الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة د. مولاي طاهر –سعيدة-
كلية العلوم القانونية و الإدارية

عنـوان المذكـرة

إثبات الطلاق في القانون و الشريعة

مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس
في الحقوق

من إعداد الطلبة :
- مزيان حياة
- مسعودي حليمة

تحت إشراف الأستاذ :
السيد : بن عيسى أحمد

الموسم الجامعي
2011/2010

مقدمـــــة :

قضت سنة الله في خلقه على ضرورة اجتماع الذكر بالأنثى للتوالي والتناسل حتى يتحقق البقاء للنوع البشري الذي جعل الله منه الأساس الذي تقوم عليه الأسرة بتمام نظامها بصورة تحفظ الأنساب و تصون الأعراض لأن بالزواج تكون الزوجة مقصورة على زوجها ليس لغيره حق الاستمتاع بها و بذلك يكون للأولاد أب معروف ينتسبون إليه فكان من عظيم رحمته أن يودع في الآباء حب الأبناء الذي يدفعهم بعامل خفي على رعاية أبنائهم .

وعليه فإن الزواج نظام إلهي شرعه الله لخير الإنسانية ولمصلحة المجتمع البشري في إقامة دعائم الأسرة التي هي أساس المجتمع و عماد الأمة وهي الصورة المصغرة لفكرة إنشاء الدولة ، فكان لابد من وضع الشرع الإسلامي نظاما حاكما له أصول ثابتة و قواعد مستمرة إلا أنه رغم ذلك تنشب نزاعات و شقاق قد تكون من قبل الزوج أو من قبل الزوجة أو من قبل الاثنين معا ، و هذا يحدث عندما لا يعرف كل من الزوجين حقه و واجبه .

لكن رغم تقديس الإسلام لمعنى الزواج إلا أنه أوجد علاجا أو حلا لهذه الخلافات التي وصلت لطريق مسدود و أصبحت الحياة الزوجية بها حياة متفككة.

فقد شرع "الطلاق" استثناءا و أعتبره أبغض الحلال إلى الله عز وجل مع تقييده بمجموعة من الأحكام و الإجراءات على الزوج إتباعها حتى يقع طلاقه ويكون صحيحا و الطلاق لغة هو الترك أو الإرسال و هو مأخوذ من كلمة الإطلاق .

أما في الشرع فهو فك رابطة الزواج و إنهاء العلاقة الزوجية .

و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة انه حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون .

و في بحثنا هذا خصصنا المبحث الأول لماهية الطلاق بتحديد مفهومه وخصائصه مع ذكر أنواعه ، إضافة إلى نظرة النظم القديمة لمعنى الطلاق وكيفية التعامل معه و نظرة قانون الأسرة الجزائري الحالي و تعديلاته .

لكن أهمية بحثنا هذا تكمن في موضوع إثبات الطلاق هذه المسألة التي تتعلق في حد ذاتها إلا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، لأن دور القاضي هنا يكون سلبيا إذ يتحقق فقط من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ليحكم بإثبات هذه الإرادة دون أن يكون له الحق في مناقشتها .

وعليه متى وقع الطلاق بهذه الصفة وجب على الزوجة أن تعتد وبانتهاء عدتها تبين من زوجها إما بينونة صغرة أو بينونة كبرى ، و لكن رغم صحة وقوع الطلاق من الناحية الشرعية إلا أنه قد يتدخل المشرع ويقيد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق باللجوء للقضاء والتصريح به أمامه ، ومن ثمة فلا يمكن تصور وقوع الطلاق خارج إطار القضاء .

لكن التطبيقات القضائية أوجدت هذه الحالات بإثباتها .

و عليه فالإشكال المطروح : كيف يتصرف القاضي مع إثبات الطلاق الخارج عن إطار القضاء و هل يحكم الطلاق العرفي بأثر رجعي أم من تاريخ صدور الحكم وما هي الإجراءات التي يتخذها القاضي في إثبات هذه الدعوى ؟

و من جهة أخرى بعد صدور الحكم القضائي للإثبات و تنفيذه تطرح إشكالية طرق الطعن في الحكم المثبت خصوصا مع غموض نص المادة 57 من قانون الأسرة وانعدام نص يدل على مسألة الطلاق العرفي هذا ما تطرقنا إليه في الفصل الثاني ، المبحث الأول الخاص بإجراءات إثبات الطلاق وطرق الطعن فيه .

و في الأخير بعد صدور الحكم المثبت للطلاق و تبيان طرق الطعن فيه لابد من ترتب آثار عن هذا الحكم ارتأينا ذكرها في المبحث الثاني من الفصل الثاني بتوضيح لمعنى النفقة وإلتزامية وجوبها ، العدة ، ابتداء احتسابها ، مدتها وأخيرا انتهائها بالإضافة إلى أثر الحضانة و من تجب عليه حضانة الأولاد و سقوطها في ختام هذا البحث .

الفصل الأول : ماهية الطلاق وطرق إثباته

أجاز الإسلام وسيلة الطلاق على كره وجعل منه حلا أخيرا بين الزوجين بعد فشلهما في محاولات الصلح و المحافظة على استقرار بيت الزوجية و عليه فقد خصصنا هذا الفصل لماهية الطلاق في المبحث الأول حتى نعطي لهذه المشكلة نظرة واسعة و تمهيدا شاملا لموضوع إثبات الطلاق في الشريعة والقانون .

بحيث خصصنا لهذا الأخير المبحث الثاني بكيفية الإثبات في الشريعة الإسلامية مقارنة مع الإثبات للطلاق في قانون الأسرة الجزائري إلا أنه رغم بساطة مسألة الإثبات في الوهلة الأولى كما تبدو إلا أنها تنطوي على غموض كبير خصوصا في المسائل القانونية وتطبيقاتها إذ أن المبدأ الوارد في القانون يثبت الطلاق بحكم قضائي لكن التطبيق القضائي يخرج عن هذا المبدأ بإثباته للطلاق العرفي بأثر رجعي .

و هذا ما سنلخصه في هذا الفصل الأول الخاص بماهية الطلاق و طرق إثباته.

المبحث الأول : ماهية الطلاق

لقد برزت في ساحة الحياة الاجتماعية للمجتمع الجزائري مشكلات متنوعة من بينها مشكلة الطلاق التي عرفت انتشارا واسعا خلق عدم الاستقرار العائلي وليس ذلك فقط بل أصبحت آثاره السلبية تهدد سلامة و استقرار المجتمع كله،لما يسببه من إعاقة واضحة لمسيرة التطور الاجتماعي نظرا لارتفاع حالاته في المجتمع الجزائري و خاصة في المدن الكبرى.

و قد أثبتت البحوث الاجتماعية والإحصائيات التي قام بها المسئولون والباحثون في الجزائر أن معظم حالات الطلاق ترجع لعدة أسباب منها :

السكن مع أهل الزوج ، سن الزواج المبكر ، عدم الانسجام بين الزوجين الخيانة الزوجية ، العقم ، عدم القيام بالمهام الزوجية ، المرض الطويل ، سوء الحالة الاقتصادية ، سوء فهم بعض الزوجات لحقوق المرأة .[1]

و لعلاج هذه المشكلة الاجتماعية يتطلب المواجهة الواقعية و قيام الباحثين بأبحاث متعددة حول هذا الموضوع بالخصوص .

و لهذا سنخصص لمشكلة الطلاق هذا المبحث نوضح فيه مفهوما شاملا لمعناه مع تحديد خصائصه و جواز مشروعيته إضافة إلى نظرة النظم القديمة للطلاق و الطلاق في القانون .

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1988 ، الجزء الأول، ص 219

المطلب الأول : مفهوم الطلاق

إذا كانت العلاقة التي تربط الرجل و المرأة علاقة شرعية منظمة وفقا لقوانين ومراسيم دينية و قواعد قانونية في إطار شرعي فهذا يسمى الزواج يهدف إلى تكوين أسرة متحابة ، ومتماسكة و متعاونة على مصاعب الحياة .

إلا أن هذه العلاقة المتماسكة قد تتعرض للإنهاء و للانحلال بعد فقدانها لمعانيها السامية و بعد ظهور هذه العيوب و الخلافات كان لابد من وجود حلول معالجة لهذه المشكلة هي الفرقة أو الطلاق ، الذي سنعطيه المفهوم الشامل في هذا المطلب بتعريفه لغة – اصطلاحا – و في المفهوم القانوني له .

الفرع الأول : الطلاق ، أنواعه و خصائصه

الطلاق لغة : " طلاق المرأة أي بينونتها عن زوجها ، فيقال طلق إمرأته ، وطلقت هي تطلق طلاقا و أطلقها بعلها و طلقها .

و رجل مطلاق و طليق أي كثير الطلاق للنساء .

و طلق البلاد أي تركها و فارقها فالطلاق هو الترك و المفارقة .

أم الطلاق في الاصطلاح الشرعي فهو إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المال ، و إنهاء الرابطة الزوجية في الحال يكون بالطلاق البائن ، أما في المال فيكون بالطلاق الرجعي الذي يخول للزوج أن يراجع زوجته مادامت في العدة بدون مهر أو عقد جديدين : [2]

- التعريف الفقهي للطلاق : بتعدد المذاهب الفقهية تعددت أيضا تعريفاته :

عند الشافعية : " هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق "

عند الحنفية : " الطلاق هو رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح " .

عند الحنابلة : " الطلاق هو حل قيد النكاح أو بعضه " .

عند المالكية : " هو صفة حكمية ترفع حلية متعه الزوج بزوجته " .

موجبا تكررها مرتين للحر و مرة لدى رق حرمتها عليه قبل الزواج .[3]

التعريف القانوني للطلاق :

عرف المشرع الجزائري الطلاق "Le Divorce" في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقوله : مع مراعاة أحكام المادة 49 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون .[4]

---

[2] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 207-208

[3] عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، المجلد الرابع ، بيروت دار إحياء التراث 1980 ، ص 285

و أستعمل المشرع الجزائري كلمة " حل" التي تشمل طرق حل أو انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء كان ذلك بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة حكم قضائي .[5]

- أما المفهوم الاجتماعي للطلاق : هو عبارة عن التفكك أو الانهيار الأسري نتيجة تفاقم الخلافات بين الزوجين إلى درجة لا يمكن تداركها مما يؤدي إلى الانفصال النهائي بينهما بصفة شرعية تسمح لكل واحد منهما بحق الزواج ثانية ، الأمر الذي يتطلب اعترافا قانونيا واجتماعيا و إلا سيعد أي نوع آخر من أنواع التفكك الأخرى .[6]

أنواع الطلاق :

ينقسم الطلاق إلى أربعة أنواع هي :

الطلاق من حيث صفته ، دلالة لفظه ، صيغته و الحكم على صيغته .

1- الطلاق من حيث صفته : ينقسم الطلاق إلى نوعين من حيث صفته :

➢الطلاق البدعي :

هو طلاق مخالف للمشروع كأن يطلق الزوج زوجته ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا متفرقات في مجلس واحد أو يطلقها في حيض أو نفاس أو في طهر جامعها فيه و أجمع العلماء على أن الطلاق البدعي حرام و أن فاعله أثم إذ ذهب جمهور العلماء على أنه يقع ويستدلوا بالأدلة التالية :

- أن الطلاق البدعي مندرج تحت الآيات العامة
- تصريح إبن عمر رضي الله عنه ، لما طلق امرأته و هي حائض فأمره الرسول صلى الله عليه و سلم لمراجعتها .[7]

➢الطلاق السني :

هو أن يطلق الزوج زوجته التي دخل بها طلقة واحدة في طهر لم يمسسها فيه ، فتستقبل المطلقة العدة بعد أن تطهر من حيض أو نفاس قبل أن يمسسها وحكمة ذلك أن المرأة إذا طلقت و هي حائض ففترة العدة تطول أما إذا طلقت في طهر فلا تعرف هل حملت أم لا فلا تدري أتعتد بالأقراء أم بوضع الحمل ؟[8]

و الظاهر أن الطلاق في الطهر الذي يعقب الحيضة التي وقع فيها الطلاق يكون طلاق سنة و ليس بدعة و هذا ما اخذ به المذهب الحنفي .

و إستدلوا بأن المنع كان لأجل الحيض فيجوز الطلاق في ذلك الطهر بعد الحيض و في غيره من طهر .[9]

---

[4] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2006

[5] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 208

[6] مسعود كمال ، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 26

[7] السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، دار الفكر ، دمشق، 1989م ، الطبعة 7 ، ص 291

[8] محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، بيروت ، لبنان 2007 ، ص 290

2- الطلاق من حيث دلالة لفظه :

ينقسم الطلاق من حيث دلالة لفظه إلى نوعين :

➢الطلاق الصريح :

اتفق العلماء على أن الطلاق الصريح يقع بلفظ الطلاق أو مدلوله كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أو أنت مطلقة أو قد طلقتك أو أنت الطلاق ، و هي عبارات يقع بها الطلاق دون الحاجة إلى النية ، سواء كان الرجل جادا أو هازلا قاصدا أو غير قاصد ، أما إذا اتصل هذا اللفظ بكلام يصرفه عن معناه كأن يقول الرجل : أنت طالق من وثاق فإن كلمة من وثاق صرفت المعنى عما وضع له أصلا فاستعمل في غير ما وضع له . [10]

➢الطلاق الكناية :

الكناية في الطلاق هو ما لم يوضح اللفظ له و احتمله من غيره فإذا لم يحتمله أصلا لم يكن كناية و كأن لغوا لم يقع به شيئا . [11]

و طلاق الكناية هي الألفاظ التي تحمل معنى الطلاق وغيره بحسب وضع اللغة .

كقول الزوج لزوجته : أنت حرة ، اذهبي إلى أهلك ، أنت بائن ، أخرجي اعتدي، إستبرئي رحمك ... إلخ .

" و يشترط لوقوع الطلاق بهذه الألفاظ أن تكون مصحوبة بالنية ". [12]

فإذا صدر من الزوج لفظ من هذه الألفاظ وادعت الزوجة أنه طلقها بهذا اللفظ وإعترف هو بصدوره و لكن أنكر إرادة الطلاق يكون القول قوله بيمينه ، فيحلف أنه ما أراد بهذا اللفظ الطلاق ، فإذا أنكل عن اليمين ، صدقت المرأة في دعواها و حكم لوقوع الطلاق . [13]

3- الطلاق من حيث الصيغة : ينقسم الطلاق من حيث صيغته إلى ثلاث أنواع هي :

- الطلاق المنجز ، الطلاق المضاف إلى المستقبل ، الطلاق المعلق .

