

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع: 02

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و إشكالاته في قانون الأسرة الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ(ة):

أ . بن عزوز سارة

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالب(ة):

بوشارب كريمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....مزيود بصيفي.....رئيسا

الأستاذ(ة).....بن عزوز سارة.....مشرفا مقرا

الأستاذ(ة).....باسم محمد شهاب.....مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم : 03 / 07 / 2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و عرفان:

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " من لم يشكر الناس لم يشكر الله
"صدق رسول الله صلى الله عليه و سلم"

بعد شكر الله سبحانه و تعالى على توفيقه لنا لإتمام هذا البحث المتواضع أتقدم بجزيل الشكر إلى
الوالدين الكريمين و زوجي العزيز الذين أعانوني و شجعوني على الإستمرار في مسيرة العلم و النجاح،
و إكمال الدراسة الجامعية و البحث؛ كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى من شرفني بإشرافه على مذكرة
بحثي الأستاذة بن عزوز سارة التي لن تكفي حروف هذه المذكرة لإيفائها حقه بصبره الكبير إتجاهي،
ولتوجيهاته العلمية التي لا تقدر بثمن حيث ساهمت بشكل كبير في إتمام و إستكمال هذا العمل؛ إلى
كل أساتذة كلية الحقوق – قسم القانون الخاص –؛ كما أتوجه بخالص شكري و تقديري إلى كل من
ساعدني من قريب أو من بعيد لتزويدنا بالمعلومات اللازمة لإنجاز و إتمام هذا العمل .
نخلص بالشكر أيضا أساتذة اللجنة المناقشة .

"رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي و على والدي و أن أعمل صالحاً ترضاه و أدخلني
برحمتك في عبادك الصالحين"

الطالبة : بوشارب كريمة

إهداء

أحمد الله عز وجل على منه و عونه لإتمام هذا البحث.

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله، إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، إلى الإنسان الذي إمتلك الإنسانية بكل قوة، إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه للعلم، إلى مدرستي الأولى في الحياة، أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره
بوشارب عبد القادر؛

إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء و الحنان، إلى التي صبرت على كل شيء، التي رعتني حق الرعاية و كانت سندي في الشدائد، و كانت دعواها لي بالتوفيق، تتبعنتني خطوة خطوة في عملي، إلى من إرتحت كلما تذكرت إبتسامتها في وجهي نبع الحنان أُمي أعز ملاك على القلب و العين أطال الله عمرها بوشارب الحاجة؛

إليهما أهدي هذا العمل المتواضع لكي أدخل على قلبهما شيئا من السعادة والدي ونجلي الحبيب و والدتي ونجلي الزهرة

إلى ملاكي في الحياة، إلى معنى الحب و الحنان، إلى من كان دعاؤه سر نجاحي زوجي العزيز ونجلي عبد القادر، جزاه الله عني خير الجزاء في الدارين

إلى فرحتي في الحياة أبنائي الأعراف محمد عبد الرؤوف و أحمد عبد الرحيم

إلى إخوتي و أخواتي الذين تقاسموا معي عبء الحياة؛ حورية، عائشة، مليكة، وسيلة، و توأمي جميلة، سميرة، حفصة، حبيب، أمير، مراد، سيد أحمد، محفوظ، محمد الأمين، عبد القتاح، سفيان دون أن ننسى أزواجهم العيد، معمر، كمال، بوعبد الله، عسري، محمد، ميلود، فتيحة، سليمة، فاطمة، نسيمة، فايزة
إلى كل أحفاد عائلتي بوشارب و ونجلي

إلى الأخوات اللواتي لم تلهن أُمي، إلى من عرفت كيف أجدهم و علموني أن لا أضيعهم صديقاتي:
فهوية، هوارية، امينة، نبيلة، وحيدة، أمال، فضيلة

الطالبة : بوشارب كريمة

قائمة المختصرات:

- قانون الأسرة الجزائري : ق أ ج.
- قانون الأسرة : ق أ.
- القانون المدني : ق م.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية : ق إ م إ.
- طبعة : ط.
- مجلد : م.
- جزء : ج.
- الأمر رقم 02-05 : 02-05.
- المجلة القضائية : م ج ، نشرة القضاة : ن ق.
- العدد : ع.
- غرفة الأحوال الشخصية : غ أ ش.
- المحكمة العليا : م ع.
- صفحة : ص.

لإعمار الأرض ابتداءً الله سبحانه و تعالى وجود الناس بذكر وأنثى وشرع لتحقيق هذه الغاية الزواج، فانتشرت به البشرية وبنيت الحضارات لقوله تعالى : "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا" ¹ ، فليس الزواج مجرد لقاء الذكر بالأنثى ومعاشرتها فقط بل شرع الزواج لحكم عظيمة تشمل صلاح الفرد والمجتمع فجعل اتصال الرجل بالمرأة إتصالاً كريماً مبنياً على الإيجاب و القبول و الإشهاد و في ذلك حماية للمرأة و صونا للنسل من الضياع و الهلاك و هو النظام الذي إرتضاه الله سبحانه و تعالى و أبقى عليه الإسلام و قد أكد الرسول صلى الله عليه و سلم ما جاء من ربه في أحاديث عديدة على أهمية هذه العلاقة فنأدى " يا أيها الشباب من إستطاع منكم الباءة فليتزوج و من لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء "

وقد يصادف هذا الزواج فشل أو عراقيل تؤدي الى عدم قدرة الزوجين على الاستمرار في الحياة الزوجية ويلجأون إلى الانفصال لذلك فقد رخص الله تعالى في كتابه الكريم الطلاق الذي يعتبر 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 : "وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ" ² ، وهو نظام إلهي يكون كعلاج لمشكلات ونزاعات لا تنتهي بين الطرفين إذ اشتدت الضغينة والبغضاء بينهما و الطلاق إذن كما نص عليه الشارع الكريم و شرحته السنة النبوية الشريفة يعد البديل العادل و المنصف لإنهاء أية رابطة زوجية و راعته الشريعة الإسلامية بشروط و آثار على النحو الذي يحفظ لكلا الزوجين كرامته و شرفه.

وما سنتنا وله 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 المؤرخ في 2005/02/27، إلى جانب الخلع والتطليق إذا تضررت الزوجة من استمرار الحياة الزوجية.

1. سورة الحجرات، الآية 13.

2. سورة النساء، الآية 130.

وتعود أسباب اختيارنا لموضوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إلى رغبتنا في الاطلاع أكثر على موضوع الطلاق و إثراء معلوماتنا، ومن أجل تحديد إشكالات الطلاق التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري اثناء تطبيقه ومحاولة وضع اقتراحات وحلول للتقليل من هذه الإشكالات والمحافظة على الأسرة، وبالتالي المحافظة على المجتمع ككل والتعرف على مدى إحاطة وإلمام المشرع الجزائري بموضوع الطلاق ومناقشة الفراغ القانوني الموجود في النصوص.

ومن جهة أخرى على الصعيد الاجتماعي تظهر أهمية الموضوع في التزايد المستمر لنسبة الطلاق في مجتمعنا مما يستدعي تفعيلاً للنصوص 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 كما أنه هناك قلة إهتمام من طرف الباحثين الجزائريين حول موضوع الطلاق رغم خطورته على الأسر و المجتمع.

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

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 يمكن معالجة الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الجزائري؟
- ما هي الحلول التي يمكن أن تقدم في هذا الصدد؟

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

وقد واجهنا أثناء قيامنا بهذه الدراسة بعض الصعوبات المتمثلة في قلة المراجع التي نتناول 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 تثير موضوع بحثنا وذلك لخصوصية هذا الموضوع وحساسيته.

و قد تم تقسيم بحثنا إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول، ماهية الطلاق ويحتوي على مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الطلاق من حيث تعريفه لغة و شرعا وكذا في قانون الأسرة الجزائري، بالإضافة إلى حكمه ودليل مشروعيته وفي الأخير إلى أقسام الطلاق. أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه إلى أركان الطلاق والمتمثلة في المطلق والمطلقة، وكذا الصيغة مع ذكر القيود الواردة على إيقاع الطلاق.

أما بالنسبة للفصل الثاني فقد تناولنا فيه إجراءات الطلاق وإشكالاته ويحتوي كذلك على مبحثين، حيث خصصنا المبحث الأول لإجراءات التقاضي في دعوى الطلاق لبيان كيفية رفع الدعوى وسيرها إلى غاية صدور الحكم بالطلاق.

أما المبحث الثاني فتناولنا فيه أهم إشكالات الطلاق التي أثارها القانون الجزائري المتعلقة بالعدة والميراث، وكذا الطلاق العرفي.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز مكانة الأسرة التي تقوم على الزواج وأرست معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية ومن أهدافه الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ" ¹ .

بالإضافة إلى تحقيق الراحة و الطمأنينة و المحبة و التراحم بين أفراد الأسرة لقوله تعالى: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" ²

و بينت أن الحياة الزوجية قد تتخللها بعض العوارض من شأنها ان تعكر صفوها و ما على الزوجين إلا الصبر و التسامح لتجاوزها.

ثم ابغضت الطلاق وبينت أن ما أباحتها إلا للضرورة، هذا بعد استنفاد جميع طرق الإصلاح والتوفيق، بداية من الموعظة إلى الهجر في المضجع وانتهاء بالضرب غير المبرح لقوله تعالى: "وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۗ ³ فَإِنْ لَمْ تَنْفَعْ هَذِهِ الطَّرِيقَ نَلْجَأْ إِلَى الْإِصْلَاحِ بَيْنَهُمْ وَ إِدْخَالِ طَرَفٍ ثَالِثٍ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: "وَالصُّلْحُ خَيْرٌ" ⁴ و قال ايضا: "وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَلْيُبْعِثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا" ⁵.

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

1 سورة الحجرات، الآية 13.

2 سورة الروم، الآية 21.

3 سورة النساء، الآية 34.

4 سورة النساء، الآية 128.

5 سورة النساء، الآية 35.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

ومجال بحثنا هو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وسنتطرق في هذا الفصل إلى ماهية الطلاق وأركانه والقيود الواردة عليه.

المبحث الأول: مفهوم و أقسام الطلاق:

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الطلاق و حكمه وكذا أقسامه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: ماهية و حكم الطلاق:

سنعرف في هذا المطلب الطلاق لغة وشرعا ثم تعريفه في ق أ ج و و بعد ذلك سنتناول حكم الطلاق ودليل مشروعيته.

الفرع الأول: تعريف الطلاق

أولاً- الطلاق لغةً (المفهوم اللغوي للطلاق):

- "طَلَّقَ - طَلْقًا - ت المرأة من زوجها: بانث عن زوجها وتركته فهي طالق ج طُلق وطالقة ج طوالق و-ت الناقة: انحلت من عقالها: طلقت، طلقا: تباعد، طلق قومه: تركهم وفارقهم والمرأة زوجها: خلاها عن قيد الزواج، أطلق المرأة طلقها والمواشي سرحها والأسير خلا سبيله".¹

- "طلق تطليقا الرجل امرأته، خلاها على قيد الزواج- وقومه: تركهم وفارقهم والشعر هجره، تخلى عنه"².

- "طلق الرجل امرأته تطليقا فهو مطلق، فإن كثر تطليقه للنساء قيل مطليق ومطلق والأصل الطلاق وطلقت هي التي تطلق من باب قتل وفي لغة باب قرب فهي طالق بغيرها، وقال الفارابي نعبة طالق بغيرها، إذا كانت مخلاة وترعى وحدها فالتركيب يدل على الحل والانحلال، يقال أطلقت الأسير إذا حلت إيساره وخليت عنه فانطلق أي ذهب في سبيله وأطلقَت الناقة من عقالها وناقة طلق بضمين بلا قيد وناقة طالق أيضا مرسله ترعى حيث شاءت".³

1 مألوف الموسوي، المنجد في اللغة والاعلام، ط21، دار المشرق، بيروت، 1973، ص470.

2 خليل الجُر، المعجم العربي الحديث لاروس، مكتبة لاروس، كندا، 1973، ص18.

