جامعة الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية الجزائرية وتطبيقاتها

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة:

حياة ساهل

إشراف الدكتور:

فشار عطاء الله

لجنة المناقشة:

- الأستاذة حفيظة بشير ..... رئيس
- الأستاذ فشار عطاء الله ..... مقررا
- الأستاذ هلالي مسعود ..... مناقشا

الموسم الجامعي :2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

الى من علمني أن هذه الدنيا فناء ،وفي سبيل العلم لابد من العطاء ،الى من زرع بي مبادئ النجاح ،الى أعز مخلوقين على قلبي بعد الله ورسوله ،أبي وأمي أطال الله في عمرهما.

الى من أعتز بمشاركته هذه الحياة ،الى من شجعني وكان حريصا على هذا العمل أ كثر مني الى زوجي الغالي .

الى أحبائي وقرة عيني، هبة الرب وزينة الدنيا، الى أغلى ما أملك أبنائي سيرين وزكرياء حفظهما الله .

الى أختي الغالية وإخوتي الى كل عائلة ساهل .

الى عائلتي الثانية عائلة بلقصة صغيرا وكبيرا .

الى المخلصين من أصدقائي و ما أقلهم ....

الى كل هؤلاء الذين لولا مساعدتهم وتشجيعهم المتواصل وصبرهم الجميل ما كان هذا العمل ليرى النور . .

شكر وعرفان

أشكر الله العلي القدير على توفيقه لي في إكمال هذا العمل .

وأتقدم بالشكر الجزيل الى :

الأستاذ المشرف الدكتور "فشار عطاء الله " أقف أمامه تحية وتقدير واحترام على كل مجهوداته المبذولة وإرشاداته القيمة وحرصه الشديد على إتمام هذا العمل في أحسن صورة ،بالرغم من التزاماته الكثيرة .

كما لا يفوتني أن أشكر كل أساتذتي بكلية الحقوق الذين أخذت عنهم العلم والمعرفة .

وأوجه شكري الى السيدة الفاضلة زغلامي نعيمة قاضية بمجلس قضاء الجلفة والمحامي مناد أمين والنقيب الجهوي مناد البشير،الذين لم يبخلوا علي بالمساعدة رغم إلتزاماتهم المهنية . .

الى كل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو من بعيد ولو بالكلمة الطيبة والنية الحسنة ، والإبتسامة والدعاء .

نسأل الله عز وجل أن يقبل منا هذا العمل ويجعله من ضمن ميزان الحسنات ،أمين يا رب العالمين .

الحمد لله الذي خلق من كل شيء زوجين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمـــد المبعـــوث بالهدايـــة والحكمة والموعظة الحسنة وعلى آله وصحبه أجمعين .

إن الحياة الزوجية هي النعمة بين الرجل والمرأة وهي الرحمة، وهي السكن ، لقوله تعالى ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[1] والعلاقة الزوجية لا يحكمها إلا الضمير والوجدان وليست أمرا تشاع وقائعه فهي في ســـتر الله ،لذلك كانت هذه العلاقة أدق العلاقات الإنسانية لأنها منبعثة عن القلوب ، ولا يحكمها إلا من يحكم علـــى القلوب[2] .

لكن هذه النعمة قد تتحول الى نقمة ، بتحول العلاقة الزوجية الى حالات لا تتوفر معهـــا المحبـــة بـــين الزوجين ولا يستقيم فيها معنى للتعاون على شؤون الحياة والقيام بما أمر الله ، فتتقلب بسببها الحياة الزوجيـــة رأسا على عقب و قد يصل الشقاق والخلاف بين الزوجين الى حد يستحيل عنده الصلح ، وتصـــبح الحيـــاة الزوجية جحيما لا يطاق بعد أن كانت سكنا وراحة .

والإسلام أقر الطلاق وشرع له من الآداب والتعاليم التي تحقق مصلحة الأسرة، والأمة بشـــكل يكـــون بعيدا عن التعسف والظلم ووضع له شروطا وحدد له حدودا وفرض على إرادة الزوج قيودا بحيث لن يتمكن من أن يعتبره تصرفا يقوم به متى شاء ولأي سبب أراد، بل يقيد بالضرورة القصوى والحاجة الملحة التي يكون فيها الطلاق علاجا أنفع للزوجين ، لذلك شرع الله الطلاق كآخر حل إن لم تجدي كل المحاولات ،و أبـــاح للزوجين أن يركنا الى أبغض الحلال لقوله صلى الله عليه وسلم :(ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق)[3] .

---

[1] سورة الروم : الآية 21.

[2] عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ،المجلد الأول ط2، دار الفكر للطباعةوالنشر والتوزيع ،لبنان بيروت 1986 ،ص 9 .

[3] أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجتساني ،كتاب الطلاق ، باب في كراهية الطلاق ، ط خ ، دار الرسالة العالمية ، سوريا ،2009 ج3،ص 504.

و قوله تعالى : ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[1]

وعليه فان الطلاق مقيد بجملة من الأحكام والإجراءات ينبغي على الزوج إتباعها حتى يقع طلاقه صحيحا،ولكن ورغم صحة وقوع الطلاق من الناحية الشرعية ، إلا أنه قد يتدخل المشرع ويقيد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق باللجوء الى القضاء و التصريح به أمامه .

وقد أثارت مسألة جعل الطلاق بيد القاضي في العصر الحالي الكثير من أراء العلماء المعاصرين بين المعارضين الذين يرون أنه لا جدوى من جعل الطلاق بيد القاضي نظرا لمصادمته مع ما هو مقرر شرعا ، لأن الرجل يعتقد أن الحق ديانة ،فإذا أوقع الطلاق حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي[2] ،ولأن الطلاق حق للزوج في الحدود التي رسمها الشارع .

أما المؤيدون ذهبوا الى منح القاضي سلطة تقديرية في إيفاع الطلاق واستدلوا على رأيهم بأن مقصد الشارع هو التقليل من هذا الإجراء ، والتضييق على من تعمده ،وعليه يجب إخضاعه لرقابة القاضي للتأكد من استبعاد الأنواع المحظورة من الطلاق ، وضمان حقوق المطلقة وأبنائها ،و أن القاضي يستطيع منع الزوج من التعسف في استعمال حق الطلاق ،خاصة أمام ضعف الوازع الديني لدى بعض الأزواج[3] .

أما المشرع الجزائري عرف الطلاق في المادة 48 من ق ا ج كما يلي : (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ،يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ، أو بطلب من الزوجة ، في حدود ما ورد في المادتين53و54 من هذا القانون)[4] .

كما نص في المادة 49 من ق أ ج على أنه:(لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى...).

---

[1] سورة البقرة، اية 229.

[2] وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ،الأحوال الشخصية ، ط3 ،دار الفكر ، دمشق ،سنة 1409ه/1989 م ،07/ص 361 .

[3] أحمد الأمراني ،السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي،ط1 ،دار القلم بالرباط ،2011 ص153 ،157.

[4] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9يونيو سنة 1984 ،المتضمن قانون الأسرة ،المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005 .

إلا أن مسألة إثبات الطلاق في حد ذاتها لا تتعلق إلا بالطلاق بالإرادة المنفردة ، لأن دور القاضي هنـــا التحقق فقط من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ليحكم بإثبات هذه الإرادة دون أن يكون له الحق في مناقشتها .

إشكالية الموضوع :

نظرا لأهمية هذا الموضوع ، ارتأيت طرح إشكالية رئيسية على النحو الأتي :

هل العمل القضائي بقاعدة أن الطلاق يقع لفظا ويثبت حكما هو في صالح تماسك الأسرة أو يحتاج القانون الى تعديل ليصبح الطلاق لا يقع ولا يثبت إلا بحكم ؟.

ومن أجل الإحاطة والإلمام بحيثيات هذا الموضوع ، تفرعت عن الإشكالية الرئيسية تساؤلات ثانوية من بينها :

1- هل يتوجب على الزوج أن يعلن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي ؟

2- هل يعتد بالطلاق الذي يقع خارج القضاء؟وهل يحكم القاضي بالطلاق بأثر رجعي مـــن وقـــت وقـــوع الطلاق ؟

3- ما مدى نجاعة الشكل القانوني الذي وضعه المشرع كقاعدة إجرائية لصحة وقوع الطلاق ؟

4- ما هي طبيعة الحكم القاضي بالطلاق ؟أهو حكم كاشف أم منشئ؟

5- ما مدى كفاية التشريع في تنظيم مسألة الطلاق وموقف الاجتهاد القضائي من ذلك ؟

أهمية الموضوع :

لقد اخترت عنوانا لهذا البحث –إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية –نظرا لما يكتســـيه من أهمية نلخصها فيما يلي :

1- تكتسي أهمية الطلاق لكونه موضوع أغلب الأسر ،و ما ينشأ فيها من خلافات يومية تنتهي بالصـــلح أو التفريق .

2- بالاضافة الى ان اهمية هذا الموضوع من ناحية مسالة اختلاف الفقه الاسلامي مع الفقه الوضـــعي قـــديما وحديثا حول اشكالية الطلاق العرفي وعدم الاشهاد عليه والموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 49 المعدلة من قانون الاسرة الجزائري.

3- الارتفاع الشديد والمتزايد لمعدلات الطلاق في المجتمع الجزائري و هذا ما يؤثر سلبا على الأسرة الجزائريـــة خاصة ، والمجتمع بصفة عامة .

4- دور قضاء المحكمة العليا من خلال قرارتها الصادرة ومايسمى بالاجتهاد القضائي في احكام الطلاق العرفي وتثبيته، بعتبرها محكمة تفسير القوانين، وتوحيد وارساء القاعدة القانونية.

أسباب اختيار الموضوع :

من الأسباب التي دعتني الى اختبار هذا الموضوع منها أساب شخصية نلخصها فيهما يلي :

1-كون موضوع الطلاق واقعا مرا نعيشه وكونه مس الكثير من الأشخاص المقـــربين لي مـــن أهـــل و أصدقاء و جيران ، لذلك تولد لدي فضول لمعرفة ودراسة هذا الموضوع ومعرفة مختلف الإشـــكاليات التي تحيط به ، و ما سنه المشرع في هذا الشأن من قوانين وإجراءات .

2-كوني امرأة متزوجة و أم لطفلين، و يجدر بي الإحاطة بهذا الموضوع من كل جوانبه ، ومعرفـــة مـــا جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام وما سنه المشرع الجزائري من قوانين تنظم هذا الموضوع ،وما هي الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الطلاق .

3- الفضول لمعرفة ما حكم ومصير الطلاق الذي يوقعه الزوج خارج القضاء و الآثار المترتبة عن هـــذا ودور القاضي وطبيعة حكمه في هذه الحالة .

أما الأسباب الموضوعية هي كما يلي :

1- كون الطلاق هو تصرف خطير للغاية ، و يستوجب على الزوج الذي يوقعـــه أن يلجـــأ إليـــه إلا لضرورة قصوى وذلك لما له من آثار قانونية ترتب فور وقوعه ،مما يؤدي الى تفكك الأسرة .

2- من بين دواعي اختياري لهذا الموضوع أيضا وجود تعارض بين القانون والشـــريعة الإســـلامية ،ودور القاضي في تطبيق القانون أو الشريعة ،خاصة عندما يقع الطلاق لفظا وتنتهي العدة ، ويمر الزمن و يضـــطر أحد الزوجين إذا أراد أن يتزوج مرة ثانية الى اللجوء للقضاء من أجل إثبات واقعة الطلاق التي حدثت منذ زمن بعيد

3- كون هذا الموضوع خلف العديد من الإشكالات فرضت نفسها في مجتمعنا الإسلامي .

الدراسات السابقة :

نظرا لما يكتسيه موضوع الطلاق من أهمية بالغة وخطورة على المجتمع فقد كان محل دراسة العديد من العلماء والفقهاء القدامى والمعاصرين في العالم العربي ،بصفة عامة نذكر منها:

-زودة عمر ،طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها .

-أحمد نصر الجندي مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية .

-عبد الرحمان الصابوني ،مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية .

الصعوبات والعراقيل :

واجهتني صعوبات وعراقيل أثناء انجاز هذه المذكرة تتمحور في عدة نقاط من بينها :

1- عامل الوقت و عدم كفاية المدة الممنوحة لإنجاز هذه الدراسة ،حيث كنت في سبا ق مع الزمن وقد بذلت قصار جهدي لإنجاز هذه الدراسة بالرغم من الالتزامات العملية والعائلية ،ضـــف الى ذلـــك الظـــروف الشخصية القاسية التي أثرت على تركيزي في إنجاز هذا العمل ،لكن بفضل الله سبحانه وتعالى وفقـــت في إتمام هذه الدراسة .

2- ندرة المادة العلمية على مستوى المكتبة المركزية للجامعة و على مستوى مكتبة كلية الحقوق وعلى مستوى مكتبة البلدية أيضا ،وكذلك طبيعة الموضوع في حد ذاته حيث تتطلب هذه الدراسة التنقل والبحـــث في تطبيقات هذا الموضوع على مستوى المحاكم .

3- واجهت صعوبة على مستوى مجلس قضاء الجلفة ،عندما طلبت الحصول على إحصائيات الطلاق السنوية من أجل إثراء هذا الموضوع من الجانب التطبيقي لكن لسوء الحظ لم أتمكن من الحصول عليهـــا ورفـــض طلبي بحجة أنها معلومات سرية جدا ولا ينبغي التصريح بها إلا برخصة صادرة من وزارة العدل .

المناهج المتبعة :

اعتمدت في هذه الدراسة المناهج التالية :

1- المنهج التحليلي من خلال تحليل مواد قانون الأسرة (48-49-50-51)وتحليل الجداول الإحصائية .

2- والمنهج التاريخي من خلال دراسة الموضوع قديما بشكل عام و دراسة الموضوع في الجزائـــر بشـــكل خاص

3- و المنهج الاستقرائي من خلال استقراء النصوص من الكتاب والسنة المتعلقة بموضوع الطلاق .

4- والمنهج المقارن من خلال مقارنة أراء الفقهاء المتباينة.

خطة البحث

الفصل الأول : وقوع الطلاق وكيفية إثباته شرعا وقانونا.

المبحث الأول : وقوع الطلاق وكيفية إثباته في الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول : تعريف الطلاق وحق الزوج في إيقاعه .

المطلب الثاني : إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني : وقوع الطلاق وكيفية إثباته في قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول : حق الزوج في إيقاع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الثاني : الطلاق العرفي ضمن مقتضيات الشريعة والقانون وموقف الاجتهاد القضائي .

الفصل الثاني : إجراءات إثبات الطلاق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

المبحث الأول : الإجراءات المتبعة في إثبات الطلاق .

المطلب الأول : إجراءات رفع دعوى إثبات الطلاق.

المطلب الثاني : إجراءات سير دعوى إثبات الطلاق .. .

المبحث الثاني : إثبات الطلاق من خلال العمل القضائي .

المطلب الأول :حصيلة نشاط قضاء قسم الأحوال الشخصية .

المطلب الثاني : التعليق على بعض قرارات المحكمة العليا .والأحكام القضائية.

الخاتمة

الملاحق

الفصل الأول

وقوع الطلاق وكيفية إثباته شرعا وقانونا

سنحاول في هذا الفصل أن نبين مدى حرية الزوج في إيقاع الطلاق وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء وما الحكمة في جعل الطلاق بيد الرجل ،كما سنتطرق الى كيفية إثبات الطلاق ومدى وجوب الإشهاد عن الطلاق حيث اختلف الفقهاء في هذا الموضوع ،وسنبين آراء المؤيدين وأراء المعارضين وأدلتهم ،وطرق الإثبات الأخرى التي نصت عليها الشريعة الإسلامية ،ثم نسعى الى إبراز مدى توافق التشريع الوضعي أي نصوص قانون الأسرة الجزائري لمقتضيات الشريعة الإسلامية في موضوع إثبات الطلاق ومدى حرية الزوج في إيقاعه كما سنتعرض الى أهم النقاط التي يتعارض فيها القانون مع أحكام الشريعة الإسلامية وسنبين موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من الطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء لذلك عمدنا الى تقسيم دراستنا في هذا الفصل كما يلي :

- **المبحث الأول : وقوع الطلاق وكيفية إثباته في الشريعة الإسلامية .**
- **المبحث الثاني : وقوع الطلاق وكيفية إثباته في قانون الأسرة الجزائري .**

المبحث الأول : وقوع الطلاق وكيفية إثباته في الشريعة الإسلامية

كان الطلاق معروفا لدى العرب بنظام الطلقات الثلاث وان الزوجة كانت تبين بالطلقة الثالثة حيث لا رجعة فقد جاء في بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب أنه : (كان العرب في الجاهلية يطلقون ثلاثا على التفرقة و أول من سن ذلك لهم إسماعيل بن إبراهيم عليه السلام ثم فعلت العرب ذلك فكان أحدهم يطلق زوجته واحدة وهو أحق الناس بها حتى إذا استوفى الثلاث انقطع السبيل عنها)[1].

وقال الإمام الشافعي رحمه الله : (سمعت من أرضى من أهل العلم بالقرآن يقول : كان أهل الجاهلية يطلقون بثلاث : الظهار والإيلاء و الطلاق ،فأقر الله تعالى الطلاق طلاقا وحكم في الإيلاء و الظهار بما بين القرآن)[2]

[1] عبد الرحمان الصابوني ،المرجع السابق ،ص 50-51 .

[2] عبد الرحمان الصابوني ،المرجع السابق،ص 51.

وجاء الإسلام فأمر الزوجين حرصا على عدم انفكاك هذه الوحدة الزوجية أن يصبر أحدهما على الآخر ما استطاع الى ذلك سبيلا لقوله تعالى :﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**﴾ [1].

كما أمر الله سبحانه وتعالى ببعث حكمين من أهل الزوج والزوجة إذا ما طرأ الشقاق و النزاع بين الزوجين ليبذلا جهدهما بالإصلاح بينهما ، أما إذا لم يجد العلاج و تعذر الشفاء فاستحال إنقاذ الحياة الزوجية هنا نجد ثلاث حلول لهذه الحالة:

- بقاء الحياة الزوجية بهذه الحالة التي وصفنا بعضها ، ومعنى ذلك استمرار الشقاق والنزاع بين الزوجين
- الانفصال الجسدي حيث يعيش كل من الزوجين بعيدا عن الآخر مع بقائه مرتبطا بعقد الزواج بحيث لا يستطيع أحدهما أن يتزوج .
- أو الطلاق .

وقبل أن نتعرض الى مسألة إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية ،يجدر بنا التطرق بشكل وجيز الى تعريف الطلاق وحق الزوج في إيقاعه في المطلب الأول وبعدها سوف نعالج مسألة إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية في المطلب الثاني .

- **المطلب الأول : تعريف الطلاق وحق الزوج في إيقاعه .**
- **المطلب الثاني :إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية .**

المطلب الأول : تعريف الطلاق وحق الزوج في إيقاعه

في هذا المطلب حاولت أن أعرف الطلاق و مشروعيته في فرع أول والحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل في الشريعة الإسلامية في فرع ثان . حيث كان تقسيم الدراسة في هذا المطلب كما يلي :

- **الفرع الأول : تعريف الطلاق و مشروعيته .**
- **الفرع الثاني : حق الزوج في إيقاع الطلاق شرعا و الحكمة من جعله بيده .**

---

[1] سورة النساء آية 19.

الفرع الأول : تعريف الطلاق و مشروعيته

أولا :تعريف الطلاق

أ- **الطلاق لغة** : هو اسم بمعنى المصدر من طلق يطلق تطليقا ،وهو بمعنى حل الوثائق ،مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك ، يقال طلق يده و أطلقها في المال والخير ، بمعنى واحد، أي كثير البذل والعطاء والإرسال لهما بذلك ، وأطلق الأسير أي تركه وخلى سبيله ،وطلق الرجل امرأته وطلقت هي بالفتح حل عقدة نكاحها و إرسالها وتخليتها ، والطالق من الإبل التي لا قيد عليها في المرعى ، فالطلاق و الإطلاق يعني رفع القيد كإطلاق سراح السجين أو الأسير ، أو قيدا معنويا كإطلاق المرأة أو تطليقها من زوجها[1] .

والطلاق هو الترك والمفارقة، يقال طلقت القوم أي تركتهم ،وتقول أطلقت الأسير والسجين،وقد غلب العرف على أن لفظ الطلاق يستعمل في رفع القيد المعنوي ،ولفظ الإطلاق يستعمل في رفع القيد الحسي ،فيقال طلق الرجل زوجته فهي طالق ويندر أن يقال سجين طالق كما يندر أن يقال امرأة مطلقة[2] .

عرفه الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي كما يلي :

رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية ،فرفع قيد النكاح في الحال يكون بالطلاق البائن وفي المآل يكون بالطلاق الرجعي .

و اللفظ الصريح هو ما كان مشتقا من مادة (ط ل ق) ،والكناية ما عدا الصريح[3] .

وجاء في هامش درة الغواص:الطلاق مأخوذ من قولهم أطلقت الناقة فطلقت إذا أرسلتها من عقالها وقيدها[4]

وجاء في مختار الصحاح ، وطلق امرأته تطليقا وطلقت هي طلق بالضم طلاقا فهي طالق ، وطالقه أيضا ، قال الأخفش : لا يقال طلقت بالضم.

---

[1] لسان العرب ،لأبن منظور ،دار المعارف ،القاهرة . .

[2] عبد الرحمان الصابوني ،المرجع السابق ،ص 73.

[3] رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولادفي الفقه الإسلامي ،القانون والقضاء لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان،2006القسم الثاني ،ص 04.

[4] درة الغواص ، في محاضرة الغواص ،لرهان الدين بن فرحون المالكي ،ط2 ،مؤسسة الرسالة بيروت ،1406-1985 ،ص 201. .

