جامعة محمد بوضياف ـ المسيلة

كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

ـ دراسة مقارنة ـ

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص : شريعة وقانون .

إعداد الطالبتين :

ـ رابحي جهاد.

ـ بلمانع خولة .

إشراف الأستاذ:

ـ بلخير سديد .

لجنة المناقشة

الإسم و اللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف ـ المسيلة	رئيسا
بلخير سديد	محمد بوضياف ـ المسيلة	مشرفا و مقررا
	محمد بوضياف ـ المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية : 2020/2019

﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمٗا ١٣٠ ﴾ [النساء: 130]

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم:العلوم الإسلامية .

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): بلمانع خولة .

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالب .

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم : 069128.

والصادرة بتاريخ :2014/12/29

عن دائرة: بئر قاصد علي .

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية و الإجتماعية قسم: العلوم الإسلامية .

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)عنوانها:

الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ:2020/09/13

إمضاء المعني

تظهر للمصادقة على الإمضاء
السيد :
بطاقة التعريف
16 نوفمبر 2020
ختم في
رئيس المجلس الشعبي البلدي
ولاية برج بوعريريج
الجمهورية الجزائرية
الحالة المدنية
ع/ المكلف بتسيير شؤون البلدية
وبتفويض منه
العون المفوض
سليم عزوز

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم:العلوم الإسلامية .

المرجع:القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): رابحي جهاد .

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالب .

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم :032952.

والصادرة بتاريخ :2014/04/14

عن دائرة: بئر قاصد علي .

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية و الإجتماعية قسم : العلوم الإسلامية .

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)عنوانها:

الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ:2020/09/13 .

إمضاء المعني

حضر للمصادقة على الإمضاء

السيد :

بطاقة التعريف رقم:

16 يناير 2020

ع/ المكلف بتسيير شؤون البلدية

وبتفويض منه

العون المفوض

سليم عزوز

إهداء

أهدي هذا العمل إلى القلب الحنون وصاحب النفس الأبية... إلى من ساهم في الكثير من أجلي إلى من أحمل اسمه بكل افتخار...والدي الغالي .

إلى من علمتني العطاء دون مقابل إلى ملاكي في الحياة ... أمي الحبيبة.

إلى من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي و شاركوني نسمات ألحانهم " إخوتي و أخواتي."

إلى من ضاقت السطور من ذكرهم فوسعهم قلبي صديقاتي :" سارة ، قمر ، شريهان ."

إلى من تكاتفنا يدا بيد و نحن نقطف أزهار العلم " جهاد رابحي "

و إلى كل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد و أخص بالذكر: عمي عز الدين .

خولة

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من كانا سببا في مجيئي إلى هذه الدنيا ...أمي وأبي أطال الله عمريهما و قدرني على رد جميلهما .

و إلى كل إخوتي و أخواتي الأعزاء حفظهم الله ، هم سندي و قوتي في مواجهة الحياة

و إلى كل الزملاء و الأصدقاء في الجامعة .

و إلى كل من لديه يد في هذا العمل .

و إلى كل من سيستفيد من هذا العمل البسيط .

جهاد

شكـر و عـــرفـــان

قَالَ تَعَالَى:﴿ وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿١٩﴾ ﴾ [النمل: 19]

الحمد لله حمدا نبلغ به رضاه ونؤدي به شكره و نستوجب به المزيد من فضله .

و للنجاح أناس يقدرون معناه و للإبداع أناس يحصدون فبأصدق المشاعر نعرب عن شكرنا وخالص تقديرنا للأستاذ المشرف الدكتور بلخير سديد الذي تابع خطوات هذا العمل بكل تفان و إخلاص و أمدنا بنصائح و توجيهات سديدة.

كما لا يفوتنا المقام أن نتقدم بجزيل الشكر للأستاذ بوجمعة حمد الذي كان مساعدا و ناصحا.

و نتقدم بالشكر لكافة الطاقم الإداري بقسم العلوم الإسلامية لجامعة محمد بوضياف بالمسيلة.

كما نتقدم بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بمناقشة المذكرة و تصويب أخطائها .

و إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد ، فلكم منا جزيل الشكر و الاحترام و التقدير.

قائمة المختصرات :

- قانون الأسرة الجزائري : ق .أ.ج .

- قانون الأسرة : ق .أ.

- قانون مدني جزائري : ق.م.ج.

- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : ق .إ .م.إ.

- غرفة أحوال شخصية : غ .أ.ش.

- جريدة رسمية :ج.ر.

- مجلد : م.

- طبعة :ط .

- جزء :ج.

- صفحة:ص .

- دون رقم طبعة : د. ط.

- دون رقم صفحة : د .ص .

- دون تاريخ النشر : د .ت. ن.

- دون مكان النشر : د. م. ن.

مقدمة:

بسم الله و الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، و الصلاة و السلام على من بعثه الله رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه وسلم تسليما و بعد:

الأسرة هي البذرة التي يتكون منها المجتمع لتحقيق الغاية من خلق الإنسان و من استخلافه في هذه الأرض، ولهذا أبدى الإسلام عناية خاصة بها فوضع لها فقها متكاملا شاملا لجميع جوانبها النفسية و السلوكية و الاجتماعية، لم ينشأ من فراغ ولا يبحث في عبث، إنما هو فقه واقعي مستمد من النصوص القرآنية و الأحاديث النبوية الشريفة، التي تطال جميع المراحل التي تمر بها الأسرة قبل و ينشد لأن تكون العلاقات داخل هذه الأسرة علاقات مودة و رحمة و سكن للروح تشكيلها و بعدها، وطمأنينة للقلب.

فالزواج سنة من سنن الله في خلقه كما عده سبحانه من نعمه على عباده ، فيقول تبارك وتعالى في هذا السياق﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾ [الروم: 21]،و هو المسلك المثالي الذي اختاره الله لاستمرار الحياة والذي من شأنه أن يحفظ شرف الإنسان و يصون كرامته، و به يتحقق إعمار الكون و حفظ الأنساب وصون الأعراض و لهذا الغرض شرع ، وجعل الاتصال بين الرجل و المرأة بالزواج اتصالا كريما فهما بمثابة اللباس للآخر قَالَ تَعَالَى:﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾[البقرة: 187] .

ولقد ركزت الشريعة الإسلامية في غاياتها الكبرى على جلب المصالح و درء المفاسد،و في حال ساءت العشرة و تفاقمت الخصومة واستمرت ، وفسدت العلاقة بين الزوجين إلى حد كبير يكون البقاء مفسدة محضة ،ولذلك شرع الطلاق في مثل هذه الحال حتى تزول هذه المفسدة الحاصلة .

و تجدر الإشارة هنا إلى أن الطلاق حق للزوج يوقعه بإرادته المنفردة و هذا يعتبر أحد القيود التي وضعها الشارع الحكيم للطلاق و هو ما أقرته المادة 48 ق .أ.ج كطريقة من طرق فك العصمة

الزوجية، فباعتبار الطلاق حق أصيل للزوج قد يوقعه خارج ساحة القضاء أي دون اللجوء إليه وهذا ما انجر عنه ظهور مصطلح لقبي جديد هو الطلاق العرفي والذي يقره الشرع كما هو الحال في الزواج العرفي وهو الذي لم يسجل في المحكمة ، لكن القانون لا يعترف به ولا يقره مالم يكن موثقا، و الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري هو محل دراستنا.

أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية بالغة خصوصا على الصعيد الاجتماعي كون معظم مواد ق .أ.ج التي جاءت منظمة للطلاق تتعارض و أحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما يرفضه المجتمع الإسلامي.

أسباب اختيار الموضوع :

الأسباب التي دفعتنا لاختيار الموضوع تكمن في أنه موضوع لم يعن كثيرا بالدراسة هذا من جهة ومن جهة أخرى يمس حقوق الأفراد، وكذا الرغبة الملحة في الإطلاع على موضوع الطلاق العرفي وإثراء معلوماته ، و معرفة أهم الإشكالات التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري في هذا الموضوع .

أهداف الموضوع :

تهدف دراستنا إلى إبراز التعارض الحاصل بين النصوص القانونية و ما هو ساري به العمل في القضاء الذي يعترف بالطلاق بأثر رجعي في موضوع الطلاق العرفي و بيان الفراغ القانوني، والهدف الرئيسي من هذه الدراسة تبيين الحلول المقترحة حول موضوع الطلاق العرفي، وتقديم توصيات من أجل تعديل ق.أ.ج ليتماشى و التفسيرات القضائية .

إشكالية الموضوع:

طرح موضوع الطلاق العرفي عدة إشكالات من الناحية القانونية و العملية، خاصة منها ما يتعلق بمسألة إثباته وما يترتب عنه من آثار ، لذا فإن من الإشكاليات التي يمكن طرحها هي :

ـ هل يعد الحكم القضائي وسيلة لإثبات طلاق الزوج بإرادته المنفردة أم شرط شكلي بإحداثه يقع الطلاق ؟ أو بعبارة أخرى هل حكم القاضي بالطلاق حكم كاشف أم منشئ؟

ـ ما هي الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الجزائري نظرا لعدم اعترافه بالطلاق العرفي ؟

المنهج المعتمد:

باعتبار المنهج الوسيلة التي يمكن بواسطتها الإجابة على الإشكالية المطروحة حول موضوع البحث فقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث قمنا بوصف موضوع الطلاق العرفي، و ذلك من خلال تقديم كل ما يتعلق به من مفاهيم ، و تحليل بعض النصوص القانونية لتوصل إلى أهم الإشكالات التي تطرحها ، و مقارنة مضامين موضوع البحث بين الشريعة و القانون .

الدراسات السابقة :

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

اعتمدنا على مذكرة "الطلاق و إشكالاته في قانون الأسرة الجزائري" جامعة محمد بوضياف المسيلة، لسنة2017/2016 وإشكالية هذه المذكرة : هل تناول المشرع الجزائري كل مايتعلق بالطلاق أم ترك بعض الأمور غامضة ؟ معتمدة على المنهج الوصفي و التحليلي و المقارن، ومن بين نتائجها أن قانون الأسرة الجزائري مازال بعيدا عن تلبية حاجات الناس إلى الحماية القانونية من خلال إغفاله الحديث عن كثير من المسائل ذات الصلة بالحالة الشخصية للفرد، والتعارض الحاصل في العدة بين الشرع و القانون و مايثيره هذا الأخير من إشكالات من نواح عدة، من بينها إعتبار الطلاق الذي يتلفظ به الزوج دون صدور حكم به طلاق عرفي، وماتشترك به مع مذكرتنا حديثها عن إشكالات الطلاق العرفي .

كما اعتمدنا على مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء التي جاءت تحت عنوان " إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية " ـ دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة.

الجزائر، لسنة 2001ـ 2004 ، و إشكالها تمثل في : هل يحكم بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي أم من تاريخ صدور الحكم ؟ متبعة المنهج التحليلي المقارن الذي استنتجناه من خلال الاطلاع عليها، وقد توصلت إلى عدة نتائج من بينها أن موقف المشرع من مسألة الطلاق هو عدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج القضاء، إلا أن غموض عباراته يوحي بإعترافه به ولكن لا يرتب آثاره إلا إذا صدر في شكل حكم قضائي، و فيما يخص الطلاق العرفي ـ إنه و إن جاءت المادة 222 ق.أ تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لما لم يرد فيه نص ـ فإن هذا لايكفي بل ينبغي عليه التدخل و النص صراحة على إمكانية إثباته بأثر رجعي، وموضوع الإثبات هو ما اشتركت به مع موضوع دراستنا.

صعوبات الدراسة :

واجهتنا أثناء قيامنا بهذه الدراسة عدة صعوبات أبرزها:

ـ قلة المراجع القانونية في هذا الموضوع ، إلا بعض المعلومات المتناثرة في المقالات .

ـ جائحة كورونا التي ألمت بالجزائر خاصة والعالم كافة ، وما انجر عنها من حجر صحي الذي خلق صعوبة التواصل مع الأساتذة المشرفين ، وصعوبة تحصيل الكتب من المكتبات مما صعب علينا البحث .

خطة الموضوع :

للإجابة عن الإشكالية المطروحة اتبعنا في دراستنا الخطة التالية :

تم تقسيم البحث إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول : مفهوم الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. و يحتوي على مبحثين :المبحث الأول : بعنوان تعريف الطلاق العرفي و مشروعيته في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري . أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه:

إلى أركان الطلاق العرفي و أقسامه في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري .

أما بالنسبة للفصل الثاني فقد جاء تحت عنوان إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و آثاره .

الفصل الأول :

مفهوم الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

و يحتوي على مبحثين :

المبحث الأول :

تعريف الطلاق العرفي و مشروعيته في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الثاني :

أركان الطلاق العرفي و أقسامه في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري .

خلق الله الإنسان و جعله خليفة في الأرض و كرمه على سائر المخلوقات قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ۞ وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلۡنَٰهُمۡ فِي ٱلۡبَرِّ وَٱلۡبَحۡرِ وَرَزَقۡنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلۡنَٰهُمۡ عَلَىٰ كَثِيرٖ مِّمَّنۡ خَلَقۡنَا تَفۡضِيلٗا ٧٠ ﴾ [الإسراء:70] من أجل عبادة الله و إعمار الأرض و المحافظة على النوع البشري، لهذا شرع الله الزواج وهو الوسيلة لبناء الأسرة ، وهذه الأخيرة تعتبر اللبنة الأساسية في بناء المجتمع وصلاحه، وهذا العقد ليس كغيره من العقود فهو ليس عقد منفعة بل هو أسمى من ذلك ، لذلك سماه الله بالميثاق الغليظ واعتنى به عناية خاصة ، وهو في الأصل عقد أبدي تجب المحافظة عليه وصيانته ، إلا أنه قد يطرأ عليه ما يعكر صفوه و يقلب موازينه من مودة ورحمة إلى جحيم فيصير نقمة بعد أن كان نعمة وهنا تقتضي الفرقة بعد استنفاذ كل طرق المحاولة لإصلاح العلاقة الزوجية قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ٣٥ ﴾ [النساء: 35] فإن لم يوفقا يغن الله كلا من سعته، قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمٗا ١٣٠ ﴾ [النساء130] ، وتجدر الإشارة أن الإسلام لم يحبذ الطلاق بل وصفه بأنه أبغض الحلال، ولقد وضع الله أساسا جليل الشأن للحياة الزوجية و هو الإمساك بمعروف أم التسريح بإحسان قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [البقرة: 229] .

ومن الناحية القانونية فقد حاول المشرع الجزائري أن يحذو حذو الشريعة الإسلامية في تنظيم أحكام الأسرة عامة و الطلاق خاصة ، و موضوع بحثنا ما يصطلح عليه بالطلاق العرفي ، وفي هذا الفصل سنتطرق إلى ما يتعلق به من مفاهيم .

المبحث الأول : تعريف الطلاق العرفي و مشروعيته في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري .

سنعالج في هذا المبحث تعريف الطلاق العرفي و مشروعيته في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول: تعريف الطلاق العرفي.

جعلت هذا المطلب بين يدي مضمون المذكرة، لأعرض فيه معانى هذه المصطلحات : "الطلاق"و"العرف"و"الطلاق العرفي"وأوضح المقصود منها ،وذلك من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول: تعريف الطلاق.

سنتعرض إلى مقصود "الطلاق" في اللغة و الاصطلاح.

أولا: تعريف الطلاق لغة:

عرف ابن فارس الطلاق قائلا:طَلَقَ:الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطرد واحد، وهو يدُّل على التخلية والإرسال ،والطّلْق:الشيء الحلال،كأنه قد خُلِي عنه فلم يُحظر.[1]

ـ عرفه ابن منظور قال: يأتي لمعنيين أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر التخليم والإرسال ، والجمع أطلاق، وبعير طَلْقٌ وطُلُقٌ : بغير قيد.[2]

ثانيا: تعريف الطلاق اصطلاحا:

سنتطرق إلى تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي ثم في قانون الأسرة الجزائري.

---

[1]ـ ابن فارس : أبي الحسين أحمد ابن فارس بن زكرياء(ت:395هـ) ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق و ضبط عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر، د.م.ن ، د.ط ، د.ت.ن، ج 3، ص 420.

[2]ـ ابن منظور :أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ،دار صادر ، بيروت ،د.ط، د.ت.ن، م 10، ص226.

1ـ تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي:

ـ عرفه الحنفية بأنه:"إزالة ملك النكاح الذي هو قيد معنى".[1]

ـ عرفه المالكية بأنه:"صفة حُكمية ترفع حليّة متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرّتين للحرّ ومرة لذي رقٍ حرمتها عليه قبل زوج"،[2] وعرِّف على أنه:"رفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة". [3]

ـ عرفه الشافعية بأنه:"حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه".[4]

ـ عرفه الحنابلة بأنه:"حل قيد النكاح".[5]

2ـ تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري على الطلاق في المادة 47 و عرفه في المادة 48.[6]

المادة47 ق.أ.ج:"تحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

المادة 48 ق.أ.ج :"...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب

---

[1]ـ عبد الله ابن محمود المنوصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، حققه شعيب الارنؤوط وآخرون ، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، ط1، 1430 هـ ـ 2009م ، ج 3، ص 386.

[2]ـ الرصاع : أبي عبد الله محمد الأنصاري (ت: 894هـ)،شرح حدود ابن عرفة ،حققه محمد أبو الأجفان الطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، د.م.ن، ط1 ،1993م ، القسم 1، ص 271. الحطاب :أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي ، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، تحقيق دار الرضوان ، دار الرضوان، نوا كشط موريتانيا، ط 1 ، د.ت.ن، م 4، ص 396، 397.

[3]ـ الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، مؤسسة الريان ، بيروت لبنان ، ط1423،1هـ ـ 2002م، ج 2، ص 363.

[4]ـ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، اعتنى به محمد خليل عيتاني ،دار المعرفة بيروت، ط 1، 1418هـ ـ 1997م ، ج 3 ،ص 368.

[5]ـ ابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله ابن أحمد بن محمد(ت :620هـ) ، المغني ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون دار عالم الكتب ، الرياض، د.ط ، د.ت.ن، ج 10، ص 323.

[6]ـ نسرين شريقي وآخرون، قانون الأسرة الجزائري ، دار بلقيس ، دار البيضاء الجزائر، ط1 ، أكتوبر 2013م ،ص 69.

من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 54و53 من هذا القانون".[1]

واستعمل المشرع كلمة "حل" التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي.[2]

الفرع الثاني:تعريف العرف.

سنتناول معنى "العرف "في اللغة والاصطلاح.

أولا: تعريف العرف لغة:

ـ عرف ابن فارس العرف قال:العين والراء والفاء أصلان صحيحان،يدّل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة. فالأول العُرف:عُرف الفرس،وسمِّي بذلك لتتابع الشعر عليه،والأصل الآخر المعرفة والعرفان، يقال :عَرَفَ فلان فلانا عِرفانا ومعرفة، وهذا أمر معروف، ومن باب العرف، وهي الرائحة الطيّبة.[3]

ثانيا: تعريف العرف اصطلاحا:

سنعرف العرف في الفقه الإسلامي و القانون .

1 . تعريف العرف في الفقه الإسلامي :

يعرف في الإصطلاح الفقهي بأنه :"عادة جمهور قوم في قول أو عمل".[4]

2 . تعريف العرف في القانون :

هو سنة يتبعها الناس مع شعورهم بالزامها الزاما قانونيا ، فالعرف هو اطراد العمل بين الناس وفقا

---

[1] ـ الأمر 05ـ 02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ ، الموافق ل 27 فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج. ر ،ع 15.

[2] ـ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ـ الزواج والطلاق ـ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر، ط 4، د.ت.ن، ج1، ص 208.

[3] ـ ابن فارس ، المرجع السابق ، ج 4 ،ص 281.

[4] ـ مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ط2 ،1425 هـ ـ 2004م ،ج1،ص 141.

لسلوك معين اطرادا مقترنا باحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك .[1]

الفرع الثالث : تعريف الطلاق العرفي.

بعد تعريفنا لـ"الطلاق" و"العرف"يمكننا أن نستخلص تعريفا لهذا المصطلح اللقبي الحديث، على اعتبار أنه وإن كان الطلاق يقع بإرادة الزوج من دون تدخل القاضي كأصل عام ، إلا أن الدول اليوم أصبحت تصدر تشريعات وقوانين وتلزم النّاس باتباعها، فمخالفها وإن كان قد اتبع طريقة صحيحة بحسب الأصل في إيقاع الطلاق ،غير أنه لم يتقيد بالتشريعات والقوانين فإنه يطلق على تصرفه أنه تصرف عرفي مثل: الطلاق العرفي، والبيع العرفي...وعليه يمكن أن نعرف الطلاق العرفي بأنه: "هو ذلك الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إليه".[2]

. وعرفه الأستاذ فرجي سنوسي حيث قال: "الطلاق العرفي يقصد به الطلاق الشفهي الذي يتلفظ به الزوج بدون اللجوء إلى المحكمة، سواء كان ذلك في حضور جماعة من المسلمين وإمام المسجد أو كان في مواجهة الزوجة وحدها دون حضور أي شخص آخر. فالطلاق الشفهي لا توجد أي وثيقة رسمية تثبته بخلاف الطلاق الرسمي الذي يصدر بحكم قضائي".[3]

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

بالرغم من أن الطلاق أبغض الحلال عند الله إلا أنه ثبتت مشروعيته، لذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين :

[1]- سمير تناغو ،النظرية العامة للقانون ، توزيع منشأة المعارف ، الإسكندرية ، د.ط ، 1974م،ص 424.

[2]- بوجمعة أحمد ، "إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، م2 ، ع 10، جوان 2018، ص 766.

[3]- فرجي بن سنوسي ،" إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري "، صالح للنشر بمجلة الكلية ، كلية الحقوق جامعة تلمسان الجزائر ، رقم الإيداع 301،ص 84.

الفرع الأول : مشروعية الطلاق و الحكمة منها في الفقه الإسلامي .

سنعالج ضمن هذا الفرع مشروعية الطلاق و الحكمة منها .

أولا: مشروعيته .

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة و الإجماع .

. من القرآن: قَالَ تَعَالَى:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [البقرة: 229] ووجه الدلالة من هذه الآية أن الطلاق هو حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة وهو مباح بهذه الأية و بغيرها، و قَالَ تَعَالَى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: 1] في هذه الأية خوطب النبي ﷺ بلفظ الجماعة تعظيما و تفخيما، فالخطاب هنا للنبي وحده و المعنى له وللمومنين ، وفيه بيان لشرع مبتدأ.[1]

. من السنة : قوله ﷺ : "أبغض الحلال إلى الله الطلاق " [2] وحديث ابن عمر رضي الله عنه انه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ امره فليراجعها ثم ليتركها 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 ."[3]

---

[1] ـ القرطبي: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت : 671ه) ، الجامع لأحكام القرآن ، حققه عبد الله المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، ط1، 1427ه ـ 2006م ، ج4 ، ج21، ص 55 ، 26 ،27.

[2] ـ أخرجه أبي داوود (ت:275ه)في سننه، كتاب الطلاق ، باب في كراهة الطلاق ، حديث رقم: 2178. سنن أبي داوود ، تحقيق: شعيب الارنؤوط وآخرون ، ، دار الرسالة العلمية ، د.م.ن، ط خاصة ،1430ه .2009م، ج3، ص504،505. أخرجه ابن ماجه (ت:275ه) في سننه، كتاب الطلاق ، باب حدثنا سويد بن سعيد ، حديث رقم :2018. سنن ابن ماجه ،مطبعة دار إحياء الكتب العربية ،د.م.ن، د.ط ، د.ت.ن ، ج1،ص 650.

[3] ـ أخرجه مسلم(ت:261ه) في صحيحه، كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ،حديث رقم: 1471. صحيح مسلم، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ،ط1، 1412ه .1991م ،ج1،ص 1093.أخرجه البخاري (ت:256ه) في صحيحه، كتاب الطلاق ، باب قوله تعالى "يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة"، حديث رقم:5251 ، صحيح البخاري، دار ابن كثير ،دمشق ،ط1423،1ه ـ 2002م، ص1338.

وقال عمر طلق النبي ﷺ حفصة ثم راجعها .[1]

وأجمعت الأمة الإسلامية على جواز الطلاق و المعقول يؤيده فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة و ضررا مجردا ،بإلزام الزوج النفقة و السكنى و حبس المرأة مع سوء العشرة و الخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع ما يزيل الزواج لتزول المفسدة الحاصلة منه .[2]

ثانيا :الحكمة من مشروعيته .

الزواج رابطة بين الرجل والمرأة وشرعه الله لمقاصد سامية و أغراض نبيلة أهمها تكوين الأسر والجماعات على وجه يكفل سعادتها ويحقق هناءتها وأن يكون عونا على اجتياز مراحل الحياة الشاقة و احتمال أعبائها المضنية، ولكن هذه الرابطة قد تعتريها حالات لا تتوفر معها المحبة بين الزوجين ولا يستقيم فيها معنى التعاون على شؤون الحياة و القيام بما أمر الله فتنقلب بسببها الحياة الزوجية رأسا على عقب، فقد يصل الشقاق و الخلاف بين الزوجين إلى حد يستحيل عنده الصلح و تصبح معه الحياة الزوجية جحيما لا يطاق بعد أن كانت سكنا و راحة [3]، فإذا ما عجز الزوج عن إصلاح زوجته أو عجزت الزوجة عن إصلاح زوجها لم يتركهما يتخبطان في الظلام بل أوضح لهما المخرج و المخلص فشرع الطلاق حسما للشقاق وعلاجا للحياة الزوجية، و حلا وسطا لتحقيق الرغبات فقد لا توافق الزوجة زوجها لعقمها المفوت لما يرجوا من نسل، وما ينبغي من ولد، فيأخذ الزوج في ظلم زوجته و ينتحل المعاذ لفراقها وقد يتعدى حدود الله في ذلك ففتح الشرع أمامه طريق الخلاص على خير وجه و أفضل وسيلة .[4]

---

[1]- أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الطلاق ، باب حدثنا سويد بن سعيد ، حديث رقم 2016،ص 650.

