**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**

**جامعة محمد بوضياف - المسيلة**

**كلية** الحقـــوق و العلـــوم السياسية

**قسم :** الحقوق

**رقم:** .....

**ميدان:** الحقـــوق و العلـــوم السياسية

**فـــرع: حقوق**

**تخصص:** أحوال شخصية

## مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

**إعداد الطالبان : - مجاهد فضيل**

**- محمد شيكوش عبدالرزاق**

## تحت عنوان

# أثر الحكم القضائي على الطلاق الرجعي

**لجنة المناقشة:**

| | | |
|---|---|---|
| الدكتور: **عتيق موسى** | جامعة المسيلة | رئيســـا |
| الدكتور: **بن اسعيد موسى** | جامعة المسيلة | مشرفا و مقررا |
| الأستاذ: **حجاب نصرالدين** | جامعة المسيلة | مناقشا |

**السنة الجامعية: 2017/2016**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

**قال الله تعالى :**

﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّـهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾

[ النساء : 19]

# الإهداء

إلى والدتي الكريمة، أدامهما الله بالصحة والعافية

وكانت الحافز الأكبر لما وصلت إليه.

إلى والدتي الكريمة، أدامهما الله بالصحة و العافية

وكانت الحافز الأكبر لما وصلت إليه

وإلى كل الأهل و العائلة .

وإلى كل الأصدقاء و الزملاء

إلى كل من علمني حرفا وساهم في تكويني.

وفي الأخير أرجوا من الله عز وجل أن يهدينا ويرشدنا إلى ما فيه الخير والعافية

وصلي اللهم على سيدنا محمد – صلى الله عليه وسلم –

# كلمة شكر و تقدير

نشكر الله عز وجل الذي ألهمنا القوة والعزيمة للقيام بهذا العمل المتواضع

نتقدم بخالص الشكر والتقدير

إلى أستاذنا الكريم المشرف

الدكتور : ابن سعيد موسى

على تفضله الإشراف على هذه الرسالة , وإبداء النصح والتوجيه .

إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الكرام

إلى السيد حمدوح مبروك على مساعدته لنا في إنجاز هذه المذكرة

إلى كل من له فضل علينا من قريب أو بعيد

## قائمة المختصرات

| الرمز | العبارة |
|---|---|
| ق أ ج | قانون الأسرة الجزائري |
| ق إ م إ | قانون الإجراءات المدنية والإدارية |
| ق م ج | قانون المدني الجزائري |
| د ت | دون تاريخ |
| د ط | دون رقم طبعة |
| د ب ن | دون بيانات النشر |
| د ب | دون بلد |
| د | دكتور |
| ص | صفحة |

## مقدمة

### موضوع الدراسة

اهتم الإسلام بالأسرة بصفتها لبنة أساسية في بناء المجتمع ووفر لها كل مقومات الحياة والصلاح ،كما اهتم الإسلام وهو الشريعة الربانية الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه بنظام الزواج بصفته الطريق الوحيد لتكوين الأسرة اهتماما بليغا وجعل الأصل في عقد الزواج التأبيد والاستمرار، لا التأقيت ، لأن هذا الأخير مفسد له، قال تعالى في محكم تنزيله: ﴿ **وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**﴾ [ النساء:21].

وقد نظر الإسلام (وهو دين الفطرة ) إلى الإنسان من منظور واقعي ، وعالج مشاكله وراعى ما قد يعتريه من تغيرات وتقلبات على المستوى النفسي أو على المستوى المعنوي ، وقدر ما قد يطرأ ما بين الزوجين من نزاعات لا يمكن للحياة الزوجية أن تستديم معها ، ومن هنا فتح منفذا لإنهاء عقد الزوجية إذا ما استحال الاستمرار فيه.

و انتهاء عقد الزواج أو فك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي يكون بالإرادة المنفردة للزوج أي بالطلاق أو عن طرق التفريق القضائي بين الزوجين بطلب من الزوجة أو الخلع أو الفسخ.

إن الطلاق بإرادة الزوج الأصل فيه أن يكون رجعيا والحكمة من ذلك هو إعطاء فرصة للزوجين للتراجع عن الطلاق والاستمرار في الحياة الزوجية بهدف المحافظة على الأسرة و الأبناء.

إن الإسلام يدعو إلى استمرار الحياة الزوجية، وذلك حين شرع الله تعالى الرجعة مادامت الزوجة في عدة الطلاق، من غير احتياج لعقد ولا مهر جديدين ولا موافقة الزوجة، فكان هذا من منة الله وتيسيره لفتح طريق جديد أمام الأسرة لمعاودة الحياة الزوجية، ولو بعد الطلقة الأولى أو الثانية.

وقد تناولت التشريعات الوضعية فك الرابطة الزوجية بالطلاق ومن بينها التشريع الجزائري الذي نص عليه في قانون الأسرة في الباب الثاني في المادة 47 وما يليها.

حيث قيد فك الرابطة الزوجية بالطلاق بصدور حكم قضائي وتسجله في سجلات الحالة المدنية، حتى يكون حجة لمن ادعى به في مواجهة الجميع .

وقد نصت المادة 48 من قانون الأسرة على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، إلا أن المادة 49 من نفس القانون قد اشترطت شكلية استصدار الحكم القضائي على هذه الإرادة وذلك بهدف التشديد والتضييق على ايقاع الطلاق لأتفه الأسباب .

### أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب ذاتية و أسباب موضوعية جعلتنا نختار موضوع الدراسة وهو أثر الحكم القضائي على الطلاق الرجعي.

#### 1- الأسباب الذاتية:

- بما أن الموضوع هو من صلب تخصصنا، كانت لنا الرغبة في البحث فيه من التوسع والتعمق وفهم أدق ما فيه.
- من خلال دراستنا لمقياس فك الرابطة الزوجية في السنة الأولى ماستر اتضح لنا أن هناك اشكالات في قانون الأسرة لاسيما المواد القانونية التي تناولت الطلاق وذلك بسبب الغموض الذي يكتنفها فأردنا البحث فيه.

**2-الأسباب الموضوعية:**

- كثرة التأويلات والإستفسارت المختلفة لمواد الطلاق في قانون الأسرة لدى المهتمين.
- ملاحظة عدم الانسجام بين الفقه الإسلامي وبعض مواد الطلاق مما دفعنا إلى الوقوف على هذه الاختلافات.
- رغم توفر المراجع في هذا الموضوع، إلا أنها تنعدم في موضوع بحثنا هذا.
- انتشار ظاهرة الطلاق العرفي في المجتمع و مدى تعامل القضاء معها

**أهمية الموضوع:**

- ارتباط الطلاق بالأسرة وانعكاس ذلك سلبا على الأبناء و المجتمع.
- اعتبار الطلاق من أخطر ما يمس كيان الأسرة لما ينجم عنه من تفكك الرابطة الزوجية و آثاره الوخيمة
- الوقوف على أسباب انتشار حالات الطلاق في المجتمع و لأتفه الأسباب وعلاج ذلك.

**أهداف الدراسة :**

- الوقوف على آثار الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
- الوقوف على حقيقة الحكم الصادر بالطلاق وآثاره طبقا للمادة 49 من قانون الاسرة.
- أثر تطبيق المادة 50 من قانون الأسرة على الطلاق الرجعي.

**الإشكالية:**

من خلال اطلاعنا على بعض المراجع التي تهتم بمثل موضوعنا ارتأينا أن نصوغ الإشكالية على النحو التالي:

**هل إعتد المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي وما مدى تأثير صدور الحكم القضائي عليه ؟**

ويترتب على طرح هذه الإشكالية الاسئلة الفرعية التالية:

- ماهي أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟
- ماهي إجراءات اثبات حكم الطلاق؟
- هل يعتد المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي؟
- ما موقف المشرع الجزائري من الطلاق العرفي ؟

**منهج الدراسة:**

اتبعنا لمعالجة هذا الموضوع المهج الوصفي التحليلي وذلك لعرض وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع ، كما استعنا بالمنهج المقارن عندم يتعلق الأمر أحكام الطلاق بين قانون الاسرة والفقه الإسلامي.

**الدراسات السابقة:**

فيما يخص الدراسات المتعلقة بموضوع أثر الحكم القضائي على الطلاق الرجعي، لم نجد دراسة متخصصة في هذا الموضوع أي بنفس العنوان، إلا أنه يوجد في بعض المراجع التي تناولت مواضيع مشابهة لهذا الموضوع ما استفدنا منها ، ونذكر منها :

- قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري للدكتور محفوظ بن صغير
- الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية للدكتور المصري مبروك.
- عدة الطلاق وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه للطالب لمطاعي نورالدين

**صعوبات البحث:**

يمكننا ذكر اهم الصعوبات التي واجهتنا ونحن بصدد اعداد هذه المذكرة:

- عدم وجود المراجع المتخصصة التي تخدم بشكل مباشر موضوع بحثنا.
- ضيق الوقت و ذلك نظرا لكثرة انشغالاتنا.

**خطة البحث :**

للإجابة على الإشكالية المطروحة في صلب لموضوع صممنا خطة تتكون من فصلين على النحو الآتي:

**الفصل الأول** تناولنا فيه أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ثم قسمنا هذا الفصل الى مبحثين خصصنا المبحث الأول لماهية الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري و الذي قسمناه بدوره إلى مطلبين تناولنا في الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته والحكمة منه والمطلب الثاني : حكم الطلاق وشروط ايقاعه و أقسامه أما المبحث الثاني تناولنا فيه الطلاق من حيث الرجعة وقسمناه إلى مطلبين تناولنا في الأول الطلاق الرجعي آثاره والثاني الطلاق البائن وآثاره .

أما **الفصل الثاني** وهو بعنوان الحكم المثبت للطلاق واشكالاته ،وبدوره قسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق وقسمناه إلى مطلبين خصصنا الأول إلى طبيعة حكم الطلاق والمطلب الثاني : إجراءات استصدار حكم الطلاق وفي المبحث الثاني اشكالات الحكم االقضائي على الطلاق الرجعي وموقف القضاء منه وقسمناه إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول اشكالات الحكم القضائي على الطلاق الرجعي والمطلب الثاني : موقف القضاء من الطلاق العرفي.

# الفصل الأول: أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يعد الطلاق علاجا للحالات المستعصية والتي تكون الحياة بين الزوجين لا تقبل الاستمرارية، ولا تقوم الحياة الزوجية بينهما على المودّة ، والرحمة، والاحترام المتبادل، وعند استحالة عيش الزوج والزوجة معاً بالاعتماد على الأسباب السابقة الذكر، أو لوجود سبب مقنع يجعل استمرار الحياة الزوجية معدوماً ، ويُسبّب الضرر للعائلة، وخصوصاً للزوجة، فعندها يكون الطلاق هو الحل الأنسب لحماية الزوجين، والمحافظة على الأولاد في حال وجودهم، ليتجنّبوا وقوع أضرار كبيرة قد تؤثر على نفسياتهم.

وعلى ذلك نتناول في هذا الفصل ، دراسة **أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري** ويحتوي على مبحثين الأول نتناول فيه: **ماهية الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري** والذي يتكون من مطلبين، الأول: **تعريف الطلاق ومشروعيته والحكمة منه** والمطلب الثاني : **حكم الطلاق وشروط ايقاعه و أقسامه.**

أما المبحث الثاني فنتناول فيه: **الطلاق من حيث الرجعة،** ونقسمه إلى مطلبين: الأول: **الطلاق الرجعي و آثاره** والثاني **الطلاق البائن وآثاره** .

## المبحث الأول: ماهية الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

نتناول في هذا المبحث تعريف الطلاق لغة واصطلاحا وقانونا ومشروعيته والحكمة منه في المطلب الأول أما المطلب الثاني فنخصصه إلى حكم الطلاق و أركانه وأقسامه.

### المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته والحكمة منه

نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع نتناول في الأول تعريف الطلاق لغة و اصطلاحا، و في الثاني التعريف القانوني للطلاق وفي الثالث مشروعية الطلاق، وفي الفرع الرابع نتناول الحكمة من الطلاق.

**الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة و اصطلاحا:**

للطلاق تعريفات مختلفة في الفقه الإسلامي وحتى من الجانب اللغوي هناك مرادفات لكلمة طلاق، والتي نذكرها في التعريف اللغوي للطلاق.

**البند الأول: في اللغة:** الطلاق لغة يرجع لعدة معاني [1]:

**1-الترك:** ومنه طلق البلاد تركها وطلقت القوم تركتهم

**2-الفراق:** و من طلقت البلاد فارقتها

**3-التخلية:** ومنه اطلقت الأسير أي خليته

**4- الإرسال:** ومنه ناقة طالق بلا خطام (عقال) وهي التي ترسل الحي فترعى من جنابهم حيث شاءت لا تعقل إذا راحت ولا تنحى في المسرح.

**5-وطلاق النساء يأتي لمعنيين**[2]: أحدهما حل عقدة النكاح والآخر بمعنى التخلية الإرسال.

**البند الثاني : في الاصطلاح**

عرف فقهاء المذاهب الطلاق بتعاريف عديدة متقاربة:

عرفه **الحنفية بأنه**" هو رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أوفي المآل بالرجعي بلفظ مخصوص"[3].

عرفه **المالكية** بأنه "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته" [4]

عرفه **الشافعة** بأنه " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه"[5] .

---

[1] لسان العرب لابن منظور، المجلد العاشر، دار صادر، بيروت، د ت، ص 225-226.

[2] المرجع نفسه، 226.

[3] رد المختار على الدار المختار لمحمد أمين الشهير (بابن عابدين) ، الجزء الرابع، طبعة خاصة، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003 ، ص425.

[4] مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمان المالكي المغربي الشهير (بالحطاب )، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى، دار الرضوان للنشر، نواكشوط ، موريتانيا ،2010 ، ص 396.

[5] الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع للشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص287.

عرفه **الحنابلة** بأنه " حل قيد النكاح أو بعضه" وبعض قيد النكاح إذا طلقها طلقة رجعية" [1].

**الفرع الثاني: التعريف القانوني للطلاق**

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الطلاق، بل اكتفى بذكر صوره في المادة 48 من القانون رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 [2] إذ نصت صراحة على أن" ...**يحل عقد الزواج بالطلاق**... " ، ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أوردته المادتان 53 و54 من نفس القانون [3] ، أي أن الطلاق هو فك الرابطة الزوجية الصحيحة ويكون باختيار الزوج أو عن طريق القاضي.

**الفرع الثالث: مشروعية الطلاق**

الطلاق مشروع بالكتاب و السنة و الإجماع :

1- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [البقرة : 229] وجه الدلالة: هذه الآية تنظيم للطلاق، من ناحية عدده وأنه ليس للرجل إلا ثلاث تطليقات وهذا التنظيم القرآني دليل على مشروعيته.

وكذلك قوله تعالى:﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾ [البقرة : 236] وجه الدلالة من الآية: قال القرطبي رحمه الله تعالى: "هو إخبار من الله برفع الحرج عن المطلق قبل البناء والجماع ، سواء فرض مهرا أو لم يفرض"[4] .

فلو كان الطلاق حراما لما رفع الشارع عن فاعليه الجناح أي الإثم [5].

وكذلك قوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ**...﴾ [الطلاق: 01]

2- من السنة: ورد في سنن ابن ماجة أن الرسول ﷺ طلق حفصة رضي الله عنها ثم أمره الله تعالى أن يراجعها، وذلك لما روى ابن ماجة عن عمر بن الخطاب أن الرسولﷺ (**طلق حفصة ثم راجعها**)[6].

– أن عبدالله بن عمر طلق امرأته و هي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ فقال له:" **مره فليراجعها حتى تحيض حيضة أخرى مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ، فإن بدا له أن يطلقها ، فليطلقها طاهرا من**

---

[1] كشف القناع على متن الإقناع للشيخ العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، الجزء الخامس ، عالم الكتب بيروت ،1983، ص 232.

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

[3] د/ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص 30.

[4] الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، تحقيق د/ عبدالله بن عبد المحسن التركي ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت 2006 ،ص 175 .

[5] بلقاسم شتوان ، ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار النشر مطبعة المنار ، سطيف ،2010 ، ص 14-15.

[6] أخرجه ، ابن يزيد ابن ماجة، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ،الجزء الأول ،دار احياء الكتب العربية ، د.ب، 2009 ،كتاب الطلاق ،باب حدثنا سويد ابن سعيد ، رقم الحديث 2016، ص 650 .

**حيضتها ، قبل أن يمسها ،فذلك الطلاق للعدة كما أمر الله".**[1]

3- من الإجماع : أجمع المسلمون على جواز الطلاق، ونقل البهوتي ، الإجماع على جواز الطلاق[2].

**الفرع الرابع: الحكمة من مشروعية الطلاق**

إن نظام الطلاق في الشريعة الإسلامية جاء مراعيا لمصالح الناس في مختلف ظروفهم و أحوالهم إذ أن طبيعة النفوس وما يعتريها من تغيرات قد يؤدي الى التنافر والخلاف وقد يستعصي حل الخلاف و إزالة النفرة فيما بين الزوجين فيكون وقوع الطلاق حيث لا تبقى مصلحة في النكاح، ولهذا كان الطلاق علاجا لمرض لا ينفع معه علاج سواه بعد استنفاذ كل الطرق المشروعة للمحافظة على وحدة واستقرار الأسرة [3].

فشرع الطلاق إكمالا للمصلحة وفكا للرابطة الزوجية بإحسان كما بدأت بمعروف، وشفاء من غليل القلوب، ففي حديث ابن مسعود رصي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال:" **إن الله لم ينزل داء إلا نزل معه دواء، جهله من جهله ، وعلمه من علمه**"[4] فدواء الشقاق المستحكم بين الزوجين الفراق.

و خلاصة القول أن الطلاق قد شرع لأسباب نذكر منها:

1- تباين الاخلاق وعدم توافق الطباع الذي لا يمكن معه تحقيق الرحمة والمودة من الزواج.

2- عدم تحقيق أهم مقاصد الزواج المتمثل في الإنجاب، فقد يكون أحد الزوجين عقيما.

3- وجود عيب في أحد الزوجين أو فقر مدقع أو سوء عشرة الذي يحول دون المعاشرة بالمعروف.[5]

ولكن في العصر الحالي كثر الجدال حول قضية الطلاق بين مطالب بجعل الطلاق بيد القاضي ومحرم له، مبررين قولهم باستقرار الأسرة وعدم تفككها والمحافظة على الأولاد و المجتمع، إلا أن الشريعة الإسلامية شرعت الطلاق و بينت محاسنه – إذا دعت إليه الحاجة- فهي التي حثت الناس على الزواج ابتداء ووضعت القاعدة التي رآها رب الناس أصلح للحياة الزوجية[6] فقال تعالى:.﴿...**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**...﴾ [النساء : 19] وقوله تعالى: ﴿ ...**أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**...﴾ [الطلاق: 02].

**الفرع الخامس: الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل**

---

[1] أخرجه مسلم بن حجاج ، صحيح مسلم ، تحقيق نظر محمد الفاريابي أبو قتيبة ، المجلد الثاني ، الطبعة الأولى ، دار طيبة ، 2006 ،كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، رقم الحديث 1471 ،ص 674.

[2] البهوتي ، المرجع السابق، ص 232.

[3] د/ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 31-32.