ب-تعريف الطلاق اصطلاحا[1]:

تعريف الحنفية : في اللباب – الطلاق : هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص .

تعريف المالكية : في مواهب الجليل -الطلاق :صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته .

تعريف الشافعية: في مغني المحتاج –الطلاق :حل عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه .

تعريف الحنابلة : في الإقناع –الطلاق : حل قيد النكاح أو بعضه.

تعريف الإمامية : في جواهر الكلام –الطلاق : إزالة النكاح بصيغة طالق و ما شبهها .

تعريف الزيدية : في منتزع المختار –الطلاق : قول مخصوص أو ما في معناه يرتفع به النكاح .

وجاء في كتاب محمد أبو زهرة :(الطلاق في إصطلاح الفقهاء رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ ، مشتق من مادة الطلاق أو في معناها ،وهو على هذا المعنى قسمان :

قسم يرفع النكاح في الحال و قسم يرفع النكاح في المآل .أما القسم الأول فهو الطلاق البائن ،فمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال ،فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين ، سواء انتهت العدة أم لم تنتهي .

والقسم الثاني فهو الطلاق الرجعي فالنكاح لا يرتفع في الطلاق الرجعي بمجرد صدور ما يدل عليه ،بل لا يرتفع إلا بانتهاء عدة المطلقة ،وفي اثناء العدة لم يرتفع النكاح ،فله ان يراجعها ،رضيت أم لم ترضى ولكن تحتسب الطلقة من الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته وهي ثلاث)[2].

وهذا التعريف جامع للطلاق الرجعي و البائن بقوله (في الحال أو في المآل).

و مانع فلا يدخل فيه الفسخ ،وذلك بقوله (بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها)[3].

أما الدكتور عبد الرحمان الصابوني عرف الطلاق بأنه :(هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه أمام شهود) [4].

---

[1] عبد الرحمان الصابوني ،المرجع السابق ،ص 73-74.

[2] محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ،القاهرة ،1957 ،ص 249.

[3] مصري مبروك ،الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية ،دراسة فقهية مقارنة ،دار هومة ،الجزائر 2010،ص111.

[4] عبد الرحمان الصابوني ،المرجع السابق ص74.

ثانيا : مشروعية الطلاق

استمد الفقهاء مشروعية الطلاق من الكتاب و السنة والإجماع .

أ–من الكتاب : قوله تعالى :﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾ [1]

وقوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ﴾[2].

وقوله أيضا: ﴿ **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ** ﴾[3] .

ب–من السنة:

و من الأحاديث ما رواه مالك في الموطأ.ومنها ما رواه البخاري و مسلم والترمذي.فقوله صلى الله عليه وسلم : (أبغض الحلال الى الله الطلاق) .وقوله صلى الله عليه و سلم :(إنما الطلاق لمن أخذ بالساق).

و قال عمر رضي الله عنه (طلق النبي صلى الله عليه و سلم حفصة ثم راجعها) .

و عن مالك عن نافع إن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك ، فقال رسول الله :(مره فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسكها بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء) .

وقالوا إن الحكمة في النهي تطويل العدة على المطلقة في الحيضة القادمة[4] .

ومن السنة أيضا ما ورد على النبي صلى الله عليه و سلم حيث قال : (ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق).

لقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا ، على أن للرجل أن يطلق زوجته ، و لم ينكر أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر[5] .

---

[1] سورة البقرة الآية رقم 229.

[2] سورة الطلاق الآية 01.

[3] سورة البقرة الآية 236 .

[4] محمد بن أحمد المعروف بابن رشد المقدمات الممهدات ، مطبوع مع المدونة الكبرى ،دار الفكر ،ت520ه ،ج1،ص 500.

[5] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الزواج والطلاق ،ط4 ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون الجزائر ،2005،ج1 ، ص 209 .

ولقد دل القياس على الطلاق أيضا، لأنه إذا استحالت العشرة بين الزوجين ، و لم تفيد الطرق والسبل لدوامها زال بذلك الهدف والغاية من الزواج ، ومن هنا شرع الطلاق في الإسلام كنعمة يتخلص بها الزوجان المتنافران من قيد تلك الرابطة، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾[1]

وبالتالي فان الله عز وجل شرع الطلاق لإعطاء فرصة للزوجين لاختيار شريك آخر و للحد من الخلافات بين أفراد المجتمع وتجنب الأسرة مشاكل كراهية استمرار المعاشرة ، مما قد يؤدي الى تصرفات لا أخلاقية منهما أو ارتكاب جناية أو جنحة بسبب تفاقم المشاكل بينهما .

والطلاق شرع كعلاج حاسم وحل نهائي أخير لما استعصى حله على الزوجين و أهل الخير والحكمين بسبب تباين الأخلاق و تنافر الطباع وتعقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين أو بسبب الإصابة بمرض مزمن لا يحتمل شفاءه أو عقم لا علاج له مما يؤدي الى ذهاب المحبة والمودة و توليد الكراهية و البغضاء[2] .

فيكون الطلاق منفذا للخلاص من المفاسد و الشرور الحادثة ، فالطلاق إذا ضرورة لحل مشكلات الأسرة .

وما قد يترتب على الطلاق من أضرار و خاصة بالأولاد تحتمل في سبيل دفع ضرر أشد و أكبر عملا بالقاعدة: (يختار أهون الشرين) .

لكن مع هذا قد شرع خطوات تتخذ قبله للحيلولة من وقوعه منها :

1. أنه رغب الأزواج في الصبر و تحمل خلق الزوجة و معاشرتها بالمعروف لقوله تعالى :﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ [3]
2. كما شرع طرقا ودية لحل ما يثور من نزاع بين الزوجين من وعظ و إرشاد وهجر في المضجع و إعراض و ضرب و إرسال حكمين إذا عجز الزوجان عن الإصلاح وإزالة الشقاق الذي بينهما .

فإن وقع الطلاق فيمكن العودة الى الزواج بالرجعة من غير شهود ما دامت المرأة في العدة أو بعقد جديد

---

[1] سورة النساء، اية 130 .

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،المرجع السابق، ص 07 .

[3] سورة النساء آية 19.

بعد انتهاء العدة ذلك لمرتين بعد الطلقة الأولى و بعد الثانية فتلك فترتان متروكتان لمراجعة الحساب و تقدير الظروف و تعقل النتائج والآثار ،فالطلاق لا يلجأ إليه لأول وهلة ولأهون الأسباب كما يفعل بعض الجهلة و إنما الطلاق تشريع استثنائي للضرورة بعد أن يسلك الزوج المراحل السابقة[1] .

ولقد تفطن لذلك الفيلسوف الانجليزي (بينتام) فقال في كتابه (أصول الشرائع) : (لو ألزم القانون الزوجين بالبقاء على ما بينهما من جفاء ،لأكلت الضغينة قلوبهما ، و كاد كل منهما للآخر ،وسعى الى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه ، وقد يهمل أحدهما صاحبه و يلتمس الحياة عند غيره ...)[2].

الفرع الثاني : حق الزوج في إيقاع الطلاق شرعا و الحكمة من جعله بيده

لما حثت الشريعة الإسلامية كلا من الزوجين على التفكير و التروي قبل الإقدام على الطلاق ، ولكون الطلاق بيد الرجل لا بيد المرأة لأن فصم رابطة الزوجية أمر خطير ، يترتب عليه آثار بعيدة المدى في حياة الأسرة و الفرد و المجتمع ، فمن الحكمة و العدل ألا تعطى صلاحية البت في ذلك وإنهاء الرابطة الزوجية إلا لمن يدرك خطورته ، ويقدر العواقب التي تترتب عليه حق قدرها، ويزن الأمور بميزان العقل قبل أن يقدم على الإنفاذ ،بعيدا عن الترات الطائشة ، والعواطف المندفعة والرغبة الطارئة.و الثابت الذي لا شك فيه أن الرجل بحكم طبيعته أكثر إدراكا و تقديرا لعواقب هذا الأمر ، كونه يتصرف بمقتضى العقل الذي من شأنه التريث وعدم التسرع والموازنة بين المغانم و المغارم[3]. وهو أقدر على ضبط أعصابه وكبح عاطفته حال الغضب و الثورة ،ولكون المرأة خلقت على طباع وغرائز تجعلها أشد تأثرا و أسرع انقيادا لحكم العاطفة من الرجل .

ولو كان الطلاق بيدها لانهارت العلاقة الزوجية بمجرد خصام ،ذلك أنها تندفع مع العاطفة ولا تترد في هذا الاندفاع، ولا تبالي بما يكون وراءها من نتائج ضارة أو نافعة ، الأمر الذي يترتب عليه إنهيار الأسرة لأتفه الأسباب[4] .

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،المرجع السابق ، ص 08.

[2] بنتام،أصول التشريع ،ترجمة فتحي زغلول ،ج1 ،ص 161-162 .

[3] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 215 .

[4] أحمد محمد الشافعي ،الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية ،دار الهدى للمطبوعات الإسكندرية 1997، ص 23 .

ثم إن الطلاق يترتب عليه تبعات مالية ، يلزم بها الزوج ففيه يحل المؤجل من الصداق إن وجد ، وتجب النفقة للمطلقة مدة العدة ، وتجب المتعة لمن تجب لها من المطلقات ، كما يضيع على الزوج ما دفعه من المهر ، و ما أنفقه من مال في سبيل إتمام الزواج ، وهو يحتاج الى مال جديد لإنشاء حياة زوجية جديدة ، ولا شك أن هذه التكاليف المالية التي تترتب على الطلاق من شأنها أن تحمل الأزواج على التروي وضبط النفس ، وتدبر الأمر قبل الإقدام على إيقاع الطلاق فلا يقدم عليه إلا إذا رأى أنه أمر لابد منه .

و من أجل هذا و غيره كان من المناسب أن يكون الطلاق بيد الرجل و ليس بيد المرأة ، والشريعة لم تهمل جانب المرأة في طلب الطلاق .

و نظرا لخطورة الطلاق على الأسرة و المجتمع ، يرى فقهاء المذاهب الأربعة ، أنه يشترط لوقوع الطلاق وجود المبرر المشروع باعتبار أن الطلاق تصرف إرادي تترتب عليه آثار شرعية ، ولذلك يشترط في الطلاق ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية تطبيقا للقواعد العامة .

غير أن هذا التصرف له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى .

و عليه فإن الشريعة الإسلامية الغراء أسندت هذا التصرف الى شخص واحد هو الزوج ، كما سبق ذكره ، فقد أصبح لزاما ذكر الشروط الواجب توافرها فيمن يوقع الطلاق ألا وهو الزوج المطلق ، او ما يطلق عليه في عرف الاصطلاح عند الفقهاء بصاحب الحق في الطلاق .

أولا :شروط إيقاع الطلاق

يشترط لإيقاع الطلاق شرط جوهري وهو وجود المبرر المشروع للقيام بمثل هذا التصرف أو الإجراء ، ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من أن بقاء الرابطة الزوجية يحول بين الزوجين و بين إقامتهما حدود الله تعالى[1] .

وبالتالي فإن الزوج لا يقدم على الطلاق إلا بعد اليأس من إصلاح الزوجة و اليأس من استقامة الحياة الزوجية معها .

[1] عبد الفتاح تقية ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق بن عكنون ،جامعة الجزائر ، ،السنة الجامعية 2007/2006 ،ص 145.

الشرط الأول : القصد

السؤال الذي يتبادر الى أذهاننا هو هل يشترط أن يكون المطلق قاصدا الطلاق حتى يقع طلاقه أم أنه يقع الطلاق من كل مكلف بمجرد أن ينطق باللفظ الدال على وقوعه ؟

إن جمهور الفقهاء يرون بأن من طلق في نفسه فلا عبرة بطلاقه وأدلتهم عن ذلك :

إن الطلاق لابد من لفظ مخصوص يدل عليه ، فإذا نوى الزوج الطلاق بقلبه فلا طلاق إن لم ينطق به واستدلوا بحديث رواه ابن ماجة :عن أبي هريرة قال : قال رسول الله : إن الله تجاوز لأمتي عما توسوس به صدورها مالم تعمل به أو تتكلم به و ما استكرهوا عليه[1].

الشرط الثاني : الزوج صاحب الحق في إصدار الطلاق

إن الزوج هو صاحب الحق شرعا في إصدار الطلاق ، لكون هذا القرار في غاية الخطورة ليس فقط على الزوجين ، بل قد يتعدى ذلك الى غيرهما ، ولا شك أن الأولاد هم أول من يمسهم الضرر من هذا القرار ، ويشترط في الزوج المطلق شروط لازمة لإيقاع الطلاق وهي :

1 أن يكون بينه و بين المطلقة عقد زواج صحيح[2] .

2 أن يكون بالغا عاقلا مختارا غير مكره ،بحيث يكون إقدامه على الطلاق بحرية كاملة إرادة واعية ،حرة مقدرة تماما لكل ما يترتب على هذا القرار من نتائج وآثار ، فعديم الأهلية لا أثر لعبارته مطلقا و بمقتضى هذا ،أنه لا يقع طلاق المجنون والمعتوه .

وكذلك ناقص الأهلية، فهو و إن كان لديه قدر من التمييز فإن إصداره لعبارة الطلاق لو تصورنا ذلك غير معتبرة لأن هذا التصرف ضار ضررا محضا فلا ينظر إليه على الإطلاق بل و لا تلحقه إجازة لا من الولي ، ولا من القاضي نظرا لهذا الاعتبار[3] .

الشرط الثالث :محل الطلاق (الزوجة من عقد صحيح)

---

[1] عبد الرحمان الصابوني ،المرجع السابق ،ص 309.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي،المرجع السابق، ص 10.

[3] عبد الفتاح تقية ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي ، المرجع السابق ،ص 148 .

و يشترط في المطلقة التي يقع عليها الطلاق ما يلي :

قيام الزوجية بينها وبين زوجها حقيقة أو حكما ، بمعنى أن تكون الزوجة في هذه الحالة على وجه الخصوص مستندة الى عقد زواج صحيح قائم بالفعل، بغض النظر عن الدخول أي أنها زوجته بالفعل، سواء دخل بها أو لم يدخل ،إذ الأصل في هذا الشرط وجود العقد الصحيح فلو أنه دخل بزوجته في ظل عقد زواج صحيح ثم قامت الدواعي المبررة جاز له طلاقها، وهنا يكون طلاقا رجعيا أي من حق الزوج أن يراجعها ما لم تنته عدتها[1] وكذلك لو أبرم عقد الزواج الصحيح ثم وجدت المبررات الداعية للطلاق قبل الدخول ، فإنه يجوز له طلاقها وهنا يكون الطلاق بائنا ولا عدة عليها .

ومعنى قيام الزوجية حكما أن تكون معتدة من طلاق رجعي أو بائن ببينونة صغرى ، وهذا لأن آثار الزوجية قائمة بين وجوب النفقة وقرارها في بيت الزوج[2].

وعليه فما دامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكما ، فإن المرأة يمكن طلاقا .

نص الحديث في رواية مسلم : (أن رجلا طلق امرأته وهي حائض فقال عبد الله بن عمر : عصيت ربك وفارقت إمرأتك ،قال فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر ابن عمر أن يراجع إمرأته قال إنه أمر ابن عمر ان يراجعها بطلاق له و أنت لم تبق ما تراجع به امرأتك)[3] .

الشرط الرابع : الصيغة التي يقع بها الطلاق

المراد بالصيغة هنا كل ما يصدر عن المطلق دالا على إرادته وقوع الطلاق سواء كان ذلك باللفظ أو الكتابة أو الإشارة .

ويشترط في الصيغة التي يقع بها الطلاق أن تكون دالة على رفع رباط الزوجية ، بكل لفظ يدل على إنحلال عقد الزواج ،سواء كان اللفظ صريح أو كان اللفظ كناية ، فالصريح هو كل لفظ صريحا لا يستعمل إلا في

---

[1] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق ،ص 146.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق ، ص 21 .

[3] أخرجه الدار قطي ،ج7،ص 8-9 .

الطلاق غالبا ، بحيث يفهم السامع عند سماعه لهذا اللفظ أن الزوج ،طلق زوجته مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أو طلقتك أو زوجتي مطلقة[1] .

أما الكناية فهي اللفظ الذي لم يوضع لخصوص الطلاق بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق ،وبمعنى آخر فهو محتمل الأمرين كقوله لها : أنت حرة أو حرام أو بائن ، الى غير ذلك من الألفاظ التي تحتمل الطلاق وغيره .

فإن نوى بذلك طلاقا وقع وإلا فلا .

فصيغ كنايات الطلاق يختلف الحكم فيها تبعا لإختلاف معانيها و الأحوال التي ترد فيها تلك الصيغ و الألفاظ و النوايا و القرائن[2] .

كما يقع الطلاق بالكناية أيضا ، كأن يكتب الرجل لزوجته كتابا يخبرها فيه بطلاقه لها ،ولو كان الكاتب قادرا على النطق .

ويقع من الأخرس او معقود اللسان بالإشارة المعلومة الواضحة التي تدل على إيقاع الطلاق في إشارات الخرس إذا كان عاجزا عن الكتابة ، غير أنه و إن كان الطلاق يقع بالكتابة ولو كان الزوج قادرا على النطق ، إلا أن الأمر بالنسبة لوقوع الطلاق بالإشارة يختلف عنه بالكتابة ، حيث أن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ و العبارة إلا في حالة العجز عن النطق بالعبارة كالأخرس و نحوه[3] .

المطلب الثاني : إثبات الطلاق شرعا .

من حكمة الله تعالى أن شرع للرجل الإنفراد بالطلاق دون المرأة لما في ذلك من المصلحة الظاهرة، فمن طلق كما أذن الله فقد صح طلاقه، ومن طلق على غير ذلك كان طلاقه باطلا غير صحيح ،و رغم اتفاق الفقهاء على جواز الطلاق ، إلا أننا نجدهم يختلفون في بعض المسائل المتفرعة عنه ،مثل إيقاع الطلاق في الحيض والطلاق ثلاثا في مجلس واحد وغيره ، أما دراستنا في المطلب ستكون حول حكم الإشهاد على الطلاق لوقوعه وحاولت إبراز أراء المعارضين لموضوع الإشهاد على الطلاق وما استدلوا به ،وأراء المؤيدين له وما

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق ،ص 249.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي،مرجع سابق، ص 37 .

[3] بلحاج العربي ،مرجع سابق ،ص 250.

استدلوا به في الفرع الأول وتطرقت في الفرع الثاني الى طرق الإثبات الأخرى ، حيث قسمت هذا المطلب الى فرعين كما يلي :

- **الفرع ألأول : الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية**
- **الفرع الثاني : طرق الإثبات الأخرى**

الفرع الأول : الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية .

يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن الإشهاد على الطلاق زيادة في الاحتياط لإثبات الطلاق باعتبار أن الاحتياط مندوب إليه لكون أن الإشهاد شرط صحة في الطلاق، ذلك أن زيادة الاحتياط في بعض تشريعات الأحوال الشخصية (كالتشريع السوري، الأردني، العراقي) والتي تطلبت تدخل ولي الأمر حيث كلف المشرع فيها الزوج بتوثيق العقد .

وعليه فإن الفقهاء من حيث وصفه الشرعي ، يرى الكثير منهم أنه يذهب الى وصفه بالمندوب والبعض منهم الى الوجوب .

حيث أعتمد الفقهاء و المفسرون على مرجعية أصلية في عرضهم مسألة الإشهاد على الطلاق من النص القرآني الكريم وهو قوله تعالى : ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لله**﴾[1]

وقبل أن نتعرض لمسألة الإشهاد على الطلاق من حيث المفسرين والفقهاء بات من الضروري تحديد مفهوم الشهادة والإشهاد .

أولا : تعريف الشهادة

أ–الشهادة لغة : إن للشهادة في اللغة العربية معان كثيرة منها :الحضور تقول شهد المجلس ، أي حضره و منها الإطلاع ،تقول شهدت كذا أي اطلعت عليه و عاينته ومنه إدراك الشيء[2] .

وهي مصدر ،شهد ،شاهد ،شهود ،إشهاد ، مشهود .

---

[1] سورة الطلاق، الآية 221.

[2] معجم لسان العرب.المرجع السابق .

ب–الشهادة في الاصطلاح : هي إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة ،في مجلس القاضي، والمقصود بلفظ الشهادة، قيد لإخراج بأي لفظ غير هذا اللفظ، كقول الشاهد أعلم ،و أتيقن فلا تصح الشهادة به، لأن لفظ الشهادة قطعت النصوص باشتراطها ،إذ الأمر فيها بهذا اللفظ ،ولأن في ذلك زيادة لتوكيد .

وعليه فإن قول الشاهد أشهد من ألفاظ اليمين ، كقوله أشهد بالله، فكان الإمتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد أما إشتراط الشهادة في مجلس القضاء قيد لإخراج الإخبار في غير مجلس الحكم[1] .

جـ–تعريف الإشهاد إصطلاحا: طلب الشهود لتحمل الشهادة بحضورهم لمعاينة المشهود له ،و معرفتهم ما وقع أو طلب الشهود لأداء الشهادة التي تحملوها أمام القاضي عند الخصومة[2] .

د–الفرق بين الشهادة والإشهاد : هو أن الشهادة قد تكون بدون سبق إشهاد بطلب أو دونه ،و الإشهاد هو طلب تحمل الشهادة[3] .

هـ–تعريف مصطلح الإشهاد على الطلاق : الإشهاد على الطلاق هو حضور من يصلح لتحمل الشهادة على واقعة الطلاق و إظهار ما قد حدث بين الزوجين[4] .

ثانيا: سبب اختلاف الفقهاء في مسألة الإشهاد على الطلاق

يرجع اختلاف الفقهاء في حكم الإشهاد على الطلاق الى ما يلي :

إختلافهم في دلالة الأمر الوارد بالإشهاد في قوله تعالى : ﴿ **فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لله ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِالله وَاليَوْمِ الآَخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا**﴾[5]

---

[1] عبد الحميد الشواربي ، الشهادة في مواد الأحوال الشخصية ، ط1 ،ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، من سنة1992 .