[2]- الحبيب بن طاهر ، الفقه المالكي و أدلته ، مؤسسة المعارف ، بيروت لبنان ، ط 2 ،1426هـ - 2005م ، ج4 ،ص 357.

[3]- أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد و نفقة الأقارب - الدار الجامعية كلية الحقوق ، جامعة بيروت العربية ، د.ط ، د.ت.ن، ص 25.24.

[4]- بدران أبو العينين بدران ،أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام - بحث تحليلي و دراسة مقارنة - دار التأليف ، القاهرة ،ط2،1961 م، ص 214.

الطلاق في الأصل حق للزوج لأن النصوص من القرآن و السنة أسندته إلى الرجلقَالَ تَعَالَى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: 1] وقوله:﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ [البقرة: 236]و قول الرسول ﷺ :" يا عبد الله بن عمر طلق زوجتك"[1] وقوله "مره فليرجعها ، ثم يطلقها "[2] فهذه النصوص صريحة كل الصراحة في أن الطلاق حق للزوج و ليس ذلك غبنا للمرأة بل هو حفاظ عليها و تقديس للرابطة الزوجية لأن الشارع الذي أوجب على الزوج المهر وجعله مسؤولا عن الأسرة يسعى من أجلها و يقوم بواجباتها، والرجل بطبيعته أضبط لمشاعره من المرأة فيكون أحرص على بقاء الزوجية لما تحمله من نفقات و تجنبا لتبعات المالية التي تلحقه بسبب الطلاق من مؤخر الصداق و نفقة العدة ، ومن مهر جديد و نفقات أخرى إذا ما رغب في التزوج مرة أخرى، ولو جعل الطلاق بيد المرأة لاضطربت الحياة الزوجية و لما استقر لها قرار لسرعة تأثرها واندفاعها وراء العاطفة و ليس هناك ما يحملها على التروي و الأناة حيث لا تغرم شيئا.[3]

ثم إن قبلت الزواج على أن الطلاق بيد الرجل و تستطيع أن تشترطه لنفسها إن رضي الرجل منذ بداية العقد ولها أيضا إن تضررت بالزوج أن تنهي الزواج بواسطة بذل شيء من مالها عن طريق الخلع أو عن طريق فسخ القاضي الزواج بسبب مرض منفر أو لسوء العشرة و الإضرار أو لغيبة الزوج أو حبسه أو عدم الإنفاق...إلخ.[4]

وفي الفقه الإسلامي ما من شيء مشروع إلا وتعتريه الأحكام الخمس و كذلك الأمر بالنسبة للطلاق إلا أن الفقهاء اختلفوا في أصله على قولين أهو على الإباحة أم الحظر

---

[1]- أخرجه الترمذي (ت: 279هـ) في سننه ،كتاب أبواب الطلاق و اللعان ، باب ما جاء في الرجل يسأله أبوه أن يطلق زوجته ، حديث رقم: 1189، سنن الترمذي ـ الجامع الكبير ، تحقيق بشار عواد معروف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، ط1،1996م ،م2، ص 480.

[2]- سبق تخريجه، ص12 .

[3]- محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ـ دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ـ الدار الجامعية ، بيروت ،ط4 ، 1403هـ ـ1982 م ، ص 493 .

[4]- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر، دمشق ،ط 2 ،1405هـ ـ 1985م ،ج7، ص 360.

ـ أدلة القائلين بالإباحة :إطلاق الآيات القرآنية التي جاءت بأحكام الطلاق فمن ذلك قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ ﴾ [البقرة: 236] وفي هذه الآية ابتداء إخبار برفع الحرج عن المطلق قبل البناء و الجماع فرض مهرا أو لم يفرضقَالَ تَعَالَىٰ:﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: 1] ذلك كله يقتضي إباحة إيقاع الطلاق.[1]

ـ السنة النبوية : وقد طلق النبي ﷺ حفصة حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة[2]، والنبي ﷺ لا يفعل شيئا محظورا ، و كذلك فقد طلق الصحابة زوجاتهم دون بيان سبب الطلاق فدل أنه مباح فقد طلق عمر أم عاصم رضي الله عنهما و طلق عبد الرحمن بن عوف تماضر و كان الحسن بن علي يكثر من الطلاق .

ـ القياس : إن الطلاق إزالة الملك بطريق الإسقاط فيكون مباحا في الأصل كالإعتاق .[3]ولجمهور الفقهاء ينسب هذا القول.

وهناك من قال أن الأصل في الطلاق الحظر و الإباحة باعتبار الحاجة فقال ابن تيمية الأصل في الطلاق الحظر و إنما أبيح منه قدر الحاجة و يباح في بعض الأحوال كما إذا احتاج إليه فعند الحاجة مباح و بدون الحاجة مكروه عند بعضهم .

ـ أدلة القائلين بالحظر :الأحاديث التي وردت عن رسول الله ﷺ بالنهي عن الطلاق ومن ذلك أبغض الحلال إلى الله الطلاق [4]، وهناك أحاديث كثيرة في كتب الفقه تحث على ترك الطلاق و النهي عنه.

ـ إن الزواج نعمة من الله لما فيه من مصالح الدين والدنيا و قد قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً ﴾ [الروم: 21] ففي الطلاق

[1] ـ القرطبي ، المرجع السابق ، ج4 ، ص 157.

[2] ـ سبق تخريجه ، ص12.

[3] ـ عبد الرحمن الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية ـ دراسة مقارنة ـ تقديم محمد أبو زهرة وآخرون، دار الفكر ، القاهرة ، ط2،1968 م، ص 87،88.

[4] ـ سبق تخريجه، ص12.

كفران بهذه النعمة وقطع لصلة المودة والرحمة ونكران لهذا الرباط المقدس الذي ربط الله به بين قلبين ليكونا نواة صالحة في بناء هذا المجتمع .

ـ ثم إن الطلاق دون حاجة تدعو إليه بغي و ظلم و هذا لا يجوز في الإسلام [1] قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًاۗ ﴾ [النساء: 34] ، و دلت الآية على تأديب الرجال نساءهم فإذا حفظن حقوق الرجال فلا ينبغي أن يسيء عشرتها.[2]

و الطلاق تعتريه الأحكام الأربعة الأخرى [3]، فقد يكون واجبا وذلك عند تفريط المرأة في حق من حقوق الله الواجبة عليها ولا يمكن إجبارها عليه ، و كذا في حالة مرض أحد الزوجين أو عقمه و عدم تحقيق مقاصد الزواج ، وقد يكون محرما كالطلاق البدعي بجميع صوره ، كما سيأتي بيانه في أقسام الطلاق وبسؤال المرأة زوجها الطلاق بلا سبب ولا داعي [4]ويشهد لذلك قوله ﷺ :" أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة "[5]،وقد يكون مندوبا إذا كانت المرأة فاسدة الأخلاق واشتد النزاع و عز الوفاق ، وقد يكون مكروها إذا كان بلا مقتضى ولا سبب فإذا لم تكن حاجة إلى الخلاص يكون الطلاق حمقا وسفاهة رأي[6].

---

[1]ـ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ،ص 89 ـ91 .

[2] ـ القرطبي ، المرجع السابق ، ص 280.

[3]ـ الحبيب بن طاهر ، المرجع السابق، ص 26.

[4]ـ طارق أنور أل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، دار الإيمان ، الإسكندرية ، د.ط ، د.ت.ن ،ص 10، 11.

[5]ـ أخرجه أبي داوود في سننه ،كتاب الطلاق ، باب في الخلع ، حديث رقم: 2226، ص 543. أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الطلاق ، باب كراهية الخلع للمرأة ، حديث رقم :2055، ص 662.

[6]ـ بدران أبو العينين ، المرجع السابق ،ص 218.

الفرع الثاني : مشروعية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري :

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 49 من ق. أ[1]، على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي بعد عدة محاولات، يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، ونصت الفقرة الثانية منها على أنه يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح الواقعة مع كاتب الضبط و الطرفين ، كما نصت الفقرة الثالثة على أن تسجل أحكام الطلاق وجوبا في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

من تحليل هذه المادة يمكن أن نستنتج بأن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم وأن أي طلاق عرفي يقع شفهيا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانونا ولا يحتج به اتجاه الغير[2]، فبالتالي المادة حصرت وسيلة إثبات الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية ، مما يفهم منه تجريد الطلاق الذي قد يلفظ به الزوج من كل قيمة قانونية ، فالقانون لا يعترف به ولا يقره ما لم يكن موثقا من ثمة يفقده آثاره ، وتوابعه من حقوق وواجبات فمن الناحية القانونية لا حقوق للمطلقة من زواج رسمي على مطلقها ما لم يتم توثيق الطلاق و الحصول على شهادة رسمية.[3]

المبحث الثاني : أركان الطلاق العرفي و أقسامه في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

سنحاول التعرض في هذا المبحث إلى كل من أركان الطلاق و أقسامه و ذلك في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : أركان الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري .

سنتطرق في هذا المطلب لأركان الطلاق في كل من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و التي هي أربعة أركان في الفقه و ثلاثة في ق.أ :

---

[1] ـ الأمر 05ـ 02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ ، الموافق ل 27فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج. ر ،ع 15.

[2] ـ عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ـ أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ـ دار هومة ، الجزائر، د.ط ، 2007م، ص119.

[3] ـ ابتسام محاتفي ، الطلاق و إشكالاته في قانون الأسرة الجزائري ـ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ـ مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص أحوال شخصية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2016ـ2017م، ص49.

الفرع الأول : أركان الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي .

الزوج (المطلق)،الزوجة ،والصيغة إضافة إلى القصد هي أركان الطلاق العرفي.

أولا: الزوج (المطلق).

و هو الزوج أو نائبه أو وليه إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا و يدخل في النائب الحاكم و الوكيل ومن الوكيل الزوجة إذا جعله بيدها [1]فلا يقع طلاق الأجنبي الذي لا يملك عقدة النكاح لأن الطلاق هو رفع عقدة النكاح فلا تتحقق ماهية الطلاق إلا بعد تحقق العقد فلو علق الطلاق على زواج الأجنبية كما لو قال: زينب طالق إن تزوجتها ثم تزوجها فإن طلاقه لا يقع[2] لقوله صلى الله عليه وسلم :" لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق فيما لا يملك و لا طلاق فيما لا يملك ."[3]

ـ شروطه : يشترط أن يكون الزوج مكلفا بالغا عاقلا مختارا باتفاق وأن يكون عند المالكية مسلما وأن يعقل الطلاق عند الحنابلة.[4]

ـ أن يكون عاقلا : فلا يصح طلاق المجنون و لو كان جنونه متقطعا يأتيه مرة و يزول عنه مرة أخرى، فإذا طلق حال جنونه لا يعتبر ولا يحسب عليه بعد الإفاقة، والمراد بالجنون من زال عقله بمرض، فيدخل الغمى عليه و المحموم الذي غيبت عقله الحمى، فصار يهذي ومن زال عقله بسبب صداع شديد أو مرض مخي .[5]

ـ طلاق السكران :اختلف الفقهاء في إيقاعه فقال الأئمة الثلاثة لا يقع طلاقه، ولو كان سكره بمعصية وحجتهم أن السكران لا قصد له ولا طلاق من غير قصد .كما سيأتي بيانه في ركن القصد .

---

[1]ـ الحبيب بن طاهر ، المرجع السابق ،ص 42.

[2]ـ عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، ط2 ،1424هـ ـ 2002م،ج4 ،ص 250.

[3]ـ أخرجه الدارقطيني(ت: 385هـ) في سننه ، كتاب الطلاق و الخلع ، حديث رقم :42/3866 ، بلفظ " ليس على الرجل طلاق" ، سنن الدارقطيني تحقيق :عادل أحمد عبد الموجود وآخرون ، دار المعرفة ، بيروت لبنان، ط1، 1422هـ ـ 2001م ،ج3، ص 268. أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب أبواب الطلاق و اللعان ، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ، حديث رقم: 1181،ص 472.

[4]ـ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ،ص364.

[5]ـ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع نفسه ،ص 251.

و لأنه مبتلى بذهاب عقله فتبطل تصرفاته كالمطلق زائل العقل بجنون، ولأنه ﷺ قال :" فيما يرويه عثمان رضي الله عنه :" ليس لمجنون ولا سكران طلاق ".[1]واختار هذا الرأي بعض الحنفية كالطحاوي إلا أن المشهور أن طلاق السكران يرجع إلى سبب سكره فيرون أن السكران بشيء مباح كالبنج والدواء لا يقع طلاقه ، أما من كان سبب السكر محظور كمن شرب خمر ونحوها فلا يكون معذورا فيقع طلاقه و حجتهم أن السكران مكلف فهو مؤاخذ بما ينطق فالمحرم لا يسقط المسؤولية، ولأنه لو قذف لأقيم الحد عليه.[2]

ـ طلاق المكره : المكره لا إرادة له ولا اختيار و الإرادة و الاختيار هما أساس التكليف فإذا انتفيا انتفى التكليف واعتبر المكره غير مسؤول عن تصرفاته لأنه مسلوب الإرادة التي هي مناط التكليف، لذلك من أكره على النطق بكلمة الكفر لا يكفر بذلك قَالَ تَعَالَى:﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴾ [النحل: 106] و كذلك من أكره على الطلاق لا يقع طلاقه ،و يشهد لذلك قوله صلى الله عليه وسلم :" إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه ".[3]و هذا مذهب إليه جمهور الأئمة مالك و الشافعي وأحمد، و رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية و لم يخالف في ذلك إلا الإمام أبو حنيفة و أصحابه ، ولا حجة لهم فيما ذهبوا إليه، فكلام المكره كله لغو لا يعتد به بخلاف أفعاله ففيها تفصيل.

ـ أما السفيه : فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ، ومالك و الشافعي وأبو حنيفة و أصحابه و منع منه عطاء و الأولى صحته، لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق، فوقع طلاقه كالرشيد و الحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ماهو محجور عليه فيه كالمفلس.[4]

---

[1]ـ أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق و المكره و السكران و المجنون و أمرهما و الغلط و النسيان في الطلاق و الشرك و غيرهما ، ص 1343.

[2]ـ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،د.ط ، د.ت.ن ، ص 289.

[3]ـ أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره و الناسي، حديث رقم: 2045، ص 659.أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء فيمن يحدث نفسه بطلاق امرأته ، حدث رقم: 1183، ص 475. أخرجه أبي داوود في سننه ، كتاب الطلاق ، باب الوسوسة بالطلاق بلفظ "إن الله تجاوز لأمتي ..."، حديث رقم :2209، ص 532.

[4]ـ طارق بن أنور آل سالم ، المرجع السابق ، ص 16،17 .

ـ وأضافت المالكية الإسلام: فلا يصح من كافر ، سواء كانت زوجته التي طلقها الكافر كافرة أو مسلمة .[1]

ـ وأن يعقل الطلاق عند الحنابلة : فأجاز الحنابلة طلاق المميز يعقل الطلاق و لو كان دون عشر سنين بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها و يصح توكل المميز في الطلاق وتوكله فيه، لأن من صح منه مباشرة الشيء صح أن يوكل و يتوكل فيه، ولا يصح أن يطلق الولي على الصبي أو المجنون بلا عوض لأن الطلاق ضرر.[2]

أما بخصوص مسألة التوكيل إن الزوج الذي يملك الطلاق، له أن يوكل غيره في إيقاعه، لأن القاعدة الشرعية تقول " من ملك تصرفا يملك الإنابة فيه إن كان قابلا للإنابة " وقد تكون الإنابة في الطلاق للزوجة نفسها، ويسمى ذلك تفويضا و يجوز أن تشترط هذا التفويض عند إنشاء عقد الزواج فيكون لها أن تطلق نفسها في الوقت الذي يثبته التفويض أو متى شاءت على حساب ما تدل عليه الصيغة فتكون مالكة لتطليق نفسها، ولكن بالنيابة عن زوجها .[3]

ـ طلاق الهازل :الهازل هو من يقول القول غير قاصد لحقيقته و لمجازه ، وقد اختلف الفقهاء في وقوع طلاقه ، فذهب الحنفية و جمهور الفقهاء إلى أن طلاقه واقع لقوله ﷺ :" ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح و الطلاق و الرجعة"[4] لأن الهازل أتى بالسبب أي اللفظ و هو الطلاق غير ملتزم لحكمه وترتب الأحكام على أسبابها إنما هو للشارع لا للعاقد ، فإذا أتى المطلق بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى ولا تقبل منه دعوى أنه كان هازلا أو لاعبا ،لأن أحكام الله تعالى جد كلها فمن هزأ بها لزمته [5].

---

[1]ـ الحبيب بن طاهر، المرجع السابق ، ص 42.

[2]ـ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص 249.

[3]ـ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 249.

[4]ـ أخرجه الدرقطيني في سننه ، كتاب الطلاق والخلع والايلاء وغيره ،حديث رقم: 50/3874، ص 270. أخرجه أبي داوود في سننه، باب في الطلاق على الهزل ، حديث رقم :2194، ص 516. أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب الطلاق ، باب من طلق أو أنكح أو راجع لاعبا ، حديث رقم: 2039، ص 658.

[5]ـ أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 61.

ـ طلاق المخطئ : المخطئ هو من أراد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه إليه دون قصد منه ، فقد رأى فقهاء الأحناف أنه يعامل به قضاء أما ديانة فيما بينه و بين ربه فلا يقع عليه طلاقه و زوجته حلال عليه، وذلك لأن كلا من هؤلاء غير قاصد للفظ ، فيكون كلامه من قبيل اللغو الذي لا يعتبر شرعا ويشهد لذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [الأحزاب: 5] وأيضا ما جاء عنه ﷺ من حديث ابن عباس أنه قال:"إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان ، وما استكرهوا عليه ."[1]و لكنه يعامل به قضاء لأن القاضي لا علم له ببواطن الأمور وكذلك سدا للذريعة، حتى لا يدعي كل من طلق أنه كان غافلا أو ساهيا فيحكم بطلاقه و الله أعلم.[2]

ـ طلاق الغضبان:الغضبان هو من اعترته حالة انفعال ، أخرجته عن وعيه و طبيعته و ليس الغضب درجة واحدة بل درجات متفاوتة،[3] أما طلاق الإغلاق فعن عائشة رضي الله عنها أنها سمعت النبي ﷺ يقول :" لا طلاق و لا عتاق في إغلاق "[4] يعني الغضب أما درجات الغضب فهي ثلاثة : أحدها مايزيل العقل ، وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع، والثاني: ما يكون في مباديه فهذا يقع طلاقه، والثالث: أن يستحكم و يشتد به، فلا يزيل عقله بالكلية ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال فهذا محل النظر[5]، والبحث هو في هذا الصنف ويدل على عدم وقوع طلاقه قوله تعالى:﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [البقرة: 225] و قد فسرتها أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها بقولها أيمان اللغو ما كان في الهزل والمراء والخصومة والحديث الذي لا يعتمد عليه القلب، و طلاق الغضبان مما يلحق أيمان الخصومة مما لا يعتمد عليها القلب فلا سبيل لإيقاعه.[6]

---

[1] ـ سبق تخريجه ، ص19.

[2] ـ طارق بن أنور أل سالم ، المرجع السابق ، ص29،28.

[3] ـ أحمد فراج حسين ،المرجع السابق ، ص60.

[4] ـ أخرجه أبي داوود في سننه ، كتاب الطلاق ، باب في الطلاق على غلط ، حديث رقم: 2193، ص 514.

[5] ـ ابن القيم الجوزية: محمد ابن أبي بكر ابن أيوب ، مختصر زاد المعاد في هدي خير العباد ، اختصره أحمد بن عثمان المزيد ، مدار الوطن للنشر ،د.م.ن، ط1، 1438هـ ـ2017م ، م 4 ، ص 480.

[6] ـ عمرو عبد المنعم سليم ، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته ، دار الضياء ،د.م.ن، د.ط ، د.ت.ن ، ص 145ـ 148.

ثانيا : الزوجة (المطلقة).

لا يقع الطلاق على المرأة إلا إذا كانت محلا له بأن تكون الحياة الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة لم تخرج عنه بطلاق أو فسخ أو حكم مثل هذه هي المرأة التي يقع عليها الطلاق[1]، فلا يقع على الأجنبية ، ومثلها الموطوءة بملك اليمين فلو طلق جاريته لا يقع طلاقه لأنها ليست زوجة، ولو قال هند بنت فلان طالق ثم تزوجها فلا يقع طلاقه الأول ويكون مالكا لطلقات الثلاث، ويلحق بالأجنبية امرأته التي طلقها طلاقا بائنا و لم يجدد عليها العقد أما المطلقة رجعيا فإن طلقها وهي في العدة فإنه يقع و يلحق بالأول لأن الطلاق الرجعي لم يخرجها عن كونها زوجة له[2]، و الزوجة يشترط مع بقائها في عصمة زوجها أن تكون زوجة بعقد صحيح.[3]

ـ أن تكون طاهرة من الحيض و النفاس في المدخول بها غير الحامل الحاضر زوجها وكذلك الغائب الذي يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه إلى آخر ، أما إذا كان لا يعلم ذلك فعليه أن يتحرى فترة الانتقال، فإن طلقها بعد التحري وقع الطلاق و إن صادف الحيض، أما إذا لم يتحر وطلقها وصادف الحيض فلا يقع .

ـ أن يكون الطلاق في طهر لم يمسها فيه و يسقط هذا الشرط في الصغيرة و الآيسة و الحامل .

ـ تعيين المطلقة بأن يقول : فلانة طالق أو يشير إليها بما يرفع الاحتمال .[4]

ـ لا يقع طلاق المعتدة من فسخ الزواج بسبب عدم الكفاءة أو نقص المهر عن المثل أو لخيار البلوغ أو لظهور فساد في العقد بسبب فقد شرط من شروط صحته .

ـ لا يقع الطلاق على المطلقة قبل الدخول لأنها قد بانت منه بمجرد صدور الطلاق فيكون الطلاق بعد ذلك لغوا .

---

[1]ـ طارق بن أنور آل سالم ، المرجع السابق ، ص 29.

[2]ـ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص 250.

[3]ـ أمينة الجابر ، "الطلاق في الإسلام" ـ حولية كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية جامعة قطر ـ ع 10، 1413هـ ـ 1992م ، ص 113.

[4]ـ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص505.

وصفوة القول أن كل امرأة ليست للمطلق، وليست في عصمته ، لا يقع عليها طلاق. [1]

ثالثا :الصيغة .

مادام الزوج الذي يصح طلاقه لابد له من أن يعبر عن رغبته في تطليق زوجته فإن ما سيلجأ إليه قد يكون في نظر العلماء صيغة صريحة الدلالة، وقد تكون غير صريحة الدلالة، كما قد تكون منجزة أم معلقة أو مضافة إلى زمن.[2]

فيقع الطلاق بكل لفظ يدل عليه إذا وضحت الدلالة واستبان قصد إيقاع الطلاق .كما سيتم بيانه في ركن القصد . بيد أن الطلاق ككل الحقائق له ألفاظ تدل عليه بأصل وضعها أو بإشهار الاستعمال فيها حتى صار معناها يتبادر إليها من غير حاجة إلى قرائن، ولذلك كانت الألفاظ الدالة على الطلاق قسمين : ألفاظ صريحة في الطلاق وألفاظ تدل عليه بطريق المجاز، ويسمى التطليق بها في عرف الفقهاء الطلاق بالكناية ، كما يسمى التطليق بالأولى الطلاق الصريح.[3]

1ـ ألفاظ الطلاق :

أ ـ اللفظ الصريح :هو لفظ الطلاق فقط ، وكل ما اشتق منه و هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، والشافعي يرى أن ألفاظ الطلاق الصريحة التي لا تحتاج إلى نية عنده ثلاثة وهي الطلاق والفراق و السراح وهي المذكورة في القرآن الكريم وعند بعض أهل الظاهر.

ب ـ لفظ الكناية :عند علماء البيان الكناية لفظ يقصد بمعناه معنى ثان ملزم له وهي لا تنافي إرادة الموضوع له فإنها استعملت فيه لكن قصد بمعناه معنى ثان، وفي الفقه هنا ما احتمل الطلاق وغيره ولا تطلق بها إلا بنية أو دلالة الحال أي لا تطلق بالكنايات قضاء إلا بإحدى هاتين لأنها غير

[1] ـ طارق أنور آل سالم ، المرجع السابق ،ص 30،31.

[2] ـ أمينة الجابر ، المرجع السابق ، ص 314.

[3] ـ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 294.

موضوعة للطلاق بل موضوعة لما هو أعم منه ، والمراد بدلالة الحال الحالة الظاهرة المفيدة لمقصوده [1].

وفي قول الرجل لزوجته الحقي بأهلك طلاق، فعن عائشة رضي الله عنها : أن ابنة الجون لما أُدخلت على رسول الله ﷺ ودنا منها، قالت أعوذ بالله منك، قال لها(لقد عذت بعظيم ،الحقي بأهلك)[2] فتكون الحقي بأهلك كناية طلاق لأنه لم يزد غير ذلك ويدل على أن الحقي بأهلك كناية يجب اقترانها بنية كي يقع بها طلاق أنه قد جاء في قصة كعب بن مالك: أنه لما قيل له :اعتزل امرأتك قال : الحقي بأهلك ،فكوني عندهم ولم يرد الطلاق فلم تطلق[3].

