وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم.:القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الطلاق في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالب(ة):

وناس حسنية

تحت إشراف الأستاذ(ة):

رحوي فؤاد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	زواتين خالد	رئيسا
الأستاذ(ة)	رحوي فؤاد	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بن بدرة عفيف	مناقشا

تاريخ المنقشة:30 /06./2022

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر

قبل كل شيء أحمد الله تعالى الذي منحني الصبر والثقة ووفقني لإعداد هذه المذكرة

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساهم في هذا العمل سواء من قريب أو من بعيد ولو بكلمة طيبة.

وأتقدم بالشكر إلى أستاذ ي المشرف "رحوي فؤاد" على تفضله بقبول الإشراف على هذه المذكرة رغم التزاماته.

كما أشكر أيضا أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا البحث المتواضع

لا يطيب الليل إلا بشكرك .... و لا يطيب النهار إلا بطاعتك .... و لا تطيب الجنة إلا برؤيتك .... الله جلاله

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة .... و نصح الأمة .... إلى،نبي الرحمة و نور العالمين سيدنا محمد عليه الصلاة و السلام.

إلى من علمني معنى الحب و الحنان .... إلى بسمة الحياة و سر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي .... إلى أول مدرسة علمتني مبادى الكلام و الأخلاق ست الحبايب أمي

إلى،من احمل اسمه بكل افتخار أبي الغالي

إلى كل الأهل و الأقارب

إلى من شاركني في حياتي الجامعية أصدقائي و أحبائي.

إن وجود الناس بذكر وأنثى لإعمار الأرض وشرع الله لتحقيق هذه الغاية الزواج، فانتشرت به البشرية وبنيت الحضارات لقوله تعالى: (يأيها الناس إنا خلقتكم من ذكر وأنثى وجعلتكم شعوبا وقبائل لتعارفوا) [1] ، فليس الزواج هو مجرد لقاء الذكر بالأنثى ومعاشرتها فقط بل شرع الزواج لحكم عظيمة تشمل صلاح الفرد والمجتمع.

وقد يصادف هذا الزواج عراقيل تؤدي إلى عدم قدرة الزوجين على الاستمرار في الحياة الزوجية ويلجئون إلى الانفصال أو الطلاق كحل أخير بالرغم من أنه أبغض الحلال إلى الله، إلا أنه الوسيلة المشروعة لإنهاء العلاقات الزوجية التي لم يقدر لها الاستمرار.

وشرع الإسلام الطلاق من أجل تخفيف المعاناة التي يتعرض لها أحد الزوجين أو كليهما ومحاولة رفع الضرر عنهما لقوله تعالى:(وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته [2] ، وهو نظام إلهي يكون كعلاج لمشكلات ونزاعات لا تنتهي بين الطرفين إذ اشتدت الضغينة والبغضاء بينهم .

وما سنتناوله في دراستنا هو موضوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري.

فالطلاق حق أصيل للزوج، والقانون ساير الشريعة الإسلامية في ذلك باعتبار أن العصمة بيد هذا الأخير – الزوج– وهو صورة من صور فك الرابطة الزوجية التي نصت عليها المادة 48 من قانون الأسرة من الأمر 05-02، إلى جانب الخلع والتطليق إذا تضررت الزوجة من استمرار الحياة الزوجية .

أسباب و أهمية اختيار الموضوع

وتعود أسباب اختيار موضوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إلى رغبتنا في الاطلاع أكثر على موضوع الطلاق وإثراء معلوماتنا، ومن أجل تحديد إشكالات الطلاق التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري اثناء تطبيقه ومحاولة وضع اقتراحات وحلول للتقليل من هذه

[1] سورة الحجرات، الآية 13,

[2] سورة النساء، الآية 130.

الإشكالات والمحافظة على الأسرة، وبالتالي المحافظة على المجتمع ككل والتعرف على مدى إحاطة والمام المشرع الجزائري بموضوع الطلاق ومناقشة الفراغ القانوني الموجود في النصوص

.ومن جهة أخرى على الصعيد الاجتماعي تظهر أهمية الموضوع في تزايد نسبة الطلاق في المجتمع مما يستدعي تفعيلا لنصوص المتعلقة بالطلاق وأن يقوم المشرع بدوره في محاصرة هذه الظاهرة حتى يحمي الأسرة من التفكك على أن يكون ذلك في إطار الدين الإسلامي الذي هو مصدر للقانون.

أهداف الموضوع :

وتهدف دراستنا إلى إبراز ماهية الطلاق وأهم الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الجزائري أثناء تطبيق النصوص القانونية، ومحاولة تقديم الاقتراحات التي قد تشكل حلولا لهذه الإشكالات، وكذا محاولة التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية.

الإشكالية :

ومن خلال ما سبق يمكن لنا طرح الإشكال التالي :

ما هي الإشكالات التي يثيرها قانون الأسرة في موضوع الطلاق وماهي طبيعتها؟

هل تناول المشرع الجزائري كل ما يتعلق بالطلاق أم ترك بعض الأمور غامضة؟

هل

وللإجابة عن هذه الاشكالية اتبعنا المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، حيث قمنا بوصف موضوع الطلاق من خلال ذكر ماهيته وتحليل بعض النصوص القانونية لاستخراج الإشكالات التي تطرحها اثناء تطبيقها، ومقارنة ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن بين الدراسات التي اطلعنا عليها فيما له علاقة مباشرة بعنوان بحثنا:

كتاب للدكتور المصري مبروك "الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية"–دراسة مقارنة– 2010، حيث تناول هذا الكتاب موضوع الزواج والحكمة منه، ثم الطلاق والحكمة منه، ومع أن عنوان الكتاب "الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري" كصورة من صور

الرابطة الزوجية، إلا أنه ذكر جميع صور انحلال الرابطة الزوجية المذكورة في القانون من خلع وتطليق، وفي الشرع من إيلاء وظهار ولعان مع مناقشة قانون الأسرة الجزائري في كل نقطة فك يتطرق إليها المؤلف

.ويظهر لنا أوجه التشابه بين موضوع البحث وبين هذا الكتاب في تناولنا موضوع واحد وهو الطلاق والتركيز عليه من الناحية الفقهية والقانونية، ومناقشة قانون الأسرة الجزائري في المسائل الخاصة بهذا الموضوع (الطلاق .(

أما أوجه الاختلاف تتمثل في أن موضوع الكتاب جاء بشكل عام، أما موضوعنا جاء بشكل خاص، حيث تناولنا الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فقط، دون التعرض إلى الصور الأخرى، كما عالجنا في موضوعنا الإشكالات الخاصة بالطلاق التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري أثناء تطبيقه.

كما اعتمدنا على مذكرة لرحو مليكة بعنوان "الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج" مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2012-2015، حيث تناولت هذه المذكرة الطلاق بصورة مجملة غير مفصلة لكل نقطة على حدى وتطرقت إلى ذكر اثاره. ويظهر لنا التشابه بين موضوع مذكرتها وموضوع البحث في تناولنا لنفس الموضوع وهو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

أما الاختلاف فيبرز في إضافتنا للإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الجزائري.

وقد واجهنا أثناء قيامنا بهذه الدراسة بعض الصعوبات المتمثلة في قلة المراجع التي تتناول إشكالات الطلاق إلا ما ورد في بعض المقالات المتناثرة على صفحات المجلات.

ونظرا لضيق الوقت مما استحال معه البحث بشكل أكثر دقة، بالإضافة إلى عدم إمكانية الوصول إلى الإحصائيات الخاصة بالطلاق ومدى نجاح أو فشل محاولات الصلح

التي تثري موضوع بحثنا وذلك لخصوصية هذا الموضوع وحساسيته.

تم تقسيم البحث إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول، ماهية الطلاق

.

أما بالنسبة للفصل الثاني فجاء تحت عنوان: إجراءات الطلاق وإشكالاته

الفصل الأول: ماهية الطلاق

يعتبر الطلاق من أكثر المشاكل انتشارا في وقتنا الحالي، فيشكل الطلاق خطرا كبيرا على تفكك الأسرة و ضياع الأطفال و يقع الطلاق بعد الخصام الشديد بين الزوجين و استحالة الحياة الزوجية.

انتشرت ظاهرة الطلاق في وقتنا الحالي بشكل كبير كما قلت حالات الزواج بسبب الخوف من الانفصال فيما بعد، فلا يوجد الأكثير من الأشخاص الذي يستطيعون تحمل المسؤولية، و خاصة عند الزواج بعمر مبكر

حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز مكانة الأسرة التي تقوم على الزواج وأرست معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرة ومن أهدافه الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل.

ولهذا أعطت الشريعة للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى دعت الضرورة إليه ودون الحاجة إلى إرادة الزوجة و ذلك لكونه مالكا للعصمة الزوجية.

و مجال بحثنا هو الطلاق و سنتطرق في هذا الفصل إلى ماهية الطلاق و أركانه و القيود الواردة عليه.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق و أقسامه

سنحاول التطرق في هذا المبحث غلى مفهوم الطلاق و حكمه و كذا أقسامه من خلال المطالب التالية

المطلب الأول: تعريف الطلاق و حكمه

سنعرف الطلاق لغة و شرعا ثم تعريفه في ق أ ج و بعد ذلك سنتناول حكم الطلاق و دليل مشروعيته.

الفرع الأول: تعريف الطلاق

أولا- **الطلاق لغة:**

هو لغة حل الوثاق مشتق من الطلاق، وهو الإرسال، والترك وفلان طلق اليدين بالخير أي كثير البذل والإرسال لهما بذلك وفي الشرع حل عقدة التزويج قال إمام الحرمين هو لفظ جاهلي ورد الإسلام بتقريره.[1]

وفي تعريف آخر : هو حل رابطة الزواج بلفظ صريح: كأنت طالق أو كتابة مع نيته كإذهبي إلى أهلك.[2]

ثانيا- الطلاق شرعا:

عرفه الحنفية: إزالة النكاح الذي هو قيد معنى

عرفه المالكية: حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص.

عرفه الشافعية: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه.

---

[1] محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، دمشق، دار الفكر، ط01، 1988، ص 323.

[2] أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، باتنة، مطبعة الفن القرافيكي، ط04، 1981، ص 474.

عرفه الحنابلة: حل قيد النكاح أو بعضه

بعد التطرق إلى تعريف الطلاق عند كل مذهب يمكن لنا الخروج بتعريف شامل للطلاق في الفقه الإسلامي و هو: " رفع قيد النكاح في الحال و الاستقبال بعبارة ألفاظ تفيد الطلاق صراحة أو معنى"

ثالثا- الطلاق في القانون:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلا و اكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية و ذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من ق ا الأمر 05-02 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزواج أو بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون.[1] 07

الفرع الثاني: حكمه و دليل مشروعيته

أولا- الحكمة من تشريع الطلاق

1. واقعية الإسلام في تشريع الطلاق:

إن تشريع الإسلام للطلاق في الحالات الأسرية المستعصية، يدل على واقعية ومرونته ومواكبته وقائع الحياة البشرية ومتطلباتها العادلة في الوقت الذي لا يعتبر مسؤولا عن حالات الطلاق الظالمة التي تقع من بعض الناس بسبب حماقاتهم وجهالتهم، لأنهم استعملوا هذا العلاج في غير موضعه الذي شرع من أجله، وهو تصرف شاذ منهم يحتاج إلى تبصير وإرشاد.

[1] ابتسام محاتفي، الطلاق و إشكالاه في قانون الأسرة الجزائري، شهادة مساتر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017، ص 07.

فقد ذُكر أن رجلا جاء إلى عمر بن الخطاب، رضي الله عنه يستشيره في طلاق زوجته، لأنه ما عاد يحبها، ويميل إليها كما كان من قبل، وصارت نفسه تملها وتسأم منها فقال له عمر رضي الله عنه مؤنبا: وأين الرعاية والوفاء والعشرة في السراء والضراء".

كثيرا ما يحدث بين الزوجين من الأسباب والدواعي. ما يجعل الطلاق ضرورة لازمة لتحقيق الخير والاستقرار العائلي والاجتماعي لكل منهما فقد يتزوج الرجل والمرأة ثم يتبين أن بينهما تباينا في الأخلاق، وتنافر في الطباع، فيرى كل من الزوجين نفسه غريبا من الآخر نافرا منه، وقد يطلع أحدهما من صاحبه بعد الزواج على ما لا رضي من سلوك شخصي أو عيب خفي....فيكون الطلاق أمرا لا بد منه للخلاص من رابطة الزواج التي أصبحت لا تحقق المقصود منها والتي ألزم الزوجان بالبقاء عليها لأكلت الضغينة قلبيهما ، وقد يكون ذلك سببا في انحراف كل منهما ومنفذا لكثير من الشرود والآثام لهذا شرع الطلاق وسيلة لقضاء على تلك المفاسد وليستبدل كل منهما بزوجه زوجا آخر قد يجد معه ما افتقده مع الآخر قد يجد معه ما افتقده مع الأول[1]. فيتحقق قول الله تعالى: " وّإِنَ يَتَفَرَقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاً من سَعَتَهِ وَكانَ اللَّهُ وَاسعاَ حَكِيما" النساء الآية 130

أ- الإسلام يبغض الطلاق:

الطلاق هم انفصال[2] الزوج عن زوجته، أو فصم الرباط الذي جمع بينها على سنة الله، وانفصال الإنسان عن سنن الله، هو انفصال عن أسباب صلاحه، ونظام

[1] محمد بن سليمان بن عرفة، حقوق المرأة الإسلام، المكتب الإسلامي، ط03، 1983، ص 121.

[2] البهي الخولي، الإسلام و قضايا المرأة المعاصرة، القاهرة، مكتبة دار التراث 1984، ط04، ص 99.

غلفته وسكنه وما لم يكن بين الزوجين من الدواعي الجادة الخطيرة الموجبة للافتراق، فالإقدام.

على فصم العروة التي جمعتها عبث يتنافى مع ما لسنن الله من مضاء وهيبة، وفي أمثال هؤلاء العابثين الفارغين.

يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" ما بال أحدكم يلعب بحدود الله، يقول قد طلقت قد راجعت أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم "رواه النسائي.

إن أمر الطلاق ليس على ما يفهمه عوام الناس من هو أن الشأن وسلامة العقبى، بل هو أمر خطير، أباحه الإسلام على كراهة، حتى لا يغشاه أحد إلاّ لضرورة تضطره وفي ذلك يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (أبغض الحلال إلى الله عز وجل هو الطلاق) رواه أبو داوود.

لقد سمح الإسلام بالطلاق للحاجة إليه، إلا أنه كرهه وعده من أبغض التصرفات الإنسانية المباحة، قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقا رضي منها خلقا آخ) رواه مسلم.

إن استقرار الحياة الزوجية غاية من الغايات التي يحرص عليها الإسلام، وعقد الزواج إنما يعقد للدوام والتأبيد إلى أن تنتهي الحياة ليتسنى للزوجين أن يجعلا من البيت مهدا يأويان إليه، وينعمان في ظلاله الوارفة، وليتمكنا من تنشئة أولادهما تنشئة صالحة.[1]

[1] السيد سابق، فقه السنة، لبنان، دار الفكر، بيروت، المجلد 02، ط04، 1983، ص 207.

ومن أجل هذا كانت الصلة بين الزوجين من أقدس الصلات وأوثقها. وليس أدل على قدسيتها من أن الله سبحانه سمى العهد بين الزوج وزوجته بالميثاق الغليظ، قال تعالى:" وأَخَذْنَ مِنكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً" النساء الآية 21.

وإذا كانت العلاقة بين الزوجين هكذا موثقة مؤكدة، فإنه لا ينبغي الإخلال بها ولا التهوين من شأنها، وكل أمر من شأنه أن يوهن من هذه الصلة، ويضعف من شأنها فهو بغيض إلى الإسلام، لفوات المنافع وذهاب مصالح كل من الزوجين.

وأي إنسان أراد أن يفسد بين الزوجين من علاقة فهو في نظر الإسلام خارج عنه، وليس له شرف الانتساب إليه، يقول صلى الله عليه وسلم " ليس منا من خبب (أفسد) امرأة على زوجها" رواه داوود والنسائي.

والزوجة التي تطلب الطلاق من غير سبب ولا مقتضى، حرام عليها رائحة الجنة. فعن ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" أيما امرأة زوجها طلاقا من غير بأس . فحرام عليها رائحة الجنة." رواه أصحاب السنن.

