جامعة زيان عاشور – الجلفة –
كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
التخصص: أحوال شخصية

إجراءات الطلاق في التشريع الجزائري

– إعداد الطلبة
- شريف أحمد
- شبير عبد الغاني

– تحت إشراف:
– الدكتور بشيري عبد الرحمن

لجنة المناقشة : ـــــ ـــحجاج مليكة .....رئيسا.
ـــــ الدكتور بشيري عبد الرحمان مشرفا و مقررا.
ـــــ حمزة أحمد .....عضوا مناقشا.

السنة الدراسية 2018/2017

كلمة شكر وتقدير

قال الله تعالى "ربي أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وان أعمل صالحا

ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين " (سورة النمل ، الآية91)

نشكر الله سبحانه وتعالى على نعمه التي لا تعد ولا تحصى ، فله الحمد كما ينبغي لجلال وجهه

وعظيم سلطانه، وله الحمد من قبل ومن بعد على توفيقه لنا في إتمام هذا العمل.

نتقدم بالشكر الجزيل إلى من تكرم بقبول الإشراف على هذا العمل المتواضع الدكتور بشيري عبد الرحمن، ولما أبداه من توجيهات قيمة ومعلومات نيرة ومستمرة لإتمام دفع سكة المشروع إلى النور.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى أساتذتنا على مساعدتهم لنا وتوفيرهم الجو المناسب.

ولا يفوتنا أن نتقدم بالشكر إلى كل من له يد في إنجاز هذا المشروع، من قريب أو من بعيد.

مرة أخرى نتقدم بالشكر الجزيل وجميل العرفان.

شكـــــر و عرفـــــــان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على خير خلق الله محمد صلى الله عليه وسلم أما بعد...

بداية أحمد الله تبارك وتعالى حمدا كثيرا وأشكره على فضله ونعمته في إتمام هذا البحث.

كما يدعوني واجب الوفاء والعرفان بالجميل أن أتقدم بالشكر العميق إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إتمام هذا البحث.

وأخص بالشكر الأستاذ المحترم والفاضل الدكتور " بشيري عبد الرحمان " على متابعته الدائمة لنا وتوجيهاته القيمة، له منا ألف شكر وجازاه الله خيرا"على كل ما قدمه لنا فقد كان أستاذا و أخا.

وأخيرا أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من أبدوا تعاونهم ومساعدتهم لنا ولو بكلمة طيبة. وكذا رئيسنا في العمل "الطيب خوني" الذي ساندنا خلال مشوارنا.

إلى هؤلاء جميعا أقول وفقنا الله وإياكم لما يحبه ويرضاه.

ألـــف شكـــر

إهـــــداء

- إلى الذين قال فيهما المولى سبحانه وتعالى" وبالوالدين إحسانا ."

"والدينا الكريمين حفظهما الله و رعاهما" .

- إلى كل الإخوة وأفراد العائلة الصغيرة والكبيرة .

- إلى جميع من علمنا ولو حرفا وساهم في تكوينينا لنصل إلى هذا اليوم.
- إلى كل الزملاء في الدراسة وكل الأصدقاء في العمل بدون استثناء.

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

والعافية وصلي اللهم على سيدنا محمد شفيع الأمة إلى يوم الدين.

المقدمة

الـــمـــقدمـــــــــة :

شرع عقد الزواج على سبيل الدوام والبقاء و أحاطه الإسلام بسياج من القدسية و أضفى عليه من الجلال ما يميزه عن سائر العقود و يسمو به فوق ما يرتبط به الناس في شؤون حياتهم من التزامات ،ويتزله في النفوس متزلة المهابة و الإكبار و لذلك وصفه القرآن بما يصف به أي عقد آخر فسماه بالميثاق الغليظ.

قال تعالى:"وكيف تأخذونه و قد أفضى بعضكم إلى بعض و أخذن منكم ميثاقا غليظا""

و قد أمر الله الزوجين بالمعاشرة بالمعروف لقوله تعالى"و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة"وجعل بينهما المودة و الرحمة لقوله تعالى"ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة" لتكون الزوجة صالحة للبقاء و الدوام حتى تثمر ثمرتها من النسل. ولكن في بعض الأحوال تعترض العلاقة الزوجية لأمور تجعلها مصدر للشقاء و الخصام المستمر بين الزوجين، بدل أن تكون سببا في الوئام و تبادل المودة و الرحمة، فتصبح الزوجية جحيما ونقمة بعد أن كانت نعيما وسعادة.

فشرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها و ذلك إذا تبين أن معاشرة الزوجين بالمعروف أصبحت غير مستطاعة ،وصعوبة أداء كل منهما لواجباته وحقوقه التي رسمها الشارع.فتشريع الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتنافران من قيد الرابطة الزوجية. كما أجاز القانون أمر الطلاق للزوج بحيث له أن يطلق زوجته إن كان هناك سبب يدعو لذلك من كراهية و نفور أو سوء عشرة فيكون مباحا. أما إذا كان بلا سبب فإنه يقع مع كونه منهيا عنه شرعا ، و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري: "الطلاق حل عقدة الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".([1]) ومن هنا المشرع الجزائري قد عرض الطلاق قانونا بأنه حل عقدة الزواج ويلاحظ كذلك من نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع اعتبر كلا من الفرقة الناجعة عن استعمال الزوج لحقه في حل الرابطة الزوجية بناءا على إرادته المنفردة والفرقة التي تكون بناءا على طلب الزوجة بإرادتها المنفردة أي طلب التفريق للضرر والفرقة التي تكون بتراضي الزوجين أي تفريقا بالضلع اعتبارهما كلها طلاقا و لم يفرق بينهما.([2])

---

[1].المادة 53 ،54 من أمر رقم 08/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ،المتضمن قانون الأسرة .

[2] عمر زودة، ، ص. 14. **طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. 14.

وقد يحكم القاضي بالطلاق بين الزوجين في حالة نشوز حاد بين الزوجين حسب المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق للطرف المتضرر"، فقد أعطى المشرع الجزائري للزوج حق الطلاق كما لم يحرم الزوجة منه حسب المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري التي تستطيع طلب التطليقة إذا أساء الزوج عشرتها و لم تقصر الشريعة و لا قانون الأسرة رأي المرأة و حقها في موضوع الطلاق ، بل جعل لها كامل الحق في المطالبة به و أوجبت على القاضي أن يجيبها في طلبها و يفرق بينها و بين زوجها متى أبدت من الأسباب ما تقرره العدالة و تؤيده الشريعة.

أهمية الموضوع: و بالنظر إلى الواقع و الإحصائيات يظهر أن للموضوع أهمية جلية حيث أن ظاهرة الطلاق أصبحت منتشرة إلى حد أصبح يشكل خطرا على كيان المجتمعات خاصة العربية و الإسلامية منها، والتي تملك من التشريعات و آراء الفقهاء المستقاة من الإسلام ما يجعلنا في منعة من هذا التفكك الأسري و لكن يبدو أن اختلاف الأسباب و تعقدها أثر على الوازع الديني عند طرفي هذه العلاقة. فأصبح كل من الزوج و الزوجة يجهلان واجباتهما اتجاه بعضهما كواحد من الأسباب ما أدى إلى زعزعة استقرار الأسرة. وسعيا من المشرع للحد من هذه الظاهرة و حتى لا يكون الطلاق إجراء تعسفيا يستعمله من يشاء متى شاء،. و نجد المشرع الجزائري لا يلتزم بمذهب معين بل يأخذ من كل واحد ما يحقق المصلحة و يوصل إلى المرغوب.مما جعل الكثير ينتقده و يتهمه بالقصور في ايجاد حلول للمخاصمات الزوجية من خلال المنظومة القانونية و الاجراءات المتبعة في هذا الجانب (فك الرابطة الزوجية).

أسباب إختيار الموضوع :و من أسباب إختيار هذا الموضوع ارتفاع معدلات دعاوى فك الرتبطة الزوجية في المحاكم الجزائرية بصورة خطيرة قد تنبئ عن تفكك أوصال المجتمع في الجزائر خلال الخمس السنوات الأخيرة و التداعيات الوخيمة الناتجة عنه و التي تؤثر على استقرار العائلة، و كذا غياب إجراءات الصلح ناجعة و التي من أهدافها الحفاظ على كيان الاسرة حيث باتت المحاكم عبارة عن مؤسسات إدارية لتوزيع شهادات الطلاق عوض البحث عن سبل وإجراءات للحد من هذه الظاهرة الاجتماعية الخطيرة.و كذا الواقع الاجتماعي المر الناتج عن سوء فهم لاحكام و روح القانون.

الإشكالية الرئيسية: ارتأينا أن نلم بهذا الموضوع من الجانب الإجرائي و معرفة كيف تعامل المشرع الجزائري مع هذا الموضوع الحساس، وذلك بطرح مجموعة من الإشكاليات :**ما الاجراءات المتخذة لرفع دعوى الطلاق و طرق رفعها؟**

إشكاليات فرعية: -إلى أي مدى أسهم المشرع في الحد من ظاهرة الطلاق من خلال تشريعه لإجراءات التقاضي؟

-و هل وفق في ذلك من خلال محاولات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة ؟

-و ما طبيعة الاحكام الصادرة من القضاء بخصوص هذا الموضوع و مدى حجيتها في الإثبات ؟

خطة البحث :وكل هذه الإشكاليات سنتطرق لها و نحاول معالجتها في هذا الجهد المتواضع و المفصل و المقسم إلى فصلين، نتناول في **الفصل الأول** إجراءات الطلاق و إثباته وهو مقسم إلى مبحثين **المبحث الأول** طرق رفع دعوى الطلاق و إثباته أما **المبحث الثاني** نتكلم فيه عن شروط قبول دعوى الطلاق و سيرها، و في **الفصل الثاني** نحاول معرفة طبيعة الأحكام القضائية و حجيتها في الإثبات مقسم إلى مبحثين **المبحث الأول** طبيعة الأحكام القضائية و طرق الطعن فيها و في **المبحث الثاني** إثبات الطلاق و إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية الموجودة في قانون الأسرة .

المنهج المتبع :متبعين في ذلك المزج بين المنهج التحليلي و الوصفي من حيث معرفة الاجراءات التي يتبعها المتقاضي بخصوص دعوى الطلاق إلى غاية صدور الحكم و جهات الطعن المتاحة من الناحية القضائية، و التي نص عليها المشرع الجزائري في قوانينه المختلفة و بالاخص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.معتمدين أكثر على الجانب التطبيقي من الجانب النظري بالاعتماد على الواقع العملي.

الفصل الأول

إجراءات الطلاق و إثباته

الفصل االأول: إجراءات الطلاق و إثباته

سوف نتطرق في هذا الفصل إلى إجراءات الطلاق و إثباته على ضوء التعديلات التي قام بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة من الناحية الإجرائية .

حيث يعتبر الطلاق من التصرفات الإرادية و هذا ما تضمنته المادة 48 من الأمر 10/05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة 11/84 المؤرخ في 9جويلية 1984 و التي تقضي بأن يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة و الذي يرتب آثار قانونية خاصة تختلف عن تلك الآثار الناتجة عن باقي التصرفات الإرادية الأخرى .

و هذا ما أدى بالمشرع الجزائري بإسناد القضايا الخاصة بالطلاق إلى قسم شؤون الأسرة حسب المادة 423 قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نخصص المبحث الأول إلى طرق رفع الدعوى و سيرها و المبحث الثاني إجراءات الصلح و التحكيم.