3 أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص224.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

- "الطلاق مشتق من أطلق بمعنى ترك و بعد و هو في الأصل إسم مصدر لطلق يقال طلق الرجل امرأته بالتشديد و اصل معناه رفع الوثائق و الترك مطلق سواء اكان حسيا كقيد الفرس أو معنويا لقيد الزواج و هو مأخوذ من الإطلاق"¹

ثانيا - الطلاق شرعا:

- عرفه الحنفية: "إزالة النكاح الذي هو قيد معنى".²

- عرفه المالكية: "حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص".³

- عرفه الشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه".⁴

- عرفه الحنابلة: "حل قيد النكاح او بعضه".⁵

بعد التطرق إلى تعريف الطلاق عند كل مذهب يمكن لنا الخروج بتعريف شامل للطلاق في الفقه الإسلامي وهو: "رفع قيد النكاح في الحال والاستقبال بعبارة وألفاظ تفيد الطلاق صراحة أو معنى".⁶

كما عرف على أنه " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه أو رفع قيد النكاح في الحال او المال بلفظ مخصوص فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن و في المال يكون بالطلاق الرجعي"⁷

1 ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري ، دار هومة ، 2013 ، ص 27.

2 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الرابع، كتاب الإيمان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت، 1997، ص182.

3 محمد محمد سعد ، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث ، دار الندوة، 2001، ص81.

4 أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني ، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد معوض ، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الثامن - تنمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص479.

5 منصور بن يونس بن إدريس البهوني، كشاف القناع في متن الاقتناع ، تحقيق محمد أمين الضناوي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، 1997، ص 205.

6 مولاي ملياني بغدادي ،حقوق المرأة في الشريعة والقانون ، قصر الكتب، الجزائر، 1997، ص 194.

7 ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري ، دار هومة ، 2013 ، ص 28

ثالثا - الطلاق في القانون:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق واكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من ق أ ا الامر 02/05 "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون".¹

ومنه نلاحظ أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وضوابطه وفي ذلك محاولة منه لتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف الفقهية.

وبهذا فإن ق أ لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق، كما توسع علماء الفقه ذلك أن المادة 48 من قانون الأسرة أجملت ما جاء مفصلا.²

الفرع الثاني: حكمه ودليل مشروعيته

أولا - حكمه:

قبل أن نتطرق إلى الأحكام الخمسة التي تعتري الطلاق نتكلم أولا عن اختلاف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق وهو الحظر أو الإباحة مستمدين الحجج والبراهين من القرآن والسنة. فالذين يقولون بأن الأصل في الطلاق الإباحة استندوا لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ"³ وقوله: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَبُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"⁴، فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج الذي بيده العصمة في إيقاع الطلاق والادلة من السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق زوجته حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة والنبي لا يفعل المحذور.

1 الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

2 العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري- الطبعة الأولى، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص 10.

3 سورة الطلاق، الآية 1.

4 سورة البقرة، الآية 236.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

أما الذين يقولون أن الأصل في الطلاق الحظر فاستندوا إلى قوله تعالى: "فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا" ¹ ، وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغي وظلم وهذا ممنوع ومحذور في الإسلام، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" ²

و منه فإن الأصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة وبعد محاولة الإصلاح أولاً. ³

وبالتالي بالتعبير بأنه حلال مبغوض إلى الله يشعر بأنه رخصة شرعت للضرورة حين تسوء العشرة وتستحكم النفرة بين الزوجين ويتعذر عليهما أن يقيما حدود الله وحقوق الزوجية وقد قيل إن لم يكن وفاق ففراق. ⁴

والذي نرجحه من الأقوال السابقة أن الأصل في الطلاق الحظر ولأنه لا يباح إلا لحاجته وأياً ما كان الأمر في اختلاف الفقهاء حول الحظر والإباحة في الحكم الأصلي للطلاق فإنهم يتفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة وهي:

- 1- **الوجوب:** ويستمد مدلوله من تعبيره، فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من غيرها، إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح كان الطلاق واجبا كحالة العجز الجنسي الكلي فالأولى أن يحدث الطلاق لعدم تحقيق هدف التحسين. ⁵
- 2- **الندب:** ويكون كذلك إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته أو عدم الميل إليها كلية أو كانت سيئة السلوك وبذيئة اللسان أو عند تفريطها في حق من حقوق الله. ⁶
- 3- **الحرمة:** كما هو الحال في الطلاق البدعي إذا كان في الحيض أو في طهر مسها فيه الذي يترتب عليه تطويل أجل العدة.

1 سورة النساء، الآية 34.

2 أبي داوود سليمان بن أشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داوود ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي وشادي محسن الشيبان، ج3، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، ص 505.

3 محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين- دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص، 14، 15.

4 يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام ، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1985، ص 200.

5 باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص14

6 ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 62.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

واتفق الفقهاء على أن هذا الطلاق يقع حراماً وأن فاعله آثم، وذلك لما ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال صلى الله عليه وسلم: "مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك و إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء".¹

4- الكراهة: لأن ابغض الحلال إلى الله الطلاق، فيترجح تركه على فعله هذا إذا كان الطلاق بدون مبرر ولا سبب جدي يستدعي ذلك ولا حاجة تدعو إليه.²

5- الإباحة: يكون مباح لحاجة لأن الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت منار للفتن ومحلا للأحقاد وذلك من رحمة الله ولطفه بنا، فيكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها.³

ثانياً - أدلة مشروعيته:

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الطلاق بالكتاب والسنة والاجماع وكذا العقل.

1- من القرآن الكريم: الأصل أن تكون الحياة الزوجية مستقرة و ناجحة لكل فوائدها التي وجد من أجلها الزواج و هي تكوين الأسرة و تنشئة الأولاد تنشئةً سالحة من أجل ذلك أطلق الله سبحانه و تعالى تسمية العهد الذي يربط ال زوج بزوجه بالميثاق الغليظ فقال : " و اخذن منكم ميثاقا غليظا" فالعلاقة الزوجية مقدسة و من يعمل على فك هذه العلاقة بغيبض كما ذكر الرسول صلى الله عليه و سلم في حديث عن عمر عندما قال " ابغض الحلال إلى الله عز و جل الطلاق".⁴

جاء القرآن الكريم منوها عن الطلاق و مبيحا له في مواطن عدة منه و لعل اه مها سورة الطلاق و التي يذكر الله سبحانه و تعالى في بدايتها " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ" فالآية جاءت مبيحة للطلاق.

¹ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج9، كتاب الطلاق، باب العدة، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، ص 345.

² محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 34.

³ نور الدين عتر، أبغض الحلال، ط4، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985، ص 44.

⁴ باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2012، ص، ص، 12-13

الفصل الأول: ماهية الطلاق

قال الله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فِإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ" ¹ هذه الآية فيها بيان لعدد الطلقات و تقديره ثلاث طلقات ، و يجوز الرجعة في اثنين و لا تجوز في الثالثة لقوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ" ² و قوله تعالى: "وَأَنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا" ³ و قوله ايضا: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ" ⁴

و في هذا التوجيه الإلهي دعوة للرجال ان يتمهلوا فلا يتسرعوا في فصل عري الزوجية فإن الطلاق أبغض الحلال إلى الله و لولا الضرورة القسرية لما أبيع الطلاق لأنه هدم للأسرة، وأن طلقها يحق للمطلقة بل وواجبها البقاء في بيتها وهو بيت مطلقها فترة العدة لا تخرج إلا أن تأتي بفاحشة مبينة.

و قوله جل و علا: "لَا جُنَاحَ عَ لَيْكُمُ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً" ⁵ و دلالة الآية أن لا إثم عليكم أيها الرجال عن طلقتم النساء قبل المسيس (الجماع) و قبل ان تفرضوا لهن مهرا ، فالطلاق في هذه الحالة غير محذور، إذا كان لمصلحة أو ضرورة. ⁶

2- من السنة: ثبت أن الرسول طلق حفصة ثم راجعها وأن ابن عمر طلق زوجته وهي حائض فسأل عمر في ذلك فقال لعمر: "مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء" ⁷، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة" ⁸، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق" ⁹.

1 سورة البقرة، الآية 229.

2 سورة البقرة، الآية 230.

3 سورة النساء، الآية 130.

4 سورة الطلاق، الآية 1.

5 سورة البقرة، الآية 236.

6 محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير ، ج1، المكتبة العصرية، بيروت، 2010، ص128.

7 أحمد راتب عرموش، الموطأ للإمام أبو عبد الله مالك بن أنس ، ط 4، دار النفائس، بيروت، 1980، ص 194.

8 ابو عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ص 658.

9 علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، تعليق ابي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط1، دار ابن حزم، بيروت 2011، ص 885 .

الفصل الأول: ماهية الطلاق

- 3- من الإجماع: أجمع فقهاء الاسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، و أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا فكان إجماعاً.¹
- 4- من العقل: لأن العشرة بالمعروف قد لا تدوم بين الزوجين وأن الغاية التي من أجلها شرع الزواج قد تنتفي منه من حيث السكن والمودة، فكان الأولى بهما أن يتفرقا أو ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة و ضرار مجرد.²

ثالثا - الحكمة من مشروعيته:

إن الزواج هو رابطة مؤبدة بين الزوجين تقوم على المودة والرحمة لقوله تعالى : "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"³

فلذا تتأفرت النفوس واشتد الخصام فإن الطلاق هو الحل الأصح للطرفين بدلا من البقاء مع النفرة والضغينة⁴، فهو مباح لحاجة رغم كراهته لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر: "بغض الحلال إلى الله الطلاق".

وشرع الطلاق لأن الإسلام دينا واقعيا يعمل حسابا لكل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان وحرص على وقاية الفرد والاسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الحرج والضيق والضرر، وهذا ما فطن إليه الفيلسوف الانجليزي بينتام فقال في كتابه "أصول الشرائع": "لو الزم القانون الزوجين البقاء على ما بينهما من جفاء لأكلت الضغينة قلوبها وكاد كلا منها للآخر، وسعى إلى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه، وقد يهمل أحدهما صاحبه، ويلتمس الحياة عند غيره."⁵

- 1 إسماعيل أبا بكر علي الباموني، أحكام الأسرة - الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 230 .
- 2 ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، 2013، ص 57
- 3 سورة الروم، الآية 21.
- 4 أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية - الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، ج1، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص 126.
- 5 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 211 .

1- المطلب الثاني: أقسام الطلاق

يتنوع الطلاق إلى عدة أقسام بحسب المعيار الذي يعتمد على أساسه.

الفرع الأول: من حيث مطابقته للسنة

ينقسم الطلاق من حيث مطابقته للسنة إلى طلاق سني وطلاق بدعي.

أولاً- الطلاق السني:

"هو الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع وهو أن يكون طلقة واحدة وفي طهر لم يمسهما فيه فهو طلاق شرعي".¹

الطلاق السني "هو الطلاق الذي رسمته سنة الرسول صلى الله عليه و سلم شروطه"²

وهي:

1- أن يكون طلقة واحدة لا أكثر، أي فما زاد على واحدة بدعة والدليل قوله تعالى: "الطَّلَاقُ

مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ" ³،

2- أن يكون طلقة كاملة لا بعض طلقة، كنصف طلقة،

3- أن يكون واقعا في طهر لا في حيض أو نفاس،

4- أن لا يبطأ المطلق مطلقته في الطهر الذي طلق فيه،

5- أن لا يكون واقعا في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق،

6- أن يوقع المطلق الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها،

فإن انتفت هذه الشروط أو بعضها، فهو طلاق بدعي.⁴

1 دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2001، ص 45.

2 أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق - تعريف العدة، مشروعيتها، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 97.

³ سورة البقرة، الآية 229.

⁴ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته ، ج4، ط2، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2005، ص، 26، 27.

ثانيا - الطلاق البدعي:

وهو الطلاق المخالف للشرع أي ما انتفى منه شرط أو أكثر من الشروط المتقدمة، وحكم الطلاق البدعي إما مكروه أو حرام.