[2] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية ، الموسوعة الفقهية ،ط2 ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،الكويت ،1982،ص 86-87 .

[3] موسوعة الفقه الكويتية ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ،ط2 ، ،طبعة ذات السلاسل ،الكويت ،1986 م ج5،ص32.

[4] الدليل الإلكتروني للقانون العربي arabolow.. info حكم الإشهاد على الطلاق ،دراسة فقهية مقارنة بالأحوال الشخصية الأردني للباحث على الزقيلي ،قسم الفقه وأصوله ،كلية الشريعة ،جامعة مؤتة ،الأردن ،بتاريخ 2003/04/14 ،ص04.

[5] سورة الطلاق آية 02 ..

فرأى بعض الفقهاء أن الأمر بالإشهاد في الآية راجع الى الطلاق ، و رأى البعض الآخر منهم أنـــه راجـــع الى الرجعة فقط ورأى بعضهم أنه راجع إليهما معا ، لذا فقد اختلفت مذاهبهم[1] .

أ- القائلون بأن الإشهاد على الطلاق مندوب :

ذهب الى هذا القول جمهور الفقهاء أي الأئمة الأربعة (أبو حنيفة ومالك والشافعي والحنبلي)

حيث يرون استحباب الإشهاد على الطلاق و الندب إليه لا بوجوبه ،حتى إذا طلق و لم يشهد وقع طلاقه وهذه شواهد من أقوالهم تدل على ذلك : (و المراد بالآية الاستحباب ألا ترى أنه جمع بين الرجعة و الفرقة و أمـــر بالإشهاد عليهما ، ثم الإشهاد على الفرقة مستحب لا واجب. فكذلك على الرجعة[2] .

والإشهاد على الطلاق ليس بواجب فرضا عند جمهور أهل العلم و لكنه ندب و إرشاد و احتيـــاط للمطلـــق كالإشهاد على البيع والإشهاد على الرجعة ،كذلك وقد قيل الإشهاد على الرجعة أوكد[3].

و لقد إستدلوا على ذلك بالكتاب و السنة ،و فعل الصحابة و الإجماع و القياس .

1-من الكتاب :

قال تعالى : ﴿**وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ**﴾[4] .وجه الدلالة أن الإشهاد في البيع مندوب إليه و لـــيس واجبـــا فكذلك الإشهاد في الطلاق[5] .

وقال تعـــالى: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ**﴾[6] . وجه الدلالة هنا من أربعة وجوه هي :

- إن الأمر هنا لا يفيد الوجوب و إنما يفيد الندب لوجود قرينة تصرفه من الوجوب الى الندب وستأتي هذه القرائن تحت الاستدلال بالسنة[7] .

---

[1] محمود محمد علي ،الطلاق بين الإطلاق والتقييد ،مكتبة دار الإتحاد العربي للطباعة ،1978 م ،ص 227 ..

[2] شمس الدين السرخسي،المبسوط ،دار المعرفة ، ج6،ص23 ،ابن نجم الحنفي البحر الرائق ،ج4 ،ص 55.

[3] القرطبي ،الكافي في فقه أهل المدينة ،ج6 ،ص 23 ،ابن نجم الحنفي البحر الرائق ج4 ،ص55.

[4] سورة البقرة آية 282 .

[5] محمود محمد علي ،مرجع سابق ،ص 230 .

[6] سورة الطلاق آية 02 .

[7] شمس الدين السرخسي،مرجع سابق ،ص19 .

- إن الإشهاد يعود الى الرجعة ولا يعود الى الطلاق ، حتى أن رجوعه الى الرجعة ليس على سبيل الوجوب ، بل على سبيل الندب[1] .
- إنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى : ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[2]

ثم أمر بالإشهاد على كل منهما، فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منها بلفظ واحد وهو قوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[3].

واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه ومعناه المجازي كالندب[4] .

- المراد بالمفارقة في قوله تعالى : ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ تخلية سبيل المرأة إذا انتهت عدتها ، وهذا ليس بطلاق ولا برجعة ولا نكاح فعلم ان الإشهاد إنما هو على الرجعة[5] .

2- من السنة النبوية :

- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها[6] .
- عن عائشة رضي الله عنها،أن ابنة الجون لما دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت أعوذ بالله منك ،فقال لها :لقد عدت بعظيم إلحقي بأهلك[7] .

وجه الدلالة واضح في أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يشهد على طلاق حفصة وابنة الجون ولو كان الإشهاد واجبا لما تأخر عنه الرسول صلى الله عليه وسلم .

---

[1] محمد بن أحمد الأنصاري ،الجامع لأحكام القرآن ،ط5 ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ت671 ه ، 1996 ،ج 8 ،ص 104.

[2] سورة الطلاق آية 02 .

[3] سورة الطلاق آية 02..

[4] بدران أبو العينين بدران ،الزواج والطلاق في الإسلام ،الناشر ،مؤسسة شباب الجامعة ،الإسكندرية ،مصر ،1985 ،ص 369 .

[5] ابن تيمية الفتاوى ،ج3 ،ص 52 .

[6] أخرجه ابن ماجة في سننه ،كتاب الطلاق ،باب حديث سويد ابن سعيد ،رقم الحديث ،2016 ،ج1،ص 633 .

[7] حديث صحيح ،أخرجه البخاري في صحيحه ،كتاب الطلاق ،باب من طلق وهل يواجه الرجل امراته بالطلاق ،رقم الحديث 5254. ص1139

- عن ابن عمر قال :طلقت امرأتي وهي حائض ،قال فأتى عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبره فقال : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلقها قبل أن يجامعها و إن شاء أمسكها فإنها العدة التي قال الله عز وجل[1] .

لا وجه الدلالة يفهم من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يبين لابنه عبد الله رضي الله عنه كيفية طلاق السنة و لم يبين له أنه يجب عليه الإشهاد إذا أراد تطليقها.

- عن ركانة بن عبد الله أنه طلق امرأته سهيمة البتة، فأخبر النبي بذلك ، فقال والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله : والله ما أردت إلا واحدة قال ركانة :و الله ما أردت إلا واحدة، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم وطلقها الثانية في زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه و الثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه[2] .

وجه الدلالة في هذا الحديث :

- إن ركانة طلق زوجته و لم يشهد على طلاقها و لو كان أشهد لذكر ذلك في الحديث .
- أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يسأله إن كان أشهد على طلاقهما أم لم يشهد و لم يبين له الرسول عليه الصلاة والسلام حكم الإشهاد على الطلاق ولو كان الإشهاد واجبا لبينه الرسول وجوبا حيث لا يصبح منه السكوت عن بيان الحكم في مناسبته .
- إن الرسول صلى الله عليه وسلم عندما أرجعها إليه لم يبين له أنه إذا أراد طلاقها مرة ثانية يجب عليه أن يشهد على هذا الطلاق .

---

[1] حديث صحيح أخرجه البخاري في صحيحه ،كتاب الطلاق ،باب قوله تعالى (**ياأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن**)،رقم الحديث 5251 ص1138 .

[2] أخرجه أبو داود في سننه ،كتاب الطلاق ،باب النية ،رقم الحديث ،2205 ،ج6 ،ص207-208 .

- عن مجاهد عن ابن عباس أنه سئل عن رجل طلق امرأته مائة .قال : عصيت ربك وفارقت امرأتك ، لم تتق الله فيجعل لك مخرجا[1] .

يفهم من هذا الحديث أن ابن عباس رضي الله عنه عندما سئل عن الطلاق لم يسأل الرجل الذي سأله هل أشهدت على طلاقها أم لا ،لو كان الإشهاد على الطلاق واجبا لسأله ابن عباس عن ذلك .

3- من الإجماع :

قال الشوكاني انه :(قد رفع الإجماع على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق)[2].

4-من القياس :

قياس الإشهاد على الطلاق في الأمور التي ينشئها الإنسان لنفسه فإنه لا يجب فيها الإشهاد[3].

ب-القائلون بأن الإشهاد على الطلاق واجب :

ذهب الى هذا القول الظاهرية. والشيعة الزيدية. والإمامية. إلا أن ابن حزم يرى أن من طلق و لم يشهد على طلاقه يلزمه الطلاق ويكون متعديا لحدود الله[4] ،خلاف الشيعة الإمامية فإنهم يرون أن حضور الشاهدين وسماعهما التلفظ شرط في صحة الطلاق، فإذا لم يتحقق هذا القيد لم يقع الطلاق وتبقى الزوجية بينهما قائمة

وذهب الى هذا القول من المعاصرين أبو زهرة[5] . وعلي الخفيف[6]. وعبد الرحمان الصابوني[7].

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والقياس والمعقول .

1- من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ **فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ**﴾[1]

---

[1] أخرجه أبو داود في سننه كتاب الطلاق ،باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث ،رقم الحديث 2197،ج6،ص163.

[2] محمد بن علي الشوكاني ،نيل الأوطار ،دار الفكر ،ت 1250ه / 1994 م ،ج7،ص42.

[3] المرجع نفسه

[4] ابن حزم الأندلسي ،مراتب الإجماع ،ص 72.

[5] الإمام محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،المرجع السابق ،ص 368.

[6] على الخفيف ،طرق الزواج ، معهد الدراسات العربية العالية ،1958 م ،ص 131.

[7] عبد الرحمان الصابوني ،المرجع السابق، ص 484.

وجه الدلالة :

- إن الله عز وجل قرن بين الطلاق و المراجعة والإشهاد فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض ، وكان من طلق أو راجع و لم يشهد ذوي عدل متعديا لحدود الله[2].
- إن الآية لها سباق وسياق ،فأما السباق فقد سبقت الآية المذكورة بأن الطلاق لا يكون إلا للعدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء و لا يجوز تعد الحدود التي وضعها الله ومن يتعداها فهو ظالم لنفسه ، وأما السياق:
- فإنها ذكرت في سياق الرجعة أو الفراق ثم بعد ذلك طلبت الإشهاد مباشرة وقد وجب إقامة الإشهاد[3] .

يقول الطاهر بن عاشور (ظاهر وقوع الأمر بعد ذكر الإمساك و الفراق ،أنه راجع الى كليهما ،لأن الإشهاد جعل تتمة للمأمور به في معنى الشرط للإمساك أو الفراق ،لأن هذا العطف يشبه القيد وإن لم يكن قيدا و شأن الشروط الواردة بعد جمل أن تعود الى جميعها وظاهر صيغة الأمر الدلالة على الوجوب فيتركب من هذين أن يكون الإشهاد على المراجعة وعلى بت الطلاق واجبا على الأزواج لأن الإشهاد يرفع أشكالا من النوازل)[4].

ويقول محمد القاسمي: (ومما يؤيد الوجوب أن الأوامر في الآية كلها قبل وبعد الوجوب إجماعا ،ولا دليل يصرف الأمر بالإشهاد عن ظاهره، فبقي كسابقة و لاحقة ،وإن كان القرآن لا يفيد المشاركة في الحكم ،إلا أنه عاضد و مؤيد إذا لم يوجد صارف ثم الأمر بالإشهاد عند الطلاق يدل على أن الحلف بالطلاق أو تعليق وقوعه بأمر كله مما لايعد طلاقا في الشرع ،لأن ما طلب فيه الإشهاد ،لابد أن ينوي فيه

---

[1] سورة الطلاق آية 02 .

[2] ابن حزم االأندلسي ،المرجع السابق ،ج10،ص17.

[3] محمد اسماعيل أبو الريش ،أركان الطلاق ،جامعة الأزهر ،كلية الشريعة ،1980م ،ص 3، 66.

[4] محمد الطاهر بن عاشور ،تفسير التحرير والتنوير الدول ،دار النشر وتاريخ ،ج28،ص 309.

إيقاع هو يعزم عليه و يتهيأ له ،وجدير بعصمة ينوي حلها ،وكانت معقودة أوثق عقد أن يشهد عليه ،بعد أن يسبقها مراجعة من حكمين من قبل الزوجين ،كما أشارت إليه آية الحكم)[1].

و آية الحكم هي قوله تعالى : ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾[2]

2- من السنة النبوية :

أخرج البخاري في صحيحه عن القاسم ابن محمد عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)[3].

يفهم من هذا الحديث أن الطلاق بدون شهود عمل يخالف السنة ،وكل عمل يخالف السنة مردود .

3-من القياس : قياس الطلاق على الزواج ، فالزواج لا يصح إلا بالإشهاد فكذلك الطلاق لا يكون إلا بالإشهاد[4] .

4-المعقول : وهو من وجهين :

- إن الذين لم يقولوا بوجوب الإشهاد على الطلاق يقولون بوجوب الإشهاد على كتاب الطلاق وهو ما لو كتب شخص بالطلاق لزوجته في بلد آخر ،فإنه لا يقبل طلاقه إلا بوجود شاهدين على الكتاب[5] .

يقول صاحب فتح القدير(في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد،رحمه الله في كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة تكذبهما)[6].

---

[1] محمد جمال الدين القاسمي،تفسير القاسسمي ،ط2 ، دار الفكر ،بيروت ، 1978م ،ج16 ،ص197.

[2] سورة النساء آية 35.

[3] أخرجه البخاري في صحيحه ،كتاب الصلح ،باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ، رقم الحديث 2637 ،ص 540.

[4] محمد اسماعيل أبو الريش ،المرجع السابق، ص 368 ،369.

[5] المرجع نفسه ،ص 369.

[6] محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ،شرح فتح القدير ، دار المعرفة ، ت 681 ه ،ج 3 ،ص 98.

- إن في اشتراط الإشهاد على الطلاق تضييق لدائرته في حدود الشرع الذي حرص على أن يكون الطلاق علاجا ،حيث لا علاج سواه،وليس في اشتراط الإشهاد تضييق على إرادة الزوج ،فهو حر في التعبير عن قصده و إرادته لادخل لأحد فيه ،ضمن حدود الشرع، فالإشهاد يؤخر الطلاق و يعيق المشرع من الرجال حتى يتبين له الرشد والصواب لأن الشاهدان لابد أن ينصحاه ،إن لم يزل الغضب حتى تلك اللحظة من نفس الرجل المطلق[1].
- أما الإمام محمد أبو زهرة يقول بأنه :(يجب التنسيق بين إنشاء الزواج وإنهائه ، فإن حضور الشاهدين شرط في الإنشاء ، فيجب أن يكون شرطا في الإنهاء ،فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين ،يمكنهما مراجعة الزوجين فيضيقا الدائرة ،ولكي لا يكون الزوج فريسة لهواه ،ولكي يمكن إثباته في المستقبل فلا تجرى فيه المشاحنة، وينكره المطلق إن لم يكن له دين ، والمرأة على علم به ولا تستطيع إثباته ،فتكون في حرج ديني شديد)[2].

الفرع الثاني : طرق الإثبات الأخرى

إن مسألة إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا تكتسي غموضا ذلك أنه يثبت بكافة طرق الإثبات من إقرار و بينة و يمين ، فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها و أنكر هو فذهب المالكية أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق ، و إن أتت بشاهد واحد حلف الزوج و برئ و إن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف ، وان لم تأتي بشاهد فلا شيء على الزوج، و عليها منع نفسها منه بقدر جهدها،و إن حلف بالطلاق و ادعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه .

و ذكر الحنابلة أنه إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه لأن الأصل بقاء النكاح و عدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ، و لا يقبل فيه إلا عدلان لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال و

---

[1] عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ،ص 482.

[2] محمد أبو زهرة ، ، المرجع السابق ، ص 369 .

يطلع عليه الرجال في أغلب الأحوال كالحدود و القصاص، فإن لم تكن هناك بيّنة يستحلف الرجل على الصحيح لحديث: اليمين على من أنكر[1].

و توضيحا لما سبق ينبغي علينا التطرق إلى طرق الإثبات المقررة شرعا و مطابقتها بتلك المقررة قانونا لنخلص في النهاية إلى مسلك القضاء الجزائري في مسألة إثبات الطلاق العرفي:

أولا: الإقرار.

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

فإذا أقر الشخص بحق لزمه، ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة و ذلك لقصور ولاية المقر وعدم امتدادها إلى غيره، فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق و أقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار و يثبت الطلاق.

والإقرار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاءا لا ديانة هذا إذا أقر بطلاق سابق ، أما إذا نوى إنشاء طلاق جديد فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتمل الإنشاء[3]

وينبغي الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذه بدءا للطلاق و لكن قد يطرح السؤال : ما هو الحكم في حالة الإكراه على الإقرار بالطلاق ؟

هنا لا يقع الطلاق في حالة توافر البينة الشرعية على وقوع الإكراه[4]

وفي حقيقة الأمر أن الإقرار وإن كان بمثابة الدليل القاطع على ثبوت الواقعة محل النزاع بل ويترتب عليه إزالة النزاع حولها، إلا أنه في واقع الأمر لا يعتبر طريقة إثبات بقدر ماهو إعفاء منه، ولذلك فالإقرار يغني عن إلزام مدعي الواقعة بتقديم أي دليل عنها و لذا فليس من المتوقع أن يكون أمرا كثير الوقوع في الحياة العملية

---

[1] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ،ص 460 .

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

[3] المرجع نفسه ،ص 185 .

[4] المرجع نفسه ،ص 192

ولا تظهر أهميته إلا عندما يعوز الخصم الذي صدر لمصلحته الدليل على ما يدعيه فيضطر إلى الاعتماد على اعتراف خصمه[1].

الفرع الثاني : البينة

البينة حجة متعدية ، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار، ونصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل و امرأتين ، ولا تجوز الشهادة بالتسامع في الطلاق لأن الشهادة بالتسامع إنما أجيزت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج و تعطيل الأحكام ، وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل

الفرع الثالث : اليمين

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

اليمين طريق غير عادي للإثبات يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحتكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص[2] .

المبحث الثاني: وقوع الطلاق وكيفية إثباته وفقا لقانون الأسرة الجزائري و موقف الإجتهاد القضائي

بعدما رأينا في المبحث الأول كيفية وقوع الطلاق من الناحية الشرعية وما هي الشروط اللازمة لوقوعه صحيحا سنحاول في هذا المبحث التطرق الى حق الزوج في إيقاع الطلاق وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري وكذلك حاولنا أن نبين مدى انسجام قانون الأسرة ومقتضيات الشريعة الإسلامية بخصوص مسألة إثبات الطلاق وإبراز موقف الإجتهاد القضائي في ذلك.

---

[1] مفلح عواد القضاة ، البينات في المواد المدنية والتجارية ،جمعية عمال المطابع التعاونية ،عمان 1994،ص 219.

[2] مفلح عواد، المرجع السابق ،ص 199.

فالسؤال الذي يتبادر الى أذهاننا هو هل وفق المشرع الجزائري في تناول كل جوانب هذه المسألة بما يجعله يخدم مصالح الأسرة الجزائرية أم يحتاج القانون الى تعديل بما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ؟ الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا تقسيم هذا المبحث كما يلي ، نجدها ضمن دراستنا التي قسمناها كما يلي :

- **المطلب الأول : حق الزوج في إيقاع الطلاق وكيفية إثباته في لقانون الأسرة الجزائري .**
- **المطلب الثاني : الطلاق العرفي ضمن مقتضيات الشريعة الإسلامية و القانون و موقف الإجتهاد القضائي.**

المطلب الأول : حق الزوج في إيقاع الطلاق وكيفية إثباته في قانون الأسرة الجزائري

ويجدر بنا في هذا الصدد، قبل التطرق الى حق الزوج قي إيقاع الطلاق وكيفية إثباته وفقا لقانون الأسرة الجزائري، أن نشير بنوع من الإيجاز الى مسألة الطلاق قبل صدور قانون الأسرة الجزائري .

بدءا بفترة الاحتلال الفرنسي لبلادنا أين كانت تطبق على المسلمين أحكام الشريعة الإسلامية ، و أنشأت لهذا الغرض المحاكم الشرعية و أهم قانون كان يطبق آنذاك هو الأمر رقم 294-59 الصادر في 1959/02/04 بالإضافة الى النصوص التطبيقية له[1]

و الجدير بالذكر في هذا المجال أنه في هذه المرحلة والى غاية صدور الأمر 294-59 كان الطلاق إجراءا بسيطا لا يتطلب أية شكلية إذ يتم بإعلان الزوج عنه لدى القاضي الشرعي ويتعين فيما بعد على الزوجة المطلقة رفع دعواها من أجل المطالبة بحقوقها المالية ،إلا أنه بعد 1959 أصبح انحلال العلاقة الزوجية يخضع بصفة إلزامية الى القضاء و ينظمه بصفة خاصة المرسوم رقم 59/7082 المؤرخ في 1959/09/17 الذي تضمن اللائحة التنفيذية لأمر 59/294 .

أما بعد الاستقلال فقد صدر القانون رقم 218-63 المؤرخ في 1963/05/18 والذي ألغى ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الإستئناف الجزائرية و أنشأ مكانه المجلس القضائي الأعلى بالإضافة الى المرسوم 261-63 المؤرخ في1963/07/22والذي ألغى المحاكمة الشرعية ونقل الى المحاكم

[1] عبد العزير سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،ط3 ،دار هومة للطباعة والنشر 1996 ، ص10 .

المدنية العادية[1] ، واستمر الحال على ما هو عليه الى غاية صدور قانون الأسرة الجزائري حيث أصبح الطلاق لا يمكن أن يتم إلا بتصريح من القاضي بعد محاولة الصلح[2]

ولقد قمنا بتقسيم هذا المطلب الى فرعين كما يلي :

❖ **الفرع الأول : حق الزوج في إيقاع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري .**

❖ **الفرع الثاني : ثبوت الطلاق بحكم قضائي .**

الفرع الأول : حق الزوج في إيقاع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري .

لقد تعرض المشرع الجزائري في المادة 48 من ق أ ج الى إطلاق بالإرادة المنفردة حيث اعتبره حل لعقد الزواج بإرادته ،فهو بهذا أخذ من فقهاء الشريعة الإسلامية وما ينبغي أن نلاحظه في هذا الشأن أن المشرع أوكل مصير العشرة الزوجية الى الزوج طبقا لأحكام القرآن ومقتضى السنة وذلك ليس إحتكارا لحق الزوجة في القرار و إنما كون التصرف في حد ذاته له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى ،و لكونه أيضا في غاية الخطورة[3]

ولقد نصت المادة 49 من ق أج على أنه : (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر) وما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه أقر بأن الطلاق لا يكون ثابتا ولا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي وهنا نتساءل عن مصير الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة[4] .

كما يفهم من خلال نص المادة 49 ق أ ج أنه إذا طلق الرجل امرأته رفع أمره الى القاضي، والقاضي بدوره يحاول الصلح ،فإذا توصل الى الصلح بين الزوجين فلا يحكم بالطلاق ولا يثبت ذلك الطلاق في نظر القانون .

ولا يثبت الطلاق إلا في حالة عدم التوصل الى الصلح بين الزوجين فيحكم القاضي بالطلاق .

---

[1] المرجع نفسه،ص 10.

[2] Ghaouti benmelha le droit algerien de la famille ,office des publication universitaires 993, p195.

[3] عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة ،من منظور الفقه والتشريع والقضاء ،منشورات ثالة ،الأبيار ،الجزائر ،2011 ص 42

[4] بن الشويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،ط1 ،دار الخلدونية ،القبة القديمة ،الجزائر ،2008 ،ص180.

وهذا مخالف للكتاب والسنة وإجماع المسلمين فقد رأينا إجماع الفقهاء على أن الزوج العاقل البالغ الغير مكـــره إذا طلق امرأته طلاقا للسنة ،فإنه يقع الطلاق من حينه، ولا يحتاج الى قضاء [1].

فالطلاق يعتبر حق من الحقوق الإرادية ، فهو يستعمل بمحض إرادة الزوج و بمجرد التعبير عن إرادته ،يحـــدث الأثر القانوني الناشئ من عقد الزواج .

وفي ذلك يقول الأستاذ الهاشمي هويدي رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا : (ما دام الـــزوج هـــو الذي يملك العصمة الزوجية ،فإن له الحق في إنشاء الطلاق للحديث الشريف الطلاق لمن أخذ بالساق وعليـــه فدور القاضي هو مجرد مسجل لإرادة الزوج وليس له الحق في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على إعتبار أنهـــا غير مبررة ولا مؤسسة ما دام الزوج لم يطرح أي سبب أو عذر لهذا الطلاق مفضلا هكـــذا تحميلـــه كامـــل المسؤولية في ذلك طبقا للمادة 52 من ق أج)[2].

تبعا لذلك فالسؤال المطروح في هذا الصدد هو :

هل يخضع الزوج عند التعبير عن إرادته في الطلاق الى الشكل القانوني ؟

يرى الدكتور عبد الفتاح تقية أن الطلاق حق يخضع فيه للشكل القانوني باعتبار أنه أحد الحقوق الإرادية فهـــو إذن يستعمل بمحض إرادة الزوج و بمجرد التعبير عن إرادته يحدث الأثر القانوني .

وان الشكل القانوني لا يهدف الى الانتقاص من الحق الإرادي، أو المساس به حيث استعمل المشرع في المـــادة 49 "عبارة لا يثبت الطلاق إلا بحكم" فهو بهذا قد وضع قاعدة إجرائية صحيحة لصحة وقوع الطلاق .

وبالتالي فإن الشكل القانوني الذي وضعه المشرع كقاعدة إجرائية صحيحة واضحة لصحة وقوع الطلاق يعتبر إجراءا ضروريا ولازما إذ أنه لابد من اللجوء الى القضاء ، والاحتكام الى القاضي خاصة في هذه المسألة باعتبار أن تصرفها خطير مما يتطلب إتباع الإجراءات القانونية الملزمة في هذا الشأن[3] .

الفرع الثاني : ثبوت الطلاق بحكم قضائي :

---

[1] مصري مبروك ، المرجع السابق ،ص 197.

[2] الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،2001 ،مجلة قضائية ص 21 .

[3] عبد الفتاح تقية ،قانون الأسرة ،مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية ،دراسة مقارنة ،ط1 ،دار الكتاب الحديث ،القاهرة ،2011 ،ص220-221 .

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من ق أ ج على ما يلي : (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر) نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع اشترط صدور حكم حتى يثبت الطلاق و يرتب آثاره القانونية كما اشترط أن يستبق صدور الحكم إجراء الصلح لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعليه فإن السؤال المطروح هو هل الحكم الصادر لإثبات الطلاق هو حكم كاشف أم حكم منشئ؟

أولا : ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق :

إن إرادة المشرع هنا تتجه الى إخضاع مسألة إثبات الطلاق الى القضاء ، إلا أن الإشكالية التي تثار في هذه الحالة هي هل يمكن وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ثم يتم إثباته بحكم؟

يرى الدكتور زودة عمر انه لا يقع الطلاق إلا بموجب حكم ، فهو ليس شرطا للإثبات ،وإنما هو شرطا للإنعقاد ،ذلك ان المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد حاولة الصلح ،تبعا لذلك فإنه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي ، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز الى الإتجاه الشكلي ،فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء ،بل يجب على الزوج أن يعلن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراء الصلح ،وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي ، يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك،ومن ثمة فلا يمكن قبول إدعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررا رسميا صادرا عن القاضي يثبت ذلك[1] .

إن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الظاهرية والجعفرية[2] وهو الرأي الذي يؤيده جمع من الفقهاء منهم ابن حزم الظاهري وابت تيمية وابن القيم[3] والمحدثون منهم عبد الرحمان الصابوني وأحمد القندور[4] ،فهم يشترطون لصحة وقوع الطلاق ان يقع أمام شاهدين عدلين ،إلى جانب ذلك يجب أن تكون الزوجة في حال طهر لم يدخل بها و يتضح من كل هذا ان المشرع الجزائري قد أخذ بما اتجهت إليه بعض المذاهب على اشتراط الإشهاد لصحة

---

[1] زودة عمر ،طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ،إنسكلوبيديا للنشر بن عكنون ،الجزائر ،2003 ص 31

[2] عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ،ص 476.

[3] المرجع نفسه، ص 478.

[4] محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 481

وقوع الطلاق ،وكل ما أضافه هو أن جعل من القاضي وكاتب الضبط شاهدي عدل ،فيجب على الزوج أن يحضر أمام القاضي ويعلن عن إرادته في الطلاق ،ويقوم كاتب الضبط بتدوين هذا الإعلان عن الإرادة والقاضي هنا لا يأمر ولا يحكم وانما يقوم بتلقي الإعلان عن الإرادة وتوثيقها[1] .

وعليه لم يستحدث المشرع الجزائري أمرا جديدا و لم يدخل أي تعديل على القواعد الموضوعية في الطلاق ، وإنما أخذ بما تقول به بعض المذاهب وعلماء الشريعة الإسلامية فتلك المذاهب التي تشترط لصحة وقوع الطلاق أن يقع أمام شاهدين وكل ما استحدثه أن جعل الطلاق لا يقع إلا أمام هذه الجهة .وتبعا لذلك فإن الطلاق لا يقع إلا بإعلان الزوج عن إرادته أمام الجهة الرسمية ويجب ان يتلقى القاضي الإعلان عن الإرادة في محرر رسمي ،وابتداء من تلقي القاضي الإعلان عن الإرادة يترتب عليه الأثر القانوني وهو الإعلان عن إنهاء الرابطة الزوجية ونتيجة ذلك لايمكن إنشاء الطلاق إلا بموجب محرر رسمي[2] .

ومن جهة أخرى بالرجوع الى مواد قانون الأسرة خاصة المادة 49 و50 نستنبط بأن المشرع الجزائري فرق بين فرضين :

1- الطلاق الرجعي ويثبت بدون حاجة لصدور الحكم .

2- الطلاق البائن والذي لا يثبت إلا بحكم قضائي ويقصد به الطلاق البائن بينونة صغرى[3]

غير أن المشرع بعد أن ذكر في المادة 48 من ق أج بأن الطلاق يتم بإرادة الزوج بحده يجعل الطلاق لا يثبت إلا بحكم في المادة 49 من ق أ ج وتبعا لذلك لو طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا وصدر الحكم من المحكمة بإثبات الطلاق قبل إنقضاء العدة فليس للزوج حق المراجعة ولو لم تنقض العدة إلا بعقد جديد مادام أن الحكم القاضي بالطلاق جعله بائنا طبقا للمادة 50من ق أ ج والتي جاء نصها (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج الى عقد جديد).

يتبين مما سبق أن المشرع الجزائري خلط بين ما يعتبر طلاقا بائنا[4] .

---

[1] زودة عمر، المرجع السابق ،ص 32.

[2] زودة عمر، المرجع السابق ،ص33

[3] حسين بن شيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،ط2 ، ،ج1،دار هومة ،بوزريعة، الجزائر، 2006،ص 194.

[4] المرجع نفسه ،ص195.

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

وتجدر الإشارة الى أن المشرع قد فرق بين الطلاق البائن بينونة صغرى وذلك بنصه في المادة 51 من ق أ ج (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتاليتين إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء)

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها رقم 39463 الصادر بتاريخ 1996[1]،الى التفرقة بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن حيث جاء في منطوقه أنه:(من المتفق عليه فقها وقضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية 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 قبل الدخول أو وقع بناءا على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه ،وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءا على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها .

وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا) .

وعلى غرار التشريع الجزائري فقد ذهب التشريع التونسي الى عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء وذلك على خلاف التشريع المصري والذي يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ، حيث يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية من إقرار وبينة و يمين[2].

حيث نصت في الفصل الثلاثون من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة،كما نص الفصل واحد وثلاثون على أنه :"يحكم بالطلاق :

1-بتراضي الزوجين .

---

[1] جمال سايس ،الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ،قرارات المحكمة العليا،ط 1،منشورات كليك المحمدية الجزائر،2013، ج 1 ،ص 236.

[2] محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ،ص 183.

2-بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر .

3-بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به ..."

أما الفقرة الثانية من الفصل 32 فقد نصت على أنه :

"ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك .وإذا لم يحضر المدعى عليه و لم يبلغ بالإستدعاء لشخصه،فإن قاضي الأسرة يؤجل النظر في القضية ويستعين بمن يراه لإستدعاء المعني بالأمر أو لمعرفة مقره الحقيقي واستدعائه منه..."ويلاحظ هنا بأن محاولة الصلح إجراء جوهري ولذا أضفى عليها المشرع قدرا من العناية ،وأعطى للقاضي صلاحيات واسعة بأن يبذل ما في وسعه لتحقيق الصلح ،وكذا الإستعانة بمن يراه مناسبا للوصول الى الصلح من أهل الزوجين أو علماء النفس والإجتماع ،فلا يحكم بالطلاق إلا بعد بذل القاضي جهده في الإصلاح ويثبت عجزه عن ذلك[1] .

وقد ذهب الإجتهاد المصري الى أن إقرار الزوج بطلاق زوجته مسندا الى تاريخ سابق لا يعد إنشاء لطلاق جديد و حجتهم في ذلك هو حتى لا يحل له التزوج بأختها أو بأربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها وهو المختار[2] .

أما مدونة التشريع المغربي فلقد عممت حق اللجوء الى القضاء على الزوجين لحل ميثاق الزوجية ، وكرست المراقبة القضائية لجميع مراحل توقيع الطلاق أو التطليق ، حيث نجدها في المادة 78 تنص على أن : (الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج و الزوجة ، كل حسب شروطه تحت مراقبة القضاء)[3].

وعلى خلاف التشريعين الجزائري والتونسي فإن الطلاق بإرادة الزوج، لايحتاج الى تدخل القاضي بل يسجل لدى شاهدين تبعا للفصل 48 من المدونة بقولها:(يجب تسجيل الطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد) فهنا لا يتدخل القاضي ولا يقوم بمحاولة الصلح[4] .

ثانيا: الطبيعة القانونية للحكم المثبت الطلاق .

---

[1] حسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ،ص202-203.

[2] أحمد نصر الجندي ،مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ،القاهرة ،ص 991

[3] أحمد الأمراني ، المرجع السابق ،ص 160.

[4] حسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ،ص 204.

إن ما تجدر الإشارة اليه في هذا الصدد ،هو أن حكم الطلاق شأنه شأن الأحكام القضائية الأخرى ،يجب ان تتوفر فيه جملة من الشروط ،وإلا أصبح مشوبا ومعرضا للطعن بالنقض .

بمعنى أنه يجب أن يكون الحكم مطابقا لما هو منصوص عليه قانونا من الناحية الشكلية ،لأنه كسائر الأحكام القضائية الأخرى له أهميته من حيث الديباجة وبيان الوقائع والحيثيات ومنطوقه[1].

يجب الإشارة الى ان الأحكام القضائية تنقسم الى أحكام تقريرية و أحكام منشئة ،و أحكام الزام ،وكل تقابله دعوى خاصة به .ونتطرق الى تعريف كل نوع كما يلي :

1-**الأحكام المقررة** : هي التي يؤكدها وجود أو عدم وجود الحق ، أو المركز القانوني أي أنه ينظر الى الحق أو المركز القانوني في ذاته بصرف النظر عن مضمونه .وعليه فإن الدعوى التي ترمي الى الحصول على هذا القضاء تسمى بدعوى التقريرية[2] .

2-الأحكام المنشئة : هي التي تهدف الى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني وعليه فالدعوى التي تهدف الى الحصول على هذا القضاء ، تسمى بالدعوى المنشئة .وهي التي تهدف الى تغيير حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية ،وبمجرد الحصول على هذا القضاء تتحقق الحماية القضائية[3] .

3- أحكام الإلزام: هي التي تتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري ،حيث أن الدعوى التي ترمي الى الحصول على هذا القضاء تسمى بدعوى الإلزام . وقضاء الإلزام شأنه شأن باقي الأعمال القضائية الأخرى لا يفعل سوى تقرير مركز قانوني سابق عليه ولكنه يتميز بالنظر الى طبيعة الرابطة القانونية أو المركز القانوني محل التقرير[4].

الحكم المثبت للطلاق من حيث طبيعته :

---

[1] عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة ، المرجع السابق ،ص 175

[2] عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق ،ص176.

[3] زودة عمر ، المرجع السابق ،ص99-100.

[4] المرجع نفسه ،ص 99.

ان ما يمكن استخلاصه من خلال دراستنا لأنواع أحكام الطلاق كما سبق ذكره أعلاه ،أن الحكم الـــذي يخص الطلاق هو حكم كاشف ومنشئ في نفس الوقت ، ذلك ان حكم الطلاق يختلف عن غيره من الأحكام من حيث الطبيعة .

و بالتالي فإن حكم الطلاق هو حكم كاشف لكون القاضي عندما ينطق به فهو يكشف عـــن إرادة الـــزوج ،الذي يكون تلفظه بالطلاق قبل اللجوء الى القضاء ، ولكون الحكم المنشئ يرتب مركزا قانونيـــا جديـــدا ، والذي يتمثل في مركز المطلق و المطلقة[1] .

وعليه فإن أحكام الطلاق بموجب المادة 57 من ق أ ج التي نصت على انه (الطلاق لا يقبل الإستئناف إلا في جوانبه المادية) ومن ثم فإن أحكام الطلاق[2] منطوق حكمها يكون على النحو التالي :

"حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا ،حضوريا ،نهائيا فيما يخص الطلاق وإبتدائيا فيمـــا عداه :

1-في الشكل: قبول الدعوى .

2-في الموضوع : بالطلاق بين المدعو :س م والمدعوة ج م ، و أمر ضابط الحالة المدنية المخـــتص بتســـجيل منطوق هذا الحكم طبقا للقانون .

رفض باقي الطلبات لعدم التأسيس وتحميل المدعى عليها المصاريف القضائية .

بذا صدر الحكم وأفصح به جهرا وعلنيا بالتاريخ المذكور أعلاه ، وبحسبه أمضيناه مع أمين الضبط " .

المطلب الثاني : الطلاق العرفي ضمن مقتضيات الشريعة الإسلامية و القانون و موقف الإجتهاد القضائي

في حقيقة الأمر إن الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى بنا الى مشاكل عويصة خاصة و ان المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق العرفي ،رغم ان التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال الى إثباته بأثر رجعي ولتوضيح أكثر لهذه الإشكالية قسمنا هـــذا المطلب كما يلي :

---

[1] عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة ، المرجع السابق ،ص 177.

[2] أنظر الملحق .

❖ **الفرع الأول : المقتضيات الشرعية و القانونية في مسألة الطلاق العرفي**

❖ **الفرع الثاني : موقف الإجتهاد القضائي من مسألة إثبات الطلاق العرفي**

الفرع الأول : المقتضيات الشرعية و القانونية في مسألة الطلاق العرفي

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من ق أ ج على أن : (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر)

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع أقر بأن الطلاق لا يكون ثابتا ولا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي وهنا نتساءل عن مصير الطلاق الذي يوقعه الزوج خارج ساحة القضاء أو ما يعرف بالطلاق العرفي أو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة والذي أقرته الشريعة الإسلامية، حيث منحت للزوج العاقل البالغ غير المكره الحق في إنهاء الرابطة الزوجية متى شاء ويقع طلاقه في حينه، ولا يحتاج الى قيد أو حكم قضائي ولا غيره .

و بإستقرائنا لنص المادة 49و50و51 من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ ما يلي :

أولا : أن المشرع استعمل عبارة "لا يثبت الطلاق إلا بحكم" فهو بهذا علق صحة وقوع الطلاق على صدور الحكم ، بمعنى أنه إذا طلق رجل امرأته طلاقا عرفيا و استغرق مدة العدة ،أصبح الطلاق بائنا بينونة كبرى بحيث لا يجوز له مراجعة زوجته و أصبحت محرمة عليه شرعا .،ولا يعتد بطلاقه ولا يترتب عليه أثرا قانونيا ، إلا بعد أن يحكم القاضي به ،هذا القول يتناقض تماما مع أحكام الشريعة الإسلامية لأنه فرضا أن القاضي يرفض دعوى الطلاق و يحكم بالرجوع الى بيت الزوجية ، في هذه الحالة يكون الزوجان قد إرتكبا إثما بمخالفتهم للشرع الذي بمقتضاه إستحالة إستمرار الحياة الزوجية ، والقاضي هنا يبيح للزوجين حقوقا في الإستمتاع والعشرة ،لا تبيحها الشريعة الإسلامية ،وكذلك الحقوق المترتبة على العلاقة الزوجية من نسب وميراث ...الخ .

وفي هذه الحالة فإن المشرع الجزائري هنا لم يبين لنا طبيعة الحكم أهو كاشف للطلاق أم منشئ .

رغم أن الشريعة الإسلامية واضحة وكل الآيات الواردة في الطلاق تدل على أن الطلاق بيد الرجل مثل قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[1] الى غيرها من الآيات والأحاديث النبوية التي تدل على أن الطلاق بيد الرجل كما أجمع عليه العلماء و الفقهاء المسلمين في كل العصور .

ثانيا: ما يلاحظ كذلك على نص المادة 49 ق أ ج أنه أشار الى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة أشهر و استعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق و خلال الخصام بين الزوجين، فإذا كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة فيصبح الصلح بلا فائدة إلا إذا كان الطلاق رجعيا ،فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق وليس تجنبا لحدوث الطلاق[2] .

ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون القاضي كاشفا للطلاق الذي أوقعه الزوج بارادته المنفردة ، وليس منشئا له حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية ومع النصوص القانونية ، كما يلاحظ أيضا أن إستعمال المشرع لفظ الصلح في غير محله ، إذ الصلح كما هو معلوم يتقرر في حالة الخصام بين الزوجين لقوله تعالى :

﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[3] وهو ما يتطلب بأن يكون الصلح بعد رفع دعوى الطلاق في حالة إذا لم يكن الزوج قد طلق من قبل[4] ،أما إذا تبين بأن الزوج طلق قبل رفع الدعوى أمام المحكمة فهنا يصبح الصلح بلا معنى .

ثالثا :ما يلاحظ كذلك على نص المادة 49 ق أ ج أنه استعمل لفظ المراجعة في غير محلها ،لأن لفظ المراجعة لا يكون إلا في حالة صدور الطلاق .

بالإضافة الى ذلك فإن النص يقضي بأن المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق ،فيتطلب الأمر الى عقدا جديدا وهو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك وعلى أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية وبالتالي ما يمكن أن نستخلصه أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ،

---

[1] سورة الطلاق ، اية 2

[2] بن الشويخ الرشيد ، المرجع السابق ،ص 180.

[3] سورة النساء ، اية 35.

[4] بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق ،ص 182 .

حيث جاء في المادة 50 من ق أ ج (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح ، لا يحتاج الى عقد جديد ، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد).

و كأن الفيصل في الطلاق الرجعي و البائن بينونة صغرى في نظره هو الحكم القاضي بالطلاق ، بمعنى آخر كل طلاق قبل حكم القاضي فهو رجعي وكل طلاق بعد حكم القاضي فهو بائن ،في حين أن الشريعة الإسلامية عرفت الطلاق الرجعي على النحو التالي :

تعريف الطلاق الرجعي: هو الذي يملك فيه الرجل مراجعة زوجته ما دامت في العدة ولو بدون رضاها لأنها لا تزال زوجته .

والبائن بينونة صغرى : هو الذي يملك فيه الرجل مراجعة زوجته بعقد جديد ومهر جديد.

