

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

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
تخصص: قانون الأسرة



كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

تحت عنوان:

إثبات الطلاق العرفي في التشريع الجزائري

تحت إشراف:

– أ/د عجايي إلياس

من إعداد الطلبة:

– سعادي نزيهة

– عايد الشيخ

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
			رئيسا
عجايي إلياس	أستاذ محاضر – أ–	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا ومقررا
			مناقشا

السنة الجامعية : 2019–2020

شكر وعرfan

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى: "يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله

بما تعملون خير" سورة المجادلة/الآية 11.

أحمد الله عز وجل الذي أتم علي نعمته وعظيم فضله، ووفقي على درب

العلم الذي يبقى طويلا مهما قطعنا، ويبقى غزيرا مهما اجتهدنا، لقوله تعالى:

"وما أوتيتم من العلم إلا قليلا" سورة الإسراء /الآية 85.

أتوجه بالشكر والعرfan، إلى كل من مد لي الدعم المعنوي والمادي، وكان لي

سندا في عملي، لإثراء هذا العمل، فنخص بالذكر

الأستاذ المشرف عجابي إلياس

على مساهمته القيمة - بنصائحه وتوجيهاته الصائبة والهادفة .

شكرا إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد، تنويري وتوجيهي خدمة للعلم.

شكرا إلى كل من نقدرهم ونحترمهم أساتذتنا الكرام من الابتدائي، المتوسط،

الثانوي.

لكم مني جزيل الشكر وأسمى عبارة التقدير والامتنان.

إهداء

نهدى هذا العمل
المتواضع إلى
الوالدين الكريمين
وإلى الأخوة
الأعزاء وكافة
الزملاء الأكارم.



الصفحة	فهرس المحتويات
I	شكر
II	إهداء
أ-هـ	مقدمة
	الفصل الأول: الأحكام الموضوعية للطلاق العرفي
07	تمهيد
08	<u>المبحث الأول: مفهوم الطلاق العرفي وأنواعه</u>
08	<u>المطلب الأول: تعريف الطلاق العرفي ومدى مشروعيته</u>
15	<u>المطلب الثاني: أنواع الطلاق العرفي وتمييزه عن باقي صور الفرقة</u>
26	<u>المبحث الثاني: شروط الطلاق العرفي</u>
26	<u>المطلب الأول: شروط المطلق والمطلقة</u>
28	<u>المطلب الثالث: شروط صيغة الطلاق</u>
	الفصل الثاني: الأحكام الشكلية لإثبات الطلاق العرفي
34	تمهيد
35	<u>المبحث الأول: المركز الشرعي والقانوني لتثبيت الطلاق العرفي</u>
36	<u>المطلب الأول: الشريعة الإسلامية والإثبات على الطلاق</u>
39	<u>المطلب الثاني: موقف القانون والقضاء من إثبات الطلاق العرفي</u>
46	<u>المطلب الثالث: الآثار القانونية لعدم التمسك بتثبيت الطلاق</u>
47	<u>المبحث الثاني: إجراءات إثبات الطلاق العرفي</u>
48	<u>المطلب الأول: إجراءات دعوى تثبيت الطلاق العرفي</u>
57	<u>المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحكم المثبت الطلاق</u>
61	<u>المطلب الثالث: الطعن في الحكم المثبت للطلاق العرفي وتنفيذه</u>
73	الخاتمة
77	قائمة المصادر المراجع

مقدمة

عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع الطلاق في الباب الثاني منه، والذي عنوانه بانحلال الزواج، وجاء هذا الباب محتويا على ثلاثة عشر مادة بدأ بالمادة 47، والتي نصت على طرق انحلال الرابطة الزوجية بقولها: تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة.

فالطلاق يعتبر من أهم الطرق والوسائل التي تحل بها الرابطة الزوجية بغض النظر عن مصدره سواء أكان هو الزوج نفسه وهو الأصل، أو كان بالتراضي بين الزوجين، أو عن طريق الخلع، أو كان تطليقا عن طريق القضاء، أو عن طريق الفسخ أو اللعان، ونحن في موضوعنا هذا يهمننا طلاق الزوج بإرادته المنفردة والواقع خارج ساحة القضاء، أما الخلع أو التطليق أو اللعان أو الفسخ وغير ذلك لا يكون إلا من خلال القضاء، وحتى طلاق الزوج بإرادته المنفردة أمام القاضي فهو خارج موضوع البحث.

ذلك أن كثيرا ما يقع "بل في الأغلب الأحيان أن الزوج إذا أراد تطليق زوجته بإرادته المنفردة فإنه يوقع لفظ الطلاق خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إليه، وهنا تبرز الإشكالية المراد تحريرها فحتى يكون الطلاق واقعا بطريقة قانونية يفترض أن ترفع الدعوى القضائية بذلك ويقوم القاضي بعقد عدة جلسات صلح ثم يُنطق بالحكم المتضمن الطلاق وهو ما نصت عليه المادة 49/1 من قانون الأسرة، ولما كانت هذه هي الطريقة القانونية سمي ما لم يأت على نسقها بالطريقة العرفية، وهو ما يعرف بالطلاق العرفي، أو ما يعرف بمسألة إثبات الطلاق بأثر رجعي.

ورغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي" أي إثبات الطلاق العرفي" إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي، وهو ما سنشير إليه لاحقا، وعليه فالمبدأ العام على اختلاف في تفسير النص القانوني أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم وهو ما سنركز عليه مع بيان التطبيقات القضائية لهذا النص وتأويله حتى ينسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية وباقي النصوص القانونية.

أولاً: إشكالية الدراسة

إشكالية هذا الموضوع تتمركز فيما إذا كان طلاق الزوج بإرادته المنفردة كافياً لوقوع الطلاق وسريانه، أم أنه لا بد من التصريح بذلك أمام القاضي؟ وبمعنى آخر هل حكم القاضي بالطلاق حكم كاشف أم أنه حكم من شيء للطلاق؟

وهذه الإشكالية سببها الاختلاف في فهم نص المادة 1 / 49 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى".

وإن كان المشرع الجزائري حقيقة لم يشر صراحة إلى مسألة إثبات الطلاق بأثر رجعي، وهو ما يصطلح عليه اليوم بالطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء، بل أشار إلى خلافها وهو أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي، حتى ينسجم ذلك مع قواعد الشريعة الإسلامية وباقي النصوص القانونية في قانون الأسرة الجزائري، وهذا الاختلاف بين النص القانوني الذي لا يجيز في ظاهره الطلاق إلا بحكم قضائي واجتهادات المحكمة العليا القاضية بخلافه هو ما أدى بالكثير من الفقهاء إلى القول بأن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي، في حين أن فقهاء آخرين رأوا بأن قانون الأسرة اعترف بالطلاق العرفي بصفة غير مباشرة تستنتج من جمع النصوص القانونية مع بعضها البعض، مؤيدين رأيهم بموافقته للاجتهاد القضائي الذي اعترف بالطلاق العرفي وأثبتته بأثر رجعي في كثير من الاجتهادات وهو ما دفعنا إلى طرح التساؤل التالي:

❖ كيف عالج المشرع الجزائري الطلاق العرفي وما أهم الإشكالات التي تعترض العمل القضائي عند تطبيق المادة 49 من ق الأسرة الجزائري؟

مقدمة

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

ثانيا: الأسئلة الفرعية

لمعالجة الإشكالية الرئيسية يمكننا تفرعها إلى التساؤلات التالية:

- هل تثبت الطلاق العرفي يعتبر قيد لممارسة الزوج صفة الإداري في توقيع الطلاق؟
- ما موقف القضاء من مسألة تثبت الطلاق العرفي؟

ثالثا: أهداف الدراسة

تهدف دراستنا إلى إبراز ماهية الطلاق العرفي وأهم الإشكالات التي بطرحها خاصة عند تطبيق المادتين 49 و 50 من قانون الأسرة الجزائري، ومحاولة تقديم الاقتراحات التي تشكل حولا لهاته الإشكالات، وكذا محاولة التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية.

رابعا: أسباب وأهمية اختيار الموضوع

تعود أسباب اختيار موضوع الطلاق العرفي إلى رغبتنا في الاطلاع أكثر على موضوع الطلاق وإشكالاته وإثراء معلوماتنا ومحاولة إيجاد حلول عملية وقانونية لظاهرة الطلاق العرفي وتقادي مشاكله والمحافظة على الأسرة، وبالتالي المحافظة على المجتمع ككل والتعرف على مدى إحاطة وإمام المشرع الجزائري بموضوع الطلاق العرفي ومناقشة الفراغ القانوني الموجود في النصوص.

ومن جهة أخرى على الصعيد الاجتماعي تظهر أهمية الموضوع في تزايد نسبة الزواج العرفي ومن ثم الطلاق العرفي بالتبعية وما ينتج عنه من هضم حقوق الاولاد والزوجة

في المجتمع مما تستدعي تفعيلاً للنصوص المتعلقة بالطلاق وأن يقوم المشرع بدوره في محاصرة هذه الظاهرة حتى يحمي الأسرة من التفكك على أن يكون ذلك في إطار الدين الإسلامي الذي هو مصدر للقانون.

خامساً: الدراسات السابقة

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

• مقالات علمية عديدة من بينها إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري للدكتور بوجمعة حمد.

• كتاب للدكتور المصري مبروك" الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة سنة 2010، حيث تناول هذا الكتاب موضوع الزواج والحكمة منه، ثم الطلاق والحكمة منه، ومع أن عنوان الكتاب" الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري" كصورة من صور فك الرابطة الزوجية، إلا أنه ذكر جميع صور انحلال الرابطة الزوجية بما فيها إشكالية الطلاق العرفي.

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

أما أوجه الاختلاف تتمثل في أن موضوع الكتاب جاء بشكل عام، أما موضوعنا جاء بشكل خاص، حيث تناولنا الطلاق العرفي الذي يتم خارج ساحة القضاء، دون التعرض إلى الطلاق بصفة عامة، كما عالجنا في موضوعنا الإشكالات الخاصة بالطلاق العرفي التي يثيرها عند تطبيق المواد 49 و 50 من قانون الأسرة الجزائري.

• مذكرة رحو مليكة بعنوان"الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج" مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء 2012، إذ تناولت الطلاق بصورة مجملية غير مفصلة لكل نقطة على حدى وتناولت في جزئياتها إشكالية الطلاق العرفي وتطرقنا إلى ذكر آثاره.

مقدمة

ويظهر لنا التشابه بين موضوع مذكرتها وموضوع البحث في تناولنا لنفس الموضوع وهو الطلاق العرفي أما الاختلاف فيبرز في إضافتنا للإشكالات التي يطرحها الموضوع في إطار النصوص القانونية والعمل القضائي.

سادسا: صعوبات الدراسة

واجهنا أثناء قيامنا بهذه الدراسة بعض الصعوبات المتمثلة في قلة المراجع التي تتناول إشكالات الطلاق العرفي إلا ما ورد في بعض المقالات المتناثرة على صفحات المجالات. ونظرا لمرور البلاد بأزمة وبائية تتمثل في الفيروس كوفيد 19 وتأثيره بالجملة على كل المجالات توقف نشاط المكاتب وبالأخص مكتبة كلية الحقوق مما استحال معه البحث بشكل أكثر دقة، بالإضافة إلى عدم إمكانية الوصول إلى الإحصائيات الخاصة بالطلاق العرفي ومدى نجاح أو فشل المشرع والقاضي في معالجة هذه الظاهرة.

سابعا: هيكل الدراسة

من أجل الإجابة على التساؤلات المطروحة في الإشكالية وتحقيق الأهداف المرجوة من البحث قمنا بتقسيم محتوى الموضوع إلى فصلين، منها الفصل الأول الذي خصصناه للحديث عن الأحكام الموضوعية للطلاق العرفي، وفي الفصل الثاني تناولنا فيه توضيح للأحكام الشكلية لإثبات الطلاق العرفي.

الفصل الأول

الأحكام الموضوعية للطلاق العرفي

تمهيد:

نقصد بالقواعد الموضوعية او القانونية بجميع انواعها ومصادرها تلك القواعد التي تبين كيف ينشأ الحق وكيف ينقضي، وهي التي تتسم في اغلبها بالثبات والاستقرار، وبذلك هي التي تبين بان الطلاق هو حق للرجل، فمنذ ان وضعها وسنها المشرع الاسلامي ولا يوجد اختلاف او تنازع حول هاته القاعدة وانما الاشكال يقع في طريقة استعمال الزوج لهذا الحق، بالإضافة ان الطلاق كونه فك رابطة او علاقة زوجية قائمة بين رجل وامرأة وبالتالي هو انقضاء للمراكز القانونية ناشئة عن عقد زواج، قد يكون ناتج عن ارادة الزوج او ناتج عن ارادة الزوجة، فالزواج قد يفك الرابطة اما بالطلاق او بالفسخ وهذا الامر اختلف فيه فقهاء الشريعة الاسلامية، ولكن الخلاف قد وقع فيما تناوله كل من الفسخ والطلاق وهو ما يلزمنا التطرق لهذا الاختلاف لنحدد معايير التمييز لان الآثار القانونية لكل منها ما تختلف عن الاخرى كذلك بالنسبة للعان والايلاء والظهار وهي كذلك فرقة تفك رابط الزواج.

كما أن الشريعة الاسلامية اعطت الحق لرجل في فك الرابطة الزوجية بالطلاق، الا انها لم تمهل حق المرأة في خلاصها من العلاقة الزوجية عندما تجلب لها ضرر مادي او معنوي، وتصبح هذه العلاقة زيادة في البغض والكرهية هنا أحل لها الشرع بالخلع اي خلع زوجها ولكن هذا في حالة عدم استطاعتها لإثبات الضرر الا انها لم تتطرق الى التطبيق وهو في حالة استحالة المعيشة وان هاته العلاقة الزوجية اصبحت مصدرا للأضرار المادية والمعنوية، فان اثبتت الضرر طلقت للضرر.

ومنه يتضمن الفصل الأول على مبحثين تم تقسيمهم كالآتي:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق العرفي وأنواعه؛

المبحث الثاني: شروط الطلاق العرفي.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق العرفي وأنواعه

إن الأحكام الموضوعية التي بين طرق فك الرابطة الزوجية تختلف من حيث الآثار القانونية لكل طريقة انقضت بها العلاقة الزوجية، سنستخلصها من خلال تحديد مفهوم الطلاق العرفي، ولهذا لا بد أن نتطرق إلى الطلاق بالإدارة المنفردة للزوج والطلاق بطلب من الزوجة وطلاق بالتراضي مستبعدين التطبيق كونه يقع بواسطة القاضي، وكما أننا سنتطرق إلى معايير تميز الطلاق عن غيره من طرق فك رابطة الزوجية الأخرى والتي وجد بها تداخل، بما في ذلك الفسخ سواء من ناحية الشرع أو القانون وكذلك للعيان والايلاء والظهار وسنتطرق إلى شروط واركاب صحة الطلاق العرفي.

المطلب الأول: تعريف الطلاق العرفي ومدى مشروعيته

لكون الطلاق العرفي يشترك مع الطلاق الرسمي في جميع الأركان والشروط باستثناء التسجيل فإنه يتعين علينا التعرض لتعريف الطلاق العرفي من خلال تعريف الطلاق الرسمي لغة وفقها وقانونا وكذلك تبيان مدى مشروعيته والحكمة منه.

الفرع الأول: تعريف الطلاق العرفي

1. لغة: "طلق - طلاقاً" ت المرأى من زوجها: بانته عن زوجها وتركته فهي طالق ج. طُلق وطالقة ج طوالق و-ت الناقة: انحلت من عقالها: طلقت، طلقا: تباعد، طرق قومته: تركهم وفارقهم والمرأة لزوجها: خلاها عن قيد الزواج، أطلق المرأة وطلقها والمواشي سرحها والأسير خلا سبيله".¹

طلق تطليقا الرجل امرأته، خلاها على قيد الزواج - وقومه: تركهم وفارقهم والشعر هجره، تخلى عنه".²

¹ المنجد في اللغة والاعلام للأب مألوف المسوعي، ط 21، دار المشرق، بيروت، 1973، ص 470.

² المعجم العربي الحديث لاروس للدكتور خليل الجر، مكتبة لاروس، كندا، 1973، ص 18.

إن المتأمل لكلمة "طلق" يجدها تدور حول معنى المفارقة الترك نزع القيد والتخلية والحرية والإرسال والحقيقة: أن كل هذه الكلمات تصب في مجرى واحد وهو التخلص من أي نوع من الروابط والقيود التي تحد من الحرية.

2. اصطلاحاً: هو رفع قيد النكاح في الحال والمال بلفظ مخصوص، سواء كان هذا اللفظ مخصوصاً منطوقاً مكتوباً أو مشاراً إليه أو كما يعرف الطلاق اصطلاحاً بأنه إنهاء الحياة الزوجية الحال والمال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها صراحة أو دلالة.¹

وقد عرف الطلاق على أنه حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه بالحال أو المال.²

بالإضافة إلى تعريف الطلاق: "لقد خصص العرف استعمال طلق فيرفع القيد المعنوي وأطلق في رفع القيد الحسي فيقال: طلق الرجل زوجته ولا يقال أطلقها الرجل البعير بمعنى فك قيدها ولا يقال طلق البعير".³

3. شرعاً: تناولت المذاهب الأربعة تعريف الطلاق شرعاً:

أ. **عرفه الحنفية** تعريفاً عينياً: هو رفع قيد النكاح من أهله في محله وقيل: الطلاق عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد للنكاح بألفاظ مخصوصة" أما ميدانياً: رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص".⁴

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 1994، ص 208.

² مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 471.

³ مسعود كمال، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، ديوان الجزائر، 1986، ص 38.

⁴ نقلاً عن نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 2003، ص 6.