فالبدعي المكروه هو الواقع في طهر مسها فيه، والواقع في عدة من طلاق رجعي سبقه، والواقع في بعض الطلقة، وعلّة الكراهة التلبّيس على المرأة في عدتها فلا تدري هل تعدت بالقروء أو بوضع الحمل، لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطء.¹

والبدعي الحرام هو الواقع في الحيض أو النفاس والواقع ثلاثة والواقع على جزء المرأة وعلّة تحريم الطلاق في الحيض والنفاس هو تطويل العدة على المطلقة لأن المطلق إذا طلق زوجته في الحيض يكون قد زادها في العدة أيام الحيض التي طلقها فيها.²

والملاحظ أن ق أ ج لم ينص على الطلاق السني والبدعي و يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص م 222 من ق أ الامر 05-02.

الفرع الثاني: من حيث إمكانية المراجعة

ينقسم الطلاق من حيث إمكانية المراجعة إلى طلاق رجعي وطلاق بائن

أولاً- الطلاق الرجعي:

وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه للطلاق إرجاع زوجته وهي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين.³

والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج أن يكون رجعيًا وهذا في الطلقة الأولى والثانية ما دامت الزوجة المطلقة في عدتها لقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ ﴾⁴، إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط حتى ولو لم تكن الزوجة راضية فباستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة، أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها أو راجعها بعد انتهائها فإنها تخرج من الطلاق الرجعي إلى البائن.⁵

1 الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص28

2 المرجع نفسه، ص29

3 بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 177.

4 سورة البقرة، الآية 229 .

5 يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة - الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 50.

وهذا ما أخذ به القضاء من خلال القرار الصادر بتاريخ 10/2/1986 ملف رقم 39463 "من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية إن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وإن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن هو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج بائناً¹.

ثانياً - الطلاق البائن:

وهو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد وهو نوعان:

1- **الطلاق البائن بينونة صغرى:** وهو الذي يستطيع الزوج فيه أن يراجع زوجته بعد انقضاء العدة بمهر وعقد جديد ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية.²

2- **الطلاق البائن بينونة كبرى:** وهو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث فلا يراجعها إلا إذا تزوجت رجل آخر ثم طلقها فيمكن له هنا أن يتزوجها من جديد بمهر وعقد جديدين³ ، ذلك لقوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"⁴ ، وهذا ما ذهب إليه ق أ من خلال م 51 ق أ 05-02، وأخذ به القضاء من خلال القرار الصادر بتاريخ 17/2/1998 ملف رقم 551176 من المقرر شرعاً و قانوناً أنه: "لا يمكن أن يراجع من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

1 أحمد لعور ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 48.

2 محمد بيومي، تحفة العروس ، ط1، دار الرشد للكتاب والقرآن الكريم، الجزائر، 2007، ص 37.

3 المرجع نفسه.

4 سورة البقرة، الآية 230.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام م 57 ق أ 05-02 وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن" م ق، العدد 1، 2000، ص 171.¹ وقد اختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة فهل يقع بائن أم رجعي؟

وفي قانون الأسرة الجزائري النص غير واضح إلا أنه عمليا يعتبر طلاقا واحدة وذلك لأنه من الناحية القانونية لا يقع إلا بواسطة حكم قضائي ولا يثبت إلا من خلاله حسب نص م 49 ق أ 05-02²

أ- الأحكام المترتبة عن الطلاق الرجعي:

يترتب على الطلاق الرجعي عدة أحكام منها:

- 1- نقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج وفقا لنص م 50 ق أ 05-02،
- 2- إمكان المراجعة في العدة م 58 و 60 من ق أ 05-02،
- 3- الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت الزوجة في العدة، فعليها أن تبقى في منزل الزوجية م 61 ق أ 05-02،
- 4- يرث أحدهما الآخر م 132 ق أ 05-02،
- 5- بصدور حكم الطلاق أثر محاولة الصلح م 49 ق أ 05-02 يسقط حق الزوج في الرجعة إلا بعقد جديد ويصبح الطلاق بائن وفق م 50 من ق أ 05-02.³

1 فضيل العيش، قانون الأسرة- مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2007، ص 50.

2 بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 177، 178.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص، ص 316، 317.

ب- الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة صغرى :

- 1- أنه يزيل الملك لا الحل ولا ترجع المطلقة إلا برضاها بعقد ومهر جديدين،
- 2- لا توارث بينهما إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت (طلاق الفار) ،
- 3- يحل الصداق المؤجل وينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

ج- الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة كبرى:

- 1- إزالة الملك والحل معا ولا يبقى أثر سوى العدة،
- 2- يحل الصداق المؤجل،
- 3- يمنع التوارث إلا إذا كان الطلاق طلاق الفار،
- 4- تحرم به المطلقة على الزوج تحريما مؤبدا حتى تتزوج بزواج آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتتقضي عدتها.¹

د- الأحكام المشتركة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

- 1- وجوب نفقة العدة للمطلقة،
- 2- ثبوت نسب الولد من أبيه،
- 3- هدم الطلقات الثلاث من الزواج الثاني.

1- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالامر 05-02- الأسرة والتشريع، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2012، ص، ص64،65.

المبحث الثاني: أركان الطلاق والقيود الواردة عليه

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى أركان الطلاق والقيود 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 (الزوج)

يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح، سواء كان الطلاق من الزوج أو من رسوله أو من وكيله ونظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع اشترط العلماء شروطا لا بد من توافرها في المطلق حتى يمكنه ايقاع الطلاق وهي :

أولاً: أن يكون زوجا أو رسولا منه أو وكيلاً عنه، فلو لم يكن المطلق واحداً من هؤلاء فإنه لا يملك ايقاع الطلاق، والدليل على أن الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق هو قوله تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ" ¹ وقوله أيضا: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَتَّخِجَ زَوْجًا غَيْرَهُ" ² ، فالطلاق يكون بالإرادة المنفردة للزوج ولا يملكه أحد غيره والنتائج الشرعية التي تترتب على ذلك ما يلي :

أ- لا يجوز لغير الزوج أن يطلق،

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 ³.

¹ سورة البقرة، الآية 231.

² سورة البقرة، الآية 230.

³ محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص، ص 50، 49.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

ثانيا: أن يكون بالغاً عاقلاً، فالصبي وإن كان مميزاً لا يقع طلاقه ولو أجازته الولي، لأن الطلاق تصرف ضار ضرراً محضاً.

ولما كان الطلاق أمراً خطيراً تترتب عليه بعض الالتزامات، فإن الفقهاء اختلفوا في مدى وقوع طلاق كل من السكران والسفيه 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"¹، والإغلاق كل ما يسد باب الإدراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن ونحوها².

2- طلاق الغضبان: يفهم مما ذكر أن طلاق الغضبان لا يقع إذا اشتد الغضب بأن وصل إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل ولا يقصده أو وصل به الغضب إلى درجة يغلب عليه فيها الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله، وهذه حالة نادرة فإن ظل الشخص في حالة وعي وإدراك لما يقول فيقع طلاقه، وهذا هو الغالب في كل طلاق يصدر من الرجل، لأن الغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل واخذ مال بغير حق وطلاق وغيرها³.

3- طلاق الفضولي: هو من يوقع الطلاق عن غيره بغير إذنه، فإن حكمه كبيعه، متوقف على الإجازة فإن أجازته 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، فقيل بالحرمة وقيل بالجواز وتكون العدة في طلاق الفضولي من يوم إجازة الزوج لا من يوم إيقاع الفضولي⁴.

¹ علي بن عمر الدار قطني ، المرجع السابق، ص 884.

² عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق- في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 218.

³ المرجع نفسه.

⁴ الحبيب بن طاهر ، الفقه المالكي وأدلته ، المرجع السابق، ص 43.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

- 4- **طلاق الهازل:** يلزم الطلاق ولو وقع من الشخص هازلا، وهذا كالنكاح والرجعة فإنها تلزم بالهزل و المزاح، وإن 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 والرجعة"¹.
فالهازل يقصد اللفظ ولا يقصد الأثر المترتب عليه، فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح المنقول وصريح المعقول².
- 5- **طلاق الغائب:** إذا طلق الزوج زوجته وهو غائب عنها، فإنه يقع والدليل ما جاء في قصة فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها وهو غائب باليمن وأرسل إليها بطلاقها مع عباس ابن أبي ربيعة، ووجه الاستدلال أن هذه الواقعة قد علمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه ولا رد طلاقه، فدل ذلك على جواز طلاق الغائب³.
- 6- **طلاق السكران:** السكران الذي وصل الى درجة الهذيان وخط الكلام ولا يعي بعد افاقته 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 ويعذر لعدم الإدراك والوعي كالنائم⁴.
- 7- **طلاق السفية:** السفية هو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل السليم، فينفذ طلاق المحجور إذا كان بالغا باتفاق المذاهب، ولو بغير إذن وليه، لأن موضع الحجر هو التصرفات المالية والرشد ليس شرطا لوقوع الطلاق⁵.
- 8- **طلاق المكروه:** طلاق المكروه لا يقع عذد الجمهور غير الحنفية لانتفاء القصد⁶، لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁷.

1 أبو عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه - كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا، المرجع السابق، ص 658.

2 محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 55.

3 الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص 44.

4 عبد القادر بن حرز الله، المرجع سابق، ص 220.

5 المرجع نفسه.

6 محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 49.

7 أبو عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه - كتاب الطلاق، باب الطلاق المكروه، المرجع السابق، ص 659.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

9- طلاق المريض مرض الموت: طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقاً، ومرض الموت عارض سماوي يصيب الإنسان في مراحل حياته فيؤثر في قواه البدنية، ويترتب عليه شرعاً تغيير في بعض الأحكام حماية للغير، أي أن من تعرض لهذا العارض فإنه قد يتصرف تصرفاً يقصد به الأضرار بغيره وخاصة زوجته ويسمى طلاق الفار.¹

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

أ- الحنفية: ترث إذا كانت مازالت في عدتها،

ب- المالكية: ترث ولو انتهت عدتها،

ج- الحنابلة: ترث ما لم 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 وإلا لا يعتبر طلاق الفار،

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

- إذا كان الطلاق من طلاق رجعي وحدث الموت أثناء العدة فإنها ترث بالاتفاق،

- إذا كان الطلاق من طلاق رجعي أو بائن حال الصحة وحدث الموت بعد انقضاء العدة فإنها

لا ترث بالاتفاق.²

إن الطلاق ملك للزوج البالغ، العاقل، ولا تملكه الزوجة إلا بتفويض من الزوج أو

بتوكيل منه كما لا يملكه القاضي إلا في أحوال خاصة.

¹ بختي العربي، المرجع السابق، ص 76.

² محمد ابن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، لبنان، 1968، ص 253.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

ثالثاً: أن يكون قاصداً الطلاق وهو ارادة 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 والحكاية 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 أراد 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".¹

بخلاف طلاق الهازل فإنه واقع لأنه قاصد التلفظ بلفظ الطلاق حتى وإن لم يرد معناه.²

موقف القانون الجزائري من ركن المطلق وشروطه:

نص المشرع الجزائري في م 48 ق أ 02-05 "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بحدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون" وبالتالي ذكر المشرع صور الطلاق دون ذكر التفاصيل الأخرى.

ولم يورد ق أ أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبق م 222 ق أ 02/05، ورغم سكوته عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج فقد نص في م 85 ق أ 02-05 بأنه "تعتبر تصرفات المجنون والمعته والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفيه" والأهلية المطلوبة هنا هي أن يكون الزوج المطلق متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه.³

كما نصت م 132 من ق أ 02-05 على أنه "إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، هنا قد تكون الوفاة بسبب مرض الموت فيكون قد طلقها في مرض الموت وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة.

1 محمد بن إسماعيل البخاري ، حديث صحيح البخاري ، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 2002، ص 1343.

2 عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 221.

3 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 230.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من ايقاع الطلاق، ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث¹.

