وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي صالحي أحمد – النعامة –

معهد الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر – ل م د–

الشعبة حقوق

التخصص: قانون الأسرة

إثبات الطلاق وفق القانون الجزائري و الفقه الاسلامي

من إعداد الطالبة:

– مزيان حياة

تحت إشراف:

د. نعيمي توفيق

المناقشة من طرف اللجنة المكونة من:

الإسم واللقب	الرتبة	الصفة
د. العيفاوي صبرينة	أستاذ محاضر "أ"	رئيساً
د. نعيمي توفيق	أستاذ محاضر "ب"	مشرفاً ومقرراً
د. دريسي نور الهدى	أستاذ محاضر "ب"	مناقشاً

السنة الجامعية: 2023/2022

اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ﴿1﴾

خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ﴿2﴾

اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ﴿3﴾ الَّذِي عَلَّمَ

بِالْقَلَمِ ﴿4﴾

عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ﴿5﴾

- سورة العلق-

التشكـــــرات

شكر و امتنان و تقدير

لكل من علمني

من أزال غيمة جهل مررت بها

برياح العلم الطيبة

لكل من أعاد رسم ملامحي ، و تصحيح عثراتي

ابعث تحية شكر و احترام لمشرفي و أستاذي الفاضل الدكتور

" نعيمي توفيق "

والى الأساتذة الأفاضل لجنة المناقشة

الطالبة : مزيان حياة

الإهـــــــداء

إلى أبي .....دوما .

إلى معنى السند و العطاء....إلى من قدم لي الكثير في الأيام الصعاب

من أمل و صبر و محبة إلى زوجي الغالي.

إلى أولادي .....قرة عيني.

إلى المحبة التي لا تنضب .....جوهرتي الثمينة و كنزي الغالي إلى

أختاي و أخواي.

إلى الأهل و الأصدقاء..... الذين رافقوني في كل خطوة نحو التقدم.

إلى عائلتي .....مزيان و بلعابد .

إلى زملائي دفعة 2023 ماستر تخصص قانون الأسرة بجامعة النعامة.

إلى جميع عمال دار الثقافة الشهيد "مصطفى خالف" لولاية سعيدة

وعلى رأسهم السيد المدير الفاضل.

أهديكم ثمرة جهدي

حياة

قائمة المختصرات :

ط : الطبعة

ص : الصفحة

ع : العدد

ع.خ : عدد خاص

غ.ا.ش : غرفة الأحوال الشخصية

ق.ا.ج : قانون الأسرة الجزائري

ق.ا.م.ا.ج : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

م.ع : المحكمة العليا

مقـــدمة

الزواج نظام إلهي شرعه الله لخير الإنسانية ولمصلحة المجتمع البشري في إقامة دعائم الأسرة التي هي أساس المجتمع وعماد الأمة فقدس الإسلام الزواج وجعله ميثاقا غليظا ووضع له من القواعد ما يضمن به بقاؤه واستمراره فكان نعمة وسكينة ورحمة بين الرجل والمرأة لقوله تعالى" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون." لكن رغم تقديس الإسلام لمعنى الزواج ووضعه للضمانات والاحتياطات لحفظ العلاقة الزوجية يمكن أن تتحول هذه النعمة إلى نقمة فقد تنشب نزاعات وشقاق تنقلب بسببها الحياة الزوجية إلى جحيم بعد ما كانت سكنا وراحة وأصبحت حياة متفككة .

فقد شرع (الطلاق) استثناءا واعتبره أبغض الحلال إلى الله عز وجل غرضه تحقيق مصلحة الأسرة والأمة بشكل بعيد عن التعسف والظلم اذ وضع له شروط وحدود إرادة الزوج فجعله للضرورة القصوى والحاجة الملحة التي يكون فيها الطلاق علاجا نهائيا للزوجين : لقوله تعالى "**الطَّلاَقُ مَرَّتَان فَإمسَاكُ بمَعرُوفٍ أَو تَسرِيحٌ بِإِحسَانٍ**"

وقوله(ص) "**مَا أَحَلَ اللهُ شَيئًا أَبغَضُ مِن الطَّلاَقِ**".

فالطلاق لغة :طلاق المرأة أي بينونتها عن زوجها و رجل مطلاق و طليق أي كثير النساء .

أما الطلاق في الاصطلاح الشرعي فهو إنهاء الحياة الزوجية في الحال آو المال الذي يكون بالطلاق البائن في الحال و بالطلاق الرجعي في المال الذي يخول للزوج فيه مراجعة زوجته مادامت في العدة بدون مهر آو عقد جديد.

