وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة د. مولاي الطاهر– سعيدة –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص: قانون اسرة

فك الرابطة الزوجية بين النص التشريعي و التطبيق القضائي

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر

من إعداد الطالبة:

❖ بلعابد سمية

تحت اشراف الأستاذ:

هيشور احمد

أعضاء لجنة المناقشة:

–الأستاذ: هيشور احمد.....مشرف و مقرر

–الأستاذ: عثماني عبد الرحمن .....رئيسا

–الأستاذ:سعيدي بن يحي.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2016/2015

شكر وعرفان

الحمد لله غافر الذنوب ... ومشفي القلوب ... وملهم الصبر ... فهو معبود

أتقدم بالشكر والحمد للمولى القدير شكرا يليق بجلاله ... سهل لي الصعاب ... ووفقني وألهمني القدرة لإنجاز هذا العمل.

للنجاح أناس يقدرون معناه ... وللإبداع أناس يحصدون فبأصدق المشاعر وبأشد الكلمات الطيبة النابعة من قلب وفي أعرب عن شكري وامتناني وخالص تقديري للأستاذ المشرف هيشور، الذي تابع خطوات هذا العمل بكل تفان وإخلاص وأمدني بتوجيهاته ونصائحه السديدة التي كانت لي نورا على الطريق في انجاز هذا العمل فألف شكرا له ولكل من ساعدني في اخراج هذا البحث الى ما هو عليه.

ولا يفوتني أن الأستاذ سعيدي بن يحي الذي كان مجيبا لي على تساؤلاتي ومتقبلا لكل الظروف ومساعدا وناصحا.

شكرا لكم جميعا.

أتقدم بجزيل الشكر الى أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بمناقشتها.

الإهـداء

الى كل منا اضاءبعلمه عقل غيره أوهدى بالجواب الصحيح حيرةسائليه فأظهرسماحته تواضع العلماءوبرحابته سماحةالعارفين.

الى من حملتني وهناعلى وهن أمي الغاليةاليك ياامن بذلت ولم تنتظريا لعطاء،اليك أهدي عبارات الشكرو التقديرالانسانةالتي دائماوأبدا أبدهابجانبي في أزماتي التي مهمانطقت الالسنةبأفضالهاومهماخطت الايادي بوصفهاومهماجسدت الروح معانيهاتظل مقصرةأمام روعتهاوعلوهمتها.

الى صاحب النفس الأبيةالى من حارب وساهم في الكثيرمن أجلي الى من أحمل اسمه بكل افتخارالحبيب ... الغالي والدي.

ولاشيءعندي أفخربه أعظم من دين أومن به .

وامرأةعظيمة قامت بتربيتي .

وأفخردائمابنتهم اسمي باسمه.

الى بركةالبيت جدي أطال الله في عمره

الى رفيق دربي زوجي.

الى الروح التي سكنت روحي وأجمل هديةمن رب البريةملا

كي ونور عيني ... ابنتي " ألاء ".

الى من أشدبهم أزري...اخوتي خاصةالكتكوت يوسف وعائلتي جميعا .

الى عائلةزوجي.

الى من تحواباالإخاءوتميزوابالوفاء ... صديقاتي.

الى كل من سقط من قلمي سهوااهدي هذاالعمل.

سمية

مقدمة:

فرضت سنة الله في خلقه على ضرورة اجتماع الذكر بالأنثى للتوالي و التناسل 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 حيق الإستمتاع بها و بذلك يكون للأولاد أب معروف ينتسبون إليه فكان كمن عظيم رحمته أن يودع في الآباء حب الأبناء الذي يدفعهم بعامل خفي على رعاية أبنائهم.

و عليه فإن الزواج نظام إلهي شرعه الله لخير الإنسانية و لمصلحة المجتمع البشري في إقامة دعائم الأسرة التي هي أساس المجتمع و عماد الأمة و هي الصورة المصغرة لفكرة إنشاء لدولة فكان لا بد 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 حتى قبل الزوجة أو من قبل الإثنين معا، وهذا يحدث عندما لا يعرف كل من الزوجين حقه وواجبه.

لكن رغم تقديس الإسلام لمعنى الزواج إلا انه أوجد علاجا أو حلا لهذه الخلافات التي وصلت لطريق مسدود و أصبحت الحياة الزوجية بها حياة متفككة. فقد شرع الطلاق استثناءا أو اعتبره أبغض الحلال إلى الله عز و جل مع تقييده بمجموعة من الأحكام و الإجراءات على الزوج اتباعها حتى يقع طلاقه و يكون صحيحا ، و الطلاق لغة هو الترك أو الإرسال و هو مأخوذة من كلمة الإطلاق أما في الشرع فهو فك رابطة الزواج و إنهاء العلاقة الزوجية. و قيده بجملة من الأحكام و الإجراءات ينبغي على الزوج اتباعها حتى يقع طلاقه و يعتبر سنيا و صحيحا.

و قد اختلف الفقهاء في حكم الطلاق و الأصح الذين ذهبوا إلى خطوة إلا لحاجة و هم الأحناف و الحنابلة و استدلوا على ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه و سلم " لعن الله كل مذواق مطلاق " كما قال أيضا صلى الله عليه و سلم " أبغض الحلال إلى الله عز و جل الطلاق ".

و قبل طح مختلف الإشكاليات التي سوف نحاول معالجتها في بحثنا هذا ينبغي علينا الإشارة بنوع في الإيجاز إلى مسألة إثبات الطلاق قبل صدور قانون الأسرة الجزائري بدءا بفترة الإحتلال الفرنسي لبلادنا أين كانت تطبق على المسلمين أحكام الشريعة الإسلامية ، و أنشأت لهذا الغرض المحاكم الشرعية و أهم قانون كان يطبق أنذاك هو الأمر 294-59 الصادر في 04-02-1959.

بالإضافة إلى النصوص التطبيقية له [1] و الجد ير بالذكر في هذا المجال انه في هذه المرحلة و إلى غاية صدور الأمر 294-59 كان الطلاق إجراءا بسيطا لا يتطلب أية شكلية إذ يتم بإعلان الزوج عنه لدى القاضي الشرعي و يتعين فيما بعد على الزوجة المطلقة رفع دعواها من أجل المطالبة بحقوقها المالية، إلا أنه بعد 1959 أصبح انحلال العلاقة الزوجية يخضع بصفة إلزامية إلى القضاء و ينظمه بصفة خاصة المرسوم رقم 59-7082 المؤرخ في 17-09-1959 الذي تضمن اللائحة التنفيذية لأمر 294 -59 [2]أما بعد الاستقلال فقد صدر القانون رقم 63-218 المؤرخ في 1963/05/18 و الذي ألغى ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن المحاكم الاستئناف الجزائرية، و أنشأ مكانه المجلس القضائي الأعلى، بالإضافة إلى المرسوم 63-261 المؤرخ في 1963/07/22 و الذي الغى المحاكم الشرعية و نقل إلى المحاكم المدنية العادية [(3)]و استمر الحال على ما هو عليه إلى غاية صدور قانون الأسرة الجزائري حيث أصبح الطلاق لا يمكن أن يتم إلا بتصريح من القاضي بعد محاولة الصلح[3].

وقد عرف المشرع الجزائري في المادة 48 منه بأنه حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.

إلا أن ما يعنيه في بحثنا هذا هو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ذلك أنه و إن كان المشرع الجزائري قد أطلق لفظ على كل من الطلاق بالإرادة للزوج أو بالخلع أو بطلب الزوجة إلا أن مسألة إثبات الطلاق في حد ذاتها لا يتعلق إلا بالطلاق بالإرادة المنفردة ، 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 و بانتهاء عدتها تبين من زوجها إما بينونة صغرى أو بينونة كبرى، و لكن رغم صحة وقوع الطلاق من الناحية الشرعية إلا أنه قد يتدخل المشرع و يفيد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق باللجوء إلى القضاء و التصريح به أمامه، ومن ثمة فلا يمكن تصور وقوع الطلاق خارج إطار القضاء، و لكن و مع ذلك فإن الواقع العملي أثبت وجود هذه الحالات و هنا يطرح التساؤل: كيف يتصرف القاضي أمام هذا الموقف مع وجود النص القانوني الصريح؟

هل يحكم بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي أم من تاريخ صدور الحكم ؟ و فيما إذا كانت الإجابة بنعم كيف يتعامل مع آثار الطلاق مع العلم أن العدة تكون قد انقضت؟

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر 1996، ص 10.
[2] Ghaoutibenmelha, le droit algerien de la famille , office des publications universitaire 1993, p195
[3] Ghaoutibenmelha, le droit lgerien de la famille, office des publications universitaire 1993, p195

هذا من جهة من جهة أخرى تطرح إشكالية الطعن في الحكم القاضي بالطلاق خاصة مع غموض نص المادة 57 من قانون الأسرة و عدم النص على مسألة الطلاق العرفي.

و عليه سوف نحاول الإجابة على مختلف هذه الإشكاليات و غيرها مما قد يطرح علينا من خلال الخطة التالية:

-الفصل الأول: كيفية إثبات الطلاق يتضمن :

-المبحث الأول: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري و الذي يحتوي على المطلب الأول و يتطرق هذا الأخير إلى ثبوت الطلاق بحكم القضائي أما المطلب الثاني فيحتوي بدوره على إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية.

أما المبحث الثاني يتضمن كيفية اثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية و يشمل مطلبين , الأول يشير إلى

الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية أما الثاني يبين طرق إثبات الطلاق شرعا و قانونا.

اما الفصل الثاني يتضمن إجراءات اثبات الطلاق

و الذي يحتوي هو الآخر على مبحثين :

المبحث الأول: إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق يحتوي على المطلب الأول: اتصال القاضي بالدعوى. و المطلب الثاني: تعامل القاضي مع دعوى ثبات الطلاق.

اما المبحث الثاني: طرق الطعن في حكم الطلاق و تنفيذه يحتوي ايضا على المطلب الأول: طرق الطعن في حكم الطلاق. و المطلب الثاني: تنفيذ الحكم المثبت للطلاق.

الفصل الأول : كيفية اثبات الطلاق:

في حقيقة الأمر أن مسألة اثبات الطلاق و إن كانت للوهلة الأولى تبدوا بسيطة إلا أنها تنطوي على غموض عسير خاصة في تفسير نص المادة 49 ق أ إذ يثلو الأشكال حول الحكم الصادر بالطلاق فيما إذا كان منشأ أو مقررا، هذا من جهة و من جهة أخرى فإنه نظرا لخصوصية الحكم بإثبات الطلاق فإنه لا مجال لأعمال سلطة القاضي فيه ذلك أنه يتعين عليه أن يحكم بالطلاق متى رفع إليه بناءا على إرادة الزوج المنفردة دون ان يكون له الحق في مناقشته ، و عليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو : هل يدخل الحكم بالطلاق في الوظيفة الولائية للقاضي أم في الوظيفة القضائية له ؟[1]

وعلى صعيد اخر نجد أن التطبيقات القضائية تذهب إلى اثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، و بأثر رجعي مع العلم أن هذا الاتجاه كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري تطبيقا لقواعد الشريعة الاسلامية، وعليه هل يمكن القول بأن مسلك القضاء سليم في هذا المجال أم أن ذلك بدعة قضائية ينبغي النزوح عنها ؟

وخاصة و أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل إلى أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة لكل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة .

إجابة على مختلف هذه التساؤلات و غيرها فإننا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية على أساس ان المادة 222 ق أ أحالت عليها في حالة الغموض ، و على أساس أن المرجع القضائي في إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي هو الشريعة الاسلامية و سوف نتطرق فيه إلى الاشها د على الطلاق في الشريعة الاسلامية في المطلب الأول أما المطلب الثاني فنخصصه لطرق الاثبات المقررة شرعا و قانونا.

و نتناول في هذا المبحث الثاني كيفية اثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري و الذي نتطرق فيه إلى المبدأ به و هو عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي في مطلب أول و خروج القضاء عن هذا المبدأ باثباتهم الطلاق العرفي في مطلب ثاني.

[1] قسنطيني حدة , اثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية , مذكرة تخرج لنيل اجازة المعهد الوطني للقضاء , الدفعة الثانية عشر 2001-2004 ,ص 06

المبحث الأول : كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية:

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

المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية.

اتفق جمهور الفقهاء على أن الطلاق هو حق للرجل، ولكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو طريقة استعمال هذا الحق هل يتم بصفة تلقائية أم يجب أن يحترم فيه الزوج ترتيب معين؟ هذا من جهة و من جهة أخرى هل هو حق مطلق أم مقيد ؟

وعلى هذا الأساس سوف نتناول بالدراسة فيما يلي استعمال الزوج لحق الطلاق ومدى إلزامية الإشهاد عليه في الشريعة الإسلامية، مع العلم أن الحق ينقسم إلى حق يقابله إلزام و حق إرادي لا يقابله أي إلزام فهو مقرر لصاحبه[1].

الفرع الأول : حق الزوج في إيقاع الطلاق.

ذهب جمهور الفقهاء من السلف و الخلف إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد لأنه من حقوق الرجل وقد جعله الله لغيره حقا فيه حيث قال تعالى : « يا أيها الذين امنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن .... » و قال ابن القيم فجعل الطلاق لمن نكح لأن له الإمساك وله الرجعة .

و لكي يباشر الزوج حقه و لا يحتاج إلى بنية ولم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم ولاعن الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد.[2]

ولقد اتجه جمهور الفقهاء إلى ذلك بل قالوا بان الإشهاد على الطلاق ليس شرطا لوقوعه فهو مندوبا و لا واجبا و بالتالي وطبقا لهذا الرأي فإن الحق في الطلاق هو من التصرفات الحرة، و يكفي لترتيب الأثر القانوني أن يتم التعبير عن الإرادة بأية وسيلة كانت، بل و يذهب أبعد من ذلك وهو وقوع الطلاق الواقع وقت حيض الزوجة مع إثم الزوج ديانة.[3]

ونظرا لكون الطلاق حق للزوج فيجوز أن ينوب عنه غيره سواء كانت زوجته أم غيرها وهذا ما ذهب إليه المذهب المالكي.

---

[1] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، بن عكنون ، الجزائر ، ص22 .
[2] عمر فروخ، الأسرة في الشرع الاسلامي، مطبعة المكتبة العلمية، بيروت 1951، ص 190.
[3] عمر زودة ، المرجع السابق ص 26.

و تتمثل النيابة :

بأن يرسل الزوج إلى زوجته رسولا يعلمها بالطلاق، فالرسول هنا لم يجعل له الزوج حق إنشاء الطلاق، و إنما له فقط إعلام الزوجة بوقوع الطلاق بعبارة الزوج نفسه، أما الثاني فهو تفويض الطلاق وهو ثلاث أنواع: توكيل، تغيير، تمليك[1].

وعليه فإن الطلاق هو حق مقرر للزوج الذي توافرت فيه الشروط الشرعية لإمكانية هذا الحق وذلك بان يكون عاقلا، فلا يصح طلاق المجنون و لو كان جنونا متقطعا.[2]

الفرع الثاني : الإشهاد على الطلاق كقيد على حق الزوج :

ذهب فقهاء الشيعة الإمامية إلى اعتبار أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق و استدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى في سورة الطلاق : "وأشهدوا ذوي عدل منكم و أقيموا الشهادة لله، " [3] و ظاهر الأمر من هذه الاية الكريمة في الشرع أن الإشهاد يقتضي الوجوب .

وقد قال الزمحشري: إن المعنى بالخطاب في هذه الاية 229 من سورة البقرة « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله» وهو الأئمة و الحكام، و الأمر نفسه في الأية 35 من سورة النساء « فأن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها » حيث لهم أن يت دخلوا لرفع الأذى و المضرة ،وكذلك الأمر نفسه في سورة الطلاق «وأشهدوا ذوي عدل منكم » [4]ومن ثمة وجب على الزوج أن يشهد شاهدين من المسلمين على طلاقه.

و الإشكال المطروح هنا هو موقف القضاة من الزوج الذي يطلق زوجته بدون إشهاد فإن أقروا طلاقه خالفوا الاية الكريمة التي تدعوا إلى الإشهاد على الطلاق و إن رفضوا إقراره سمحوا له بالاستمرار في المعاشرة وهي مطلقة في علم الله[5].

ومن محاسن ضرورة الإشهاد على الطلاق مع اتباع الخطوات الصحيحة في إيقاعه و المتمثلة في طهر المرأة هو إعطاء الزوج فرصة لإعادة التفكير فإن بقي مصمما رغم حضور الشاهدين

[1] محمد عزة دروزة ، المرأة في القران و السنة، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ص 100.
[2] عمر زودة ، المرجع السابق ، ص30.
[3] سورة الطلاق: الاية 02
[4] سورة الطلاق: الاية 02
[5] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص 460.

ومرور الوقت الزمني فإن طلاقه يكون قائما على أسباب قوية وليست عرضية وهذا هو الطلاق المقصود في الشريعة الاسلامية[1].

المطلب الثاني: طرق اثبات الطلاق شرعا و قانونا

إن مسألة اثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا تكتسي غموضا ذلك أنه يثبت بكافة طرق الإثبات من إقرار وبينة ويمين، فإن ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر فهو مذهب المالكية أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، و إن لم تأتي بشاهد فلا شيء على الزوج، وعليها منع نفسها مقدر جهدها، وان حلف بالطلاق وادعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه لأن الوصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة، ولا يقبل فيه إلا عدلان لأن الطلاق ليس مال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في أغلب الأحوال كالحدود و القصاص، فإن لم تكن هناك بينة يستحلف الرجل على الصحيح لحديث: اليمين على من أنكر[2].

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

الفرع الأول : الإقرار

الإقرار شرعا هو الاخبار بثبوت للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه، وبذلك يخرج من مدلول الاقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير[3]

فإذا أقر الشخص بحق لزمه، ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر لخلاف الب ينة وذلك لقصور ولاية المقر وعدم امتدادها إلى غيره، فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق وأقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار ويثبت الطلاق.

والاقرار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاءا ولا ديانة[4]

هذا إذا أقر بطلان سابق، أما إذا نوى إنشاء طلاق جديد فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتمل الإنشاء[5]

[1] عمر رودة ، المرجع السابق ، ص30.
[2] وهبة الزحيلي، الفقه و ادلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر،دمشق، طبعة خاصة، الجزائر، 1992،ص460.
[3] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 183.
[4] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 184.
[5] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 185.