الفرع الثاني: ركن المطلقة (الزوجة)

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 وقع عليها الطلاق لا تكون مطلقة، وسبب ذلك هو أنها ليست محلا لطلاقه، والطلاق الواقع منه عليها هو لغو من القول لا ينتج أثرا شرعيا بالنسبة لها². ويشترط لوقوع الطلاق عليها ما يلي:

أولاً- قيام الزوجية وقت الطلاق:

فيقع عليها الطلاق حال قيام الزوجية الصحيحة قبل الدخول أو بعده، ولا يقع على امرأة غير متزوجة وأن تكون الزوجة في طهر لم يمسه فيها.

ثانياً- صحة الزواج بالعقد:

فلا يقع عن امرأة متزوجة زواجا غير صحيح.

ثالثاً- ألا تكون مطلقة قبل الدخول:

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

رابعاً: ألا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثاً³.

¹ حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا- الزواج وانحلاله، الخطبة، دار الخلدونية، الجزائر، 2015، ص32.

² أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص165.

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص55.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

موقف قانون الأسرة الجزائري من ركن المطلقة وشروطه:

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

الفرع الثالث: ركن الصيغة

نبحث عن شروط هذا الركن في ثلاث نقاط هامة وهي أولا الفاظ الطلاق، ثانيا عدد الطلقات، ثالثا صيغة الطلاق

أولا- الفاظ الطلاق:

اتفق الفقهاء على أن الزوج 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: انت طالق، طلقتك، انت مطلقة.

2- **اللفظ الكناية:** وهو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ولم يتعارفه الناس بإرادة الطلاق كقول الرجل لزوجته الحقي باهلك واخرجي واذهبي، انت بائن، انت بتة، استبرئي رحمك، امرك بيدك.

وعند المالكية الكناية نوعان ظاهرة وخفية والكناية الظاهرة لها حكم الصريح كلفظ التسريح والفرق أو قوله انت بائن وبتة أما الخفية كقوله اعتدي فيقع بها طلقة واحدة إلا إذا نوى أكثر من ذلك¹.

واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة وإرسال رسول وحكمه حكم الطلاق الصريح كما يقع الطلاق بالإشارة المفهومة بيد أو رأس عند الضرورة كالأخرس، ولا يصح الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام والكتابة، وعند المالكية إشارة القادر على الكلام كالكناية تحتاج إلى النية².

¹ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 222.
² المرجع نفسه.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

موقف القانون الجزائري من ألفاظ الطلاق:

يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة، كما يقع بالكتابة المفهومة، وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة وفق م 48 ق أ 05-02 الذي يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداوله عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه حسب م 60 من ق أ 05-02 ، وقد ذهبت م ع في قرارها المؤرخ في 14/05/1984 بأنه " من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره، ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة".¹

ثانياً - عدد الطلقات :

يملك الرجل على زوجته طلقة وطلقتان وثلاث ويجوز مراجعتها بعد الأولى والثانية، لقوله تعالى: "الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان"²، إن نوى بكلامه عدد معين أو صرح بعدد قرنه بالطلاق وقع ما نواه أو صرح به من العدد فيقع ثلاثاً إذا تكرر منه أو قيد بلفظ الثلاث سواء طلق المرأة واحدة بعد واحدة أم جمع الثلاثة في كلمة واحدة فإن قال لها أنت طالق ثلاثاً وقع ثلاث دخل بها أم لا .

وإذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق يقع ثلاثاً إلا إذا لم يتخلل فصل بين الجملتين وقصد به تأكيد الطلقة السابقة فيقع طلاقاً واحداً .

ويرى 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".³

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 251 .

² سورة البقرة، الآية 229 .

³ عبدالقادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص، ص 26,25.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

موقف قانون الأسرة الجزائري من عدد الطلقات:

لم يورد المشرع أي نص في هذا الشأن غير أنه اعتبر في م 51 ق أ 05-02¹ الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات، تعند المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة الطلاق وهذا أمر يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي²، مع أن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بحكم قضائي .

-ثالثا- أنواع صيغة الطلاق:

تتنوع صيغة الطلاق إلى ثلاثة أنواع: صيغة منجزة ومعلقة وصيغة مضافة .

1- الصيغة المنجزة: وهي التي تكون في الحال وترتب اثارها بمجرد صدورها كقوله "أنت طالق" أو " طلقتك" من غير تقييد ولا يمين وهذا هو الأصل في الطلاق.³

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 على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط كأن دخلت دار فلان فأنت طالق، ويشترط 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 أو لا.⁴

موقف قانون أ. ج من أنواع صيغة الطلاق:

لم يتعرض المشرع لأنواع صيغة الطلاق واليمين بالطلاق تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي م 222 ق أ 05-02، غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة وعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة بأن الحلف باليمين والحرام لا يقع به طلاقا وأن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه، وما في معناه هو طلاق لاغ.⁵

¹ المادة 51 ق أ " لا يمكن ان يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية الا بعد ان تنزوج غيره و تطلق منه او يموت عنها بعد البناء".

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 252.

³ المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الأسرة الجزائرية - دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 161.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 254.

⁵ المرجع نفسه، ص 256.

المطلب الثاني: القيود الواردة على إيقاع الطلاق

انطلاقاً مما هو مقرر فقها وقانوناً أن الطلاق بيد الرجل هو حق أصيل له يستعمله دون اعتماد على إرادة المرأة في إحداث هذا الأثر غير أنه لا بد من تحديد 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 يتقيد استعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه والحكمة التي دعت إلى مشروعية الطلاق هي الحاجة المتمثلة في الخلاص من الرابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى بحيث يفوت المقصود من النكاح وينقلب إلى مضرة¹.

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

وكان القانون الجزائري من بين القوانين التي اعتبرت أن الطلاق بدون سبب أو من غير حاجة طلاق تعسفي وهذا ما ورد في م 52 ق أ 05-02 إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق على المطلقة دونما سبب مقبول وإن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل².

الفرع الثاني: أن يكون في طهر لم يجامعها فيه

وهذا متفق فيه بين الفقهاء فإن وقع الزوج الطلاق حال الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه كان طلاقاً حراماً عند جمهور الفقهاء وهو الذي يسمى بالطلاق البدعي، والمالكية يحرّمونه حال الحيض والنفاس ويكره عندهم حال الطهر الذي مسها فيه لاحتمال حملها منه في ذلك الوطء لأن الشارع أمر بالطلاق عندما تكون المرأة مستقبلة عدتها قال تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ"³

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 106 .

² عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 226 .

³ سورة الطلاق، الآية 1 .

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

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى هذا القيد لأنه لم يتحدث أصلا عن الطلاق السني والبدعي وبالتالي الرجوع إلى أحكام الشريعة وفقا للمادة 222 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 مفردا فإن جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد كان طلاق بدعي محذور، محرم عند المالكية والحنفية وابن تيمية ولما أخرجه النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا، فقام غضبان، ثم قال: "أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم".

و ان 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 فيه¹.

¹ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص، ص228,229.

الفصل الأول: ماهية الطلاق

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بأن طلاق الثلاث يقع طلاقة واحدة حسب رأي ابن تيمية خلافا لجمهور الفقهاء ، وهذا ما نستنتجه من خلال نص م 51 ق أ 05-02 " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء "، فالظاهر أنه يقصد أن يطلق الرجل ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق، ومعنى هذا أنه لم يشر صراحة إلى قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد.¹

الفرع الرابع: إذا طلق الرجل امراته في مرض الموت

فإذا طلقها طلاقاً بائناً فإنها ترثه والعدة في ذلك هي أن المريض الذي يطلق زوجته يتهم بأنه قصد بطلاقها حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده، ويلاحظ أن قيام هذه التهمة كون إيقاع الطلاق غير متفق مع الحكمة التي دعت لتشريعها لأن المقصود بالطلاق الفرقة وهي حاصلة بالموت، إذ الفرض أن المطلق يموت في مرضه الذي طلق فيه وبذلك يكون المطلق قد قصد بطلاقه غير ما شرع له الطلاق.²

وقد أخذ بهذا قانون الأسرة الجزائري بأن طلاق المريض مرض الموت يقع إلا إذا كان ينوي بطلاق زوجته حرمانها من الميراث فيعامل بنقيض قصده وهذا ما يستنتج من خلال نص م 132 ق أ 05-02 .

1 المصري مبروك، المرجع السابق، ص 159 .

2 رحو مليكة ، الطلاق بالارادة المنفردة للزوج، اطروحة لنيا اجازة المدرسة العليا للقضاء،وزارة العدل،المدرسة العليا للقضاء،الدفعة 2012،23-2013 ، ص 38.

الفصل الثاني: إجراءات دعوى الطلاق وإشكالاته

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى تعريف الطلاق وأقسامه، من خلال المبحث الأول وإلى أركان الطلاق وشروطه والقيود الواردة على إيقاع الطلاق في المبحث الثاني، نتطرق الآن إلى الفصل الثاني حيث سنتناول في المبحث الأول إجراءات دعوى الطلاق والتي تسبق حكم الطلاق، ثم نتطرق إلى الإشكالات التي يطرحها، من خلال تناول إشكالات هامة تمس العدة والميراث وكذا الطلاق العرفي.

مع أن الحضانة والنفقة أيضا تثير إشكالات من ناحية أن قانون الأسرة لم يأخذ بترتيب الحاضن وفقا للمذاهب الأربعة بل أخذ بمذهب الإمامية، ولم ينص على الشروط الواجب توفرها في الحاضن بالرغم من أهميتها لأنها تمس الجانب الضعيف.

كما أن صندوق النفقة الذي كرسه القانون قد يكون له أثر بارز في ازدياد ظاهرة الطلاق حيث أن القانون جاء به كحل لمشكلة النفقة فإذا به اصبح مشكلة .

إلا أن دراستنا لن نتناول الحضانة والنفقة لقلة أهميتها مقارنة بالعدة والميراث وكذا الطلاق العرفي فهذه المواضيع تثير إشكالات كثيرة ومن عدة جوانب.

المبحث الأول: إجراءات دعوى الطلاق

رغم أن ق أ ج قد تضمن القواعد الأساسية لبناء هيكل الأسرة الجزائري، وذلك ببيان أحكام الزواج والطلاق وحقوق وواجبات الزوجين وحقوق الأولاد والوالدين، إلا أنه لم يتضمن الإجراءات التي تحدد طريق الوصول إلى مثل هذه الحقوق، وضمان القيام بهذه الواجبات لذا يجب البحث على ذلك ضمن ق إ م إ، و لكي تكون دعوى الطلاق صحيحة ومستوفية لشروطها يجب إتباع قواعد وإجراءات أساسية لرفع الدعوى، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى إجراءات رفع دعوى الطلاق من خلال ذكر شروط قبول الدعوى وقواعد الاختصاص أما المطلب الثاني سنتناول فيه كيفية سير دعوى الطلاق.

المطلب الأول: رفع دعوى الطلاق

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى كيفية رفع دعوى الطلاق، وذلك من خلال بيان الشروط اللازمة لقبول الدعوى من صفة ومصلحة في الفرع الأول، وكذا قواعد الاختصاص الذي يتمثل في الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط قبول دعوى الطلاق

عند رفع أي شخص دعوى قضائية يجب أن تتوفر فيه شروط نصت عليها المادة 13 من ق إ م إ¹، وهي الصفة والمصلحة في حين أن ق إ م القديم نص في المادة 459 منه على توفر ثلاث شروط وهي الصفة والمصلحة والأهلية.

أولاً- الصفة:

"هي الحق في المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي"². أما الصفة في مجال فك الرابطة الزوجية فهي أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعوى ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة بمعنى أنه لتحقيق هذا الشرط يجب أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة أو أحد ممثليهما قانوناً، وعليه فإن فقد شرط

¹ م 13 ق إ م إ " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

² عبد الرحمان بربارة، شرح ق إ م إ، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 34.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

الصفة سيؤدي حتما إلى الحكم بعدم قبول الدعوى، كما يجب أن يكون لصاحب الصفة نسخة من عقد الزواج وأن يقدمها إلى المحكمة رفقة عريضة افتتاح الدعوى .