المبحث الأول : طرق رفع دعوى الطلاق و سيره١

تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 29 فيفري 2008 الإجراءات المتبعة للتقاضي بصفة عامة و المشتركة بين جميع الدعاوى و خص الدعاوى المتبعة بالطلاق قي القسم الثالث تحت عنوان "في إجراءات الطلاق " من المادة 427 إلى غاية المادة 452 من نفس القانون .و سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : طرق رفع دعوى الطلاق أمام قسم شؤون الأسرة

اسند قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المنازعات التي تنشأ بين الزوجين بشأن الطلاق لقسم شؤون الأسرة باتباع خطوات مهمة ،و ذلك بمعرفة صلاحيات و اختصاص قسم شؤون الاسرة و من ثم معرفة طرق رفع الدعوى القضائية على مستواه

الفرع الأول: صلاحيات و اختصاص قسم شؤون الأسرة في قضايا الطلاق.

ينظر قسم شؤون الأسرة طبقا للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الدعاوى و المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص و المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة و الزواج و حقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة و المهر و الطلاق و التطليق و الإقرار بالأبوة و إنكارها و العلاقة بين الأصول و الالتزام بالنفقة[1] حيث تنص المادة السابقة الذكر في فقرتها الأولى على ما يلي " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1-الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة ....." .

و حسب المادة 425 ق .إ.م لقاضي شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال .

و يخص قسم شؤون الأسرة إقليميا في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي طبقا للمادة 426 فقرة 03 ق .إ.م التي تنص " تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان و جود المسكن

(1)خديجة حسين ،المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة فيفري 2010 ،ص169-170. .

الزوجي و في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة احد الزوجين حسب اختيارهما ... " و هذا ما أكدته المادة 40 فقرة 02 من نفس القانون[1].

و من بين القضايا التي طرحت في مجال الاختصاص الإقليمي نذكر القضية التالية :

من المقرر أن قانون الاختصاص المحلي للجهة القضائية في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية يكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

و متى كان من الثابت في- قضية الحال – أن السكن الزوجي يقع بدائرة الحساسنة بولاية سعيدة و أن الطاعن دفع بعدم الاختصاص المحلي أمام محكمة تيارت ثم مجلسها فإن قضاة الموضوع الذين لم يستجيبوا لدفع الطاعن يكونوا قد خرقوا القانون .و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

م-ع-غ- أ – ش- 1986/12/29 , ملف رقم 44031-م.ق 1994. عدد 2 ص 51 [(2)]. و في حالة تنازع القوانين فيما يخص القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج جاءت المادة 12 في فقرتها الثانية من القانون المدني و التي أسندت الاختصاص للنظر في دعوى الطلاق إلى القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى غير إن المشرع الجزائري قد احتفظ بالاستثناء الوارد في المادة 13 .

.بأن يطبق القانون الجزائري وحده فيما يخص الأحوال التي نصت عليها المادتين 11-14 إذا كان احد الزوجين جزائري الجنسية[(2)] . و هذا ما توصل إليه اجتهاد المحكمة العليا في القضية التالية : من المقرر قانون لان دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفعأمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية ,إما في حالة الإقامة ببلد أجنبي , فيسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى .

---

[1]- تنص المادة 40 فقرة 02 ق.ا.م "في مواد الميراث،دعاوى الطلاق أو الرجوع ،الحضانة،النفقة الغذائية و السكن على التوالي .إما المحكمة التي يقع في دائرة واختصاصها موطن المتوفى ،مسكن الزوجية...." .

(1)بلحاج العربي قانون الأسرة،مع تعديلات الأسرة 05-02 معلق عليه المبادئ المحكمة العليا خلال 40 سنة (1996-2006) ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة نوفمبر 2007 ، ص 310 .

(2)المادة 13 من الامررقم75-58المؤرخ في1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل بالأمر رقم 05-المؤرخ في20يونيو2005، ص4 .

(3) بلحاج العربي المرجع نفسه، ص 318-319 .

و لما كان من الثابت في- قضية الحال – أن طرفي النزاع يقيمان في بلد أجنبي فانه لا يمكن التخلي أو الامتناع على الفصل في النزاع القائم بين جزائريين لصالح قضاة أجانب ,و أن بإجابة قضاة الموضوع على الدفع المتعلق بعدم اختصاص القضاء الجزائري يكونوا قد أعطوا تعليلا كافيا لقرارهم ,مما سيتوجب رفضهم للطعن .

-م- ع -غ—ا-ش- 1996/06/23 ملف رقم 91144. م.ق. 1994 عدد 1 , ص 63 [3] .

الفرع الثاني : طرق رفع دعوى الطلاق

إن أول إجراء يتطلبه القانون للحصول على حكم قضائي بوقوع الطلاق أو التطليق هو وجوب تقديم عريضة كتابية أو تصريح شفهي إلى كتابة الضبط بالمحكمة التي يوجد مقر الزوجية ضمن دائرة اختصاصها [1].

أولا : رفع الدعوى بواسطة عريضة

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 14 منه تبين انه يجب رفع دعوى الطلاق بواسطة عريضة مكتوبة موقعة و مؤرخة تودع لدى أمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه من نسختين .

و تكون تشتمل على ملخص لموضوع النزاع و أسباب طلب الطلاق و على النص القانوني الواجب التطبيق إن أمكن , و على المستندات اللازمة لتدعيم الطلبات [2].

ثانيا : رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي

تقضي المادة 09 من ق.إ.م إن إجراءات التقاضي تكون مكتوبة [3]إلا أن المشرع أجاز رفع دعوى الطلاق بتصريح شفهي أمام المحكمة حيث يتولى كاتب الضبط أو احد أعوانه تحديد محضر بناءا على تصريح المدعي و الذي يقوم بالتوقيع عليه حتى يكون هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة [4] و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا

(1)عبد العزيز سعد الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري , دار هومة , الجزائر , 2008.ص 117.

(2) عبد العزيز سعد نفس المرجع والصفحة ص117.

(3) تنص المادة 09 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة .

(4)بلحاج العربي،مرجع سابق , ص342 .

من خلال المبدأ الذي توصلت إليه من المقرر قانونا أنه يجوز رفع الدعوى من الشخص نفسه أو وكيل عنه كما يمكن للشخص الحضور أمام كاتب الضبط ليعلن رفع الدعوى و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة للقانون .

و لما كان من الثابت في –قضية الحال – أن التوقيع على عريضة الاستئناف تتم من طرف وكيل المستأنفة التي صرحت بصحة وكالة مهدها أمام المجلس بعد قبولهم الاستئناف شكلا أساؤوا في تطبيق القانون

و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

. م.ع.غ.أ. ش. 1986/12/15. ملف رقم 44306.م.ق.1993. عدد 04. ص73 [1] .

المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الطلاق و سيرها

سنتعرض في هذا المطلب إلى : شروط قبول دعوى الطلاق اولا.و سير دعوى الطلاق ثانيا .

الفرع الأول: شروط قبول دعوى الطلاق

نظم المشرع الجزائري شروط قبول الدعوى في المادة 459 ق. إ.م . التي تشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة أن ترفع من شخص له صفة و أهلية و مصلحة في ذلك .

بالإضافة إلى هذه الشروط العامة الواجب توافرها في أية دعوى ترفع إلا أنه في دعاوى الطلاق هناك شرط خاص و هو إرفاق عريضة افتتاح الدعوى بنسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية لم يمض على استخراجها أكثر من عام و يعتبر هذا الشرط إلزامي[2] .

أولا الصفة:

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 310.

(2)عزيرية يوسف, التطليق أو الخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا،مذكرة التخرج، المعهد الوطني للقضاء2004,ص 34 .

(3) تنص المادة05 من القانون رقم224-63- الخاص بتحديد سن الزواج "لا يجوز لاحدان يدعي بأنه زوج أو يطالب بما يترتب على الزواج من أثار،ما لم يقدم عقد زواج محدد و مسجل في سجلات الحالة المدنية ".

(4)بلحاج العربي ، المرجع نفسه .ص49

يقصد بها أنه يجب أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعواه ضد الزوج الأخر له صفة في إقامة هذه الدعوى و تقديمها إلى المحكمة و لتحقيق هذا الشرط يجب أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها , و تثبت الصفة في دعاوى الطلاق بتقديم المدعي سواء كان الزوج أو الزوجة نسخة من عقد الزواج مستخرج من سجلات الحالة المدنية[3] و هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998 من المستقر عليه قانونا و قضاءا بأنه لا يجوز لأحد أن يدعي صفة الزوجية أو يطالب بآثار الزواج , ما لم يقدم عقد زواج محرر أو مسجل في سجلات الحالة المدنية [4].

. أما إذا كان الشخص ذي صفة في استحالة قانونية أو مادية تمنعه من استعمال – حقه في الدعوى أمام القضاء تباشر من قبل ممثله القانوني كالمحامي أو الولي.أو الوصي في هذه الحالة تثبت للممثل القانوني ما يعرف بالصفة الإجرائية و نجد أنه في حالة تخلف الصفة الإجرائية يتوقف عليها بطلان الإجراءات كما أن زوال الصفة في الدعوى يؤدي إلى انقضائها في حين أن زوال الصفة الإجرائية

يؤدي إلى انقطاعها[1].

أما في دعاوى 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 أنه في حالة كون أحد الزوجين قاصرا فإنه يملك الصفة الموضوعية دون الصفة الإجرائية [2].

ثانيا المصلحة :

يقصد بها أن يكون الهدف من الالتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة و ذلك بصدور حكم و أن لا دعوى حيث لا مصلحة , فمثلا : في دعوى التطليق يكون هدف الزوجة من رفع هذه الدعوى هو الحصول على حكم يطلقها من زوجها الذي سبب لها ضررا.

(1)الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، www.mascana.com تاريخ التصفح 2018/02/19.الساعة 13:52.

(2) قسنطيني حدة،إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية،مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، 2001-2004، ص 31 .

(3) تنص المادة 02/40 من القانون المدني " .....و سن الرشد تسع عشرة (19)سنة كاملة ".

ثالثا الأهلية : عرفها القانون المدني بأنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق و التحمل بالالتزامات و الأهلية في الاصطلاح القانوني نوعان : أهلية أداء و أهلية وجوب.

و يقصد بالأهلية في الخصومات الزوجية هي أهلية التقاضي أمام المحكمة حيث يتمتع كلا من الزوجين بأهلية التقاضي 19 سنة و ذلك حسب المادة 40 ق.م[3]. و هذا ما أكدته المادة 7 من قانون الأسرة بأن تمام الأهلية لكل من الرجل و المرأة يكون بتمام 19 سنة , إلا أنها نصت على استثناء يكمن في أنه يمكن للقاضي الترخيص بالزواج قبل بلوغ 19 سنة و بالتالي يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يخص الزواج وآثاره فقط دون التطرق إلى الطلاق .

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1966 : من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه , و من المقرر أيضا أن الزواج المنعقد بدون رضا الولي الشرعي للزوجة هو زواج باطل بطلانا مطلقا و من ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[1] .

إلا أن هذه المادة السالفة الذكر لم تكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يخص رفع دعوى الطلاق وهنا يطرح إشكال يتعلق بحالة ما إذا تزوجت المرأة عن طريق الإذن من القضاء أي كانت تبلغ 17 سنة من العمر و بعد عدة أشهر من ذلك أرادت رفع دعوى التطليق أو خلع فهل تقبل دعواها رغم أنها لم تبلغ سن الرشد أم يجب رفع دعواها باسم وليها ؟خاصة و أن المشرع في المادة 437.ق. إ. م[2]. اعتبر الزوج القاصر غير مرشد في حالة رفع دعوى الطلاق .

---

(1) بلحاج العربي،المرجع السابق، ص49 .

