصلح، وذلك ببيان إجراءات تعيين الحكمين، والشروط الواجب توفرها فيه.

– ضرورة استقامة البيئة التشريعية بأهل الخبرة الذين يتصلون بمسائل الأحوال الشخصية.

– ضرورة إعداد قضاة متخصصين بمسائل الأحوال الشخصية ووضع قانون إجراءات خاصة.

– اهتمام مؤسسات الدولة والمجتمع بالأسرة والسهر على حفظ كيانها لأن القانون وحده لا يصنع الأسرة القدوة مهما اكتمل.

– أن يكون القاضي حياديا وتفعيل مجلس العائلة.

– التوعية الاجتماعية قبل القانونية.

– تفعيل الصلح القضائي ليصبح حلا لمحاربة ظاهرة الطلاق وليس إجراء قانوني.

– استحداث آلية قانونية وقضائية للحد من ظاهرة الطلاق.

– تكوين تخصصي لقضاة شؤون الأسرة من الناحية القانونية والشرعية.

– حالة الطلاق العرفي يستحسن لزوجين معا حال حدوث الطلاق بالتوجه إلى لجان فتوى رسمية كدار الافتاء، لبيان موقفهما الشرعي وهل وقع الطلاق أم لا؟ وإذا وقع هل هو طلاق بائن أم رجعي؟ على أن يتم توثيق الفتوى وإعطاء الزوجين صورة معتمدة بالحكم الفقهي لحالتهما ليمكن العمل به كمستند أمام القضاء في حال الحاجة إليه وتكرر الخلاف بينهم.

وأخيرا يمكن القول أن الالتزام بالقانون في الزواج والطلاق يحفظ الحقوق ويرفع الحرج.

تم بحمد الله

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم:

أولا: كتب التفسير

1-الصابوني محمد علي صفوة التفاسير: ج1، المكتبة العصرية، بيروت، 2010.

2-قطب سيد في ظلال القرآن، م6، ط10، دار الشروق، بيروت، 1982.

ثانيا: كتب الحديث

3-ابن انس أبو عبد الله مالك، موطأ، إعداد أحمد راتب عرموش، ط4، دار النفائس، بيروت، 1980.

4-البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 2002.

5-الدار قطني علي بن عمر سنن الدار قطني، تعليق أبى الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2011.

6-السجستاني أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داوود تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللى وشادي محسن الشياب، ج3، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009.

7-العسقلاني أحمد بن علي بن حجر فتح الباري في شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، ج9، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان.

8-القزويني أبي عبد الله بن محمد بن يزيد، سنن أبن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، كتاب الطلاق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

ثالثا: الكتب الفقهية

9- ابن جوزي الغرناطي المالكي محمد بن أحمد، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، 1967، بقيامه أم لا وسائع أو الفوتي.

10-البهوني منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، ج4، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1997.

11-القرضاوي يوسف، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة، الدار البيضاء ، 1985.

12-القزويني أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

13-الكساني علاء الدين أبى بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج4، كتاب الإيمان -الطلاق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

14-بغدادي مولاي ملياني، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب ، الجزائر، 1997.

15-بن الطاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج4 ، ط2، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2005.

16-بيومي محمد، تحفة العروس، ط1، دار الرشيد، الجزائر، 2007.

17-سعد محمد محمد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث، دار الندوة، 2001.

18-عتر نور الدين، ابغض الحلال، مؤسسة الرسالة، ط4، سورياء 1985.

رابعا: الكتب القانونية

19-ابن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق – في الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر،2007.

20-ابن الصغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر 2012.

21- ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل – دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

22- ابن محمود جمال بن محمد، الزواج العرفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.

23- الباموني إسماعيل أبا بكر، أحكام الأسرة، الزواج، الطلاق بين الخفية والشافعية- دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الأردن، 2009.

24- الجارحي عبد رب النبي، الزواج العرفي المشكلة والحل، دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة.