ب. عرفه المالكية: تعريف ابن رشد الجد: "هو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين"، تعريف ابن عرفة: "هو صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم".¹

ت. عرفه الشافعية: تعريف الكوهجي: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه: تعريف ابن حجر "حل عقدة التزويج فقط".²

ث. عرفه الحنابلة: تعريف ابن قدامة: "حل قيد النكاح"، كما ان الاسلام حرص اشد الحرص على استقرار الحياة الزوجية ودوامها ولذلك بعقد الزواج في ظله على سبيل التأييد حيث قال تعالى "وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضهم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظ".³

ومن هنا فرباط الزوجية وثيق لا يمكن الإفلات منه وان لم يكن ذلك على الاطلاق فانه لا يتم الا بعد استنفاد جميع الوسائل المشروعة للمحافظة عليه وتبعا لذلك فكل محاولة لفك قيد النكاح تعتبر مكروهة ويشتمئز منها الطبع الإسلامي والدليل على ذلك حديث رسول الله عليه الصلاة والسلام "أبغض الحلال عند الله الطلاق"⁴ غليزان الشريعة الاسلامية نظرا لكونها تتميز بالواقعية دون غيرها من الشرائع قد أباحت الطلاق إذا كان ضروريا لدفع مقاصد أكثر من الضرر الناتج عن التفريق بين الزوجين فتصبح هذه الحياة جحيما لا يطاق ومن هنا كان الحل هو الطلاق الذي يسمح لكل منهما أن يبدأ حياة جديدة قد تعطي ثمارا عجزت بحريتها السابقة عن تحقيقها وان كان هذا هو حال الطلاق في الشريعة الاسلامية فانه كان لزاما علينا أن نتفحص موقف القانون الجزائري من الطلاق.

ج. قانونيا: لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق واكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من ق أ الأمر 02/05

¹ نقلا عن نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 06.

² نصر سليمان وسعاد سطحي، المرجع نفسه.

³ سورة النساء، الآية 21.

⁴ أبو دواد، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، ب.ط، ص 217.

" يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإدارة الزواج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون"¹

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

وبهذا فإن ق أ لم يتوسع في الامور المتعلقة بالطلاق، كما توسع علماء الفقه ذلك أن المادة 48 من قانون الأسرة أجملت ما جاء تفصيلا.²

تعريف الطلاق العرفي: يمكن أن نستخلص تعريفا لهذا المصطلح اللقبى الحادث، على اعتبار انه وان كان الطلاق يقع بإرادة الزوج من دون تدخل القاضي كأصل عام إلا ان الدول اليوم أصبحت تصدر تشريعات وقوانين وتلزم الناس باتباعها، فمخالفتها وان كان قد اتبع طريقة صحيحة بحسب الاصل في ايقاع الطلاق غير أنه لم يتقيد بالتشريعات والقوانين فإنه يطلق على تصرفه بأنه تصرف عرفي مثل الطلاق العرفي والبيع العرفي، وعليه يمكن أن عرف الطلاق العرفي بأنه: "هو ذلك الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إليه".³

¹ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27 فيفري 2005.

² العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 01، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص 10.

³ بوجمعة جمد، اثبات الطلاق العرفي في قانون الاسرة الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 10، المجلد الثاني، جوان 2018، ص 766.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الطلاق وحكمه

أولاً: حكمه

قبل أن نتطرق إلى الأحكام الخمسة التي تعتري الطلاق نتكلم أولاً عن اختلاف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق وهو الحظر أو الإباحة مستمدين الحجج والبراهين من القرآن والسنة، فالذين يقولون بأن الأصل في الطلاق الإباحة استندوا لقوله تعالى "فطلقوهن لعدتهن"¹. وقوله تعالى: "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة"² فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج الذي بيده العصمة في إيقاع الطلاق والأدلة من السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق زوجته حتى نزل يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة والنبي لا يفعل المحذور.

أما الذين يقولون أن الأصل في الطلاق الحظر فاستندوا إلى قوله تعالى: "فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً"³، وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغية وظلم وهذا ممنوع ومحذور في الإسلام، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"⁴.

ومنه فإن الأصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة وبعد محاولة الإصلاح أولاً، وبالتالي بالتعبير بأنه حلال مبغوض إلى الله يشعر بأنه رخصة شرعت للضرورة حين تسوء العشرة وتستحكم النفرة بين الزوجين ويتعذر عليهما أن يقيما حدود الله والحقوق الزوجية وقد قيل إن لم يكن وفاق ففراق.⁵

¹ سورة الطلاق، الآية 1.

² سورة البقرة، الآية 236.

³ سورة النساء، الآية 34.

⁴ سنن أبي داوود للإمام الحافظ أبي داوود سليمان بن أشعث الأزدي السجستاني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي وشادي محين الشيبان، الجزء 3، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، ص 505.

⁵ الحلال والحرام في الإسلام ليويسف القرضاوي، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1985، ص 200.

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

1. **الوجوب:** ويستمد مدلوله من تعبيره؛ فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من غيرها، إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح كان الطلاق واجبا كحالة العجز الجنسي الكلي فالأولى أن يحدث الطلاق لعدم تحقيق هدف التحصين".¹
2. **الندب:** ويكون كذلك إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته أو عدم الميل إليها كلية أو كانت سيئة السلوك وبذيئة اللسان أو عند تفریطها في حق من حقوق الله.²
3. **الحرمة:** كما هو الحال في الطلاق البدعي إذا كان في الحيض أو في طهر مسها فيه الذي يترتب عليه تطويل أجل العدة.
4. **الكراهة:** لأن أبغض الحلال إلى الله الطلاق؛ فيترجح تركه على فعله هذا إذا كان الطلاق بدون مبرر ولا سبب جدي يستدعي ذلك ولا حاجة تدعو إليه.³
5. **الإباحة:** يكون مباحا لحاجة لأن الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت منار للفتن ومحلا للأحقاد وذلك من رحمة الله ولطفه بنا، فيكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها.⁴

¹ باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 14.

² ناجي بلقاسم علالي، انطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 62.

³ محمد كمال إمام، مرجع سبق ذكره، ص 34.

⁴ أبغض الحلال لنور الدين عتر، الطبعة 04، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985، ص 44.

ثانيا: أدلة مشروعيته:

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

1. من القرآن الكريم: قوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"¹ حيث تبين الآية عدد الطلاق الذي يرتجع منه دون زوج آخر وقيل إنها إدارة لبيان عدد الطلاق الذي يرتجع منه دون زوج آخر وقيل أنها إدارة لبيان عدد الطلاق الذي يجوز ايقاعه وهو طلاق السنة وقوله عز وجل: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة"²، معنى ذلك طلقوهن لطهرهن من غير جماع ولا تطلقوهن بحيضهن.

2. من السنة:

أ. ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه طلق السيدة حفصة رضي الله عنها ثم أرجعها.³
ب. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق".⁴
ج. وقال صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق".
د. وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه طلق زوجته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: "مره فليرجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر إن شاء الله امسك بعد وان شاء طلق".⁵

3. من الإجماع: أجمع فقهاء الاسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، وأنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا فكان أخذ بالساق"⁶

¹ سورة البقرة، الآية 229.

² سورة الطلاق، الآية 01.

³ نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 08.

⁴ سنن أبي داود، مرجع سبق ذكره.

⁵ صر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 08.

⁶ سنن الدار قطني للأمام الكبير علي بن عمر الدار قطني، تعليق أي الطبيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، الطبعة 01، دار ابن حزم، بيروت، 2011، ص 885.

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

ثالثا: الحكمة من مشروعيته:

إن الزواج هو رابطة مؤدبة بين الزوجين تقوم على المودة والرحمة لقوله تعالى: "ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"¹، فإذا تنافرت النفوس واشتد الخصام فإن الطلاق هو الحل الأصح للطرفين بدلا من البقاء من النفرة والضعينة، فهو مباح لحاجة رغم كراهيته لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق".

وشرع الطلاق لأن الاسلام دينا واقعيا يعمل حسابا لكل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الانسان وحرص على وقاية الفرد والاسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الحرج والضيق والضرر، وهذا ما فطن إليه الفيلسوف الانجليزي بينتام فقال في كتابه أصول الشرائع "لو الزم القانون الزوجين البقاء على ما بينهما من جفاء لأكلت الضعينة قلوبها وكاد كلا منها للآخر، وسعى إلى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه وقد يهمل أحدهما صاحبه، ويلتمس الحياة عند غيره"².

المطلب الثاني: أنواع الطلاق العرفي وتمييزه عن باقي صور الفرقة

الفرع الأول: أنواع الطلاق العرفي

1. أنواع الطلاق شرعا

أ. الطلاق الرجعي: الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته بعقد جديد ولا يثبت إلا على المدخول بها وفيما دون الثلاث وأثناء فترة العدة لقوله سبحانه وتعالى:

¹ سورة الروم، الآية 21.

² العربي بلحاج، مرجع سبق ذكره، ص 211.

"وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم".¹

فالأصل في الطلاق ان يكون رجعيا ولو قصد به البنونة فهو وضع شرعي لا يتأثر بالنية سواء تم هذا الطلاق باللفظ الصريح أو الكنائي خلافا للحنفية الذين ذهبوا إلى انه وقع بلفظ كنائي مع نية البنونة فيكون بائنا²

ويعرف الطلاق الرجعي أيضا بأنه الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته بدون رضاها أي بدون عقد وصادق جديدين وهو الطلاق الذي يصلح قبل انتهاء العدة، هذا ما أشارت إليه المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري التي تعد بالطلاق الرجعي طالما إن حكم الطلاق لم يصدر بعد.

ب. الطلاق البائن: هو الطلاق الذي لا يمكن فيه للزوج مراجعة الزوجة إلا بموافقتها وبعقد جديد وهو الذي يحدث بعد انقضاء عدتها من الناحية الشرعية وبعد صدور حكم الطلاق من الناحية القانونية وهذا ما أشارت إليه المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري.

أما إذا طلق الزوج زوجته ثلاثا ففي هذه الحالة لا يكتفي العقد عليها وإنما لا بد أن تتكح زوجا غيره فإذا طلقها أو توفي عنها فعندئذ يحل لها الزواج لها، ذلك أن الزوج يملك طلقتان فقط فإذا طلق الزوج زوجته للمرة الثالثة تحرم عليه وينقلب الطلاق في هذه الحالة إلى طلاق بائن بينونة كبرى وتصبح المرأة في حكم المبتوتة وعليه ينقسم الطلاق البائن إلى طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى.

1. الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد مطلقته إلى عصمته إلا بعقد جديد وبموافقتها وحالاته هي:

¹ سورة البقرة، الآية 288.

² أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق، الخلع، وحقوق الأولاد، نفقة الأقارب وفقا لأحداث التشريعات القانونية، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2004، ص 18.

• **الطلاق غير المدخول بها:** لقوله سبحانه وتعالى: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"¹.

فعلق الرجعة على الأجل فدل على أنها لا تجوز من غير حل والمطلقة قبل الدخول لا عدة لها لقوله سبحانه وتعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها"²، فدل على ذلك على أن الطلاق غير المدخول بها يكون بائناً.

• **الخلع:** وهو معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد العوضين وهو مالها فتملك هي العوض الآخر وهو نفسها ولا تملك ذلك إلا إذا كان الطلاق بائناً.³

• **بعد انتهاء العدة الشرعية:** إذا كان الطلاق رجعيًا ولم يراجع الزوج زوجته حتى انتهت عدتها يصبح الطلاق بائناً ولا يملك مراجعتها لقوله عز وجل: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"⁴.

إذا كان الفراق عن طريق الفسخ فكل فسخ يعتبر بائناً كالفسخ للردة أو الرضاع.

• **طلاق القاضي:** هناك حالات يعتبر فيها طلاق القاضي بائناً وهي:

– إذا كان موصوفاً بصفة تنبأ عن البنونة أو تدل عليها من غير حرف عطف كقوله: "أنت طالق بائناً" أو "أنت طالق حرام" أو "أنت طالق البتة".

– وإذا قال: "أنت طالق تطييق طويلة أو عريضة" لأن الطول والعرض يقتضيان القوة والقوي هو البائناً.

– إذا قال: "أنت طالق أشد الطلاق".

¹ سورة البقرة، الآية 231.

² سورة الأحزاب، الآية 49.

³ نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 83.

⁴ سورة الطلاق، الآية 2.

– أن يكون الطلاق بلفظ الكناية مع نية الطلاق مثل: "أنت حرة" خلية برية حبلك على غاربك "ألحقي بأهلك، فارقتك" باستثناء قوله: "عندي استبرئي رحمك، وأنت واحدة" فهذه الألفاظ يكون بها الطلاق بائنا.¹

2. الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد مطلقته على عصمته وفي ذلك يقول القاضي عبد الوهاب رحمه الله: "لا رجعة في الطلاق الثلاث لأنه لم يبقى له من الطلاق شيء فالرجعة هي ردها إلى النكاح فال يجوزان يملك نكاحا لا رجعة فيه، وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه: رأيت لو طلقته ثلاث؟ قال صلى الله عليه وسلم: "عصيت ربك وبانت منك امرأتك".

ولكن إذا تزوجها رجل آخر زواجا صحيحا مبنيا على التأييد ودخل بها دخولا حقيقيا ثم بعد ذلك توفي أو طلقها من غير إكراه فتحل للأول وذلك لقوله عز وجل: "الطلاق مرتان فأمسك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون".²

3. الطلاق السني: هو الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم أي الطلاق الذي يقع في الدائرة الشرعية التي يرسمها الإسلام لإتباعها، وهو أن يطلق المدخول بها طلاقة واحدة رجعية في طهر لم يلمسها فيها ويطلقها حاملا متبينا حملها لقوله تعالى: "يأياها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"³، وعليه فان الطلاق السني يكون موافق للشرع بان يتوفر على شرطان هما:

أولا: أن يطلق الرجل زوجته في طهر لم يمسه فيه.

¹ نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 83.

² سورة البقرة، الآية 229.

³ سورة الطلاق، الآية 01.

ثانياً: أن يطلقها طليقة واحدة ويقع الطلاق السني بألفاظ مثل قوله: "أنت طالق للسنة" فلو قال الرجل امرأته المدخول بها والتي هي في حالة حيض "أنت طالق ثلاث مرات أو اثنتين للسنة" وقع طلاقه عند كل طهر طليقة وتقع أولها في طهر لا جماع فيه أو غير المدخول بها أو التي تحيض فتقع طليقة واحدة في الحال وهي طالق منه بلا عدة لأنه طلاق قبل الدخول ولا تقع طليقة ما لم يتزوجها، وأما التي تحيض فتقع طليقة عند مضي الشهر وإن نوى تقع الثلاث في الحال أو عند كل شهر واحدة إذا صحت نيته لأن ذلك يحتمله كلامه.

4. **الطلاق البدعي:** الطلاق البدعي هو الطلاق المخالف للشريعة أي ما خالف فيه المطلق الطريقة التي أمر الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم بإتباعها في إيقاع الطلاق ثلاثاً؛ ويكون في إحدى الحالات التالية:

أولاً: أن يطلق الزوج زوجته أكثر من طليقة واحدة؛

ثانياً: أن يطلق الزوج زوجته في طهر مسها فيه؛

ثالثاً: أن يطلق الزوج زوجته أثناء حيض أو نفاس يقع الطلاق البدعي بألفاظ مختلفة كان يطلقها ثلاثة بكلمة واحدة أو يطلقها بثلاث ألفاظ متفرقات في مجلس واحد كأن يقول: أنت طالق أنت طالق أنت طالق؛ والطلاق البدعي منه ما تراجع بدعته إلى العدد ومنه ما تراجع إلى الصفة.

ومنه ما هو راجع إلى الوقت فبدعي الوقت: هو أن يطلق طليقة واحدة في حال الحيض والنفاس أو في طهر حصل فيه وقاع بدعي العدد: هو أن يطلق طليقتين أو ثلاثة في دفعة واحدة أو متفرقة في طهر واحد في الحيض قبله بدعي الصفة: هو أن يطلق المدخول بها

طلقة بائنة في طهر وقاع فيه وفي الحيض قبله، وحكم الطلاق البدعي أن يتحمل الزوج الأثر إلا أن بعض العلماء قالوا بعدم وقوع الطلاق البدعي.¹

5. **الطلاق المنجز المضاف والمتعلق:** ينقسم الطلاق باعتبار تقييد الصيغة وإطلاقها طلاق منجز طلاق مضاف وطلاق معلق.

أ. **الطلاق المنجز:** هو الطلاق الذي يرد بصيغة ليست معلقة على شرط ولا مضاف إلى زمن المستقبل بل قصد بها إصرارها وقوع الطلاق في الحال كأن يقول الزوج لزوجته "أنت طالق" وبمعنى آخر هو الذي صدرت صيغته مطلقة غير معلقة على حصول أمر آخر ولا مشاف إلى زمن المستقبل مثل: أن يقول لها أنت طالق.

حكمه: وقوع الطلاق به مجرد صدوره.

ب. **الطلاق المضاف:** وهو مكانة طبيعته مقرونة بوقت المستقبل كقوله لزوجته "أنت طالق غدا" فيقع الطلاق عند حلول الزمن أو الأجل الذي أضيف إليه الطلاق إذا فالطلاق المضاف هو: الذي صدرت صيغته مقيدة بوثت المستقبل قصد المطلق وقوع الطلاق فيه بأن ربط حصوله بذلك الزمن بغير أداة من أدوات الشرط كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أو العام القادم وأنت طالق الأسبوع القادم.

حكمه: وقوع الطلاق به عند مجيء ذلك الوقت المضاف إليه طلاق قبله.

ج. **الطلاق المعلق:** وهو ما جعل الزوج فيه حصول الطلاق معلقا على شرط مثل أن يقول الزوج لزوجته "إذا ذهبت إلى أمك فأنت طالق" حيث حصول الشرط المعلق عليه والتعليق إما **لفظي:** وهو الذي فيه أداة الشرط مثل أن وإذا واما **معنوي:** وهو الذي لا نذكر فيه أداة الشرط صراحة من حيث المعنى كقوله: "على الطلاق لأفعلن كذا"، فالطلاق وقع بحسب العرف.