ب- جعل الطلاق في يد الرجل لا ينقص من شأن المرأة:

جعل الإسلام الطلاق في الأصل ، حقا للزوج: لأنه أصبر على المشكلات والخلافات الزوجية ، فلا يسارع إلى الطلاق لكل غضبة يغضبها، حيث يعلم أنه إن طلق زوجته فسيتحمل ما يترتب على ذلك من مهر مؤجل، ومن تأمين السكن لها والنفقة عليها في أثناء عدتها، فضلا عن نفقة الأطفال وحضانتهم، هم تحت إشرافها ورعايتها، ونفقات أخرى، مثلها أو أكثر منها . إذا هو أراد الزواج بامرأة أخرى.

ومع أن الطلاق في الأصل للزوج فقد منحه الإسلام أيضا للزوجة وللقاضي، أما الزوجة فتملكه إذا اشترطته في عقد الزواج أو فوضها الزوج به العقد أو بعده،

بحيث ا يمكنه الرجوع عنه بعدئذ إلا بتنازل الزوجة عنه، كما يمكن للزوجة أيضا إنهاء عقد الزواج بالمخالعة وذلك حين تبذل للزوج مقدارا من المال مقابل إنهاء الحياة الزوجية المتعسر استمرارها بينهما، لقوله تعالى:" فَإِنَ خَفَتُمُ أَلَا يُقِيْمَا حُدُوْدَ اللهِ فَلَا جَنَاَحَ عَلَيْهِمَا فِيْمَا افْتَدَتْ بِه تِلْكَ حُدُوْدَ اللهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعِدْ حُدُوْدَ اللهِ فَأُوْلَئِكَ هُمْ الظَالِمُونْ" البقرة 299.

وقد جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب علي في خلق ولا دين، ولكن لا أطيقه بغضا، فسألها عما أخذت منه، فقالت: حديقة، فقال: أتدرين عليه حديقته، قالت :نعم، فقال لثابت : أقبل الحديقة وطلقها تطليقة رواه البخاري والنسائي.

وأما القاضي، فقد منحه الإسلام سلطة تقديرية للتفريق بين الزوجين حين المساس بحقوق الشريعة التي هي بمثابة النظام العام، كأن يرتد أحد الزوجين بذلك وطلبها الطلاق ، كما لو اكتشفت عجز الزوج عن المعاشرة الجنسية، أو أنها تضرر بغيبته الطويلة عنها أو بسجنه أو بإدمانه المخدرات والمسكرات، أو بضربه الظالم لها.

ويمكن أن نلخص سبب جعل الطلاق في يد الرجل لأمرين:

الأول: إن المرأة غالبا أشد تأثرا بالعاطفة من الرجل، فإذا ملكت التطليق، فربما أوقعت الطلاق لأسباب بسيطة لا تستحق هدم الحياة الزوجية.

الثاني: يستتبع الطلاق أمورا مالية من دفع مؤجل المهر، ونفقة العدة والمتعة، وهذه التكاليف المالية من شأنها حمل الرجل على التروي في إيقاع الطلاق، فيكون من الخير والمصلحة جعله في يد من هو أحرص على الزوجية، وأما المرأة فلا تتضرر ماليا بالطلاق، فلا تتروى في إيقاعه بسبب سرعة تأثرها وانفعالها.

2: حكم الطلاق

قال جمهور العلماء (المالكية والشافعية والحنابلة)، أن الطلاق من حيث هو جائز، (للأدلة السابقة) والأولى عدم ارتكابه. لما فيه من قطع الألفة إلا لعارض، وتعتبره الأحكام الأربعة من حرمة وكراهة، ووجوب وندب.

فيكون حراما، كما لو علم أنه إن طلق زوجته وقع في الزنا لتعلقه بها، أو لعدم قدرته على زواج غيرها، ويحرم الطلاق البدعي وهو الواقع في الحيض ونحوه كالنفاس وطهر وطئ فيه.

ويكون مكروها: كما لو كان له رغبة في الزواج، أو يرجو به نسلا ولم يقطعه بقاء الزوجة عن عبادة واجبة، ولم يخش زنا إذا فارقها ويكره الطلاق من غير حاجة إليه للحديث السابق عن ابن عمر : أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق.

ويكون واجبا: كما لو علم بقاء الزوجة يوقعه في محرم من نفقة أو غيرها، ويجب طلاق المولي (حالف يمين الإيلاء) بعد انتظار أربعة أشهر من حلفه إذا لم يفئ أي يطأ. [1]

ويكون مندوبا أو مستحبا: إذا كانت المرأة بذية اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده.

ويستحب الطلاق في الجملة لتفريط الزوجة في حقوق الله الواجبة، مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها على تلك الحقوق، ويستحب الطلاق أيضا في حال مخالفة المرأة من شقاق وغيره ليزيل الضرر، وإذا كانت غير عفيفة، فلا ينبغي له إمساكه، لأن فيه نقصا لدينه، ولا يؤمن إفسادها فراشه، وإلحاق به ولدا من غيره.

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دمشق، دار الفكر، ج07، 1992، ص 363.

ويستب الطلاق أيضا لتضرر الزوجة ببقاء النكاح لبغض أو غيره، ويستحب كون الطلاق طلقة واحدة، لأنه يمكنه تلاقيها، وإن أراد الطلاق الثلاث، فرق الطلقات في كل طهر طلقة ليخرج من الخلاف.

3: ضوابط الطلاق في الإسلام

اتفق العلماء على أن الزواج، العاقل، البالغ، المختار هو الذي يجوز له أن يطلق وأن طلاقه يقع.

فإذا كان مجنونا، أو صبيا مكرها، فإن طلاقه يعتبر لغوا لو صدر منه، لأن الطلاق تصرف من التصرفات التي لها آثارها ونتائجها في حياة الزوجين، ولا بد من أن يكون المطلق كامل الأهلية، حتى تصح تصرفاته.

وفي هذا يروي أصحاب السنن، عن علي رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل. رواه الترمذي والبخاري موقوفا.

ثانيا- مشروعيته في الإسلام

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

أ- من الكتاب: قوله تعالى: " يآ أَيُها النبَّي إِذَاَ طَلَقْتُمُ النِّساء فَطَلَقُّوُهُنَّ لِعِدَّتِهُنَّ وّأحْصُوا العِدَةَ" سورة الطلاق الآية

وقال تعالى: " الطَّلاقُ مرَّتانِ فَإمسَاكُ بِمَعْرُفِ أو تَسْرِيحُ بإِحْسَانِ" سورة البقرة 299.

ب- من السنة : عن أبي عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبغض الحلال إلى الله الطلاق " رواه أبو داود والحاكم وصححه .

ج- الإجماع: أجمعت الأمة على جواز الطلاق : لأن المعقول يؤيده فربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة وضرار مجرد.

المطلب الثاني: أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق بالنظر إلى الصيغة من حيث اشتمالها على التعليق على أمر مستقبل أو الإضافة إلى زمن في المستقبل وعدم اشتمالها على التعليق إل ثلاثة أنواع:

الفرع الأول- **تقسيم الطلاق من حيث تنجيز وتعليق وإضافة:**

أ- الطلاق المنجز أو العجل:

وهو ما قصد به إصداره وقوع الطلاق في الحال، كان يقول الزوج لزوجته: أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك،[1] وحكم هذا الطلاق، أنه يقع في الحال متى صدر من أهله، وصادف محلا له.

ب- الطلاق المعلق:

وأما المعلق: وهو ما جعل الزوج فيه حصول الطلاق معلقا على شرط مثل أن يقول الزوج لزوجته: إن ذهبت إلى مكان كذا، فأنت طالق، أو دخلت إلى دار فلان فأنت طالق، أو إن خرجت من المنزل يغير إذني فأنت طالق.[2] والتعليق قسمان:

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 442.

[2] السيد سابقن مرجع سابق، ص 222.

القسم الأول: يقصد به ما يقصد من القسم للحمل على الفعل أو الترك أو تأكيد الخبر ويسمى التعليق القسمي، مثل أن يقول لزوجته: إن خرجت فأنت طالق، مريدا بذلك منعها من الخروج إذا خرجت لا إيقاع الطلاق.

القسم الثاني: ويكون القصد إيقاع الطلاق عند حصول الشرط ويسمى التعليق الشرطي، مثل أن يقول لزوجته: (إن أبرأتني من مؤخر صداقك فأنت طالق). وهذا التعليق بنوعيه واع عند جمهور العلماء، ويرى ابن حزم أنه غير واقع.

وفصل ابن تيمية وابن القيم، فقالا: إن الطلاق المعلق الذي فيه معنى اليمين غير واقع، وتجب فيه كفارة اليمين إذا حصل المحلوف عليه، وهي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام، أما الطلاق الشرطي فإنه واقع عند حصول المعلق عليه.

وقال ابن تيمية: والألفاظ التي يتكلم بها الناس في الطلاق ثلاثة أنواع:

الأول: صيغة التنجيز والإرسال، كقوله : أنت طالق فهذا يقع به الطلاق وليس بحلف ولا كفارة فيه اتفاقا.

الثاني: صيغة تعليق كقوله: الطلاق يلزمني لأفعلن هذا، فهذا يمين باتفاق أهل اللغة، واتفاق طوائف العلماء، واتفاق العامة.

الثالث: صيغة تعليق كقوله: إن فعلت كذا فامرأتي طالق، فهذا إن صد به اليمين وهو يكره وقوع الطلاق كما يكره الانتقال عن دون فهو يمين، حكمه حكم الأول، الذي هو صيغة القسم باتفاق الفقهاء.[1]

[1] السيد سابق، مرجع سابق، ص 222.

وإن كان يريد وقوع الجزاء عند الشرط لم يكن حالفا، كقوله: إن أعطيتني ألفا فأنت طالق، وإذا زنيت فأنت طالق، وقصد إيقاع الطلاق عند وقوع الفاحشة، لا مجرد الحلف عليها، فهذا ليس بيمين، ولا كفارة في هذا عند أحد من الفقهاء فيما علمناه، بل يقع به الطلاق إذا وجد الشرط.

وأما ما يقد به الحض، أو المتع، أو التصديق، أو التكذيب بالتزامه عند المخالفة ما يكره وقوعه، سواء كان بصيغة القسم، أو الجزاء فهو يمين عند جميع الخلق من العرب وغيرهم.

وإن كان يمينا فليس لليمين إلا حكمان: إما أن تكون منعقدة فتكفر، وإما أن لا تكون منعقدة، كالحلف بالمخلوقات فلا تكفر.

تعقيب: كلام ابن تيمية يوافق العقل ويليق بزماننا حيث أصبح الرجال أخف عقولا وفي كلامهم طيش إذ يتلفظون بما لا يدرون، فما أحوج محاكمنا اليوم أن تعيد النظر في تشريعاتها المأخوذة عن اجتهادات بعض المذاهب، وتأخذ باجتهادات ابن تيمية.

ب- الطلاق المضاف إلى مستقبل:[1]

فهي ما اقترنت بزمن، بقصد وقوع الطلاق فيه، متى جاء مثل أن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق غدا أو إلى رأس السنة، فإن الطلاق يقع في الغد أو عند رأس السنة إذا كانت المرأة في ملكه عند حلول الوقت الذي أضاف الطلاق إليه.

قال أبو حنيفة ومالك: إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق إلى سنة تطلق في الحال. وقال ابن حزم: من قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو ذكر وقتا فلا

[1] السيد سابق، ص مرجع سابق، ص 225.

تكون طالقا بذلك، لا الآن ولا إذا جاء رأس الشهر برهان ذلك: أنه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك.

الفرع الثاني – **تقسيم الطلاق من حيث السنة والبدعة:**

ينقسم الطلاق من حيث موافقته والبدعة إلى سني وبدعي، والسنة : ما أذن الشارع فيه، والبدعة ما نهى الشرع عنه.

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة.

وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء.[1]

أ- الطلاق السني:

هو الطلاق الذي أذنت السنة في فعله، وليس المراد أن الطلاق سنة لأن أبغض الحلال إلى الله الطلاق ولو واحدة وإنما أراد المقابلة للبدعي، ومن البدعي ما هو حرام ومنه ما هو مكروه كما يأتي:

والطلاق الذي أنت السنة ما استوفى أربعة شروط هي:

الأول: من القيود أن يكون واحدة، فأكثر منها في دفعة بدعي مكروه.

[1] أبو الوليد رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الجزائر، دار الشريفة، 1989، ج02، ص 63.

الثاني: أن يوقع الطلقة في حال طهر المرأة فإن أوقعها في غير طهرها بل في حيض أو نفاس كان بدعيا لأنه يطول عليها عدتها.

الثالث: أن يكون ذلك الطهر الموقع فيه الطلقة لم يمسها فيه فإن أوقعه في طهر مسها فيه كان بدعيا لأنها في هذه الحالة لا تدري هل تعتد بالأقراء أو بوضع الحمل فقد ألبس عليها عدتها ولخوف الندم إن ظهر بها حمل ولعدم تيقنه لنفي الحمل إن أتت بولد وأراد نفيه لأنها ليست مستبرأة فإذا لم يمسها صار على يقين من نفيه وهو أحسنها.

الرابع: أن لا تكون الواحدة مردفة في العدة فلو طلقها طلقة رجعية ثم أردف عليها في العدة شيئا فبدعي مكروه وكذا يكره أن يراجعها ثم يطلقها لتطويله عليها العدة إن كانت نيته عند المراجعة الفراق وأما إن نوى البقاء ثم بدا له فطلق وهكذا في كل طهر طلقة لم تكره له المراجعة ولا الطلاق.[1]

ب- الطلاق البدعي:

عرفه ابن تيمية بقوله:" الطلاق منه طلاق سنة أباحه الله تعالى وطلاق بدعة حرمه الله، فطلاق السنة أن يطلقها طلقة واحدة إذا طهرت من الحيض قبل أن يجامعها، أو يطلقها حاملا قد تبين حملها، فإن طلقها وهي حائض أو وطئها وطلقها بعد الوطء، قبل أن يتبين حملها فهذا طلاق محرم بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين".

وتنازع العلماء: هل يلزم؟ أو لا يلزم؟ على قولين. والأظهر لا يلزم وإن طلقها ثلاثا بكلمة أو بكلمات في طهر واحد قبل أن يراجعها مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثا

[1] عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر الطباعة، ط01، ج04، 1978، ص 38.

أو أنت طالق ألف طلقة، أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق، ونحو ذلك من الكلام فهذا حرام عند جمهور العلماء من السلف والخلف وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد وظاهر مذهبه، وكذلك لو طلقها ثلاثا قبل أن تقضي عدتها: فهو أيضا حرام.

وأما السنة إذا طلقها طلقة واحدة لم يطلقها الثانية حتى يراجعها في العدة أو يتزوجها بعقد جديد بعد العدة فحينئذ له أن يطلقها الثانية وكذلك الثالثة فإذا طلقها الثالثة كما أمر الله ورسوله حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره.

وأما لو طلقها ثلاث طلاقا محرما مثل أن يقول : لها أنت طالق ثلاثة جملة واحدة: فهذا فيه قولان للعلماء.

– احدهما يلزمه الثلاث والثاني لا يلزمه إلا طلقة واحدة وله أن يرتجعها في العدة وينكحها بعقد جديد بعد العدة.

وهذا قول كثير من السلف والخلف وهو طائفة من أصحاب مالك وأبي حنيفة وأحمد

ابن حنبل، وهذا أظهر القولين، لدلائل كثيرة منها:

ما ثبت في الصحيح عن ابن عباس قال: كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من خلافه عمر واحدة.

ومنها ما رواه الإمام أحمد وغيره بإسناد جيد عن ابن عباس: أن ركانه بن عبد يزيد طلق امرأته ثلاثا في مجلس واحد وجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إنما هي واحدة وردها عليه.

وهذا الحديث قد ثبته أحمد بن حنبل وغيره، وضعف أحمد وأبو عبيد وابن حزم وغيرهم ما روى أنه طلقها البتة وقد استحلفه ما أردت إلا واحدة؟ فإن رواة هذا مجاهيل لا يعرف حفظهم وعدلهم، ورواة الأول معرفون بذلك.