[4] أخرجه ، ابن حبان في صحيحه، أنظر ، علاء الدين بلبان ، سنة 739هـ ، الإحسان في تقريب صحيح بن حبان ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ، الجزء الثالث عشر ،الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،1988 ، باب ذكر الأخبار عند إنزال الله لكل داء دواء ، رقم الحديث 6062 ، ص427.

[5] كميليا بن عودة، إثبات الزواج والطلاق بين النصوص التشريعية والتطبيقات القضائية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مذكرة ماجستير، جامعة المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/،2016، ص 80.

[6] أحمد نصر الجندي ، موسوعة الاحول الشخصية – الزواج و الطلاق و التفريق بين الزوجين – ، الجزء الأول ، دار الكتب القانونية ،مصر 2006 ، ص 125.

جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل [1] لكونه يعرف تبعات الطلاق إن أوقعه فبالإضافة إلى مصاريف آثار الطلاق من نفقة وسكن ومهر متأخر و غيرها، فهو يفكر في مصاريف إعادة الزواج مرة ثانية الذي يكلفه أكثر من سابقه.

إن صاحب الحق الأصيل في الطلاق هو الرجل، فليس لغير الزوج من ولي أو وصي أن يوقع الطلاق حتى و إن كان هو الذي تولى عقد النكاح[2] والأدلة في ذلك كثيرة منها :

قوله تعالى :﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾ [البقرة : 236] فالخطاب موجه إلى الأزواج.

وكذلك حديث ابن عمر –رضي الله عنهما– "**مره فليراجعها**"[3] فلما اشترك الزوجان في النكاح وتفرد الزوج بالطلاق، ذلك لأمرين[4]:

**الأول:** اشترك الزوجان في عقد النكاح لأنهما اشتركا في الاستمتاع ، ولما اختص الزوج بالنفقة اختص بإيقاع الطلاق.

**الثاني:** لم يجعل الطلاق بيد المرأة لأن عاطفتها تغلبها ، فلا تؤمن على إيقاع الطلاق عند الخلاف ، بينما الرجل هو الغالب لعاطفته فيؤمن من الطلاق عند التنافر.

إن العاطفة لدى المرأة محمودة وهي أصلح من الرجل في المواطن التي تعتمد على قوة العاطفة ، كتربية الأولاد مثلا ، لكن هذه العاطفة في مواطن أخرى تجر إلى كثير من الضرر، فالمرأة عند الغضب ولأتفه الأسباب يشتد انفعالها ويحتد مزاجها فلو ترك بيدها الطلاق لتصرفت به على ما يرضي تلك العاطفة .[5]

إن الله جعل للرجل القوامة على المرأة بسبب ما كلف به من دفع المهر لها والإنفاق عليها ، وذلك لقوله تعالى:﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**﴾[ النساء : 34] ، وبالتالي تكون العصمة بيده إن شاء طلق و إن شاء أمسك ، وكذلك قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ...**﴾ [الأحزاب: 49] ، وقوله تعالى : ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾ [البقرة:231] حيث جعل الله الطلاق لمن ينكح [6].

كما قالﷺ " **إنما الطلاق لمن أخذ بالساق**"[7] و هذا يفيد أن فعل إيقاع الطلاق بيد الرجل.

غير أن الشريعة الإسلامية لم تهمل حق المرأة في طلب الطلاق من القاضي و أوجبت عليه الإستجابة لطلبها

---

[1] السيد سابق، فقه السنة ، المجلد الثالث ، الطبعة العشرون ، دار الفتح للإعلام العربي، مصر،2015 ، ص11 ، نقلا من كتاب (نداء للجنس الطيف) ، ص98.

[2] د/ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص37.

[3] سبق تخريجه.

[4] د/ محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص37-38.

[5] د/ أحمد فراج الحسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، د.ط ، دار العلمية ، بيروت ، 1998، ص29.

[6] محفوظ بن صغير، المرجع نفسه ، ص39.

7 أخرجه ، أبو بكر البيهقي ، السنن الكبرى ، تحقيق عبد القادر عطا، الجزء السابع ، دار الكتب العلمية ، د ب ، 2003، كتاب الطلاق ، باب الاستثناء في الطلاق والعتق والنذور ، حديث 15116 ، ص 590.

إذا كان من الأسباب ما تقره العدالة وتؤيده الشريعة ، كما جعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه للزوج وتخلع نفسها منه، كما أجاز الشارع للرجل أن يفوض زوجته في إيقاع الطلاق لأن القاعدة الشرعية تنص على أن "من ملك تصرفا يملك الإنابة فيه إذا كان قابلا للإنابة "[1]

## المطلب الثاني: حكم الطلاق وأركانه و أقسامه

قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع بحيث نتناول في الأول حكم الطلاق من الناحية الشرعية ثم في الفرع الثاني نتناول أركان الطلاق وشروط كل ركن ثم في الفرع الثالث نتناول أقسام الطلاق من حيث دلالة اللفظ ومن حيث الرجعة و من حيث الصيغة.

**الفرع الأول: حكم الطلاق** : الطلاق تصرف إرادي يوقعه الزوج وتعتريه الأحكام الشرعية من حيث الندب والوجوب والحرمة والإباحة و الكراهة:

1- **يكون مندوبا:** إذا كانت الزوجة بذيئة اللسان سيئة الخلق، أو عجز على القيام بحقوقها كالنفقة[2] والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾ [الطلاق: 02].

**2- يكون واجبا:** إذا كانت المرأة غير عفيفة ولا ترجى توبتها، وقال الإمام أحمد : لا ينبغي له امساكها وذلك فيه نقص لدينه ولا يأمن فساد فراشه، والحاقه ولد من غيره.[3]

**3- يكون حراما:** كما هو الحال في الطلاق البدعي الذي يترتب عليه تطويل أجل العدة[4].

**4- يكون مكروها** : يكره الطلاق في غير حاجة إليه[5].

5- **يكون مباحا:** هذا النوع من الطلاق يستوي فيه الفعل و الترك ،إذا كانت الزوجة غير مؤدية حق زوجها مثلا، ولا يأثم فاعله ، وعدم ارتكابه واللجوء إليه أولى.[6]

اختلف العلماء في أصل الطلاق بين الحظر والإباحة وفي هذا انقسم الفقهاء إلى فريقين:

**الفريق الأول: القائل بأن أصل الطلاق الإباحة:** إن إيقاع الطلاق مباح مطلقا، فيباح للرجل شرعا أن يطلق زوجته سواء دعت الحاجة إلى ذلك أم لا وفي هذا يقول القرطبي في تفسيره: " دل الكتاب والسنة واجماع الأمة على أن الطلاق غير محظور وقال ابن المنذر: ليس في النهي عن الطلاق ولا في المنع منه خبر يثبت"[7].

وقال السرخسي:" وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغض في الأصل عند عامة العلماء"[8].

---

[1] د/ محفوظ بن صغير ، المرجع السابق، ص41.

[2] بلقاسم شتوان ، المرجع السابق ، ص 19.

[3] المرجع نفسه، ص21.

[4] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ، ص 130.

[5] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص33.

[6] بلقاسم شتوان ، المرجع السابق ، ص 28.

[7] القرطبي ، المرجع السابق ، ص56.

[8] كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي ، جزء السادس ، دار المعرفة ، بيروت، د.ت، ص2.

وقال ابن عابدين: " إيقاع الطلاق مباح عند العامة لإطلاق الآيات وهو المذهب " [1] ، أي عند الحنفية ولكن هناك من ذهب من الحنيفة الى أن الأصل في الطلاق الحظر.[2]

واستدل أصحاب هذا الرأي من الكتاب بقوله تعالى:﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾ [البقرة : 236] ، و وجه الدلالة هنا أن الله تعالى رفع الإثم على المطلق أي أن الطلاق ليس مقيد بالسبب أو الحاجة.

أما من السنة فقوله ﷺ " **أبغض الحلال إلى الله عزوجل الطلاق**"[3] ووصفه بالبغض لا يعني أن يكون مكروها شرعا، إذ أن وصفه بالإباحة يمنع أن يكون مكروها، وغايته ما كونه مباحا مبغوض الى الله عزوجل و ليس كل حلال محبوب .

وأن رسول الله ﷺ قد طلق حفصة رضي الله عنها وهو لا يفعل إلا إذا كان جائزا دون كراهة وكذلك أصحابه فقد طلق عمر أم عاصم ، وعبدالرحمان ابن عوف تماضر ، والمغيرة بن شعبة زوجاته وغيرهم ، فلو كان الطلاق محظورا لغير سبب لما أقدموا عليه[4].

**الفريق الثاني: القائلون بأن الأصل في الطلاق الحظر** إلا لسبب يبيحه فقد استدلوا من الكتاب ومن السنة بما يلي:

– من الكتاب: قوله تعالى: ﴿...**فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا**... ﴾ [النساء :34]،وهذا معناه أن الزوجة إذا تراجعت عن النشوز، وأطاعت زوجها، فإن طلاقها يعد ظلما لها ولأولادها [5]، وذلك لا يجوز لعدم وجود سبب.

– أما من السنة فلقوله ﷺ : "**أيما امرأة سألت زوجها طلاقا ،من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة** "[6].

قال ابن تيمية : " لولا أن الحاجة داعية للطلاق لكان يقتضي تحريمه، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحيانا ، وإن الله يبغض الطلاق ، وإنما يأمر به الشياطين والسحرة" [7]كما قال تعالى :﴿ **فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ** ﴾[البقرة: 102].

وفي الصحيح أن النبي ﷺ قال" "**إن إبليس يضع عرشه على الماء ثم يبعث سراياه، فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة يجيء أحدهم فيقول فعلت كذا وكذا فيقول: ما صنعت شيئا ، قال: ثم يجيء أحدهم فيقول:**

---

[1] ابن عابدين، المرجع السابق، ص 427.

[2] المرجع نفسه ، ص 428.

[3] أخرجه أبو داود سليمان ابن الاشعث ، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، طبعة خاصة، الجزء الثالث ، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، 2009، كتاب الطلاق ،باب في كراهية الطلاق، ، رقم الحديث، 2178، ص505.

[4] د/ أحمد فراج الحسين ، المرجع السابق ، ص35.

[5] أحمد فراج الحسين ، المرجع السابق ،ص28

[6] أخرجه أبو داود سليمان ابن الاشعث ، سنن أبي داود، الجزء الثالث ،كتاب الطلاق، باب في الخلع ، حديث رقم 2026 ، ص 543.

[7] مجموع الفتاوى لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، المحقق عامر الجزار أنور الباز ، المجلد الثاني و الثلاثون ، الطبعة الثالثة ، دار الوفاء ، 2005، ص89.

**ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته قال: فيدنيه منه ، فيقول: نعم أنت"**[1].

**النقد الموجه لأصحاب القول الأول:** إن ما استدل به القائلون أن الأصل في الطلاق الإباحة لا يصلح دليلا لأن قول الله تعالى:﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ** ...﴾ [البقرة: 236] ، وارد في المطلقات قبل الدخول والتي لم يسم لهن مهر بعد وهذا لا يمنع صحة الطلاق.

وقوله ﷺ :" **أبغض الحلال إلى الله عزوجل الطلاق**"[2]، فلفظ الحلال يحمل على المباح وقت تحقق الحاجة وأما طلاق النبي ﷺ فإنه لا يمكن حمله على أنه بدون سبب بأن يكون عبثا أو لغوا ، بل لابد من سبب معتبر شرعا وهذا صونا للنبي ﷺ وصحبه من العبث[3].

كما يميل الدكتور محفوظ بن صغير إلى الترجيح القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر لعموم الأدلة التي تنفر من الفرقة وترغب في استقرار الحياة الزوجية [4] .

هذا وقد أخذ **المشرع الجزائري** بهذا الرأي ( الأصل في الطلاق الحظر) من خلال المادة 52 من ق أ ج و التي جاء فيها " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

**الفرع الثاني: أركان الطلاق**

للطلاق ثلاثة أركان وهي المطلق والمطلقة والصيغة وكل ركن تتعلق به شروط معينة :

**البند الأول: ركن المطلق** : ولهذا الركن شروط يجب أن تتوفر حتي يقع الطلاق صحيحا:

**أولا: أن يقع الطلاق من الزوج أو نائبه وأن يكون عاقلا**[5]:أي أن الزوج هو الذي يوقع الطلاق على زوجته لأن العصمة بيده أو بتوكيل شخص آخر لتطليق زوجته ،كما يشترط أن يكون عاقلا أي غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية .

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج المطلق يشترط فيه أن يكون عاقلا فلا يقع طلاق المجنون ويلحق به المغمى عليه والمدهوش(*) ، أما السكران فإن عامة الفقهاء يفرقون بين سكر بطريق محظور، وسكر بطريق غير محظور أما غير المحظور فهو كالذي يشرب دواء أو شيئا مباحا فأسكره ولم يعلم أنه مسكر ففي هذه الحال لو طلق لا يقع طلاقه فيلحق بالمجنون أما السكر بطريق محظور كمن يتناول مسكر مع علمه بأنه مسكر ، وطلق في حال السكر ، فقد

[1] أخرجه مسلم بن حجاج ، صحيح مسلم ، الجزء الثاني، كتاب صفة القيامة و الجنة والنار، باب تحريش الشيطان، رقم الحديث 2813، ص 1294.

[2] سبق تخريجه .

[3] د/أحمد فراج الحسين ، المرجع السابق ، ص 36.

[4] المرجع نفسه،36-37.

[5] كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، ،الجزء الثالث، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1986، ص100.

(*) **المدهوش:** هو الذي اعترته حالة من الإنفعال لا يدري ما يقول أو يفعل ، أو يصل به الإنفعال إلى درجة يغلب معها الخلل في أقواله وأفعاله ، بسبب فرط الخوف والحزن او الغضب.

قال الجمهور بصحة طلاقه[1].

**ثانيا: أن يكون بالغا**[2]: يشترط أن يكون المطلق بالغا فلا يقع طلاق الصبي غير المميز أما الصبي المييز فاختلفوا في الحكم على طلاقه:

فالمالكية والحنفية والشافعية[3] ذهبوا إلى أن طلاقه لا يقع كغير المميز لقوله ﷺ: " **ألم تعلم أن القلم رفع عن ثلاثة ،عن المجنون حتي يفيق، وعن الصبي حتى يدرك، وعن النائم حتي يستيقظ**[4]".

لأن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق بالمطلق فكان بحاجة الى ادراك كامل وعقل وافر والصبي ليس أهـــلا لذلك.

**ثالثا: أن يكون المطلق مختارا غير مكره:** ذهب جمهور العلماء إلى أن طلاق المكره لا يقع لقوله تعالى:﴿ ... **إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ..**﴾ [النحل: 106].

وقوله ﷺ:" **إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان و ما استكرهوا عليه**"[5] وقوله ﷺ " **لا طلاق ولا عتاق في إغلاق**[6]"، الإغلاق معناه الإكراه .

ولكي يتحقق الإكراه لابد من توفر ثلاثة شروط [7]:

1- أن يكون من قادر بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه،

2- أن يغلب على ظنه نزول الوعيد إن لم يجبه غلى طلبه،

3- أن يكون مما يستضر به ضررا كثيرا كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين.

و رأى الحنفية أن طلاق المكره واقع لأنه قصد إيقاع الطلاق و إن لم يرض بالأثر المترتب عليه كالهازل، فإن طلاقه يقع[8] لحديث الرسول ﷺ :" **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح، والطلاق، والرجعة**"[9]

**رابعا: أن يكون المطلق قاصدا الطلاق:** وهو كونه ناويا إيقاع الطلاق مريدا له عازما عليه بمعنى أن الزوج بتلفظه بالطلاق يكون قاصدا فعلا الطلاق ومريدا هذا الإيقاع، ويكون ذلك بلفظ ، أو بلفظ ونية ، ولا يقع الطلاق بالنية المجردة فإذا نـــوى الـزوج في قلبه تطليق زوجته وطلقهـــا في نفسه دون أن ينطق بلفظ دال علـى الطـلاق فإن طلاقه

---

[1] د/ عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، الجزء السابع ،الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة، بيروت ، 1993 ، ص 361.

[2] المرجع نفسه، ص 368-369..

[3] مغني المحتاج للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، الجزء الثالث ،الطبعة الاولى، دار المعرفة، بيروت، 1997،،ص 368.

[4] أخرجه ، محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، الطبعة الاولى ، دار ابن كثير، دمشق، 2002 ،كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق ، ص1343.

[5] أخرجه ، ابن يزيد ابن ماجة، سنن ابن ماجة ،الجزء الأول ،كتاب الطلاق ،باب طلاق المكره والناسي ، رقم الحديث 2043، ص 659 .

[6] أخرجه، محمد بن يزيد بن ماجة ، سنن ابن ماجة ، الجزء الأول ،كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي رقم الحديث 2046 ، ص 660.

[7] المغني لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، ، تحقيق د.عبدالله بن عبد المحسن / د. عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء العاشر الطبعة الثالثة، دار علم الكتب ،1997 ،ص353.

[8] د/ عبدالقادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007 ،ص 220.

[9] أخرجه أبو داود سليمان ابن الاشعث ، سنن أبي داود ، الجزء الثالث ،كتاب الطلاق ،باب في الطلاق على الهزل ، رقم الحديث 2194 ، ص 516.

لا يقع[1] ، أما بالنسبة لطلاق الهازل والمخطئ والسفيه وطلاق المريض مرض الموت فقد اختلف الفقهاء في طلاقهم:

**1- طلاق الهازل:** يرى جمهور الفقهاء أن طلاق الهازل يقع، حيث قال:

- الحنابلة :"إن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد ولا خلاف ذلك وسواء قصد المزح أو الجد"[2]
- الحنفية: "وكذا كونه جادا ليس بشرط ، فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب به"[3].
- الشافعية:" يصح الطلاق من السفيه والمريض أي ولو كان هازلا"[4].
- المالكية: " ولزم أي الطلاق ولو هزلا ، وهزل إيقاع الطلاق لازم"[5] .

واستدلوا بالحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ : " **ثلاث جدهن جـد وهزلهن جد ،النكاح، والطلاق، والرجعة**"[6].

2- **طلاق المخطئ:** يرى الأحناف أن طلاق المخطئ يقع و هو من أراد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق ".[7]

3- **طلاق السفيه:** إن السفيه هو خفيف العقل، وطلاقه يقع عند أكثر جمهور العلماء، أبو حنيفة والشافعي ومالك و أحمد، قالوا بوقوعه لأن السفيه مكلف مالكا لمحل الطلاق[8].

4- **طلاق المريض مرض الموت:** إذا كان مرض الشخص مرض الموت ولم يتأثر عقله بمرضه، بل ظل عقله سليما فإن طلاقه يقع [9].

**البند الثاني: ركن المطلقة و شروطه**

**أولا: أن تكون الزوجة محلا للطلاق:** و تكون في الصور الآتية:

1- إذا كانت الزوجية بينها وبين زوجها حقيقة.

2- إذا كانت معتدة من طلاق رجعي ، أو معتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى لأن الزوجية تعتبر قائمة حكما حتى تنتهي العدة.

3- إذا كانت المرأة في العـــدة الحاصلة بالفرقة كأن تكون الفرقة بإباء الـــزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته فالفرقة

---

[1] د/ عبدالكريم زيدان، المرجع السابق ، ص 379.