وينبغي الاعتداد بتاريخ السناد واتخاذه بدء الطلاق ولكن السؤال الذي يمكن أن يطرح : هو الحكم في حالة الاكراه على الإقرار بالطلاق؟

هنا لا يقع الطلاق في حالة توافر البينة الشرعية على وقوع الإكراه.[1]

وقد نص المشرع الجزائري على الإقرار كوسيلة من وسائل اثبات الإلزام في المادة 341 قانون مدني بقوله أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

وإن كان الاقرار بمثابة الدليل القاطع على ثبوت الواقعة محل النزاع و يترتب عليه إزالة النزاع حولها، إلا أنه في واقع الأمر لا يعتبر طريقة اثبات بقدر ما هو إعفاء منه، ولذلك الاقرار يغني عن الزام مدعي الواقعة بتقديم أي دليل عنها ، ولذا فليس من المتوقع أن يكون أمر كثير الوقوع في الحياة العملية، ولا تظهر أهميته إلا عندما يحوز الخصم الذي صدر لمصلحته الدليل على ما يدعيه فيضطر إلى الاعتماد على اعتراف خصمه.[2]

الفرع الثاني: البينة

البينة حجة متعدية ، فالإثبات بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار، ونصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا تحوز الشهادة بالتسامح إنما أجيزت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج و تعطيل الأحكام، وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل[3]

الفرع الثالث: اليمين

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

[1] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 192.
[2] مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد التجارية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1994، ص 219.
[3] مزايا حياة مسعودي إثبات الطلاق بين الشريعة و القانون .مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس ،كلية الحقوق بجامعة سعيدة 2011-2010

و اليمين طريق غير عادي ل لإثبات يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص [1]

و بعد أن تعرضنا إلى طرق إثبات الطلاق شرعا فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو : كيف يتم إثبات الطلاق العرفي في القضاء الجزائري ؟

في حقيقة الأمر لم ينص قانون الأسرة أصلا على مسألة إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال البينة وذلك بإجراء تحقيق في الموضوع بسماع الشهود ويتم ذلك حتى في حالة إقرار الزوج و تصديقه من الزوجة، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر الإقرار هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق ومع ذلك يتم سماع الشهود لتأكيد الواقعة أكثر، ولا نجد في القضاء الجزائري ما ينبغي إثبات الطلاق العرفي باليمين إلا أنه من الناحية العملية لا يوجد ما يمنع ذلك .

وتأكيدا لهذا المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطبيق فهو حق للزوجة المتضررة و ترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة ا لإسلامية. ولما كانت الشريعة ا لإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا و سمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق ولهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم و كذالك فإن ا لإقرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية [2]"

كما جاء في قرار أخر أنه يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود ولم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق ، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا لمجلس الطلاق لتأكيد صحته ذلك أن هذه الشهادة يكتفها الغموض و النقص في محتواها[3].

[1] مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 165.
[2] قرار المحكمة العليا رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03 م ق 1989 ع 4 ص 86.
[3] قرار المحكمة العليا رقم 38105 م ق 1989 ع 1 ص 98.

وما تجدر ا لإشارة إليه في هذا المجال أن اعتراف المحكمة العليا بالطلاق العرفي لم يتجسد فقط في قراراتها ا لقديمة بل إنه موقفها حتى في قراراتها الحديثة ويتضح ذلك بصفة خاصة من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1996/02/16 و الذي جاء في المبدأ الثاني منه أنه من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي شهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون [1]

المبحث الثاني: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة على ما يلي:

لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر.

يتضح لنا من 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 بـه قبل صدور قانون الأسرة الجزائري إلا أن القضاء استمر بالحكم بـه حتى بعد صدور القانون .

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

المطلب الأول: ثبوت الطلاق بحكم قضائي

كما سبق و أن ذكرنا فإن المادة 49 من قانون الأسرة استعملت عبارة لا يثبت وليس لا ينعقد أو لا ينشأ أو لا يقع الطلاق إلا بحكم[2]

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 ؟ وهذا ما سوف نجيب عنه في الفروع التالية:

[1] قرار المحكمة العليا رقم 216850 الصادر بتاريخ 1999-02/16، العدد الخاص مجلة المحكمة العليا المتضمنة الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، سنة2001 ، ص 100.
[2] زودة عمر، طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، 32 حي المجاهدين بن عكنون الجزائر ، ص 31.

الفرع الأول: ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق:

للوهلة الأولى يفهم من سياق المادة 49 من قانون الأسرة : أنه فقط مسألة ا لإثبات التي تبقى خاضعة للقضاء إلا أن وقوع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج ساحة القضاء.

ولكن : وبالرجوع إلى مواد قانون الأسرة ن جدها تعتبر أن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي و أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي و أن هذا الطلاق هو طلاق بائن رغم انه يعد انطلاقه لبداية احتساب العدة و بالتالي فإن المراجعة تكون قبل صدور الحكم بالطلاق أي أثناء محاولة الصلح : فما طبيعة الرجعة في هذه الحالة و هل يمكن اعتبارها طلقة تدخل ضمن الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته أم لا ؟

وبعبارة أخرى : هل يفهم من ذلك بأن المشرع اعترف ضمنيا بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء أم أن المراجعة لا تنصرف إلى الطلاق الرجعي؟

و إذ قلنا بأن الأمر كذلك : فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري لا يعترف بوجود الطلاق الرجعي لا صدور الحكم تبين الزوجة من زوجها؟

إجابة على هذه الأسئلة نقول أن المشرع قد حدد فترة زمنية تجرى خلالها محاولة الصلح و هي ثلاثة أشهر ممنوحة للزوجين من أجل مراجعة نفسيهما، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يحكم قبل مضي هذه المدة إلا أنه في حالة امتداد المصالحة إلى أكثر من ثلاثة أشهر فإن المشرع لم يرتب أي جزاء على ذلك.

وما تنص المادة 49 من قانون الأسرة أن لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاث أشهر إبتداءا من رفع الدعوى ، وتنص المادة 50 من قانون الأسرة على أنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور حكم الطلاق يحتاج إلى عقد جديد [1].

وفي هذا المجال رأى الأستاذ عمر زودة أن الرجعة التي تقع بعد ا لإعلان عن الطلاق من قبل القاضي لا تدخل في مفهوم الرجعة التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي، لأن الطلاق لم يقع بعد و تبعا لذلك يستطيع الزوج أن يعيد الزوجة إلى بيت الزوجية في أي وقت ما دامت العلاقة الزوجية ما تزال قائمة.

[1] أ. شوار الجيلالي ، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان 2014-2015 .

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري متميز بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن هذا إذا أخذنا بحرفية النص و بفكرة ع دم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، أما إذا أخذنا المفهوم المقال له وهو وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء و ثبوته بحكم قضائي فإننا نكون كما سبق البيان أمام نوعين من الطلاق : طلاق رجعي و أخر بائن.

ومن خلال المادتين 49 و 50 يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بالطلاق البائن دون الرجعي، بحيث أن الزوجة تعتبر مطلقة إلا إذا نطق القاضي بحكم الطلاق و من تم لا يمكن للزوج أن يراجعها حتى لو كانت في عدتها إلا بعقد جديد.[1]

و أقوى منه ما صرحت به المحكمة العليا في هذا الشأن عن طريق ملف رقم 49858 قرار بتاريخ 18-07-1988 بشأن رجوع الزوجة بعد صدور حكم بطلاق رضائي وجوب عقد جديد بالقول: من المقرر قانونا أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين و لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته عد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، ومن تم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون [2].

ولقد اثر المشرع عند صياغته لنص المادة 49 من قانون الأسرة، توظيف اصطلاح « لا يثبت الطلاق » مع أن اللغة القانونية توفر كما هائلا من الألفاظ البديلة التي تدل على معان محددة خلاف اللفظ المستخدم، ومنها على سيل المثال عبارة لا ينعقد أو لا ينشأ أو لا يقع الطلاق إلا بحكم، الأمر الذي يدعون للتساؤل عن قصد المشرع ومرماه من وراء استخدامه لهذه العبارة التي تتسع لأحد فرصتين، أولهما إمكان وقوع الطلاق دون ا لإحتكام للقضاء مع جواز إثباته باللجوء إليه، و ثانيهما أن الطلاق لا يكون إلا حكم، وما خلاه لغو لا يتعد به قانونا .

يستفاد من نص المادة 49 من قانون الأسرة أن المشرع استهدف حكمها قصر ولاية القضاء على اثبات الطلاق، مع الاعتراف به يستوي وقوعه أمام القاضي أو دون إشرافه، غير أن ثبوت الطلاق بحكم كما أشار إليه المشرع، تعزز فرض تقريره لإنشاء الطلاق لا لإثباته- مواد أخرى من قانون الأسرة، منها ما نصت عليه المادة 58 من قانون الأسرة بقولها : « تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق » وفحواه أن احتساب العدة يبدأ من تاريخ تصريح القاضي بالطلاق لا من لحظة تلفظ بها الزوج، ومنها أيضا ما انطوت عليه المادة 50 حين نصت بأنه : « من راجع زوجته أثناء

[1] أ. شنوار الجيلالي، مقياس قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق و العلوم السياسية – تلمسان 2014-2015.
[2] أ يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2014.

محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد » ، ومن راجعها بعد صدوره رغم كونه مبتدأ احتساب العدة، و أنه على المطلق إذا راجع زوجته أن يفعل ذلك إبان محاولة الصلح، وهو ما يحملنا على التساؤل مجددا عن طبيعة الرجعة من حيث اعتبارها طلقة تدخل ضمن ما يملكه الزوج من طلقات شرعية على زوجته؟

فإذا سلمنا جدلا باحتساب الرجعة, و الحالة هذه- ضمن الطلقات الثلاث التي قررها المشرع للزوج اتجاه زوجته، نكون قد قررنا تبعا اعتراف المشرع ضمنيا بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، و إذا قلنا بخلافه فلا مكان معه بوجود طلاق رجعي في مفهوم قانون الأسرة، لأن الزوجة تبين من زوجها بمجرد صدور الحكم بالطلاق، ولا يملك هذا الأخير بحال مراجعتها إلا بعقد جديد و مهر جديد [1].

الثابت في مسألة الحل ، أن المشرع أمهل الزوجين مدة ثلاثة أشهر إبتداء من اتصال القاضي بدعوى الطلاق- يجوز لهما خلالها مراجعة نفسيهما و عليه لا يصوغ للمحكمة أن تتصدى للطلاق قبل انقضائها، وإن سكت القانون عن ترتيب جزاء حال تخطيها.

ولعل في إقرار المشرع هذه الفترة، وما يحملنا على القول بأنها حددت قياسا على الغالب من مدة العدة، ولذا جنح القانون إلى اعتبارها- زيادة على اعتبارها فترة للصلح- مدة لتربص الطالق بنفسها يجوز فيها للزوج أن يراجعها دون عقد جديد، الأمر الذي يفيد اعتراف المشرع ضمن بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء[2].

وتجدر ا لإشارة إلى أن المشرع قد فرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن حيث جاء في قرارها بأنه من المتفق عليه فقها و قضاء في أحكام الشريعة ا لإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي و أن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق. أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، و كذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءا على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها و بين زوجها.

و إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة و لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا [3]

---

[1] أ هيشور أمحمد، مذكرة التخرج لنيل شهادة دكتوراه سنة

[2] أ هيشور أمحمد، المرجع السابق.

[3] قرار المحكمة العليا رقم 39463 الصادر تاريخ 1986، م ق لسنة 1986 ع1، ص 115.

وعلى صعيد آخر نجد أن عبارات قانون الأسرة جاءت غامضة إذ نجد في المادة 58 منه عبارة تاريخ التصريح بالطلاق ، فما المقصود منها ؟ هل تعني تلفظ الزوج بالطلاق ؟ أم تعني بها تصريح القاضي به ؟

يذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطا ل لإثبات و إنما هو شرط للانعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء ل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراء الصلح، و ينتهي استعمال الزوج لحقه ا لإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيعاب إجراء الصلح و تعبير الزوج عن إرادته في ذلك، ومن ثمة يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق و ليسلة لإثباته[1]

و نجد أن المشرع الجزائري الذي لم يستحدث أمرا جديدا و إنما خذ برأي الفقهاء الذين يقولون بضرورة الإشهاد على الطلاق[2].

وعلى غرار التشريع الجزائري فقد ذهب التشريع التونسي إلى عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء [3]، وذلك على خلاف التشريع المصري و الذي يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، حيث يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية من إقرار و بنية و يمين[4].

وذهب الاجتهاد المصري إلى أن إقرار الزوج بطلاق زوجته مسندا إلى تاريخ سابق لا يعيد انشاء لطلاق جديد، و حجتهم في ذلك هو حتى لا يحل الزوج بأختها أو بأربع سواها زخرا له حيث كتم طلاقها وهو المختار [5].

كما ورد في اجتهاد آخر أن يعامل المطلق في حق نفسه وحق الشرع باقراره بالطلاق، وبانقضاء العدة في زمن يحتمل فيه ذلك فليس له حق مراجعة مطلقته.[6]

و تجدر الاشارة إلى أنه و إن كان المشرع الجزائري لم ينص على اثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية في مختلف المحاكم تعمل على اثبات الطلاق

[1] عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 31.
[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص 33.
[3] محاضرات ألفين على طلبة المعهد الوطني للقضاء الدفعة 12، من القاضية التونسية جويدة قيفة بتاريخ 2004/02/12.
[4] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر و التوزيع، 1996 ، ص 183.
[5] أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة ، ص 991.
[6] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ، ص99.

العرفي و ترتب عليه آثاره بأثر رجعي ، وقد عمت هذه الظاهرة في معظم محاكم البلاد وعلى رأسها محكمتي الجلفة و البويرة وقبل التطرق إلى مسألة الطلاق العرفي و ا لإشكاليات الناجمة عنه ينبغي علينا معرفة أولا طبيعة الحكم بالطلاق فهل حكما منشئا أم مقررا؟ وهل هو عملا قضائيا أو عملا ولائيا؟

الفرع الثاني: طبيعة الحكم بإثبات الطلاق

إن البحث في طبيعة الحكم المثبت للطلاق يقودنا إلى البحث أولا في أنواع الأحكام القضائية و التي تنقسم إلى أحكام تقريرية، أحكام منشئة و أحكام إلزام، وكل حكم تقابله دعوى خاصة به [1]، ثم البحث في طبيعة الحكم في حد ذاته فيما إذا كان حكما قضائيا بأتم معنى الكلمة أم لا يعدوا أن يكون مجرد عملا ولائيا.

ونعلم أنه وكما سبق بيانه فإن حق الطلاق المقرر للزوج هو حق إرادي ، و الحق الإرادي يعرف بأنه سلطة إحداث أثر القانوني بمحض إرادة صاحبه ما دام ذلك يوافق القانون و بمجرد استعماله يترتب عليه الأثر القانوني و هنا يجب تمييزه عن الحق الإرادي الذي يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني إذ لا ينشأ هذا الأخير إلا بناءا على ما يرتكبه الطرف الآخر في الرابطة من خلال التزاماته و مثالها حق الزوجة في التطليق[2].

ولذلك فإن طرق استعمال هذا الحق تختلف عن طريق استعمال الحق ا لإرادي الذي ولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني [3].

إلا أن و رغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء، و تبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانونا، ولذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق[4].

وقد جعل المشرع لهذا الحكم طبيعة لإنشاء لأنه ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين و يخلق بذلك وضعا جديدا وذلك من تاريخ تصريح القاضي به [5]، إلا أن السؤال الذي يبقى مطروحا هو ما طبيعة هذا الحكم؟ هل يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي أم أنه عملا قضائيا ؟

[1] زودة عمر ، المرجع السابق ، ص99.
[2] عمر زودة ، المرجع السابق، ص104.
[3] عمر زودة ، المرجع السابق، ص105
[4] عمر زودة ، المرجع السابق، ص107.
[5] Ghaoutibenmalha, le droit algerien de la famille, office des publication universitaire , 1993, p204.

الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا التمييز بين الأعمال القضائية و الأعمال الولية للقاضي، فالأصل في أعمال القضاة أنها ذات طبيعة قضائية بحثة واستثناءا تكون ذات طبيعة ولائية [1]، ويذهب الأستاذ عمر زودة إلى أن الفرق بينهما يكمن في وجود النزاع من عدمه و عليه طالما أن الحكم باثبات الطلاق لا ينطوي على أي نزاع فإنه من المفروض أن يكزن عملا ولائيا ، إلا أن المشرع ارتأى إصداره في شكل حكم قضائي تماما كالأعمال القضائية

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري و إن كان قد منح للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى إبداء الأسباب، وجاء في هذا الصدد قرار المحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية و الذي جاء فيه ما يلي: من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله.

ومن تبين – في قضية الحال- أن للزوج حق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن القضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون [2] . ودون أن يكون للقاضي فيها دورا إيجابيا وهذا ما يفيده أنه يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي فإنه قيده باستيفاء الشكل المقرر قانونا وجعل له طبيعة الإنشاء وهذا ما انتهى إليه الأستاذ عمر زودة، ذلك أنه من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ إعلان الطلاق عنه و ليس من تاريخ تصريح الزوج به، وبالتالي فإن اثاره تترتب من تاريخ الحكم وهذا ما يدعونا إلى التساؤل حول مضمون الحكم المثبت للطلاق فما مضمونه؟

الفرع الثالث: مضمون الحكم بإثبات الطلاق

يتضمن الحكم بالطلاق عادة شقين اثنين:

فأما الشق الأول فهو يتعلق بالطلاق و يصدر ابتدائيا نهائيا في حين نجد أن الشق الثاني يتعلق بالآثار المترتبة على الطلاق و يصدر ابتدائيا و عادة تكون صغة المنطوق كما يلي :

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية حكما علينا حضوريا في الشكل : بصحة الاجراءات و بالتالي قبول الدعوى شكلا.

[1] محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات، طبعة 1987 ، ص 64.
[2] قرار المحكمة العليا تحت رقم 223019 الصادر بتاريخ 1999/06/15 المنشور في العدد الخاص من المجلة القضائية المتعلق بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية.

في الموضوع : القضاء نهائيا بالطلاق بين كل من .....و ..... مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لبلدية ..... و التأشير بها على هامش عقد زواج الطرفين و شهادتي ميلادهما.

و القضاء ابتدائيا : بتحميل الزوج مسؤولية الطلاق و إلزامه بأن يدفع للزوجة مبلغ ..... تعويضا على الطلاق التعسفي، ومبلغ ..... كنفقة عدة و إسناد حضانة الأبناء ..... لأمهم على نفقة أبيهم بواقع ..... شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ النطق بالحكم تستمر إلى غاية سقوطهما شرعا أو قانونا، مع منح الأب حف الزيارة يومي الخميس و الجمعة و في المناسبات و الأعياد الدينية و أيام العطل ، وإلزام الزوج بأن يخصص للحاضنة سكن لممارسة الحضانة فيه أو بدل إيجار بواقع ..... شهريا.