¹ بدران أبو العينين، لفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص 302.

والطلاق المعلق هو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل أداة من أدوات الشرط هو نوعان تعليق لفظي: وهو الذي تذكر فيه أداة الشرط صراحة كان يقول الزوج لزوجته "علي الطلاق لأفعل" كذا فان أداة الشرط تذكر في هذه الصيغة صراحة ولكن موجودة من حيث المعنى أن الشرط الذي يعلق الطلاق على حصوله يكون تارة أمرا اختياريًا وتارة أخرى غير اختياري، فإذا كان معلق عليه فعل اختياري لأحد الزوجين يسمى ما صدر عن الزوج طلاق معلق وإذا كان معلق عليه فعل اختياري لغير الزوجين لو كان أمرا اختياريًا فهو يكون طلاقًا معلقًا لا يسمى يمينا.¹

ثانياً: أنواع القانون قانوناً

سننظر لأنواع الطلاق التي تهم الموضوع: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج؛ الطلاق بالتراضي؛ الخلع.

1. الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج: عرفت الآراء الفقهية الطلاق لغة على أنه: رفع القيد وحل الرباط وعرف أيضاً بأنه مأخوذ من الإطلاق ومعناه الإرسال كان يقال أطلقت الأسير أي حلت قيده وتركته حراً فرفع القيد في الاصطلاح يكون باللفظ خاص يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو إشارة الهدف منه رفع أحكام الزواج وإيقاف استمراريته معنى ذلك أن رفع القيد في الأنكحة الفاسدة لا يسمى عند الفقهاء طلاقاً وإنما يسمى فسخاً والاختلاف موجود بين المصطلحين من حيث والآثار.

وتعريف الطلاق متلخص أيضاً في حل الزواج وإنهاء للعلاقة الزوجية والمشرع الجزائري كان يتذبذب بين التطرق للتعريف وصرف النظر عنه ففي الوقت الذي شرع ترك التعاريف القانونية للفقه للغوص فيها ولم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 11/48 السابق الذكر إذ نص مرجعية على أن: "طلاق حل عقد الزواج".

¹ بدران أبو العينين، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانون، مرجع سبق ذكره، ص 204.

2. الطلاق كصورة ثانية من صور فك الرابطة: يعرف الخلع بفتح الخاء لغة بأنه النزاع والإزالة فيقال خلع فلان ثوبه وبضم الخاء طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به المرأة وفي اصطلاح الفقهاء هو الاتفاق الذي يتم بين الزوج وزوجته على الفرقة مقابل مال تدفعه الزوجة على الخلع اصطلاحا افتداء ويكون الطلاق بالخلع بان تقول الزوجة لزوجها خلعتي على صداقتي أو على خمسة آلاف دينار "500 دج" يقول قبلت تحقق الخلع ولا فرق في إيجاب الخلع أن يكون من قبل الزوج ومن قبل الزوجة غير إن الفرقة لا تقع إلا بعد القبول لان الخلع عقد على طلاق بعوض ولا يستحق العرض بدون قبول ومن هنا يكمن الفرق بين الخلع والطلاق.

3. الطلاق بالتراضي: يقصد من هذه الصورة إن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أنها أصبحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل احدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار على هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين محدد من اجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق فمنذ الوهلة الأولى يتبين إن هناك اختلافا بسيطا من حيث المفهوم بين هذه الصورة والصورة المتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة والاختلاف يكمن أساسا في موافقة الزوجة على الانفصال وديا، إحداث الأمر عكس ما نلاحظه في الصورة الأولى إذا عادة ما يلجا الزوج للطلاق في ضل رفض الزوجة للانفصال غير أن هذه لتفرقة لا تغير في المسألة شيئا وليس ضروريا ان تكون صورة تتضمن طلاقا بالتراضي طالما العصمة الزوجية أعطيت للزوج وإرادته لوحدتها كافية لإحداث الأثر القانوني دون الرجوع إلى وافقة الزوج من عدمها لإرادة الزوجة في الطلاق ليست محل اعتبار وتوافرها من عدمه لا يغير من موقف الشكل.¹

¹ باديس نياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليانة، الجزائر،

الفرع الثاني: تمييز الطلاق العرفي عن باقي صور الفرقة

تنقضي الحياة الزوجية اما بالطلاق أو الفسخ أو اللعان أو الايلاء أو الظهار.

أ. **الفسخ والطلاق**: غير ان الخلاف والاختلاف يكمن في اختلاف الآراء الفقهية بين ذلك وذاك فما يعتبر طلاقا في مذهب يعتبر فسحا في مذهب آخر وبذلك تختلف الاثار الشرعية والقانونية، فالطلاق هو انتهاء لعقد زواج صحيح في حين يعتبر الفسخ نقضا له بسبب خلل في نشوؤه او طرا على قد زواج عارض يمنع استمراره بعد نشوؤه صحيحا فمن الناحية الشرعية وعند المذهب الحنفي "يرى كل فرقة من جانب الزوج، ولا يمكن ان تكون من قبل المرأة فهي طلاق كالفرقة بسبب الايلاء، وكل فرقة من قبل الزوجة ولا يمكن ان تكون من قبل الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته.¹

وعليه فان اهم الفرق التي تعد طلاقا عند هذا المذهب: هي التطليق الزوج وتفريق بسبب الإيلاء او الخلع او اللعان، والتفريق لعيب جنسي في الزوج او التفريق بسبب إباء الزوج الاسلام، اما الفرق التي تعد عندهم فسحا فهي: التفريق لردة أحد الزوجيين، او لفساد الزواج او التفريق لعدم كفاءة الزوج لزوجته، او الفرقة بسبب حرمة المصاهر.²

ب. **الطلاق والتفريق بحكم شرعي**: قد توجد حالات تقع بها الفرقة وتكون بإرادة الزوج ولكن هذه الفرقة تكون بحكم شرعي أي وفقا للشريعة الاسلامية والتي نص على بعضها القانون وتجاهل بعضها تركا ذلك لأحكام المادة 222 وتتمثل هاته الفقرة فيما يلي: اللعان، الايلاء، الظهار، والتي سنتناولها في هذا العنصر.

1. اللعان: وهو قيام الزوج برمي زوجته تهما اياه بالزنا، دون ان يكون له اربعة شهود على قوله، ويعود ذلك لأية الكريمة: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء على انفسهم فشهادة أحدهم اربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين"،

¹ أحمد الغندور، الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي، مكتبة الفلاح، بيروت، الطبعة الثالثة، 1982، ص 296.

² عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر العربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ص 75.

ويبدأ بتحليف الزوج فإن حلف وجب على الزوجة أن تحلف، فإن امتنعت اجبرت حتى تحلف أو تصدقه، فإن صدقته أقيم عليها الحد، وذهب كل من الحنفية والحنابلة والظاهرية إلى أن الفرقة تقع بين الزوجيين بمجرد الانتهاء من اللعان فلا حاجة لقضاء القاضي بعد انتهاء اللعان، فيترتب على اللعان التحريم بين الزوجيين وقد وقع اختلاف حول هذا التحريم فهناك من رأى بان الفرقة تكون مؤبدة وهناك رأي آخر لأبو حنيفة أن الفرقة أو الحرمة مؤقتة، فاذ كذب الزوج نفسه بعد اللعان اقيم عليه حد القذف وله الحق مراجعة زوجته بعقد جديد وهناك من لم يفرق في فرقة اللعان هل هي فسخ أم طلاق ومنهم المالكية والشافعية والظاهرية أما الحنفية فاعتبروها طلاق بائن.¹

2. الإيلاء: وهو حلف الرجل بالله على ترك قربان زوجته لمدة أربعة أشهر فصاعدا تطبيقا للآية الكريمة: "الذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءو فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم"،² ففي حالة عودته للزوجة خلال هذه المدة؛ يكفر كفارة اليمين وذلك بإطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة فإذا لم يجد شيئا من هذا فصيام ثلاثة أيام، أما إذا لم يرجع زوجته خلال هذه المدة وانقضت أربعة أشهر هنا تقع الفرقة وقد اختلف الفقهاء حول هاته الفرقة ذهب كل من مالك وأحمد والشافعي على عدم وقوع الطلاق بمجرد انتهاء المدة الي أن يقوم الطلاق، فإذا لم يفعل ذلك حق للزوجة أن ترفع الأمر الى القاضي ليحكم لها به ويكون الطلاق رجعيا،³ فهنا يكون الإيلاء طلاقا لأنه صادر عن ارادة الزوج.

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه الفرقة فإنه لا يعتد بالإرادة وحدها لترتيب الآثار، وإنما يجب افرغها في شكل قانوني، فإن تمسك الزوج امام القاضي بعدم قربانه زوجته امام

¹ عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، مرجع سبق ذكره، ص 896.

² سورة البقرة، الآية 226-227.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، EDITION ENCYCLOPEDIA، الجزائر، ب.ط، ص 44.

القاضي وحلف بالله على عدم قربان زوجته لمدة اربعة أشهر وانقضت هذه المدة فيجب ان يشهد له على ذلك، وتعد طلقة بائنة وفي حالة ما إذا تمسكت الزوجة بذلك واثبتت ما تدعيه فيجب على القاضي ان يصرح بتطبيق الزوجة استنادا على الضرر وتعد هنا فسخا.¹

3. الظهر: وهو الفرقة التي تكون اللفظة الطلاق فيها غير صريحة سواء ان كانت منجزة او غير منجزة فقد تكون العبارة غير دالة عن الفرقة وانما تدل على التحريم العلاقة الزوجية كان يقول لها انت عليا كظهر امي او ما شابه ذلك والظهر هو تشبيه الزوج لزوجته بإحدى محارمه سواء ان كان بالمصاهرة او بالنسب او الرضاع وحكم من صدر عليه هذا اللفظ في الشريعة الاسلامية هو كفارة الظهر وهي عتق رقبة، او صيام شهرين متتابعين فان لم يستطيع فإطعام ستين مسكين وهنا لمنع العبث بالعلاقات الزوجية ومنع الظلم الواقع عن الزوجة ومتى ظاهر زوجته حرم عليه مواطنتها حتى يكفر كما جاء في القران الكريم: "قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير"²

أما عن موقف المشرع الجزائري من الظهر فلم يتناوله تارك في ذلك الامر الى احكام الشريعة الاسلامية فلم ينص عليه بالصريح النص ولا يعني سكوته استبعاده بل فاذا ظاهر الزوج زوجته حرمة عليه حتى يكفر او يطلقها طلاق بائنا وإذا رفض الطلاق وتضررت الزوجة من ذلك وجب عليها رفع امرها للقاضي استنادا للنص المادة 06/53 من قانون الاسرة 02-05 وتعتبر الفرقة فسخا لأنها كانت بحكم القاضي.

¹ محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الاولى، 1975، ص 397.

² سورة المجادلة الآية 01.

المبحث الثاني: شروط الطلاق العرفي

إن للطلاق شروط يجب توافرها جميعا بعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق وهو الزوج أصالة ومن ينوب عنه وبعضها يرجع إلى من يقع عليها الطلاق وهي الزوجة وبعضها يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي صيغته.

المطلب الأول: شروط المطلق والمطلقة

أولا: شروط المطلق

المطلق وهو الزوج المكلف فيثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح ولا بد لصحة إيقاع الطلاق شرعا إن يكون صادر من البالغ العاقل وان يكون مختارا في الصدور عنه وان يكون واعيا لما يصدر عنه فيجب أن يقع الطلاق من الزوج على الزوجة مباشرة، ونظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع اشترط العلماء شروط لا بد من توافرها في المطلق حتى يمكن إيقاع الطلاق.

الفرع الأول: أن يكون زوجا أو رسولا أو وكيفا عنه فلو لم يكن المطلق واحد من هؤلاء فإنه لا يملك إيقاع الطلاق وعلى هذا لا يملك الوالي إيقاع الطلاق على زوجة من له الولاية عليه ذلك إن الطلاق حق شخصي للزوج فلا يملكه غيره إلا بتوكيل منه أو إنابة صريحة منه فللزوج أن يوكل غيره بالتطبيق أو يفوض للمرأة بتطبيق لنفسها وكل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا مكمل الثلاث " المادة 51 من ق.ا." وعليه التوكيل بالطلاق يقع طلاق واحد، رجعي مهما اقترن به من عدد 05 لا عدده من الحالات الثلاث فالتوكيل هو أن يوكل شخص بتطبيق زوجته والتفويض هو أن يملك الزوج زوجته طلاق نفسه منه.¹

الفرع الثاني: أن يكون بالغا عاقلا يشترط في الزوج حتى يقع طلاقه البلوغ والعقل وعليه فلو كان صبيا لم يبلغ وطلاقا يعتد به شرعا ولو كان الصبي قد بلغ سن التمييز لان الطلاق لا

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 225-226.

يخلو من ضرر يلحق بالمطلق، ومثله في ذلك المجنون والمعتوه فلا يقع طلاق المجنون لان العقل هو أداة التفكير كما أن المجنون ليس له قصد أصلا والطلاق هو من التصرفات تعتمد على القصد الصحيح.¹

الفرع الثالث: أن يكون قاصدا للطلاق بمعنى أن يكون مختارا غير مكره فلا يقع طلاق المكره لأنه بالإكراه أصبح فاسدا الاختيار لا يقصد وقوع الطلاق وانما يقصد دفع الأذى عن نفسه أو ماله كذلك لا يقع طلاق السكران عند أغلب لعلماء.²

ولقد خالفهم في ذلك الحنفية إلى وقوع طلاق المكره وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري "ولا حجة لهم فيما ذهبوا إليه فضلا عن مخالفتهم لجمهور الصحابة".³

ثانيا: شروط المطلقة

يشترط على صحة الطلاق إن تكون الزوجة محل الطلاق وتحقق المحلية بأن تكون زوجة حقيقية أو حكما للطلاق والزوجة الحقيقية التي لا يزال رباط زواجها الصحيح باقيا ولم يطرأ عليه ما يرفعه في الحال أو المال، أما الزوجة الحكيمة هيا لمطلقة رجعا مدة العدة وكذلك المطلقة طلاقا بائنا في مدة العدة وكذلك المعتدة من فسخ الزواج بسبب لا ينقضي العقد في أساسه كالفسخ بسبب ارتداء أحد الزوجين حسب المادة 23 من قانون الأسرة وعلى هذا لا يقع الطلاق على المرأة في الحالات الآتية:

أولاً: المرأة المتزوجة فيعتبر الزواج فاسدا لان الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح المادة 47-48 من قانون الأسرة الجزائري وعليه يجب التفريق بين الزوجين وفسخ العقد بقوة القانون ولا يشترط هنا المرأة أجنبية انقضاء عدتها بمجرد الفسخ.

¹ بدران أبو العينين، لفته المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانون، مرجع سبق ذكره، ص 312.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سبق ذكره، ص 222.

³ نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 06-07.

ثانياً: المطلقة قبل الدخول بها والخلوة لأنها تصير بمجرد الطلاق قبل الدخول أجنبية على الزوج ولذلك تحل للزواج بغيره مباشرة حيث لا عدة لها.¹

ثالثاً: المعتدة من طلاق بائن يسمونه كبراً أو المطلقة وللثلاث ولو كان معتدة حسب المادة 51 من قانون الأسرة رابعاً: أن لا تكون حائض ولا في طهر مسها الزوج فيه وذلك ليكون الطلاق عن حاجة حقيقية ورغبة ملحة في الطلاق وعليه أن أهلية الطلاق بالنسبة للزوجة يجب توفر فيها شرطان:

- أن تكون الزوجة في نكاح صحيح لان الطلاق شرح للزواج الصحيح؛
- أن تكون في طهر لن يمسه الزوج فيه ولا في حيض قبله جماع أو طلاق ولم يورد القانون الجزائري أن ينص بتعلق بمحلية الطلاق فيما يتوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة الفقه المالكي المعمول به في الجزائري من خلال المادة 222 من قانون الأسرة غير أن الشرع الجزائري أوضح في المادة 48 من قانون الأسرة أن الطلاق هو رفع النكاح الصحيح أو هو محل عقد الزواج الصحيح المادة 48 من قانون الأسرة بأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، كما نضم أحكام الرجعة في المادتين 50 و 51 من قانون الأسرة.²

المطلب الثالث: شروط صيغة الطلاق

إذا كان الطلاق هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو في المال وتتمثل شروط الصيغة في ما يلي:

الفرع الأول: ألفاظ الطلاق

يقع الطلاق بكل لفظ يدل عليه سواء كان اللفظ صريحاً أو كان كناية.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سبق ذكره، ص 246.

² العربي بلحاج، نفس المرجع.

أولاً: اللفظ الصريح: هو كل لفظ يستعمل على الطلاق غالباً، بحيث يفهم السامع حين سماعه هذا اللفظ أن الزوج طلق زوجته وألفاظ الطلاق الصريح يقه بها الطلاق دون الحاجة إلى النية، فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق فقد طلقت منه ولو لم ينوي الطلاق فإن ادعى أمام القضاء وقال أنه ينوي الطلاق لم يقبل منه لأن النية تعمل في المهم والصريح لا إبهام فيه ويلحق باللفظ الصريح الكتابة المسببة الموجهة¹، إلى الزوجة بعنوانها والمشملة وبعبارة " موجهة" مضاف فيها الطلاق إليها.

ثانياً: اللفظ الكنائي: هو كل لفظ احتمل معنى الطلاق ومعنى آخر لم يوضع أصلاً لهذا المعنى فقط بل استعمل فيه كناية وألفاظ الكناية هب الألفاظ التي تستعمل في الطلاق وفي غيره فلا يقع الطلاق لهذه الألفاظ إلا بالنية أو بقريضة تدل على إن المراد بهذا اللفظ هو الطلاق كقول الزوج لزوجته أنت خلية أنت بريئة اذهبي إلى أهلك.