25- الجندي أحمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية- الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
26- الجندي أحمد نصر، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق- تعريف العدة ومشرعيتها..، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
27- العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
28- العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين.
29- المصري مبروك، الطلاق وإثارة من قانون الأسرة الجزائرية- دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010.
30- إمام محمد كمال الدين الطلاق عند المسلمين – دراسة فقهية وقانونية، أحكام الطلاق، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
31- إمام محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء – دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
32- بختي العربي، أحكام الطلاق وحقوق الولادة في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
33- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 ، ط2 ، منشورات بغدادي ، الجزائر، 2009.
34- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، الزواج والطلاق، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
35- تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الابيار، الجزائر، 2011.
36- دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
37- دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة- الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2007.

38-ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
39-ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد- ترجمة للمحاكمة العادلة، ط3، موفر للنشر، الجزائر، 2012.
40-سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.
41-سنقوقة سائح، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصه وشرحه والتعليق عليه، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011.
42-طاهري حسين، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا، دار الخلدونية، الجزائر، 2015.
43-علالي ناجي بلقاسم، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
44-قري غنية، شرح قانون الأسرة المعدل -دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، ط1، دار طليطة، الجزائر، 2011.
45-كافي منصور، المواريث في الشريعة والقانون - قانون الأسرة المعدل، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
46-لعور أحمد، صقر نبيل، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
47-مسعودي عبد الله، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2009.

خامسا: كتب اللغة

48-الجر خليل، المعجم العربي الحديث لاروس، مكتبة لاروس، كندا، 1973.
49-المقري أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، دار الحديث، مصر، 2003
50-الأب مألوف المسوعي، المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، 1973.

سادسا: المداخلات

51-الهاشمي تافرونت، "إشكالات الزواج العرفي"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية الأولى كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة محمد بوضياف المسيلة، الموسوم بعنوان: قانون الأسرة الجزائري، إشكالات وحلول يوم 2017/3/13.

52-سعيد خنوش " التحكيم في قانون الأسرة الجزائري" مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية الأولى تضمنها كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الموسوم بعنوان: قانون الأسرة الجزائري إشكالات وحلول يوم 2017/3/13.

سابعا: المذكرات والأطروحات الجامعية

53-بكري سمير، العدة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة ماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، 2015-2016.

54-بودية مسعودة، الطلاق التعسفي – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة ماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016.

55-ذبيح هشام، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015.

56-رحو مليكة، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أطروحة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 23، 2012-2015.

57-عوقي رحمة، أحكام التطليق في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة ماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016.

ثامنا: النصوص القانونية

58-القانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، 23 فيفري 2008.

59-الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، 27 فبراير 2005.

تاسعا: القرارات القضائية

60-قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 288322، بتاريخ 2002/9/25 قضية ب. ع ، ضد د.ت، المجلة القضائية، العدد، 2003.

61-قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 216850 بتاريخ 1999/2/12، قضية ح.خ ضد أ.ي، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

62-قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 22317، بتاريخ 1995/10/24 قضية ع.و ضد ح.أ نشرة القضاة، العدد 53، 1996.

63-قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 82143، بتاريخ 1992/5/12 قضية ع.ع ضد إ.ز.خ، المجلة القضائية، العدد 48، 1992.

64-قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75141، بتاريخ 1991/6/18، قضية ع.ل ضد ج،خ، المجلة القضائية، العدد 1، 1993 .

65-قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 57812 بتاريخ 1989/12/25، قضية ب.ت ضد أ.م.ع، المجلة القضائية العدد 3، 1991.