فهذان الحديثان دليل على أن هذه اللفظة قد تكون طلاقا وقد لا تكون طلاقا مع عدم القصد والنية [4]، أما قول الرجل لزوجته أنت علي حرام فليست بطلاق لحديث ابن عباس رضي الله عنه قال: إذا حرم الرجل امرأته ليس بشيء، **قَالَ تَعَالَىٰ**:﴿ لَّقَدۡ كَانَ لَكُمۡ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسۡوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾ [الأحزاب: 21] و لمسلم عن ابن عباس إذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها [5]، فالحديث دليل على أن تحريم الزوجة لا يكون طلاقا، و إن كان يلزم فيه كفارة يمين. فالتحريم لغو لا حكم له في شيء من الأشياء والحجة على ذلك أن التحريم والتحليل إلى الله تعالى، كما **قَالَ تَعَالَىٰ**:﴿ وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلۡسِنَتُكُمُ ٱلۡكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٞ وَهَٰذَا حَرَامٞ ﴾ [النحل: 116] وقد قال لنبيه ﷺ:﴿ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ﴾[التحريم: 1] و **قَالَ تَعَالَىٰ**:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمۡ﴾

---

[1]- أبي البركات عبد الله ابن أحمد ابن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية ، شرحه زين الدين ابن إبراهيم ابن محمد المعروف بابن نجيم المصري ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1، 1418هـ - 1997م ، ج3، ص 519.

[2]- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق ، حديث رقم: 5254 ، ص1339،1338. أخرجه الدارقطيني في سننه ، كتاب الطلاق و الخلع ، حديث رقم: 81/3905، ص 281.

[3]- أخرجه أبي داوود في سننه ، كتاب الطلاق ، باب فيما عني به الطلاق والنيات ، حديث رقم :2202، ص 527.

[4]- ابن حجر العسقلاني (ت : 852هـ)، سبل السلام شرح بلوغ ا لمرام ، تصنيف محمد ابن إسماعيل الصنعاني و تعليق محمد ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف للنشر ، الرياض ،ط1، 1427هـ - 2006م ، ج3 ، ص 485.

[5]- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب لم تحرم ما أحل الله لك ، حديث رقم: 5266، ص1342.أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته و لم ينو الطلاق ، حديث رقم: 1473، ص 1101.

[المائدة:87] قالوا لأنه لا فرق بين تحليل الحرام و تحريم الحلال ، فلما كان الأول باطلا ، فليكن الثاني باطلا ثم إن قوله هي حرام إن أراد به الإنشاء، فإنشاء التحريم ليس إليه، وإن أراد به الإخبار فهو كذب [1].

وكذلك يقال في كنايات الطلاق لفظ "خلية" فيقال ناقة خلية أي مطلقة من عقالها، ولفظ "بريئة "ويحتمل أنت بريئة عن النكاح، ولفظ "حبلك على غاربك " وهو تمثيل هيئة الناقة التي أريد إطلاقها وإنه استعير للمرأة و جعل كناية عن طلاقها[2].

ج ـ الطلاق بالكتابة : يقع الطلاق بالكتابة و لو كان الكاتب قادرا على النطق على ما ذهب إليه الحنفية.[3]

د ـ الطلاق بالإشارة : الإشارة من الأخرس أداة تفهيم و لذا تقوم مقام اللفظ في إيقاع الطلاق إذا أشار إشارة تدل على قصده في إنهاء العلاقة الزوجية، ولكن اشترط بعض الفقهاء ألا يكون عارفا بالكتابة ولا قادرا عليها فلا يعدل عن الكتابة إلى الإشارة إلا لضرورة العجز عنها.[4]

إذن فالطلاق يقع بالكتابة و المراسلة أما طلاق الأخرس فيكون بالإشارة المعهودة منه الدالة على قصد الطلاق .[5]

2ـ قدر الطلاق والطلاق الثلاث:

أـ قدر الطلاق :قد منح الإسلام للمسلم ثلاث تطليقات في ثلاث مرات ، على أن يطلقها كل مرة في طهر لم يجامعها فيه طلقة واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ، فإن بدا له أن يمسكها في العدة

---

[1]ـ ابن حجر العسقلاني ، المرجع السابق ، ص482.

[2]ـ أبي البركات عبد الله ابن أحمد ابن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي ، المرجع السابق ، ص 523.

[3] ـ أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 74.

[4]ـ طارق أنور آل سالم ، المرجع السابق ، ص 35

[5]ـ عمر فروخ ، الأسرة في الشرع الإسلامي ، مطبعة المكتبة العلمية و المكتبة العصرية ، بيروت ، ط1،1370هـ ـ 1951م ، ص 141.

أمسكها ، و إن لم يراجعها حتى انقضت عدتها ، أمكن أن يردها إليه بعقد جديد ، و إن لم يكن له فيها غرض لم يشره أن تتزوج بزوج غيره . [1]

ب ـ الطلاق الثلاث بلفظ واحد: قَالَ تَعَالَى:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [البقرة: 229]جاءت هذه الأية في باب جواز الثلاث و قوله تعالى﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ إشارة إلى أن هذا التعديد إنما هو فسحة لهم فمن ضيق على نفسه لزمه [2]، و كذلك دلت هذه الآية على جملة من الأمور ومنها أن الطلقات الثلاث لا تقع دفعة واحدة بل تقع على دفعات ، فالطلاق المقترن باللفظ و الإشارة ينبغي بمقتضى نص الآية ألا يقع إلا واحدة ، لأنه دفعة واحدة ، لكن الأئمة الأربعة أمضوه إذا طلق الثلاث دفعة واحدة ، وإن طلق اثنين ، وقع اثنين ، و خالفهم غيرهم ،فبعض العلماء قال إن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث لا يقع به شيء وهو قول الشيعة الإمامية ، وبعضهم قال إن الطلاق الثلاث في مجلس واحد ، يقع طلقة واحدة رجعية وأخذ بهذا الرأي ابن تيمية وغيره .[3]

3. أنواع الصيغة:

فالصيغة كما يمكن أن تكون صريحة وكناية قد تكون منجزة وغير منجزة، ولقد قسم الفقهاء الصيغة من حيث التنجيز وعدمه إلى ثلاثة أقسام منجزة ومعلقة ومضافة إلى زمن[4]

أ. الصيغة المنجزة :هي التي خلت من التعليق والإضافة يكون الطلاق المنجز ما خلت صيغته من الإضافة إلى زمن مستقبل والتعليق على حصول أمر في المستقبل كأن يقول لزوجته أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك وحكمه وقوع الطلاق في الحال وترتيب أثره عليه لمجرد صدوره متى كان الزوج أهلا لإيقاعه والمرأة محلا لوقوعه. [5]

---

[1]ـ يوسف القرضاوي ، الحلال و الحرام في الإسلام ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ط1، 1433هـ ـ 2012م ، ص 249.

[2]ـ ابن العربي : (ت: 543هـ) ، أبي بكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرأن ، تعليق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ،د.ط ، د.ت.ن ، القسم 1،ص 258.

[3]ـ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 303.305.

[4]ـ أمينة الجابر ، المرجع السابق ، ص316.

[5]ـ زكي الدين شعبان ، الزواج و الطلاق في الإسلام ، الدار القومية ، القاهرة ، د.ط ، 1384هـ ـ 1993م ، ص 108.

ب . الصيغة المعلقة : وهي التي تجعل وقوع الطلاق معلقا على شرط كقول الرجل لزوجته إن زرت بيت فلانة فأنت طالق ، والتعليق نوعان تعليق لفظ ومعنى، وتعليق معنى فقط.

فالأول هو ما ربط فيه وقوع الطلاق بحصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط سواء كان الأمر المعلق عليه اختياريا يمكن فعله أو الامتناع عنه أو غير اختياري .[1]

وتعليق الطلاق بالأفعال المستقبلية فإن الأفعال التي تعلق بها توجد على ثلاثة أضرب وأحدهما ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار أو قدوم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود شرط بلا خلاف، أما مالا بد من وقوعه كطلوع الشمس غدا فهذا يقع ناجزا عند مالك ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط، والثالث هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل أو مجيء الحيض و الطهر ففي ذلك روايتان عن مالك إحدهما وقوع الطلاق ناجزا و الثانية وقوعه على وجود شرطه و هو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي، أما تعليق الطلاق بالشرط المجهول فإن كان لا سبيل إلى علمه فلا خلاف أن الطلاق يقع أما إن علقه بشيء يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء إلى الوجود[2]،وحكم الطلاق المعلق وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه وهو مذهب الأئمة الأربعة وجمهور فقهاء المسلمين .[3]

ج ـ الصيغة المضافة إلى زمن : هي التي تقترن بظرف زمان بقصد وقوع الطلاق فيه وهذا الظرف قد يكون ماضيا أو حاضرا أو مستقبلا، فمثل الصيغة المضافة إلى زمن الماضي أن يقول الرجل لزوجته أنت طالق منذ شهر ويرى بعض الفقهاء أن الطلاق بهذه الصيغة يقع في الحال إذا كان الرجل أهلا له و المرأة محلا له، ومن الفقهاء من يذهب إلى أن هذه الصيغة لا يقع بها الطلاق

---

[1]ـ محمد مصطفى شلبي ،المرجع السابق ، ص 515.

[2]ـ ابن رشدالحفيد : أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد (ت: 595هـ) ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، تعليق و تخريج محمد صبحي حسن حلاق ، نشر مكتبة ابن تيمية توزيع العلم ، جدة ، ط1، 1415هـ ، ج3 ، ص 152.

[3]ـ زكي الدين شعبان ،المرجع نفسه، ص 109.

وهي لون من اللغو و الإستهانة بالميثاق الغليظ،[1]و إذا قرنت بالمستقبل حكمه أنه لا يقع به الطلاق في الحال بل في الوقت الذي أضيف إليه لأن الزوج ما قصد إيقاعه في الحال بل بعد زمن مخصوص فيعامل بما قصد.[2]

رابعا :القصد .

وهو قصد النطق و المراد به إرادة النطق باللفظ الصريح أو الكناية الظاهرة .[3]

وشرطه تعلقه بلفظ يدل على الطلاق فإن أراد أن يلفظ بأحرف فلفظ بأحرف الطلاق فهذا لغو، وإن لقن الأعجمي لفظ الطلاق و هو لا يفهمه لم يلزمه[4]، ولا طلاق حاك عن نفسه أو غيره لأنه لم يقصد معناه بل قصد التعليم و الحكاية، ولا يقع طلاق مر بلسان نائم أو من زال عقله بسبب لم يعص به.[5]

فالطلاق يجب فيه توفر اللفظ والنية وقد اختلف الفقهاء في اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ و النية و به قال أبو حنيفة ، وقد روي عنه أنه يقع باللفظ دون النية ، وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية، فمن اكتفى بالنية احتج بقوله ﷺ :"إنما الأعمال بالنيات"[6]ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله ﷺ :" رفع عن أمتي الخطأ و النسيان وما حدثت به نفسها." [7]و النية دون قول حديث نفس وليس يلزم من اشترط النية في الحديث الأول أن تكون النية كافية بنفسها. [8]

---

[1]- أمينة الجابر ، المرجع السابق ، ص 317.

[2]- أحمد حسين فراج ، المرجع السابق ، ص 109.

[3]- الحبيب بن طاهر ، المرجع السابق ، ص44.

[4]- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي ،مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ضبطه زكريا عميرات ، دار عالم الكتب ، د.م.ن ، د.ط ، د.ت.ن ،ج5 ،ص310.

[5]- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ـ حسب آخر تعديل له ـ دار الخلدونية ، القبة القديمة الجزائر ، ط1،1428هـ ـ 2007م ، ص 221.

[6]- أخرجه أبي داوود في سننه ، كتاب الطلاق ، باب فيما عني به الطلاق و النيات ،حديث رقم :2201 ، ص526

[7]- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق في إغلاق و الكره و السكران و المجنون و أمرهما و الغلط و النسيان في الطلاق و الشرك وغيرهما ، حديث رقم : 5269، ص 1343.

[8]- ابن رشد الحفيد ، المرجع السابق ، ص 146.

الفرع الثاني :أركان الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري .

في هذا الفرع سنحاول التعرف على أركان الطلاق التي أوردها المشرع الجزائري وهذه الأركان هي الزوج والزوجة و الصيغة وما نلاحظه هنا أنه أغفل ركن القصد.

أولا :الزوج .

إن القانون لم ينص على أصناف الرجال الذين يقع طلاقهم و الذين لايقع طلاقهم، وإنما اكتفى بالإطلاق جاء في المادة **48** منه :" الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة "، لكن نستطيع أن نفهم أن الإرادة شرط لوقوع الطلاق في ق .أ .ج و ذلك في قوله "بإرادة الزوج "[1].و بالتالي شروط الزوج المطلق هي :

ـ أن يكون بالغا سن 19 سنة قياسا على الزواج .

ـ أن يكون عاقلا فلا يقع طلاق من المجنون أو المعتوه و هو ضعيف العقل الذي اختلط كلامه ، وفسد تدبيره ، أو ممن اختل عقله لكبر أو مرض و الغضبان الذي بلغ درجة من الغضب تختل فيها أقواله و أفعاله و تضطرب .

ـ أن يكون مختارا غير مكره

ـ أن يكون قاصدا الطلاق، فالقصد ركن أساسي في إيقاع الطلاق كما سبق وقد بينا[2].

و رغم سكوت المشرع الجزائري عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج في باب الطلاق ، فقد نص في المادة 85 ق .أ بأنه تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة ، إذا صدرت في

---

[1]ـ المصري المبروك ، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية ـ دراسة فقهية مقارنة ـ دار هومة ، بوزريعة الجزائر ، د.ط، د.ت.ن ، ص 194.

[2]ـ شريقي نسرين ، المرجع السابق ، ص 74 ، 75.

حالة الجنون و العته و السفه و عليه فإن الأهلية المطلوبة في ق. أ.ج لتوقيع الطلاق هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية و غير محجور عليه.[1]

ومع هذا لا نستطيع أن ننسب هذا الحكم لق .أ. ج لأنه ورد في المادة 222[2] منه على أن كل ما لم يرد النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، و بالتالي لكي نعرف ما يتبناه هذا القانون لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وجدنا الاختلافات بين الفقهاء كما رأينا ذلك فيما سبقت دراسته وبالتالي لا نستطيع أن نعرف ما يتبناه و ما يقضي به هذا القانون ، لأنه لم يرجعنا إلى مذهب معين أو قاعدة معينة نضبط بها الأحكام.

و مهما يكن فإن الغموض و التعتيم يخيمان على هذا القانون وعليه نقترح على المقنن الجزائري أن يجلي منهجه في ذلك بإتباع الترجيح في كل القضايا الخلافية بالدليل الصحيح و المصلحة الحقيقية المعتبرة شرعا .[3]

ثانيا: الزوجة .

يشترط فيها أن تكون زوجة بالعقد الصحيح سواء كان بعد الدخول أو قبله ،[4] ولم يورد ق.أ.ج أي نص يتعلق بمحلية الطلاق مما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية . م 222 ق.أ.ج .

ثالثا :الصيغة .

الطلاق هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله ، ويشترط في الصيغة التي يقع بها الطلاق أن تكون دالة على رفع رباط الزوجية ، بكل لفظ يدل على

[1]-بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 230.

[2]- الأمر 05- 02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ ، الموافق ل 27 فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج. ر ،ع 15.

[3]- المصري المبروك ، المرجع السابق ، ص 195، 196 .

[4]- نسرين شريقي ، المرجع السابق ، ص 75.

انحلال عقد الزواج ، سواء كان اللفظ صريح أو كان اللفظ كناية .كما سبق بيانهم في شروط الصيغة في الفقه الإسلامي .

وخلاصة القول يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بألفاظه الصريحة كما يقع بالكتابة المفهمة (المعنى مأخوذ من المادة 1/10 ق.أ و بما أن الطلاق هوتعبير عن الإرادة المادة 48ق.أ) فإن التعبير عن الإرادة في القانون الجزائري يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه المادة 1/60 ق.م.ج .

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 14 ماي 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 و واضحة .

أما بخصوص عدد الطلقات لم يورد القانون الجزائري أي نص في هذا الشأن غير أنه اعتبر في المادة 51 ق.أ الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتا ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات تعتد المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة الطلاق .

وتتنوع الصيغة إلى ثلاثة أنواع صيغة منجزة لا تعليق فيها ولا إضافة إلى زمن المستقبل و صيغة معلقة على شرط و صيغة قد أضيفة إلى زمان مستقبل .و لم يتعرض القانون الجزائري لمسائل الطلاق المعلق و اليمين بالطلاق ، تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له (المادة 222) غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة و على القاضي ضرورة الاجتهاد و البحث و العمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة .[1]

ـ موقف ق ، أ.ج من الطلاق ثلاثا :أما قانون الأسرة فالنص غير واضح في الموضوع من خلال المادة 51:" ...لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق أو يموت عنها بعد البناء."[2] حيث اعتبر المشرع في هذه المادة الطلاق البات الذي يحرم

[1]. بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 248. 256.

[2]. الأمر 05. 02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ ، الموافق ل 27 فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج. ر ،ع 15.

الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات ، تعتد المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة طلاق و هذا هو المفهوم من قوله تعالى :﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: 229] وقد استقر القضاء العربي ومن بينهم الجزائر على اعتبار الطلاق المتعدد لفظ أو إشارة طلاقا واحدا و مثله الطلاق المتتابع أو المكرر في مجلس واحد .[1]

ونرى أنه يعتبر اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة، خصوصا و أن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بواسطة حكم قضائي، ولا يثبت إلا من خلاله، كما يمكن اقتراح تعديل النص بإضافة فقرة ثانية للمادة على النحو التالي :" و لفظ الثلاث لا يقع إلا طلقة وحدة " [2]و أن يحذوا حذو القانون المصري باعتباره مصدرا من مصادر ق.أ.ج من جهة، ولموافقته الشريعة الإسلامية من جهة، فضلا عما فيه من بيان ووضوح .[3]

المطلب الثاني: أقسام الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

للطلاق العرفي أقسام وسيتم عرضها في هذا المطلب وذلك في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: أقسام الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي.

ينقسم الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي لاعتبارات كثيرة،فإنه ينقسم باعتبار موافقة السنة أو باعتبار مخالفتها لها إلى سني وبدعي،وباعتبار الرجعة إلى رجعي وبائن،وينقسم باعتبار اللفظ إلى صريح وكناية ومنجز وغير منجز.

أولا: باعتبار موافقة السنة أو مخالفتها لها.

ينقسم الطلاق من حيث موافقته للسنة وعدمها إلى سني وبدعي.

---

[1]- عبد القادر بن حرز الله ،المرجع السابق ، ص243.

[2]- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية - دار الخلدونية ، د.م.ن ، د.ط ، د.ت.ن ،ص 178.

[3]- المصري المبروك ، المرجع السابق ، ص160.

1ـ الطلاق السني : أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو:"الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة"[1]،وحاصل تعريف طلاق السنة هو ماكان موافقا لكتاب الله وسنة رسوله ﷺ [2]،والطلاق السني هو ما استوفى شروطه وهي:

ـ أن يكون طلقة واحدة لا أكثر، أي ما زاد على الواحدة بدعة والدليل قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: 229] .

ـ أن تكون طلقة كاملة لا بعض طلقة كنصف طلقة .

ـ أن يكون واقعا في طهر، لا في حيض أو نفاس ودليل هذا الشرط قوله تعالى :﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: 1] تضمنت هذه الآية بيان الوقت الذي يمكن أن يقع فيه الطلاق الذي يقبله الله و يجري وفق سنته[3] ،ومن السنة حديث:عن نافع عن بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ. فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك،فقال:"مره فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلّق قبل أن يمسّ، فتلك العدة التي أمرّ الله أن يطلّق لها النساء"[4].

ـ أن لايطأ المطلق مطلقته في الطهر الذي طلق فيه.

ـ أن لايكون واقعا في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق.

ـ أن يوقع المطلق الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها،كيدها. [5]

2ـ الطلاق البدعي:هو ما كان مخالفا لكتاب الله وسنة رسول الله وصورته أن يطلق الرجل امرأته في

---

[1]ـ ابن رشد الحفيد ، المرجع السابق ، ص 123.

[2]ـ مصطفى بن العدوى ، أحكام الطلاق في الشريعة ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، ط1، 1409هـ ـ 1998م ، ص 13 .

[3] ـ سيد قطب ، في ظلال القرآن ، دار الشروق ، القاهرة ، ط1 ، 1972م ، م 1، ج2، ص 3593.

[4]ـ سبق تخريجه ، ص 12.

[5]ـ الحبيب بن طاهر ، المرجع السابق ، ص27ـ 29.

الحيض أو في النفاس أو في طهر جامعها فيه ولم يتبين أمرها أحملت أم لا ،[1]ويطلقها ثلاثا في مجلس واحد،وألفاظ موالية في مجلس واحد.[2]

وحكم الطلاق البدعي إما مكروه أو حرام ، فالبدعي المكروه هو الواقع في طهر مسها فيه،والواقع في عدة من طلاق رجعي سبقه، والواقع بعض طلقة.[3]

والبدعي الحرام هو الواقع في حيض أو نفاس،[4]والواقع ثلاثة ، والواقع على جزء المرأة.[5]

وطلاق البدعة لا يكون في غير المدخول بها من النساء فللرجل أن يطلق غير المدخول بها متى شاء طلقة واحدة أو أكثر.[6]

ثانيا:باعتبار الرجعة.

ينقسم الطلاق باعتبار إمكان الرجعة بعده من غير عقد جديد وعدم إمكانها إلى رجعي وبائن .

1. الطلاق الرجعي: هو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إعادة مطلقته في عدتها إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد رضيت بذلك الزوجة أو لا قَالَ تَعَالَى:﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [البقرة: 228] ، وهذا حكم في من كان طلاقها دون الثلاث فهو أحق برجعتها مالم تنقض عدتها وإن كرهت[7]،أي أن أزواجهن أحق بردهن إلى عصمتهن في وقت التربص وانتظار انقضاء العدة لغرض الإصلاح[8] وقد تقدم حديث"مره فليراجعها".[9]

---

[1]- مصطفى بن عدوي ، المرجع السابق ، ص 13، 14.

[2]- أمينة الجابر ، المرجع السابق ، ص 319.

[3]- الحبيب بن طاهر ، المرجع السابق ، ص 29

[4]- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 428.

[5]- الحبيب بن طاهر ، المرجع نفسه ، ص 30.

[6]- الصادق الغرياني ، المرجع السابق ، ص 669.

[7]- القرطبي ، المرجع السابق ، ج 4 ،ص 47 .

[8]- طارق أنور آل سالم ، المرجع السابق ، ص 78.

[9]- سبق تخريجه ، ص12.

وقد انعقد إجماع الأمة على أن من طلق زوجته طلاقا رجعيا فله رجعتها مادامت في العدة ،[1] فقد قال ابن المنذر الفيسابوري . رحمه الله . :"وأجمعوا على أن الحر إذا طلّق زوجته الحرة ، وكانت مدخولا بها ،تطليقة أو تطليقتين، أنه أحق برجعتها، حتى تنقضي العدة...، وأجمعوا على أن الرجعة إلى الرجل ما دامت في العدة ، وإن كرهت ذلك المرأة".[2]وأحكام الطلاق الرجعي كالآتي:

. لا يرفع عقد الزواج ،ولا يزيل الملك،ولا يؤثر في الحل وبالتالي لا يمنع الاستمتاع بالزوجة.

. إذا مات أحدهما ورثه الآخر ما دامت العدة قائمة لم تنته بعد.

. نفقتها واجبة عليه أثناء العدة.

. الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

. لا يحل بالطلاق الرجعي مؤخر الصداق المؤجل لأحد الأجلين[الموت أو الطلاق] وإنما يحل مؤخر الصداق بانقضاء العدة. [3]

تعرف الرجعة على أنها:"استدامة الملك القائم بلا عوض ما دامت في العدة "[4]إلا أنها استعملت في القرآن من غير هذا المعنى الاصطلاحي :استعملت في المطلقة الطلقة الثالثة إذا تزوجت رجلا آخر وطلقها ثم تعود بنكاح جديد إلى زوجها الأول ، قَالَ تَعَالَى:﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ [البقرة: 230].[5]

---

[1]. أمينة الجابر ، المرجع السابق ، ص 320.

[2]. عمرو عبد المنعم سليم ، المرجع السابق ، ص292.

[3]. طارق أبو أنور سالم ، المرجع السابق ، ص 79،80.

[4]. عمرو عبد المنعم سليم ، المرجع نفسه ، ص 290.

[5]. أحمد شاكر ، نظام الطلاق في الإسلام ، مكتبة السنة ، القاهرة ، ط 2 ،1998 م ، ص 22.

2 ـ الطلاق البائن : البائن هو الذي لا يملك بعده الزوج إعادة الزوجة بالرجعة[1]، وهو نوعان :

أ ـ بائن بينونة صغرى: وهو الذي لا يستطيع الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعد عقد جديد.

ب ـ بائن بينونة كبرى: وهو الذي لا يستطيع الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج رجلا آخر زواجا صحيحا وجمهور الفقهاء على أنها لا تحل للأول حتى يطأها الثاني،قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ [البقرة: 230] جاء في تفسير الآية أن المطلقة ثلاثا تحل للأول بمجرد العقد من الثاني و إن لم يطأها ، وورد لفظ النكاح في القرآن بمعنى العقد والوطء و السنة لم تبدل لفظ النكاح ولا نقلته عن العقد إلى الوطء ،وإنما زادت شرطا آخر وهو الوطء[2]، و فسرت [النكاح] بذوق العسيلة،عن عائشة رضي الله عنها "أن امرأة رفاعة القرظي، جاءت إلى رسول الله ﷺ . فقالت إن رفاعة طلقني فبت طلاقي،وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ، وإنما معه مثل هدبة ، قال رسول الله ﷺ . " لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته"،[3] ويدخلها دخولا حقيقيا ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه .[4]

وأحكام الطلاق البائن هي كالآتي :

---

[1]ـ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 519.