➢الطلاق المنجز : الطلاق الذي قصد إيقاعه فورا ، فإن كانت صيغته غير مضافة إلى زمن المستقبل ، ولا معلقة على شرط ، أراد به الزوج المطلق إيقاع الطلاق في حال النطق به كقول الزوج لزوجته :أنت طالق ، أو طلقتك ، أو مطلقة . [14]

---

[9] السيد سابق ، المرجع السابق ، ص 290

[10] مصطفى عبد الغني شيبة ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وآثاره) ، دار الكتب العربية ، ليبيا، 2006 ، الطبعة 1، ص 32

[11] رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت 2001 ، ص 31

[12] رمضان علي السيد السرنباصي ، المرجع السابق ، ص 31

[13] مصطفى عبد الغني شيبة ، المرجع السابق ، ص 33

[14] عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 2004 ، ط1 ، ص 189.

وحتى يترتب أثاره في الحال يشترط أن تكون الزوجة حقيقية ومعينة وطاهرة من الحيض.[15]

حكم هذا الطلاق أنه يقع في لحال بمجرد التلفظ بما يدل عليه . [16]

➢الطلاق المضاف إلى المستقبل :

يقصد به إضافة الطلاق و ترتيب آثاره إلى زمن المستقبل . [17]

و له صورتان :

➢الصورة الأولى : أن يضيف الطلاق إلى قدوم زمن ما فإذا جاء الوقت الذي حدد فيه وقع أول جزء منه ، كقوله : " إذا جاء شعبان فأنت طالق " .

فإنها تطلق في فجر أول شعبان . [18]

➢الصورة الثانية : أن يجعل الزمن ظرفا للطلاق كأن يقول لها أنت طالق في شعبان و شعبان يمتد حتى آخر يوم فيه .

حكم هذا النوع من الطلاق لا تترتب عليه آثاره و لا يقع متى صدر من أهله وصادف محله لكن حين حلول الزمن المضاف إليه الطلاق فلا يقع إلا إذا جاء الغد أو أول الشهر المعين .[19]

➢الطلاق المعلق :

هو الطلاق الذي رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط مثل : إن ، إذا ... إلخ سواء كان هذا الأمر فعلا للزوج كقوله لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ، أم فعلا لغيرها كقوله لشقيقه : إن سافرت اليوم فزوجتي طالق ، أم أمر لا دخل فيه أحد من الناس كقوله لزوجته : أنت طالق إن مات إبني . [20]

و يشترط لوقوع هذا الطلاق :

1) أن يكون الرجل عند إنشاء التعليق أهلا لإيقاع الطلاق .

2) أن تكون المرأة زوجة حقيقية و لا تزال تحت عصمة الزوج أو في عدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى .

3) أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق يحتمل أن يكون و أن لا يكون .[21]

---

[15] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 1999، ط1، ص 15

[16] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر، الأحوال الشخصية، دمشق،طبعة خاصة،الجزائر،1992، الجزء السابع ، ص 142

[17] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 151

[18] عثمان التكروري ، المرجع السابق ، ص 189،190

[19] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، المرجع نفسه ، ص 152

[20] عثمان التكروري ، المرجع السابق ، ص 191

[21] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 445 ، 446

4- الطلاق من حيث ترتب الحكم على الصيغة :

ينقسم الطلاق من حيث ترتب الحكم على الصيغة إلى طلاق رجعي و طلاق بائن :

➢الطلاق الرجعي :

هو الذي يملك فيه المطلق مراجعة زوجته و إرجاعها بيت الزوجية ، مادامت في العدة سواء أرضيت أم كرهت .[22]

ولا يحتاج إلى عقد جديد من راجعها قبل صدور الحكم و إذا راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ، حسب المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري .

حكم الطلاق الرجعي :

كما يراه الأحناف لا يزال رابطة زوجية و لا يغير شيئا من الأحكام الثابتة بالزواج مادامت في العدة و يجوز مراجعتها .

أما عند الشافعية : فالطلاق يزول به حل الوطء بمعنى أن الزواج يبقى قائما و زائلا من حرمة الاستمتاع خلال أجل العدة .

أما عند الحنابلة : فرأى البعض رأي الشافعية في حين رأى البعض الآخر رأي الأحناف .

أما المالكية : فيرون أنه يجوز مراجعتها لكن اختفوا في الاستمتاع بالمطلقة في عدتها .[23]

➢الطلاق البائن :

هو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة زوجته في العدة ، وهو نوعان طلاق بائن بينونة صغرى و طلاق بائن بينونة كبرى .

فالطلاق البائن بينونة صغرى هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى بيت الزوجية إلا بعقد و صداق جديدين .

أما البائن بينونة كبرى فهو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى بيت الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا و يدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها أو يموت وتنقضي عدتها .[24]

خصائص الطلاق :

بما أن الطلاق هو المرحلة النهائية للفرقة بين الزوجين بحيث لا يكون هذا إلا لضرورة تبيح المحظور و تبرر المكروه ، و عليه فإن الطلاق يتميز بخاصيات نذكرها كالآتي :

---

[22] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 314

[23] أحمد نصر الجندي ، الطلاق و التطليق و آثارهما ، دار الكتب القانونية ، مصر، 2004 ، ص 149 .

[24] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 315 .

1) الأصل في الطلاق الحظر و هذا ما اختلف فيه رأي الفقهاء بين الحكم على الطلاق بالإباحة و الحكم عليه بالحظر .

و هذا ما قاله " القرطبي" الطلاق مباح غير محظور في تفسيره دل الكتاب والسنة و إجماع الأمة .

و قال " السرخسي" في كتابه "المبسوط" إيقاع الطلاق مباح و إن كان مبغضا في الأصل .

و قد استند جمهور الفقهاء أدلة من الكتاب و السنة :

لقوله تعالى : **" لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو ترفضوا لهن فريضة "** [25] .

و قوله تعالى أيضا : **" فطلقوهن لعدتهن "** .[26]

فالآيتان تفيدان إباحة الطلاق .

في حين أكدت السنة على أن رسول الله صلى الله عليه و سلم لا يفعل المحظور .

كما أن صحابة الرسول صلى الله عليه و سلم طلقوا زوجاتهم فقد طلق رضي الله عنه أم عاصم ، و طلق عبد الرحمن بن عوف تماضر .[27]

في حين يرى فريق آخر من الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر .[28]

و قد إستدل هؤلاء بالكتاب و السنة :

فمن الكتاب قوله تعالى : **" فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا "** [29]

الآية تفيد أن الطلاق بغير حاجة ظلم وبغي و هذا ممنوع و محظور في الإسلام .

ومن السنة : قول رسول الله صلى الله عليه و سلم أبغض الحلال عند الله الطلاق.[30]

و قوله صلى الله عليه و سلم : **" تزوجوا و لا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات".**

ومن الحديثين نستدل أن الأصل في الطلاق الحظر و هذا ما هو راجح و أنه لا يباح إلا لحاجة .

و هذه الإباحة مقيدة بشروط :

أولها : لا يباح الطلاق إلا عند الحاجة .

فالضرورة تبح الطلاق في قول البعض وهي بلا حاجة ضرر واضح سواء على الأطفال أو على الزوجة أو على الزوج نفسه .

---

[25] سورة البقرة ، الآية 236

[26] سورة الطلاق ، الآية 1

[27] الشوكاني ، نيل الأوطار ، المطبعة العثمانية ، مصر ، الجزء 3 ، ص 247

[28] محمد احمد سراج ، محمد كمال امام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 17

[29] سورة النساء ، الآية 34

[30] الشوكاني ، نيل الأوطار ، المرجع السابق ، ص 247

ثانيا : محاولة الإصلاح أولا بكل حيلة .

وهذا ما وجب على الزوج المسلم حتى لا ينفرط عقد الأسرة و يتفرق شمل الأولاد فلابد من وجود سبل للإصلاح تجنبا للتفكك الأسري .[31]

2) الأصل في الطلاق أن العصمة بيد الرجل أي الزوج :

فالشرع جعل الطلاق بيد الزوج و ذلك لأن المرأة سريعة الاغترار و لا روية لها في أمورها فلو جعل الطلاق إليها لبادرت إلى التطليق عند كل قليل أو كثير و لهذا جعل الطلاق في يد الزوج ليتأمل و يفكر و يستعمل عقله و هذه حكمة بالغة و رحمة من الله .[32]

و في النصوص الشرعية الواردة في الكتاب و السنة نجدها تدل صراحة على أن الطلاق حق للزوج و ليس للزوجة .[33]

لقوله تعالى : **" و لا جناح عليكم إن طلقتم النساء "** [34].

و قوله أيضا : **" يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن "** [35].

أما دلالة الطلاق في يد الرجل من السنة :

روى أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال : يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني و بينها ،(فصعد رسول الله المنبر وقال : **"يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق "**).[36]

و لكن رغم إعطاء الزوج الحق في الطلاق إلا أن الطلاق الذي بيده ليس مطلقا و إنما هو مقيد في عدده و زمن إيقاعه و في حكمه و وقوعه .

و كل هذه القيود تحمي المرأة من تعسف الرجل أو ظلمه في حين خروجه عن حدود استعمال الحق المخول له شرعا .

3) الأصل في الطلاق بالتتابع :

لا يقصد التعدد في هذه الحالة التعدد بالألفاظ ، بل التعدد الذي يرتبط بزمان حدده الشارع و لا يعتد خارجه بتعدد الألفاظ .

---

[31] محمد كمال الدين إمام ، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي ، بيروت 1996 ، ط1 ، ص 177

[32] محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام ، المرجع السابق ، ص 17

[33] عمر عبد الله ، محمد حامد فمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2003 ، ص 148

[34] سورة البقرة الآية 236 .

[35] سورة الطلاق ، الآية 01 .

[36] الشوكاني ، نيل الأوطار ، المرجع السابق ، ص 251

قوله تعالى : **" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ".**[37]

و لقوله عز و جل تأويلان الأول : أنه بيان بعدد الطلاق و تقديره بالثلاث و أن الزوج يملك الرجعة فيا الاثنين و لا يملكها في الثالثة .

أما التأويل الثاني و هو الأرجح لدينا أنه بيان لسنة الطلاق مما يوجب على الزوج أن يوقع الطلاق متعددا في أزمنة محددة و لا يوقع الطلاق إلا في طهر محدد ولا يجمع أكثر منم طلاق في طهر واحد .[38]

و في تمام الآية قوله تعالى : **" فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان "**

هناك تأويلان أيضا الأول : أن الإمساك بالمعروف هو الرجعة بعد الطلقة الثانية والتسريح بالإحسان هو بعد الطلقة الثالثة .

التأويل الثاني : هو الإمساك بالمعروف و الرجعة بعد الطلقة الثانية .[39]

و من التأويلات المعتمدة نستخلص ما يلي :

أ- لابد على الزوج أن يطلق المرأة التي دخل بها في طهر لم يجامعها فيه .

ب- انقسام الطلاق لثلاث أنواع عند الفقهاء :

طلاق السنة : هو طلاق المرأة التي دخل بها في طهر لم تجامع فيه .

طلاق البدعة : يكون بطلاق المرأة و هي حائض و يعتبر طلاقها بدعة لأنها طلقت في زمان لا يحتسب به من عدتها في هذا إضرار بها .

أو طلاق المرأة في طهر جمعت فيه ، إذا حملت منه فلا يعتد بالطهر ويعتد بوضع الحمل و إذا لم تحمل فتعتد بالطهر .[40]

الطلاق لا سنة و لا بدعة : ينطبق على الحامل و غير المدخول بها و الصغيرة والتي بلفت سن اليأس .[41]

الفرع الثاني : جواز الطلاق و مشروعيته

الأصل فيا لطلاق أنه مشروع و الأصل في مشروعيته :

من الكتاب : قوله تعالى **:" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان".**[42]

و قوله أيضا **:" يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"**[43]

و قوله تعالى **:" لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أتفرضوا لهن فريضة"**[44]

---

[37] سورة البقرة ، الآية 228

[38] محمد احمد سراج ومحمد كمال إمام ، المرجع السابق ، ص 19

[39] محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 179

[40] محمد احمد سراج ، محمد كمال إمام ، المرجع السابق ، ص 20

[41] مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج و انحلاله) ، دار النيرين ، دمشق، 2001 ، الطبعة التاسعة ، ص 220

[42] سورة البقرة ، الآية 229

[43] سورة الطلاق ، الآية 1

و من السنة : أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الطلاق .

منها ما روي عن الرسول صلى الله عليه و سلم أنه طلق حفصة ثم راجعها .[45]

وعن نافع بن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته و هي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم :"مرة فليرجعها فليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم أن شاء أمسك بعد و إن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق بها النساء.[46]

ومن الإجماع : قد أجمع علماء الأمة الإسلامية منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا على جواز الطلاق ، ولم يذكر أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بغير عذر .[47]

إن في تشريع نظام الطلاق حكمة للزوجين حتى تستطيعا التخلص من الرابطة الزوجية التي تبين أنها مصدر شقاء و عناء لهما بعدما كانت خيرا ونعمة و أنه لا يمكن للزوجان أن يتعايشا بالمعروف و إستحالة كلاهما القيام بواجباته اتجاه الآخر .

فلو ألزم الإسلام الزوجين إبقاء الرابطة على هذه الحال لترتب فساد كبير في المجتمع الأسري لا يمكن تداركه .

فلم يكن الإسلام شغوفا بالطلاق وإنما شرعه علاجا للحياة الزوجية المضطربة والمتفككة و حلا وسطا لتحقيق الرغبات ذلك أن البقاء على الرابطة الزوجية رغم ما أصابها من وهن و ضعف يؤدي بها حتما إلى الانحراف والسلوكات البغيضة .[48]

فالطلاق يرفع قيد الزواج و هذا ما اقتضته حكمة الله حتى يكون وسيلة لتحقيق الخير و درء المفاسد و الآثام و الطلاق حينئذ ضرورة لابد منها .[49]

كما شرع طرقا ودية لحل ما يثور من نزاع بين الزوجين من وعظ وإرشاد وهجر في المضجع و إعراض و ضرب و إرسال حكمين إذا عجزا عن الإصلاح .

لقوله تعالى : **" و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا "**[50].