ولم ينقل أحد عن النبي صلى الله عليه وسلم بإسناد مقبول أن أحدا طلق امرأته ثلاثا بكلمة واحدة فألزمه الثلاث، بل روى في ذلك أحاديث كلها كذب باتفاق أهل العلم، ولكن جاء في أحاديث صحيحة: أن فلانا طلق امرأته ثلاثا، أي ثلاثا متفرقة.[1]

تعقيب: لقد تعمدت أن أعرض رأي ابن تيمية في هذه المسألة الخطيرة، لما في رأيه من سدا ومصلحة للأسرة التي قد تهدم لأجل كلمة من طائش. وما دمنا نريد بإلحاح أن نحد من انتشار الطلاق فالرأي عندي أن نراجع قوانين الأسرة الجزائرية، ونوسعها على جميع الاجتهادات التي تحافظ على كيان الأسرة والمجتمع، وقد ذكر الأستاذ الغندور أن القانون في مصر والسودان ينص على أن الطلاق ثلاث بلفظ واحد لا يقع به إلا طلقة واحدة، وكذلك الطلاق المقترن بعدد لفظا.

طلاق الحامل:

يجوز طلاق الحامل في أي وقت شاء، لما أخرجه المسلم والنسائي، وأوب داود وابن ماجه: أن ابن عمر طلق امرأة له وهي حائض تطليقة، فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم : فقال: " مره فليراجعها، ثم ليطلقها إذا طهرت، أو وهي حامل." وإلى هذا ذهب العلماء.

الفرع الثالث– تقسيم الطلاق إلى رجعي وبائن:

[1] تقي الدين بت تيمة الحراني، مجموع الفتاوي، بيروت، دار الكتب الإسلامي، ج33، ط7، 2005، ص 72.

أ- الطلاق الرجعي:[1]

فهو الذي يملك الزوج بعد إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، ولو لم ترض وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائنا، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جد

ب- الطلاق البائن:

فهو نوعان: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى.

1- البائن بينونة صغرى:

هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد جديد ومهر وهو الطلاق وقبل الدخول أو على مال أو بالكناية عند الحنفية أو الذي يوقعه القاضي لا لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء.

2- البائن بينونة كبرى:

هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه وذلك بعد الطلاق الثلاث حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزوج آخر.

ج- حكم الطلاق الرجعي:[2]

اتفق الفقهاء على أن الطلاق لرجعي له آثار هي:

---

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 432.

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 438.

أ- نقص عدد الطلقات:

يترتب على الطلاق أن ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فإذا طلق الرجل زوجته رجعيا بقي له طلقتان وإذا طلق آخر بقي له طلقة واحدة.

ب- انتهاء رابطة الزوجية بانتهاء العدة.

ج- إمكان المراجعة في العدة:

يملك المطلق مراجعة مطلقته بالقول اتفاقا، وكذا بالفعل مادامت في العدة، فإذا انقضت العدة بانت منه، فلا يملك رجعتها، وإذا كانت الرجعة حقا له فلا يشترط رضا الزوجة ولا علمها، ولا تحتاج إلى ولي فيجعل الحق للأزواج.

لقوله تعالى :" وبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُ بِرِدَّهُنَ فِي ذَلِكَ إِن أَرَادوْا إِصلاَحاَ" البقرة آية 229 كما لا يشترط الإشهاد عليها.

د- حرمة الاستمتاع:

قال المالكية والشافعية: يحرم الاستمتاع بالمرأة المطلقة طلاقا رجعيا بوطء وغيره : لأنها مفارقة كالبائن، ولأن النكاح يبيح الاستمتاع فيحرمه الطلاق.

د- حكم البائن بينونة صغرى:[1]

الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل قيد الزوجية بمجرد صدوره، وإذا كان مزيلا للرابطة الزوجية فإن المطلقة تصير أجنبية عن زوجها.

[1] السيد سابق، مرجع سابق، ص 238.

فلا يحل له الاستمتاع بها، ولا يرث أحدهما الآخر إذا مات قبل انتهاء العدة أو بعدها ويحل بالطلاق البائن موعد مؤخر الصداق المؤجل إلى أبعد الأجلين الموت أو الطلاق.

وللزوج أن يعيد المطلقة طلاقا بائنا بينونة صغرى إلى عصمته بعقد ومهر جديدين دون أن تتزوج زوجا آخر، وإذا أعادها عادت إليه بما بقي له من الطلقات، فإذا كان طلقها واحدة من قبل فإنه يملك عليها طلقتين بعد العودة إلى عصمته، وإذا كان طلقتها طلقتين لا يملك عليها إلا طلقة واحدة.

هـ- حكم الطلاق البائن بينونة كبرى:

الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل قيد الزوجية مثل البائن بينونة صغرى، ويأخذ جميع أحكامه إلا أنه لا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا ويدخل بها دون إرادة التحليل ، يقول الله تعالى: " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" .أي فإن طلقها الطلقة الثالثة، فلا تحل لزوجها الأول إلا بعد أن تتزوج آخر لقول رسول الله صلى اله عليه وسلم لامرأة رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك "رواه البخاري"

طلاق المريض مرض الموت:[1]

جاء في المدونة عن طلاق المريض ما يلي:" قلت: أرأيت إذا طلق رجل امرأته وهو مريض قبل البناء بها؟

قال: قال مالك: لها نصف الصداق ولها الميراث إن مات من مرضه ذلك

قلت: فهل يكون على هذه عدة الوفاة أو عدة الطلاق؟

[1] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، لبنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ج02، ص 86.

قال: قال مالك : لا عدة عليها لا عدة وفاة ولا عدة طلاق

قال مالك: وإن طلقها بائنا وهو مريض وقد دخل بها كان عليها عدة الطلاق ولها الميراث.

وإن كان طلاقا يملك رجعتها فمات وهي في عدتها من الطلاق انتقلت إلى عدة الوفاة وإن انقضت عدتها من الطلاق قبل أن يهلك فهلك بعد ذلك فلها الميراث ولا عدة عليها من الوفاة

قال: ابن شهاب فحدثني طلحة بن عبد الله بن عوف أن عبد الرحمن عاش حتى حلت تماضر وهو حي فورثها عثمان بن عفان من عبد الرحمن بعدما حلت للأزواج.

قال ابن شهب وحدثني طلحة أنه قال : لعثمان بن عفان بم ورثتها من عبد الرحمن بن وف وقد عرفت أن عبد الرحمن لم يطلقها ضرارا ولا فرارا من كتاب الله.

قال: عثمان رضي الله عنه: أردت أن تكون سنة الناس الفرار من كتاب الله.

قال ابن رشد: وسبب الخلاف: اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا.

وخالف ابن حزم الظاهري[1] في ذلك وقال : والطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق مات من ذلك المرض أو لم يمت منه فإن كان طلاق المريض ثلاثا، أو آخر ثلاث، أو قبل أن يطأها، فمات أو ماتت قبل تمام العدة، أو بعدها ،

[1] أحمد الغندوز، مرجع سابق، ص 108.

أو كان طلاقا رجعيا فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة ، فلا نرثه شيء من ذلك كله، ولا يرثها أصلا، وكذلك طلاق صحيح للمريضة ، وطلاق المريض للمريضة، ولا فرق

احتج من رأى توريث المبتوتة في المرض بأن قالوا: فر بذلك عما أوجب الله تعالى لها في كتابه في الميراث فوجب أن يقضي عليه وعلى من لا يتهم بذلك لئلا يكون ذريعة إلى منع الحقوق.

قال أبو محمد: فنقول وبالله تعالى نتأيد ما فر قط كتاب الله تعالى بل أخذ بكتاب الله واتبعه، لأن الله تعالى أباح الطلاق وقطع بالثلاث وبالطلاق قبل الوطء جميع حقوق زوجية من النفقة وإباحة الوطء. والتوارث فأين هاهنا الفرار من كتاب الله تعالى؟ أنما كان يفر عن كتاب الله تعالى لو قال ، لا ترث مني شيئا دون أن يطلقها بل الفرار من كتاب الله تعالى هو توريث من ليست زوجة ولا أما ولا جدة ولا ابنة ابن ولا اختار ولا معتقة، ولكن أجنبية لم يجعل الله تعالى قد لها ميراثا.

وطيف يجوز أن تورث بالزوجية من أن وطئها رجم أو من قد حل لها زواج غير أو من هي زوجة لغيره، هذا هو خلاف كتاب الله تعالى حقا بلا شك وأيضا فان كانت ترثه بالزوجية فواجب أن يرثها بالزوجية كما يقول الحسن: إذا من الباطل المحال الممتنع أن تكون هي امرأته، ولا يكون هو زوجها فإن قالوا ليست امرأته قلنا، فلم ورثتموها ميراث زوجة، وهذا عجب جدا، وهذا أكل المال بالباطل بلا شك.

ومن العجب قولهم فر بميراثها، وأي ميراث لها من صحيح لعلها هي تموت قبله ورب صحيح يموت قبل ذلك المريض، وقد يبرأ من مرضه، فما وجب لها قط إذ طلقها ميراث يفر به عنها .

المبحث الثاني: أركان الطلاق و القيود الواردة عليه

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى أركان الطلاق و القيود الواردة عليه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: أركان الطلاق

للطلاق أركان ولكل ركن شروط يجب توافرها جميعا، بعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق وهو الزوج أو المطلق وبعضها يرجع إلى من يقع عليه الطلاق وهي الزوجة أو المطلقة وبعضها يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي الصيغة، وسنتناول كل ركن في فرع.

الفرع الأول: ركن المطلق

يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح، سواء كان الطلاق من الزوج أمن رسوله أو من وكيله و نظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع اشترط العلماء شروطا لابد من توافرها في المطلق حتى يمكنه إيقاع الطلاق وهي:

أولا :أن يكون زوجا أو رسولا منه أو وكيلا عنه، فلو لم يكن المطلق واحدا من هؤلاء فإنه لا يملك إيقاع الطلاق، و الجليل على أن الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق هو قوله تعالى: " وَإِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ" [1]و قوله أيضا: " فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حتى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَه"[2] فالطلاق يكون بالإرادة المنفردة للزوج و لا يملكه أحد غيره و النتائج الشرعية التي تترب على ذلك ما يلي:

أ –لا يجوز لغير الزوج أن يطلق،

[1] سورة البقرة، الآية 231.

[2] سورة البقرة، الآية، 230.

ب-لا يجوز لولي الصغير أن يطلق عليه زوجته ،

ج -لأن الزوج صاحب الحق في الطلاق، فإنه متى تلفظ بالطلاق في أي وقت وفي أي مكان يترتب عليه أثره ما دام مستوفيا لأركانه وشروطه.[1]

ثانيا :أن يكون بالغا عاقلا، فالصبي و إن كان مميزا لا يقع طلاقه ولو أجازه الولي، لأن الطلاق تصرف ضار ضررا محضا ولما كان الطلاق أمرا خطيرا تترتب عليه بعض الالتزامات ، فإن الفقهاء اختلفوا في مدى وقوع طلاق كل من السكران السفيه ونحوه وفي ما يلي بيان ذلك:

1. **طلاق المجنون والمدهوش** :ولا يصح طلاق المجنون، ومثله المغمى عليه والمدهوش هو الذي اعترته حالة من الانفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل أو يصل به الانفعال إلى درجة يغلب معها الخلل في أقواله وأفعاله، بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب، لقوله صلى الله عليه وسلم "لا طلاق في إغلاق[2] "، والإغلاق كل ما يسد باب الإدراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن ونحوها.[3]

2. **طلاق الغضبان** :يفهم مما ذكر أن طلاق الغضبان لا يقع اذا اشتد الغضب بأن وصل إلى درجة لا يدري فيها ما يقول و يفعل ولا يقصده أو وصل به الغضب إلى درجة يغلب عليه فيها الخلل و الاضطراب في أقواله وأفعاله، وهذه حالة نادرة فإن ظل الشخص في حالة وعي و ادراك لما يقول فيقع طلاقه، وهذا هو الغالب في كل

---

[1] محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 49-50.

[2] الدار القطني علي بن عمر سنن الدار قطنين تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط01، دار ابن حزم، بيروت، 2011، ص 844.

[3] عبد القادر بن حرز الله الخلاصة، في أحكام الزواج و الطلاق، في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، طه، دار الخلد ونية، الجزائر، 2007، ص 218.

طلاق يصدر من الرجل، لأن الغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل واخذ مال بغير حق وطلاق غيرها.[1]

3. طلاق فضولي: هو من يوقع الطلاق عن غيره بغير إذنه، فان حكمه كبيعه، متوقف على الإجازة فإن أجازه الزوج لزم، وهذا التشبيه بالبيع من ناحية توقف كل منهما على إجازة المالك، لا في أصل القدوم على هذا التصرف، فإنه اتفق على عدم جواز قدوم الفضولي على الطلاق بخلاف البيع، فيقبل بالحرمة و قبل بالجواز وتكون العدة في طلاق الفضولي من يوم إجازة الزوج لا من يوم إيقاع الفضولي. [2]

4. طلاق الهازل: يلزم الطلاق ولو وقع من الشخص هازلا، وهذا كالنكاح والرجعة فإنها تلزم بالهزل و المزاح، و إن لم يقصد إيقاعها، لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ":ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرج يقصد الأثر المترتب عليه، فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح المنقول و صريح المعقول.[3]

5. طلاق الغائب: إذا طلق الزوج زوجته وهو غائب عنها، فإنه يقع و الدليل ما جاء في قصة فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها وهو غائب باليمين وأرسل إليها بطلاقها مع عباس ابن أبي ربيعة، ووجه الاستدلال أن هذه الواقعة قد عل مها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه ولا رد طلاقه، فدل ذلك على جواز طلاق الغائب.[4]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله الخلاصة، مرجع سابق، ص 218.

[2] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، ج04، ط02، مؤسسة المعارف للطباعة و النشر، لبنن، 2005،ص 43.

[3] محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 55.

[4] للحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 44.

6. طلاق السكران: السكران الذي وصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام ولا يعي بعد أفقه ما صدر منه حال سكره، فالسكران بطريق محرم مختار لشربه كخمر أو مخدر يقع طلاقه زجرا له على ارتكاب المعصية، فإن كان بطريق غير الحرام كالمكره أو بحجة العمليات الجراحية فلا يقع طلاقه و يعذر لعدم الإد ا رك والوعي كالنائم.[1]

7. طلاق السفيه: السفيه هو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل السليم، فينتقد طلاق المحجور إذا كان بالغا باتفاق المذاهب، ولو يغير إذن وليه، لأن موضع الحجر هو التصرفات المالية والرشد ليس شرطا لوقوع الطلاق.[2]

8. طلاق المكره: طلاق المكره لا يقع عند الجمهور غير الحنيفة لانتفاء القصد، لقوله صلى الله عليه وسلم ":إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ و المسيان وما استكرهوا عليه.[3]

9. طلاق المريض مرض الموت: طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقا، ومرض الموت عارض سماوي يصيب الإنسان في مراحل حياته فيؤثر في قواه البدنية، يترتب عليه شرعا تغيير في بعض الأحكام حماية للغير، أي أن من تعرض لهذا العارض فإنه قد يتصرف تصرفا يقصد به الإضرار بغيره وخاصة زوجته و يسمى طلاق الفار.[4]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 220.

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 220.

[3] سنن ابن ماجة للحافظ بن عبد الله، كمرجع سابق، ص 659.

[4] بختي العربي، أحكام الطلاق و حقوق الولادة في الفقه الإسلامين دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط01، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص 76.

وهو طلاق المريض مرض الموت قصد حرمان الزوجة من الميراث، فيحكم عليه بنقيض قصده و يبقى للزوجة حق الميراث رغم طلاقها وهو رأي جمهور الفقهاء غير الشافعية، إلا أنهم اختلفوا في وقت استحقاقها للإرث إذا ما حدث الموت:

أ- **الحنيفة** :ترث إذا كانت ما زالت في عدتها،

ب-**الملكية** :ترث ولو انتهت عدتها،

ج-**الحنابلة** :ترث مالم تتزوج ثانية.

واشترطوا لثبوت ميراث المرأة في طلاق الفار ما يلي:

-أن لا يصح الزوج من ذلك المرض،

-أن يتم الطلاق بعد الدخول الحقيقي ولا يعتد بالخلوة فيه،

-أن يكون الطلاق دون رضا الزوجة و إلا يعتبر طلاق الفار،

-أن تكون الزوجة أهلا للميراث وقت الطلاق أي لا يوجد اختلاف في الدين،

-إذا كان الطلاق من طلاق رجعي وحدثت الموت أثناء العدة فإنها ترث بالاتفاق،[1]

-إذا كان الطلاق من طلاق رجعي أو بائن حال الصحة وحدثت الموت بعد انقضاء العدة فإنها لا ترث بالاتفاق.

