جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه الإسلامي وقرارات المحكمة العليا

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص القانون الخاص

من إعداد الطالبين:

- إسعادي حمزة
- كشير ياسمين

تحت إشراف

- أ.د. إقروفة زبيدة

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة: عدوان ليلى، أستاذة كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة،- بجاية.....رئيسا

الأستاذة: إقروفة زبيدة، أستاذة كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة،- بجاية.....مشرفا

الأستاذ: تريكي فريد، أستاذ كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة،- بجاية.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2023- 2024

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

شكر وتقدير

عملا بقوله ﷺ

«لا يشكر الله من لا يشكر الناس بالشكر»

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان وخالص التقدير إلى:

الدكتورة إقروفة زبيدة حفظها الله وأطال في عمرها، لتفضلها بالإشراف على مذكرتنا التي لم تبخل علينا بتوجيهاتها العلمية، وملاحظاتها القيمة، جزاها الله خير الجزاء، ومتعها الله بالصحة والعافية.

كما نتوجه بالشكر كذلك إلى أعضاء لجنة المناقشة على ما أمضوه من وقت وما بذلوه من جهد لتقيم هذا العمل المتواضع.

نتقدم بشكرنا إلى جميع من وقف بجانبنا في إعداد هذه المذكرة، بما فيهم كل أساتذتنا الأفاضل.

جزاهم الله كل خير.

الإهداء

بعد مسيرة دراسية طويلة دامت سنوات حملت في طياتها الكثير من الصعوبات والمشقة، ها أنا اليوم أقف على عتبة تخرجي اقطف ثمار تعبي وأرفع قبعتي بكل فخر.

فالحمد لله حتى يبلغ الحمد منتهاه،

أهدي بكل ثمرة تخرجي وفرحتي التي انتظرتها طويلا إلى:

الروح الطاهرة والإنسانة العظيمة، التي لطالما كانت لي أما وأختا، وصديقة، إلى قدوتي الأولى في القوة والصبر، إلى القلب الطيب التي لن يكررها الزمن، "**خالتي ليلى الراحلة والباقية في قلوبنا**" وإلى اللذان أنجبا رجلا عظيما، مثال في الصبر والعزيمة والتفاؤل، الولد الصالح الذي سعى جاهدا ليكون فخرا لكما.

"**روح والديّ زميلي إسعادي حمزة رحمهما الله وأسكنهما الفردوس الأعلى**"، عسى أن يكون هذا البحث المتواضع صدقة جارية عليكم.

إلى الرجل العظيم الذي أحمل اسمه بكل افتخار، إلى من علمني أن الدنيا أخلاق وكفاح وسلاحهما العلم والمعرفة، إلى من كللها الله بالهيبة والوقار إلى درجة وصفها بالجنة تحت أقدامها، تلك التي لطالما تمنت أن تقر عينيها بنجحاتي.

والدي العزيزان حفظكما الله وأدامكما فوق رأسي

إلى الضلع الثابت والأمان، إلى من شددت عضدي بهم، "**اخواني (أكلي، محمد لمين ريان)، وأخواتي (منى أناييس وأليسيا)**

إلى العائلة التي لطالما كانت لي السند والمسند في كافة مراحل حياتي، عائلة حيماز

إلى شريكات درب العلم من كانوا في سنوات العجاف سحابا ممطرا.

"**فدوى، ثنينة، صارة، دنيا، منال**"

إلى من كان لي الصديق والزميل من بداية مسيرتي الجامعية إلى غاية إتمامنا لمذكرة التخرج، حفظك الله وحقق مطلبك

" **إسعادي حمزة** "

كشير ياسمين

الإهداء

الحمد الله رب العالمين على توفيقه على إتمام هذا العمل

أهدي ثمرة هذا الجهد إلى:

روح الوالدين رحمة الله عليهما،

إخوتي حفظهم الله بحفظه،

إلى كل عائلة إسعادي،

إلى جميع أصدقائي.

إسعادي حمزة

قائمة المختصرات

- ج ..... الجزء
- ج رج ج..... الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- د ب ن ..... دون بلد النشر
- د س ن ..... دون سنة النشر
- د ن ط ..... دون طبعة
- ص ..... صفحة
- ط ..... الطبعة
- ع..... العدد
- ع خ ..... عدد خاص
- ق.أ.ج ..... قانون الأسرة الجزائري
- ق.إ.م.إ ..... قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ل م د..... ليسانس، ماستر، دكتوراه
- مج ..... مجلد

مقدمة

شرع الله عزّ وجلّ الزواج نظاماً اجتماعيا، وأحاطه برباط من المودة والرحمة بين الزوجين وجعل من غايته السكن، وابتغاء الولد، حتى تستقر نفس كلّ من الزوجين إلى الأخر، لقوله تعالى:﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1]؛ وجعل لكل من الزوجين حقوقا وواجبات، حتى تستقر الحياة الزوجية وتستمر، فإن اعترضها خلاف أو نزاع، فقد وضع الشرع والقانون وسائل لمعالجة ذلك فإن لم تفلح، كان الطلاق هو الحل الأخير، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في تنظيم شؤون الأسرة طبقا لقانون الأسرة الجزائري[2].

والطلاق مقيد بجملة من الأحكام والإجراءات التي ينبغي إتباعها حتى يقع طلاقه، ولكن بالرغم من وقوع الطلاق صحيحا من الناحية الشرعية، إلا أنه تبقى إرادة الزوج وحدها لا تكفي لوقوعه من الناحية القانونية، بل يجب على الزوج اللجوء إلى القضاء، والتصريح به أمام القاضي وذلك حسب المادة 49 من ق.أ.ج التي تنص على أنه" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.**

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العام".

أثارت صياغة المادة 49 من قانون الأسرة جدلا كبيرا لدى فقهاء القانون والشريعة الإسلامية، كونها تحمل عدة تأويلات في صياغتها، خاصة مع ارتباطها الوثيق ببعض المواد القانونية المنظمة لمسألة الطلاق والآثار المترتبة عليه، مما تولدت عنها عدة إشكاليات عملية سواء في الطلاق بحد ذاته أو في الأثار الناتجة عنه.

أهمية الموضوع

يعالج هذا البحث موضوع على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية، كونه يتعلق بفك الرابطة الزوجية الأسرية التي خصها الله تعالى بأحكام دقيقة، كما أن العناية بتقوية روابط الأسرة على أسس شرعية وعرفية، والمحافظة على حقوق الفرد، تعد من أهم ما ينبغي على واضعي القانون

---

[1]– سورة الروم، الآية 21.

[2]– قانون رقم 84– 11 مؤرخ في 9 رمضان 1426 موافق لـ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج، ع24، الصادر بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير، 2005، الذي يعدل ويتمم القانون 11–84،ج ر ج ج، عدد15، صادر في 27 فيفري 2005.

رعايتها، وخاصة ونحن في مجتمع جزائري محافظ، ونظرا لأهمية موضوع الطلاق وإثباته، وبالتحديد صياغة نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، التي أفرزت جدلا وخلافا على المستويين الفقهي والقضائي، أصبح من الضروري الوقوف عند أهم الإشكالات التي تطرحها هذه الأخيرة، وإبراز موقف الاجتهاد القضائي منها، كما أن الموضوع يتناول جانبا إجرائيا يوضح إجراءات رفع دعوى الطلاق، وكيفية إثباته داخل القضاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى تفشي الطلاق خارج ساحة القضاء.

أسباب اختيار الموضوع

التعرف على:

- الضوابط والقيود الشرعية والقانونية المنظمة للطلاق وتوافق بينهما.
- الغموض والتناقض الذي يكتنف صياغة المادة 49 من قانون الأسرة.
- الإشكالات العملية التي تثيرها المادة 49 من ق.أ.ج، والأثار المترتبة عنها.
- مصير الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء.
- دور اجتهاد المحكمة العليا في وضع مبادئ قضائية، يمكن الرجوع إليها في حل الإشكالات التي تثيرها المادة 49 من قانون الأسرة.

منهج الدراسة

أثناء معالجة هذا الموضوع اعتمدنا على المنهج الوصفي، وذلك بوصف عناصر ومفاهيم الموضوع والإلمام بها، وكذا المنهج التحليلي، الذي يساعد بشكل معتبر على الخوض في جوهر تحليل النصوص القانونية، التي تتضمن أحكام موضوع الدراسة، وكذلك الاعتماد على المنهج المقارن للمقارنة بين النصوص القانونية، وأحكام الشريعة الإسلامية، والإجتهادات القضائية القانونية.

إشكالية الموضوع

- **ما هي الإشكالات القانونية التي تثيرها صياغة المادة 49 من قانون الأسرة؟، وما هو دور الاجتهاد القضائي في حلها؟**

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها:

- ماهي الإجراءات القانونية الواجب إتباعها لإثبات الطلاق في القانون الجزائري؟.
- ما مصير الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء وكيفية إثباته؟.
- ما مدى نجاعة الإجراءات القانونية لصحة وقوع الطلاق؟.

تقسيم الموضوع

من أجل الإجابة على التساؤلات المطروحة في الإشكالية، وتحقيق الأهداف المرجوة من موضوع الدراسة، قمنا بتقسيم محتوى الموضوع إلى فصلين، الفصل الأول: تحت عنوان الطلاق وكيفية إثباته، والذي ينقسم بدوره إلى مبحثين: المبحث الأول: الطلاق وكيفية إثباته في الشريعة الإسلامية، المبحث الثاني: إجراءات إثبات الطلاق في القانون الجزائري.

أما الفصل الثاني فخصصناه للإشكالات التي تطرحها المادة 49 من قانون الأسرة و دور المحكمة العليا في حسمها، وذلك في مبحثين: المبحث الأول تناول إجراء الصلح بين النص القانوني وقرارات المحكمة العليا والمبحث الثاني: الإشكالات الفقهية والقانونية للمادة 49 من قانون الأسرة.

حوصلنا نهاية الدراسة مجموعة من النتائج و التوصيات ضمنّها في خاتمة البحث.

الصعوبات والعراقيل

واجهتنا أثناء قيامنا بهذه الدراسة بعض الصعوبات المتمثلة في شح المراجع التي تتناول الإشكالات التي تطرحها المادة 49 من ق.أ.ج، إلا ما ورد في المقالات المتناثرة على صفحات المجلات، بالإضافة إلى عدم إمكانية الوصول إلى بعض قرارات المحكمة العليا، وأخر الإحصائيات المتعلقة بالطلاق والصلح القضائي، التي تثري موضوع بحثنا، وذلك لخصوصية الموضوع وحساسيته.

الفصل الأول

الطلاق وكيفية إثباته

إن من الأسس التي تقوم بها الحياة الزوجية، المودة، والرحمة، والثقة بين الزوجين، ولكن إذا اشتدت المشاكل والخلافات بين الزوجين، وأصبح العيش تحت سقف واحد مستحيلا، تصبح الفرقة الزوجية، أي الطلاق أمرا حتميا، وهو الذي وصف بأبغض الحلال عند الله تعالى، ونظرا لخطورة الآثار المترتبة عنه، فقد خصه الله تعالى بعناية إلاهية كبيرة، وهو نفس النهج الذي سلكه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة، وإذا كانت كل من الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي، يجيزان الطلاق، فكيف نظّمت أحكامه؟

للإجابة عن هذا التساؤل ارتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول مسألة الطلاق، وكيفية إثباته في الفقه الإسلامي، والمبحث الثاني، خصصناه لإجراءات إثباته في القانون الجزائري.

المبحث الأول: الطلاق وكيفية إثباته في الفقه الإسلامي

الطلاق هو فك الرابطة الزوجية بمفهومه العام، له عدة أحكام إلا أنه كمصطلح يجب تحديد تعريفه الدقيق ومعرفة حالات وقوعه، وأنواعه، وكذلك أركانه، لتترتب عليه أحكام عملية، وهذا ما يشتمله المطلب الاتي.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وأركانه

في هذا المطلب نحاول أن نعرف الطلاق، ونبين كل من حكمه، مشروعيته، وكذا الفرق بينه وبين الفسخ (الفرع الأول)، كما نتطرق إلى مختلف أنواعه (الفرع الثاني)، وأركانه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته

أولا: تعريف الطلاق

يتم تعريف الطلاق من خلال التطرق إلى التعريف اللغوي و من ثم التعريف الاصطلاحي.

أ- الطلاق لغة:

يرجع أصل كلمة الطلاق إلى مصدر "طلق" الط، للام، القاف، ويدل معناها على الإطلاق والإرسال: يقال أطلقت الناقة أي أرسلتها، طلّقت البلاد: فارقتها وطلّقت القوم: تركتهم أي تركهم كما يترك الرجل المرأة، وطلاق النساء يشتمل معنيين: أحدهما حل عقدة النكاح والأخر الإرسال والتخلية[1]، وعليه الطلاق لغة اسم مشتق من عدة معاني بما فيها: الإطلاق، والإرسال، التخلية والترك.

ب- الطلاق اصطلاحا:

يعرف الطلاق لدى فقهاء المذهب الشافعي بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أما عند المالكية فيعرف بأنه: صفة حكمية ترفع حيلة متعة الزواج بزوجته، وعند الحنابلة: حل قيد النكاح أو بعضه، وفي المذهب الحنفي بأنه: رفع قيد النكاح في الحال أو المأل بلفظ مخصوص[2]، وعرفه الدكتور عبد الرحمان الصابوني بأنه: (الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه أمام شهود)[3].

---

[1]- ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، د ن ط، مج 9، دار صادر، بيروت، لبنان، 1863، ص136.

[2]- القزويني أبي القاسم عبد الكريم، العزيز في شرح الوجيز: (تتمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق)، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص479.

[3]- الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط2، مج 1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان بيروت، 1986، ص73-74.

فالطلاق من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج، ولكل تصرف شرعي حكم حسب أمر الشارع به أو نهى عنه، ويعتبر الطلاق بذلك حكم تكليفي تعتريه أحكام الوجوب والتحريم، الكراهة، والإباحة.

ثانيا: مشروعية الطلاق

يستمد الطلاق مشروعيته من الكتاب، والسنة، وإجماع علماء الأمة، ومن المعقول كذلك

1_ من الكتاب

قال الله عزّ وجّل:﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾[1]، وتدل الآية الكريمة على عدد التطليقات، طلقتان تمكن فيها الرجعة ما لم تنقضي العدة، والثالثة تبين المرأة من زوجها.

وقوله تعالى:﴿**لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ** ﴾[2]، وتدل على طلاق المرأة بعد العقد عليها، وقبل الدخول بها.

2_ من السنة النبوية

قوله ﷺ : **(أبغَضُ الحلالِ إلى اللهِ الطَّلاقُ)**[3]؛ وقال عمر رضي الله عنه: **(طلَّقَ النبيُّ حفصةَ ثم راجَعَها)**[4].

3_الإجماع: انعقد الإجماع من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على جواز الطلاق، وإباحته[5].

4_ من المعقول: انّ الحياة الزوجية اذا استحال أو صعب استمرارها، ولم تفد السبل، والطرق لدوامها زال بذلك الهدف، والغاية من إقامتها، وهنا شرع الإسلام الطلاق كنعمة يتخلص بها الزوجان المتنافران من قيد الرابطة الزوجية[6].

---

[1]– سورة البقرة، الآية 229.

[2]– سورة البقرة، الآية 236.

[3]– ابن ماجة محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، ط1، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر،2011، (كتاب الطلاق، باب1: الطلاق، حديث رقم: 2018)، ص209.

[4]– المرجع نفسه، (حديث رقم 2016)، ص209.

[5]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص209.

[6]– المرجع نفسه، ص209.

ثالثا: الفرق بين الطلاق والفسخ

يتميز الطلاق عن الفسخ في عدة أمور هي:

1_ يعد الطلاق إنهاء لعقد الزواج، أما الفسخ فقد يكون نقضا لعقد الزواج، لخلل رافق نشوءه، أو عارض طرأ على الزواج فمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحا، أو حادث أصاب الزوجين فأعطى للأخر حق طلب التفريق.

2_ الطلاق لا يكون إلا في عقد زواج صحيح، أما الفسخ فقد يكون في عقد زواج صحيح أو غير صحيح.

3_ الطلاق ينقض من عدد الطلقات التي منحها الشرع للرجل، أما الفسخ فلا ينقص من عدد الطلقات.

4_ الطلاق يكون رجعيا يجوز للزوج مراجعة زوجته خلال فترة عدتها ، ويكون بائنا لا رجعة فيه، والفسخ هو فرقة بائنة لا رجعة فيها.

5_ الطلاق قبل الدخول يوجب نصف المهر المسمى للمرأة، أو استحقت المتعة إن لم يكن المهر مسمى، أما الفسخ فلا يوجب للمرأة شيء من المهر قبل الدخول[1].

الفرع الثاني: أنواع الطلاق

ينقسم الطلاق إلى عدة أنواع نظرا لاعتبارات مختلفة: من حيث الصيغة المستعملة، فينقسم إلى طلاق صريح، وطلاق كنائي، ومن حيث صفته الشرعية، وما يخالفه إلى طلاق بدعي، وطلاق سني، أما من حيث إمكانية الرجعة من عدمها، فينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائن، وبالنظر إلى زمن وقوع أثره، فينقسم إلى ثلاثة أنواع: طلاق منجز، وطلاق معلق على شرط، ومضاف إلى مستقبل.

أولا: من حيث الصيغة المستعملة

يشترط في الطلاق الشرعي لفظ يدل عليه، وهذا ما يعبر عنه بالصيغة، وتكون دالة على فك الرابطة الزوجية، سواء كان اللفظ صريحا، أو كنائية.

[1]– الشربانصي رمضان علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، د ن ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص ص 225– 226.

1_الطلاق باللفظ الصريح

هو كل لفظ يراد به ظهورا بينا، ولا يستعمل غالبا إلا في الطلاق، ويفهم بمجرد سماع هذا اللفظ بأن الرجل قد طلق زوجته، مثل أنّت طالق، أو أنّتِ طالقة، فهي عبارات تدل على الطلاق دون الحاجة إلى النية، لأنه لفظ صريح يدل على معناه[1]، لأنّ الطلاق الوارد في القرآن الكريم لقول الله تعالى:﴿**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ﴾[2]، إذا وقع اللفظ فلا يحتمل إلا الفرقة بين الزوجين[3].

2_الطلاق باللفظ الكنائي

هو كل لفظ تتكلم فيه عن شيء، وتريد غيره على خلاف الصريح[4]، ويراد به كل لفظ يحتمل الطلاق، وتعتبر النية قرينة على إرادة معنى الطلاق، مثل أن يقول الزوج لزوجته: أنّت بائنا، اذهبي إلى أهلك إلى غير ذلك[5].

ثانيا: من حيث صفته الشرعية

ينقسم الطلاق من ناحية وصفه الشرعي إلى ما هو موافق لسنة الرسول ﷺ، وما يخالفه إلى:

1_الطلاق السني: وهو الطلاق الموافق للضوابط التي أمرنا به الله تعالى ورسوله، أي الطلاق المشروع الجامع للشرائط التي شرعها الله في كتابه، وسمي بالطلاق السني نسبة للسنة النبوية التي تبيّن معاني القرآن الكريم وأحكامه[6]، لقول الله تعالى:﴿**يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥۚ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا**﴾[7].

---

[1]– شيبة مصطفى عبد الغني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، (الطلاق وأثاره)، دراسة مقارنة، ط1، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2006، ص31–32.

[2]– سورة الطلاق، الآية 01.

[3]– الصابوني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص278– 279.

[4]– شيبة مصطفى عبد الغني، المرجع السابق، ص03.

[5]– الصابوني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص282.

[6]– الرافعي سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط1، دار بن ابن حزم بيروت، 2002، ص532.

[7]– سورة الطلاق، الآية 1.

أ_ شروط الطلاق السني:

يشترط في الطلاق السني: أن يكون في طلقة واحدة، وفي فترة طهر لم يجامع الزوج زوجته، وأن لا يقع لفظ طلقة أخرى أثناء فترة العدة[1].

ب-حالات الطلاق السني:

- أنّ تكون طاهرة لا حائضة، منقطعة الحيض ولم يجامعها زوجها في هذا الطهر.

- أنّ تطلق وهي حامل، فيجوز طلاق الحامل في أي وقت، لأن شرط العدة، وضع الحمل فلا تطويل فيه.

2- الطلاق البدعي: هو الطلاق الذي يخالف ما أمر به الله، ورسوله بإتباعه في إيقاع الطلاق[2].

أ- أنواع الطلاق البدعي :

1- **الطلاق البدعي من حيث الوقت:** هو ما يخالف الشريعة في مسالة توقيت إيقاع الطلاق، مثل أن يطلق الزوج زوجته التي دخل بها في طهر اتصل فيه، أو في النفاس، أو الحيض.

2- **الطلاق البدعي من حيث العدد:** هو ما يخالف سنة النبي ﷺ من حيث عدد الطلقات، سواء أن طلقها ثلاثا بلفظ واحد، أو أن طلقها ثلاثا متفرقات في مجلس واحد[3].

3- **الطلاق البدعي من حيث الصيغة:** وهو ما يخالف الشرع من حيث صيغته، مثل أن يطلق الزوج امرأته في الحيض ما قبله معاشرة، مما يكون المطلق آثما[4].

ب - حكم الطلاق البدعي:

أجمع الفقهاء بأن الطلاق البدعي حرام وفاعله آثم، واستدلوا بطلاق ابن عمر امرأته وهي حائض، وأمره الرسولﷺ بمراجعتها، بمعنى أن هذا النوع من الطلاق مخالف لما أذن به الله تعالى في قوله:﴿**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾[5].

---

[1] _ذبيح هشام، المركز القانوني في فك الرابطة القانونية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، 2018، ص64.

[2]- فراج حسين أحمد، أحكام الأسرة في الإسلام، د ن ط، دار الجامعية، بيروت، 1998، ص40.

[3]- ذبيح هشام، المرجع السابق، ص70.

[4]- المومني أحمد محمد، نواهضة إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية في فقه الطلاق، والفسخ، والتفريق، والخلع، ط2، دار المسيرة، عمان، 2009، ص43.

[5]- سورة الطلاق، الآية 1.

ثالثا: من حيث امكانية الرجعة

ينقسم الطلاق من حيث امكانية الرجعة إلى:

1_**الطلاق الرجعي:** هو ما يجوز للزوج إعادة زوجته إلى عصمته، في أي وقت شاء، ما دامت في فترة العدة، من غير استئناف عقد جديد[1]، لقول الله تعالى:﴿**ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ**﴾[2]، فالطلاق الرجعي، هو إعطاء فرصة للزوج لتدارك ما كان منه من خطأ، وسوء تقدير اتجاه طليقته، وذلك بتمكينه مراجعتها بإرادته أثناء العدة، وللمحافظة على ديمومة الحياة الزوجية في وئام، وعشرة طيبة[3].

أ- شروط الطلاق الرجعي

يشترط في الرجعة توفر عدة شروط وهي:

- أن يكون النكاح الذي وقع فيه الطلاق نكاحا صحيحا.
- أن يكون دخول الزوجة حقيقيا.
- أن تكون الرجعة في فترة العدة.
- أن يكون الطلاق بغير عوض.
- الإشهاد على الرجعة[4].
- الرجعة تكون منجزة فلا تقبل التعليق ولا الإضافة إلى زمن المستقبل[5].

ب- أثار الطلاق الرجعي

يترتب عليه مجموعة من الآثار وهي:

- بقاء الزوجية كما هي، فلا يزول قيد الزواج في الحال بل يمكن أن يعاشرها معاشرة الأزواج بدون عقد، ومهر جديدين.

---

[1]- بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي الجزائري، د ن ط ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013، ص95.

[2]- سورة البقرة، الآية 229 .

[3]- بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02-05، د ن ط ، دار الوعي لنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر، 2012، ص25.

[4]- ذبيح هشام، المرجع السابق، ص75.

[5]- الكاساني أبو بكر، بدائع الصنائع، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، د ب ن، 2003، ص39.

– بقاء الزوجة في بيت زوجها، ولا يجوز للزوج إخراجها من مسكن الزوجية حتى تنقضي عدتها، تشجيعا لاستمرارية الحياة الزوجية[1]، لقول الله تعالى:﴿يَـٰٓأَيُّهَاٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ﴾[2].

– انقضاء الزوجية بانتهاء العدة، لأنه عند انقضاء فترة العدة من غير مراجعة، أصبحت بائنة بينونة صغرى[3].

– نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فبعد الطلقة الرجعية الأولى فلا يبقى للزوج إلا طلقتين، وإن طلقها طلاقا أخر، فلا يبقى له إلا طلقة واحدة، وإن استكمل الثلاث فلا يبقى له شيئا.

– للزوجة حق النفقة على زوجها، بالإضافة إلى حق التوارث إذا توفي أحدهما في فترة العدة[4].

2_ الطلاق البائن: هو الذي يزيل قيد الزواج، ولا يمكن للزوج أن يعيد مطلقته إلى الحياة الزوجية بعد انتهاء عدتها إلا بمهر، وعقد جديدين، وبرضا المطلقة[5]، وينقسم بدوره إلى:

1- الطلاق البائن بينونة صغرى

هو الذي لا يستطيع الرجل حق الرجعة لزوجته إلا بعقد ومهر جديدين، فالمطلقة بائنا تعتبر أجنبية عن المطلق، فليس لهما الاستمتاع، أو الخلوة، لهذا اعتبرت بينونة صغرى[6].

أ_ الحالات التي يقع فيها الطلاق البائن بينونة صغرى

يقع الطلاق البائن بينونة صغرى في الحالات الآتية:

– الطلاق قبل الدخول بالزوجة.

– الطلاق على المآل.

– الطلاق بعد الخلوة الصحيحة.

---

[1]– ذبيح هشام، المرجع السابق، ص77.

[2]– سورة الطلاق، الأية1.

[3]– ذبيح هشام، المرجع السابق، ص77.

[4]– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 60-61.

[5]– المرجع نفسه، ص62.

[6]– سمك عبد العزيز رمضان، الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المصري، د ن ط، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1993، ص61.

- الطلاق باللفظ الصريح.
- الطلاق للشقاق.
- الطلاق للعيوب.
- الطلاق للغيبة.
- الطلاق للحبس.

الطلاق بسبب الهجر.

الطلاق بسبب اللعان[1].

ب_ الأثار المترتبة عن الطلاق البائن بينونة صغرى

يترتب عن الطلاق البائن بينونة صغرى عدة آثار وهي:

- انقطاع حقوق الزوج على زوجته، ولا يبقى لها سوى حق النفقة في فترة العدة.
- عدم جواز للزوج مراجعة زوجته في فترة العدة إلا بمهر، وعقد جديدين.
- إنقاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي.
- إحالة الطلاق البائن مؤخر الصداق لأقرب الأجل.
- امتناع التوارث بينهما أثناء العدة إلا في حالة اكتشاف فرار الزوج من الميراث، أو كان مريضا مرض الموت، وطلقها في مرضه، قصد حرمانها من الميراث بدون رضاها[2].

2- **الطلاق البائن بينونة كبرى:**

هو الطلاق الذي يرفع قيد الزواج، وتنقطع فيه جميع الصلات بين الزوج وزوجته بأخر الطلقات الثلاث التي استكملها، وتكون بذلك بمنزلة الأجنبية، فلا يجوز له أن يعيدها أو يعقد عليها بعقد جديد، إلا بعد أن تنكح زوجا أخر نكاحا صحيحا، أي بناء أسرة جديدة، وذلك بعد انتهاء عدتها من الزوج الأول[3]، لقول الله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۖ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ**﴾[4].

---

[1]- ذبيح هشام، المرجع السابق، ص ص 79- 80.

[2]- بختي العربي، المرجع السابق، ص97.

[3]- المرجع نفسه، ص98.

[4]- سورة البقرة، الآية 230.

أ- **الحالات التي يقع فيها الطلاق البائن بينونة كبرى:**

- الطلاق المكمل للثلاث: بمعنى أن يكون الزوج طلق زوجته مرتين، ولم تبقى له إلا طلقة واحدة، فاتبعها بالطلقة الثالثة، سواء كان مكملا بالتفريق، أو التكرار في مجلس واحد، أوفي عدة مجالس[1].

- المقترن بعدد الثلاث: مثل أنت طالق ثلاثا أو مكررا ثلاث مرات في مجلس واحد، أو في مجالس متعددة، بأن يقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فيقع ثلاثا إلا إذا قصد تأكيد الطلقة الأولى السابقة، فلا يقع إلا طلقة واحدة.

ب-**الآثار التي تترتب عن الطلاق البائن بينونة كبرى**

يترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى جميع الأحكام المترتبة على الطلاق البائن بينونة صغرى، مما يزيل ما يملكه الزوج على زوجته، وتحرم عليه حتى تنكح غيره نكاحا صحيحا، وذلك وفق الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج الثاني صحيحا[2].
- الفرقة من الزوج الثاني أو يموت عنها وتنتهي عدتها[3].
- أن يتم العقد عليها من جديد وبمهر جديد، لقول الله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ**﴾ [4].

رابعا: من حيث زمن وقوع النتائج

إن الصيغة التي يقع بها الطلاق سواء كانت صريحة، أو كتابية قد تقع على أمر منجز، أو معلق على شرط، أو مضاف إلى مستقبل.

1_**الطلاق المنجز:** هو الطلاق الذي يكون بصفة مطلقة خالية من التعليق على شرط، ولا مضافة إلى المستقبل[5]، الذي يقصد به وقوعه في الحال كقول الزوج لزوجته: آنت طالق، أو طلقتك[6].

- **حكم الطلاق المنجز:** هو وقوع الطلاق في الحال، لأنه بمجرد صدوره يترتب أثاره فورا، وبالتالي

---

[1]- بختي العربي، المرجع السابق، ص98.

[2]- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص65.

[3]- ذبيح هشام، المرجع السابق، ص84.

[4]- سورة البقرة، الآية 230.

[5]_ الصابوني عبد الرحمان، المرجع السابق، 295.

[6]- شيبة مصطفى عبد الغني، المرجع السابق، ص67.

الطلاق المنجز ينعقد، ويعقبه حكمه حالا بمجرد إيقاع لفظ الطلاق[1].

2_ الطلاق المعلق على شرط: هو كل طلاق ربط وقوعه على حصول أمر في زمن المستقبل[2]، الذي يقصد فيه نيل مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، كقول الرجل لزوجته إذا سافرت دون إذني فأنت طالق، أي تعليق الجزاء بشرط[3].

أ- شروط التعليق:

يشترط لصحة وقوع الطلاق المعلق عدة شروط وهي:

- أن يكون التعليق على حدوث أمر محتمل الوقوع في المستقبل.
- أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق.
- أن تكون الزوجة في عصمته.
- إيقاع الطلاق مرتبطا بالشرط[4].

3- الطلاق المضاف إلى المستقبل: هو كل طلاق كانت صيغته معلقة ومضافة حصولها بوقت في المستقبل، كقول الزوج لزوجته: أنت طالق غدا، أو أول الأسبوع الفلاني، أو السنة القادمة[5].

- حكم الطلاق المضاف الى المستقبل

الطلاق المضاف إلى المستقبل يقع بمرور الزمن الذي أضيف إليه، إذا كان الزوج أهلا لإيقاعه، والمرأة أهلا لوقوع الطلاق عليها، عند مجيء الوقت المضاف إليه[6].

الفرع الثالث: أركان الطلاق

إن إنهاء الرابطة الزوجية أمر في غاية الخطورة، يترتب عليه أثار بعيدة المدى في حياة الفرد، والأسرة، والمجتمع، وفقد حثت الشريعة الإسلامية كلا من الزوجين على التريث، والتروي قبل الإقدام على الطلاق، فكان من الحكمة والعدل أن لا تعطى صلاحية فك الرابطة الزوجية، إلا لمن يدرك خطورتها، وعواقبها، ويزن الأمور بميزان العقل قبل الخضوع لنزوات، والأهواء،

---

[1]- الصابوني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص295.

[2]- شيبة مصطفى عبد الغني، المرجع السابق، ص68.

[3]- الصابوني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص294.

[4]- شيبة مصطفى عبد الغني، المرجع السابق، ص68.

[5]- نوي ربيعة، البناي ميمونة ، إثبات الطلاق بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2020/2019، ص297-298.

[6]- شيبة مصطفى عبد الغني، المرجع السابق، ص97.

والعاطفة، ولكون المرأة خلقت على طباع وغرائز تجعلها أشد تأثرا، وأسرع انقيادا لحكم العاطفة من الرجل من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الطلاق يترتب عنه تبعات مالية، يلتزم بها الزوج من دون الزوجة، ومنه كان الأصح منح صلاحية إيقاع الطلاق للرجل، وعليه فإن الشريعة الغراء أسندت هذا التصرف إلى الزوج دون الزوجة، ومع ذلك أجازت للمرأة طلب الطلاق، إذا أساء الرجل استعمال حقه، أو أصابها ضرر من العلاقة الزوجية، فترفع أمرها إلى القضاء لرفع الظلم عنها، وليقع الطلاق صحيحا لابد من يستوفي أركانه، ولكل ركن شروط يجب توفرها جميعا، بعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق، وهو الزوج أي المطلق، وبعضها يرجع إلى من يقع عليها الطلاق، وهي الزوجة، وبعضها الأخر يرجع إلى ما يقع به الطلاق، وهي الصيغة.

أولا_ ركن الزوج (المطلق)

اشترط الفقه شروطا ينبغي أن توفر في الزوج كي يقع طلاقه وهي:

1_ أن يكون زوجا: ولا يكون زوجا إلا إذا كان بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح[1].

2- أن يكون بالغا: وسنه قانونا 19 كاملة طبقا لنص المادة من 7 قانون الأسرة الجزائري.

3 - العقل: يشترط في الزوج المطلق أن يكون عاقلا، فلو طلق المجنون الذي كان جنونه دائم لا يقع طلاقه؛ والمجبر المكره على الطلاق تحت تهديد بخطر قد يصيب بدنه أو ماله، طلاقه لا يقع لأنه غير راض بالطلاق إنما كان ذلك تحث تأثير التهديد[2].

ثانيا: ركن الزوجة (المطلقة)

و يشترط في المطلقة التي يقع عليها الطلاق ما يلي:

1_ قيام الزوجية بينها وبين زوجها حقيقة، ومفاد ذلك في هذه الحالة قيام العلاقة الزوجية بين الزوجة وزوجها بعقد زواج صحيح قائم بالفعل، بغض النظر إن كانت الزوجة مدخول بها أم لا[3].

2_ قيام الزوجية حكما، ومعنى ذلك أن تكون المطلقة معتدة من طلاق رجعي، أو بائن بينونة صغرى، وهذا لأن أثار الزوجية قائمة بين وجوب النفقة، وبقاءها في البيت الزوجية.

---

[1]- الشرنباصي رمضان علي، المرجع السابق، ص234.

[2]- مطلوب عبد المجيد محمود، الوجيز في أحكام الأسرة، (فرع الزواج حقوق الزوجة حقوق الأولاد والأقارب)، ط1، القاهرة، مصر، ص 234- 236 بتصرف.

[3]- الشرنباصي رمضان علي، المرجع السابق، ص 234.

ففي كل الحالات السابق ذكرها، تكون المرأة محلا للطلاق، ولا تكون محلا لطلاق في الحالات الأتية:

_ إذا كانت معتدة من فسخ الزواج بسبب عدم صحة عقد الزواج أو طروء حرمة المصاهرة.

_ إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى.

_إذا كانت مطلقة قبل الدخول إذا لا عدة لها.

_ إذا كانت معتدة من فسخ الزواج لعدم كفاءة الزوج.

_ إذا كانت معتدة من فسخ الزواج، بسبب نقصان المهر عن مهر المثل[1].

ثالثا: ركن الصيغة

إن المراد بالصيغة كل ما ينبثق من المطلق دالا على رغبته، وإرادته على حل الرابطة الزوجية، سواء كان ذلك لفظا عربيا أو غير عربي، أو بما يقوم مقام اللفظ من كتابة، أو إشارة.

ويشترط في الصيغة التي يقع بها الطلاق، أن تكون دالة عن فك الرابطة الزوجية، وذلك بكل لفظ يفيد حل عقدة النكاح صراحة، أو كناية، فاللفظ الصريح يفهم السامع من خلاله أن الزوج طلق زوجته، ولا يستعمل إلا في الطلاق غالبا، كأن يقول لزوجته مثلا: أنّت طالق، أو طلقتك، أو طلقت زوجتي[2].

أما الكناية فهي اللفظ الذي لم يحدد لخصوص الطلاق، بل وضع لمعنى يفيد الطلاق وغيره، كقول الزوج لزوجته: أنّت حرام، أو بائن، فهي ألفاظ تحمل الطلاق فإن نوى بذلك الطلاق، وقع وإلا فلا يقع[3].

كما يقع الطلاق كناية أيضا بالكتابة، كأن يكتب الرجل كتابا يخبرها فيه بطلاقه لها، حتى ولو كان الزوج الكاتب قادرا على النطق، والكلام، ويقع الطلاق أيضا بالإشارة، وذلك من الأخرس معقود اللسان من خلال إشارة واضحة تدل على إيقاع الطلاق، غير أنه وإن كان الطلاق يقع بالكتابة ولو كان قادرا على النطق، إلا أن الأمر بالنسبة لوقوع الطلاق بالإشارة يختلف عنه بالكتابة، بحيث أن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ إلا في حالة العجز عن النطق، كالأخرس[4].

---

[1]– الشرنباصي رمضان علي، المرجع السابق ، ص 235.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 249.

[3]– الشرنباصي رمضان علي، المرجع السابق، ص 21.

[4]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 250.

المطلب الثاني: إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي

شرع الله تعالى الطلاق، وجعله منه حق ينفرد به الرجل دون المرأة، لما في ذلك من المصلحة الظاهرة، كما بينت الشريعة الأحكام، والشروط الصحيحة لإيقاع الطلاق، فمن اتبعها صح طلاقه، ومن طلق على غير ذلك كان طلاقه باطلا، غير صحيح، ومن المعلوم أن الطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج له، أو بما يفيد ذلك، فإن أوقعه صحيحا، فهل يحتاج إلى إثباته؟، وكيف ذلك ؟.

للإجابة عن ذلك تناولنا في هذا المطلب الإشهاد على الطلاق وحكمه في (الفرع الأول)، ثم تطرقنا إلى الطرق الأخرى لإثبات الطلاق من إقرار (الفرع الثاني)، والبينة (الفرع الثالث)، ثم اليمين (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الإشهاد على الطلاق

يقصد بالشهادة إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي، كقول أشّهد الله، فكان الإمتاع عن الكذب بهذا اللفظ أشد، ولا يصح قول الشاهد أعلم وأتيقن، لأن في ذلك زيادة لتوكيد، أما الإشهاد على الطلاق، هو حضور من يصلح لتحمل الشهادة على واقعة الطلاق وإظهار ما قد حدث بين الزوجين[1]، ويكمن الفرق بين الشهادة والإشهاد أن الشهادة قد تكون دون سابق إشهاد بطلب أو دونه، أما الإشهاد هو طلب تحمل الشهادة[2].

والإشهاد على الطلاق في منظور الفقهاء من حيث حكمه الشرعي، يرى الكثير منهم على أنه مندوب، والبعض الأخر أنه واجب، ويرجع هذا الاختلاف في حكم الإشهاد على الطلاق إلى اختلافهم في دلالة الأمر الوارد بالإشهاد في قوله تعالى:﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا**﴾[3].

---

[1]– الزقيلي علي، «حكم الإشهاد»،(دراسة فقهية مقارنة بالأحوال الشخصية الأردني)، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، الأردن، بتاريخ 2003/04/14، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، الموقع: ArabLawInfo، تاريخ التصفح: 2024/04/17، الساعة: 23:20 سا، ص04.

[2]– وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، موسوعة الفقه الكويتية، ط2، طبعة ذات السلاسل، الكويت، 1986، ص 86-87.

[3]– سورة الطلاق، الآية 2.

1- القائلون بأن الإشهاد على الطلاق مندوب

يرى جمهور فقهاء المذاهب الأربعة أن الإشهاد على الطلاق ليس واجبا، حتى إذ طلق الزوج ولم يشهد عليه وقع الطلاق، وإنما الإشهاد على الطلاق ندب وإرشاد واحتياط للمطلق كالإشهاد على البيع والإشهاد على الرجعة، وقد استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والقياس والإجماع .

أ- من الكتاب

في قوله تعالى:﴿**وَأَشهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعتُم**﴾[1]، وجه الدلالة أن الإشهاد في البيع مندوب إليه وليس واجبا فكذلك الإشهاد على الطلاق[2].

وقوله عزّ وجّل:﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ﴾[3]، وجه الدلالة هنا: أنّ الأمر هنا لا يفيد الوجوب بل الندب لوجود قرينة تصرف من الوجوب إلى الندب، وسيأتي تبيان ذلك تحت الاستدلال بالسنة[4].

- الإشهاد هنا يفيد الرجعة ولا يعود على الطلاق، وحتى أن رجوعه على الرجعة ليس على سبيل الوجوب، وإنما على سبيل الندب[5].

- المبتغى من المفارقة في قوله تعالى:﴿**أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعرُوف)**، تخلية سبيل المرأة إذا انتهت عدتها و ليس بالطلاق، ولا بالرجعة ولا نكاح ، فعلم أن الإشهاد إنما هو على الرجعة[6].

ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله تعالى:﴿**وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ﴾ [7]، واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه ومعناه المجازي الندب[8].

---

[1]- سورة البقرة، الآية 282.

[2]- محمود محمد علي، الطلاق بين الإطلاق والتقييد، د ن ط، مكتبة دار الاتحاد العربي للطباعة، د ب ن، د س ن، ص230.

[3]- سورة الطلاق، الآية 2.

[4]- السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج6، د ن ط ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص23.

[5]- الأنصاري محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ج8، ط5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص104.

[6]- الزقيلي علي، المرجع السابق، ص 05.

[7]- سورة الطلاق، الآية 2.

[8]- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، دن ط، مؤسسة الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1985، ص369.

ب- من السنة النبوية:

عن ابن عمر قال: طلقت امرأتي وهي حائض، قال فأتى عمر رسول الله ﷺ بخبره فقال:**(مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيَتْرُكْهَا حتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وإنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتي أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ)**[1]، وجه الدلالة واضح هنا أن الرسول ﷺ لم يأمر ابن عمر بالإشهاد على طلاقه، وإنما بيّن أحكام الطلاق في الحيض، ولو كان الإشهاد على الطلاق واجبا، لا أمر بفعل ذلك.

ج _ من الإجماع:

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

د_ من القياس:

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

2- القائلون أن الإشهاد على الطلاق واجب

يرى ابن حزم أنّ من لم يشهد على طلاقه يلزمه الطلاق، ويكون معتديا لحدود الله، وخلاف لشيعة الإمامية فإنهم يرون أنّ حضور الشاهدين، وسماعهما التلفظ، شرط لصحة الطلاق، فإذا لم يتحقق هذا الشرط تبقى الزوجية قائمة[4].

كما ذهب إلى هذا القول من الفقهاء المعاصرين كل من أبو زهرة[5]، وعبد الرحمان الصابوني[6]، واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى:**﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾**[7]، وبقوله رسول الله ﷺ:**(مَن أَحْدَثَ في أَمْرِنَا هذا ما**

---

[1]- ابن ماجة محمد بن يزيد، (كتاب الطلاق، باب2: طلاق السنة، حديث رقم 2019)، المرجع السابق، ص209.

[2]- الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار، ج7، دن ط، دار الفكر، 1994، ص42.

[3]- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، د ن ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص368.

[4]- أبن حزم الأندلسي، مراتب الإجماع، ط1، دار ابن حزم لطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، ص ص128- 129.

[5]- أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص368.

[6]- الصابوني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص484.

[7]- سورة الطلاق، الآية 2.

ليسَ فِيهِ، فَهو رَدٌّ)[1]، أي أن الطلاق بدون شهود عمل يخالف السنة، وأنّ كل عمل مخالف لسنة مردود.

ومن القياس:

هو قياس الطلاق على الزواج، فالزواج لا يصح إلا بشهود فكذلك الطلاق لا يكون إلا بشهود[2].

الفرع الثاني: الإقرار

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر، ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه، وهو بذلك يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير[3].

فإذا أقر الشخص بحق لزمه، ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة، وذلك لقصور ولاية المقر، وعدم امتدادها إلى غيره، فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق، وأقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار، ويثبت الطلاق، والإقرار يمكن أن يكون شفاهة، أو كتابة، مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاء لا ديانة[4]، هذا إذا أقر بطلاق سابق، أما إذا نوى إنشاء طلاق جديد فالظاهر وقوع الطلاق بها، لأنها صيغة تحتمل الإنشاء[5].

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، واليمين طريق غير عادي للإثبات، يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم

---

[1]– البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، موفم لنشر، الجزائر، دار الهدى لطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 1992، (كتاب الصلح، باب 5: إذا اصطلحوا على صلح جوّر، فالصلح مردود، حديث رقم 2549)، ج2، ص959.

[2]– أبو الريش محمد إسماعيل، أركان الطلاق، د ن ط، جامعة الأزهر، كلية الشريعة، د ب ن، 1980، ص ص 268–369.

[3]– البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، د ن ط، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 1996، ص183.

[4]– المرجع نفسه، ص184.

[5]– قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة، دفعة 12، 2004، ص21.

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[1].

الفرع الرابع: 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 وامرأتين، 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[2].

المبحث الثاني: إجراءات إثبات الطلاق في القانون الجزائري

أباح المشرع الجزائري الطلاق تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية، فجاء نص المادة 47 من ق.أ.ج بما يلي: "**تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة...**"، ويلاحظ من خلال هذا النص المشرع استعمل لفظ الطلاق ليشمل بذلك الطلاق بإرادة المنفردة، وبالتراضي، أو بطلب من الزوجة عن طريق المخالعة، أو التطليق، وهذا ما يؤكده نص المادة 48 من نفس القانون الذي جاء فيه:" **مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بالإرادة المنفردة، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**"، وكما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري من خلال النصين السابقين لم يقدم تعريفا قانونيا لطلاق بقوله يحل عقد الزواج بالطلاق، بل اكتفى ببيان صوره.

ومن هنا وبعد ما أن تطرقنا في المطلب الأول إلى الطلاق وبيان كيفية إثباته من الناحية الشرعية، سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الطريقة التي يثبت بها الطلاق في القانون الأسرة الجزائري في (المطلب الأول)، وبيان إجراءات هذه الأخيرة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إثبات الطلاق بحكم قضائي

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 49 من ق.أ.ج في شقها الأول على ما يلي:"**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**".

---

[1]– عواد القضاة مفلح، البينات في المواد المدنية والتجارية، د ن ط، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1994، ص 199.

[2]– قسنطيني حدة ، المرجع السابق، ص22.

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن إرادة المشرع توجهت إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء، أي أن الطلاق من الناحية القانونية يجب أن يصدر فيه حكم قضائي، والملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل عبارة "**لا يثبت**" وليس لا ينعقد، أو لا يقع، أو لا ينشأ الطلاق إلا بحكم[1]، وعليه يطرح التساؤل حول ما يرمي إليه المشرع من خلال هذه العبارة: هل يقصد أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته باللجوء إلى القضاء، أم أنه لا يتصور وقوع طلاق خارج ساحة القضاء؟، وهذا ما سوف نحاول الإجابة عنه في الفروع الأتية:

الفرع الأول: ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق

يفهم من سياق المادة 49 من ق.أ.ج للوهلة الأولى أن مسألة الإثبات، هي التي تبقى خاضعة للقضاء، إلا أن وقوع الطلاق بحد ذاته يمكن أن يكون خارج القضاء، بالرجوع إلى مواد ق.أ.ج نجدها تعتبر أن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وأن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي، وأن هذا الطلاق هو طلاق بائن، رغم أنه يعد انطلاقة لبداية احتساب العدة، وبالتالي فإن المراجعة تكـون قبل صدور الحكم بالطلاق، أي أثناء محاولة الصلح فما طبيعة الرجعة في هذه الحالة؟، وهل يمكن اعتبارها طلقة تدخل ضمن الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج على زوجته أم لا؟، وبعبارة أخرى هل يفهم من ذلك بأن المشرع اعترف ضمنيا بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، أم أن المراجعة لا تنصرف إلى الطلاق الرجعي؟، وإذا قلنا بأن الأمر كذلك فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري، لا يعترف بوجود الطلاق الرجعي لأنه بصدور الحكم تبين الزوجة من زوجها أم لا؟

للإجابة على هذه الأسئلة نقول بأن المشرع قد حدد فترة زمنية تجرى خلالها محاولة الصلح وهي ثلاثة أشهر ممنوحة للزوجين، من أجل مراجعة نفسيهما، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يحكم قبل مضي هذه المدة، إلا أنه في حالة امتداد المصالحة إلى أكثر من ثلاثة أشهر، فإن المشرع لم يرتب أي جزاء على ذلك، ونرى في ذلك أن مدة ثلاثة أشهر، التي تجرى فيها محاولات الصلح بين الزوجين، ما هي إلا عدة المرأة عادة، وعليه فقد رأى المشرع أن المصالحة خلال العدة لا تحتاج إلى عقد جديد، وبما أن الأمر كذلك، فإننا نفهم أن المشرع قد اعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ضمنيا، ويبقى الإشكال في كون أن المشرع لم يرتب حكما عن المصالحة التي تقع بعد مضي مدة الثلاثة أشهر، وفي هذا المجال يرى الأستاذ زودة عمر أن الرجعة التي تقع بعد

[1]– زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، د ن ط، بن عكنون، الجزائر، ص31.