عاشرا: المواقع الالكترونية

66. Fatwa islam web.net/fatwa/index.php%
67. Http/www.ahram.org.eg/newsQ/380094SPX
68. www.olshanrq.net.sa/2013/4/22/811926

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
الإهداء	
شكر وعرفان	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ- د
الفصل الأول: ماهية الطلاق	
المبحث الأول: مفهوم الطلاق وأقسامه	6
المطلب الأول: تعريف الطلاق وحكمه	6
الفرع الأول: تعريف الطلاق	6
الفرع الثاني: حكمه ودليل مشروعيته	8
المطلب الثاني: أقسام الطلاق	12
الفرع الأول: من حيث مطابقته للسنة	12
الفرع الثاني: من حيث إمكانية المراجعة	14
المبحث الثاني: أركان الطلاق والقيود الواردة عليه	17
المطلب الأول: أركان الطلاق	17
الفرع الأول: ركن المطلق	17
الفرع الثاني: ركن المطلقة	22
الفرع الثالث: ركن الصيغة.	23
المطلب الثاني: القيود الواردة على ايقاع الطلاق	25
الفرع الأول: أن يكون الطلاق لحاجة	25
الفرع الثاني: أن تكون في طهر لم يجامعها فيه	26
الفرع الثالث: أن يكون طلقة واحدة لا يتبعها طلاق أخر	27
الفرع الرابع: إذا طلق الرجل امراته في مرض الموت	27
الفصل الثاني: إجراءات دعوى الطلاق وإشكالاته	

المبحث الأول: إجراءات دعوى الطلاق	29
المطلب الأول: رفع دعوى الطلاق	29
الفرع الأول: شروط قبول دعوى الطلاق	29
الفرع الثاني: الاختصاص القضائي	30
المطلب الثاني: سير دعوى الطلاق	32
الفرع الأول: تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق	33
الفرع الثاني: اجراءات الصلح والتحكيم	33
الفرع الثالث: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق والطعن فيه	37
المبحث الثاني: إشكالات الطلاق من خلال قانون الأسرة الجزائري	42
المطلب الأول: إشكالات العدة والميراث	42
الفرع الأول: مفهوم العدة والميراث	42
الفرع الثاني: إشكالات العدة والميراث	43
المطلب الثاني: إشكالات الطلاق العرفي	48
الفرع الاول: مفهوم الطلاق العرفي ومدى إقرار الشرع و القانون له	48
الفرع الثاني: إشكالات الطلاق العرفي	49
خاتمة	53
قائمة المصادر والمراجع	55
فهرس المحتويات	61

ملخص:

رغب الإسلام في الزواج وحث على اختيار الزوجين على أساس الدين، وجعل لكل منهما حقوقا وواجبات، عند الالتزام بها تسود المودة والرحمة بينهما وعند التقصير فيها تسود المشقة والعناء، فيكون الطلاق هو الحل الأخير بعد فشل الحلول الأخرى.

ويُعد الطلاق صورة من صور فك الرابطة الزوجية، حيث يعتبر حق أصيل للزوج يوقعه بإرادته المنفردة ،وقد نص عليه الشارع الحكيم وأقره قانون الأسرة الجزائري.

هذه الإرادة لم تترك مطلقة بل قُيدت بضوابط ونصوص معينة، لكي لا يسئ الزوج استعمال حقه في الطلاق.

وعند إسقاط هذه النصوص في الواقع العملي تثار عدة إشكالات، تُظهر عدم انسجام أحكام القانون مع أحكام الشرع.

Résumé:

La religion islamique veut se marier et insiste au choix des époux selon la religion donne à chacun des devoirs et des droits, quand les deux mariés les respectent, la bonté et la loyauté durent entre les deux mais lorsque l'un des deux fait un défaut et ne respecte pas cette relation il y aura la souffrance et la malaise, en ce cas ; la séparation est la dernière solution parmi plusieurs.

La séparation est l'une des images du dissous du mariage dont elle est le droit de l'époux le signe sous sa volonté individuelle qui est un texte religieuse et le signe la loi de la famille.

Cette volonté n'a pas été laissée libre mais elle est conditionnée par des strictes et des textes spéciales pour que le marié ne l'emploie pas d'une façon négative.

Lorsque ces textes sont dans une pratique professionnelle des dèsincitations ont soulevés plusieurs problèmes montrent l'incompatibilité des dispositions de la loi avec les dispositions de l'islam.