إذن الطلاق ملك للزوج البالغ، العاقل، ولا تملكه الزوجة إلا بتفويض من الزوج أو بتوكيل منه كما لا يملكه القاضي إلا في أحوال خاصة.[1]

[1] قوانين الأحكام الشرعية و مسائل الفروع الفقهية لمحمد ابن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، دار العلم للملايين، لبنان، 1968، ص 253.

ثالثا :أن يكون قاصدا الطلاق وهو إرادة الزوج التلفظ به ولو لم ينوه فلا يقع طلاق فقيه يكرره ولا طلاق حاك عن نفسه أو غيره لأنه لم يقصد معناه، بل قصد التعليم و الحكاية ولا طلاق اعجمي لقن لفظ الطلاق، بلا فهم منه لمعناه، ولا يقع طلاق سر بلسان نائم، ومن زال عقله بسبب لم يعص به.

وكذلك لا يقع طلاق المخطئ أو من سبق لسانه، بأن أ راد أن يقول طاهر أو طالب فقال خطأ أنت طالق فلا يقع طلاقه على ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم" :رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل[2] ."

بخلاف طلاق الهازل فإنه واقع لأنه قاصد التلفظ بلفظ الطلاق حتى و إن لم يرد معناه.[3]

موقف القانون الجزائري من ركن المطلق وشروطه:

نص المشرع الجزائري في م 48 ق ا 05-02 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بحدود ما ورد في مادتين 53 و 54 من هذا القانون " و بالتالي ذكر المشرع صور الطلاق دون ذكر التفاصيل الأخرى".

و لو يورد قد نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب بالمذهب المالكي طبق م 222 ق أ 05-02، و رغم سكوته عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج فقد نص في م 85 ق أ 05-02 بأنها " تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه

---

[1] رحو مليكة، الطلاق بالإدارة المنفردة للزوج، شهادة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 23، 2012-2015، ص 32.

[2] حديث صحيح البخاري للأمام محمد بن إسماعيل البخاري، دار ابن كثير، دمشق، 2002، ص 134.

[3] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 221.

غير نافذة إذا أصدرت في حالة الجنون أو العته أو السفيه و الأهلية المطلوبة هنا هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية و غير محجوز عليه. [1]

كما نصت م 132 من ق ا 05-02 على أنها إذا توفى احد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث، هنا و قد تكون الوفاة بسبب مرض الموت فيكون قد طلقها ف مرض الموت و هذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة.

و هذا ما أيدته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر 17-03-1998، الذي نص على أن الطلاق في مرض الموت – جواز ذلك- ما عدا حالة الحرمان من الميراث.[2]

إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث.

الفرع الثاني: ركن المطلقة

لا خلاف بين الفقهاء أن المطلقة هي الزوجة في نكاح صحيح شرعي فهي محل الطلاق ومن يقع عليها الطلاق، أما المرأة الأجنبية عن الرجل إذا أوقع عليها الطلاق لا تكون مطلقة، وسبب ذلك هو أنها ليست محلا لطلاقه، والطلاق الواقع

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج01، الزواج و الطلاق، ط05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007. ، ص230.

[2] حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا، الزواج و انحلاله، الخطبة، دار الخلد ونية، الجزائر، 2015، ص 32.

منه عليها هو لغو من القول لا ينتج أثرا شرعيا بالنسبة لها[1] .يشترط لوقوع الطلاق عليها ما يلي:

أولا- قيام الزوجية وقت الطلاق:

فيقع عليها الطلاق حال قيام الزوجية الصحيحة قبل الدخول أو بعده، و لا يقع على مرأة غير متزوجة و أن تكون الزوجة في طهر لم يمسها فيه.

ثانيا- صحة الزواج بالعقد:

فلا يقع على المرأة متزوجة زواجا غير زوجها

ثالثا- إلا تكون مطلقة قبل الدخول

فلا يقع الطلاق على من تزوجت زواجا صحيحا ثم تطلق قبل الدخول و لا يلحقها طلاق آخر، لأنها لم تكن من ذوات العدد.

رابعا- ألا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثا[2]

موقف قانون الأسرة الجزائري من ركن المطلقة وشروطه:

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بمحلية الطلاق، و مما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشرعية الإسلامية وفق نص م 222 من ق أ 05-02، غير انه وضح م 48 ق أ 05-02 بان الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح، كما أنه نظم أحكام الرجعة في المادتين 50 و 51 من ق أ 05-02.

---

[1] أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، تعريف العدة و مشروعيتها، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 165.

[2] محفوظ بن صغير، قاضاي الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، المعدل للأمر 05-02، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 55.

الفرع الثالث: ركن الصيغة

نبحث عن شروط هذا الركن في ثلاث نقاط هامة و هي أولا ألفاظ الطلاق، ثانيا عدد الطلقات، ثالثا صيغة الطلاق.

أولا- ألفاظ الطلاق

اتفق الفقهاء على أن الز واج ينتهي بالطلاق بالعربية أو بغيرها سواء لفظا أو كتابة أو إشارة وسواء كان اللفظ صريح أو كناية.

1-اللفظ الصريح :هو اللفظ الذي ظهر المراد منه، وغلب استعماله عرفا في الطلاق كالألفاظ المشتقة من الطلاق مثل:أنت طالق، طلقتك، أنت مطلقة.

2-**اللفظ الكناية** :وهو كل لفظ يحتمل الطلاق و غيره ولم يتعارف به الناس بإرادة الطلاق كقول الرجل لزوجته الحقي باهلك واخرجي واذهبي، أنت بائن، أنت بتة، استبرئي رحمك، أمرك بيدك.

وعند المالكية الكناية نوعان ظاهرة وخفية و الكناية الظاهرة لها حكم الصريح كلفظ التسريح و الفراق أو قوله أنت بائن وتينة أما الخفية كقوله اعتدي فيقع بها طلقة واحدة إلا إذا أكثر من ذلك .[1]

واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة وبإرسال رسول وحكمه حكم الطلاق الصريح كما يقع الطلاق بالإشارة المفهمة بيد أو رأس عند الضرورة كالأخرس، ولا يصح الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام والكتابة، وعند المالكية إشارة القادر على الكلام كالكناية تحتاج إلى النية.[2]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 222.

[2] عبد القادر حرز الله، مرجع سابق، ص 222.

موقف القانون الجزائري من ألفاظ الطلاق:

يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة، كما يقع بالكتابة المفهمة، و بما أن الطلاق هو تعبير عن الإدارة وفق م 48 ق أ 05-02 الذي يكون باللفظ و بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه حسب م 60 من ق أ 05-02، و قد ذهبت م ع قرارها المؤرخ في 1984/05/14 بأنه: " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح و لا ينوب عنه في ذلك إلا ن فوض لهم أمره، و لا يتم ذلك غلا بصيغة صريحة و واضحة.[1]

ثانيا- عدد الطلقات

يملك الرجل على زوجته طلقة وطلقتان وثلاث و يجوز مراجعتها بعد الأولى و الثانية، لقوله تعالى ":الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ[2] "، إن نوى بكلامه عدد ميعن أو صرح بعدد قرنه بالطلاق وقع ما نواه أو صرح به من العدد فيقع ثلاثا إذا تكرر منه أو قيد بلفظ الثلاث سواء طلق المرأة واحدة بعد واحدة أم جمع الثلاثة في كلمة واحدة فإن قال لها أنت طالق ثلاثا وقع ثلاث دخل بها أم لا.

و إذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق يقع ثلاثا إلا إذا لم يتخلل فصل بين الجملتين وقصد به تأكيد الطلقة السابقة فيقع طلاقا واحدا.

---

[1] بلحاج العربي، لمرع السابق، ص 251.

[2] سورة البقرة، الآية، 229.

و يرى المالكية صحة الاستثناء في الطلاق بأحد أدوات الاستثناء إلا، سوى ...ولو لفظ بها سرا ، مثل قوله أنت طالق ثلاث إلا واحدة فيلزمه اثنان بشرط اتصال المستثنى بالمستثنى منه ولا يضر العطاس أو السعال أما الفاصل الاختياري لا يصح وأن يقصد بالاستثناء الإخراج " إلا واحدة أو إلا اثنان" وأن لا يستغرق المستثنى منه المستثنى لقوله" أنت طالق ثلاث إلا ثلاث فلزمه الثلاث".[1]

موقف قانون الأسرة الجزائري من عدد الطلقات :

لم يورد المشرع أي نص في هذا الشأن غير أنه اعتبر في م 51 ق أ 02-02[2] الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتات هو ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات، عتد المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة الطلاق و هذا أمر يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي[3]، مع أن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بحكم قضائي.

ثالثا- أنواع صيغة الطلاق

تتنوع صيغة الطلاق غلى ثلاثة أنواع: صيغة منجزة و معلقة و صيغة مضافة.

1. **الصيغة المنجزة** :وهي التي تكون في الحال وترتب أثارها بمجرد صدورها كقوله "أنت طالق" أو " طلقتك" من غير تقييد ولا يمين وهذا هو الأصل في الطلاق .[4]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص ص 25-26.

[2] المادة 51 ق أ " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلقه منه أو يموت عنها بعج البناء"

[3] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 252.

[4] المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 161.

2. **الصيغة المضافة** :هو ما أضيف حصوله لوقت المستقبل كالشهر القادم، يقع متى ظهر الزمن الذي أضيف إليه.

3. **الصيغة المعلقة** :وهو ما ترتب وقوعه عل حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط كإن إذا دخلت دار فلان فأنت طالق، و يشترط لصحة التعليق ما يلي :

أ –أن يكون حال قيام العلاقة الزوجية،

.ب – أن يكون الشرط المعلق عليه معدوما في الحال الذي قد يحصل في المستقبل أولا[1]

موقف قانون أ .ج من أنواع صيغة الطلاق:

لم يتعرض المشرع لأنواع صيغة الطلاق و اليمين بالطلاق تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي م 222 ق أ 02-02، غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة و على القاضي ضرورة الاجتهاد و البحث و العمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة بأن الحلف باليمين و الحرام لا يقع به طلاقا و أن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه، و ما معناه هو طلاق لاغ.[2]

المطلب الثاني: القيود الواردة على إيقاع الطلاق

انطلاقا مما هو مقرر فقها وقانونا أن الطلاق بيد الرجل هو حق أصيل له يستعمله دون اعتماد على إرادة الم أره في إحداث هذا الأثر غير أنه لابد من تحديد

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 254.

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 256.

طبيعة حق الزوج في إيقاع الطلاق، فيجب أن يكون استعماله بمعروف أو بإحسان فقد ضبط فقهاء الشريعة حق الزوج في إيقاع الطلاق من خلال القيود التالية:

الفرع الأول: أن يكون الطلاق لحاجة

حيث بتقييد استعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه والحكمة التي دعت إلى مشروعيته الطلاق هي الحاجة المتمثلة في الخلاص من الرابطة الزوجية عند تبيان الأخلاق وع روض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى بحيث يفوت المقصود من النكاح و ينقلب إلى مضرة . [1]

إذن الحاجة قيد من القيود الواردة لإيقاع الطلاق، فإن وقع من غير حاجة وقع الطلاق وأثم المطلق ولا حاجة للتعويض المادي بسبب كون الطلاق تعسفا كما تجنح إليه بعض القوانين، والاكتفاء بإلزام الرجل بمؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق.

و كان القانون الجزائري من بين القوانين التي اعتبرت أن الطلاق بدون سبب او من غير حاجة طلاق تعفسي و هذا ما ورد في م 52 ق أ 05-02 إذا تبين للقاضي تعفس الزوج في الطلاق على المطلقة دونما سبب مقبول و عن الزوجة سيصيبها ذلك ضرر جاز القاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة و درج تعفسه بتعويض عادل.[2]

الفرع الثاني: أن يكون في طهر لم يجامعها فيه

وهذا متفق فيه بين الفقهاء فإن أوقع الزوج الطلاق حال الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه كان طلاقا حراما عند جمهور الفقهاء وهو الذي يسمى بالطلاق

[1] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 106.

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 226.

البدعي، و المالكية يحرمونه حال الحيض والنفاس و بكره عندهم حال الطهر الذي مسها فيه لاحتمال حملها منه في ذلك الوطء لأن الشارع أمر بالطلاق عندما تكون المرأة مستقبل عدتها قال تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ"[1]

و اذا خالف الرجل هذا القيد وقع طلاقه اتفاقا بدليل حديثة صلى الله عليه وسلم لما طلق ابن عمر امرأته وهي حائض فقال لعمر "مره فليراجعها تم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء امسك بعد و إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء " ، فالمراجعة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق.

و نجد أن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق غلى هذا القيد لأنها لم يتحدث أصلا عن الطلاق السني و البدعي و بالتالي إلى أحكام الشريعة وفقا للمادة 22 ق أ 05-02.

الفرع الثالث: أن يكون طلقة واحدة لا يتبعها طلاق آخر

وذلك متى تنقضي عدتها وهذا متفق عليه بين الفقهاء، فالطلاق السني هو الواقع مفرقا فإن جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متفف رقة في طهر واحد كان طلاق بدعي محظور، محرم عند الماليكة الحنية وابن تيمية ولما أخرجه النسائي عن محمود بن ليبد قال: أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات دميعا، فقام غضبان، ثم قال": أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم."

[1] سورة الطلاق، الآية01.

و إن خالف الرجل هذا القيد كان أثما مستحقا التأديب، ولكن طلاقه يقع بحسب العدد الواقع فإن طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع به ثلاث طلقات عند الجمهور، أما قول ابن تيمية وابن القيم يقع به واحدة ولا تأثير للفظ فيه .[1]

و هذا ما أخط به المشرع الجزائري بأن الطلاق الثلاث يقع طلقة واحدة حسب رأي ابن تيمية خلافا لجمهور الفقهاء، و هذا ما نستنتجه من خلال نص م 51 ق ا 05-02 " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية غلا بعد أن تتزوج غيره، و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء، فالظاهر أنه يقصد أن يطلق الرجل قم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق، و منعى هذا أنه يشر صراحة غلى قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد.[2]

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 228-229.

[2] المصري مبروك، مرجع سابق، ص 159.

الفصل الثاني: إجراءات دعوى الطلاق و إشكالاته و آثاره

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول غلى تعريف الطلاق و اقسماه، من خلال المبحث الأول و إلى أركان الطلاق و القيود الواردة على إيقاع الطلاق في المبحث الثاني، نتطرق الآن إلى الفصل الثاني حيث سنتناول في المبحث الأول إجراءات دعوى الطلاق و التي تسبق حكم الطلاق، ثم نتطرق إلى الإشكالات التي يجرحها، من خلال تناول إشكالات هامة تمس العدة و الميراث.

مع أن الحضانة و النفقة أيضا إشكالات من ناحية أن قانون الأسرة لم يأخذ يترتب الحاضن وفقا للمذاهب الأربعة بل اخذ بمذهب الغمامية، و لم ينص على الشروط الواجب توفرها في الحاضن بالرغم من أهميتها لأنها تمس الجانب الضعيف.

المبحث الأول: إجراءات دعوى الطلاق

رغم أن ق أ ج تضمن القواعد الأساسي لبناء هيكل الأسرة الجزائري، و ذلك ببيان أحكام الزواج و الطلاق و حقوق و واجبات الزوجين و حقوق الأولاد و الوالدين إلا أنه لم يتضمن الإجراءات التي تحدد طريق الوصول إلى مثل هذه الحقوق، و ضمان القيام بهذه الواجبات لذا يجب البحث على ذلك ضمن ق غ م إ، ولكي تكون دعوى الطلاق صحيحة و مستوفية لشروطها يجب إتباع قواعد و إجراءات أساسية لرفع الدعوى، حيث سنطرق في المطلب الأول غلى إجراءات رفع دعوى الطلاق من خلال ذكر شروط قبول الدعوى و قواعد الاختصاص أما المطلب الثاني سنتناول فيه كيفية سير دعوى الطلاق.