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 إلى بيت الزوجية في أي وقت، ما دامت العلاقة الزوجية قائمة[1]، ونستخلص من ما سبق أنه لو أخذنا بحرفية النص وبفكرة عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، أنّ المشرع الجزائري لم يفرق بين الطلاق الرجعي، والطلاق البائن، وعلما أن المشرع قد فرق بين الطلاق البائن بينونة كبرى، والطلاق البائن بينونة صغرى، وذلك بنصه في المادة 51 من ق.أ.ج، على أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء[2].

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

يذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم، فهو ليس شرطا للإثبات، وإنما هو شرط للانعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق، إلا بحكم بعد محاولة الصلح، فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح، التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، بل يجب على الزوج، أن يعلن عن 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 يعدّ المحرِّر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق و ليس وسيلة لإثباته[3].

ما سلف يقودنا إلى البحث عن طبيعة الحكم بالطلاق، فهل هو حكما منشئا أم مقررا ؟، وهل هو عملا قضائيا أم عملا ولائيا ؟

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحكم المثبت لطلاق

إن البحث عن طبيعة الحكم المثبت للطلاق، يقودنا بدوره إلى البحث أولا في أنواع الأحكام القضائية، والتي تنقسم إلى: أحكام تقريرية، أحكام منشئة، وأحكام إلزام، وكل حكم تقابله دعوى

[1]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص09.

[2]– المرجع نفسه، ص10.

[3]– زودة عمر، المرجع السابق، ص 31.

خاصة به:

1_**الأحكام المنشئة:** هي التي تهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني، وعليه فالدعوى تهدف إلى تغير حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية[1].

2_**الأحكام المقررة:** هي التي يؤكدها وجود، أو عدم وجود الحق، أو المركز القانوني، أي أنه ينظر إلى الحق، أو المركز القانوني بحد ذاته بغض النظر عن مضمونه، وعليه فإن الدعوى التي ترمي إلى الحصول على هذا القضاء، تسمى بالدعوى التقريرية[2].

3_أحكام الإلزام: وهي التي تتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل، لتنفيذ الجبري[3].

إن حق الطلاق المقرر للزوج هو حق إرادي، والحق الإرادي، يعرف بأنه سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادة صاحبه، ما دام ذلك يوافق القانون، وبمجرد استعماله يترتب عليه الأثر القانوني، وهنا يجب تمييزه عن الحق الإرادي الذي لا يولد مع ميلاد الحق، أو المركز القانوني إذ لا ينشأ هذا الأخير، إلا بناء على ما يرتكبه الطرف الآخر في الرابطة من إخلال بالتزاماته، ومثالها حق الزوجة في التطليق، إلا أنه ورغم كون حق الزوج في الطلاق، هو حق إرادي، فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء، وتبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني، إلا باستيفاء الشكل المقرر قانونا، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق[4]، وقد جعل المشرع لهذا الحكم طبيعة الإنشاء، لأنه ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين، ويخلق بذلك وضعا جديدا، وذلك من تاريخ صريح القاضي به[5]، إلا أن السؤال الذي يبقى مطروحا هو ماهي طبيعة هذا الحكم ؟، هل يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي، أم أنه عملا قضائيا؟.

للإجابة على هذا السؤال، يقتضي بنا التمييز بين الأعمال القضائية، والأعمال الولائية للقاضي، فالأصل في أعمال القضاء أنها ذات طبيعة قضائية بحتة، واستثناء تكون ذات طبيعة

---

[1]– زودة عمر، المرجع السابق ، ص ص99– 100.

[2]– تقية عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص176.

[3]– زودة عمر، المرجع السابق، ص99.

[4]– المرجع نفسه، ص ص104– 107.

[5] –Ghaouti Benmelha، Le droit Algerians de la famille، office des publication universitaires، Alger، 1993، P 204.

ولائية[1]، يذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن الفرق بينهما يكمن في وجود النزاع من عدمه، وعليه وطالما أن الحكم بإثبات الطلاق لا ينطوي على أي نزاع، فإنه من المفروض أن يكون عملا ولائياَ إلا أن المشرع، ارتأى إصداره في شكل حكم قضائي تماما كالأعمال القضائية[2].

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري، وإن كان قد منح للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى إبداء الأسباب، ودون أن يكون للقاضي فيها دورا إيجابيا، وهذا ما يفيد أنه يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي، فإنه قيده باستيفاء الشكل المقرر قانونا، وجعل له طبيعة الإنشاء، وهذا ما انتهى إليه الأستاذ زودة عمر، ذلك أنه من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط، في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه، وليس من تاريخ تصريح الزوج به، وبالتالي فإن آثاره تترتب من تاريخ الحكم، وهذا ما يدعونا إلى التساؤل حول مضمون الحكم المثبت للطلاق.

الفرع الثالث: مضمون الحكم بإثبات الطلاق

يتضمن حكم إثبات الطلاق ما يلي:

- حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية حكما علنيا حضوريا.
- في الشكل: بصحة الإجراءات وبالتالي قبول الدعوى شكلا.
- في الموضوع:

القضاء نهائيا بالطلاق بين كل من... و ... مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لبلدية... ،والتأشير به على هامش عقد زواج الطرفين وشهادتي ميلادهما.

_ والقضاء ابتدائيا: بتحميل الزوج مسؤولية الطلاق وإلزامه بأن يدفع للزوجة مبلغ ... تعويضا عن الطلاق التعسفي، ومبلغ ... كنفقة عدة وإسناد حضانة الأبناء ... لأمهم على نفقة أبيهم بواقع... شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ النطق بالحكم تستمر إلى غاية سقوطها شرعا أو قانونا مع منح الأب حق الزيارة يومي الخميس، والجمعة، وفي المناسبات، والأعياد الدينية، وأيام العطل، وإلزام الزوج بأن يخصص للحاضنة سكنا لممارسة الحضانة فيه، أو بدل إيجار، بواقع ... شهريا[3].

---

[1]- قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص11.

[2]- المرجع نفسه، ص13.

[3]- المرجع نفسه، ص ص14- 15.

كما تجدر الإشارة إلى أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، هو الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالزوجة المطلقة، ومن ثمة يتعين التمييز بينه وبين حق المتعة.

المطلب الثاني: إجراءات صدور وتنفيذ الحكم بإثبات الطلاق

اشترط المشرع الجزائري في إثبات الطلاق، ضرورة صدور حكم قضائي، وفقا للعمل القضائي، ومنه فإن دعوى إثبات الطلاق، يجب أن ترفع إلى المحكمة المختصة، بموجب عريضة وفق ما يقضي به القانون، ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، اقتضى قواعد، وشروط ترفع بها الدعوى وفق إجراءات معينة (الفرع الأول)، كما خصصها بإجراء جوهري، يظهر من خلاله دور القاضي في الدعوى (الفرع الثاني)، وكذا كيفية تنفيذ الحكم (الفرع الثالث)، وطرق الطعن في هذا الأخير (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الدعوى كوسيلة لصدور الحكم بإثبات للطلاق

أولا: أداة رفع دعوة الطلاق

ترفع دعوى الطلاق أمام المحكمة، وفقا للطرق المنصوص عليها في المادة 14 من ق.إ.م.إ[1]، وذلك بإيداع عريضة مكتوبة، موقعة، ومؤرخة، تودع من طرف المدعي، أو وكيله، أو محاميه لدى أمانة الضبط، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف، بمعنى يجب أن عريضة افتتاح الدعوى في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة، مكتوبة، ومؤرخة، وموقعة بعدد أطراف الدعوى، ويجب أن تكون العريضة مكتوبة باللغة العربية، طبقا لنص المادة 1/08 من ق.إ.م.إ، وتاريخ إيداعها، والتاريخ الذي يحسب من الناحية القانونية، طبقا لنص المادة 15 من ق.إ.م.إ، ترفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة للفصل في الدعوى، ويجب أن تتضمن: اسم، ولقب المدعي، وموطنه، وكذلك واسم، ولقب، وموطن المدعى عليه، ويجب أن يعرض باختصار، ووضوح موضوع الطلب، مع الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات، والوثائق التي تؤيد طلبه، حيث يترتب عن عدم احترام البيانات السابقة الذكر، جزاء يتمثل في عدم قبول الدعوى شكلا، لتخلف بيان جوهري من البيانات المنصوصة عليها في المادة 15 من ق.إ.م.إ، وهذا الدفع يثيره من تقرر لمصلحته (المدعى عليه).

[1]– قانون رقم 08–09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، ع21، الصادر في 17 ربيع الثاني 1429، الموافق لـ 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم.

أما بالنسبة لقيد عريضة افتتاح الدعوى، ودفع الرسوم القضائية، فإن المشرع الجزائري في نص المادة 16 و17 من ق.إ.م.إ، وقع في تناقض بين المادة الأولى التي تقيد العريضة حالا في سجل خاص، والمادة الثانية التي تؤجل قيد العريضة إلى غاية دفع الرسوم القضائية، حيث أن قيد العريضة يكون لدى أمانة الضبط في سجل رسمي، تبعا لورودها، مع الإشارة إلى أسماء، وألقاب الخصوم، وإعطاء رقم للقضية، وتاريخ أول جلسة، ويسجل ذلك على نسخ العريضة، وتسلم للمدعي للتكليف بالحضور[1]، ويشترط في الدعوى تقديم نسخة من عقد الزواج، تثبت قيام العلاقة الزوجية، لغرض اثبات صفة التقاضي، التي تعد شرط من شروط قبول الدعوى، طبقا لنص المادة 02/429 من ق.إ.م.إ.

يتضح لنا من خلال هذه الإجراءات، أن تقديم عريضة مكتوبة إلى القاضي، ما هي إلا تعبير عن إرادة الزوج في الطلاق، بحيث لا يطلب منه تقديم الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق، لأن الأمر يتعلق باستعمال الحق الإرادي، وبالتالي تعتبر العريضة في هذا النطاق أحد العناصر الشكلية للممارسة هذا الحق[2].

ثانيا: قواعد الاختصاص القضائي

نظم المشرع الجزائري في ق.إ.م.إ قواعد الاختصاص للمحاكم التي تفصل في موضوع الطلاق، سواء من الناحية النوعية، أو المحلية.

أ-الاختصاص النوعي

ترمي قواعد الاختصاص الى تحديد نصيب كل محكمة من القضايا التي تدخل في ولايته الجهة القضائية التي تتبعها[3]، وهذا طبقا لنص المادة2/32 من ق.إ.م.إ، التي تنص على أنه" **تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية، والتجارية، والبحرية، والاجتماعية، والعقارية، وقضايا شؤون الأسرة، التي تختص بها إقليميا**"، ومن هذه المادة نفهم أن الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة، يتضمن جميع المواضيع المنصوص عليها في تقنين الأسرة، ومن بينها

[1]- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات البغدادي، الرويبة، الجزائر، 2000، ص49.

[2]- تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 245.

[3]- نوي ربيعة، البناي ميمونة، المرجع السابق، ص 53.

موضوع الطلاق، وبالرجوع إلى أحكام المادة 423 من ق.إ.م.إ، التي تنص على أنه " **ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية:**

الدعوى المتعلقة بالخطبة، والزواج، والرجوع إلى بيت الزوجية، وانحلال الرابطة الزوجية، وتوابعها حسب الحالات، والشروط المذكورة في قانون الأسرة..."، ونستنتج من هذه المادة أن من صلاحيات قسم شؤون الأسرة، النظر في قضايا الطلاق، التي عبر عنها بمصطلح انحلال الرابطة الزوجية[1]، والملاحظ أيضا أن نص المادة تتضمن عبارة "**على الخصوص**"، وهذا ما يفسر أن الأمر يتعلق بالاختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم إثارة الدفع بعدم الاختصاص، الرامي إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروحة عليها النزاع إذا لم تكن مختصة في هذه القضية[2]، وفي حالة رفع الزوج دعوه الطلاق أمام قسم غير القسم المعني فيه، فيمكن تدارك ذلك عن طريق الإحالة، وهذا طبقا لنص المادة: 6/32 من ق.إ.م.إ :" **في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانته الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا**".

2- الاختصاص الإقليمي:

يعتبر الاختصاص المحلي بأنه ولاية الجهة القضائية بالنظر إلى الدعاوى المرفوعة أمامها، استنادا إلى معيار جغرافي، الذي يخضع للتقسيم القضائي بين مختلف المحاكم في نفس النوع، وهذا ما نصت عليه المادة 426 من ق.إ.م.إ، على أنه:" **تكون المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما**"، والملاحظ هنا أن الاختصاص الإقليمي للمحكمة شؤون الأسرة، تكون محكمة مسكن الزوجية هي المختصة في النظر في موضوع طلب الطلاق، أو الرجوع إلى بيت الزوجية، وفي حالة عدم وجود مسكن الزوجية نطبق نص المادة 36 من ق.إ.م.إ، ويحل محله مكان الإقامة العادية للزوج، وكقاعدة عامة وفق نص المادة 37 ق.إ.م.إ، التي نصت صراحة على أن الجهة القضائية المختصة في النظر في النزاعات المدينة عموما هي تلك:

- التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، منٌ كان له موطن معروف.
- التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى متى لم يعرف له موطن معروف.

[1] - ذبيح هشام، المرجع السابق، ص 120.

[2]- قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 08.

– التي اتفق الأطراف على التقاضي أمامها.

ونفهم من هذه المواد أن الزوج الذي يريد رفع دعوى الطلاق، يجب أن يرفعها أمام المحكمة التي يقع في دائرة مسكن الزوجية كأصل، وترفع الدعوى استثناء في دائرة اختصاص موطن أخر، أو باتفاق الطرفين حول المحكمة التقاضي أمامها.

ثالثا: شروط رفع دعوى الطلاق

أحال المشرع الجزائري تطبيق المادة 436 من ق.إ.م.إ، على النص العام الوارد في المادة 13 من نفس القانون، التي تنص صراحة على أنه: "**لا يجوز لأي شخص التقاضي، ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة، أو محتملة يقرها القانون**"؛ والملاحظ هنا أن المشرع أشار إلى شرطين أساسين لقبول الدعوى، وهما: المصلحة، والصفة، ولم يراع شرط الأهلية، التي كان عليه الأمر في سنة1966 في المادة 459 التي نصت على أنه:" **لا يجوز لأحد أن يرفع الدعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك**"، إلا أن المشرع في دعاوى الطلاق لم يسقط شرط الأهلية لقبول دعوى الطلاق، حسب ما نصت عليه المادة 437 ق.إ.م.إ التي نصت على أن: "**عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة**".

تتمثل شروط رفع دعوى الطلاق في:

1– الأهلية

عرفها القانون المدني[1]، على أنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات والأهلية في الاصطلاح القانوني تنقسم إلى نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء.

المقصود بالأهلية في مجال منازعات الزوجية: أهلية التقاضي أمام المحكمة التي تنظر في موضوع خصامهما، إذا كان كل واحد منهما متمتعا بالأهلية اللازمة للتقاضي، وبلوغ سن الرشد المدني وهو 19 سنة من العمر كاملة، طبقا لنص المادة **40** من ق.م، وكذلك متمتعا بقواه العقلية وأن لا يكون محجوزا عليه لأنه لا يمكن للمحكمة أن تقبل دعوى من طرف شخص فاقد أو ناقص الأهلية إلا بواسطة ممثله القانوني، حسب القواعد العامة.

[1]– أمر 75–58 المؤرخ في 30 رمضان عام 1395، الموافق لـ26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج، ع78، الصادر في 24 رمضان 1395، الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

1- الصفة:

المقصود بالصفة في دعاوى الطلاق أن ترفع الدعوى عن طريق الزوج، أو الزوجة نفسها، أو أحد ممثلها القانوني كالمحامي[1]؛ وتثبت الصفة في الدعوى بتقديم طالب الطلاق نسخة من عقد الزواج[2].

2- المصلحة:

المقصود بها المنفعة التي يسعى إليها صاحب المطالبة القضائية ، والمصلحة في دعاوى الطلاق تتمثل في إثباته[3]؛ وهي مفترضة في الزوجين، والورثة، وغير مشروعة لأحد غيرهم، وتظهر خاصةً في حالة إعادة الزوجة الزواج، أو تزوج الزوج بأخت الزوجة أو برابعة، أما بنسبة للورثة تنتقل مصلحتهم في ثبوت الميراث[4].

الفرع الثاني: إجراء الصلح

اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة، باعتبارها اللبنة الأساسية للمجتمع، وحفاظا منها على العلاقة الزوجية، وتفادي إحلالها، شرعت عدة وسائل لذلك، ومن أهمها باب الصلح، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ ﴾[5]، هو نفس التوجه الذي تبناه المشرع الجزائري، حيث نظمه بمقتضى نصوص قانونية وإجرائية.

أولا: تعريف الصلح

لم يعرف المشرع الجزائري الصلح لا في قانون الأسرة، ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالرجوع إلى نص المادة 49 من ق.أ.ج، وكذا المادة 431 من ق.إ.م.إ، تحت عنوان الطلاق بالتراضي، وكذلك إجراءات الصلح المنصوص عليها في نفس القانون، والمتعلقة بقسم شؤون الأسرة، ابتداء من المادة 439 وما يليها، نجد أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا صريحا، ولا ضمنيا للصلح إنما اعتبره إجراء قضائي تاركا بذلك المجال مفتوحا للفقه.

---

[1] – العياشي فضيل، المرجع السابق، ص48.

[2] – قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص31.

[3] – العياشي فضيل، المرجع السابق، ص48.

[4] – نوي ربيعة، البناي ميمونة، المرجع السابق، ص54.

[5] – سورة النساء، الآية 128.

حيث ذهبت بعض الفقهاء إلى أن الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، هو إجراء قضائي، وأطلقوا عليه أيضا الصلح القضائي، وعرفوه بأنه: "الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم للحضور أمام القاضي، ومحاولة تقريب وجهات نظرهم، بعد إقامة الدعوى وخصوصا في مسألة الطلاق[1].

يتجلى لنا من خلال هذا التعريف أن الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، وإن كان وليد إرادة الطرفين المتخاصمين في الرجوع من جديد إلى الحياة الزوجية، إلا أنه يبقى الدور الإجرائي للقاضي في إيقاع الصلح بينها، دورا هاما في ذلك، وعرفه آخرون أنه: "قيام القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلب الطلاق "[2].

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 49 من ق.أ.ج، عندما نص بضرورة إجراء عدة محاولات صلح، قيدها بميعاد ثلاثة أشهر، تسري من تاريخ رفع الدعوى، وبذلك لا يمكن للقاضي تجاوز هذه المدة، والأصل أن يباشر القاضي إجراءات الصلح بنفسه، وله أن يسند تلك المهمة لحكمين.

- الصلح أمام القاضي:

نصت المواد 440،441،442 من ق.إ.م.إ على مجموعة من الإجراءات للصلح، أمام القاضي، حيث يستمع إلى الزوج، والزوجة على انفراد ثم معا، وكل هذا بعد تحديد تاريخ إجراء الصلح، وكما يمكن لزوج طلب مشاركة أحد أفراد عائلته في محاولة الصلح، وفي حالة إذ ما استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد، أو حدث له مانع جاز للقاضي اما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاضي أخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، وفي حالة تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسة الصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك، ويمكن للقاضي أيضا أن يمنح لزوجين مهلة لتفكير، وإجراء محاولة صلح جديدة، ويجوز له اتخاذ التدابير المؤقتة اللازمة بموجب أمر غير قابل لأي طعن[3].

---

[1]- بن شيخ اث ملويا، الملتقى في قضاء الاحوال الشخصية، ج1، د ن ط، دار هومة، الجزائر،2005، ص254.

[2]- زودة عمر، المرجع السابق، ص108.

[3]- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص334.

ثانيا: مساعي و نتائج إجراء الصلح

يحاول القاضي التوفيق بين الزوجين، ولكن هذه المحاولة قد تنجح، وبذلك يكون القاضي قد وفق في مهمته، كما قد تفشل هذه المحاولات لأسباب عدة، وفي الحالتين تترتب جملة من الآثار.

أ- حالة نجاح محاولات الصلح:

نصت المادة 443/1[1] من ق إ م إ على أنه: "**يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي**"، من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع اشترط تحرير محضر لإثبات الصلح، إلا أنه لم يشترط شكلا معين للمحضر، أو بينات معينة، فقط أقر بأن يوقع المحضر من طرف القاضي، وأمين الضبط، والزوجين، وذلك حسب الشق الثاني من المادة السالفة الذكر، والمحضر يشمل مساعي الزوجين، وما صرحا به أمام القاضي، وكذا دفوعهما، وطلباتهما دون أن يحتوي على رأي القاضي، وفي هذا الصدد طبقا لنص المادة 443 من ق.إ.م.إ في فقرتها الثالثة، يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بعد توقيعه من طرف القاضي، والزوجين، وإيداعه لدى أمانة الضبط، ومن الآثار المترتبة عن نجاح الصلح أيضا استئناف الحياة الزوجية من جديد.

ب- حالة فشل محاولات الصلح:

إن محاولة الصلح لا تنتهي دائما بالنجاح، وهذا راجع إلى إصرار أحد الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية، فقد نصت المادة 49 من ق.أ.ج في فقرتها الثانية على أنه "**يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين**" كما تنص المادة 443 من ق.إ.م.إ في شقها الأخير على أنه:" **في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى**"، يفهم من النص السابق أنه يجب على القاضي تحرير محضر، يبين فيه النتائج المتوصل إليها من محاولات الصلح، وذلك بمحضر عدم الصلح بين الزوجين، حيث يحتوي محضر عدم الصلح على هوية الزوجين، موقع من طرف الزوجين، والقاضي، وأمين الضبط، كما يتضمن أيضا التصريحات التي

---

[1]- المادة 443 من ق.إ.م.إ: " يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي.

يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط.

يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا.

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

أدلى بها الزوجان، وتعتبر إرادة الزوجين النتيجة النهائية المتعلقة بالطلب الأصلي للدعوى، سواء كان الطلاق بالتراضي، أو بالإرادة المنفردة، أو بطلب من الزوجة.

الفرع الثالث: تنفيذ حكم الطلاق ودور النيابة العامة في تسجيله

لما كان حكم الطلاق يصدر في شكل قضائي، وهو بذلك يصدر ابتدائيا نهائيا، إذ لا يمكن الطعن في أصله، وذلك حسب ما تنص عليه المادة 57 من ق.أ.ج، وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر بالطلاق يتضمن شقين، شق متعلق بالآثار المادية، والثاني متعلق بالطلاق بحد ذاته، وما يهمنا في دراستنا هو الشق المتعلق بالطلاق بحد ذاته، الذي يصدر ابتدائيا نهائيا، والذي لا يقبل الاستئناف، وهو خاضع للسلطة الإدارية حيث يكلف ضابط الحالة المدنية بتنفيذه.