[2] ابن قدامة، المرجع السابق ، ص 135.

[3] الكاساني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 100.

[4] الشربيني ،المرجع السابق، ص 239.

[5] الحطاب، المرجع السابق، ص44.

[6] سبق تخريجه.

[7] الكاساني ، المرجع السابق ، ص 100.

[8] كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة ، د ط ، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2003، ص 245.

[9] د/ عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق، ص367.

في هذه الصورة تعتبر طلاقا عند الأحناف.[1]

4- المعتدة من فرقة اعتبرت فسخا لم ينقض العقد ولم يرفع الحل لسبب طارئ كردة الزوجة ،لأن الفسخ في هذه الحال يعتبر إنهاء لعقد الزواج[2].

أما من لا يقع عليها الطلاق ويكون في الحالات التالية:

- لا يقع الطلاق في الزواج الفاسد، ولا تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل لأن الفرقة ليست طلاقا.
- لا يقع الطلاق على المرأة بعد الوطء بشبهة لانعدام الزوجية أصلا، كما لا يقع الطلاق على المرأة المطلقة قبل الدخول ولا على أجنبية ، ولا على البائنة بينونة كبرى[3].

**ثانيا: أن يعين الزوج المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية:** فأيها قدم جاز فإن عين المطلقة بالإشارة والصفة والنية وقع عليها الطلاق اتفاقا، بأن يقول لزوجته بإسمها يا فلانة أنت طالق.[4]

**البند الثالث: ركن الصيغة و شروطه**

يشترط أن يكون لفظا أو ما يقوم مقامه:

أما اللفظ فهو ما يقع به الطلاق أصلا ، ويقع بكل لفظ يفيد انحلال الرابطة الزوجية صريحا كان أم كناية باللغة العربية أم غيرها[5].

أما بالنسبة لطلاق الأخرص ويقع طلاقه بشرط أن يكون بالإشارة المفهومة و أن يكون لا يحسن الكتابة.[6]

**الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من أركان الطلاق و شروطه**

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يحدد أي شروط تخص المطلق وكذلك لم ينص على حكم طلاق السكران والمكره ومن في حكمهما [7] حيث جاء في نص المادة 48 من ق أج " ...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..." فالأزواج إذا كانوا بصدد الطلاق أقسام ، هازل وسكران ومكره ويتضح من خلال نص المادة 48 أن إرادة الزوج شرط لإيقاع الطلاق.

لكن هناك من يوقع الطلاق دون إرادته كالمكره مثلا ، إلا أن المشرع الجزائري قد ترك باب الاجتهاد القضائي واسعا من خلال المادة 222 من ق أج بقولها " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " لكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نلاحظ هناك اختلاف بين الفقهاء ، و المشرع الجزائري لم

[1] سيد سابق، المرجع السابق ، ص 16.

[2] د/ أحمد فراج الحسن ، المرجع السابق، ص 65 .

[3] سيد سابق، المرجع السابق ، ص 16.

[4] كمال بن السيد سالم، المرجع السابق ، ص 251.

[5] أحمد محمد مومني ، المرجع السابق ، ص76.

[6] المرجع نفسه، ص77.

[7] د/بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الأول ،الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ،الجزائر، 2010،ص29 .

يحدد أي المذاهب يمكن الرجوع إليه وكذا لم يحدد قاعدة معينة تضبط بها الاحكام[1].

لكن رغم هذا يمكن استنتاج بعض الشروط في مواد مختلفة منها :

**البند الأول : الأهلية:**

جاء في المادة 7 من ق أ ج:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات".

و عليه فالرجل المرخص له بالزواج من قبل القاضي يمكنه إيقاع الطلاق قبل سن 19 سنة.

وجاء أيضا في نص المادة 85 من ق أ ج :" تعتبر تصرفات المجـنون والمعتوه والسفيه غير نافـذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه" وعليه فالأهلية المطلوبة في القانون الجـزائري والتي يقع بها الطـلاق ، هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية.

كذلك من شروط المطلق أن يكون زوجـا أو وكيلا أو رسولا و التوكيل هو أن يوكل شخصا بتطليق زوجته، أما التفويض هو أن يملك الزوج زوجته طـلاق نفسها ، إلا أن المشرع الجـزائري ألغى التوكيل في التعديل الأخير بالأمـر 02/05 صراحة لكن التفويض قد يشترط[2] بناء على المادة 19 من ق أ ج " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

**البند الثاني : الصفة و المصلحة:**

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، نجد أن المشرع الجزائري قد وضع شروطا عامة لرفع الدعوى أمام القضاء ، ومنها الصفة والمصلحة حيث نصت المادة 13 منه " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"[3] فالمصلـحة أساس كل دعـوى[4] ومصلحة الزوج في الطـلاق هو فك رابطة زوجيه باءت بالفشل[5].

**الفرع الرابع: أقسام الطلاق** ينقسم الطلاق إلى عدة أقسام و هي كما يلي:

**البند الأول: الطلاق من حيث دلالة اللفظ :**

يقع الطلاق من حيث إحتياجه الى النية أو القرينة أو عدم إحتياجه:

---

[1] د/ المصري مبروك ، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية – دراسة فقهية مقارنة- ، د.ط، دارهومة ، الجزائر ، 2010 ص 194.

[2] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار طليطلة ، الجزائر ،2010، ص 116-117.

[3] قانون رقم 09/08 ،المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 25 فبراير 2008 .

[4] د/ فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، د. ط ديوان المطبوعات الجامعية ، 2008، ص15.

[5] ذبيح هشام ، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير ، جامعة حمه لخضر الوادي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، 2014-2015 ، ص30.

**أولا: الطلاق الصريح** : وهو كل لفظ يفيد معنى الطلاق ولا يحتاج المطلق معه إلى نية الطلاق، بل يكفيه فيه لفظ الطلاق الصريح ، وذلك كأن يقول : أنت طالق ، مطلقة ، طلقتك [1] أو نحو ذلك.

**ثانيا: الطلاق الكنائي:** وهو ما يتم بألفاظ لم يخصصها الشرع أو العرف للطلاق بل تستعمل في الطلاق وغيره مثل: أنت بائن ، أنت بتة ، أنت برية ، ألحقي باهلك، أمرك بيدك حبلك على غاربك...الخ، ويحتاج الطلاق الكنائي إلى نية الزوج بالطلاق وهذا بإجماع العلماء إلا أن أبي حنيفة وأحمد اشترطوا إضافة إلى النية أن تدل القرينة أو دلالة الحال على إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ، أما عند الشيعة فلا يقع الطلاق إلا بلفظه[2].

**البند الثاني: الطلاق من حيث الرجعة:**

ينقسم الطلاق من حيث الرجعة إلى طلاق رجعي أو بائن و هو ما ستتناوله بالتفصيل في المبحث الثاني.

**أولا: الطلاق الرجعي:** هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته – مادامت في العدة – بمحض إرادته رضيت أم لم ترض وذلك دون عقد أو مهر جديدين[3] .

**ثانيا :الطلاق البائن:** وهو قسمان:

**1- الطلاق البائن بينونة صغرى:** وهو الذي ينهي الملك ولا ينهي الحل بحيث لا يمكن للزوج إعادة الزوجة إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين.

ويكون ذلك في الطلاق قبل الدخول، الطلاق على مال(الخلع) ، الطلاق الذي يوقعه القاضي بعد انقضاء العدة في الطلقة الواحدة ولم يراجعها فيها زوجها ، وعند الحنفية يقع الطلاق بائنا بينونة صغرى أيضا إذا طلقها بلفظ ( أنت طالق بائنا)[4].

**2- الطلاق البائن بينونة كبرى:** هو الطلاق الذي يزيل الملك ويزيل الحل ، ولا يحق للزوج أن يعيدها إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا ويدخل بها دون **إرادة التحليل**(*)، وهذا يكون إن طلقها الطلقة الثالثة[5] ويمكن أن يعيدها زوجها الأول بعد أن يطلقها زوجها الثاني أو يتوفى عنها و ذلك بعد انقضاء عدتها بعقد ومهر جديدين.

**البند الثالث: الطلاق من حيث الصيغة:**

ويكون إما منجز أو معلق أو مضاف:

---

[1] أبو بكر الجزائري ، منهاج المسلم ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر د ت، ص 423.

[2] د/أحمد محمد المومني ود/ اسماعيل أمين نواهضة ، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع ، الطبعة الأولى، دار المسيرة ، الاردن ، 2009 ،ص 30-31.

[3] احمد نصر الجندي ، المرجع السابق ،ص 201.

[4] المومني ونواهضة ، المرجع السابق ، ص 32.

(*) **إرادة التحليل** : هو أن يتزوج الرجل مطلقة غيره ثلاثا ليطلقها فتحل لزوجها الأول.

[5] السيد سابق ، المرجع السابق ، ص 38.

**أولا: الطلاق المنجز:** الطلاق المنجز هو ما تطلق به الزوجة في الحال [1].

**ثانيا: الطلاق المعلق:** هو الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه ، فلا يقع إلا بعد وقوع ما علقه عليه مثل قول الزوج لزوجته إن خرجت من المنزل فأنت طالق [2].

**ثالثا: الطلاق المضاف إلى زمن المستقبل:** وهو الذي اقترنت الصيغة فيه بزمن المستقبل، كأن يقول لزوجته :أنت طالق غدا أو بعد سنة وذهب أبو حنيفة والشافعي و أحمد إلى وقوعه عند حلول الزمن الذي أضيف إليه ، وقال مالك يقع حالا ، وقال ابن حزم الظاهري ، لا يقع في الحال ولا في الزمن المضاف إليه[3].

**البند الرابع: الطلاق من حيث السنة:**

وينقسم إلى طلاق سني و طلاق بدعي:

1- **الطلاق السني** : الطلاق السني هو الواقع على الوجه الشرعي وشروطه أن يكون واحدة رجعية في طهر لم يمسها فيه و لا يردفها بطلقة أخرى[4].

2- **الطلاق البدعي** : وهو الطلاق الذي يوقعه الزوج مخالفا لما ندب إليه الشرع أي جاء مخالفا لما أمر الله به وذلك كأن يطلق الزوج زوجته ثلاثا بلفظ واحد ، او ثلاث متفرقات في مجلس واحد ، أو يطلقها في حيض أو نفاس، أو في طهر جامعها فيه و هذا النوع من الطلاق يـؤثم صاحبه ، ويرى الفقهاء أنه إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بدعيا فإنه يسن له أن يرتجعها لأنه وقع في معصية ويكون إيقاع الطلاق باختياره[5].

## المبحث الثاني: الطلاق من حيث الرجعة

نتناول في هذا المبحث الطلاق من حيث الرجعة، فخصصنا المطلب الأول للطلاق الرجعي و آثاره ،أما المطلب الثاني للطلاق البائن وآثاره و ما جاء في قانون الأسرة الجزائري حول الطلاق الرجعي والطلاق البائن .

### المطلب الأول: الطلاق الرجعي و آثاره

ونقسم هذا المطلب إلى خمسة فروع نتناول في الفرع الأول مفهوم الطلاق الرجعي وفي الفرع الثاني نتناول حكم الطلاق الرجعي والحكمة من مشروعيته وفي الفرع الثالث خصصناه لتعريف الرجعة ومشروعيتها أما في الفرع الرابع تناولنا فيه أركان الرجعة وشروطها أما الفرع الخامس تناولنا فيه آثار الطلاق الرجعي.

**الفرع الأول: مفهوم الطلاق الرجعي**

**مفهوم الطلاق الرجعي:** هو الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة ، إيقاعا مجردا عن أن يكون

---

[1] أبو بكر الجزائري ، المرجع السابق ،ص 424.

[2] المرجع نفسه ، ص 424.

[3] المومني و نواهضة ،المرجع السابق ، ص 37 .

[4] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري - ، الطبعة الأولى ، مؤسسة كنوز الحكمة ، الجزائر ،2012 ، ص 16.

[5] المرجع نفسه ، ص17-18.

في مقابل مال ، ولم يكن مسبوق بطلقة أصلا ، أو كان مسبوق بطلقة واحدة ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطلاق صريحا أو كناية فإذا لم يكن الزوج دخل بزوجته دخولا حقيقيا ، أو طلقها على مال أو كان الطلاق مكملا للثلاث كان الطلاق بائنا[1].

والأصل في الطلاق أن يكون رجعيا لقوله تعالى ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [البقرة : 229] ،أي أن الطلاق الذي شرعه الله يكون مرة بعد مرة ، وأنه يجوز للزوج أن يمسك زوجته بعد الطلقة الأولى أو الثانية بالمعروف ، والإمساك بالمعروف معناها مراجعتها[2].

**الفرع الثاني: حكم الطلاق الرجعي والحكمة من مشروعيته**

نتناول في هذا الفرع حكم الطلاق الرجعي في البند الأول أما البند الثاني فنتناول الحكمة من مشروعيته.

**البند الأول : حكم الطلاق الرجعي:**

الطلاق الرجعي لا يزيل الرابطة الزوجية ، فيبقى الملك والحل ما دامت المطلقة في العدة ، والمراد بالملك حل الاستمتاع وسائر الحقوق الثابتة بالزواج أما الحل فيقصد به أن تبقى حلال لمن طلقها ولا تحرم عليه ، وعلى هذا للزوج المطلق رجعيا أن يعيد زوجته إلى الزوجية دون عقد جديد ما دامت في العدة دون التوقف على رضاها[3]

**البند الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق الرجعي :**

الحكمة من مشروعية الطلاق الرجعي هو إعطاء الزوج المطلق فرصة لتدارك ما قد عسى أن يكون قد وقع فيه من خطأ وسوء تقدير في تطليق زوجته وذلك بتمكينه من إرجاعها بإرادته في العدة ، وفي إرجاعها فرصة للزوجة ما قد عسى أن تكون قد وقعت فيه من خطأ أو نشوز ، وتقوم بحق الزوج عليها فتدوم الحياة الزوجية في وئام وعشرة طيبة[4]

**الفرع الثالث: تعريف الرجعة ومشروعيتها:**

نتناول في البند الأول تعريف الرجعة لغة واصطلاحا في الفقه الإسلامي أما في البند الثاني نتعرض إلى مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

**البند الأول : تعريف الرجعة**

**أولا: في اللغة** : هي المرة من الرجوع ، وفعلها: رجع بمعنى رد لقوله تعالى:﴿ **وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَىٰ إِلَىٰ قَوْمِهِ غَضْبَانَ أَسِفًا**﴾ [الأعراف:150] ، وقوله تعالى:﴿ **فَإِن رَّجَعَكَ اللَّهُ إِلَىٰ طَائِفَةٍ مِّنْهُمْ**﴾ [التوبة:83].

كما يقال : رجعه إلى أهله و أرجعه إليهم بمعنى رده إليهم ، ويقال إرتجع إلي الأمر أي رده إلي و إرتجع المرأة و

[1] السيد سابق ، المرجع السابق ، ص 34.

[2] المرجع نفسه .

[3] د/حامد عبده الفقي ، أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ،2003 ،ص 24.

[4] د/ عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق ،الجزء الثامن ، ص8.

راجعها مراجعة ورجعا ، رجعها إلى نفسه بعد الطلاق[1].

**ثانيا: في الاصطلاح** : عرفها الفقهاء بتعريفات عدة منها:

1- عرفها الحنيفة : "بأن الرجعة هي استدامة الملك القائم بلا عوض مادامت في العدة"[2].

2- عرفها المالكية :" الرجعة هي عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد[3]، فقوله (عود) يفهم منه عود البائن للعصمة بتجديد عقد لا يسمى رجعة بل يسمى مراجعة ، يتوقف ذلك على رضا الزوجين ، فالمفاعلة تقتضي الحصول من الجانبين[4].

3- وعرفها الشافعية : بأنها رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد"[5]

4- واما الحنابلة : فقد عرفوها بأنها " إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد"[6].

وعموما فالرجعة هي عود المطلق إلى مطلقته الرجعية ما دامت في عدتها بلا مهر ولا عقد جديدين، ولا يشترط رضاها.

**البند الثاني: مشروعية الرجعة :**

الرجعة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

من الكتاب ، **فقوله تعالى:** ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا**﴾ [البقرة : 228] ، أن الله تعالى بين أن الأزواج أحق بمراجعة الزوجات المطلقات في العدة وغير الزوج لاحق له.

وكذلك قوله تعالى:﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [البقرة : 229]، وجه الدلالة في هذه الآية هو مشروعية الرجعة بعد الطلاق الأول والثاني.

– من السنة : فهناك أحديث كثيرة تدل على مشروعية الرجعة منها:

ما رواه أبو عمران الجوني عن قيس بن زيد: "أن رسول اللهﷺ طلق حفصة بنت عمر تطليقة ، فأتاها خالاها قدامة وعثمان بن مظعون فبكت ، وقالت : أما والله ما طلقني عن شبع، فجاء النبي ﷺ فدخل عليها فتجلببت ، فقال :" إن جبريل عليه السلام أتاني فقال لي : **راجع حفصة فإنها صوامة قوامة ، و أنها زوجتك في الجنة**"[7]

– **من الإجماع** أجمع علماء الأمة على أنه إذا طلق الزوج زوجته بعد الدخول بها طلاقا رجعيا فهو أحق برجعتها ولو كرهت المرأة ذلك فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة صارت أجنبية عنه فلا تحل له إلا بنكاح مستأنف[8].

---

[1] ابن منظور ، المرجع السابق المجلد الثامن ، ص 115.

[2] ابن عابدين ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص 32 .

[3] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد عرفة الدسوقي ،الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية ، د. ب ، د. ت، ص 415.

[4] د/ حامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص31 .

[5] الشربيني ، مغني المحتاج ،المرجع السابق، ص304.

[6] البهوتي ، المرجع السابق ، ص341.

[7] سبق تخريجه.

[8] د/ محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ،ص69.

– **من المعقول** : إن الحاجة قد تمس إلى الرجعة حين يقع الطلاق ثم يندم المطلق على فعله ويرغب في إعادة زوجته ، فكانت الرجعة فتحا لباب وتكميلا للمصلحة بإبطال عمل الطلاق ، فلو لم تثبت الرجعة بعد ندم الرجل عليها ولم يمكنه التدارك حينها لا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا.[1]

**الفرع الرابع : أركان الرجعة وشروطها:**

يرى جمهور العلماء أن أركان الرجعة ثلاثة وهي: المرتجع والمرتجعة والصيغة.

**البند الأول : ركن المرتجع**[2]:

و هو الزوج الذي قام بطلاق زوجته طلقة أولى أو ثانية ، راغبا في استمرار العلاقة الزوجية والإبقاء عليها ولا بد من توفر جملة من الشروط الآتية:

**أولا: أن يكون بالغا:** فالصبي لا تصح رجعته كالنكاح وهذا عند جمهور الفقهاء ، خلاف الحنفية الذين أجازوا الرجعة للصبي لأن نكاحه صحيح .

**ثانيا: أن يكون عاقلا:** فلا تصح الرجعة من مجـنون كالنكاح ، فإذا راجع و هو مجنــون أو مغمى عليه بطلت رجعته لبطلان عقوده.