المطلب الأول: رفع دعوى الطلاق

من خلال هذا المطلب سنتطرق غلى كيفية رفع دعوى الطلاق، و ذلك من خلال بيان الشروط للازمة لقبول الدعوة من صفة و مصلحة في الفرع الأول، و كذا قواعد الاختصاص الذي يتمثل في الاختصاص النوعي و الاختصاص الإقليمي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط قبول دعوى الطلاق

عند رفع أي شخص دعوى قضائية يجب أن تتور فيه شروط نصت عليها المادة 13 من ق إ م إ، و هي الصفة و المصلحة في حين أن ق إ م القديم نص في المادة 459 منه على توفر ثلاث شروط و هي الصفة و المصلحة و الأهلية.

أولا. الصفة:

" هي الحق في المطالبة أمام القضاء، و تقوم على المصلحة المباشرة و الشخصية في التقاضي.[1]

أما الصفة في مجال الرابطة الزوجية فهي أن يكون احد الزوجين الذي يفرع دعوى ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى و تقديمها إلى المحكمة بمعنى انه لتحقق هذا الشرط يبج أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة أو أحد مثيليهما قانونا، و عليه فغن فقد شرط الصفة سيؤدي حتما غلى الحكم بعدم قبول الدعوى، كما يجب أن يكون لصاحب الصفة نسخة من عقد الزواج و أن يقدمها غلى المحكمة رفقة عريضة افتتاح الدعوى. [2]

ثانيا- المصلحة:

هي المنفعة التي يحققها المدعي من وراء اللجوء إلى القضاء، و تعتبر المصلحة الدافع لرفع الدعوى، و الهدف من اشتراط المصلحة ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء، فلا دعوى من دون مصلحة، و أضاف المشرع ضمن م 13 ق إ م إ أو محتملة هي غائية في المادة 459 ق غ م إ، تشير إلى توفر عنصر المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة يقرها القانون. [3]

بمعنى أنه يجب على المدعي أن يدعي بحق يعترف به القانون و يحميه، كما يجب أن تكون المصلحة قائمة و حالة أي أن يكون النزاع بغرض حماية حق أو مركز قانوني أو تعويض ما لحق به من ضرر، أما المصلحة المحتملة يكون الهدف

[1] عبد الرحمان برابرة، شرح ق إ م إ، ط02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 34.

[2] عوقي رحمة، أحكام التطليق في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، شهادة ماستر، جامعة محمد بوضياف، قسم العلوم القانونية و الإدارية، 2015-2016، ص 58.

[3] عبد السام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، ط09، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 66-67.

من ورائها منع وقوع ضرر محتمل، والحق للخصم لدفع بعدم وود المصلحة ليس للقاضي ذلك كما هو عليه الحال في الصفة التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

أما المقصود من المصلحة في الطلاق هو أن يكون الهدف إقامة الدعوى من الزوج ضد الزوجة أو العكس للحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية من الطلاق و إقرارها، لأن عدن توفر شرط المصلحة يؤدي حتما غلى عدم قبول الدعوى.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي

تنظر المحكمة في جميع القضايا المدنية و التجارية و البحرية و قضايا الأسرة و تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع و هذا ما جاء به ق غ م إ حسب المادة 32 منه[1]، و هو الاختصاص النوعي أما الاختصاص الإقليمي فقد تناولته م 37 منه[2]، و عليه سنتناول الاختصاص النوعي و الإقليمي و في ما يخص قضايا شؤون الأسرة و بالضبط قضايا الطلاق.

أولا- الاختصاص النوعي:

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوي، فالاختصاص النوعي هي توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى، بعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى. [3]

[1] المادة 32 ق إ م أ.

[2] المادة 37 من ق غ م إ.

[3] عبد الرجمان برابرة، مرجع سابق، ص 74.

يتسند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة غلى مضمون ق أ و قد ذكرت المادة 423 ق إ م إ أهم الدعاوي التي يعرفها القضاء، لكنها لا تمثل كل الدعاوي التي يختص بها قسم شؤون الأسرة لوجود منازعات أخرى لم يأت ذكرها، و المنازعات التي تم ذكرها هي دعاوي الخطبة و الزواج و الرجوع و كذا دعاوي انحلال الرابطة الزوجية و توابعها، دعاوي المتعلقة بالولاية و سقوطها و الحجر و الغياب و الفقدان و التقديم. [1]

إذن فدعوى الطلاق ترفع أمام قسم شؤون الأسرة على الدرجة الأولى للقضاء العادي و طبيعة الاختصاص النوعي من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه حسب المادة 36 ف غ م إ نستنتج منها أنه لا يجوز مخالفته و لا الاتفاق على خلافه و لما كان ذلك فغن الدفع بعدم الاختصاص النوعي يمكن إثارته من أي طرف له مصلحة، في أي مرحلة من مراحل التقاضي كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها و الحكم بمقتضاه.

ثانيا- الاختصاص الإقليمي:

" هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوي المرفوعة أمامها، استنادا غلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي.[2]

و يشمل موضوع الاختصاص الإقليمي قاعدة عامة تعتمد مقر المدعي عليه م 37 ق إ م إ مجموعة استثناءات بحسب كل حالة المادة 39 ق غ م إ.

تحدد المادة 426 ف إ م إ الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع، إما في موطن المدعي أو في موطن المدعى عليه أو الموطن

[1] عبد الرحمان برابرة، مرجع سابق، ص 328-329.

[2] عبد الرحمان برابرة، مرجع سابق، ص 83.

الذي يختراه الطرفين، أما القضايا التي لم يرد ذكر اختصاصاها فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة للاختصاص.

فمن حيث الاختصاص الإقليمي في موضوع الطلاق هو مكان وجود مسكن الزوجية حسب نص المادة 426 ق إ م إ. [1]

و نستنتج من المادة 46 من ق إ م إ [2] إن الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام و من ثمة لا يثيره القاضي من تلقاء، بل بطلب من أحد الخصوم حسب نص المادة 47 من ق إ م إ [3]، و بالتالي يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما أمام المحكمة الأقرب أو التي يختارانها و في هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الاختصاص الإقليمي.

المطلب الثاني: سير دعوى الطلاق

بعدما تطرقنا إلى الشروط اللازمة لرفع دعوى الطلاق المتمثلة في الصفة و المصلحة و كذا قواعد الاختصاص الإقليمي و النوعي، نتطرف إلى كيفية سير دعوى الطلاق من خلال بيان عريضة افتتاح دعوى الطلاق في الفرع الأول و الإجراءات التي تلي ذلك من صلح و تحكيم في الفرع الثاني أما طبيعة الحكم الصار و الطعن فيه فتأتي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق

تعتبر العريضة اصطلاحا قانونيا، يقصد به الطلب المكتوب الموجه للقاضي، و الذي يعرض خلاله العارض ادعاءاته و طلباته و دفوعه من أجل طلب الحصول

[1] المادة 426 ق إ م إ.

[2] المادة 46 من ق إ م إ.

[3] المادة 47 من ق إ م إ.

على حكم في الدعوى، سواء بتقرير حق أو حماية مركز قانوني أو جبر ضرر ما عن طريق التعويض و يعتبر إيداع العريضة أول خطوة قانونية تفتح بها الدعوى، كما تختلف العرائض بحسب موضوع الدعوى و طبيعة الطلب، فنجد مثلا عريضة استئناف و عريضة طعن.. و لكن مع اختلاف العرائض فغن البيانات الأساسية لا تختلف. [1]

ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة و مؤرخة تود بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف، م 14 من ق إ م إ و ذكرت م 15 من ق إ م إ وجوب توفر مجموعة بيانات في عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا و هي ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، اسم و لقب المدعي و موطنه ثم اسم و لقب و موطن المدعي عليه و عرض موجز للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، أخيرا يمكن الإشارة عند الاقتضاء غلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى و تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها بعد رفع الرسوم المحددة قانونا و يسجل أمين الضبط رقم القضية و تاريخ الجلسة [2]، حسب نص 16 ز 17 من ق إ م إ.

و نستنتج من نص 436 ق إ م إ دعوى الطلاق ترفع من الزوج أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة قانونا لرفع الدعوى المذكورة في م 15 ق إ م إ.

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، منشورات أمين، ص 52-53.

[2] عبد الرحمان برابرة، مرجع سابق، ص 47-48.

الفرع الثاني: إجراءات الصلح و التحكيم

إن إجراءات الصلح و التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية و الخصومات و النزاعات التي تنشأ بين الزوجين هي الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي اللجوء غليها قلل الشروع ي بحث موضوع النزاع و إصدار حكم بشأنه، لا سميا إذ تعلق الأمر بالطلاق و إجراءات الصلح و التحكيم مستمد من الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: " و الصلح خير" [1] و قوله: " فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها" [2] و قوله أيضا: " لا خير في كثير من نجونهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس". [3]

أولا- إجراء الصلح:

تنص المادة 49 من ق إ م إ لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة 03 اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

حيث تتم محاولة الصلح تحت مراقبة القاضي و في جلسات سرية و هي وجوبية حسب نص المادة 439 ق إ م إ " محاولات الصلح و جوبية، و تتم في جلسة سرية، فالنص وجوبي للكافة قاضيا كان أو متقاضي، و هو يتضمن جزئيتين.

[1] سورة النساء، الآية 128.

[2] سورة النساء، الآية 35.

[3] سورة النساء، الآية 114.

فأما الأولى فتتعلق بكون محاولات الصلح إجبارية و لما الأمر كذلك فعل القاضي أن يأمر بها و يسعى إلى إتيانها في جميع الأحوال، بغض النظر عن ما يتحقق من نتائج إيجابية كانت أم سلبية.

أما الثانية فتتعقل بكون هذا الإجراء يتعين أن يتم في قاعة المشورة و بصفة سرية. [1]

و أن تكون محاولات الصلح في تارح محدد، و يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا بناء على نص المادة 440 ق إ م إ و يمكن حضور احد أفراد العائلة و المشاركة في محالة الصلح.

و من خلال ما سبق يتبين لنا أن إصدار الطلاق بدون إجراءصلح يعتبر خطأ في تدبيق القانون، كما إن للقاضي أن يأمر بتدابير مؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن حسب نص المادة 442 ق إ م إ [2] 57 مكرر [3] من ق إ 05-02، يأخذ بعين الاعتبار ما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين و يمكن للقاضي في هذه المرحلة و إلى حين صدور الحكم في الموضوع تعديل إ إلغاء هذه التدابير فيحالة ظهور واقعة جديد بأمر غير قابل للكعن، حسب نص المادة 445 ق إ م إ، فإذا تصول القاضي إلى الصلح يقوم أمين الضبط بتحرير محضر يوقعه مع القاضي و

[1] سائح شنقوقة، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجيد، بنصه و شرحه و التعليق عليه، ج01، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 604.

[2] المادة 440 من ق إ م إ.

[3] المادة 57، مكرر من ق أ.

الزوجين و يودع بأمانة الضبط، و هذا المحضر يعتبر سند تنفيذي [1]، حسب نص 443 ق إ م إ.

و في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بدون عذر مع تبليغ الزوج شخصيا و رغم مهلة التفكير الممنوحة لهما، يحرر القاضي محضر بذلك حسب نص 441 ق إ م إ، يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى م 443 من ق إ م إ.

أما حالة غياب احد الزوجين من جلسة الصلح لاستحالة الحضور بسبب عذر، فالقاضي إمكانية تأجليها إلى موعد آخر أو ندب قاضي أخر لسماعه في إطار إنابة قضائية.

و في جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة 03 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق إعمالا لنص المادة 442 ق إ م إ [2]. إن عدم القيام بهذا الإجراء يعد خطأ في تطبيق القانون و هذا ما أخذت به م ع من خلال نص القرار " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

و لما كان من الثابت في قضية الحال – أن قضاة الموضوع الذي قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيان بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، بكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون.

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط03، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 120.

[2] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص 154.

و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. [1]

ثانيا- إجراء التحكيم:

جميع دعاوي الطلاق المنصوص عليها في القانون لا تبث فيها المحكمة إلا بعد استنفاد محاولات الصلح الذي يقوم به القاضي، بينما التحكيم فهو تفويض الأمر للغير و كذلك رفع الأمر للحكام للفصل في المنازعات بين المتخاصمين، فهو توليه الخصمين حاكما يحكم بينهما بدلا من القاضي كطرف ثالث باختيار الطرفين المتخاصمين و بترائهما للفصل في النزاع القائم بينهما طبق لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالحكمين يقومان بالصلح بين الزوجين في حالة اشتداد الخصام بينهما، يعنيهما القاضي و هذا ما نصت عليه المادة 56 من ق إ م [2]إ و إجراء التحكيم مستمد من الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: " فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها"[3]، فإذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غياب الخطأ المبرر للطلاق جاو للقاضي أن يعيني حكمين لمحاولة الصلح بين الزوجين و هذا ما أكدته م 446 من ق إ م إ، على الحكمين تقديم تقرير عن مهمتهما في أجل شهرين و يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة م 447 ق إ م إ.

و يجوز للقاضي إنهاء مهما الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، و في هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة حسب نص المادة 449 ق إ م إ، أما إذا نحج الحكمين في عملية الصلح يثبت ذلك في محضر

[1] قرار م ع، غ ا ش، ملف رقم 475141، تاريخ 1993/06/18، العدد ، 1993، ص 65.
[2] المادة 56 من ق أ.
[3] سورة النساء، الآية 35.

يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن بناء على نص المادة 448 ق إ م إ. [1]

و هذا ما أخذت به م ع من خلال القرار الذي ينص " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طر القاضي، و عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و إن اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما و من ثم فان القضاء بخلاف هذا بمبدأ خطأ في تطبيق القانون.

و لما كان ثابت– في قضية الحال أن المحلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد 49–55–56 من ق ا 02/05 يكون بقضائه كما فعل خالف القانون و تجاوز اختصاصاه و متى كان استوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

الفرع الثالث: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق و الطعن فيه

لأن كل دعوى ترفع أمام القضاء لا بد أن يصدر في شأنها حكم قضائي أو قرار أو أمر و لأن دعوى الطلاق كغيرها من الدعاوي، لا بد من أم يصدر القاضي فيها حكمه استنادا لما قدم لديه من مستندات و إثباتات تؤكد أو تنفي ما تدعيه في

[1] عبد الرحمان برابرة، مرجع سابق، ص 338.

[2] قرار م ع، غ أ ش، ملف 57812، تاريخ 1989/12/25.

دعواها و سنحاول التطرق لتحديد طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق، و مدى جواز الطعن فيه و ذلك من خلال النقاط التالية:

أولا- طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق:

قبل التطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق يجب أن نتعرف على أنواع هذه الأحكام باختصار:

1. الأحكام التقريرية أو الكاشفة: و هي الأحكام القضائية التي تقضي فقط بوجود الحق أو عدم وجود الحق أو المكرز القانوني.[1]

فالحكم الكاشف أو المقرر هو الذي يصدر مقررا و مؤكدا لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل و دون أن يتضمن إلزام احد الخصمين بأداء معين، لذلك فإن الحكم المقرر لا يرمي إلا إلى تأكيد رابطة قانونية معينة و بصورة تتحقق الحماية القانونية كاملة، فهو يزيل الشك أو التجهيل الذي يدور حول هذ ا الحق أو المكرز القانوني.

2. أحكام منشئة:

و هي الأحكام القضائية التي تقرر إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني قائم، و بصدور الحكم يتم إنشاء الرابطة الجديدة فتتحقق بصدوره كامل الحماية القانونية.[2]

3. أحكام الإلزام:

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، كرجع سابق، ص 154.

[2] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 176.

و هي الأحكام التي يرد فيها التأكيد على حق بالتزام، أي على حق يقابله التزام الطلاق الآخر بأداء معين كتسليم منقول أو دفع مبلغ من المال، و لا يحقق هذا الحكم بذاته الحماية القانونية المطلوبة بل يحتاج إلى تنفيذه[1].