---

[44] سورة البقرة ، الآية 236

[45] الشوكاني ، نيل الأوطار ، المرجع السابق ، ص238

[46] صحيح مسلم ، شرح النووي ، بدون دار نشر ، ص 60

[47] محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2001 ، الجزء الثاني ، ص 28،29

[48] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 211

[49] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 127،128

[50] سورة النساء ، الآية 35

المطلب الثاني : الطلاق في النظم القديمة و القانون

كان و لابد من دراسة هذا الموضوع بالتطرق لتطور الطلاق التاريخي وتبيان أهميته في النظم القديمة و الشرائع الإلهية و في قانون الأسرة الحالي في فرعي هذا المطلب بتخصيص الفرع الأول للطلاق في النظم القديمة و الفرع الثاني للطلاق في القانون .

الفرع الأول : الطلاق في النظم القديمة

كان الطلاق معمول به في شريعة حمو رابي (2000 ق.م) فكان من حق الزوج تطليق زوجته لعقمها و للمرأة أن تسترد جهازها ، كما أن للزوجة حق الطلاق و لكن محصورا في نطاق ضيق .

كما أن قدماء اليونان عرفوه كوسيلة لإنهاء عقد الزواج إلا أنه كان نادر الوقوع .

و في القانون الروماني فكرة الطلاق على وجه مطلق ، و إكتسبت الزوجة حق الطلاق بعد تطور التشريع الروماني .

و قد سلكت الديانات السابقة للإسلام و هما اليهودية و المسيحية مسلكين متباينين إذ ذهبت اليهودية إلى أن انحلال عقد الزواج بإيقاع طلقة واحدة على المرأة تمنع الزوجين من العودة إلى الحياة الزوجية و لم يسمح للمرأة بطلب الطلاق إلا في عصور متأخرة .

أما تعاليم الديانة المسيحية فقضت بتحريم الطلاق و منع انحلال عقد الزواج إلا في أحوال نادرة و ضيقة تختلف الطوائف المسيحية في تحديد نطاقها .

أما الطلاق عند عرب الجاهلية من الأمور الواضحة و كان الطلاق أمرا سهلا يقع لأتفه الأسباب انتقاما من المرأة .

فلما جاء الإسلام ،دعا إلى الصبر و التحمل و الإبقاء على الحياة الزوجية ما دامت لا تمس الشرف أو الدين فشرع الدين الإسلامي الطلاق كعلاج نهائي لا يقدم عليه إلا عند اشتداد الداء و تفاقم الضرر و الشقاق و الخلاف ، رفعا للضرر و منعا للظلم ، كما حث على اتقائه ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا لقوله عليه الصلاة و السلام :" أبغض الحلال عند الله الطلاق"[51] .

الفرع الثاني : الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

تنحل الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري بالطلاق أو الوفاة (المادة 47 ق.أ) والطلاق هو حل عقدة الزواج و يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة (المادة 48 ق.أ) .

أو بسبب نشوز أحد الزوجين حسب (المادة 55 ق.أ) أو بالمخالعة وهي الطلاق بالتراضي بين الزوجين على مال تدفعه الزوجة للزوج لقاء ما قدمه لها في الزواج وخسارته بالطلاق: (المادة 54 ق.أ) .

---

[51] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 211 ، 214

وعند اشتداد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما و يعين القاضي الحكمين حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة و عليهما تقديم تقرير للقاضي في أجل مدته شهرين حسب (المادة 56 ق.أ) .

ولا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن يتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر . (المادة 49 ق.أ)

ويمكن للزوج مراجعة زوجته أثناء محاولة الصلح بدون عقد جديد غير انه إذا راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق وجب عليهما إبرام عقد جديد (المادة 50 ق.أ)

كما لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته إذا طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تتطلق من زوجها الثاني أو يموت بعد البناء .(المادة 51 ق.أ)

وحسب (المادة 52 ق.أ) المشرع لم يهمل جانب المرأة و حقها في حالة تعسف الزوج في الطلاق فقرر للمطلقة التعويض على الضرر اللاحق بها و قد جعل المشرع الجزائري الأحكام بالطلاق غير قابلة لاستئناف ماعدا في جوانبها المادية حسب (المادة 57 ق.أ) والأحكام المتعلقة بالحضانة من نفس المادة . [52]

[52] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 217، 218

-أنظر المواد (47 ، 48 ، 49 ، 50 ، 51 ، 52 ، 54 ، 55 ، 56 ، 57) من القانون 84 – 11 المتضمن لقانون الأسرة المعدل والمتمم للأمر 05- 02 المؤرخ 27 فبراير 2005

المبحث الثاني : إثبات الطلاق في الشريعة و القانون

رغم أن مسألة إثبات الطلاق و إن كانت للوهلة الأولى تبدو بسيطة إلا أنها تنطوي على غموض كبير خاصة في إثبات الطلاق الخارج عن ساحة القضاء وبأثر رجعي مع العلم أن هذا الاتجاه كان معمولا في التطبيقات القضائية لكن قبل صدور قانون الأسرة الجزائري تطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية التي أحال لها القانون الرجوع إلى أحكامها في المادة 222 من قانون الأسرة بالنسبة لكل ما لم يرد النص عليه في القانون و هذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل إذ نتناول في المطلب الأول كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية بحيث سنخصص الفرع الأول إلى الإشهاد على الطلاق و الفرع الثاني إلى إثبات الطلاق شرعا .

أما فيما يخص إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري هذا ما سنعرفه في المطلب الثاني طبقا للمبدأ الوارد به و هو عدم تثبيت الطلاق إلا بحكم قضائي في الفرع الأول وخروج القضاء عن هذا المبدأ بإثباتهم الطلاق العرفي بأثر رجعي في الفرع الثاني .

المطلب الأول : إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية

قبل التطرق لاتجاه المشرع الجزائري فإنه ينبغي علينا الرجوع إلى تنظيم الطلاق في الشريعة الإسلامية و مدى تطابقه مع قانون الأسرة أي ما إذ تركت الشريعة حتى الزوج في إيقاع الطلاق حرا أم مقيدا و الطرق الشرعية المقررة لإثباته في حين تمامه .

الفرع الأول : الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية

اتفق جمهور الفقهاء على أن الطلاق هو حق الرجل ، و على هذا الأساس سنتناول في هذه الدراسة ما إذا كان هذا الحق مقيدا أو مطلقا و إذا يتم بصفة تلقائية أو على الزوج أن يحترم فيه ترتيب معين و مدى إلزامية الإشهاد عليه في الشريعة الإسلامية ، مع العلم أن الحق ينقسم إلى حق يقابله التزام و حق إرادي لا يقابله أي التزام فهو مقرر لصاحبه .[53]

حق الزوج في إيقاع الطلاق :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد لأنه من حقوق الرجل وقد جعله الله بيده ولم يجعل لغيره حقا فيه حيث قال عز وجل : **" يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن ... "**.

ولكي يباشر الزوج حقه فلا يحتاج إلى بينة فلم يرد عن النبي صلى الله عليه و سلم و لا عن الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد .[54]

كما قال جمهور الفقهاء بأن الإشهاد على الطلاق ليس شرطا لوقوعه فهو مندوبا لا واجبا وبالتالي فإن الحق في الطلاق هو من التصرفات الحرة ، ويكفي لترتيب الأثر القانوني أن يتم التعبير عن الإرادة بأي وسيلة كانت بل و يذهب إلى أبعد من ذلك وهو وقوع الطلاق وقت حيض الزوجة مع إثم الزوج ديانة [55] ونظرا لكون الطلاق حق للزوج فيجوز أن ينوب عنه غيره سواء كانت زوجته أم غيرها و هذا ما ذهب إليه المذهب المالكي .

و تنقسم هذه النيابة إلى نوعين :

الأول : بأن يرسل الزوج إلى زوجته رسولا يعلمها بالطلاق ، فالرسول هنا لم يجعل له الزوج حق إنشاء الطلاق ، وإنما له فقط إعلام الزوجة بوقوع الطلاق بعبارة الزوج نفسه ، أما الثاني فهو تفويض الطلاق و هو ثلاثة أنواع : توكيل ، تغيير ، وتمليك .[56]

وعليه فإن الطلاق هو حق مقرر للزوج الذي توافرت فيه الشروط الشرعية لإمكانية هذا الحق و ذلك بأن يكون عاقلا ، فلا يصح طلاق المجنون و لو كان جنونه متقطعا .[57]

---

[53] عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، بن عكنون ، الجزائر ، ص 22

[54] عمر فروخ ، الأسرة في الشرع الإسلامي ، مطبعة المكتبة العلمية ، بيروت ، 1951 ، ص 190

[55] عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 26

[56] عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق ، ص 276

الإشهاد على الطلاق كقيد على حق الزوج :

ذهب فقهاء الشيعة الإمامية إلى إعتبار أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى في سورة الطلاق : **" وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله"** و ظاهر الأمر من هذه الآية الكريمة في الشرع أن الإشهاد يقتضي الوجوب .

و قد قال الزمحشري : إن المعنى بالخطاب في الآية 229 من سورة البقرة : **" فإن خفتم ألا يقيما حدود الله"** هو الأئمة و الحكام ، و الأمر نفسه في الآية 35 من سورة النساء: **" و إن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها "** حيث لهم أن يتدخلوا لرفع الأذى و المضرة ، وكذلك الأمر نفسه في سورة الطلاق : **"وأشهدوا ذوي عدل منكم"** ومن ثمة وجب على الزوج أن يشهد شاهدين من المسلمين على طلاقه .

والإشكال المطروح هنا هو موقف القضاة من الزوج الذي يطلق زوجته بدون إشهاد فإن لأقروا طلاقه خالفوا الآية الكريمة التي تدعوا إلى الإشهاد على الطلاق وإن رفضوا إقراره سمحوا له بالاستمرار في معاشرة و هي مطلقة في علم الله .[58]

والإجابة عن ذلك أنه مادام أن روح الآيات تساعد على جعل تنظيم الطلاق منطويا بالقضاء وأن السنة النبوية الشريفة جرت على ذلك و أنه ليس في الكتاب و لا السنة ما يمنعه فإن أقر بذلك أولياء الأمور وأصبح تشريعا صار خلاف ذلك باطلا .

ومن محاسن ضرورة الإشهاد على الطلاق مع إتباع الخطوات الصحيحة في إيقاعه والمتمثلة في طهر المرأة هو إعطاء الزوج فرصة لإعادة التفكير فإن بقي مصمما رغم حضور الشاهدين ومرور الوقت الزمني فإن طلاقه يكون قائما على أسباب قوية و ليست عرضية و هذا هو الطلاق المقصود في الشريعة الإسلامية .[59]

الفرع الثاني : إثبات الطلاق شرعا

من الناحية الشرعية لا تكتسي مسألة إثبات الطلاق غموضا إذ أن الطلاق يثبت بكافة طرق الإثبات من إقرار وبينة و يمين ، إذ ذهب المالكية أنه إذا أدعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو ذلك فإن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق ، وإن أتت بشاهد واحد حلف الزوج وبرئ وإن لم يحلف سجن حتى يقرأ و يحلف ، وإن لم تأتي بشاهد فلا شيء على الزوج وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنت فالقول قول الزوج بيمينه .

---

[57] عبد الرحمن الجزيري ، المرجع نفسه، ص 282

[58] محمد عزة دروزة ، المرأة في القرآن و السنة ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، ص 100

[59] عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 30

أما عند الحنابلة إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينه ، فإن لم تكن هناك بينة يستحلف الرجل على الصحيح لحديث : اليمين على من أنكر .[60]

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

الإقرار :

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه ،و بذلك يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير .[61]

فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق و أقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار و يثبت الطلاق والإقرار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاءا لا ديانة.[62]

لكن السؤال الذي يمكن أن يطرح : هو الحكم في حالة الإكراه على الإقرار بالطلاق ؟ هنا لا يقع الطلاق في حالة توافر البينة الشرعية على وقوع الإكراه .[63]

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

وإن كان الإقرار بمثابة الدليل القاطع على ثبوت الواقعة محل النزاع ويترتب عليه إزالة النزاع حولها ، إلا أنه في واقع الأمر لا يعتبر طريقة إثبات بقدر ما هو إعفاء منه ، ولذلك فالإقرار يغني عن إلزام مدعي الواقعة بتقديم أي دليل عنها ، ولذا فليس من المتوقع أن يكون أمر كثير الوقوع في الحياة العملية ، و لا تظهر أهميته إلا عندما يحوز الخصم الذي صدر لمصلحته الدليل على ما يدعيه فيضطر إلى الاعتماد على اعتراف خصمه .[64]

البينة :

البينة حجة متعدية ، فالإثبات بها ثابت على الكافة و لا يثبت على المدعي عليه لوحده بخلاف الإقرار ، و نصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل و إمرأتين ، و لا تجوز الشهادة بالتسامح في

---

[60] وهبة الوحيلي ، المرجع السابق ، ص 460

[61] محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر و التوزيع، سوريا، 1996، ص 183

[62] محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 184

[63] محمد عزمي البكري ، المرجع نفسه، ص 192

[64] مفلح عواد القضاة ، البيانات في المواد المدنية و التجارية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1994، ص 219

الطلاق لأن الشهادة بالتسامح إنما أجيزت إستحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج و تعطيل الأحكام ، وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل .

اليمين :

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

واليمين طريق غير عادي للإثبات يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحتكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص .[65]

وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 343 و ما يليها القانون المدني إذ أدعى أحد الزوجين وقوع الطلاق و أنكره الآخر و لم يقدم مدعي الطلاق بينة عليه فله أن يطلب من القاضي توجيه اليمين فإذا حلق بأن الطلاق لم يقع قضى برفض الدعوى ، أما إذا نكل عن اليمين قضى للمدعى بطلباته لأن النكول في حكم الإقرار بما يدعيه المدعي .[66]

المطلب الثاني : إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة على انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر .

ومن خلال هذه المادة أن إرادة المشرع تتجه إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء الإشكالية التي تثار في هذه الحالة هي مسألة إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بحكم قضائي وبأثر رجعي وهذا الاتجاه كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري إلا أن القضاء استمر بالحكم به حتى بعد صدور القانون .

وعليه سنتطرق إلى كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة ومدى صحة اتجاه القضاء في هذا المجال .

---

[65] مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق ، ص 165

[66] محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 194

الفرع الأول : تثبيت الطلاق بحكم قضائي

كما سبق و أن ذكرنا ففي المادة 49 من قانون الأسرة استعملت عبارة لا يثبت و ليس لا ينعقد أو لا ينشأ أو لا يقع الطلاق إلا بحكم .[67]

فهل يقصد المشرع الجزائري من خلال هذه العبارة أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء أم أنه لا يمكن تصور الطلاق خارج ساحة القضاء ؟

ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق :

يعني ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطا لإثبات و إنما شرط للانعقاد ، وهذا ما أقره المشرع ضمن نصوصه بحيث لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح وبالتالي هو ينفي وجود طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي هي من صلاحيات القاضي كما على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراءات الصلح وينتهي هذا الحق بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير عن إرادة الزوج في ذلك .

وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري أي رأي الفقهاء في ضرورة الإشهاد على الطلاق.[68]

حتى و أن لم يأخذ المشرع في نصوصه على إثبات الطلاق الخارج عن ساحة القضاء إلا أن الواقع التطبيقي للقضاء أثبت الطلاق العرفي و رتب عليه أثر رجعي .**طبيعة الحكم بإثبات الطلاق :**

إن طبيعة الحكم المثبت للطلاق يستلزم علينا معرفة أنواع الأحكام القضائية التي تنقسم إلى ثلاث أحكام :

1- **أحكام الإلزام :** هي الأحكام التي تتضمن إلزام المدعي عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري .

2- **الحكم المقرر :** هو الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني .

3- **الحكم المنشئ :** هو حكم يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني .

كما سبق البيان أن حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء فأصبحت هذه الإرادة غير كافية لترتيب أثر قانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانونا، و ذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق .[69]

وبالتالي فإن المشرع أعطى طبيعة الإنشاء للحكم المثبت للطلاق كون هذا الحكم ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين و يخلق بذلك وضعا جديدا من تاريخ تصريح القاضي به .

---

[67] المادة 49 ، من القانون رقم 84-11 المعدل و المتمم و المتضمن لقانون الأسرة

[68] عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 31،33

[69] عمر زودة ، المرجع نفسه ، ص 99، 107

لكن هل يدخل هذا الحكم في الوظيفة الولائية للقاضي أم أنه عمل قضائي؟

طالما أن الحكم بإثبات الطلاق لا ينطوي على أي نزاع كما في طبيعة الأعمال القضائية فمن المفروض أن يكون عملا ولائيا ، إلا أن المشرع الجزائري ارتأى أن يكون الحكم ذو طابع قضائي تماما كالأعمال القضائية .

إن كان المشرع الجزائري قد منح للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى إبداء الأسباب وبهذا يكون قد قيد وظيفة القاضي وأدخلها في الوظيفة الولائية فجعل له طبيعة الإنشاء باستيفاء الشكل المقرر قانونا ، وذلك بأن القاضي يقرر وجود الطلاق من عدمه فقط إلا أن القانون أوقع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي به و ليس من تاريخ تصريح الزوج به وبالتالي فإن آثاره تترتب من تاريخ الحكم بالطلاق [70].

مضمون الحكم بإثبات الطلاق :

يتضمن الحكم بالطلاق عادة شقين اثنين :

الشق الأول : يتعلق بالطلاق و يصدر ابتدائيا نهائيا

الشق الثاني : يتعلق بالآثار المترتبة على الطلاق يصدر ابتدائيا .

و تكون صيغة المنطوق عادة :

في الشكـــــل : بصحة الإجراءات و بالتالي قبول الدعوى شكلا .

في الموضوع : القضاء نهائيا بين كل من .... و ..... مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لبلدية ..... و التأشير به على هامش عقد زواج الطرفين وشهادتي ميلادهما .[71]

القضاء إبتدائيا : بتحميل الزوج مسؤولية الطلاق و إلزامه بأن يدفع للزوجة مبلغ .... تعويضا عن الطلاق التعسفي ، و مبلغ ..... كنفقة عدة و إسناد حضانة الأبناء .... لأمهم على نفقة أبيهم بواقع ..... شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ النطق بالحكم تستمر إلى غاية سقوطها شرعا أو قانونا ، مع منح الأب حق الزيارة ليومي الخميس والجمعة وفي المناسبات و الأعياد الدينية و أيام العطل ، وإلزام الزوج بأن يخصص للحاضنة سكنا لممارسة الحضانة فيه أو بدل إيجار بواقع .... شهريا .

الفرع الثاني : تثبيت الطلاق العرفي

أدى المشرع الجزائري فيما يخص أحكام الطلاق إلى خلق مشاكل عويصة بتركه الفراغ في قانون الأسرة بحيث سمح بإثبات الزواج العرفي في حين لم يذكر إثباتا للطلاق العرفي ، واتضح هذا المشكل في

---

[70] قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية ، مذكرة تخرج ، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر ، 2001،2004 ، ص 11 ، 12

[71] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 12

حالة عدم تسجيل لعقد الزواج الذي نصت عليه المادة 22 م من قانون الأسرة الجزائري على انه : يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون .

كما حدد المشرع أركان الزواج بأنه يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين والصداق .[72]

فقد اعترف القانون بوجود عقد الزواج العرفي و ترتب كامل آثاره من إثبات النسب ووجوب النفقة .

وعليه فقبل رفع دعوى لإثبات الطلاق العرفي يستوجب تسجيل الزواج العرفي كون الدعويين مختلفين أي دعوى إثبات الطلاق العرفي و دعوى تسجيل الزواج العرفي التي توجب رفعها أولا حسب الواقع العملي المعمول به .

فحسب ما جرت عليه التطبيقات القضائية فقد تم قبول دعوى إثبات الزواج و الطلاق العرفي في نفس الوقت والحكم فيها بحكم واحد الذي قضى به القاضي في إحدى قضايا إثبات الزواج والطلاق العرفي بحكم الطلاق حكما نهائيا في حين أن حكم إثبات الزواج حكم ابتدائيا وبالتالي فقد يمكن أن تتم استئناف هذا الأخير و قد يمكن إلغاؤه من المجلس فنكون أمام طلاق دون وجود زواج .[73]

أما الحالة الثانية فهي مشكل إعادة أحد الزوجين الزواج :

ففي حالة إعادة الزوج الزواج حسب التطبيق القانوني فإنه يشكل تعقيدا للمسألة بحيث عدم إمكانية إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي يعد الزواج الثاني زواجا فاسدا ، يرتب عليه أثر الفسخ قبل الدخول و وجوب الإستبراء .

أما في حالة إعادة الزوجة للزواج : و هنا نفرق بين حالتين .

حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي :

طالما أن الزواج كان في الأصل عرفيا فإن الطلاق العرفي صحيح شرعا لا قانونا .[74]

لكن الإشكال يتعقد في حالة وجود الأولاد بحيث ينبغي إلحاقهم لنسب الزوج الأول و بالتالي يتعين رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول و إلحاق نسب الأولاد ، ثم رفع إثبات الطلاق العرفي الذي تقتضي المصلحة الاعتراف به .

أما الحالة الثانية وهي حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل وإعادة زواجها عرفيا فبحسب القانون الجزائري نتابع هذه الزوجة بجريمة الزنا .

---

[72] المادة 09 من القانون رقم 84-11 المتضمن لقانون الأسرة المعدل و المتمم

[73] قسنطيني حدة ، المرجع السابق، ص14

[74] داود بن صالح ، الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق ، مجلة الموثق ،الجزائر، جوان 2001 ، العدد الأول ،ص96

كون المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ولا يزال الزواج مستمرا وعلى الزوج تقديم شكوى ضد الزوجة الزانية كما أعتبرها المشرع ، وأكدتها المحكمة العليا في عدة قرارات لحالات مماثلة بل و أبعد من ذلك إذ اعتبرت أن حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا هو اقتراف لجريمة الزنا .

وفي حالة إدعاء الزوج بأن حكم الطلاق محل استئناف يتعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى أن يتأكد من أن الحكم لم يصر نهائيا بعد وإلا كان قراره بإدانة المتهمة بالزنا قرارا مخالفا للقانون يستوجب نقضه .[75]

العدة من طلاق عرفي :

بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجده ينص على تاريخ التصريح بالطلاق هو تاريخ احتساب العدة إلا أن هذا النص المقصود به هو الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء وليس مسألة الطلاق العرفي ومن ثمة لا يمكن اعتبار بدء العدة من تاريخ حكم الطلاق العرفي و إنما على القاضي الحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة .

وقد أدرج المشرع أن نفقة العدة تمنح للزوجة متى طلبت بها وأمكنت من إثباتها .

وفي خلاصة القول أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة و لم ينص عليه صراحة وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي استنادا إلى الشريعة الإسلامية التي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما لم ينص عليه قانون الأسرة .[76]

[75] أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر 2001، الطبعة الثالثة، ص 132

[76] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 16

الفصل الثاني : إجراءات إثبات الطلاق وآثاره

انتهينا في الفصل السابق إلى كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية وذلك بالإشهاد على الطلاق وإثباته شرعا أما من الناحية القانونية لا يثبت الطلاق إلا بحكم وهذا الحكم له طبيعة الإنشاء وهو عمل يدخل في إطار الوظيفة الولائية للقاضي رغم صدوره في شكل قضائي ومنه سنعرف الإجراءات المتبعة لاستصدار الحكم بالطلاق .

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن أكبر إشكالية هي تلك المتعلقة بالطعن في الحكم بالطلاق ذلك أن قانون الأسرة ينص على عدم القابلية للاستئناف إلا أنه لم يتحدث عن الطعن بالنقض و سنعرف ماذا يجوز الطعن في حكم الطلاق بطرق الطعن العادية أو غير العادية وموقف القضاء في هذه الحالة .

وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في المبحث الأول من هذا الفصل في حين سنخصص المبحث الثاني للآثار المترتبة عن حكم الطلاق كل من العدة ، النفقة ، والحضانة .[77]

[77] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 25

المبحث الأول : إجراءات إثبات الطلاق و طرق الطعن فيه

إن كان قانون الأسرة الجزائري قد تضمن القواعد الأساسية لبناء هيكل الأسرة الجزائرية ، وبيان أحكام الزواج والطلاق وحقوق وواجبات الزوجين وحقوق الأولاد والوالدين إلا أنه لم يتضمن الإجراءات التي تحدد طريق الوصول إلى مثل هذه الحقوق وضمان القيام بهذه الواجبات خاصة الإجراءات المرشدة للقضاة والمتقاضين التي يجب السير في منهجها [78] و عليه فكان لابد من الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية لمعرفة طرق رفع الدعوى أمام المحكمة واختصاصاتها بالفصل في المنازعات الناشئة بين الزوجين في قضايا الطلاق و الرجوع و ما يخص إجراءات المرافعات أثناء جلسات المحاكمة و بحضور الأطراف وتمثيلهم وغيابهم ، وغيرها من الإجراءات الواجب إتباعها بالإضافة إلى طرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق .

[78] عبد العزيز سعد،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة، الجزائر 1996 ، الطبعة الثالثة ، ص 323

المطلب الأول : إجراءات صدور الحكم المثبت للطلاق

وقد خصصنا في هذا المطلب فرعين الفرع الأول لقواعد الاختصاص و طرق رفع الدعوى أمام المحكمة بذكر اختصاصاتها في موضوع الطلاق وكيفية سير هذه الدعوى أما الفرع الثاني فكانت نظرتنا حول الإجراءات التي قوم بها القاضي في دعوى إثبات الطلاق سواء بالإجراءات الملزمة عليه أو من تلقاء نفسه .

الفرع الأول : قواعد الاختصاص و طرق رفع الدعوى

إن المحكمة المختصة بالفصل في النزاعات أو الخصومات التي تنشأ بين الزوجين عادة ليست دائما محكمة واحدة موجودة بمكان واحد ، و إنما هي تختلف غالبا بحيث اختلاف موضوع الطلب وذلك لأن المحكمة المختصة بالفصل في موضوع الطلاق مثلا ليست بالضرورة هي المحكمة المختصة بالفصل في الحضانة ، والمحكمة المختصة بالفصل في موضوع طلب النفقة ليست هي المحكمة نفسها المختصة بالفصل في موضوع الطلاق والحضانة ، وهذا ما سنتوسع فيه في هذا الفرع إضافة إلى طرق رفع الدعوى وشروط قبولها مع كيفية سيرها .

أ/ قواعد الاختصاص :

1/ المحكمة المختصة بالفصل في الطلاق و المراجعة :

حسب المادة 40 الفقرة 2 قانون الإجراءات المدنية أن المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق ، و دعاوى الرجوع لمحل الزوجية هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية .[79]

وعليه فلو فرضنا مثلا أن رجلا تزوج فتاة من قسنطينة وفقا للشرع و القانون و دخل بها في مسكن يملكه أو يستأجره في مدينة عنابة ، و بعد أيام أو شهور أو سنة أو أكثر حصل نزاع حاد بين الزوجين تركت الزوجة على إثره بيت الزوجية في عنابة و ذهبت إلى بيت أهلها في قسنطينة ، ومن هنا أرادت أن تتقدم إلى محكمة قسنطينة لتحكم لها بالطلاق وفقا لإحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ فإن هذه المحكمة غير مختصة بالفصل في طلب الطلاق باعتبارها ليست محكمة مقر الزوجية ، التي تبنى عليه سلطة الاختصاص بل يوجد ضمن دائرة اختصاص محكمة عنابة .[80]

2- المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الحضانة :

إذ ورد في المادة 2/40 ق.إ.م على أن المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة هي المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الحضانة .[81]

---

[79] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 355
[80] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 325
[81] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 355

و يعني هذا أنه إذا وقع طلاق بين الزوجين ، و حكمت المحكمة بإسناد حق حضانة الأولاد إلى أمهم أو خالتهم أو أبيهم أو إلى غيرهم ضمن نفس الحكم الذي قضى بالطلاق لسبب من الأسباب ، ثم قام خصام بين الحاضنة أو الحاضن و بين شخص آخر ممن لهم حق الحضانة شرعا ينازع في الحضانة و يطلب إسقاطها على غيره و إسنادها إليه فإن المحكمة المختصة بالفصل في دعوى طالب إسقاط على غيره و إسنادها إلى المدعي هي المحكمة التي تمارس الحضانة ضمن دائرة اختصاصها الإقليمي دون سواها ، وبعبارة أخرى فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يوجد الطفل المحضون في نطاق اختصاصها قانونا .[82]

3- المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى النفقة :

فيما يتعلق بمسائل النفقة ، فإن المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى النفقة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو محل إقامة المدين بالنفقة ، المادة 2/40 ق.إ.م [83]

من مضمون المادة يعني أنه إذا أرادت الزوجة أن تقيم دعوى ضد زوجها قبل الطلاق أو بعده من اجل نفقة الأولاد القاصرين الموجودين في رعايتها بنفقة واجبة شرعا و قانونا على زوجها أو طليقها فإن المحكمة المختصة بالفصل في مثل هذا الطلب هي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها الإقليمي إما موطن الزوجة المدعية و مسكنها الدائم ، و إما مكان إقامتها و محل سكناها المؤقت .[84]

ومعنى ذلك أنه لو أن امرأة مثلا كانت مكلفة قانونا برعاية أو حضانة طفل أو عدد من الأطفال تسكن بهم في مدينة جيجل و أرادت أن تطلب من المحكمة إصدار حكم ضد والدهم الذي أهملهم و تركهم دون نفقة ، وهو يسكن في مدينة سطيف فإنه يجوز لهذه المرأة أن تطلب الحكم بالنفقة أمام محكمة جيجل باعتبارها هي المحكمة التي يقيم بدائرة اختصاصها الإقليمي طالب النفقة و الدائن بها ، وليس من حق الوالي أن يطلب بأن ترفع ضده دعوى النفقة أمام محكمة سطيف و لا أن يطلب أو يدفع بعدم اختصاص مدينة جيجل .[85]

---

[82] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 325 – 326

[83] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 355

[84] محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ، ص 85

[85] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 326

ب/ طرق رفع الدعوى :

نصت المادة 14 من ق.إ.م بأنه ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة ومؤرخة و موقعة من المدعي أو محاميه لدى مكتب الضبط ، و إما بحضور المدعي نفسه أمام المحكمة وفي هذه الحالة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يحسن التوقيع .[86]

ومن تحليل المادة 14 من ق.إ.م يتضح أن هناك طريقتان قانونيتان لرفع الدعوى و إقامتها أمام المحكمة و هما :

1- رفع الدعوى بعريضة مكتوبة إلى مكتب الضبط :

وهي رفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة بطلب منها أن تحكم له بالرجوع أو بالطلاق أو بالنفقة أو بالحضانة أو بغير ذلك .