[2]ـ ابن العربي ، المرجع السابق ، ص267، 268.

[3]ـ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب من جوز الطلاق الثلاث ، حديث رقم :5260، ص 1340.

[4]ـ زكي الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص 102.

أما الطلاق البائن بينونة صغرى: فإنه يزيل ملك الاستمتاع أي لا يحل له منها شيء، إلا إذا أعادها بعقد جديد، وهنا لا يزيل حل المرأة حيث لم يوجد سبب يحرمها عليه، فيجوز له العقد عليها في أي وقت في العدة أوبعدها، وهذا معنى قول الفقهاء إن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك لا الحل، و يحل به مؤخر الصداق المؤجل، يمنع التوارث إذا مات أحدهما في أثناء العدة، لانتهاء سبب الإرث وهو الزوجية، إلا إذا كان الطلاق في مرض موت الزوج بقصد الفرار من ميراثها ، فإنها ترثه إذا مات قبل انقضاءها، و ينقص به عددالطلقات.

أما الطلاق البائن بينونة كبرى : فإنه يقطع الزوجية ولا يبقى لها أثر بعده إلا العدة وأحكامها، فيحل مؤخر الصداق، ويمنع التوارث إلا إذا كان الطلاق بقصد الفرار من الميراث، وتحرم على المطلق تحريما مؤقتا،فلا يحل له أن يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج زوجا آخر ويدخل بها ثم تنتهي الزوجية بالموت أو الطلاق، وهذا معنى قولهم: إن البائن بينونة كبرى يزيل الأمرين الملك والحل معا بمجرد وقوعه لكنه زوال مؤقت.[1]

ثالثا :باعتبار اللفظ إلى صريح وكناية ومنجز وغير منجز .

قد سبق ذكرهما والتعرض لهما بشيء من البيان عند الحديث عن الركن الثالث من أركان الطلاق [الصيغة] فارجع لهم إن شئت.

[1]- محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص523.

الفرع الثاني: أقسام الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري.

جاء في المادة 222 ق.أ.ج :"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"،بمعنى أن المادة تحيلنا إلى أحكام الشرع الإسلامي، وبالتالي سنعتمد نفس التقسيم الشرعي ونبين مناقشة ق.أ.ج لكل تقسيم .

أولا : مناقشة قانون الأسرة الجزائري لتقسيم الطلاق باعتبار موافقة السنة أو مخالفتها لها.

قانون الأسرة الجزائري لم يشر إلى الطلاق السني و البدعي و هذا يعني أنه يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة 222، و قد سبق أن قررنا أن الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في مثل هذه النقطة المختلف فيها،تؤدي إلى اضطراب الأحكام و تضاربها في القضايا المتشابهة بل قد تكون في القضية الواحدة، بين محكمة و أخرى أو في المحكمة الواحدة، بين قاضٍ وآخر، ولهذا نقترح على المقنن الجزائري أن يحسم الأمر فيما اختلف فيه بقواعد قانونية مقننة أو يحيل على مذهب معين، ليسهل المهمة على القضاة من جهة، وليضع استقرارا للأحكام القضائية من جهة أخرى، على أن يعتمد في ذلك الأقوى دليلا و أرجح حجة في الأقوال الفقهية، ومراعاة المقصد الشرعي من التشريع فيما يبتغيه من مصالح.[1]

ثانيا : مناقشة قانون الأسرة الجزائري لتقسيم الطلاق باعتبار الرجعة .

تطرق ق.أ.ج إلى هذه المسألة بصورة مختصرة في المادتين 50،51 وذلك على النحو التالي:المادة **50**:"من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد

[1]- المصري المبروك ، المرجع السابق ، ص 134.

صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"المادة51: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناءّ"[1]، نلاحظ أن المادة 50 تعرضت إلى الكلام عن الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى وبينت بأن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و أما من راجعها بعد محاولة الصلح يحتاج إلى عقد جديد وهنا نقول بأن مسألة هل يحتاج الزوج في مراجعة زوجته إلى عقد جديد أم لا؟ يُنظر فيها إلى انقضاء فترة العدة من عدمها ولا يلتفت في ذلك إلى فترة محاولة الصلح مع الملاحظة بأن المادة49 من هذا القانون نصت على أن هذه الفترة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوة مع العلم بأن الزوج قد يطلق زوجته ولا ترفع القضية إلى المحكمة إلا بعد فترة و ربما تكون العدة قد انتهت والطلاق يقع بمجرد التلفظ به وتحسب على الرجل طلقة وتبدأ المرأة في عدتها فإذا كان الطلاق رجعيا و راجعها أثناء فترة العدة لا يكون في حاجة إلى عقد جديد أما إذا انتهت عدتها فيصبح الطلاق بائنا بينونة صغرى و في هذه الحالة لا يستطيع أن يعيدها في عصمته إلا بعقد جديد وعليه نقترح أن تعدّل المادة 50 من هذا القانون و تكون على النحو الآتي:"إذا كان الطلاق رجعياو راجع الزوج زوجته أثناء فترة العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، وأما من راجعها بعدانتهاء العدة فيحتاج إلى عقد جديد، وفي حالة كون الطلاق بائن بينونة صغرى و رغب الزوج في إعادة زوجته إلى عصمته ورضيت هي بذلك فيحتاج إلى عقد جديد سواء انتهت فترة عدتها أم لا".[2]

[1]. الأمر 05. 02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ ، الموافق ل 27 فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج. ر ،ع 15.

[2]. سلمان نصر و آخرون ، فقه الطلاق في ضوء الكتاب و السنة ـ دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة ـ دار السلام ، قسنطينة الجزائر ، د.ط ،1430هـ ـ 2009م، ص64،65.

أما المادة 51 تحدثت عن الطلاق البات كما سبق وأشرنا، وبالتالي فالطلاق الثلاث حرم المرأة ولا تجوز المراجعة إلا بعد أن تتزوج زوجا آخر، وبعد أن يطلقها أو يموت عنها بعدما يبني بها مع اشتراط الوطء تحل عندها للأول، وقيد[بعد البناء] يستفاد منه اشتراط ذوق العسيلة كما ورد في الحديث الصحيح .[1]

ثالثا : مناقشة قانون الأسرة الجزائري لتقسيم الطلاق باعتبار اللفظ .

أما قانون الأسرة الجزائري، فلم ينص على الطلاق المعلق ولا على الطلاق المضاف إلى زمن ولا إلى الطلاق باليمين، وبالتالي وحتى نعرف ما تبناه في هذه القضايا لا بد إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، أما اليمين بالطلاق أو ما في حكمه (الطلاق المعلق على شرط إذا قصد به اليمين)، فقد جاء النص في القانون المصري على عدم وقوع الطلاق غير المنجز إذاقصد به اليمين، جاء في المادة 2منه:" لايقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير"، ونقترح على المقنن الجزائري أن يضيف هذه المادة على أن تكون بالصياغة التالية : لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه ،أو قصد به تصديق خبر، كما لا يقع الطلاق المضاف على زمن، والله أعلم[2]

ملخص الفصل الأول :

الطلاق فك العصمة الزوجية و حل لعقدة النكاح ، وهو مشروع بالكتاب و السنة و إن كان أبغض الحلال و ككل مباح تعتريه الأحكام الخمس ، وهو يقع من الزوج إذا كان أهلا له، و المرأة يجب أن

[1]- سبق تخريجه ، ص36 .

[2]- المصري المبروك ، المرجع السابق ، ص 445، 172،173.

تكون محلا له بأن تكون الزوجية قائمة بينهما حقيقة ، والطلاق ينقسم باعتبارات عدة منها ، مايقع كالسني و منها مالا يقع كالبدعي و منها مايكون رجعيا و منها ما يمنع االرجعة إلا بعقد جديد ومنها ما يحرم الزوجة على زوجها حتى تنكح زوجا غيره . و الطلاق العرفي هو طلاق واقع خارج دور القضاء مشروع فيما بين العبد وربه ، إلا أن القانون لم يعترف به و لم يعطه الصبغة القانونية مالم يصدر به حكم قضائي و هذا أنتج عدة إشكالات سنتناولها في الفصل الثاني .

الفصل الثاني :

إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و آثاره .

ويحتوي على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :

إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني :

إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الثالث :

آثار الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري .

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى مفهوم الطلاق العرفي و مشروعيته في كل من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، من خلال المبحث الأول و إلى أركانه و أقسامه من خلال المبحث الثاني ، ومن خلال هذا الفصل سنذكر إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و هذا في المبحث الأول ،و في قانون الأسرة من خلال المبحث الثاني، وفي المبحث الثالث نبين آثاره في قانون الأسرة الجزائري.

في حقيقة الأمر فإن مسألة إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي بسيطة يعتمد إثباتها طريقة إثبات باقي العقود ، إلا أنها تنطوي على غموض عسير في قانون الأسرة الجزائري، خاصة وأننا بصدد إثبات طلاق شفهي لم يتعرض له المشرع بالذكر.

وعلى صعيد آخر فهذا النوع من طلاق يبرز آثار تعتبر إشكالات، ففي العدة تظهر لنا ما يسمى بازدواجية العدة وتاريخ بداية احتسابها، و كذا نسب الأولاد وهذه هي الآثار المعنوية لهذا الطلاق أما الآثار المادية له فهي النفقة وهي اللبنة الأساسية التي يقوم بها كل كيان أسري و لذلك يتعين على الملتزم بها أن يؤديها وهي الأخرى يظهر فيها إشكال فقد تصبح المطلقة عرفيا أجنبية عنه بمرور العدة الشرعية و القانون يلزمه بأدائها ، وكذلك من أهم آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري هو التوارث بين الزوجين و هو بدوره يبرز إشكال آخر إذا كان الطلاق عرفيا.

و هذا ما سنتناوله بشيء من الشرح و التفصيل في هذا الفصل .

المبحث الأول : إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي .

سنتطرق في هذا المبحث إلى وسائل إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و المتمثلة في الإشهاد و البينة و كذا اليمين و الإقرار.

المطلب الأول : الإشهاد و البينة على الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي.

إن من أول وسائل إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي الشهادة و البينة و في هذا المطلب سنحاول شرحهم بنوع من التفصيل .

الفرع الأول : الإشهاد على الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي .

نظرا لما يترتب على الطلاق من حقوق و وواجبات ، و دفعا للإنكار و التجاحد بين الزوجين فقد شرع الإشهاد على الطلاق.

أولا : تعريف الشهادة .

1ـ لغة : شهد شهودا المجلس حضره و شهد الشيء عاينه و اطلع عليه وشهد على كذا أخبر به وشهادة عند الحاكم لفلان على فلان أدى ما عنده من الشهادة .و استشهدهُ سأله أن يشهد و استعان به في أمر الشهادة .[1]

2ـ اصطلاحا: الشهادة في الشريعة إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر و هو الشهادة ، أو بحق للمخبر على آخر وهو الدعوى أو بالعكس وهو الإقرار.[2]

[1] ـ لويس معلوف ، المنجد في اللغة والأعلام ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ،،د.ط ، د.ت.ن ، ص406.

[2] ـ الجرجاني : علي بن محمد السيد الشريف (ت: 816هـ)،معجم التعريفات ، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي ، دار الفضيلة ، القاهرة مصر ، د.ط، د.ت.ن ، ص 841.

ثانيا:الإشهاد على الطلاق .

اتفق الفقهاء على مشروعية الإشهاد على الطلاق و لكنهم اختلفوا في درجة المشروعية [1]فجمهور الفقهاء على أن الطلاق يقع من غير حاجة إلى إشهاد فحضور الشهود شرط في صحة الزواج وليس شرطا في إنهائه ، وذلك لأنه لم يؤثر عن الصحابة رضوانا الله عليهم أجمعين ، ولا عن النبي صلى الله عليه وسلم اشتراط الشهود لوقوع الطلاق ، فاشتراطهم زيادة من غير دليل مثبت ، وعلى ذلك جرى جماهير المسلمين.[2]

و يرجع اختلاف الفقهاء في حكم الإشهاد على الطلاق لاختلافهم في دلالة الأمر الوارد بالإشهاد في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ ﴾ [الطلاق: 2] و ﴿ وَأَشۡهِدُواْ ﴾ أمر بالإشهاد على الطلاق و قيل على الرجعة[3]،ففي الإشهاد على الطلاق فمن رأى أن دلالة الأمر تقتضي الوجوب و أنه لا توجد قرينة تصرف هذا الأمر عن ظاهره قال بوجوب الإشهاد على الطلاق ، ومن ذهب إلى أن دلالة الأمر و إن كانت للوجوب إلا أنه قد وجدت قرينة صارفة صرفت هذا الأمر من الوجوب إلى الندب.[4] و لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل و هو أحد طرفي العقد وحده ، سواء أوافقته المرأة أم لا، وتترتب عليه حقوق للرجل قبل المرأة ، و حقوق للمرأة قبل الرجل فيخشى فيهما الإنكار من أحدهما، فإشهاد الشهود يرفع احتمال الجحد، ويثبت لكل منهما حقه، فمن اشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على الوجه المأمور به.[5]

---

[1]- تمام عودة عبد الله العساف ، "الإشهاد على الطلاق" ، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ،د.م.ن، م 6، ع2 ، 1431هـ - 2010 م ، ص 36.

[2]- محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص368.

[3]- القرطبي ، المرجع السابق ،ج 21،ص 40.

[4]- تمام عودة عبد الله العساف ، المرجع نفسه ، ص 37.

[5]- أحمد محمد شاكر ، المرجع السابق ، ص 84،85.

1ـ أدلة القائلين بوجوب الإشهاد على الطلاق : و ممن قال بوجوب الإشهاد فقهاء الشيعة الإمامية والإسماعلية فقالوا إن الطلاق لا يقع من غير إشهاد عدلين[1]، ومن الصحابة كذلك من ذهب إلى وجوب الإشهاد و اشتراطه لصحته أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ، وعمران ابن حصين رضي الله عنهما ومن التابعين الإمام محمد الباقر و الإمام جعفر الصادق و كذلك عطاء ، وابن جريح وابن سيرين ، ففي جواهر الكلام عن علي رضي الله عنه أنه قال، لمن سأله عن الطلاق " أشهدت رجلين عدلين ، كما أمر الله عز و جل قال :لا قال اذهب، فليس طلاقك بطلاق "و روى أبو داوود في سننه عن عمران بن حصين رضي الله عنه أنه سئل ، عن الرجل يطلق امرأته ، ثم يقع بها، ولم يشهد على طلاقها و لا على رجعتها ؟ فقال:" طلقت لغير السنة و راجعت لغير سنة أشهد على طلاقها، وعلى رجعتها، ولا تعد"[2] و قد تقرر في الأصول أن قول الصحابي من السنة، فإنكار ذلك من عمران رضي الله عنه و التهويل فيه، وأمره بالاستغفار لعده إياه معصية، ما هو إلا لوجوب الإشهاد عنده كما هو ظاهر ، و في كتاب "الوسائل " عن الإمام أبي جعفر الباقر عليه رضوان الله قال :" الطلاق الذي أمر به الله به في كتابه ، و الذي سن رسول الله ﷺ أن يخلي الرجل عن المرأة، إذا حاضت ، وطهرت من محيضها ، أشهد رجلين عدلين على تطليقه وهي طاهر من غير جماع وهو أحق برجعتها ما لم تنقض ثلاثة قروء، وكل طلاق ماخلا هذا فهو باطل، وحجة هؤلاء قوله تعالى :﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: 2] فأمر الله تعالى بالإشهاد و ظاهر الأمر في عرف الشرع يقتضي الوجوب وحمل ما ظاهره الوجوب على الاستحباب خروج عن عرف الشرع بلا دليل، وأخرج السيوطي في "الدر المنثور" عن عبد الرزاق ، وعبد بن حميد ،عن عطاء قال النكاح بالشهود، والطلاق بالشهود ، و المراجعة بالشهود.[3] فلم يفرق عز وجل بين المراجعة و الطلاق والإشهاد،فلا

[1] ـ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 368.

[2] ـ أخرجه أبي داوود في سننه ، كتاب الطلاق ، باب الرجل يراجع ولا يشهد ، حديث رقم: 2186، ص 510.

[3] ـ السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفتح للإعلام العربي ، مصر ، ط1، 1425هـ ـ 2004 م ، ص 636.

يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض فكل من طلق أو راجع و لم يشهد متعديا لحدود الله تعالى ، [1] فقد قال رسول الله ﷺ :"من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد."[2]

2ـ أدلة القائلين بالندب على الإشهاد على الطلاق : و هؤلاء رأوا أن الأمر في الآية الكريمة يفيد الندب و الاستحباب لا الوجوب والقرينة التي تصرفه من الوجوب إلى الندب هي : القياس على الأمر بالإشهاد على البيع فالجميع متفقون على أنه على الندب و الاستحباب لا عل الوجوب و كذلك الطلاق، بالإضافة إلى أنه لم يؤثر عن النبي ﷺ و لا الصحابة رضوان الله عليهم اشتراط الشهود لصحة وقوع الطلاق ، وبخاصة أن القرآن قد ذكر الإشهاد عقب الرجعة ، والنصوص الواردة بإباحة الطلاق وردت مطلقة غير مقيدة بالإشهاد ، ولا يوجد في الشريعة الإسلامية عقد يشترط لصحته الإشهاد سوى عقد الزواج وهذا لشرف محله و عظيم شأنه إذ يتعلق بالأعراض والأنساب وتترتب عليه أحكام باقية بقاء الزمن ، أما الطلاق فهو من العقود التي وصفها الرسول ﷺ بقوله :" أبغض الحلال إلى الله الطلاق " [3]فلا حاجة لإذاعته بين الناس كشرط لصحته .[4]

ثالثا : بعض المسائل في الإشهاد على الطلاق .

إذا شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته البتة شهد هذا في شهر و هذا في شهر و قال الآخر بكرة وقال الآخر عشية فشهادتهما جائزة و الطلاق من يوم شهد الآخر ليس من يوم قام يشهد به وهي من اليوم الذي أثبت أنه طلق فيه .

وإذا شهد فقال أحدهما طلق إن ركب دابة و ركبها ، وشهد الآخر أنه طلق إن دخل بيتا سماه ثم دخله فلا طلاق عليه إلا أن يشهد شاهدان على شيء واحد

---

[1] ـ محمد أحمد شاكر ، المرجع السابق ، ص 82.

[2] ـ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ، حديث رقم :2697، ص 609، بلفظ " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد " . أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور ، حديث رقم :1718،ص 1343.

[3] ـ سبق تخريجه ، ص12.

[4] ـ تمام عودة عبد الله العساف ، المرجع السابق، ص39.

ـ و إن اختلفوا في الشهادة في الأيام واتفقوا في غير ذلك فإن شهادتهم غير جائزة

ـ فإن شهد عليه رجلان، فقال أحدهما طلقها واحدة، وقال الآخر اثنتين فهي واحدة.[1]

ـ و إذا شهد شاهدان أنه طلق إحدى امرأتيه بعينها و قالا قد سماها لنا لكنا نسيناها فشاهدتهما باطلة إلا أن يقر الزوج.[2]

ـ ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه لان الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ولو شهد شهدنا على أن هذا الخط لفلان لم يقبل لأن الخط يشبه به ويزور ولا تصح شاهدتهما حتى يشهداه يكتب .[3]

ـ وإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو ، فذهب المالكية أنه إن أتت بشاهدي عدل ، نفذ الطلاق و إن أتت بشاهد واحد ن حلف الزوج و برئ ، وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف ، وإن لم تأت بشاهد ، فلا شيء على الزوج و عليها منع نفسها منه بقدر جهدها و إن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه .[4]

رابعا :شروط الشاهد و أشكال الشهادة .

1ـ شروط الشهادة :يشترط في الشاهد لقبول شهادته أن يكون بالغا عاقلا مسلما عدلا غير متهم في شهادته ، بصيرا متكلما .[5]

---

[1]ـ أبي محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن الليث القرشي المالكي ، المختصر الكبير ، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب ، دار مركز نجيبويه للمخطوطات و خدمة التراث ، القاهرة ،ط1،د.ت.ن ، ص 203،204.

[2]ـ شمس الدين السرخسي ، كتاب المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، د.ط ، د.ت.ن ، ج 6، ص 145.

[3]ـ ابن قدامة ، المرجع السابق ، ص،506 ، 507 .

[4]ـ هشام ذبيح ، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في الحقوق ، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2014ـ2015م ، ص 85.

[5]ـ عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ،مكتبة البشائر ، عمان الأردن ، ط 2، 1409هـ . 1989م، ص 173 ، 174.

لا للشاهد شهادة بشيء حتى يحصل له به العلم ، إذ لا تصح الشهادة إلا بما علم و قطع معرفته ولا بما يشك فيه، لا بما يغلب على الظن معرفتهقَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا ﴾ [يوسف: 81] والعلم يدرك بأشياء و أولها العقل .[1]

ـ العدالة وقد رسموا العدالة بأنها محافظة دينية تحمل على ملازمة التقوى والمروءة ليس معها بدعة ولم يجرب عليه اعتياد الكذب .[2]

ـ فلا تقبل شهادة المجنون باتفاق الفقهاء لأنه لا يعقل ، كما لا تقبل شهادة الصبي الذي لم يبلغ لأنه لا يخاف مأثم الكذب.

ـ ويجب أن يكن الشاهد مسلما إذا كان المشهود عليه مسلما و هذا باتفاق الفقهاء ماعدا وصية المسلم في السفر فتجوز من غير المسلم إذا لم يوجد شهود مسلمون[3].

2ـ أشكال الشهادة :

أ ـ الشهادة الشفهية و الشهادة المكتوبة : في الغالب يكون الإدلاء بالشهادة بتصريح شفوي وذلك عن طريق قيام الشهود بالتصريح شخصيا للقاضي عما أبصروه أو سمعوه .

أما الشهادة المكتوبة هي التي يكون عن طريق الكتابة و هذا أمر نادر ومثاله التصريحات الواردة في التقارير كما ظهر نوع آخر من الشهادة عن طريق الأشرطة و التسجيلات و لكن القضاء يقبلها بتحفظ .

ب ـ الشهادة المباشرة و غير المباشرة : تكون الشهادة غالبا مباشرة بأن يشهد بما رآه و سمعه أمام القاضي و تكون هذه الشهادة اتصلت بعلمه بواسطة حاسة من حواسه كالبصر أو السمع .

---

[1] ـ برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي ، تبصرة الحكام في أصول و مناهج الأحكام ، خرج أحاديثه وعلق عليه جمال مرعشلي ، دار عالم الكتب ، الرياض، ط خاصة ، 1423هـ . 2003م ، ج2 ،ص 174.

[2] ـ ابن حجر العسقلاني ، المرجع السابق ، ص 193.

[3] ـ عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص 75.

والشهادة الغير مباشرة أو من الدرجة الثانية وتعرف بالشهادة السمعية وهنا يشهد بما سمعه عن شخص آخر يكون قد شاهد الواقعة .[1]

والشهادة يجب أدائها بالطلب لو في حق العبد ولم يوجد بدله ، ويجب الأداء بلا طلب في حقوق الله تعالى وهي كثيرة منها طلاق المرأة بائنا، وفي الحدود يجب سترها .[2]

الفرع الثاني : البينة على الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي .

إن من أهم وسائل الإثبات في العقود هي البينة الخطية خاصة في زمن وجب فيه التوثيق.

أولا : تعريف البينة .

1ـ تعريف البينة الخطية لغة:

أ ـ البينة: الحجة الواضحة و البين الواضح .[3]

ب ـ الخط : خط الرجل الكتاب بيده كتبه و خط على الأرض أعلم علامة. [4]

2 ـ تعريف البينة الخطية اصطلاحا :البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ، ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوف مسماها حقه و لم تأت البينة قط في القرآن مرادا بها الشاهدان ، وإنما أتت مرادا بها الحجة و الدليل و البرهان ، مفردة و مجموعة و كذلك قول النبي ﷺ :" البينة على المدعي "[5] المراد به أن عليه بيان ما يصحح دعواه ليحكم له و الشاهدان من البينة ، ولا ريب أن

---

[1]ـ سيدي علي نورية و تيزي أوكدال سامية ، طرق الإثبات ذات القوة المحدودة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ،قسم القانون الخاص ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،د.ت.ن، ص7،8.

[2]ـ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي (ت : 1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، حققه عبد المنعم خليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، ط1،1423هـ ـ 2002م، ص 483،484.

[3]ـ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، جمهورية مصر العربية، ط4، 1425هـ ـ 2004م، ص 80.

[4]ـ الفيومي: أبي العباس أحمد بن محمد بن علي المقري ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، اعتنى به عادل المرشد ، دار الرسالة العلمية ، د.م.ن، د.ط ، د.ت.ن ، ص173.

[5]ـ أخرجه البخاري في صحيحه ،كتاب الرهن ، باب إذا اختلف الراهن و المرتهن و نحوه فالبينة على المدعي و اليمن على المدعى عليه ، حديث رقم: 2514، ص 609.

غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المدعي ، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد و البينة و الدلالة و الحجة و البرهان و التبصرة و العلامة و الأمارة متقاربة في المعنى [1].

لم يذكر الفقهاء الخط أو الكتابة باعتبارها دليلا للإثبات في الحقوق ، وإنما أطلقوا ألفاظا مختلفة، على الوثيقة التي تتضمن الكتابة وهي الصك ، أو الحجة أو المحضر أو السجل أو الوثيقة .[2]

ثانيا :حجية البينة الخطية .