و نستخلص من كل ما سبق أن القضاء الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية بواسطة الطلاق هو قضاء أو حكم كاشف بحيث يترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج فالحكم هنا لم يأتي بشيء جديد كشف عن حكم الطلاق الذي صدر بإدارة الزوج المنفردة و هذا بناء على نص المادة 49 من ق أ 02/05 " لا أثبات الطلاق إلا بحكم..."، يتبن بأن الحكم الذي يصدر في دعوى الطلاق يأتي ليؤكد رغبة الزوج في فك الرابطة الزوجية و ما الحكم إلا كاشف عن نفس النية أو الرغبة.

ثانيا- الطعن في أحكام الطلاق

قبل التطرق إلى الطعن في أحكام الطلاق نتطرق أولا إلى التعرف على طرق الطعن العادية و غير العادية حيث أن طرق الطعن هي:

" هي عبارة عن الوسائل القانونية التي أتاح المشرع خلالها ضمن أجال زمنية محددة و من النظام العام للمحكوم عليه من طلب إعادة النظر في الحكم الصادر ضده، سواء بتقديم الطلب أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام جعة قضائية من درجة أعلى، و العلة في تقرير الطعن في الأحكام هي حماية حقوق المحكوم عليه، فقد يخطي القاضي أو هيئة المحكمة في حكمها مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمحكوم عليه دون وجه حق.[2]

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 154.

[2] فضيل العيش، مرجع سبق، ص 159.

و بالتالي يهدف الطعن غلى مراجعة الحكم المطعون فيه من حيث القانون أو من حيث الموضوع و القانون معا، كما يعتبر وسيلة قانونية للتعبير عن عدم الرضا.

و قد عالج ق إ م إ الطعن في الأحكام القضائية من م 313 إلى 397 و حدد طرق الطعن العادية في م 313 و هي معارضة و الاستئناف و طرق الطعن الغير العادية و هي الطعن بالنقض و اعتراض الغير الخارج عن الخصومة و، و التماس إعادة النظر.

1- طرق الطعن العادية: و هي المعارضة و الاستئناف

أ. المعارضة:

هي إحدى طرق الكعن العادية يمارسها الخصم المتغيب تمس الحكم أو القرار الغيابي للنظر في القضية من جديد من حيث الوقائع و القانون أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار الغيابي الصادر إما عن محكمة أو مجلس قضائي بناء على نص المادة 327 ق إ م إ، باستثناء قرارا المحكمة العليا التي لا تقبل فيها المعارضة حسب نص المادة 379 ق إ م إ. [1]

ب. الاستئناف: هو عرض النزاع مجددا على محكمة الدرجة الثانية من أجل غادة النظر فيه.

هو الطعن الذي يقوم بواسطته الطرف الطي يشعر بالغبن من جراء حكم الدرجة الأولى بنقل القضية و جوانب منها إلى جهة التقاضي الأعلى بغرض

[1] عبد الرحمان برابرة، مرجع سابق، ص 246.

الحصول على مراجعة أو إلغاء الحكم المطعون فيه، و الاستئناف يكرس قاعدة التقاضي على درجتين، م 332 ق إ م إ. [1]

2- طرق الطعن غير العادية:

و هي الكعن بالنقض و اعتراض الغير الخارج عن الخصومة و التماس إعادة النظر.

أ. الطعن بالنقض: و يكون أمام المحكمة العليا من أجل تقرير المبادئ القانونية السليمة و مراقبة مدة تطبيق القانون [2]، و نص على الطعن بالنقض المواد من 348 إلى 379 و المواد 557 إلى 583 ق إ م إ.

ب. اعتاض الغير الخارج عن الخصومة:

يهدف غلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجال الذي فصل في اصل النزاع و هذا ما نصت عليه م 380 من ق إ م إ. [3]

و عليه يمكن وفقا للقانون أن يقوم الغير الخارج عن الخصومة باتخاذ هذا الطعن غير العادي و بالتالي قوم به من لم يكن طرفا ز ا ممثلا أثناء عرض النزاع، على القضاء[4] بناء على نص المادة 381 ق إ م إ. [5]

ج. التماس إعادة النظر:

[1] فضيل العيش، مرجع سابق، ص 165.
[2] فضيل العيش، مرجع سابق، ص 172.
[3] المادة 380 من ق إ م إ.
[4] عبد الرحمان برابرة، مرجع سابق، ص 283.
[5] المادة 381، من ق إ م إ.

يهدف غلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع الحائز لقوة الشيء المقضي فيه الفصل فيه من جديد من حيث الوقائع و القانون، م 390 من ق إ م إ و منح اختصاص النظر في الكعن بالالتماس لنفس الجهة التي أصدرت السند المطعون فيه و يرجع ذلك غلى الفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا الطعن، فهو لا يهدف غلى إصلاح تقدير خاطئ إنما إلى إعادة النظر لأجل تقرير جديد في ضوء طروف جديدة، إلا لا شك في أن الجهة التي أصدرت السند المطعون فيه هي اعلما من غيرها بقيمة العناصر المثارة لأول مرة بعد اكتشافها.[1]

و نصت المادة 391 ق إ م إ على أنه لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر، غلا ممن كان طرفا في الحكم أو القرار أو الأمر أو تم استدعائه قانونا.

و أهم ما يميز طرق الطعن لعادية عن طرق غير العادية و المنصوص عليها في م 313 في ق إ م إ أنه ليس لطرق الطعن غير العادية و لآجال ممارسه أثر موقف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك عملا بالمادة 348 ق إ م إ.

و بعد التعرف على الطرق الكعن يمكن القول أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف لأنها أحكام تصدر ابتدائيا و نهاءيها ما عدا في جوانبها المادية التي تصدر ابتدائيا فقط و بالتالي يمكن الطعن فيها جميع طرق الطعن وفقا نص م 57 من ق أ 02/05. [2]

[1] عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح ق غ م إ، هومة، الجزائر، 2009، ص 130.

[2] المادة 57 من ق أ.

كما أن على القاضي التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق من أجل الحكم له بذلك لأن حكم القاضي بالطلاق هو حكم كاشف و غير قابل للاستئناف وفق نص المادة 450 ق إ م إ. [1]

و أخذت م ع بما جاء سابقا و ذلك من خلال نص القرار " إن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح طبقا لنص م 49 ق 05- ، إنا أحكام الطلاق تصدر نهائية طبا لأحكام المادة 57 من ق أ.[2]

المبحث الثاني: إشكالات الطلاق من خلال قانون الأسرة الجزائري و آثاره

بعد أن تطرقنا إلى إجراءات الطلاق في المبحث الأول نتطرق إلى الإشكاليات التي يطرحها في المبحث الثاني و التي تعرقل القضاة أثناء قيامهم بمهامهم و تطرح صعوبات لدارسي القانون، حيث سنتناول في المطلب الأول إشكاليات العدة و الميراث في المطلب الثاني آثار الطلاق.

المطلب الأول: إشكالات العدة و الميراث

إن العدة و الميراث من أهم الإشكاليات التي يطرحها الطلاق في قانون الأسرة الجزائري و بالتالي سنحاول إعكاء مفاهيم بسيطة لكل من العدة و الميراث قبل التطرق إلى إشكالاتها.

الفرع الأول: مفهوم العدة و الميراث

أولا- تعريف العدة

[1] المادة 450 من ق إ م إ.

[2] قرار م ع، غ ش ملف رقم 82143، تاريخ 1992/05/12.

1. لغة: عدة المرأة قبل أيام إقرائها ما خوذة من العد و الحساب، و قيل تربصها المدة الواجبة عليها و الجمع عدد مثل سدرة و سدر، لقوله تعالى: " فطلقوهن لعدتهن"[1]، اللام بمعنى في " أي في عدتهن"[2] عدة المرأة أيام إقرائها و إحدادها على زوجها.[3]

2. اصطلاحا: هي الفترة الزمنية التي تمنع فيها المطلقة و المتوفى عنها زوجها الزواج ثانية.[4]

هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها أو بواسطة زوجها أو بواسطة القاضي أو حدثت الوفاة، إذا يتوجب عليها مراعاة العدة الشرعية لقوله تعالى: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة"[5]، من أجل التأكد من براءة الرحم منعا من اختلاط الأسباب و إعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما و هي كذلك مهلة للحداد لمن توفى زوجها .[6]

ثانيا. تعريف الميراث

1. لغة: تركة الميت، جمع مواريث علم المواريث، علم الفرائض.[7]

انتقال الشيء من شخص إلى آخر، أو من قوم إلى آخرين و قد يكون بالمال أو العلم و المد أو الشرف، و منه قول النبي صلة الله عليه و سلم: " إن العلماء

---

[1] سورة الطلاق، الآية 01.

[2] المصباح المنير لأحمد بن محمد بمن علي الفيومي المقري، مرجع سابق، ص 236.

[3] المعجم العربي الحديث لأورس للدكتور خليل الجر، ،ص 818.

[4] غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع و القانون، ط01، الجزائر، 2011، ص 142.

[5] سورة الطلاق، الآية 01.

[6] بن شيوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل– دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 224.

[7] المعجم العربي لأورس، مرجع سابق، ص 117.

ورثة الأنبياء و إن الأنبياء لم يورثوا درهما و لا دينارا ن إنما ورثوا العلم، فمن أخذه بحظ وافر.

و الفرائض لغة جمع فريضة مأخوذة من الفرض بمعنى التقدير، لما فيها من تقدير سهام الورث و أنصبتهم المقدرة شرعا.

عن أبي هريرة قال صلة الله عليه و سلم: " يا أبا هريرة تعلموا الفرائض و علموها فإنه نص العلم، و هو ينسى و هو أول شيء ينزع من أمتي".[1]

و عن عمر بن العاص أن رسول اله صلة الله عليه و سلم قال: " العلم ثلاثة، و ما سوى ذلك فهو فضل، أية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة".

اصطلاحا: هو انتقال الملكية من الميت إلى لورثة الأحياء و سواء كان المتروك مالا أو عقارا، أو حقا من الحقوق الشرعية التي قبل الميراث.

و علم الميراث أو الفرائض هو " علم بالأحكام الشرعية العلمية المتعلقة بمعرفة من التركة بعد موت الورث".

أو هو " علم القواعد فقهية و حسابية يعرض بهما توزيع التركة و نصيب كل وارث فيها".[2]

الفرع الثاني: إشكالات العدة و الميراث

سنتناول إشكالات العدة و الميراث من خلال التعليق على المواد التالية:

[1] سنن ابن ماجة، أبي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقين ج02، كتاب الفرائض، باب الحث، علي تعليم الفرائض، ص 908.

[2] منصور الكافي، المواريث في الشريعة و القانون، دار العلوم، الجزائر، 2008، ص 28.

أولا: المادتين 49 و 50 يفهم من هذ المادة حصر وسيلة إثبات الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية، مما يفهم منه تجريد الطلاق الذي قد يلفظ به الزوج من كل قيمة قانونية و هذا ما يناقص نص المادة 50 من ق أ 05-02 فلفظ راجع يفهم منه اعتبار الطلاق الذي تلفظ به الزوج قبل صدور الحكم طلاقا رجعيا.

و ينتج عن تطبيق المادتين بروز ظاهرة ازدواجية العدة عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق و عدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، و هذا يؤدي غلى عدة إشكالات.

فإذا فرضنا وقوع الطلاق من قبل الزوج بتاريخ 2016/01/01 و تم رفع دعوى قضائية لاستصدار حكم الطلاق بتاريخ 2016/01/25 أي بعد فوات المدة الشرعية " فالقانون يتيح مجالا للصلح في أجل أقصاه ثلاثة اظهر بعد رفع الدعوى، غذا عقد القاضي جلسة الصلح يوم 2016/05/25 و تم الصلح بينهما فإن الرجعة تتم بدون عقد جديد طبقا للمادة 50 ق أ 05-02 و هذا ما لا يتفق و الشريعة الإسلامية لبينونة الطلاق بعد انقضاء العدة الشريعة، فيحتاج الزوج في هذه الحالة إلى إبرام عقد شرعي جديد، كما يمكن تصور تناقضات أخرى حسب الافتراض السابق منها:

1. يجوز خطبة المطلقة بعد فوات عدتها الشرعية و لا يجوز ذلك قانونا.

2. يجوز زواجها بعد ذلك شرعا و ا يجوز ذلك قانونا لقيان العلاقة الزوجية بل يجوز لزوجها متابعتها جزائيا.

3. يحل مؤخر صداقها شرعا لا قانونا.

4. الحكم بالطلاق في دعوى الطلاق بالإدارة المنفردة لزوج حكم كاشف و ليس منشئ و بالتالي التقليص من وظيفة القاضي.

5. إذا توفى زوجها المطلق بعد فوات العدة الشرعية فلا ميراث لمطلقته شرعا و لكنها ترثه قانونا لعدم انفكاك الرابطة الزوجية قضائيا، [1] و العكس إذا توفى زوجها بعد فوات العدة القانونية و لم يراجعها في جلسات الصلح و صدر حكم الطلاق قانونا و ما زالت في العدة الشرعية كتأخر العادة الشهرية فلها حق الميراث شرعا و ليس لها حق الميراث قانونا.

6. إذا حصل الطلاق بحكم قضائي و لم تكن العدة الشرعية قد انقضت قم راجع الزوج زوجته دون توثيق عقد الزواج من جديد، فإن هذا الزواج لا يحتج به قانونا اتجاه الغير من حيث ترتيب الآثار القانونية عليه و هذا مخالف لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من حيث ترتيب الآثار الشرعية.

7. يمكن لزوج أن يتلفظ بالطلاق، و تطول إجراءات الحكم به طبقا للمادة 49 ق أ 05-02 أو قد تنعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية التي يبدأ حسابها من وق تلفظ الزوج بالطلاق فإذا نجحت هذه الجلسة و راجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبا للمادة 50 ق أ 05-02.

[1] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 24-25.

8. تحديد محاولات الصلح بثلاثة 03 اشهر قانونا بينما هناك أنواع للعدة شرعا و عي عدة الأشهر و القروء و الحمل و بالنسبة للبينونة انتهى أمرها فلا جدوى من الصلح لان الطلاق هنا طلاق بائن بينونة كبرى.[1]

9. ازدواجية المهنة بالنسبة للقاضي الطي يجري الصلح فالقاضي هو الذي يفصل في الدعوى فكيف يمكن لشخص واحد أن يكون قاضي و محكم في نفس الوقت و يقترح الحلول مع أن القاضي من خلال إحصائيات الملس القضائي سنة 2016 حيث أن عدد القضايا 1749 في دعاوي طلاق تم الصلح في 45 قضية فقط أي أن الصلح نجح بـ 2.7% و فشلت 97.3 محاولة صلح.

10. إن المشرع الجزائري قد خالف الشرع في ميراث المطلقة التي يتوفى عنها زوجها فنصت المادة 132 من ق أ انه غذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطاق استحق الحي منهما الغرث، حيث أن وفاة الزوج قبل صدور الحكم باللاق و هي الفترة التي اعتبرها المشرع الجزائري فترة المراجعة م 50 من ق أ 05-02 فإن الزوجين يستحق الحي منهما الإرث، كذلك في حال وفاة الزوج في عدة الطلاق بعد صدور حكم الطلاق و هو طلاق بائن و بالتالي لا يستحق الحي منهما الإرث و هذا ما يجعل القانون الجزائري يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، نظار لعدم تفرقة المشرع بين الطلاق الرجعي و البان و الطلاق السني و البدعي و ما يترتب عنهما.

11. لزوم المطلقة لبين الزوجية قانونا لا شرعا، إذا انقضت العجة الشرعية و لم تنقضي العدة القانونية طبقا لنص المادة 61 ق أ 05-02.. [1]

[1] سعيد خنوش، التحكيم في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية الأولى، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017.

ثانيا. المادتين 52-8:

المادة 52 إذا تبين للقاضي تعفس الزوج في الطلاق حكم للمطقة بالتعويض من الضرر اللاحق بها، غير أنه لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي و لكنه مصطلح جديد حيث تطرق الفقهاء للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية و لكنهم اختلفوا فيما بينهم هل هناك تعفسا في الطلاق أم لا ؟ على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أو الإباحة غلى مذهبين:

أ. المذهب الأول: ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى أنه هناك تعفس في الطلاق و ذلك بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة ، و أن الله تعالى ملك الزوج حق الطلاق بالإدارة المنفردة فهو حر التصرف فيه. [2]

ب. المذهب الثاني: ذهب علماء المحدثين أن هناك تعسفا في الطلاق إذا طلق الزوج زوجته بغير مسوغ شرعي مستدلين على ذلك أن الأصل في الطلاق الحضر.