أما البائن بينونة كبرى : فلا يملك فيه الرجل مراجعة زوجته الا بعد ان تنكح زوجا غيره و يطلقها .

فالأصل في الطلاق أن يكون رجعيا وذلك ليتدارك المطلق أمره فلعله يندم على فعله فيراجع زوجته ما دامت في العدة[1] .

وهنا يقع التناقض بين النص القانوني ومقتضيات الشريعة الإسلامية .

أما بالنسبة للطلاق البائن بينونة كبرى، جاءت المادة 51 ق أ ج (لايمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء)

نلاحظ أن هذه المادة نصت على الطلاق الثلاث أي البائن بينونة كبرى و لم ينص المشرع على الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى .

وبالمقابل فإن الشريعة الإسلامية جعلت حدا للطلاق، و مكنت الزوج فرصتين للمراجعة ، أي يطلق ثم إما أن يمسك بمعروف بحيث يراجعها أو أن يسرح بإحسان ، بحيث يتركها حتى تنقضي عدتها فتبين و كذلك الأمر بعد الطلقة الثانية ، إن راجعها في العدة أو تزوجها من جديد بعد إنقضائها ، فإما إمساك بمعروف أو تسريح

[1] عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ،ص 126.

بإحسان فإن طلقها ثلاث بانت منه بينونة كبرى ، فلا يراجعها ولا يتزوجها من جديد حتى تنكح زوجا آخر بعد أن يطلقها أو يموت عنها ، ثم أن شاء تزوجها من جديد[1] .

وهذا هو الأصل في الطلاق البائن بينونة كبرى الذي بموجبه تحرم المرأة على الرجل ولا يجوز له أن ينكحها بعد إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ثم يطلقها أو يموت عنها بعد أن يبني بها[2] .

رابعا : كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج ، بحيث صار طلاق القاضي بائنا ، في حين قد تكون العدة عند صدور الحكم لا زالت سارية كما إذا كانت الزوجة المطلقة حامل لتضع حملها بعد والحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة الزوجية الى حين إنتهاء العدة .هنا أيضا يتناقض المشرع مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث حول الطلاق الرجعي الى بائن، و أوجب إبرام عقد جديد في حالة المراجعة حتى ولو كانت العدة سارية ،في حين أنه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد لأنها لا زالت زوجته شرعا[3]

خامسا : أما بخصوص نص المادة 51 من ق أ ج فإن هذا النص مستمد من النص الشرعي لقوله تعالى :

﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ ﴾[4]

المشرع من خلال هذا النص لم يبين معنى عبارة ثلاث مرات متتالية أيقصد بذلك أن يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق ،أم أنه يقصد أن يطلق ثلاث بلفظ واحد ، لأن الفقهاء اختلفوا في مدلول النص ما إذا كان الأمر يتطلب ثلاث مرات بصورة منفصلة عن بعضها أم يكفي اللفظ المتكرر ثلاث مرات الترتيب الحكم السابق .

والأئمة الأربعة متفقون على أن اللفظ المتكرر بالعدد ثلاث مرات يقع طلاقا بائنا ببينونة كبرى بينما نجد الإمام ابن تيمية، واعتبر اللفظ المقترن بالعدد ثلاث مرات لا يقع إلا طلقة واحدة ، و من هذا المنطلق لابد على

---

[1] مصري مبروك ، المرجع السابق ،ص145 .

[2] قرار رقم 239349 مؤرخ في 2000/02/22 المجلة القضائية 2001 عدد خاص ص 107 والقرار رقم 395557المؤرخ في 09/ 05/ 2007 مجلة المحكمة العليا 2008 عدد2 ص299

[3] بن الشويخ الرشيد ، المرجع السابق ص 183.

[4] سورة البقرة الآية رقم 230

المشرع من تحديد المقصود من لفظ ثلاث مرات متتالية لرفع اللبس من جهة ولترتيب الأمور الشرعية والقانونية من ناحية أخرى .وحسب الدكتور بن شويخ رشيد ،فإن القانون لا يعتد بعدد الطلقات المنفصلة عن بعضها ، والسبب في ذلك هو أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم كما سبق و أن رأينا ،وهو ما يعني صدور ثلاثة أحكام قضائية ليصير معها الطلاق بائنا بينونة كبرى[1] .

لكن من الناحية الشرعية يختلف الأمر تماما ، مثل إذا طلق الزوج مرتين خارج القضاء ، و راجع زوجته خلالهما دون أن يلجأ الى القضاء وفي المرة الثالثة عندما طلقها يعتبر هنا الطلاق من الناحية الشرعية طلاقا بائنا بينونة كبرى لأنه صدر من الزوج للمرة الثالثة .

وفي هذه الحالة لا بد للزوج أن يلجأ الى القضاء لإستصدار حكم الطلاق ، وحتما سيتعامل معه القانون و القاضي على أنه طلاق للمرة الأولى لأنه لا توجد أحكام لحالات الطلاق السابقة التي وقعت خارج القضاء .

و بالتالي فإن القاضي يطبق ما نصت عليه المادة 50 من ق أ ج[2]

ونجد مرة أخرى التناقض الواضح بين نصوص القانون وأحكام الشريعة الإسلامية بحيث أنه كان يتوجب على القاضي أن يعتبر هذا الطلاق بائنا بينونة كبرى فلا تجوز المراجعة هنا وإنما يتطلب الأمر زواج المرأة برجل آخر زواجا شرعيا صحيحا ، فإذا طلقها أو مات عنها بعد الدخول الحقيقي جاز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد.خاصة إذا كان القاضي غير متخصص في الموضوع، فقد لا يتفطن لمثل هذه الأمور ويقع الزوجان في المحظور و بالتالي كان على المشرع توضيح الأمر بشكل دقيق[3]

ولهذا فإن المشرع الجزائري أهمل الجانب الشرعي ولذلك توجب عليه تدارك الأمر و توضيح الأمور بما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية ،بأن يعترف بالطلاق العرفي ويلزم الزوج الذي يوقعه على تسجيله في أقرب وقت قبل انقضاء مدة العدة ،حتى يتمكن القاضي من تثبيت هذا الطلاق بأثر رجعي أي من وقت التلفظ به حتى يعتد به و يصبح له أثر قانوني وحتى تحفظ الحقوق والأنساب .

---

[1] بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق ،ص 186.

[2] قرار المحكمة العليا رقم 345709 المؤرخ في 2005/10/12 مجلة المحكمة العليا ،2005 عدد 2،ص 419 و القرار 176551مؤرخ في 1998/02/17 المجلة القضائية 2000 عدد 1 ص 171.

[3] بن الشويخ الرشيد ، المرجع السابق ،ص 185.

سادسا : حالة إعادة الزوج الزواج ، هذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة إعادة الزوج الزواج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط الواردة في السنة النبوية الشريفة إلا أنه من الناحية القانونية يطرح إشكالا كبيرا، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب الإستبراء، و من ثمة كان يستحسن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا، وتتعقد المسألة أكثر بوجود أولاد منه.

سابعا: حالة إعادة الزوجة الزواج وهذه الحالة تطرح إشكاليات كبيرة على الصعيدين القضائي و الشرعي ، وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين حالتين :

– حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي: يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة للطلاق العرفي ذلك أنه من المفروض أن الطلاق العرفي لايمكن أن يكون في زواج رسمي إذ لا 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]، والمفروض أن هذه المسألة لا تطرح أي إشكال طالما أنه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق ، إلا أن الإشكال يكمن في حالة وجود الأولاد ، إذ ينبغي إلحاق نسبهم للزوج الأول مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسب الأولاد مع الإشارة إلى أن الزوجة على ذمة زوج آخر، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ، وهنا حتى وإن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به .

–حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل: و نكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا .

و تجدر الملاحظة أنه يمكن في هذه الحالة حسب القانون الجزائري متابعة الزوجة بجريمة الزنا، وذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ومن ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد، و بالتالي

[1] داود بن صالح ،الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق ،مجلة الموثق ،جوان 2001 ،عدد 1.

يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية، وفعلا حدث ذلك بمحكمة الجلفة قسم الجنح حيث أدينت المطلقة عرفيا التي أعادت الزواج عرفيا بجريمة الزنا[1].

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

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها في هذا الصدد ، حيث ورد في أحد قراراتها رقم 22850 المؤرخ في 1982/05/18[2] أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها، بل ذهبت المحكمة العليا أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا ، وقد ورد في قرار آخر أنه إذا دفعت المتهمة بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها وبين الشاكي قد انحلت و استشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما فادعى الزوج الشاكي أن 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[3].

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري و من استقراء نصوص قانون الأسرة يتبين لنا وأنه لا يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك و لم ينظم هذه المسألة و هذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي والذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي استنادا إلى الشريعة

---

[1] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 15.

[2] نشرة القضاة 1983 عدد 1 ص 122

[3] أحسن بوسقيعة ،قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ،ط3 ،الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 ،ص 132.

الإسلامية و التي ورد النص بالإحالة عليها ،ولهذا فإن قانون الأسرة الجزائري بحاجة ماسة للتعديل لأن المصلحة الإجتماعية تقتضي الاعتراف به .

الفرع الثاني : موقف الإجتهاد القضائي من مسألة إثبات الطلاق

ان قضاء المحكمة العليا قد أولى عناية كبيرة لمسألة الطلاق ، سواء على ضوء التشريع أو من خلال أحكام و مبادئ الفقه الإسلامي ، حريصا في ذلك على القانون الواجب التطبيق في هذه المسائل ، كما تقيد بمبدأ الإجتهاد في مورد النص و بأحكام الشريعة الإسلامية ، باعتبارها القانون الواجب التطبيق في هذا المجال ، تيسرا على القاضي، بدلا من البحث الشاق في المصادر المختلفة لها ، كما أن التطبيق العملي لمسائل الطلاق ، يتطلب الدقة في موضوع أحكامه، ومراعاة معايير و ضوابط مسائله الموضوعية ، لكون أنه يخضع لمبادئ التقاضي على درجة واحدة الى غاية ما ينتهي هذا التطبيق ، والذي تمثله المحكمة العليا في قراراتها التطبيقية ، لأحكام الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة ،وذلك لكون أنها هرم النظام القضائي العادي في بلادنا ، والتي أعطاها القانون سلطة الرقابة على مدى تطبيق القانون تطبيقا سليما وفرضه وتطبيقه على المجالس والمحاكم[1]

وعليه فإن قضاء المحكمة العليا من خلال قراراته يحرص على ان يكون القانون الواجب التطبيق في مادة الطلاق هو التشريع ثم مبادئ الشريعة الإسلامية .

إلا انه يلاحظ أن الإجتهاد القضائي يعترف بالطلاق الذي أوقعه الزوج خارج ساحة القضاء ،ويقر بأن الزوج يستعمل حقه في إيقاع الطلاق والقاضي لا يغير في إرادة الزوج بل يقوم بإثبات هذه الواقعة بأثر رجعي من يوم التلفظ بالطلاق بعد أن يتحقق ويتأكد من حدوث واقعة الطلاق بشهادة الشهود أو بالاقرار .حيث نستشف ذلك من خلال قرارات المحكمة العليا في هذا المجال من بينها القرار رقم 35346بتاريخ 1984/12/31 لذي نص :(من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية العصمة بيد الزوج ،ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية .

[1] عمار بوضياف ،النظام القضائي الجزائري ،دار ريحانة للنشر والتوزيع ،2003 ،ص 261.

ومتى خالف قضاة الاستئناف تطبيق هذا المبدأ استوجب نقض قرارهم المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار تلقائيا من المجلس الأعلى)[1] .

وكذلك القرار رقم 223019 بتاريخ 1999/06/15 الذي نص :(من المقرر قانونا انه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ...)[2]

وكذلك القرار رقم 216850 بتاريخ 1999/02/16 الذي نص :

1- من المستقر عليه قضاءا أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع الى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق .

ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي برفض الدعوى وحكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين واعتبروه تعسفيا على مسؤولية المستأنف عليه طبقوا صحيح القانون .

2-من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء .

ومتى تبين – في قضية الحال – أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين ، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن)[3].

وكذلك القرار رقم315403المؤرخ في 2005/02/23 [4]يؤكدان إعتراف المحكمة العليا مرة أخرى بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء.

أما موقف الإجتهاد القضائي في مسألة الطلاق البائن والطلاق الرجعي ،إذ يعتبر الطلاق الذي يوقعه الزوج هو طلاق رجعي ،وان الحكم القاضي به لا يغير من رجعيته ،أما الطلاق البائن فاعتبره هو الطلاق الذي يقع ما

---

[1] المجلة القضائية 1990 ،العدد2 ،ص86 .

[2] الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص ،عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،2001 ص 104

[3] الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص ،عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،2001 ص 109.

[4] مجلة المحكمة العليا 2005،عدد 01 ص 275) والقرار رقم 288322 المؤرخ في 2002/09/25 (مجلة القضائية 2003 عدد 1 ص 375

قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها[1] .

وعليه نستخلص أن الإجتهاد القضائي يستند الى أحكام الشريعة الإسلامية حيث يقر بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء وأن العصمة بيد الزوج و أن الطلاق هو حق من حقوقه يستعمله متى شاء ،ويمكن لـــه إثباتـــه باللجوء الى القاضي الذي يصدر حكما بإثبات طلاقه بأثر رجعي من يوم التلفظ به وذلك حتى يتأكد القاضي من صحة وقوعه بناءا على شهادة الشهود الذين حضروا الواقعة .

وفي ذلك يقول الأستاذ الهاشمي هويدي رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا : (ما دام الزوج هـــو الذي يملك العصمة الزوجية ،فإن له الحق في إنشاء الطلاق للحديث الشريف بالطلاق لمن أخذ بالساق وعليـــه فدور القاضي هو مجرد مسجل لإرادة الزوج وليس له الحق في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على إعتبار أنهـــا غير مبررة ولا مؤسسة ما دام الزوج لم يطرح أي سبب أو عذر لهذا الطلاق مفضلا هكـــذا تحميلـــه كامـــل المسؤولية في ذلك طبقا للمادة 52 من ق أج) .

أما فيما يخص إجراء الصلح هل يعد إجراءا جوهريا أولا ؟هنا كان موقف الإجتهاد القضائي غامض : فتـــارة يعتبر الصلح إجراءا جوهريا والعمل بما يخالف هذه القاعدة يعد خرقا للقانون كما هو مقرر في القـــرار رقـــم 75141بتاريخ 1991/06/18[2].

وتارة أخرى لايعتبره إجراءا جوهريا كما هـــو منصـــوص عليـــه في القـــرار رقـــم 200198بتـــاريخ 1998/07/21[3]، لكن من الناحية العملية وما هو جار به داخل المحاكم ، أن إجراء الصلح أمـــر ضـــروري ويقوم به القاضي قبل الحكم بالطلاق في جميع القضايا المتعلقة بالطلاق ، لأن الهدف من هذا الإجراء هو محاولة القاضي إنقاذ الحياة الزوجية وإعطاء الزوجين فرصة أخرى، وليس من المنطق أن يحكم القاضي بالطلاق بدون إجراء عملية الصلح لأنه يكون بذلك قد عجل في إنهاء الرابطة الزوجية.

---

[1] قرار رقم 39463 بتاريخ 1986/02/10 ،المجلة القضائية ،1989 العدد1 ،ص115 .

[2] المجلة القضائية 1993 العدد 01 ،ص65.

[3] نشرة القضاة العدد 99/65 ص 40.

الفصل الثاني

إجراءات إثبات الطلاق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

انتهينا في الفصل الأول إلى أن الطلاق يعتبر من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج،فإنه من الثابت أن الأصل في استعمال الحقوق الإرادية تكون بإعلان إرادة صاحبها . وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 48 من ق أ ج ، ولكونه كذلك تصرف إرادي تترتب عليه آثار شرعية ، فإنه يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية تطبيقا للقواعد العامة، إلا أن المشرع أوجب شرطا أساسيا حتى يمكن الاعتراف بهذا التصرف أمام القضاء .وهو خضوع الزوج عند استعمال حقه في الطلاق الى الشكل القانوني وهذا طبقا للمادة 49 من ق أ ج فما هي الإجراءات والقواعد اللازمة لإثبات هذا الحق الإرادي ، أمام القضاء ؟

وعليه سنقسم دراستنا الى مبحثين إذ نتطرق في المبحث الأول إلى إجراءات استصدار الحكم بإثبات الطلاق والذي نتناول فيه كل من إجراءات رفع إثبات الطلاق في المطلب الأول والمطلب الثاني خصصناه بدراسة طريقة سير دعوى إثبات الطلاق من خلال إجراء الصلح و إجراء التحكيم ، أما المبحث الثاني فخصصناه لمسألة إثبات الطلاق من خلال العمل القضائي حيث كان تقسيم الدراسة على النحو التالي :

- **المبحث الأول: الإجراءات المتبعة في إثبات الطلاق .**
- **المبحث الثاني : إثبات الطلاق من خلال العمل القضائي**

المبحث الأول: الإجراءات المتبعة في إثبات الطلاق .

يتفق الفقه الحديث على أن الدعوى القضائية هي الوسيلة التي من خلالها يمكن الحصول على الحماية القضائية فهي تحمي الشخص في مواجهة شخص آخر .

والمشرع عندما نظم القضاء لتطبيق القانون وحماية الحقوق لم يكتف بضمان حق اللجوء الى القضاء للأشخاص ،كما نص عليه الدستور في المادة 139 ،والمادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إنما منحهم الحق في الحماية عندما يستحقونها ،وذلك باستعمال الدعوى[1] .

[1] نشرة القضاة العدد 64 ،الجزء الأول ،2009 ،ص 302.

وينبغي الإشارة الى أن قانون الأسرة لم ينص على الإجراءات والقواعد اللازمة لتطبيقه والتي يجب مراعاتها في قضايا الزواج والطلاق.وعليه فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ، يعتبر المرجعية الإجرائية لتشريع قانون 84/11 المعدل والمتمم 05/09 .

والسؤال المطروح هنا : ماهي الشروط الواجب توافرها لإصدار الحكم بإثبات الطلاق ، وما هي الإجراءات المتبعة في ذلك ؟و كيف يتعامل قاضي الأحوال الشخصية مع دعوى إثبات الطلاق ؟وللإجابة على هذا السؤال قسمنا هذا المبحث الى مطلبين كما يلي :

- **المطلب الأول: : إجراءات رفع دعوى إثبات الطلاق**
- **المطلب الثاني: إجراءات سير دعوى إثبات الطلاق .**

المطلب الأول : إجراءات رفع دعوى إثبات الطلاق .

يتم عادة رفع الدعوى من الزوج إذا كنا بصدد دعوى الطلاق بإرادة منفردة ، وهذا على خلاف دعوى إثبات الطلاق العرفي والتي يمكن أن ترفع من كل من له مصلحة في ذلك و عادة ما يكون أحد الزوجين أو الورثة ، ولكي تقبل الدعوى أمام القضاء يجب توافر شروط قبولها من صفة و مصلحة وأهلية ، كما ينبغي أن يجسد الطلب في عريضة افتتاحية وفقا لما يقضي به القانون و أن ترفع أمام الجهة المختصة بهذه القضايا ، وهذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

- **الفرع الأول: المحكمة المختصة في قضايا الأسرة .**
- **الفرع الثاني : شروط وطرق رفع دعوى إثبات الطلاق**

الفرع الأول: المحكمة المختصة في قضايا الأسرة .

إن المحكمة المختصة بالفصل في دعاوي الطلاق، هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية وهذا ما نصت عليه المادة 426 فقرة 03 من ق إ م[1].

ومسألة الاختصاص على بساطتها تثير العديد من المشاكل فكثيرا ما يتقدم أمام القاضي زوجان لم يستقرا منذ زواجهما في مكان معين بل غيرا مكان الإقامة عدة مرات ، ففي هذه الحالة ما هو السكن الذي يؤخذ بعين الاعتبار لتحديد الاختصاص المحلي ؟

الرأي الراجح في هذه الحالة هو السكن الأخير.

إذا كانت مسألة الاختصاص لها أهميتها في دعوى إثبات الطلاق فإن شروط رفع الدعوى لا تقل عنها أهمية ، فما هي شروط قبول دعوى إثبات الطلاق ؟

الفرع الثاني : شروط وطرق رفع دعوى إثبات الطلاق

يشترط عند استعمال الدعوى ،كوسيلة للحماية القضائية ،توفر شروط شكلية وأخرى موضوعية ،نظمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية محفوفة بضوابط حددت دور الخصوم ومالهم وما عليهم ،ودور القاضي في الرقابة وضمان المساواة بين الخصوم وتفعيل الجزاءات الإجرائية عند اللزوم[2] .

سنتكلم هنا أولا عن الشروط الشكلية لرفع الدعوى ثم نتطرق الى الشروط الموضوعية .

أ- الشروط الشكلية لرفع الدعوى :

يقصد بالشروط الشكلية هنا ،تلك الشروط التي وضعها القانون ورتب عل عدم توفرها جزاءا إجرائيا هو عدم قبول الدعوى شكلا ،وهي كما يلي :

---

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 355

[2] نشرة القضاة ،العدد 64 ، ،2009 ، ج1،ص 302.

1- تقديم عريضة افتتاح الدعوى باللغة العربية :

وذلك ما نصت عليه المادة 08 من ق إ م والإدارية في فقرتها الأولى ،التي تعتبر تقديم الدعوى الافتتاحية باللغة العربية شرطا شكليا لقبول الدعوى، وعليه فان تحرير عريضة افتتاح الدعوى بلغة أخرى غير العربية تؤدي الى عدم قبول الدعوى شكلا .