(2) تنص المادة 437 قانون إجراءات مدنية و إدارية " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يقوم الطلب باسمه ،من قبل وليه أو مقدمه ، حسب الحالة " .

(3)عزيرية يوسف،, المرجع السابق , ص 35.

(4)تنص المادة 334 من قانون العقوبات "ولو تجاوز سن السادسة عشر من عمره ولم يصبح بعد راشد بالزواج ".

(5)الطلاق في قانون الأسرة الجزائري www.mascana.com ، تاريخ الاطلاع 2018/02/19 على الساعة 19:30.

لكن المشرع الجزائري لم يتناول هذه المسالة بل سكت عنها و السكوت معناه الإحالة إلى القواعد العامة لعدم وجود نص صريح في ق. الأسرة حيث أن المادة 40 من القانون المدني حددت أهلية التقاضي ب 19 سنة و طالما أن الزوجة لم تبلغ هذا السن لا يجب عليها رفع الدعوى باسمها و إنما باسم وليها[3] .

و مع ذلك نجد في المادة 334 من قانون العقوبات الجزائري[4] أن المشرع أخذ ضمنيا بفكرة الترشيد إلا أن الراجح أن المسألة لا تعدوا إلا أن تكون مجرد خطأ مطبعي أو سهو عندما تم الاقتباس من القانون الفرنسي [5] .

هذا و تعتبر الأهلية شرط من شروط صحة المطالبة القضائية يترتب عنها تخلف رفع شكلي في حين تخلف شروط قبول الدعوى الصفة و المصلحة يترتب عنها دفع بعدم القبول

الفرع الثاني: سير دعوى الطلاق

تختلف إجراءات سير دعوى الطلاق بحسب ما إذا كان طلاق بالتراضي أو طلاق بطلب من أحد الزوجين

أولا: في الطلاق بالتراضي :

نصت على الطلاق بتراضي الزوجين المادة 48 من ق.الأسرة[1] و عرفته المادة 427 ق .إ.م تعريفا إجرائيا بأنه إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة [2].

(1)تنص المادة 48 من قانون أسرة " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ،يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين.

(2) فريجة حسين ، مرجع سابق – ص- 172 .

(3)عبد السلام ذيب،قانون الإجراءات المدنية والإدارية،مرقم للنشر،الجزائر الطبعة الثانية ، 2011 ص- 295.

(4)تنص المادة 428 ق.ا.م " في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة و موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط

(5)عبد الفتاح تقية، , قضايا شؤون الأسرة من منضور الفقه و التشريع و القضاء , منشورات ثالة , الأبيار الجزائر, 2011، ص- 45.

(6)بربارة عبد الرحمان قانون الإجراءات المدنية،منشورات بغدادي،طبعة أولى، 2009،ص- 332 .

و اعتبارا لعدم احتواء قانون الأسرة على الإجراءات الواجبة الإتباع في مثل هذا الطلاق فقد حدد المشرع في قانون الإجراءات المدنية الجديد شكل العريضة التي ينبغي أن تكون وحيدة و موقعة من الزوجين معا[3] ,و يودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد بها مسكن الزوجية حسب ما جاءت به المادة 428. ق.إ.م[4].

و منه ألزم المشرع في المادة 429. ق.إ.م.الأطراف في عريضة الطلاق بالتراضي أن تكون متضمنة على بيانات واضحة تكمن في : بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب ,اسم و لقب و جنسية كلا من الزوجين ,و موطن و تاريخ و مكان ميلادهما , تاريخ و مكان زواجهما و عند الاقتضاء عدد الأولاد القصر ,عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل حول توابع الطلاق ,و ألزم من حيث المستندات أو الوثائق التي يحتويها ملف الموضوع أن يكون مرفق مع العريضة شهادة عائلية و مستخرج من عقد زواج المعنيين [5]. يخطر أمين الضبط الطرفين وقت إيداع العريضة الوحيدة بتاريخ حضورهما أمام القاضي و يسلم لهما استدعاء لهذا الغرض[6].

و قد جاء التأكيد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 431 منه على أنه لا يجب اعتبار دور القاضي تجاه هذا النوع من الطلاق مجرد تسجيل لإرادة الطرفين بل أحاطه المشرع بالمهام التالية:

-تأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من العريضة.

- الاستماع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين.

- التأكد من إرادة الزوجين الفعلية في الطلاق .

- محاولة إجراء الصلح بين الطرفين إن أمكن ذلك.

- مراقبة محتوى الاتفاق الوارد بين الزوجين و التأكد من صحته وعدم مخالفته للقانون و للنظام العام [1] وجود بند يقضي بإسقاط نفقة الأبناء رغم صغر سنهم , يجوز للقاضي إلغاء هذا البند باعتبار أن النفقة من النظام العام .

و منه يحتفظ القاضي بدوره الايجابي حتى في قضايا الطلاق بالتراضي و ذلك بإثبات إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي و يصرح بالطلاق[2] .

(1) عبد السلام ذيب، المرجع السابق ، ص – 295-296.

(2) بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص- 332.

(3)تنص المادة 433ق.ا.م " أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف ".

(4)عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق ، ص- 151.

كما أكد المشرع الجزائري في المادة 432.ق.إ.م. على أنه يمنع على طالبي الطلاق بالتراضي تقديم هذا الطلب في حالتين أولهما إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم و ثانيهما وجود عارض من عوارض الأهلية أو اختلال في القدرات الذهنية و في حالة توافر إحدى هاتين الحالتين أو كلاهما يلتزم القاضي بالاستعانة بطبيب مختص للتأكد من ذلك .

تصدر أحكام الطلاق بالتراضي ابتدائيا نهائيا أي أنها غير قابلة للاستئناف [3] طالما و أن حل الرابطة الزوجية في هذا النطاق كان بإرادة الزوجين المشتركة و تم إثبات هذه الإرادة أمام القاضي المختص و منه إصدار حكم قضائي يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي للطرفين [4], و يمكن الطعن بالنقض من الزوجين.

اعتبارا من تاريخ صدورها[1] و تكريس إمكانية الطعن بالنقض في هذا النوع من الأحكام يهدف إلى الحيلولة دون تخلي القاضي على دوره في مراقبة قانونية للاتفاق و عدم مخالفته للنظام العام و ملائمته مع مصلحة الأولاد ,كما يمكن للنيابة العامة بصفتها طرفا أصيلا في الدعوى الطعن بالنقض في الحكم لنفس الأسباب , و خلافا للقاعدة المتعارف عليها التي تنص على إيقاف تنفيذ الحكم المتعلق بحالة الأشخاص بسبب الطعن بالنقض فإن الحكم بالطلاق بالتراضي لا يوقف تنفيذه عند الطعن فيه بالنقض[2] و ذلك احتراما لمبدأ حرية الإرادة[3].

و هذا ما تبين في القرار الصادر في 9 جويلية 1996 :

الطلاق بالتراضي –القاضي يصادق على الاتفاق المتوصل إليه- ولا يجوز الرجوع فيه (المادتين 48-49 ق.أسرة) من المقرر قانونا أن يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين و يثبت بحكم بعد محاولة من طرف القاضي .

---

(1) تنص المادة 434 ق.ا.م "يسري اجل الطعن بالنقص من تاريخ النطق بالحكم " .

(2) تنص المادة 435 قانون الاجراءات المدنية و الادارية " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم " .

(3) عبد السلام ذيب ، المرجع السابق ، ص- 296 .

(4) عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق ، ص – 250 .

(5)عبد العزيز سعد، قانون الأسرة و الجنسية والحالة المدنية ، دار الحديث للكتاب ، الجزائر ، طبعة 2008 ، ص 31 .

و متى حصل الاتفاق بين الطرفين –كقضية الحال– فإن القاضي يصادق على شروطه و لا يجوز بعد ذلك للأطراف بالرجوع فيه مما سيتوجب رفض الطعن الحالي[4].

و نعرض قرار أيضا صدر في 2000 مفاده:

من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق و لا يوصف بالابتدائية أو النهائية و لا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير مما يستوجب عدم قبول الطعن شكلا [5].

ثانيا: في الطلاق بطلب من احد الزوجين

تعرض المشرع في المادة 48 ق. أسرة إلى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة على حد سواء , و تجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية الجديد لم يفرق من حيث الإجراءات بين الزوج و الزوجة إذ أخضع الطلاق بإرادة الزوج أو بطلب الزوجة لنفس المراحل الإجرائية [1].

و تختلف إجراءات الطلاق بطلب من أحد الزوجين عنها في الطلاق بالتراضي حيث يشترط في الأولى أنه على من يبادر برفع دعوى الطلاق تقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة [2] , و لكن يلاحظ أن المشرع أحال تطبيق المادة 436 ق. إ.م . على النص العام الوارد في المادة 13 ق.إ.م. مع أن طبيعة

(1) عبد السلام ديب، المرجع السابق ،ص– 296 .

(2) تنص المادة 436 " ترفع دعوى الطلاق من احد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للإشكال المقررة لدفع الدعوى " .

(3) بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص– 334 .

(4) تنص المادة 437 ق.ا.م " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية .يقدم الطلب باسمه كمن قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة" .

(5) عبد العزيز سرحد، المرجع السابق، ص– 117.

التراع تقتضي إدراج بيانات خاصة تضمنتها المادة 429 من نفس القانون فذكر منها جنسية كلا الزوجين و تاريخ و مكان ميلادهما و تاريخ و مكان زواجهما و عند الاقتضاء عدد الأولاد القصر مع عرض الأسباب المؤدية للطلاق[3].

ألزمت المادة 437 ق .إ.م[4]. تقديم الطلب من قبل الولي أو المقدم باسم الزوج ناقص الأهلية و قد تعرضنا لهذه النقطة عند شرحنا لشرط الأهلية .

يتمثل الاختلاف الثاني في قيام المدعي من الزوجين بتبليغ النسخة الثانية من العريضة إلى الزوج المدعى عليه.و ذلك بواسطة المحضر القضائي الموجود مكتبه بدائرة اختصاص المحكمة المختصة و المرفوعة أمامها دعوى طلب الطلاق أو التطليق , الذي يجب عليه أن يحرر محضرا بتكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المعينة ,و ذلك وفقا للأوضاع و الأشكال المنصوص عليها في المواد من 13 -22 من ق. الإجراءات المدنية و الإدارية[5].

و تجدر الإشارة إلى أن عدم تكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المحددة في التاريخ المعين , وعدم تبليغه نسخة من العريضة لإعداد دفاعه و لتمكينه من الرد عليها يجعل الدعوى كأن لم ترفع و أن الخصومة لم تنعقد .و لا يجوز للقاضي في مثل هذه الحال أن يستند إلى نص الفقرة الثانية من المادة 35 ق. إ.م. و يصدر حكمه في غياب المدعى عليه.و إذا فعل ذلك دون إثبات أن المدعى عليه قد تم تكليفه بالحضور وفقا للقانون و أنه قد بلغ تبليغا صحيحا و تغيب دون عذر مقبول فإن حكمه الغيابي سيكون مخالفا للقانون و معرضا حتما للإلغاء[1] .

أما بالنسبة للنيابة العامة فقد تدارك المشرع الوضع بإضافته فقرة ثانية للمادة 438.ق.إ.م[2]. و هو الصواب لأنه يعتبر نادرا جدا ما يقوم المدعي بتكليف النيابة العامة بالحضور عن طريق المحضر القضائي نظرا لما نصت عليه المادة 3 مكرر ق.أسرة[3] , باعتبارها طرف أصيل في كافة مواضيع الأحوال الشخصية , فيكون للنيابة العامة الإدعاء بصفة

(1) عبد العزيز بعد، مرجع سابق، ص-.118.