ثانيا- المصلحة:

"هي المنفعة التي يحققها المدعي من وراء اللجوء إلى القضاء"، وتعتبر المصلحة الدافع لرفع الدعوى، والهدف من اشتراط المصلحة ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء، فلا دعوى من دون مصلحة، و هنا المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة يقرها القانون.¹

بمعنى أنه يجب على المدعي أن يدعي بحق يعترف به القانون ويحميه، كما يجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة أي أن يكون النزاع بغرض حماية حق أو مركز قانوني أو تعويض ما لحق به من ضرر، أما المصلحة المحتملة يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل، والحق للخصم لدفع بعدم وجود المصلحة وليس للقاضي ذلك كما هو عليه الحال في الصفة التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

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

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي

تنظر المحكمة في جميع القضايا المدنية والتجارية والبحرية وقضايا الأسرة وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع وهذا ما جاء به ق إ م إ حسب المادة 32 منه²، وهو

¹ عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، - ترجمة للمحاكمة العادلة، ط9، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص، ص 67,66.

² المادة 32 ق إ م إ " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام، يمكن أيضا أن تتشكل من اقطاب متخصصة، تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما المدنية والتجارية البحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها اقليميا، تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع، غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات استثناء القضايا الاجتماعية".

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

الإختصاص النوعي أما الإختصاص الإقليمي ف قد تناولته م 37 منه¹، و عليه سنتناول الإختصاص النوعي و الإقليمي في ما يخص قضايا شؤون الأسرة و بالضبط قضايا الطلاق.

أولاً- الإختصاص النوعي:

"يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، 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 وفقاً لنوع الدعوى"².

يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمون ق أ وقد ذكرت المادة 423 ق إ م إ أهم الدعاوى التي يعرفها القضاء، لكنها لا تمثل كل الدعاوى التي يختص بها قسم شؤون الأسرة لوجود منازعات أخرى لم يأت ذكرها، والمنازعات التي تم ذكرها هي دعاوى الخطة والزواج والرجوع وكذا دعاوى انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيادة بالإضافة إلى دعاوى إثبات الزواج والنسب وأخيراً الكفالة والدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم³.

إن دعوى الطلاق ترفع أمام قسم شؤون الأسرة على الدرجة الأولى للقضاء العادي وطبيعة الاختصاص النوعي من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه حسب المادة 36 ق إ م إ التي نستنتج منها أنه لا يجوز مخالفته ولا الاتفاق على خلافه ولما كان كذلك فإن الدفع بعدم الاختصاص النوعي يمكن إثارته من أي طرف له مصلحة، في أية مرحلة من مراحل التقاضي كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها والحكم بمقتضاه.

¹ المادة 37 من ق إ م إ " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "

² عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص74.

³ المرجع نفسه، ص، ص328,329.

ثانيا - الاختصاص الإقليمي:

"هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها، استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي".

ويشمل موضوع الاختصاص الإقليمي قاعدة عامة تعتمد مقر المدعى عليه م 37 ق إ م إ ومجموعة استثناءات بحسب كل حالة المادة 39 ق إ م إ.

تحدد المادة 426 ق إ م إ الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع، إما في موطن المدعي أو في موطن المدعى عليه أو الموطن الذي يختاره الطرفين، أما القضايا التي لم يرد ذكر اختصاصها 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 إ¹.

ونستنتج من المادة 46 من ق إ م إ² إن الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام ومن ثمة لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، بل بطلب من أحد الخصوم حسب نص المادة 47 من ق إ م إ³، وبالتالي يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما أمام المحكمة الأقرب أو التي يختارونها وفي هذه الحالة لا يدق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الاختصاص الإقليمي.

¹ المادة 426 ق إ م إ " تكون المحكمة مختصة اقليميا:

1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.

2- في موضوع اثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.

3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان اقامة أحد الزوجين.

² المادة 46 من ق إ م إ " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي ، حتى ولو لم يكن مختصا اقليميا.

يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار الى ذلك.

يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف الى المجلس القضائي التابع له "

³ المادة 47 من ق إ م إ " يجب اثارة الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي ، قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول."

المطلب الثاني: سير دعوى الطلاق

بعدما تطرقنا إلى الشروط اللازمة لرفع دعوى الطلاق المتمثلة في الصفة والمصلحة، وكذا قواعد الاختصاص الإقليمي والنوعي، نتطرق إلى كيفية سير دعوى الطلاق من خلال بيان تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق في الفرع الأول والإجراءات التي تلي ذلك من صلح وتحكيم في الفرع الثاني أما طبيعة الحكم الصادر والطعن فيه فتأتي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق

تعتبر العريضة اصطلاحاً قانونياً، يقصد به الطلب المكتوب الموجه للقاضي، والذي يعرض خلاله العارض ادعاءاته وطلباته ودفعه من أجل طلب الحصول على حكم في الدعوى، سواء بتقرير حق أو حماية مركز قانوني أو جبر ضرر ما عن طريق التعويض، ويعتبر إيداع العريضة أول خطوة قانونية تفتح بها الدعوى، كما تختلف العرائض بحسب موضوع الدعوى وطبيعة الطلب، فنجد مثلاً عريضة استئناف وعريضة طعن... ولكن مع اختلاف العرائض فإن البيانات الأساسية لا تختلف¹.

ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع 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 و وجوب توفر مجموعة بيانات في عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلاً وهي ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، اسم ولقب المدعي وموطنه ثم اسم ولقب وموطن المدعى عليه وعرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، أخيراً يمكن الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى وتقيد العريضة حالاً في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها بعد دفع الرسوم المحددة قانوناً ويسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ الجلسة²، حسب نص م 16 و 17 من ق إ م إ.

ونستنتج من نص م 436 ق إ م إ أن دعوى الطلاق ترفع من الزوج أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقاً للأشكال المقررة قانوناً لرفع الدعوى المذكورة في م 15 ق إ م إ.

¹ فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، ص، ص 52، 53.

² عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص، ص 47، 48.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

الفرع الثاني: إجراءات الصلح والتحكيم

إن إجراءات الصلح و التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية والخصومات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين هي الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه، لاسيما إذا تعلق الأمر بالطلاق وإجراءات الصلح والتحكيم مستمد من الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: " وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ " ¹ وقوله: "وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا" ² وقوله أيضا: " لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ۗ " ³ .

أولا- إجراء الصلح:

تنص م 49 من ق إ م إ " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ،تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة". حيث تتم محاولة الصلح تحت مراقبة القاضي وفي جلسات سرية وهي وجوبية حسب نص المادة 439 ق إ م إ " محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية"، فالنص وجوبي للكافة قاضيا كان أو متقاضي، وهو يتضمن جزئيتين:

فأما الأولى فتتعلق بكون محاولات الصلح إجبارية ولما الأمر كذلك فعلى القاضي أن يأمر بها ويسعى إلى إتيانها في جميع الأحوال، بغض النظر عن ما يتحقق من نتائج ايجابية كانت أم سلبية.

أما الثانية فتتعلق بكون هذا الإجراء يتعين أن يتم في قاعة المشورة وبصفة سرية⁴.

1 سورة النساء، الآية 128.

2 سورة النساء، الآية 35.

3 سورة النساء، الآية 114.

4 سائح سنقوقة، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد- بنصه وشرحه والتعليق عليه ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011،

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

وأن تكون محاولات الصلح في تاريخ محدد، ويستمتع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معاً بناء على نص م 440 ق إ م إ و يمكن حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن إصدار حكم الطلاق بدون إجراء صلح يعتبر خطأ في تطبيق القانون، كما إن للقاضي أن يأمر بتدابير مؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن حسب نص م 440 ق إ م إ و م¹ 57 مكرر² من ق أ 05-02، يأخذ بعين الاعتبار ما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين ويمكن للقاضي في هذه المرحلة والى حين صدور الحكم في الموضوع تعديل أو إلغاء هذه التدابير في حالة ظهور واقعة جديدة بأمر غير قابل للطعن، حسب نص م 445 ق إ م إ، فإذا توصل القاضي إلى الصلح يقوم أمين الضبط بتحرير محضر يوقعه مع القاضي والزوجين ويودع بأمانة الضبط، وهذا المحضر يعتبر سند تنفيذي³، حسب نص م 443 ق إ م إ.

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

أما حالة غياب أحد الزوجين من جلسة الصلح لاستحالة الحضور بسبب عذر، فللقاضي إمكانية تأجيلها إلى موعد آخر أو ندب قاضي آخر لسماعه في إطار إنابة قضائية.

وفي جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة 3 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق إعمالاً لنص م 442 ق إ م إ⁴ إن عدم القيام بهذا الإجراء يعد خطأ في تطبيق القانون وهذا ما أخذت به م ع من خلال نص القرار " من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

¹ المادة 440 من ق إ م إ " يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز اتخاذ ما يراه لازماً من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

وفي جميع الحالات يجب الا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق".

² المادة 57 مكرر من ق أ " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط3، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 120.

⁴ عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص 154.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

ثانياً - إجراء التحكيم:

جميع دعاوى الطلاق المنصوص عليها في القانون لا تبت فيها المحكمة إلا بعد استنفاد محاولات الصلح الذي يقوم به القاضي، بينما التحكيم فهو تفويض الأمر للغير وكذلك رفع الأمر للحاكم للفصل في المنازعات بين المتخاصمين، فهو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما بدلاً من القاضي كطرف ثالث باختيار الطرفين المتخاصمين وبتراضيتهما للفصل في النزاع القائم بينهما طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالحكمين يقومان بالصلح بين الزوجين في حالة اشتداد الخصام بينهما، يعينهما القاضي وهذا ما نصت عليه م 56 من ق أ² وإجراء التحكيم مستمد من الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: **فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا**³، فإذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غياب الخطأ المبرر للطلاق جاز للقاضي أن يعين حكمين لمحاولة الصلح بين الزوجين وهذا ما أكدته م 446 من ق إ م إ، على الحكمين تقديم تقرير عن مهمتهما في أجل شهرين ويطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة م 447 ق إ م إ.

ويجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائياً إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة حسب نص م 449 ق إ م إ، أما إذا نجح

1 قرار م ع، غ ا ش، ملف رقم 475141، بتاريخ 18/6/1991، قضية ع. ل ضد ج. خ، م ق، العدد 1، 1993، ص 56
2 المادة 56 من ق أ " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".
3 سورة النساء، الآية 35.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

الحكمين في عملية الصلح يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن بناء على نص م 448 ق إ م إ¹.

وهذا ما أخذت به م ع من خلال القرار الذي ينص "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وإن اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكميين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان ثابت - في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد 49، 55، 56 من ق أ 05-02 يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"².

الفرع الثالث: الحكم الصادر في دعوى الطلاق والطعن فيه

لأن كل دعوى ترفع أمام القضاء لا بد أن يصدر في شأنها حكم قضائي أو قرار أو أمر ولأن دعوى الطلاق كغيرها من الدعاوى، لا بد من إن يصدر القاضي فيها حكمه استناداً لما قدم لديه من مستندات وإثباتات تؤكد أو تنفي ما تدعيه في دعاها وسنحاول التطرق لتحديد طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق، ومدى جواز الطعن فيه وذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً- 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 الكاشفة أو التقريرية: " وهي الأحكام القضائية التي تقضي فقط بوجود الحق أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني".

فالحكم الكاشف أو المقرر هو الذي يصدر مقرراً ومؤكداً لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل ودون إن يتضمن إلزام أحد الخصمين بأداء معين ، لذلك فإن الحكم المقرر لا يرمي

1 عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 338.

2 قرار م ع ، غ ا ش ، ملف رقم 57812، بتاريخ 1989/12/25، قضية ب. ق ضد أ. م. ع. م. ق، العدد 3، 1991 ص71.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

إلا إلى تأكيد رابطة قانونية معينة وبصورة تتحقق الحماية القانونية كاملة، فهو يزيل الشك أو التجهيل الذي يدور حول هذا الحق أو المركز القانوني¹.