ويشترط في العريضة La demande en justice أن تكون طلبا مكتوبا على نسختين يحتوي على البيانات اللازمة الخاصة باسمه و لقبه وعنوانه ومهنته وإلى اسم ولقب وعنوان ومهنة خصمه وعلى الأدلة والوثائق التي تؤكد الطلب وتشمل على تاريخ اليوم الذي حررت فيه وموقعه من طرف المدعي .

2- رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي (Par comparution) :

وهنا يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع و يصبح هذا لمحضر وثقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة .

شروط قبول الدعوى :

نصت المادة 12 ق.إ.م بأنه لا يجوز لأي شخص ، التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون .

كما نصت المادة 5 من القانون 63/224 الصادر في 29 جوان 1963 .

تقضي بأنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج ، و أن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد الزواج المسجل أو المقيد في سجلات الحالة المدنية .

وانطلاقا من هذين النصين ، فإن القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن يكون ذا صفة ، أي بمعنى أن يجب أن يكون المدعي الزوج أو الزوجة نفسهما أو أحد ممثليهما قانونيا كالمحامي أو الولي أو الوصي و أن يتمتع بأهلية التقاضي ، أي أن يكون متمتعا بسن الرشد المدني و هو 19 سنة (المادة 40

---

[86] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعة 2005 ، ص 341 – 342

ق.م) و متمتعا أيضا بقواه العقلية و غير محجور عليه (المادة 42، 44 ق.م) كما يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع بحيث انه لا دعوى حيث لا مصلحة .

كيفية سير الدعوى :

عندما نقوم الدعوى من طرف أحد الزوجين ضد الآخر وفقا لإحدى الطرق التي سبق الكلام عنها ، يقوم كاتب الضبط بتسجيلها في السجل الخاص ، و تعيين تاريخ الجلسة التي ستعرض فيها الدعوى ، و عندئذ يتعين على الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة في التاريخ المعين بنفسيهما أو بواسطة ممثليها ويشرح كل منهما طلباته ومزاعمة بالأدلة والحجج .[87]

و بحسب المادة 216 ق.إ.م يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون أو تلك التي أمر بها كما يمكن له الأمر بشطب القضية بناءا على طلب مشترك من الخصوم .

أما في عدم حضور المدعي عليه ، فإنه يجوز للقاضي الفصل في دعوى في غيابه .

ويفصل القاضي بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسة بعد سماع كل منهما ، و يجوز لكل من الزوجين المطالبة من المحكمة بأن تكون مرافعتهما في الجلسة سرية بحضورهما مع القاضي و كاتبه فقط .

كما للقاضي أن يطلب ذلك من تلقاء نفسه .

كما يجوز لكل من الزوجين أن يصحب معه شهود إلى المحكمة و تقديمهم مباشرة أثناء الجلسة .

أما المرافعات أثناء الجلسة تكون بأن يبدأ المدعي من الزوجين بعرض طلباته من المحكمة مع إبراز الأدلة التي يعتمد عليها ، ثم يعطي القاضي الكلمة للمدعي عليه منهما ليقدم دفوعه و حججه و أدلته المعاكسة .

و بعد مرافعة الزوجين المتنازعين يحيل القاضي الكلمة إلى محامي المدعي ثم إلى محامي المدعى عليه من الزوجين قبل إقفال باب المرافعة .[88]

و نلاحظ في هذا الشأن نص المادة 49 ق.أ بأنه :

لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر .[89]

---

[87] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 330

[88] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 330 – 331

[89] المادة 49 من القانون 84-11 المتضمن لقانون الأسرة

الفرع الثاني : إجراءات القاضي في دعوى إثبات الطلاق

إن من أهم الإجراءات و أولوياتها في قضايا الأحوال الشخصية إجراءات الصلح والتحكيم وهي من الإجراءات الإجبارية على القاضي القيام بها قبل النطق بالطلاق و هذا ما تضمنه القرآن الكريم في سورة النساء لقوله تعالى : "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما ، إن اله كان عليما خبيرا " [90]

إجراءات الصلح :

كما جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بأنه :" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر" [91].

و يتضح من هذا النص أن محاولة الصلح إجراء إجباري ، و إذا لم يتم هذا الإجراء فإن الحكم الصادر بالطلاق بكون باطلا و على القاضي القيام به قبل النطق بحكم الطلاق كما يجب عليه أن يستدعي الزوجين المتخاصمين إلى مكتبة بواسطة كاتب الضبط في جلسة خاصة و يكون ذلك بإشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل من أجل استقرار الأسرة وضمان مصالح الأطفال و على القاضي أن يحرر محضرا بما توصل إليه من نتائج في فشل أو نجاح هذه الصلحة ثم يحيلها إلى جلسة علنية و يصدر حكمه [92].

و نلاحظ من خلال نص المادة 49 من ق.أ الغموض بشأن المدة التي حددها المشرع بثلاثة أشهر ، و رتب عليها آثار في المادة 50 التي تقضي بأنه :" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد " [93].

وهذا الغموض أوقع الباحث في تساؤل عن بداية الأشهر الثلاثة و نهايتها فهل تبدأ من تاريخ نطق الزوج بالطلاق ؟ أم من تاريخ طرح النزاع على المحكمة ؟ أم من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ؟

وفي نظرة القانون الجزائري أنه لا وجود للطلاق إلا بصدور حكم من القضاء وفقا للمادة 49 ق.أ فإن الثلاثة أشهر تسري إبتداءا من نطق الزوج بالطلاق إذا كان قد نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة ، فإن لم ينطق به حتى تاريخ الحكم ، فإن العدة تبدأ من تاريخ الحكم لأنه يمثل تاريخ النطق بالطلاق فعلا [94].

---

[90] سورة النساء ، الآية 34
[91] المادة 49 من القانون رقم 84-11 المتضمن لقانون الأسرة
[92] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 346
[93] المادة 50 من القانون 84-11 المتضمن لقانون الأسرة
[94] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 357

إجراءات التحكيم :

يتضمن نص المادة 56 ق.أ أنه :" إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج ، و حكما من أهل الزوجة و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين " [95].

و واضح من هذه المادة أنه إذا اشتد الشقاق بين الزوجين ، أو أضر أحدهما بالآخر و استحال استمرار المعيشة بينهما ، و لم يثبت الضرر على القاضي أن يعين الحكمين من أجل الإصلاح بينهما و قد أوجب عليهما القانون تقديم تقرير في أجل شهرين و على القاضي أن يحكم بمقتضاه و لا يشترط في التقرير أن يكون معللا ، كما يجوز له أن يرفض التقرير ويعين حكمين آخرين . [96]

وفي حالة عجز الحكمين عن الإصلاح فهنا على القاضي أن يحكم بالطلاق و تستند هذه الأحكام إلى الفقه الملكي الذي يعتبر مهمة الحكمين لا تقف عند الإصلاح بين الزوجين بل تتجاوز إلى طلب التفريق بينهما ، إذا لم يجد سبيلا لهذا الإصلاح .

وحسب المادة 55-56 من قانون الأسرة الجزائري فإنها تترك حق تقرير الدليل للقاضي الذي يصدر حكمه في ضوء تقرير الحكمين إذا عجزا عن الإصلاح انطلاقا من ظروف وملابسات الدعوى .

أما فيما يخص وجود الضرر من عدمه و مدى جسامته فهذا يرجع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يفصل في موضوع الدعوى و سبب الشكوى .[97]

و يشترط في الضرر و قيامه و حصوله قبل رفع الدعوى ، و قبل تسجيلها لدى كتابة الضبط بالمحكمة ، و مع ذلك فإن أقامت الزوجة دعوى طلب التطليق للضرر ، و لم تتمكن من إثبات الضرر و حكمت المحكمة برفض دعواها ، فإن ذلك لا يمنعها من تجديد رفع الدعوى مرة ثانية إذا كانت ستتمكن من إثبات الضرر و تحقق وجوده .[98]

عرض الملف على النيابة العامة :

حسب المادة 260 ق.إ.م على أنه يمكن للقاضي تلقائيا ، أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى .

و ترسل هذه القضايا إلى النائب العام قبل 10 أيام على الأقل من تاريخ الجلسة بواسطة كتابة الضبط .

---

[95] المادة 56 من القانون 84-11 المتضمن لقانون الأسرة

[96] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 347

[97] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 359

[98] لحسين بن الشيخ آت ،ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر 2006 ، الطبعة الثانية ، ص 239

اللجوء إلى التحقيق في واقعة الطلاق العرفي :

لم ينص قانون الأسرة على هذا الإجراء في دعوى الطلاق كونه لا يعترف أصلا بالطلاق العرفي لكن التطبيق القضائي يستلزم العمل به و ذلك :

اللجوء إلى التحقيق :

يكون اللجوء إلى التحقيق تلقائيا و يكون ذلك وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية تحديدا المادة 75 و م بعدها إما بموجب أمر كتابي أو شفوي .[99]

إجراء التحقيق :

بموجب أمر بالتحقيق يقوم به القاضي في التاريخ المحدد و ذلك بسماع الشهود بعد أدائهم اليمين القانونية ، وتسمع شهادة كل منهما على إنفراد كما يجوز إعادة سماعهم ومواجهتهم ببعضهم البعض كما يجوز سماع شهادة جميع الأقارب ما عدا الأبناء .

ويقوم أمين الضبط بتدوين أقوال الشهود في محضر فيما يخص الدعاوي التي لا يجوز استئنافها ، أما الدعاوي الجائز استئنافها فيحرر محضرا خاصا بأقوال الشهود ثم يرفقه بعد التوقيع عليه من القاضي بالنسخة الأصلية للحكم ، ويجب أن يتضمن البيان اليوم والساعة التي تم فيها التحقيق وكل البيانات الخاصة بالخصوم ، ولا يجوز أن يصدر القاضي حكمه فور إجراء التحقيق وله أن يؤجل الدعوى إلى جلسة مقبلة ويمكن للأطراف الإطلاع على التحقيق قبل الجلسة المحددة .[100]

---

[99] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 37 .

[100] المادة 94 من القانون 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية

في حالة اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق :

هذا لا يطرح إشكالا لكون المسألة لا تنطوي أصلا على النزاع ، وهنا يقوم القاضي بسماع الشهود فقط لتأكيد الواقعة و تحديدا لتأكيد التاريخ و المكان الذي وقعت به .

في حالة إنكار أحد الزوجين :

في حالة إدعاء الزوجة وقوع الطلاق العرفي و إنكاره من طرف الزوج فإن القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة كون المسألة تتضمن اعتداء على أحد أهم حقوق الزوج ، إلا أن التطبيقات القضائية اتجهت إلى الأخذ بشهادة الشهود في إثبات الطلاق حتى في إنكاره من طرف الزوج .

التحقيق في حالة وفاة أحد الزوجين :

تكون الدعوى إما مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفي أو من ورثة الزوج المتوفي ضد الزوج الباقي على قيد الحياة و نظرا لخطورة المسألة غالبا بأمور الميراث أين يكون القصد منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة فإنه يتعين على القاضي التدقيق قدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي .[101]

المطلب الثاني : تنفيذ الحكم المثبت و طرق الطعن فيه

إن الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام و القرارات القضائية و العقود الرسمية قد تضمنها قانون الإجراءات المدنية و سنتناول ما يهم تنفيذ الأحكام الصادرة لفائدة و لصالح أحد الزوجين قبل الطلاق أو بعده ، و نكتفي بالحديث عن إجراءات تنفيذ الحكم تنفيذا رضائيا أو جبريا ، و ذلك من خلال الحديث عن الحكم القابل للتنفيذ ، و الموظف المؤهل للقيام بالتنفيذ ، ثم الشروع في التنفيذ .

أما الفرع الثاني فخصصناه لكيفية الطعن في حكم الطلاق .

الفرع الأول : تنفيذ الحكم المثبت للطلاق

الحكم القابل للتنفيذ :

إن كل حكم أو قرار أو سند لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية وهذا ما نصت عليه المادة 601 ق.إ.م .

وعليه كل من صدر لمصلحته حكم قضائي الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية وعلى كل حال فإن أي واحد من الزوجين صدر لصالحه حكم من المحكمة أو قرار من المجلس يمكنه أن يحصل من مكتب الضبط على نسخة تنفيذية كلما أراد أن ينفذ الحكم الصادر لفائدته .[102]

---

[101] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 38

[102] محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص 87

و حتى يكون قابلا للتنفيذ يجب أن يشتمل على العناصر و الأوصاف التالية :

- يجب أن يكون الحكم نهائيا حاز قوة القضية أو قوة الشيء المقضي فيه و لم يعد يقبل الطعن لا بالمعارضة و لا بالاستئناف .

- يجب أن تكون النسخة المقدمة إلى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط تحمل عبارة :

"نسخة طبق الأصل مسلمة للتنفيذ" و موقعة من كاتب الضبط و تحمل الخاتم الرسمي لمكتب الضبط .