**ثالثا: أن يكون مختارا:** فلو كان مكرها لا تصح رجعته وهذا عند جمهور الفقهاء، على خلاف الحنفية الذين ذهبوا إلى أنه ما دام طلاقه واقع فرجعته صحيحة.[3]

**رابعا: أن يكون على إسلامه:** فلو كان مرتدا لا يصح الارتجاع كالنكاح.[4]

**البند الثاني: ركن المرتجعة** [5]:

و هي المطلقة بعد الدخول بلا عوض ولا استيفاء عدد ويشترط فيها ما يلي:

**أولا: أن تكون المرأة مدخول بها لا بمجرد خلوة** لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا**﴾ [الأحزاب:49].

**ثانيا: أن يكون طلاقها بلا عوض** لأن المطلقة بعوض قد ملكت نفسها.

**ثالثا: أن تكون باقية في العدة** : فلا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة .

**رابعا: أن تكون مطلقة طلاقا رجعيا من نكاح صحيح** فالمفسوخ لا رجعة فيه[6].

---

[1] الكاساني ، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص183.

[2] د/ حامد عبده الفقى ، المرجع السابق ، ص 49-51.

[3] الشربيني ، مغني المحتاج، المرجع السابق ، ص 439.

[4] المرجع نفسه.

[5] د/حامد عبده الفقى ، المرجع السابق ، ص 52.

[6] د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر للطباعة والنشر ، دمشق ،1985 ، ص 467.

**خامسا: أن تكون غير مستوفيه عدد طلقاتها** : إذا استوفي عدد الطلقات وهو ثلاث فلا سلطة له عليها.[1]

**سادسا: أن تكون قابلة للحل للمراجع، لا مرتدة،** فلا تصح مراجعة المرتدة لعدم حلها ولا يصح مراجعة الكافرة التي أسلمت واستمر زوجها في الكفر لعدم الحل[2] .

**البند الثالث: ركن الصيغة:**

**أولا: تعريف الصيغة:**

1- **تعريف الصيغة لغة:** يعنى المصوغ وصيغة الكلمة هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها : جمعها صيغ[3].

2-**التعريف الاصطلاحي:** ترتيب الكلام على نحو صالح لترتب الآثار المقصودة منه، قولهم صيغ البيع وصيغة عقد النكاح[4] .

**ثانيا: صيغ الرجعة** : تكون صيغة الرجعة إما بالقول أو الفعل[5].

1- **الرجعة بالقول:** قد تكون الرجعة بالقول صراحة أو كناية:

أ- **الرجعة بالقول صراحة** :وهي مجمع عليها عند الفقهاء ومثال القول الصريح "راجعتك ، أمسكتك، رددتك.

ب- **الرجعة بألفاظ الكناية** : ومثال الكناية في الرجعة وهو محتمل لها ولغيرها كقوله أنت عندي كما كنت ، أنت امرأتي ،...الخ[6].

تقع الرجعة بلفظ الكناية مع النية ، عند الحنفية والشافعية والمالكية .

أما عند الحنابلة في صحة الرجعة بألفاظ الكناية وجهان[7]:

**الوجه الأول:** لا تصح الرجعة بالكناية لأن الرجعة استباحة بضع مقصود ، ولا تحصل بالكناية كالنكاح.

**الوجه الثاني** : تحصل الرجعة بالكناية إذا نوى كما في كناية الطلاق.

2- **الرجعة بالفعل:** كأن يجامع الرجل زوجته أو يلمس شيئا من أعضائها بشهوة .

وهي ليست محل اتفاق بين الفقهاء كالقولية وإنما اختلفوا في ثبوت الرجعة من عدمها إلى رأيين:

**الرأي الأول:** عدم ثبوت الرجعة بالفعل : وأنها لا تصح إلا بالقول عند القـدرة عليه بأن لا يكون أخـرصا أو معتل اللسان، فلا يجوز الوطء عندهم قبل الرجعة بالقول وهو للشافعية والظاهرية.

---

[1] الشربيني ، مغني محتاج ،المرجع السابق ، ص 442.

[2] المرجع نفسه.

[3] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، ص 529.

[4] محمد رواس قلعجي / حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء ،الطبعة الثانية ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، د.ب ، 1988 ، ص 279.

[5] د/ حامد عبده الفقي، المرجع السابق ،ص 54

[6] المرجع نفسه ، ص 55،58.

[7] د/ عبدالكريم زيدان، المرجع السابق ، الجزء الثامن ، ص38-39.

**الرأي الثاني**: هو ثبوت الرجعة بالفعل: للحنفية والزيدية والإمامية واشترط المالكية واسحاق بن راهوية لثبوت الرجعة بالفعل أو مقدماته أن تكون هناك نية للرجعة بالفعل.[1]

واستدلوا على ذلك بما يلي: **لقوله تعالى**: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا**﴾ [البقرة: 228] ، وكذلك قوله تعالى: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْتَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [البقرة: 229] ، وقوله ﷺ "**إنما الأعمال بالنيات...**"[2]

**ثالثا: شروط الصيغة في الرجعة** : يشترط أن تكون الرجعة منجزة وغير معلقة بشرط مستقبل وغير مضافة إلى زمن المستقبل مثل راجعتك إن شئت ، راجعتك غدا أو بعد شهر ،. ويصح تعليق الرجعة على أمر قد مضى مثل إن كنت فعلت كذا فإني راجعتك وكان الفعل قد وقع فعلا[3].

**البند الرابع : شروط صحة الرجعة:**

**أولا: ما يشترط في صحة الرجعة** :لكي تكون الرجعة صحيحة فلا بد من توفر الشروط[4] الآتية:

**1–** أن يكون الطلاق دون الثلاث: وهذا يعني أن يكون الطلاق رجعيا فإن كان ثلاثا حرمت عليه حتى تنكح زوجا آخر لقوله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾ [البقرة :230 ]

**2–** ألا يكون الطلاق بعوض، فإن كان بعوض فهو خلع لا رجعة فيه لقوله تعالى:

﴿ **إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ [سورة البقرة :229 ]

3- أن يكون الطلاق بعد الدخول فإن كان قبله فلا رجعة فإنه لا عدة على غير المدخول بها .

4- أن يكون الطلاق واقعا فعلا : فلو شك الزوج في طلاق امرأته لم تلزمه مراجعتها .

5- أن يكون الطلاق في نكاح صحيح، لأن الطلاق رفع للنكاح فإن لم يصح النكاح لم يصح الطلاق لأنه فرع منه، فإذا كان النكاح فاسدا فإن المرأة تبين بالطلاق فلا يمكن مراجعتها.

6 أن تكون قبل انقضاء العدة لأن الرجعة لا تصح بعدها ، فإذا انقضت بانت فتمتنع الرجعة ، ولأنها استدامة الملك، والملك يزول بعد انقضاء العدة.[5]

7- يشترط القول الذي تحصل به الرجعة صادرا من الزوج لا من الزوجة[6]، لقوله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ**

[1] د/ حامد عبده الفقي، المرجع السابق ، ص 38.

[2] أخرجه أبو داود سليمان ابن الاشعث ، سنن أبي داود ، الجزء الثالث ،كتاب الطلاق ،باب فيما عني به الطلاق بالنيات، رقم الحديث 2201، ص526.

[3] د/ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ،ص468 .

[4] د/ حامد عبده الفقي، المرجع السابق ، ص 73- 78.

[5] الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع ، المرجع السابق ، ص305.

[6] د/ عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق،ص36.

فِي ذٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ [البقرة:228].

**ثانيا: ما لا يشترط في الرجعة**

**1- رضا المرأة في الرجعة:** لا يشترط بالاتفاق رضا المرأة في الرجعة ولا وليها لقوله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا**﴾ [البقرة : 228] ، فجعل الحق للأزواج وحدهم في الرجعة[1].

**2- إعلام المرأة بالرجعة :** لا يشترط لصحة الرجعة عند جمهور الفقهاء ، إعلام المرأة بها فتصح بغير علمها ، لأن الرجعة حق خالص للزوج ، لا يتوقف على رضا المرأة لكن يستحب اعلام المرأة بالرجعة حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء العدة[2].

**3- الإشهاد على الرجعة:**

ليس الإشهاد على الرجعة شرطا لصحتها عند الجهور، ولكن الإشهاد عليها مستحب احتياطيا حتى لا تنكر الزوجة لها بعد انقضاء العدة وقطعا للشك في حصولها وابتعادا عن الاتهام في العودة إلى معاشرة الزوجة.[3]

**الفرع الخامس: آثار الطلاق الرجعي**

يترتب على الطلاق الرجعي الآثار الأتية:

**أولا: بقاء الزوجية كما هي:** لأن الطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزواج بل بالمآل، فيبقى الزوج زوجا وله حل الاستمتاع عند جمهور الفقهاء إلا الشافعي الذي يرى أن الطلاق الرجعي يزيل حل الوطء إلا إذا راجع الزوج زوجته[4].

**ثانيا: نقص عدد الطلقات:** يترتب على الطلاق الرجعي أنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فإذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا، بقي له طلقتان وإذا طلق طلاقا آخر بقي له واحدة [5].

**ثالثا: انتهاء رابطة الزوجية بانتهاء العدة:** إذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا وانتهت العدة من غير مراجعة بانت منه[6].

**رابعا: إمكان المراجعة في العدة** : يملك المطلق مراجعة مطلقته بالقول اتفاقا وكذا بالفعل.

عند الحنفية والمالكية والحنابلة ما دامت في العدة فإذا انقضت فلا يملك رجعتها إلا بإذنها[7].

**خامسا: المرأة المطلقة طلاقا رجعيا يلحقها طلاق الرجل وظهاره وإيلاؤه ولعانه ويرث أحدهما الآخر** بالإجماع وإن خالعها صح خلعه، وأنها زوجة صح طلاقها ، فصح خلعها، كما قبل الطلاق[8].

---

[1] د/ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص469.

[2] د/ حامد عبده الفقي، المرجع السابق ، ص 85.

[3] د/ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص 439.

[4] محمد كمال الدين إمام ، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت، د .ت، ص 223.

[5] عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق ، جزء الثامن ، ص 12.

[6] د/ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص 439.

[7] المرجع نفسه .

[8] ابن قدامة ، المرجع السابق، ص 554.

**سادسا:** المرأة المطلقة طلاقا رجعيا لها الحق في النفقة والكسوة و السكنى.[1] إلا أن تأتي بفاحشة مبينة لقوله تعالى: ﴿**لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾ [ الطلاق : 23].

**سابعا:** ليس للزوج أن يتزوج احدى محرمات الزوجة كأختها وكل ما لا يجوز الجمع بينها وبين مطلقته[2]

## المطلب الثاني: الطلاق البائن و آثاره

إذا لم يكن للزوج حق الرجعة على مطلقته فالطلاق يسمى بائنا والطلاق البائن ينقسم إلى نوعين بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى ونتناول في الفرع الأول الطلاق البائن بينونة صغرى وفي الفرع الثاني الطلاق البائن بينونة كبرى كما نتطرق إلى آثاره في الفرع الثالث أما في الفرع الرابع الطلاق الرجعي و البائن في قانون الأسرة الجزائري.

### الفرع الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى:

نتناول في هذا الفرع تعريف الطلاق البائن بينونة صغرى وحالاته وكذا آثار هذا الطلاق.

#### البند الأول: تعريف الطلاق البائن بينونة صغرى:

هو الطلاق الذي لا يملك الزوج فيه أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد سواء في ذلك أن يكون في عدتها أو بعد انتهاء العدة[3].

#### البند الثاني: حالات الطلاق البائن بينونة صغرى:

**أولا: الطلاق قبل الدخول** :يقع بائنا لقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا**﴾ [الأحزاب:49] ، ووجه الدلالة لهذه الآية الكريمة أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها، وحيث لا عدة عليها لا يملك الزوج المطلق رجعتها فلا يكون الطلاق رجعيا ، بل يكون بائنا وعلى هذا إجماع أهل العلم[4].

**ثانيا: الطلاق بعد الخلوة:** الطلاق بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول حقيقة فإنه يقع بائنا عند الجمهور لعدم الدخول الحقيقي و من ثم لا تجب العدة فلا يملك الزوج حق الرجعة أما ثبوت العدة عند الحنفية في الطلاق بعد الخلوة الصحيحة فهي للاحتياط وليس لثبوت الرجعة فيها للزوج[5].

**ثالثا: الطلاق على مال (الخلع):** الطلاق على مال يقع بائنا لأن الزوجة ما دفعت المال لزوجها في الخلع ليطلقها إلا لتملك نفسها وتخلص من قيد الزوجية ولا يتأتى لها ذلك بجعل الطلاق رجعيا بل بجعله بائنا[6].

**رابعا: الطلاق الذي يوقعه القاضي** : لا لعدم الإنفاق أو بسب الإيلاء، وإنما بسب عيب في الزوج او للشقاق بين

---

[1] د/ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص 463.

[2] د/ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق ، ص223.

[3] د/ عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص50.

[4] ابن قدامة ، المرجع السابق ،الجزء السابع ، ص 264.

[5] احمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق و آثارهما، د.ط ، دار الكتب القانونية ، مصر، 2004 ،ص 154-155.

[6] د/ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق ، ص 51.

الزوجين أو لتضرر الزوجة من غيبة الزوج أو حبسه لأن الإلتجاء إلى القضاء لا يكون إلا لدفع الضرر عنها وحسم الزواج ولا يتحقق المقصود إلا بالطلاق البائن[1] .

**خامسا: ما يقع باللفظ الصريح ولكنه موصوف:** بما يدل على البينونة مثل أنت طالق بائن ، أو موصوف بأفعال التفضيل مثل أنت طالق أشد الطلاق أو يتشبه صريح الطلاق بالعدد مثل أنت طالق كألف ألف[2].

**البند الثالث: آثار الطلاق البائن بينونة صغرى**

يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الآثار[3] التالية:

**أولا:** تسقط كل الحقوق الزوجية بالطلاق البائن إلا ما كان من نفقة المعتدة وسكناها.

**ثانيا:** لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته في العدة ولا بعدها إلا بمهر وعقد جديدين ويشترط رضاها في الحالتين.

**ثالثا:** يحتسب من الطلقات التي يملكها الزوج أي نقص عدد الطلقات التي يلكها الزوج.

**رابعا:** يمنع التوارث بينهما فإذا مات أحدهما في العدة فلا ترثه إلا إذا كان فار فترثه لمعاملته بنقيض مقصوده.

**خامسا:** يحل بالطلاق مؤخر الصداق إلى أبعد الأجلين الموت أو الطلاق[4].

**الفرع الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى** : نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الطلاق البائن بينونة كبرى وحالاته آثاره وشروط رجعتة إلى زوجها الأول وكذا مسألة الهدم .

**البند الأول: تعريف الطلاق البائن بينونة كبرى:**

"هو الذي لا يملك فيه الزوج حق إرجاع مطلقته لا في عدتها ولا بعد انتهاء عدتها إلا بعد عقد نكاح جديد ومهر جديد،وبعد أن تكون قد نكحت زوجا آخر ودخل بها هذا الزوج ثم فارقها بموته أوطلاقه،ثم انتهت عدتهامنه[5].

ودليله من الكتاب لقوله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾ [البقرة :230] ، ودليله من السنة قوله ﷺ لإمرأة رفاعة وقد طلقها زوجها ثلاثا وأرادت أن تعود إليه بعد أن تزوجت بآخر دون معاشرة زوجية ، "**لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك** "[6] وهذا القول كناية عن الوطء.

**البند الثاني: حالات الطلاق البائن بينونة كبرى**

**أولا: الطلاق المكمل للثلاث:** إن الطلاق البائن بينونة كبرى مكملا للثلاث بأن يكون الزوج قد طلق زوجته طلقتين سابقتين ثم اتبعها بالطلقة الثالثة[7]هو الأصل في الطلاق البائن بينونة كبرى باتفاق الفقهاء.

---

[1] د/ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص 435.

[2] د/ عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص52.

[3] د/ المصري مبروك ، المرجع السابق، ص140-141.

[4] السيد سابق ، المرجع السابق ، ص 38.

[5] د/ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق ، ص 62.

[6] أخرجه ، محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، الطبعة الاولى ، دار ابن كثير، دمشق، 2002 ،كتاب الشهادات ، باب شهادة المختبئ ، رقم الحديث 2639 ، ص641.

[7] د/ عبد الكريم زيدان ،المرجع السابق ، ص 62-63.

**ثانيا: طلاق الثلاث بلفظ واحد:** وذهب جهور الفقهاء إلى أن الطلاق بلفظ واحد( أنت طالق ثلاثا) أو المتتابع ( أنت طالق أنت طالق أنت طالق) في مجلس واحد يقع، ثم اختلفوا هل يقع ثلاثا أو اثنتين، كما أوقعه الزوج؟ أم أنه لا يقع به إلا طلقة واحدة؟

ذهب جهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية و الحنابلة: إلى أنه يقع كما أوقعه الزوج إن ثلاثا فثلاث وإن اثنتين فاثنتين[1] ، كما لا يقع إلا طلقة واحدة وهذا قول بعض الصحابة ومنهم الزبير ابن العوام، وبعض التابعين منهم محمد ابن اسحاق وعكرمة، وهذا ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية، وهذا ما سارت علية بعض القوانين في الدول الإسلامية[2].

**البند الثالث: شروط النكاح الذي تحل به المطلقة ثلاثا للزوج الأول:** يشترط ما يلي:

**أولا** : أن يكون نكاحا صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه وفق الشرع.

**ثانيا:**اشتراط جمهور الفقهاء الوطء فلا يكفي مجرد العقد الصحيح الذي يعقده الزوج الثاني على مطلقة الأول[3].

**البند الـرابع: مسألة الهدم:**

إن المتفق عليه أن المطلقة طـلاقا بائنا بينونة كبرى إذا تزوجـت ، ثم طلقت وعـادت إلى زوجـها الأول بعـد انقضاء عدتها تعود إليه بحل جديد ، ويملك عليها ثلاث طلقات لأن الزوج الثاني أنهى الحل الأول[4] أما فيما دون الثلاث فقد اختلف الفقهاء إلى رأيين[5]:

**الرأي الأول:** قال به المالكية والشافعية والحنابلة قالو أن الزوج الثاني لا يهدم ما صدر من الـزوج الأول من طلقة أو طلقتين فإذا طلقت أو مات عنها الزوج الثاني قبل الطلقة الثالثة من الزوج الأول ثم عـادت إليه بنكـاح جديد ، فإنها تعود إلية ببقية الطلقات.

**الراي الثاني:** قال به أبو حنيفة و أبو يوسف أن الزوج الثاني يهدم الطلقة والطلقتين الصادرتين من الزوج الأول إذا تزوجها الأول فإنها تعود إليه بطلقات ثلاث.

**الفرع الثالث: آثار الطلاق البائن بينونة كبرى** : الطـلاق البائن بينونة كـبرى يزيل قيد الـزوجية مثل البائن بينونة صغرى ، ويأخذ جميع أحكامه ،إلا أنه لا يحل رجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجا آخرا نكاحا صحيحا ويدخل بها دون إرادة التحليل[6] ، أي أن المطلقة تحرم تحريما مؤقتا.

---

[1] د/ المصري المبروك، المرجع السابق 150.

[2] المرجع نفسه، ص 150-151.

[3] القرطبي ، المرجع السابق ، ص 89-90 .

[4] السيد سابق ، المرجع السابق ، ص39.