2- أحكام منشئة: "وهي الأحكام القضائية التي تقرر إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إنهاء مركز قانوني قائم، وبصدور الحكم يتم إنشاء الرابطة الجديدة فتتحقق بصدوره كامل الحماية القانونية."²

3- أحكام الإلزام: "وهي الأحكام التي يرد فيها التأكيد على حق بالتزام، أي على حق يقابله التزام الطرف الآخر بأداء معين كتسليم منقول أو دفع مبلغ من المال، ولا يحقق هذا الحكم بذاته الحماية القانونية المطلوبة بل يحتاج إلى تنفيذه"³.

ونستخلص 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 وإنما كشف عن حكم الطلاق الذي صدر بإرادة الزوج المنفردة وهذا بناء على نص م 49 من ق. أ 02-05 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم ..."، يتبين بأن الحكم الذي يصدر في دعوى الطلاق يأتي ليؤكد رغبة الزوج في فك الرابطة الزوجية وما الحكم إلا كاشف عن نفس النية أو الرغبة.

ثانياً - الطعن في أحكام الطلاق:

قبل التطرق إلى الطعن في أحكام الطلاق نتطرق أولاً إلى التعرف على طرق الطعن العادية وغير العادية حيث أن طرق الطعن هي: "هي عبارة عن الوسائل القانونية التي أتاح المشرع من خلالها ضمن أجال زمنية محددة ومن النظام العام للمحكوم عليه من طلب إعادة النظر في الحكم الصادر ضده، سواء بتقديم الطلب أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام جهة قضائية

1 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص 154.

2 عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 176.

3 فضيل العيش، المرجع نفسه

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

من درجة أعلى، والعلة 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 حق¹. وبالتالي يهدف الطعن إلى مراجعة الحكم المطعون فيه من حيث القانون أو من حيث الموضوع و القانون معا، كما يعتبر وسيلة قانونية للتعبير عن عدم الرضا.

وقد عالج ق إ م إ طرق الطعن في الأحكام القضائية من م 313 إلى 397 وحدد طرق الطعن العادية في م 313 وهي المعارضة والاستئناف وطرق الطعن غير العادية وهي الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، التماس إعادة النظر.

1- طرق الطعن العادية: المعارضة والاستئناف.

أ- المعارضة: "هي إحدى طرق الطعن العادية يمارسها الخصم المتغيب تمس الحكم أو القرار الغيابي للنظر في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار الغيابي الصادر إما عن محكمة أو مجلس قضائي بناء على نص م 327 ق إ م إ، باستثناء قرارات المحكمة العليا التي لا تقبل فيها المعارضة حسب نص م 379 ق إ م إ².

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

"هو الطعن الذي يقوم بواسطته الطرف الذي يشعر بالغبن من جراء حكم الدرجة الأولى بنقل القضية وجوانب منها إلى جهة التقاضي الأعلى بغرض الحصول على مراجعة أو إلغاء الحكم المطعون فيه، والاستئناف يكرس قاعدة التقاضي على درجتين، م 332 ق إ م إ³.

2- طرق الطعن غير العادية: وهي الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر.

أ- الطعن بالنقض: ويكون أمام المحكمة العليا من أجل تقرير المبادئ القانونية السليمة ومراقبة مدى تطبيق القانون⁴، ونص على الطعن بالنقض المواد من 348 إلى 379 والمواد من 557 إلى 583 ق إ م إ.

1 فضيل العيش، المرجع السابق ، ص159.

2 عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق ، ص 246.

3 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص 165.

4 المرجع نفسه، ص172.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

ب-اعتراض الغير الخارج عن الخصومة: يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع وهذا ما نصت عليه م 380 من ق إ م إ.¹ وعليه يمكن وفقا للقانون أن يقوم الغير الخارج عن الخصومة باتخاذ هذا الطعن غير العادي وبالتالي يقوم به من لم يكن طرفا ولا ممثلا أثناء عرض النزاع على القضاء² بناء على نص م 381 ق إ م إ.³

ج- التماس إعادة النظر: يهدف إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع الحائز لقوة الشيء المقضي فيه والفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون، م 390 من ق إ م إ و منح اختصاص النظر في الطعن بالالتماس لنفس الجهة التي أصدرت السند المطعون فيه ويرجع ذلك إلى الفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا الطعن، فهو لا يهدف إلى إصلاح تقدير خاطئ إنما إلى إعادة النظر لأجل تقرير جديد في ضوء ظروف جديدة، إذ لا شك في أن الجهة التي أصدرت السند المطعون فيه هي أعلم من غيرها بقيمة العناصر المثارة لأول مرة بعد اكتشافها.⁴

ونصت م 391 ق إ م إ على "أنه لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر، إلا ممن كان طرفا في الحكم أو القرار أو الأمر أو تم استدعاؤه قانونا".

وأهم ما يميز طرق الطعن العادية عن الطرق غير العادية والمنصوص عليها في م 313 في ق إ م إ أنه ليس لطرق الطعن غير العادية ولأجل ممارستها أثر موقف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك عملا بالمادة 348 ق إ م إ.

1 المادة 380 من ق إ م إ " يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة الى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع، يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون".

2 عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 283.

3 المادة، 381 من ق إ م إ " يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه ، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة".

4 عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح ق إ م إ، هومة الجزائر، 2009، ص 130.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

وبعد التعرف على طرق الطعن يمكن القول أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف لأنها أحكام تصدر ابتدائياً ونهائياً ما عدا في جوانبها المادية التي تصدر ابتدائياً فقط وبالتالي يمكن الطعن فيها بجميع طرق الطعن وفقاً لنص م 57 من ق أ 02-05.¹

كما أن على القاضي التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق من أجل الحكم له بذلك لأن حكم القاضي بالطلاق هو حكم كاشف وغير قابل للاستئناف وفق نص م 450 ق إ م إ².

وأخذت م ع بما جاء سابقاً وذلك من خلال نص القرار " إن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح طبقاً لنص م 49 ق أ 02-05، إن أحكام الطلاق تصدر نهائية طبقاً لأحكام المادة 57 من ق أ³."

1 المادة 57 من ق أ " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

2 المادة 450 ق إ م إ " يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويأمر بأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك".

3 قرار م ع، غ أش، ملف رقم 82143، بتاريخ، بتاريخ 12/05/1992، قضية غ. ع ضد أ. ز. خ، م ق، العدد 48، 1992، ص 165.

المبحث الثاني: إشكالات الطلاق من خلال قانون الأسرة الجزائري

بعد أن تطرقنا إلى إجراءات الطلاق في المبحث الأول نتطرق إلى الإشكالات التي يطرحها في المبحث الثاني والتي تعرقل القضاة أثناء قيامهم بمهامهم وتطرح صعوبات لدارسي القانون، حيث سنتناول في المطلب الأول إشكالات العدة والميراث وفي المطلب الثاني، إشكالات الطلاق العرفي.

المطلب الأول: العدة والميراث

إن العدة والميراث من أهم الإشكالات التي يطرحها الطلاق في قانون الأسرة الجزائري وبالتالي سنحاول إعطاء مفاهيم بسيطة لكل من العدة والميراث قبل التطرق إلى إشكالاتها.

الفرع الأول: مفهوم العدة والميراث

أولاً- العدة:

1- لغة: عدة المرأة قبل أيام إقرائها مأخوذة من العد والحساب، وقيل تربصها المدة الواجبة عليها والجمع عدد، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾¹، اللام بمعنى "في" أي في عدتهن² "عدة المرأة أيام إقرائها وإحداها على زوجها"³.

2- اصطلاحاً: "هي الفترة الزمنية التي تمنع فيها المطلقة والمتوفى عنها زوجها الزواج ثانية"⁴ "هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها أو بواسطة القاضي أو بوفاة الزوج، إذ يتوجب عليها مراعاة العدة الشرعية لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾⁵، من أجل التأكد من براءة الرحم منعا من اختلاط الأنساب وإعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما وهي كذلك مهلة للحداد لمن توفى زوجها"⁶.

1 سورة الطلاق، الآية 1.

2 أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، المرجع السابق، ص 236.

3 خليل الجر، المعجم العربي الحديث لأروس للدكتور، المرجع السابق، ص 818.

4 غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، ط1 الجزائر، 2011، ص 142.

5 سورة الطلاق، الآية 1.

6 بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 224.

ثانيا: تعريف الميراث

1- لغة: تركة الميت، جمع مواريث "علم المواريث"، علم الفرائض¹.

انتقال الشيء من شخص إلى آخر، أو من قوم إلى آخرين وقد يكون بالمال أو العلم والمجد أو الشرف، ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إن العلماء ورثة الأنبياء وإن الأنبياء لم يورثوا درهما ولا دينارا، وإنما ورثوا العلم، فمن أخذه أخذ بحظ وافر"².

والفرائض لغة جمع فريضة مأخوذة من الفرض بمعنى التقدير، لما فيها من تقدير سهام الورثة وانصبتهم المقدره شرعا.

عن أبي هريرة قال صلى الله عليه وسلم: "يا أبا هريرة تعلموا الفرائض وعلموها فإنه نصف العلم، وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي"³

وعن عمر بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "العلم ثلاثة، وما سوى ذلك فهو فضل، آية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة"⁴.

2- اصطلاحا: "هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء وسواء كان المتروك مالا أو عقارا، أو حقا من الحقوق الشرعية التي قبل الميراث"⁵.

وعلم الميراث أو الفرائض هو "العلم بالأحكام الشرعية العملية المتعلقة بمعرفة نصيب من التركة بعد موت المورث".

أو هو "علم بقواعد فقهية وحسابية يعرض بهما توزيع التركة ونصيب كل وارث فيها"⁶.

الفرع الثاني: إشكالات العدة والميراث

سنتناول إشكالات العدة والميراث من خلال التعليق على المواد التالية:

1- خليل الجر، المعجم العربي لاروس، المرجع السابق، ص 1177.

2- رواه أحمد وأصحاب السنن وهو صحيح.

3- أبي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، كتاب الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض، ص 908.

4- علي بن عمر الدار قطبي، سنن دار قطني، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي، كتاب الفرائض، دار بن حزم، بيروت، 2011، ص 908.

5 منصور الكافي، المواريث في الشريعة والقانون، دار العلوم، الجزائر، 2008، ص 28.

6 المرجع نفسه.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

أولاً: المادتين 49 و50 يفهم من هذه 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 وهذا ما يناقض نص المادة 50 من ق أ 05-02 فلفظ "راجع" يفهم منه اعتبار الطلاق الذي تلفظ به الزوج قبل صدور الحكم طلاقاً رجعياً.

وينتج عن تطبيق المادتين بروز ظاهرة ازدواجية العدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق و عدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يؤدي الى عدة إشكالات.