أولا: تبليغ حكم الطلاق

بعد صدور حكم الطلاق، يكون على صاحب المصلحة السعي لتبليغه إلى الطرف الأخر، ومنه يجب على الطرف المعني أن يستخرج نسخة من الحكم الصادر بالطلاق، ويقوم بتبليغها إلى الخصم الأخر، عن طريق المحضر القضائي، فبعد انقضاء أجال الطعن بالنقض والتي تقدر بشهرين (2) من تاريخ التبليغ الرسمي، إذا كان شخصيا، وثلاثة أشهر إذا كان التبليغ في الموطن المختار، وذلك حسب نص المادة 354 من ق.إ.م.إ، يتقدم المعني إلى أمانة الضبط مرفق بالوثائق الأتية: نسخة من عقد الزواج، محضر التبليغ، حكم الطلاق، شهادة تخص الطعن في الحكم، سواء تعلق الأمر بعدم الطعن بالنقض، أو انقضاء الأجل، أو رفض الطعن، وقد نص المشرع الجزائري استثناء على الطعن بالنقض أو ممارسة أجاله فيما يخص أحكام الطلاق لها أثر موقف حيث أنها من الحالات التي يتوقف فيها التنفيذ رغم أن وسيلة الطعن تدخل ضمن الطرق الغير عادية لطعن[1]، وبعد ذلك يقوم أمين ضبط المحكمة بتحرير إخبار بالطلاق، والذي يوقع من طرف رئيس كاتب الضبط.

تجدر الإشارة هنا أن الحكم الصادر بإنهاء الرابطة الزوجية، لا يقبل التنفيذ إلا بانقضاء آجال الطعن بالنقض، أما في حالة الطعن في الحكم في الميعاد القانوني استمر عدم تنفيذ الحكم إلى غاية الفصل في الطعن، والعبرة من ذلك هي القضاء على المشكلات المترتبة عن تنفيذ هذه

[1]– بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص260.

الأحكام قبل أن تصبح باتة[1].

ثانيا: دور النيابة العامة في تسجيل حكم الطلاق

يرسل أمين الضبط الإخبار بالطلاق إلى البلدية التي أبرم عقد الزواج بدائرتها، ليقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق على السجل المخصص لزواج وعقدي الزواج والميلاد المعنيين إذا كان قد ولدا بدائرة اختصاصها، وإلا ترسل إشعارات إلى البلدية المختصة،ثم يعاد الإشهاد على التسجيل إلى المحكمة موقعا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي.

يقصد بالتسجيل العملية التي بواسطتها ينقل ضابط الحالة المدنية في سجلاته، عقد الحالة المدنية الوارد إليه من مكان إلى مكان أخر غير دائرته، أو حكما قضائيا يتعلق بالحالة المدنية وفق ما تنص عليه المادة 58 من قانون الحالة المدنية[2].

بعد ما كان تسجيل حكم الطلاق بسعي من المحكوم له، بناء على طلبه من رئيس كاتب الضبط، أصبح تسجيل حكم الطلاق من وظيفة النيابة العامة الممثلة بوكيل الجمهورية على مستوى المحكمة، وذلك حسب نص المادة 49 من ق.أ.ج في فقرتها الثالثة، فيجب الاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها إبرام وتسجيل عقد الزواج لطلب تنفيذ منطوق حكم الطلاق في سجل عقد الزواج ، ويرفق بنسخة من الحكم بعد أن يكون حكم الطلاق قد وقع الفصل فيه ولا يقبل أي طعن و يصبح الحكم نهائيا[3]، والتسجيل يكون على شكل هامش أو إشارة موجزة يضعها ضابط الحالة المدنية على هامش عقد الزواج، وعقد الميلاد الزوجين، أما إذا كان مسجلين ببلدية أخرى فيجب عليه إخطار ضابط الحالة المدنية لمكان ميلاد المعنيين بهذه العقود،والمختص إقليميا بهذا التأشير، للقيام بهذا الإجراء الإلزامي[4].

---

[1]– الصادق محمود الأمير يوسف، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون المرافعات، د ن ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008، ص241.

[2]– أمر رقم 70– 20، مؤرخ في 1970/02/19، يتضمن قانون الحالة المدنية، ج رج ج، ع21، صادر في 1970/02/27، المعدل والمتمم.

[3]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، ص121.

[4]– بن عبيدة عبد الحفيظ ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر،2011، ص74.

الفرع الرابع: طرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق

تنقسم طرق الطعن إلى طرق، عادية وأخرى غير عادية، والأصل أنه بالعودة إلى نص المادة 57 من ق.أ.ج، يستكشف أن الطلاق لا يقبل إلا الطعن بالنقض، وسوف نحاول تسليط الضوء على هذه الطرق.

أولا: طرق الطعن العادية:

يقصد بها تلك الطعون إلى ترفع أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، أو إلى ذات المحكمة، وسميت طعونا عادية لأنه يجوز تأسيسها على أي سبب من الأسباب، سواء تعلقت بصحة الحكم من الناحية الشكلية، أو بعدم عدالته من الناحية الموضوعية، بالإضافة إلى سلطات القاضي في الفصل فيه تكون مماثلة لسلطة القاضي الأقل، وطبقا لنص المادة 313 من ق.إ.م.إ، تتمثل هذه الطرق في المعارضة والاستئناف، وكل طريق منها يمثل مبدأ من مبادئ التقاضي، فالمعارضة تمثل" مبدأ الوجاهية"، أما الاستئناف يمثل مبدأ التقاضي على درجتين[1].

أ- الإستئناف:

يعتبر الاستئناف طريق عادي للطعن في الأحكام الصادرة ابتدائيا عن محاكم الدرجة الأولى، ويهدف أساساً إلى إعادة طرح النزاع من جديد أمام الدرجة الثانية حسب مبدأ التقاضي على درجتين،[2] الذي نص عليه المشرع في المادة 6 من ق.إ.م.إ، وبالرجوع إلى نص المادة 570 من ق.أ.ج، أكد المشرع في هذا الصدد، أن الطلاق غير قابل للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية مراعاة لمبدأ عدم إطالة الإجراءات في مثل هذا النوع من النزاعات، إدراكا لما يترتب عنه من تأثير على نفسية الزوجين، والأبناء، مما جعله يستغنى على درجة من درجات التقاضي بحيث يتلاءم هذا الحكم مع طبيعة حق الطلاق الذي يصدر تنفيذا لرغبة المنفردة للزوج على أساس أن العصمة بيده، ومن غير المنطق الطعن فيه عن طريق الاستئناف مادام الرجل مصر على الطلاق، وعليه الفائدة مرجوة من استئناف الحكم بكونه لا يغير من الأمر شيئا[3].

---

[1]- بورسلي عائشة، إجراءات الحكم بالطلاق وفقا للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أولحاج، البويرة، 2016، ص60.

[2] - ربيعة نوي، البناي ميمونة، المرجع سابق، ص65.

[3] - بورسلي عائشة، المرجع السابق، ص63.

فالقضاء الجزائري من خلال ما ورد في نص المادة 57 من المادة ق.أ.ج، يقضي بأحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف التي تعتبر أحكاما صادرة ابتدائيا ونهائيا أين يتم عرضها، وفحصها من طرف المحكمة استثناء، للتقاضي الذي يقوم على درجتين[1].

ب – المعارضة:

تعد المعارضة طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية الذي يهدف إلى مراجعة الحكم الذي صدر في غياب الخصم، ويرجع الحكم أمام الجهة القضائية التي صدرت فيه أول مرة[2]، وكذلك نجد في ق.أ.ج أنه لم ينص على المعارضة في حكم القاضي بالطلاق،وبدراسة طبيعة الحكم بالطلاق نجد أنه يقوم على أساس العصمة الزوجية، وهو حق إرادي للزوج لا يحتاج فيه إلى رأي الزوجة، بل أكثر من ذلك فإن دور القاضي يكون فيه سلبيا ، وبالتالي فإن الدعوى تنتهي إلى نفس النتيجة مع إصرار الزوج بالطلاق، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الحكم بالطلاق لا يقبل المعارضة إلا في جوانبه المادية، أما بالنسبة إلى القاعدة العامة في ق.إ.م.إ، تكمن في أنه جميع الأحكام قابلة للطعن فيها بالمعارضة والاستئناف، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ومنه يفهم أنه يجوز الطعن بالمعارضة في أحكام الطلاق غيابيا، ويعاد الفصل فيها محددا من جانب الوقائع، والقانون،لأن القاضي ملزم بالقيام بمحاولة الصلح الذي يستدعي فيه الأطراف عدة مرات[3].

ثانيا: طرق الطعن الغير عادية:

نص المشرع الجزائري في المادة 2/313 من ق.إ.م.إ، على طرق الطعن الغير عادية، وهي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، والتماس إعادة النظر، والطعن بالنقص، وعليه فإن الحكم الصادر بالطلاق قابل للطعن فيه بهذه الطرق مثله مثل باقي الأحكام[4].

---

[1]– زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة لنيل درجة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر،2001، ص134.

[2]– ديب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية الجديد، د ن ط، موفم للنشر، الجزائر،2009، ص221.

[3]– ربيعة نوي، البناي ميمونة، المرجع السابق، ص66 – 65.

[4]– بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 283.

أ- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

يعتبر اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طرق من طرق الطعن الغير عادية، طبقا لما ورد في أحكام المادة 2/313 من ق.إ.م.إ، الذي يهدف إلى مراجعة، أو إلغاء الحكم، أو القرار، أو الأمر الاستعجالي، الذي فصل في أصل النزاع، حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 380 ، 389 من نفس القانون، فإذا كان الغير من ذي مصلحة بقضية معروضة أمام القضاء فله الخيار بين أمرين، التدخل في الخصومة، أو الانتظار حتى صدور الحكم.

ليكون اعتراض الغير الخارج عن الخصومة صحيحا، ويرتب أثاره القانونية اشترط المشرع مجموعة من الشروط تتمثل في ما يلي:

1- المصلحة: وهذا ما نصت عليه المادة 381 ق.إ.م.إ.

2- الصفة: أي صفة الغير ولا يكون من الخصوم، أو المدخلين، أو المتدخلين في الخصام.

3- رفع الاعتراض أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم.

4- احترام الميعاد: حسب ما نصت عليه المادة 384 من ق.إ.م.إ، وهو ميعاد تقادم الأحكام، (15سنة)، ويبدأ سريانها من تاريخ صدور الحكم ويمكن تحديد هذا الأجل بشهرين (02) عند التبليغ الرسمي للغير[1].

ب- التماس إعادة النظر:

طبقا لأحكام المادة 194 من ق.إ.م.إ، فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم، والمجالس، التي لا تكون قابلة للطعن عن طريق المعارضة، أو الاستئناف، يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من كان طرفا فيها، أو ممن أبلغ قانونا بالحضور، واللجوء إليه لا يكون إلا بصفة استثنائية وفي الحالات المحددة حصرا بموجب القانون، وإلا رفضت دعواه وهي:

- مخالفة الأشكال الجوهرية قبل، أو وقت صدور هذه الأحكام، شرط أن لا يكون بطلان هذه الإجراءات قد صححه الأطراف.
- إذا وقع غش شخصي.
- إذا بني الحكم على شهادة شهود، أو وثائق اعترف، أو صرح بتزويرها بعد صدور الحكم.

[1]- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، (نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجرائية الاستثنائية)، د ن ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2006 ، ص ص346-347.

– إذا حكم بما لم يطلب، أو أكثره مما يطلب أو سهي في الفصل في أحد الطالبات، أو وجود تناقض في النصوص.

– إذا لم يدافع عن عديمي الأهلية.

– إذا اكتشفت بعد صدور الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصوم.

علما أن ميعاد إعادة النظر هو شهران من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه مع مراعاة أحكام تمديد المواعيد المنصوص عليه في المادتين 104 و105 من ق.إ.م.إ، وترفع وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم[1].

ج – الطعن بالنقض:

يعتبر الطعن بالنقض طريق غير عادي للطعن في الأحكام القضائية، وذلك بسبب مخالفته للحكم المطعون فيه للقانون الصادر عن المحاكم الابتدائية، أو المجالس على حد سواء، والأصل أن الطعن في الحكم لا يقصد به إعادة طرح النزاع أمام محكمة النقض ليفصل في موضوعه كما هو الحال في الاستئناف، بل تقتصر سلطة المحكمة العليا، على تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع المعروض أمامها، دون أن تفصل في موضوعه، فإما أن تحكم برفض الطعن، أو تحكم بقبوله، أما بالنسبة لميعاد تقديم الطعن فهو شهران من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه، ويرفع على شكل عريضة مكتوبة وموقعة من طرف المحامي معتمد لدى المحكمة العليا، وهذا ما ورد في المادتين 235 و240على التوالي من ق.إ.م.إ[2].

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه، لم يرد في ق.أ.ج، ما يفيد أن حكم الطلاق غير قابل للطعن بالنقض، إلا أن قانون الأسرة يتضمن قواعد موضوعية وردت ضمنها قاعدة إجرائية فيما يخص الحكم بالطلاق، كونها غير قابلة للاستئناف، إلا في جوانبه المادية، ونفهم من هنا أنه لم يشر إلى الطعن بالنقص، ولكن من المستقر فيهما قضاء، قبول حكم الطلاق للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، خاصة فيما يخص الطابع التعسفي له والتعويض[3].

[1]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص45– 46.

[2]– المرجع نفسه، ص46.

[3] – ربيعة نوي، البناي ميمونة، المرجع السابق، ص67.

الفصل الثاني
إشكالات المادة 49 من قانون الأسرة
ودور المحكمة العليا في حسمها

تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق، ويتم بإرادة الزوج، كما يصدره القاضي تلبية لطلب الزوجة إذا استوفت الشروط المنصوص عليها فقها، وقانونا، نص المشرع الجزائري على أنواعه ضمن المادة 48 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02، وفي حكم الشريعة الإسلامية للزوج حق إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، وللقاضي صلاحية التفريق بين الزوجين، ولكن ليس له أن يجبر الزوج على إمساك زوجته، وهو كاره لها، وقد جاء نص المادة 49 من ق.أ.ج، ليقر بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، بعد محاولات صلح يجريها القاضي لا تتجاوز مدة ثلاثة أشهر، مما أدى إلى طرح، عدة إشكالات فقهية، وقانونية عملية، ولعّل أهمها تلك المتعلقة بإجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق، والآثار المترتبة عنه.

- فما هي أهم الإشكالات التي تطرحها المادة 49 من ق.أ.ج؟، وكيف فصلت فيها المحكمة العليا؟

للإجابة عن هذه التساؤل، قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتناول في (المبحث الأول)، إجراء الصلح بين النص القانوني، وقرارات المحكمة العليا، وفي (المبحث الثاني)، أهم الإشكالات الفقهية، والقانونية، التي يثيرها نص للمادة 49 من ق.أ.ج.

المبحث الأول: الصلح بين النص القانوني وقرارات المحكمة العليا

ضبط المشرع الجزائري مسألة إثبات الطلاق في نص المادة (49) من ق.أ.ج، وقيدها بضرورة صدور حكم قضائي في ذلك، كما ربط صدور الحكم بفترة إجراء محاولات الصلح، واشترط أن لا تتجاوز هذه الفترة ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، دون أن يبين مدى إلزامية هذا الإجراء، فهل هذا يعني أنه إجراء غير وجوبي، لا يؤثر على حكم الطلاق؟، وماذا عن حضور، وغياب الزوجين لجلسات الصلح ؟.

للإجابة عن هذه الطرح قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: (المطلب الأول) نتناول فيه مدى إلزامية إجراء الصلح، وعلاقته بالنظام العام، أما (المطلب الثاني)، خصصناه لقواعد الحضور والإنابة في جلسات الصلح.

المطلب الأول: مدى إلزامية إجراء الصلح وعلاقته بالنظام العام

تثير مسألة محاولة الصلح في قانون الأسرة عدة إشكالات من حيث وجوبيتها، فقد اختلف العديد من رجال القانون في تفسيرهم للمادة 49 من ق.أ.ج، في حين نجد أن هذه الأخيرة، قد مسها التعديل، وذلك بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005، ومن أجل تقصي حقيقة مدى إلزامية إجراء الصلح في شؤون الأسرة، قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، (الفرع الأول) خصصناه لتبيان مدى إلزامية إجراء الصلح فقها، و(الفرع الثاني) لمدى إلزامية إجراء الصلح وفق قانون الأسرة، أما في(الفرع الثالث)، فقد تطرقنا إلى مدى وجوبية الصلح أمام القضاء.

الفرع الأول: مدى إلزامية إجراء الصلح فقها

ثار خلاف فقهي كبير حول تفسير نص المادة 49 من ق.أ.ج، حول مسألة وجوبية إجراء الصلح، فمنهم من يؤيد فكرة وجوبية إجراء الصلح، ومنهم من يعارضها.

أولا: الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء وجوبي

اعتبر الأستاذ الحسين بن الشيخ أث مولويا أنّ محاولة الصلح "إلزامية للقاضي وهي من النظام العام لكون المشرع في المادة 49 من ق.أ.ج، لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها، بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذا هي إجراء جوهري فلا بد منها قبل النطق بحكم الطلاق"[1]؛ أما الأستاذ عبد

[1]- بن شيخ أث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، د ن ط ، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص35.

الفتاح تقية فيرى محاولة الصلح مسألة ضرورية جوهرية في الطلاق، فقد أكد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة(439) أن، "محاولة الصلح وجوبية وأنها مبدأ أساسي وجوهري في قضايا الطلاق..."[1]، في حين فسر الأستاذ بلحاج لعربي نص المادة 49 من ق.أ.ج كالآتي: "... نصا إجرائيا، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق"[2]، وذهب إلى القول أن "... محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريا على القاضي القيام به"[3]، أضاف الأستاذ زودة عمر في ذلك أن "محاولة الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني"[4].

أما الأستاذة تشوار حميدو زكية تقول:"... لكن دون الإغفال عن الصلح الذي أصبح إجراء جوهريا في جميع حالات فك الرابطة الزوجية..."[5]، ونرى في ذلك أن قيام القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين يعتبر إجراء جوهري، على ما يتضح من الصياغة الأمرة التي استعملها المشرع في نص المادة 49 من ق.أ.ج بقوله "لا يثبت" هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعد مساعي ونتائج إجراء الصلح، النتيجة النهائية المتعلقة بالطلب الأصلي للدعوى، إما إجابيه فتستمر الحياة الزوجية، إما سلبية تفك على إثرها الرابطة الزوجية بحكم قضائي، فالقاضي لا يحكم في دعاوى الطلاق بإرادته، بل بإرادة طالب فك الرابطة الزوجية التي لا يمكن استنباطها، إلا مرورا بإجراء محاولات صلح.

ثانيا: الاتجاه الفقهي المنكر لفكرة الصلح كإجراء وجوبي

هناك من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة 49 من ق.أ.ج من يعتبر أن محاولة الصلح، التي يجريها قاضي شؤون الأسرة، لا تعد من الإجراءات الجوهرية السابقة لحكم الطلاق،

---

[1]– تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، د ن ط، منشورات ثالة، الجزائر،2011، ص153.

[2]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د ن ط،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2002، ص357.

[3]– المرجع نفسه، ص356.

[4]– زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2000–2001، ص35.

[5]– حميدو تشوار زكية، «مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم عدالة القاضي؟»، **مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع10، 2010، ص 133

وبالتالي لا تعد من النظام العام، وذهب إلى هذا القول: الأستاذ لمطاعي نور الدين الذي يرى أن: "محاولة الصلح لا تعد من النظام العام، في بعض الحالات إجراء محاولة الصلح من قبل قاضي شؤون الأسرة، يعد في حد ذاته إجراء مخالفا لنظلم العام، كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقا لنص المادة 51 من ق.أ.ج، ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين"[1]، ورأى أن محاولة الصلح تبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام[2]؛ وأضاف الأستاذ عادل بوضياف أن الصلح وجوبي بنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حدود عدة محاولات لصلح يقوم بها القاضي، وهو تأكيد لنص المادة 49 من قانون الأسرة والوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يفيد بطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف الصلح ، ولا يظهر جليا، وأن الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي، ولأنّ الصلح في حد ذاته محاولة تقريب وجهتي النظر وإصلاح بين الطرفين وليس لترتيب الحقوق"[3]، وقال الأستاذ الأنور عبد الرحيم في ذلك: "ولقد قضى المجلس الأعلى بأن عدم القيام بمحاولة الصلح ليس من النظام العام ، وأنه يمكن تغطية هذه المحاولة بالتصدي للموضوع"[4].

أمام الاتجاهين سالفي الذكر أعلاه، برز منذ صدور ق.إ.م.إ موقف يحاول حسم الأمر وإزالة الإشكال، بحيث يعتبر أن نص المادة (439) هو المعيار الفاصل، بأن جعلها إجراء وجوبي وفي ذات السياق ذهبت الأستاذة بن جناني أمينة إلى القول:"... كما أن التعديل الأخير لسنة 2005 من ق.أ.ج لم يتعرض بصورة مباشرة لإلزامية محاولة الصلح في الطلاق، غير أن المشرع تدارك هذا العيب، وذلك من خلال نص المادة 439 من ق.إ.م.إ، وبذلك وجب إعمال هذا النص والقول بوجوبية وإلزامية إجراء محاولات الصلح"[5].

---

[1]– لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط2، دار فسيلة، الجزائر، 2009، ص141.

[2]– المرجع نفسه، ص 126.

[3]– زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة لنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2006، ص118.

[4]– الأنور عبد الرحيم، نظام الطلاق في الجزائر، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا،معهد الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1975–1976، ص81.

[5]– بن جناني أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2014/2013، ص110.

الفرع الثاني: مدى إلزامية إجراء الصلح قانونا

لعل من بين أهم اهتمامات المشرع الجزائري في مجال حماية الأسرة، تفعيل دور القاضي شؤون الأسرة في المسائل الأسرية، وخاصة مجال الصلح بين الزوجين، فسمح لهذا الأخير في إطار سلطته التقديرية حق إجراء الصلح في حالة الشقاق بين الزوجين منذ صدور قانون الأسرة لسنة 1984، والشيء الملاحظ بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 سنة 2005، أن المشرع الجزائري رغب في تعزيز إجراء محاولات الصلح بين الزوجين من طرف قاضي شؤون الأسرة، ورغبة منه في إزالة الغموض الذي يكتسي نص المادة 49 من ق.أ.ج، وبالرغم من استحداث إجراء محاولة الصلح، وتعديل نص المادة سالف الذكر، إلا أن الغموض لا يزال قائم في مسألة إلزامية الصلح من عدمها، وهذا ما يقودنا إلى التساؤل حول رأي كل من القانون، والقضاء في مسألة وجوبية الصلح من عدمها بين الزوجين في فك الرابطة.

يجدر بنا التطرق إلى نظرة القانون والقضاء إلى مسألة إلزامية إجراء الصلح من عدمها ذلك قبل تعديل قانون الأسرة أولا، ثم بعد تعديله، وخاصة وأن المشرع نظم أحكام الصلح في ق.إ.م.إ.

أولا: قبل تعديل قانون الأسرة

نصت المادة 49 من ق.أ.ج[1] الصادر سنة 1984 قبل تعديل 2005 على أنه: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر، ما يلاحظ أنه لو أخذنا بحرفية نص المادة نجد أنها أغفلت ما إذا كان على القاضي تحرير محضر يبن فيه مساعي، ونتائج إجراء الصلح، وكذلك ما يجب على القاضي فعله في حالة فشل الصلح بين الزوجين، ويستفاد من نص المادة كذلك أنها لم تأت واضحة في مسألة وجوب وإلزامية محاولة الصلح، بل جاءت عامة لا يستفاد وجوبه إلا بطريقة الدلالة، وفي ذلك ذهب المجلس الأعلى في القرار الصادر بتاريخ1985/06/03 إلى أنه:" **ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء ما لم يفرضه القانون عليهم اتخاذه، ولا يصح للخصم أن يحاول انتزاع إجراء منهم جعله القانون جوازيا لهم فعله أو تركه، وحيث أن المادة... ، والنعي الملح من الطاعنة على القاضي والمجلس بتركهما ذلك، والتمسك بإصرار فيه لا تظهر أي فائدة، فالزوج أصر بدوره على الطلاق، ولا يثنيه عنه شيء، والحكم نزل عند إرادته، وحفظ للطاعنة حقوقها التي لم يحكم بها**

[1]- المادة 1/49 من قانون الأسرة: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

بسبب عدم مطالبتها لها، والمجلس وافق على الحكم، وكلاهما كان على صواب، والنعي عليهما بعدم القيام بأمر ليس واجبا عليهما، هو نعي في غير محله، مما يجعل السبب المثار غير معقول"[1].