و تجدر الاشارة إلى أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو الضرر المادي و المعنوي اللاحق بالزوجة المطلقة، ومن ثمة يتعين التمييز بينه و بين حق المتعة و الذي يعد حقا معترفا به لكل مطلقة بغض النظر عما إذا كان قد لحق بها ضرر أم لا. و الملاحظ في الواقع العلمي أن قضاة الأحوال الشخصية لا يبادرون إلى سؤال الزوجين فيما إذا سبق و أن وقع طلاق بينهما كما أنه لا يوجد حكما واحدا يتضمن عدد الطلقات مع العلم أن القانون الجزائري يفرق بين الطلاق البائن بينونة صغرى و الطلاق البائن بينونة كبرى.

وعليه إذا قلنا أن الطلاق يثبت بحكم قضائي منشئ فما مدى صحة التطبيقات القضائية بشأن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي؟ وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: اشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية لقانون الأسرة الجزائري.

لقد درج القضاة في مختلف محاكم الجمهورية- وبمباركة من المحكمة العليا- على اثبت وقائع الطلاق العرفي بأثر رجعي من تاريخ حصولها رغم غياب السند التشريعي الذي يخولهم سلطة ذلك، و إن كان لسلوك القضاة هذا ما يبرره قبل صدور قانون الأسرة تطبيقا لقواعد الشريعة الاسلامية، فإنه و بعد سن هذا النص لا أقل من الاحتكام إضطراد الأحكام المثبتة للطلاق العرفي بعده، وهل في مسلك القضاة هذا ما يمكن اعتباره بدعة يتوجب الاقلاع عنها أم أن ما توفره المادة 222 من غطاء يسد ما انطوى عليه النص التشريعي من نزاع في هذا الشأن ؟.[1]

[1] هيشور أحمد،الخلع بين الشريعة و التشريع ،رسالة دكتوراه جامعة الجيلالي اليابس 2015م

في الواقع تم تناول قانون الاسرة مسألة ترسيم الطلاق العرفي، ومع ذلك عمد القضاة إلى اثباته، ولعل في مسلك المحكمة العليا ما بقي عن الاستشهاد بأحكام درجات التقاضي إلى دونها، حيث جاء في أخذ قراراتها ما نصه: "من المقدر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في اصداره، أما التطليق فهو حق للزوجة المتضررة و ترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكم الشريعة الاسلامية، و لما كانت الشريعة الاسلامية تخول اثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا و سمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيق لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق و ليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا عبى صحة طلاق أثبت أمامهم، و كذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الاسلامية، ومتى كان كذلك يستوجب نقص القرار المطعون فيه تأسيس على الوجه المثار من الطاعن لمخالفة هذا المبدأ "[1]

وجاء في قرار اخر : "يستوجب نقص القرار الذي اعتمد في اثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود لم تحدد تاريخ و مكان هذا الطلاق ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحته، و ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض و النقص في محتواها "[2]

كما جاء في البند الثاني من قرار ثالث أنه " من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ، و متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، و أن المجلس أجرى تحقيقا و سمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، و بالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم باثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "[3].

وصدر قرار اخر :"بأن الطلاق العرفي الموقع من الزوج و المثبت قضائيا لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية"[4]

---

[1] المحكمة العليا، القرار رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03، قضية [م م] ضد [ب ن] المجلة القضائية سنة 1989 ، العدد الرابع ص 86.

[2] المحكمة العليا، القرار رقم 38105 بتاريخ 1985/11/04، قضية [ب ح] ضد [م و]، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول ص 98.

[3] المحكمة العليا، القرار رقم 276850 بتاريخ 1999/02/16، قضية [ب أ] ضد [ق س]، نشرة القضاة لسنة 2001، العدد الأول ص 100.

[4] المحكمة العليا، القرار رقم288322 بتاريخ 2002/09/25، قضية [ب ع] ضد [ز خ]، المجلة القضائية لسنة 2003، العدد الأول ص 375.

من خلال ما سبق يتضح ان القضاء يقر بوجود الطلاق العرفي و ترتكز في اثباته على البينة، من خلال تحقيق يتم بموجبه سماع الشهود حتى و إن أقر الزوج بواقعة الطلاق و صدقته الزوجة على ذلك، مع أن الافراز في هذا الفرض هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق، و أن الشهادة ليست إلا وسيلة مضاقة لتوطيد علاقة القاضي بحصول الطلاق فعلا.

الفرع الأول : حالة عدم تسجيل عقد الزواج.

لا شك أن الأعمال الجامد للمادة 49 من قانون الأسرة، مع عدم الاحتكام إلى الشريعة الاسلامية في شأن اثبات الطلاق بولد أوضاعا عويصة، نذكر منها ما يتعلق بالطلاق العرفي من زواج عرفي، حيث جاء في المادة 22 من قانون الأسرة ما نصه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون" و هو نص يقر المشرع من خلاله بالزواج العرفي و بأثاره كاملة، فإذا حدث و أن طلق الزوج عقبه عرفيا أمام جماعة من المسلمين وانصرف كل واحد من الزوجين إلى حال سبيله، حق لنا التساؤل عن مأل هذا النكاح وما يرتبه من اثار سواء في مواجهة طرفية أو في مواجهة الغير؟

لقد استقرت أحكام القضاء في الجزائر على عدم التعاطي مع نتائج الزواج العرفي مباشرة، كتثبيت الطلاق و غيره من الاثار، لوجود مسألة معترضة تتمثل في اثبات النكاح أولا، وبالتالي لا يسوغ- وفق هذا المنظور- المطالبة بحقوق تالية لواقعة الزواج قبل تثبيته عن طريق اقامة الدليل الكامل أمام القضاء، على مباشرة الأطراف له مباشرة شرعية، يستوي في ذلك أن يكون المدعى عليه مقرا بالنكاح أو منكرا له، غير أن ذلك لا يعني لزوم الانفصال المادي لأحكام، بأن يثبت النكاح أولا و بشكل منفرد ، ثم يسعى المدعي في أعقابه و بناءا عليه إلى المطالبة بما يتوخاه من حقوق ناتجة عنه، بتعبير اخر أن التلازم بين الأمرين مسألة ممكنة، شريطة أن يتصدى القاضي أولا، لاثبات النكاح بالدليل الكامل لأن حكم القاضي بتثبيت الزواج هو نفسه الذي قضى بالتطليق، و الأصح أن يكون التطليق في حالة وجود عقد زواج رسمي، رفض الطعن، المبدأ: إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي [1]،و إن كان يعسر تصور اجتماع المدعوين من الناحية الفنية لاختلافهما[2]

[1] المحكمة العليا، القرار رقم 125059 بتاريخ 1995/10/24، قضية [س ع] ضد [ع ي]، نشرة القضاة لسنة 1998، العدد الثالث و الخمسين، ص 56.

[2] هيشور احمد، الخلع بين الشريعة و التشريع ،رسالة دكتوراه جامعة الجيلالي اليابس 2015م

و قد حددت المادة 09 من قانون الأسرة أركان عقد الزواج بنصها على أنه يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق.، و يتضح لنا ممن خلال هاتين المادتين أن المشرع الجزائري يعترف بوجود عقد الزواج العرفي و يرتب عليه اثاره كاملة من اثبات النسب ووجوب النفقة..... إلا أنه قد يحدث أن يقدم الزوج على طلاق زوجته عرفيا أمام جماعة من المسلمين و ينصرف كل منهما إلى حال سبيله فما مصير هذا الزواج و ما مصير الأولاد إن وجدوا ؟

في بادئ الأمر يجب القول أنه لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن دعوى الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج و من ثمة وجب رفع أولاد دعوى تسجيل الزواج والحاق النسب ثم رفع دعوى اثبات الطلاق بصفة مستقلة، هذا طبعا إذا سايرنا الواقع و سلمنا بقبول دعوى اثبات الطلاق العرفي و التي فرضت نفسها بشدة في الواقع العملي.

إلا أن المعمول به على مستوىقضاء الجلفة هو أن يتم رفع دعوى اثبات الزواج و الطلاق العرفي في نفس الوقت، وجرت التطبيقات القضائية على قبول مثل هذه الدعاوى و الحكم فيها بحكم واحد، وقد صدر عن مجلس قضاء الجلفة القرار رقم 178 /2002 بتاريخ 2002/10/26 بين ر عيد القادر و ج زوينة و الذي قضى بتأييد الحكم القاضي علينا حضوريا نهائيا بالنسبة للطلاق و ابتدائيا بالنسبة لما سواه بالاشهاد على صحة الزواج العرفي بين كل من ر عبد القادر و المسماة ج زوينة الحاصل سنة 1994 و كذا الاشهاد على صحة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين سنة 1996و الحكمة من عدم جواز رفع الدعويين بموجب عريضة واحدة تكمن في اختلاف دعوى الطلاق عن دعوى اثبات الزواج من جهة و من جهة أخرى فإن حكم الطلاق يكون نهائيا في حين أن الحكم باثبات الزواج يكون ابتدائيا و من ثمة يمكن استئناف الحكم باثبات الزواج و قد يتم الغاؤه من المجلس و هنا نكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود زواج ؟[1]

الفرع الثاني: حالة اعادة أحد الزوجين الزواج

أ - حالة إعادة الزوج الزواج: و هذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة، وهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط الواردة في السنة النبوية الشريفة، إلا أنه من الناحية القانونية يطرح اشكالا كبيرا، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي

[1] قسنطيني حدة ،المرجع السابق ص14

بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب استبراء، ومن ثمة كان يستحسن اثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا، وتتعقد المسألة أكثر بوجود أولاد منه.

ب -حالة إعادة الزوجة الزواج: وهذه الحالة تطرح اشكاليات كبيرة على الصعيدين القضائي و الشرعي، وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين الحالتين:

حالة مطلقة عرفيا من زواج عرفي: يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة للطلاق العرفي ذلك أن المفروض أن الطلاق العرفي لا يمكن أن يكون زواج رسمي إلا إذا يقع الطلاق إلا بحكم و هو ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة، أما الزواج العرفي فيصبح فيه الطلاق العرفي شرعا لا قانونا لأن الزواج عرفيا[1]، ومن الاشكالات التي تثار أيضا، حالة إعادة زواج المطلق أو المطلقة عرفيا، فهي تحق بالنسبة للأول حال نكاحه إحدى المحرمات حرمة مؤقتة، كأخت زوجته التي طلقها عرفيا على سبيل المثال، أو جمعه لأربع نسوة في عصمته دبر طلاقه العرفي، فإذا نحن سلمنا بعدم امكان إثبات الطلاق العرفي و بأثر رجعي، وقع النكاح الذي تم عقبه فاسدا رغم سلامته من الناحية الشرعية.

هذا و سيتشكل الأمر أكثر بالنسبة للزوجة الطالق عرفيا حال إعادة زواجها، و ينبغي التمييز في هذا المقام بين فرصتين: أولهما أن تطلق عرفيا من نكاح عرفي، و إن كانت مصلحة الطرفين فيه، تقتضي عقلا عدم الإقدام على تثبيته لما في ذلك من عبئ- قد وجب ترسيم الزواج قبله- فإن وجود أبناء من هذا النكاح يستدعي الحاق نسبهم بأبيهم، أمر يتعين معه تسجيل الزواج أولا، فإلحاق نسب الأبناء ثانيا- و الزوجة في ذلك كله على ذمة زوج اخر- ثم السعي لإثبات الطلاق العرفي بأُر رجعي انتهاءا، وهو وضع يقتضي- حتى مع عدم اتساع لتشريع لاحتوائه – إعمال الشريعة لعلاجه تحقيق للمصلحة الاجتماعية.[2]

حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل: ونكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا إذ يمكن متابعتها- و الحالة هذه – بجريمة الزنا، وبالتالي يحق للزوج أن يقيم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية ،ومن منطلق عدم اعتراف المشرع بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، رغم انتهاء زوجيها الأولى من الناحية الشرعية، وفي ذلك تناقض صارخ بين أحكام الجهات القضائية، إذ ينكر قاضي الجنح دفوع الزوجة بوقوع الطلاق العرفي و شرعية زواجها الثانين

[1] داود بن صالح، الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق، مجلة الموثق، جوان 2001، عدد 01.
[2] أ. هيشور احمد،المرجع السابق

بينما يسر قاضي الأحوال الشخصية في اتجاه اثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حال تزامن الفصل في الدعوتين.

و إن كان الامر يستلزم فينا توقف القاضي الجزائي عن الفصل في دعوى الزنا لوجود مسألة عارضة تتمثل في دعوى ترسيم الطلاق، إذ بثبوته يخرج عن فعل الزوجة عن دائرة التحريم، فإنه لا يستقيم النعي على حكم القاضي الجزائي من الناحية القانونية لعدم اعتراف المشرع بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها نذكر منها : "أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص اخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها و بين زوجها " بل ذهبت المحكمة أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه :" يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا " وقد ورد في قرار اخر أنه : "إذا دفعت المتهمة بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها و بين الشاكي ان هذا الحكم محل استئناف تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى و القضاء بإدانة المتهمة بالزنا أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصر نهائيا بعد و إلا كان قراره مخالفا للقانون و يستوجب نقضه [1].

الفرع الثالث: احتساب العدة

وهذا من المسائل التي تثار أيضا عند تقيدنا بالاتجاه الشكلي في ثبوت الطلاق مسألة احتساب العدة وما يتتبعها من اثار، ذلك أن الشريعة تقتضي اعتداد الطالق من تاريخ ايقاع الطلاق، بينما يقرر القانون احتسبها ابتداءا من تاريخ التصريح به، وهو وضع مقض لتربص الطالق بنفسها مرتين، احداهما عدة شرعية تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق، وأخرى قانونية من تاريخ تصريح القاضي به، ومع ذلك يظل هذا الحكم قاصرا على الطلاق المباشر ابتداءا أمام القضاء، ولا ولاية له على الطلاق العرفي الذي يفترض ثبوت العدة فيه بأثر رجعي.

نستنشق من جماع ما تقدم، ان المشرع الجزائري و إن لم ينطق الطلاق العرفي صراحة، فقد اقره صمتا، وهو ما تم ترجمته القضاء في أحكامه كواقع قرضته الظروف الثقافية للمجتمع، وسنده في ذلك ما توفره الشريعة الاسلامية من حلول بإحالة من القانون [2].

و نجد أن الاشكال يثور بصفة خاصة في نفقة العدة ، و قد درج القضاء الجزائري على منح الزوجة نفقة العدة إذا ما طلبت بها أمكن اثباتها و هذا ما يتفق مع القواعد العامة للقانون و طالما

[1] أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 132
[2] أ هيشوراحمد ،المرجع السابق

كان الأمر كذلك فمن حق الزوجة المطالبة بها في أي وقت شاءت متى تمكنت م اثبات عدم أدائها.

و خلاصة القول أن المشرع الجزائري ومن استقراء نصوص قانون الأسرة يتبين لنا و أنه لا يعترف بالطلاق الواقع خاج ساحة القضاء، ألا و أنه لم ينص صراحة على ذلك و لم يظم هذه المسألة، وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي و الذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي استنادا إلى الشريعى الاسلامية و التي ورد النص بالاحالة عليها [1].

الفرع الرابع : اثبات الخلع

تقتضي المساواة بين الجنسين : لمفهومها الحقوقي الصرفي- ان تتبوأ المرأة مركزا قانونيا مماثلا لمركز الرجل، و أن تتمتع بعين الحقوق التي يكلفها القانون له دون تفرقة أو تمييز، يستوي أن يتعلق الأمر بموضوع الحق و كيفية اثباته ، فغذا نحن صوبنا ناصية المسألة تلقاء حرية الزوجين في فسخ النكاح، ألفينا تمتع الزوج بسلطة حل النكاح بّإرادته المنفردة إن أمام القضاء أو خارج ساحته على النحو الذي رأينا في الفقرة السابقة، ولعل الخلع الذي استحدثه المشرع وخول الزوجة بمقتضاه فك عرى الزواج بارادتها المنفردة يندرج ضمن تكريس هذه المساواة، ومن هنا يثور التساؤل حول قدر ما حققه النص من هذه المساواة إن في موضوعها أو شكلها، بتعبير أوضح : هل يحق للمرأة أن تباشر حقها في الاختلاع على النحو الذي قرره القانون و القضاء في شأن ممارسة الزوج لحقه في الطلاق –دون قيد شرط ؟[2].

قبل الخوض في هذه الجزئية، ينبغي ابتداءا طي مسألة اثبات الخلع الاتفاقي، وهو لا يخرج كونه طلاقا بتوافق ارادة الزوجين، و بالتالي وجب أن يخضع في ثباته من باب أولى لذات القواعد التي

تسري على[3] الطلاق بالارادة المنفردة، وعلى رأسها المادة 49 من قانون الأسرة وما اقتضته من رسوم للاعتداد به، لكن إذا حدث و إن بوشر خارج ساحة القضاء – سواء تم إيقاعه دبر نكاح مسجل أو عقب نكاح عرفي- تعين على القاضي حينها الاستجابة لطلب صاحب المصلحة في اثباته، إما إقامة البينة على وقوعه حال وفاة أحد الزوجين أو كلاهما أو بإقرارهما إن وجدا على قيد الحيا، و غن كان القضاة عادة ما يعززون قناعاتهم بالمصير إلى الشهادة في جل الأحوال، هذا من جهة. و من جهة ثانية و تذكيرا بجوهر الأشكال، فلنا أن الخلع في أصله و على النحو الذي صيغ به من قانون الأسرة لا يخرج عن كونه حق في فك الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة

[1] أ هيشور ، المرجع السابق.
[2] أ هيشوراحمد،نفس المرجع
[3] أ هيشوراحمد،نفسالمرجع

للزوجة نظير بدل تؤديه لزوجها، وفق ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في صدر المادة 54 من قانون الأسرة بقوله " يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي " في مواجهة ما هو معقود لزوجها من حق في حل عرى النكاح بإرادته المنفردة طبقا لمقتضيات المادة 49 من ذات القانون التي تنص على أنه " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ....." تحصيلا للمساواة التي توفى المشرع تحقيقها من وراء سنة لهذا النص " [1].

في ضوء ما تقدم يمكننا الجزم بأن الخلع بناءا على الارادة المنفردة للزوجة لا يختلف من حيث طبيعته القانونية على الطلاق بناءا على ارادة الزوج منفردة، من حيث كونه رهن منشئتها، و أنه متى اتجهت إرادتها إلى إلقاءه انحلت بمقتضاه عرى الزوجية، و أنه لا سبيل أمام الزوج لإبداء دفوعه و التمسك بمناقشته لأو رفضه، و هو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة السابقة بقوله :" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج..." تماما كما هو الشأن بالنسبة للزوج عند استهدافه الطلاق بإرادته المنفردة. بيدا أن المشرع و إن طلق يد الزوجة في إتيانه على النحو الذي تريد، فقد أحكم رسنها باقتضائه قالبا قانونيا يتعين صب التصرف فيه للاعتراف به، و يتعلق الأمر بوجوب صدور حكم قضائي بالاعلان عنه، وهو ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة السالفة الذكر، ومع ذلك يظل مساويا للطلاق بالارادة المنفردة للزوج من هذا الواجب، لخضوع هذا الأخير بدوره لذات الحكم ، عملا بما جاء في المادة السابق ذكرها .