و من خلال ما سبق فغن الطلاق بغدارة الزوج ليس فيه تعفسا شرعا، و التعويض لا يكون من الطلاق التعسفي بل يمثل نفقة المتعة في ش إ لان الطلاق حق مشروع للزوج بينما في القانون حسب م 52 ق أ 05-02 فإن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة و نفقة إهمال و مفقه متعة، كذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي و انه عند الحكم ينبغي تحديد المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل، و يجب أن يراعي في التعويض عن تعفس الزوج في الطلاق جسامه، الضرر الذي أصاب المطلقة و كذا الأسعار و تغييرها و ارتفاعها

[1] سمير بكري، العدة بين الفقه و قانون الأسرة الجزائري، شهادة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015-2016، ص 78.

[2] ابغض الحلال لنور الدين عتر، مرجع سابق، ص 156-160.

و هي أمور تخضع لسلطة قاضي الموضوع و لا يخضع لراقة م ع فيها، إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين. [1]

فالمشرع الجزائري أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي و الذي بجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان مجتمعين و متلازمين و هما:

أ. أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول أو إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع غلى بين الزوجية بان تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض و تشبت بالعودة غلى الحياة و تمادي الزوج في تمسك بطلب الطلاق.

ب. أن يتحدث القاضي من لحوق الضرر بالمطلقة كأن يطلق الزوج زوجته في مرض موته لجرمناها من الميراث.[2]

و بناء على ما سبق بيانه بيمكن القول بان النظر الشرعية في تكييف التعسف و صورة في الطلاق تختلف عن نظرة القانون، فمعيار التعسف في نظر الإسلام إنما يرجع إلى مدى المخالفة الشرعية في إيقاع الطلاق، و فيه يفقد ووجه الحكمة في تشريعه كما لا يرتب الطلاق هنا أي تعويض لأنه حق الزوج و أما معياره بالنظر القانوني فيكون بقدر الضرر ينتجه الطلاق ز يترتب عليه تعويض.

المطلب الثاني: آثار الطلاق

الفرع الأول: العدة

أولا. تعريف:

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج01، الزواج و الطلاق، ط05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 363.

[2] محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 102-103.

قال علماء اللغة إن لفظ العدة مأخوذ من الاعتداء، إذ يقال عددت الشيء إذا أحصيته أي أن معنى العدة هو العد والإحصاء والاحتساب، وهي مصدر كالعد.

أما الفقهاء فقد عرفوا بقولهم: إنها الفترة التي تعقب الطلاق وتتلوه من زواج صحيح، فتتمتع عن الزوج فيها، فهي مدة تتربصها المرأة عند زوال النطاح، أي هي الأيام التي تنتظر فيها الزوجة المفارقة لزوجها بحياة أو وفاة ، فلا تتزوج فيها حتى تنتهي هذه المدة .

وقد قال العلماء إن الحكمة منها: إعطاء الزوج فرصة ليتمكن من الرجوع إلى مطلقته، ومعرفة براءة الرحم، حتى لا تختلط الأنساب. ومشاركة أهل الزوج المتوفى في مصابهم، أما الرجل فإنه لا يعتد، ولا يجب عليه الانتظار، إلا إذا أراد الزواج بمن لا يحل له الجمع بينها وبين زوجته السابقة.

ثانيا. أنواع العدة:

وتجب العدة على المرأة أبدا، ولا تجب على الرجل، وقد بين الشرع أنواعها وهي:

1- عدة غير المدخول بها: لا تجب عدة الطلاق على المرأة غير مدخول بها ، أي تجب عندما تكون المطلقة قد دخل بها زوجها.

2- عدة المطلقة التي تحيض ثلاثة قروء، وهذا لقوله تعالى:" والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء...." [1] والقروء جمع قُرءٍ، ويطلق في كلام العرب على الطهر وعلى الحيض، فهو من الأضداد.

[1] سورة البقرة، الآية 228.

والقروء عند المالكية يطلق على الطهر وليس الحيض [1]، أما أبو حنيفة فرأى أن المراد به هو الحيض، ولهذا فإن المرأة إذا طلقت في طهر فإنها تخرج من عدتها عند مالك بمجيء الحيضة الثالثة، لأن الطهر الذي طلقت فيه يحتسب لها.

3- عدة المطلقة كبيرة السن التي يئست، والصغيرة التي لم تر الحيض مطلقا، وهي ثلاثة أشهر، لقوله تعالى:" واللاتي يئسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم، فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن...." [2]. والإياس المذكور في الآية في رأي جمهور العلماء يكون ببلوغ خمس وخمسين سنة.

4- عدة المطلقة الحامل: وهي أن تضع حملها، وهذا لقوله تعالى:".....وأولات الأحمال أجهلن أن يضمن حملهن....."[3] سواء كانت العدة من الوفاة أو غيرها.

5- عدة المطلقة التي تحيض وانقطع حيضها، وهذا إن انقطع حيضها لسبب معروف، فإنها تنتظر عودة الحيض وتعتد به، وإن كان لسبب غير معروف اعتدت بسنة، ووضح العلماء ذلك بقولهم: إنها تنتظر سنة من يوم طلقها زوجها: تسعة أشهر مدة الحمل، وثلاثة أشهر العدة، قبل إن السبب في تقييد مدة العدة بسنة هو أكثر من الحمل اثنان أو أربعون أسبوعا.

6- عدة المتوفى عن زوجها تدوم أربعة أشهر وعشرا، لقوله تعالى:" والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا، يتربصن بأنفسهم أربعة أشهر وعشرا..."[4].

[1] محمد بن احمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج03، دار إحياء التراث العربين بيروت، ص 107.
[2] سورة الطلاق، الآية 04.
[3] سورة الطلاق، الآية 04.
[4] سورة البقرة، الآية 234.

وأضاف المالكية: إن عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت مستحاضة سنة، سواء علمت دم حيضها من دم استحاضتها، وميزت ذلك أو لم تميزه منها تسعة أشهر استبراء من ماء الزوج المتوفي، وثلاثة أشهر عدة.[1]

7- عدة المستحاضة: والمقصود بها المرأة التي لا يفارقها الدم، فهي إن رأت أن دمه الاستحاضة، فإنها تعتد بالإقراء وهو الطهر وإن رأت أن دمها غير مميز اعتدت بالأشهر.

8- عدة المرأة التي غاب عنها زوجها، وكان مصيره مجهولا، فهذه تنتظر مدة أقصاها أربع سنوات، ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج.[2]

9- عدة الزوج المرتد: إذا ارتد شخص عن الإسلام، فإن الفرقة تقع بينه وبين زوجته، وتعتد زوجته منه عدة الطلاق، فإن استتيب ولم يتب ثم قتل أثناء العدة، تحولت العدة إلى عدة وفاة وورثته.

ثالثا. حقوق العدة:

أثبت العلماء خلال فترة العدة، نسب الولد إلى أبيه من مطلقته كما أثبتوا الميراث لأحد الزوجين إذا توفي أحدهما خلال فترة العدة، وهذا إذا كان الطلاق رجعيا، أما إذا كان بائنا فلا ميراث بينهما، إلا إذا كان الزوج فارا من الميراث .

ومن حقوق الزوجة المطلقة طلاقا رجعيا وجوب النفقة عليها، وبقاؤها أثناء عدتها في بيت زوجها ولا تخرج منه إلا لقضاء حاجة مشروعة ثم تعود إليه، لأن ملازمته أثناء العدة تعبير عن الحزن على وفاة الزوج.[1]

[1] محمد بن أحمد القرطبي، مرجع سابق، ص 164-165.

[2] الصاوي، بلغة السالك على الشرح الصغير، دار المعارف، بيروت، ط 1978، ص 47.

أما المعتد على طلاق بائن فقد رأى الأحناف أن لها السكنى والنفقة، إلا إذا كانت قد فعلت شيئا محظورا.

رابعا. العدة في قانون الأسرة:

وقد طبق قانون الأسرة الجزائري مذهب جمهور الفقهاء، ونص في المادة 58 بقوله:(تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق).

أما المادة 59 فقد تناولت عدة زوجة المفقود والمتوفى عنها زوجها، وتعرضت المادة 61 إلى النفقة ومكان إقامة الزوجة المطلقة والمتوفى عنها زوجها أثناء العدة على النحو التالي:(لا تخرجا لزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة. [2]

الفرع الثاني: الحضانة

أولا. تعريف: تقول العرب في كلامها: حضن الصغير وحضنا وحضانة وحضنه والحضن هو ما دون الإبط، واحتضنت الشيء: جعلته في حضني [3] والحاضن والحاضنة هما اللذان يربيان الولد[4].

[1] العربي بختة، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2014، ص 130.

[2] العربي بختة، مرجع سابق، ص 131.

[3] أحمد بم محمد الفيومي، المصباح المنير، ج01، المكتبة العلمية، بيروت، ص 140.

[4] الخليل بن احمد، كتاب العين، دار و مكتبة الهلال، بيروت، ص 105.

وتعني الحضانة في الاصطلاح الشرعي تربية الطفل والقيام بشؤونه فترة معينة من عمره، ودفع الأذى عنه حتى يبلغ سنا معينة، وقد عرف الدردير الحضانة بقوله: (الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه).[1]

ثانيا. المحضون:

استعمل الفقهاء لفظ الصغير والصبي والطفل والغلام، وعنوا به: من لم يبلغ من بني الإنسان، وحاله من ولادته إلى بلوغه يمر بمرحلتين:

– مرحلة ما قبل التمييز، وفيها يكون الطفل غير عارف ما يدور حوله ، وما يضره وما ينفعه، لهذا سموه في هذه المرحلة بغير المميز، أو غير العاقل.

– مرحلة التمييز، ويبدأ فيها الطفل بمعرفة بعض ما يدور حوله، ويستطيع إلى جد التمييز بين النافع والضار، وتنتهي هذه المرحلة بالبلوغ وسمي الطفل عند البلوغ: بالمميز والعاقل.[2]

وقد عرف المالكية الطفل في مواهب الجليل بقولهم:(للصبي حالان: حال لا يعقل فيها معنى القربة، فهو فيها كالبهيمة وحال يعقل فيها معنى القربة). لهذا احتاج الطفل إلى من يحضنه، ويعني بشؤونه.

ولما كان الطفل لا يستطيع أن يعيش إلا بالطعام والماء والرعاية، فإن الشرع جعل حضانته واجبة، وهي حق من حقوقه والأصل فيها هو الإقامة بين حضن والديه في مسكنهما، طالما كانت الزوجية بين الأبوين قائمة، أو أثناء العدة في الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى. ومن جهة أخر فإنه لما كانت الأم بصفة

[1] قاسم بن عبد الله القوني، أنيس الفقهاء، دار الوفاء، جدة، ط1406، ص 167.

[2] لعربي بختة، مرجع سابق، ص 133.

خاصة، والأقارب بصفة عامة قد جبلوا على حب القريب، والشفقة عليه، ولا سيما عندما يكون صغيرا، فقد كان لهم الحق في حضانة هذا الطفل، لكن إذا حصل طلاق فإنه نظرا لخصائص الطفل في هذه المرحلة من عمره فقد جعل الشرع الحضانة حقا للأم، باعتبارها الحضن الطبيعي له.[1]

ثالثا. المستحقون للحضانة:

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير، ولما كانت المرأة أكثر عاطفة وأشد صبرا على احتياجاته المتنوعة، وأوفر شفقة ورحمة على الطفل من الرجل بحكم الفطرة والتكوين، فقد قدمها الشرع على الرجل في استحقاق الحضانة، وبدأ بالأم لها أكثر عطفا ورحمة بالطفل، [2]والشريعة الإسلامية تقدم المرأة على الرجل في حضانة الصغير، وهكذا فقد أعطت الأولية لأم الصغير لأنها أحنى قلبا عليه، وأكثر قدرة على احتماله، إذا توافرت فيها شروط الحضانة، وقد اشترط الفقهاء أن تكون الحاضنة منذ ولادة الطفل بالغة عاقلة، تفهم الطفل وتستجيب لمطالبه الكثيرة ، وتكون أمينة متواجدة مع الطفل أكثر ساعات اليوم، نظرا لضعفه لمطالبه الكثيرة، والملاحظ أن النساء قد قدمن في حضانة الطفل على الرجال لأنهن أشفق، وأقدر على تربيته واحتماله، وقد قال صلى الله عليه وسلم:" من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة.[3]

رابعا. أحكام الحضانة:

أ- مكان الحضانة:

[1] ابن عرفة، مواهب الجليل، شرح مختصر خليل، ج03، دار الفكر، بيروت، ط02، 1998، ص 259/258.

[2]لعربي بختة، مرجع سابق، ص 134.

[3]لعربي بختة، مرجع سابق، ص 135.

قرر العلماء أن مكان الحضانة ينبغي أن لا يكون مضرا بالولد، وهو يشمل المسكن، ويتسع ليضم البلدة التي يقيم فيها الحاضن، أي المواطن المعتاد للزوجين سواء أكان من الرجال أو النساء، إذا لا يجوز له أن ينتقل بالطفل المحضون إلى بلد آخر حسب هواه، مما يصعب لقاء المحضون ورؤيته بانتظام.

وقد اتفق العلماء على أنه عند حصول الفرقة بين الزوجين فليس لأحد الوالدين أخذ الطفل إلى مكان بعيد دون إذن وموافقة الطرف الآخر، لأن ذلك يتسبب في الحرمان من رؤية الطفل ومجالسته والتحادث معه.[1]

ب. الإنفاق على المحضون:

وعند انفصال الزوجين فإن نفقة الحضانة تكون واجبة على أبيه أو على من تلزمه نفقته وتستمر النفقة على الأنثى حتى تتزوج فقال العدوي: وتستمر نفقة الأنثى على أبيها حتى يدخل بها زوجها البالغ الموسر، أي يختلي بها.[2]

ج. مدة الحضانة:

يرى علماء المالكية أن حضانة النساء للطفل تستمر حتى بلوغه أما حضانة البنت فتستمر إلى أن تتزوج، ويدخل بها الزوج، وجاء في حاشية العدوي: (الحضانة تكون في النساء..وتستمر في حق الذكر للبلوغ، وفي حق الأنثى حتى يدخل بها الزوج). ثم توكل للرجال إذا كبر الطفل، لأنهم في هذه السن التي يمر بها الطفل يكونون أقدر على الحماية والصيانة والرعاية، والتنشئة الصحيحة، وصيانة الأخلاق

[1] محمد بن يوسف العبدري، التاج و الإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، ج06،بيروت، ط 02، 1998، ص 327.

[2] علي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب، ج05، دار الفكر، بيروت، ص 427.

والصحة، حتى يستطيعوا تحمل شؤون أنفسهم في المستقبل ومدة الحضانة في المذهب المالكي تستمر في الذكر إلى البلوغ.[1]

د. الحضانة في قانون الأسرة:

وإذا أمعنا النظر في القانون لمعرفة موقفه من الحضانة، فإننا نجد المادة 62 منه تحدد مفهوم الحضانة تحديدا لا يختلف مضمونه عما قال الفقهاء، وجاء كالتالي:(الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا). والملاحظ في هذا التعريف أنه نص على تنشئة الولد على دين أبيه، والمعروف أن دين الجزائريين هو الإسلام، مما يعني عدم السماح بتنشئة الولد على غيره، وقد أصاب القانون في ذلك عندما راعى وجوب عدم اختلاف العقيدة بين المحضون وحاضنته غير المسلمة. فقد أقر العلماء ذلك حسبما جاء في البدائع في قولهم:(ولا ولاية ولا إرث عند اختلاف الدين) وقرار المحكمة العليا الصادر في 16 أفريل من عام 1979 في هذا الموضوع يتفق مع الأحكام الفقهية المشار إليها [2]، وعلى هذا يكون القانون قد اعترف للأب بحقه تجاه أولاده في : الاسم والنسب والدين...لأنه رب الأسرة، وصاحب القوامة. أما المادة 64 فقد أعطت حق الحضانة للأم لأن ذلك في مصلحة الطفل، وقدمتها على غيرها من الأقارب، لكن المادة 66 تراعي مسألة زواج الوالدة بعد الطلاق من رجل غريب على الطفل، فيلحق به الضرر المادي أو المعنوي، لهذا نجدها تسقط الحضانة لذلك السبب فبزواجها بغير أحد أقاربه المحرمين ترغم على التنازل عن حق الحضانة، ويؤول إلى الأب أو غيره ما لم يلحق إسناده إليه ضررا بالطفل.[3]

[1] لعربي بختة، مرجع سابق، ص 137.