[5] أحمد نصر الجندي ، المرجع الطلاق والتطليق و آثارها ، المرجع السابق ، ص 163-164.

[6] السيد سابق ، المرجع السابق ، ص38.

**الفرع الرابع: الطلاق الرجعي والطلاق البائن في قانون الأسرة الجزائري**

نشير في هذا الفرع إلى ما تناولته المادتين 50 و 51 من ق أ ج حول الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

**البند الأول : الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى**

نلاحظ من خلال المادة 50 من ق أ ج والتي تنص على أن " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد" أن حكم الطلاق هو الفيصل في تحديد نوعي الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى، حيث أن المشرع الجزائري أشار إشارة عابرة إلى إمكانية الرجعة و لم ينص صراحة على الطلاق الرجعي والطلاق البائن بينونة صغرى .

وبناء على المادة 50 المذكورة أعلاه إذا كانت محاولات الصلح قد توجت بمحضر ايجابي قبل صدور الحكم يكون الطلاق رجعيا أما إذا صدر الحكم بالطلاق بعد محاولات الصلح فيصير الطلاق بائنا بينونة صغرى.

و هذا التقسيم منطقي مقارنة لما ورد في المادة 49 من ق أ ج حيث جاء فيها:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر..."، فهي تقضي بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم القاضي ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد محاولات الصلح [1].

**البند الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى**

نصت المادة 51 من ق أ ج على أن:" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء "، وهذ النص مستمد من قوله تعالى﴿ **وإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ** ﴾ [البقرة:230 ].

والأئمة الأربعة متفقون على أن اللفظ إذا تكرر بالعدد ثلاث مرات يقع الطلاق بائنا بينونة كبرى بينما الإمام ابن تيمية خالف في المسألة واعتبر اللفظ المقترن بالعدد ثلاث مرات لا يقع إلا طلقة واحدة وهوما أخذ به المشرع الجزائري[2].

ومما جاء في المادة 51 من ق أ ج أن الطلاق الثلاث تحرم به الزوجة ، ولا يجوز مراجعتها إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ثم يطلقها أو يموت عنها بعد البناء وهذا الحكم موافق في مجمله للشريعة الإسلامية، إلا أن المادة لم تحدد نوع الطلاق أهو الطلاق الثلاث بكلمة واحدة أو الطلاق المتتابع في مجلس واحد، كما أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقا للمادة 49 منه وبالتالي لابد من ثلاثة أحكام قضائية متتالية حتي يكون الطلاق بائن بينونة كبرى، ولكن هـــذا الحكم لا ننسبه إلى المشرع الجزائري لأنه في المادة 222 من ق أ ج نصت على أنه :" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" كما لم ينص على طلاق المعتدة[3].

[1] د/ المصري المبروك، المرجع السابق، ص141.

[2] د/بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل – دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية-،الطبعة الأولى دار الخلدونية ، الجزائر2008،ص185.

[3] د/ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 159، بتصرف.

## ملخص الفصل الأول

من خلال دراستنا للفصل الاول من موضوع **أثر الحكم القضائي على الطلاق الرجعي** حيث تطرقنا إلى الطلاق في الفقه الإسلامي الذي يعتبر المرجع الأساس للمشرع الجزائري فيما يتعلق بأحكام الطلاق ، إلا أن هذا الاخير لم يشر صراحة إلى شروط المطلق أو المطلقة ولم ينص على طلاق المكره والسكران ومن في حكمهما بل فتح باب الاجتهاد واسعا من خلال المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري .

كما لم يشر إلى طلاق الصبي وهذا نظرا لأن سن الرشد المدني هو 19 سنة كاملة والذي هو سن إكتمال اهلية الزواج ولا يسمح بالزواج للقاصر الذي لم يبلغ هذا السن إلا بترخيص من القاضي ، كما لا يمكن للقاصر أن يطلق زوجته بنفسه بل عليه تقديم طلب بإسمه من قبل وليه أو مقدمه وذلك حسب الحالة وفقا ما نصت عليه المادة 437 من ق إ م إ.

وما يمكن ملاحظته أيضا من خلال نص المادة 50 أنه لم ينص على الطلاق الرجعي والبائن صراحة بل أشار إليهما إشارة عابرة من خلال امكانية الرجعة وجعل الحكم القضائي بالطلاق هو الفيصل في تحديد نوعي الطلاق الرجعي والطلاق البائن .

كما يتضح أن هناك غموض وابهام يكتنف مواد الطلاق المنصوص عليها في قانون الأسرة مما أثار عدة اشكالات وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني.

# الفصل الثاني : الحكم المثبت للطلاق واشكالاته

اعتبرت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري الطلاق بالإرادة المنفردة صورة من صور حل الرابطة الزوجية حيت نصت على أن " ...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة للزوج أو...."كما جاء في المادة 49 من نفس القانون انه:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم ..."وهذا معناه أن تلفظ الزوج بالطلاق لا يكفي الاحتجاج به أمام الجميع ولا يرتب أي آثار للطلاق، بل لابد عليه أن يتقدم أمام القضاء" المحكمة المختصة " من أجل تقديم طلب يلتمس من خلاله طلب الطلاق وفك الرابطة الزوجية بينه وبين زوجته واصدار حكم يثبت الطلاق .

ولكن السؤال الذي يمكن طرحه هو هل القانون يعترف بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج دور القضاء وماهي الإشكالات التي يمكن إثارتها في هذه الحالة؟

وعلى هذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول: **استصدار الحكم المثبت للطلاق** والذي يتكون من مطلبين، الأول: **طبيعة حكم الطلاق** والمطلب الثاني : **إجراءات استصدار حكم الطلاق**.

أما في المبحث الثاني : **اشكالات الحكم القضائي على الطلاق الرجعي وموقف القضاء منه و** ونقسمه إلى مطلبين: الأول: **اشكالات الحكم القضائي على الطلاق الرجعي** والثاني **موقف القضاء من الطلاق العرفي**.

## المبحث الأول: استصدار الحكم المثبت للطلاق

إن الحكم المثبت للطلاق له طبيعة خاصة واجراءات معينة يجب اتباعها لإستصدار حكم بالطلاق ولذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول: طبيعة الحكم بالطلاق وفي المطلب الثاني خصصناه إلى إجراءات استصدار حكم الطلاق.

### المطلب الأول: طبيعة حكم الطلاق

قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع تناولنا في الفرع الأول تعريف الحكم القضائي لغة و اصطلاحا وقانونا وفي الفرع الثاني تناولنا تقسيمات الحكم القضائي وفي الفرع الثالث طبيعة حكم الطلاق.

**الفرع الأول: تعريف الحكم القضائي:**

نتناول فيه تعريف الحكم لغة واصطلاحا في فقه القانون وفي قانون الجزائري

**البند الاول: تعريف الحكم لغة واصطلاحا**

**أولا : التعريف اللغوي للحكم** : وهـو العلم والفقه والقضاء بالعدل، وهـو مصدر حـكم ، يحكم ، والعرب تقول حكمت و أحكمت وحكّمت بمعنى منعت ورددت[1].

**ثانيا: التعريف الإصطلاحي للحكم في فقه القانون:** تعريف الحـكم اصطلاحا في فقه القانـون يعني هـو:" القرار النهائي الدي تصدره المحكمة عندما تنتهي من النظر في الدعوى المرفوعة إليها[2]".

**البند الثاني: تعريف الحكم في القانون الجزائري:**

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للحكم في ق إ م إ ، وبالرجوع الى المواد من 272 إلى 275 من ق إ م إ نجد أن المشرع نص على البيانات التي يجب توافرها في الحكم القضائي قبل النطق به وذلك تحت طائلة البطلان إن تخلف أحد البيانات المنصوص عليها.

**الفرع الثاني: تقسيمات الحكم القضائي:**

تتكون الخصومة من مجموعة من الطلبات والدفوع التي يثيرها الأطراف و الغير، ومنها ما يتعلق بالشكل والإجراءات ومنها ما يتعلق بالموضوع وعلى القاضي أن يفصل في هذه المسائل المتنوعة والمتشابكة الواحدة تلو الأخرى حتي يتمكن في النهاية من الوصول إلى حكم ينهي الخصومة[3].

هناك عدة تقسيمات للحكم في القانون منها أحكام صادرة بالفصل في الموضوع و أحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع وهناك أحكام قطعية وأحكام غير قطعية و أحكام حضورية و أحكام غيابية و أخرى معتبرة حضوريا و أحكام ذات طابع مؤقت ورغم هذا التعدد والتنوع في الأحكام إلا أن جميعها تتميز بميزة ترتيب الآثار التي

[1] ابن منظور، المرجع السابق، المجلد الثاني عشر، ص 141.

[2] جرجس ، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية ، الطبعة الاولى ، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت ، 1996 ، ص 141.

[3] د/ أحمد عوض الزغبي ، أصول المحاكمات المدنية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار وائل للنشر ، الاردن ، 2006 ، ص732 .نقلا عن وجدي راغب وسيد أحمد ، ص 419 .

تصدر بها.

فالأحكام القضائية كلها أيا كان نوعها لها قوة نفاذ في مواجهة الجميع و من بين التقسيمات التي يصنف تحتها حكم الطلاق هو تقسيم الأحكام من حيث أثرها على أصل الحق الموضوعي، فهناك أحكام مقررة وأخرى منشئة وثالثة أحكام بإلزام[1] وكل حكم تقابله دعوة خاصة وكل له طبيعة خاصة و آثار قانونية يتميز بها عن غيره.

**البند الأول: حكم الإلزام**

وحكم الإلزام يقصد به الحكم الذي يتضمن الزام المحكوم عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري ، ويعتبر حكم الإلزام صورة من القضاء الموضوعي، وهو يترتب عليه آثار قانونية كحجية الأمر المقضي فيه والقوة التنفيذية لحكم الإلزام ويقصد بالقوة التنفيذية للأحكام ،ما يرتبه القانون عليها من أثر تنفيذي[2].

فحكم الإلزام يصلح لأن يكون سندا تنفيذيا يعتمد عليه المحكوم له بتحريك اجراءات التنفيذ الجبري ضد خصمه[3].

فحكم الطلاق ليس حكم إلزام من حيث لا يترتب على المدعي عليه وهي المطلقة هنا أي الزام بأداء معين.

**البند الثاني: الحكم التقريري:**

الحكم التقريري هو الحكم الذي يؤكد وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني أو واقعة قانونية معينة مزيلا بذلك الشك القائم حول هذا الوجود دون إلزام المحكوم عليه بأداء معين أو إحداث تغيير في الحق أو المركز القانوني المدعى به، فالمدعي الذي يرفع دعوى تقرير إنما يريد تأكيد حقه أو مركزه القانوني وليس دفع اعتداء مخالف للإلتزام ، وهو لا يرمي بذاته إلى تحقيق المراكز القانونية تحقيقا جبريا ، ولا يعترف له القانون بأية قوة تنفيذية ولا يعد سندا تنفيديا ، يمكن المحكوم له من مباشرة التنفيذ الجبري[4].

**البند الثالث : الحكم المنشئ**

الحكم المنشئ هو الحكم الذي يقرر إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو وضعية قانونية موضوعية أي هو الحكم الذي يحدث تغييرا في حقوق الأفراد أو مراكزهم القانونية بالإضافة إلى أنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية ولا يصلح سندا تنفيذيا، ذلك أن الحماية القضائية للحق المنشئ تتحقق كاملة بواسطة الحكم ، إذ يترتب على صدوره إحداث التغيير القانوني المطلوب ولا يكون هناك حاجة لأية حماية لاحقة عن طريق التنفيذ الجبري[5].

**الفرع الثالث: طبيعة حكم الطلاق**

يرى غالبية فقهاء القانون أن صدور الحكم بالطلاق ما هو إلا إثبات لواقعة الطلاق الذي هو من التصرفات

---

[1] د/ نبيل اسماعيل عمر ، الحكم القضائي ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة، مصر ،2008، ص 14.

[2] د/ أحمد عوض الزغبي، المرجع السابق ، ص 779.

[3] المرجع نفسه، ص 780.

[4] المرجع نفسه، ص 775-777.

[5] المرجع نفسه ، ص 778-779.

بالإرادة المنفردة للـزوج وعليه فليس لقضاة المـوضوع عند التصريح بحـكم بالطـلاق دور البحث في تأسيس الوقائــع المدعى بها [1]، وتبعا لذلك فإن أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة لا تقع بمجرد إعلان الزوج عن إرادته ، وإنما لابد من صدور حكم قضائي بغض النظر عن طبيعته الكاشفة أو المنشئة.

لابد من الإشارة إلى أن طبيعة الحكم بالطلاق هي مسألة خلافية بين شراح القانون، و أن التمييز بين الأحكام الكاشفة والمنشئة ، هو وليد التمييز بين الأحكام القضائية والأحكام الولائية فالقائلون بأن حكم الطلاق كاشف يعتبرونه من الأعمال الولائية التي يصدرها القاضي دون أن يكون هناك نزاع بين الطرفين فالقاضي لا يواجه نزاع بين الزوجين ، وإنما يكون تدخله لوضع إرادة الزوج المطلق في شكل قانوني يكون قادرا على إنتاج الأثر القانوني[2].

وفي هذا الصدد نصت المادة 450 من ق إ م إ " يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق..." و هذا قبل إصدار الحكم بالطلاق، أي أنه لابد من اجتماع أمرين أساسيين لإحداث الأثر القانوني لحكم الطلاق وهما إرادة الزوج في الطلاق والشكل القانوني المطلوب.

يرى البعض الأخر من فقهاء القانون أن الحكم بالطلاق كبقية الأحكام ، هو عمل قضائي صادر بعد اجراء القاضي محاولات الصلح وفشله في ذلك وهو حكم منشئ كونه يرتب ويؤسس لمركز قانوني جديد ، يتمثل في مركز المطلق ومركز المطلقة[3].

و خلاصة القول أن حكم الطلاق حكم كاشف ومنشئ في نفس الوقت ذلك أن حكم الطلاق يختلف عن غيره من الأحكام من حيث الطبيعة الخاصة، و الآثار القانونية التي تميزه.

## المطلب الثاني: إجراءات استصدار حكم الطلاق

لاستصدار حكم بالطلاق لابد من اتباع مجموعة من الإجراءات وردت في ق إ م إ وبناء عليه قسمنا هذا المطلب إلى خمسة فروع تناولنا في الفرع الأول الجهة القضائية المختصة بالفصل في أحكام الطلاق وفي الفرع الثاني شروط رفع الدعوى والفرع الثالث إجراء محاولات الصلح في دعوى الطلاق والفرع الرابع حكم الطلاق و تسجيله أما الفرع الخامس آثار حكم الطلاق.

### الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بالفصل في أحكام الطلاق

نتعرض في هذا الفرع إلى الاختصاص النوعي و الإقليمي للجهة المختصة بالفصل في أحكام الطلاق.

#### البند الأول: الاختصاص النوعي :

نظم قانون ق إ م إ الإختصاص النوعي للمحاكم التي تنظر وتفصل في قضايا الطلاق وذلك بالرجوع إلى أحكام المادة 423 /1 بقولها: " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

"الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط

[1] أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري، لأحدث التعديلات، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2010،ص 292.

[2] ذبيح هشام، المرجع السابق، ص 95.

[3] احمد شامي، المرجع السابق ، ص 293.

المذكورة في قانون الاسرة"

من خلال الفقرة الأولى من هذه المادة يتضح أن قسم شؤون الاسرة في المحكمة من صلاحياته النظر والفصل في قضايا الطلاق وهو ما عبر عليه بانحلال الرابطة الزوجية، أي أن كل نزاع يتعلق بمسألة الطلاق يجب عرضه على قسم شؤون الأسرة المتواجد على مستوى المحاكم الإبتدائية للقضاء العادي وإلا سيتم الدفع بعدم الاختصاص من طرف الجهة المختصة.

حسب المادة 36 من ق إ م إ أن الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى[1].

**البند الثاني: الاختصاص الإقليمي:**

على خلاف الإختصاص النوعي لا يعتبر من النظام العام وبالتالي يجوز للأطراف الإتفاق على خلافه إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر في المادة 40 من ق إ م إ.

بالنسبة للاختصاص الإقليمي لموضوع الطلاق فقد نصت عليه المادة 426 /3 من ق إ م إ بقولها " تكون المحكمة مختصة إقليميا:

في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما".

من خلال نص المادة يتضح أن الإختصاص المحلي لمحكمة شؤون الأسرة ، فيما يتعلق بموضوع الطلاق كالتالي:

- موطن مسكن الزوجية —طلب الطلاق- طلب الرجوع إلى بيت الزوجية
- محكمة إقامة أحد الزوجين (باختيارهما )، في طلبات الطلاق بالتراضي[2]

والذي يهمنا في المادة أن الطلاق الذي يقع بالإرادة المنفردة للزوج والذي يؤول الاختصاص الإقليمي فيه للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية ، أي أن الزوج الذي يريد رفع دعوى الطلاق يجب أن يرفعها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية.

**الفرع الثاني: شروط رفع الدعوى**

يقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته وهي وسيلة مشروعة للتعبير عن الرغبة في الدفاع على الحق[3].

ولقبول دعوى قضائية أمام المحاكم لابد من توافر شروط موضوعية في المدعي والمدعي عليه وكذا ما يشترطه القانون قبل رفع الدعوى في بعض القضايا كالإذن القانوني وشروط شكلية (اجراءات رفع الدعوى).

يتضح من خلال المادة 436 من ق إ م إ والتي تنص على أن" ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام

---

[1] د/ بربارة عبدالرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري2008)، الطبعة الثانية ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2009، ص90.

[2] سائح سنقوقة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزء الاول ، د.ط ، دار الهدى ن عين مليلة ، 2011،ص579.

[3] بربارة عبدالرحمان ، المرجع السابق، ص 32.

قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى". وهــذا يعني أن المشرع قد أحـال تطبيق المادة على النص العام الوارد في المادة 13 من ق إ م إ .[1]

**البند الأول: الشروط الموضوعية لرفع الدعوى:**

نتعرض هنا إلى الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوفر حتى تقبل الدعوى أمام القضاء ،حيث نصت المادة 13 من ق إ م إ على أنه:"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ،وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي و المدعي عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون " وهذا خلافا لنص المادة 459 الملغاة والتي نصت في فقرتها الأولى إلى الصفة والمصلحة وأهلية التقاضي كذلك.

**أولا– شرط الأهلية:** والمقصود بالأهلية في مجال الخصومات الزوجية هو أهلية التقاضي أمام المحكمة بمعنى أنه إذا تنازع الزوجان فإنه لكي تنظر المحكمة في موضوع نزاعهما يجب أن يكون كل واحد منهما متمتعا بأهلية التقاضي طبقا لأحكام الأهلية في المادة 40 من القانون المدني الجزائري[2] التي نصت على أنه " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة " لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل دعوى من أو على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا من ممثله القانوني طبقا لنص المادة 437 من ق إ م إ التي نصت على أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم طلب الطلاق بإسمه ، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة" ، وجاء في نص المادة 1/64 من ق إ م إ والتي جاءت تحت قسم الدفع بالبطلان ونصت على أن:" حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها على سبيل الحصر فيما يأتي:

1– انعدام اهلية الخصوم،

2– انعدام الأهلية والتفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي. "

**ثانيا– شرط الصفة** : يتضح من خلال نص المادة 13 المذكورة آنفا أن شرط الصفة هو شرط أساسي ولازم لقبول الدعوى وهو من النظام العام و يكتسب الشخص صفة التقاضي بموجب نص في القانون (عن طريق ممثله القانوني ) يمنحه هذه الصلاحية ، أو يكتسبها تلقائيا في جميع الدعاوى المفتوحة لكل من له مصلحة[3].