لكن هل يعتبر صدور الحكم بالخلع في هذا الفرض شرطا لاثباته أمام عنصرا من عناصر انعقاده؟

في الحقيقة، لا يخرج صدور الحكم بالخلع حين تباشره الزوجة بارادتها المنفردة عن كونه مجرد اثبات لواقعة الخلع ليس إلا، ومن الدلائل التي تعزز قولنا هذا، سلبيته دور القاضي عند التصدي له، خلا ما خوله القانون إياه حال عدم اتفاق الزوجين على عوضه، إذ ليس لقضاة الموضوع عند التصريح به إلا الاشهاد عليه، دون الخوض في وقائعه، مما يحملنا على الحزم بأن الأحكام الصادرة بالخلع شأنها شأن أحكام الطلاق، لا تعدوا أن تكون أحكاما كاشفة من غير الصائب إضفاء خاصية الانشاء عليها دون دليل قوي، لأنها ترتبط في الأصل بعمل ولائي للقاضي [2]، لا يواجه في كنفه هذا الأخير نزاعا بين الزوجين، بل يقتصر دوره على إفراغ إرادة الزوجة في الشكل الذي اقتضاه المشرع كي يرتب الخلع أثره القانوني.

[1] أ هيشور: المرجع السابق
[2] بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة المرجع السابق ، ص 165

من هنا يحق لنا التساؤل عن امكان اختلاع الزوجة من زوجها دون موافقته، ومن غير الاحتكام إلى القضاء، كأن ترد عليه أمام شهود مهره الذي أقبضها إياه بمناسبة زواجهما العرفي، ثم تنصرف إلى نطاح غيره بعد انقضاء عدتها منه ؟

فإذا كانت الاجابة بالسلب عملا بالحكم الثابت في الشريعة التي قصرت فك عرى النكاح على إرادة الزوج كقاعدة عامة- وقع تصرف الزوجة في هذا الفرض باطلا، فيبطل بالتبعية ما بنى عليه من تصرفات و إن طالت مدتها، و إذا أثبت الزوج زواجه العرفي منها لردها إلى طاعته، و في حالة ما إذا ادعت أنها اختلعت منه عرفيا دون موافقته أمام مجموعة من الشهود وجب رد دعواها، بل و يحق له أن يتابعها بجرم الزنا عن زواجها الثاني و إن كانت تعتريه شبهة العقد [1]

في حين تقف إرادة الزوجة عاجزة لوحدها عن انقاد ما عقده المشرع بمشيئتها ابتداءا ، إذ لا حق للزوجة في اعمال حقها دون ولاية القاضي لأن الشريعة لا تتسع لذلك، أما إذا كانت الإجابة بالايجاب من باب الافتراض، عملا بحرفية نص المادة 54 من قانون الأسرة، أمكننا القول بجواز ذلك من الناحية النظرية على الأقل لتساوي الحق في الخلع مع الحق في الطلاق بناءا على الادلة التي ذكرناها سابقا، و تحصيلا لما استهدفه المشرع من مساواة بين الجنسين في فسخ النكاح، و هو المعنى الذي صرحت به المحكمة العليا في قرار حديث لها جاء فيه: " الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للرجل [2]، خاصة و أن الشريعة الاسلامية من وجهة نظر قضاة المحكمة العليا أباحت للزوجة إيقاع الخلع بإرادتها المنفردة كما صرحوا به في العديد من قراراتهم نذكر منها :" من المقر قانونا و شرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الاسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقدا رضائيا " ، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا و حفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الاسلامية و لم يخالوا أحكم المادة 54 من قانون الأسرة، و متى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه "[3] .

وما يكزن حائلا بين الجهر صراحة بامكان إيقاع الزوجة للخلع خارج ساحة القضاء ، ما أو ما إليه المشرع من طرف خض في نص الماد 48 من قانون الأسرة بقوله: " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في

[1] أ هيشور، المرجع السابق.
[2] المحكمة العليا القرار رقم 656259 بتاريخ 15-09-2011، قضية "ب ع" ضد "ظ ي" والمجلة القضائية لسنة 2012 ، العدد الأول ص 318.
[3] المحكمة العليا القرار رقم 141262 بتاريخ 1530-07-1996 ، قضية "م د" ضد "ر م" والمجلة القضائية لسنة 1998 ، العدد الأول ص 120.

المادتين 53 و 54 من هذا القانون" إذ يستفاد من هذا النص أن الخلع و إن أقر القانون كونه تصرف بإرادة الزوجة المنفردة لها الحرية في إعماله كيفما شاءت و متى شاءت- إلا أنه لا يقع إلا إذا التمست الزوجة ذلك من القاضي، فهو أقرب من هذا الوجه إلى التطليق منه إلى الطلاق بالارادة المنفردة [1].

ومع ذلك يمكن تخطي مثل هذه الفوارق الاجرائية بالاحتكام إلى الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة بما أشرنا إليه من بعض أحكامها، لا سيما ما نصت عليه في مادتها 01/15:" تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون بمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية ، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، و تساوي بينها و بينه في فرص ممارسة تلك الأهلية، و تكفل المرأة بوجه خاص، حقوق متساوية لحقوق الرجل و تعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الاجراءات القضائية " و ما جاء في مادتها 16 :" أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية و أن تضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل و المرأة نفس الحقوق و المسؤوليات أثناء الزواج و فسخه" من منطلق سمو هذا الصك على قانون الأسرة و ما يحيل إليه من الشريعة باعتبارها جزء منه، وقد بدأ فعلا بعض المتقاضين في الدول العربية الاحتجاج به، و جاراهم القضاة في تسبيب أحكامهم بناء عليه، حيث طبقت أحكام الاتفاقية في قضية عرضت على المحاكم في دولة البحرين، و استرشد بها قاضي أردني بمناسبة فصله في إحدى الدعاوى الأسرية[2].

الفرع الخامس، مناقشة ثبوت الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أنه :" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى " و الجديد في التعديل هو أنه أقر بضرورة إجراء عدة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق، و يتعين على القاضي الذي يجري الصلح تحرير محضر [3]يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح مع توقيع الطرفين و كاتب الضبط، و إذا لم يفلح القاضي بالرغم من هذه المحاولات يصدر حكمه بالطلاق، ثم يسجل الحكم وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، وما يمكن ملاحظته على هذا

[1] أ هيشور، المرجع السابق ص
[2] أ هيشور ، المرجع السابق
[3] بن شونخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الجزائر ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع 2008 ، ص 179.

النص أنه أقر بأن الطلاق لا يكون ثابتا و لا يتعد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي ، وهنا يقع التساؤل حول مصير الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة؟

كما نصت المادة 49 لم يشر فيه إلى طبيعة حكم القاضي هل هو محكوم منشئ للطلاق بالرغم من أن الزوج قد وقعه قبل الحكم بإرادته المنفردة- أم ه حكم كاشف لطلاق الزوج؟

و يعتقد د- بن شويخ الرشيد بأن حكم القاضي يكون منشئا للطلاق لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم و خلال ثلاثة أشهر قبل الحكم ، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق و خلال الخصام بين الزوجين كما دلت على ذلك النصوص الشرعية.

أما إذا كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة فيصبح الصلح بلا فائدة، إلا إذا كان الطلاق رجعيا، فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق، و ليس تجنبا لحدوث الطلاق

ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، و ليس منشئا له حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية و مع النصوص القانونية بمعنى على القاضي عندما يؤكد الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من الزوج، هذا إذا كان القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بالارادة المنفردة [1]

أي أنه إذا طلق الزوج امرأته و لم يعتد به حتى يحكم القاضي به، فإذا حكم به فذاك ، و إلا ما عد ذلك طلاقا في نظر القانون. و إذا طلق الرجل امرأته رفع أمره إلى القاضي، يحاول القاضي الصلح فإذا توصل إلى الصلح بين الزوجين فلا يحكم بالطلاق و لا يثبت ذلك الطلاق في نظر القانون.

و لا يثبت الطلاق إلا في حالة عدم التوصل إلى الصلح بين الزوجين، فيحكم القاضي بالطلاق. و هذا مخالف للكتاب و السنة و اجماع المسلمين، فاجماع الفقهاء على ان الزوج البالغ العاقل غير المكره، إذا طلق امراته طلاقا للسنة، فإن الطلاق يقع من حينه و لا يحتاج إلى قضاء قاضي ولا غيره.[2]

أما تفسد اثبات الطلاق بحكم القاضي فإنه و حسب ما قاله الأستاذ الجليل الدكتور محمد بلتاجي فيه حيث يقول :" فمن الثابت المقطوع به نصا و اجماعا أن الزوج إذا طلق زوجته بإردته الصحيحة و هي محل صحيح بإ طلاق لا حكم قاضي و لا انتظار زمان و لا غير ذلك.

[1] بن شويخ الرشيد، نفس المرجع ، ص 180.
[2] المصري مبروك، الطلاق و اثاره من قانون الأسرة الجزائري- دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للنشر و التوزيع.

هذا ما تآزر عليه نصوص القرءان و السنة وما عليه اجماع المسلمين منذ عصر الرسالة حتى وقتنا الحالي، و لا يحل لمسلم خلافه على أي نحو، و في نطاق الشريعة الاسلامية ليس لاحد ما أي تعلق يصح على أي نحو و لو مجرد شبهة في تعليق إيقاع الطلاق على شيء غير إرادة الزوج الصحيحة بالنسبة لزوجة هي محل صحيح لايقاع الطلاق و هذا من المسلمات البديهية التي لا تعرف مخالفاتها و لو قوة ضعيفا جدا لفقيه [1].

أما إذا كان القانون الجزائري لا يعترف بالطلاق بالارادة المنفردة، فلا بد من توضيح المسألة في النصوص القانونية حتى لا تكون متناقضة مع بعضها البعض و تعديل نص المادة 48 و 49 يكون حسب الحالتين التاليتين:

إذا كان المشرع يبقي حق الطلاق بالارادة المنفردة قائما فعليه تعديل نص المادة 49 و ابقاء المادة 48 كما هي، و تعديل المادة 49 يقتضي إعادة صياغتها على النحو التالي :

- لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر. و إذا تبين للقاضي ن الزوج أوقع الطلاق يثبته من تاريخ وقوعه.
- على كل زوج تلفظ بالطلاق بالارادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ.

و السبب الذي جعل الدكتور بن شويخ الرشيد يقترح هذه الصيغة هو أنه ما دام المشرع قد اعترف و كرس حق الزوج في أن يوقع الطلاق بالارادة المنفردة، فلا بد أن تكون صيغة النص تؤدي إلى المعنى المقصود- و طلاق الزوج بالارادة المنفردة يتحدد بصورتين:

الصورة الأولى : أن لا يتلفظ بالطلاق و إنما يتجه في حالة الرغبة في الطلاق إلى المحكمة لرفع دعوى الطلاق، و هنا لا توجد أي صعوبة فتطبق على هذه الحالة أحكام الفقرة الأولى بصيغتها الجديدة باستعمال الصلح خلال المدة المقررة، فإذا لم يفلح القاضي في الصلح بينهما قضى بالطلاق بناءا على رغبة الزوج أو الزوجة، وهنا يكون حكم القاضي منشئا لواقعة الطلاق، و يبني نتائج الطلاق على هذا الحكم.

الصورة الثانية :أن يتلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة لإستصدار حكم بالطلاق، وهنا يستخلف الوضع عن الحالة الاولى، لأن الطلاق قد وقع شرعا من الزوج، ولم يبق سوى اثباته

[1] محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، ط1400-1980 ، مكتبة الشباب ، ص 334-335.

من خلال حكم من الناحية القانونية و القضائية. وهنا يتوجب على القاضي أن يسأل رافع الدعوى عن تاريخ التلفظ بالطلاق لكي يبني حكمه عليه[1] .

و حتى لا تطول المدة اقترح أن يلزم الزوج بالتصريح بالطلاق خلال أسبوع ، حتى لا يتقاعس عن الابلاغ بمسألة شرعية تتعلق بالحياة الزوجية، بالقيام بتسجيل طلاقه الذي أوقعه بإرادته المنفردة لكي يتم التأكد من تاريخ الطلاق بدقة، لأن هذا التاريخ هو المعتمد لحساب العدة شرعا.[2]

أما إذا كان المشرع لا يعطي للزوج الحق في الطلاق بالارادة المنفردة، فلا بد من إعادة صياغة نص المادة 48 بحذف عبارة " و يتم بإرادة الزوج " لأنه لا وجود لهذه الارادة من الناحية العملية، لان إيقاع الطلاق يكون بحكم من القضاء كما يفهم من خلال مضمون نص المادة 49 حيث لا يثبت الطلاق إلا بحكم ،

و أما نص المادة 50 من قانون الأسرة فإنه يدوره معيب في الصياغة ، حتى أنه يتناقض في حالات معينة مع المقتضيات الشرعية، و جاء في المادة 50 ما نصه " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد " ما يلاحظ على هذا النص أنه استعمل لفظ المراجعة في غير محلها لأن لفظ المراجعة لا يكون إلا في حالة صدور الطلاق ، وهذا يعني أن المشرع اعترف مرة أخرى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة بعد أن ألغاها في 49 سالفة الذكر.

كذلك استعماله لفظ الصلح كما هو معلوم يتقرر في حالة الخصام بين الزوجين لقوله تعالى :" و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدا اصطلاحا يوفق الله بينهما "[3]، وهو ما يتطلب بأن يكون الصلح بعد رفع دعوى الطلاق في حالة إذا لم يكن الزوج قد طلق[4]

أما إذا تبين بأن الزوج طلق بإرادته المنفردة قبل رفع دعوى الطلاق أمام المحكمة فهنا يصبح الصلح بلا معنى ، ما عدا إذا كان الطلاق رجعي و العدة لم تنتهي عند نظر القاضي في الدعوى، فهنا بإمكان القاضي إجراء الصلح لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الطلاق، على أن تحتسب طلقة شرعا و قانونا. و في هذه الحالة لا يتطلب الأمر عقدا جديدا .

أما غذا رفع الزوج دعوى الطلاق بعد انتهاء العدة، أو أن العدة انتهت خلال مدة الصلح المقرر و هي ثلاث أشهر ، فهنا لا يدله من عقد جديد في حالة المراجعة. إلا أن النص قضى بأن المراجعة

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ص 181.
[2] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ص 182
[3] .....
[4] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ص 182

خلال مدة الصلح لا تتطلب عقدا جديدا و هو أمر لا يمكن قبوله شرعا و قانونا. كذالك فإن النص في الجزء الثاني منه يقضي بأن المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق ، فيتطلب الأمر عقدا جديدا. و هو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك و على أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية.

كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج بحيث صار طلاق القاضي بائنا، في حين د تكون العدة عند صدور الحكم لا زالت سارية ، كما إذا كانت الزوجة المطلقة حامل لم تضغ حملها بعد ، و الحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة إلى حين انتهاء العدة.

أما الحكم القضائي فقد حول الطلاق الرجعي إلى البائن ، حيث أوجب عقد جديد في حالة المراجعة حتى و لو كانت العدة سارية، في حين أنه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد لأنها لا زالت زوجته شرعا. ولذلك فلا بد من تعديل النص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي و الجانب القانوني معا[1].

و الصيغة التي يقترحها الدكتور بن شويخ للنص المذكور هي كما يلي : " من راجع زوجته أثنا محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة " ، و بهذه الصورة و حسب اعتقاده ينسجم النص شرعا و قانونا هذا إذا كان المشرع يعترف حقيقة بطلاق الزوج بإرادته المنفردة ، وهو أمر مجمع عليه بين الفقهاء.

أما إذا كان المشرع لا يعترف قانونا إلا بالطلاق الذي يصدره القاضي فلا بد كما قلنا سابقا من إعادة النظر في العديد من النصوص القانونية، أي المواد 48 -49- 50 ، بحيث لا يعتد إلا بطلاق القاضي، و هنا يتوجب الحذر على كل زوج أن يوقع الطلاق خارج الحاكم. وفي هذه الحالة يقترح صياغة بديلة تكون على النحو التالي :

المادة 48 :" الطلاق حل عقد الزواج ، و يتم بناءا على رغبة الزوج أو باتفاق الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 -54 من هذا القانون "

المادة 49:" لا يقع الطلاق إلا أمام المحكمة و بحكم القاضي ، بعد عدة محاولات صلح دون أن تتجاوز المدة ثلاث أشهر" [2].

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ص 183.
[2] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ص 184.

الفصل الثاني: اجراءات اثبات الطلاق

انتهينا في الفصل السابق إلى أنه من الناحية القانونية لا يثبت الطلاق إلا بحكم و هذا الحكم له طبيعة الانشاء و هو عمل يدخل في إطار الوظيفة الولائية للقاضي رغم صدوره في شكل حكم قضائي ذلك أنه يزيل عقبة قانونية تعترض إرادة الأفراد و من ثمة فإن دور القاضي يكون فيه سلبيا ، كما انتهينا إلى أن الطلاق في حد ذاته هو حق إرادي للزوج إلا أن هذا الحق يمارس وفقا للشكل القانوني و من هنا يطرح السؤال حول الاجراءات المتبعة لاستصدار الحكم بالطلاق.

و على صعيد اخر نجد أن التطبيقات القضائية في مختلف محاكم الوطن تذهب إلى اثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي و هنا يطرح السؤال حول مدى صحة هذا الاتجاه و الاجراءات المتبعة في ذلك و مدى شرعيتها. هذا من جهة و من جهة اخرى فإن أكبر إشكالية هي تلك المتعلقة بالطعن بالحكم بالطلاق ، ذلك أن قانون الأسرة ينص على عدم القابلية للاستئناف إلا أنه لم يتحدث عن الطعن بالنقض : فهل يجوز الطعن في حكم الطلاق بطرق الطعن العادية و غير العادية ؟ وما هو موقف القضاء في هذه الحالة ؟

و عليه سوف نحاول قدر الإمكان الإجابة عل هذه الإشكاليات و ذلك من خلال مبحثين إذ نتطرق في المبحث الأول استصدار الحكم بإثبات الطلاق و الذي نتناول فيه كل من دعوى الطلاق و دعوى اثبات الطلاق العرفي و مدى شرعية اجراءات هذه الأخيرة، أما المبحث الثاني فنخصصه لطرق الطعن في حكم الطلاق و كيفية تنفيذه[1].

المبحث الاول :اجراءات استصدار الحكم باثبات الطلاق

نعلم انه قبل استصدار حكم من القضاء ينبغي مراعاة الشروط التي اوجب المشرع توافرها في العريضة الافتتاحية بالاضافة الى التاسيس الموضوعي و عليه فان دعوى اثبات الطلاق يجب ان ترفع الى المحكمة المختصة بموجب عريضة وفقا لما يقضي به القانون و بعد توصل القاضي بالعريضة ياتيدورهفي استكمال شكليات لاثبات الطلاق .