(2) تنص المادة 438 قانون الاجراءات الدنية و الادارية "و يجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط " .

(3) نصت المادة 3 مكرر " تعد النيابة العامة طرف في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون " .

(4) إجراءات التقاضي مذكرة نيل كفاءة السياسيين ،كلية الحقوق 2007-2001، ص- 33 .

(5) إجراءات التقاضي مذكرة نيل كفاءة السياسيين المرجع نفسه ، ص . 33

أصلية عن طريق رفع الدعوى ابتداء إذا تعلق الأمر بالنظام العام و الآداب العامة كدعوى التفريق بين زوجين يكون زواجهما فاسد و يكون للنيابة العامة هذا الدور باعتبارها الهيئة العامة الممثلة للمجتمع و لكن يكون رفع النيابة العامة للدعوى محصور بنص القانون حسب المادة 257 ق. إ.م[4].

كما تملك النيابة العامة صلاحية التدخل في القضايا المرفوعة من ذوي الشأن كالتدخل في دعوى التطليق و يكون لها التدخل في أي درجة من درجات التقاضي و لكن في الواقع لا يتعدى دورها دور المراقب و ذلك بطلب تطبيق القانون رغم أن المشرع أراد من وراء منح الاختصاص للنيابة العامة حماية القصر [5].

حيث أن النص صريح في المادة 3 مكرر من ق. الأسرة حيث تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا الأسرة مثال دائن في المواد 99, 102,114 ق.أسرة .

و النيابة العامة في هذه الحالات تتصل بالدعوى كطرف أصلي و هي خصم حقيقي إذ أنها تعمل بطريق الإدعاء , أما إذا رفعت الدعوى من الغير فتعمل النيابة بطريق الدفاع , ذلك أن المشرع اعتبر مركز النيابة كطرف أصلي تعمل بطريق الإدعاء أو الدفاع قائم على اعتبارات تتعلق بالنظام العام [1].

و تطبيقا لنص المادة 3 مكرر ق. أسرة , ظهرت عدة قرارات تؤيد وجوب اطلاع النيابة العامة على كافة القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص نذكر ما جاءت به هذا القرار : من المقرر قانونا أنه يجب إبلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبدأ جوهري ,و انتهاكا لقاعدة قانونية من قواعد

(1) منتدى الجلفة ، النيابة والأسرة www.google.com تاريخ التصفح 2018/03/30 على الساعة 15:56 .

(2) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص – 19 .

(3) تنص المادة 03/49 قانون أسرة تسجيل إحكام الطلاق و جوبا في سجلات الحالة المدنية بعي من النيابة العامة "

(4) يسجل حكم الطلاق ضمن وثيقة عقد الزواج و على هامش وثيقة ميلاد كل من الزوجين.

(5) عبد العزيز سرحد ، المرجع السابق ، ص– 121 .

النظام العام , و لما كان قضاة الاستئناف وافقوا على حكم قضي بالطلاق دون إبلاغ الملف المتعلق به إلى النائب العام فإنهم بقضائهم هذا قد فرقوا أحكام المادة 438.ق.إ.م [2].

و بتعديل المادة 49 ق.أسرة نجد في فقرتها الثالثة[3] دور النيابة العامة في تسجيل أحكام الطلاق في سجلات الحالة المدنية [4] بعد أن كان مكلفا بها رئيس كتاب ضبط المحكمة التي أصدرت حكم الطلاق , و بالتالي يقوم و كيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة بوجوب القيام بالاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها إبرام و تسجيل عقد الزواج ليطلب منه تقييد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد زواج المعنيين , لكن إذا كان الحكم بالطلاق يقبل الطعن فيه بالنقض لا يجوز لممثل النيابة العامة أن يطلب من ضابط الحالة المدنية تسجيل حكم الطلاق على هامش عقد الزواج إلا بعد أن تقوم المحكمة العليا بالفصل في حكم الطلاق و يصبح نهائيا [5].

المبحث الثاني : إجراءات الصلح و التحكيم :

إجراءات الصلح و التحكيم هي من المسائل الهامة التي تعرضت لها قوانين الأحوال الشخصية و خاصة البلدان العربية و الإسلامية لقوله تعالى { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }. وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الصلح في مطلب أول و التحكيم في المطلب الثاني .

المطلب الأول : إجراءات الصلح

يعتبر الصلح إجراء أساسي يقوم به القاضي قبل النطق بحكم الطلاق و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري مستمدا ذلك من أحكام الشريعة الإسلامية لقوله تعالى "" و إن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا و الصلح خير ...."[1].

(1) سورة النساء، الآية:129.

(2) عزيزية يوسف ، المرجع السابق ، ص – 36 .

(3) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص – 233 .

و إجراء الصلح طرح عدة إشكالات في حيث كونه إجراء إجباري يلتزم به القاضي يترتب على عدم احترامه بطلان الإجراءات أم أنه جوازي يجوز الاتفاق على مخالفته .

الفرع الأول:حالة الصلح

و في هذا الشأن صدرت عدة قرارات للمحكمة العليا يستشف منها أن إجراء الصلح وجوبي يترتب على عدم احترامه الخطأ في تطبيق القانون[2] :من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين , يكونوا قد أخطؤا في تطبيق القانون [3], و هناك قرار آخر مؤرخ في 1989 من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق , و إذا اشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما , و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .

و لما كان من الثابت في– قضية الحال – أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية " 49-55-56 ق.أ . يكون بقضائه كما فعل خالف القانون و تجاوز اختصاصه و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1] .

و يرى الأستاذ بن الشويخ رشيد أنه بموجب المادة 49 المعدلة أقر المشرع بضرورة إجراء عدة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق لكنه أقر بأن الطلاق لا يكون ثابتا و لا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي و لم يعتد بالطلاق الذي يوقعه الزوج بالإرادة المنفردة خارج القضاء مما اقترح إعادة صياغة المادة 49 على النحو الآتي:" لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر , و إذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق بنيته من تاريخ وقوعه, على كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص- 233 .

(2) بن الشويخ الرشيد ، **شرح** قانون الأسرة الجزائري , دار الخلدونية , الطبعة الأولى 2008، ص – 179 ، 181 .

(3) تنص المادة 49 في ق. الأسرة "لا يقبل الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى ....."

(4) تنص م 442 / 02 من ق.ا.م "يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى ".

(5) عبد الفتاح تقية ، الرجع السابق ، ص- 154 .

(6) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص- 231 .

أسبوع من تاريخ التلفظ "[2] و لم يترك المشرع مدة الصلح لتقرير المحكمة و اعتبرها من النظام العام يترتب على مخالفتها الخطأ في تطبيق القانون و هي 3 أشهر , ابتداء من تاريخ رفع دعوى الطلاق و هذا ما أكده في نص المادة 01/49 من ق. أسرة [3], و المادة 02/442 ق. إ.م[4] .

و من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في الصلح الاستماع إلى كل زوج على انفراد ثم معا , و منه يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة و المشاركة في محاولة الصلح [5], و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1968/07/03, يستوجب نقض الحكم الذي حكم بالطلاق بين الطرفين انطلاقا من السبب الوحيد أن الحياة الزوجية صارت مستحيلة , دون أن يقدما أي طلب طلاق , ودون الصلح المنصوص عليه في المسألة و دون سماع المعنيين في هذا الشأن , مما يوضح جليا خرق قضاة الموضوع للقانون [6].

الفرع الثاني: حالة عدم الصلح

تتمثل في عدم إمكانية القاضي التقريب بين آراء الزوجين و الصلح بينهما رغم المهلة الممنوحة لهما بالتفكير و في حالة تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات محاولات الصلح دون إعتذار فإن ذلك يعتبر إمتناعا متعمدا و رفضا ضمنيا لمحاولات الصلح و مثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار و يعفيه من تجديد محاولات الصلح و يعتبر محاولات الصلح فاشلة و غير منتجة[1] ,و في هذه الحالة أغفل المشرع النص ما إذا كان يجب على القاضي تحرير محضر بعدم الصلح .

أما القضاء في هذه النقطة لم يستقر موقف المحكمة العليا على اجتهاد معين بالنسبة لتحرير محضر عدم الصلح ففي قرارها الصادر في 1997/10/23, أقرت بأن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءها

(1)عبد العزيز سعد المرجع السابق ص-110.

(2)الغوثي بن ملحة قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، طبعة ثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2008،ص-116.

(3)سليمان ولد خسال ،**الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري** , دار المليلية , الجزائر , الطبعة الأولى , 2010ص-124.

(4)عزيزية يوسف المرجع السابق ص-35.

عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأن المادة 49.ق.أ . تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر[2].

بالإضافة إلى ما تم ذكره بخصوص المدة المتعلقة بالصلح ترى اللجنة التي وضعت مشروع التعديل أن فترة الصلح لا يجب أن تتجاوز مدة 3 أشهر من باب مراعاة فترة العدة , و مع ذلك يبقى يعاب على مدة الصلح عدم تقيد ذلك بمدة العدة الشرعية كالمرأة الحامل و بأنواع الطلاق كالطلاق البائن بينونة كبرى[3] .

المطلب الثاني : إجراء التحكيم

لم يذكر القانون متى يتم اللجوء إلى التحكيم بعد فشل محاولة الصلح أم أثناء محاولة الصلح فإنه قد جرى العمل أن تتم هذه الإجراءات أثناء محاولة الصلح و هذا فيه فائدة كبيرة بحيث تكون أمام إجرائين في نفس الوقت و يمكن أن يؤثر على الزوجين و يقع الصلح بينهما [4]. فالتحكيم تحكمه قاعدتين الأولى موضوعية و هي وجوب تعيين الحكمين عند انعدام الصلح و عدم ثبوت الضرر.

أما حضور الغير للجلسة فقد استحدث بموجب القانون الجديد بناءا على تدخل لجنة الشؤون القانونية و الإدارية و أخريات حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة [1] نظرا لخصوصية النزاع و سريته و حساسيته و مراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية [2] .

هذا و لم يغفل المشرع في حالة غياب أحد الزوجين حيث بينت المادة 441.ق.إ.م. أنه إذا حال دون حضور أحد الزوجين , لجلسة الصلح مانع معين أو مبرر ما على القاضي إلا تحديد جلسة صلح جديدة أو قيامه بندب قاضي أخر سماع الطرف المتغيب عن الجلسة و هذا ما يسمى بالإنابة القضائية غير أنه إذا كلف أحد الزوجين بحضور جلسة

(1) تنص المادة 02/440 من ق 08-09:".....و يمكن بناءا على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة و المشاركة في محاولة الصلح".

(2) بربارة عبد الرحمان: المرجع السابق، ص 336.

(3) تنص المادة 442 من قانون 08-09 :".....كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازماً من التّدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن".

(4) تنص المادة 444 من قانون 08-09 "يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان..."

(5) المادة 445 من قانون 08-09 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(6) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 179-180.

(7) تنص المادة 03/443 من قانون 08-09 "يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا

الصلح شخصيا و لم يحضر بدون تبرير غيابه جاز للقاضي تحرير محضر بعدم الحضور .و يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير بعد محاولة الصلح الأولى على أن لا تتعدى هذه المحاولات 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى و يمكن للقاضي أن يأمر بتدابير مؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن[3] و يأخذ بعين الاعتبار ما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين [4], و يمكن للقاضي أن يأمر في هذه المرحلة و إلى حين صدور الحكم في الموضوع تعديل أو إلغاء هذه التدابير في حالة ظهور واقعة جديدة بأمر غير قابل للطعن[5] .