فإذا فرضنا وقوع الطلاق من قبل الزوج بتاريخ 2019/1/1 وتم رفع دعوى قضائية لاستصدار حكم الطلاق بتاريخ 2019/04/30 "أي بعد فوات المدة الشرعية" فالقانون يتيح مجالاً للصلح في أجل أقصاه ثلاثة أشهر بعد رفع الدعوى، فإذا عقد القاضي جلسة الصلح يوم 2019/05/30 وتم الصلح بينهما فإن الرجعة تتم بدون عقد جديد طبقاً للمادة 50 ق أ 05-02 وهذا ما لا يتفق والشريعة الإسلامية لبيذونة الطلاق بعد انقضاء العدة الشرعية، 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 ولا يجوز ذلك قانوناً.
2. يجوز زواجها بعد ذلك شرعاً ولا يجوز ذلك قانوناً لقيام العلاقة الزوجية بل يجوز لزواجها متابعتها جزائياً.
3. يحل مؤخر صداقها شرعاً لا قانوناً.
4. الحكم بالطلاق في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة لزوج حكم كاشف وليس منشئ وبالتالي التقليل من وظيفة القاضي.
5. إذا توفى زوجها المطلق بعد فوات العدة الشرعية فلا ميراث لمطلقاته شرعاً ولكنها ترثه قانوناً لعدم انفكاك الرابطة الزوجية قضائياً¹، والعكس إذا توفى زوجها بعد فوات العدة القانونية ولم

1 محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص، ص 24,25.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

- يراجعها في جلسات الصلح وصدر حكم الطلاق قانونا وما زالت في العدة الشرعية كتأخر العادة الشهرية فلها حق الميراث شرعا و ليس لها حق الميراث قانونا.
6. إذا حصل الطلاق بحكم قضائي ولم تكن العدة الشرعية قد انقضت ثم راجع الزوج زوجته دون توثيق عقد الزواج من جديد، فإن هذا الزواج لا يحتج به قاذونا اتجاه الغير من حيث ترتيب الآثار القانونية عليه وهذا مخالف لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من حيث ترتيب الآثار الشرعية.
7. يمكن لزوج أن يتلفظ بالطلاق، وتطول إجراءات الحكم به طبقا للمادة 49 ق أ 05-02 أو قد تتعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية التي يبدأ حسابها من وقت تلفظ الزوج بالطلاق فإذا نجحت هذه الجلسة وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقا للمادة 50 ق أ 05-02.
8. تحديد محاولات الصلح بثلاثة 3 أشهر قانونا بينما هناك أنواع للعدة شرعا وهي عدة الأشهر والقروء والحمل وبالنسبة للبينونة انتهى أمرها فلا جدوى من الصلح لأن الطلاق هنا بائن بينونة كبرى.
9. ازدواجية المهنة بالنسبة للقاضي الذي يجري الصلح فالقاضي ه و الذي يفصل في الدعوى فكيف يمكن لشخص واحد أن يكون قاضي ومحكم في نفس الوقت ويقترح الحل مع أن القاضي يجب أن يكون حياديا وقد أثبتت الإحصائيات فشل جلسات الصلح الذي يقوم بها القاضي من خلال إحصائيات المجلس القضائي سنة 2016 حيث أن عدد القضايا 1749 في دعاوى طلاق تم الصلح في 45 قضية فقط أي أن الصلح نجح بـ 2.7% وفشلت 97.3% محاولة صلح.
10. إن المشرع الجزائري قد خالف الشرع في ميراث المطلقة التي يتوفى عنها زوجها فنصت المادة 132 من ق أ أنه "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، حيث أن وفاة الزوج قبل صدور الحكم بالطلاق وهي الفترة التي اعتبرها المشرع الجزائري فترة المرجعة 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 وهو طلاق بائن وبالتالي لا يستحق الحي منهما الإرث وهذا ما يجعل القانون الجزائري يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، نظرا لعدم تفرقة المشرع بين الطلاق الرجعي والبائن والطلاق السني والبدعي و ما يترتب عنهما.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

11. لزوم المطلقة لبیت الزوجية قانونا لا شرعا، إذا انقضت العدة الشرعية ولم تتقضي العدة القانونية طبقا لنص م 61 ق أ 02/05¹
ثانيا- المادتين 52-58:

المادة 52 اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض من الضرر اللاحق بها، غير أنه لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ولكنه مصطلح جديد حيث تطرق الفقهاء للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم هل هناك تعسفا في الطلاق أم لا؟ على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أو الإباحة إلى مذهبين:

أ-المذهب الأول: ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى أنه ليس هناك تعسف في الطلاق وذلك بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأن الله تعالى مآك الزوج حق الطلاق بالإرادة 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 بأن الأصل في الطلاق الحضر.

ومن خلال ما سبق فإن الطلاق بإرادة الزوج ليس فيه تعسفا شرعا، والتعويض لا يكون من الطلاق التعسفي بل يمثل نفقة المتعة لأن الطلاق حق مشروع للزوج بينما في القانون حسب م 52 ق أ 02-05 فإن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ونفقة إهمال ونفقة متعة، كذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي وأنه عذد الحكم ينبغي تحديد المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، ويجب أن يراعي في التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا الأسعار وتغييرها وارتفاعها وهي أمور تخضع لسلطة قاضي الموضوع ولا يخضع لرقابة م ع فيها، إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين.³

1 المادة 61 " لا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة إطلاقها ووفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

2 نور الدين عتر، ابغض الحلال ، المرجع السابق، ص ، ص ، 156، 160

3 بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 363

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

فالمشرع الجزائري أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي والذي يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان مجتمعين ومتلازمين وهما:

أ. أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول أو إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية بأن تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض وتثبت بالعودة إلى الحياة الزوجية وتمادى الزوج في تمسك بطلب الطلاق.

ب. أن يتحقق القاضي من لحوق الضرر بالمطلقة كأن يطلق الزوج زوجته في مرض موته لحرمانها من الميراث.¹

وبناء على ما سبق بيانه يمكن القول بأن النظرة الشرعية في تكييف التعسف وصوره في الطلاق تختلف عن نظرة القانون، فمعيار التعسف في نظر الإسلام إنما يرجع إلى مدى المخالفة الشرعية في إيقاع الطلاق، وفيه يفقد وجه الحكمة في تشريعه كما لا يرتب الطلاق هنا أي تعويض لأنه حق الزوج وأما معياره بالنظر القانوني فيكون بقدر الضرر الذي ينتجه الطلاق ويترتب عليه تعويض.

م 58 ق أ 05-02، ذكرت نوعين من العدة عدة بالأقرب وعدة بالأشهر كما نص على حسابها من تاريخ التصريح بالطلاق، وهذا غير معقول لأن صدور الطلاق وخصوصا إذا كان خارج دائرة المحكمة يكون في وقت سابق على التصريح به، أما إذا أوقعه القاضي فلا يحتاج إلى تصريح، وإنما تحسب العدة من تاريخ صدور الحكم وإذا لم يوقعه الزوج أمام المحكمة فحساب العدة يكون من تاريخ التلفظ به²، وهذا باتفاق جمهور الفقهاء بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالقرء مما يآثر في حساب العدة والخطأ في حسابها قد يؤدي إلى الوقوع في المحذور.

1 محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص، ص 102، 103.

2 بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 224.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

المطلب الثاني: الطلاق العرفي

قبل التطرق إلى إشكالات الطلاق العرفي نتطرق أولاً إلى مفهومه ثم معرفة مدى إقرار الشريعة الإسلامية والقانون له.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق العرفي ومدى إقرار الشرع والقانون له

أولاً - تعريف الطلاق العرفي:

"وهو الطلاق الذي يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون وثيقة"¹.
"هو الطلاق الذي يقع شفهيًا ضمن قواعد الفقه الإسلامي ولا يعتد به قانونًا ولا يحتج به اتجاه الغير"².

ويمكن لنا القول أن "الطلاق العرفي هو الطلاق الشفوي المستوفي أركانه وشروطه والصادر من الزوج عن أهلية وإرادة واعية وبالألفاظ الشرعية الدالة على الطلاق، وهو ما استقر عليه المسلمون منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم دون اشتراط إشهاد أو توثيق سواء كان هذا الطلاق ناتج عن زواج عرفي أو رسمي"³.

إذن فالطلاق العرفي هو كل طلاق يقع دون الحصول على مستند رسمي يثبتته أو ما يعرف بوثيقة طلاق سواء كان ناجماً عن زواج رسمي أو عرفي.

ثانياً - مدى إقرار الشرع والقانون بالطلاق العرفي:

الطلاق العرفي يقره الشرع كما هو الحال في الزواج العرفي، وهو الذي لم يسجل في المحكمة، وهو صحيح و يسجل في المحكمة لصيانة الحقوق لكلا الزوجين و ثبوت النسب ورفع الظلم وللاثبات ، ولكن القانون لا يعترف به ولا يقره مالم يكن موثقاً، ومن ثم يفقد اثره و توابعه من حقوق وواجبات⁴.

1 محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص70.

2 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 119.

3 Fatwa islam web.net/fatwa/index.php% اطلع عليه بتاريخ 2019/06/10

4 جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص100.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

وبالتالي فإن الشرع يقر بالزواج والطلاق العرفي وما يترتب عليهما من آثار وإن تم دون توثيق، إلا أن القانون لا يعترف بغير التوثيق، فمن الناحية القانونية لا حقوق للمطلقة من زواج رسمي على مطلقها ما لم يتم توثيق الطلاق والحصول على شهادة رسمية بذلك، كما لا يسمح للمرأة المطلقة طلاقاً بائناً غير موثق بأن تتزوج أو تسافر دون إذنه، أو أن تتخلى عن شيء من الحقوق التي كفلها القانون للزوج على زوجته، ما لم تحصل على شهادة رسمية تثبت أنها مطلقة، أما المطلقة من الزواج العرفي فالقانون لا يقر إلا بالقواعد الرسمية و الأوراق الموثقة ولا يعترف بالزواج العرفي أصلاً.¹

الفرع الثاني: إشكالات الطلاق العرفي .

أولاً- حالة عدم تسجيل عقد الزواج وإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي:

تنص م 22 من ق أ 05-02 على أنه "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

وقد نصت م 9 من ق أ 05-02 " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " يتضح لنا من خلال المادتين أن المشرع يعترف بوجود الزواج العرفي ويرتب آثاره وفي حالة الطلاق العرفي لا يمكن إثباته بدعوى ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله بدعوى.

ورغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى اثباته بأثر رجعي وهذا ما أيدته القرارات التالية: "من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين -في قضية الحال- أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، و عليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون"²

1 المصري المبروك، المرجع السابق، ص 199.

2 قرار م ع، غ ا ش، ملف رقم 216850، بتاريخ 12/02/1999، قضية ح. خ ضد أ. ي، م ق، عدد خاص، 2001، ص 100.

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

وجاء في قرار آخر والذي يوضح أيضا إثبات الطلاق العرفي قضاء، إذ ورد فيه: "إن الطلاق العرفي الموقع من الزوج والمثبت قضائيا لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية".¹ والمعمول به في المجال القضائي هو رفع دعوى إثبات الزواج والطلاق العرفي في نفس الوقت وبحكم واحد على أن الحكم بإثبات الزواج يكون ابتدائيا وأما الحكم بالطلاق يكون نهائيا ومن ثمة يمكن استئناف الحكم بإثبات الزواج وقد يتم إلغاؤه من المجلس وهنا نكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود زواج!

وقد تضمن القرار الصادر بتاريخ 1995/10/24 دعوى إثبات الزواج والطلاق العرفي بحكم واحد حيث جاء فيه " إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في الحكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي".²

ثانيا - حالة إعادة أحد الزوجين الزواج:

1- حالة إعادة الزوج الزواج:

وهذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط الواردة في السنة النبوية، إلا أنه من الناحية القانونية يطرح إشكالا كبيرا، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب الاستبراء لذلك كان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا وتتعدد المسألة أكثر بوجود أولاد منه.³

1 قرار م ع، غ اش، ملف رقم 288322، بتاريخ 2002/09/25، قضية ب. ع ضد د. ت، م ق، العدد 1، 2003، ص 375.

2 قرار م ع، غ اش، ملف رقم 22317، بتاريخ 1995/10/24، قضية ع، و ضد ح، أ، ن ق، العدد 53، 1996، ص 56.

3 Http/www.ahram.org.eg/newsQ/380094SPX اطلع عليه بتاريخ 2019/06/11.

2- حالة إعادة الزوجة الزواج:

وهذه الحالة تطرح إشكالات كثيرة على الصعيدين القضائي والشرعي وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين حالتين:

أ- **حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي:** لا يشكل الطلاق العرفي من زواج عرفي أي إشكال طالما أنه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق، لكن تثير إشكال عند وجود الأولاد إذ ينبغي إلحاق نسبهم للزوج الأول، مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسب الأولاد¹، مع الإشارة إلى أن الزوجة على ذمة زوج آخر، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي وهنا حتى وإن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به.