فما هي الشروط الواجب توافرها لاصدار الحكم باثبات الطلاق ،و كيف يتعامل قاضي الاحوال الشخصية مع الدعوى لاثبات الطلاق ؟[2].

---

[1]

[2] www.tribunaldz.com.php?t=521619

المطلب الاول :اتصال القاضي بالدعوى

يتم عادة رفع الدعوى من الزوج اذا كنا بصدد دعوى الطلاق ،و هدا على خلاف دعوى اثبات الطلاق العرفي و التي يمكن ان ترفع من كل من له مصلحة في دلك و عادة يكون احد الزوجين او الورثة ،و لكي تقبل الدعوى امام القضاء يجب توافر شروط قبولها من صفة و مصلحة و اهلية ، كما ينبغي ان يجسد الطلب في عريضة افتتاحية وفقا لما قضي به القانون و ان ترفع امام الجهة المختصة بهده القضايا ، و هدا ما سوف نتناوله فيما يلي :

الفرع الاول : قواعد الاختصاص

ا/الاختصاص المحلي :

بالرجوع الى المادة 08 من قانون الاجراءات المدنية نجدها نصت صراحة على ان دعاوي الطلاق ترفع امام الجهة القضائية التي يقع بها مسكن الزوجية ، و بما ان الاختصاص المحلي ليس من النظام العام و بالتالي يمكن رفع دعوى الطلاق امام اية محكمة اخرى بشرط الا يدفع الخصم بعدم الاختصاص المحلي ، و مسالة الاختصاص على بساطتها تثير العديد من المشاكل فكثيرا ما يتقدم امام القاضي زوجان لم يستقرا مند زواجهما في مكان معين بل غيرا مكان الاقامة عدة مرات ، ففي هده الحالة ماهو السكن الدي يأخذ بعين الاعتبار لتحديد الاختصاص المحلي ؟الراي الراجح في هده الحالة هو السكن الاخير.

و تجدر الاشارة الى ان الاختصاص المحلي بالنسبة للجزائريين المقيمين في الخارج يعود المحل الدي يوجد فيه لسكن الرئيسي ،وفي حالة عدم و جوده يحل محله مكان الاقامة العادي و هدا ما يتجسد من خلال قرار المحكمة العليا الدي جاء فيه ما يلي :من المقرر قانونا انه يسري على انحلال الزواج القانون الوطن الدي ينتمي اليه الزوج وقت رفع لدعوى و ان موطن كل جزائري هو المحل الدي يوجد فيه مقر سكناه الرئيسي ، و عند عدم و جود سكن يحل محله مكان الاقامة العادي و كما تبت في قضية الحال ان المتخاصمان جزائري و جزائرية يقيمان مؤقتا ببلد اجنبي و طلب التقاضي امام محكمة جزائرية فان قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فانهم بدلك قد دفعوا الطرفين الى التقاضي امام لقضاء الاجنبي و ان المسالة تتعلق بسيادة القانون الوطني و مما يتعين معه نقص و ابطال قرارهم المطعون فيه[1].

[1] قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1992/10/27 ملف رقم 86305 م ق لسنة1995 ع 1

ب/اختصاص القانون الجزائري :

و نتحدث في هدا المجال عن حالة تنازع القوانين المراد تطبيقها في مسالة الطلاق ، و هنا ينبغي علينا الرجوع الى قواعد الاسناد المنصوص عليها في القانون المدني حيث تنص لمادة 12 منه على انه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الدي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى ،في حين تنص المادة 3 منه على انه يسري القانون الجزائري وحده في الاحوال لمنصوص عليها في المادتين 11 و 12 و ادا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج الا فيما يخص اهلية الزوج ، من خلال هاتين المادتين يمكن القول انه ادا كان احد الزوجين جزائري وقت ابرام عقد الزواج لا مجال للحديث عن تطبيق القانون الاجنبي ، الا انه في حالة كون الزوجين اجنبيين فانه يطبق على الطلاق قانون الزوج وقت رفع الدعوى ، و مفاد هده القاعدة هو انه يمكن ان يتم الزواج في ظل قانونمعين ثم يقوم الزوج بالتجنس مما يؤدي الى تطبيق قانون الجنسية الجديدة على انحلال هدا العقد و ادا كانت مسالة الاختصاص لها اهميتها في دعوى اثبات الطلاق فان شروط رفع الدعوى لا تقل عنها اهمية ، فما هي شروط قبول دعوى اثبات الطلاق ؟[1].

-الفرع الثاني :شروط رفع دعوى اثبات الطلاق

ا/الشروط الواجب توافرها في الزوجين :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على انه لا يجوز لاحد ان يرفع دعوى امام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة و اهلية التقاضي وله مصلحة في دلك .

فأما الاهلية فان القانون المدني يعرفها بانها صلاحية الشخص لكسب الحقوق و تحمل الالتزامات و الاهلية في الاصطلاح القانوني على نوعين : اهلية وجوب و اهلية اداء [2].

و المقصود بالأهلية في مجال الخصومات الزوجية هو اهلية التقاضي امام المحكمة بمعنى انه ادا تنازع الزوجان و تخاصما خصاما شديدا فانه لكي تنظر المحكمة الى موضوع نزاعهما يجب ان يكون كل واحد منهما متمتعا بأهلية التقاضي و بالغا سن الرشد المدني و هو 19 سنة من العمر كاملة وفقا لما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني و متمتعا ايضا بقواه العقلية و الا يكون محجورا عليه [3]لأنه لا يجوز للمحكمة ان تقبل دعوى من او على شخص فاقدا للأهلية أو ناقصها

[1] www.startimes.com/f
[2] الغوثي بن ملحة ، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص 243.
[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة ، ص 292.

إلا بواسطة ممثله القانوني، هدا بتطبيق القواعد العامة إلا أن مسألة الطلاق في حد ذاتها لها خصوصياتها إد أنها حق شخصي للزوج و أن الحجر يقع على ممارسة الحقوق المالية فقط لدلك فإنه في الشرع الاسلامي يجوز للزوج المحجور عليه طلاق زوجته، ومن ثمة طالما لم يتعرض قانون الأسرة لهده المسألة فلا مانع من تبني ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الاسلامية في هذا المجال ، و تبقى مسألة اللجوء إلى القضاء مسألة اجرائية و الأمر نفسه فيما يخص طلاق المريض مرض الموت مما يجعلنا نعود إلى أحكام الشريعة الاسلامية في هذا المجال و لا سيما ما يتعلق منها بصحة الطلاق و امكانية التوارث بين الزوجين إذا حدثت الوفاة خلال أثر مرض الموت.

لقد أجمع الفقهاء على صحة الطلاق الواقع في مرض الموت و على التوارث أثناء عدة الطلاق الرجعي و اختلفوا على مدة و زمان و امكانية التوارث أثناء عدة الطلاق البائن [1] .

أما قانون الأسرة الجزائري فقد اكتفى بالنص في المادة 132 منه على أنه إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق البائن. و خلاصة القول أن حكم الطلاق في مرض الموت هو طلاق صحيح شرعا و قانونا لا يجوز الطعن فيه أو الادعاء ببطلانه و أن حق التوارث يبقى قائما لصالح الزوجين إذا مات أحدهما أثناء عدة الطلاق الرجعي، و يبقى قائما لصالح الزوجة المطلقة وحدها إذا مات مطلقها أثناء عدة الطلاق البائن أو بعدها كلما ثبت أن الزوج قد طلقها في مرض الموت يقصد حرمانها من حقها في التركة و هذا ما يسمى عند الفقهاء بطلاق الفرار الذي يستوجب معاملة المطلق بنقيض قصده[2].

و بما أن الطلاق هو من حقوق الزوج فإنه يجوز له توكيل غيره في إيقاعه و ينصرف هذا الأثر إلى الزوج، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها إذ جاء فيه أنه من المقرر قانونا أن الوكالة أو الانابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا اخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل باسمه و أن الوكالة الخاصة الرسمية تصح للمرافعة أمام القضاء و من المقرر أيضا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية.

ومن ثمة يتعين لقول أن الزوج الذي وكل والده نيابة عنه في اجراءات التقاضي في دعوى الطلاق موضوع النزاع الحالي بناءا على وكالة رسمية و التي تحدث أثارها القانونية عكس ما ذهبت إليه الطاعة بالقول لا تصح الوكالة في مثل هذه الحالات إلا أن ما يؤخذ على قضاة الاستئناف عدم قبول الاستئناف شكلا من دون مراعاة أحكام المادة 102 من قانون الاجراءات

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 277.
[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 278.

المدنية و الادارية بدعوى أن الطلاق نهائي و كان من المفروض النظر في مسألة الاستئناف و بعد قبوله ينظر في موضوع الطلاق و بحكم بعدم الاختصاص لكون الحكم صدر نهائيا[1].

و بصفة عامة فإن المعمول به في حالة نقصان الأهلية هو رفع الدعوى من ولي الزوج ناقص الأهلية أو ضده، وفي حالة المنازعة في الأهلية فإنه يعود الأمر للقاض لتقدير نقص الأهلية من عدمه و ذلك يتعين خبير مختص لاجراء خبرة حول المسألة. و تجدر الاشارة إلى أن القانون الفرنسي في هذا المجال يعتبر أن القاصر يرشد بالزواج بقوة القانون و أن الترشيد شرعي و ألي، بل أكثر من ذلك فهو يعتبر كنتيجة للارادة الضمنية للاباء، و أن الضرورة الحتمية تفرض اعتبار الترشيد كأثر للزواج ذلك أن الزوج يصبح رئيس للعائلة و عليه ينبغي أن يتمتع ببعض الحرية في ممارسة وظيفته وكذلك الزوجة فهي تتحمل أعباء الأسرة و عليه ينبغي الاعتراف لهما تجد أدنى من الاستقلالية عن الاباء[2].

ومن ثمة فإن الزوج القاصر متى تزوج أصبح أهلا لأن يرفع دعوى الطلاق أو أن ترفع ضده. في حين لم يتناول المشرع الجزائري هذه المسألة بل سكت عن ذلك عن و السكوت معناه الاحالة على القواعد العامة، ومع ذلك نجد المادة 334 من قانون العقوبات الجزائري يأخذ ضمنيا بفكرة الترشيد إلا أن الراجح أن المسألة لا تعدوا إلا أن تكون مجرد خطأ مطبعي أو سهو عندما تم الاقتباس من القانون الفرنسي.

و الرأي عندنا هو أنه ينبغي على المشرع أن يتدخل لتقنين هذه المسألة ذلك أن مسألة كون الرجل أو المرأة يتحمل أعباء أسرة بأكملها و في الوقت نفسه لا يملك أن يباشر حقوقه الاجرائية من رفع الدعاوى و الدفاع عنه نفسه بنفسه في حالة رفعها ضده تنطوي على نوع من التناقض. و في الختام ينبغي التنويه إلى أن الأستاذ زودة عمر يعتبر الأهلية شرط من شروط صحة المطالبة القضائية و ليس لقبول الدعوى ذلك أن تخلفها يترتب عليه دفع شكلي في حين أن تختلف شروط قبول الدعوى يترتب عليها دفع بعدم القبول[3] .

و أما الصفة فإن المقصود بما هو أن يكون صاحب الحق حل اعتداء هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من أجل تقرير هذا الحق أو حمايته [4]و عليه فإن الصفة هي الوصف الذي يسحب على الأطراف فإذا رفعت الدعوى على غير دي صفة يحكم بعدم قبول الدعوى ،و

[1] قرار المحكمة العليا رقم 110096 الصادر بتاريخ 1994/11/15 م ق لسنة 1994 ، ع3 ، ص79.
[2] gabrielmerty pierre ray mand . droit civil, les personnes, sirez 1967 page 614.
[3] زوردة عمر، محاضرات في قانون الاجراءات المدنية ، ملقاة على الطلبة القضاة ، الدفعة 12 ،ص 200.
[4] لغوثي بن ملحة، المرجع السابق ص 236.

المفروض ان الصفة تثبت لكل شخص تم الاعتداء على حقه غير انه قد يوجد هدا الشخص في انتحالة مادية او قانونية تمنعه من استعمال حقه في الدعوى امام القضاء و لدلك تباشر هده الدعوى بواسطة ممثله القانوني ، في هده الحالة تثبت للممثل القانوني ما يعرف بالصفة الاجرائية

ونجد انه في حالة تخلف الصفة الاجرائية يترتب عليها بطلان الاجراءات كما ان زوال الصفة في الدعوى يؤدي الى انقضائها في حين ان زوال الصفة الاجرائية يؤدي الى انقطاعها[1].

و الصفة في دعاوي اثبات الطلاق معناه ان يكزن احد الزوجين الدي يرفع دعواه ضد الزوج الاخر له صفة في اقامة هده الدعوى و تقديمها الى المحكمة بمعنى انه يجب لتحقيق هدا الشرط ان يكون المدعي هو الزوج او الزوجة نفسها او احد ممثليهما قانونا [2].

و تثبت الصفة في الدعوى بتقديم الزوج طالب الطلاق نسخة من عقد الزواج وفي هدا الصدد نص القانون رقم 224 -63 الصادر في 1963/06/29و الخاص بتحديد سن الزواج قد نص في المادة 05 منه على انه :لايجوز لاحد ان يدعي بانه زوج و ان يطالب بما يترتب على الزواج من اثار ما لم يقدم عقد زواج محرر و مسجل في سجلات الحالة المدنية [3].

اما في دعوى اثبات الطلاق العرفي فانه طالما ان هده الدعوى قد فرضت نفسها في الواقع فانه يجب التطرق لها و عليه فالصفة تثبت لكل من الزوجين و لورثتهما في حالة الوفاة مع العلم انه في حالة كون احد الزوجين قاصرا فانه يملك الصفة الموضوعية دون الصفة الاجرائية اما بالنسبة لشرط المصلحة فانه بالنسبة للزوج او الزوجة او الورثة في حالة الطلاق العرفي فانه من مصلحتهم اثبات وقوع الطلاق، و تظهر هده المصلحة بصفة خاصة في دعاوي اثبات الطلاق العرفي و خاصة حالة اعادة الزوجة الزواج او تزوج الزوج باخت الزوجة او رابعة ، اما بالنسبة للورثة فان مصلحتهم تتمثل في ثبوت الميراث من عدمه .

ب/ اداة رفع الدعوى الى المحكمة :

ترفع الدعوى الطلاق امام المحكمة وفقا للطرق المنصوص عليها بالمادة 12 من قانون الاجراءات المدنية و دلك اما بايداع عريضة مكتوبة و مؤرخة و موقعة من المدعي او من محاميه لدى مكتب الضبط بالمحكمة ، و اما بحضور المدعي نفسه امام المحكمة وفي هده الحالة

[1] زودة عمر ، محاضرات في قانون الاجراءات المدنية الملقاة على الطلبة القضاة الدفعة 12 لسنة 2001 -2002
[2] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 239
[3] عبد العزيز سعد المرجع السابق ،ص 268

يتولى كاتب الضبط او احد اعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريحات المدعي الدي يوقع عليه او يدكر انه لا يحسن التوقيع [1].

و من تحليل هده المادة يتضح انه هناك طريقتان لرفع الدعوى امام المحكمة و هما :

-طريقة تقديم عريضة مكتوبة حيث يقوم المدعي بتقديم عريضته مؤرخة و موقعة على نسختين الى امانة ضبط المحكمة و لا يطلب منه القانون ان يبين الاسباب التي دفعته الى الطلاق لان

الامر يتعلق باستعمال الحق الاداري ،و تعتبر العريضة احد العناصر الشكلية لممارسته [2]و يجب ان يشير فيها الى اسمه و لقبه و عنوانه و مهنته و الى اسم و لقب و عنوان و مهنة زوجته .

-طريقة التصريح الشفوي :و تكون بتصريح المدعي لدى امانة ضبط المحكمة بارادته مع تقديمه له جميع بياناته و بيانات خصمه[3].

وهنا يحرر الكاتب محضرا بطلبات المدعي و اقواله ثم تقدمه له للتوقيع عليه و ان كان المدعي ل يحسن التوقيع او لا يستطيع دلك و لا ينبغي على الكاتب ان يضع بصمته على المحضر و انما ينوه في اخره بان المدعي لا يحسن التوقيع [4].

وفي الواقع العملي نجد انه لا اثر للطريقة الثانية فالمعمول به فقط هو الطريقة الاولىوهي تقديم عريضة مكتوبة على نسختين تتضمن كافة الشروط و تكون مرفقة بعقد الزواج و بيان عائلي ثم يدفع المدعي او ممثله الرسم القضائي

-المطلب الثاني : تعامل القاضي مع دعاوي اثبات الطلاق

القاعدة العامة ان الحكم القضائي الصادر يفك الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة للزوج هو حكم تقريري يقتصر فيه دور القاضي على تكريس ارادة الزوج و الكشف عنها الا ان المشرع جعل له طابع الانشاء رغم هده الخاصة ، ومن ثمة خصه باجراءات متميزة ينبغي اتباعها و الا تعرض الحكم للنقض و الابطال [5].

بعد رفع الدعوى يقو م الكاتب بتسجيل القضية في السجل المخصص لدلك و يمنح لها رقما خاصا و يسلم للمدعي وصلا يحمل رقم القضية و تاريخ تسجيل الدعوى و تاريخ الجلسة الدي يجب ان

[1] عبد العزيز سعد المرجع السابق ،ص 227
[2] عمر زودة، المرجع السابق ،ص 107
[3] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ،ص 327
[4] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ،ص328
[5] www.eddirasa .com

يحضر فيه مرفقا بالتكليف بالحضور و الدي يعد قرينة على علم المدعي عليه بالدعوى المرفوعة ضده ،فادا لم يحضر بدلك التاريخ قضى القاضي بشطب الدعوى طبقا للمادة 35 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

اما ادا غاب المدعي عليه فان القاضي يفصل في القضية غيابيا في حقه بعد منحه اجلا للحضور

و نظرا لخصوصية دعوى اثبات الطلاق العرفي و خاصة و انها وليدة العمل القضائي و لم يرد نص صريح بشانها فان التطبيقات القضائية تدهب الى عقر جلسة الصلح اولا و يتم فيها سماع كل من الزوجين حول واقعة الطلاق المدعى لها ثم فيما بعد يتم اجراء تخفيف سماع الشهود لتاكيد الواقعة و هداعلى خلاف دعوى اثبات الطلاق بالارادة المنفردة و التي يقوم القاضي فيها فقط بتاجيل القضية قصد اجراء الصلح ، ومتى كان الامر كدلك وجب التطرق اولا الى كيفية تعامل القاضي مع دعوى اثبات الطلاق ثم الى كيفية تعامله مع دعوى الطلاق العرفي .فكيف يتم دلك ؟.