الفرع الثاني: عدد الطلقات

اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد مثل: أن يقول الرجل لزوجته أنت طالق ثلاث أو إذا كرر لفظ الطلاق لقوله أنت طالق أنت طالق، وقد اختلف الفقهاء في طلاق الثلاث على ثلاث آراء متباينة، ذهب الفقه الجعفري وبعض الشيعة إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث يعتبر لغواً فلا يقع الطلاق وهو باطل.

وما ذهب إليه بعض الصحابة وبعض الظاهرية وفقهاء مذهب الأساسية وكذا ما افتى به لأهمية ابن القيم إن الطلاق المقترن لا يعتبر إلا طلبة واحدة، كما يرى جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة وقع هذا الطلاق ثلاثاً فإن الاقتران بالثلاث وقع ثلاث طلقات.

¹ أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف المصرية، مصر، 1972، ص 102-107.

الفرع الثالث: أنواع صيغة الطلاق

تتنوع صيغة الطلاق إلى ثلاث أنواع نذكرها كما يلي:

1. طلاق المريض مرض موت: لا يختلف طلاق المريض عن غير المريض ما لم يكن هذا المريض مؤثر على قوى العقلية للزوج فطلاقه مال صحيح على السواء وكما ان جميع آثار الطلاق في الصحة تترتب على الطلاق في المرض إلا في حالة واحدة وهو ميراث بالزوجية في طلاق من المريض مرض الموت، ما هو مرض الموت؟

مرض الموت هو ما توفرت فيه أحد الأمرين:

- أن يكون مرض يغلب فيه الهلاك عادة وتقدير الهلاك هنا يعود فيه السلطة التقديرية إلى الأطباء الأخصائيين ذوي الخبرة؛
- أن الموت المريض حالة الوقوع أو متوقعة الوقوع.

كما سبقنا وان أشرنا إن الطلاق المريض وطلاق الصحة يقعان على حد سواء إلا أن مرض الموت إذا طلق زوجته طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى اعتبرنا من الميراث بمعنى انه طلقها حتى لا ترث منه ويعتبر مريض الموت ومن في حكمه فارا من الميراث إذا توفرت فيه ثلاث شروط:

أولاً: أن يكون طلاق بائنا وبعد الدخول الحقيقي لأنه لو كانت البينونة قبل دخول فلا يعتبر فار ولا تستحق الزوجة الإرث لان عدة لها في هذه الحالة.¹

ثانياً: أن يكون الفرقة دون رضا الزوجة لأن رضاها يبعد عن الزوجة تهمة الفرار من الإرث وكذا حالة الطلاق على مال أو المخالفة.

¹ بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانوني، مرجع سبق ذكره، ص 356.

ثالثاً: أن تكون الزوجة أهل الميراث وقت الطلاق وان تستمر هذه الأهلية وفي ذلك قضت المحكمة العليا انه لا تلازم بين العدة والحق في الميراث حيث أن المرض مهما كانت طورته يمنع الزوج من إيقاع الطلاق وعليه فالطلاق به صحيحاً شرعاً وقانوناً بخلاف الميراث فان حق الطاعة فيه ثابت شرعاً إذا طلقها في مرض الموت لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لا يحمل إن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود.

2. **الطلاق المنجز:** هو ما قصد به إبقاء الطلاق في أحل مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق وحكم هذا النوع انه متى توفرت فيه الشروط السالفة المتعلقة بالمطلق فانه يقع في الحال بمجرد اللفظ به وتترتب به جميع آثاره.¹

3. **الطلاق المضاف:** وهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن المستقبل مثل: أن يقول لزوجته أنت طالق ابتداءً من أول الشهر القادم وحكم هذا النوع أنه يقع بمجيئ الزمن الذي أضيف إليه.

أما **الصيغة المتعلقة بالشرط:** هو ما ترتب عنه حصول أمر في المستقبل يحتمل الوقوع وعدمه كأن يقول الرجل لزوجته: "أنت خرجت من الدار فأنت طالق"، حالات لا يعتد بالطلاق ونقصد بها حالات قد يوقع فيها الزوج طلاقه ولا يعتد به ونذكر منها:

• **طلاق السكران:** اتفق الفقهاء على أن من شرب شيئاً غير محرم فأسكره مثل دواء للعلاج فلا يقع طلاقه أما من قصد تغييب عقله بتناول شيء محرم وتلفظ بكلمة الطلاق وهو في حالة سكر فهناك من حكم بعدم وقوعه، وهناك رأي آخر حكم بإيقاع طلاق السكران.

¹ بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانوني، مرجع سبق ذكره، ص

- **طلاق المدهوش:** هو الذي يصاب بالخلل في أقواله وأفعاله فيعدم الإدراك الصحيح كالشخص الذي يصاب بفرح شديد أو صدمة عصبية بسبب شدة الحزن أو شدة الغضب، فهذا لا يقع طلاقه لانعدام العقد ويلحق به من اختل عقله بسبب الكبر في السن.¹
- **طلاق الغضبان:** هو من طلق زوجته في حالة غضب يقع طلاقه إلا إذا كان إحساس ووصل إلى درجة لا يعي ما يقول ويفعل وهذه الحالة نادرة، ففي هذه الحالة لا يقع طلاق بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا طلق إلا في إغلاق"، ولقد فسر الإغلاق بالغضب الشديد كما سبق أيضا بالإكراه والغضب على ثلاثة أقسام:
 - أ. **الغضب الشديد:** وهو ما يزيل العقل وهذا يقع طلاقه بلا نزاع؛
 - ب. **الغضب المتوسط:** وهو الذي سيتحكم ويشتد فلا يزال العقل ولن يحول بينه وبين نيتها فهذا محل نقاش ولكن الراجع فيه عدم وقوع الطلاق؛
 - ج. **الغضب الخفيف:** وهو الذي يكون في بدايته وهو ما يحول بينه وبين قصده فهذا الطلاق يقع.

¹ نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 23-26.

الفصل الثاني

الأحكام الشكلية لإثبات الطلاق
العرفي

تمهيد:

الطلاق حق يخضع التصرف فيه للشكل القانوني؛ ولما كان الطلاق أحد الحقوق الادارية، فهو يستعمل بمحض ارادة الزوج وبتعبيره عن هذه الادارة يحدث الاثر القانوني الناشئ¹ عن المركز القانوني لعقد الزواج، فهل يخضع الزوج في استعماله لحقه في الطلاق الى شكل قانوني معين؟

تعريف الشكلية: يقصد بالشكل الحركة، أو التغيير الذي يحدث الوقائع القانونية التي يرتب عليها الأثر القانوني في مضمونها كأصل عام، فيرتب مثلا الطلاق الاثر القانوني لفك الرابطة الزوجية بالطلاق يؤدي الى انهاء المركز القانوني الناشئ عن العلاقة الزوجية، ومنه الاعمال القانونية ماهي الا مجرد اشكال.²

إذا كان كذلك فلنا ان نتساءل هل ارادة الزوج في الطلاق، تخضع للشكل القانوني، فلاجابة على هذا السؤال لابد ان نجيب عليه من خلال الشرع وراي الشريعة الاسلامية في ذلك وموقف المشرع الجزائري وان نخرج على التطبيقات القضائية حول هذا الموضوع بالإضافة الى اراء الاجتهاد القضائي في الامر الشكلية في الطلاق ومدى اهميتها والاشكالات التي طرحها عدم الاشهاد او تثبيت الطلاق واجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق وطبيعته القانونية الاضافة الى طرق الطعن ارتأيت الى تقسيم هذا الفصل كالاتي:

المبحث الأول: المركز الشرعي والقانوني لتثبيت الطلاق العرفي وآثاره؛

المبحث الثاني: إجراءات التقاضي للإثبات الطلاق العرفي.

¹ فتحي الوالي، الوسيط في قانون القضاء بالمدينين، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، 1977، ص 118.

² نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية، منشأة المصارف، الكعبة الأولى، 1981، ص 22.

المبحث الأول: المركز الشرعي والقانوني لتثبيت الطلاق العرفي وآثاره

ونقصد بالقيمة القانونية والشرعية هي رأي القانون والشريعة الإسلامية في الإشهاد عن الطلاق العرفي وإثباته، فما يراه علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية أن الطلاق حق للرجل، يستعمله في أي وقت شاء،¹ دون أن يخضع إلى قيد يحد من إرادته، وإن التعبير عنها لا يجب أن يقترن بوقت معين، أو بشهادة الشهود؛ وقالوا إن طلق الزوج خارج الطريق التي رسمها الشرع فإنه يكون إثما ديانة، ومع ذلك فطلاقه واقع قضاء.²

وعليه فإن فقهاء الشريعة أكدوا أن الشارع قد اقتصر، على تحديد واقعة الطلاق في مضمونها وترك وسيلة التعبير عن الإرادة الحرة، وتبعاً لهذا الرأي فالحق في الطلاق واستعماله من قبل الزوج يعد من تصرفات الحرة، ولأن الطلاق حق له بحكم الشريعة. فيكفي التعبير عن الإرادة بأية وسيلة كانت لترتيب الأثر القانوني غير أن تداخل يجعلنا نحاول التمييز بين الشكل القانوني، ومبدأ سلطان الإرادة، فالشكل القانوني لا يهدف إلى الانتقاص من الحق الإرادي، أو المساس به بل يهدف إلى حماية صاحب الحق من مغبة الشرع، وتقرض على صاحب الحق إذا أراد أن يتصرف فيه أن يأتي هذا التصرف على وجه معين، بينما مبدأ سلطان الإرادة يجعل الإرادة حرة تتصرف في هذا باي وسيلة كانت ومن ذلك أيضاً إن المشرع الجزائري قد أظهر موقفه في هذه المسألة حيث نص في صلب المادة 49 من قانون الأسرة على ما يلي "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولة الصلح، من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر" ابتداء من تاريخ رفع الدعوى يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح.³

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1957، ص 334.

² عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 406.

³ عبد الفاتح تقيّة، الطلاق بين أحكام التشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2006-2007، ص 53.

المطلب الأول: الشريعة الإسلامية والإشهاد على الطلاق

أولاً: القرآن الكريم

قال الله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ صِوَانْتَقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا¹.

إن الله عز وجل قرن بين الطلاق والمراجعة والإشهاد في الآية الثانية من سورة الطلاق فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وعليه يكون من طلق أو راجع ولم يشهد ذوي عدل متعددا لحدود الله².

إن الآية الكريم لها سباق وسياق، فأما السباق فقد سبقت الآية المذكورة بان الطلاق لا يكون إلا للعدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ولا يجوز تعدي الحدود التي وضعها الله ومن يتعداها فهو ظالم لنفسه وأما السياق فإنها ذكرت في سياق الرجعة أو الفراق ثم بعد ذلك طلبت الإشهاد مباشرة فوجب إقامة الإشهاد تطبيقاً للآية الكريمة³ وفي ذلك يقول الشيخ احمد محمد شاکر أن الظاهر من سياق الآيتين أن الأمر راجع إلى الطلاق والرجعة وهو للوجوب لأنه مدلوله الحقيقي، ولا ينصرف إلى غير الوجوب إلا بقريضة ولا توجد ها هنا قريضة تصرفه عن الوجوب، بل القرائن هنا تؤيد حمل الأمر على الوجوب لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل ولا يتوقف على موافقة المرأة، وتترتب عليه حقوق لكل واحد منهما قبل الآخر وكذلك الرجعة وخوفاً من إنكار احدهما كان الإشهاد واجبا لرفع التجادل بينهما وتثبيت الحقوق³.

¹ سورة الطلاق، الآيتين 02-03.

² ابن حزم المحلي في شرح المحلي بالحجج والآثار، منشورات بيت الأفكار الدولية، بيروت، ص 118.

³ الشيخ أحمد محمد شاکر، نظام الطلاق في الإسلام، الطبعة الأولى، 1936، ص 118.

ثانيا: السنة النبوية

فيحتجون الإشهاد على الطلاق بما أخرجه البخاري في صحيحه عن القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنها انها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"، ويقولون أن هذا الحديث يدل على أن الطلاق بدون شهود عمل يخالف السنة، وكل عمل يخالف السنة مردود.¹

ثالثا: المأثور عن آل البيت والصحابة

1. روى أبو داود في سننه عن عمران بن حصين رضي الله عنه أنه قال عن الرجل الذي يطلق إمرأته ثم يرجعها دون أن يشهد على طلاقها ورجعتها "طلقت لغير سنة أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد."²

2. روى البيهقي في سننه عن ابن سيرين أن عمران بن الحصين رضي الله عنه، سئل عن رجل طلق وراجع ولم يشهد فقال: بئس ما صنع؛ طلق بدعة؛ وراجع لغير سنة؛ فليشهد على طلاقه وعلى لمراجعته، وليستغفر الله، فإن صار ذلك من عمران رضي الله عنه تهويل فيه وأمره للرجل بالاستغفار يعني أنه اعتبر الأمر معصية وان الإشهاد على الطلاق واجب.³

3. أخرج السيوطي في الدر المنثور عن عبد الرزاق وعبد بن حميد عن عطاء أنه قال: " النكاح بالشهود والطلاق بالشهود والمراجعة بالشهود" وروى ابن كثير في تفسيره عن ابن جريح أن عطاء كان يقول في قوله تعالى: "واشهدوا ذوي عدل منكم" أنه لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا إرجاع إلا شاهدا عدل كما قال الله عز وجل إلا من عذر فقله لا يجوز يدل على وجوب الإشهاد.⁴

¹ صحيح البخاري، كتاب الصلح، الجزء الثالث، ص 540.

² لسيد سابق، فقه السنة، مرجع سبق ذكره، ص 166.

³ نفس المرجع، ص 167.

⁴ لسيد سابق، فقه السنة، مرجع سبق ذكره، ص 167.

رابعاً: القياس

يرى أصحاب هذا الاتجاه في قياس الطلاق على الزواج حجة استدلوا بها على صحة ما ذهبوا إليه، إذ يقولون أن الزواج لا يصح إلا بالإشهاد فكذلك الطلاق لا يصح إلا بالإشهاد، كما يقولون أن اشتراط الإشهاد على الطلاق يظهر التماسق بين إنشاء الزواج وإنهائه، فكلما كانت الشهادة شرطاً في إنشاء الزواج تكون شرطاً في إنهائه.¹

خامساً: المعقول: والذي يتحقق من وجهين

1. أن الذين لم يقولوا بوجوب الإشهاد على الطلاق يقولون بوجوب الإشهاد على كتاب الطلاق، إذ يقولون أن الزوج إذا كتب بالطلاق لزوجته في بلد آخر فلا يقبل منه الطلاق إلا بوجود شاهدين على الكتاب وفي ذلك يقول ابن قدامة في كتابه المغني: "ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه".²

2. إن في اشتراط الإشهاد على الطلاق تضيق لدائرته في حدود الشرع الذي حرص على أن يكون الطلاق علاجاً حيث لا علاج سواه، وليس في اشتراطه تضيق على إرادة الزوج لأنه حر في التعبير عن إرادته ضمن حدود الشرع، إلا أن الإشهاد يؤخر الطلاق ويكون عائقاً أمام المتسرع من الرجال حتى يتبين له الرشد والصواب لأن الشاهدين لا بد أن ينصحا له لتثنيه عن إيقاع الطلاق بإزالة الغضب الذي في نفسه.³

فكما أشهد الزوج على الطلاق فعليه أيضاً أن يشهد على الرجعة فليس الطلاق بأهم من الرجعة في الآثار المترتبة عليهما، وقول الله تعالى في الآية قبلها: "وأحصوا العدة" ولم يقل "أحصين العدة" دليل على أن للشهود دوراً في إحصاء هذه العدة، وأن المرأة في عدتها ما زالت زوجاً لزوجها أمام المجتمع.

¹ يدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة 03، 1966 دار المعارف، 1966، ص 295.

² ابن قدامة، المغني، الجزء 08، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون سنة طبع، ص 415.

³ عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، 1983، ص 482.

أما ما قاله فقهاء أهل السنة [مخالفين بذلك الشيعة] واختلفوا فيه في عدم اشتراط الإشهاد في الطلاق أو في الرجعة فلا تقوم به حجة، لقد هدموا كيان أسر لا حصر لها بهذه الاجتهادات المذهبية التي لا تقوم على رؤية قرآنية.

المطلب الثاني: موقف القانون والقضاء من أحكام الشكلية في الطلاق

الفرع الأول: موقف القانون من اثبات الطلاق العرفي

إن بعض الاحكام القانونية المستمدة من احكام الشريعة الاسلامية تكون ذات خصوصية في معالجة الامور المتعلقة بها وبما ان المشرع الجزائري قد جعل من الشريعة الاسلامية مصدر من مصادر القاعدة القانونية في الاحوال الشخصية على وفق ما ورد بنص المادة 222 من قانون الإدارة الجزائري لذلك فإن بعض التطبيقات العملية لأحكام الشريعة الاسلامية في الحياة اليومية ومنها ما يتعلق بتصديق واقعة الطلاق الخارجي الذي يقع خارج المحكمة فإن هذا الاطلاق متى توفر على شروطه الشرعية والقانونية فإنه يترتب آثاره الشرعية والقانونية سواء ان كان الطلاق قد وقع امام المحكمة او خارجها.