كما عرف المشرع الجزائري الطلاق في نص تشريعه المادة 48 ق.أ.ج يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو تراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون كما نصت المادة 49 ق.أ لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

وعليه فإن الطلاق أجبر الزوج على إتباع أحكام وإجراءات ينبغي عليه إتباعها رغم صحة طلاقه من الناحية الشرعية أما من الناحية القانونية فقد يتدخل المشرع في إرادة الزوج حيث إيقاعه للطلاق وهذا بضرورة التصريح به أمام القضاء .

وهذا ما تناقضت عليه الكثير من الآراء الذين عارض فريق منهم بجعل الطلاق في يد القاضي كون الطلاق أوقع الحرمة دون انتظار حكم القاضي في حين رأى الفريق الآخر المؤيد لهذه الفكرة أن الطلاق حق الزوج لكن في الحدود التي فرضها المشرع وهذا يمنح القاضي السلطة التقديرية في إيقاع الطلاق والغرض منه منع تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق مع ضمان حق المطلقة وأبناءها إضافة إلى التقليل من هذا الإجراء والتضييق على من تعمده فكان لابد من إخضاعه لرقابة القاضي .

إلا أن مسألة إثبات الطلاق تكمن أهميتها في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لأن دور القاضي هنا يكون سلبا إذ يتتحق فقط من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ليحكم بإثبات هذه

الإرادة دون الحق في مناقشتها هذا في حالة إيقاع الطلاق باللجوء إلى القضاء والتصريح به أمامه على غرار الطلاق الخارج عن دائرة القضاء الذي أوجدت التطبيقات القضائية هذه الحالات بإثباتها رغم صعوبتها.

أهمية الموضوع:

– نظرا لأهمية وتفاقم ظاهرة الطلاق اخترنا عنوان هذا البحث إثبات الطلاق وقف للقانون والفقه الإسلامي لما يكتسبه من أهمية بالغة تخص الفرد والمجتمع.

– يعد موضوع الطلاق إحدى الظواهر والقضايا الاجتماعية الناشئة في أغلب الأسر.

– الارتفاع الشديد لنسبة الطلاق باعتباره أكثر حساسية وأكثر ضرر للمجتمع نظرا لإفرازاته الصعبة والخطيرة على كافة الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والنفسية على وجه الخصوص .

– إشكالية الطلاق العرفي وعدم الإشهاد عليه والموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 49 المعدلة من. ق. أسرة. ج.

– الاجتهاد القضائي في مسألة إثبات الطلاق سواء طلاق عن طريق دعوى أو طلاق بدون حكم الطلاق العرفي وتثبيته.

أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب التي دفعتني لاختيار الموضوع:

1)– موضوع واقعي متشعب للكثير من التساؤلات والإشكالات.

2)– موضوع الطلاق موضوع اجتماعي يمس الكثير من الأشخاص المقربين.

الأسباب الموضوعية:

1– التوسع أكثر فيما أقره المشرع في حالات إثبات الطلاق وما مدى لجوء الزوج إليه.

2– الفضول لمعرفة رأي القاضي في تطبيق القانون والفقه الإسلامي في ضوء الممارسات القضائية .

3–إشكالية الطلاق العرفي والصعوبات التي تواجه القاضي في الإثبات.

الدراسات السابقة :

نظرا للأهمية البالغة التي مست المجتمع من خلال الأرقام الخيالية في حصيلة الطلاق خصوصا العالم الإسلامي فقد كان محل دراسة من طرف فقهاء وعلماء نذكر منهم:

– أحمد نصر الجندي مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية.

– زودة عمر طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها

– عبد الرحمن الصابوني مدى حرية الزوجية في الطلاق في غياب الشريعة الإسلامية.

إشكالية الموضوع :

نظرا لتفاقم الطلاق ارتأينا اختياره وطرح إشكالية رئيسية على النحو التالي:

إذا كان أصل الطلاق أنه يقع بلفظ ويثبت بحكم فكيف يمكن أن نثبت الطلاق الواقع بلفظ فقط والخارج عن دائرة القضاء.؟

ومن الإشكالية الرئيسية تساؤلات ثانوية من بينها :

- كيف يتصرف القاضي في حالة وقوع الطلاق خارج دائرة القضاء؟

- هل يحكم القاضي بالطلاق بأثر رجعي من وقت وقوع الطلاق؟

- هل يعد حكم القاضي حكما كاشفا أم منشئا؟

- ما مدى حرية إرادة لزوج في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي؟

- هل التشريع كافي في مسألة الإثبات أو يحتاج إلى الدليل؟

الصعوبات: واجهتني صعوبات في إنجاز مذكرتي ألا وهي:

1- ندرة المادة العلمية في المكتبات الخاصة بالموضوع.