الفرع الاول :تعامل قاضي الاحوال الشخصية مع دعوى الطلاق بالارادة المنفردة

المشرع جعل لفك الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة للزوج طابع الانشاء رغم ان دور القاضي فيه يقتصر على تكريس ارادة الزوج و الكشف عنها و بالتالي خصه باجراءات خاصة و تتمثل في ضرورة اجراء الصلح ،اما فيما يخص التحكم فان مجاله هو حالة الخصام طويل المدى بين الزوجين مع عدم تبوث الضرر و هدا ما تقضي به المادة 56 من قانون الارة ، و على هدا الاساس سوف نتعرض في هدا الفرع الى اجراء الصلح كاجراء جوهري في جميع دعاوى الطلاق بالاضافة الى مسالة عرض القضايا المتعلقة بالطلاق على النيابة العامة و مدى الزامية هدا الاجراء [1].

ا/اجراء الصلح :

عندما صدر قانون الاجراءات المدنية خلال سنة 1966 كان قد نص في المادة 17 منه على وجوب القيام بمحاولة الصلح في كل دعوى تتعلق بالاحوال الشخصية قبل الفصل في الموضوع لا سيما ادا كانت الدعوى تهدف الى الطلاق و انحلال عقد الزواج ، و على وجوب ان يحرر

[1] www.eddirasa.com

القاضي محضرا بما تصالح عليه الزوجان تكون له قوة الحكم و قابليته للتنفيد، و ان يحرر محضرا بفشل محاولة الصلح ، و دعوة الزوجين الى جلسة علانية للمحاكمة [1].

و قبل دلك كانت المادة 13 من المرسوم رقم 59 - 1082 الخاص باللائحة التنفيدية المكملة للامر رقم 59-274 المتضمن تنظيم عقود الزواج المبرمة في ولايات الجزائر ، وولايتي الساورة و الواحات (ببشار و ورقلة)تنص على ان للقاض بعد سماع مزاعم الزوجين ان يصرح للمدعي منهما بدعوى المدعي عليه الى جلسة الصلح ، و يسمع كل واحد من الزوجين في مكتبه على انفراد ، و بدون حضور الوكلاء و المحامين ولا حتى كاتب الضبط ، وفي حالة فشل محاولة الصلح او غياب المدعى عليه يثبت القاضي دلك في محضره ، و يستدعي الزوجين رسميا لحضور الجلسة و يفصل في الموضوع .

و لما عدلت المادة 17 هده اصبحت تنص على انه يجوز للقاضي م صالحة الاطراف اثناء نظر الدعوى في اية مادة كانت ، و بدلك اصبحت اجراءات الصلح شاملة لجميع الدعاوي المدنية ،و من ضمنها دعاوي الزواج و الطلاق، و اصبحت ايضا اختيارية تخضع لمزاج القاضي و تقديراته ، و حسب قلة او كثرة القضايا المطروحة عليه ،و لكن لما صدر قانون الاسرة خلال سنة 1984 اصبح ينص في المادة 49 منه على ان الطلاق لا يثبت الا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، و دون ان تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة شهور ،غير انه ادا اغفل ان

ينص على ما ادا كان يجب على القاض ان يحرر محضرا بما تصالح عليه الزوجين او بفشل الصلح ام لا ،و اغفل كدلك ان ينص على ما يمكن او يجب على القاضي ان يفعله بعد فشل محاولة الصلح او بعد نجاح مهمة الصلح [2].

و هدا الاجراء من النظام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه فادا لم يحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للنقص من المحكمة العليا و دلك على اساس الخطأ في تطبيق القانون هدا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الدي جاء فيه من المقرر قانونا انه لا يثبت الطلاق الا بحكم القاضي بالطلاق ..... ومن ثمة فان القضاء بما يخالف هدا المبدأ بعد الخطا في تطبيق القانون [3].

الا ان المنطق الاجرائي تقيض ان يقوم قاض الاحوال الشخصية باستدعاء الزوجين الى مكتبه ليسمع مزاعم كل منهما تجاه الاخر ثم يحاول الاصلاح بينهما قدر الامكان ، و سواءا فشل في

---

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، الطبعة الاولى 1996 ،ص 299

[2] عبد لعزيز سعد المرجع لسابق : ص 300

[3] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 ، ملف رقم 812. 57، م ق لسنة 1991 ع 3 .

دلك ام نجح فانه ينبغي عليه ان يحرز محضرا بما توصل اليه يلحقه بملف الدعوى ثم يحيل الطرفين الى حضور جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة ،و عندئد يقع النقاش في الموضوع ليصدر فيما بعد حكمه وفقا للاجراءات العادية[1].

في حالة تصالح الزوجين فان النزاع بينهما ينتهي وما يبقى امام القاضي الا الشهاد بوقوع الصلح هدا ما جاء في قرار المحكمة العليا اد دهبت الى انه من المقرر قانونا ان الصلح عقد ينهي به الطرفان النزاع القائم او يتوفيان به نزاعا محتملا و دلك بان يتنازل كل نهما على وجه التبادل عن حقه ....

ومتى تبين في قضية الحال ان قضاة المجلس لما قبلو الاستئناف في الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين و الدي شهدت عليه المحكمة اخطاو في تطبيق القانون ، لان الاستئناف لا يرفع الا ضد الاحكام التي صدرت اثر نزاع بين الاطراف بخلاف الصلح الدي يبرم بين الاطراف الدين جعلو حدا لهدا النزاع و ان المحكمة ينحصر دورها في مراقبة صحة و سلامة هدا الصلح [2].

و تجدر الملاحظة ان القاضي و يعد ان تصبح لقضية جاهزة للحكم و قبل ان يضعها في النظر يقوم بعرض الملف على النيابة العامة وفقا لم تقضي به المادة 141 من قانون الاجراءات المدنية الادارية ، فما مدى الزامية هدا الاجراء لقاضي الدرجة الاولى ؟

ب/ اجراءات التحكيم :

يتضمن نص لمادة 56 قانون الاسرة انه :"ادا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي الحكمين ، حكما من اهل الزوج ، و حكما من اهل الزوجة وعلى هدين الحكمين ان يقدما تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين " [3].

وواضح من هده المادة انه ادا اشتد الشقاق بين الزوجين ، او اضر احدهما بالاخر و استحال استمرار المعيشة بينهما ، و لم يثبت الضرر على القاضي ان يعين الحكمين من اجل الاصلاح بينهما و قد اوجب عليهما القانون تقديم تقرير في اجل شهرين و على القاضي ان يحكم بمقتضاه و لا يشترط في التقرير ان يكون معللا كما يجوز له ان يرفض التقرير و يعين حكمين اخرين [4].

---

[1] عبد العزيز سعد المرجع السابق ، ص 346
[2] قرار المحكمة العليا رقم 103637 الصادر بتاريخ 1994/04/19 مجلة قضائية لسنة 2001 –عدد خاص –الاجتهاد القضائي مادة الاحوال الشخصية ص 94
[3] المادة 56 من القانون 84-11 المتضمن لقانون الاسرة
[4] عبد العزيز سعد المرجع السابق ،ص 347

في حالة عجز الحكمين عن الاصلاح فهنا على القاضي ان يحكم بالطلاق و تستند هده الاحكام الى الفقه المالكي الدي يعتبر مهمة الحكمين لا تقف غند الاصلاح بين الزوجين بل تتجاوز الى طلب التفريق بينهما ، ادا لم يجد سبيلا لهدا الاصلاح .و حسب المادة 55-56 من قانون الاسرة الجزائري فانها تترك حق تقرير الدليل للقاضي الدي يصدر حكمه في ضوء تقرير الحكمين ادا عجزا عن الاصلاح انطلاقا من ظروف و ملابسات الدعوى .

اما فيما يخص وجود الضرر من عدمه و مدى جسامته فهدا يرجع للسلطة التقديرية للقاضي الدي يفصل في موضوع الدعوى بسبب الشكوى [1].

و يشترط في الضرر قيامه و حصوله قبل رفع الدعوى ، و قبل تسجيلها لدى كتابة الضبط بالمحكمة ، ومع دلك فان اقامت الزوجة دعوى طلب التطليق للضرر ، و لم تتمكن من اثبات الضرر حكمت المحكمة برفض دعواها ، فان دلك لا يمنعها من تحديد رفع الدعوى مرة ثانية ادا كانت ستتمكن من اثبات الضرر و تحقق وجوده [2].

ج/ عرض الملف على النيابة العامة :

تنص المادة 141 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على انه يجب اطلاع النائب العام على القضايا الاتية :

2-القضايا الخاصة بحالة الاشخاص .....

و ترسل هده القضايا الموضحة انفا الى النائب العام قبل 10 ايام على الاقل من يوم الجلسة بواسطة كتابة الضبط .

و نجد ان هده المادة قد ورد النص عليها في القسم الثالث –المتعلق بالاحكام– من الباب الاول و المتضمن الاجراءات المتبعة امام المجالس القضائية ولا يوجد مايفيد ضرورة عرض ملفات قضايا الطلاق على السيد وكيل الجمهورية دلك ان دعاوى الطلاق يعود الاختصاص بالفصل فيها كما سبق وان اشرنا الى المحاكم كدرجة اولى و اخيرة .

و قد دهبت المحكمة العليا الى انه من المقرر قانونا انه يجب ابلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الاشخاص و من ثمة فان القضاء بما يخالف هدا المبدأ يعد خرقا لاجراء جوهري و انتهاكا

[1] بلحاج العربي ، لمرجع السابق ، ص 359
[2] لحسن بن الشيخ ات ملديا ، الملتقى في قضاء الاحوال الشخصية ، دار هومة للطباعة و النشر الجزائر 2006 ، الطبعة الثانية ، ص 239

لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام و لما كان قضاة الاستئناف وافقو على حكم قضى بالطلاق دون ابلاغ الملف الى النائب العام فانهم بقضائهم هدا خرقو احكام المادة 141 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية [1].

الفرع الثاني :تعامل قاضي الاحوال الشخصية مع دعاوى اثبات الطلاق العرفي

سبق لنا ان دكرنا بان دعوى اثبات الطلاق العرفي هي دعوى وليدة القضاء ولا تستند الى اية مرجعية قانونية و عليه فهي تتميز باجراءات خاصة هي الاخرى وليدة العمل القضائي حيث يعقد القاضي اولا جلسة الصلح ثم يقوم باجراء تحقيق حول الواقعة المدعى بها و هدا سوف نتناوله فيما يلي :

ا/ اجراء الصلح :

قلنا انه بعد تسجيل دعوى اثبات الطلاق يقوم القاض باستدعاء الطرفين الى مكتبه بواسطة امين الضبط او اثناء حضورهما الجلسة بتاريخ معين لاجراء الصلح اين يقوم بسماع كل منهما حول واقعة الطلاق المدعى بها و التاكد من ارادتهما و السؤال المطروح في هدا الصدد هو : ما مدى جدوى اجراء الصلح في حد داته ؟

و بعبارة اخرى ادا قلنا ان القاضي يعترف بوقوع لطلاق خارج ساحة القضاء و يبقى فقط اللجوء الى القضاء من اجل توثيق هده الارادة ، فما هي الفائدة العملية من اجراء الصلح ؟

وفي حالة ما ادا تراجع الزوج كيف يكون حكم القاضي ؟هده جملة من التساؤلات و غيرها كثيرة في هدا المجال نظرا لتعقد هده المسالة و عدم استنادها الى نص صريح .

وجوابا على دلك يمكن القول ان القاضي ادا ما تاكد من وجود طلاق عرفي ومع اصرار الزوجين عليه لايبقى امامه الا الحكم به في حين انه ادا تصالحا فان الصلح ينهي كل نزاع هدا من جهة و من جهة اخرى فان الصلح في حكم سحب الطلب القضائي و لا يجوز للقاضي ان يحكم بما لم يطلب منه ، و عليه لا يبقى امامه الا الاشهاد بوقوع الصلح و تبقى مسالة وقوع الطلاق من عدمه بين الزوجين الدين من المفروض ان يكونا احرص على دينهما من القاضي .

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/02/03 ملف رقم 34762 م ق لسنة 1989

هدا من الناحية القانونية البحتة الا انه من الناحية الشرعية فان المسالة محل نظر دلك انه تم رفع دعوى اثبات الطلاق العرفي الواقع في زمن ماض و عليه فمن غير المنطقي ان يصرح القاضي بالصلح في مسالة مع علمه اليقين ان الزوجة قد بانت من زوجها و اصبحت اجنبية عنه و بالتالي حسب رايي فانه لا مبرر لاجراء جلسة الصلح في دعاوي اثبات الطلاق العرفي [1].

ب/ التحقيق من واقعة الطلاق العرفي :

لم ينص قانون لاسرة على هدا الاجراء في دعوى الطلاق لكونه لا يعترف بوقوع الطلاق اصلا خارج ساحة القضاء الا انه ومع دلك فان المحاكم تعمل به و هدا ما لاحظناه في كل من محكمة البويرة و الجلفة ، و سوف نتطرق الى دراسة هدا الاجراء بنوع من الاختصار فيما يلي

/1اللجوء الى التحقيق:

الملاحظ في محكمة الجلفة ان اللجوء اليه يكون تلقائيا دون الحاجة الى طلبه من الاطراف و يكوندلك وفقا لقواعد قانون الاجراءات المدنية و تحديدا المادة 34 و ما بعدها اما بموجب امر كتابي او شفوي [2].

فاما الامر الكتابي فهو عبارة عن حكم تحضيري باجراء التحقيق يبين القاضي فيه الوقائع المراد التحقيق فيها مع اليوم و ساعة الجلسة.

اما المر الشفوي و هو المعمول به يحدد القاضي تاريخ جلسة اجراء التحقيق و يبلغ الاطراف به بالجلسة و يتعين عليهم احضار شهودهم بدلك التاريخ.

ب/ اجراء التحقيق:

يقوم القاضي بالتحقيق بالتاريخ المحدد بموجب الامر بالتحقيق و دلك بسماع شهود الاثبات او النفي بعد ادائهم اليمين القانونية ، و يتم سماع الشهود وفقا للقواعد العامة و دلك بان تسمع شهادة كل واحد منهم على انفراد بعد تدكيره باسمه و لقبه و مهنته و سنه و موطنه و يؤدي اليمين بان يقول الحق و الا كانت شهادته باطلة في حين ان القصر سماعهم على سبيل الاستدلال و دون تحليفهم اليمين ،كما يجوز اعادة سماع الشهود و مواجهتهم ببعضهم البعض ، و يجوز سماع شهادة جميع اقارب الزوجين في دعاوى الطلاق ما عدا الابناء ، و يدلي الشاهد بشهادته دون ان

[1] www.eddirassa.com

[2]

تتم مقاطعته من احد ثم تتلى عليه اقواله و يقوم بالتوقيع عليها او ينوه على انه لا يحسن التوقيع او انه امتنع عن دلك [1].

و يقوم امين الضبط بتدوين اقوال الشهود في محضره فيما يخص الدعاوى التي لا يجوز استئنافها ، اما الدعاوي الجائز استئنافها فيحرر محضرا خاص باقوال الشهود ثم يرفقه بعد التوقيع عليه من القاضي بالنسخة الاصلية للحكم ، و يجب ان يتضمن بيان يوم و ساعة التحقيق و حضورالخصوم و غيابهم و اسم كل شاهد و لقبه و مهنته و موطنه و بيان اداء اليمينو يثبت فيه اقوال الشهود و يشار الى تلاوتهم عليهم ، و هنا يجوز للقاضي ان يصدر حكمه فور اجراء التحقيق كما له ان يؤجل الدعوى الى جلسة مقبلة وفي هده الحالة الاخيرة يصرح للاطرف بالاطلاع على التحقيق قبل المناداة على القضية من جديد في الجلسة المحددة [2].

و تختلف طريقة اجراء التحقيق باختلاف موقف الزوجين من الطلاق و هنا ينبغي علينا ان نفرق بين ثلاث حالات :

- حالة اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق :هده المسالة لا تطرح اشكالا تنطوي اصلا على نزاع ، و هن يقوم القاضي بسماع الشهود فقط لتأكيد الواقعة تحديدا لتأكيد التاريخ و المكان الدي وقعت فيه .
- حالة انكار احد الزوجين : في حالة ادعاء الزوجة وقوع الطلاق العرفي و انكاره من طرف الزوج فان القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة لكون ان المسالة تتضمن الاعتداء على احد اهم حقوق الزوج اولا و هو حقه في طلاق زوجته و لكون ان القاضي سوف يحل محله في القول بوقوع الطلاق من عدمه خاصة و ان العصمة بيد الزوج ، و قد اتجهت التطبيقات القضائية بمحكمة الجلفة الى الأخذ بشهادة الشهود في اثبات الطلاق حتى في حالة انكاره من طرف الزوج و هو الامر بالتأشير به على هامش عقدي ميلادهما و عقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية لدار الشيوخ .

وقد دهب الاجتهاد المصري الى اعتبارانه ادا صدقت الزوجة زوجها في اسناد طلاقها الى تاريخ سابق اعتبر في حقها لا في حق الله فتعامل بهدا الاسناد بالنسبة لنفقتها ولا يعمل به فيما هو من حقوق الله كتزوجه باختها او رابع سواها لتهمة المواضعة .

[1] انظر المواد 75،74 من قانون الاجراءات المدنية

[2] احمد نصر الجندي ، المرجع السابق ص 992.

كما ورد في اجتهاد اخر مايلي المنصوص عليه ان المقرادا اسند الطلاق الى تاريخ سابق فأما ان تقوم على هدا الاسناد بنية ام لا ، فادا قامت بنية فان الطلاق من وقت ان قامت عليه البنية

- قولا واحدا و ان لم تقم فالمتقدمون على اعتباره من وقت اسنده له و المتأخرون على اعتباره من وقت الاقرار سواء صدقته او كدبته او قالت لا ادري ، الا انها في حالة التصديق لا نفقة لها و لا سكن لقبول قولها في حق نفسها لا في حق الله على أن يفتى به.[1].

التحقيق في حالة وفاة أحد الزوجين :

هنا 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 هذه المسألة لتعلقها غالبا بأمور الميراث أين يكون القصد منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة منه فإنه يتعين على القاضي التدقيق قدر الامكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي [2].

المبحث الثاني: طرق الطعن في الحكم بالطلاق و تنفيذه.

تنص المادة 57 من قانون الاسرة على ان الاحكام بالطلاق الغير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ، و نعلم ان الحكم بالطلاق و ان كان يصدر في شكل الحكم القضائي الا انه دو طبيعة ولا ئية ، و من ثمة من المفروض ان يخضع لنظام خاص به ، و مفاده ان يكون الطعن فيه بموجب تظلم امام القاضي مصدر الامر ، و لعل نص المادة 57 من قانون الاسرة قد سار في هدا الاتجاه عندما نص على عدم خضوع الحكم بالطلاق للاستئناف و في ذلك تماشيا مع القواعد الشرعية إذ لا يعقل أن يستعمل الزوج حقه في الطلاق استنادا إلى كون العصمة في يده ثم يعطي الحق للزوجة في استئنافه ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد أن المادة 57 نصت على عدم القابلية للاستئناف و لم تنص على القابيلية للطعن بالنقض ، وهنا يطرح السؤال فيما إذا كانت أحكام الطلاق تقبل الطعن بالنقض أم لا؟ و على صعيد اخر و بالعودة إلى الواقع العملي و تحديدا محكمة الجلفة نجدها كما سبق البيان تذهب إلى اثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي ، فهل تطبق عليه نفس الأحكام المطبقة على الحكم بالطلاق ، أم أنه يقبل الطعن فيه كباقي الأحكام؟

[1] انظر المواد 72،65،66،64 من قا نون الاجراءات المدنية

[2] اثبات الطلاق بين قانون و الشريعة الاسلامية ، مذكرة التخرج لنيل شهادة الليسانس ص 41

إجابة على هذه التساؤلات سوف نتطرق لدراسة طرق الطعن العادية و غير العادية و مطابقتها على حكم إثبات الطلاق في المطلب الأول لندرس تنفيذ الحكم بالطلاق في مطلب ثاني.