ولكل انواعه الخلعي أو الرجعي أو البائن بينونة صغرى او كبرى، ولم يؤثر على صحة الطلاق الواقع الخارج المحكمة عدم وقوعه امام المحكمة، لأن ما ورد بنص المادة هو اثباته بحكم غير أن المادة يعاب عليها انها لم تقيد وقت وقوع الطلاق ووقت تسجيله كان من المفروض أن ينص المشرع على ان يثبت الطلاق بحكم على ان ترفع دعوى طلاق من تاريخ نطق باللفظ بالطلاق وقبل فوات العدة، ويكون ذلك برفع الدعوى اثبات او الاشهاد أو المصادقة على الطلاق العرفي اما محكمة الاختصاص لتبحث في مدى توافر شروطه الشرعية والقانونية ومن ثم تصدر قرارها إما بتصديق الطلاق بالأشهاد على الطلاق العرفي أو رفض دعوى الاشهاد ويكون الطلاق غير معتبر ولا يترتب أي اثر شرعي أو قانوني عندما لا يتوفر على الشروط الشرعية والقانونية، فالفقه الجعفري يشترط لصحة الطلاق ان يكون حاضر في مجلس الطلاق شاهدين يسمعون صيغة الطلاق وان يكون هؤلاء الشهود مجتمعين في وقت واحد في

مجلس الطلاق ولا يجوز تجزئة وجودهم بمعنى ان يتلفظ بالصيغة أمام شاهد واحد وبعد حين يعيد التلفظ أمام شاهد آخر دون حضور الشاهد الاول فهذا الطلاق غير صحيح ولا يقع ولا يترتب أي اثر يكون بحكم عدم، لذا ومن خلال ما لمسناه في دعاوى تصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة أن البعض لا يسعى الى تحقق من توفر شرط حضور الشاهدين في مجلس الطلاق وقت وقوعه.

ويكتفي بالمصادقة بين الطرفين على وقوعه، أو يستغني عنهم بشهود آخرين يؤيدون وقوع الطلاق وهم لم يكونوا من شهود مجلس الطلاق إذ يتصور البعض أن هؤلاء الشهود هم شهود لإثبات واقعة الطلاق وهذا تصور خاطئ لان هؤلاء الشهود شهود صحة الطلاق وانهم ركن من اركان صحة الطلاق وليسوا بشهود إثبات واقعة الطلاق.

فالمحكمة تتأكد من تحقق منهم عن صحة واقعة الطلاق بحضورهم لمجلس الطلاق وقت وقوعه وسماعهم للفظ الطلاق، ولا تتعلق شهادتهم بإثبات دفع او واقعة، وانما باعتبارهم ركن من اركان صحة الطلاق ويختلف مركزهم القانوني عن شهود الاثبات الذين تنصب شهادتهم على إخبار المحكمة بحق غيرهم على غيرهم ويستعين بهم أحد طرفي الدعوى لإثبات دعواه أو دفعه في حالة ثبوت عدم وجود شهود مجلس الطلاق فإن الدعوى ترد لان الطلاق غير صحيح وغير متوفر على الشروط الشرعية لصحته، بينما في شهود الاثبات إذا عجز أحد الخصوم عن إحضارهم فالمحكمة تعتبره عاجزا عن الاثبات وتمنحه حق تحليف الطرف الاخر من الخصوم اليمين الحاسمة.¹

ومن محاسن ضرورة الاشهاد على الطلاق من اتباع الخطوات الصحيحة في إيقاعه والمتمثلة في طهر المرأة هو إعطاء فرصة للزوج لإعادة التفكير فإن بقي مصمما رغم حضور الشاهدين ومرور الوقت الزمني فإن طلاقه يكون قائما على أسباب قوية وليست عرضية وهذا

¹ القاضي سالم روضان الموسوي، قاضي وباحث في الشؤون القانونية والقضائية، الموقع الالكتروني: www.eastlaws.com، تاريخ الاطلاع 2020/03/05.

هو الطلاق المقصود في الشريعة الاسلامية، فموقف القانون الجزائري حول اثبات والاشهاد على الطلاق العرفي يتخبط بين تناقضات المادة 48 و222 فـقانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المعدل بالأمر رقم 05-02 وخاصة المادة 49 منه، مجد أن المشرع الجزائري ألزم ليكون الطلاق واقعا وموجودا من الناحية القانونية لا بد من استيفاء إجرائيين هامين:

1. إجراء محاولة الصلح الذي يجريه القاضي خلال مدة 06 أشهر من تاريخ رفع الدعوى.
2. اصدار الحكم بالطلاق فلا يكون الطلاق موجودا كما لا يمكن إثباته إلا بحكم قضائي ينص على ان فلان طلق فلانة.

وبالرغم من ذلك فقد سكت المشرع الجزائري على مسألة الاشهاد على الطلاق وبالرجوع الى الفقه المالكي المعتمد في جميع القطر الجزائري نجد انه لا يوجد الاشهاد على الطلاق بل يحمله على الاستحباب، إلا أنه فرض على القاضي قبل الحكم بالطلاق أن يتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق حسب نص المادة 450 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، ولا يخفى ان الزوج الذي يقدم شاهدين على طلاقه فقد أكد نيته في الطلاق بما لا يدع مجالا للشك.¹

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

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

¹ محمد سعد عيسوس، الاشهاد على الطلاق في التشريع الجزائري بتاريخ 20.04.2013، مقال على الموقع الإلكتروني: www.sadaissousm.wordpress.com

² محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996، ص 183.

فإذا أقر الشخص بحق لزمه، ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة وذلك لتصور ولاية المقر وعدم امتدادها إلى غيره، فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق وأقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار ويثبت الطلاق؛ والإقرار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاء لا ديانة.¹

هذا إذا أقر بطلاق سابق؛ أما إذا نوى إنشاء طلاق جديد فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتل الإنشاء.²

وينبغي الاعتداد بتاريخ الاسناد واتخاذها بدءا للطلاق ولكن قد يطرح السؤال: ما هو الحكم في حالة الإكراه على الإقرار بالطلاق؟

هنا لا يقع الطلاق في حالة تتوافر البينة الشرعية على وقوع الإكراه.³

وقد نص المشرع الجزائري على الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات الالتزام في المادة 341 ق.م بقوله أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

كما نصت المادة 01/3412 من ق.م على أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ويتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري يأخذ فقط صورة الإقرار القضائي دون أن يتطرق للإقرار غير القضائي "وهو الإقرار الذي يقع خارج ساحة المحاكم أو يقع أمام القاضي من غير دعوى بالواقعة المقر بها" وعليه فإن الإقرار القضائي متى صدر مستوفيا لشروطه أصبح حجة قاطعة على صاحبه ويجب على القاضي أن يأخذ به وعدم إجراء أي بحث في موضوعه

¹ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، مرجع سبق ذكره، ص 184.

² نفس المرجع، ص 185.

³ مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المجنية والتجارية، جمعية عمال المطابع القانونية، عمان، 1994، ص 192.

بعد حصوله، وهذه القطعية في الإثبات لا تغني المقر عن إثبات صدوره منه عن غلط أو تدليس أو إكراه.¹

2. البيئـة: البيئـة حجة متعدية، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار، ونصاب البيئـة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا تجوز الشهادة بالتسامع في الطلاق لأن الشهادة بالتسامع إنما أجازت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج وتعطيل الأحكام، وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل.²

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

واليمين طريق غير عادي للإثبات يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص.³

الفرع الثاني: موقف القضاء من اثبات الطلاق العرفي

في حقيقة الأمر ان المشرع الجزائري لم ينص صراحة او بالأحرى اغفل عن مسألة إثبات الطلاق العرفي حتى يضع له طرقا للإثبات، ومع ذلك فإن اتجاه القضاء الجزائري ذهب إلى إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال بالبيئـة وذلك بإجراء تحقيق في الموضوع بسماع الشهود وينم ذلك حتى في حالة إقرار الزوج وتصديقه من الزوجة، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر الإقرار هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق ومع ذلك يتم سماع الشهود

¹ مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المجنية والتجارية، مرجع سبق ذكره، ص 227.

² قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 2001-2004، ص 22.

³ مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، ص 227.

لتأكيد الواقعة أكثر، ولا نجد في القضاء الجزائري ما يفيد إثبات الطلاق العرفي باليمين إلا أنه من الناحية العملية لا يوجد ما يمنع ذلك.

وتأكيدا لهذا المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا بالقرار المحكمة العليا رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03 م.ق 1989 ما يلي: من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطبيق فهو حق 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 يجرؤ تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق ما 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

كما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 60949 خر أنه يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود لم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحته ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض والنقص في محتواها.²

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن اعتراف المحكمة العليا في قرارها رقم 38105 بالطلاق العرفي لم يتجسد فقط في قراراتها القديمة بل إنه موقفها حتى في قراراتها الحديثة ويتضح ذلك بصفة خاصة من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1999/02/16 والذي جاء في المبدأ الثاني منه أنه من "المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء.

¹ المجلة القضائية، 1984، العدد 04، قرار المحكمة العليا رقم 35026، بتاريخ 1984/12/02، ص 86.

² المجلة القضائية، 1989، العدد 01، قرار المحكمة العليا رقم 38105، 1984، ص 98.

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

رغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي، ونجد أن كلا من محكمة البويرة وكذا محكمة الجلفة تعلمان على إثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في 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 99/19 الصادر بتاريخ 1999/01/30 والذي صدر إثر استئناف حكم قضى بالإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين خلال شهر أوت 1996 وإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ 40.000 دج عن الطلاق التعسفي ومبلغ 10.000 دج نفقة عدة ومبلغ 1000 دج نفقة لإهمال الابن تسري من تاريخ 1998/06/01 إلى غاية النطق بالحكم وإسناد حضانة الابن لأمه.

وقد كان قرار المجلس بتأييد الحكم مبدئيا مع تعديله بحذف مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي، وتجدر الملاحظة أن حذف التعويض لم يكن لعدم جوازه بل لكون أن الزوجة قد اعترفت بوجود اتفاق بينها وبين الزوج على الطلاق، وبالتالي فقد أسسوا قرارهم على أساس المادة 442 وما بعدها من القانون المدني واعتبروا أن الصلح ينهي النزاع.

إن الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى بنا إلى مشاكل جمة وعويصة فالمشرع اقر بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق العرفي.

المطلب الثالث: الآثار القانونية لعدم التمسك بتثبيت الطلاق

ومن أهم الآثار القانونية التي تثير إشكال كبير بين التشريع والواقع هي العدة واحتسابها يكون من تاريخ استصدار حكم التثبيت ام من تاريخ النطق بالحكم فالحكم هنا كاشف أم منشئ

أولاً: احتساب العدة

تثار إشكالية احتساب العدة عند إثبات الطلاق العرفي لأن القواعد العامة تقتضي أن تعدد المطلقة من تاريخ نطق بصيغة الطلاق، وبالرجوع الى احكام قانون الأسرة الجزائري نجد ان ينص على تاريخ التصريح بالطلاق، إلا أن هذا النص المقصود به هو الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء وليس مسألة الطلاق العرفي، ومن ثمة لا يمكن اعتبار أن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق في هذه الحالة الأخيرة، وإنما ينبغي على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة.

ثانياً: نفقة العدة

يثار الاشكال في نفقة العدة، إذ درج القضاء الجزائري على منح الزوجة نفقة العدة إذا ما طالبت بها وأمكن إثباتها وهذا ما يتفق مع القواعد العامة للقانون وطالما كان الأمر كذلك فمن حق الزوجة المطالبة بها في أي وقت شاءت متى تمكنت من إثبات عدم أدائها، ومن خلال تفحصنا للمواد الخاصة بالطلاق نجد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لا يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك ولم ينظم هذه المسألة وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي والذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي استناداً إلى الشريعة الإسلامية والتي ورد النص بالإحالة عليها.

أما الآثار الناتجة عن فك الرابطة الزوجية بأنواعها لا يوجد فيها اشكال يثار الام اسبق ذكره فالآثار الاطلاق العرفي هي نفسها اثار الطلاق الرسمي من حضانة ومسكن ممارسة الحضانة وحق الزيارة.

ثالثا: اختلاط الأنساب

يثور إشكال في اختلاط الانساب، في حالة الطلاق من زواج العرفي، وزواج المطلقة من زوج آخر دون بعقد جديد فمن الممكن ان تنسب اولادها الجدد الى طليقها الاول وهناك قضية بهذا الشكل على مستوى محكمة الجلفة بين (ب.خ) و(ب.م) حيث تزوجا بعقد عرفي وأنجبا أولاد وطلاقها عرفيا وسافر إلى فرنسا وبعد مضي 20 سنة وعودته الى الجزائر، وعند استخراجها للشهادة العائلية تفاجئ بتثبيت عقد زواجه من قبل طليقته عرفيا، بوجود بنت (ب.أ) منسوبة اليه وهي طفلة غير شرعية من ابنه ونسبت اليه وقامت مطلقة عرفيا بتهريب البنت إلى فرنسا.

المبحث الثاني: إجراءات إثبات الطلاق العرفي

تطرقنا في المبحث السابق الى الناحية القانونية لإثبات الطلاق العرفي، ورأينا ان نص المادة 49 من قانون الاسرة واضح وصريح بحيث لا يثبت الطلاق الا بحكم، فطبيعة هذا الحكم انشائية يدخل في إطار الوظيفة الولائية للقاضي رغم صدوره في الشكل حكم قضائي، يعبر عن ارادة الافراد ويزيح عنهم العقبة اعقبة القانونية، ووصلنا الى نتيجة تمثلت في ان الطلاق هو حق ارادي للزوج مقيد بالشكل القانوني في ممارسته، وجل المحاكم عبر القطر الوطني مجبر على تثبيت الطلاق العرفي وما هو معمول به على ارضية الواقع المعاش وباتر رجعي متمسكين بنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري فكيف يتم الاشهاد واثبات الطلاق العرفية وهل دعوى تثبيت الطلاق العرفي هي نفسها دعاوى الطلاق الاخرى أم تختلف عنها.

المطلب الأول: إجراءات دعوى اثبات الطلاق العرفي

تخضع دعوى الطلاق مهما كان نوعها الى اجراءات خاصة مأخوذة من القواعد العامة المنصوص عليها بقانون الاجراءات المدنية والادارية بقسم خاص بالإضافة الى ما نص عليه قانون الاسرة الجزائري وتتم هذه الإجراءات وفق ما يلي:

1. ترفع دعوى الطلاق الرامية الى تثبيت الطلاق العرفي القائم خارج المحكمة بتقديم عريضة مراعيًا فيها للأوضاع القانونية والشكلية المنصوص عليها بقانون الاجراءات المدنية والادارية وتكون مؤسسًا موضوعًا بموجب نصوص قانونية من قانون الاسرة الجزائري، بالإضافة إلى مراعاة الاختصاص الاقليمي والنوعي، بحيث ترفع الدعوى اثبات الطلاق العرفي أما محكمة مختصة، ليأتي دور القاضي في استكمال باقي الاجراءات وفقا لما يلي:

أ. دور القاضي في تثبيت الطلاق العرفي:

- عادة ترفع دعوى الطلاق من قبل الزوج، غير انه في دعوى الطلاق العرفي ترفع دعوى من صاحب المصلحة قد يكون الزوج او الزوجة او الورثة.
- يراعي القاضي توافر الشروط الشكلية المنصوص عليها بقانون الاجراءات المدنية والادارية بنص المادة 13 منه والتي تخص توافر الصفة والمصلحة واهلية.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يجوز لشخص التقاضي مالم تكن له الصفة، مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون ومن خلاله هاته المادة نحلل شروط الواجب توافرها في طالبي الطلاق.

ب. الأهلية: فإن القانون المدني يعرفها بأنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات والأهلية في الاصطلاح القانوني على نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء.¹

¹ الغوثي بن طلحة، القانون الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص 243.

والمقصود بالأهلية في مجال الخصومات الزوجية هو أهلية التقاضي في موضوع نزاعهما وبالغا لسن الرشد المدني 19 سنة من العمر كاملة وفقا لما نصت عليه المادة 40 ق.م متمتا أيضا بقواه العقلية وألا يكون محجورا عليه لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل دعوى من أو على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني، هذا بتطبيق القواعد العامة إلا أن مسألة الطلاق في حد ذاتها لها خصوصيتها إذ أنها حق شخصي للزوج وأن الحجر يقع على ممارسة الحقوق المالية فقط لذلك فإنه في الشرع الإسلامي يجوز للزوج المحجور عليه طلاق زوجته، ومن ثمة وطالما لم يتعرض قانون الأسرة لهذه المسألة فلا مانع من تبني ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال، وتبقى مسألة اللجوء إلى القضاء مسألة إجرائية.¹

والأمر نفسه فيما يخص طلاق المريض مرض الموت مما يجعلنا نعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال ولاسيما ما يتعلق منها بصحة الطلاق وإمكانية التوارث بين الزوجين إذا حدثت الوفاة خلال أو إثر مرض الموت.

لقد أجمع الفقهاء على صحة الطلاق الواقع في مرض الموت وعلى التوارث أثناء عدة الطلاق الرجعي واختلفوا على مدة وزمان إمكانية التوارث أثناء عدة الطلاق البائن.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد اكتفى بالنص في المادة 132 منه على انه: إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث، دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي وعدة الطلاق البائن.

وخلاصة القول أن حكم الطلاق في مرض الموت هو طلاق صحيح شرعي وقانونا ولا يجوز الطعن فيه أو الادعاء ببطلانه وأن حق التوارث يبقى قائما لصالح الزوجين إذا مات أحدهما أثناء عدة الطلاق الرجعي، ويبقى قائما لصالح الزوجة المطلقة وحدها إذا مات مطلقها أثناء عدة الطلاق البائن أو بعدها كلما ثبت أن الزوج قد طلقها في مرض الموت بقصد

¹ قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سبق ذكره، ص 28.

حرمانها من حقها في التركة وهذا ما يسمى عند الفقهاء بطلاق الفرار الذي يستوجب معاملة المطلق بنقيض قصده.¹

وبما أن الطلاق هو من حقوق الزوج فإنه يجوز له توكيل غيره في إيقاعه وينصرف هذا الأثر إلى الزوج، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها إذ جاء فيه أنه من المقرر قانونا أن الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا خر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه وأن الوكالة الخاصة الرسمية تصح للمرافعة أمام القضاء.