اختلف فقهاء الشرع الإسلامي في اعتبار الخط (الكتابة) طريقا من طرق إثبات الدعوى فأجاز الاحتجاج به فريق منهم و منعه فريق آخر.

البينة الخطية والوثائق الموثوق بها لما اعتاد الناس التعامل بالصكوك ، و اعتمدوا عليها ، أفتى بعض العلماء من المتأخرين بقبول الخط و العمل به ، و أخذت بذلك "مجلة الأحكام العدلية " وقبلت الإثبات بصكوك الدين ، وقيود التجار ، وغيرها إذا كانت سالمة من شبهة التزوير و التصنيع ، وكذلك يعمل بالأوراق الرسمية ، إذا كانت خالية من التزوير و الفساد . [3]

1. أدلة المانعين :استدل المانعون بأن الخطوط قابلة للمشابهة و المحاكاة فمع قيام هذا الاحتمال لا يجوز الاحتجاج بالخط لجواز التزوير فيه ، وهذه شبهة تمنع من العمل به .

. يحتما أن كاتب الخط قد كتبه للتجربة، أو كان يلهو و يلعب، أو كان يحرر صورة عقد أو صك تحريرا ابتدائيا ثم يهذبه و يزيد فيه أو ينقص فيما بعد ، وقد يموت تاركا هذه المسودة التي لم تخرج عن كونها مشروعا لعمل كان يريده فمات قبل أن يتمه ،فلهذا منع جمهور الحنفية الاحتجاج بالخط

[1]- ابن القيم الجوزية : أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق نايف بن أحمد الحمد ، إشراف بكر بن عبد الله بوزيد ، دار عالم الفوائد، د.م.ن ، د.ط ، د.ت.ن ، م1 ،ص25،26.

[2]- عطا محمد المحتسب ، دعاوى إثبات الطلاق و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية ، دار الثقافة ، عمان الأردن ،ط1،1437هـ - 2016م، ص 140.

[3]- السيد سابق ، المرجع السابق ، ص 1046.

وإن كانت النقول في كتبهم في ذلك مضطربة ، وكذلك نقل الإمام ابن القيم عن الشافعي رضي الله عنه لا يعتمد على الخط .

2ـ أدلة المجوزين : قالوا قد ثبت العمل بالخط بالأدلة المتكاثرة من الكتاب و السنة و الإجماع، فقد جاءت في الكتاب آية المداينة لحفظ الحقوق ، ومن أدلة السنة على اعتبار الكتابة أمره ﷺ بكتب المصالحة بينه وبين قريش ، ومنها كتب الأمانات ، و في الصحيح عنه ﷺ أنه قال :"ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة ."[1]ولو لم يجز الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة الوصية فائدة[2]، و القول الراجح هومشروعية الكتابة في الإثبات لما يلي :

ـ الأدلة الواضحة المقنعة التي استندوا إليها .

ـ اتخذت الكتابة أهمية عظمى في هذا الزمن ، والناس اليوم بحاجة إليها و القول بعدم حجيتها فيه حرج ومشقة ، وتعطيل لمصالح الناس و تضييع لحقوقهم

ـ الكتابة تساير التقدم و الرقي و هذا لا يعارضه الإسلام .

ـ تشابه الخطوط نادر الحدوث ، والنادر لا ينبني عليه حكم ، ولقد اختلف الزمان وتقدمت العلوم،واتخذت إجراءات تقي الكتابة من التصنيع و التزوير .[3]

المطلب الثاني : اليمين و الإقرار على الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي .

في هذا المطلب سنشرح كلا من اليمين و الإقرار كوسيلة من وسائل الإثبات في الفقه .

---

[1]ـ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا ، باب الوصايا ، حديث رقم: 2738، ص 676.

[2]ـ أحمد إبراهيم بك ، طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية و سوق الأدلة و الموازنة بينها ثم مقارنة بالقانون ، المكتبة الأزهرية للتراث ، د.م.ن، ط4، 1424هـ ـ 2003م، ص 95.

[3]ـ عطا محمد المحتسب ، المرجع السابق ، ص 143،144.

الفرع الأول : اليمين على الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي.

يعد اليمين طريق من طرق الإثبات وهذا ما سيحمله هذا الفرع في ثناياه.

أولا :تعريف اليمين .

1ـ لغة : اليمين ضد اليسار أيمن و الجمع أيمان و أيامن البركة و القوة ويمن على قومه كان مباركا عليهم[1]، و اليمين القسم يتماسحون بأيمانهم فيتحالفون و استيمنه أي استحلفه[2].

2ـ اصطلاحا :تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته ، مقترنا بواحد من حروف القسم .[3]

ثانيا :مشروعية اليمين وحكمه .

1ـ مشروعية اليمين .

اتفق الفقهاء على أن اليمين وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء ، و أنها مشروعة لتأكيد جانب الكذب في إثبات الحقوق أو نفيها ، فإذاعجز المدعي عن تقديم البينة و أنكر المدعى عليه ، فليس للمدعي إلا يمين المدعى عليه[4] لقوله ﷺ :" البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه" [5]وهذا ما يدل عليه:

ـ الكتاب : ورد القسم في آيات كثيرة من القرآن الكريم ، فأقسم الله تعالى بالمخلوقات ، و أمر الرسول الكريم بالقسم في ثلاثة مواضع منها ،**قَالَ تَعَالَىٰ**:﴿ * وَيَسْتَنۢبِـُٔونَكَ أَحَقٌّ هُوَ ۖ قُلْ إِى وَرَبِّىٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ ۖ وَمَآ

---

[1]ـ لويس معلوف ، المرجع السابق ، ص 927.

[2]ـ الفيروز آبادي : مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة ، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي ، دار الرسالة ، بيروت لبنان، ط8 ،1426هـ ـ2005م، ص 1241.

[3]ـ محمد عطا المحتسب ، المرجع السابق ، ص 150.

[4]ـ عبد العظيم بدوي ، الوجيز في فقه السنة و الكتاب العزيز، قدم له محمد صفوة نور الدين وآخرون ،دار ابن رجب و دارالفوائد ، مصر، ط4 ،1434هـ ـ2013م ، ص 613، 614.

[5]ـ سبق تخريجه ، ص 49.

أَنتُم بِمُعۡجِزِينَ ﴿٥٣﴾ ﴾ [يونس: 53] كما بين الله تعالى المؤاخذة بالأيمان كما بين الله تعالى المؤاخذة بالأيمان ترتيب الآثار عليها قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ ﴾ [المائدة: 89]هذه الآيات صريحة في مشروعية اليمين .

ـ السنة : وردت أحاديث كثيرة عن الرسول ﷺ في بيان مشروعية اليمين و أحكامها و نقتصر على أهمها لوضوح دلالتها فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال :" لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجالٍ و أموالهم ، ولكن اليمين على المدعي عليه ." و في رواية البهيقي :"ولكن البينة على المدعي ، و اليمين على من أنكر ."[1] و وجه الدلالة أن الحديث الشريف صريح في مشروعية اليمين على المدعى عليه لدفع الادعاء و نفي الاستحقاق، ومنع القضاء بمجرد الدعوى.

ـ الإجماع : كان الصحابة رضوان الله عليهم يحلفون في الدعاوي ، ويطلبون اليمين في القضاء لفصل المنازعات ، ولم يخالف مسلما في ذلك فكان إجماعا .

ـ من المعقول : إن الأمور المادية عامة ووسائل الإثبات خاصة كالشهادة و الإقرار و الكتابة كثيرا ما تقف عند حد معين ، وتعجز الوصول إلى الحقيقة في بعض الأشياء ، فلا يجد الإنسان مفرا من اللجوء إلى الأمور المعنوية التي تعتمد على الضمير و العقيدة و الأخلاق، ليستحلي غوامض الأشياء واليمين أحد هذه الوسائل .[2]

---

[1]ـ سبق تخريجه ، ص49.

[2]ـ محمد مصطفى الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية ، ، مكتبة دار البيان ، دمشق بيروت ، ط1، 1402هـ ـ 1982م، ج2،1ص326، 327.

ـ حكم اليمين و شرطها:

أ ـ حكم اليمين: هو مباح في الحلف بالله تعالى و بأسمائه الحسنى و صفاته العلى، ومحرم وهو الحلف باللاة و العزى و ما يعبد من دون الله ،لأن الحلف تعظيم وتعظيم غير الله كفر، ومكروه وهو الحلف بما عدا ذلك.[1]

ب ـ شرطها :الإسلام و التكليف و إمكان البر(فيجب البر أو الكفارة) .[2] فأما غير المكلف كالصبي و المجنون و النائم فلا تصح يمينه، ومن زال عقله بالسكر و المكره فلا تصح يمينه لأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح .

و أما من لا يقصد اليمين و هو الذي يسبق لسانه إلى اليمين ، وأراد اليمين على شيء فسبق لسانه إلى غيره فلا تصح يمينه لقوله تعالى:﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ ﴾ [البقرة: 225][3]

3 ـ ألفاظ القسم و حروفه :

أ ـ ألفاظ القسم : ألفاظ اليمين ثلاثة أقسم بالله و أعزم بالله و أشهد بالله فإن لم يذكر لفظ الله في هذا ليس بيمين ، فاليمين لا يكون إلا بالله **قَالَ تَعَالَىٰ**:﴿ فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ ﴾ [المائدة: 106]وقوله:﴿ وَأَقۡسَمُواْ بِٱللَّهِ جَهۡدَ أَيۡمَٰنِهِمۡ ﴾ [الأنعام: 109] و الحديث الذي رواه يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر أن رسول الله ﷺ أدرك عمر بن الخطاب وهو يسير في ركب وهو يحلف بأبيه فقال رسول الله ﷺ :" إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت ."[4] أو اسم من أسمائه

---

[1]ـ القرافي :شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة ، تحقيق الأستاذ محمد بوخبزة ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط1،1994م ج4، ص 6.

[2]ـ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي ، المرجع السابق ، ص 280.

[3]ـ أبي إسحاق الشيرازي (ت: 476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، تحقيق محمد الزحيلي ، دار القلم والدار الشامية ، بيروت، ط1،1417هـ ـ 1996م ، ج4 ،ص 47، 478.

[4]ـ أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الأيمان ، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى ، حديث رقم: 1646، ص 1268. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأيمان و النذور ، باب لا تحلفوا بأبائكم ، حديث رقم: 6646، ص1647.

لا يسمى به غيره و الله و الرحمن و مالك يوم الدين لقوله تعالى:﴿ قُلِ ٱدۡعُواْ ٱللَّهَ أَوِ ٱدۡعُواْ ٱلرَّحۡمَٰنَۖ أَيّٗا مَّا تَدۡعُواْ فَلَهُ ٱلۡأَسۡمَآءُ ٱلۡحُسۡنَىٰۚ ﴾ [الإسراء:109]

ب ـ حروف القسم :الباء و الواو و التاء من حروف القسم و لو عاد الضمير على اليمين لأنثه لأنها مؤنثة سماعا كقوله : و الله و بالله و تالله لأن كل ذلك معهود في الأيمان و مذكور في القرآن قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ فَوَرَبِّ ٱلسَّمَآءِ وَٱلۡأَرۡضِ إِنَّهُۥ لَحَقّٞ مِّثۡلَ مَآ أَنَّكُمۡ تَنطِقُونَ ﴿٢٣﴾﴾ [الذاريات: 23] قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ تَٱللَّهِ لَقَدۡ أَرۡسَلۡنَآ ﴾ [النحل: 63] قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ بِٱللَّهِۖ إِنَّ ٱلشِّرۡكَ لَظُلۡمٌ عَظِيمٞ ﴿١٣﴾ ﴾ [لقمان: 13].[1]

أما الصيغة بالطلاق فهو أن يقول الطلاق يلزمني لأفعلن كذا أو لا أفعل كذا فيحلف به على حض لنفسه أو لغيره أو منع أو تصديق خبر أو تكذيبه فهذا يمين باتفاق أهل اللغة ، فإنها صيغة قسم وهو يمين أيضا في عرف الفقهاء لم يتنازعوا في أنها تسمى يمينا ولكن تنازعوا في حكمها، فمن الفقهاء من غلب عليها جانب الطلاق فأوقع به الطلاق إذا حنث ، ومنهم من غلب عليه جانب اليمين فلم يوقع به الطلاق بل قال عليه كفارة يمين أو قال لاشيء عليه بحال .[2]

الفرع الثاني : الإقرار على الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي .

يعد الإقرار أضح الحجج في الإثبات و هذا ما سنبينه بنوع من الشرح في هذا الفرع .

أولا :تعريف الإقرار.

1. لغة : قرَ بالمكان قرَا و قرورا أقام ، وتقول قررت في المكان طويلا سكن و اطمأن قر عينه سر ورضي [3] أقر بالشيء أوبالحق اعترف به[4]

---

[1]ـ التواتي بن التوتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، دار الوعي ، الجزائر، ط1، ط2، 2009م ـ 2010م ، ج3 ، ص 386.

[2]ـ ابن تيمية : تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني ، مجموع فتاوى بن تيمية ،د.م.ن ،د.ط ،د.ت.ن ، (الفقه) كتاب الطلاق ،م 33، د.ص.

[3]ـ مجمع اللغة العربية ، المرجع السابق ، ص724.

[4]ـ الرازي: محمد بن بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح ، مطبعة دار الجبل ، د.م.ن ، د.ط ،1987م، ص 212.

2 ـ اصطلاحا :

عرفه الحنفية بأنه :" إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه "[1]

عرفه المالكية بأنه :" خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه ."[2]

عرفه الشافعية بأنه :" الإخبار بحق عليه ."[3]

عرفه الحنابلة بأنه :" إظهار مكلف مختار ما عليه لفظا."[4]

فالإقرار في الشرع اعتراف صادر من المقر يظهر به حق ثابت فيسكن قلب المقر له إلى ذلك.

ثانيا :حجية الإقرار.

هو حجة شرعية دل على ذلك الكتاب و السنة و الإجماع و ضرب من المعقول.[5]

. من الكتاب: قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ ﴾ [النساء: 135] وجه الاستدلال قال ابن عباس "أمروا أن يقولوا الحق ولو على أنفسهم "و شهادة المرء على نفسه هو إقراره بما عليه لخصمه و هنا يحول المنهج تجنيد النفس في وجه ذاتها و في وجه عواطفها[6] فدل هذا على جواز الإقرار **قَالَ تَعَالَىٰ:**﴿ وَإِذۡ أَخَذۡنَا مِيثَٰقَكُمۡ لَا تَسۡفِكُونَ دِمَآءَكُمۡ وَلَا تُخۡرِجُونَ

[1] ـ محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ضبطه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط1 ، 1418هـ ـ 1997م ،ج7، ص 423.

[2] ـ الصادق عبد الرحمان الغرياني ، المرجع السابق ، ج4، ص 365.

[3] ـ الماوردي :أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه و هو شرح مختصر المزني ، تحقيق و تعليق علي محمد معوض و آخرون ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ، ط1، 1414هـ ـ 1994م،ج 7، ص4.

[4] ـ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، المرجع السابق ، ج6، ص 452

[5] ـ عبد الله بن محمد الموصلي ، المرجع السابق ،ج 2، ص311.

[6] ـ سيد قطب ، المرجع السابق ، ج5 ،776 .

أَنفُسَكُمْ مِّن دِيَٰرِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنتُمْ تَشْهَدُونَ ﴿٨٤﴾ ﴾ [البقرة: 84] الإقرار بهذا الميثاق الذي أخذ عليكم و على أولياءكم ،[1] فلو لم يكن الإقرار حجة لما خاطبهم الله بهذا الخطاب .

ـ من السنة :جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال:" يا رسول الله ، طهرني ، فقال ويحك ارجع فاستغفر الله و تب إليه ،قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال : يارسول الله ، طهرني فقال رسول الله ﷺ : و يحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه ،قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال : يا رسول الله طهرني فقال النبي ﷺ مثل ذلك حتى كانت الرابعة قال النبي ﷺ : فيم أطهرك فقال من الزنا ، فسأل رسول الله ﷺ : أبه جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون ، فقال أشرب خمرا ؟ فقام رجل و استنكهه فلم يجد ريح خمر ، قال فقال رسول الله ﷺ : أزنيت ؟قال نعم فأمر به فرجم .[2] ووجه الاستدلال أن الرسول صلى الله عليه وسلم أقام على ماعز الحد بناء على إقراره فلو لم يكن حجة لما أقام الحد.[3]

3 ـ الإجماع : أجمعت الأمة على أن الإقرار حجة في حق المقر ، حتى أوجبوا الحدود و القصاص بإقراره .

4 ـ القياس : فلأن الإقرار أبلغ و أكد من الشهادة ، لان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها، فإذا جاز الحكم بالشهادة ، يجوز الحكم بالإقرار من باب أولى .

ثالثا :أركان الإقرار.

اختلف الفقهاء في أركان الإقرار إلى قولين:

1ـ القول الأول :أركان الإقرار أربعة هي الصيغة و المقر و المقر له و المقر به و به قال الجمهور.

[1]ـ القرطبي ، المرجع السابق ، ج 2، ص 236.

[2]ـ أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنى ، حديث رقم: 1695، ص 1322.

[3]ـ خالد قرقور ، قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية ،رسالة دكتوراه ، د.م.ن ،د.ت.ن ، ص41،42.

2 ـ القول الثاني : ركن الإقرار لفظ أو ما في حكمه دال عليه ، كقولك لفلان على كذا أو مايشبهه من كل لفظ يؤدي معنى الاعتراف بالحق قال الحنفية .

و بالإقرار يقوم الحق و انكشافه لذا لا يصح فيه التعليق و لا يصح فيه شرط الخيار[1].

ـ في المقر به : إذا كان اللفظ بينا لزمه ما أقر به من مال أو حد أو قصاص فإن كان لفظا محتملا حمل على أظهر معانيه ،[2] وتجدر الإشارة هنا أن الإقرار أربعة أقسام :

ـ أحدها لا يقبل بحال و هو إقرار المجنون .

ـ الثاني لا يقبل في حال و يقبل في حال ثاني و هو المفلس .

ـ الثالث لا يصح في شيء و يصح في غيره وهو إقرار الصبي في الوصية و التدبير و العبد والسفيه في الحدود ، و القصاص و الطلاق .

الرابع الصحيح مطلقا ، وهو ماعدا ذلك ومن ملك الإنشاء ملك الإقرار ، ومن لا فلا [3].

ـ و يلزم أن يكون الإقرار عند الإمام فإن كان عند غيره لم يجز إقراره و يلزم أن يناقش المقر في إقراره ، ويندب له أن يلقنه الرجوع عن الإقرار وخاصة في الحدود الخالصة لله و قد قال مالك في الذي على نفسه بالزنا ثم يرجع و يقول لم أفعل ذلك و إنما كان ذلك مني على وجه كذا و كذا ان ذلك يقبل منه ولا يقام عليه الحد لان الحد الذي هو لله لا يؤخذ إلا ببينة عادلة تثبت على صاحبها وإما باعتراف يقيم عليه حتى يقام عليه الحد.

---

[1] ـ أحمد إبراهيم بك ، المرجع السابق ، ص 465.

[2] ـ ابن جزي ، القوانين الفقهية ،د.م.ن ، د.ط ، د.ت.ن ، ص 207.

[3] ـ السيوطي :جلال الدين عبد الرحمان (ت: 911هـ)،الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ،ط1، 1403هـ ـ 1983م، ص 464.

ـ أما الرجل يكون في سفر ثم يزعم أنه طلق امرأته واحدة أو اثنتين منذ سنة فلا يقبل قوله في العدة إلا أن يكون على أصل ذلك عدول فان لم يكن إلا قوله لم يقبل منه و استأنفت العدة من يوم أقر و إن مات ورثته و إن ماتت لم يرثها و إن أقر بالبتة لم يصدق في العدة ولم يتوارثا.[1]

ـ كون الإقرار حجة كاملة في الإثبات ، إلا أنه حجة قاصرة على المقر ، لا تتعداه إلى غيره، وليس له ولاية على غيره ، فإذا أقر بحق على نفسه لزمه ذلك الحق وإذا أقر على آخر فلا عبرة لإقراره ولا قيمة له في الإثبات إلا من جهة كونه شهادة على غيره.

رابعا: الأثر المترتب على الإقرار ومثال عنه .

1ـ الأثر المترتب على الإقرار : متى صدر الإقرار مستوفيا لشروطه الشرعية، ترتب عليه إظهار الحق و إلام المقر بما أقر، ويأمر القاضي المقر بالخروج من العهدة و تنفيذ مقتضى إقراره لأن القاضي مأمور بالحكم متى ظهر الحق.[2]

ـ إذا قال رجل (هند) أختي بالرضاع أو قالت امرأة هو أخي من رضاع وأمكن ذلك حسا أو شرعا حرم تناكحهما أبدا مؤاخذة للمقر بإقراره و لو رجع المقر لم يقبل رجوعه لأن المقر يحتاط لنفسه فلا يقر إلا عن تحقيق.[3]

2ـ مثال مؤاخذة المرء بإقراره: حضر الزوجان إلى المحكمة وسجلا حجة طلاق مقابل الإبراء العام وهما بأكمل الأوصاف المعتبرة منهما شرعا ، تصادقا في تلك الحجة على قيام الزوجية و الدخول الشرعيين بينهما ، و قررت الزوجة في تلك الحجة قائلة : إنني أبرأت ذمة زوجي، من جميع ما أستحقه عليه من المهر المعجل و المؤجل و التوابع و نفقة العدة إبراء عاما مانعا من كل حق

---

[1]ـ سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم العتقي ، المدونة الكبرى ، ، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد ،المملكة العربية السعودية ، د.ط ،د.ت.ن ، م 5، ص128.

[2]ـ عطا محمد المحتسب ، المرجع السابق ، ص 119.

[3]ـ شمس الدين محمد بن أبي القياس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري(ت:1004هـ) ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، ط3، 1424هـ ـ 2002م ، ج7 ،ص 183.

ودعوى و نزاع يتعلق بهذا الخصوص مقابل أن يطلقني طلاق أملك به نفسي، وفي المجلس أجابها زوجها المذكور قائلا : وأنت يا زوجتي طالق من عصمتي و عقد نكاحي طلقة تملكين بها نفسك . وطلب الطرفان إجراء الإيجاب الشرعي، بناء عليه أفهمهما القاضي أن الزوجة المذكورة قد بانت من زوجها المذكور بطلقة واحدة بينونة صغرى ، وأن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخه أدناه و أنها لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين مالم تكن مسبوقة منه بطلقتين .

رفعت المطلقة دعوى لدى المحكمة تطلب فيها إلغاء تصادق الزوجين على الدخول بينهما، الذي ورد في حجة الطلاق المشار إليها، بداعي الخطأ في الإقرار به و أنه لم يتم الدخول بينهما مطلقا وصادق المطلق المطلقة في دعواها بأنه لم يتم الدخول بينهما و أن إقرارهما في الحجة المشار إليها كان خطأ

قررت المحكمة ما يلي : حيث إن الدخول يوجب على المطلقة العدة الشرعية، و هي مما يتعلق بها حق لله تعالى ، فإذا تم الإقرار وجبت العدة و لا يقبل بعد ذلك الرجوع عنه رعاية لحق الله وصيانة للفروج و الأنساب، حيث أقرا وهما بكامل الأوصاف المعتبرة منهما شرعا ، وبذلك وجبت العدة الشرعية ورّد القاضي الدعوى[1]

المبحث الثاني :إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري.

تعد مسالة إثبات الطلاق العرفي "الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء"في قانون الأسرة الجزائري إشكالية اختلف في تفسيرها وتأويلها الكثير من الآراء، وسنتطرق في هذا المبحث إلى المبدأ الوارد في قانون الأسرة الجزائري الذي يقوم بعدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي كمطلب أول، ثم نبرز طبيعة حكم القاضي بالطلاق كمطلب ثاني.

[1]- عطا محمد المحتسب ، المرجع السابق ، ص 122.

المطلب الأول:إثبات الطلاق بحكم قضائي.

لابد من التفريق بين إيقاع الطلاق و وقوعه وبين وقوع الطلاق و إثباته وبين إثبات الطلاق و الحكم به، فقد نصت المادة 48 من ق.أ,ج على أن:"الطلاق يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة "، كما نصت المادة 49 من ق.أ.ج على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد محاولة الصلح "، وهاهنا تتيه الأفهام وتضطرب الأحكام لأنه لا معنى لكلمة "لا يثبت" "إلا بعد محاولة الصلح" سوى عدم الاعتبار بالطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، أو الذي يقع بالتراضي بين الزوجين إذا ما تحقق الإصلاح أو عدم رفع المسألة إلى القاضي ، أو عند مراجعة الزوجة أثناء الصلح ،أو عند شطب الدعوى بسبب عدم الحضور إلى المحكمة .

فالمادة 48 من ق.أ.ج صريحة في أن الطلاق يقع بإرادة الزوج أو بإرادة الزوجين معا، وهذا ما يتفق مع الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه الفقهية ،والمادة 49 من ق.أ.ج يفيد ظاهرها أن الطلاق لا يقع إلا بحكم القاضي، وبين هاتين المادتين يقع الخلط والمحظور في آن واحد، ولكن كان من المهم جدا بيان الفرق بين إيقاع الطلاق و وقوعه فعلا وبين توثيقه و إثباته وبناء الأحكام عليه وترتب آثاره.[1]

إن المستفاد من نص المادة 49 من ق.أ.ج سالف الذكر هو أن الطلاق الذي يتلفظ به الزوج لا يكون ثابتا ولا يحتج به في مواجهة الغير إلا إذا صدر به حكم قضائي، فالحكم الصادر بالطلاق هو الوسيلة الوحيدة لإثباته وعليه فإن جميع الألفاظ التي تصدر عن الزوج بقصد إنهاء الرابطة الزوجية لا أثر لها من الناحية القانونية ما لم يصدر بها حكم قضائي.