إذن فالصفة هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية سواء بنفسه أو ممثله القانوني[4]. والصفة في دعوى اثبات الطلاق معناه أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعواه ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة ، لـذا يجب لتحقيق هذا الشرط أن يكـون المدعي هـو الزوج أو الـزوجة نفسها أو

[1] المرجع نفسه ، 34.

[2] قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44، بتاريخ 26 يونيو 2005 ص 18.

[3] العيش فضيل ، شرح قانون الإجراءات القانونية والإدارية الجديد ، منشورات أمين د ب ن ، ص44.

[4] المرجع نفسه ، ص44.

أحد ممثليهما قانونا[1] وتثبت الصفة في الدعوى بتقديم الزوج طالب الطلاق نسخة من عقد الزواج إذ لا يمكن رفع دعوى الطلاق إلا إذا كان الطرفان متزوجين زواجا صحيحا ورسميا.

**ثالثا– شرط المصلحة:** نصت أيضا المادة 1/13 من ق إ م إ المذكورة سابقا يجب أن تكون لرافع الدعوى مصلحة وهي مناط الدعوى.

المصلحة في هذا المعنى هي المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء إذ أن المصلحة القانونية هي التي يعتد بها أي لابد أن تستند إلى حق يحميه القانون ويشترط أن تكون شخصية ومباشرة وأن تكون قائمة وحالة [2].

إن الزوج الذي يرفع دعوى طلاق على زوجته أو العكس ، إنما تكون مصلحته في وضع حد لرابطة زوجية فاشلة لم تحقق أغراضها في بناء أسرة مقوماتها الرحمة والمودة والتآلف و إنها مصلحة قائمة وليست محتملة لأنها تستند إلى مركز قانوني وهو الزوج أو الزوجة.

**البند الثاني : الشروط الشكلية**

**أولا– عريضة افتتاح الدعوى:**

**العريضة هي:** اصطلاح قانوني يقصد به الطلب المكتوب الموجه للقاضي والذي يعرض من خلاله العارض ادعاءاته وطلباته ودفوعه من أجل طلب الحصول على حكم في الدعوى[3].

وفقا لما جاء في المادتين 14 و 15 من ق إ م إ تودع عريضة افتتاح دعوى طلاق بأمانة الضبط لدى المحكمة مقر الزوجية قسم شؤون الأسرة وتكون مكتوبة وموقعة من قبل الزوج أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف بما فيها النيابة.

وتشتمل العريضة التي يقدمها على عرض موجز لموضوع النزاع و أسباب طلب الطلاق وعلى النص القانوني الواجب التطبيق إن أمكن [4]ويدعم هذا الطلب بوثيقتي عقد الزواج وشهادة عائلية مستخرجتين من الحالة المدنية بالبلدية ، وإن تخلف أحد البيانات المذكورة في المادة 15 يؤدي الى عدم قبول العريضة شكلا.

**ثانيا: قيد افتتاح عريضة الدعوى:** طبقا لما جاء في نص المادة 16 من ق إ م إ بعد تقديم العريضة من طرف الزوج إلى أمين الضبط الذي يقوم بتقييدها حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها. يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة مع احترام مدة 20 يوما من تاريخ ايداع العريضة على الأقل.

**ثالثا :دفع الرسوم** : تنص المادة 1/17 من ق إ م إ على انه : " لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" يعتبر حق التقاضي و مجانيته من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور لكل مواطن إلا أن هذه الرسوم هي رمزية لا تتعارض مع مبدأ مجانية التقاضي ، وهي فقط مساهمة بسيطة من طرف

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة لجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و لنشر 1996 ، ص 239.

[2] العيش فضيل ، المرجع السابق ، ص 48.

[3] المرجع نفسه، ص 52.

[4] عبدالعزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، الطبعة الثالثة ، دار هومة ، الجزائر ،2011 ،ص 117.

المتقاضي و ليست نظير خدمة عمومية.[1] وتحدد قيمة الرسوم في دعاوى الأحوال الشخصية والتي حددتها المادة 213 من قانون التسجيل ومن بينها دعاوى الطلاق بمبلغ 450 دج على مستوى المحاكم و 750 دج على مستوى المجالس القضائية[2]

**رابعا: تبليغ العريضة للزوجة والنيابة العامة:** بعد ايداع عريضة دعوى الطلاق لدى أمانة الضبط بالمحكمة مصحوبة بوصل تسديد رسوم تسجيل الدعوى يقوم الزوج وفقا للمادة 438 من ق إ م إ بتبليغ الزوجة المطلوب طلاقها والنيابة العامة بنسخة لكل منهما من عريضة الدعوى تبليغا رسميا بواسطة المحضر القضائي، كما يجوز تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط[3].

**الفرع الثالث: إجراء محاولات الصلح في دعوى الطلاق:**

بعد أن يتأكد قاضي شؤون الأسرة من صحة اجراءات قبول الدعوى شكلا وموضوعا من خلال عريضة الإفتتاح يشرع في محاولات الصلح بين الزوجين.

**البند الأول– إجراء الصلح** : هو اجراء وجوبي بموجب المادة 49 من ق أ ج التي تنص على أنه :" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة (3)أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

يتضح من خلال النص أنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، و أن محاولات الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بحكم الطلاق وكذا في نص المادة 439 من ق إ م إ وهو:" محاولات الصلح وجوبية ،وتتم في جلسة سرية" فالصلح إذن هو إجراء وجوبي ويتم في جلسة سرية سواء تعلق الأمر بالطلاق بناء على طلب أحد الزوجين أو الطلاق بالتراضي[4].

كما جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم 372130 بتاريخ 2006/11/15 أن "محاولة الصلح في دعوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط"[5].

**أولا :الصلح أمام القاضي:** بناء على نص المواد من 440 إلى 442 من ق إم إ في التاريخ المحدد لإجراء عملية الصلح يستمع القاضي لكل زوج على انفراد ثم للزوجين معا ،ويمكن حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح بناء على طلب أحد الزوجين[6].

---

[1] بربارة عبدالرحمان ، المرجع السابق ، 55

[2] الأمر رقم 15-01 المؤرخ في 23 يوليو 2015 و المتضمن قانون المالية التكميلي المتمم للمادة 213 من القانون 76-105المتضمن قانون التسجيل المؤرخ في09ديسمبر 1976 ، الجريد ة الرسمية رقم 40 بتاريخ 23يوليو ، 2015 ،ص 11.

[3] عبدالعزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الطبعة الثانية ، دار هومة، الجزائر ، 2014 ،ص78.

[4] بربارة عبدالرحمان ، المرجع السابق ،ص 337.

[5] قرار صادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحول الشخصية، ملف 372130 بتاريخ 15نوفمبر 2006 ،قضية ع غ ضد ح خ مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني،2007 ص 463.

[6] بربارة عبدالرحمان ، المرجع السابق ،ص 336.

و في حالة عدم حضور أحد الزوجين أو حدث له مانع جاز للقاضي تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاضي آخر لسماعه أما إذا كان تخلف أحد الزوجين عن جلسة الصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضر بذلك.

كما يمكن للقاضي منح فرصة للزوجين للتفكير في إجراء محاولة صلح جديدة.

**ثانيا– تحرير محضر بمساعي الصلح ونتائجه:** نصت الفقرة الثانية من المادة 49 من ق أ ج " يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح..." سواء كانت هذه النتائج إيجابية أو سلبية [1].

**1– في حالة الصلح:** في هذه الحالة وطبقا للمادة 1/443 من ق إ م إ " يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي".

يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط ويعد محضر الصلح سندا تنفيذا[2]." في هذه الحالة لا يباشر القاضي موضوع الدعوى المتعلقة بالطلاق بل يكتفي بما اتفق عليه في محضر الصلح وهو أساسا التراجع عن الطلاق.

**2– في حالة عدم الصلح** :وطبقا للمادة 2/443 من نفس القانون والتي تنص على أنه:" في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى"[3] في هذه الحالة يذكر القاضي أن محاولات الصلح قد فشلت ويمكنه الإشارة إلى الأسباب التي أدت إلى فشلها وذلك في محضر يعده أمين الضبط ويوقع من طرف القاضي و أمين الضبط و الزوجين[4] ثم يباشر القاضي موضوع الدعوى التي يصدر من خلالها حكما بالطلاق.

**ثالثا– الصلح من طرف الحكمين:** الصلح بواسطة الحكمين مستمدة من أحكام المادة 56 من ق أ ج بقولها :" إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ،وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين" كما نصت المواد من 447 إلى449 من ق إ م إ على صلح الحكمين و أشارت المادة 448 إلى أنه إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن" أي أنه يصبح سندا تنفيذيا بعد مصادقة القاضي عليه مثله مثل الصلح من طرف القاضي المنصوص عليه في المادة 443. و في حالة صعوبة تنفيذ المهمة من طرف الحكمين يجوز للقاضي إنهاء مهامهما وإعادة القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة طبقا للمادة 449 .

**رابعا – في حالة عدم اجراء الصلح:** في حالة إصدار الحكم بالطلاق مباشرة دون القيام بإجراءات محاولات الصلح

[1] عبدالعزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق ، ص 120.

[2] بربارة عبدالرحمان ، المرجع السابق ،ص 437.

[3] المرجع نفسه.

[4] عبدالعزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق ، 120

، يعيب الحكم بمخالفة القانون ويعرضه للنقض والإلغاء كلما وقع الطعن فيه أمام المحكمة العليا وفي هذا جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم 75141 بتاريخ 1991/06/18 " ... ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

**الفرع الرابع: حكم الطلاق و تسجيله:**

حتى يكون حكم الطلاق مرتبا لآثاره بعد صدوره من المحكمة يجب تسجيله في الحالة المدنية للبلدية التي تقع في الاختصاص الإقليمي للمحكمة وذلك بسعي من النيابة العامة.

**البند الاول: صدور الحكم** :بعد فشل محاولة الصلح بين الزوجين ومباشرة القاضي لموضوع الدعوى وطبقا للمادة 450 من ق إ م إ "يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ، ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك"[2] ويقصد بالتدابير كل ما يتعلق بالأسرة لاسيما ما تعلق بحقوق الأطفال وحمايتهم من مأوى ونفقة ودراسة[3]. ويصدر حكما نهائيا بالطلاق.

**البند الثاني: الطعن في أحكام الطلاق:**

الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف ماعدا جوانبها المادية وهذا طبقا للمادة1/57 من ق أ ج.

و تكون أحكام الطلاق قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا كما لا يوقف هذا الطعن بالنقض تنفيذ حكم الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و451 وذلك كما جاء في المادة 452 من ق إ م إ.

و الملاحظ أن الطلاق غير قابل للإستئناف لأنه لا يغير من الحكم شيئا مادام بيد الرجل ومصرا على الطلاق وحكم القاضي بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يعد بائنا لا يمكن مراجعته أما بالنسبة للتطليق أو الخلع فلا فائدة من الاستئناف كون أن الزوجة أرادت رفع الضرر عن نفسها.

**البند الثالث: تسجيل حكم الطلاق:** نصت الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون الأسرة على أنه يجب تسجيل أحكام الطلاق في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، ضمن وثيقة الزواج و ضمن وثيقة الميلاد لكل واحد من الزوجين طبقا لأحكام المادة 58 من قانون الحالة المدنية[4].

**الفرع الخامس: آثار حكم الطلاق**

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحول الشخصية ملف رقم 75141 بتاريخ 18جوان1991، قضية ع ل ضد ح خ المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1993،ص 65 .

[2] بربارة عبدالرحمان ، المرجع السابق، ص 339.

[3] سائح سنقوقة ، المرجع السابق ، ص 261 بتصرف.

[4] قانون رقم 14-08 المؤرخ في 9أوت 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 20/70 المؤرخ 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية ، الجريدة الرسمية رقم 49 بتاريخ 20 أوت 2014 ، ص 3.

أدرج المشرع الجزائري في قانون الأسرة آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني لإنحـلال الـزواج وقد تناول ثلاثة آثار و هي :

**البند الاول: العدة:** وقد تناولها المشرع من المادة 58 إلى المادة61 من ق أ ج حيث نصت المادة58 على أنه" تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" من خلال المادة يتضح أنه[1]:

- لا عدة على المطلقة غير المدخول بها.
- عدة المطلقة غير الحامل ثلاثة قروء .
- عدة اليائس من المحيض ثلاثة أشهر.
- وقد ذكرت المادة 60 من ق أ ج أن عدة الحامل هي وضع حملها.

مما جاء في المادة 61 على أن المطلقة لا تخرج من مسكن الزوجية مادامت في عدة الطلاق أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في نفقة عدة الطلاق.

**البند الثاني : الحضانة:** وهي من آثار الطلاق بحيث تؤول الحضانة إلى الأم حسب المادة 64 من باب أولى كما يحكم القاضي بحق الزيارة .

وفق المادة 72 من ق أ ج التي تنص "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.....".

**البند الثالث: النزاع في متاع البيت**

تناولت المادة 73 من ق أ ج النزاع حول متاع البيت فإذا كان ليس لأحدهما بينة:

- فالقول للزوجة أو ورثتها فيما مع اليمين هو معتاد للنساء.
- والقول للزوج أو ورثته مع اليمين فيما هو معتاد للرجال.
- والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين.

**البند الرابع: النفقة:** أفرد المشرع الجزائري النفقة كأثر من آثار الطلاق في الفصل الثالث من الباب الثاني لانحلال الزواج حيث ذكر في المادة 79 من ق. أ ج " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من النطق بالحكم".

## المبحث الثاني: إشكالات الحكم القضائي على الطلاق الرجعي وموقف القضاء منه

من خلال المواد 48 و49 و50 من ق أ ج نلاحظ أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يتثبت إلا بحكم قضائي هذا يعني أن الطلاق خارج دور القضاء غير معترف به قانونا وما يثير عدة اشكالات في المادة 50 والتي

[1] د/المصري مبروك، المرجع السابق ،ص 420.

تتعلق بالطلاق الرجعي التي لم تشر إليه وأثر صدور الحكم عليه ، ولهذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول اشكالات الحكم القضائي على الطلاق الرجعي و المطلب الثاني خصصناه الى موقف القضاء من الطلاق العرفي.

## المطلب الأول: اشكالات الحكم القضائي على الطلاق الرجعي

تعتبر العدة الحجر الأساس في الطلاق الرجعي وهي من النظام العام في قانون الأسرة الجزائري لهذا ارتأينا تناولها من حيث مفهومها و أنواعها ثم من حيث كيفية احتسابها ثم إشكالية العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون.

### الفرع الأول: مفهوم العدة

نتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم العدة من حيث تعريفها لغة واصطلاحا وكذا التعريف القانوني للعدة.

**البند الأول: تعريف العدة لغة واصطلاحا**

**أولا : في اللغة:** (بكسر العين) جمع عدد وهي عدة المرأة أيام أقرائها وأصل ذلك من العدد[1]

**ثانيا: في الإصطلاح** : العدة هي تربص المرأة زمنا معلوما قدره الشارع علامة على براءة الرحم غالبا ، لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه أو فقده[2]

**البند الثاني : تعريف العدة قانونا** : لم يعرف المشرع الجـزائري تعـريف العدة وترك ذلك للفقه الإسلامـي، غير أنه ذكر العدة في باب انحلال الزواج في الفصل الثاني كأثر من آثار الطلاق وحصر أنواعها في المواد 58-59-60، إلا أنه لم يتطرق إلى جميع أنواع العدة.

### الفرع الثاني: أنوع العدة

نتطرق في هذا الفرع إلى أنواع العدة في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري وكـذا كيفية احتساب العدة.

**البند الأول : أنواع العدة في الفقه الإسلامي[3]**

**أولا: عدة المطلقة التي تحيض** وهي ثلاثة أقراء لقوله تعالى:﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**﴾ [البقرة : 228]، والقرء هو الحيض أو الطهر.

**ثانيا: عدة المطلقة التي لا تحيض أو اليائس من المحيض** هي ثلاثة أشهر لقوله تعالى : ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ...**﴾ [الطلاق: :04 ].

**ثالثا: عدة المطلقة الحامل** أو التي مات عنها زوجها، وضع حملها لقوله تعالى: ﴿ ... **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾، [الطلاق: :04 ].

---

[1] ابن منظور ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ص 2834.

[2] أبو بكر ابن حسن الكشناوي ، أسهل المدارك، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ، دار الفكر، د ب ، د.ت ، ص 182 .

[3] سيد سابق ، المرجع السابق ، ص 75-79.

**رابعا: عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل** سواء كان مدخولا بها أو غير مدخولا بها ،أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**﴾ [البقرة :234].

**خامسا: المطلقة غير المدخول بها** ، لا عدة لها لقوله تعالى : ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**﴾[الاحزاب:49 ] .

**سادسا: عدة المستحاضة** : المستحاضة هي من يستمر عليها الدم بلا انقطاع ، وتعتد بالحيض فإن كانت لها عادة ، فعليها أن تراعي عادتها في الحيض والطهر فإذا مضت ثلاث حيضات انتهت العدة إن كانت آيسة ، انتهت عدتها بثلاثة أشهر[1].

**سابعا: عدة المتحيرة** : المتحيرة هي المرأة التي يرتفع عنها الحيض ، ولا تدري ما رفعه بعد إن كانت تحيض، على الراجح تعتد بثلاثة أشهر لأنها تعتبر مرتابة لقوله تعالى:﴿.... **إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ**...﴾ [الطلاق:04] معناه إن ارتبتم في حيضها[2].

**البند الثاني: أنواع العدة في قانون الأسرة الجزائري**[3]:

1- عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة قروء وعدة اليائس ثلاثة أشهر (المادة 58)

2- لا عدة على المطلقة غير المدخول بها.

3- عدة المتوفى عنها زوجها من غير الحامل وعدة زوجة المفقود أربعة أشهر وعشرة أيام (المادة 59 ).

4- عدة الحامل، وضع حملها (المادة 60 ).

مما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في ذكره لأنواع العدة لم يخرج على نطاق الفقه الإسلامي إلا أنه لم يتعرض إلى بعض أنواع العدة كالمستحاضة والمتحيرة و التي لم تر الدم.

**البند الثالث: ابتداء احتساب العدة:**

أجمع الفقهاء على أن ابتداء احتساب العدة يكون من تاريخ وقوع الطلاق متى تيقن ذلك وكان الزوج حاضرا وعلمت به المرأة، وإنما اختلفوا في الغائب او المطلق الذي يخفي على زوجته الطلاق، فقال بعض الفقهاء تبدأ العدة من وقت الإقرار، وقال بعضهم في حالة الغيبة تبدأ من وقت العلم بموجبها لأنها عبادة ولابد من النية فيها[4].