ب- **حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل:** ونكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا، حيث تعتبر في حكم الشرع مطلقة وإعادة الزواج ثانية ومن ناحية القانون فهي لا تزال زوجة للرجل الأول²، وتجدر الملاحظة أنه يمكن في هذه الحالة حسب القانون الجزائري، متابعة الزوجة بجريمة الزنا، وذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ومن ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية عن ذلك.³

ثالثا- احتساب العدة:

تثار إشكالية احتساب العدة عند إثبات الطلاق العرفي ذلك أن القواعد العامة المستمدة في الشريعة الإسلامية تقتضي أن تعدد المطلقة من تاريخ وقوع الطلاق، ولكن بالعودة إلى ق أ

¹ عبد رب النبي الجارحي ، الزواج العرفي المشكلة و الحل ، دار الروضة للنشر و التوزيع ، القاهرة ، ص117.

² هشام ذبيح ،المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2014-2015، ص90.

³ www.olshanrq.net.sa/2013/4/22/811926 اطلع عليه بتاريخ 2019/06/11

الفصل الثاني إجراءات الطلاق وإشكالاته

02-05 نجاه ينص على تاريخ التصريح بالطلاق إلا أن هذا النص المقصود به الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء، وليس مسألة الطلاق العرفي ومن ثمة لا يمكن اعتبار أن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق في هذه الحالة الأخيرة ينبغي على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة.

كما ان المرأة اذا انقضت عدتها، فمن الناحية الشرعية يجوز لها الزواج إن أرادت و من الناحية القانونية لا يسمح لها القانون بالزواج إلا إذا كان الطلاق موثقاً، ناهيك عن استهانة بعض الأزواج بالأمر فيطلق ويراجع ويطلق ويراجع ولا يعبأ بعدد الطلقات وبالعدة وما إذا كانت العشرة بينه وبين زوجته حلال أو حرام.¹

ونجد أن الإشكال يثور بصفة خاصة في نفقة العدة، وقد درج القضاء الجزائري على منح الزوجة نفقة العدة إذا ما طالبت بها وأمكن إثباتها.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص ق أ 02-05 يتبين لنا أنه لا يعترف بالطلاق العرفي إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك ولم ينظم هذه المسألة وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي، والذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي استناداً إلى الشريعة الإسلامية والتي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما لم يوجد نص فيه حسب م 222 ق أ 02-05.

1 هشام ذبيح، المرجع السابق، ص90.

خاتمة:

في ختام هذا البحث الذي تناولنا فيه م وضع 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 انطلاقاً من العصمة الزوجية المكفولة شرعاً له، والتي تكون مصدرها الشريعة الإسلامية، التي تعطي الحق للزوج في إيقاع الطلاق وهو حق أصيل له، مع اعتبار الزوج متعسفاً في استعمال هذا الحق إذا كان الطلاق بدون سبب أو 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 بعيداً 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 مختصراً 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 وترك كل ذلك للفقهاء الذي لم يكن منسجماً مع القانون في هذه النقطة سيما أن الطلاق من الناحية القانونية لا يكون إلا بحكم 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 يترتب آثاره الشرعية ولا يترتب 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 نكون هنا أمام طلاق بائن في الشرع، وأمام طلاق رجعي في القانون مما يؤدي إلى وقوع الكثير من الأسر في المحذور.

خاتمة

- 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 بظوء 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 بالخرج باقتراحات نتوج بها دراستنا هذه، والمتمثلة في:
 - ضرورة إثراء ق إ ج و عدم المساس بالمواد التي احتوت على أحكام شرعية ثابتة بنصوص قطعية فلا اجتهاد مع النص.
 - منح التحكيم الأهمية ذاتها التي منحت للصلح، وذلك ببيان إجراءات تعيين الحكّمين، والشروط الواجب توفرها فيه.
 - 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 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.
 - استحداث آلية قانونية وقضائية للحد من ظاهرة الطلاق.
 - تكوين تخصصي لقضاة شؤون الأسرة من الناحية القانونية والشرعية.
 - 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 لحالتهم ليتمكن العمل به كمستند أمام القضاء في حال الحاجة إليه وتكرر الخلاف بينهم.
 - وأخيرا يمكن القول أن الالتزام بالقانون في الزواج والطلاق يحفظ الحقوق ويرفع الحرج.
- تم بحمد الله

قائمة المصادر والمراجع.....

- 1- القرآن الكريم
- 2- الصابوني محمد علي، صفة التفاسير ، ج 1 ، المكتبة العصريةبيروت،2010
- 3- ابن انس أبو عبد الله مالك، الموطأ، إعداد أحمد راتب عرموش، ط4، دار النفائس، بيروت، 1980.
- 4- البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 2002.
- 5- الدار قطني علي بن عمر سنن الدار قطني، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2011.
- 6- السجستاني أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللى وشادي محسن الشياب، ج3، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009.
- 7- العسقلاني أحمد بن علي بن حجر فتح الباري في شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، ج9، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان.
- 8- القزويني أبي عبد الله بن محمد بن يزيد، سنن أبى ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، كتاب الطلاق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- 9- ابن جوزي الغرناطي المالكي محمد بن أحمد، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، 1967، بقيامه أم لا وسائع أو الفتوي.
- 10- البهوني منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع على متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، ج4، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1997.
- 11- القرضاوي يوسف، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة، دار البيضاء ، 1985.

قائمة المصادر والمراجع.....

- 12- القزويني أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 13- الكساني علاء الدين أبي بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج4، كتاب الإيمان - الطلاق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 14- بغدادي مولاي ملياني، حقوق المرأة في الشريعة و القانون، قصر الكتاب ، الجزائر، 1997.
- 15- بن الطاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج4 ، ط2، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2005.
- 16- بيومي محمد، تحفة العروس، ط1، دار الرشيد، الجزائر، 2007.
- 17- سعد محمد محمد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات و لمعاملات والميراث، دار الندوة، 2001.
- 18- مألوف الموسوعي، المنجد في اللغة والإعلام، دار لمشرق، بيروت، 1973. سادسا: المداخلات
- 19- ابن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق - في الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007.
- 20- ابن الصغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر 2012.
- 21- ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 22- ابن محمود جمال بن محمد، الزواج العرفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.

قائمة المصادر والمراجع.....

- 23- الباموني إسماعيل أبا بكر، أحكام الأسرة، الزواج، الطلاق بين الحنفية والشافعية-دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الأردن، 2008 .
- 24- الجارحي عبد رب النبي، الزواج العرفي المشكلة والحل، دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة.
- 25- الجندي أحمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية- الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 26- الجندي أحمد نصر، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق- تعريف العدة ومشرعيتها..، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 27- العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 28- العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين.
- 29- المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية- دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 30- إمام محمد كمال الدين الطلاق عند المسلمين - دراسة فقهية وقانونية، أحكام الطلاق، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
- 31- إمام محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء - دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
- 32- بختي العربي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
- 33- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 ، ط2 ، منشورات بغدادي ، الجزائر، 2009.
- 34- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، الزواج والطلاق، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

قائمة المصادر والمراجع.....

- 35- تقيّة عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالثة، الابيار، الجزائر، 2011.
- 36- دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 37- دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة- الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 38- ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 39- زيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد- ترجمة للمحاكمة العادلة، ط3، موفر للنشر، الجزائر، 2012.
- 40- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 41- سنقوقة سائح، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصه وشرحه والتعليق عليه، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- 42- طاهري حسين، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا، دار الخلدونية، الجزائر، 2015.
- 43- علالي ناجي بلقاسم، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 44- قري غنية، شرح قانون الأسرة المعدل -دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، ط1، دار طليطة، الجزائر، 2011.
- 45- كافي منصور، الموارد في الشريعة والقانون - قانون الأسرة المعدل، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 46- لعور أحمد، صقر نبيل، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007.

قائمة المصادر والمراجع.....

- 47- مسعودي عبد الله، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 48- الجر خليل، المعجم العربي الحديث لاروس، مكتبة لاروس، كندا، 1973.
- 49- المقري أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، دار الحديث، مصر، 2003.

المذكرات و الاطروحات:

- 50- ذبيح هشام، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة حماة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015.
- 51- رحو مليكة، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أطروحة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 23، 2012-2015.

النصوص القانونية

- 52- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يعدل ويتم القانون رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، 23 فيفري 2008.
- 53- الامر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، 27 فبراير 2005.

المواقع الالكترونية

67. [Http/www.ahram.org.eg/newsQ/380094SPX](http://www.ahram.org.eg/newsQ/380094SPX)

68. www.olshanrq.net.sa/2013/4/22/811926

الصفحة	المحتويات
	الإهداء
	شكر و عرفان
	قائمة المختصرات
3-1	مقدمة
4	الفصل الأول: ماهية الطلاق
5	المبحث الأول: مفهوم و أقسام الطلاق
5	المطلب الأول: ماهية وحكم الطلاق
5	الفرع الأول: تعريف الطلاق
7	الفرع الثاني: حكمه ودليل مشروعيته
12	المطلب الثاني: أقسام الطلاق
12	الفرع الأول: من حيث مطابقته للسنة: السني-البدعي
13	الفرع الثاني: من حيث إمكانية المراجعة: الرجعي-البائن
17	المبحث الثاني: أركان الطلاق والقيود الواردة على ايقاعه
17	المطلب الأول: أركان الطلاق
17	الفرع الأول: المطلق
22	الفرع الثاني: المطلقة
23	الفرع الثالث: الصيغة.
26	المطلب الثاني: القيود الواردة على ايقاع الطلاق
26	الفرع الأول: أن يكون الطلاق لحاجة
26	الفرع الثاني: أن يكون في طهر لم يجامعها فيه
27	الفرع الثالث: أن يكون طليقة واحدة لا يتبعها طلاق آخر
28	الفرع الرابع: إذا طلق الرجل امراته في مرض الموت

29	الفصل الثاني: اجراءات دعوى الطلاق و اشكالاته
30	المبحث الأول: إجراءات دعوى الطلاق
30	المطلب الأول: رفع دعوى الطلاق
30	الفرع الأول: شروط قبول دعوى الطلاق
31	الفرع الثاني: الاختصاص القضائي
34	المطلب الثاني: سير دعوى الطلاق
34	الفرع الأول: عريضة افتتاح دعوى الطلاق
35	الفرع الثاني: الصلح والتحكيم
38	الفرع الثالث: الحكم الصادر في دعوى الطلاق والطعن فيه
43	المبحث الثاني: إشكالات الطلاق من خلال قانون الأسرة الجزائري
43	المطلب الأول: العدة والميراث
43	الفرع الأول: مفهوم العدة والميراث
44	الفرع الثاني: إشكالات العدة والميراث
49	المطلب الثاني: الطلاق العرفي
49	الفرع الأول: مفهوم الطلاق العرفي و مدى اقرار الشرع و القانون له
50	الفرع الثاني: اشكالات الطلاق العرفي
54	خاتمة
56	قائمة المصادر و المراجع



ملخص المذكرة

رغب الإسلام في الزواج وحث على اختيار الزوجين على أساس الدين، وجعل لكل منهما حقوقا وواجبات، عند الالتزام بها تسود المودة والرحمة بينهما وعند التقصير فيها تسود المشقة والعناء، فيكون الطلاق هو الحل الأخير بعد فشل الحلول الأخرى.

ويعد الطلاق صورة من صور فك الرابطة الزوجية، حيث يعتبر حق أصيل للزوج يوقعه بإرادته المنفردة، وقد نص عليه الشارع الحكيم وذكره الرسول الكريم و أقره قانون الأسرة الجزائري، هذه الإرادة لم تترك مطلقة بل قيدت بضوابط ونصوص معينة، لكي لا ييسئ الزوج استعمال حقه في الطلاق.

وعند إسقاط هذه النصوص في الواقع العملي تثار عدة إشكالات، تظهر عدم انسجام أحكام القانون مع أحكام الشرع .

الكلمات المفتاحية:1قانون الاسرة الجزائري 2/ فك الرابطة الزوجية
3/الطلاق
4/الشريعة الاسلامية
5/ الامر 02-05
6/ارادة الزوج المنفردة