ومن المقرر أيضا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية.

ومن ثمة يتعين القول أن الزوج الذي وكل والده نيابة عنه في إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق موضوع النزاع الحالي بناء على وكالة رسمية والتي تحدث أثارها القانونية عكس ما ذهبت إليه الطاعنة بالقول لا تصح الوكالة في مثل هذه الحالات، إلا أن ما يؤخذ على قضاة الاستئناف عدم قبول الاستئناف شكلا من دون مراعاة أحكام المادة 102 ق.إ.م بدعوى أن الطلاق نهائي وكان المفروض النظر في مسألة الاستئناف وبعد قبوله ينظر في موضوع الطلاق ويحكم بعدم الاختصاص لكون الحكم صدر نهائيا.²

فإن المعمول به في حالة نقصان الأهلية هو رفع الدعوى من ولي الزوج ناقص الأهلية أو ضده، وفي حالة المنازعة في الأهلية فإنه يعود الأمر للقاضي لتقدير نقص الأهلية من عدمه وذلك بتعيين خبير مختص لإجراء خبرة حول المسألة.

وعليه فإن الزوج القاصر متى تزوج أصبح أهلا لأن يرفع دعوى الطلاق أو أن ترفع ضده، في حين المشرع الجزائري سكت عن هذه المسألة والسكوت معناه الإحالة على القواعد العامة، ومع ذلك نجد المادة 334 من قانون العقوبات الجزائري تنص على ما يلي: "... ولو تجاوز السادسة عشر من عمره ولم يصبح بعد راشدا" وعليه إذا أخذنا بلفظية النص يمكن القول أن

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر، 1996، ص 10.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 10.

المشعر الجزائري يأخذ ضمناً بفكرة الترشيد إلا أن الراجح أن المسألة لا تعدوا إلا أن تكون مجرد خطأ مطبعي أو سهو عندما تم الاقتباس من القانون الفرنسي.

والرأي عندنا هو أنه ينبغي على المشعر أن يتدخل لتقنين هذه المسألة ذلك أن مسألة كون الرجل أو المرأة يتحمل أعباء أسرة بأكملها وفي الوقت نفسه لا يملك أن يباشر حقوقه الإجرائية من رفع الدعاوى والدفاع عن نفسه بنفسه في حالة رفعها ضده تنطوي على نوع من التناقض. وعليه يعتبر الأهلية شرط من شروط صحة المطالبة القضائية وليس لقبول الدعوى ذلك أن تخلفها يترتب عليه دفع شكلي في حين أن تخلف شروط قبول الدعوى يترتب عليها دفع بعدم القبول.¹

ج. **الصفة:** فإن المقصود بها هو أن يكون صاحب الحق حل اعتداء هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من أجل تقرير هذا الحق أو حمايته.²

وعليه فإن الصفة هي الوصف الذي يسحب على الأطراف فإذا رفعت الدعوى على غير ذي صفة يحكم بعدم قبول الدعوى، والمفروض أن الصفة تثبت لكل شخص تم الاعتداء على حقه غير أنه قد يوجد هذا الشخص في استحالة مادية أو قانونية تمنعه من استعمال حقه في الدعوى أمام القضاء ولذلك تباشر هذه الدعوى بواسطة ممثله القانوني، في هذه الحالة تثبت للممثل القانوني ما يعرف بالصفة الإجرائية.³

ونجد انه في حالة تخلف الصفة الإجرائية يترتب عليها بطلان الإجراءات كما أن زوال الصفة في الدعوى يؤدي إلى انقضائها في حين أن زوال الصفة الإجرائية يؤدي إلى انقطاعها.⁴

¹ زوده عمر، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية لمقابلة على طلبه القضاء، الدفعة 12، السنة 2001-2002.

² الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 236.

³ قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سبق ذكره، ص 30.

⁴ نفس المرجع، ص 30.

والصفة في دعاوى إثبات الطلاق معناها أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعواه ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة، بمعنى انه يجب لتحقيق هذا الشرط أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها أو أحد ممثليهما قانوناً¹.

وتثبت الصفة في الدعوى بتقديم الزوج طالب الطلاق نسخة من عقد الزواج وفي هذا الصدد نص القانون 63-224 الصادر في 1963/06/29 والخاص بتحديد سن الزواج قد نص في المادة 05 منه على أنه: لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج وأن يطالب بما يترتب على الزواج من ثار مالم يقدم عقد زواج محرر ومسجل في سجلات الحالة المدنية.²

أما في دعوى اثبات الطلاق العرفي فإنه طالما أن هذه الدعوى قد فرضت نفسها في الواقع فإنه يجب التطرق لها وعليه فالصفة تثبت لكل من الزوجين ولورثتهما في حالة الوفاة مع العلم انه في حالة كون أحد الزوجين قاصراً فإنه يملك الصفة الموضوعية دون الصفة الإجرائية.

د. المصلحة: فانه بالنسبة للزوج أو الزوجة أو الورثة في حالة الطلاق العرفي فانه من مصلحتهم إثبات وقوع الطلاق، وتظهر هذه المصلحة بصفة خاصة في دعاوى إثبات الطلاق العرفي وخاصة حالة إعادة الزوجة الزواج أو تزوج الزوج بأخت الزوجة أو برابعة، أما بالنسبة للورثة فإن مصلحتهم تتمثل في ثبوت الميراث من عدمه.

ب. وثيقة رفع الدعوى إلى المحكمة: ترفع دعوى الطلاق أمام المحكمة وفقاً للطرق المنصوص عليها بالمادة 15 من ق.إ.م وا ذلك إما بإيداع عريضة افتتاحية مكتوبة ومؤرخة وموقعة من المدعي أو من محاميه لدى مكتب الضبط بالمحكمة.³

ومن تحليل هذه المادة يتضح لنا أنه هناك طريقة لرفع الدعوى أمام المحكمة وهما:

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 268.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 227.

³ نفس المرجع، ص 327.

• طريقة تقديم عريضة مكتوبة حيث يقوم المدعي بتقديم عريضته مؤرخة وموقعة على نسختين إلى أمانة ضبط المحكمة ولا يطلب منه القانون أن يبين الأسباب التي دفعته إلى الطلاق لأن الأمر يتعلق باستعمال الحق الإرادي، وتعتبر العريضة أحد العناصر الشكلية لممارسته، ويجب أن يشير فيها إلى اسمه ولقبه وعنوانه وجنسيته، وإلى اسم لقب وعنوان وجنسية زوجته، وتقديم عريضة مكتوبة على نسختين تتضمن كافة الشروط وتكون مرفقة بعقد الزواج وبيان عائلي ثم يدفع المدعي أو ممثله الرسم القضائي.

بعد رفع الدعوى يقوم الكاتب بتسجيل القضية في السجل المخصص لذلك ويمنح لها رقما خاصا ويسلم للمدعي وصلا يحمل رقم القضية وتاريخ تسجيل الدعوى وتاريخ الجلسة الذي يجب أن يحضر فيه مرفقا بالتكليف بالحضور والذي يعد قرينة على علم المدعى عليه بالدعوى المرفوعة ضده، فإذا لم يحضر بذلك التاريخ قضى القاضي بشطب الدعوى طبقا للمواد 16 و 17 وما بعدها.

• كذلك يراعي القاضي الاختصاصيين الاقليمي والنوعي وقد خصص قسم خاص باب خاص بالإجراءات المتبعة في الاقسام والمحاكم المختصة وفصل للقسم شؤون الاسرة واجراءات التقاضي امامه واختصاص الاقليمي، ففي الاختصاص الاقليمي وبالرجوع الى نص المادة 426 من قانون الاجراءات المدنية والادارية نصت صراحة على ان دعاوى الطلاق ترفع امام الجهة القضائية التي يقع بها مسكن الزوجية، وبما ان للاختصاص المحلي ليس من النظام العام فيجوز ان ترفع الدعوى باي محكمة شاء شرط عدم دفع الخصم بعدم الاختصاص الاقليمي.

ح. دعوى إثبات الطلاق العرفي

ذكرنا فيما سبقان الطلاق العرفي هو الطلاق اللفظي الشرعي الواقع خارج المحاكم والذي يولد اثاره، سواء ان كان بشهادة الشهود او بدونه مادام الطلاق حق ارادي يملكه الزوج إذا فدعوى إثبات الطلاق العرفي هي دعوى وليدة القضاء ولا تستند إلى أية مرجعية قانونية وعليه

فهي تتميز بإجراءات خاصة نتجت عن العمل القضائي حيث يعقد القاضي أولاً جلسة الصلح ثم يقوم بإجراء تحقيق حول الواقعة المدعى بها وهذا ما سوف نتطرق إليه فيما يلي:

1. إجراء جلسة الصلح: بعد ان تسجل دعوى إثبات الطلاق يقوم القاضي باستدعاء الطرفين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط أو أثناء حضورهما الجلسة لتاريخ معين لإجراء الصلح أين يقوم بسماع كل منهما حول واقعة الطلاق المدعى بها والتأكد من إرادتهما فهنا نتساءل ما فائدة جلسة الصلح في مثل هاته الدعوى؟ وفي حالة انكار الزوج لطلاقه كيف يتصرف القاضي في غياب نص صريح يحتكم إليه؟

هنا يمكن القول أن القاضي إذا ما تأكد من وجود طلاق عرفي ومع إصرار الزوجين عليه لا يبقى أمامه إلا الحكم به في حين أنه إذا تصالحا فإن الصلح ينهي كل نزاع هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الصلح في حكم سحب الطلب القضائي ولا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلب منه، وعليه لا يبقى أمامه إلا الإشهاد بوقوع الصلح وتبقى مسألة وقوع الطلاق من عدمه بين الزوجين الذين من المفروض أن يكونا أحرص على دينهما من القاضي.¹

هذا من الناحية القانونية البحتة إلا أنه من الناحية الشرعية فإن المسألة محل نظر ذلك أنه يتم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي الواقع في زمن ماض وعليه فمن غير المنطقي أن يصرح القاضي بالصلح في مسألة مع علمه علم اليقين أن الزوجة قد بانّت من زوجها وأصبحت أجنبية عنه وبالتالي لا مبرر لإجراء جلسة الصلح في دعاوى إثبات الطلاق العرفي.

2. إجراء التحقيق في واقعة الطلاق العرفي: لم ينص قانون الأسرة على هذا الإجراء في دعوى الطلاق لكونه لا يعترف بوقوع الطلاق أصلاً خارج ساحة القضاء إلا أنه ومع ذلك فإن المحاكم تعمل به وهذا ما لاحظناه في كل من أغلب محاكم القطر الجزائري، التحقيق يكون بصفة تلقائياً من قبل القاضي دون الحاجة إلى طلبه من الخصوم ويكون ذلك وفقاً لقواعد

¹ قسنطيني حدة، بعنوان إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سبق ذكره، ص 36.

قانون الإجراءات المدنية والادارية تحديدا وقد خصص فصل الإجراءات التحقيق حددت مواده من 75 إلى 81 منه.

فأما الأمر الكتابي فهو عبارة عن حكم تحضيرى بإجراء التحقيق وفي هذه الحالة يجب أن يبين فيه القاضي الوقائع المراد التحقيق فيها ويوم وساعة الجلسة المحددة لإجرائه، وبصدور هذا الحكم يتعين على من له مصلحة استخراج نسخة منه وتبليغها للخصوم الآخرين مع إحضار شهوده بالتاريخ الذي يحدده القاضي.

وأما الأمر الشفوي وهو المعمول به عادة فإن القاضي يحدد تاريخ جلسة إجراء التحقيق ويبلغ الأطراف به بالجلسة ويتعين عليهم إحضار شهودهم بذلك التاريخ.

بعدها يقوم القاضي بالتحقيق بالتاريخ المحدد بموجب الأمر بالتحقيق وذلك بسماع شهود الإثبات أو النفي بعد أدائهم اليمين القانونية، ويتم سماع الشهود وفقا للقواعد العامة وذلك بأن تسمع شهادة كل واحد منهم على انفراد بعد تذكيره باسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه ويؤدي اليمين بأن يقول الحق وإلا كانت شهادته باطلة في حين أن القصر يتم سماعهم على سبيل الاستدلال ودون تحليفهم اليمين، كما يجوز إعادة سماع الشهود ومواجهتهم بعضهم ببعض، ويجوز سماع شهادة جميع أقارب الزوجين في دعاوى الطلاق ما عدا الأبناء، ويؤدي الشاهد بشهادته دون أن تتم مقاطعته من أحد ثم تتلى عليه أقواله ويقوم بالتوقيع عليها أو ينوه على أنه لا يحسن التوقيع أو أنه امتنع عن ذلك.¹

ويقوم أمين الضبط بتدوين أقوال الشهود في محضره فيما يخص الدعاوى التي لا يجوز استئنافها، أما الدعاوى الجائز استئنافها فيحرر محضرا خاصا بأقوال الشهود ثم يرفقه بعد التوقيع عليه من القاضي بالنسخة الأصلية للحكم، ويجب أن يتضمن بيان يوم وساعة التحقيق وحضور الخصوم وغيابهم واسم كل شاهد ولقبه ومهنته وموطنه وبيان أداء اليمين ويثبت فيه أقوال الشهود ويشار إلى تلاوتها عليهم، وهنا يجوز للقاضي أن يصدر حكمه فور إجراء

¹ قسطنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سبق ذكره، ص 37.

التحقيق كما له أن يؤجل الدعوى إلى جلسة مقبلة وفي هذه الحالة الأخيرة يصرح للأطراف بالاطلاع على التحقيق قبل المناداة على القضية من جديد في الجلسة المحددة.¹

وتختلف طريقة إجراء التحقيق باختلاف موقف الزوجين من الطلاق وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين ثلاث حالات:

أ. حالة اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق: هذه المسألة لا تطرح إشكالا لكونها لا تنطوي أصلا على نزاع، وهنا يقوم القاضي بسماع الشهود فقط لتأكيد الواقعة وتحديدًا لتأكيد التاريخ والمكان الذي وقعت به.

ب. حالة إنكار أحد الزوجين: في حالة ادعاء الزوجة وقوع الطلاق العرفي وانكاره من طرف الزوج فإن القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة لكون أن المسألة تتضمن اعتداء على أحد أهم حقوق الزوج ألا وهو حقه في طلاق زوجته ولكون أن القاضي سوف يحل محله في القول بوقوع الطلاق من عدمه خاصة وأن العصمة بيد الزوج، وقد اتجهت التطبيقات القضائية بمحاكم القطر الجزائري إلى الأخذ بشهادة الشهود في إثبات الطلاق حتى في حالة إنكاره من طرف الزوج وهو الأمر الذي يتجسد من خلال الحكم رقم 2001/75 الصادر بتاريخ 2001/02/10 والذي قضى في الشكل بقبول المعارضة وفي الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه والقضاء نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين مع الأمر بالتأشير به على هامش عقدي ميلادهما وعقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية لدار الشيوخ.²

ج. التحقق في حالة وفاة أحد الزوجين: هنا تكون الدعوى إما مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفى أو من ورثة الزوج المتوفى ضد الزوج الباقي على قيد الحياة، ونظرا لخطورة هذه المسألة لتعلقها غالبا بأموال الميراث أين يكون القصد منها استبعاد

¹ قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سبق ذكره، ص 37.

² نفس المرجع، ص 38.

الزوج الباقي على قيد الحياة منه فإنه يتعين على القاضي التدقيق قدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي وذلك بصدر الحكم المثبت للطلاق العرفي.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحكم المثبت للطلاق

إن الحديث عن حكم الطلاق في التشريع الجزائري يقودونا للحديث قبلا على كيفية تحديد طبيعة الحكم بشكل عام وذلك على النحو التالي:

لقد اعطى القانون لكل نوع من انواع الاحكام القضائية طبيعة قانونية خاصة به تتحدد به مجموعة الاثار على طبيعة كل حكم من ذلك المسألة قبوله لطرق الطعن المقررة من عدم قبوله، هذا من جهة ومن جهة أخرى قرر المشرع على القاضي عنده نطقه بالحكم أن يحدد نوع الحكم وطبيعته، ولا يطرح أي اشكال إذا تطابق الوصف الذي ينطق به القاضي مع الوصف المقرر قانونا لكن الاشكال في حالت تعارض طبيعة الحكم الصادر عن المحكمة مع ما تحدده نصوص القانون؟

إن القانون سيد والقاضي أو المحكمة إنما تخضع للقانون فكل ما خالفت فيه المحكمة نص القانون الصريح لا يعتد بوصفها وذلك ان مهمة القانون تطبيق القانون وليس إنشاء قانون وتجدر الاشارة أن تحديد القاضي لطبيعة الحكم لا يعتد به طالما جاء مخالفا لنص القانون حيث أن طبيعة الحكم تتحدد طبقا لنصوص القانون وحدها ولا يؤخذ بتكييف المحكمة للحكم الذي تصدره¹، ويستنتج من هذا انه متى حددت المحكمة وصفا معيناً للحكم الصادر عنها وكان هذا الوصف مخالفا لنص القانون يكون هذا التحديد غير صحيح.

كما تلزم الاشارة الى ان مسألة تحديد طبيعة الحكم القضائي تنصب على منطوق الحكم ولا ينظر الى الاسباب المؤدية اليه.²

¹ أحمد أبو الوفاء، أصول المحاكمات المدنية، دار الجامعية، الطبعة 04، بيروت، 1989، ص 484.

² نصر سليمان وسعاد سطيحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة الإسلامية، دراسة مقارنة من قانون الأسرة، دار الهدى، عين ميلية، 2003، ص 77.