يفهم من هذا الأخير أن إجراء محاولات الصلح هي مسألة جوازية غير وجوبية، تخضع لسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، إذ لا يمكن لأحد أن يفرضه على القاضي أو ينتزعه منه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في1999/02/16 الذي جاء في: **"لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا تنطبق على مستوى المجالس، بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح، لا تعتبر شكلا جوهري للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة، ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس "[2].**

فبالرغم من اعتبار المحكمة العليا محاولة الصلح إجراء جوازي غير جوهري، إلا أن هذا المبدأ غير مستقر عليه، فقد خلصت المحكمة العليا إلى أن إجراء محاولة الصلح إجراء أوجبه القانون ويعتبر من النظام العام، و ذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 18/06/ 1991 الذي جاء فيه:**"بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون، خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة، وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق، دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك، ولم يتعرض له بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح، إن المادة 49 من قانون الأسرة تنص صراحة: (أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح)، إذن فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون، ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له، الأمر الذي يستوجب نقضه"[3]**؛ وفي قرار[4]

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962، مؤرخ في1985/06/03، المجلة القضائية، ع2، 1990 ص ص 65–67.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216850، مؤرخ في 1999/02/1، المجلة القضائية، ع خ،2001، ص ص 100– 103.

[3]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 75141، مؤرخ في 1991/06/18، المجلة القضائية، ع1، 1993، ص ص65 – 68.

[4]– قرار بتاريخ:1994/01/18، ملف رقم 96688، نشرة القضاة، ع50، 1997، ص 80.

أخر جاء أن إجراء الصلح الوارد في نص المادة 49 من ق.أ.ج، هو إجراء واجب قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، و يستفاد من القرارات السابقة أن:

القرار الصادر سنة 1985 لم يعتبر إجراء الصلح إجراء جوهري، وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي لسنة 1999 مع ضرورة الإشارة إلى أن اجتهاد 1985 طبق قواعد القانون المدني، بينما أغفل تطبيق المادة 49 من ق.أ.ج التي كان ينبغي عليه تطبيقها إعمالا لقاعدة الخاص يقيد العام، وفي المقابل اعتبر الاجتهاد القضائي الصادر في سنة 1991، و1994 إجراء الصلح أنه إجراء جوهري من النظام العام.

ومن خلال ما تقدم ذكره يتضح لنا جليا تذبذب، وعدم استقرار اجتهاد المحكمة العليا أيضا في مسألة إلزامية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، مما أدى إلى تعديل نص المادة 49 من ق.أ.ج، بموجب الأمر 05-02 في سنة 2005، وعقب ذلك تنظيم إجراء الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: بعد تعديل قانون الأسرة

إن جديد المادة 49 المعدلة بموجب الأمر 05-02 هو جعل جلسات الصلح المكررة، بدل جلسة واحدة ، كما تلزم قاضي شؤون الأسرة بتحرير محضر يبين فيه المساعي، والنتائج المتوصل إليها من خلال جلسات الصلح، سواء كانت إيجابية أم سلبية، وذلك من خلال محضر يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين، إلا أن المادة بعد تعديلها، أغفلت من جديد مسألة وجوبية، والزامية إجراء محاولات الصلح.

تجدر الإشارة في ذلك أن صدور حكم بالطلاق مباشرة دون المرور بفترة إجراءات محاولة الصلح، يعيب حكم الطلاق بمخالفة القانون، ويعرضه لنقض كلما وقع الطعن فيه أمام المحكمة العليا، وفي ذلك قضت المحكمة العليا فيا لقرار الصادر بتاريخ:2006/11/15 أنه: "**ولكن متى كانت المادة 49 من قانون الأسرة، ملزمة لقاضي أول درجة دون قضاة الاستئناف، وإن ما ذهب إليه قضاة المجلس في قرارهم كان يتماشى والقانون، مما يتعين رفض الوجه لعدم قانونيته وتبعا لذلك رفض الطعن**"[1]؛ ويتضح من هذا الأخير أن إجراء محاولة الصلح هو إجراء ملزم

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 372130، مؤرخ في2006/11/15، المجلة القضائية،ع2، 2007، ص ص463- 468.

لقاضي أول درجة قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، وأن قضاة المجلس غير ملزمين بإجراء محاولة الصلح.

أمام الجدل الفقهي، وتذبذب موقف المحكمة العليا حول تفسير المادة 49، ومدى إلزامية محاولة الصلح، خاصة بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة، برز منذ صدور ق.إ.م.إ موقف يحاول حسم الأمر وإزالة الإشكال، بحيث يعتبر نص المادة 439 منه هو المعيار الفاصل، التي تنص على أنه "**محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية**"؛ غير أنه يلاحظ غياب صفة الإلزام في نص المادة 349 من ق.إ.م.إ، التي لا تتضمن جزاء على عدم مراعاتها، فلم يقيد المشرع النص تحت طائلة البطلان، فكلمة وجوبية الغرض منها تمكين القاضي من إجراء الصلح، ولا يتملص على أساس أنه لا يوجد نص يفرضه عليه[1]، وفي ظل هذا الغموض قضت المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2014 بما يلي : "**حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة توجب إجراء الصلح قبل القضاء بحل عقد الزواج، سواء بالطلاق، أو التطليق، أو بالخلع، وهو إجراء جوهري وفقا لنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 440 وما بعدها من نفس القانون ...**"[2].

يستخلص مما سبق ذكره وإن كان الفقه، قد اختلف حول مدى إلزامية إجراء محاولات الصلح بين الزوجين قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، فإن القضاء وبالرغم من تذبذب، وعدم استقرار موقفه قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، إلا أنه اتجه إلى توحيد الاجتهاد والمفهوم القانوني، حيث استقر على وجوبية، وإلزامية إجراء محاولة الصلح قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، وخاصة بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008.

الفرع الثالث: وجوبية الصلح أمام المحكمة

إنّ من الإشكالات التي تطرحها حرفية نص المادة 49 من قانون الأسرة، كونها تخضع مسألة إثبات الطلاق، بواسطة حكم قضائي صادر من المحكمة، وذلك بعد محاولات صلح يجريها

---

[1]– لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر السنة الجامعية 2012– 2013، ص447.

[2]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، 0950026، مؤرخ في2014/07/10، المجلة القضائية،ع2، 2014، ص ص278–281.

القاضي، وهذا ما يدفع بنا إلى التساؤل حول ما إذا كانت محاولات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة، وجوبية أمام محكمة أول درجة فقط ، أم تتعدى حدود ذلك ؟.

تتمثل الجهة القضائية المختصة في الدعاوى القضائية الرامية لفك الرابطة الزوجية، في محكمة أول درجة، وهذا طبقا لنص المادة 32 من ق.إ.م.إ، حيث تنص على أن " **المحكمة في الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، وتتشكل من أقسام، تفصل في جميع القضايا، لاسيما قضايا شؤون الأسرة** ..."، وهذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى الطلاق وتوابعها، حسب الحالات والشروط المذكورة في نص المادة 423 من ق.أ.ج، وبالرجوع إلى نص المادة 57 من قانون الأسرة[1]، وبمفهوم المخالفة يجوز الاستئناف في قضايا الطلاق، مادام لم يفصل الحكم في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية، ناهيك عن الشق المادي الذي لم يتعرض إليه أصلا، حيث يمكن لمن رفضت دعواه لسبب عدم الاختصاص، أو أي سبب أخر، أن يستأنف، أو يعيد رفعها من جديد، وفي حالة استئناف الدعوى، فهل يتصور قيام المجلس القضائي إجراء محاولة الصلح بنفسه؟.

أمام التزام المشرع الصمت في كل من أحكام ق.أ.ج، و ق.إ.م.إ، حول مسألة مدى قيام المجلس القضائي بإجراء الصلح، فإن الرأي لدى الفقهاء منقسم إلى قسمين:

قسم ذهب إلى القول أن المادة 49 من ق.أ.ج، نصت على وجوبية إجراء محاولة الصلح، ولم تميز بين المحكمة، والمجلس القضائي، وبالتالي يجب على القاضي القيام بها قبل النطق بالحكم القاضي بالطلاق، سواء كان على مستوى المحكمة، أو على مستوى المجلس القضائي، وبعبارة أخرى، من يحكم بالطلاق في المحكمة أو المجلس القضائي، يتعين عليه قبل النطق بالحكم القاضي بالطلاق إجراء محاولة الصلح، بالرغم من أن المادة 49 تتحدث عن المحكمة، فإن ذلك لا يعني أن المجلس غير معني، أو معفى من القيام بمحاولة الصلح، سواء كان ذلك النطق بالحكم على مستوى المجلس، أو المحكمة، ولا إستثناء إلا بقانون[2]؛ وقد ساير هذا الإتجاه

[1]– المادة 57 من قانون الأسرة: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق، والتطليق، والخلع غير قابلة للاستئناف في ما عدا جوانبها المادية...".

[2]– بن شيخ آث ملويا لحسين، رسالة طلاق– دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة– سلسلة دراسات قانونية، د ن ط ، دار هومة، الجزائر،2013، ص149.

القضاء الذي ذهب إلى ضرورة إجراء محاولة الصلح أمام الاستئناف لا سيما عند صدور حكم يقضي برفض دعوى الطلاق.

أما القسم الأخر من الفقه يرى أنه لا ضرورة لإجراء محاولة الصلح من جديد أمام جهة الاستئناف، بعد فشل المحاولة أمام المحكمة، وخاصة وأن ق.إ.م.إ، لا ينص على إجراء محاولة الصلح في شؤون الأسرة في جميع مراحل الدعوى، وفي هذا المجال انتقد أحد فقهاء القانون المغربي مدونة الأسرة المغربية، بحيث يعتقد أن هذا لا يتفق مع ما ورد في نص المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية، التي تقابل المادة 49 من ق.أ.ج، على أساس أن الصلح بصفة عامة، وفي شؤون الأسرة، يكون قبل المرافعات وتفاديا من تزايد تعقد علاقات الزوجين، أما إذا فشل في البداية، وواصل الطرفان إجراءات التقاضي إلى أن يصدر حكم قضائي، فلا يبقى فائدة من إجراء الصلح من جديد أمام جهة لاستئناف[1].

وبين هاذين الاتجاهين السابقين ظهر اتجاه أخر، يرى أن الصلح بين الزوجين من مهام القاضي في كل مراحل الدعوى، وكلما كان ممكنا، بدليل أنه قد يأتي الزوجان في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ويطلبان التنازل عن الدعوى لوقوع صلح بينهما، الأمر الذي سيحقق نتيجة إجابيه سواء كان ذلك أمام المحكمة، أو المجلس القضائي، غير أن هذا الاتجاه لا يجعل من محاولة الصلح أمام المجلس أمرا إلزاميا[2].

وأمام هذا الجدل الفقهي، وبعدم وجود أي نص سواء في قانون الأسرة، ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كونهما تضمنا نصوصا عامة، نجد أن قضاء المحكمة العليا قد استقر على مبدأ مفاده أن محاولة الصلح تتم وجوبيا أمام المحكمة دون المجلس القضائي، وهذا ما جاء به في القرار الصادر بتاريخ 2006/11/15 والذي أقر في مبدأه الآتي:"**محاولة الصلح في دعاوى الطلاق، تتم وجوبيا أمام المحكمة فقط**"[3]؛ وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا بعد تعديل

---

[1]– الخمليشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، ج1، ط3، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، 1994، ص405

[2]– قاضي سهام، الصلح في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، السنة الجامعية 2016/2015، ص42.

[3]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 372130، مؤرخ في 2006/11/15، المجلة القضائية،ع2، 2007، ص ص463 – 467.

قانون الأسرة لسنة 2005، ما يؤكد وجوبية إجراء محاولة الصلح أمام محكمة الدرجة الأولى دون المجلس القضائي.

المطلب الثاني: عدد جلسات الصلح

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من ق.أ.ج قبل تعديلها على أنه "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح...**"، والجديد الذي جاء به المشرع في نفس المادة بعدة تعديلها أنه "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح...**"، فهل يفهم من ذلك بأن قاضي شؤون الأسرة ملزم بعقد أكثر من جلسة صلح واحدة، أم أنه غير ملزم بذلك؟

للإجابة عن هذا الطرح يجدر بنا التطرق أولا، إلى ما يرمي إليه المشرع خلال صياغته لنص المادة 49 في مسألة عدد جلسات الصلح (الفرع الأول)، والرأي الذي استقر عليه قضاء المحكمة العليا في ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدد جلسات الصلح قانونا

تميز تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بوجوب تكرار محاولات الصلح، ويتجلى ذلك من استعمال المشرع عبارة: "عدة محاولات صلح"، وذلك رغبة منه في إعطاء المزيد من الوقت لكل من طرفي النزاع حتى يراجع كل طرف مواقفه، ويعدل عن قرار فك الرابطة الزوجية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى منح قاضي شؤون الأسرة الوقت الكافي من أجل بذل الجهد لتوفيق، والإصلاح بين طرفي النزاع، فقد جاء في عرض أسباب المادة 49 من ق.أ.ج المعدلة أنه، قصد إعطاء الزوجين فرصة التراجع عن موقفهما، وتجاوز الخلافات القائمة بينهم، بحيث كانت تنص نفس المادة قبل تعديلها على الصلح المفُرد[1]، أي أنه محاولة صلح واحدة، فالهدف المتوخى من هذا التعديل هو تكرار محاولة الصلح للحفاظ على ترابط الأسرة، إلا أنه استثناء على مبدأ الوجوبية في تكرار محاولات الصلح في حالات الطلاق بالتراضي، ذلك أن الزوجين متمسكين بالطلاق واتفاقهما على ذلك، مما يجعل من تكرار محاولات الصلح فاقدة لجدواها، ونستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري أوجب تكرار محاولات الصلح بعد تعديل ق.أ.ج، عكس ما كان عليه الأمر قبل تعديل 2005، إلا أن السؤال الذي يبقى مطروحا: كم يقدر عددها؟

[1]– المادة 49 من قانون الأسرة قبل تعديل 2005:"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر.

الفرع الثاني: عدد جلسات الصلح قضاء

فرض المشرع الجزائري على قاضي شؤون الأسرة إجراء عدة محاولات صلح على أن لا تتعدى مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وذلك دون تحديد عددها، ولكن يجب أن لا تقل عن محاولتين، أو ثلاثة محاولات، ونجد أن قضاء المحكمة العليا نص على أنه عدد محاولات الصلح وتقديرها يخضع لقضاة الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك، من خلال قرارها الصادر بتاريخ:2012/10/11، حيث جاء بما يلي:"**لكن حيث أن تقدير عدد جلسات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا**"[1]،وما جاء في مبدأ القرار الصادر بتاريخ: 2014/03/13 أنه: "**استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح لسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا في عليه**"[2]، ومنه يستنتج مما سبق أن قضاء المحكمة العليا استقر على أن تحديد عدد جلسات الصلح في دعوى الطلاق، تبقى سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة، ولا دخل للمحكمة العليا في ذلك، ونحن بدورنا ندعم هذا الرأي وذلك لعدة أسباب:

- كون قاضي شؤون الأسرة الطرف المتصل بملف الدعوى، وهو من يفصل في المنازعة.
- كون قاضي شؤون الأسرة الطرف الثالث في حوار الصلح بين الزوجين.
- كون العصمة بيد الرجل في الطلاق، فذلك لم يغير من إرادته، خاصة وأن حكم القاضي كاشفا وليس منشئ، في هذه الحالة تصبح محاولات الصلح من غير جدوى.
- ثبوت الضرر جراء العلاقة الزوجية، يستلزم فك الرابطة الزوجية من غير إجراء عدة محاولات صلح.

فكان من الأجدر والأحسن أن تكون مسألة تحديد عدد محاولات الصلح تخضع لسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه.

المطلب الثالث: قواعد الحضور والنيابة في جلسات الصلح

نص المشرع الجزائري على الصلح وبيّن إجراءاته في ق.إ.م.إ، لاسيما النص على إلزاميته، ولكن عند تطبيقه في قضايا فك الرابطة الزوجية، ظهرت عدة إشكالات متعلقة بعدم نص القانون

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 813976، مؤرخ في 2012/10/11،غير منشور.

[2]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم0870291، مؤرخ في 2014/03/13، مجلة المحكمة العليا،ع2، 2014، ص ص268- 272.

صراحة على إلزامية حضور أطراف النزاع لجلسة الصلح، لذلك منح للقاضي صلاحية اتخاذ التدابير اللازمة والمناسبة لتنظيم إجراءات الحضور، وعدم الحضور(الفرع الأول)، بالإضافة إلى إمكانية النيابة عن الزوجين عند تخلفهم عن الحضور (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قواعد الحضور والغياب عن جلسات الصلح

نظّم القانون إجراءات محاولات الصلح، وسطر مسألة الحضور والغياب في جلسات الصلح، لكن لم يبيّن صراحة مصير الدعوى، مما أدى إلى تدخل القضاء لسد الفراغ التشريعي حماية للمؤسسة الزوجية، وأداء محاولة الصلح وظيفتها الحقيقية.

أولا: الحضور والغياب في نظر القانون

أوجب المشرع الجزائري في المادة 440 منق.إ.م.إ[1]، حضور كلا الزوجين بصفة شخصية لجلسة الصلح أمام القاضي، وذلك بعد إبلاغهما رسميا بميعاد الجلسة[2]، حيث يستمع القاضي إلى كل من الزوج على انفراد ثم معا، لتقريب وجهات النظر بينهم، لتحقيق الغاية المنشودة من العملية الصلحية، ولكن إن استحال على أحد الزوجين الحضور في الميعاد المحدد لجلسة الصلح، أو حدث له مانع[3]، ففي هذه الحالة نجد أن المشرع قد عالج مثل هذه الحالات، فإن كان التغيب للضرورة الملحة كأن يكون مريضا مثلا، جاز للقاضي ندب قاضي أخر لسماعه[4]، وذلك بموجب إنابة قضائية، حسب ما تقتضيه المادة 440 من ق.إ.م.إ، أما إذا كان سبب التغيب لفترة قصيرة فيمكن تحديد تاريخ لاحق للجلسة، مادام هناك عدة محاولات صلح يجريها القاضي، وهذا أفضل من إتباع إجراءات الإنابة القضائية، التي تتطلب تنفيذها وقت أطول، طبقا لنص المادة 1/441، ولكن إن كان التغيب بدون عذر على الرغم من تبليغه شخصيا، فإن القاضي يحرر محضرا بذلك، لأن الغياب المبرر قرينة على رفض الدعوى والحكم بعدم التأسيس[5]؛ لكن أحيانا يمكن للقاضي

---

[1]– المادة 440: "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا..."

[2]– بلعباس أمال، « تقييم دور الصلح في حماية مؤسسة الزواج»، **مجلة استراتيجيات ضمان الجودة**، م ج03،ع2، أكتوبر 2022، ص57.

[3]– بلعباس أمال، المرجع السابق، ص57.

[4]– قاضي سهام، المرجع السابق، ص48.

[5]– المرجع نفسه، ص 48.

منح للزوجين مهلة جديدة للتفكير لإجراء محاولة الصلح، إذا أظهر الطرفان نية للصلح، وللقاضي السلطة التقديرية في استخلاص بوادر الرجوع بين الطرفين[1].

ثانيا: الحضور والغياب في القضاء

تطور موقف القضاء إزاء هذه المسألة بعد صدور ق.إ.م.إ، وأكد على ضرورة حضور الزوجين شخصيا لجلسة الصلح[2]، لأنه في حالة عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجية الذي هو المدعي، والمدعية لجلسة الصلح، ترفض الدعوى وتشطب، إلا أنه قد ميز بين عدم حضور المدعي، والمدعى عليه، وكذا عدم حضور كلاهما لجلسات الصلح في ثلاث مواقف[3]:

الموقف الأول: يتمثل في عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة محاولة الصلح، حيث قضت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ: 2013/05/09 بنقض وإبطال الحكم الذي لم يحضر فيه المدعي لجلسات الصلح الذي جاء في مبدأه :" **وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصيا جلسات محاولة الصلح**"[4]؛ وفي قرار أخر صادر بتاريخ:2021/07/07 "**استقر اجتهاد المحكمة العليا على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية جلسات الصلح**"[5].

الموقف الثاني: يتمثل في عدم حضور المدعى عليه لجلسات الصلح، ففي هذه الحالة أيضا يستوي الأمر في الطلاق بالإرادة المنفردة، وكذلك بطلب من الزوجة في حدود ما نصت عليه المادة 53 54 من ق.أ.ج، حيث نجد أن قضاء اجتهاد غرفة شؤون الأسرة كالتالي:

" **لكن حيث أنه يتبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بإجراء صلح وفقا لنص 49 من ق.أ.ج، وحددت جلسة لذلك، وأن الطاعن تغيب عن الحضور رغم صحة استدعائه مما يجعل الإجراء المنصوص عليه في المادة قد تم احترامه، و يكون الفرع بذلك غير سديد...**"[6].

---

[1]– شنقوقة سايح ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ج1، د ن ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د س ن، ص 610.

[2]– بلعباس أمال، المرجع السابق، ص58.

[3]– قاضي سهام، المرجع السابق، ص 49.

[4]– المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم0798882، مؤرخ في 2013/05/09، المجلة القضائية، ع1، 2013، ص ص 286– 289.

[5]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم1477236، مؤرخ في2021/07/07، المجلة القضائية، ع2، 2021، ص ص 84– 87.

[6]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث ، قرار رقم 0801583، مؤرخ في 2014/07/10 ، غير منشور.

من هنا يتضح لنا أنه لا يمنع القاضي من الفصل في القضية، إذا رفض المدعى عليه استلام التكليف وعدم الحضور لجلسة الصلح[1].

الموقف الثالث: يتمثل في عدم حضور كلا من المدعى، والمدعى عليه لجلسة الصلح، فإن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث استقرت في هذا الشأن على أنه يتم تحرير محضر عدم الصلح، وهو ما توضحه الحيثيات الآتية:

"**حيث وطبقا لأحكام المادة 49 من ق.أ.ج فإنها تقضي أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء الصلح بين الطرفين من طرف القاضي،وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا فحرر عدم الصلح إثباتا لذلك، وحيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده، المدعى الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح، فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من ق.أ.ج، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين ومنه يتعين نقض الحكم بدون إحالة**"[2].

نستخلص من القرارات أن موقف القضاء فيما يخص تغيب أحد الزوجين، أو كلاهما عن جلسة الصلح، رفض ضمني للصلح، حيث أنه لم يكن يميز بين الحضور، وعدم الحضور، لكن سرعان ما تراجع هذا الرأي أين قررت المحكمة أنه على رافع الدعوى الحضور شخصيا جميع جلسات الصلح، أو على الأقل واحدة، كي يبدي رغبته بالطلاق، وفي حالة غيابه ترفض الدعوى[3]، لأنه لم يحترم نص المادة 49 من ق.أ.ج، والمادة 439 من ق.إ.م.إ، اللتان أقرتا بوجوبية الحضور لجلسة الصلح، الحق أن هذا فراغ تشريعي يجب تداركه حماية للخلية الأسرية، واستمرارها وكذلك لا يكفي لأداء محاولة الصلح وظيفتها الحقيقية، وضع مبدأ قضائي بوجوب حضور جلسة الصلح بل يجب النص صراحة على أن تخلف رافع الدعوى جلسة الصلح يعتبر تراجع منه[4].

الفرع الثاني: الإنابة في جلسات الصلح

يتم التعرف على إشكالية الإنابة في جلسات الصلح من خلال الإنابة عن أطراف الدعوى أولا، ثم الإنابة القضائية ثانيا.

---

[1]– قاضي سهام، المرجع السابق، ص 50.

[2]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث ، قرار رقم 687997 ، مؤرخ في 2012/06/14، غير منشور.

[3]– قاضي سهام، المرجع السابق، ص 51.

[4]– بلعباس أمال، المرجع السابق، ص 59.