2- عدم قبول استعارة أكثر من كتاب.

3 -عدم قبول بطاقة الطالب في جامعة أخرى لاستعارة الكتب.

4- ندرة المادة العلمية الخاصة بالاجتهادات القضائية.

المناهج المتبعة: اعتمدت في دراستي على المنهج:

-المنهج الاستقرائي من خلال استقراء النصوص من الكتاب والسنة المتعلقة بموضوع الطلاق.-المنهج التحليلي المعتمد على تحليل مشكل واقعة الطلاق مع تحليل النصوص القانونية الخاصة بها و تتبع تطورها وصولا إلى نتائجها .

الفصل الأول :
إثبات الطلاق

الفصل الأول : إثبات الطلاق

إن إثبات الطلاق و إن كان يبدو في الوهلة الأولى مسالة بسيطة إلا انه ينطوي على غموض كبير خاصة وان كان هذا الإثبات يمس الطلاق الخارج عن ساحة القضاء و بأثر رجعي رغم عمل التطبيقات القضائية بها قبل صدور قانون الأسرة الجزائري و تطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية التي أحال القانون الرجوع لأحكامها.

فبداية في هذا الفصل سنتطرق لإثبات الطلاق في القانون الجزائري في المبحث الأول الذي يرتكز مبدأه على عدم تثبيت الطلاق إلا بحكم قضائي و لحالة خروج القضاء عن هذا المبدأ و إثبات الطلاق العرفي و بأثر رجعي،أما المبحث الثاني من هذا الفصل فقد خصصناه لإثبات الطلاق في الفقه الإسلامي الذي تناولنا فيه الإشهاد على الطلاق و إثبات الطلاق شرعا.

المبحث الأول: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أقرت إرادة المشرع الجزائري ضمن نصوص قوانينه على ضرورة إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء وهذا ما تحت عليه المادة 49 من ق.أسرة الجزائري على مايلي: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر إلا أن الإشكال الذي يثار في هذه المسالة هو كيفية إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء بحكم قضائي وبأثر رجعي الذي كان معمولا به سابقا قبل صدور قانون الأسرة الجزائري واستمر العمل به من بعد صدوره وعليه نكون أمام التساؤل حول مدى صحة اتجاه القضاء في مجال إثبات الطلاق ضمن نصوص قانون الأسرة الجزائري؟

المطلب الأول: إثبات الطلاق بحكم قضائي

إن اكتفاء المشرع الجزائري بذكر واستعمال عبارة لا يثبت بدل لا ينعقد أولا يقع أو لا ينشأ الطلاق إلا بحكم يجعلنا نقف أمام التساؤل حول مقصود المشرع من هذه العبارة فهل يمكن أن يقع الطلاق خارج دائرة القضاء إلا أن إثباته يكون أمام القضاء فقط أم أنه لا يمكن أن يتصور الطلاق خارج مساحة القضاء؟[1]

الفرع الأول : ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق

إن ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق يعني أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطا للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد وهذا ما أقره المشرع بحيث لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح وبالتالي هو ينفي وجود الطلاق ما لم تسبقه محاولات الصلح التي هي من صلاحيات القاضي كما على الزوج أن يعلن إرادته أمام القاضي بعد اتخاذ إجراء الصلح وينتهي هذا الحق بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه هذا الأخير.

[1]- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر.2005 ،ص31.32 .

ومن المادة 49 من ق أ يتضح أن مسألة الإثبات هي التي تبقى خاضعة للقضاء لكن وقع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج ساحة القضاء وهذا ما عمل به الواقع التطبيقي القضائي.[1]

إن النصوص القانونية تعتبر الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي فمثلا العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من طرف القاضي وأن هذا الطلاق يعتبر طلاق بائن وتكون المراجعة بين الزوجين قبل صدور حكم الطلاق أي في مرحلة الصلح التي حددها المشرع في فترة زمنية قدرها 3 أشهر من اجل مراجعة نفسيهما وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يصدر أي حكم قبل مضي هذه المدة.