إن طبيعة الحكم تكمن في تأصيل المسألة فيما يعرف بالأعمال القضائية والاعمال الولائية للقاضي لكي نعرف اين يتم ادراج حكم اثبات الطلاق العرفي، بالإضافة الى طبيعة الحكم المثبت للطلاق يرجعنا الى البحث في انواع الاحكام القضائية التي تنقسم بدورها الى احكام تقريرية، احكام منشئة، أو الزامية مدام الطلاق هو حق إرادي مقرر لزوج لأحداث الأثر القانوني مدام يوافق القانون، فبمجرد وقوعه يحدث أثره القانوني.

فمن غير الغوص في خضم التعريف كل من العمليين القضائي والولائي نتطرق لهما بإيجاز من خلال معايير التفرقة بينهما الفرق بين العمل القضائي والعمل الولائي نفرق بينهما على اساس طبيعة العقبة التي تعترض الاشخاص للوصول إلى الأثر الذي يريدونه من وراء تعبيرهم على إرادتهم، فهذه العقبة إما أن تكون من وضع المشرع أي قانونية واما أن تكون ناجمة عن أي واقع أي مادية.

وعليه فالعمل القضائي تكون فيه العقبة مادية راجعة الى ما يحدث بين الاشخاص من نزاعات وتعارض عند ممارستهم لحقوقهم فعمل القاضي هنا يقوم على إزالة هذه العقبة المادية عن طريق الفصل النهائي فيها.

أما في العمل الولائي فنشاط القاضي ينصب على إزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع والتي تحد من إرادة الافراد استثناء عن القاعدة العامة التي تقول أن الارادة حرة في انشاء ما تريد من أثار قانونية، فالمشرع يتدخل هنا ليضع شرطا أو قيда على هذه الحرية فيما يسمى بالشكلية التي بدونها لا يحدث الاثر القانوني المراد إحداثه من قبل الاشخاص.¹

فطبيعة حكم الطلاق تتوقف على بيان طبيعة القيد الذي يحدد إرادة الزوج من إنشاء الأثر القانونين فإن الأصل في الطلاق أن يكون منجزا ومعجلا يقع فورا ويرتب أثاره مباشرة بمجرد

¹ عمر زودة، طبيعة الأحكام، مرجع سبق ذكره، ص 31.

التلفظ به، لكن يمكن ان يحول حائل دون وقوعه وهو القيد القانوني فرضه المشرع حيث لا يصح لإثبات الطلاق الا بتوفره وهو حكم القاضي.

فحسبما ورد في المادة 49 من الامر 02/05 "لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" حيث أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو بذلك قد نفى اعترافه بأي طلاق وقع قبل إجراء الصلح، ومن ثمة يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق وليس وسيلة لإثباته. وبالرغم من ان المشرع الجزائري أحسن لما أخضع الطلاق الى مراقبة القضاء مما يخول للقاضي سلطة الاشراف والتأكد من توافر الشروط التي يجب وجودها في المطلق خاصة مما يمنع سوء استغلال الزوج لحقه في الطلاق.¹

وكان أفضل على المشرع لو نص على وجوب الاشهاد على الطلاق صراحة، ويرى الاستاذ العربي بلحاج أن الحكم بالطلاق حكم نهائي غير قابل للطعن بالاستئناف، وذلك اعتمادا على أن الطلاق في الفقه الاسلامي لا يقبل أي تعديل أو مراجعة عندما يكون بإرادة الزوج المنفردة.² ويقرر عمر زودة أن العمل الولائي إنما يهدف إلى إعادة الفعالية لإرادة الشخص المقيد بوجود عقبة قانونية فكل عمل يهدف إلى إزالة العقبة التي وضعها المشرع نفسه هو عمل ولائي، فالحكم بالطلاق لا يواجه القاضي فيه عدم فعالية القاعدة القانونية وانما يواجه فيه عدم فعالية الإدارة لترتيب الاثر، فالقاضي لا يحل أي نزاع لان الطلاق يعتبر حقا للرجل يستطيع أن يستعمله كيف ما شاء وأراد دون أن ينشأ حق اعتراض للزوجة ذلك أن الزوج لا يعتدي على أحد عندما يستعمل حقه³، ومما ثبت أن حكم الطلاق ذو طبيعة ولائية رغم انه يصدر

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 231.

² عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، بدون سنة طبع، ص 203.

³ نفس المرجع، ص 203.

في شكل حكم قضائي أنه يتم الفصل فيه بأحكام غير قابلة لاستئناف، باعتبار الطابع الخاص الذي يكتسبه هذا الحكم.

وذلك أن المشرع الجزائري جعل لهذا الحكم طبيعة الانشاء لأنه ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين ويخلق وضعاً جديداً من تاريخ تصريح القاضي بالطلاق وليس من تاريخ تلفظ الزوج به أو تصريحه، وبالرجوع إلى ما قرره المحكمة العليا في هذا الشأن وبذات حول مسألة الطلاق العرفي وإثباته.

وباستقرائنا وجدنا أن قرارها تصب في مجموعة مبادئ في أن طبيعة حكم طلاق طبيعة خاصة فرغم أن له شكل الحكم القضائي من خلال إجراءات إصداره إلا أنه يقع صحيحاً بمجرد تعبير الزوج عن إرادته بالطلاق دون أن يكون للقاضي دور إيجابي وهذا ما يثبت أن الحكم الطلاق يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي وهذه الصفات التي يتميز بها حكم تثبيت الطلاق العرفي:

• إثبات واقعة الطلاق لا يكون إلا بحكم وقد قررنا أن صدور الحكم هو الشرط في وقوع الطلاق، حيث أنه من المقرر قانوناً لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي وحيث جاء في حيثيات القرار رقم 57812 المؤرخ 1989/12/25 أن الرابطة الزوجية لا تحل إلا بالطلاق الذي لا يكون إلا بحكم كما نصت عليه المادة 48 من نفس القانون،¹ وأكد هذا المبدأ القرار رقم 82143 والمؤرخ في 1992/05/12 ما نصه: إن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح طبقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.²

¹ المجلة الاقتصادية، 1991، العدد 03، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 71.

² نشرة القضاة، 1995، العدد 48، وزارة العدل مديرية البحث، ص 165.

3. مضمون الحكم بإثبات الطلاق:

يتضمن الحكم بالطلاق عادة شقين اثنين:

فأما الشق الأول فهو يتعلق بالطلاق ويصدر ابتدائيا نهائيا في حين نجد أن الشق الثاني يتعلق بالآثار المترتبة على الطلاق ويصدر ابتدائيا، وتجدر الإشارة إلى أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالزوجة المطلقة، ومن ثمة يتعين التمييز بينه وبين حق المتعة والذي يعد حقا معترفا به لكل مطلقة بغض النظر عما إذا كان قد لحق بها ضرر أم لا.¹

الملاحظ في الواقع العملي أن قضاة الأحوال الشخصية لا يبادرون إلى سؤال الزوجين فيما إذا سبق وأن وقع طلاق بينهما كما أنني لم أجد حكما واحدا يتضمن عدد الطلقات مع العلم أن القانون الجزائري يفرق بين الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى، وعليه وإذا قلنا أن الطلاق يثبت بحكم قضائي منشئ فما مدى صحة التطبيقات القضائية بشأن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي التي تطرقنا لها سابقا.

المطلب الثالث: الطعن في الحكم المثبت للطلاق وإجراءات تنفيذه

الفرع الأول: طرق الطعن في الحكم بالطلاق وتنفيذه

تنص المادة 57 من ق.أ على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، ونعلم أن الحكم بالطلاق وأن كان يصدر في شكل الحكم القضائي إلا أنه ذو طبيعة ولائية ومن ثمة فالمفروض أن يخضع لنظام خاص به ومفاده أن يكون الطعن فيه بموجب تظلم أمام القاضي مصدر الامر، ولعل نص المادة 57 من ق.أ قد سار في هذا الاتجاه عندما نص على عدم خضوع الحكم بالطلاق للاستئناف وفي ذلك تماشيا مع القواعد الشرعية إذ لا يعقل أن يستعمل الزوج حقه في الطلاق استنادا إلى كون العصمة في يده ثم يعطي الحق

¹ قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سبق ذكره، ص 12.

للزوجة في استئنافه، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن المادة 57 نصت على عدم القابلية للاستئناف ولم تنص على عدم القابلية للطعن بالنقض، وعلى صعيد آخر وبالعودة إلى الواقع العملي وتحديدا محكمة الجزائرية نجدها كما تثبت الطلاق العرفي بأثر رجعي.

أولاً: طرق الطعن في حكم الطلاق

بصفة عامة تنقسم طرق الطعن العادية وأخرى غير عادية والأصل أنه بالعودة إلى المادة 57 فإنه يستشف منها أن الطلاق لا يقبل إلا الطعن بالنقض إلا أننا ومع ذلك سوف نحاول تسليط الضوء على هذه الطرق ومطابقتها بأرض الواقع لنخلص في النهاية إلى النتيجة القانونية وهذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

أ. الاستئناف: الطعن بالاستئناف هو طريق عادي للطعن في الأحكام الصادرة ابتدائياً عن محاكم الدرجة الأولى ويرمي أساساً إلى إعادة الفصل في ذات القضية مرة ثانية وباعتباره طريقاً عادياً فإن المشرع لم يحدد أسباباً محددة لبناء الطعن على أساسها.¹

وبالرجوع إلى نص المادة 49 من ق.أ. نجدها تنص على أن الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإدارة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما هو وارد بنص المادتين 53 و54 من هذا القانون، وتنص المادة 57 منه على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، ومن هنا وجب التفرقة بين الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالطلاق بإدارة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين والأحكام الصادرة بالتطليق والتي لم تتضمنها المادة 57 من ق.أ. ومن ثمة تبقى خاضعة لإجراءات الطعن العادية إلا أنه كان ينبغي على المشرع أن يحسم الخلاف بالنص صراحة على ذلك، وإذا قلنا بأن أحكام الطلاق وفقاً للمادة 57 من ق.أ. غير قابلة للاستئناف فهل تنطبق هذه القاعدة على الأحكام الصادرة برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس؟²

¹ قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سبق ذكره، ص 41.

² نفس المرجع، ص 41.

مبدئياً نجد أن القضاء في هذا المجال انقسم إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ثمة هذا الاتجاه الذي يذهب إلى اعتبار الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس حكم ابتدائي قابل للاستئناف لكونه لم يصدر بالطلاق وحجتهم في ذلك أن المشرع عندما نص على عدم قابلية الحكم بالطلاق للاستئناف فإن ذلك مرده طبيعة الحكم في حد ذاته والأساس الشرعي الذي يستند عليه وهو العصمة الزوجية، في حين أن الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس هو حكم عادي يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين، ذلك أن جهة الاستئناف هي جهة مراقبة لشرعية أعمال قاضي الدرجة الأولى ومن ثمة وجب إعطاء فرصة للخصم لتدارك هذا الخطأ خاصة وأن الطلاق هو حق إرادي والمفروض ألا يثار مثل هذا الإشكال بخصوصه لأن الحكم به يكون مجرد تقديم الزوج لطلبه وفقاً للشكل المنصوص عليه قانوناً.

وقد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه إذ جاء في قرارها أنه من المستقر عليه أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق، ومن ثمة فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي برفض الدعوى وحكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين واعتبروه تعسفياً على مسؤولية المستأنف عليه طبقوا صحيح القانون، وهو ما يتناقض مع قواعد الاختصاص النوعي إذ أصبحت المحاكم منذ صدور قانون الأسرة هي المختصة نوعياً بدعاوى الطلاق دون غيرها وأصبح التقاضي بالنسبة لها يتم على درجة واحدة¹.

الدرجة الثانية: فيذهب إلى أنه في دعاوى الطلاق يجب أن يكون التقاضي على درجة واحدة حيث يصدر الحكم بالدرجة النهائية غير قابل للاستئناف ولكنه يقبل الطعن بالنقض طبقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 232 ق.إ.م وعليه إذا وقع الطعن بالاستئناف في

¹ عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال أحكام الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، 1999، ص 241.

الحكم الصادر في دعوى الطلاق سواء انتهت هذه الدعوى إلى نتيجة إيجابية أو سلبية فإنه يجب أن ينتهي هذا الاستئناف إلى عدم القبول.¹

وإذا فصل المجلس خلاف ذلك كأن يفصل بتأييد الحكم الصادر بالطلاق أو برفض دعوى الطلاق أو يفصل بالطلاق ووقع الطعن بالنقض في هذا القرار فيجب على المحكمة العليا أن تفصل ببطلان القرار المطعون فيه دون أن تحيل القضية من جديد أمام نفس الجهة التي أصدرته استنادا إلى أن المجلس ليست له ولاية الفصل في دعاوى الطلاق ولا تقبل سوى الطعون المرفوعة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية والفاصلة في دعاوى الطلاق. وعليه فإن الحكم بإثبات الطلاق العرفي يختلف عن الحكم بالطلاق ذلك أن القاضي في الحكم بالطلاق له دور سلبي فمتى رفع أمامه طلب الطلاق من الزوج وجب عليه أن يقضي به دون أن يكون له البحث في أسبابه، في حين أن الحكم بإثبات الطلاق العرفي يكون دور القاضي فيه إيجابيا إذ يبحث ويحقق في الواقعة ثم له أن يحكم بالطلاق في حالة اقتناعه كما له ألا يحكم به في حالة عدم ثبوت الواقعة المدعى بها، وعليه فالمفروض أن تطبق عليه القواعد العامة ليكون بالتالي خاضعا للاستئناف خاصة وأنه لا يؤسس على العصمة الزوجية وبالتالي تنتفي الحكمة من جعله يصدر نهائيا.

وبخصوص تطبيق المادة 75 من ق.أ فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: متى كان مقررا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية فإن قضاة المجلس في قضية الحال بالغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات.²

ب. المعارضة: تنص المادة 329 من ق.إ.م.وإ على أنه يجوز الطعن في الأحكام الغيابية بطريق المعارضة ضمن مهلة شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم والقرار، وبذلك فقد وضعت

¹ عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مرجع سبق ذكره، ص 134.

² المجلة القضائية، 1993، العدد 03، قرار المحكمة العليا رقم: 79858 الصادر في 1991/11/26، ص 86.

قاعدة عامة تسري على جميع الأحكام الابتدائية والأحكام الصادرة نهائي وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يتضمن النص على المعارضة في الحكم القاضي بالطلاق فهل يفهم من ذلك تطبيق القواعد العامة في هذا الصدد أي العودة إلى الأصل العام والذي مفاده أن الأصل في الأشياء الإباحة مالم يوجد نص مقيد؟

بدراسة طبيعة الحكم بالطلاق نجده يقوم على أساس حق إيرادي للزوج لا يحتاج فيه إلى رأي الزوجة بل أكثر من ذلك فإن دور القاضي فيه يكون سلبيا وعليه وعلى فرض دوره في غياب الزوجة ما فائدة المعارضة في ذلك؟ حتى وان حدث ذلك فنتيجة واحدة حصول الزوج على الطلاق وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن الحكم بالطلاق لا يقبل المعارضة إلا في جوانبه المادية.

ويذهب الأستاذ زودة عمر إلى أنه إذا تم إعلان الزوجة بتاريخ النطق بحكم الطلاق فيعد ذلك قرينة على علمها بالفرقة وبالتالي تسري ثار الطلاق من تاريخ النطق به في حين أنه إذا لم يتم تبليغ الزوجة بتاريخ جلسة الإعلان عن الطلاق فهي تعد غير عالمة به ولا يسري أثر الطلاق في حقها إلا ابتداء من تاريخ إعلامها وهنا يحق للزوجة أن تطعن في الحكم الصادر بالطلاق طبقا لطرق الطعن المقررة للأعمال الولائية، فترفع تظلمها أمام القاضي المعلن عن الطلاق ويمكن أن تستند في ذلك إلى عدم إعلامها بجلسة المصالحة، وينظر القاضي في هذا التظلم ويفصل فيه بقبوله وإلغاء العمل الصادر عنه إذا برهنت عن عدم إعلامها بالحضور إلى هذه الجلسة.¹

ونجد أن العمل القضائي في محكمة الجزائرية مستقر على جواز المعارضة في أحكام الطلاق الغيابية ويتجسد ذلك بصفة خاصة من خلال عدة قرارات أهمها القرار رقم 99/27 الصادر بتاريخ 13/02/1999 والذي تضمن التماس إعادة النظر في القرار الصادر في الاستئناف المرفوع في الحكم في المعارضة في حكم الطلاق وهذا الأخير الذي قضى بقبول

¹ عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مرجع سبق ذكره، ص 133

المعارضة شكلا وفي الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه، وعليه وإذا كان الأمر كذلك فيما يخص أحكام الطلاق فكيف هو الحال في الحكم بإثبات الطلاق العرفي؟

استقر العمل القضائي في محكمة على أن أحكام إثبات الطلاق العرفي قابلة للمعارضة ويتجسد ذلك من خلال الأحكام الصادرة في هذا الصدد وأهمها الحكم رقم 2001/75 الصادر بتاريخ 2001/02/10 عن قسم شؤون الاسرة بحكمة الجلفة والذي قضى بقبول المعارضة شكلا وتأييد الحكم المعارض فيه، وهذا الأخير الذي قضى غيابيا نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين.

وختاما يمكن القول أنه لا يمكن تصور المعارضة في الحكم بإثبات الطلاق إلا أن ذلك ممكن في الحكم بإثبات الطلاق العرفي لأن دور القاضي فيه إيجابيا كما سبق البيان وأن المعارضة وفقا للمادة 327 من ق.إ.م.و إ توقف تنفيذ الحكم مالم يقضي الحكم الغيابي لأنها تلغي الحكم الاول ويصبح كأن لم يكن.

ثانيا: طرق الطعن غير العادية

أ. الطعن بالنقض: يعتبر من طرق الطعن غير عادي في الأحكام القضائية ويطعن بهذا الطريق في الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية أو المجالس على حد سواء، فهو طعن يباشر أمام المحكمة العليا ولا يمكن تأسيسه إلا على الأوجه التي قررها القانون، أما أجل تقديم الطعن بالنقض فهو شهران من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه وهو يرفع على شكل عريضة مكتوبة وموقع عليها من محامي مقبول لدى المحكمة العليا وهذا ما ورد في المادتين 354 و 355 و 356 و 357 و 558 على التوالي من ق.إ.م.و.إ.