أولا: الإنابة عن أطراف دعوى الطلاق

تعتبر الإنابة من العقود المهمة التي شاع استعمالها بين الناس في جميع تعاملاتهم اليومية، باعتبارها وسيلة شرعية وقانونية، بشرط أن تكون الإنابة بموجب وكالة خاصة طبقا لما تقتضيه القواعد العامة، إلا أن الأمر يختلف في شؤون الأسرة نظرا لخصوصية العلاقة الزوجية ، وبحكم عدم النص عنها صراحة في قانون الأسرة[1]؛ فالمشرع الجزائري أقر في نص المادة 49 من ق.أ.ج، بالضرورة صدور حكم قضائي لإثبات الطلاق، وفي نفس الوقت أوجب على الزوجين حضور جلسات الصلح بصفة شخصية، طبقا لما نصت عليه المادتان 439،440 من ق.إ.م.أ وبالتالي تميزت نصوص هذه المواد بالشمولية، والعموم فيما يخص إجراء الصلح، ولم يتطرقوا إلى إمكانية النيابة، أو عدم إمكانية ذلك، ما عدا في نص المادة 1/431 من نفس القانون التي نصت على أنه :" ينظر مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق.. "، مما يتضح لنا أن المشرع لم يستثن الوكالة في قضايا شؤون الأسرة، والدليل نستشفه من هذه المادة التي تعتبر قرينة على صحة الوكالة في الصلح بين الزوجين[2]، مما يثير التساؤل عن مدى جوازها؟، وما المقصود بالوكلاء؟.

نظرا لهذا الغموض التشريعي استقر اجتهاد المحكمة العليا، بعدم جوازية النيابة عن أحد الزوجين، في حضور الجلسات، فلا المحامي ولا أي شخص أخر يمكنه الحضور بدل عنهم[3]، وهذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2008/01/16:"**بأنه لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح**"[4]، فالحضور إذن إجراء وجوبي يجب احترامه طبقا لما تقتضيه المادة 439 من ق.إ.م.إ، فلا يمكن حتى للمحامي إنابتهم إلا في الإجراءات فقط .

استثناء على ذلك جاء القرار رقم 1412750 بتاريخ 2020/01/08على أنه:"**لا يمكن إضفاء وصف الطلاق بالتراضي على الحكم بالطلاق، الذي يكون أحد طرفيه مصابا بعاهة الصم**

---

[1]- قاضي سهام، المرجع السابق، ص 51.

[2]- المرجع نفسه، ص 51.

[3]- بلعباس أمال، مرجع سابق، ص 59.

[4]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 417622، مؤرخ في 2008/01/16، المجلة القضائية،ع1 2009، ص ص 302- 305.

والبكم، ولم يعين له مساعدة قضائية يسمح بالتأكد من إرادته، أثناء محاولة الصلح"[1]، وبالتالي نستنتج أن المحكمة أجازت النيابة عن الزوجين اذا اجتمعت في أحدهما عاهة في قضية الطلاق بالتراضي، تعيين مساعد قضائي يحضر جلسات الصلح[2]، طبقا لما ورد في نص للمادة 80 من القانون المدني[3].

كذلك نجد أن المشرع قد استحدث هذا الإجراء بموجب المادة 440 من ق.إ.م.إ، وهو إمكانية حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولات الصلح، لكن ليس بمفهوم الإنابة، حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة، نظرا لخصوصية النزاع وسريته، وحساسيته مراعاة لعرف الأسرة الجزائرية[4]، وهو ما ينسجم مع نص المادة 49 من ق.أ.ج، والغاية من ذلك تفعيل الصلح بين الزوجين.

ثانيا: الإنابة القضائية

تقتضي القواعد العامة، أن تقوم المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى التي ترفع إليها، باتخاذ كافة الإجراءات بشأنها، إلى حين صدور الحكم فيها، لاسيما فيما يخص دعوى الطلاق في مرحلة إجراء محاولة الصلح، طبقا لنص المادة 49 من ق.أ.ج، والمواد 439 و440 من ق.إ.م.إ، إلا أنه استثناء قد تتوافر ظروف تفرض الخروج عن القواعد العامة، كأن يتطلب إجراء محاولة الصلح، الاستماع إلى أحد الزوجين، الذي يستحيل عليه حضور جلسات الصلح في التاريخ المحدد لها، لسبب من الأسباب، حيث يجد القاضي نفسه أمام استحالة قانونية، ولهذا أجاز المشرع للقاضي ندب قاض أخر لمساعدته بموجب إنابة قضائية، وذلك عند تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات الصلح، لعذر، أو مانع يحول دون الحضور في التاريخ المحدد لها، طبقا لنص المادة 441 من ق.إ.م.إ، يفهم من نص المادة 441 من ق.إ.م.إ، أنه من أجل تحقيق مساعي إجراء الصلح بين الزوجين، يجوز للقاضي الاستعانة بقاض ينوبه في حالة تعذر حضور أحد

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم1412750، مؤرخ في 2020/01/08، المجلة القضائية،ع1، 2020، ص ص74– 77.

[2]– بلعباس أمال، المرجع السابق، ص 59.

[3]– المادة 80: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أعمى أصم، أو أعمى أبكم و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة تعيين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".

[4]– قاضي سهام، المرجع السابق، ص 52.

الزوجين، فهل هذا يعني أن القاضي، في حالة حضور طالب فك، وغياب الطرف الأخر ملزم بإصدار إنابة قضائية؟.

وأمام هذا الطرح، أقرت المحكمة العليا بوجوب حضور الطرفين الزوج والزوجة لجلسات الصلح شخصيا، وأن القاضي غير ملزم بإصدار إنابة قضائية في حالة حضور طالب الطلاق، وغياب الطرف الأخر، في القرار الصادر بتاريخ: 2012/06/14 الذي جاء في حيثياته" **لكن حيث إن العبرة في إجراء محاولة الصلح هي بحضور طالب الطلاق لجلسات محاولة الصلح والتي أشارت إليها المحكمة إذا حضر المطعون ضده طالب الطلاق جلستي محاولة الصلح وأصر على طالب الطلاق بينما تغيبت الطاعنة وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإصدار إنابة قضائية دولية لسماع الطاعنة حول الصلح**"[1].

نستنتج وبمفهوم المخالفة أنه يجوز للقاضي إصدار إنابة قضائية، وذلك بتفويض قاضي أخر ينوب عنه، من أجل الإستماع إلى الطرف الغائب عن جلسات الصلح، وذلك إذا استحال على أحد الزوجين، حضور جلسات الصلح في التاريخ المحدد لها، أو حدث له مانع حال دون حضوره لجلسات الصلح.

المبحث الثاني: الإشكالات الفقهية والقانونية للمادة 49 من قانون الأسرة

قد تتخلل الحياة الزوجية بعض المعوقات، والمشاكل، التي قد تؤدي إلى ضياع المعاني السامية للزواج، ولا خيار أمام الزوجين سوى فك الرابطة الزوجية في بعض الأحيان، وفي هذه الحالة أباح الشرع الطلاق، ولكن وفق ضوابطه الشرعية والقانونية، فبمجرد انحلال الرابطة الزوجية تنشأ العديد من التبعات المادية، وغير المادية، التي أثيرت بشأنهم عدة إشكالات عملية وواقعية صدرت أحكام قضائية، ولا تزال تصدر في هذا الشأن، وفي هذا المبحث تتركز دراستنا على أهم الإشكالات الواقعية التي تثيرها المادة 49 من ق.أ.ج، وذلك ضمن مطلبين، حيث يتضمن (المطلب الأول)، الإشكالات المرتبطة بالجوانب المعنوية للآثار الطلاق، وفي (المطلب الثاني)، الإشكالات المرتبطة بالجوانب المادية للآثار الطلاق.

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 751790، مؤرخ في2012/06/14، المجلة القضائية،ع2، 2014، ص ص251– 255.

المطلب الأول: الإشكالات المرتبطة بالجوانب المعنوية لآثار الطلاق

إن صياغة المادة 1/49 من ق.أ.ج في قولها: "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم...**" من حيث العموم تثير تساؤلات كثيرة، سببها ما يلاحظ من تناقض بينها وبين المواد التي تتضمن الآثار المعنوية للطلاق، وما يرتبه من حقوق والتزامات، كلها تضعنا أمام إشكالات في كل من نوع الطلاق (الفرع الأول)، والعدة (الفرع الثاني)، وحرمة المصاهرة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نوع الطلاق

أولا:الطلاق الرجعي والبائن

تنص المادة 49 في فقرتها الأولى من ق.أ.ج على أنه:"**لا يثبت الطلاق بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة(3) ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**"، وتضيف المادة 50 من نفس القانون أنه:"**من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد**"، وحسب هذه الأخيرة يلاحظ أن المشرع ربط فترة جواز الرجعة بمدة إجراء الصلح، وعليه فإن مفهوم الرجعة حسب نص المادة السالفة الذكر، هي مراجعة الزوج لزوجته بعد أن طلقها بدون عقد ولا مهر جديدين أثناء فترة محاولة الصلح، وبعقد ومهر جديدين، بعد صدور حكم الطلاق، ومن خلال الموازنة بين المادتين49 و50 من ق.أ.ج، وأحكام الشريعة الإسلامية، يستخلص أنّ للزوج حق مراجعة طليقته أثناء محاولة الصلح، سواء كان الطلاق رجعيا، أو بائن بينونة صغرى، في حين من الناحية الشرعية يشترط أن تتم الرجعة في فترة سريان عدة الطلاق الرجعي، وقد اتفق الفقهاء على أن الرجعة في العدة، تكون بلا عقد جديد، ومتى انقطعت بانت المرأة من الرجل، ولم تعد محلا للرجعة إلا بعقد ومهر جديدين ما لم يكن الطلاق بائن بينونة كبرى[1]، وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ:2007/05/09 الذي جاء في مبدأه "**مراجعة الزوج زوجته خلال فترة العدة،جائز شرعا وقانونا مادامت العصمة بيده**"[2]؛ وما يؤكد جواز مراجعة الزوج لزوجته ما لم تنته فترة العدة الشرعية كون العصمة بيده.

---

[1]– مقداش عبد الرحيم، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012 /2013، ص86.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 395557، مؤرخ في 2007/05/09، مجلة المحكمة العليا، ع2،2007، ص ص 299–302.

يفهم كذلك من نص المادة 50 من ق.أ.ج، أنّ الطلاق يكون رجعيا أثناء محاولة الصلح، بينما يتحول إلى طلاق بائن بينونة صغرى بصدور الحكم بالطلاق، وهو ما يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بسبب اعتماد المشرع على فترة الصلح كمعيار، في حين كان له الأخذ بعين الاعتبار تاريخ وقوع الطلاق، كما يعاب عليه أيضا أنه لم يميز في الرجعة ما إذا كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، أو بالتراضي، أو بطلب من الزوجة، ذلك أنه حتى تكون الرجعة صحيحة يشترط أن تكون الطلقة دون الثلاث، وأن يكون الطلاق رجعيا لا بائنا، كما يشترط أن يكون الطلاق بعد البناء ولا تكون الفرقة خلعا، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار وقوع الطلاق في حيض ،أو طهر على عكس الشريعة التي تفرض أن يقع في طهر، ما لم يتعلق الأمر بالخلع.

ثانيا: الطلاق العرفي

اشترطت المادة 1/49 من ق.أ.ج إثبات كل طلاق بحكم قضائي بنصها على أنه: "**لا يثبت الطلاق بعد محاولات صلح يجريها القاضي...**"، وبالاستقراء الحرفي للنص يفهم أن إرادة المشرع اتجهت إلى تقيد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق وفقا لشكل القانوني، وأن الحكم القضائي شرط جوهري لوقوع الطلاق، ولا شك أن هذا التفسير في عدم الاعتداد بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج ساحة القضاء، يتعارض كليا مع الحقيقة الشرعية للطلاق، وما تعارف عليه المجتمع الجزائري خاصة أن المشرع الجزائري، قد اعترف بالزواج العرفي، وذلك في نص المادة 22 من ق.أ.ج حينما نص على أنه:" **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.**

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

في هذه القضية اختلف في تفسيرها وتأويلها الكثير من الآراء، فمنهم من فسرها أن المشرع لا يعترف بالطلاق إلا إذا كان قد وقع أمام المحكمة، وصرح به الزوج أمام القاضي، وصدر بخصوصه حكم قضائي يقضي به، أي أن حكم القاضي منشئ للطلاق، وعلى هذا التفسير الكثير من الفقهاء الذين تصدوا لشرح هذه المسألة، ومن بينهم الأستاذ بلحاج لعربي، الذي يرى أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة[1]؛ والأستاذ زودة عمر الذي يرى أن الطلاق لا يقع إلا

[1]– بلحاج بعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د ن ط ،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1986، ص239.

أمام الجهة الرسمية، وأنه لا يقع إلا بصدور حكم قضائي يقضي به[1]؛ ومن جهة أخرى أعتبر الطلاق بأنه حق لزوج كما نصت المادة 48 من ق.أ.ج، فلا يجوز للقاضي أن يصدر الطلاق نيابة عن الزوج، ولكن دور القاضي ينحصر في الكشف عن الطلاق الواقع من طرف الزوج وإثباته من خلال الحكم القضائي، وممن تبنى هذا الرأي الدكتور رشيد بن شويخ الذي يرى أن الزوج إذا طلق زوجته بإرادته المنفردة فيكون حكم القاضي كاشفا لا منشئ، وذلك حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية والنصوص القانونية[2]؛ ونفس الرأي الذي ذهب إليه كذلك الدكتور لمطاعي نور الدين[3].

أمام هذا الاختلاف الفقهي في تفسير نص المادة 1/49 فقد ذهب اجتهاد المحكمة العليا في أحد قراراته إلى الاعتراف بالطلاق العرفي، وذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ:2022/03/02 الذي جاء في مبدأه: "**لا يثبت الطلاق العرفي إلا بشهادة الشهود حضروا المجلس الذي تم فيه الطلاق بألفاظ لا تقبل التأويل**"[4]؛ و بمفهوم المخالفة لنص المبدأ أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس الطلاق، وأن يكون اللفظ المستعمل في ذلك لا يحمل إلا معنى الطلاق، وفي قرار أخر: "**يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج العرفي والطلاق، سماع شهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف**"[5].

نستنتج من خلال ما سبق أن اجتهادات المحكمة العليا تؤكد وتعترف بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج ساحة القضاء، وثبت الطلاق هذا الأخير بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس

---

[1]– زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، د ن ط، انسيكلوبيديا لنشر، بن عكنون، الجزائر،2003، ص33.

[2]– بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008، ص180.

[3]– لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، الجزائر، كلية الحقوق، 2006 ص51.

[4]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 1482026، مؤرخ في 2022/03/02، مجلة المحكمة العليا،ع1، 2022، ص ص 47–51.

[5]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 315403، مؤرخ في 2005/02/23، مجلة المحكمة العليا،ع1 2005، ص ص 275– 282.

الطلاق، مراعيا بذلك العرف المعمول به وقواعد الشريعة الإسلامية، إلا أن الإشكال الذي يبقى مطروحا هو تاريخ سريان الأثار الناتجة عنه.

الفرع الثاني: العدة

تنص المادة 1/49 من ق.أ.ج، على أنه "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة(3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**" وتضيف المادة 58 من نفس القانون على أنه: "**تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق**".

انطلاقا من هاتين المادتين تعتد المطلقة ابتداء من تاريخ النطق بالطلاق، ولمدة ثلاثة حيضات، إذا كانت غير حامل، لتأكد من سلامة الرحم من الحمل، ذلك أن عدة الحامل هي وضع حملها، أما المطلقة اليائس من الحيض فعدتها ثلاثة أشهر، وعدة الأشهر نوعان، نوع يجب بدلا الحيض، ونوع يجب أصلا بنفسه، أما العدة التي تجب بدلا عن الحيضات بالأشهر فهي عدة الصغيرة والمرآة التي لم تحض أصلا بعد الطلاق، وسبب وجودها الطلاق، أما العدة التي تجب أصلا فهي عدة الوفاة، واليأس من المحيض.

إن الشيء الملاحظ في الكثير من الحالات أنّ الزوج يوقع الطلاق بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من ق.أ.ج، قبل أن يرفع دعوى إثبات هذا الطلاق، وأن المشرع الجزائري في صياغة المادة 58 من ق.أ.ج، استعمل عبارة " من تاريخ التصريح بالطلاق"، ومن هنا يطرح التساؤل الآتي:

- هل يشرع في حساب عدة الطلاق ابتداء من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق أم من تاريخ صور الحكم المثبت لطلاق؟.

يرى الأستاذ زودة عمر عند تفسيره للمادة 58 السالف ذكرها، أنّ العدة تبدأ من تاريخ الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي[1]، كذلك الشأن بالنسبة للأستاذ سعد فضيل[2]، كما يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنّ تاريخ سريان عدة الطلاق الرجعي، يكون ابتداء من تاريخ الحكم بالطلاق و التصريح به[3].

---

[1]– زودة عمر، المرجع السابق، ص34.

[2]– سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ن ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، د ب ن، 1986، ص326.

[3]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط8، دار البحث، الجزائر، 1989، ص287.

ومما سبق نستنتج أن ارتباط تاريخ سريان العدة بتاريخ صدور الحكم القاضي بالطلاق وليس تاريخ توقيعه فعلا من طرف الزوج، من شأنه أن يؤدي إلى ازدواجية العدة، عدة قانونية تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق، وعدة دينية يبدأ سريانها من تاريخ إيقاع الطلاق من قبل الزوج، سواء صراحة أو كناية، لفظا أو كتابة...، وإذا أخذنا بعين الاعتبار الفترة التي تستغرقها إجراءات رفع الدعوى فضلا عن فترة إجراء محاولات الصلح الوجوبية، التي قدرها المشرع بمدة ثلاثة أشهر على الأكثر، التي تساوي مدة العدة الدينية عادة، ناهيك عن الإجراءات المؤقتة التي يمكن أن يتخذها القاضي، وتعليق جميع القضايا بسبب الحالات الطارئة في بعض الحالات، وأحسن مثال عن ذلك فترة تفشي وباء كوفيد19 في سنة 2019، مما يجعل صدور الحكم قد يستغرق وقتا أكثر، وعليه من الناحية الواقعية عند بداية حساب العدة القانونية قد تكون العدة الدينية قد انتهت، ما يثير إشكالات عملية جمة قد تحرم الحلال، وتحل الحرام، أو تضيع حقوقا.

أمام التناقض الحاصل بين نصي المادتين 49 و58 من ق.أ.ج، ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أن العبرة في إيقاع الطلاق من عدمه، هو تصريح الزوج به لا الحكم المثبت له، وهذا من خلال القرار الصادر بتاريخ 1984/12/17، الذي جاء فيه " **من المقرر شرعا- وعلى ما جرى به قضاة المجلس الأعلى إنّ تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أنّ الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة، من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية**"[1].

كما يلاحظ أيضا إغفال المشرع لعدة الصغيرة، التي لم تحض بعد، وإن كان بالمقابل سمح بإمكانية الزواج قبل تمام السن القانوني بترخيص من القاضي، طبقا لنص المادة 7 من ق.أ.ج، و من جهة أخرى لم يتناول حالة تأخر الحيض عند المرأة التي تجاوزت سن 19 سنة، وبالتالي يكون حكمها حكم الصغيرة، كما أن عدة المختلعة شرعا حيضة واحدة وذلك لما ثبت عن الكثير من الصحابة، وليس كما هو معمول به قانونا أن ربطها المشرع بفترة الصلح، وهو وجه أخر من أوجه التناقض بين أحكام ق.أ.ج وأحكام الشريعة الإسلامية[2].

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35322، مؤرخ في1984/12/17، مجلة المحكمة العليا،ع4 1989، ص ص91- 94.

[2]- أكلي نعيمة، « في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري»، **المجلة العربية للأبحاث و الدراسات في العلوم الإنسانية و الاجتماعية**، مج12،ع3، جويلية 2020، ص176.

في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد أحالنا إلى نص المادة222 من ق.أ.ج التي تنص على أنه "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، وفي ظل هذه التناقضات بين نصي المادة 49 و50 من ق.أ.ج، ذهب قضاء المحكمة العليا إلى وجوبية العدة على المطلقة، وأنها من النظام العام، ولا طلاق من دون نفقة وعدة، وذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 2006/07/12 حيث جاء فيه "**لكن حيث أن قاضي أول درجة ارتكب خطأ عندما قضى بالطلاق في قضية الحال دون منح المطلقة نفقة عدة، لأن المطلقة يجب عليها أن تعتد من كل طلاق، وبالتالي فالنفقة في قضية الحال واجبة على الزوج والزوجة عليها أن تعتد لأن العدة تعد من النظام العام**"[1].

وعليه نستنتج وإن كانت أحكام العدة في ق.أ.ج، غامضة، ومتناقضة مع أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن قضاء المحكمة العليا يحاول دائما تطبيق هذه الأخيرة، ونرى من جهتنا أنه يجب على القاضي دائما التأكد من أن عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد، وأنها فعلا مسايرة تماما لمدة الصلح،لأنه في بعض الحالات قد تكون متقدمة عنها وفي أخرى متأخرة عنها، وأن يولي الاهتمام الأكبر إلى مدة عدة الطلاق الرجعي ذلك لأن كل الأحكام تترتب عنها.

الفرع الثالث: حرمة المصاهرة

إن المشرع الجزائري في قوله: لا يثبت الطلاق بحكم قضائي بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي، على أن لا تتجاوز مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، طبقا لنص المادة 49 من ق.أ.ج، إنما يقصد بذلك وقوع الطلاق بحكم قضائي من تاريخ رفع الدعوى، وليس من تاريخ التلفظ به، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، اعتبر تاريخ سريان العدة هو تاريخ التصريح بالطلاق وليس من تاريخ توقيعه فعلا، وذلك طبقا لنص المادة 58 من ق.أ.ج، والملاحظ مما سبق أن المشرع وإن كان يعترف بحق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وجواز مراجعة زوجته خلال فترة العدة، من خلال المادتين 48 و50 من ق.أ.ج، وإمكانية إثبات الطلاق العرفي، كما أشرنا إليه سابقا، إلا أنه تبقى مسألة إثباته للقضاء، وأن الطلاق لا يرتب أثاره إلا بصدور حكم قضائي يقضي به، وهذا ما قد يؤدي إلى تحريم ما حلل الله تعالى وانتهاك حقوق مكتسبة.

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 358348، مؤرخ في 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا،ع2، 2006، ص ص449-454.

لقد حرم ومنع الزواج من المعتدة من الطلاق، أو الوفاة، وكذلك المطلقة ثلاثا، وذلك من خلال نص المادة 30 من ق.أ.ج، التي تنص:" **يحرم من النساء مؤقتا: المحتضنة- المعتدة من طلاق أو وفاة – المطلقة ثلاثا** ..."، يفهم من هذا النص أنه من موانع الزواج، الزواج من المحتضنة، والمعتدة من طلاق، والمطلقة ثلاثا، ولكن ماذا لو كان وقوع الطلاق قبل تاريخ رفع الدعوى؟؛ وبصيغة أخرى هل تمنع من الزواج منٌ انتهت عدتها الدينية ولم تنته عدتها القانونية بعد من طلاق عرفي؟؛ للإجابة عن ذلك وجب التميز بين حالتين:

أ -**حالة إعادة الزوج الزواج:** وهذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا، أو الزواج بأكثر من أربعة، فمن الناحية الشرعية طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط الواردة في السنة النبويـة 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 الاستبراء، ومن ثمة كان يستحسن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا وتتعقد المسألة أكثر بوجود أولاد[1].

ب- **حالة إعادة الزوجة الزواج:** وهذه الحالة تطرح إشكاليات كبيرة على الصعيدين القضائي والشرعي، وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين حالتين:

1- حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي: يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة للطلاق العرفي، ذلك أن المفروض أن الطلاق العرفي لا يمكن أن يكون في زواج رسمي، إذ لا يقع الطلاق إلا بحكم، وهو ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة، أما الزواج العرفي فيصح فيه الطلاق العرفي شرعا لا قانونا، لأن الزواج عرفيا[2]؛ 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 بالزوج 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 .

---

[1]- قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص ص 14-15.

[2]- المرجع نفسه، ص15.

2- حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل: نكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا، حيث 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، وبالتالي 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، وبشرعية 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، ويوقف 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 وفي محله، لعدم اعتراف المشرع الجزائري بوقوع الطلاق خارج ساحة القضـاء، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها، حيث ورد في أحد قراراتها أنه يعتبر زنا، حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها[2]؛ 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، واستشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما، فادعى الزوج الشاكي أن هذا الحكم محل استئناف تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى، والقضاء بإدانة المتهمة بالزنا، أن يتأكد من أنّ الحكم المذكور لم يصر نهائيا بعد، وإلا كان قراره مخالفا للقانون ويستوجب نقضه[3].

---

[1]- قسنطيني حدة، المرجع السابق ، ص15.

[2]- المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، قرار رقم 470، مؤرخ في 1989/06/06، غير منشور.