و في الأخير يتوصل الزوجان إلى أحد الحلين إما الصلح أو عدم الصلح و هذا ما أكدته المادة 443.ق.إ.م. التي ميزت بين حالتين هما:

الفرع الأول :الحالة الصلح بين الزوجين

يتعين على القاضي الذي يجري الصلح تحديد محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح مع توقيع الطرفين و كاتب الضبط[6], لكي يكون محضر الصلح سند تنفيذي[7].

و في حالة تكرار الدعوى والثانية إجرائية منها وجوب أداء اليمن من طرف الحكمين و يشترط لصحة الحكمين الإسلام , الحرية , البلوغ , الذكورة , العدالة , الرشد , وأن يكونا من الأهل[1] , وتستمد أحكام التحكيم من الفقه المالكي الذي يستند إلى قوله تعالى:" وإن خفتم شقاق بينهما إن الله كان عليما خبيرا "[2]

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تطرق للتحكيم من خلال المادة 56 ق.أسرة [3]و المادة 446 من ق.08-09[4] أنه في حالة عدم ثبوت الضرر على القاضي تعيين حكمين من أصل الزوج و الزوجة لمحاولة الصلح بينهما تحت مراقبة القاضي و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989 : من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد

(1)نبيل صقر، ، موسوعة الفكر القانوني لقانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا , دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع , بدون سنة ص 221.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) تنص المادة 54 قا أسرة " .....يعين القاضي الحكمين. حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين ان يقدما تقديراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

(4) تنص المادة 446 من الأمر 08-09 " إذ جاز للقاضي أني يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات ق الأسرة".

(5) بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 301 .

(6)- نبيل صقر، المرجع نفسه، ص 221.

محاولة الصلح من طرف القاضي، و عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق , و إذا اشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون[5]. إلا أنه يعاب على المادة 56 من قانون أسرة أن المشرع لم يميز بين الإجراءات التي تتخذ في حالة التوصل للصلح و التي تتبع في حالة فشل الصلح، و من خلال دراستنا و تحليلنا للمواد من 444 إلى غاية المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تبين لنا أن قاضي الموضوع له صلاحية مراقبة أعمال الحكمين في المهام المسندة لهم و مراقبة الشروط الواجب توافرها فيهم و له أيضا السلطة التقديرية في تقدير التفويض و القيام بما يراه مناسبا لكل قضية تعرض عليه في هذا المجال و ترك الأمر للأخذ بأحد آراء الحكمين لاجتهاد المحكمة أو الأخذ بمقدار آخر لا ينقص عن أدنى هذه الآراء و لا يزيد عن أعلاها و ذلك على أساس أن الحكمان يعتبران كشهود قد أصبحوا مطلعين على جزئيات الشقاق و أسبابه فتستفيد بهم المحكمة لتقرير ما تراه الأعدل[6] . كما توصلنا إلى التمييز بين التقرير في حالة الصلح بين الزوجين و التقرير في حالة عدم الصلح .

كشهود قد أصبحوا مطلعين على جزيئات الشقاق و أسبابه فتستفيد بهم المحكمة لتقدير ما تراه الأعدل .

كما توصلنا إلى التمييز بين التقرير في حالة الصلح بين الزوجين و التقرير في حالة عدم الصلح .

أولا: التقرير في حالة الصلح بين الزوجين

إن الصلح الذي يتوصل له الحكمين يكون بإرادة الزوجين و ما على الحكمين إلا إدراج هذا الصلح ضمن محضر يوقع من طرفين أو يرفق بتقرير لتحكيم , و مادام أن الصلح هو إنهاء للنزاع فان الحكم الصادر القاضي بالصلح يعد حكما كاشفا و ليس منشأً لأنه في الأصل تم بإرادة الزوجين [1].

(1)- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 159.

(2)- عبد الفتاح تقية، المرجع نفسه، ص 159-160.

(3) تنص المادة 1004 من ق 08-09 "يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر ..... و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا".
(4) بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 339.

الفرع الثاني : التقرير في حالة عدم الصلح بين الزوجين

إذا لم يتم الإصلاح بين الطرفين من قبل الحكمين فإنه يستشف من المواد السابقة الذكر و المتعلقة بالتحكيم يجب أن يتضمن تقرير التحكيم من حيث الموضوع معاينة الضرر و أسبابه و التصريح بمسؤولية كل طرف في الشقاق و اقتراح حل الرابطة الزوجية , ومن الطرف الذي يلتزم بالتعويض و بما أن التحكيم من الإجراءات المنصوص عليها فحجيته بالنسبة للقاضي كحجية إجراء التحقيق فلا يجوز للقاضي رفض التقرير إلا بنص قانوني و تسبيب , فالوقائع المادية الثابتة في تقرير التحكيم لا يجوز استبعادها إلا بدليل على عدم ثبوتها و إلا اعتبر محرفا للوقائع , أما ما تعلق بكيفية استخلاص الأدلة من الوقائع الثابتة بتقرير التحكيم فهي من صلاحيات قاضي الموضوع [2].

بعد ما تطرقنا لدراسة كل من إجراء الصلح و إجراء التحكيم نلاحظ أن محضر الصلح الذي يعده الحكمين ليست له ذات الحجية و القوة التي منحها المشرع لمحضر الصلح الذي يتم أمام القاضي فمحضر الصلح الأول يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط عملا بالمادة 1004 ق.إ.م[3]. بينما لا يحتاج المحضر الثاني أي مصادقة ليصبح سندا تنفيذيا[4].

الفصل الثاني

طبيعة الأحكام القضائية و حجيتها في الإثبات

الفصل الثاني : طبيعة الأحكام القضائية و حجيتها في الإثبات

توصلنا من خلال المبحث السابق أنه من الناحية القانونية أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم و هذا الأخير له طبيعة الإنشاء و هو عمل يدخل في إطار الوظيفة الولائية للقاضي رغم صدوره في شكل حكم قضائي ذلك أنه يزيل عقبة قانونية تعترض إرادة الأفراد و من ثمة فإن دور القاضي يكون فيه سلبيا . كما يعد الحكم من أهم الأعمال التي يؤديها القضاء إن لم نقل أن جوهر العمل القضائي و أساس إقامة المحاكم و خاصة أنه يعد ترجمة لعدل القضاء الذي يسعى دوما لايجاد الحلول لكل المخاصمات و ذلك بما يستحقه كل طرف،و يكون بدراسة الدعوى جيدا مبررا الأساس للنطق بالحكم في النهاية ليكون له حجية في الاثبات لاحقا.[1]

و سنتطرق في هذا الفصل إلى طبيعة الأحكام القضائية بدعوى الطلاق في مبحث أول و مدى حجيتها في الإثبات في مبحث ثاني.

[1]-مذكرة نيل شهادة ماستر أحوال شخصية للطالب عثامنة محمد الامين،إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري،جامعة محمد خيضر بسكرة ، سنة 2015/2014

المبحث الأول : طبيعة الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها

قبل التطرق إلى طبيعة حكم الطلاق وجب الإشارة إلى أنواع هذه الأحكام بصفة عامة .

المطلب الأول : أنواع الأحكام القضائية و طبيعتها

الفرع الأول : أنواع الأحكام القضائية.

أولا: الحكم الملزم:

يقصد به إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري حيث أن الدعوى التي ترمي إلى الحصول على هذا القضاء تسمى بدعوى الإلزام و عليه فإن قضاء الإلزام شأنه شأن باقي الأعمال القضائية الأخرى ,و حتى يعتبر القضاء إلزام يج أن يرد التقرير على رابطة حتى يقابلها التزام و الحكم التقريري تقابله الدعوى التقريرية [1].

ثانيا: الحكم المقرر :هو ذلك الحكم الذي يؤكد و جود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني و هذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبرا و هذا عكس الحكم الملزم لأنه بمجرد صدوره تتحقق الغاية . فمثلا الحكم الصادر بالتطليق بمجرد صدوره نشبع الحاجة منه أي تتخلص الزوجة من الزوج.

و الأحكام المقررة لا يساهم القضاء في الكشف عنها و تقريرها و الدعوى التقريرية لا توجه اعتداء ظهر في شكل مخالف للالتزام لأن الحق أو المركز القانوني لا يقابله التزام و إنما يواجهه مجرد اعتراض[2].

(1)عبد الفتاح تقية، مرجع سابق ص 175.

(2) عزيزي يوسف المرجع السابق ص 40، 41.

ثالثا: الحكم المنشئ: هو الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء تعديل مركز قانوني و هو مثل الحكم التقريري بمجرد صدوره تتحقق الغاية منه دون الحاجة إلى تنفيذه جبرا , لكنه يختلف عنه في كون أن الأول يكون فيه للسلطة التقريرية للقضاء محدودة بينما في الحكم المنشئ يكون للقضاء سلطة أوسع [1] .

الفرع الثاني: طبيعة حكم الطلاق

بعد الإشارة إلى أنواع الأحكام القضائية بوجه عام يرى الأستاذ عبد الفتاح تقية إلى أن حكم الطلاق حكم كاشف و منشئ في نفس الوقت ذلك أن حكم الطلاق يختلف عن غيره من الأحكام من حيث الطبيعة الخاصة و الأحكام القانونية التي تميزه. فالطلاق حكمه كاشف لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف عن إرادة الزوج الذي يكون قد لفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء و كذا الأمر بالنسبة لحكم التطليق فهو أيضا كاشف لوقائع موجودة قبل الطلاق و المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ[2] ، و من أمثلة الحكم الكاشف للطلاق أن يتفق الزوجان على الطلاق الرضائي طبقا لأحكام المادة 48 ق. أ .ثم يطلبان الحكم لهما بذلك [3]. أما الطلاق بواسطة الخلع فإنه حكم منشئ لمراكز قانونية جديدة كون أنه ملزم للزوجة لاعتبارها ملزمة بدفع مقابل خلعها[4].

و يحتوي حكم الطلاق على قرار القضاء بحل الرابطة الزوجية, كما يفصل في طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد كما يحدد صاحب الحق في الحضانة و حق زيارة المحضون، كما أنه يفصل في النزاع حول متاع البيت و يقدر تعويض المطلقة و إسكانها، و يفصل أيضا بالتعويض عن الطلاق التعسفي[5] .

و في هذا الصدد جاء قرار المحكمة العليا الذي مفاده ما يلي:
الموضوع: ولاية، حضانة، طلاق .
المبدأ : إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق بدون منح الولاية لها خرق للقانون .

---

(1)- عزيزية يوسف المرجع السابق ص42.

(2)-عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 176-177.

(3)-بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 361.

(4)-عبد الفتاح تقية، مرجع نفسه، ص 177.

(5)بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 362.

عن الوجه الوحيد المثار : حيث متى طالبت الطاعنة أمام محكمة الدرجة الأولى أمام المجلس بأن تسند لها حضانة طفلها البالغ من العمر 37 شهر و كذا مطالبتها و تمسكها بالولاية عليه .

و حيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل (ع) دون منحها الولاية عليه يكونوا قد خالفوا أحكام المادة 87 ق. أ في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يتوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بالولاية. فلهذه الأسباب:

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث : قبول الطعن بالنقض شكلا و موضوعا , و نقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء أم البواقي في 2006/02/27 جزئيا فيما يخص الولاية عن المحضون و إحالة القضية على نفس المجلس شكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقًا للقانون [1].

المطلب الثاني: طرق الطعن في حكم الطلاق

تعتبر طرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالطلاق، الخلع، و كذلك التطليق هي نفسها طرق الطعن الأخرى الصادرة في المواد الأخرى ومن هنا فإننا سنتطرق إلى طرق الطعن العادية في فرع أول و طرق الطعن الغير عادية في فرع ثاني.