[2] لعربي بختة، مرجع سابق، ص 138.

[3] لعربي بختة، مرجع سابق، ص 139.

الفرع الثالث: النزاع في متاع البيت:

لم يتناول الفقهاء حالة النزاع في متاع البيت في موضوع خاص كما هو شأنهم دائما في المسائل التي ترجع إلى العلاقة بين الزوجين، ولعل هذا يرجع إلى عدم الاهتمام به يومئذ كما هو الحال في عصرنا، وكل ما أثبتته الشريعة للزوجة أن لها الحق في النفقة من ماله الذي خلفه وراءه من وقت وفاة زوجها بعد أ يكون قد دخل بها، ولها نصيبها في الميراث، والبقاء في بيت الزوجية.[1]

أولا. متاع البيت في قانون الأسرة:

خصص قانون الأسرة لهذه المسألة مادة واحدة، وهي المادة 73 التي فصلت في أمر النزاع بشأنه، إذا نصت على أنه (إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها، مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته، مع اليمين في المعتاد للرجل. و المشتركات بينهما يتقاسمها مع اليمين.[2]

ثانيا. الرضاع

1. تعريف: عرف علماء اللغة الرضاع بقولهم: هو مص ثدي الآدمية في مدة الرضاع. ويقال أرضعته أمه، وامرأة مرضع: أي لها ولد ترضعه.[3]

أما الفقهاء فقالوا إن الرضاع هو التقام الثدي، وشرب اللبن أو مصه من ثدي المرأة خلال فترة الرضاعة، وهو ما وصل إلى جوف الرضيع في الحولين قبل فطامه وإن قل، من أي منفذ كان. وقد عرفه صاحب (التلقين* وبين حكمه بقوله: الرضاع

[1] لعربي بختة، مرجع سابق، ص 141.

[2] لعربي بختة، مرجع سابق، ص 141.

[3] يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم دمشق، ط01، 1408، ص 287.

ما وصل إلى جوف الرضيع من المرضعة إلى حلق الرضيع أو جوفه من أي المنافذ كان، من فم أو بإرضاع، قليلا أو كثيرا، واشترط أن يكون الرضاع مقصورا على الآدمية الأنثى، بكرا كانت أم ثيبا .

2. تأثير الرضاع: الحليب انفع غذاء للصغير بعد ميلاده، ويفرز ثديا الأم في الأيام الأولى من الولادة، ويسمى (اللبا) وهو يحتوي على عناصر المناعة التي يحتاجها جسم الولد، ويسهم كثيرا في نمو خلايا الرضيع، ويقرر المربون أن أهم العوامل المؤثرة في أخلاق الطفل وفي عقليته ونفسيته في العامين الأولين هي الرضاعة، فالطفل يتأثر بحليب أمه المرضعة وبأخلاقها عن طريق لبنها.

3. حق الطفل في الرضاع:

والرضاع حق للأولاد، وقد أمر الله الوالدات المطلقات بإرضاع أولادهن مدة سنتين كاملتين، إذا شاء الآباء إتمام الرضاعة، لا يحل للأب أن يترع الولد منها مع رغبتها في إرضاعه، لهذا اعتبره الفقهاء قسما من النفقة الواجبة على الوالد لولده لأن من المستحسن أن تستمر الرضاعة طوال السنتين الأوليين من عمر الرضيع، وهي مدة ضرورية ليكتسب جسمه من حليب أمه كل العناصر الغذائية التي يحتاجها خلال هذه الفترة.[1]

4. حكم الرضاع: وقد نص الشرع على أنه سبب من أسبابا التحريم المؤيد في الزواج، سواء أكان حليبا خاصا، أو مزج بغيره مزاجا لا يزيل عنه اسم الحليب، ودليل ذلك قوله:(..... وأمهاتكم اللاتي أرضعكم، وأخواتكم من الرضاعة...)
فاعتبرت الآية أن أم الإنسان هي التي أرضعته من ثديها وكذلك الأنثى انتسبت إلى تلك المرأة المرضعة من جهة الرضاع، والأب من الرضاع كما في الأم. وقوله صلى

[1] لعربي بختة، مرجع سابق، ص 143.

الله عليه وسلم :" يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب". أي ما كان في الحولين، وعلة تحريم الرضاع هو إنشاز العظم، وإنبات اللحم.[1]

5. الرضاع في قانون الأسرة:

عند دراسة قانون الأسرة نجد أنه لم يخصص للرضاع فصلا خاصا، بل أدرجه في الفصل الخاص بموانع الزواج، حيث نجد أن المادة 27 منه نصت على أنه (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب). وهذا تمشيا مع أحكام الشرع الحنيف.

أما المادة 28 منه فقد حددت درجة القرابة بالرضاع، فجاء فيها أنه (يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوانه ولدا للمرضعة وزوجها، وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه) دون التطرق إلى تعريف الحليب الذي تحصل به القرابة. لكن عندما ننتقل إلى المادة 29 من القانون نفسه نجد أنها تحدد فترة الرضاع والمقدار الذي يحصل به التحريم.:(لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا).[2]

[1] لعربي بختة، مرجع سابق، ص 144.

[2] لعربي بختة، مرجع سابق، ص 146.

في ختام هذا البحث الذي تناولنا فيه موضوع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري والإشكالات التي يثيرها من خلال المقارنة بالشريعة الإسلامية، يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أن قانون الأسرة الجزائري خاض في مسألة صور فك الرابطة الزوجية بمواد مختصرة ودون تبني تعريف محدد لهذه الصور، ثم أحال التفصيل على أحكام الشريعة الإسلامية كما ذكر ذلك في المادة 222 منه.

المشرع أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة انطلاقا من العصمة الزوجية المكفولة شرعا له، والتي تكون مصدرها الشريعة الإسلامية، التي تعطي الحق للزوج في إيقاع الطلاق وهو حق أصيل له، مع اعتبار الزوج متعسفا في استعمال هذا الحق إذا كان الطلاق بدون سبب او مبرر شرعي، مما يستوجب عليه التعويض للزوجة، ولم يتناول المشرع الجزائري الإيلاء والظهار واللعان مع أنها من صور فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج.

أن قانون الأسرة الجزائري ما زال بعيدا عن تلبية حاجة الناس إلى الحماية القانونية من خلال إغفاله الحديث عن الكثير من المسائل ذات الصلة بالحالة الشخصية للفرد، ومن خلال الإشكالات التي تطرحها مواد قانون الأسرة الجزائري، فالحديث عن العدة كان مختصرا بتحديد زمن كل عدة في مواد محددة 58-59-60 وفي الوقت الذي لم يعرف العدة على غرار ما قام به بخصوص الحضانة ولم يحدد بدء سريان العدة و ترك كل ذلك للفقه الذي لم يكن منسجما مع القانون في هذه النقطة سيما أن الطلاق من الناحية القانونية لا يكون الا بحكم و ولا يمكن الحديث عن العدة إلا بصدوره.

التعارض الحاصل في العدة بين الشرع والقانون وما يثيره هذا من إشكالات من نواح عدة من بينها اعتبار الطلاق الذي يتلفظ به الزوج دون صدور حكم به طلاق عرفي، حيث يرتب آثاره الشرعية ولا يرتب آثاره القانونية إلا بصدور حكم الطلاق.

التعارض في حساب العدة حيث أن العدة الشرعية تبدأ من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، بينما العدة القانونية تبدأ من يوم صدور الحكم بالطلاق مما يترتب عليه اختلاف طبيعة الطلاق من حيث هو رجعي أو بائن، فإذا انتهت العدة الشرعية ولم تنقض العدة القانونية وراجع الزوج زوجته تكون هنا أمام طلاق بائن في الشرع، وأمام طلاق رجعي في القانون مما يؤدي إلى وقوع الكثير من الأسر في المحظور.

بالإضافة إلى الإشكالات التي تطرح في الميراث فإذا انتهت العدة الشرعية ولم تنته العدة القانونية هنا المرأة ترث قانونا لا شرعا والعكس صحيح.

كما أن المشرع لم يتطرق إلى موضوع تحول العدة وما يسمى فقها بطروء عدة على عدة وذلك يفتح الباب على مصراعيه لنزاعات قد تضيع معها الحقوق.

فشل محاولات الصلح وفي كل الأحوال يعلق السبب على الزوجين ويهمل القضاء الذي يسرع إلى الطلاق فهو يتم في دقائق معدودة .

بناء على ما سبق فيمكن لنا بالخروج باقتراحات نتوج بها دراستنا هذه، والمتمثلة في:

- ضرورة إثراء ق إ ج وعدم المساس بالمواد التي احتوت على أحكام شرعية ثابتة بنصوص قطعية فلا اجتهاد مع النص.
- ضرورة استقامة البيئة التشريعية بأهل الخبرة الذين يتصلون بمسائل الأحوال الشخصية.
- ضرورة إعداد قضاة متخصصين بمسائل الأحوال الشخصية ووضع قانون إجراءات خاصة .

- اهتمام مؤسسات الدولة والمجتمع بالأسرة والسهر على حفظ كيانها لأن القانون وحده لا استحداث آلية قانونية وقضائية للحد من ظاهرة الطلاق.
- تكوين تخصصي لقضاة شؤون الأسرة من الناحية القانونية والشرعية .يصنع الأسرة القدوة مهما اكتمل.
- أن يكون القاضي حياديا وتفعيل مجلس العائلة .التوعية الاجتماعية قبل القانونية.
- تفعيل الصلح القضائي ليصبح حلا لمحاربة ظاهرة الطلاق وليس إجراء قانوني .
- حالة الطلاق العرفي يستحسن لزوجين معا حال حدوث الطلاق بالتوجه إلى لجان فتوى رسمية كدار الافتاء، لبيان موقفهما الشرعي وهل وقع الطلاق أم لا؟ وإذا وقع هل هو طلاق بائن أم رجعي؟ على أن يتم توثيق الفتوى وإعطاء الزوجين صورة معتمدة بالحكم الفقهي لحالتهما ليمكن العمل به كمستند أمام القضاء في حال الحاجة إليه وتكرر الخلاف بينهم.

1 الكتب:

1. باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري . دار الهدى، عين مليلية الجزائر، 2012.
2. عربي بختي ، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في فقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، الأبيار الجزائر، 2013.
3. عربي بختي أحكام الأسرة في فقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، 2014.
4. باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية دار الهدى، عين مليلية، الجزائر، 2012.
5. بحسن بن الشيخ أث ملةيا، المرشح في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، ط 3، 2015-2016
6. بلحاج العربي وجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط04 سنة 2005 (زواج والطلاق).
7. عبد القادر حرز الله، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، ط01، 2007.
8. عيش فضيل، شرح قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
9. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط03، دار هومه، الجزائر، 1996.
10. عبد العزيز عامر، أحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى دار الفكر العربي.
11. وهيبة زجيلي: نظرية الضمان وأقدام المسؤولية المدنية والجنائية في فقه الإسلامي دار النشر، ط04، 2004.

12. جميل فخري محمد غانم، منحة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ط01، حامد للنشر والتوزيع ط01، 2007.
13. محفوظ بن صغير قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي والقانون الاسرة الجزائري المعدل بأمر 05/02 دار الوعي الجزائر، ط01، 2012.
14. بلحاج عربي، أحكام الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد وفق أخر التعديلات اجتهادات المحكمة العليا ط01 دار الثقافة عمان، أردن 2012.
15. محمد حسام رحيمة، العدة الشرعية وأحكامها في الفقه الاسلاميط 01، دار الإعلام، دمشق ، سوريا، 1945.
16. محمود سيروك الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة دار الهومه، بوزريعة الجزائر، 2010.
17. محمود علي سرطاوي، في كلية الشريعة جامعة الأردنية، ط03، 2010.
18. عيش فوضيل ، قانون الأسرة مدعم اجتهادات المحكمة عليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 02، بن عكنون الجزائر، 2007.
19. محاضرات استاد تشوار جيلالي.
20. وهبة لزجيلي في الفقه الإسلامي وأدلته، ج 01، إعادة التاسعة، ط 04، 1997، دار الفكر دمشق، 1427، 2006.

2 الرسائل والمذكرات:

1. سليم محمودي، أحكام الفسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه إسلامي، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، 2017-2018.
2. منقلتي كهينة، أثار فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون جامعة مولود معمري ، تيزيوزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2017.

3 مجلات:

مجلة سميرة عبدون ، مجلة الإحياء، اشترط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري. جامعة باتنة، العدد 14.

4 مواقع الالكترونية:

1. www.djlfa.info تاريخ المعاينة 2022/04/24على الساعة 14:42.
2. www.startimes.comتاريخ المعاينة 2022/04/28على الساعة :1543.
3. marde3.comتاريخ المعاينة 2020/05/08 على الساعة 18:05.
4. www.tribunaldz.com تاريخ المعاينة 2022/05/08 على الساعة 15:30.

الاهداء

الشكر

المقدمة..... 01

الفصل الأول :ماهية الطلاق..... 05

المبحث الأول :مفهوم الطلاق وأقسامه..... 05

المطلب الأول :تعريف الطلاق وحكمه..... 06

الفرع الأول :تعريف الطلاق 07

الفرع الثاني :حكمه ودليل مشروعيته 09

المطلب الثاني :أقسام الطلاق 15

الفرع الأول :من حيث مطابقته للسنة 17

الفرع الثاني :من حيث إمكانية المراجعة..... 20

المبحث الثاني :أركان الطلاق والقيود الواردة عليه 21

المطلب الأول :أركان الطلاق 21

الفرع الأول :ركن المطلق 22

الفرع الثاني :ركن المطلقة 25

الفرع الثالث :ركن الصيغة 28

المطلب الثاني :القيود الواردة على ايقاع الطلاق 30

الفرع الأول :أن يكون الطلاق لحاجة 32

الفرع الثاني :أن تكون في طهر لم يجامعها فيه 35

الفرع الثالث :أن يكون طلقة واحدة لا يتبعها طلاق أخر 39

الفصل الثاني :إجراءات دعوى الطلاق وإشكالاته..... 40

المبحث الأول :إجراءات دعوى الطلاق 41

المطلب الأول :رفع دعوى الطلاق 41

الفرع الأول :شروط قبول دعوى الطلاق 41

الفرع الثاني :الاختصاص القضائي 43

المطلب الثاني :سير دعوى الطلاق 45

الفرع الأول :تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق 46

الفرع الثاني :اجراءات الصلح والتحكيم 47

الفرع الثالث :طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق والطعن فيه 51

المبحث الثاني :إشكالات الطلاق من خلال قانون الأسرة الجزائري..... 57

المطلب الأول :إشكالات العدة والميراث..... 57

الفرع الأول :مفهوم العدة..... 57

الفرع الثاني :إشكالات العدة..... 59

المطلب الثاني :اثار الطلاق..... 64

الفرع الاول :العدة..... 64

الفرع الثاني :الحضانة..... 68

الخاتمة..... 75

قائمة المراجع..... 79

مـلخص

المشرع أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة انطلاقا من العصمة الزوجية المكفولة شرعا له، والتي تكون مصدرها الشريعة الإسلامية، التي تعطي الحق للزوج في إيقاع الطلاق وهو حق أصيل له، مع اعتبار الزوج متعسفا في استعمال هذا الحق إذا كان الطلاق بدون سبب او مبرر شرعي، مما يستوجب عليه التعويض للزوجة، ولم يتناول المشرع الجزائري الإيلاء والظهار واللعان مع أنها من صور فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج.

الكلمات المفتاحية: الطلاق2- التشريع الجزائري3-حكمه4-المراة5- الرجل6-الاسلام

.

Master's Note Summary

The legislator preserved the husband's right to divorce by unilateral will, based on the legally guaranteed marital infallibility, which is the source of Islamic Sharia, which gives the husband the right to initiate divorce, which is an inherent right for him, with the husband being considered abusive in using this right if the divorce was without reason or justification. Sharia law, which requires compensation for the wife, and the Algerian legislator did not address the devotion, zihar and li'an, although it is one of the forms of breaking the marital bond by the will of the husband.

Keywords: Divorce 2- Algerian legislation 3- Its rule 4- Women 5- Men 6- Islam