[3]- بوسقيعة أحسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ط 3، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص32.

المطلب الثاني: الإشكالات المرتبطة بالجوانب المادية للآثار الطلاق

لا تتوقف الإشكالات التي يطرحها إثبات الطلاق بحكم قضائي من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة عند الأثار المعنوية للطلاق فقط، بل تمتد لتمس الجانب المادي أيضا، من نفقة (الفرع الأول)، وميراث(الفرع الثاني)، بالإضافة إلى السكن(الفرع الثالث).

الفرع الأول: النفقة

كرم الله تعالى المرأة أعظم تكريم، وكفل لها حقوقها كاملة حتى بعد طلاقها، ومن بين تلك الحقوق النفقة، وذلك استنادا لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[1]، تعد النفقة كل ما تحتاجه المطلقة في فترة العدة من غذاء، وكسوة، وعلاج، وسكن، أو أجرته، ونحو ذلك من الضروريات التي جرى بها العرف والعادة، وهذا نصت عليه المادة 78 من ق.أ.ج، وفي المقابل نجد أن الشريعة الغراء والفقه القانوني، قد تعرضا إلى عدة أنواع من النفقة التي تقع على عاتق الزوج اتجاه طليقته، والمتمثلة في: نفقة العدة، ونفقة الإهمال، ونفقة المتعة، وكذلك نفقة الأولاد، إذ نتج عن العلاقة الزوجية أولاد وغيرها من النفقات[2]، وهذه الأخيرة ينظر فيها قاضي شؤون الأسرة بعد صدور حكم بالطلاق، طبقا لنص المادة49 من ق.أ.ج.

أ- نفقة العدة

حيث نجد أن المطلقة تستحق النفقة مادامت في فترة عدتها، وتختلف أحكامها إذ كان طلاق رجعيا أو بائنا، فالنفقة في عدة الطلاق الرجعي واجبة، لأن المطلقة في حكم الزوجة، لقول الله تعالى:﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[3]، أما المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الطلاق الرجعي، لكن باستقراء المادة 50 نجد أنه أجاز للزوج أن يراجع زوجته أثناء فترة محاولة الصلح، دون عقد جديد، وبالتالي الزوجة تستحق هذه النفقة أثناء هذه الفترة التي لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، طبقا لنص المادة 49 من ق.أ.ج، أما بالنسبة لنفقة المعتدة من الطلاق البائن

[1]- سورة الطلاق، الآية 7.

[2]- قتال جمال، « نفقة المطلقة كأثر من أثار فك الرابطة الزوجية»، **مجلة الدراسات القانونية والسياسية**، مج 6،ع1 جانفي2020، ص ص 86_87.

[3] - سورة البقرة، الآية 228.

نجد الفقهاء اختلفوا فيه بين الوجوب والمنع[1]، إلا أن الرأي الراجح[2] هو وجوب النفقة على المطلقة في فترة العدة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري[3]، فالمطلقة تبقى دائما تستحق النفقة مادامت لم تنقض فترة عدتها، مما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/10/22على أنه:"**تظل نفقة العدة واجبة للزوجة على زوجها، سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية**"[4]، وهذا دليل على إلزامية الزوج بدفع النفقة للزوجة حتى لو كان ظالمة.

ب- نفقة إهمال

تعرف نفقة الإهمال بأنها:" النفقة الواجبة للزوجة نتيجة إهمال الزوج خلال فترة التي تسبق صدور الحكم بالطلاق"[5]، وهذا ما أقرّ به المشرع الجزائري في نص المادة 80 من ق.أ.ج، حيث تنص على أنه:" **تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينه لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى**"، وعلى اعتبار هذه المادة فإن المشرع قد وضع حدا للخلافات الناشئة بين الزوجين حول تاريخ استحقاق النفقة، بحيث أصبح يستوجب على القاضي كقاعدة عامة أن لا يحكم للزوجة بكل أو ببعض ما تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة، بل عليه أن يحكم لها ولأولادها في حدود ما بعد رفع الدعوى، وابتداء من تاريخ تسجيلها لدى كتابة الضبط ، وفي ذلك استقر اجتهاد المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ:1986/04/07 على ضرورة التفريق بين نفقة الإهمال، والمتعة، ونفقة العدة في الطلاق التعسفي، وهذا ما جاء في المبدأ الآتي" **من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم**

---

[1]- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص ص307-308.

[2]- الرجع نفسه، ص ص 304- 305.

[3]- منقلتي كهينة، أثر فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون، نظام ل، م، د، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2017، ص ص 20 _21.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 34327، مؤرخ في1984/10/22، المجلة القضائية،ع3، 1989 ص ص 69- 70.

[5]- مسعودي رشيد، النظام المالي لزوجين في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005-2006،ص74.

تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، منح الزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود، مقابل الطلاق التعسفي، مخالفا للقانون"[1]

ج- نفقة المتعة

تعرف نفقة المتعة بأنها: المال الزائد عن تلك النفقة التي يدفعها الزوج لمن طلقها قبل الدخول بها جبرا لخاطرها المنكسر لألم الفراق[2]، لقول الله تعالى:﴿**وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ**﴾[3]، وذلك بسبب ايحاشه إياها بفرقة لا يد فيها غالبا، لكن المشرع الجزائري لم ينص على هذا النوع من النفقة كحق مالي للمطلقة، بل أشار فقط في نص المادة 52 من ق.أ.ج على حق المطلقة في التعويض إذا كان الطلاق تعسفيا، إلا أن القضاء قد خالف الموضوع خلال قراراته التي أقر بوجوبية نفقة المتعة للزوجة المطلقة[4]، من خلال قراره الصادر في 1986/01/27: الذي قضى بأن:"**من المقرر شرعا وقضاء أنّ المتعة تمنح لزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه**"[5]، إلا أن هذا القرار من خلال قوله:" تمنح المتعة مقابل الضرر" بأن حق المتعة هو نفسه تعويضا عن الطلاق التعسفي، ولذلك جاء قرار أخر ميز المتعة عن الطلاق التعسفي وذلك فيما يلي: "**إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفا عن فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"**[6]، وفي قرار أخر جاء فيه بأن:" **من الأحكام الشرعية أن لزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا**

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 41560، مؤرخ في1986/04/07، المجلة القضائية،ع2 1986، ص 69 إلى 71.

[2]- قتال جمال، المرجع السابق، ص 91.

[3]- سورة البقرة، الآية 241.

[4]- قتال جمال، المرجع السابق، ص ص91_92.

[5]- المحكمة العليا، المجلس الأعلى، قرار رقم 39731، مؤرخ في 1986/01/27، المجلة القضائية، ع4، 1993، ص ص61 - 64.

[6]- المحكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، قرار رقم39731، مؤرخ في 1985/04/08، المجلة القضائية، ع01، 1989، ص ص89 -91.

نفقة عدة، نفقه إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي "[1].

من خلال استقراء هذه القرارات يتضح لنا أن حق المتعة مستقل عن حق التعويض، ومن الأفضل الإبقاء على مصطلح المتعة، باعتبارها هي الأصل، والأصلح لجبر الضرر لكل مطلقة دون استثناء، وترك التعويض في حالة التعسف في الطلاق فقط، والأخذ بما جاء به الفقه الإسلامي في تقرير المتعة سواء كان الزوج متعسفا في الطلاق أو محسنا.

ج- نفقة النفاس

أقر المشرع الجزائري الحقوق المستحقة للزوجين في ق.أ.ج، والواجبات الملقاة على عاتقهما بعد فك الرابطة الزوجية، ومن أهمها نفقات علاج الزوجة التي نص عليها في المادة 78 من نفس القانون، ولقد أحسن المشرع لما ألزم الزوج بعلاج زوجته وتحميله تلك النفقات لضرورتها إذ تتعلق بصحة وسلامة بدنها، إلا أن التفصيل في مسألة مصاريف العلاج المنصوص عليها في المادة سالف ذكرها يمكن أن تسجل عدة ملاحظات، إذ أن المشرع لم ينص بإيجاب أو نفي نفقة الولادة أو النفاس، وإنما النص جاء بصفة عامة ومطلقة دون تخصيص، وما يزيد المسألة أكثر غموضا أنه أضاف جملة واسعة ومطلقة يمكن أن تتسع لتشمل أنواع كثيرة من النفقات غير المصرح بها، وهي كل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة الذي جعل منهما الفيصل في تحديد ما يجب وما يسقط من النفقات، وأمام هذا الغموض ذهبت المحكمة العليا إلى اعتبار مصاريف النفاس ضمن النفقة، وذلك في القرار الصادر بتاريخ:2009/06/10، الذي جاء بالمبدأ الآتي:" **يحق للمرأة المطلقة المطالبة بمصاريف النفاس، باعتبارها من مصاريف النفقة**"[2]؛ وأضافت في قرار أخر[3] أن مصاريف النفاس تشمل كل من مصاريف العناية بصحة النفساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي لمدة معينة ولا تقتصر فقط على العلاج والأدوية.

---

[1]- المحكمة العليا، المجلس الأعلى، قرار رقم 41560، مؤرخ في 1986/04/07، المجلة القضائية، ع2، 1989، ص ص69- 71.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 502268، مؤرخ في 2009/06/10، المجلة القضائية،ع1 2010، ص ص 219 - 222.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 594435، مؤرخ في 2011/01/13، المجلة القضائية، ع2، 2011، ص ص 266 - 269.

د- نفقة الولد

بغض النظر عن النفقات السالف ذكرها، نجد أن الأب ملزم بالإنفاق على أولاده، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ﴾[1]، وكذلك في قوله:﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[2]، وهو ما جاء في نص المادة 75 من ق.أ.ج على أنه: "**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط عنها بالكسب**".

الملاحظ هنا أن الشريعة والقانون ألزما الأب بالإنفاق على أولاده، ولاستحقاقه يجب إثبات النسب[3]، حيث أصدرت المحكمة العليا قرارا في11/07/ 2018 جاء فيه: "**يلزم الأب بنفقة الولد الذي ثبت نسب له من يوم ميلاده وليس من تاريخ إثبات النسب، لأن النفقة أصبحت دينافي ذمة الأب**"[4].

أما في حالة تكفل أحد الزوجين، بطفل ثم تم الطلاق بينها، ففي هذه الحالة نفقة الولد المكفول تقع على عاتق الكافل، حيث يخضع لأحكام المادة 116 من ق.أ.ج[5]، وقضت المحكمة العليا بقرار صادر في:2013/06/13 جاء فيه:"**نفقة الطفل المكفول يتحملها بعد الطلاق الشخص الكافل المذكور في عقد الكفالة، وليس الزوج المطلق، ولا تأخذ المحكمة بالاتفاق الحاصل بين الطرفين على إسناد كفالة المكفول للمطلقة وإنفاق المطلق عليه**"[6].

كما أن هذه النفقة يلتزم بها الأب طوال المدة الزمنية المحددة قانونا كأصل عام، فنفقة الذكر تسقط ببلوغه 19سنة، والبنت بزواجها والدخول بها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار على أن: "**تبقى نفقة البنت على والدها ملازمة لها ولا تسقط عنها إلا بالدخول بها أو الاستغناء عنها**

---

[1]- سورة الطلاق، الآية 6.

[2]- سورة البقرة، الآية 233.

[3]- منقلتي كهينة، المرجع السابق، ص 22.

[4]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم1245282، مؤرخ في 2018/11/07، غير منشور.

[5]- منقلتي كهينة، المرجع السابق، ص 22.

[6]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم0813942، مؤرخ في 2013/06/1، المجلة القضائية، ع1، 2014، ص ص 309- 313.

بالكسب"[1]، وقد تستمر النفقة إذا كان الولد مصابا بآفة عقلية، أو بدنية، أو إذا كان ينشغل بالدراسة حتى ولو بلغ السن القانوني، ولكن هذه الأخيرة أثارت إشكالية، لذلك ذهبت المحكمة العليا في قرارها: "**يقصد بالدراسة، التي يستحق عنها الولد النفقة، الدراسة النظامية حسب التنظيم المعمول به في كل طور والمرتبط بسن المتمدرس وليس التعليم والتكوين عن بعد**"[2]، فالدراسة المقصودة في هذه الحالة هي الدراسة النظامية حسب التنظيم الدراسي في جميع الأطوار، ولا يتعدى إلى التعليم والتكوين عن بعد.

ضف إلى ذلك أن الأب يجب أن يكون ميسور الحال، فإذا عجز عن ذلك فإن التزام النفقة يعود على الأم إذا كانت قادرة على ذلك، حسب نص المادة 76 من ق.أ.ج[3]، حيث أصدرت المحكمة العليا قرارا في2004/01/21، جاء في معرض تأسيسه" **أن الأولاد لم يكن لهم ما لو لما ثبت ذلك، فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله، وأن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد**"[4].

نظرا لأهمية النفقة في فترة العدة، وحساسيتها في صون كرامة الزوجة، اعتبرتها المحكمة العليا من النظام العام، وذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 2006/07/12 الذي جاء فيه :"**لا طلاق بدون عدة و بدون منح نفقة عنها مادامت العدة من النظام العام**"[5]؛ لكن ما يعاب عليه في هذه المسألة، هو التناقض الموجود بين الشرع والقانون في مسألة ميعاد بداية منح النفقة،هل

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 318418، مؤرخ في 2005/02/23، المجلة القضائية،ع1، 2005، ص ص 283– 286.

[2]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم0997381، مؤرخ في 2016/07/13، المجلة القضائية،ع2 2016، ص ص232 – 235.

[3]– المادة 76 من قانون الأسرة: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"

[4]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 311458، مؤرخ في 01/21/ 2004، المجلة القضائية ع2، 2004، ص ص379–382.

[5]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 358348، مؤرخ في 2006/07/12، المجلة المحكمة العليا،ع2 2006، ص ص449–454.

تتم من تاريخ صدور الحكم القضائي بالطلاق طبقا لنص المادة 49 من ق.أ.ج؟، أم من تاريخ تلفظ الزوج به؟؛ وبالتالي وجب على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار هذه المسألة، لأنه قد يحرم الزوجة المطلقة في بعض من حقوقها التي منحها الله تعالى إياها حفاظا لكرامتها.

الفرع الثاني: التوارث بين الزوجين

يثبت حق التوارث بين الزوجين متى استوفى شرطان:أن يكون عقد الزواج صحيحا وأن تكون الرابطة الزوجية قائمة وقت وفاة المورث حقيقة أو حكما، فالعلاقة الزوجية تبقى على حالها مادامت العدة الشرعية لم تنته، وبالتالي يتم التوارث بين الزوجين لبقاء أحكام الزوجية على حالها[1]، لكن صياغة المادة 49 من ق.أ.ج أثارت عدة إشكالات حول مدى أحقيتهما في الميراث عندما نص صراحة على أنه:" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي**"، وهذا دليل على نفيه وعدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج أسوار القضاء، مما يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، التي تعتد بهذه الأخيرة، وبالتالي نجد فراغا تشريعيا لنص هذه المادة من الجانب التطبيقي، لأنه غالبا ما تنتهي العدة الشرعية قبل صدور الحكم بالطلاق مما يطرح التساؤل التالي: –هل إثبات التوريث يتم على أساس شرعي أم قانوني؟.

إلى جانب ذلك نجد أن هذه المادة تحمل في طياتها غموضا وتناقضا في الأحكام التي تضبط ميعاد العدة، لأن المشرع الجزائري اشترط لإثبات التوارث بين الزوجين في حالة طلاقهما وفاة أحدهما خلال مراحل سير الدعوى ما لم يصدر القاضي الحكم بذلك[2].

فإذا رفع الزوج الدعوى دون تلفظ بمآل مخصوص بالطلاق، ثم توفى قبل صدور الحكم، فذلك يوجب حق التوارث بينهما مادام أن الرابطة الزوجية قائمة أي الطلاق لم يقع أصلا، أما إذا وقع الطلاق بمجرد تلفظ الزوج به خارج دائرة القضاء، ثم توفى قبل رفع الدعوى، أو قد حدث الوفاة أثناء العدة الشرعية من هذا الطلاق، أو بعدها، فهذه الحالة أثارت إشكالية شرعية وقانونية، بما أن الشريعة تعتد بهذا النوع من الطلاق الذي لا يشترط فيه صدور الحكم، فإذا كان رجعيا

---

[1]– إقروفة زبيدة، « إشكالات الميراث في قانون الأسرة»، **مجلة صوت القانون**، مج4،ع3، ديسمبر 2017، ص03.

[2]– دوزان جيلالي،« توارث الزوجين بعد الطلاق بين ضوابط الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري»،"**مجلة صوت القانون**"، مج10، ع1، 2024، ص 155.

وحدث الوفاة في العدة فإنه يثبت التوارث بين الزوجين، وإذا حدث بعد انقضاء العدة فلا توارث بينهما لزوال الرابطة الزوجية، لأن الطلاق ينقلب بائنا، أما إذا كان بائنا من أصله فلا توارث بينهما، ولو لم تنته العدة[1]، وغالبا ما نجد أن جلسات الصلح التي يجريها القاضي بعد رفع الدعوى عادة تكون بعد انقضاء العدة الشرعية، وبالتالي تجري بين رجل وامرأة أجنبيين لا بين زوج وزوجته اعتقادا منهم بأن العلاقة الزوجية مستمرة في الوقت التي انتهت فيه شرعا،فلا يتم حق التوارث بينهما شرعا قانونا ما لم يصدر القاضي الحكم بالطلاق، ومن هنا جاءت المحكمة العليا لحسم هذا التناقض مراعاةً لأحكام الشريعة الإسلامية بقرار صادر في1993/12/21، الذي كان مفاده: **"من المقرر قانونا عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أن يستحق الحي منهما الإرث وللزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها،ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها، ومات وهي في عدتها أن تعتد بأبعد الأجلين وتستحق منابها في الميراث، وتعتبر وكأنها مازالت زوجة، حتى ولو كان الطلاق صحيحا"**[2].

أما بالنسبة لحالة طلاق الفرار الذي يقصد به تصريح الزوج بطلاق البتة في مرض المورث الذي اتصل به الموت بغرض حرمانها من التركة، فيحق التوارث بينهما حسب المذاهب الأربعة لأنه متهم بقطع ارثها[3]، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق صراحة لهذا النوع من الطلاق، و بهذا الصدد قضّت المحكمة العليا لحسم هذا الفراغ التشريعي بالقرار الصادر بتاريخ:1998/03/17 على أنه:**"المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة"**[4]، ومن هذا القرار يتضح لنا أن المحكمة العليا قد تبنت ما جاء في الشريعة من أن المرأة المطلقة في مرض زوجها ترثه إذا كان الغرض منه حرمانها من الإرث.

---

[1]– دوزان جيلالي، المرجع السابق، ص 156.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم101444، مؤرخ في 1993/12/21، المجلة القضائية، ع2، 1996، ص ص73– 76.

[3]– إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص03.

[4]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 179696، مؤرخ في1998/03/17، المجلة القضائية،ع خ،2001، ص ص98 – 99.

الفرع الثالث: السكن

أشارت المادة 61 من ق.أ.ج إلى بقاء الزوجة المطلقة خلال عدتها في بيت الزوجية، حفاظا لكرامتها وإتباعا لأحكام الشرع الإسلامي، التي أمرت الزوجة المعتدة بالمكوث في بيت الزوجية، سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن أو عدة وفاة، لقول الله تعالى:﴿**لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾[1]، وفي نفس الصدد جاءت المحكمة العليا بقرار يوجب حق السكن للمطلقة، حيث قضت المحكمة العليا بقرار صادر في2007/04/11: "**أن المطلقة أثناء فترة العدة تقيم فيمسكن الزوجية إلى انتهاء عدتها**"[2]، ومن هنا يتضح أن للمرأة حق البقاء في مسكن الزوجية طيلة مدة العدة، يسقط بانتهاء العدة، مما يثير إشكالا بين القانون الذي ربط محاولات الصلح بمدة زمنية، وهي ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، حسب ما تقتضيه المادة 49 من ق.أ.ج التي نصت على أنه: "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم، بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى**"، والعدة الشرعية التي تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، مما أدى إلى ازدواجية العدة بين النص والشرع، الأمر الذي قد يحلّل ما حرم الله، وعلى هذا الأساس جاء اجتهاد قضاء غرفة شؤون الأسرة في قرار صادر بتاريخ:1984/05/14: "**من المقرر شرعا أن إبقاء المطلقة بمنزل مطلقها يخل بمقصد من مقاصد الشرع و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الشرعية. ولما كان ثابتا- في قضية الحال-أن قضاة الاستئناف قضوا بإبقاء المطلقة ببيت في السكن الذي يسكن فيها مطلقها وقد صارت عنه أجنبية فإنهم بقضائهم هذا خالفوا المقاصد الشرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**"[3].

ومن هنا نستنتج أن المرأة تبقى في بيت الزوجية إلى غاية انتهاء العدة، وبعدها تنتقل إلى بيت آخر تقضي عيشها فيه، إلا أنه قد يستمر إذا كانت المطلقة حاضنة، مما يستوجب على المطلق أن يوفر لها مسكنا أو بدل ايجار وفق نص المادة 72 من ق.أ.ج لتحتضن فيها أبناءها

---

[1]- سورة الطلاق، الآية 1.

[2]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 390091، مؤرخ في 2007/04/11، مجلة المحكمة العليا،ع1، 2008، ص ص245 - 248.

[3]- المحكمة العليا، المجلس الأعلى، قرار رقم33130، مؤرخ في1984/05/14، المجلة القضائية، ع1، 1990، ص ص 57 - 59.

حتى ولو كان ابنا واحد حماية لحق المحضون، والملاحظ أن قضاء شؤون الأسرة في القرار الصادر في2012/04/14 كرست مبدأ مفاده:" **تبقى المطلقة، الحاضنة، ببيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم الناطق بحقها في السكن**"[1]، حيث أن هذا المبدأ الغاية منه حماية للمحضون فقط، وليس مقررا للحاضنة، لكن بقاءها في بيت الزوجية دون اشتراط خروج الأب منه يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية لأنه قد تنقضي عدتها، وتصبح أجنبية عنه، دون أن ينفذ الحكم المتعلق بالسكن، وبالتالي نجد أن المشرع قد أغفل أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالعدة، مما أدى إلى ظهور ازدواجية العدة بين القانون الذي ربطها بـ (3 أشهر) من تاريخ رفع الدعوى وفق مقتضيات المادة 49، والشرع الذي أمر بأن العدة تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق.

[1]– المحكمة العليا، غرفة العقارية، قرار رقم 684955، مؤرخ في2011/04/14، المجلة القضائية، ع 2 ،2011، ص ص176 – 178.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه الإسلامي وقرارات المحكمة العليا، سواء من الجانب الشرعي وما نصت عليه الشريعة الإسلامية لتنظيم موضوع إثبات الطلاق والأثار المترتبة عليه، أو من الجانب القانوني، ومدى انسجام النصوص القانونية مع مقتضيات الشريعة الإسلامية، وموقف الاجتهاد القضائي من الإشكالات التي تثيرها المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري ، فقد توصنا إلى بعض النتائج والاقتراحات كما هو مبين أدناه.

أولا: النتائج

- يعتبر الطلاق أثر رئيسيا من الأثار المترتبة عن الرابطة الزوجية
- شرع الله تعالى الطلاق، ليرفع به الضرر عن الزوجين أو أحدهما، وبناء عليه أعطى لكيهما الحق في فك الرابطة الزوجية.
- غاية المشرع من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة، التضييق من حالات الطلاق والمحافظة على تماسك الأسرة.
- يثبت الطلاق بكل الوسائل المقرر شرعا، ولا يثبت قانونا إلا بصدور حكم قضائي.
- في حال وقوع الطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، فإن نص المادة 49 من قانون الأسرة يقرر أنّ آثار الطلاق لا تسري إلا بعد صدور الحكم، وفي ذلك مناقضة لبعض المواد القانونية الأخرى، وحكم الشرع في الطلاق الذي يربط بين وقت التلفظ بالطلاق هو ترتيب آثاره.
- الطلاق بإرادة المنفردة، هو مظنة إشكالات الطلاق بحكم، أما غيره من أنواع الطلاق فلا يتم إلا بحكم القاضي.
- يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجعية الإجرائية لقضايا الطلاق.
- اعتبر المشرع الجزائري الصلح إجراء قضائياً وجوبياً، قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية.
- تقدير عدد جلسات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية يعود لسلطة التقديرية للقاضي.
- مدة إجراء الصلح المقدرة بثلاثة أشهر قانونا، ماهي إلا العدة الشرعية للمطلقة عادة.
- بالرغم من سكوت المشرع عن الطلاق العرفي، إلا أن التطبيقات القضائية تفتح المجال لإثباته بأثر رجعي من يوم التلفظ به، بعد التأكد من صحة وقوعه.
- إثبات الطلاق بحكم قضائي من شأنه أن يؤدي إلى ازدواجية في العدة، عدة شرعية وأخرى قانونية.