الفرع الأول: طرق الطعن العادية

إن الأحكام الصادرة في مسائل الطلاق بصفة عامة مثلها مثل غيرها من الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن فيها بالطرق العادية و المتمثلة في المعارضة و الاستئناف.

أولا : الطعن بالمعارضة :

قبل التطرق إلى ماهية الطعن بالمعارضة وجب أولا أن نعطي لمحة عن الحكم الحضوري و الحكم الغيابي. فيكون الحكم حضوريا إذا حضر المتهم جلسات المحاكمة و كان على علم بجميع الإجراءات أثناء سير المحاكمة و لم يشترط القانون حضور المتهم لجلسة النطق بالحكم إذ أن الأساس هو حضوره جلسات المحاكمة [2].

(1)- قرار المحكمة العليا رقم 475615: المؤرخ في 2009/01/14، مجلة، المحكمة العليا 2009 العدد 1 ص 265-266-267.

(2) www.nadieliktisad.com تاريخ الإطّلاع 2012/04/19 .

و يعتبر الحكم حضوريا اعتباريا في حالة تسليم التكليف بالحضور إلى المدعى عليه بالذات و الحكم الحضوري لا يقبل الطعن بالمعارضة حتى لو لم يحضر المدعى عليه و لا جلسة من جلسات المحكمة أما إذا استلم ورقة التبليغ شخص آخر من الأشخاص الذين يسكنون مع الزوج المدعى عليه و لم يحضر أية جلسة من جلسات المحكمة لمناقشة الد عوى المرفوعة ضده من الزوج الآخر فإن الحكم الذي يصدر عليه سيكون حكما غيابيا و هنا يجوز الطعن فيه بالمعارضة [1], بموجب عريضة مكتوبة على نسختين يقدمها المعني إلى مكتب الضبط مصحوبة بوصل الرسوم القضائية يوضح فيها وقائع النزاع و أسباب الطعن و يذكر فيها اسمه و لقبه و عنوانه و اسم و لقب و عنوان خصمه ثم يؤرخها و يوقعها [2].و يجب أن تقدم عريضة الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي إلى رئيس مكتب الضبط خلال أجل مدته 10 أيام من تاريخ تبليغ الحكم إلى المعني , ومن آثار الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي أن هذا الحكم لا يجوز تنفيذه بعد الطعن فيه إلا إذا كان هذا الحكم ينص على أنه معجل التنفيذ و من آثاره كذلك أنه إذا تغيب الخصم مرة ثانية و كان قد طعن فيه و بلغ تبليغا صحيحا و صدر الحكم في غيابه فإنه لا يجوز للمعني الطعن فيه مرة ثانية [3].

ثانيا: الطعن بالاستئناف

الأصل أن جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية، قابلة للاستئناف طبقا لنص المادة 06 ق.إ.م[4]. إلا ما استثني بنص خاص.

و جاء في المادة 57 ق.أسرة أن الأحكام بالطلاق لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام المجالس القضائية إلا في جوانبها المادية لكنها لم تنص على أنها تصدر نهائية و يستشف من القرارات الصادرة من المحكمة العليا عند نظر الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية الفاصلة في الطلاق انقسامها إلى اتجاهين [5]:

(1)–تنص المادة 328 ق إ م "يكون الحكم أو القرار الغيابي قابلا للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية...."

(2) منتدى الجزائرية للحقوق، تاريخ الإطّلاع 2012/04/10 على الساعة 22:48.

(3) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 377.

(4) تنص المادة 06 ق م "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(5) منصوري نورة، مرجع سابق، ص 72، 147.

أولا–الاتجاه الأول: يعتبر الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس حكم ابتدائي قابل للاستئناف لأنه حكم عادي يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين , و قد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه إذ جاء في قرارها أنه : من المستقر عليه أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق .

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

و يرقد هذا الاتجاه على أساس أنه يتناقض مع قواعد الاختصاص النوعي إذ أصبحت المحاكم مختصة نوعيا بدعاوى الطلاق وأصبح التقاضي بالنسبة لها يتم على درجة واحدة [1].

و طرحت قضية حول استئناف من طرف الطاعن لوحده , تعديل الحكم من طرف المجلس لصالح المستأنف عليها مخالفة للقانون , من المستقر عليه قضاءا أن المستأنف وحده لا يضار استئنافه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الاستئناف كان من طرف المستأنف وحده فإن المجلس بتعديله للحكم القاضي بمنح السكن للزوجة الحاضنة و استبداله بسكن آخر يكون بقضائه كما فعل أضر بمصلحة المستأنف و عرض قراره لعدم التأسيس القانوني و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

ثانيا– الاتجاه الثاني :يرى أنه في دعاوى الطلاق يجب أن يكون التقاضي على درجة واحدة فيصدر الحكم بالدرجة النهائية غير قابل للاستئناف و عليه إذا وقع الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى الطلاق سواء انتهت هذه الدعوى إلى نتيجة ايجابية أو سلبية فإنه يجب أن ينتهي هذا الاستئناف إلى عدم القبول [3].

.

(1)– قسنطيني حدة، مرجع سابق، ص 43.

(2)– المجلة القضائية، العدد 3، 1992، ص 46–47–48.

(3) قسنطيني حدة، المرجع السابق،ص 44

الفرع الثاني: طرق الطعن الغير عادية

بالرجوع إلى القواعد العامة تتعدد طرق الطعن الغير عادية بتخصيصنا لدعوى الطلاق و بالاستناد إلى نص المادة 57 ق.أسرة سنتطرق إلى الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بالطلاق كطريق غير عادي للطعن.

أولا– الطعن بالنقض :

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة للقانون أو بطلان في الإجراءات و يطعن بهذا الطريق في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية أو المجالس على حد سواء فهو طعن مباشر أمام المحكمة العليا[1] لا يمكن تأسيسه إلى على الأوجه التي حددها القانون[2]

مادام أن المشرع الجزائري قد ذكر بأن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف و لم يذكر بأنها غير قابلة للطعن بالنقض فيفهم من ذلك أن الأحكام الصادرة بالطلاق، و بالتطليق و الخلع قابلة للطعن فيها بالنقض ما لم يوجد نص صريح يمنع ذلك[3].

و يذهب الأستاذ زودة عمر إلى إن المحكمة العليا لم تميز بين الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في دعاوى الطلاق و القرارات الصادرة عن المجالس القضائية و من ثم لم تلتزم بأحكام المادة 57 ق . أ . حيث نجدها تصرح بقبول الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في دعوى الطلاق [4].

(1) قسنطيني حدة. مرجع سابق.ص– 45.

(2) انظر المادة 358 من الأمر رقم 08–09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(3) عزيزية يوسف. مرجع سابق. ص–48.

(4)) قسنطيني حدة. مرجع نفسه.ص–46 .

المبحث الثاني : إثبات الطلاق وإشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات الموجودة في القانون الأسرة الجزائري

من خلال قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 49 منه التي تنص على ما يلي:"لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر " يتضمن أن إرادة المشرع تتجه إلى إخضاع مسالة إثبات الطلاق إلى القضاء إلا أن الإشكالية التي تثار في هذه الحالة هي مسالة إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بحكم قضائي وبأثر رجعي وهذا الاتجاه كان معمولا به من قبل صدور قانون الأسرة الجزائري إلا أن القضاء استمر يحكم به حتى بعد صدوره وعليه فانه السؤال المطروح هو كيف يتم إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري وما مدى صحت اتجاه القضاء في هذا المجال وهذا ما سوف تتناوله فيما يلي .

المطلب الاول: ثبوت الطلاق بحكم قضائي

كما سبق و ذكرنا فإن المادة49 من قانون الأسرة الجزائري استعملت عبارة لايثبت وليس لا ينعقد أو لا ينشا أو لا يقم الطلاق إلا بحكم.....[1]

وعليه يطرح السؤال حول يرمي إليه المشروع الجزائري من خلال هذه العبارة هل يقصد أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء أم انه لا يمكن تصور الطلاق خارج ساحة القضاء.....[2]

1– محمد زوادة طبيعة الحكم بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها _ د بن عكنون الجزائر "مرجع سابق" ص

[2]: www.dzworld.org/vb/archive/index.php/t :91790.2012/02/24

الفرع الأول : ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق

الوهلة الأولى يفهم من سياق المادة 49 من القانون الأسرة انه تبقى مسالة الإثبات خاضعة إلا أن وقوع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج ساحة القضاء .....[1]

وذكر وبالرجوع إلى مواد ق ا نجدها تعتبر ان الطلاق لا يمكن إلا بموجب حكم قضائي وان العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي وان هذا الطلاق هو طلاق بائن رغم انه يعد انطلاقه لبداية احتساب العدة وبالتالي فان المراجعة تكون قبل صدور الحكم بالطلاق أي أثناء محاولة الصلح فما طبيعة الرجعة في هذه الحالة ؟ وهل يمكن اعتبارها طلقة تدخل ضمن الطلقات الثلاثة التي يمكنها الزوج على زوجته أم لا؟

وبعبارة أخرى هل يفهم من ذلك بان المشرع اعترف ضمنيا بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء آم أن المراجعة لا تنصرف إلى الطلاق الرجعي ؟ وإذ قلنا بان الأمر كذلك فهل يغني أن المشروع الجزائري لا يعترف بوجود الطلاق الرجعي لأنه بصدور الحكم يبين الزوجة من زوجها .....[2]

إجابة على هذه الأسئلة تقول في البداية بان المشروع قد حدد فترة زمنية تجري خلالها محاولة الصلح وهي لثالثة أشهر مفتوحة للزوجين من اجل مراجعة نفسيها وبتالي لا يجوز للقاضي.

أن يحكم قبل مضي هذه المدة ألا انه في حالة امتداد المصالحة إلى أكثر من ثلاثة أشهر فان المشروع لم يرتب أي جزاء على ذلك .

[1]: حدة قسنطيني، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، ص26.

[2]: www.dzworld.org/vb/archive/index.php/t :91790; html

وعليه فان المشرع رأى أن الصلح خلال العدة لا يحتاج إلى عقد جديد ومن هنا جاءت مدة ثلاث أشهر وبما أن الأمر كذلك فإننا نفهم آن المشروع قد اعترف بوقوع الطلاق خارج الساحة القضاء ضمنيا .....[1]

ويبقى الإشكال في كون الشرع لم يرتب جزاء عن المصالحة التي تقع بعد مضي ثلاث أشهر وخلاصة القول أن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن يبينه صغرى أو يبينه كبرى هذا إذا أخذنا بحرفية النص وبفكره عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء أما إذا أخذنا بالمفهوم المقابل له وهو وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء وثبوت بحكم قضائي فإننا نكون كما سبق بيانه أمام نوعين من الطلاق طلاق رجعي وأخر بائن وتجدر أشارة إلى أن المشرع قد فرق بين الطلاق البائن ببينونة صغرى والطلاق البائن ببينونة كبرى وذلك ينصه في المادة 51 ق ا ج على انه لا يمكن ان يراجع الرجل من طلقها ثلاثا ألا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه او تموت عنها بعد البناء .....[2]

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن حيث جاء في اخذ قراراتها انه من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الاسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وان حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لانهما نزلا على طلب الطلاق أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عرض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية وكذالك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينهما وان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإحكام الشريعة الإسلامية وذلك يعتبر يستوجب نقضا للقرار الذي اعتبر الطلاق بإدارة الزوج طلاق بائنا .[3]

وعلى صعيد آخر نجد أن عبارات قانون الأسرة الجزائري جاءت غامضة إذ نجد في المادة 58 منه عبارة تاريخ التصريح بالطلاق فما المقصود منها ؟ هل يعني بها رفض الزوج بالطلاق أم يعني بها تصريح القاضي به ؟ يذهب الاستاذ " زودة

[1]: اعتراف المشرع بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء المقصود به في هذه الحالة هو الطلاق في مفهوم الشريعة الإسلامية وليس الطلاق في مفهومه القانوني .