المطلب الأول: طرق الطعن في حكم الطلاق

بصفة عامة تنقسم طرق الطعن إلى طرق طعن عادية و أخرى غير عادية ، و الأصل أنه بالعودة إلى المادة 57 فإنه يكتشف منها أن الطلاق لا يقبل إلا الطعن بالنقض إلا أننا و مع ذلك سوف نحاول تسليط على هذه الطرق و مطابقتها على أرض الواقع لنخلص في النهاية إلى النتيجة القانونية و هذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: طرق الطعن العادية

يقصد بطرق الطعن العادية تلك الطعون التي ترفع إلى محكمة اعلي درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو إلى ذات المحكمة و سميت طعون عادية لانه يجوز بناؤها على اي سبب من الاسباب سواء تعلقت بصحة الحكم من الناحية الشكلية او بعدم عدالته من ناحية مضمونه او موضوعه بالاضافة الى دلك فان السلطات القاضي في الفصل فيه يكون متماثلة لسلطات القاضي الاول [1].

و تتمثل هده الطرق في المعارضة و الاستئناف و كل طريق منها يمثل مبدا من مبادئ التقاضي فالمعارضة تمثل مبدا الوجاهية و الاستئناف يمثل مبدا التقاضي على درجتين ، و سوف نحاول التطرق لهما بشيء من الايجاز في النقاط التالية :

ا/ **الاستئناف** :الطعن بالاستئناف هو طريق عادي للطعن في الاحكام الصادرة ابتدائيا عن محاكم الدرجة الاولى و يرمي اساسا الى اعادة الفصل في دات القضية مرة ثانية [2]، وباعتباره طريقا عاديا فإن المشرع لم يحدد أسباب محددة لبناء الطعن على أساسها [3] و بالرجوع إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة نجده ينص على أن الطلاق هو حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد بنص المادتين 53 -54 من هذا القانون و تنص المادة 57 منه على أن أحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية و من هنا وجب التفرقة بين الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين و الأحكام الصادرة بتطليق و التي لم تتضمنها المادة 57

[1] نبيل اسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الأولى، 1986 ،ص 1205.
[2] نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق ص 1209.
[3] نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق ص 1210.

من قانون الأسرة و من ثمة تبقى تبقى خاضعة لإجراءات الطعن العادية إلا أنه كان ينبغي على المشرع أن يحسم الخلاف بالنص صراحة على ذلك ، [1]و إذا قلنا بأن أحكام الطلاق وفقا للمادة 57 غير قابلة للاستئناف فهل تنطبق القاعدة على الأحكام الصادرة برفض دعوى الطلاق لعدم تأسيس ؟

مبدئيا نجد أن القضاء في هذا المجال انقسم إلى اتجاهين:

-**الاتجاه الأول** : يذهب إلى اعتبا الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس حكم ابتدائي قابل للاستئناف لكونه لم يصدر بالطلاق و حجتهم في ذلك أن المشرع عندما نص على عدم قابلية الحكم بالطلاق الاستئناف فإن ذلك طبيعة الحكم في حد ذاته و الأساس الشرعي الذي يستند عليه و هو العصمة الزوجية، في حين أن الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس هو حكم عادي يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين ، ذلك أن جهة الاستئناف هي جهة مراقبة شرعية أعمال قاضي الدرجة الأولى و من ثمة وجب إعطاء فرصة للخصم لتدارك هذا الخطأ خاصة و أن الطلاق هو حق إرادي و المفروض ألا يثار مثل هذا الاشكال بخصوصه لان الحكم به يكون مجرد تقديم الزوج لطلبه وفقا للشكل المنصوص عليه قانونا [2].

و قد سارت المحكمة العليا في هدا الاتجاه اد جاء في قرارها انه من المستقر عليه انه يجوز الحكم بالطلاق امام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع الى بيت الزوجية او ترفض دعوى الطلاق .

ومن ثمة فان قضاة المجلس لما قضوابإلغاء الحكم القاضي برفض الدعوى و حكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين و اعتبروه تعسفيا على مسؤولية المستأنف عليه طبقوا صحيح قانون [3].

و لكن هدا القول يتناقض مع قواعد الاختصاص النوعي اد اصبحت المحاكم مند صدور قانون الاسرة هي المختصة نوعيا بدعوى الطلاق دون غيرها و اصبح التقاضي بالنسبة لها يتم على درجة واحدة [4].

---

[1] مذكرة التخرج لنيل شهادة ليسانس ، المرجع السابق ، ص 44.
[2] نفس المرجع ص 44
[3] قرار الحكمة العليا رقم 216850 الصادر بتاريخ 1999/02/16 مجلة قضائية سنة 2001- عدد خاص – الاجتهاد القضائي في مادة الاحوال الشخصية ص 100
[4] عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الاسرة الجزائري من خلال احكام الفقه الاسلامي ، مطبعة تالة 2000/1999 ص 241

الاتجاه الثاني :يذهب الى انه في دعاوى الطلاق يجب ان يكون التقاضي على درجة واحدة حيث يصدر الحكم بالدرجة النهائية غير قابل للاستئناف و لكنه يقبل الطعن من نقص طبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 232 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و عليه ادا وقع الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى الطلاق سواء انتهت الدعوى الى نتيجة ايجابية او سلبية فانه يجب ان ينتهي هدا الاستئناف الى عدم القبول [1].

و ادا فصل المجل خلاف دلك كان يفصل بتأييد الحكم الصادر بالطلاق أو برفض دعوى الطلاق أو يفصل بالطلاق ووقع الطعن بالنقض في هذا القرار فيجب على المحكمة العليا أن تفصل ببطلان القرار المطعون فيه دون أن تحيل القضية من جديد أمام نفس الجهة التي أصدرته استنادا إلى أن المجلس ليست له ولاية الفصل في دعاوى الطلاق و لا تقبل سوى الطعون المرفوعة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية و الفاصلة في دعاوي الطلاق [2].

ويذهب الاستاذ زودة عمر إلى أن المحكمة العليا لم تميز بين الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في دعاوى الطلاق و القرارات الصادرة عن المجالس القضائية و من ثمت فهي لم تلتزم بأحكام المادة 57 من قانون الأسرة حيث نجدها تصرح بقبول الطعون بالنقض بالقرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في دعاوي الطلاق و يتجسد ذلك من خلال قرارها رقم 182483 المؤرخ في 1998/02/17 غير المنشور [3]، وعليه فقد انتهينا إلى أن الحكم بالطلاق يصدر ابتدائيا نهائيا لا يقبل إلا الطعن بالنقض إلا أن الاشكال الذي يبقى مطروحا يتجسد في الحكم بإثبات الطلاق العرفي، فهل يتم الحكم به ابتدائيا أم ابتدائيا نهائيا ؟

لم تستقر التطبيقات القضائية على مستوى محكمة الجلفة على وصف معين للحكم باثبات الطلاق العرفي إذ نجدها تصدر أحيانا و أحيانا أخرى ابتدائية و تعطي الفرصة للخصم لإمكانية الاستئناف ، فقد جاء في المنطوق الحكم رقم 3/489 الصادر بتاريخ 2003/10/25 وصف الحكم بالاشهاد على الطلاق العرفي بأنه ابتدائي في حين نجد أن هناك أحكام أخرى صدرت نهائية و مثالها الحكم 2002/161 الصادر بتاريخ 2002/03/09 ، وعلى صعيد اخر فإن مجلس قضاء الجلفة لما قضى في قراره رقم 99/88 الصادر بتاريخ 1999/07/03 برفض الاستئناف شكلا طبقا للمادة 57 من قانون الأسرة ، فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: متى كان مقررا

[1] زودة عمر ، المرجع السابق ، ص 134
[2] زودة عمر ، المرجع السابق ص 135
[3] زودة عمر ، المرجع السابق ص 134

أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عد في جوانبها المادية فإن قضاة المجلس في قضية الحال بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق خالفوا القواعد الجوهرية للاجراءات [1].

ب المعارضة :

تنص المادة ..... من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على أنه يجوز الطعن في الأحكام الغيابية عن طريق المعارضة ضمن مهلة من تاريخ التبليغ الحاصل و بذلك فقد وضعت قاعدة عامة تسري على جميع الأحكام الابتدائية و الأحكام الصادرة نهائيا و التي يعبر عنها الفقهاء بالأحكام الانتهائية ذلك أن صدور الحكم ابتدائيا إنتهائيا لا يمنع من المعارضة فيه، و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يتضمن النص على المعارضة في الحكم القاضي بالطلاق فهل يفهم من ذلك تطبيق القواعد العامة في هذا الصدد أي العودة إلى الأصل العام الذي مفاده أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يوجد نص مقيد ؟

بدراسة طبيعة الحكم بالطلاق نجده يقوم على أساس العصمة الزوجية و هو حق إرادي للزوج لا يحتاج فيه إلى رأي الزوجة بل أكثر من ذلك فإن دور القاضي يكون فيه سلبيا و عليه و على فرض صدوره في غياب الزوجة، ما الحكمة من المعارضة في هذه الحالة ؟ هل يمكن تصور إعادة الحال إلى ما كان عليه؟ و إن حدث ذلك فإن الدعوى سوف تنتهي إلى نفس النتيجة مع اصرار الزوج على الطلاق ، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن الحكم بالطلاق لا يقبل المعارضة إلا في جوانبها المادية .

و يذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن إذا تم إعلان الزوجة بتاريخ النطق بحكم الطلاق فيعد ذلك قرينة على علمها بالفرقة و بالتالي تسري أثار الطلاق من تاريخ النطق به في حين أنه إذا لم يتم تبليغ الزوجة بتاريخ الجلسة الإعلان عن الطلاق فهي تعد غير عالمة به و لا يسري إثر الطلاق في حقها إلا ابتداءا من تاريخ اعلامها ، للزوجة ان تطعن في الحكم الصادر بالطلاق طبقا لطرق الطعن المقررة للأعمال الولائية، فترفع تظلها أمام القاضي المعلن عن الطلاق و يمكن أن تستند في ذلك إلى عدم إعلامها بجلسة المصالحة و ينظر القاضي في هذا التظلم و يفضل في بقبوله و إلغاء العمل الصادر عنه إذا برهنت عن عدم إعلامها بالحضور إلى هذه الجلسة [2] .

[1] قرار المحكمة العليا رقم الصادر بتاريخ79858 الصادر بتاريخ 1991/11/26 م ق لسنة 93 ع 3 ص 86.
[2] زودة عمر ، المرجع السابق، ص 133

أما في حالة الحكم بإثبات الطلاق العرفي فقد استمر العمل القضائي للمحاكم على أن أحكام اثبات الطلاق العرفي قابلة للمعارضة شكلا و تأييد الحكم المعارض فيه، هذا الأخير الذي قضى غيابيا نهائيا بالاشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين [1] .

و ختاما يمكن القول أنه لا يمكن تصور المعارضة في الحكم باثبات الطلاق إلا أن المعارضة وفقا للمادة 100 من قانون الاجراءات المدنية توقف تنفيذ الحكم ما لم يقضي الحكم الغيابي بخلاف ذلك [2] .

الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية:

الاعتراض غير الخارج عن الخصومة: تنص المادة من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على أنه لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرف فيه بطريق اعتراض غير الخارج عن الخصومة و السؤال الذي يطرح هو: هل يجوز اعتراض غير الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر باثبات الطلاق؟.

كما سبق و ذكرنا أن الحكم باثبات الطلاق يقوم على أساس العصمة الزوجية ومن ثمة يكون دور القاضي فيه سلبيا هذا من جهة و من جهة أخرى فإن آثاره لا تشمل إلا الزوجين دون أن تمتد لغيرها و عليه لا يمكن أن يكون محلا لاعتراض غير الخارج عن الخصومة في الحكم القاضي باثبات الطلاق العرفي نظرا لطبيعته الخاصة و 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 الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين، ومن ثمة يكون في ذلك مساسا بحقوق الورثة، مما يعطي لهم الحق في الاعتراض على حكم اثبات الطلاق العرفي رغم أنهم لم يكونوا أطراف في القضية [3].

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 طرف فيها أو ممن أبلغ قانون بالحضور، حسب المادة.

و يمكن تقديم التماس إعادة النظر لأحد السببين حسب المادة 392 من قانون الاجراءات المدنية:

---

[1] اثبات الطلاق بين القانون و الشريعة الاسلامية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، ص 47

[2] ، نفس المرجع، ص 48

[3] قسنطيني حدة ، المرجع السابق، ص 43- 44.

1 - إذا بنى الحكم او القرار أو الأمر على شهادة شهود، أو على وثائق اعتراف بتزويرها، أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر و حيازته قوة الشيء المقضي فيه.

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 و يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين، يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير الشهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو اكتشاف الوثيقة المحتجزة، المادة 393 من قانون الاجراءات المدنية [1] لكن ما مدى امكانية الطعن في الحكم المثبت للطلاق بطريق التماس إعادة النظر؟ الاجابة عن هذا السؤال تقتضي منا تفصيل إمكانية توافر حالات أو أوجه التماس إعادة النظر في الحكم القاضي بالطلاق ، و بمطابقتها عليه نجد أنه لا يمكن تصور ذلك في الحكم بالطلاق بناءا على الارادة المنفردة للزوج لأنه مجرد تقرير لارادة الزوج.

أما الحكم القاضي باثبات 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 [2].

الطعن بالنقض: الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام القضائية و بطعن بهذا الطريق في الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية أو المجالس على حد سواء، فهو طعن يباشر أمام المحكمة العليا و لا يمكن تأسيسه إلا على الأوجه التي قررها القانون [3].

أما أجل تقديم الطعن بالنقض فهو شهران من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه و هو يرفع على شكل عريضة مكتوبة و موقع عليها المحامي مقبول لدى المحكمة العليا و هذا ما ورد في المادتين 235 و 240على التوالي من ق أ م.

و بالرجوع إلى القواعد العامة نجده أنه لم يرد ضمن قانون الاجراءات المدنية ما يفيد أن الحكم بالطلاق غير قابل للطعن بالنقض حيث تنص المادة 231 على أنه فيما استثنى بنص خاص و مع عدم المساس بالباب الرابع من هذا الكتاب تختص المحكمة العليا بالحكم في :

الطعون بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن المجالس القضائية و عن المحاكم بجميع أنواعها، و نجد ان المادة 02 من ق إ م تنص على أن المحاكم تختص بالفصل ابتدائيا و نهائيا في

[1] المادة 391 من القانون 08-09 المتضمن لقانون الاجراءات المدنية و الادارية
[2] ، مذكرة تخرج
[3] المادة 233 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

مجموعة الدعاوى و ليس من بينها دعوى الطلاق و أن المادة 03 من نفس القانون تنص على أن المحاكم تقضي في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف [1].

إلا انه بالعودة إلى قانون السرة و الذي هو نص خاص نجده يتضمن قواعد موضوعية وردت ضمنها قاعدة اجرائية تتعلق بالحكم بالطلاق و الذي يكون غير قابل للاستئناف إلا في جوانبه المادية و عليه فإنه ينص المادة 57 من قانون الأسرة على عدم قابلية الحكم بالطلاق للاستئناف فإن المقصود به ان 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 ما دام الزوج قد طلبه و هو مصر عليه غير أنه يمكن المطالبة بتوابع فك العصمة أمام الجهة الاستئنافية و هذا القول كما ينطبق على الاستئناف فهو ينطبق لا محالة على الطعن بالنقض.

و على صعيد آخر نجد أن المحكمة العليا قبلت الطعن بالنقض في قضايا الطلاق و ما أكثرها. و عليه فمن المنطقي حسب هذا التحليل القول بأن أحكام الطلاق تخضع لطريق الطعن بالنقض ذلك انه ما دامت هنا اجراءات مقررة قانونا ينبغي احترامها فإمه لا بد من وجود رقابة المحكمة العليا عليها و هي محكمة قانون لا علاقة لها بالواقع.

و يرى الأستاذ عمر زودة أن الأحكام بالطلاق ليست أحكاما قضائية قابلة للطعن فيها بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية بل هي قرارات ولائية تصدر في شكل العمل القضائي و من ثمة تخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال الولائية [2] .

و رأينا في هذا المجال أن الطلاق هو احد حقوق الزوج و أنه في حالة الغموض فإن المادة 222 من قانون الأسرة قد احالت على قواعد الشريعة الاسلامية ، و لم يثبت في تاريخ الأمة الاسلامية، و أن أقام قاض بإلغاء طلاق أوقعه الزوج فالطلاق يقع بمجرد إيقاعه دون الحاجة إلى الموافقة القاض عليه و تبقى فقط مادياته خاضعة لرقابة القضاء و خاصة فيما يخص الطابع التعسفي له و التعويض عنه [3] .

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 318.
[2] زودة عمر ، المرجع السابق ، ص 136.
[3] قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 47

المطلب الثاني: تنفيذ حكم الطلاق

إن حكم الطلاق شأنه شان جميع الأحكام يجب أن يكون قابلا ببتنفيذ و يكون تنفيذه بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للبلدية و على هذا الأساس سوف نتناول فب الفرع الأول الحكم القابل للتنفيذ في حين نتناول في الفرع الثاني كيفية التنفيذ

الفرع الأول: الحكم القابل للتنفيذ

إن كل حكم أو قرار أو سند لا يكون سند قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصبغة التنفيذية و هذا ما نصت عليه المادة 601 من قانون الاجراءات المدنية، و عليه كل من صدر لمصلحته حكم قضائي الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية و على 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 أرا أن ينفذ الحكم الصادر لفائدته [1] ، ومن ثمة فإن القابلية للتنفيذ تختلف في كل منهما عن الاخر مما يقتضي بنا دراسة كل منهما على حدى:

1-الحكم بالطلاق: المفروض أنه بمجرد صدوره يتم اشباع الحاجة من الحماية القضائية و بالتالي فإنه يكون نافذا بذاته دون الحاجة إلى أي إجراء آخر [2]،و حتى يكون قابلا للتنفيذ يجب أن يشتمل على العناصر و الأوصاف التالية:

- يجب أن يكون الحكم نهائيا حاز قوة الشيء المقضي فيه و لم يعد يقبل الطعن و 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 من قانون الاجراءات المدنية. [3]

2-الحكم باثبات الطلاق العرفي: سبق و أن ذرنا بأن المحكمة الواحدة منقسمة على نفسها فيما يخص وصفه فتارة يوصف بالنهائية و تارة اخرى يوصف بالابتدائية و طالما أن الأمر كذلك فإنه حسب رأيي انتهاينا إلى انه من المفروض أن يصدر ابتدائيا وفقا للقواعد العامة و على هذا

[1] محمد صبحي نجم ، المرجع السابق.
[2] زودة عمر ، محاضرات في قانون الاجراءات المدنية الملقاة على طلبة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12 ، السنة الدراسية 2000-2001
[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص 34.