- مراجعة الزوج لزوجته في فترة الصلح قانونا لا تستوجب عقد جديد، أما بعد صدور حكم الطلاق فهو طلاق بائن، يستوجب عقد جديد، بغض النظر عن الطلاق الواقع خارج القضاء.
- انتهاء العدة الشرعية لا يحرم الزوجة من الميراث ما دامت العدة القانونية، لم تنته بعد والعكس صحيح.
- عدم تطرق المشرع إلى موضوع تحول العدة، وما يعرف فقها بطروء عدّة على عدّة يفتح الباب على مصرعيه لنزاعات قد تضيع معها الحقوق.
- يعتبر الاجتهاد القضائي ألية فعالة لتقويم الاغفالات، والغموض والفراغ التشريعي، الحاصلة في المواد القانونية المنظمة لموضوع الطلاق.
- تذبذب الاجتهاد القضائي في بعض المسائل الأسرية، وهذا ما يحول دون توحيد الأحكام القضائية.
- رغم من التناقض الحاصل بين النصوص القانونية، والفقه الإسلامي، إلا أن الممارسة القضائية أبانت مسايرتها لأحكام الشريعة الإسلامية في المسائل المنظمة للطلاق.
- القول بإثبات الطلاق بحكم قضائي، ليس فيه معنى سلب الزوج حقه في الطلاق، ولا إجباره من باب أولى على الاستمرار في الزواج وهو كاره له، إنما يوقف فقط ترتيب أثاره إلى حين تسجيله، وما جرى عليه العمل في القضاء، أن القاضي في حال امتنع الزوج عن تقديم مبرر لطلاقه يكتفي بالحكم عليه بالتعويض كونه متعسفا.

ثانيا: التوصيات

- ضرورة إنشاء هيئات صلح أمام كل محكمة درجة الأولى، تضم خبراء علم الاجتماع وعلم النفس، ومستشارين من مختلف التخصصات، تنظر في كل دعاوى فك الرابطة الزوجية
- ضرورة تكوين قضاة مختصين في مسائل الأحوال الشخصية.
- الأولى بالمشرع التأكيد على أنّ آثار الطلاق بإرادة الزوج، تسري من وقت تلفظه به، سواء كان ذلك سابقا لدعوى أو أثناء الدعوى، ويبقى استيفاؤها معلقا على حكم ليكون حجة تحفظ لكل الأطراف حقوقها.
- منح التحكيم المنصوص عليه في نص المادة56 من قانون الأسرة الأهمية ذاتها التي منحت للصلح.
- إنشاء قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة ينظم منازعات الأسرة، نظرا لطبيعة وخصوصية النزاع، وحماية لحقوق المتقاضي، وتسهيلا لمهمة قاضي شؤون الأسرة في هذا المجال.

- ينصح القضاة في قضايا الطلاق الاستفسار عمّا إذا كان الطلاق قد وقع أم لا، كما عليهم أيضا الاستفسار عن حال المرآة إن كانت حامل أو حائض، قبل النطق بحكم الطلاق.
- تحديد الحالات التي يكون فيها الطلاق رجعيا، أو بائنا بصفة دقيقة، وإلزام القضاة بذكر ذلك في أحكام الطلاق.
- على قضاة محاكم الدرجة الأولى، الرجوع إلى الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا كمصدر مساعد لتفسير النصوص القانونية، خاصة فيما يتعلق بموضوع الطلاق.
- إعادة صياغة النصوص القانونية المنظمة لموضوع الطلاق بطريقة تجعلها تنسجم وتتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، فمادام المشرع يعترف بحق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفرد فيجب إعادة صياغة المادة 1/49 من قانون الأسرة و نقترح في ذلك:

لا يقع الطلاق إلا بحكم، بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي، دون أن تتجاوز فترة الصلح العدة الشرعية.

- إذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع طلاقه قبل رفع دعوى الطلاق، فيثبته من تاريخ التلفظ به.
- يجب على كل زوج تلفظ بالطلاق بإرادته المنفردة الإشهاد على طلاقه وتسجيله لدى المحكمة خلال 7 أيام من تاريخ التلفظ به.

- اقتراح إعادة صياغة المادة 50 على النحو الأتي:

- من راجع زوجته أثناء العدة الشرعية لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد انقضاء العدة الشرعية يحتاج إلى عقد جديد.

- يجب على المشرع إضافة فقرة أخرى لنص المادة 51، يوضح فيها معنى الثلاث بحيث يصبح لفظ الطلاق الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة، وكذلك اعتماد الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي.
- إزالة اللبس والغموض الذي يكتسي نص المادة 58 من خلال إدراج عدة الصغيرة التي لم تحض والمتأخر حيضها، وكذلك عدة المختلعة، وجعل ميعاد سريان العدة من تاريخ وقوع الطلاق فعلا.
- إعادة صياغة نص المادة 132 المتعلقة بالتوارث بين الزوجين على النحو الآتي:

- إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، وكانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي استحق الحي منهما الإرث.

- وفي الختام يمكن القول أن الطلاق، وإن كان حقا خالصاً للزوج إلا أنه يبقى لضرورة القصوى فقط، وعلى هذا الأساس ينبغي على المشرع الجزائري استحداث ألية قانونية للحد من التعسف في استعمال هذا الحق، سواء تعلق الأمر بالطلاق بإرادة الزوج، أو بالخلع، أو التطليق من طرف الزوجة.

ملحق

وزارة العدل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

محكمة إخبار بالطلاق

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

إلى السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي لـ.....

بمقتضى حكم من المحكمة صدر في.....

وصار نهائيا في.....قضى بفك الرابطة الزوجية

بين المسمى.....

المولود في.....

أبوه.....وأمه.....

وبين المسماة.....

أبوها.....وأمها.....

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

.....في.....تحت

رقم.....

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

المذكورة على هامش السجلات المودعة كتابة الضبط لدى المجلس ويجب

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

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

عشرة أيام

رئيس كتابة الضبط

يشهد رئيس المجلس الشعبي البلدي ب.....

التسجيل على هامش سجلات الحالة المدنية للطلاق الذي أفصل به بين

الزوجين.....و.....

ب.....في.....

رئيس المجلس الشعبي البلدي

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا: باللغة العربية:

1)- الكتب:

1- ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دن ط، مج 9، دار الصادر، بيروت، لبنان، 1863.

2- ابن حزم الأندلسي، مراتب الإجماع، ط 1، دار ابن حزم لطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998.

3- ابن ماجة محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، ط1 ،ج2 ، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2011.

4- أبو ريش محمد إسماعيل، أركان الطلاق، د ن ط، جامعة الأزهر، كلية الشريعة، د ب ن، 1980.

5- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، د ن ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.

6- الأنصاري محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ج8، ط 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.

7- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، د ن ط، دار محمود لنشر والتوزيع، د ب ن، 1996.

8- البخاري محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، د ن ط، ج2، ج5، موفم للنشر، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 1992.

9- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج4، ط2، دار الوعي، الجزائر،2010.

10- الخمليسي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، (الزواج والطلاق)، ج1، ط3، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، 1994.

11- الرفاعي سالم بن عبد الغاني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط1، دار بن ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002.

12- السرخسي شمس الدين، المبسوط، د ن ط، ج6، دار المعرفة، د ب ن، د س ن،.

13- الشرنباصي رمضان علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د ن ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

14- الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار، ج 7، د ن ط، دار الفكر، د ب ن، 1994.

15- الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط2، مج1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1986.

16- الصادق محمود الأمير يوسف، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بقانون المرافعات)، د ن ط، الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2008.

17- العياشي فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد،(مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا)، ملحق قانون الأسرة باللغتين، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008/2007.

18- القزويني أبي القاسم عبد الكريم، العزيز في شرح الوجيز: (تتمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق)، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

19- الكاساني أبو بكر، بدائع الصنائع، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، د ب ن، 2003.

20- المومني أحمد محمد، نواهضة إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية في فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط 2، دار المسيرة، عمان، 2009.

21- بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي الجزائري، د ن ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.

22- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، د ن ط، مؤسسة الجامعة الإسكندرية، مصر، 1985.

23- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات البغدادي، الرويبة، الجزائر، 2000.

24- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، د ن ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1986.

25- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008.

26- بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، د ن ط، دار هومة، الجزائر، 2005.

27- _____، رسالة طلاق، (دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة) ، سلسلة دراسات قانونية، د ن ط، دار هومة، الجزائر، 2013.

28- بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02_05، د ن ط، دار الوعي لنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر،2005.

29- بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائي، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.

30- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، (نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجرائية الاستثنائية)، د ن ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2006.

31- بوسقيعة أحسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ط3، الديوان الوطني للأشغال التربوية، د ب ن، 2001.

32- تقية عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2011.

33- _____، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، د ن ط، منشورات ثالة، الجزائر،2011.

34- ديب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية الجديد، د ن ط، موفم لنشر، الجزائر،2000.

35- ذبيح هشام، المركز القانوني في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.

36- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، د ن ط، اسكيلوبيديا لنشر، بن عكنون، الجزائر،2003.

37- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط8، دار البحث الجزائر، 1989.

38- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ن ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، د س ن، 1986.

39- سمك عبد العزيز رمضان، الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المصري، د ن ط، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 1993.

40- شنقوقة سايح، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ج1، د ن ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د س ن.

41- شيبة مصطفى عبد الغني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، (الطلاق وأثاره)، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2000.

42- عواد القضاة مفلح، البينات في المواد المدنية والتجارية، د ن ط، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1994.

43- فراج حسين أحمد، أحكام الأسرة في الإسلام، د ن ط، دار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998.

44- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط2، دار فسيلة، الجزائر، 2009.

45- محمود محمد علي، الطلاق بين الإطلاق والتقييد، د ن ط، مكتبة دار الاتحاد العربي للطباعة، د ب ن، د س ن.

46- مطلوب عبد المجيد محمود، الوجيز في أحكام الأسرة، (فرع الزواج حقوق الزوجة حقوق الأولاد والأقارب)، ط 1، القاهرة، مصر، د س ن.

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

2)- الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ- الاطروحات:

1- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها، (الأحكام القضائية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الجامعية، 2006.

2- مسعودي رشيد، النظام المالي لزوجين في التشريع الجزائري، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2006/2005.

ب- المذكرات الجامعية

1- الأنور عبد الرحيم، نظام الطلاق في الجزائر، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا معهد الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 1976/1975.

2- بن جناني أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والاجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية، 2014/2013.

3- بورسلي عائشة، إجراءات الحكم بالطلاق وفقا للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أولحاج، البويرة، 2016.

4- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية، 2001/2000.

5- زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة لنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية، 2007/2006.

6- قاضي سهام، الصلح في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، السنة الجامعية 2015/2014.

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

8- مقداش عبد الرحيم، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية، 2013/2012.

9- منقلتي كهينة، أثر فك الرابطة الزوجية في قانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، نظام لـ م د، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2017.

10- نوي ربيعة، البناي ميمونة ، إثبات الطلاق بين الشريعة والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 2020/2019.

3)-المقالات العلمية

1- إقروفة زبيدة،«إشكالات الميراث في قانون الأسرة الجزائري»، **مجلة صوت القانون**، مج 4، ع3، ديسمبر 2017، ص ص 1- 21.

2- أكلي نعيمة، « في الإشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري»، **مجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية**، مج2، ع 3، جويلية 2020، ص ص 171- 181.

3- بلعباس أمال،« تقييم دور الصلح في حماية مؤسسة الزواج »،**مجلة استراتيجيات ضمان الجودة**، مج 3، ع2، أكتوبر2022، ص ص 53- 69.

4- حميدو تشوار زكية،« مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم عدالة القاضي؟»، **مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2010، ص ص 121-131.

5- دوزان جيلالي، « توارث الزوجين بعد الطلاق بين ضوابط الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري»، **مجلة صوت القانون**، مج10، ع1، 2024، ص ص147- 170.

6- روحمات عبد الله، « الوكالة في الصلح بين الزوجين بين القانون والواقع العملي »،**مجلة الإشعاع**، المغرب، ع 27، 2003، ص ص 108- 120.

7- قتال جمال، « نفقة المطلقة كأثر من أثار فك الرابطة الزوجية»، **مجلة الدراسات القانونية والسياسية**، مج6، ع1، جانفي 2020، ص ص 84- 94.

4)- النصوص القانونية والقرارات القضائية

أ- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 70-20 المؤرخ في19 فيفري 1970، يتضمن قانون الحالة المدنية، ج ر ج ج، ع21، صادر في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم.

2- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 30 رمضان عام 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج، ع 78، صادر في 24 رمضان 1395، الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

3- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1426، الموافق لـ 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج، ع 24، المعدل والمتمم بالأمر رقم05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

4- قانون رقم08_09 المؤرخ في 18 صفرعام1429، الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، ع 21، صادر في 17 ربيع الثاني 1429، الموافق لـ 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم.

ب- القرارات القضائية

1- المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، قرار رقم 470، مؤرخ في 1989/06/06، غير منشور.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39731، مؤرخ في 1985/04/08، المجلة القضائية، ع1، سنة 1989.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 41560، مؤرخ في 1986/04/07، المجلة القضائية، ع2، سنة 1989.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 34327، مؤرخ في 1984/10/22، المجلة القضائية، ع 3، سنة 1989.

5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35322، مؤرخ في 1984/12/17، مجلة المحكمة العليا، ع4، سنة 1989.

6- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 33130، مؤرخ في1984/05/14، المجلة القضائية، ع1، سنة 1990.

7- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962، مؤرخ في 1985/06/03، المجلة القضائية، ع2، سنة 1990.

8- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 75141، مؤرخ في 1991/06/18، المجلة القضائية، ع1، سنة 1993.

9- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 39731، مؤرخ في 1986/01/27، المجلة القضائية، ع4، سنة 1993.
10- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 101444، مؤرخ في 1993/12/21 المجلة القضائية، ع2، سنة 1996.
11- نشرة القضاة، قرار رقم 96688، مؤرخ في 1994/01/18، ع 50، سنة 1997.
12- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 216850، مؤرخ في 1999/02/16، المجلة القضائية، ع.خ، سنة 2001.
13- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 179696، مؤرخ في 1998/03/17، المجلة القضائية، ع.خ، سنة 2001.
14- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 311458، مؤرخ في 2004/01/21، ع2، سنة 2004.
15- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 318418، مؤرخ في 2005/02/23، مجلة المحكمة العليا، ع1، سنة 2005.
16- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 358348، مؤرخ في 2006/07/12، المجلة المحكمة العليا، ع2، سنة 2006.
17- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 395557، مؤرخ في 2007/05/09 مجلة المحكمة العليا، ع2، سنة 2007.
18- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 372130، مؤرخ في 2006/11/15 المجلة القضائية، ع2، سنة 2007.
19- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 390091، مؤرخ في 2007/04/11 مجلة المحكمة العليا، ع1، سنة 2008.
20- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 417622، مؤرخ في 2008/01/16، المجلة القضائية، ع1، سنة 2009.
21- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 502268، مؤرخ في 2009/06/10، المجلة القضائية، ع1، سنة 2010.

22- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم594435، مؤرخ في 2011/01/13، المجلة القضائية، ع2، سنة 2011

23- المحكمة العليا، غرفة العقارية، قرار رقم 684955، مؤرخ في2011/04/14، المجلة القضائية، ع2، سنة 2011.

24- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 687997، مؤرخ في 2012/06/14، غير منشور.

25- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 813976، مؤرخ في 2012/10/11، غير منشور.

26- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 798882، مؤرخ في 2013/05/09، المجلة القضائية، ع1، سنة 2013.

27- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0813942، مؤرخ في 2013/06/12، المجلة القضائية، ع1، سنة 2014.

28- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 620084، مؤرخ في 2014/04/14، المجلة القضائية، ع1، سنة 2014.

29- المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0870291، مؤرخ في 2014/03/13، مجلة المحكمة العليا، ع2، سنة 2014.

30- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 751790، مؤرخ في 2012/06/14، المجلة القضائية، ع2، سنة 2014.

31- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0950026، مؤرخ في 2014/07/10، المجلة القضائية، ع2، سنة 2014.

32- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0801583 في 2014/07/10 غير منشور.

33- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0997381، مؤرخ في 2016/07/13، المجلة القضائية، ع2، سنة 2016.

34- المحكمة العليا، غرفة المدنية، قرار رقم 1245282، المؤرخ في 2018/11/07، قرار غير منشور.

35- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 1412750، مؤرخ في 2020/01/08، المجلة القضائية، ع1، سنة 2020.
36- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 1477236، مؤرخ في 2021/07/07، غير منشور.
37- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 1482026، مؤرخ في 2022/03/02، مجلة المحكمة العليا، ع1، سنة 2022.

5)- المحاضرات

1- عياش رتيبة، محاضرات في مقياس الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، لفائدة طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي، البليدة، الجزائر، السنة الجامعية، 2021/2020.
2- لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، السنة الجامعية، 2013/2012.

6)- المواقع الالكترونية

1- الزقيلي علي، «حكم الإشهاد »، (دراسة فقهية مقارنة بالأحوال الشخصية الأردني)، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، الأردن، بتاريخ 2003/04/14، الدليل الالكتروني للقانون العربي، الموقع: ArabLawInfo، تاريخ التصفح: 2024/04/17، على الساعة 23:20.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1)- Overage

1-Ghaouti BENMELHA, Le droit Algerian de la famille, Office des publication universitaires, Alger, 1993.

الفهرس

شكر وتقدير
الإهداء
قائمة المختصرات
العنوان .....الصفحة
مقدمة 1
الفصل الأول: الطلاق وكيفية إثباته..... 5
المبحث الأول: الطلاق وكيفية إثباته في الفقه الإسلامي.....6
المطلب الأول: مفهوم الطلاق وأركانه..... 6
الفرع الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته 6
أولا: تعريف الطلاق 6
ثانيا: مشروعية الطلاق 7
ثالثا: الفرق بين الطلاق والفسخ..... 8
الفرع الثاني: أنواع الطلاق..... 8
أولا: من حيث الصيغة المستعملة..... 8
ثانيا: من حيث صفته الشرعية..... 9
ثالثا: من حيث امكانية الرجعة..... 11
رابعا: من حيث زمن وقوع النتائج..... 14
الفرع الثالث: أركان الطلاق 15
أولا: ركن الزوج (المطلق)..... 16
ثانيا: ركن الزوجة (المطلقة)..... 16
ثالثا: ركن الصيغة..... 17
المطلب الثاني: إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي 18
الفرع الأول: الإشهاد على الطلاق 18
الفرع الثاني: الإقرار..... 21
الفرع الثالث: اليمين..... 21
الفرع الرابع: البينة 22

المبحث الثاني: إجراءات إثبات الطلاق في القانون الجزائري 22
المطلب الأول: إثبات الطلاق بحكم قضائي 22
الفرع الأول: ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق 23
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحكم المثبت لطلاق..... 24
الفرع الثالث: مضمون الحكم بإثبات الطلاق..... 26
المطلب الثاني: إجراءات صدور وتنفيذ الحكم بإثبات الطلاق..... 27
الفرع الأول: الدعوى كوسيلة لصدور الحكم بإثبات للطلاق..... 27
أولا: أداة رفع دعوة الطلاق 27
ثانيا: قواعد الاختصاص القضائي 28
ثالثا: شروط رفع دعوى الطلاق..... 30
الفرع الثاني: إجراء الصلح 31
أولا: تعريف الصلح 31
ثانيا: مساعي ونتائج إجراء الصلح..... 33
الفرع الثالث: تنفيذ حكم الطلاق ودور النيابة العامة في تسجيله 34
أولا: تبليغ حكم الطلاق..... 34
ثانيا: دور النيابة العامة في تسجيل حكم الطلاق 35
الفرع الرابع: طرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق..... 36
أولا: طرق الطعن العادية:..... 36
ثانيا: طرق الطعن الغير عادية: 37
الفصل الثاني: إشكالات المادة 49 من قانون الأسرة ودور المحكمة العليا في حسمها 41
المبحث الأول: الصلح بين النص القانوني وقرارات المحكمة العليا..... 42
المطلب الأول: مدى إلزامية إجراء الصلح وعلاقته بالنظام العام..... 42
الفرع الأول: مدى إلزامية إجراء الصلح فقها 42
أولا: الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء وجوبي..... 42
ثانيا: الاتجاه الفقهي المنكر لفكرة الصلح كإجراء وجوبي 43
الفرع الثاني: مدى إلزامية إجراء الصلح قانونا 45
أولا: قبل تعديل قانون الأسرة 45

ثانيا: بعد تعديل قانون الأسرة..... 47
الفرع الثالث: وجوبية الصلح أمام المحكمة 48
المطلب الثاني: عدد جلسات الصلح 51
الفرع الأول: عدد جلسات الصلح قانونا 51
الفرع الثاني: عدد جلسات الصلح قضاء 52
المطلب الثالث: قواعد الحضور والنيابة في جلسات الصلح..... 52
الفرع الأول: قواعد الحضور والغياب عن جلسات الصلح.....53
أولا: الحضور والغياب في نظر القانون 53
ثانيا: الحضور والغياب في القضاء 54
الفرع الثاني: الإنابة في جلسات الصلح 55
أولا: الإنابة عن أطراف دعوى الطلاق 56
ثانيا: الإنابة القضائية..... 57
المبحث الثاني: الإشكالات الفقهية والقانونية للمادة 49 من قانون الأسرة..... 58
المطلب الأول: الإشكالات المرتبطة بالجوانب المعنوية لآثار الطلاق 59
الفرع الأول: نوع الطلاق 59
أولا: الطلاق الرجعي والبائن..... 59
ثانيا:الطلاق العرفي..... 60
الفرع الثاني: العدة 62
الفرع الثالث: حرمة المصاهرة 64
المطلب الثاني: الإشكالات المرتبطة بالجوانب المادية لإثبات الطلاق..... 67
الفرع الأول: النفقة 67
الفرع الثاني: التوارث بين الزوجين 73
الفرع الثالث: السكن..... 75
خاتمة 78
الملحق 83
قائمة المصادر والمراجع..... 85

الفهرس 96

ملخص

اعتمد المشرع الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم شؤون الأسرة الجزائري، بما في ذلك أحكام الطلاق، والآثار المترتبة عليه، وما يهدف إليه من المسائل المتعلقة بالنظام العام، إلا أنه ثمة تناقضات بين ما هو مطلوب شرعا، وما هو مكرس قانونا، ما يفرض إبراز أهم الإشكالات العملية التي تثيرها صياغة المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المنظمة لمسألة الطلاق، حيث أن الأخذ بشرط إثبات الطلاق بحكم قضائي، بعد عدة محاولات صلح يقوم بها القاضي، يجعل من إجراءات إثباته، يشوبها الكثير من الغموض والإبهام، بما في ذلك إجراء الصلح، وإثبات الطلاق الغير مسجل، وكذا الآثار المترتبة عن من ازدواجية العدة والنفقة، ومسألة الميراث، والسكن، وحرمة المصاهرة، كلها إشكالات عملية تحتاج لإعادة النظر استنادا إلى ما أقره الاجتهاد القضائي من مبادئ، وكذا العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

Abstract

The Algerian legislator has relied on the provisions of Islamic Sharia in regulating family affairs in Algeria, including the provisions of divorce and its consequences, as well as issues related to public order. However, there are discrepancies between what is required by Sharia and what is established by law, necessitating the highlighting of the major practical issues raised by the drafting of Article 49 of the Algerian Family Code, which regulates the matter of divorce. Requiring proof of divorce through a judicial ruling after several reconciliation attempts by the judge introduces a great deal of ambiguity and obscurity into the procedures for establishing a divorce, including the reconciliation process, the confirmation of unregistered divorces, as well as the consequences of dual maintenance and alimony, inheritance issues, housing, and the sanctity of marriage relations. All these practical issues need to be reconsidered based on the principles established by judicial jurisprudence and the need to refer back to the provisions of Islamic Sharia.