2- شكل عريضة افتتاح الدعوى:

حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية النموذج التي تفرغ فيه عريضة افتتاح الدعوى في المادة 14و15منه بأن تقام بعريضة مكتوبة وموقعة من المدعي أو وكيله أو محاميه ،وتتضمن بيانات جوهرية حددها في الآتي :

- بيان الجهة القضائية التي تعرض أمامها الدعوى .
- ذكر أسماء وألقاب الأطراف وعناوينهم ،وصفات ممثلين عند الاقتضاء .
- تقديم عرض موجز عن الوقائع محل النزاع وتبيان وسائل الإثبات التي تؤسس عليها الدعوى ،وتختتم العريضة بطلبات أصلية محددة بدقة ،أو أصلية واحتياطية محددة أيضا ،مرفقة بالمستندات والوثائق التي تدعم الإدعاء .

والحكمة في وضع هذه البيانات هي ضمان صياغة العريضة بالشكل الذي يوفر المقتضيات التي تسمح بمعرفة موضوع النزاع وطبيعته والوسائل القانونية لدعمه ،وذلك في صالح المدعى والمدعى عليه ويسمح بالفصل في موضوع النزاع [1]

3-أهلية التقاضي : والمقصود منها توفر الصفة الإجرائية لدى كل من يلجأ القضاء ، بأن يكون بالغا سن الرشد القانوني (19 سنة كاملة) غير محجور عليه أو له ممثل قانوني (ولي ،أو وصي ،أو مقدم ،أو كافل)حسب الأحوال .وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 416686 المؤرخ في 2008/03/12 [1]

[1] نشرة القضاة العدد 64 ، 2009 ،ج1 ،ص 303

4-تكليف الخصم بالحضور :

عن طريق المحضر القضائي وهذا إجراء جوهري لسير الدعوى ،ولا يمكن الحكم على شـــخص دون تكليفـــه بالحضور تكليفا صحيحا .

5-جزاء مخالفة الشروط الشكلية :

لقد رتب المشرع جزاءا إجرائيا ،على عدم توفر الشروط الشكلية للدعوى ،أو وجودها معيبة ،هو عدم قبول الدعوى شكلا[2] .

ب-الشروط الموضوعية للدعوى :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 ق.إ.م ،أعلى أنه :(لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ،وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ....الخ)

كما أن المادة 05 من القانون رقم 63/224 الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 تقضي بأنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج، وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد الزواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية .

وانطلاقا من هذين النصين ،فإن القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم الى المحكمة ما يلي :

1-وجود حق يقره القانون : يشترط القانون وجود حق وحصول اعتداء على هذا الحق ،إما عمدا من المدعى عليه أو نتيجة جهله القانون .

2-الصفة : توفر صفة التقاضي في المدعي أو المدعى عليه، بمعنى أنه يجب أن يكون المـــدعي هـــو الـــزوج أو الزوجة نفسيهما أو أحد ممثليهما قانونا كالمحامي أو الولي أو الوصي[3]، وتثبت الصفة في الدعوى بتقديم الزوج

---

[1] نشرة القضاة 2012 ،عدد 67 ص 247

[2] نشرة القضاة ،العدد 01 ،2009 ، ج 01 ص 304

[3] المحكمة العليا ،القرار الصادربتاريخ في 1968/12/25 ،نشرة القضاة ،1969 عدد5 ص 61

طالب الطلاق نسخة من عقد الزواج وفي هذا الصدد نص القانون رقم 224-63 الصادر في 1963/06/29 والخاص بتحديد سن الزواج قد نص في المادة 05 منه على أنه: (لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج وأن يطالب بما يترتب على الزواج من آثار ما لم يقدم عقد زواج محرر ومسجل في سجلات الحالة المدنية)[1]

أما في دعوى إثبات الطلاق العرفي فإنه طالما أن هذه الدعوى قد فرضت نفسها في الواقع فإنه 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 الإجرائية[2].

3-المصلحة :أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع ، أي أنه يهدف من الإلتجاء الى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة و المصلحة القانونية القائمة أصلا ، هي الشرط الرئيسي لقبول الدعوى وسماعها ، وأن لا دعوى حيث لا مصلحة[3] .

و أما بالنسبة لحالة الطلاق العرفي فانه من مصلحة الزوج أو الزوجة أو الورثة إثبات وقوع الطلاق، و تظهر هذه المصلحة بصفة خاصة في دعاوى إثبات الطلاق العرفي و خاصة حالة إعادة الزوجة الزواج أو تزوج الزوج بأخت الزوجة أو برابعة، أما بالنسبة للورثة فان مصلحتهم تتمثل في ثبوت الميراث من عدمه

المطلب الثاني: إجراءات سير دعوى إثبات الطلاق :

عندما تقوم الدعوى من طرف أحد الزوجين ضد الآخر ، يقوم كاتب الضبط بتسجيلها في السجل الخاص وتعيين تاريخ الجلسة التي ستعرض فيها دعواهما .فيستدعي القاضي الزوجين المتخاصمين الى مكتبه

---

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ،ص 268.

[2] قسنطيني حدة ،إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة ندفعة 12 ،2004 ،ص 31.

[3] بلحاج العربي ،نظرية الدعوى في قانون الاجراءات المدنية الجزائري ،محاضرات ألقيت على طلاب الماجيستير في القانون الخاص ، جامعة وهران 1989 ،فقرة 31 وما بعدها.

بواسطة كاتب الضبط لمباشرة جلسة الصلح ثم يحاول أن يصلح بينهما ،أما إذا اشتد الخصام بين الزوجين وفشل القاضي في الإصلاح بينها يمكن للقاضي أن يعين حكمين للتوفيق بينهما وهذا ما نصت عليه المادة 65 من ق أج لذلك قسمنا هذا المطلب الى فرعين :

- **الفرع الأول : إجراءات محاولة الصلح .**
- **الفرع الثاني : إجراءات التحكيم .**

الفرع الأول :إجراءات محاولة الصلح :

القاعدة العامة أن الحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج هو حكم تقريري يقتصر فيه دور القاضي على تكريس إرادة الزوج و الكشف عنها إلا أن المشرع جعل له طابع الإنشاء رغم هذه الخاصية ، ومن ثمة خصه بإجراءات متميزة ينبغي إتباعها و إلا تعرض الحكم للنقض و الإبطال و تتجلى هذه الإجراءات بصفة خاصة في ضرورة إجراء الصلح، أما فيما يخص التحكيم فإن مجاله هو حالة الخصام طويل الأمد بين الزوجين مع عدم ثبوت الضرر وهذا ما تقضي به المادة 56 من ق.أ، و على هذا الأساس سوف نتعرض في هذا الفرع إلى إجراء الصلح كإجراء جوهري في جميع دعاوى الطلاق ،وكيفية انعقاد محاولة الصلح وفي الأخير إعلان القاضي عن الطلاق .

أولا : مفهوم الصلح :

تنص المادة 49 من ق. أ على ما يلي: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر)

وجديد المادة 49 المعدلة هو جعل جلسة الصلح مكررة لا واحدة كما كانت قبل التعديل، وفي المادة 49 قبل التعديل كان النص على أن تكون جلسة الصلح خلال فترة لا تزيد عن ثلاثة أشهر، وكانت هذه النقطة محل خلاف بسيط عند الدارسين انتهى إلى اتفاق بالتزام ما جاء في الشريعة الإسلامية لأنه الأعدل والأكثر إنصافا

فرأى فريق من الباحثين أن فترة الصلح يجب أن تكون لا تقل عن 06 شهور كما هو الحال في فرنسا و كما جاءت به أحكام الطلاق في القانون المدني الفرنسي المتمم و المعدل طالما أن ديننا أشد حرصا على حفظ الأسرة من فك ارتباطها فليس من المنطقي أن يكون الفرنسيين أكثر حرصا من المسلمين في إعطاء فترة الصلح حقها فتعيّن تمديد فترة الصلح إلى ما لا يقل عن 06 شهور[1].

ورأى فريق آخر و هو الاتجاه الصحيح و الراجح أن تكرار الصلح لا بأس به لكن لا يجب أن تتجاوز فترة الصلح ثلاثة أشهر للزوجة غير الحامل من باب مراعاة فترة العدة الشرعية و المرأة الحامل مدة حملها كلها فترة للصلح، طالما أن عدة الحامل وضع حملها، لأن آجال العدة ورد فيها نص القرآن بنصوص قطعية الثبوت قطعية الدلالة لا تحتمل الاجتهاد فيها ولا التأويل وليست من المواضيع الخلافية فقهيا ومن ثم آجال الصلح فيها جانب تعبدي مرتبط بالعدة الشرعية مما يعني القول أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات للصلح من طرف القاضي على أن لا تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى حينما لا تكون الزوجة حاملا وفي حالة حمل الزوجة لا تتجاوز هذه المدة مدة حملها مع مراعاة أحكام المادة 43 المعدلة[2]

وإجراء محاولة الصلح تعد من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه فإذا لم يحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للنقض من المحكمة العليا و ذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه : (من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق ..... و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون)[3]

---

[1] بن داود عبد القادر، إشكالات قانون الأسرة الجديد الصادر بالأمر الرئاسي02/05 المؤرخ في:2005/02/27.

[2] المرجع نفسه .

[3] المحكمة العليا ،قرار رقم 57812 ، الصادر بتاريخ 1989/12/25 ،مجلة قضائية لسنة 1991 ،العدد 03.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا أنه من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون [1].

وعليه فإن الصلح هو قيام القاضي بجمع الزوجين أمامه ،لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلبه في الطلاق وتعد محاولة الصلح عنصرا من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي و إذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية حكم بإبطال إجراءات الطلاق[2] .

ثانيا : انعقاد محاولة الصلح:

لقد نصت المواد 439 الى غاية 449 من ق إ م إ على إجراءات الصلح بشكل مفصل ،وذلك بتحديد :

- كيفيات إجراء الصلح وإدارته،والفترة الزمنية المخصصة له .
- ضمان حقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية عند إجراء الصلح .
- إفراغ الصلح في محضر يتضمن ما حصل الاتفاق بشأنه بين الزوجين .

أثناء إدارة جلسة الصلح ،يستمع القاضي الى الزوجين كل على إنفراد لمحاولة معرفة أسباب الخلاف القائم بينهما ،ثم يستمع إليهما مجتمعين ،والغرض من هذه الإجراءات هو محاولة احتواء الخلاف بتقريب وجهات النظر والتوفيق بينهما قدر الإمكان[3] .

يمكن للقاضي بناءا على طلب الزوجين أو أحدهما من تلقاء نفسه السماح لأحد أفراد العائلة (الأب ،الجد الأخ ، الأم أو الخال أو العم)وكل من له تأثير معنوي ويفيد في الإقناع للوصول الى الصلح بالمشاركة في محاولة الصلح بينهما من جديد وفقا لأحكام قانون الأسرة ،كلما رأى في ذلك إمكانية .

---

[1] المحكمة العليا،قرار رقم 75141 ، الصادر بتاريخ 1991/06/18 ،مجلة قضائية لسنة 1993 ،عدد 1،ص65.

[2] زودة عمر ، المرجع السابق ،ص108.

[3] يوم دراسي لشرح الأحكام الجديدة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ،بتاريخ 2008/10/15 بمجلس قضاء تيزي وزو تحت عنوان :الدور الإيجابي للقاضي المدني ،قبل وأثناء مباشرة الدعوى.

ويجب حضور الزوجين في جلسة الصلح ولا يجوز النيابة عليهما وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها[1]

وعندما يواجه القاضي صعوبة في إدارة جلسة الصلح نتيجة تعذر أو استحالة حضور أحد الزوجين لهذه الجلسة بسبب بعد المسافة، لحصول مانع مادي كحادث ،يمكن إنابة قاض آخر من أقرب جهة لسماع الزوج الآخر بموجب إنابة قضائية وفقا للقواعد المستحدثة في الإنابات القضائية الداخلية ،المادة 108 وما بعدها من ق إ م و إ الجزائري .

بينما إذا لم يتوصل القاضي الى الصلح بسبب الإصرار على الطلاق أو نتيجة الشقاق المستمر لتعذر استمرار الحياة الزوجية ،أو غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح ،يحرر القاضي محضرا بذلك ويشرع مناقشة موضوع الدعوى[2] .

و في حالة تصالح الزوجين فإن النزاع بينهما ينتهي و ما يبقى أمام القاضي إلا الإشهاد بوقوع الصلح وهذا ما نصت عليه المادة 220 ق إ م إ والمادة 462 من القانون المدني ، كما جاء في قرار المحكمة العليا إذ ذهبت إلى أنه : (من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان النزاع القائم أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.

و متى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قبلوا الاستئناف قي الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين و الذي شهدت عليه المحكمة أخطئوا في تطبيق القانون ، لأن الإستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت

[1] المحكمة العليا ، قرار رقم 417622 بتاريخ 2008/01/16 مجلة المحكمة العليا 2008 عدد1 ص 263 والقرار رقم 474956 /2009/01/14 مجلة المحكمة العليا ،2009 عدد2 ص 271

[2] نشرة القضاة ،العدد 64 ،ج1،2009 ص 358

إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا لهذا النزاع وأن المحكمة ينحصر دورها في مراقبة صحة و سلامة هذا الصلح)[1].

نصت المادة 49 الفقرة الثانية منها على أنه : (يتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح) سواء كانت هذه النتائج إيجابية أو سلبية، فإذا كانت إيجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها. و إن كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت، ويمكن أن يشير الى أسباب فشلها وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين[2]

وبمجرد انعقاد الصلح وتثبيته في محضر ،سواء تم أمام القاضي أو من قبل الحكمين ،وإيداعه بأمانة ضبط المحكمة ينتج آثاره القانونية وله قوة الحكم القضائي فيما حصل فيه من اتفاق ،ومن ثم يعد سندا تنفيذيا ويمهر بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس أمناء الضبط بمجرد إيداعه بأمانة الضبط وهذا طبقا للمادتين 443،600 من ق إ م

وتجدر الإشارة الى أن المادة 49 من ق أ ج فقرة الثالثة منها نصت على وجوب أن تسجل أحكام الطلاق في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة (**قرار المحكمة العليا رقم 401317 المؤرخ في 2006/10/11 مجلة المحكمة العليا 2007،عدد 02 ص 489 .الذي نص على : يجب إطلاع النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا ،على قضايا الأحوال الشخصية**)بمعنى أن القانون كلف وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة بوجوب القيام بالاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها إبرام

[1] المحكمة العليا ، قرار رقم 103637 الصادر بتاريخ 1994/04/19 ،مجلة قضائية لسنة 2001 ،عدد خاص ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ،ص 34 .

[2] سعد عبد العزيز قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،ط4 ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ،ص 120.

وتسجيل عقد الزواج ليطلب منه تقييد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد زواج المعنيين ،بعد أن يكون قد أرفق نسخة من الحكم بالطلاق[1].

ثالثا :إجراء محاولة الصلح في حالة الطلاق العرفي :

سبق لنا وأن ذكرنا بأن دعوى إثبات الطلاق العرفي هي دعوى وليدة القضاء ولا تستند إلى أية مرجعية قانونية وعليه فهي تتميز بإجراءات خاصة هي الأخرى وليدة العمل القضائي حيث يعقد القاضي أولا جلسة الصلح ثم يقوم بإجراء تحقيق حول الواقعة المدعى بها و هذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

أولا: قلنا أنه بعد تسجيل دعوى إثبات الطلاق يقوم القاضي باستدعاء الطرفين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط أو أثناء حضورهما الجلسة لتاريخ معين لإجراء الصلح أين يقوم بسماع كل منهما حول واقعة الطلاق المدعى بها و التأكد من إرادتهما و السؤال المطروح في هذا الصدد هو : ما مدى جدوى إجراء الصلح في حد ذاته ؟ وبعبارة أخرى إذا قلنا أن القاضي يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء و يبقى فقط اللجوء إلى القضاء من أجل توثيق هذه الإرادة، فما هي الفائدة العملية من إجراء الصلح ؟ و في حالة ما إذا تراجع الزوج كيف يكون حكم القاضي ؟

هذه جملة من التساؤلات وغيرها كثيرة في هذا المجال نظرا لتعقد هذه المسألة و عدم استنادها إلى نص صريح .وفي رأيي و جوابا على ذلك يمكن القول أن القاضي إذا ما تأكد من وجود طلاق عرفي و مع إصرار الزوجين عليه لا يبقى أمامه إلا الحكم به في حين أنه إذا تصالحا فإن الصلح ينهي كل نزاع هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الصلح في حكم سحب الطلب القضائي و لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلب منه ، وعليه لا يبقى أمامه إلا الإشهاد بوقوع الصلح و تبقى مسألة وقوع الطلاق من عدمه بين الزوجين الذين من المفروض أن يكونا أحرص على دينهما من القاضي وبالتالي وحسب رأيي فإنه لا مبرر لإجراء جلسة الصلح في

[1] المرجع نفسه ،ص 121.

دعاوى إثبات الطلاق العرفي **ثانيا**- التحقيق في واقعة الطلاق العرفي: لم ينص قانون الأسرة على هذا الإجـــراء في دعوى الطلاق لكونه لا يعترف بوقوع الطلاق أصلا خارج ساحة القضاء إلا أنه ومع ذلك فـــإن المحـــاكم تعمل به و هذا ما لاحظناه في محكمة الجلفة، وسوف نتطرق إلى دراسة هذا الإجراء بنوع من الاختصار فيمـــا يلي:

والمعمول به عادة داخل المحكمة أن القاضي يحدد تاريخ جلسة إجراء التحقيق و يبلغ الأطراف بـــه بالجلســـة ويتعين عليهم إحضار شهودهم بذلك التاريخ ثم يقوم القاضي بالتحقيق بالتاريخ المحدد بموجب الأمر بالتحقيق وذلك بسماع شهود الإثبات أو النفي بعد أدائهم اليمين القانونية ، ويتم سماع الشهود وفقا للقواعد العامـــة و ذلك بأن تسمع شهادة كل واحد منهم على انفراد بعد تذكيره باسمه و لقبه و مهنته و سنه و موطنه و يؤدي اليمين بأن يقول الحق و إلا كانت شهادته باطلة في حين أن القصر يتم سماعهم على سبيل الاســـتدلال و دون تحليفهم اليمين ،كما يجوز إعادة سماع الشهود و مواجهتهم بعضهم ببعض ، و يجوز سماع شهادة جميع أقارب الزوجين في دعاوى الطلاق ما عدا الأبناء. ويدلي الشاهد بشهادته دون أن تتم مقاطعته من أحد ثم تتلى عليـــه أقواله ويقوم بالتوقيع عليها أو ينوه على أنه لا يحسن التوقيع أو أنه امتنع عن ذلك و يقوم أمين الضبط بتدوين أقوال الشهود في محضره فيما يخص الدعاوى التي لا يجوز استئنافها ، أما الدعاوى الجائز اســـتئنافها فيحـــرر محضرا خاصا بأقوال الشهود ثم يرفقه بعد التوقيع عليه من القاضي بالنسخة الأصـــلية للحكـــم ، و يجـــب أن يتضمن بيان يوم و ساعة التحقيق وحضور الخصوم و غيابهم واسم كل شاهد و لقبه و مهنته وموطنه وبيـــان أداء اليمين و يثبت فيه أقوال الشهود و يشار إلى تلاوتها عليهم . و هنا يجوز للقاضي أن يصدر حكمه فـــور إجراء التحقيق كما له أن يؤجل الدعوى إلى جلسة مقبلة و في هذه الحالة الأخيرة يصرح للأطراف بـــالإطلاع على التحقيق قبل المناداة على القضية من جديد في الجلسة المحددة .

و تختلف طريقة إجراء التحقيق باختلاف موقف الزوجين من الطلاق و هنا ينبغي علينا أن نفرق بـــين ثـــلاث حالات:

1-**حالة اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق** : هذه المسألة لا تطرح إشكالا لكونها لا تنطوي أصلا على نزاع وهنا يقوم القاضي بسماع الشهود فقط لتأكيد الواقعة و تحديدا لتأكيد التاريخ و المكان الذي وقعت به.

2- حالة إنكار أحد الزوجين : في حالة ادعاء الزوجة وقوع الطلاق العرفي وإنكاره من طرف الزوج فإن القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة لكون أن المسألة تتضمن اعتداء على أحد أهم حقوق الزوج ألا وهو حقه في طلاق زوجته و لكون أن القاضي سوف يحل محله في القول بوقوع الطلاق من عدمه خاصة و أن العصمة بيد الزوج ، و قد اتجهت التطبيقات القضائية بمحكمة الجلفة إلى الأخذ بشهادة الشهود في إثبات الطلاق حتى في حالة إنكاره من طرف الزوج و هو الأمر الذي يتجسد من خلال الحكم رقم 2001/75 الصادر بتاريخ 2001/02/10 و الذي قضى في الشكل بقبول المعارضة و في الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه و القضاء نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين مع الأمر بالتأشير به على هامش عقدي ميلادهما وعقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية لدار الشيوخ [1] .

3-التحقيق في حالة وفاة أحد الزوجين : هنا تكون الدعوى إما مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفى أو من ورثة الزوج المتوفى ضد الزوج الباقي على قيد الحياة. وفي هذا المجال نصت المحكمة العليا في قرارها رقم 653324 المؤرخ في 2011/11/10 [2]على أنه :(تؤدي وفاة الزوج ،بعد رفعه دعوى طلاق، الى انقضاء الخصومة، لايحق لا للورثة ولا للقاضي تغيير موضوع دعوى الزوج من إيقاع الطلاق الى تثبيته بأثر رجعي)

ونظرا لخطورة هذه المسألة لتعلقها غالبا بأمور الميراث أين يكون القصد منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة منه فإنه يتعين على القاضي التدقيق قدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي[3].

---

[1] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ،ص 38.

[2] مجلة المحكمة العليا 2012 ،عدد 02 ص 238 .

[3] قسنطيني حدة ، المرجع السابق ،ص 39.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم :

نص المشرع الجزائري في المادة 65 من ق أ على أنه : (إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما .يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين).