الأساس و إذا قلنا بذلك فإننا نكون امام حكم قابل لجميع طرق الطعن و بالتالي و حتى يصبح قابلا للتنفيذ فإنه يتعين أن يستفيد طرق الطعن و بالتالي و حتى يصبح قابلا للتنفيذ فإنه يتعين أن يستنفذ طرق الطعن العادية و غير العادية و عليه يكون قابلا للتنفيذ بعد مضي آجال الطعن بالنقض [1].

و الموظف المؤهل للقيام بالتنفيذ بعد أن يصدر الحكم لصالح أحد الزوجين، و يصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه، و بعد ان يحصل المعني على نسخة منه موقعة و مختومة و ممهورة بالصيغة التنفيذية يحرر طلبا ينكر فيه اسمه و لقبه و عنوانه و اسم و لقب و عنوان الزوج الآخر ، المراد التنفيذ عليه، و يشير في هذا طلبه هذا إلى مضمون الحكم و إلى رقمه و تاريخ صدوره، و الجهة القضائية التي صدر عنها، ثم يوقع هذا الطلب و يظم إليه النسخة التنفيذية و يقدمها معا إلى مصلحة التبليغ و التنفيذ بمكتب الضبط لدى المحكمة التي 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 لتنفيذ و صلا يثبت إيداع الطلب و وصلا يثبت دفع الرسوم و المصاريف.

الفرع الثاني: كيفية تنفيذ الحكم المثبت للطلاق

لقد جرى العمل على أن تنفيذ الأحكام بالطلاق سواء كان عرفيا أم طلاق بالارادة المنفردة للزوج يكون بسعي من صاحب المصلحة ، وعلى هذا الأساس ينبغي على المعني أن يقوم باستخراج نسخة من الحكم القاضي بالطلاق كم يقوم بتبليغها إلى الخصم الآخر و بعد فوات آجال الطعن يتقدم إلى أمانة الضبط مرفقا بالوثائق التالية: نسخة من عقد الزواج، حكم الطلاق، محضر التبليغ، شهادة عدم الطعن بالنقض، و هنا يقوم أمين ضبط المحكمة بتحرير إخبار بالطلاق و الذي يوقع من طرف رئيس كتاب الضبط على النحو التالي:

[1] قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 48

وزارة العدل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

محكمة إخبار بالطلاق

مجلس القضاء رئيس كتاب الضبط لدى المحكمة.....

إلى السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي ل .....

بمقتضى حكم من المحكمة صدر في .....

و صار نهائيا في ..... قضى بفك الرابطة الزوجية

بين المسمى .....

المولود في .....

أبوه ..... و أمه .....

و بين المسماة .....

أبوها ..... و أمها .....

السابق تزويجها برسم حرره الموثق – رئيس المجلس الشعبي البلدي.....

..... في ..... تحت رقم .....

ومسجل القضاء ب .....به للسعي وراء تقييد لتأشيرة

المذكورة على هامش السجلات المودعة كتابة الضبط لدى المجلس و يجب

تقييد هذا الحكم بسجلات الحالة المدنية في ظرف خمسة أيام ابتداءا من التوصل

بالرسالة الموصى عليه ورد الإخبار إلى كتابة الضبط لدى المحكمة في ظرف عشرة أيام

رئيس كتابة الضبط

يشهد رئيس المجلس الشعبي البلدي ب .....

أنه قام بالتسجيل على هامش سجلات الحالة المدنية للطلاق الذي أفصح به بين الزوجين .....

.....و .....

بـ ..... في .....

رئيس المجلس الشعبي البلدي

و بعد أن يقوم أمين الضبط بتحرير الإخبار بالطلاق بالصيغة المذكورة أعلاه يقوم بإرساله إلى البلدية التي أبرم عقد الزواج بدائرتها ليقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق على السجل المخصص للزواج و على عقدي زواجهما بسجلات الميلاد إذا كان المطلقين قد ولي بدائرة اختصاصها و إلا فإنها ترسل اشعارات إلى البلديات المختصة التي ولها بدائرتها .

و في الأخير يعيد ضابط الحالة المدنية الإشعار أو الإشهاد بالتسجيل إلى المحكمة موقعا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي [1] .

و أما عن كيفيات التسجيل فإن المادة 2/58 من الأمر 07-20 المؤرخ في 1970/02/09 المتعلق بالحالة المدنية تنص على انه في كل الحلات التي تقتضي تسجيل قضائي يجب على ضابط الحالة المدنية وضع مباشرة ملاحظة في شكل إشارة موجزة في هامش العقد المسجل أو في التاريخ الذي كان تسجيله فيه [2] .

و من جهة أخرى تنص المادة 60 من الأمر المذكور أعلاه على أن : ضابط الحالة المدنية المحرر و المسجل للعقد الذي يستدعي ملاحظة يضع هذه الأخيرة ثلاثة أيام في السجلات التي بحوزته و إذا كانت النسخة من السجل حيث يجب تسجيل ملاحظة لدى كتابة الضبط يوجه اشعار إلى النائب العام[3].

و يستنتج من هذه المواد أن الملاحظات الهامشية يجب أن توضع إلزاميا في بعض العقود التي تقتضي ملاحظة " شهادات الميلاد ، عقد الزواج " و كذا في السجلات من طرف ضابط الحالة المدنية الذي يحور أو يسجل العقد، و في حالة ما إذا كانت النسخة عن السجل بكتابة الضبط عليه أن يرسل اشعارا إلى وكيل الجمهورية بدائرته.

و إذا كان العقد الذي يجب أن تسجل فيه هذه الملاحظة في هامشه محررا أو مجلا في بلدية أخرى فإنه يجب إرسال هذا الاشعار إلى ضابط الحالة المدنية الموجودة بتلك البلدية و الذي يعلم مباشرة ووكيل الجمهورية بدائرته إذا كانت النسخة عن السجل لدى كتابة الضبط.

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

---

[1] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص ..
[2] المادة 2/58 من الأمر 07-02 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية .
[3] المادة 60 من نفس الأمر.

خاتمة:

انتهينا إلى أن المشروع في مسألة الطلاق هو عدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج القضاء إلا أن غموض عبارته يوحي باعترافه به و لكن لا يترتب آثاره إلا أذا صدر في شكل حكم قضائي، و أن هذا الحكم جميع عناصره تؤكد بأنه عمل ولائي إلا أن المشرع الجزائري اشترط صدوره وفقا للعمل القضائي ذلك أن القاضي يزيل عقبة قانونية تعترف إرادة الزوج إذ لا يوجد نزاع أصلا في مسألة الطلاق فمتى قرر الزوج طلاق زوجته ما على القاضي إلا أن يحكم به و هذا ما أكدته المحكمة العليا إلا أن الإشكال الذي أثرناه و الذي ناقشناه بجميع آثاره هو مسألة اثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي و الذي لا يجد مرجعا قانونيا له ومع ذلك فهو مكرس في أغلب محاكم الوطن بل و قد تم استحداث اجراءات خاصة به و هنا يظهر دور العرف كمصدر للقانون و عليه فنحن نناشد المشرع الجزائري أن يتدخل و يقوم بتعديل قانون الأسرة و ذلك بتقنين هذه القواعد العرفية إن صح التعبير و نحن نقترح في هذا المجال أن ينصب التعديل على الأخص على الأحكام التالية:

فيما يخص نص المشرع في المادة 48 محاق أ. على أن الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد بالمادتين 53-54 من هذا القانون، نقترح في هذا المجال أن يقوم المشرع بالتفرقة بين الطلاق بالارادة المنفردة للزوج و يطلق عليه مصطلح الطلاق و غيره من صور حل الرابطة الزوجية.

فيما يخص تحديد أجل الصلح بثلاثة أشهر نقترح في هذا المجال تقرير جزاء على الصلح الذي يتم بعد فوات هذه المدة كما نقترح أيضا تحديد طبيعة هذه المدة خاصة مع نص المشرع في المادة 50 على انه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد اصدار الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد فإذا كان المشرع يقصد بها مدة العدة كما نعتقد فهنا لا تجوز المصالحة بعد انتهائها و بالتالي يكون المشرع قد فرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن، و بعبارة أخرى يكون قد اعتبر أن رفع دعوى الطلاق من طرف الزوج هو طلاق رجعي و أن القاضي يجوز له خلال مدة ثلاثة أشهر المصالحة بين الطرفين و نقترح أيضا أن ينص في التعديل على ان القاضي عندما يحكم بالصلح فإن هذا الحكم يعتبر طلقه أولى تحتسب ضمن الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج على زوجته.

فيما يخص نص المشرع في المادة 58 من ق أ على ان تعتد المطلقة..... من تاريخ التصريح بالطلاق، هنا نجد أن عبارة التصريح بالطلاق جاءت غامضة و عليه نقترح أن يتضمن التعديل

بيان المقصود بالتصريح بالطلاق، هل يقصد به تاريخ رفع الدعوى من الزوج أم تاريخ تصريح الزوج به أم تاريخ الحكم بالطلاق.

فيما يخص المادة 37 منق أ و التي تنص على أن أحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، هنا نجد أن عبارة الأحكام بالطلاق جاءت واسعة إذ تشمل الطلاق بإرادة الزوج و التطليق، و عليه ينبغي على المشرع تحديد ذلك، و عموما هذه المسألة سوف تحل تلقائيا بتعديل نص المادة 48 على النحو المذكور أعلاه، حيث نكون حينها أمام الأحكام بالطلاق و التي يقصد بها فقط الطلاق بالارادة المنفردة للزوج و الأحكام بالتطليق.

فيما يخص الطلاق العرفي حتى و إن قلنا ان المادة 222 من ق أ تحيل على أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة لما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة إلا أن ذلك لا يكفي و عليه ينبغي على المشرع التدخل و النص صراحة على امكانية اثباته بأثر رجعي و النص كذلك على طرق اثباته و آثاره و كذا طرق الطعن فيه نظرا لخطورة آثاره على الصعيد القانون بتغيير مركز الزوجين و من ثمة إقرار نتائج أخرى على هذا التغيير و خاصة فيما يتعلق بالإرث و صحة الزواج الثاني و الأخطر من ذلك هو وقوع الطلاق في حذ ذاته دون أن ننسى الجانب الاجتماعي إذ يؤذي إلى تشتت شمل الأسرة بأثر رجعي و تتعقد المسألة أكثر في حالة انكار الزوج كما أن المسألة الأثر الرجعي في حد ذاتها تطرح اشكالا هذا بالاضافة إلى اشكالية استحقاق النفقة و نفقة العدة و غيرها من الحقوق المترتبة على وقوع الطلاق و لعل أخطر مسألة هي إثبات النسب.

و في الختام يمكن القول أن الطلاق و إن كان حقا للزوج إلا أنه مكروه بذاته و محظور إلا لضرورة و على هذا الأساس ينبغي على المشرع تقنين هذه المسألة بدقة أكثر لأن الأسرة هي أساس المجتمع و بصلاحها بملح المجتمع و من ثمة وجب أن تكون الأحكام التي تحكمها واضحة و صريحة و يكتنفها أي غموض حفاظا على استقرار المعاملات و ضمانا لحقوق الزوجين و بصورة أخص حقوق الأولاد وهم الضحية الأولى و الأخيرة و البريئة للطلاق.

قائمة المصادر:

1. القرآن الكريم

- سورة الطلاق
- سورة النساء

2. النصوص القانونية

- الامر رقم 11/84 المؤرخ في 09رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يوني سنة 1984 والمتضمن قانون الاسرة.
- الامر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.
- الامر رقم 154/66 المورخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات.
- الامر رقم 20/70 في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.

3. المجلات القضائية

- المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الأول
- المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الأول
- المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثالث
- المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الأول

- المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الثالث
- المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الأول
- المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الثالث
- المجلة القضائية لسنة – ، العدد الثالث
- الجلة القضائية لسنة 2001 ، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية .

قائمة المراجع :

1.الكتب الفقهية :

- عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الرابع ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1969.
- وهيبةالزحيلي ، الفقه الإسلامي و ادلته ، الجزء السابع ، الأحوال الشخصية دار الفكر ، دمشق ، طبعة خاصة بالجزائر ، 1992.
- الامام أمحمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربية ، القاهرة .
- محمد عزة دروزة ، المرأة في القرآن والسنة ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت.
- عمر فروخ ، الاسرة في الشرع الإسلامي ، مطبعة المكتبة العلمية ،1951، بيروت.

2. الكتب القانونية :

- مفلح عواد القضاة ، البيانات في المواد التجارية ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، عمان 1994.

- زودة عمر، طبيعة الاحكام بانهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها 32 في المجاهدين بن عكنون ، الجزائر.
- أ.تستوار الجيلالي، محاضرات في القانونالاسرة الجزائري ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، السنة الدراسية 2015/2014.
- يوسف دلاندة، قانون الاسرة في مادتي شؤون الاسرة والمواريث ، دار همومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2014.
- محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء في الحوال الشخصية ، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996.
- أحمد نصر الجندي ، مبادئ الفضاء في الأحوال الشخصية ، القاهرة .
- أحسن بوسيقيفة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية ، الديوان الوطن للأشغال التربوية ،2001م
- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية الجزائر دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، 2008.
- المصري مبروك ، الطلاق وأثاره من قانون الاسرة الجزائري ، دراسة فقهية مقارنة ، دار هومة للنشر والتوزيع.
- محمد بلتاجي ، دراسات في الأحوال الشخصية ، ط(1980/1400)، مكتبة الشباب

.

- الغوثي بن ملحمة ، القانون القضائي الجزائري ،الطبعة الثانية ، الديوان الوطني للاشغال التربوية ، 2000.
- زودة عمر، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية ، لقاة على الطلبة القضاة ، الدفعة12 ، السنة 2002/2001.
- عبد العزيز سعت ، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر ، الطبعة الأولى.
- لحسين بن شيخ آيت ملوي ، الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية ،، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر ، 2006 ، الطبعة الثانية .
- نبيل إسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الاولة ، 1986
- عبد الفتاح تقية ، مباحث في القانون الاسرة الجزائري من خلال أحكام الفقه الإسلامي ، مطبعة تالة ، 2000/1999.
- محمد عبد الخالق عمر ، قانون المرفعات ، طبعة 1978.
- Ghaoutibenmalha, le droit algérien de a famille , office des publication universitaire , 1993
- Gabriel marty pierre raymand , droit civil , les personnes sires 1967.

3.مذكرات التخرج :

- أ.د هيشور ، أحمد مذكرة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه.
- مزيان حياة ،مسعودي حليمة اثبات الطلاق في الشريعة والقانون ، مذكرة لنيل شهادة ليانس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سعيدة 2011/2010.
- قسنطني حدة ، اثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية ، دراسة تطبيقة لمجلس قضاء الجلفة ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة الثانية عشر ، 2001-2004

4. المجلات القانونية :

- أ/**دود** بن صالح ،الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق ، مجلة الموثق ، العدد الأول ، سنة 2001.

5. مواقع الأنترنت:

- WWW.startimes.com/p.aspx?t:34572081
- WWW.tribunamdz.php.?t:521619
- WWW.eddirasa.com

الفهرس

-مقدمة	01
الفصل الأول: كيفية إثبات الطلاق	
المبحث الأول: كيفية اثبات الطلاق في الشريعة الاسلامية	05
المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الشريعة الاسلامية	05
الفرع الأول: حق الزوج في إيقاع الطلاق.	05
الفرع الثاني: الإشهاد على الطلاق كقيد على حق الزواج.	06
المطلب الثاني: طرق إثبات الطلاق شرعا و قانونا.	07
الفرع الأول : الإقرار	07
الفرع الثاني: البينة.	08
الفرع الثالث: اليمين.	08
المبحث الثاني: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.	10
المطلب الأول: ثبوت الطلاق بحكم القضائي.	10
الفرع الأول. ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق.	11
الفرع الثاني: طبيعة الحكم بإثبات الطلاق للطلاق.	15
الفرع الثالث: مضمون الحكم المثبت للطلاق.	17
المطلب الثاني: إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية.	18
الفرع الأول :عدم تسجيل عقد الزواج	19
الفرع الثاني: حالة إعادة أحد الزوجين الزواج	21
الفرع الثالث: احتساب العدة	22
الفرع الرابع: إثبات الخلع	23
الفرع الخامس: مناقشة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري	26
الفصل الثاني: إجراءات اثبات الطلاق	
المبحث الأول: اجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق.	32
المطلب الأول: اتصال القاضي بالدعوى.	33
الفرع الأول: قواعد الإختصاص.	33
أ - الاختصاص المحلي.	34
ب -اختصاص القانون الجزائري.	34
الفرع الثاني: شروط رفع دعوى اثبات الطلاق.	34
أ - الشروط الواجب توافرها في الزوجين.	37
ب -أداة رفع الدعوى إلى المكمة.	38
ت -عرض الملف على النيابة العامة	38
المطلب الثاني: تعامل القاضي مع دعوى اثبات الطلاق	38
الفرع الأول: تعامل القاضي مع دعوى الطلاق بالارادة المنفردة.	39
أ - اجراء الصلح .	39
ب -عرض الملف على النيابة.	41
الفرع الثاني: تعامل القاضي مع دعوى اثبات الطلاق العرفي.	43
أ - اجراء الصلح.	43
ب -التحقيق في واقعة الطلاق العرفي.	44
01-اللجوء إلى التحقيق.	44

-اجراء التحقيق 44
-حالة اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق. 45
-حالة انكار أحد الزوجين. 45
-حالة وفاة احد الزوجين. 46
المبحث الثاني: طرق الطعن في حكم الطلاق و تنفيذه 46
المطلب الأول: طرق الطعن في حكم الطلاق. 47
الفرع الأول: طرق الطعن العادية. 47
أ - الاستئناف 47
ب -المعارضة 50
الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية. 51
أ - اعتراض الغير الخارج عن الخصومة. 51
ب -التماس إعادة النظر 51
ت -الطعن بالنقض 52
المطلب الثاني: تنفيذ الحكم المثبت للطلاق. 54
الفرع الأول: الحكم القابل للتنفيذ. 54
الفرع الثاني: كيفية تنفيذ الحكم المثبت للطلاق. 55
الخاتمة. 57