[2]: www.rachdia.com /vb/showhread.php/t.865 -

[3]: قرار المحكمة العليا رقم 39463 الصادر بتاريخ : 1986 م ق لسنة 1986 ع 1 ص 115

عمر " إلى أن الطلاق ليقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطا للإثبات وإنما هو شرطا للنفاذ ذلك أن المشرع عندما نص على انه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو يقضي بعدم وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي ومن ثمة يكون المشرع قد اخذ بالإتجاه الشكلي فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في الاستعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوي في إجراء الصلح وينتهي استعمال الزوج لحقه الإداري بصدور إنشاء من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح ويعتبر الزوج عن إدارته في ذلك ومن ثمة يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق وليس وسيلة لإثباته .....[1]

ونجد أن المشرع الجزائري لم يستحدث أمر حديثا وإنما اخذ برأي الفقهاء الذين يقولون بضرورة الإشهاد على الطلاق .....[2]

وتجد الإشارة إلى انه وان كان المشرع الجزائري لم ينص على إثبات الطلاق الواقع خراج ساحة القضاء بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية في مختلف المحاكم تعمل على إثبات الطلاق العرفي وترتب عليه أثاره رجعيا وقبل التطرف إلى مسالة الطلاق العرفي والإشكاليات الناجمة عنه ينبغي علينا معرفة أولا طبيعته الحكم بإثبات الطلاق فهل هو حكم منشأ أم مقرر ؟ وهل هو عملا قضائيا أم ولائيا إراديا ؟

[1]: قرار المحكمة العليا 39463 الصادر بتاريخ 1986 م ق لسنة 1986 ع 1 ص 115

[2]: عمر زودة المرجع السابق ص 33

الفرع الثاني : طبيعته الحكم بإثبات الطلاق

إن البحث في طبيعة الحكم المثبت للطلاق يقودنا إلى البحث أولا في أنواع الأحكام منشئة و أحكام الإلزام وكل حكم تقابله دعوى خاصة به .....[1]

ثم البحث في طبيعة الحكم في حد ذاته فيما إذا كان حكما قضائيا باتم معنى الكلمة أو لا يعدو أن يكون مجرد عملا ولائيا أي أن حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي والحق الإرادي يعرف إن له سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادة صاحبه مادام ذلك يوافق القانون وبمجرد استعماله بترتيب عليه الأثر القانوني وهنا يجب تمييزه عن الحق الإرادي الذي لا يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني إذ لا ينشا هذا الأخير إلا بناء على ما يرتكبه الطرف الأخر في الرابطة من أخلال بالتزامه ومثلها حق الزوجة في التطليق.

ولذلك فان طرق استعمال هذا الحق تختلف عن طرق استعمال الحق الإداري الذي ولد من ميلاد الحق أو المركز القانوني ....[2] إلا أن ورغم كون حق الزوجة في الطلاق هو حق إداري فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء وتبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج إجازة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني إلا باستقاء الشكل المقرر قانونا ذلك بلمستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق .

[1]: عمر زودة ،المرجع السابق، ص 99

(2) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 347.

الفرع الثالث : مضمون الحكم بإثبات الطلاق

الشق الأول فيتعلق بالطلاق ويصدر ابتدائيا نهائيا في حين نجد ان الشق الثاني يتعلق بالأثار

المرتبة عن الطلاق بصدر ابتدائية وعادة تكون صيغة المنطوق كما يلي :

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية حكما علنيا حضوريا

في شكل : بصحة الإجراءات وبالتالي قبول الدعوى شكلا في الموضوع القضاء بها شيئا بالطلاق بين كل من .....و ..... مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله سجلات الحالة المدنية لبلدية ..... والتأثير على هامش عقد زواج الطرفين بشهاداتي ميلادها .

والقضاء ابتدائيا بتحميل الزوج مسؤولية الطلاق وإلزامه بان يدفع للزوجة مبلغ .....تعويضا عن الطلاق التعسفي ومبلغ .....كنفقة عدة وإسناد حضانة الأبناء .....و .....لأنهم على نفقة أبيهم بواقع ....شهريا لكل واحد منهم تسري من التاريخ النطق بالحكم تستمر إلى غاية سقوطها شرعا أو قانونا مع منح الأب حق الزيارة يومي الخميس والجمعة وفي المناسبات والأعياد الدينية وأيام العطل وإلزام الزوج بان يخصص للحاضنة سكنا لممارسة الحضانة فيه أو بدل إيجار بواقع .....شهريا .

وتجدد الإشارة إلى أن أساسا التعويض عن الطلاق التعسفي هو الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالزوجة المطلقة ومن ثمة تعيين التمييز بينهم وبين حق المتعة والذي يعد حقا معترفا به لكل مطلقة بغض النظر عما إذ كان قد لحق بها ضرر أم لا ....[1]

[1]: http –www.startimes.com/f.apex?t:27173543 .

***مطلب ثاني*:إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية الموجودة في القانون الآسرة الجزائري**

إن الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة الجزائري بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى بنا إلى المشاكل عويصة خاصة وان المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق العرفي فما أهمية هذه الإشكاليات

الفرع الأول : حالة عدم تسجيل الزواج

*تنص المادة 22 من قانون الأسرة على انه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع يعترف بوجود عقد الزواج العرفي والزواج العرفي كما عرفه الدكتور أبو سريع محمد عبد الهادي هو الزواج الذي يشهده الشهور والولي لكنه لا يكتب في الوثيقة الرسمية وهو عقد استكمال الأركان والشروط المعتبرة في صحة العقد وتثبت به جميع الحقوق للزوجة وللزوج شرعا [1].

فان أقدم الزوج على طلاق زوجته عرفيا أمام جماعة من المسلمين وينصرف كل منهما إلى حال سبيله فما مصير هذا الطلاق وما مصير الأولاد أن وجدوا ؟

يجب القول بأنه لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي إلا إذا تم تسجيله من جهة ومن جهة أخرى فان دعوى الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج وإلحاق النسب ثم رفع الدعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة وهذا طبعا إذ سيرنا الواقع وسلمنا بقبول دعوى إثبات الطلاق العرفي والتي فرضت نفسها بشدة في الواقع العملي .

-المادة 22 يثبت الزواج مستخدم من سجل الحالة المدنية في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي .

[1]: أبو سريع محمد الهادي : زواج المتعة ، د ط ، الدار الذهبية للطبع و النشر و التوزيع ، القاهرة مصر ،ص 99.

الفرع الثاني: حالة إعادة احد الزوجين الزواج

أولا – حالة إعادة الزوج الزواج وهذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا إذا تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة فهما من الناحية الشرعية فان طلاقة واقع طالما تم وفقا للشروط الواردة في السنة البنيوية الشريفة إلا انه من الناحية القانونية يطرح إشكالا كبيرا فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فان الزواج الذي تم فيها يكون زواجا فاسد يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجود الاستقراء ومن ثم كان يستحسن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقي الزواج الثاني صحيحا وتتعقد المسالة أكثر بوجود أولاد منه .

ثانيا : حالة إعادة الزوجة الزواج وهذه الحالة تطرح إشكاليات كبيرة الصعيدين القضائي والشرعي أن نفرق بين حالتين وهنا ينبغي علينا بين حالتين

حالة المطلق عرفيا من الزواج العرفي يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة للطلاق العرفي ذلك أن المفروض إن الطلاق العرفي لا يمكن أن يكون في زواج رسمي .

إذ لا يقع الطلاق إلا بحكم وهو ما نصت عليه المادة 49 ق. أ. ج ،أما الزواج العرفي فيصبح بعد الطلاق العرفي شرعا لا قانونا لان الزواج عرفيا .....[1] و المفروض أن هذه المسالة لا تطرح أي أشكال طالما انه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج تم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق إلا أن الإشكال يمكن في هذه الحالة ووجود الأولاد إذ ينبغي اللحاق نسبهم للزوج الأول مما يعني معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسبت الأولاد مع إشارة

1-المادة 19 ق ا ج الزوجين أن يشترطان في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تنافي هذه الشروط مع أماكن القانون

إلى أن الزوجة على ذمة رجل آخر ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي وهنا وحتى أن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فان المصلحة الاجتماعية تقضي الاعتراف به .[1]

- حالة الطلاق عرفيا من زواج مسجل تكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة لزواج عرفيا .

وتجد الإشارة انه تمكن في هذه الحالة حسب القانون الجزائري متابعة الزوجة بجريمة لزنى

ـ وذلك لكون المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ومن ثمة فان علاقة الزواج لم تنقطع بعد وبالتالي يمكن للزوج تقديم شكوى الى السيد وكيل الجمهورية

الفرع الثالث: أثر إشكالية احتساب العدة عند إثبات الطلاق العرفي .

ذلك أن القواعد العامة تقتضي أن تعتد المطلقة من تاريخ وقوع الطلاق ولكن وبالعودة إلى ق ا ج نجده ينص على تاريخ التصريح الطلاق إلا أن هذا النص المقصد به هو الطلاق بالإدارة المنفردة أمام القضاء وليس مسالة الطلاق العرفي ومن ثمة لا يمكن اعتبار أن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق في الحالة الأخيرة وإنما ينبغي على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبت .

و أن الإشكال يكون بصفة خاصة في نفقة العدة وقد درج القضاء الجزائري على منهج الزوجة نفقة العدة إذ ما طالبت بها وأمكن الإثبات وهذا يتفق مع القواعد العامة للقانون وطالما كان الأمر كذلك فمن حق الزوجة المطالبة بها في إي وقت شاءت متى تمكنت من عدم إثبات أدائها .

وخلاصة فان المشرع الجزائري ومن استقراء نصوص قانون الأسرة يتبين لنا انه يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء ألا انه لم ينص صراحة على ذلك و لم ينظم هذه المسالة وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي

[1]: احمد بو سقيعة قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية الطبعة الثالثة الديوان الوطني للأشخاص التربوية الجزائر 2001- ص 132...