واضح من هذه المادة أنه إذا اشتد الشقاق بين الزوجين و لم يثبت الضرر إختار القاضي حكمين ،حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ،ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ،وعلى هذين الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين لزوجين و أن يبذلا جهدهما في الإصلاح .

ولقد أوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما الى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين ،وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه[1]

وعليه فإن النتيجة التي تترتب عن وصول الحكمين الى الإصلاح بين الزوجين ،هو صدور حكم قضائي باستمرار الحياة الزوجية لوقوع الصلح بينهما او الحكم بترك الخصومة إن طلب المدعي ذلك .

لكن في حالة عدم الصلح فإن السلطة التقديرية للقاضي تلعب دورا في تحديد مصير العلاقة الزوجية وفقا لما توصل اليه الحكمين .

إلا ان الواقع العملي أثبت التجاهل التام لهذا الإجراء الشرعي والقانوني ،لكون ان الإجراء الوحيد الذي يتبع هو إجراء الصلح فقط وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 620084 المؤرخ بـ2011/04/14[2]الذي ينص على أن : (القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين في حالة اشتداد الخصام بين

[1] بلحاج العربي ،االوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ص358-359.

[2] مجلة الحكمة العليا 2012 عدد1 ص 299

الزوجين وثبوت الضرر) ،مع أن نظام التحكيم جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء ولا يجوز تجاهله لما له من أهمية مفيدة وحل لمشاكل كثيرة وما تسببه هذه المشاكل من شقاق بين الزوجين قد تؤدي الى الطلاق[1] .

المبحث الثاني : إثبات الطلاق من خلال العمل القضائي

بعدما انتهينا في المبحث الأول من تبيان الإجراءات اللازمة لرفع دعوى إثبات الطلاق أمام الجهة القضائية المختصة وتطرقنا الى إجراءات سير دعوى إثبات الطلاق ،سنحاول في هذا المبحث دراسة موضوع إثبات الطلاق من خلال العمل القضائي أي نحاول أن نكشف عن حصيلة إحصائيات العمل القضائي فيما يخص دعاوي الطلاق وهذا في مطلب أول وبعد ذلك قمنا بالتعليق على بعض قرارات المحكمة العليا الخاصة بموضوع الطلاق فكان تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

- **المطلب الأول : حصيلة نشاط قضاء قسم الأحوال الشخصية .**
- **المطلب الثاني :التعليق على بعض قرارات المحكمة العليا و أحكام المحاكم.**

المطلب الأول :حصيلة نشاط قضاء قسم الأحوال الشخصية .

قمت في هذا المطلب بإجراء دراسة إحصائية حول عدد القضايا المسجلة على مستوى المحاكم ونسبة الفصل فيها بشكل عام وأدرجت هذه الدراسة ضمن الفرع الأول وفي الفرع الثاني حاولت أن أجري دراسة إحصائية حول عدد قضايا أو الدعاوى المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة والدعاوى المتعلقة بتثبيت الطلاق العرفي المرفوعة على مستوى المحكمة والمجلس القضائي بالجلفة لكن للأسف لم أتمكن من الحصول على الأرقام

[1] عبد الفتاح تقية ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه المرجع السابق ،ص 237.

بالضبط ،فقمت باستنتاجات مبنية على تصريحات أهل الاختصاص أي تصريحات القضاة والمحامين فكان تقسيم هذا المطلب على النحو التالي :

- **الفرع الأول : حصيلة إحصائية عامة لدعاوى الطلاق .**
- **الفرع الثاني : حصيلة النشاط القضائي لمجلس قضاء الجلفة فيما يخص دعاوى الطلاق .**

الفرع الأول : حصيلة إحصائية عامة لدعاوى الطلاق

كشفت إحصائيات لوزارة العدل عن تسجيل ما يقارب 55 ألف عملية طلاق خلال سنة 2013ارتفعت حالات الطلاق خلال العشر سنوات الأخيرة ، حيث كانت حالات الطلاق سنة 2004 تصل إلى 29 ألـــف حالة، فقد أشارت آخر إحصائيات وزارة العدل التي تم إعدادها خلال سنة 2013 إلى 54 ألـــف و 985 حالة طلاق، أي قرابة الـــ55 ألف حالة.

جدول رقم 01: إحصائيات الفصل في قضايا شؤون الأسرة على المستوى الوطني خلال سنة 2007[1] .

نوع المواد	القضايا المجدولة	القضايا المفصولة	نسبة الفصل
شؤون الأسرة	215816	175546	% 81.34

جدول رقم 02 : إحصائيات الفصل في المواد المدنية على مستوى المجالس القضائية ومجموع المحاكم التابعة لدائرة إختصاصها خلال سنة 2007[2] .

	على مستوى المجالس القضائية	على مستوى مجموع المحاكم

[1] نشرة القضاة العدد 64 ،الجزء الأول 2009 ،ص 25.

[2] نشرة القضاة العدد 64 ،الجزء الأول 2009 ،ص 26.

نوع المواد	القضايا المجدولة	القضايا المفصولة	نسبة الفصل	القضايا المجدولة	القضايا المفصولة	نسبة الفصل
شؤون الأسرة	29933	22762	%76.04	185883	152784	%82.19

جدول رقم 03 : إحصائيات الفصل في قضايا شؤون الأسرة على المستوى الوطني خلال السداسي الأول لسنة 2008[1]

نوع المواد	القضايا المجدولة	القضايا المفصولة	نسبة الفصل
شؤون الأسرة	146435	109883	% 75.04

جدول رقم 04 : إحصائيات الفصل في المواد المدنية على مستوى المجالس القضائية ومجموع المحاكم التابعة لدائرة اختصاصها خلال السداسي الأول لسنة2008 [2].

	على مستوى المجالس القضائية			على مستوى مجموع المحاكم		
نوع المواد	القضايا المجدولة	القضايا المفصولة	نسبة الفصل	القضايا المجدولة	القضايا المفصولة	نسبة الفصل
شؤون الأسرة	20763	13990	%67.38	125672	95893	%76.30

تحليل الجداول 01و03:

حسب إحصائيات وزارة العدل المعلنة في نشرة القضاة العدد 64 الجزء الأول

[1] نشرة القضاة العدد 64 ،الجزء الأول 2009 ،ص 32.

[2] نشرة القضاة العدد 64 ،الجزء الأول 2009 ،ص 33.

نلاحظ أن عدد القضايا المفصول فيها في مادة شؤون الأسرة على مستوى الوطن لسنة 2007 هي 175546 قضية (جدول رقم 01) بالمقارنة مع سنة 2008 خلال السداسي الأول فقط فقدت بلغت عدد القضايا المفصول فيها في مادة شؤون الأسرة على مستوى الوطن 109883قضية. وعليه فإن عدد القضايا هو في تزايد مستمر وعليه فان نسبة الطلاق في بلادنا ترتفع من سنة لأخرى.

تحليل الجداول 02و04 :

من خلال إحصائيات وزارة العدل المعلنة في نشرة القضاة العدد64 الجزء الأول سنة2009 بالنسبة لعدد القضايا المفصول فيها على مستوى المحاكم القضائية في مادة شؤون الأسرة لسنة 2007 هي 152784 قضية بالمقارنة مع سنة 2008 وخلال السداسي الأول فقط حيث وصلت عدد القضايا المفصول فيها بلغت 95893 قضية .نلاحظ أن عدد القضايا لسنة2007 أقل مما هو عليه خلال السداسي الأول لسنة 2008.

أما بالنسبة للقضايا المفصول فيها على مستوى المجالس القضائية بلغت 22762 قضية سنة2007 .(الجدول رقم 02)أما خلال السداسي الأول لسنة 2008 فبلغت 13990 قضية .(الجدول رقم 04).

وهنا أيضا نلاحظ تزايد مستمر لعدد القضايا المفصول فيها على مستوى المجالس القضائية بمعنى آخر أن نسبة الطلاق في بلادنا تعرف تقدم كل سنة وهذا راجع الى انعدام روح المسؤولية لدى المواطنين وإقبالهم على الطلاق لأتفه الأسباب، ولهذا وجب دق ناقوس الخطر وإيجاد الحلول المناسبة للحد من هذه الظاهرة لأن العائلة الجزائرية أصبحت هشة وغير مستقرة ومستعدة للانهيار والتشتت في أي لحظة ،وهذا سينطوي بالضرورة على المجتمع الجزائري وسيؤثر على استقراره وقوته لأن الأسرة تعتبر البنية الأساسية للمجتمع فإذا انهارت انهار معها المجتمع .

الفرع الثاني : حصيلة النشاط القضائي لمجلس قضاء الجلفة فيما يخص دعاوى الطلاق .

من اجل الحصول على إحصائيات ونسب الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق العرفي توجهت الى المجلس القضائي بالجلفة وطلبت من احد الأعوان إفادتي بنسب الطلاق كان رده بأنه لا يمكنه التصريح بها ويجب أن أحوز على رخصة من وزارة العدل .

لكنني استنتجت أن نسبة الطلاق في منطقة الجلفة هي الأخرى في تصاعد مستمر، بالمقارنة مع عدد القضايا المجدولة والقضايا المفصول فيها حسب تصريحات بعض المحامين الممارسين داخل المنطقة وحسب تصريحات بعض القضاة وكتاب الضبط على مستوى مجلس قضاء الجلفة بعدما أجريت مقابلات معهم .

كما أنني استنتجت كثرة الدعاوى المتعلقة بإثبات الطلاق العرفي مقارنة مع محاكم الولايات الأخرى ،وهذا راجع للعرف الممارس بالمنطقة وهو الزواج العرفي ، وتجدر الإشارة الى أن الزواج العرفي يعتبر الأرض الخصبة للطلاق العرفي ،فيضطر الرافع لدعوى إثبات طلاق عرفي أن يقوم بإثبات الزواج العرفي كإجراء أول وإلحاق النسب كإجراء ثان وبعدها يقوم برفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ،وتشتهر محاكم ولاية الجلفة بتطبيق هذا الإجراء الذي يعتبر وليد القضاء، مقارنة مع محاكم الولايات الأخرى .

وما يمكن الإشارة إليه أيضا أن هناك الكثير من الأشخاص وخاصة منهم البدو والرحل الذين يتزوجون عرفيا ويطلقون عرفيا بدون إثبات الواقعتين. ويبقى أبناءهم بدون نسب ،والإشكالية المطروحة هنا هي حالة إعادة كل من الزوجين المطلقين الزواج عرفيا . لذلك يجب توعية المواطنين وخاصة منهم القاطنين بعيدا عن المدينة والذين يجهلون أحكام الشريعة والنصوص القانونية . بخطورة هذا الإجراء وما ينجر عنه من آثار متعلقة بالعدة والميراث والنفقة الى غير ذلك .ويجب عليهم اللجوء الى إفراغ واقعة الزواج أو الطلاق في عقد رسمي حفاظا على حقوق الزوجة والأولاد خاصة .

المطلب الثاني : التعليق على بعض قرارات المحكمة العليا و أحكام المحاكم

ارتأيت في هذا المطلب أن أعالج بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا والتعليق عليهـــا في فـــرع أول كما عمدت الى التعليق على بعض أحكام المحاكم الجزائرية في فرع ثاني .

❖ **الفرع الأول : التعليق على بعض قرارات المحكمة العليا المتعلقة بموضوع إثبات الطلاق .**

❖ **الفرع الثاني : التعليق على بعض أحكام محكمة الجلفة المتعلقة بموضوع إثبات الطلاق .**

الفرع الأول : التعليق على بعض قرارات المحكمة العليا المتعلقة بموضوع إثبات الطلاق .

- **القرار رقم 138949 جاء في هذا القرار مايلي[1] :**

من المقرر قانونا ،أن يتم الطلاق بإرادة الزوج ،أو بتراضي الزوجين ، يثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ،ومتى حصل الاتفاق بين الطرفين ، كقضية الحال .

-فإن القاضي يصادق على شروطه، ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه ،مما يستوجب رفـــض الطعـــن الحالي .

التحليل : لقد بين القرار أعلاه أن الطلاق، بإرادة الزوج أو بتراضيهما يثبت بحكم ولكن بعد محاولة الصـــلح باعتباره إجراء جوهري ،في مسائل الطلاق وهذا أمام الجهة القضائية المختصة ، و إذا حصـــل الاتفـــاق بـــين الطرفين على الطلاق ، فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز للأطراف الرجوع فيه من حيث الموضـــوع وعليه فإن القرار أعلاه استند في تدعيم الطعن بالنقض وإبطاله على وجهين :

الوجه الأول :

مأخوذ من قصور الأسباب ، المتمثل في الإنفاق المبرم بين الطرفين ، في حين أن هذا الاتفاق يتضـــمن التـــزام الطاعن ، يدفع نفقة الاستئجار سكن المطلقة ،وليست نفقة البنت وبقائها في السكن الزوجي .

الوجه الثاني :

[1] المحكمة العليا ،قرار رقم 138949مؤرخ في 1996/09/09 المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية ،العدد 02 ،سنة 1996 ،ص 77.

مأخوذ من مخالفة القانون حيث أن الاتفاق المبرم بين الطرفين ،خالف أحكام المادة 106 من ق م .

عن الوجهين معا ،اعتماد المحكمة على هذا الاتفاق ، تكريس العمل وتطبيق ما جاء في المادة 106 من ق م إضافة على ان الصلح الذي تم بين الطرفين والذي صادق عليه القاضي لا يجوز الرجوع فيه ، لأن القاضي ،لا يفصل في النزاع ولكن صادق على الشروط التي اتفق عليها الطرفين مما يجعل الوجهين غير مؤسسين .

- **القرار رقم 39463 جاء في هذا القرار ما يلي**[1] :

من المتفق عليه فقها وقضاءا ،في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي ،وأن الحكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق ، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول ،أو وقع بناءا على عوض تدفعه الزوجة لزوجها ، للتخلص من الرابطة الزوجية معه ،وكذلك الطلاق يوقعه القاضي بناءا على طلب الزوجة ، لدفع الضرر عنها ،وحسم النزاع بينهما و بين زوجها .

وعليه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ ، يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ،ولذلك يستوجب نقض القرار ،الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا .

التحليل :

لقد أكد القرار أعلاه ، أن موقف الفقه والقضاء،من حيث أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ،ما تعلق بالطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي ،وقد وضح في هذا الصدد أن الحكم القاضي به لا يغير من رجعيته ، أما ما تعلق بالطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة ألا وهو الخلع لغرض التخلص من الرابطة الزوجية ،ومن الطلاق أيضا الذي يوقعه القاضي بناءا على طلب الزوجة لغرض دفع الضرر عنها ،وحسم النزاع بين الطرفين .

[1] المحكمة العليا، المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية ،العدد 02 ،سنة 1996 ،ص 77

وعليه فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ ،يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء ،مما يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا .وعليه من حيث الموضوع فقد استند الطعن على سببين :

السبب الأول :

مأخوذ من مخالفة أحكام الفقه الإسلامي ، ولانتهاك القواعد الجوهرية للإجراءات .

السبب الثاني :

مأخوذ من انعدام الأسباب وقصورها باعتبارها وجها من وجوه النقض ، حيث أن حكم الطلاق في هذا الصدد لم يكن له أي تأسيسي قانوني ،فاعتبر بمثابة انعدام التسبب أو قصوره ،مما رتب عن عيب في القرار وعرضه للنقض.

القرار رقم 73630 جاء في هذا القرار[1] ما يلي :

من المقرر قانونا إن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد ولما كان ثابتا ،في قضية الحال ،ان الطاعن راجع مطلقته بعقد جديد ،متوفرا على جميع أركان الزواج حسب المادة 50 من ق أ ج أصبح واجبا نقض القرار المطعون فيه ،بدون إحالة لعدم جدية بقائه .

التحليل :

لقد أكد القرار أعلاه أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق ،يحتاج الى عقد جديد .

يرى قضاء المحكمة العليا أن الحكم المطعون فيه ،نوه بوضوح بصفات الطرفين ،من كونهما مدعى ومدعى عليها ، حيث جاء معللا تعليلا شرعيا ،كافيا في كل جوانبه بحيثيات قانونية ،كما أنه تعرض من خلاله الى

[1] المحكمة العليا ، المجلة القضائية العدد 03 ،ص60، سنة 1993 .

كل جوانب النزاع ،وعليه فإن الطاعن لم يبين في الوجه أين وقع نقض التعليل في الحكم ،فالوجه غير مؤسس وناقص ويرفض .

أما ما تعلق بالوجه المثار تلقائيا من طرف المحكمة العليا ،والمأخوذ من ضرورة إحترام المادة 50 من ق الأسرة فقد تبين للقضاة غرفة الأحوال الشخصية،من خلال عقد الرجعة الرسمي ،والمحرر من طرف أستاذ موثق (ق ع) ، أن الطرفين قد استعادا حياتهما الزوجية قبل إبرام عقد الرجعة المذكور أعلاه ،وذلك بعد الطلاق المحكوم به ،بالحكم المطعون فيه ،و أنهما رسما هذه الرجعة بالعقد أعلاه بالتاريخ المبين أعلاه ، حيث أن الزوج قد راعى في إرجاع زوجته إليه ،أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ،خاصة منه المادة 50 منه .

وعليه فقد رأى قضاة غرفة الأحوال الشخصية ،أنه من الواجب نقض الحكم المطعون فيه ،و بدون إحالة مراعاة للمادة 50من ق ا ج.

ومنه أيضا فقد رأوا أنه من الواجب نقض الحكم المطعون فيه ،وبدون إحالة مراعاة للمادة 50 من ق أ ج حتى لا ينتهك في حالة ما إذا بقي الطلاق قائما بين الطرفين خاصة ، وأن المطعون ضدها أكدت موافقتها على حسن نية طلب زوجها الطاعن في نقض الحكم المطعون فيه الذي لم يعد مجديا إبقاؤه .

وعليه فقد قرر قضاة غرفة الأحوال الشخصية لدى المحكمة العليا نقض و إبطال القرار المطعون فيه وبدون إحالة القرار رقم 38105 جاء في هذا القرار[1] :

يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج ،على شهادة شهود ، لم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق ،و لم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا المجلس بمجلس الطلاق لتأكيد صحته ،ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض والنقض في محتواها .

التحليل :

[1] المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 38105 مؤرخ في 04 /1985/11 ،المجلة القضائية العدد 01 ،سنة 1989 ، ص 98.

لقد أكد القرار أعلاه وجوب نقض القرار محل الطعن الذي يعتمد فيه على إثبات وقوع الطلاق بإرادة الـــزوج ،على شهادة الشهود والتي لم يحدد فيها تاريخ ومكان الطلاق ،ولم تذكر أسماء الأشخاص الـــذين حضـــروا المجلس لغرض التأكيد من سلامة صحتها ،حيث أن هذه الشهادة يكتنفها لغموض والتعارض في محتواها .

لقد كان موقف قضاة المحكمة العليا من خلال مناقشتهم القرار حيث لاحظ أن الوجه الأول المأخوذ من انعدام الأساس القانوني للقرار ، جاء ثابتا من خلال دراسة أوراق ملف الدعوى ،ان المطعـــون ضـــدها لم تشـــر في طلباتها أمام المحكمة الابتدائية ،الى وجود طلاق عرفي بينها و بين زوجها وحيث أن هذا الطلب لم تقدمـــه إلا على مستوى المجلس الإستئنافي مما جعله طلبا جديدا وعليه فإن هذا الوجه صحيح .

أما ما تعلق بالوجه الثاني في القرار محل الطعن ،المأخوذ من خرق الشريعة الإسلامية فقد اعتمد في حكمه على شهادة لم تحدد التاريخ ولا المكان و لم تشر الى أسماء الحاضرين ،بمجلس الطلاق و لم توضح صيغة الطلاق ،ممـــا رتب عن هذا تواجد النقض والغموض في الشهادة وعليه فإن هذا الوجه كسابقه ،مؤسس مما استوجب نقض القرار المطعون فيه .

الفرع الثاني : التعليق على بعض أحكام محكمة الجلفة المتعلقة بموضوع إثبات الطلاق .

أولا:التعليق على حكم صدر من قسم الأحوال الشخصية محكمة الجلفة لقضية بالطلاق بالإرادة المنفردة :

منطوق الحكم[1]:

لهذه الأسبـــاب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة، علنياً حضورياً نهائيا في الطلاق وإبتدائيا فيما عداه ب :

01/- في الشكل : قبول الدعوى شكلا .

02/- في الموضوع :

[1] أنظر نموذج الحكم الملحق .

01– بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة ، بين المدعي ..... المولود بتاريخ .. /.. /.. بالحدائق ، لأبيه .. و أمـــه ...ة ، و المدعى عليها .. المولودة بتاريخ .. /.. /.. بدار الشيوخ ، لأبيها .. و أمها .. .. ..

02– أمر ضابط الحالة المدنية المختص ،بالتأشير بهذا الطلاق على هامش عقدي مـــيلاد الطـــرفين و عقـــد زواجهما.

03– إسناد المدعى عليها حضانة الولد " .. " ، و في المقابل تقرير حق الأب المدعي في الزيارة كـــل يـــومي جمعة و سبت ، و في الأعياد الدينية و الوطنية و المناسبات من الساعة العاشرة صباحا إلى منتصف النهار .

04– منح المدعى عليها الحاضنة الولاية على الطفل " ... " .

05– إلزام المدعي بأن يمكن المدعى عليها مبلغ مائة و عشرون ألف دينار (...000 دج) مقابـــل ضـــرر الطلاق ، و مبلغ واحد و عشرون ألف دينار (.. دج) نفقة عدتها .

06– إلزام المدعي بأن يوفر للمدعى عليها سكنا ملائما لممارسة الحضانة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل إيجار شهري لسكن لممارسة الحضانة به بواقع ستة آلاف دينار (... دج) يسري من تاريخ النطق بهذا الحكـــم و يستمر مادامت حاضنة .