[1]- المصري المبروك ، "إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري" ـ دراسة و تحليل ـ جامعة أدرار الجزائر ،د.ت.ن ، ص 251.

إن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي بالنسبة للوقائع الحادثة بعد صدور قانون الأسرة في 9جوان سنة1984 فمن أراد أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة عليه أن يتوجه إلى قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مسكن الزوجة ،ويقدم عريضة افتتاح دعوى الطلاق ولا تعتبر هذه الزوجة مطلقة إلا من تاريخ صدور الحكم في هذه الدعوى[1].

ومنه فإن إيقاع الطلاق خارج الدوائر القضائية لا يكون معتدا به ولا يحتج به في مواجهة الغير، ولا يرتب آثارا قانونية وذلك من خلال نص المادة 49 من ق.أ.ج في فقرتها على أنه :"لا يثبت الطلاق إلا بحكم "،ويظهر أثر هذا النص من جهة إثبات الضرر واستحقاق التعويض للمطلقة فحسب، أما وقوع الطلاق فتترتب عليه آثاره الشرعية من وقت التلفظ به من قبل الزوج، فلا يقبل أي تعديل أو مراجعة عند وقوعه اعتمادا على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية .[2]

الفرع الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري من الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء.

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

غير أن موقف القانون من مسألة الطلاق ودور الحكم القضائي واضح من خلال المواد 48،49،50 ق.أ.ج والتناقض الواقع بينهم فالمادة 48ق.أ.ج السالف ذكرها أسندت وبصريح العبارة إنهاء الرابطة الزوجية إلى الزوج بإرادته المنفردة، فبمجرد تلفظ الزوج بالطلاق يقع ويحسب عليه من

[1]- فرجي بن سنوسي ، المرجع السابق ، ص 4.

[2]- بن صغير محفوظ ، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، نيل شهادة الدكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية ، تخصص فقه و أصوله ، جامعة الحاج لخضر باتنة الجزائر ، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية ، 2008-2009م ، ص 535.

عدد الطلقات التي يملكها، غير أن المادة 49 ق.أ.ج تدخلت وسلبت هذا الحق منه بوضع قيود على إرادة الزوج تتمثل في ضرورة رفع دعوى إلى القضاء يطلب من خلالها إنهاء الرابطة الزوجية بناء على رغبة وضرورة إجراء محاولة الصلحوالتي يقوم بها القاضي بحضور كاتب الضبط والطرفين وفي الحالة التي يتوصل فيها القاضي إلى الصلح يحرر محضر بذلك يبين فيه نتائج محاولة الصلح ولا يصدر حكم قضائي بذلك ، بمعنى أن هذه المادة تؤكد عدم الاعتراف بالطلاق العرفي ، فمثلا إذا كان الزوج طلق زوجته قبل لجوءه إلى القضاء ، وأثناء محاولة الصلح تصالح معها وحرر القاضي محضر بذلك فكيف يتم إثبات تلك الطلقة ما دام لم يصدر الحكم المثبت للطلاق والذي به يتم احتساب طلقة على الزوج من الناحية قانونية .

وما يزيد اقتناعنا بعدم الاعتراف بالطلاق الواقع خارج دائرة القضاء ما جاء في المادة 50 من ق.أ.ج :"من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعهابعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد "[1]، وبالتالي فإن الرجعة التي تقع بعد الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي لا تدخل في مفهوم الرجعة التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي لأن الطلاق لم يقع بعد،وتبعا لذلك يستطيع الزوج أن يعيد الزوجة إلى بيت الزوجية في أي وقت ما دامت العلاقة الزوجية ما تزال قائمة.[2] وحسب رأي الأستاذة معامير حسيبة انه إذا كان المشرع نص على الطلاق الرجعي في مادة مستقلة كان يمكن أن يفهم بأن الرجعة تنصرف إليه ، لكن المشرع سكت عن الطلاق الرجعي وترك المدة 49 هي المقدمة الحتمية للمادة 50 ، ولما قيدت المادة 49 الطلاق بضرورة

[1]- معامير حسيبة ، "إثبات الطلاق بين القانون و القضاء" ، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار ، ع 27، د.ت.ن ، ص 138، 139.

[2]- بلعابد سمية ، فك الرابطة الزوجية بين النص التشريعي و التطبيق القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قسم الحقوق تخصص قانون الأسرة ،جامعة مولاي الطاهر سعيدة الجزائر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2015- 2016م ، ص 11.

صدور حكم قضائي حتى يعتبر الطلاق واقع في نظر القانون فهذا يعني أن للزوج إذا تصالح مع زوجته قبل صدور الحكم أن يرجعها بلا عقد جديد لأن الطلاق لم يتم ، وما يؤكد هذا التحليل التعارض الواقع مع أحكام الشريعة الإسلامية بسبب هذه المادة فلو فرضنا وجود طلاق رجعي وأن الرجعة انصرفت إليه فهذا يؤدي إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة في حالة تلفظ الزوج بالطلاق وتأجيل ترفع الدعوى أمام المحكمة لاستصدار حكم الطلاق،[1]

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري متميز بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن هذا إذا أخذنا بحرفية النص وبفكرة عدم وقوع الطلاق خارج دائرة القضاء، أما إذا أخذنا المفهوم المقال له وهو وقوع الطلاق خارج دائرة القضاء وثبوته بحكم قضائي فإننا نكون أمام نوعين من الطلاق : طلاق رجعي وآخر بائن. ومن خلال المادتين 49 و50ق.أ.ج يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بالطلاق البائن دون الرجعي، بحيث أن الزوجة تعتبر مطلقة إذا نطق القاضي بحكم الطلاق ومن ثم لا يمكن للزوج أن يراجعها حتى لو كانت في عدتها إلا بعقد جديد .[2]

الفرع الثاني: موقف القضاء من الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء وأهم إشكاليات الطلاق العرفي في ضوء التطبيقات القضائية .

اتخذ القضاء موقف حيال موضوع الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء (الطلاق العرفي) وما ينجر عن عدم إعترافهم بهذا الطلاق من تبيعات وهوما سنشير إليه في هذا الفرع.

[1]- معامير حسيبة ، المرجع السابق ، ص 139.

[2]- بلعابد سمية ، المرجع السابق ، ص 11،12.

أولا: موقف القضاء من الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء .

تجدر الإشارة إلى أنه وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء بأثر رجعي، إلا أن التطبيقات القضائية في مختلف المحاكم تعمل على إثبات الطلاق العرفي، وترتب عليه آثاره بأثر رجعي وقد عمت هذه الظاهرة في معظم محاكم البلاد وعلى رأسها محكمتي الجلفة و البويرة، ونجد أن كلا من المحكمتين تعملان على إثباته بأثر رجعي بعد التحقق من واقعة الطلاق في حد ذاتها بسماع الأطراف وكذا الشهود ، وقد صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس تصب في هذا الغرض وأهمها : القرار رقم 99/19الصادر بتاريخ 1999/01/30والذي صدر إثر استئناف حكم قضى بالإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين خلال شهر أوت 1996.[1]

وبهذا يتوصل من خلال استقراء نصوص الطلاق في قانون الأسرة لمعالجة مسألة الطلاق العرفي، وعرض بعض الاجتهادات القضائية أدناه, أن هناك اختلافا في تفسير المادة 49، إذ المادة للوهلة الأولى توحي إلى أنه لا مجال للطلاق خارج المحكمة وهو ما أخذ به بعض شراح القانون، ولكن الممارسة القضائية أثبتت خلاف ذلك ، على أن الطلاق العرفي الذي يقع خارج دائرة القضاء يعتد به شرعا وقانونا ، إلا أنه تبقى مسألة إثبات هذا الطلاق أمام المحكمة لإصدار حكم قضائي بذلك، وتسجيله في سجلات الحالة المدنية كي يكون لهذا الطلاق الصبغة القانونية النظامية ، وإثبات الطلاق العرفي يكون بشهادة الشهود الذين حضروا طلاق جماعة المسلمين ، لأن الزوج ما دام قد

[1]- قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية - دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة - مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات الجزائر ، الدفعة 12 ، 2004 ، ص13 .

تلفظ بالطلاق حقيقة ، وأن جماعة من المسلمين قاموا بفك الرابطة الزوجية على اعتبار أن الزوج قد تلفظ بالطلاق ، وقد تكون فترة العدة الشرعية قد مرت، وأصبح الطلاق بائنا، هنا ما على القضاء إلا سماع الشهود وإثبات الطلاق بحكم قضائي، وأما محاولات الصلح في هذه الحالة يعطل العمل بها، فلا مجال للصلح في طلاق وقع و انتهى، وبالتالي يتم إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، هو ما أيدته القرارات التالية [1]:

" من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء . ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي لا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فعن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون"،[2] 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"،[3] كما جاء في قرار آخر:" يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلحت بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقا إلا إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه، وإن فشل فإن كان

[1]- هشام ذبيح ، المرجع السابق ، ص 90،91.

[2]- قرار رقم: 216850 ، المحكمة العليا، (غ.أ.ش)، بتاريخ 1999/02/12، المجلة القضائية ، ع خاص ، لسنة 2001، ص 100، (انظر هشام ذبيح، المرجع نفسه ، ص 91).

[3]- قرار رقم: 288322، المحكمة العليا، (غ.أ.ش)، بتاريخ 2002/09/25، المجلة القضائية ، ع1، لسنة2003 ، ص 375 ، (هشام ذبيح، المرجع نفسه ، ص 91).

الزوج هو الذي طلب الطلاق فما على القاضي سوى الحكم له به..." [1]، وجاء في قرار لاحق على جواز سماع الشهود في مسألة إثبات واقعتي الزواج والطلاق العرفي سماع الشهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف".[2]

وقد جاء الاجتهاد القضائي بقوله :" فإنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق، وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزم وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم كما فعل القاضي الأول، وإذا ندم الزوج المطلق أو تراجع عن طلاقه فهناك قواعد فقهية تضبط الرجعة على الزوج المطلق الالتجاء إليها، وذلك قبل انقضاء عدة المطلقة، ولم يظهر من الملف أو عناصر الدعوى أن الزوج ارتجع زوجته في مدة قبل انقضاء عدتها،وعليه فإن قضاة الاستئناف خرقوا قاعدة فقهية تمس بالشريعة الإسلامية في الطلاق مما يستوجب النقض لقرارهم دون إحالة"،[3] و وفقا لهذا القرار فإن القضاء قد اعتبر أن الحكم القضائي كاشف للطلاق لا منشئ له، أي أن المعتبر في الطلاق هو تصريح الزوج به ولو خارج دائرة القضاء، ويقتصر دور القاضي على إثباته في حكم، لأجل إعطائه الصبغة القانونية ومحافظة على حقوق يعترف به القضاء متبعا في ذلك الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأساس لقانون الأسرة[4] و تأكيدا لهذا المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا أيضا ما يلي: "من المقرر شرعا أن الطلاق

---

[1]- قرار رقم: 57812، المحكمة العليا،(غ.أ.ش) ، بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية ،ع 3 ،لسنة 1991، ص 71، 91، (هشام ذبيح ،المرجع نفسه ،ص91)

[2]- قرار رقم: 31-5403 ،المحكمة العليا ،(غ .أ.ش)، بتاريخ 2005/02/23 ،مجلة المحكمة العليا ،ع 1 ، لسنة 2005، ص 275(انظر ذبيح هشام ،المرجع السابق ،ص 91)

[3]- قرار رقم :35322، المجلس الأعلى سابقا "المحكمة العليا حاليا " ،(غ.أ.ش)، بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية ، ع4، لسنة 1989،ص 91(انظر بوجمعة أحمد ،المرجع السابق ،ص 770.)

[4]- بوجمعة أحمد، المرجع نفسه ، ص 771.

هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما الطلاق فهو حق للزوجة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية "[1]، وغير ذلك ن القرارات التي تؤكد اعتراف القضاء بالطلاق العرفي و إثباته خارج دائرة القضاء وهذا هو الفهم الصحيح والمتفق مع الشريعة الإسلامية المصدر الأساس لقانون الأسرة ، كما أن هذا الفهم من طرف القضاء يجعل نصوص قانون الأسرة الجزائري منسجمة مع بعضها ومتفقة فيما بينها[2]

ثانيا: إشكاليات الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية .

إن الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى بنا إلى مشاكل عويصة خاصة وأن المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق العرفي،ومن أهم هذه الإشكاليات :

1ـ حالة عدم تسجيل عقد الزواج : تنص المادة 22 من ق.أ.ج على أن:"يثبت الزواج بمستخلص من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه".

[1]ـ قرار رقم: 35026،المحكمة العليا ،(غ.أ.ش)، بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية ، ع 4، سنة 1989، ص 86(انظر بوجمعة أحمد ،المرجع السابق ، ص770).

[2]ـ بوجمعة أحمد ، المرجع نفسه ، ص 771.

من هذا النص يتضح بأن المشرع يعترف بوجود الزواج العرفي ويرتب عليه آثاره كاملة من إثبات النسب ووجوب النفقة ...إلخ، إلا أنه قد يحدث أن يقدم الزوج على طلاق زوجته عرفيا وينصرف كل منهما إلى حال سبيله.

بادئ ذي بدء يجب القول أنه لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن دعوى الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج العرفي، ومن ثمة وجب أولا رفع دعوى تسجيل الزواج أو إلحاق النسب ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، هذا طبعا إذا سايرنا الواقع وسلمنا بقبول دعوى إثبات الطلاق العرفي والتي فرضت نفسها بشدة في الواقع العملي.

والحكمة من عدم جواز رفع الدعوتين بموجب عريضة واحدة تكمن في اختلاف دعوى الطلاق عن دعوى إثبات الزواج هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن حكم الطلاق يكون نهائيا في حين أن حكم إثبات الزواج يكون ابتدائيا ومن ثم يمكن استئناف الحكم بإثبات الزواج ، وقد يتم إلغاؤه من المجلس وهنا نكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود زواج .[1]

2ـ حالة إعادة أحد الزوجين الزواج : سنتعرض لحالة كل زوج عل حدة :

أـ حالة إعادة الزوج الزواج : وفي هذه 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 الشريفة إلا أنه من الناحية القانونية يطرح إشكالا كبيرا، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا ، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب الاستبراء ، ومن ثمة كان يستحسن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا.

[1]ـ معامير حسيبة ،المرجع السابق، ص 142.

ب ـ حالة إعادة الزوجة الزواج: وهذه الحالة تطرح إشكاليات كبيرة على الصعيدين القضائي والشرعي ، وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين حالتين:

ـ حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي : يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة للطلاق العرفي ذلك أن المفروض ان الطلاق العرفي لا يمكن أن يكون في زواج رسمي إذ لا يقع الطلاق إلا بحكم وهو ما نصت عليه المادة 49 من ق.أ.ج، أما الزواج العرفي فيصح فيه الطلاق العرفي شرعا لا قانونا لأن الزواج عرفيا، والمفروض أن هذه المسالة لا تطرح أي إشكال طالما أنه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق، إلا أن الإشكال يكمن في حالة وجود الأولاد، إذ ينبغي إلحاق نسبهم للزوج الأول مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسب الأولاد مع الإشارة إلى أن الزوجة على ذمة زوج آخر، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي، وهنا وإن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به .

ـ حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل : ونكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا.

وتجدر الملاحظة أنه يمكن في هذه الحالة حسب القانون الجزائري متابعة الزوجة بجريمة الزنا ، وذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج دائرة القضاء ومن ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد ، وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية ، وفعلا حدث ذلك بمحكمة الجلفة قسم الجنح حيث أدينت المطلقة عرفيا التي أعادت الزواج عرفيا بجريمة الزنا.

وهنا يبرز التناقض الكبير بين أحكام الجهة القضائية الواحدة إذ من جهة نجد أن الزوجة دفعت بوقوع طلاق عرفي وبشرعية زواجها الثاني ، وهو الأمر الذي لم يعترف به قاضي الجنح ، ومن جهة أخرى فإن محكمة الأحوال الشخصية تسير في اتجاه إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي ، ومن ثمة كان ينبغي على القاضي أن يعتبر ذلك مسألة عارضة ويوقف الفصل في دعوى إثبات الطلاق لأنه بثبوت وقوع الطلاق نخرج من دائرة التجريم ، هذا طبعا من الناحية العملية ، إلا أنه من الناحية القانونية البحتة فإن حكم القاضي الجزائي جاء صائبا وفي محله لعدم اعتراف المشرع الجزائري بوقوع

الطلاق خارج دائرة القضاء وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها في هذا الصدد ، حيث ورد في أحد قراراتها أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها، بل ذهبت المحكمة العليا أبعد من ذلك غذ اعتبرت أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا ، وقد ورد في قرار آخرأنه إذا دفعت المتهمة بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها وبين الشاكي قد انحلت واستشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما فادعى الزوج الشاكي أن هذا الحكم محل استئناف تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى والقضاء بإدانة المتهمة بالزنا ، أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصر نهائيا بعد وإلا كان قراره مخالفا للقانون ويستوجب نقضه.[1]

3 ـ احتساب العدة وعدد الطلقات على الزوج : في حالة احتساب العدة تثار إشكالية متى يتم بدء احتسابها ن وهذا ما سنتطرق له إن شاء الله في جزئية العدة ، اما بخصوص احتساب عدد الطلقات على الزوج، فتكون بصدد المخالفة الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية ، وذلك متى طبق القاضي نص المادة 49 من قانون الأسرة حرفيا، فعلى سبيل المثال إذا طلق الزوج زوجته طلقة أولى عرفيا ثم رفع دعوى طلاق ليس لإثبات تلك الطلقة وإنما لإعطاء الصبغة الرسمية ، وأثناء محاولة الصلح تصالحا الزوجان وفرضا أعلم الزوج القاضي بتلك الطلقة ، فالقاضي طبقا لنص المادة 49 ق.أ.ج يحرر محضر الصلح ولا يبالي بتلك الطلقة ما دام قانون الأسرة لم ينص على كيفية التعامل معها ، ثم بعد ذلك رجع وطلق الزوج زوجته مرة ثانية ، وتصالحا في جلسة الصلح وطبعا لم يسجل القاضي هذه الطلقات على الزوج فيعتبر في نظر القانون كأنه لم يطلقها ، ثم طلقها مرة ثالثة ، ففرضا توصل القاضي إلى الصلح معهما في هذه الحالة يكون قد أحل لهما حراما ، أو فرضا أنه لم يتوصل إلى الصلح فيكون قد حسب على الزوج طلقة واحدة بائنة تخول له الحق في مراجعة زوجته وبهذا يحل حراما .

[1]ـ قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص15،16.

بناء على هذه الإشكاليات التي يطرحها الطلاق العرفي ، نجد القضاء يذهب إلى إثباته بأثر رجعي استنادا على أحكام الشريعة الإسلامية والتي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما لم يتم النص عليه في قانون الأسرة .[1]

المطلب الثاني : طبيعة حكم القاضي بالطلاق .

لما نص المشرع الجزائري في المادة 49 على إثبات الطلاق بحكم قضائي لم يبين طبيعة هذا الحكم ، وفي ظل وجود واقعة ازدواجية الطلاق ثار إشكال آخر حول طبيعة هذا الحكم ،وسنبين طبيعة حكم القاضي بالطلاق في فرعين اثنين:

الفرع الأول : طبيعة حكم القاضي بالطلاق الواقع خارج المحكمة .

إذا طلق الزوج زوجته خارج المحكمة ثم رفع دعواه أمام المحكمة فإن القاضي سيتأكد أولا من إرادة الزوج في طلب الطلاق طبقا لنص المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على:" يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ..." وبه فالقاضي يكون مراقب لإرادة الزوج من مدى خلوها لعيوب الإرادة، ثم يتخذ الإجراءات اللازمة ثم يصدر حكمه القاضي بالطلاق وفي هذه الحالة يكون الحكم كاشفا ومثبتا له ، الذي هو طلاق شرعي يجب أن يعتد به حتى يتمكن المطلق من الاحتجاج به أمام الغير ، ويكون دور القاضي فيه مقررا وشاهدا له فقط لأن الطلاق قد وقع وما نحتاجه هو الكشف عنه وليس إنشاء طلاق آخر أي طلاق على طلاق وهذا هو الحاصل للأسف ، لذلك ندعو المشرع الجزائري بأن ينص صراحة على أن كل طلاق خارج المحكمة يصدر بشأنه حكما كاشفا له ،19وذلك بتعديل نص المادة 49 بالشكل التالي :" لا يثبت الطلاق أمام المحكمة إلا بعد صدور حكم قضائي بشأنه بعد عدة محاولات صلح خلال مدة ممكنة أقصاها ستة أشهر ويكون حكم القاضي به منشأ له، وإذا وقع الطلاق خارج المحكمة فلا يثبت إلا بعد استخراج

[1]- معامير حسيبة ، المرجع السابق ، ص 144.

شهادة إثبات الطلاق أمام البلدية ويكون حكم القاضي به كاشفا له ، وإذا كان الطلاق رجعيا جاز للقاضي إجراء الصلح خلال الفترة المتبقية من العدة". [1]

تقول الأستاذة جنادي نبيلة وفي سياق النص المقترح نطالب بضرورة توثيق عدد طلقات الطلاق التي يتلفظ بها الزوج خارج المحكمة أمام البلدية المختصة بواسطة وثيقة رسمية تسمى " شهادة إثبات طلاق الزوج خارج المحكمة" يحررها ضابط الحالة المدنية أو أشخاص مختصين في قانون الأحوال الشخصية أو في الشريعة الإسلامية.

وفي هذه الشهادة يتم تدوين عدد طلقات الزوج والتاريخ الذي تلفظ بها، وتسجل فيها أيضا واقعة المراجعة بحضور الزوجين وشاهدين ، ومن الأفضل أن تحرر هذه الوثيقة أيضا عند رغبة الزوج في رفع دعوى الطلاق كدليل على عدم وقوع الطلاق من قبل، ثم ترقق هذه الوثيقة على حسب الحالتين كوثيقة ضرورية ورسمية عند رفع دعوى الطلاق وغلا ترفض الدعوى شكلا ، وهذا من أجل التخفيف على القاضي ويتضح له أمر الطلاق في الحالتين ويستعين بها ليؤسس عليها حكمه ، وبهذه الطريقة نكون قد رجعنا الاعتبار للطلاق الذي يقع خارج المحكمة وأعدنا الانسجام بين النصوص القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني : طبيعة حكم القاضي بالطلاق الرسمي.

إن طبيعة حكم القاضي بالطلاق بالنسبة للطلاق الذي يتم على مستوى المحكمة تختلف عن الذي يقع خارج المحكمة ، لأن الطلاق هنا لم يقع ولم يتلفظ به الزوج والقاضي سيجري إجراء الصلح خلال المدة المحددة له وإذا لم ينتج آثاره المرغوبة ينطق القاضي بفك الرابطة الزوجية بواسطة

[1]- جنادي نبيلة ، "ازدواجية الطلاق بإرادة الزوج بين الواقع أمام المحكمة و خارجها " - مقاربة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري - ، مجلة علمية نصف سنوية محكمة تعنى بالبحوث و الدراسات القانونية تصدر عن معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان ، جامعة البليدة 2، م7 ،ع 1، بتاريخ 2018/12/30، ص 281.

الطلاق ويكون الحكم منشأ له على أساس أن الطلاق قد أنشئ بموجب هذا الحكم ولا وجود لطلاق قبله.[1]

المبحث الثالث : الآثار الناجمة عن الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري.

إن ظاهرة ازدواجية الطلاق في قانون الأسرة الجزائري جعلتنا نصطدم بعدة نصوص قانونية أخرى منظمة لآثار الطلاق سواء الآثار المادية أو المعنوية ، كما جعلتنا أيضا نبحث على التاريخ الذي يجب أن نأخذ به في الحالتين التي يقع فيها الطلاق خارج المحكمة والطلاق الذي يقع على مستوى المحكمة خاصة وأن المدة الزمنية بين التاريخين في كل حالة قد تكون طويلة ومن هنا يطرح تساؤل آخر من أين تبدأ آثار الطلاق هل من تاريخ التلفظ بالطلاق أم من تاريخ صدور الحكم به ؟

التنظيم غير المحكم للمادة 49السالفة الذكر نتج عنه طلاق مزدوج فحتما سنكون أمام تاريخين لطلاق هو نفسه ، تاريخ أول للطلاق وتاريخ ثاني لهذا الطلاق مع العلم بأن تاريخ وقوع الطلاق مهم جدا فمن خلاله يبدأ حساب آثار الطلاق وآجال الطعن في حكم القاضي به ، وعلى حسب نص المادة 49 فإن المعمول به قانونا هو تاريخ صدور الحكم بالطلاق [2]،فيكون هذا التاريخ صحيحا إذا طلق الزوج زوجته إلى مستوى المحكمة بينما لو طلقها خارج دائرة المحكمة فلا يمكن أن نعتد به وهذا هو المنتهك في هذه المادة ، وفي ظل الاقتراح الذي قدمناه بخصوص تعديل نص هذه المادة في فقرتها الأولى فإنه إذا كان الحكم كاشفا للطلاق فإن بداية حساب تاريخ الطلاق يكون بأثر رجعي من تاريخ تلفظ الزوج به وهذا هو الصائب ، وإذا كان الحكم منشأ له فإن تاريخ صدور الحكم القضائي هو الذي يعتد به في حساب تاريخ الطلاق .

[1]- جنادي نبيلة ، المرجع السابق ، ص 282،283.

[2]- فرجي بن سنوسي ،المرجع السابق ، ص 83.

المطلب الأول: الآثار المعنوية للطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري.