- يجب أن تكون نسخة الحكم المقدمة إلى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط التابع للمحكمة ممهورا بالصيغة التنفيذية المشار إليها في المادة 601 ق.إ.م.[103]

الموظف المؤهل للقيام بالتنفيذ :

بعد أن يصدر الحكم لصالح أحد الزوجين ، ويصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه ، و بعد أن يحصل المعني على نسخة منه موقعة و مختومة وممهورة بالصيغة التنفيذية يحرر طلبا يذكر فيه اسمه و لقبه وعنوانه واسم و لقب وعنوان الزوج الآخر ، المراد التنفيذ عليه ، ويشير في طلبه هذا إلى مضمون الحكم وإلى رقمه و تاريخ صدوره ، والجهة القضائية التي صدر عنها ، ثم يوقع هذا الطلب ويضم إليه النسخة التنفيذية و يقدمها معا إلى مصلحة التبليغ و التنفيذ بمكتب الضبط لدى المحكمة التي أصدرت الحكم أو لدى المحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها مكان التنفيذ و معها وصل بدفع رسوم و مصاريف التنفيذ المحددة بالقانون ، بعد أن يسلمه الكاتب المكلف بتسيير مصلحة التبليغ و التنفيذ وصلا يثبت إيداع الطلب و وصلا يثبت دفع الرسوم و المصاريف .

الشروع في التنفيذ :

بعد أن يستلم الموظف النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية ، يشرع مباشرة في القيام بإجراءات التنفيذ فيرسل تنبيها إلى المحكوم ~~عليه من الزوجين مرفقا بمضمون~~ الحكم إذا كان قد بلغ إليه او بنسخه من الحكم إذا لم يسبق أن بلغ إليه و يمنحه مهلة عشرين يوما ليقوم بتنفيذ الحكم الصادر عليه تنفيذا تلقائيا ورضائيا ، و إذا انتهى هذا الأجل أو انتهت هذه المهلة فإن كاتب الضبط سيعمل حتما على تنفيذ الحكم جبرا على المحكوم عليه ، و بواسطة القوة العامة عند اللزوم ، و يحجز أمواله و يبيعها إذا كان الحكم يتضمن حكما بالنفقة أو بالتعويض مثلا أو بغيرهما من الأشياء المقومة بالمال .[104]

---

[103] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 34

[104] عبد العزيز سعد ، نفس المرجع السابق ، ص 342 ، 343 .

الفرع الثاني : طرق الطعن في الحكم بالطلاق

حسب التقسيم العام لطرق الطعن فهي طرق طعن عادية و أخرى غير عادية و سنتطرق لكل حالة بالتفصيل مع إسقاطها في الجانب العملي :

أولا : طرق الطعن العادية :

أ- الاستئناف : الطعن بالاستئناف هو طريق عادي للطعن في الأحكام الصادرة ابتدائيا عن محاكم الدرجة الأولى و يرمي أساسا إلى إعادة الفصل في ذاته القضية مرة ثانية .[105]

و بالرجوع إلى نص المادة 49 ق.إ نجدها تنص على أن الطلاق هو حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدودها .

و تنص المادة 57 ق.أ على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية ، ومن هنا وجب التفرقة بين الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين و الأحكام الصادرة بالتطليق التي لم تتضمنها المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري .

و من ثمة تبقى خاضعة لإجراءات الطعن العادية إلا انه كان ينبغي على المشرع أن يحسم الخلاف بالنص صراحة على ذلك .[106]

لكن إذا قلنا أن أحكام الطلاق وفقا للمادة 57 ق.أ غير قابلة للاستئناف فسنعرف ما إذا كانت نطبق هذه القاعدة على الأحكام الصادرة برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس أم لا .

مبدئيا نجد أن القضاة في هذا المجال انقسم إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يذهب إلى اعتبار الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس حكم ابتدائي قابل للاستئناف لكونه لم يصدر بالطلاق نظرا لطبيعة الحكم في حد ذاته ، و الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس هو حكم عادي يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين ، ذلك أن جهة الاستئناف هي جهة مراقبة لشرعية أعمال قاضي الدرجة الأولى و من ثمة و جب إعطاء فرصة للخصم لتدارك هذا الخطأ خاصة و أن الطلاق هو حق إرادي و المفروض ألا يثار مثل هذا الإشكال بخصوصه ، لأن الحكم به يكون مجرد تقديم الزوج لطلبه وفقا للشكل المنصوص عليه قانونا .

و قد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه إذ جاء في قرارها أنه من المستقر عليه أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو تفرض دعوى الطلاق .

---

[105] نبيل إسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 1986، ص1209 .

[106] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ،ص 40 ،41 .

و من ثمة فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي برفض الدعوى و حكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين واعتبروه تعسفيا على مسؤولية المستأنف عليه طبقوا صحيح القانون .[107]

ولكن هذا القول يتناقض مع قواعد الاختصاص النوعي إذ أصبحت المحاكم منذ صدور قانون الأسرة هي المختصة نوعيا بدعاوى الطلاق دون غيرها و أصبح التقاضي بالنسبة لها يتم على درجة واحدة .[108]

الاتجاه الثاني : يذهب هذا الاتجاه إلى انه في دعاوى الطلاق يجب أن يكون التقاضي على درجة واحدة بحيث يصدر الحكم بالدرجة النهائية غير قابل للاستئناف و لكنه يقبل الطعن بالنقض و عليه فإذا وقع الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى الطلاق يجب أن تنتهي هذا الاستئناف إلى عدم القبول .

و إذا فصل المجلس خلاف ذلك كأن يفصل بتأييد الحكم الصادر بالطلاق أو برفض دعوى الطلاق أو يفصل بالطلاق وقع الطعن بالنقض في هذا القرار فيجب على المحكمة العليا أن تفصل ببطلان القرار المطعون فيه دون أن تحيل القضية من جديد أمام نفس الجهة التي أصدرته استنادا إلى أن المجلس ليست له ولاية الفصل في دعاوى الطلاق ولا تقبل سوى الطعون المرفوعة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية والفاصلة في دعاوى الطلاق.[109]

وعليه فقد استخلصنا أن الحكم بالطلاق يصدر ابتدائيا نهائيا لا يقبل إلا الطعن بالنقض أما فيما يخص حكم إثبات الطلاق العرفي فلم تستقر التطبيقات القضائية على مستوى المحاكم على وصف معين لهذا الحكم إذ نجدها تصدر أحيانا أحكام نهائية و أحيانا أخرى ابتدائية مما يعطي الفرصة للخصم لإمكانية الاستئناف .

فبما أن الحكم بإثبات الطلاق العرفي يختلف عن الحكم بالطلاق ذلك أن القاضي في الحكم بالطلاق له دور سلبي فمتى رفع أمامه طلب الطلاق من الزوج وجب عليه أن يقضي به دون أن يكون له البحث في أسبابه في حين أن الحكم بإثبات الطلاق العرفي يكون دور القاضي فيه إيجابيا إذ يبحث و يحقق في الواقعة ثم له أن يحكم بإطلاق في حالة اقتناعه كماله ألا يحكم به في حالة عدم ثبوت الواقعة المدعي بها وعليه فالمفروض أن تطبق عليه القواعد العامة ليكون بالتالي خاضعا للاستئناف خاصة وأنه لا يؤسس على العصمة الزوجية وبالتالي تنتفي الحكمة من جعله يصدر نهائيا .

---

[107] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 41 .
[108] عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال أحكام الفقه الإسلامي ، مطبعة ثالثة 2000/1999 ، ص 241 .
[109] زودة عمر ، المرجع السابق ، ص 134 .

و بخصوص تطبيق المادة 57 ق.أ فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي :

متى كان مقررا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية فإن قضاة المجلس في قضية الحال بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات .[110]

ب- المعارضة :

تنص المادة 329 ق.إ.م على أنه يجوز الطعن في الأحكام الغيابية بطريق المعارضة ضمن مهلة (1) شهر من تاريخ التبليغ الحاصل .[111]

وبذلك فقد وضعت قاعدة عامة تسري على جميع الأحكام الابتدائية و الأحكام الصادرة نهائيا ذلك أن صدور الحكم ابتدائيا نهائيا لا يمنع من المعارضة فيه .

إذ يذهب الأستاذ عمر زودة إلى انه إذا تم إعلان الزوجة بتاريخ النطق بحكم الطلاق فيعد ذلك قرينة على علمها بالفرقة و بالتالي تسري آثار الطلاق من تاريخ النطق به في حين أنه إذا لم يتم تبليغ الزوجة بتاريخ جلسة الإعلان عن الطلاق فهب تعد غير عالمة به و لا يسري أثر الطلاق في حقها إلا ابتداء من تاريخ إعلامها و هنا يحق للزوجة أن تطعن في الحكم الصادر بالطلاق طبقا لطرق الطعن المقررة للأعمال الولائية ، فترفع تظلما أمام القاضي المعلن عن الطلاق و يمكن أن تستند في ذلك إلى عدم إعلامها بجلسة المصالحة فينظر القاضي في هذا التظلم و يفصل فيه بقبوله و إلغاء العمل الصادر عنه إذا برهنت عن عدم إعلامها بالحضور إلى هذه الجلسة .[112]

أما في حالة الحكم بإثبات الطلاق العرفي فقد استقر العمل القضائي للمحاكم على أن أحكام إثبات الطلاق العرفي قابلة للمعارضة و يتجسد ذلك من خلال الأحكام التي تقضي بقبول المعارضة شكلا و تأييد الحكم المعارض فيه ، هذا الأخير الذي قضى غيابيا نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين.

و أخيرا يمكن القول أنه لا مكن تصور المعارضة في الحكم بإثبات الطلاق إلا أن ذلك ممكن في الحكم بإثبات الطلاق العرفي لأن دور القاضي فيه إيجابيا كما سبق البيان و أن المعارضة وفقا للمادة 100 ق.إ.م توقف التنفيذ للحكم ما لم يقضي الحكم الغيابي بخلاف ذلك. [113]

---

[110] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 42 .

[111] المادة 329 من القانون 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 .

[112] عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 133

[113] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 43 ،44

ثانيا : طرق الطعن الغير عادية

أ-اعتراض الغير الخارج عن الخصومة :

تنص المادة 381 ق.إ.م على أنه لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة .[114]

و عليه سنعرف ما إذا كان اعتراض الغير الخارج عن الخصومة يمس الحكم الصادر بإثبات الطلاق .

كما سبق و ذكرنا أن الحكم بإثبات الطلاق يقوم على أساس العصمة الزوجية و من ثمة يكون دور القاضي فيه سلبيا هذا من جهة و من جهة أخرى فإن آثاره لا تشمل إلا الزوجين دون أن تمتد لغيرهما و عليه لا يمكن أن يكون محلا لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة في حين يمكن تصور اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الحكم القاضي بإثبات الطلاق العرفي نظرا لطبيعته الخاصة ذلك أن القاضي له دور إيجابي على أساس أن وظيفته لا تقتصر على مجرد تقرير حق الزوج في الطلاق و إنما تتعداه إلى التحقيق في واقعة الطلاقة في حد ذاتها هذا من جهة و من جهة أخرى فإنه غالبا ما يتم إثبات وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين ، ومن ثمة يكون في ذلك مساسا بحقوق الورثة ، مما يعطي لهم الحق في الاعتراض على حكم إثبات الطلاق العرفي رغم أنهم لم يكونوا طرفا في القضية .[115]

ب-التماس إعادة النظر :

إن الأحكام الصادرة عن المحاكم أو المجالس و التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من كان طرفا فيها أو ممن أبلغ قانونا بالحضور ، حسب المادة 391 ق.إ.م.

و يمكن تقديم التماس إعادة النظر لأحد السببين حسب المادة 392 ق.إ.م :

1- إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة شهود ، أو على وثائق اعترف بتزويرها ، أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر و حيازته قوة الشيء المقضي به .

2- إذا اكتشف بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به أوراق حاسمة في الدعوى ، كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم .

---

[114] المادة 381 من القانون 08- 09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 25 فبراير 2008

[115] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 45 .

ويرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين (2) ، يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد ، أو ثبوت التزوير ، أو اكتشاف الوثيقة المحتجزة ، المادة 393 ق.إ.م .[116]

لكن ما مدى إمكانية الطعن في الحكم المثبت للطلاق بطريق التماس إعادة النظر؟

الإجابة عن هذا السؤال تقتضي منا تفصيل إمكانية توافر حالات أو أوجه التماس إعادة النظر في الحكم القاضي بالطلاق ، و بمطابقتها عليه نجد أنه لا مكن تصور ذلك ففي الحكم القاضي بالطلاق ، و بمطابقتها عليه نجد أنه لا يمكن تصور ذلك في الحكم بالطلاق بناءا على الإرادة المنفردة للزوج لأنه مجرد تقرير لإرادة الزوج .

أما الحكم القاضي بإثبات الطلاق العرفي فإن الأمر فيه يختلف إذ يمكن أن يكون محلا لالتماس إعادة النظر لأن القاضي يحقق في واقعة الطلاق و يعتمد على شهادة الشهود و مستندات الخصوم .[117]

ج- الطعن بالنقض :

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام القضائية و يطعن بهذا الطريق في الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية أو المجالس على حد السواء ، فهو طعن يباشر أمام المحكمة العليا و لا يمكن تأسيسه إلا على الأوجه التي قررها القانون .

و يرفع الطعن بالنقض في اجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا ، و يمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة أشهر (3) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار .[118]

و بالعودة إلى نص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري التي تتضمن عدم قابلية الحكم بالطلاق للاستئناف فإن المقصود به أن يصدر عن الدرجة الأولى نهائيا و بالتالي يكون غير قابل للاستئناف إلا أن هذه المادة لم تشر إلى الطعن بالنقض و نجد أن المحكمة العليا لم تستقر على رأي في هذه المسألة حيث ورد في قرار صادر عنها أنه من العبث أن يستأنف الطلاق أمام المجلس مادام الزوج قد طلبه و هو مصر عليه غير أنه يمكن المطالبة بتوابع فك العصمة أمام الجهة الإستئنافية و هذا القول كما ينطبق على الاستئناف فهو ينطبق لا محالة على الطعن بالنقض .

---

[116] المادة 391 من القانون 08- 09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[117] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 46 .

[118] المادة 354 من القانون 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإارية .

و منه فإن أحكام الطلاق تخضع لطريق الطعن بالنقض ذلك أنه مادامت هناك إجراءات مقررة قانونا ينبغي احترامها فإنه لابد من وجود رقابة المحكمة العليا عليها و هي محكمة قانون لا علاقة لها بالواقع .

إذ يرى الأستاذ عمر زودة أن الأحكام بالطلاق ليست أحكام قضائية قابلة للطعن فيها بطرق الطعن المقررة قانونا للأحكام القضائية بل هي قرارات ولائية تصدر في شكل العمل القضائي و من ثمة تخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال الولائية .[119]

و أخيرا يمكن القول أن الطلاق يقع بمجرد إيقاعه دون الحاجة إلى موافقة القاضي عليه و تبقى فقط مادياته تخضع لرقابة القضاء و خاصة فيما يخص الطابع التعسفي له و التعويض عنه .

[119] عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 136

المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن حكم الطلاق

بعد صدور حكم الطلاق و قبوله للتنفيذ في المدة التي أقرها المشرع لابد من ترتب آثار عن هذا الحكم ستغير مركز الزوجين حتما من الناحية القانونية في حين تؤدي إلى انهيار الكيان الأسري من الناحية الاجتماعية و إلى غيره من تأثيرات الطلاق في المجتمع أما في هذا المبحث فسنعرف بعض الآثار التي تترتب عن صدور حكم الطلاق و قد ذكرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة من مواده (58 إلى 80 ق.أ) .

فسنذكر منها العدة في الفرع الأول و مدى مشروعيتها ، أما الفرع الثاني فسيكون للنفقة واستحقاقها بالنسبة للزوجة و الأولاد أما المطلب الثاني من هذا المبحث فسنخصصه لأثر الحضانة هذا الأثر الذي يترتب بوجوده الأولاد في حالة طلاق الزوجين و عليه سنعرف من خول له القانون حق حضانة الأولاد و ما هي المدة التي تسقط فيها هذه الأخيرة .

المطلب الأول : العدة و النفقة

نقصد بالآثار هي النتائج المترتبة على انحلال عقد الزواج أو إنهاء الرابطة الزوجية و لقد ذكرها المشرع الجزائري في المواد من 58 إلى 80 قانون الأسرة.

حصرها في العدة (المادة 58 إلى 61 ق.أ) ، الحضانة (المادة 62 إلى 72 ق.أ) ، النفقة (المادة 74 إلى 80 ق.أ)

و في هذا المطلب سنتطرق إلى أثر العدة في الفرع الأول فيما خصصنا الفرع الثاني لأثر النفقة.

الفرع الأول : العدة

العدة لغة : هي الإحصاء و العدد ، يقال عددت الشيء عدة أي أحصيته إحصاءا و يقال انقضت عدة الرجل إذا انقضى أجله أي انقضت مدته ، و يقصد بعدة المرأة من وفاة زوجها أو طلاقه إياها .[120]

العدة اصطلاحا : فهي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق فالعدة هي تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها ، و لقد أجبت الشريعة الإسلامية العدة على الزوجة عند الافتراق بينها و بين الزوج ، سواء وقع الافتراق بالطلاق (بعد الدخول الحقيقي أو الحكمي في الزواج الصحيح) ، أو الوفاة أو الفسخ .[121]

و الحكمة من مشروعية العدة هي : أوجب الإسلام اعتداد المرأة بعد الفرقة الزوجية و ذلك لما يترتب عليها من المصالح الكثيرة و المعاني المهمة منها :

---

[120] إبن منظور، لسان العرب،دار صادر ، 1994 ،ط 3 ، ج4 ، ص : 283

[121] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 369 .

- براءة رحم المرأة من الحمل ، و ذلك أن المرأة المعتدة بقاءها طوال العدة دون زواج يعلم منه وجود حمل بالرحم أم لا ، و كذلك صيانة الأنساب و حفظها من الاختلاط .[122]
- إظهار أهمية الزواج و الاعتراف بخطره فلا ينحل إلا بانتظار مدة يعلم بها انحلاله .[123]
- إعطاء الزوج فرصة المراجعة بالنسبة للزوجة غير المطلقة بالثلاث .[124]
- و العدة واجبة شرعا ثبت ذلك بالكتاب و السنة و الإجماع .

من الكتاب قوله تعالى :"و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" [125]

و من السنة : تأكيدا على هذا المعنى ما ورد أنه قال لفاطمة بنت قيس :

"إعتدي في بيت ابن أم كلثوم " [126]

أما الإجماع فقد أجمعت الأمة على مشروعية العدة و وجوبها .

تتنوع العدة تبعا لإختلاف الحالات ، و عدده القانون الجزائري في أربعة أنواع :

1-عدة الحامل :

إذا كانت المرأة حامل فعدتها وضع حملها و دليل ذلك قول تعالى : "أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " [127]

و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 60 من قانون الأسرة أن عدة الحامل وضع حملها ، و أقضى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو وفاة.[128]

2-عدة المطلقة :

سواء كانت المطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا فتعتد بثلاث قروء .

و هو ما نصت عليه المادة 58 ق.أ بقولها تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء.[129]

3- عدة المتوفي عنها زوجها :

نصت المادة 59 ق.أ بقولها أن المتوفي عنها زوجها تعتد بأربعة أشهر و عشرة أيام .[130]

و سبب هذه العدة هو الوفاة ، سواء حصلت الوفاة قبل الدخول أو بعده بخلاف بقية أنواع العدة فإنها لا تجب إلا بعد الدخول .[131]

---

[122] الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ص 371 .
[123] مصطفى عبد الغني شيبة ، المرجع السابق ، ص 160 .
[124] رمضان علي السيد الشرنباصي ، جابر الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 483 .
[125] سورة البقرة ، الآية 227 .
[126] الإمام مسلم ، المرجع السابق ، ص 1190 .
[127] سورة الطلاق ، الآية 04 .
[128] المادة 60 من القانون 84- 11 المعدل و المتمم لقانون الأسرة المؤرخ في 27 فبراير 2005 .
[129] المادة 58 من القانون 84-11 المعدل و المتمم لقانون الأسرة المؤرخ في 27 فبراير 2005 .
[130] المادة 59 من القانون 84-11 المعدل و المتمم لقانون الأسرة المؤرخ في 27 فبراير 2005 .
[131] محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص 25 .

4- عدة زوجة المفقود :

بما أن عدة المتوفي عنها يبتدئ حسابها من يوم الوفاة ، فإن عدة زوجة المفقود يبتدئ حسابها من يوم صدور الحكم بفقدانه أو وفاته .[132]

وعليه فإن صدور حكم المحكمة بوفاة الزوج باعتباره حقيقة ، فإنه يجب على زوجته أن تعتد عدة الزوجة المتوفي عنها زوجها و هي أربعة أشهر و عشرة أيام ، و بداية حساب العدة تكون من بتاريخ التصريح بالحكم الصادر عن المحكمة .[133]

و قد نصت المادة 113 ق.أ بأنه يجوز الحكم بموت المفقود في الحدود و في الحالات الاستثنائية بمضي 4 سنوات ، كما أن المادة 89 من قانون الحالة المدنية الصادر قي 19 فبراير 1970 أنه يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر ، بناءا على طلب وكيل الجمهورية أو لأطراف المعنيين ، وأن الطلب يقدم إلى محكمة مكان الولادة أو محكمة الموطن أو محل الإقامة .

كما ذكرنا سابقا فإن انقضاء العدة بالنسبة للمعتدة الحامل بوضع حملها سواء كانت العدة بوفاة أو بطلاق ،و إذا كانت معتدة من طلاق فتنتهي العدة بانتهاء ثلاث أشهر .

أما نفقة العدة إذا كانت الفرقة من زواج صحيح و كانت الفرقة بطلاق من الزوج أو القاضي فتجب نفقة المعتدة ، وتحرم المعتدة و هي في عدتها من النفقة في ثلاث أحوال من العدة هي:

الحالة الأولى : إذا كانت المعتدة من دخول في عقد فاسد .

الحالة الثانية : إذا كانت العدة من وفاة فإنه لا تجب النفقة للمعتدة لأن النفقة تجب على الزوج و قد مات ، فليس ثمة من تجب عليه النفقة .

الحالة الثالثة : إذا كانت العدة من فرقة سببها الفسخ نتيجة معصية الزوجة و إذا كانت معتدة من طلاق بائن و كانت حامل فلها النفقة أما غير الحامل فليس لها إلا السكن فقط .[134]

الفرع الثاني : النفقة

كما كانت النفقة هي أثر من آثار عقد الزواج فهي أيضا أثر من آثار انتهاء أو انحلال هذا العقد ، و قد نصت عليها المواد 74 إلى 80 من قانون الأسرة .

و النفقة لغة : يقال الرجل أنفق المال أي صرفه و إستنفقه : أذهبه و الجمع نفاق و نفذت نفاق القوم و نفقاتهم إذا نفذت و فنيت و رجل منفاق أي كثير النفقة .[135]

---

[132] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 289
[133] مصطفى عبد الغني شيبة ، المرجع السابق ، ص 172
[134] محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص 27
[135] ابن منظور ، المرجع السابق ، ص 633

أما النفقة اصطلاحا : هي ما يصرف الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه من طعام وكسوة و مسكن و كل ما يلزم المعيشة بحسب المتعارف بين الناس و حسب وسع الزوج .

ومن هنا يفرض المشرع الجزائري على الزوج النفقة الشرعية حسب وسعه على الزوجة والأولاد المادة 137 – 74 – 77 -78 – 79 – 80 قانون الأسرة.[136]

التي شملتها المادة 78 ق.أ على " أن النفقة تشمل الغذاء و الكساء و العلاج والمسكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة " .[137]

ومن المادة يتضح أن للقاضي سلطة واسعة في مجال تقدير قيمة النفقة مع مراعاته للظروف المعيشية و تكون النفقة الشهرية التي يقدرها القاضي لطالبها بموجب حكم فلا يقبل منه أن يراجعها بعد ذلك فيرفعها أو يخفضها تبعا لارتفاع أو انخفاض الأسعار ، إلا بعد مرور عام كامل ابتداء من تاريخ تقريرها و الحكم بها .[138]

وعن تاريخ استحقاق النفقة فقد نصت المادة 80 ق.أ على أنه يستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى .[139]

و كقاعدة عامة من واجب القاضي ألا يحكم للزوجة بالنفقة التي أخذت أولادها إلى بيت أهلها دون إرادة زوجها في حدود ما بعد رفع الدعوى و ابتداء من تاريخ تسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم إلا في الحالة التي يتضمن فيها الحكم في مثل هذه الحال بنفقة مستقبلية للأولاد ، كما يجوز للمحكمة أن تحكم بنفقة مؤقتة للزوجة و الأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافقة ثم تفصل فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع .[140]

لكن استثناءا من هذه القاعدة العامة التي لا تسمح باستحقاق النفقة إلا من تاريخ طلبها تبعا لرفع دعوى بشأنها أمام القاضي .

فبحسب المادة 80 ق.أ التي أقامت هذه القاعدة سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة لعدة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة و استحقتها شرعا ، و ذلك في مدة سنة واحدة فقط ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى من أجل طلب النفقة و ليس من اجل سبب آخر ، و لا يجوز الحكم للزوجة بالنفقة لمدة تفوق أو تتجاوز السنة وإلا اعتبر الحكم مخالفا للقانون و يمكن الطعن فيه و القضاء بإلغائه .[141]

---

[136] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 187

[137] المادة 78 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

[138] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 227

[139] المادة 80 من القانون 84-11 المعدل و المتمم لقانون الأسرة

[140] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 229 .

[141] الغوتي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 2 ، الجزائر ، ص 83 .

المطلب الثاني : الحضانة

إن الحضانة باعتبارها أثر من آثار الطلاق كما تعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة و تستند مهمته القيام بها عادة إلى النساء .

*كما أنها عامل مادي يتصف بصفتين متقابلتين هما :

كون الحضانة حق و كونها واجب .

فهي من جهة حق للمحضون و من جهة أخرى واجب الحاضن و حتى نتعرف على هذا الأثر يجدر بنا أن نسلط الضوء على تعريف شامل لمفهوم الحضانة مع تبيان شروطها ، مدتها ، و سقوطها .

تعريف الحضانة :

لغة : الحضانة تعني الحضن أو الضم يقال : حضنت الأم طفلها أي ضمته إلى جنبها أو صدرها .[142]

اصطلاحا : هي تربية الولد حتى يبلغ أشده لمن له حق الحضانة و الحضانة من الولاية على النفس ، تثبت للحاضن صيانة للصغير و وقاية له كما يهلكه و تتمثل في إمساكه و حفظه في مبيته أو في ذهابه و في مجيئه مع القيام بمصالحه و حاجياته .[143]

الفرع الأول : الحق في الحضانة

إن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة و التشريع أشخاص عديدون و لهم مراتب و درجات محددة في الشريعة و التشريع أيضا ، غير أن المشرع الجزائري ذكر بعضهم و رتبهم ثم ترك البعض الآخر دون صفاتهم و دون تحديد درجاتهم من قرابة المحضون حيث جاء في قانون الأسرة السابق قبل التعديل في م 64 :" الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الأب فأمه فالأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك .

ما يلاحظ من المادة على أن المشرع أبقى على درجة الأم في الحصانة إذ جعلها في المرتبة الأولى لان الأم أحب الناس إلى الطفل و أرحمهم عليه عطفا و حنانا .

في حين جاءت م 64 ق.أ المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-02 بترتيب آخر بقولها :"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك .[144]

---

[142] إبن منظور ، المرجع السابق ، ص 286 .

[143] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 380 .

و قد جعل الأب في الدرجة الثانية لأن الأب يكمل ما أخذه الطفل عن أمه من رعاية وعطف في حالة طلاقها أو وفاتها و كذلك على الأب حق النفقة على ابنه حتى بلوغ سن الرشد و البنت إلى غاية الزواج .

أما إذا تعددوا مستحقوا الحضانة من درجة واحدة ، كالأخوال و الأعمام ، كان أولادهم بها أصلحهم للحضانة قدرة و خلقا ، فإن تساووا كان أولادهم أكبرهم سنا ، و قد خول القانون للقاضي حق اختيار الأصلح على أساس مصلحة المحضون . [145]

وحسب ما أشار إليه المشرع الجزائري في م 162 ف 2 ق.أ بقوله :" يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " .

و يشترط في الحاضن امرأة كانت أو رجل :

1- **العقل :** يشترط أن يكون الحاضن عاقلا فلا حضانة لمجنون أو مجنونة .
2- **القدرة :** هي الاستطاعة على رعاية الصغير ، بمعنى أن تكون الحاضنة صحيحة الجسم ، قادرة على القيام بمتاعب الحضانة ، أن لا تكون مريضة مرضا معديا ، فيكون وجود الطفل معها خطر على حياته .
3- **الأمانة والاستقامة :** فلا حضانة للمرأة الفاسدة و لا المهملة الضائعة ، لأن الطفل تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه و يحاكيه فينشأ على أخلاقها السيئة .
4- **أن تكون فريبة للطفل :** فلا حضانة لغير القريبة ، وذلك بان تكون ذات رحم محرم منه [146] أما بالنسبة لمدة الحضانة فقد نصت المادة 65 ق.أ بأنه :" تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشر سنوات ، و الأنثى ببلوغها سن الزواج و للقاضي أن يمدد بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة (16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، على أن يراعى في الحكم لانتهائها مصلحة المحضون . [147]
5- و في الفقرة الثانية من نفس المادة 2/65 ق.أ تنصب انه يجب أن يراعى في الحكم بانتهاء الحضانة مصلحة المحضون في الرعاية و التربية و الحماية ، كما أن المادة 64 ق.أ يقضي بأنه يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ، أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة و في أوقات محددة و

---

[144] المادة 64 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 المعدل و المتمم لقانون رقم 84-11 .
[145] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 294 .
[146] الإمام محمد أبو زهرة ، المرجع السباق ، ص 380 .
[147] المادة 65 من الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84- 11 ا

حق الزيارة من الحقوق التي يحميها قانون العقوبات و يعاقب عليها بالحبس و بغرامة مالية سواء الأب أو الأم أو أي شخص آخر يخالف ذلك .[148]

و في نفقة المحضون نص المشرع الجزائري في المادة 72 المعدل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، أنه في حالة الطلاق ، يجب على الأب أو يوفر لممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحاضنة ، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار .

و من المادة 72 يتضح انه إذا لم يكن للمحضون مال أمر القاضي والده بالنفقة عليه ، و يصرفها إلى الحاضنة في شكل مبالغ مالية بقدمها إليها ، فإن لم يستطع أن يوفر له المسكن فإنه يتحمل مسؤولية دفع أجرة السكن من المبلغ المقرر للنفقة .[149]

الفرع الثاني : سقوط الحضانة

أما عن سقوط الحضانة فهناك أسباب لسقوطها و هي كالتالي :

- تسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم (المادة 66 ق.أ)
- تنازل الحاضنة القانونية عن حقها في حضانة الصغير ، بشرط أن لا يكون يضر بمصلحة المحضون ، و أن يكون هذا التنازل صادر من المحكمة المختصة .
- ترك الحاضن المحضون و إهمال واجبه نحوه .
- تسقط بقوة القانون ببلوغ المحضونة 18 سنة و ببلوغ المحضون 10 سنوات ، إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر (المادة 68 ق.أ) .
- و بالنسبة للمحضون إذا أمددت مدة الحضانة إلى أكثر من ذلك ، فإنها تنتهي بأقصاها و هي 16 سنة (المادة 65 ق.أ) على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون دائما (المادة 2/65 ق.أ) .[150]

- أما إذا أراد الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي ، يرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون (المادة 69 ق.أ) . و من هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي ، انطلاقا من قناعته و مصلحة المحضون ، و الظروف المتعلقة بالقضية .

---

[148] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 296 .
[149] محمد صبحي نجم الدين ، المرجع السابق ، ص 34 .
[150] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 389 .

- تسقط حضانة الجدة و الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم (المادة 70ق.أ) فهنا تعود الحضانة إلى أب الولد طبقا للترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ .[151]
- و لانتهاء الحضانة نص المشرع في المادة 65 ق.أ على انه تنتهي مدة الحضانة القانونية ببلوغ الذكر 16 سنة و ببلوغ الأنثى سن الزواج القانوني أي 18 سنة وفقا للمادة 7 ق.أ غير أنه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد إلى 16 سنة و ذلك بشرط أن يكون طلب التمديد هو الأم و ألا تكون متزوجة مع ذي محرم للمحضون .[152]

[151] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 301 .
[152] محمد سمارة ، أحكام و آثار الزوجية ، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، ص 265.

خاتمـــة :

إن اتجاه المشرع في مسألة الطلاق هو عدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج القضاء إلا أن غموض عبارته يوحي لاعترافه به و لكن لا يرتب آثاره إلا إذا صدر في شكل حكم قضائي مع اشتراط المشرع لصدوره وفقا للعمل القضائي ذلك أن القاضي يزيل عقبة قانونية تعترض إرادة الزوج بحيث لا يوجد نزاع أصلا في مسألة الطلاق فمتى قرر الزوج طلاق زوجته ما على القاضي إلا أن يحكم به و هذا ما أكدته التطبيقات القضائية للمحكمة العليا لكن الإشكال الذي أشرناه هو مسألة إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي و انعدام نص قانوني له في حين وجود نص يدل على إثبات الزواج العرفي و هذا ما يستوجب إعادة النظر فيه من طرف المشرع بتعديل قانون الأسرة و تقنين هذه القواعد العرفية بما أن العرف هو مصدر من مصادر القانون فيما يخص الطلاق العرفي و إن قلنا أن المادة 222 من ق.أ تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة إلا أن ذلك لا يكفي و عليه فينبغي على المشرع التدخل والإقرار بإمكانية إثباته بأثر رجعي و كذلك فيما يخص طرق إثباته و آثاره وطرق الطعن فيه خصوصا و انه يمثل خطورة في آثاره على الصعيد القانوني خاصة فيما يتعلق بتغيير مركز الزوجين و صحة الزواج الثاني و الأمور المتعلقة بالإرث أما من الناحية الاجتماعية فيؤدي إلى انهيار الكيان الأسري وتشتت شمله ، إما في حالة إنكار الزوج فهنا تعقيد أكثر لمسألة و خاصة بوجود الأولاد و ظهور مسألة جديدة أخطر من السابقة هي إثبات النسب .

و بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية قد عرفنا رفع الدعوى أمام المحكمة واختصاصها بالفصل في المنازعات الزوجية هذه الأخيرة التي تختلف غالبا باختلاف موضوع الطلب .

و بعد التطرق إلى طرق رفع الدعوى و سيرها عرفنا أيضا الإجراءات التي يقوم بها القاضي قبل صدور الحكم بالطلاق و هي إجراءات الصلح والتحكيم إضافة إلى عرض الملف على النيابة و اللجوء للتحقيق في واقعة الطلاق العرفي وهذه الإجراءات إجبارية على القاضي و عليه تحرير محضر بشأنها سواء فشلت أو نجحت محاولة الصلح، و بعد هذا الإجراء و صدور الحكم بالطلاق يجب أن يكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ و ممهورا بالصيغة التنفيذية مع تنفيذه في المدة التي حددها القانون و بصفة تلقائية ورضائية ، أو حتى جبرية إذا أقتضى الأمر ذلك .

و قد عرفنا أيضا في حالة عدم تقبل الحكم من طرف أحد الزوجين فيمكن الطعن في الحكم بطريقيه العادي و الغير العادي .

و في تمام هذه الإجراءات و صدور الحكم النهائي لابد من ترتب آثار كما سبق وذكرنا منها العدة و النفقة و الحضانة .

و في الختام إن كان الطلاق حق للزوج إلا أنه مكروه عند الله و الأمة الإسلامية جمعاء فهو محظور إلا لضرورة ، وعليه فينبغي على المشرع إعادة النظر في هذه المسألة بدقة أكثر و اتخاذ إجراءات صارمة للحد من هذه المشكلة التي تهدم أساس المجتمع و لا يكون هذا إلا بوجود نصوص صريحة و واضحة خالية من أي غموض هدفها الحفاظ على الأسرة و حقوق الزوجين و الأولاد بصورة أخص .

و في الأخير للنبذ كل هاته المنازعات و استبعاد مرحلة الطلاق لابد على كل من الزوجين الحرس على قيام هذه العلاقة المقدسة على الود و التآلف و يفترض أن تضل موصولة و التي ربطت بأركان عقد الزواج فكان ذلك الواقي للمرأة والرجل .

لقولـه تعالـى :

" هـن لـبـاس لـكـم و أنـتـم لـبـاس لـهـن "

قائمة المراجع

I) القرآن الكريم :

سورة البقرة ، الآيات 236 ، 229 ، 227 .

سورة الطلاق ، الآية 1 .

سورة النساء ، الآيتين 34 ، 35 .

II) المصادر القانونية :

- قانون رقم 08- 09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

- قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن لقانون الأسرة المعدل و المتمم :

- بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005

- المجلات القضائية :

المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثالث ، المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، 1991/11/26 .

المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الأول ، المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،27 /1993/04 .

III) الكتب الفقهية :

- إبن منظور ،لسان العرب ، دار صادر ، 1414 / 1994 الطبعة الثالثة ، الجزء 4 .
- السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، دار الفكر ، دمشق ، 1410ه ، الطبعة السابعة .
- الشوكاني ، نيل الأوطار ، المطبعة العثمانية ، مصر ، الجزء الثالث .
- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر ، الجزء السابع ، الأحوال الشخصية ، دمشق ، طبعة خاصة ، الجزائر 1992 .
- محي الدين عبد الحميد الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، بيروت ، لبنان ، 2007 .
- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الثانية .

- محمد أحمد سراج ، محمد كمال إمام ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999 .
- محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2001 ، الجزء الثاني .
- محمد كمال الدين إمام ، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي ، بيروت 1996 ، الطبعة الأولى .
- محمد عزة دروزة ، المرأة في القرآن و السنة ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت .
- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، المجلد الرابع ، بيروت ، دار إحياء التراث 1980 .
- عمر عبد الله ، محمد حامد قمحاوي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2003 .
- عمر فروخ ، الأسرة في الشرع الإسلامي ، مطبعة المكتبة العلمية ، بيروت 1951 .
- صحيح مسلم ، شرح النووي ، بدون دار نشر ، الجزء 12 .
- رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، 2001 .

IV) الكتب القانونية :

- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان 2004 ، الطبعة الأولى .
- أحمد نصر الجندي ، الطلاق و التطليق و آثارهما ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 .
- أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2001 ، الطبعة الثالثة .
- الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثانية ، الجزائر .
- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1988.
- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.
- داود بن صالح ، الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق ، مجلة الموثق، جوان 2001 العدد الأول .
- لحسين بن شيخ آت ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة للطباعة و النشر الجزائر ، 2006 ، الطبعة الثانية .
- محمد سمارة ، أحكام و آثار الزوجية ، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان .
- محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر و التوزيع، سوريا، 1996.
- محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 1999 .

- مسعود كمال ، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري ، ديوان للمطبوعات الجامعية ، الجزائر .

- مفلح عواد القضاة ، البيانات في المواد المدنية و التجارية ، جمعية كمال المطابع التعاونية ، عمان ، 1994 .

- مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج و إنحلاله) دار النيرين ، دمشق ، 2001 ، الطبعة التاسعة .

- نبيل إسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1986 ، الطبعة الأولى .

- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1996 ، الطبعة الثالثة .

- عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، بن عكنون الجزائر .

- عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2004 ، الطبعة الأولى .

- قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و التطبيقات القضائية المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر ، 2001 / 2004 .

الفهرس

مقدمة .....أ- ب

الفصل الأول : ماهية الطلاق و طرق إثباته.....01

المبحث الأول : ماهية الطلاق 02

المطلب الأول : مفهوم الطلاق 03

الفرع الأول : الطلاق ، أنواع و خصائصه 03

أ- تعريف الطلاق 04

ب- أنواع الطلاق 04

1-من حيث صفته 04

2-من حيث دلالة لفظه 05

3-من حيث الصيغة 06

4-من حيث ترتب الحكم على الصيغة 07

ج- خصائص الطلاق 08

الفرع الثاني : جواز الطلاق و مشروعيته 12

المطلب الثاني : الطلاق في النظم القديمة و القانون 13

الفرع الأول : الطلاق في النظم القديمة 13

الفرع الثاني : الطلاق في قانون الأسرة الجزائري 14

المبحث الثاني : إثبات الطلاق في الشريعة و القانون 16

المطلب الأول : إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية 16

الفرع الأول : الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية 16

أ- حق الزوج في إيقاع الطلاق 17

ب- الإشهاد على الطلاق كقيد على حق الزوج 17

الفرع الثاني : إثبات الطلاق شرعا 18

أ- الإقرار 19
ب- البينة 20
ج- اليمين 20
المطلب الثاني : لإثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري 20
الفرع الأول : تثبيت الطلاق بحكم قضائي 21
أ- ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق 21
ب- طبيعة الحكم بإثبات الطلاق 22
ج- مضمون الحكم بإثبات الطلاق 23
الفرع الثاني : تثبيت الطلاق العرفي 23
- العدة من طلاق عرفي 25
الفصل الثاني : إجراءات إثبات الطلاق و آثاره.....26
المبحث الأول : إجراءات إثبات الطلاق و طرق الطعن فيه 27
المطلب الأول : إجراءات صدور الحكم المثبت للطلاق 27
الفرع الأول : قواعد الإختصاص و طرق رفع الدعوى 27
أ- قواعد الإختصاص 28
ب-طرق رفع الدعوى 29
الفرع الثاني : إجراءات القاضي في دعوى إثبات الطلاق 32
أ- إجراءات الصلح 32
ب- إجراءات التحكيم 33
ج- عرض الملف على النيابة العامة 34
د- اللجوء إلى التحقيق 34
المطلب الثاني : تنفيذ الحكم المثبت و طرق الطعن فيه 36
الفرع الأول : تنفيذ الحكم المثبت للطلاق 36
أ- الحكم القابل للتنفيذ 36
ب-الموظف المؤهل للتنفيذ 37
ج- الشروع في التنفيذ 37

الفرع الثاني : طق الطعن في الحكم بالطلاق 38
أولا : طرق الطعن العادية 38
أ- الإستئناف 38
ب- المعارضة 40
ثانيا : طرق الطعن الغير عادية 41
أ- إعتراض الغير الخارج عن الخصومة 41
ب- إلتماس إعادة النظر 42
ج- الطعن بالنقض 43
المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن حكم الطلاق 45
المطلب الأول : العدة و النفقة 45
الفرع الأول : العدة 45
الفرع الثاني : النفقة 48
المطلب الثاني : الحضانة 49
الفرع الأول : الحق في الحضانة 50
الفرع الثاني : سقوط الحضانة 52
الخاتمة 54
قائمة المصادر والمراجع.....56