07– إلزام المدعي بان يمكن المدعى عليها من نفقة الولد المشترك " ... " بواقع ... آلاف دينار (... دج) شهريا ، على أن تسري من تاريخ النطق بهذا الحكم وتستمر مادامت واجبة قضاءً ، مـــع الأمـــر بالنفاذ بها معجلا .

08– رفض باقي الطلبات لعدم التأسيس .

09– إبقاء المصاريف القضائية المقدرة بثلاثمائة دينار (300 دج) على عاتق المدعي .

بذا صدر الحكم وأفصح به جهراً وعلنياً بالتاريخ المذكور أعلاه ، وبحسبه أمضيناه مع أميـــن الضبـــط التحليل:

لقد أثبت الحكم القضائي أعلاه الطلاق بالإرادة المنفردة في قضية الحال ،وعليه فقضاء الموضوع حكم بالتعويض المادي والمعنوي للمطلقة من جراء هذا الطلاق وهو بهذا القضاء يكون قد كرس عمله بالسلطة التقديرية ،ومنه أيضا أنه من المقرر شرعا وقانونا أن الطلاق الغير مبرر يعطي للمطلقة الحق في النفقة والتعويض

ثانيا : التعليق على حكم صادر عن قسم الأحوال الشخصية بتثبيت واقعة الطلاق العرفي :

منطوق الحكم[1]:

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة، علنياً إبتدائيا حضورياً بـــ :

01 _ في الشكل : قبول الدعوى شكلا .

02 _ في الموضوع :

_ بتثبيت واقعة الطلاق العرفي الواقع خلال سنة 1976 ، بين المدعية ..... المولودة بتاريخ ...../..../..... بحاسي بحبح، لأبيها .... و أمها . ... ،والمرحوم ..... المولود خلال سنة 1924 بأولاد الأغويني ،لأبيه محمد.

02_ أمر ضابط الحالة المدنية المختص ،بالتأشير بهذا الطلاق على هامش عقدي ميلاد الطرفين وعقد زواجهما.

03-جعل المصاريف القضائية والمقدرة بثلاثمائة دينار(300دج)على عاتق المدعية والمدعى عليه الأول ومناصفة بينهما.

بذا صدر الحكم وأفصح به جهراً وعلنياً بالتاريخ المذكور أعلاه ، وبحسبه أمضيناه مع أمين الضبط

التحليل:

[1] أنظر نموذج الحكم الملحق .

لقد أثبت الحكم القضائي أعلاه ،واقعة الطلاق العرفي التي حدثت خلال سنة 1976 ، حيث انه تبين للمحكمة أمام تصريحات الشاهدين السابق ذكرهما ،أن واقعة الطلاق العرفي بين المسماة .... والمرحوم .. قد كانت خلال سنة 1976 ،وان هذا الطلاق لم يتم التأشير به على وثائق الحالة المدنية لانعدام عقد الزواج حينها وتسجيله مؤخرا فقط كما هو ثابت بنسخة عقد زواج الأطراف المرفقة بملف الدعوى والمسجلة لدى مصالح الحالة المدنية لبلدية حاسي بحبح بتاريخ 2009/01/25 تحت رقم 42 .

وعليه رأت المحكمة أنه يتعين تثبيت الواقعة لثبوتها بشهادة الشهود مع التأشير بها على شهادة ميلاد الطرفين وعقد زواجهما.

الخاتمة :

من خلال دراستنا لموضوع إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية ، سواء مـــن الجانـــب الشرعي و ما نصت عليه الشريعة الإسلامية لتنظيم هذا الموضوع بمسائله المتشعبة وسواء من الجانب القـــانوني ومدى انسجام النصوص القانونية بمقتضيات الشريعة الإسلامية وموقف الإجتهاد القضائي بإقراره لحق الـــزوج في إيقاع الطلاق و إثباته بأثر رجعي .

وعليه من خلال معالجتي لهذا الموضوع توصلت الى بعض النتائج واقترحت بعض النقاط كما يلي :

أولا :النتائج المتوصل إليها :

01- يعتبر الطلاق أثرا رئسيا من الآثار المترتبة على الرابطة الزوجية .

02- إن موضوع الطلاق يعد من أخطر المسائل التي تمس المجتمع والتي تأثر عليه سلبا حيث يـــؤدي الى تشتت الأسرة وإنهيارها والبداية لضياع الأولاد الذين سوف ينشؤن في بيئة غير ملائمة تؤثر على نفسيتهم مما يقودهم الى الإنحراف في المستقبل .

03- الطلاق حق خالص للرجل ، فالعصمة الزوجية بيده ، فعلى الزوج أن يحسن إستعمال هذا الحـــق ،للضرورة القصوى ويسعى إلى إتباع ما نص عليه القانون من إجراءات حتى يضمن الحقوق وما ينتج عن الطلاق من آثارقانونية .

04- هدف المشرع من خلال المادة 49 التضييق من حالات الطلاق و المحافظة على تماسك الأسرة و على الأولاد .

05- أوجب المشرع على القاضي بالقيام بمحاولة الصلح بين الزوجين ،باعتباره إجـــراءا جوهريـــا في مسألة الطلاق قبل الفصل في الدعوى .

06- إغفال المشرع الجزائري للطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء بالرغم مـــن إقـــرار الاجتـــهاد القضائي به

07- غياب وعدم تواجد قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية ، مما أدى الى إشكالات كـــثيرة في المجال التطبيقي.

08- يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجعية الإجرائية لقضايا الطلاق .

09- الإحالة من المشرع الى أحكام و مبادئ الفقه الإسلامي ، وأراء الفقهاء ، في مســـائل الطـــلاق المتشعبية وهذا بموجب المادة 222 من قانون 84/11 قانون المعدل والمتمم .

10- عدم انسجام قانون الأسرة بمقتضيات الشريعة الإسلامية .

11- المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء من خلال نصه في المادة 49 من ق أ ج :لا يثبت الطلاق إلا بحكم .وبالتالي يجب أن يصرح الزوج بالطلاق أمام القاضي وسكوت المشرع عن الطلاق العرفي خلق إشكالات خطيرة خصوصا في حالة انتهاء مدة العدة ويصبح بذلك الطلاق بائن بيزنة كبرى وما يترتب عنه من آثار .

12- بالرغم من سكوت المشرع عن الطلاق العرفي إلا أن التطبيقات القضائية تعمل بإثباته بآثر رجعي من يوم التلفظ به من قبل الزوج ، بعد التأكد من صحة وقوع الطلاق بشهادة الشهود .

13- الصياغة الغير راشدة للنصوص القانونية التي تنظم موضوع الطلاق خاصة المادة 49 ،50 ،51 بالمقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية .

14- إغفال وعدم إشارة المشرع ،الى مسألة الإشهاد في الطلاق ذلك لكون الإشهاد له فوائد كثيرة تحد من استعمال حق الطلاق خاصة الزوج المتعصب المتسرع في طلاق زوجته ،ولعل الشاهدين يصلحان ما بينهما .

15- التزايد الرهيب في نسب الطلاق، وهذا راجع الى غياب الوازع الديني للأشخاص وجهلهم بخطورة هذا الإجراء فأصبحت الأسرة الجزائرية هشة سريعة الانهيار مما سيؤدي بالضرورة الى عدم تماسك المجتمع .

16- أن القاضي يبذل جهده لتطبيق القانون وأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة إثبات الطلاق، إلا أن قناعته تبقى نسبية خاصة في حالة الإنكار من طرف الزوج بوقوع طلاق، وبالتالي فإنه يجب بالدرجة الأولى على الزوجين أن يكونا أشد حرصا من القاضي على تطبيق دينهما وما قضت به الشريعة الإسلامية.

ثانيا : الاقتراحات

من خلال النتائج التي توصلت إليها على ضوء دراستي واستقرائي لهذا الموضوع حاولت أن أعرض بعض الاقتراحات منها :

01-إعادة صياغة النصوص القانونية التي تنظم موضوع الطلاق بطريقة تجعلها تنسجم وتتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية .لأنه ما دام المشرع يعترف للزوج بالحق في ان يوقع الطلاق فيجب إعادة صياغة المادة 49 من ق أ ج على النحو التالي :

-لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة 03 أشهر أن لا تتجاوز فترة الصلح الثلاثة أشهر للزوجة غير الحامل ،و الزوجة الحامل مدة حملها كلها تعتبر فترة للصلح .

-وإذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق ، يثبته من تاريخ وقوعه .

- على كل زوج تلفظ بالطلاق يالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ .

02-كذلك أقترح إعادة صياغة المادة50 من ق أ ج على النحو التالي :

-من راجع زوجته اثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة ومـــن راجعهـــا بعـــد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد بشرط انتهاء العدة .

03-كذلك نظرا لغموض نص المادة 51 من ق أ ج يجب إضافة فقرة أخرى يوضح فيها معنى الثلاث بحيـــث تصبح ولفظ الطلاق لا يقع إلا طلقة واحدة .وكذلك إضافة الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمـــد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي .

04-يجب على المشرع الإعتراف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء ما يعرف بالطلاق العرفي والعمل علـــى إثباته بحكم قضائي بأثر رجعي من تاريخ التلفظ به من قبل الزوج .

05-إيجاد قانون إجرائي خاص ، ينظم قضايا شؤون الأسرة مما يسهل على المتقاضين وعلى مهمة القاضي .

06-ان يكون قاضي الأحوال الشخصية متخصصا ومكونا تكوينا يتماشى مع مقتضيات المجتمع و الشـــريعة الإسلامية .وان يكون شخصا متزوجا له دراية بالحياة الزوجية ومدى أهمية وقداسة هذة الرابطة .وعالما بـــأن الطلاق هو إجراء خطير لا يستهان به . وان يكون ملما بما نصت عليه الشريعة الإسلامية الغـــراء في مســـائل الطلاق حتى يستطيع التوفيق في حكمه بكل الجوانب المحيطة بالطلاق و يكون بذلك حكمه صـــحيحا مـــن الناحية القانونية وكذا من الناحية الشرعية .

07-ينبغي على المشرع أن يضع حدا للزواج العرفي لأنه يعتبر الأرض الخصبة للطلاق العرفي ، وذلك من أجل حماية حقوق الأفراد و الأنساب .و القضاء على الزواج العرفي يكون بمنع تثبيته و إجبارية تســـجيله في حينـــه .وبذلك نكون قد قضينا على جل النزاعات التي تعم بها المحاكم في وقتنا الراهن بسبب هذا الموضوع .

08-أقترح تمديد مدة الصلح وعدم التسرع في الحكم بالطلاق ،لإعطاء مهلة أطول للزوجين حـــتى يتصـــالحا وتعود الحياة الزوجية الى ما كانت عليه من قبل ، وهذا يهدف الى الحفاظ على حياة الأسرة والحفاظ علـــى نفسية وحقوق ومستقبل الأولاد .الذين سيصبحون في المستقبل أفرادا صالحين يساهمون في بناء مجنمع صالح .

09-توعية وإرشاد المجتمع بخطورة هذا الإجراء ، وما ينجر عنه من عواقب تعود على المجتمع بشـــكل عـــام ،ويتحقق ذلك بإعطاء دروس في المساجد ،ومساهمة الجمعيات الدينية في توعية السكان القاطنين بعيـــدا عـــن

المدينة أي البدو والرحل وتكون التوعية كذلك عن طريق الإعلام بشتى أنواعه (الإذاعة ،التلفزيون، الجريدة) ،وكل هذا سيساهم في القضاء على الجهل بأحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية .

10- يجب دق ناقوس الخطر وإيجاد حلول وآليات للحد من إرتفاع نسب الطلاق في المجتمع الجزائري .

وأتمنى أن أكون قد ساهمت بهذا الجهد الضئيل في تسليط الضوء حول موضوع جد مهم في حياة كل فرد من هذا المجتمع والذي يحتاج الى مزيد من البحث والدراسة والتدقيق في خصوصياته ، و أسأل الله عز وجل أن يسدد ما في هذا البحث من خلل و الصلاة و السلام على سيدنا محمـــد وعلى آله وصحبه الى يوم الدين .

قائمة المصادر و المراجع :

أولا:المصادر :

القرآن الكريم (رواية ورش عن نافع).

ثانيا : كتب الأحاديث :

1- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ،كتاب الطلاق ،باب في كراهية الطلاق ،طبعة خاصة ،دار الرسالة العالمية ،سوريا، ج3،2009 .

2- ابن ماجة في سننه،كتاب الطلاق ،باب حديث سويد ابن سعيد ،ج1.

3- ابن تيمية ،الفتاوى ،ج3.

4- أحمد بن علي الشهير بابن العسقلاني ،فتح الباري بشرح صحيح البخاري ،كتاب الطلاق ،باب من طلق وهل يواجه الرجل امراته بالطلاق،بيت الأفكار الدولية ،773-852 هـ ،ج1.

5- القرطبي ،الكافي في فقه أهل المدينة ،ج6 .

6- أبو أحمد علي بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري ،المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار ،بيت الأفكار الدولية ،384-456هـ.

7- محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ،شرح فتح القدير ، ت 681 ه ،دار المعرفة ،ج 3.

ثالثا : الكتب الفقهية :

1- أحمد الأمراني ،السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوصفي ،ط1 ،دار القلم بالرباط ،2011.

2- أحمد محمد الشافعي ،الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية ،دار الهدى للمطبوعات الإسكندرية 1997.

3- أحمد نصر الجندي ،مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ،القاهرة.

4- أحسن بوسقيعة ،قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ،ط3 ،الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.

5- بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1 ،الزواج والطلاق ،الطبعة الرابعة 2005 ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون الجزائر.

6- بنتام ،أصول الشرائع ،ترجمة فتحي زغلول ،ج1 .

7- بدران أبو العينين بدران ،الزواج والطلاق في الإسلام ،الناشر ،مؤسسة شباب الجامعة ،الإسكندرية ،مصر ،1985.

8- بن الشويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،الطبعة الأولى ،دار الخلدونية ،القبة القديمة ،الجزائر ،2008.

9- جمال سايس ،الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ،قرارات المحكمة العليا ،ج 1 ،ط 1 ،2013 منشورات كليك المحمدية الجزائر

10-درة الغواص في محاضرة الغواص ،لرهان الدين بن فرحون المالكي ،مؤسسة الرسالة بيروت ،ط2 ،1406-1985.

11-وهبة الزحيلي ،الفقه افسلامي وأدلته الجزءالسابع نالأحوال الشخصية ط3 ،دار الفكر ،دمشق ،سنة 1409ه/1989 م ،ج07 .

12-زودة عمر ،طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ،إنسكلوبيديا للنشر بن عكنون ،الجزائر ،2003 .

13- حسين بن شيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ،الجزء الأول ،ط2 ،2006 دار هومة بوزريعة الجزائر

14- محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ،القاهرة ،1957 .

15-مصري مبروك ،الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية ،دراسة فقهية مقارنة ،دار هومة ،الجزائر 2010.

16-محمد بن أحمد المعروف بابن رشد ،المقدمات الممهدات ، (ت520ه)مطبوع مع المدونة الكبرى ،دار الفكر ،ج1 .

17-محمود محمد علي ،الطلاق بين الإطلاق والتقييد ،مكتبة دار الإتحاد العربي للطباعة ،1978 م .

18-محمد بن أحمد الأنصاري ،الجامع لأحكام القرآن ،دار الكتب العلمية ،ت671 ه ، بيروت ط5 ،1996 ،ج 8.

19-محمد بن علي الشوكاني ،نيل الأوطار ،دار الفكر ،ت 1250ه / 1994 م ،ج7.

20-محمد اسماعيل أبو الريش ،أركان الطلاق ،جامعة الأزهر ،كلية الشريعة ،1980م .

21-محمد الطاهر بن عاشور ،تفسير التحرير والتنوير الدول ،دار النشر وتاريخ ،ج28.

22-محمد جمال الدين القاسمي،تفسير القاسسمي ، دار الفكر ،بيروت ، ط2 ،1978م ،ج16 .

23-محمد عزمي البكري ،موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية ،دار محمود للنشر والتوزيع ،1996 .

24-مفلح عواد القضاة ، البينات في المواد المدنية والتجارية ،جمعية عمال المطابع التعاونية ،عمان 1994.

25-عبد الرحمان الصابوني ،مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ،المجلد الأول ،الطبعة الثانية ،دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع ، لبنان بيروت 1986 .

26-عبد الحميد الشواربي ، الشهادة في مواد الحوال الشخصية ،ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،ط1 من سنة1992.

27-علي الخفيف ،طرق الزواج نمعهد الدراسات العربية العالية ،1958 .

28-عبد العزير سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثالثة ،دار هومة للطباعة والنشر 1996.

29-عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة ،من منظور الفقه والتشريع والقضاء ،منشورات ثالة ،الأبيار ،الجزائر ،2011 ،القاهرة ،2011.

30-عبد الفتاح تقية ،قانون الأسرة ،مدعما بأحدث الإجتهادات القضائية والتشريعية ،دراسة مقارنة ،دار الكتاب الحديث ،الطبعة الأولى

31-عمار بوضياف ،النظام القضائي الجزائري ،دار ريحانة للنشر والتوزيع ،2003.

32-رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولادفي الفقه الإسلامي ،القانون والقضاء لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان ، ،الطبعة الأولى ،2006 منشورات الحلبي الخقوقية ،بيروت ،لبنان،القسم الثاني.

33- شمس الدين السرخسي،المبسوط ،دار المعرفة ، (ت 483)، ج6 .

رابعا : الكتب باللغة الفرنسية

1- Ghaouti benmelha le droit algérien de la famille ,office des publication universitaires 993

خامسا : الموسوعات والمعاجم :

1- أبو الفضل جمال الدين ابن منظور محمد بن مكرم بن علي النصاري ،لسان العرب ،لأبن منظور ،دار المعارف ،القاهرة .

2- موسوعة الفقه الإسلامي ،صادرة عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ،جمهورية مصر العربية ،ج 12 .

3- موسوعة الفقه الكويتية ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ،ط2 ، ،طبعة ذات السلاسل ،الكويت ،1986 م ج5،.

سادسا :الرسائل والمذكرات الجامعية

1- عبد الفتاح تقية ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق بن عكنون ،جامعة الجزائر ، ،السنة الجامعية 2007/2006.

2- قسنطيني حدة ،إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية ،مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة ،ندفعة 12 ،2004.

سابعا :المقلات العلمية :

1- داود بن صالح ،الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق ،مجلة الموثق ،جوان 2001 ،عدد 1.

ثامنا : المحاضرات والندوات العلمية :

1- بلحاج العربي ،نظرية الدعوى في قانون افجراءات المدنية الجزائري ،محاضرات ألقيت على طلاب الماجيستير في القانون الخاص ، جامعة وهران 1989 ،فقرة 31 وما بعدها .

تاسعا :المجلات القضائية :

1- المجلة القضائية ،1989 العدد1.

2- المجلة القضائية 1990 ،العدد2.

3- مجلة قضائية لسنة 1991 ،العدد 03 .

4- المجلة القضائية 1993 العدد 01 .

5- المجلة القضائية العدد 03 ،ص60، سنة 1993.

6- المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية ،العدد 02 ،سنة 1996.

7- نشرة القضاة العدد 99/65.

8- مجلة قضائية لسنة 2001 ،عدد خاص ، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية.

9- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،2001 ،مجلة قضائية .

10-الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص ،عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،2001.

11-نشرة القضاة ،العدد 01 ،ج 01 ،2009 .

12-نشرة القضاة العدد 64 ،الجزء الأول،2009.

13-يوم دراسي لشرح الأحكام الجديدة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ،بتاريخ 2008/10/15 بمجلس قضاء تيزي وزو تحت عنوان الدور الإيجابي للقاضي المدني ،قبل وأثناء مباشرة الدعوى .

عاشرا : النصوص القانونية :

1- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9يونيو سنة 1984 ،المتضمن قانون الأسرة ،المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005 .

2- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني .

4- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل8 يونيو سنة 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ،المعدل والمتمم .

ثامنا : المواقع الالكترونية

1- الدليل الإلكتروني للقانون العربي arabolow. info حكم الإشهاد على الطلاق ،دراسة فقهية مقارنة بالأحوال الشخصية الأردني للباحث على الزقيلي ،قسم الفقه وأصوله ،كلية الشريعة ،جامعة مؤتة ،الأردن ،بتاريخ 2003/04/14.

الفهرس

الإهداء	
الشكر	
المقدمـــة	10-04
الفصل الأول : وقوع الطلاق وكيفية إثباته شرعا وقانونا.	
المبحث الأول : وقوع الطلاق وكيفية إثباته في الشريعة الإسلامية .	12
المطلب الأول : تعريف الطلاق وحق الزوج في إيقاعه .	13
المطلب الثاني : إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية .	22
المبحث الثاني : وقوع الطلاق وكيفية إثباته في قانون الأسرة الجزائري .	33
المطلب الأول : حق الزوج في إيقاع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري .	33
المطلب الثاني : الطلاق العرفي ضمن مقتضيات الشريعة والقانون وموقف الاجتهاد القضائي .	42
الفصل الثاني : إجراءات إثبات الطلاق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري	
المبحث الأول : الإجراءات المتبعة في إثبات الطلاق .	54
المطلب الأول : إجراءات رفع دعوى إثبات الطلاق.	55
المطلب الثاني : إجراءات سير دعوى إثبات الطلاق	59
المبحث الثاني : إثبات الطلاق من خلال العمل القضائي .	68
المطلب الأول :حصيلة نشاط قضاء قسم الأحوال الشخصية .	69

المطلب الثاني : التعليق على بعض قرارات المحكمة العليا .والأحكام القضائية.	73
الخاتمة	82
الملاحق	84
قائمة المصادر والمراجع	87

مقدمة

خاتمة

قائمة المصادر

والمراجع

الملاحق