إن الجدلية التي مست تاريخ بداية حساب طلاق الزوج قد انعكست عنها إختلالات واضحة تعلقت بآثار الطلاق المعنوية خاصة تلك المتعلقة بالنسب والعدة ، حيث ثار النزاع أيضا حول هذه الآثار لأنها تترتب بمجرد وقوع الطلاق وبالتالي سنحاول أن نبين ذلك في ما يأتي:

الفرع الأول: العدة.

إن من أهم آثار الطلاق العدة وهي مدة تتربص بها المرأة لتعرف براءة رحمها و ذلك لصون الأعراض وتتعلق بها باقي الآثار.

أولا: تعريف العدة:

1ـ لغة:عدَّهُ أحصاه من باب ردَّ و الاسم العدد ، عده فاعتد أي صار معدودا و الايام المعدودات أيام التشريق ، عده لأمر كذا هيأه له ، وعدة المرأة أيام أقرائها ، وقد اعتدت و انقضت عدتها[1].

2 ـ اصطلاحا : وهي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد أو شبهته .[2]

ثانيا :مشروعية العدة و الحكمة منها .

1. مشروعية العدة :و أجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾﴾[البقرة: 228][3] التربص هو الإنتظار، وهذا خبر عن حكم الشرع فإن وجدت مطلقة لا تتربص فليس من الشرع و المراد الأمر[4].

---

[1]ـ الرازي ، المرجع السابق ، ص175.

[2]ـ الجرجاني ، المرجع السابق ، ص 125.

[3]ـ السيد سابق ، المرجع السابق ، ص 672

[4]ـ القرطبي ، المرجع السابق ، ج 4، ص 36.

وقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس:"اعتدِّي في بيت ابن أم مكتوم"[1]، فهذه الآية دليل على أن المطلقة إذا كانت تحيض أن عدتها ثلاثة قروء ، و فيها دليل على حق الرجعة ، وفي ثلاثة أحكام عدة المطلقة ذات القرء ، الأمانة على ما في أرحامهن ففي الآية دليل على أن المرأة مؤتمنة على مافي رحمها، يقبل قولها فيه لأنه لا يعلم إلا من قبلها و إنما حرم الله أن يكتمن مافي أرحامهن لأنه يتعلق بذلك حق الرجعة للرجل و عدم اختلاط الأنساب ، [2]

ـ وسبب وجوبها عقد النكاح المتأكد بالتسليم وما جرى مجراه من موت أو خلوة أي صحيحة، فلا عدة بخلوة الرتقاء ، وشرطها الفرقة .[3]

2ـ الحكمة من العدة : وهذه المدة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها و ذلك يحصل بوضع الحمل أو مضي أقراء أو أشهر كما سيأتي بيانه ، لأن رحم المرأة ربما كان مشغولا بماء شخص وتمييز الأنساب مطلوب في نظر الشرع و العدة طريق له[4].

ـ تهيئة فرصة للزوجين ، لإعادة الحياة الزوجية إن رأيا الخير في ذلك.[5]

ثالثا : احتساب العدة.

من خلال المادتين 49و 50 يفهم من هذه المادة حصر وسيلة إثبات الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية ، مما يفهم منه تجريد الطلاق الذي يلفظ به الزوج من كل قيمة قانونية و هذا ما يناقض نص المادة 50 من ق أ 02.05 فلفظ "راجع " يفهم منه اعتبار الطلاق الذي تلفظ به الزوج قبل صدور الحكم طلاقا رجعيا.

---

[1]ـ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق ،باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، حديث رقم :1480،ص 1114.

[2]ـ تواتي بن التواتي ، المرجع السابق ، ص 676.

[3]ـ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي ، المرجع السابق ، ص245.

[4]ـ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ،المرجع السابق ، ج 5، ص 411.

[5]ـ السيد سابق ، المرجع السابق ، ص 672.

و يتضح من المادة 49 ق. أ .أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم ، ولا يحكم القاضي بالطلاق ألا بعد محاولات الصلح ، و أن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، ومعنى هذا أن الزوج إذا طلق امرأته، فلا يعتد بطلاقه حتى يحكم به القاضي ، فإذا حكم به فذلك، و إلا ما عد ذلك طلاقا في نظر القانون .

والعدة تبدأ في نظر القانون ابتداء من تاريخ النطق بالحكم ، لا بوقت تلفظ الزوج خارج دائرة القضاء، و هذا يطيل عدة المطلقة، وتبرز ظاهرة ازدواجية العدة ففي نظر الشريعة الإسلامية تبدأ العدة من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، و في القانون من تاريخ صدور الحكم ، وهذا يبرز عدة إشكالات منها، فإذا مات أحد الزوجين وانتهت عدتها الشرعية فلا يرث الحي منهما الميت، إلا أنه في نظر قانون الأسرة يستطيع أن يرث الحي منهما الميت ، وإذا تزوجت المرأة بعدة العدة الشرعية، فإن التشريع الجزائري يعتبرها زوجة الغير لأنها في الوثائق الرسمية كذلك .[1]

الفرع الثاني :النسب .

يعد النسب من آثار الزواج الصحيح وبالتالي يثبت للأولاد ، إلا أنه يثير إشكال عند وقوع الطلاق عرفيا.

أولا :تعريف النسب .

1ـ لغة : النسب محركة ، و النسبة بالكسر و الضم أو في الآباء خاصة واستنسب:ذكر نسبه والنسيب المناسب و ذو النسب ، كالمنسوب و نسبة بالكسر ذكر نسبه و سأله أن ينتسب بالمرأة نسبا و نسيبا.[2]النسب القرابة و يقال نسبه في بني فلان :هو منهم فالنسبة الصلة و القرابة[3]

[1]ـ هشام ذبيح ، المرجع السابق ، ص87، 88.

[2]ـ الفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص 137.

[3]ـ مجمع اللغة العربية ، المرجع السابق ، ص 942.

2 ـ اصطلاحا : النسبة إيقاع التعلق بين الشيئين ، و النسبة الثبوتية ثبوت شيء لشيء على وجه هو هو .[1]

ثانيا : علاقة الطلاق العرفي بالنسب .

إن تحديد تاريخ بداية ترتيب الطلاق لآثاره ينعكس أيضا على ثبوت أو عدم ثبوت النسب للأطفال، ذلك لأن المشرع حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر يبدأ سريانها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وطبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة وليس من تاريخ تلفظ الزوج به.

وبناء عليه وما دامت الزوجية من الناحية القانونية تعتبر قائمة حتى يصدر الحكم بالطلاق فإن نسب الطفل يثبت إلى الزوج، حتى ولو كان هذا الزوج قد طلق زوجته طلاقا عرفيا ومضى على ذلك أكثر من سنة ما دام لم يصدر الحكم بالطلاق ، لأن القاعدة التي تتمسك بها الزوجة من أجل ثبوت نسب الحمل إلى الزوج هي قاعدة الولد للفراش ، والفراش هنا هو الزوجية الصحيحة الثابتة بالعقد الرسمي والتي لم يطرأ عليها ـ في نظر القانون ـ ما يزيلها.

وعلى الزوج إذا أراد أن ينفي نسب الطفل الذي أنجبته زوجته بعد الطلاق العرفي بمدة طويلة أن يثبت أمام القاضي عدم الاتصال بينه وبين زوجته ، وإذا عجز عن ذلك لم يبق أمامه إلا طريق اللعان لنفي النسب إذا توافرت شروطه.[2]

المطلب الثاني : الآثار المادية للطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري.

لم يختلف الوضع كثيرا بالنسبة للآثار المادية للطلاق فهي الأخرى لم تسلم من ظاهرة الطلاق المزدوج الذي ترتب عنه إختلالات أيضا مست الأحكام المنظمة لنفقة المعتدة و استحقاق الميراث بين المطلقين لما جاءت به الشريعة الإسلامية و هذا ما سنبينه في هذين الفرعين :

[1]ـ الجرجاني ،المرجع السابق ، ص 202.

[2]ـ فرجي بن سنوسي ، المرجع السابق ، ص 89،90.

الفرع الأول : استحقاق النفقة للمطلقة .

ترتبط نفقة المطلقة بعدتها في الطلاق عامة، إلا أنه في الطلاق العرفي و مع إشكالية ازدواجية العدة قد يجبر القانون الزوج عليها مع أن الزوجة قد تكون صارت أجنبية عنه و ليست من مستحقيها.

أولا :تعريف النفقة .

1ـ لغة : استنفق الشيء ، أنفقه يقال استنفق المال على عياله ، والإنفاق بذل المال و نحوه في وجه من وجوه الخير ، و الفقر و الإملاق و في التنزيل العزيز قَالَ تَعَالَى:﴿قُل لَّوۡ أَنتُمۡ تَمۡلِكُونَ خَزَآئِنَ رَحۡمَةِ رَبِّيٓ إِذٗا لَّأَمۡسَكۡتُمۡ خَشۡيَةَ ٱلۡإِنفَاقِۚ ﴾ [الإسراء: 100]

اسم من الإنفاق وما ينفق من الدراهم و نحوها و الزاد ، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام و الكساء و السكنى و الحضانة و نحوها والجمع نفقات.[1]

2 ـ اصطلاحا :هي كفاية من يمونه من الطعام و الكسوة و السكنى ،و عرفا هي الطعام و الطعام يشمل الخبز و الأدم و الشرب، والكسوة السترة و الغطاء ، و السكنى : تشمل البيت و متاعه ومرافقه بحسب العرف ،[2] وهي مايصرف الزوج على زوجته و أولاده وأقاربه من طعام و كسوة . ومسكناوكلما يلزم للمعيشة حسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج[3].

حكمها التي توصف به هو أنها واجبة .[4]

---

[1]ـ مجمع اللغة العربية ، المرجع السابق ، ص 942.

[2]ـ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 765.

[3]ـ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 169.

[4]ـ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ،ص 485.

ثانيا: نفقة المعتدة و شروط استحقاقها.

1ـ نفقة المعتدة: المعتدة لا تخلوا إما أن تكون رجعية ، و إما أن تكون بائنة ، فإن كانت رجعية فهي بمثابة الزوجات في استحقاق النفقة و السكنى ،و سائر حقوق النكاح دارَّة عليها إلا ما يتعلق بالاستمتاع كالقسم[1]

استحقاق المطلقة النفقة في خلال أجل العدة ، سببه قيام العدة ،سواء من طلاق رجعي أو طلاق بائن بنوعيه ، و يستوي أن تكون المرأة حاملا أو حائلا .

و المعتدات اللائي يستحق لهن النفقة على المطلق طبقا للقانون هن :

ـ المطلقة رجعيا لعدم الإنفاق .

ـ المطلقة بائنا لعيب في الزوج .

ـ المطلقة بائنا بسبب إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما

ـ المطلقة بائنا بسبب الضرر الواقع عليها من الزواج بأخرى .

ـ المطلقة بائنا بسبب استحكام النفور عند نظر الاعتراض عل دعوتها للعودة لمنزل الزوجية .

ـ المطلقة بائنا لغياب الزوج أو لحبسه .

2 ـ شروط استحقاق النفقة للمعتدة :أن تكون الفرقة قد حصلت بعد الدخول في نكاح صحيح ، إذ لا نفقة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة ،و في العدة منه .

ـ أن تكون النفقة المطلوبة هي نفقة عدة أي مستحقة في ذمة المطلق بعد إيقاعه الطلاق ،و إذا ثبتت نفقة العدة في ذمة المطلق فإنها تثبت حقا خالصا للمعتدة تتصرف فيها كل أنواع التصرفات

[1]. الجويني :عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (ت:478هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب ، تحقيق عبد العظيم محمود الديب ، دار المنهاج ، جدة ، ط1، 1428هـ ـ 2007م، ج 15، ص 482.

المشروعة، وثبوت النفقة في ذمة المطلق قصد به بمقدار معلوم خال من الجهالة .[1]

ثالثا :استحقاق النفقة للمعتدة في قانون الأسرة الجزائري .

بعد الحكم بالطلاق بأنواعه المختلفة يتحتم على القاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة العدة و أن مدتها محددة بمدة العدة أي إذا كانت من اليائسات يحكم لها بنفقة 3 أشهر ، أما إذا كانت من ذوات الحيض يحكم لها بنفقة 3 قروء ، و لكن الجاري به العمل أمام المحاكم هو الحكم بنفقة 3أشهر في كلا الحالتين ، و تكون مدة نفقة المطلقة الحامل مقدرة بمدة الحمل ،وأن تقدير قيمة النفقة يرجع إلى اختصاص القاضي وهو في هذه الحالة يراعي حال الطرفين ، وظروف المعاش م 79ق .أ .ج.

و طبقا لنص المادة 61 من ق .أ.ج التي نصها كالتالي :" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق "، هذا النص آثار هو الآخر إشكالا قانونيا صعب من إمكانية تطبيقه و ذلك لمخالفته للنصوص الشرعية لأنه سبق و أن بين بأن العدة تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق خارج المحكمة فلا يمكن أن ننتظر إلى غاية صدور الحكم بالطلاق لأنه قد تصبح زوجته أجنبية عنه فلا تستحق لا النفقة ولا السكن ولا العدة فكيف لها هذا الحق باسم القانون ، و الإسلام هو المرجع للأحكام المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة الجزائرية [2].

الفرع الثاني : استحقاق الميراث.

إن الميراث يثبت حقا للحي على الميت من الزوجين ، إلا أن الطلاق يسقط هذا الحق شرعا وقانونا لكن في الطلاق العرفي يتوقف توارث الزوجين على توثيقه .

[1]- أحمد نصر الجندي ، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق ، دار الكتب القانونية، مصر ،د.ط ، 2005م ، ص 198-200.
[2]- جنادي نبيلة ،المرجع السابق ، ص285،286.

أولا: تعريف الميراث.

1ـ لغة : الإرث بالكسر الميراث و الأصل ، و الأمر القديم توارثه الآخر عن الأول ، و الرماد والبقية من كل شيء[1].

2 ـ اصطلاحا : يمكن تعريف الميراث بأنه انتقال الشيء من شخص إلى آخر سواء كان هذا حسيا أو معنويا ـ يقال ورث فلان المال وورث المجد ـ . و يراد بالميراث هنا انتقال المال من الميت إلى ورثته[2].

ثانيا : استحقاق الميراث .

إن أهم آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري التي تترتب عن العدة هي التوارث بين الأزواج وإثبات نسب الأولاد إلى آبائهم ، فمن خلال الاطلاع على المادة 126من قانون الأسرة ،وهي مواد لم يشملها التعديل نجد أنها تنص على أن أسباب الإرث هي القرابة و الزوجية ، وأن النكاح يوجب التوارث بين الزوجين حتى ولو لم يقع بناء ، و إذا اثبت الطلاق فلا توارث بين الزوجين [3]، أما من طلقها زوجها من عقد صحيح ثم توفى أثناء عدة زوجته من هذا الطلاق ترثه ، لأن طلاقها الواقع هو طلاق رجعي و الطلاق البائن ويستثنى منه الطلاق في مرض الموت بهدف منع الزوجة.[4] والإشكال الذي يبرز عن الطلاق العرفي في مسألة التوارث أنه إذا توفي زوجها بعد فوات العدة الشرعية ، فلا ميراث لمطلقته شرعا و لكنها ترثه قانونا لعدم انفكاك الرابطة الزوجية قضائيا [5].

---

[1]ـ الفيروز آبادي، المرجع السابق ،ص 164.

[2]ـ نبيل السمالوطي ، بناء المجتمع الإسلامي ، دار الشروق ، د.م.ن ، ط1418،1هـ ـ 1998م ، ص 228.

[3]ـ عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 111.

[4]ـ زروق عبد الحفيظ ، المكتبة القانونية ، www.IAW_DZ.NET، آثار الطلاق.

[5] ـ. ابتسام محاتقي ، المرجع السابق ، ص 44.

ملخص الفصل الثاني :

يثبت الطلاق من الناحية الشرعية بكافة الوسائل المعهودة في إثبات العقود ، وأول هذه الوسائل الإشهاد بالرغم من اختلاف الفقهاء في الإشهاد على الطلاق ، ويرجع هذا الإختلاف لاختلافهم في تفسير الآية الواردة في الإشهاد ، بالإضافة إلى باقي وسائل الإثبات سالفة الذكر، ويثبت الطلاق من الناحية القانونية بحكم قضائي نصت عليه المادة 49 ق.أ.ج ، فلا إعتراف هنا للطلاق الذي تلفظ به الزوج قبل اللجوء للقضاء ، و هذا الفراغ القانوني أنتج إختلاف في التطبيقات القضائية بين المحاكم و حتى على مستوى المحكمة الواحدة من قاضي إلى آخر ومعظمها تعمل على إثباته بأثر رجعي، وفيما يخص آثار الطلاق العرفي يظهر الإشكال ، و أولها إزدواجية العدة و التي تتعلق بها باقي الآثار من نسب و نفقة و ميراث .

الخاتمة :

في ختام بحثنا نستخلص جملة من النتائج و التوصيات و التي تتمثل في :

ـ إن لفظ الطلاق العرفي هو نفسه الطلاق في الفقه الإسلامي ، وهو حق خالص للزوج تترتب عليه جميع آثاره ، في حين أن قانون الأسرة الجزائري لم يعترف بهذا النوع من الطلاق حتى يصبح نافذا ومنتج لآثاره .

ـ إحالة المشرع الجزائري في المادة 222 منه إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه ، إلا أنه ما يعاب عليه أنه لم يتبنى أي مذهب ، فعليه أن يحسم الأمر في الأمور المختلف فيها في الشريعة الإسلامية بقواعد قانونية مقننة أو يحيل على مذهب معين .

ـ إن جميع الألفاظ التي تصدر عن الزوج بقصد إنهاء الرابطة الزوجية لا أثر لها من الناحية القانونية ما لم يصدر عليها حكم قضائي ولا يحتج بها في مواجهة الغير.

ـ التناقض الحاصل بين المادة 48 و 49 في حين أن الأولى أعطت حق إيقاع الطلاق للزوج بإرادته المنفردة في حين أن المادة49 سلبت منه هذا الحق ، وذلك بوضع قيود على هذه الإرادة تتمثل في رفع دعوى إلى القضاء و إجراء محاولات الصلح و هذا ما يؤكد عدم اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق العرفي .

ـ لما قيدت المادة 49 إثبات الطلاق بحكم القاضي أثرت على الرجعة فمن جهة أخرى قد تكون العدة الشرعية قد انتهت و بالتالي لا يملك الزوج حق إرجاع زوجته إلا بعقد جديد إلا أنه في نظر القانون لا تزال الزوجية قائمة فلا يحتاج إلى عقد جديد .

ـ أن معظم قرارات المحاكم أيدت الطلاق بأثر رجعي أي بمجرد تلفظ الزوج يقع الطلاق و ما على القضاء إلا سماع الشهود و إثبات هذا الطلاق بحكم قضائي .

ـ يثير الطلاق العرفي عدة إشكالات و منها :

ـ في حالة إعادة الزوجة المطلقة عرفيا الزواج عرفيا فإنها تتابع بجريمة زنا من الناحية القانونية .

ـ و كذا إشكال احتساب عدد الطلقات على الزوج فقد يخل القاضي حراما و ذلك لعدم اعترافه بالطلاق العرفي بأثر رجعي وذلك بممارسته محاولات الصلح دون أن يبالي بالطلاقات الواقعة خارج دائرة القضاء .

ـ ينجر عن الطلاق العرفي و عدم اعتراف المشرع الجزائري به إشكالية ازدواجية العدة عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق و عدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم .

ـ قد تكون الزوجة أجنبية عن الزوج المطلق طلاقا عرفيا وذلك بمرور العدة الشرعية التي توجب النفقة ، إلا أن قانون الأسرة بسبب اعترافه بالطلاق العرفي بأثر رجعي يلزمه بأدائها لها وهي لست من مستحقيها .

ـ أما في النسب فالإشكال المطروح هو ما إذا أتت المرأة بولد بعد مرور مدة المتعارف عليها في القانون فكيف يكون نسب هذا الولد .

ـ أما في مسألة التوارث بين الزوجين فالإشكال أنه إذا توفي الزوج بعد فوات العدة الشرعية فلا ميراث لمطلقته شرعا لكنها ترثه قانونا لعدم انفكاك الرابطة الزوجية قضائيا .

التوصيات :

ـ نص المادة 51 من ق.أ.ج جاء غير واضح في اللفظ المقترن بعدد الثلاث ، ونقترح عليه أن يحذوا حذو المشرع المصري و ذلك بإضافة فقرة ثانية للمادة تنص على :" و لفظ الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة".

ـ على القاضي التحقق من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق و خلوها من عيوب الإرادة طبقا لنص المادة 450من ق.إ.م. إ و بالتالي إذا أراد الزوج تطليق زوجته أن يتوجه إلى القضاء ويكون هنا القاضي

منشئ ، في حين أنه إذا طلقها خارج دائرة القضاء يكون حكم القاضي هنا كاشفا و يكسبه الصبغة القانونية .

ـ هذه الإشكالات الحاصلة في هذا الطلاق نتجت عن مراعاة المشرع لعنصر الرسمية في الطلاق من أجل تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية ، كان من الممكن التنسيق بين متطلبات الرسمية التي يسعى إليها و مراعاة أحكام الشريعة في نفس الوقت دون الوقوع في التعقيدات السابقة ، و ذلك من خلال استصدار الزوج حكم بالطلاق على أن يسري من تاريخ تلفظ الزوج به و ليس من تاريخ صدوره ، و تعتبر وثيقة الإشهاد على الطلاق ـ التي يجب أن تتم أمام الموثق في حضور الزوجين و الشاهدين و يسمع الشاهدان تلفظ الزوج به ـ بمثابة أداة قانونية لإثبات تاريخ وقوع الطلاق و بهذا يكون الحكم القضائي كاشفا و ليس منشئا.

قائمة المصادر و المراجع :

القرآن الكريم .

أولا: كتب التفسير.

1 ـ ابن العربي ، أبي بكر محمد بن عبد الله ،تعلق محمد عبد القادرعطا ، دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان ،د.ط ، د.ت.ن .

2 ـ سيد قطب ، في ظلال القرآن ، دار الشروق ، القاهرة ، ط1، 1972 م ، م 1، ج2 ،ج5 .

3 ـ القرطبي ، أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر ، حققه عبد الله المحسن التركي و آخرون، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، ط1 ، 1427هـ ـ 2006م.

ثانيا : كتب الحديث .

4 ـ أبو داوود ، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ، سنن أبي داوود ، حققه شعيب الارنؤوط وآخرون، دار الرسالة العلمية ، ط خاصة ، 1430هـ ـ 2009م ، ج3 .

5 ـ ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، د.ط ، د.ت.ن ،ج1.

6 ـ البخاري ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، صحيح البخاري ، ،دار ابن كثير ، دمشق، ط1، 1423هـ ـ 2002م .

7 ـ الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى ، الجامع الكبير، حققه بشار عواد معلوف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، ط1 ، 1996م، م2.

8 ـ الدارقطيني ، علي بن عمر، سنن الدارقطيني ، حققه عادل أحمد عبد الموجود و آخرون ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، ط1، 1422هـ ـ 2001م ، ج3.

9 ـ مسلم ، أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسبوري ، صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1، 1412هـ ـ1991م ،ج1.

ثالثا : كتب اللغة .

10 ـ ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكرياء ، معجمم مقاييس اللغة ، تحقيق و ضبط عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر،د.ط ، د.ت.ن، ج3،ج4 .

11 ـ ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر، بيروت ، د.ط ، د.ت.ن، ج10.

12 ـ علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، معجم التعريفات ، تحقيق و دراسة محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة ، القاهرة مصر، د.ط ، د.ت.ن.

13 ـ الفيروز أبادي ،مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة ، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي ، دار الرسالة ، بيروت لبنان ،ط8، 1426هـ ـ 2005م.

14 ـ الفيومي ، أبي العباس أحمد بن محمد بن علي المقري ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، اعتنى به عادل المرشد ، دار الرسالة العلمية د.ط ، د.ت.ن.

15 ـ محمد بن بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، مطبعة دار الجبل ، د.م.ن، د.ط، 1987م .

16 ـ مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، جمهورية مصر العربية، ط4 ، 1425هـ . 2004م

17 ـ لويس معلوف ، المنجد في اللغة و الأعلام ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت، د.ط ، د.ت.ن.

رابعا : الكتب الفقهية

18 ـ أبو إسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، تحقيق محمد الزحيلي ، دار القلم ، دار الشامية ، بيروت، ط1،1417هـ . 1996م ،ج4.

19 ـ أبو البركات عبد الله ابن أحمد ابن محمود المعروف بحافظ الدين الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ـ في فروع الحنفية ـ شرحه زين الدين ابن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1، 1418هـ ـ 1997م، ج3.

20 ـ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ضبطه زكرياء عميرات ، دار عالم الكتب ،د.م.ن ،د.ط ،د.ت.ن ،ج5 .

21 ـ أبو محمد عبد الله ابن عبد الحكم ابن أعين ابن الليث القرشي المالكي ، المختصر الكبير ، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب ، ، دار مركز نجبويه للمخطوطات و خدمة التراث، القاهرة ،ط1، د.ت.ن .

22 ـ ابن تيمية ، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحرافي ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، كتاب الطلاق ،د.م.ن ،د.ط،د.ت.ن،م33.

23 ـ ابن جزي ، القوانين الفقهية ، د.م.ن ، د.ط ، د.ت.ن.

24 ـ ابن حجر العسقلاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، تصنيف محمد بن إسماعيل الصنعاني ، تعليق محمد ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف، الرياض ، ط1،1427هـ ـ 2006م ، ج3.

25 ـ ابن رشد الحفيد ، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تعليق و تخريج محمد صبحي حسن حلاق ، ،نشر مكتبة ابن تيمية ، توزيع العلم ، جدة، ط1، 1415هـ ، ج3.