و الذي فرصته ضرورة الحياة بأثر رجعي استناد إلى الشريعة الإسلامية والتي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما لم ينص عليه قانون الأسرة .[1]

1– محمد زودة،مرجع سابق،ص 22

الخـــــاتمـــــــــــة

الخـــــاتـــــمـــة:

إن تقوية الربطة الأسرية و العمل على استقرارها ليس بالأمر الهين، ولعله من أكثر الموضوعات اهتماما من قبل علماء الاجتماع و المشرعين و كذا المؤطرين،ومن الأسباب التي صعبت من حل مشكلة الطلاق في المجتمع هي ارتفاع معدلاته،كما يتضح أن المشكلة ليست في التشريع فقط بل أن ظاهرة الطلاق تتصادم فيها عدة عوامل بدءا من التركيبة الاجتماعية و الثقافية المتباينة في مجتمعاتنا و وصولا إلى نقص سبل و طرق العلاج . و كما جاء في تصريح للسيدة عائشة جعفري لصحيفة الشروق أن واقع جلسات الصلح في المحاكم و التي باتت حسبها عبارة عن جلسات شكلية لتسريع الطلاق من دون ان يكلف القضاة أنفسهم عناء البحث عن أسباب الخلاف بتريثهم في الأحكام واستدعائهم عائلة الزوجين من باب الصلح و توسيع المشاورات و التريث في الحكم النهائي، كما عبرت النائبة في البرلمان فاطمة سعدي عن مخاوفها من ارتفاع معدلات الطلاق في الجزائر و أضافت أنه خلال السنوات الخمس الأخيرة سجلت أكثر من ثلاث مائة 300 ألف حالة طلاق.و من جهة أخرى اعتبرت المنظمة الجزائرية للمرأة أن هذه الاحصائية تثير مخاوف حقيقية بشأن استقرار العائلة الجزائرية [1]

ونحن نرجو من خلال مختلف التعديلات التي جاء بها المشرع الجزائري ،وأن تكون السبل للوقاية و العلاج لمختلف المشاكل و الآثار التي تنجر من فك الرابطة الزوجية. كما يمكن لنا إعطاء توجيهات و توصيات والأخذ من بعض التجارب الرائدة، ومثالها "تجربة الحاكم الشرعية في دبي" [(2)]،خاصة فيما يتعلق بإنشاء دائرة التوجيه و الإرشاد الأسري التي تحتم على الزوجين مراجعة نفسيهما قبل السير في إجراءات الطلاق للحيلولة دون انهيار الأسرة.كما أكد أستاذ علم الاجتماع في جامعة الكويت في ملتقى ثقافي تحت عنوان "الطلاق مشكلة أم حل؟"على أن الإجراءات المتبعة في المحاكم سهلة ، مطالبا بوضع إجراءات أكثر صعوبة فيما يخص الطلاق [(3)].أما فيمل يخص رأينا حول مواد قانون الأسرة التي جاء بها المشرع الجزائر المتعلقة بالطلاق، فنحن نقترح في هذا المجال أن ينصب التعديل على الأخص على الأحكام التالية:

- فيما يخص نص المشرع في المادة 48 من ق .أ على أن الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد بالمادتين 53و54 من هذا القانون ، نقترح في هذا المجال أن يقوم المشرع بالتفرقة بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و يطلق عليه مصطلح الطلاق وغيره من صور حل

---

[1] -العربي الجديد ،المرأة و المجتمع،11:00 08/02/2018 www.alarabi.co.uk

2-لها أون لاين، حماية الأسرة من التفكك و الطلاق، الفحة الرئيسية""أحوال الناس"، 2017/10/03، www.laha online

3 - حسان المالح، حياتنا النفسية، شبكة الأخبار الغير منحازة،ص 05.

الرابطة الزوجية. فيما يخص تحديد أجل الصلح بثلاثة أشهر نقترح في هذا المجال تقرير جزاء على الصلح الذي يتم بعد فوات هذه المدة كما نقترح أيضا تحديد طبيعة هذه المدة خاصة مع نص المشرع في المادة 50على أنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد فإذا كان :

- المشرع يقصد بها مدة العدة كما نعتقد فهنا لا تجوز المصالحة بعد انتهائها و بالتالي يكون المشرع قد فرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن و بعبارة أخرى يكون قد اعتبر أن رفع دعوى الطلاق من طرف الزوج هو طلاق رجعي و أن القاضي يجوز له خلال مدة ثلاثة أشهر المصالحة بين الطرفين و نقترح أيضا أن ينص في التعديل على أن
- القاضي عندما يحكم بالصلح فإن هذا الحكم يعتبر طلقة أولى تحتسب ضمن الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج على زوجته .
- فيما يخص نص المشرع في المادة 58 من ق.أ على أن تعتد المطلقة.....من تاريخ التصريح بالطلاق ، هنا نجد أن عبارة التصريح بالطلاق جاءت غامضة ، وعليه نقترح أن يتضمن التعديل بيان المقصود بالتصريح بالطلاق ، هل يقصد به تاريخ رفع الدعوى من الزوج أم تاريخ تصريح الزوج به أم تاريخ الحكم بالطلاق .
- فيما يخص المادة 57 من ق.أ و التي تنص على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية ، هنا نجد أن عبارة الأحكام بالطلاق جاءت واسعة إذ تشمل الطلاق بإرادة الزوج و التطليق ، وعليه ينبغي على المشرع تحديد ذلك ، وعموما هذه المسألة سوف تحل تلقائيا بتعديل نص المادة 48 على النحو المذكور أعلاه ، حيث نكون حينها أمام الأحكام بالطلاق و التي يقصد بها فقط الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الأحكام بالتطليق.
- فيما يخص الطلاق العرفي حتى و إن قلنا أن المادة 222 من ق,أ تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة إلا أن ذلك لا يكفي و عليه ينبغي على المشرع التدخل و النص صراحة على إمكانية إثباته بأثر رجعي والنص كذلك على طرق إثباته و آثاره و كذا طرق الطعن فيه نظرا لخطورة آثاره على الصعيد القانوني بتغيير مركز الزوجين و من ثمة إقرار نتائج أخرى على هذا التغيير و خاصة فيما يتعلق بالإرث و صحة الزواج الثاني و الأخطر من ذلك هو وقوع الطلاق في حد ذاته دون أن ننسى الجانب الاجتماعي إذ يؤدي إلى تشتيت شمل الأسرة بأثر رجعي ، وتتعقد المسألة أكثر في حالة إنكار الزوج ، كما أن مسالة الأثر الرجعي في حد ذاتها تطرح إشكالا هذا بالإضافة إلى إشكالية استحقاق النفقة و نفقة العدة و غيرها من الحقوق المترتبة على وقوع الطلاق و لعل أخطر مسألة هي إثبات النسب .

و في الختام يمكن القول أن الطلاق وان كان حقا للزوج إلا أنه مكروه لذاته و محظور إلا لضرورة ، وعلى هذا الأساس ينبغي على المشرع تقنين هذه المسألة بدقة أكثر لأن الأسرة هي أساس المجتمع و بصلاحها يصلح المجتمع ، ومن ثمة

وجب أن تكون الأحكام التي تحكمها واضحة وصريحة ولا يكتنفها أي غموض حفاظا على استقرار المعاملات و ضمانا لحقوق الزوجين و بصورة أخص حقوق الأولاد وهم الضحية الأولى والأخيرة و البريئة للطلاق .

الملاحق

- قائمة المراجع :

1-المصادر :

القرآن الكريم و السنة النبوية .

2-النصوص القانونية :

-الأمر رقم 08/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ،المتضمن قانون الأسرة ، دار الحديث للكتاب، الجزائر، طبعة 2008.

-قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1399 الموافق لـــ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

-الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـــ 08 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.

3-الكتب الفقهية و القانونية :.

-الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، طبعة ثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2008.

-أحمد بو سقيعة،قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، طبعة ثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

-أبو سريع محمد الهادي، زواج المتعة، دار الذهبية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، بدون سنة.

-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

-بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري مع تعديلات الأمر 02/05 معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة ثالثة، 2007.

-بربارة عبد الرحمان، قانون الإجراءات المدنية،منشورات بغدادي،طبعة أولى،2009

- بن الشويخ رشيد , شرح قانون الأسرة الجزائري , دار الخلدونية , الطبعة الأولى 2008.

-سليمان ولد خسال , الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري , دار المليلية , الجزائر , الطبعة الأولى , 2010..

-عبد العزيز سعد , الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري , دار البحث , قسنطينة , 2007.

-عبد العزيز سعد , الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري , دار هومة , الجزائر , 2008.

-عبد الفتاح تقية , قضايا شؤون الأسرة من منضور الفقه و التشريع و القضاء , منشورات ثالة , الأبيار الجزائر, 2011.

-عمر زودة , طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية , ديوان المطبوعات الجامعة , الحزائر , 2008.

-عبد السلام ذيب , شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , مرقم للنشر،الجزائر الطبعة الثانية ،2011

-فريجة حسن , .

-منصوري نورة , التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية , دار الهدى , بدون سنة .

ـ نبيل صقر , موسوعة الفكر القانوني لقانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا , دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع , بدون سنة .

3_الرسائل الجامعية :

ـ قسنطيني قدة , إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية , مذكرة التخرج للإجازة , المعهد الوطني للقضاء , 2004 ,

ـ عزيزية يوسف , التطليق أو الخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا،مذكرة التخرج، المعهد الوطني للقضاء2004

- إجراءات التقاضي مذكرة نيل كفاءة السياسيين ،كلية الحقوق 2007-2001،

- إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري ، مذكرة نيل شهادة الماستر ،كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة من إعداد الطالب عثامنة محمد الامين ، سنة 2015/2014.

_ المجلات القضائية :

_ مجلة المحكمة العليا , عدد 01 , 2009 .

- مجلة المحكمة العليا عدد 01 , 1986.

_5 المـــواقع الإلـــكتـــرونية:

. الجلفة ، النيابة والأسرة www.google.com تاريخ التصفح 2012/03/30 .

-www.dzworld.org/vb/archive/index.php/t :91790.2012/02/24

- www.rachdia.com /vb/showhread.php/t.865.16/02/2012 .

-www.startimes.com/f.apex?t:27173543 .01/03/2012

-www.laha online

- www.dzworld.org/vb/archive/index.php/t :91790; html:

. 2012/02/19، www.mascana.com

الفهـــــــــــــرس

فهرست الموضوعات

الترقيم	العناوين	الصفحة
	مقدمة	
الفصل الأول:	**إجراءات الطلاق و إثباته**	11
المبحث الأول:	**طرق رفع دعوى الطلاق و سيرها**	12
المطلب الأول:	**طرق رفع دعوى الطلاق أمام قسم شؤون الأسرة**	12
أولا:	**صلاحيات و اختصاص قسم شؤون الأسرة في قضايا الطلاق**	12
ثانيا:	**طرق رفع دعوى الطلاق**	14
المطلب الثاني:	**شروط قبول دعوى الطلاق و سيرها**	15
أولا:	**شروط قبول دعوى الطلاق**	15
ثانيا:	**سير دعوى الطلاق**	18
المبحث الثاني:	**إجراءات الصلح و التحكيم**	24
المطلب الأول:	**إجراءات الصلح**	24
أولا :	**حالة الصلح**	24
ثانيا :	**حالة عدم الصلح**	26
المطلب الثاني:	**إجراء التحكيم**	26
أولا :	**حالة الصلح بين الزوجين**	27

ثانيا: **حالة عدم الصلح بين الزوجين** 29

الفصل الثاني: **طبيعة الأحكام القضائية و حجيتها في الإثبات** 31

المبحث الأول: **طبيعة الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها** 32

المطلب الأول: **أنواع الأحكام القضائية و طبيعتها** 32

أولا : **أنواع الاحكام القضائية** 32

ثانيا : **طبيعة حكم الطلاق** 33

المطلب الثاني: **طرق الطعن في حكم الطلاق** 34

أولا: **طرق الطعن العادية** 34

ثانيا: **طرق الطعن الغير عادية** 36

المبحث الثاني: **إثبات الطلاق و إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية الموجودة في القانون الآسرة الجزائري** 38

المطلب الأول: **: ثبوت الطلاق بحكم قضائي** 38

أولا: **ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق** 39

ثانيا: **طبيعته الحكم بإثبات الطلاق** 42

ثالثا: **مضمون الحكم بإثبات الطلاق** 43

المطلب الثاني: **إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية الموجودة في القانون الآسرة الجزائري** 44

أولا: **حالة عدم تسجيل الزواج** 44

ثانيا: **حالة إعادة احد الزوجين الزواج** 45

ثالثا : **إشكالية إحتساب العدة عند الطلاق العرفي** 46

الخاتمة 48

قائمة المراجع : 51

الفهرس: 61