أما من الناحية القانونية فتبدأ العدة من تاريخ التصريح بالطلاق كماجا ء في المادة 58 من ق أ ج أي من تاريخ صدور الحكم وهذا تناقض مع الشرع كما يراه بعض القانونيين.

**الفرع الثالث: إشكالية العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**

إن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من ق أ ج لا يعتد به حتى ولـــو صرح به

[1] سيد سابق ، المرجع السابق ، ص 80.

[2] البهوتي ، المرجع السابق ، ص 419.

[3] المصري مبروك ، المرجع السابق ، ص 398

[4] المرجع نفسه ، ص422 -423

أمام القاضي في جلسات الصلح إلا إذا صدر حكما بالطلاق طبقا لنص المادة 49 من ق أ ج التي نصت على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى." أي أن الطلاق الذي يعتد به هو الذي يصدر فيه حكم ويرتب آثاره من تاريخ صدور الحكم.

كما نصت المادة 50 من ق أ ج من نفس القانون على أنه:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد" من خلال المادتين 49 و50 تطرح عدة اشكالات عند تطبيقها على الطلاق الرجعي وهي كالآتي:

**البند الأول: إشكالية ازدواجية العدة:**

يؤدي تطبيق المادتين إلى بروز عدتين عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وهذا ما يرتب إزدواجية في احتساب العدة، حيث يمكن أن تكون المطلقة قد انقضت عدتها الشرعية قبل رفع الدعوى فتبين بينونة صغرى ولا يمكن مراجعتها من طرف زوجها إلا بعقد جديد من الناحية الشرعية أما حسب المادة 50 من ق أ ج فإنه يمكن مراجعتها بدون عقد جديد في حالة نجاح محاولة الصلح[1].

أما إذا انقضت العدة الشرعية أثناء محاولة الصلح وقبل صدور الحكم فكذلك تبين المطلقة بينونة صغرى ولا يمكن مراجعتها من طرف زوجها إلا بعقد جديد من الناحية الشرعية خلاف الجانب القانوني الذي لا يشترط عقدا جديدا. لا يمكن تطبيق المادة 50 إلا في حالة تطابق تاريخ رفع الدعوى مع بداية عدة الطلاق الرجعي.

وقد لا تنقضي عدة الطلاق الرجعي حتى بعد صدور الحكم بالطلاق في حالة المطلقة الحامل وهذه الحالة أغفلها المشرع إطلاقا فلا نتصور مطلقة حامل ما زالت في عدتها الرجعية يصدر حكم بطلاقها التي تكون بموجبه بائنا بينونة صغرى.

**البند الثاني: لزوم المطلقة بيت الزوجية**

نصت المادة 61 من ق أ ج" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق " من خلال المادة نلاحظ أن للمرأة المطلقة حق البقاء في مسكن الزوجية قانونا لا شرعا[2] لأن عدتها الشرعية قد انتهت ويكون طلاقها بائنا بينونة صغرى بعد صدور الحكم.

**البند الثالث : الميراث:**

كما نعلم أن من آثار الطلاق الرجعي إذا توفي أحد الزوجين يرث أحدهما الآخر ما لم تنقضي العدة إلا أن المشرع الجزائري في المادة 132 من ق أ ج نص على أنه " إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث" ، من خلال نص المادة نجد أن المشرع قد رتب استحقاق

[1] د/ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 74.

[2] د/ محفوظ بن صغير المرجع السابق،ص 75 .

الإرث للحي من الزوجين سواء كان قبل صدور الحكم بالطلاق أو بعده دون مراعاة عدة الطلاق الرجعي هل انتهت أم لا حيث نلاحظ من خلال المادة أن المطلقة طلاقا بائنا ببينونة صغرى ترث قانونا لا شرعا[1].

**البند الرابع : إعادة الزواج:**

يمكن للمطلقة بعد صدور الحكم أن تتزوج من رجل آخر لأن عدتها الشرعية قد انتهت أما قانونا فلا يمكنها ذلك بإعتبارأن عدتها القانونية قد بدأت بعد صدور الحكم ويمكن لزوجها أن يقاضيها جزائيا بتهمة الزنا[2].

**البند الخامس: حلول مؤخر الصداق شرعا لا قانونا[3]**: ذكرت المادة 15من ق أ ج نوعين من الصداق المعجل والمؤجل و بالتالي يمكن للزوجة المطلقة بعد صدور الحكم و أثناء عدتها القانونية أن تطالب بمؤخر الصداق شرعا لا قانونا لأنها بانت ببينونة صغرى.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري من خلال الإشكالات التي تم مناقشتها أنه أحال آثار الطلاق الرجعي على الطلاق بعد صدور الحكم به وهو طلاق بائن ببينونة صغرى

## المطلب الثاني: موقف القضاء من الطلاق العرفي

في هذا المطلب سوف نتطرق إلى إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي على أساس المادة 222 من ق أ ج التي أحالت إليه في حالة الغموض وعلى أساس أنه مرجعا للقضاء في اثبات الطلاق العرفي.

حيث نقسم المطلب إلى ثلاثة فروع وهي كيفية اثبات الطلاق في الفقه الاسلامي في الفرع الأول وفي الفرع الثاني كيفية اثبات الطلاق العرفي في القضاء الجزائري والفرع الثالث تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق العرفي.

**الفرع الأول : اثبات الطلاق في الفقه الإسلامي**

إن الطلاق في الشريعة الإسلامية يثبت بمجرد إيقاعه من طرف الزوج وتفوهه به ، إلا أنه يحتاج إلى أن يتأكد القاضي من وقوعه صحيحا وذلك بالوسائل الآتية:

**البند الأول: الإشهاد على الطلاق :**

ويقصد بالإشهاد على الطلاق أنه يشهد على ذلك ذوو عدل ويرى المالكية أنه إذا أتت المرأة بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، و إن أتت بشاهد واحد حلف الزوج وبرئ و إن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف ، و إن لم تأتي بشاهد فلا شيئ على الزوج وعليها منع نفسها بقدر جهدها و إن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث فالقول قول الزوج مع اليمين[4]

---

[1] هاشمي جميلة ، أحكام عدة الطلاق الرجعي بين احكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء ، 2011-2014 ، ص 47-48 نقلا على د/ نورالدين لمطاعي ، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط2 ، دار فسيلة ، الجزائر 2009 ، 175-176

[2] د/ محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ،ص 75.

[3] د/ محفوظ بن صغير.

[4] د/ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص 459.

ولا يعتبر الإشهاد على الطلاق شرطا كما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوله تعالى: ﴿... **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ**...﴾ [الطلاق:02] ، فالأمر في هذه الآية ليس على سبيل الوجوب بل الندب.

**البند الثاني: الإقرار:**

**الإقرار شرعا:** هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه [1].

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 341 من ق م ج بقوله :" الإقرار هو إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة "

وبهذا اعتبر المشرع الجزائري الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات ، فهو يعني عن إلزام المدعي بتقديم أي دليل على الواقعة المدعى بها، وعليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالطلاق يمكن للزوج المدعى عليه أن يقر ويعترف أمام الجهات القضائية بحقيقة وقوع الطلاق فإن إعترف بالطلاق يعد ذلك الإقرار حجة عليه.

**البند الثالث: اليمين**

**اليمين** : هو تحقيق الأمر أو توكيده بذكر إسم الله تعالى أو صفة من صفاته أو هو عقد يقوي به الحالف عزمه على الفعل أو الترك[2].

اليمين طريق غير عادي للإثبات يلجأ إليه القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحتكم إلى ذمة خصمة بيمين حاسمة يوجهها إليه أو يوجه يمينا متممة الى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة من نقص، وفي حالة وقوع الطلاق وادعائه من أحد الزوجين وانكار الآخر، ولم يقدم مدعي الطلاق بينة عليه فله أن يطلب من القاضي توجيه اليمين إلى الزوج المدعى عليه ، فإذا حلف بأن الطلاق لم يقع قضى برفض الدعوى ، أما إذا نكل عن اليمين قضى للمدعي بطلباته، لان النكول في حكم الإقرار بما يدعيه المدعي[3].

وقد نص المشرع الجزائري في المادتين 343 و348 من ق م ج على اليمين الحاسمة واليمين المتممة على التوالي، وذكر في المادة 347 حالة النكول عن اليمين.

**الفرع الثاني: اثبات الطلاق العرفي في القضاء الجزائري**

بعد تطرقنا في الفرع السابق إلى طرق اثبات الطلاق شرعا ، تنطرق في هذا الفرع إلى كيفية اثبات الطلاق العرفي في القضاء الجزائري ، مع الإشارة إلى أن دعوى الطلاق العرفي هي وليدة القضاء ولا تستند إلى مرجعية قانونية صريحة إلا أن المادة 222 من ق أ ج أحالت إلى الشريعة الإسلامية ما لم ينص عليه قانون الأسرة .

ولهذا نجد معظم محاكم البلاد تعمل على اثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي ، ومن خلال استقراء المادة 49 من

[1] المرجع نفسه ، ص 459.

[2] سيد سابق ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص 7.

[3] قسنطيني حدة، اثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية – دراسة تطبيقية مجلس قضاء الجلفة – مذكرة تخرج، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر ، دفعة 2001-2004، ص22.

ق أ ج توحي أنه لا مجال لإيقاع الطلاق خارج المحكمة ، ولكن الممارسة القضائية اثبتت خلاف ذلك، على أن الطلاق العرفي الذي يقع خارج المحكمة يعتد به شرعا وقانونا، وتبقى مسألة اثبات هذا الطلاق بإصدار حكم قضائي بذلك وتسجيله في سجلات الحالة المدنية حتى يكتسي الصبغة القانونية والنظامية[1].

ومن بين قرارات المحكمة العليا التي صدرت بخصوص اثبات الطلاق العرفي نذكر ما يلي:

**القرار الأول:** هذا القرار صادر عن المجلس الأعلى تحت رقم 35026 بتاريخ 1984/12/3 حيث جاء فيه :" من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة أنه لا يجوز للقاضي ان يحل محلة في اصداره ، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول اثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج ، أو بواسطة شهادة مستفيضة ، فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم ، وكذلك فإن القرار الذي قضى بان الطلاق الذي لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي ، يعد مخالفا للشريعة الإسلامية[2]".

**القرار الثاني** : قرار صادر من المحكمة العليا تحت رقم 216850 بتاريخ 12/12/ 1999 والذي جاء فيه:" من المقرر شرعا انه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين – في قضية الحال – أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا أن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين ، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق ، وعليه فإن القضاة بقضائهم **بإثبات الطلاق العرفي** طبقوا صحيح القانون[3]"

**القرار الثالث:** قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 288322 بتاريخ 2002/9/25 والذي جاء فيه: **إن الطلاق العرفي** الموقع من الزوج **والمثبت قضائيا** لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية[4]"

**القرار الرابع:** قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 315403 بتاريخ 2005/02/23 والذي ورد فيه" يجوز في مسألة إثبات أو عدم اثبات واقعتي الزواج **والطلاق العرفي** ، سماع الشهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف[5]"

---

[1] المرجع نفسه ، ص 37 .

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 35026 بتاريخ 03 ديسمبر1984، قضية م.م ضد ب.ن ، المجلة القضائية، العدد الرابع ،1989،ص 86 .

[3] قرار صادر من المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 216850 بتاريخ 12فيفري 1999 ، قضية ب.ر ضد م ن ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 100.

[4] قرار صادر من المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 288322 بتاريخ 25سبتمبر 2002 ، قضية ب.ع ضد ز.خ ، المجلة القضائية، العدد الأول 2003، ص 375.

[5] قرار صادر من المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 315403 بتاريخ 23 فيفري 2005 قضية د.م ضد س.م ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الاول ، 2005 ،ص 275.

من خلال القرارات المذكورة سابقا نلاحظ أن مسألة اثبات الطلاق العرفي تتم عن طريق شهادة الشهود من خلال تحقيق يجريه القاضي.

**الفرع الثالث: تعامل القاضي مع دعوى اثبات الطلاق العرفي**

بعد أن يرفع المدعي بالطلاق دعوى اثبات الطلاق العرفي وفق الاشكال المنصوص عليها في ق إ م إ ، يقوم القاضي باستدعاء الطرفين إلى مكتبه بواسطة امين الضبط أو اثناء حضورهما الجلسة بتاريخ معين لسماعهما حول واقعة الطلاق المدعى بها والتأكد من إرادتهما في الطلاق.

**البند الأول : إجراء الصلح**

وعلى الرغم من أن **إجراء محاولة الصلح** وجوبية بنص المادة 49 من ق أ ج إلا أنه في دعوى اثبات الطلاق العرفي فإن الصلح لا جدوى منه ، لأن الطلاق وقع في زمن مضى قبل رفع الدعوى حيث انتهت العدة الشرعية والطلاق أصبح بائنا بينونة صغرى ، وبالتالي أصبحت المرأة أجنبية على زوجها فإجراء محاولة الصلح يعطل العمل بها لأن لامجال لصلح في طلاق قد وقع وانتهى.

**البند الثاني: إجراء التحقيق**

يمكن للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق كتابة أو شفاهة وفقا للمادة 75 من ق إ م إ وما يليها سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من الأطراف، أما في واقعة الطلاق العرفي فيكون اللجوء إلى التحقيق من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى طلبه من الأطراف ، حيث يستدعي القاضي الشهود الذين حضروا أو سمعوا من نفس الزوج لواقعة الطلاق العرفي وهذ استنادا إلى نص المادة 150 وما يليها من ق إ م إ حول سماع الشهود.

تختلف طريقة إجراء التحقيق بحسب موقف الزوجين من الطلاق والتي يمكن أن نقسمها إلى ثلاث حالات هي:

**أولا: حالة اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق** :هذه الحالة لا تطرح أي اشكال كونها لا تنطوي على أي نزاع أصلا، وهنا يقوم القاضي بسماع الشهود لتأكيد الواقعة فقط وتحديد التاريخ والمكان التي وقعت فيه.[1]

**ثانيا : حالة إنكار أحد الزوجين:** في حالة ادعاء الزوجة وقوع الطلاق العرفي و إنكاره من طرف الزوج فإن القاضي هنا يجب أن يتحرى بدقة في التحقيق من الشهود كون المسألة فيها اعتداء على حق الزوج في ايقاع الطلاق ولا يمكن للقاضي أن يحل محله خاصة أن العصمة بيد الرجل.[2]

**ثالثا: التحقيق في حالة وفاة أحد الزوجين** : هنا إما أن تكون الدعوى مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة أو من ورثة الزوج المتوفي ضد الزوج الباقي على قيد الحياة من أجل إثبات الطلاق العرفي يقوم القاضي بتحقيق معمق في الواقعة من خلال الشهود [3]، وفي كل الحالات يصدر القاضي حكما بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي .

[1] فسنطيني حدة، المرجع السابق ،ص 38.

[2] المرجع نفسه.

[3] المرجع نفسه .

## ملخص الفصل الثاني

يتبين بوضوح من خلال ما تناولناه في الفصل الثاني من موضوعنا، وبناء على المادة 49 من قانون الأسرة أن طبيعة الحكم القضائي بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو ذو طبيعة خاصة ، حيث هناك من الفقهاء من قال بأنه حكم كاشف ومنه من قال بأنه حكم منشئ ولكل من الفريقين دليله الذي ذكرناه في متن الموضوع ، ولكن في حقيقة الأمر أنه كاشف ومنشئ في آن واحد .

كما نشير إلى أن الحكم القضائي الصادر بالطلاق يخضع للشروط العامة لرفع الدعوى المنصوص عليها ق إ م إ ويمكن أيضا استخلاص أن الحكم الصادر بالطلاق وفقا للمادة 49 من ق أ ج أدى إلى بروز اشكالات فيما يتعلق بأحكام الطلاق الرجعي الشرعية، حيث رتب هذه الأحكام بعد صدروه و الذي يكون فيه الطلاق بائن بينونة صغرى وهذا ما يتعارض مع الشرع ، وخاصة فيما يتعلق بازدواجية العدة.

إن المشرع الجزائري لم ينص في المادة 49 عن الطلاق العرفي وكيفية اثباته إلا أن الاجتهاد القضائي سد هذا الفراغ التشريعي.

# الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع **أثر الحكم القضائي على الطلاق الرجعي** ، والذي تطرقنا فيه إلى الطلاق بصفة عامة من حيث مفهومه ومشروعيته والحكمة منه و أنواعه.

ركزنا أساسا على الطلاق الرجعي الذي هو موضوع دراستنا كما تطرقنا إلى الطلاق البائن ، لأن الحكم القضائي للطلاق لا يصدر رجعيا بل يصدر بائنا بينونة صغرى وهذا يتجلى في المادتين 49 و50 من قانون الاسرة ، كما أن المشرع الجزائري قد اعتبر آثار الطلاق الرجعي هي نفس الآثار التي يرتبها الحكم الصادر بالطلاق والذي يعتبر بائن بينونة صغرى.

وقد توصلنا في هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

1- اعتبر المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي في استنباط أحكام الطلاق.

2- الطلاق صورة من صور فك الرابطة الزوجية.

3- انفراد الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالطلاق الرجعي من حيث الرجعة و أحكامها عن بقية الشرائع والقوانين الوضعية المتعلقة بالأسرة .

4- تعتبر الشريعة الإسلامية الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة رجعيا أي أن الطلاق في الأصل رجعي .

5- اعتبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة أن صدور الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يكون بائنا بينونة صغرى.

6- يكتنف بعض مواد الطلاق (50-51-58-60-61-132) غموضا وابهاما فتح الباب لتأويلات وتفسيرات مختلفة لدى المهتمين بمجال الأسرة .

7- أحال المشرع الجزائري من خلال المادة 222 من قانون الأسرة كل ما لم ينص عليه هذا القانون إلى الشريعة الإسلامية.

8- لم يأخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة عموما و في مادة الطلاق خصوصا من المذهب المالكي فقط وهو المذهب المتبع في الجزائر، مما يشكل صعوبة كبيرة في استنباط و انتقاء الأحكام القضائية من طرف القضاة.

9- لم يشر المشرع الجزائري صراحة إلى الطلاق الرجعي والطلاق البائن في المادة50 من قانون الأسرة.

10- عدم إعتراف المشرع الجزائري بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج دور القضاء وهذا ما نصت علية المادة 49 من قانون الأسرة واشترط أن يكون ذلك بصدور حكم قضائي.

11- مدة محاولات الصلح والمقررة بثلاثة أشهر في المادة 49 لا توافق دائما العدة الشرعية للمطلقة.

12- ربط المشرع الجزائري في المادة 50 من ق أ ج الرجعة بدون عقد جديد بنجاح محاولات الصلح دون مراعاة انقضاء العدة الشرعية .

هذه أهم النتائج التي تمكنا من التوصل إليها في دراستنا هذه لموضوع أثر الحكم القضائي على الطلاق الرجعي كما يمكننا إعطاء بعض الاقتراحات التي نذكرها فيما يلي:

1- تعديل في المادة 49 وذلك بربط إجراء محاولات الصلح بالعدة الشرعية للمطلقة.

2- يجب على الزوج المطلق توثيق طلاقه فور ايقاعه ، وفي حالة عدم توثيقه أو إخفائه إضرارا بالمرأة تقرر له عقوبة جزائية .