26 ـ ابن قدامة ،موفق الدين ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، دار عالم الكتب ، الرياض ،د.ط،د.ت.ن،ج10.

27 ـ ابن القيم الجوزية، محمد ابن أبي بكر بن أيوب ، مختصر زاد المعاد في هدي خير العباد ، اختصره أحمد بن عثمان المزيد ، مدار الوطن ،د.م.ن، ط1، 1438هـ ـ2017م، م4.

28 ـ ابن القيم الجوزية ،أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق نايف بن أحمد الحمد ، إشراف بكر بن عبد الله بوزيد ، دار عالم الفوائد ، د.م.ن ، د.ط ، د.ت.ن، م1.

29 ـ أحمد إبراهيم بك ، طرق الإثبات الشرعية مع بيان إختلاف المذاهب الفقهية و سوق الأدلة و الموازنة بينها ثم مقارنة بالقانون ، المكتبة الأزهرية للتراث،د.م.ن ، ط4، 2003م.

30 ـ أحمد شاكر ، نظام الطلاق في الإسلام ، مكتبة السنة، القاهرة ، ط2، 1998م.

31 ـ أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ـ الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ـ الدار الجامعية ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت العربية ، د.ط، د.ت.ن.

32 ـ بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام ـ بحث تحيلي و دراسة مقارنة ـ دار التأليف، القاهرة ، ط2، 1961م.

33 ـ برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي ، تبصرة الحكام في أصول و مناهج الأحكام ، خرج أحاديثه وعلق عليه جمال مرعشلي ، دار عالم الكتب ، الرياض ،ط خاصة ، 1423هـ ـ2003م،ج2.

34 ـ التواتي بن التواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، دار الوعي ، الجزائر ،ط1 ،ط2، 1430هـ ـ 2009م/1431هـ ـ2010م ،ج3.

35 ـ الجويني ،عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ،نهاية المطلب في دراية المذهب ، تحقيق عبد العظيم محمود الديب ، دار المنهاج ، جدة ،ط1، 1428هـ ـ 2007م ،ج15.

36 ـ الحبيب بن طاهر ، الفقه المالكي و أدلته ، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان ،ط2، 1426هـ . 2005م ،ج4.

37 ـ الحطاب، أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي ، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل ، تحقيق دار الرضوان ، دار الرضوان ، نواكشط موريتانيا ،ط1 ،د.ت.ن،م4.

38 ـ الرصاع ، أبو عبد الله محمد الأنصاري ، شرح حدود ابن عرفة ، حققه محمد أبو الأجفان الطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، د.م.ن ، ط1، 1993م، القسم 1.

39 ـ زكي الدين شعبان ، الزواج و الطلاق في الإسلام ، دار القومية ، القاهرة ،د.ط، 1384هـ . 1963م.

40 ـ سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم العتقي ، المدونة الكبرى ، وزارة الشؤون الإسلامية و الأوقاف و الدعوة و الإرشاد ،المملكة العربية السعودية ،د.ط ،د.ت.ن، م5.

41 ـ السيد سابق ، فقه السنة ، دار الحديث ، القاهرة مصر ،ط1، 1425هـ ـ 2004م .

السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمان ، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ،ط1، 1403هـ ـ 1983م.

42 ـ شمس الدين السرخسي ، كتاب المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، د.ط ،د.ت.ن،ج6.

43 ـ شمس الدين محمد بن أبي القياس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه عل مذهب الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ،ط3 ، 1424هـ ـ 2002م ،ج7.

44 ـ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ـ على متن منهاج الطالبين للإمام زكرياء يحي بن شرف النووي الشافعي ـ اعتنى به محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، بيروت، ط1 ، 1418،هـ ـ 1997م ،ج3.

45 ـ الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، مؤسسة الريان،بيروت لبنان،ط1 ،1423هـ ـ 2002م ، ج2 .

46 ـ طارق أنور آل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، دار الإمام ، الإسكندرية ،د.ط،د.ت.ن.

47 ـ عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان، ط2 ،1424هـ ـ 2002م ج4.

48 ـ عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ـ دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية و القوانين الأجنبية و قوانين الأحوال الشخصية العربية. تقديم محمد أبو زهرة وآخرون ، دار الفكر ، القاهرة ، ط1، 1968م.

49 ـ عبد العظيم بدوي ، الوجيز في فقه السنة و الكتاب العزيز، قدم له محمد صفوة نور الدين وآخرون ، دار رجب ، دار الفوائد ، مصر، ط4 ، 1436هـ ـ 2013م.

50 ـ عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة، مكتبة البشائر، عمان الأردن ، ط2، 1409هـ ـ 1989م.

51 ـ عبد الله بن محمود المنوصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، حققه شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، ط1، 1430هـ ـ 2009م ،ج.3

52 ـ عطا محمد المحتسب ، دعاوى إثبات الطلاق و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية، دار الثقافة ، عمان الأردن ،ط1، 1437هـ ـ 2016م.

53 ـ عمر فروخ ، الأسرة في الشرع الإسلامي ، مطبعة المكتبة العلمية و المكتبة العصرية ، بيروت، ط1 ، 1370هـ ـ 1901م.

54 ـ عمرو عبد المنعم سليم ، الجامع في أحكام الطلاق و فقهه و أدلته ، دار الضياء، د.م.ن،د.ط، د.ت.ن.

55 ـ القرافي ،شهاب الدين أحمد بن إدريس ، الذخيرة ، تحقيق محمد بوخبزة ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ،ط1، 1994م ، ج4.

56 ـ الماوردي ،أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري ،الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق علي محمد معوض ،دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان ،ط1 ،1414هـ ـ 1994م.

57 ـ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة،د.ط ،د.ت.ن .

58 ـ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار و جامع البحار لمحمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي التمرتاشي ، حققه عبد المنعم خليل، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، ط1، 1423هـ . 2002م.

59 ـ محمد مصطفى الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية ، مكتبة دار البيان ، دمشق بيروت ، ط1، 1402هـ . 1982م، ج 2.

60 ـ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ـ دراسة مقارنة بن فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ـ دار الجامعية ، بيروت، ط1، 1403هـ ـ 1982م.

61ـ مصطفى أحمد الزرقا ،المدخل الفقهي العام ،دار القلم ،دمشق ،ط2 ،1425هـ ـ 2004م.

62 ـ مصطفى بن العدوى ، أحكام الطلاق في الشريعة ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، ط1، 1409هـ ـ 1998م.

63 ـ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، عالم الكتب ، بيروت،د.ط ، 1403هـ . 1983م ، ج 5.

64 ـ نبيل السمالوطي ، بناء المجتمع الإسلامي ، دار الشروق ،د.م.ن، ط1، 1418هـ ـ 1998م.

65 ـ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر ، دمشق ، ط2، 1405هـ ـ 1985م، ج7.

66 ـ يوسف القرضاوي ، الحلال و الحرام في الإسلام ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ط1، 1433هـ . 2012م.

خامسا: الكتب القانونية .

67 ـ أحمد نصر الجندي ، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق ، دار الكتب القانونية، مصر ،د.ط، 2005م.

68 ـ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ـ الزواج و الطلاق ـ ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ط4،د.ت.ن، ج1 .

69 ـ بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ـ دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ـ دار الخلدونية ، القبة القديمة الجزائر، ط1، 1429هـ . 2008م.

70 ـ سلمان نصر و آخرون، فقه الطلاق في ضوء الكتاب و السنة ـ دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة ـ دار السلام ، قسنطينة الجزائر،د.ط ، 1430هـ . 2009م.

71 ـ سمير تناغو ،النظرية العامة للقانون ، توزيع منشأة المعارف ، الإسكندرية ، د.ط ، 1974م

72 ـ عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ـ أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ـ دار هومة ، الجزائر، د.ط، 2007م.

73 ـ عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ـ حسب آخر تعديل له ـ دار الخلدونية، القبة القديمة الجزائر، ط1، 1428هـ . 2007م.

74 ـ المصري مبروك ، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية ـ دراسة فقهية مقارنة ـ دار هومة، بوزريعة الجزائر،د.ط ،د.ت.ن .

75 ـ نسرين شريقي و آخرون ، قانون الأسرة الجزائري ، دار بلقيس ، الدار البيضاء الجزائر، ط1،أكتوبر 2013م.

سادسا: المقالات و المحاضرات.

76 ـ أمينة الجابر ، "الطلاق في الإسلام" ، حوليات كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ، جامعة قطر، ع 10، 1413هـ . 1992م.

77 ـ بوجمعة حمد ،" إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري" ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة الجزائر، م2،ع 10، جوان 2018م.

78ـ تمام عودة عبد الله عساف ، "الإشهاد على الطلاق"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، م 6، ع 2، 1434هـ . 2010م.

79 ـ جنادي نبيلة ، "إزدواجية الطلاق بإرادة الزوج بين الواقع أمام المحكمة و خارجها" ـ مقاربة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ـ مجلة علمية نصف سنوية محكمة تعنى بالبحوث و الدراسات القانونية ، تصدر عن معهد العلوم القانونية و الإدارية ، المركز الجامعي أحمد زابانة بغليزان ، جامعة البليدة 2، م 7، ع 1، بتاريخ 2018/12/30.

80 ـ فرجي بن سنوسي ،" إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري "، صالح للنشر بمجلة الكلية ، كلية الحقوق جامعة تلمسان ، الجزائر، رقم الإيداع 301،د.ت.ن.

81 ـ المصري مبروك ،" إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري "ـ دراسة و تحليل ـ جامعة أدرار الجزائر،د.ت.ن .

82 ـ معامير حسيبة ، "إثبات الطلاق بين القانون و القضاء "، ع 27، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار، د.ت.ن .

سابعا : البحوث الأكاديمية .

83 ـ ابتسام محاتفي ، الطلاق و إشكالاته في قانون الأسرة الجزائري ـ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ـ مذكرة لنيل شهادةالماستر ، تخصص أحوال شخصية،جامعة محمد بوضياف المسيلة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2016ـ 2017م.

84 ـ بن الصغير المحفوظ ، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية ، تخصص فقه و أصوله ، جامعة الحاج لخضر باتنة الجزائر ، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية ، 2008ـ 2009م.

85 ـ بلعابد سمية ، فك الرابطة الزوجية بين النص التشريعي و التطبيق القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قسم حقوق ، تخصص قانون الأسرة ، جامعة مولاي الطاهر سعيدة الجزائر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2015ـ 2016م.

86 ـ خالد قرقور ، قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه،د.م.ن ،د.ت.ن.

87 ـ سيدي علي نورية و تيزي أوكدال سامية ، طرق الإثبات ذات القوة المحدودة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ،قسم القانون الخاص ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،د.ت.ن.

88 ـ قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية ـ دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة ـ مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات الجزائر ، الدفعة 12، 2004م.

89 ـ هشام ذبيح ، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في الحقوق ، جامعة حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014ـ2015م.

ثامنا :المواقع الإلكترونية .

90 ـ زروق عبد الحفيظ مدير ومشرف موقع المكتبة القانونية الجزائرية ، WWW.IAW.DZ.NE، أثار الطلاق .

تاسعا : القرارات القضائية .

91 ـ الأمر 05ـ 02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ ، الموافق ل 27 فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج. ر ،ع 15.

92 ـ قرار رقم: 216850 ، محكمة عليا ،(غ.أ.ش) ، بتاريخ 1999/02/12 ،المجلة القضائية ، ع خاص، لسنة 2001.

93 ـ قرار رقم: 288322، المحكمة العليا ،(غ.أ.ش)، بتاريخ 2002/09/25، المجلة القضائية ، ع1، لسنة2003.

94 ـ قرار رقم: 57812، المحكمة العليا،(غ.أ.ش)، بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية ، ع3 ، لسنة 1991.

95 ـ قرار رقم :315403 ، المحكمة العليا ،(غ .أ.ش)، بتاريخ 2005/02/23 ،ع 1، لسنة 2005.

96 ـ قرار رقم: 35322 ، المجلس الأعلى سابقا "المحكمة العليا حاليا "،(غ.أ.ش)، بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية،ع4 ، لسنة 1989.

97 ـ قرار رقم :35026 ، المحكمة العليا ،(غ.أ.ش)، بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية ، ع4، سنة 1989.

فهرس الآيات :

السورة و الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة البقرة		
وَإِذۡ أَخَذۡنَا مِيثَٰقَكُمۡ لَا تَسۡفِكُونَ دِمَآءَكُمۡ وَلَا تُخۡرِجُونَ أَنفُسَكُم مِّن دِيَٰرِكُمۡ ثُمَّ أَقۡرَرۡتُمۡ وَأَنتُمۡ تَشۡهَدُونَ	84	56
هُنَّ لِبَاسٞ لَّكُمۡ وَأَنتُمۡ لِبَاسٞ لَّهُنَّۗ	187	أ
لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتۡ قُلُوبُكُمۡۗ	225	21 - 54
وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكۡتُمۡنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرۡحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤۡمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنۡ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗاۚ وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيۡهِنَّ دَرَجَةٞۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ	228	34 - 75
ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ	229	7 - 12 - 26 - 32 - 33
فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ	230	35 - 36
لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ	236	13 -14
سورة النساء		
فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ	34	15

وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا	35	7
وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمٗا ١٣٠	130	7
سورة المائدة		
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمۡ	87	24
لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ	89	53
فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ	106	54
سورة الأنعام		
وَأَقۡسَمُواْ بِٱللَّهِ جَهۡدَ أَيۡمَٰنِهِمۡ	109	54
سورة يونس		
وَيَسۡتَنۢبِـُٔونَكَ أَحَقٌّ هُوَۖ قُلۡ إِي وَرَبِّيٓ إِنَّهُۥ لَحَقّٞۖ وَمَآ أَنتُم بِمُعۡجِزِينَ	53	53
سورة يوسف		
وَمَا شَهِدۡنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمۡنَا	81	47
سورة النحل		
تَٱللَّهِ لَقَدۡ أَرۡسَلۡنَآ	63	55
إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ	106	19
وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلۡسِنَتُكُمُ ٱلۡكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٞ وَهَٰذَا حَرَامٞ	116	24
سورة الإسراء		

وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا	70	7
قُل لَّوْ أَنتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَآئِنَ رَحْمَةِ رَبِّيٓ إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ ٱلْإِنفَاقِ	100	78
قُلِ ٱدْعُواْ ٱللَّهَ أَوِ ٱدْعُواْ ٱلرَّحْمَٰنَ أَيًّا مَّا تَدْعُواْ فَلَهُ ٱلْأَسْمَآءُ ٱلْحُسْنَىٰ	110	55
سورة النمل		
وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ	19	
سورة الروم		
وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ	21	أ - 15
سورة لقمان		
لَا تُشْرِكْ بِٱللَّهِ إِنَّ ٱلشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ	13	55
سورة الأحزاب		
وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا	5	20
لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ	21	24
سورة الذاريات		
فَوَرَبِّ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَآ أَنَّكُمْ تَنطِقُونَ	23	55
سورة الطلاق		
يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ	1	- 12 - 13 - 14 33

فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ	2	44 - 45
سورة التحريم		
يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ	1	24

فهرس الأحاديث النبوية :

الحديث	رقم الصفحة
أبغض الحلال إلى الله الطلاق	12 - 15 - 46
امره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد و إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء	12 - 14 - 33 - 34
طلق النبي صلى الله عليه و سلم ثم راجعها	12 - 14
يا عبد الله بن عمر طلق زوجتك	13
أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة	16
لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك و لا طلاق فيما لا يملك	18
ليس لمجنون ولا سكران طلاق	18
إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه	19 - 21
ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و الرجعة	20
لا طلاق و لا عتاق في إغلاق	21
لقد عذت بعظيم الحقي بأهلك	24
إذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها	24
إنما الأعمال بالنيات	28
رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما حدثت به نفسها	28
لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى يذوق عسيلتك و تذوقي عسيلته	36 - 39

من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد	45
البينة على المدعي و اليمين على من أنكر	49 ـ 52 ـ 53
ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة	51
إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت	54
... يارسول الله طهرني ...	57
اعتدي في بيت ابن أم مكتوم	75

فهرس الموضوعات :

العنوان	رقم الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول : مفهوم الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	7
المبحث الأول : تعريف الطلاق العرفي و مشروعيته في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	8
المطلب الأول : تعريف الطلاق العرفي	8
الفرع الأول : تعريف الطلاق	8
أولا : تعريف الطلاق لغة	8
ثانيا : تعريف الطلاق إصطلاحا	8
1 ـ تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي	9
2 ـ تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.....	9
الفرع الثاني : تعريف العرف	10
أولا : تعريف العرف لغة	10
ثانيا : تعريف العرف اصطلاحا	10
1 ـ تعريف العرف في الفقه الإسلامي	10
2 ـ تعريف العرف في القانون	10
الفرع الثالث : تعريف الطلاق العرفي	11
المطلب الثاني : مشروعية الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	11
الفرع الأول : مشروعية الطلاق و الحكمة منها في الفقه الإسلامي	12
أولا : مشروعيته	12
ثانيا : الحكمة من مشروعيته	13
الفرع الثاني : مشروعية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري	16
المبحث الثاني : أركان الطلاق العرفي و أقسامه في الفقه الإسلامي و قانون	17

الأسرة الجزائري	
المطلب الأول : أركان الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزارئري.	17
الفرع الأول : أركان الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي	17
أولا : الزوج (المطلق)	17
ثانيا : الزوجة (المطلقة)	21
ثالثا : الصيغة	23
1ـ ألفاظ الطلاق	23
أ ـ اللفظ الصريح	23
ب ـ لفظ الكناية	23
ج ـ الطلاق بالكتابة	25
د ـ الطلاق بالإشارة	25
2 ـ قدر الطلاق و الطلاق الثلاث بلفظ واحد	25
أ ـ قدر الطلاق	25
ب ـ الطلاق الثلاث بلفظ واحد	26
3 ـ أنواع الصيغة	26
أ ـ الصيغة المنجزة	26
ب ـ الصيغة المعلقة	26
ج ـ الصيغة المضافة إلى زمن	27
رابعا : القصد	28
الفرع الثاني : أركان الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري	29
أولا : الزوج	29
ثانيا : الزوجة	30
ثالثا : الصيغة	30
المطلب الثاني : أقسام الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.....	32
الفرع الأول : أقسام الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي	32

أولا : باعتبار موافقة السنة أو مخالفتها لها	32
1 ـ الطلاق السني	33
2 ـ الطلاق البدعي	33
ثانيا : باعتبار الرجعة	34
1 ـ الطلاق الرجعي	34
2 ـ الطلاق البائن	35
أ ـ بائن بينونة صغرى	36
ب ـ بائن بينونة كبرى	36
ثالثا : باعتبار اللفظ إلى صريح و كناية و منجز وغير منجز	37
الفرع الثاني : أقسام الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري	37
أولا : مناقشة قانون الأسرة الجزائري لتقسيم الطلاق باعتبار موافقة السنة أو مخالفتها لها	38
ثانيا : مناقشة قانون الأسرة الجزائري لتقسيم الطلاق باعتبار الرجعة	38
ثالثا : مناقشة قانون الأسرة الجزائري لتقسيم الطلاق باعتبار اللفظ	40
ملخص الفصل الأول	
الفصل الثاني : إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و آثاره	42
المبحث الأول : إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي	43
المطلب الأول : الإشهاد و البينة على الطلاق العرف في الفقه الإسلامي	43
الفرع الأول : الإشهاد على الطلاق العرف في الفقه الإسلامي	43
أولا : تعريف الشهادة	43
1ـ لغة	43
2 ـ اصطلاحا	43
ثانيا : الإشهاد على الطلاق	44
1 ـ أدلة القائلين بوجوب الإشهاد على الطلاق	44
2 ـ أدلة القائلين بالندب على الإشهاد على الطلاق	46

ثالثا : بعض المسائل في الإشهاد على الطلاق.....	46
رابعا : شروط الشاهد و أشكال الشهادة	47
1ـ شروط الشهادة	47
2 ـ أشكال الشهادة	48
أ ـ الشهادة الشفهية و الشهادة المكتوبة	48
ب ـ الشهادة المباشرة و غير المباشرة	48
الفرع الثاني : البينة على الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي	49
أولا : تعريف البينة	49
1 ـ تعريف البينة الخطية لغة	49
أ ـ البينة	49
ب ـ الخط	49
2 ـ تعريف البينة الخطية اصطلاحا.....	49
ثانيا : حجية البينة الخطية	50
1 ـ أدلة المانعين	50
2 ـ أدلة المجوزين	51
المطلب الثاني : اليمين و الإقرار على الطلاق في الفقه الإسلامي	51
الفرع الأول : اليمين على الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي	52
أولا : تعريف اليمين	52
1 ـ لغة	52
2 ـ اصطلاحا	52
ثانيا: مشروعية اليمين و حكمه	52
1 ـ مشروعية اليمين	52
2 ـ حكم اليمين و شرطها	54
أ ـ حكم اليمين	54
ب ـ شرطها	54
3 ـ ألفاظ القسم و حروفه	54

أ ـ ألفاظ القسم	54
ب ـ حروف القسم	55
الفرع الثاني : الإقرار على الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي	55
أولا : تعريف الإقرار.....	55
1 ـ لغة	55
2 ـ اصطلاحا	56
ثانيا : حجية الإقرار	56
ثالثا : أركان الإقرار	57
1 ـ القول الأول	57
2 ـ القول الثاني	57
رابعا : الأثر المترتب على الإقرار ومثال عنه	58
1ـ الأثر المترتب على الإقرار	58
2 ـ مثال مؤاخذة المرء بإقراره.....	59
المبحث الثاني : إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري	60
المطلب الأول : إثبات الطلاق بحكم قضائي	60
الفرع الأول : موقف قانون الأسرة الجزائري من الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء.	62
الفرع الثاني : موقف القضاء من الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء وأهم إشكاليات الطلاق العرفي في ضوء التطبيقات القضائية	64
أولا : موقف القضاء من الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء.....	64
ثانيا : إشكاليات الطلاق العرفي في ضوء التطبيقات القضائية.....	68
1 ـ حالة عدم تسجيل عقد الزواج	68
2 ـ حالة إعادة أحد الزوجين الزواج	69
أـ حالة إعادة الزوج الزواج..... .	69
ب ـ حالة إعادة الزوجة الزواج	69
3 ـ احتساب العدة و عدد الطلقات على الزوج	71
المطلب الثاني : طبيعة حكم القاضي بالطلاق	72

الفرع الأول : طبيعة حكم القاضي بالطلاق الواقع خارج المحكمة	72
الفرع الثاني : طبيعة حكم القاضي بالطلاق الرسمي	73
المبحث الثالث : الآثار الناجمة عن الطلاق العرفي في قانزن الأسرة الجزائري ...	74
المطلب الأول : الآثار المعنوية للطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري.....	74
الفرع الأول : العدة	75
أولا : تعريف العدة	75
1 ـ لغة	75
2 ـ اصطلاحا	75
ثانيا : مشروعية العدة و الحكمة منها	75
1 ـ مشروعية العدة	75
2 ـ الحكمة من العدة	76
ثالثا : احتساب العدة	76
الفرع الثاني : النسب	77
أولا : تعريف النسب	77
1 ـ لغة	77
2 ـ اصطلاحا	77
ثانيا : علاقة الطلاق العرفي بالنسب	77
المطلب الثاني : الآثار المادية للطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري.....	78
الفرع الأول : استحقاق النفقة للمطلقة	78
أولا: تعريف النفقة	78
1 ـ لغة	78
2ـ اصطلاحا	79
ثانيا : نفقة المعتدة و شروط استحقاقها.....	79
1ـ نفقة المعتدة	79
2ـ شروط استحقاق النفقة للمعتدة	80
ثالثا : استحقاق النفقة للمعتدة في قانون الأسرة الجزائري	80

الفرع الثاني : استحقاق الميراث	81
أولا: تعريف الميراث	81
1 ـ لغة	81
2 ـ اصطلاحا	81
ثانيا : استحقاق الميراث	81
ملخص الفصل الثاني	83
خاتمة	84
قائمة المصادر و المراجع	87
فهرس الآيات	97
فهرس الأحاديث	100
فهرس الموضوعات	102

الملخص :

كثيرا ما يقع أن الزوج إذا أراد أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة فإنه يتلفظ به خارج دائرة القضاء وقبل اللجوء إليه ، و جاء نص المادة 49 ق.أ.ج سالبا لهذا الحق و ذلك بتقييده بوجوب التوجه إلى القضاء لإيقاعه ، و مسألة إثبات الطلاق بأثر رجعي سكت عنها المشرع و طبقها القضاء و أثبتها عملا بالمادة 222 ق.أ.ج التي أحالت إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص قانوني، و لأن العرف قد استقر على العمل به ، كان ولابد على المشرع الجزائري من تعديل نص المادة 49 حتى توافق قواعد الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا و حتى ما هو ساري العمل به في أكثر المحاكم و المجالس القضائية لحسم الخلاف الحاصل في تفسيرها .

Summary :

If the husband it ofeten happens that want to divorce his wife voluntarily ، thene he utters it outside the judicial depaetment and before resorting to him ،and the text of Article 49QAC negatively affects this right by restricting him to obligation to go to the judiciary to impose it ،and the issue of proving the divorce with effect Regardless ، the legislator kept silent about it and applied it and proved it in accordance with Article 222AQC ،which referred to the provisions of Islamic law in the absence of a legal text ، and because custom has been established to work with it ، it was necessary for the Algerian legislator to amend the text of Article 49 until the rules of Islamic law and the jurisprudence of the Supreme court are compatible ، and even what is in most courts and judicial councils to resolve the dispute in their interpretation .