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه لم يرد ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يفيد أن الحكم بالطلاق غير قابل للطعن بالنقض حيث تختص المحكمة العليا بالحكم في الطعون بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن المجالس القضائية وعن المحاكم بجميع أنواعها، إلا أنه بالعودة إلى قانون الأسرة والذي هو نص خاص نجده يتضمن قواعد موضوعية

وردت ضمنها قاعدة إجرائية تتعلق بالحكم بالطلاق والذي يكون غير قابل للاستئناف إلا في جوانبه المادية.

وعليه فإن نص المادة 57 من قانون الأسرة على عدم قابلية الحكم بالطلاق للاستئناف فإن المقصود به أن يصدر عن الدرجة الأولى نهائيا وبالتالي يكون غير قابل للاستئناف إلا أن هذه المادة لم تشر إلى الطعن بالنقض ونجد أن المحكمة العليا لم تستقر على رأي في هذه المسألة حيث ورد في قرار صادر عنها أنه من العبث أن يستأنف الطلاق أمام المجلس مادام الزوج قد طلبه غير أنه يمكن المطالبة بتوابع فك الرابطة أمام الجهة الاستئنافية وهذا القول كما ينطبق على الاستئناف فهو ينطبق لا محالة على الطعن بالنقض.¹

ب. **اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:** تنص المادة 381 من ق.إ.م.و.إ على أنه لكل ذي مصلحة لم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الامر المطعون فيه، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

ففي حالة الحكم بإثبات الطلاق فإنه وكما سبق يقوم على أساس ارادة الزوج وهنا يكون دور القاضي فيه سلبيا هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن آثاره لا تشمل إلا الزوجين دون أن تمتد لغيرهما وعليه من غير المعقول أن يكون محلا لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة، في حين يمكن تصور اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الحكم القاضي بإثبات الطلاق العرفي نظرا لطبيعته الخاصة ذلك أن القاضي له دور إيجابي على أساس أن وظيفته لا تقتصر على مجرد تقرير حق الزوج في الطلاق وإنما تتعداه إلى التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه غالبا ما يتم إثبات وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين ومن ثمة يكون في ذلك مساس بحقوق الورثة مما يعطي لهم الحق في الاعتراض على حكم إثبات الطلاق العرفي رغم أنهم لم يكونوا أطرافا فيه.²

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1993/04/27، ملف رقم 896345، م.ق لسنة 1994، العدد الأول.

² قسطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سبق ذكره، ص 45.

ج. التماس إعادة النظر:

المادة 390 و 391 من ق.إ.م.إ على ما يلي: يهدف التماس إعادة النظر إلى مراجعة الامر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيء المقضي بهن وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون.

المادة 391: لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر إلا ممكن كان طرفا في الحكم أو القرار أو الأمر أو تم استدعاؤه قانونا.

كما تنص المادة 392: يمكن تقديم التماس إعادة النظر لأحد السببين الإثنيين:

1. إذا بني الحكم أو القرار أو الامر على شهادة الشهود او على وثائق اعترف بتزويرها أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم او القرار او الامر وحيازته قوة الشيء المقضي به.

2. إذا اكتشف بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي بهن اوراق حاسمة في الدعوة كانت محتجزة عمدا لدى الخصوم كما على أنه ليس لالتماس أثر موقوف.

وتجدر الإشارة إلى أن ميعاد تقديم الالتماس هو شهران من تاريخ ثبوت التزوير شهادة الشهود أو ثبوت تزوير او اكتشاف الوثيقة المحتجزة فيه لا يمكن تصور ذلك في الحكم بالطلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوج لأنه مجرد تقرير لإرادة الزوج، أما الحكم القاضي بإثبات الطلاق العرفي فإن الأمر فيه يختلف إذ يمكن أن يكون محلا لالتماس إعادة النظر لأن القاضي يحقق في واقعة الطلاق ويعتمد على شهادة الشهود ومستندات الخصوم.

الفرع الثاني: تنفيذ حكم الطلاق

إن حكم الطلاق شأنه شأن جميع الأحكام يجب أن يكون قابلا للتنفيذ ويكون تنفيذه بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للبلدية وعلى هذا الأساس سوف نتناول الحكم القابل للتنفيذ في حين نتناول في كيفية التنفيذ.

أولاً: الحكم القابل للتنفيذ

الحكم بالطلاق هو حكم منشئ لأنه لا وجود للطلاق إلا بعد صدور الحكم إلا أن الأمر ليس كذلك فيما يخص الحكم المثبت لواقعة الطلاق العرفي ذلك أن له طبيعة التقرير لكون القاضي يقرر وجود الواقعة من عدمها وبالتالي فهو حكم كاشف ومع ذلك فقد وصلنا الى نتيجة وأنه يقبل الطعن فيه سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية على خلاف حكم الطلاق ومن ثمة فإن القابلية للتنفيذ تختلف في كل منهما عن الآخر وسنتناول ذلك وفق ما يلي:

1. الحكم بالطلاق: المفروض أنه بمجرد صدوره يتم اشباع الحاجة من الحماية القضائية وبالتالي فإنه يكون نافذا بذاته دون الحاجة إلى أي إجراء آخر.¹

وعلى هذا الأساس المفروض أن يتم التأشير به على هامش وثائق الحالة المدنية مباشرة، إلا أنه وكما سبق الذكر فإن المحكمة العليا تقبل الطعن بالنقض فيه، وطالما كان الأمر كذلك فإن تكريس الطلاق من عدمه متوقف على فوات جال الطعن بالنقض أو صدور قرار المحكمة العليا في حالة الطعن بالنقض وعليه فإن المعمول به في محكمة الجلفة وعلى غرار محاكم الوطن أن الحكم بإثبات الطلاق لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بعد مرور أجل الطعن بالنقض مع عدم تقديمه.²

2. الحكم بإثبات الطلاق العرفي: سبق وأن ذكرنا بأن المحكمة الواحدة منقسمة على نفسها فيما يخص وصفه فتارة يوصف بالنهائية وتارة أخرى يوصف بالابتدائية ولطالما أن الأمر كذلك فإنه حسب رأبي انتهينا إلى أنه من المفروض أن يصدر ابتدائياً وفقاً للقواعد العامة وعلى هذا الأساس وإذا قلنا بذلك فإننا نكون أمام حكم قابل لجميع طرق الطعن وبالتالي

¹ زودة عمر، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية الملقاة على طلبة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، السنة الدراسية 2000-2001.

² قسنطيني حدة، اثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سبق ذكره، ص 48.

وحتى يصبح قابلا للتنفيذ فإنه يتعين أن يستنفذ طرق الطعن العادية وغير العادية وعليه يكون قابلا للتنفيذ بعد مضي جال الطعن بالنقض.¹

ثانيا: كيفية تنفيذ الحكم المثبت للطلاق

لقد جرى العمل في محاكم الجزائرية على أن تنفيذ الأحكام بالطلاق سواء كان عرفيا أم طلاقا بالإرادة المنفردة للزوج يكون بسعي من صاحب المصلحة، وعلى هذا الأساس ينبغي على المعني أن يقوم باستخراج نسخة من الحكم القاضي بالطلاق ثم يقوم بتبليغها إلى الخصم الآخر وبعد فوات جال الطعن يتقدم إلى أمانة الضبط مرفقا بالوثائق التالية نسخة من عقد الزواج، حكم الطلاق، محضر التبليغ، شهادة عدم الطعن بالنقض، وهنا يقوم أمين ضبط المحكمة بتحرير إخبارا بالطلاق والذي يوقع من طرف رئيس كتاب الضبط.

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

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

ومن جهة أخرى تنص المادة 14 من الأمر المذكور أعلاه على أن: ضابط الحالة المدنية المحرر والمسجل للعقد لذي يستدعي ملاحظة يضع هذه الأخيرة ثلاثة أيام في السجلات

¹ زودة عمر، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية الملقاة على طلبة المعهد الوطني للقضاء، مرجع سبق ذكره.

التي بحوزته وإذا كانت النسخة من السجل حيث يجب تسجيل ملاحظة لدى كتابة الضبط يوجه إشعار إلى النائب العام.

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

وإذا كان العقد الذي يستدعي ملاحظة محررا أو مسجلا في الخارج فإنه يجب على ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد إرسال إشعار إلى وزارة الشؤون الخارجية.¹

¹ عمار بقبوة، تعليمية وزارية بتاريخ: 1984/02/06، بشأن كيفية إعداد وثائق الحالة المدنية وتسجيل الملاحظات في الهامش/ ص 89.

خاتمة

خاتمة:

أحكام الطلاق العرفي موضوع واسع ارجأؤه، وقلت البحوث والدراسة فيه، مما جعله يستوسع في الواقع المعاش بكثرة، غير ان الطلاق في حد ذاته موضوع أوسع غاص في شعابه العديد من الفقهاء الشرع والقانون،

كما أنت عدل قانون الاسرة جاء لمواكبة العصر الحديث وحل المشاكل التي تعتري الاسرة غير انه تجاهل هذه المسألة الحساسة والتي استفحلت المجتمع الجزائري بقوة، وتكمن المشاكل في الفجوة العميقة بين النص والتطبيق، وانعدام نص صريح ينظم احكام الطلاق العرفي، وآثاره التي كانت هي سبب المشاكل كاحتساب العدة واختلاط الانساب.

نخلص في هذه الدراسة التي انتهينا إليها في البحث حول إشكالية إثبات الطلاق العرفي في ق أ ج إلى جملة من المقترحات والنتائج.

نتائج البحث:

• أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى مسألة إثبات الطلاق بأثر رجعي، وهو ما يصطلح عليه اليوم بالطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء، بل أشار إلى خلافها وهو أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، وهو ما أدى بالكثير من الفقهاء إلى القول بأن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي، في حين أن فقهاء آخرين رأوا بأن قانون الأسرة اعترف بالطلاق العرفي بصفة غير مباشرة تستنتج من جمع النصوص القانونية مع بعضها البعض، مؤيدين رأيهم بموافقته للاجتهاد القضائي الذي اعترف بالطلاق العرفي وأثبتته بأثر رجعي في كثير من الاجتهادات، وهو ما ذهب إليه أكثر محاكم البلاد وعلى رأسها محكمة الجلفة، وهو ما نميل إليه ونرجحه خصوصا أن المادة 222 ق أ ج تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لم يرد بها نص في صلب ق أ ج، وإثبات الطلاق بأثر رجعي سكت عنه المشرع، وطبقه القضاء وأثبتته عملا بالمادة 222 ولأن العرف استقر على العمل

خاتمة

به، هذا ولا بد على المشرع من تعديل للمادة 1 / 49 حتى توافق قواعد الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، وقطعا للنزاع الحاصل في تفسيرها.

• أن قانون الأسرة الجزائري خاض في مسألة فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بمواد مختصرة ودون تبني تعريف محدد للطلاق العرفي، ثم أحال التفصيل على أحكام الشريعة الإسلامية كما ذكر ذلك في المادة 222 منه.

• المشرع أبقى على حق الزوج في الطلاق انطلاقا من العصمة الزوجية المكفولة شرعا له، والتي تكون مصدرها الشريعة الإسلامية، التي تعطي الحق للزوج في إيقاع الطلاق وهو حق أصيل له، مع اعتبار الزوج متعسفا في استعمال هذا الحق إذا كان الطلاق بدون سبب أو مبرر شرعي، وترك الباب مفتوح أمام الطلاق العرفي الذي أفردته بنص المادة 49 / 01 التي تناولت إشكالياته دون حلول واقعية.

• أن قانون الأسرة الجزائري مازال بعبدا عن تلبية حاجة الناس إلى الحماية القانونية من خلال إغفاله الحديث عن الكثير من المسائل ذات الصلة بالحالة الشخصية للفرد، ومن خلال الإشكالات التي تطرحها مواد قانون الأسرة الجزائري، فالحديث عن العدة كان مختصرا دون التطرق إلى إشكالية ازدواجيتها فهل يعتد بالعدة الشرعية أم القانونية عند الطلاق العرفي لا سما أن الطلاق من الناحية القانونية لا تكون إلا بحكم ولا يمكن الحديث عن العدة إلا بصدوره.

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

التوصيات والاقتراحات:

بناء على ما سبق فيمكن لنا بالخروج باقتراحات والمتمثلة في:

• ضرورة إثراء ق أ ج وعدم المساس بالمواد التي احتوت على أحكام شرعية ثابتة بنصوص قطعية فلا اجتهاد مع النص؛

خاتمة

- ضرورة استقامة البيئة التشريعية بأهل الخبرة الذين يتصلون بمسائل الأحوال الشخصية؛
- ضرورة إعداد قضاة متخصصين بمسائل الأحوال الشخصية ووضع قانون إجراءات خاصة؛
- اهتمام مؤسسات الدولة والمجتمع بالأسرة والسهر على حفظ كيانها لأن القانون وحده لا يصنع الأسرة القدوة مهما اكتمل؛
- التوعية الاجتماعية قبل القانونية بمخاطر الطلاق العرفي؛
- استحداث آلية قانونية وقضائية للحد من ظاهرة الطلاق العرفي؛
- التأكيد على أنه في حالة الطلاق العرفي يستحسن لزوجين معا حال حدوث الطلاق بالتوجه إلى لجان فتوى رسمية كدار الافتاء، لبيان موقفهما الشرعي وهل وقع الطلاق أم لا؟ وإذا وقع هل هو طلاق بائن أم رجعي؟ على أن يتم توثيق الفتوى وإعطاء الزوجين صورة معتمدة بالحكم الفقهي لحالتهم ليتمكن العمل به كمستند أمام القضاء في حال الحاجة إليه وتكرر الخلاف بينهم.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

❖ القرآن الكريم

1. سورة النساء.
2. سورة البقرة.
3. سورة الطلاق.
4. سورة الروم.
5. سورة الأحزاب.
6. سورة المجادلة.

❖ كتب الحديث:

1. أبو داود، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، ب ط.
2. صحيح البخاري، كتاب الصح، الجزء الثالث.
3. سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، الطبعة الاولى، الجزء الثاني.

❖ الكتب:

1. ابن الهمام، فتح القدير، الجزء 03، بدون مكان وسنة طبع.
2. ابن حزم، المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، منشورات بين الأفكار الدولية، بيروت، ب ط.
3. ابن قدامة، المغني، الجزء 08، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون سنة طبع.
4. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم مأخوذ من سنن أبو داود، دار الفكر، بيروت، ب ط.
5. أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة 1920.
6. أحمد أبو الوفاء، أصول المحاكمات المدنية، دار الجامعية، الطبعة 04، بيروت، 1989.
7. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح الطبعة الثالثة، بيروت، 1982.
8. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق؛ الخلع؛ حقوق الأولاد؛ نفقة الأقارب، وفقا لأحداث التشريعات القانونية، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2004.
9. باديس ذياب، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

10. بدران أو العينين، لفته المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص 302.
11. الشيخ احمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الاسلام، الطبعة الأولى، 1936.
12. الشيخ الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الرائدة والوفاة بدون مكان وسنة طبع.
13. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر العربي القاهرة، الجزء الأول، الطبعة الثانية.
14. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 1996.
15. عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال أحكام الفقه الإسلامي، مطبعة تالة، 1999-2000.
16. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 1994.
17. عمر زودة، الاجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، بلا تاريخ طبع، ص 203.
18. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الجزائر، ب ط.
19. الغوثي بن ملحّة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000.
20. فتحي الوالي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
21. محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1957.
22. محمد جعفر شمس الدين، النكاح والطلاق وتوابعه في الفقه الإسلامي، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، ب ط.
23. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996.
24. محمد كمال الدين امام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، 1996.
25. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة المقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
26. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.

27. مسعودة كمال، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، ديوان الجزائر، 1986.

28. نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 2003.

29. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر دمشق، الطبعة الخاصة بالجزائر، 1992.

❖ الرسائل والمذكرات

1. عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام التشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، سنة 2006-2007.

2. قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 2001-2004.

❖ المنشورات العلمية

1. عمر زودة، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية الملقاة على طلبة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، 2000-2001.

❖ الجرائد والمجلات

1. المجلة القضائية، 1984، العدد 04.

2. المجلة القضائية، 1989، العدد 01، قرار المحكمة العليا رقم 38105.

3. المجلة القضائية، 1994، العدد 01.

4. المجلة القضائية، 1995، العدد 01.

5. داود بن صالح، الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق، مجلة الموثق، العدد 01، جوان 2001.

6. مجلة المحكمة العليا المتضمنة الاجتهاد القضائي في مادة الاحوال الشخصية، العدد الخاص لسنة 2001.

7. نشرة القضاة، 1995، العدد 48، وزارة العدل مديرية البحث.

❖ المعاجم

1. الصحاح، الجزء الرابع، ص 1518 طلق.

2. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية.

3. لسان العرب، الجزء الثامن.

❖ القوانين والمراسيم التشريعية

1. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 ووفقا للتعديل الأخير للقانون المدني رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني.
2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 جويلية.
3. عمار بقبوة، تعليمة وزارية بتاريخ 1984-02-02 بشأن كيفية إعداد وثائق الحالة المدنية وتسجيل الملاحظات في الهامش.
4. الامر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.

❖ المواقع الإلكترونية

1. محمد السعيد المشتري، موسوعة الفقه القرآني المعاصر، الموقع الإلكتروني www.feahelquran.com
2. سالم روضان الموسوي، قاضي وباحث في الشؤون القانونية والقضائية، الموقع الإلكتروني www.eastlaws.com
3. محمد سعد عيسوس، الاشهاد على الطلاق في التشريع الجزائري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.sadaissousm.wordpress.com