3- تعديل في المادة 50 يتضمن تعديل هذه المادة أن مراجعة الزوجة يكون قبل انتهاء العدة الشرعية بدون عقد جديد سواء قبل صدور الحكم أو بعده.

4- تعديل في المادة 58 : هذه المادة في صيغتها يكتنفها غموض فيما يخص (التصريح بالطلاق) وعليه تعدل بالشكل التالي (تصريح الزوج بالطلاق ) حتى تصبح أكثر وضوحا

5- تعديل في المادة 60 : بدء عدة الحامل المطلقة من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق لا من تاريخ صدور الحكم به.

6- تعديل في المادة61 : لا تخرج الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في العدة الشرعية بدلا من عدة طلاقها التي تبدأ بصدور الحكم.

7- تعديل في المادة 132 : إذا توفي أحد الزوجين في العدة الشرعية للطلاق استحق الحي منهما الإرث قبل صدور الحكم أو بعده.

**اقتراحات في ظل سريان القانون الحالي:**

1- نقترح عند صدور الحكم القاضي بالرجوع إلى مسكن الزوجية في حالة نجاح محاولة الصلح أن يشير إلى الطلقة (أولى أم ثانية)

2- نقترح تعميم العرف القضائي السائد المعمول به حاليا في إثبات الطلاق العرفي على جميع محاكم البلاد وهذا لتجنب تعارض القانون مع الشرع وحفاظا على العلاقات الزوجية الشرعية.

وأخيرا ما يمكن استخلاصه هو أنه رغم تشديد المشرع في حالة الطلاق بفرض قيود قانونية كالشكلية في حكم الطلاق وعدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج دور القضاء إلا أننا نلاحظ انتشار ظاهرة الطلاق وبشكل كبير في مجتمعنا ، الأمر الذي يستدعي البحث عن الأسباب الحقيقة لإستفحال هذه الظاهرة .

و يمكننا اقتراح إنشاء هيئة وساطة على مستوى المحاكم يرجع إليها في كل نزاع يتعلق بفك الرابطة الزوجية قبل عرضها على القضاء.

انتهى بحمد الله

**1 – ملحق الآيات القرآنية:**

فيما يلي الآيات القرآنية التي أستشهد بها في موضوعنا هذا ، مرتبة حسب ورودها في الصفحات:

| الرقم | الآية الكريمة | السورة | رقم الآية | رقم الصفحة |
|---|---|---|---|---|
| 01 | الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ..... | البقرة | 229 | 28–25–24–12 |
| 02 | لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء..... | البقرة | 236 | 17–16–14–12 |
| 03 | وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء..... | البقرة | 231 | 14 |
| 04 | يَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا ..... | البقرة | 102 | 16 |
| 05 | وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا..... | البقرة | 228 | 29 –28–25 46 |
| 06 | وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا..... | البقرة | 234 | 46 |
| 07 | فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ..... | البقرة | 230 | 33–31–28 |
| 08 | الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء..... | النساء | 34 | 14 |
| 09 | وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَىٰ إِلَىٰ قَوْمِه..... | الاعراف | 150 | 24 |
| 10 | فَإِن رَّجَعَكَ اللَّهُ إِلَىٰ طَائِفَةٍ مِّنْهُمْ..... | التوبة | 83 | 24 |
| 11 | إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ..... | النحل | 106 | 18 |
| 12 | يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ..... | الاحزاب | 49 | 30 –26–14 47 |
| 13 | يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء..... | الطلاق | 01 | 12 |
| 14 | فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ..... | الطلاق | 02 | 50–15 |
| 15 | لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ ..... | الطلاق | 23 | 30 |
| 16 | إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ..... | الطلاق | 04 | 47–46 |

**2- ملحق الأحاديث النبوية :**

فيما يلي ملحق الأحاديث التي أستشهد بها في موضوعنا :

| الرقم | الحديث الشريف | رقم الصفحة |
|---|---|---|
| 01 | مره فليراجعها حتى تحيض..... | 12 |
| 02 | إن الله لم ينزل داء..... | 13 |
| 03 | إنما الطلاق لمن أخذ بالساق..... | 14 |
| 04 | أبغض الحلال إلى الله عزوجل الطلاق..... | 17-16 |
| 05 | أيما امرأة سألت زوجها طلاقا..... | 16 |
| 06 | إن إبليس يضع عرشه على الماء ثم يبعث سراياه..... | 16 |
| 07 | ألم تعلم أن القلم رفع عن ثلاثة ..... | 18 |
| 08 | إن الله تجاوز عن أمتي ..... | 18 |
| 09 | لا طلاق ولا عتاق في إغلاق..... | 18 |
| 10 | ثلاث جدهن جد وهزلهن جد..... | 19-18 |
| 11 | راجع حفصة فإنها صوامة قوامة..... | 25 |
| 12 | إنما الأعمال بالنيات..... | 28 |
| 13 | لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك..... | 31 |

## قائمة المصادر و المراجع

### أولا: القرآن الكريم

### ثانيا: الكتب

**1–** إبن يزيد ابن ماجة، سنن ابن ماجة ،تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، د.ط ، دار احياء الكتب العربية ،بيروت، د.ت.

**2–** أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ،الطبعة الثانية ، دار الكتاب الحديث، الجزائر ، د.ت .

**3–** أبو بكر ابن حسن الكشناوي ، أسهل المدارك، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار الفكر، د ب ، د.ت.

**4–** أبو بكر البيهقي ،السنن الكبرى ،تحقيق عبد القادر عطا، الجزء السابع ،دار الكتب العلمية ،د ب، 2003.

**5–** أبو داود سليمان ابن الاشعث ، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، طبعة خاصة ، الجزء الثالث ، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، 2009.

**6–** أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، لأحدث التعديلات، د.ط،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، 2010.

**7–** د/ أحمد عوض الزغبي ، أصول المحاكمات المدنية ،الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار وائل للنشر ، الاردن ، 2006 .

**8–** د/ أحمد فراج الحسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، د.ط ، دار العلمية ، بيروت ، 1998.

**9–** /أحمد محمد المومني ود/ اسماعيل أمين نواهضة ، الاحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع ، الطبعة الأولى ، دار المسيرة ، الاردن، 2009.

**10–**أحمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وآثارهما، ب.ط ، دار الكتب القانونية ،مصر، 2004 .

**11–**أحمد نصر الجندي ، موسوعة الأحول الشخصية – الزواج والطلاق و التفريق بين الزوجين– ، الجزء الأول ، دار الكتب القانونية ،مصر 2006 .

**12–** الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع للشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ،الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.

**13–** الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، تحقيق د/ عبدالله بن عبد المحسن التركي ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت 2006 .

**14–** السيد سابق، فقه السنة ، المجلد الثالث ، الطبعة العشرون ، دار الفتح للإعلام العربي، مصر،2015.

**15–** السيد سابق، فقه السنة ، المجلد الرابع ، الطبعة العشرون ، دار الفتح للإعلام العربي، مصر،2015

**16–** د/ العربي بختي ، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري– ،الطبعة الأولى ، مؤسسة كنوز الحكمة ، الجزائر ،2012.

**17–** العيش فضيل ، شرح قانون الإجراءات القانونية والإدارية الجديد ، منشورات أمين د.ب.ن.

**18–** د/ المصري مبروك ،الطلاق آثاره من قانون الأسرة الجزائرية – دراسة فقهية مقارنة–، دار هومة ، الجزائر ، 2010.

**19–** المغني لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، تحقيق د/عبدالله بن عبد المحسن د/ عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء العاشر الطبعة الثالثة، دار علم الكتب ،1997.

**20–** د/ بربارة عبدالرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، الطبعة الثانية ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2009.

**21–** بلقاسم شتوان ،ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري ، الطبعة الأولى، دار النشر مطبعة المنار،سطيف ، 2010.

**22–** د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الاول ،الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، 2010 .

**23–** د/ بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المدل – دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية– ، الطبعة الاولى ، دار الخلدونية ، الجزائر 2008.

**24–** جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية ، الطبعة الأولى ،الشركة العالمية للكتاب ،بيروت ،1996.

**25–** د/حامد عبده الفقي ، أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي ،د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ،2003.

**26–** حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد عرفة الدسوقي ،الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية ، د ب، د ت.

**27–** جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية ، الطبعة الأولى ،الشركة العالمية للكتاب ،بيروت ،1996.

**28–** سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط ، دار طليطلة ، الجزائر، 2010.

**29–** سائح سنقوقة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزء الأول ، د.ط ، دار الهدى ، عين مليلة ، 2011.

**30–** عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة لجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و لنشر ، 1996

**31–** عبدالعزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، الطبعة الثالثة ، دار هومة ، الجزائر ، 2011

**32–** عبدالعزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الطبعة الثانية ، دار هومة، الجزائر ، 2014.

**33–** علاء الدين بلبان ، الإحسان في تقريب صحيح بن حبان ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ، الجزء الثالث عشر ،الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،1988.

**34–** د/ عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، المرجع السابق ، الجزء السابع الجزء السابع ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة، بيروت ، 1993 .

**35–** د/ عبدالقادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007.

**36–** د/ فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ب. ط ديوان المطبوعات الجامعية ، 2008.

**37–** كشاف القناع على متن الإقناع للشيخ العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، الجزء الخامس ، عالم الكتب بيروت ،1983 .

**38–** كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي ، جزء السادس ، دار المعرفة ، بيروت(د.ت).

**39–** كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ،الجزء الثالث، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1986.

**40–** كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة ، د. ط ، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2003.

**41–** لسان العرب لابن منظور، المجلد10، دار صادر ، بيروت، د. ب ، د.ت.

**42–** مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمان المالكي المغربي الشهير (بالحطاب)، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى، دار الرضوان للنشر، نواكشوط ،موريتانيا ، 2010 .

**43–** د/ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 ، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر 2012.

**44–** مسلم بن حجاج ، صحيح مسلم ، تحقيق نظر محمد الفاريابي أبو قتيبة ، الطبعة الأولى ،دار طيبة ، 2006.

**45–** مجموع الفتاوى لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، المحقق عامر الجزار أنور الباز ، المجلد الثاني و الثلاثون ، الطبعة الثالثة ، دار الوفاء ، 2005.

**46–** محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، الطبعة الاولى ، دار ابن كثير، دمشق،2002.

**47–** مغني المحتاج للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، الجزء الثالث ،الطبعة الاولى، دار المعرفة، بيروت، 1997.

**48–** مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004.

**49–** محمد رواس قلعجي / حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء ،الطبعة الثانية ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، د.ب ، 1988 .

**50–** محمد كمال الدين إمام ، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت، د .ت.

**51–** د/ نبيل اسماعيل عمر ، الحكم القضائي ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة، مصر ،2008.

**52–** د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر للطباعة والنشر ، دمشق ،1985 .

**ثالثا : المذكرات والأطروحات الجامعية**

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

**2–** كميليا بن عودة ، إثبات الزواج والطلاق بين النصوص التشريعية والتطبيقات القضائية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، مذكرة ماجستير، جامعة المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.

**3–** قسنطيني حدة، اثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية – دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة – مذكرة تخرج ، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، دفعة 2001-2004.

**4–** هاشمي جميلة ، أحكام عدة الطلاق الرجعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء ، 2014-2015.

**رابعا : النصوص القانونية**

**1**- قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44، بتاريخ 26 يونيو 2005.

**2**- قانون رقم 09/08 ،المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 25 فبراير 2008 .

**3**- قانون رقم 14-08 المؤرخ في 9أوت 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 20/70 المؤرخ 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية ، الجريدة الرسمية رقم 49 بتاريخ 20 أوت 2014.

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

**4**- الأمر 15-01 المؤرخ في 23يوليو 2015 المتضمن قانون المالية التكميلي، الجريد ة الرسمية رقم 40 بتاريخ 23 يوليو، 2015.

**خامسا : المجلات القضائية**

**1–** المجلة القضائية، العدد الرابع ، 1989.

**2–** المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1993.

**3–** المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 .

**4–** المجلة القضائية ، العدد الأول ، 2003.

**5–** المجلة القضائية ، العدد الأول، 2005.

**6–** المجلة القضائية ، العدد الثاني ، 2007.

| العنـــوان | رقم الصفحة |
|---|---|
| تصريح شرفي | |
| الآية الكريمة | |
| إهداء | |
| شكر و تقدير | |
| قائمة المختصرات | |
| مقدمـة | |
| الفصل الأول: أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري | |
| تمهيد ..... | 10 |
| المبحث الأول: ماهية الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري..... | 11 |
| المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته والحكمة منه..... | 11 |
| الفرع الأول: : تعريف الطلاق لغة واصطلاحا..... | 11 |
| الفرع الثاني: التعريف القانوني للطلاق..... | 12 |
| الفرع الثالث : مشروعية الطلاق..... | 12 |
| الفرع الرابع: الحكمة من مشروعية الطلاق..... | 13 |
| الفرع الخامس: الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل..... | 13 |
| المطلب الثاني: حكم الطلاق وأركانه و أقسامه..... | 15 |
| الفرع الأول: حكم الطلاق..... | 15 |
| الفرع الثاني: أركان الطلاق..... | 17 |

| | |
|---|---|
| الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من أركان الطلاق وشروطه..... | 20 |
| الفرع الرابع: أقسام الطلاق..... | 21 |
| المبحث الثاني: الطلاق من حيث الرجعة..... | 23 |
| المطلب الأول: الطلاق الرجعي و آثاره..... | 23 |
| الفرع الأول: مفهوم الطلاق الرجعي..... | 23 |
| الفرع الثاني:. حكم الطلاق الرجعي والحكمة من مشروعيته ..... | 24 |
| الفرع الثالث: تعريف الرجعة ومشروعيتها..... | 24 |
| الفرع الرابع : أركان الرجعة وشروطها..... | 26 |
| الفرع الخامس: آثار الطلاق الرجعي..... | 29 |
| المطلب الثاني: الطلاق البائن وآثاره..... | 30 |
| الفرع الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى..... | 30 |
| الفرع الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى..... | 31 |
| الفرع الثالث: آثار الطلاق البائن بينونة كبرى..... | 32 |
| الفرع الرابع: الطلاق الرجعي والطلاق البائن في قانون الأسرة الجزائري..... | 33 |
| ملخص الفصل الأول | 34 |
| **الفصل الثاني: الحكم المثبت للطلاق و إشكالاته** | |
| تمهيد | 35 |
| المبحث الأول: استصدار الحكم المثبت للطلاق..... | 36 |
| المطلب الأول: طبيعة حكم الطلاق..... | 36 |
| الفرع الأول : تعريف الحكم القضائي..... | 36 |
| الفرع الثاني : تقسيمات الحكم القضائي..... | 36 |

| | |
|---|---|
| الفرع الثالث: طبيعة حكم الطلاق..... | 37 |
| المطلب الثاني إجراءات استصدار حكم الطلاق..... | 38 |
| الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بالفصل في أحكام الطلاق | 38 |
| الفرع الثاني: شروط رفع الدعوى..... | 39 |
| الفرع الثالث: إجراء محاولات الصلح في دعوى الطلاق..... | 42 |
| الفرع الرابع: حكم الطلاق و تسجيله..... ..... | 44 |
| الفرع الخامس: آثار حكم الطلاق..... | 44 |
| المبحث الثاني: اشكالات الحكم القضائي على الطلاق الرجعي وموقف القضاء منه..... | 45 |
| المطلب الأول: اشكالات الحكم القضائي على الطلاق الرجعي..... | 46 |
| الفرع الأول: مفهوم العدة ..... | 46 |
| الفرع الثاني: أنواع العدة..... | 46 |
| الفرع الثالث : اشكالية العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري..... | 47 |
| المطلب الثاني: موقف القضاء من الطلاق العرفي..... | 49 |
| الفرع الأول: اثبات الطلاق في الفقه الإسلامي..... | 49 |
| الفرع الثاني: اثبات الطلاق العرفي في القضاء الجزائري..... | 50 |
| الفرع الثالث : تعامل القاضي مع دعوى اثبات الطلاق العرفي..... | 52 |
| خلاصة الفصل الثاني ..... | 53 |
| الخاتمة ..... | 54 |
| ملاحق ..... | 56 |
| قائمة المراجع..... | 58 |
| الفهرس..... | 62 |
| ملخص..... | 65 |

## ملخص المذكرة

عالجنا في هذه المذكرة موضوع أثر الحكم القضائي على الطلاق الرجعي، وذلك من زاوية موقف المشرع الجزائري من الطلاق الرجعي الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، ومدى تأثير الحكم القضائي الصادر بالطلاق عليه.

في حقيقة الأمر ان دراستنا تتمحور حول المادتين 49 و50 من ق أ ج ، حيث أن الحكم الصادر بالطلاق يكون بائنا ببينونة صغرى ولا يمكن للزوج المطلق أن يراجع زوجته إلا بعقد ومهر جديدين فمن خلال المادتين نلاحظ أن صدور الحكم بالطلاق هو الفيصل في مسالة الرجعة من عدمها ،فمن راجع زوجته قبل صدور الحكم لا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين أما من راجعها بعد صدور الحكم فلابد له من عقد ومهر جديدين ، دون مراعاة للطلاق الذي يوقعه الرجل ودون مراعاة انقضاء العدة الشرعية ، وهذا مكمن الغموض واللبس الذي آثاره شراح ق أج .

لدراسة هذا الموضوع قسمنا بحثنا إلى فصلين تناولنا في الأول الجانب النظري للطلاق من منظور الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،أما في الفصل الثاني فخصصناه إلى الجانب التطبيقي أي مراحل دعوى الطلاق أمام القضاء بداية من رفعها إلى غاية صدور الحكم، وما يترتب عنه من آثار بعد تسجيله بسعي من النيابة العامة ،كما أشرنا إلى دعوى إثبات الطلاق العرفي في حالة ايقاعه من الزوج خارج دور القضاء والحلول القضائية المقدمة في هذا الشأن .

## Résumé du mémoire

Le cas de renonciation du divorce est traité dans ce mémoire pour étudier ses effets juridiques et la position du législateur algérien, notamment suite à volonté unilatérale de l'époux et site au jugement de divorce.

Cette étude est centrée sur les deux articles du code de la famille en Algérie 49 et 50 qui stipulent que l'époux divorcé de peut reprendre son épouse qu'après un nouvel acte de mariage et une nouvelle dot.

A travers les deux articles, on remarque que c'est le jugement du divorce qui détermine la renonciation ou non du divorce. l'époux qui renonce au divorce avant le jugement n'aurait pas besoin d'un nouvel acte de mariage et ne de aurait pas apporter un dot ; au cas contraire, il est redevable de ces de conditions.

Ceci sans prendre en considération l'acte du divorce déjà signé par l'époux, ni le respect de la période légale et c'est là ou se la contradiction dans du le code de la famille en algérie contenue

Afin d'étudier ce sujet, notre travail a été divisé en deux chapitre.

-**Le chapitre I** : consacré à l'aspect théorique du divorce de point de vue du droit musulman et du code algérien.

-**Le chapitre II** : centré sur l'aspect pratique c'est à dire les étapes de la Procédure de demande du divorce au pais de la juridiction concernée de son début à sa fin : la prononciation du jugement,

Le cas divorce coutumier et ses implications sur les instances judiciaires a été également traité.