كما رأى المشرع أن المصالحة خلال فترة العدة لا تحتاج عقد جديد كما انه لم يرتب أي إجراء في حالة امتداد المصالحة بعد مضي مدة الصلح وهنا نفهم أن المشرع الجزائري اعترف بوقوع الطلاق الخارج عن ساحة القضاء.[2]

إن كان الطلاق لم يقع بعد ويكون للزوج حق مراجعة زوجته في دوام العلاقة الزوجية لا يدخل مفهوم الرجعة التي تكون بعد الإعلان عن حكم الطلاق من قبل القاضي إذ أن المشرع لم يميز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن إذ أخذنا بحرفية النص وبفكرة عدم وقوع الطلاق خارج دائرة القضاء ، أما إذا أخذنا بمفهومه المقابل وبوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء وثبوته بحكم قضائي فإننا نجد أمامنا نوعين من الطلاق:

الطلاق الرجعي والطلاق البائن فقد ذهبت المحكمة العليا إلى التفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن حيث جاء في قرارها على ما اتفق عليه المشرع فقها وقضاء في أحكام الفقه الإسلامي على أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وان حكم القاضي به لا يغير من رجعيته كونه نزل على طلبيته أما الطلاق البائن فهو الذي يقع قبل الدخول أو وقوع بناءا على عوض تدفعه الزوجة أو الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءا على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها على صعيد آخر فإن

[1] - القانون رقم 84-11 المعدل و المتمم المتضمن لقانون الأسرة المادة 49.

[2] –عمر زودة،طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها ، بن عكنون،الجزائر ص22.

عبارات القانون الأسرة جاءت غامضة إذ نجد في المادة 58 منه عبارة تاريخ التصريح بالطلاق أم قصد بها تاريخ تصريح القاضي بالطلاق فالمشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو ينفي وقوع الطلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح وركز على الجانب الشكلي فقط فإعلان الزوج لإرادته تكون أمام القاضي بصدور من هذا الأخير لإشهاد يثبت فيه تغيير الزوج اتخاذ إجراء الصلح الذي ينهي به حق الزوج في استعمال حقه الإرادي.[1]

وهنا يتضح أن المحرر القضائي شرط لصحة وقوع الطلاق وليس وسيلة لإثباته فلم يستحدث المشرع الجزائري أمرا جديدا في الموضوع وإنما أخذ برأي الفقهاء الذين يأخذون بالإشهاد على الطلاق.

وعلى قرار التشريع الجزائري فقد ذهب التشريع التونسي إلى عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء وذلك على خلاف التشريع المصري الذي اعترف بالطلاق الخارج في القضاء الذي يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية .

الفرع الثاني : طبيعة ومضمون الحكم بإثبات الطلاق

إن حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي قيده المشرع باللجوء إلى القضاء وفق استيفاءه للشكل المقرر قانون وهذا بإصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق مما يعطي للحكم طبيعة في الإنشاء بإنهائه العلاقة الزوجية وخلق وضع جديد وهنا يتضح دور القاضي الذي يفيد أنه يدخل في وظيفته الولائية فمن المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط في حين أن القانون يأخذ بوقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه وليس من تاريخ تصريح الزوج به وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن مضمون حكم إثبات الطلاق .[2]

- مضمون حكم إثبات الطلاق:

[1]- عمر زودة ،المرجع السابق، ص99،107.

2- قسنطيني حدة،إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية-المعهد الوطني للقضاء الجزائر،2001-2002،ص11،12.

– الشق الأول: يتعلق بالطلاق ويصدر ابتدائيا نهائيا

–الشق الثاني : يتعلق بآثار الطلاق يصدر ابتدائيا وتكون صيغة المنطوق عادة.

في الشكل : بصيغة الإجراءات وبالتالي قبول الدعوى شكلا.

في الموضوع: القضاء نهائيا بين كل من.....و..... مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لبلدية ..... والتأشير به على هامش عقد زواج الطرفين وشهادتي ميلادهما. [1]

القضاء ابتدائيا بتحميل الزوج مسؤولية الطلاق وإلزامه بدفع للزوجة مبلغ .... تعويضا عن الطلاق التعسفي ومبلغ ..... كنفقة عدة وإسناد حضانة الابناء.... لأمهم على نفقة أبيهم بواقع.... شهريا لكل واحد من تاريخ النطق بالحكم تستمر إلى غاية سقوطها شرعا أو قانونا مع منح الأب حق الزيارة ليومي الخميس والجمعة وفي المناسبات والأعياد الدينية وأيام العطل وإلزام الزوج بأن يخصص للحضانة سكنا لممارسة الحضانة فيه أو بدل إيجار بواقع.... شهريا.

لكن الملاحظة في الواقع العملي أن القضاء لا يعتد بعدد الطلاقات رغم أن القانون الجزائري يفرق بين الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى وعليه فإذا كان الطلاق يثبت بحكم قضائي منشئ فما مدى صحة التطبيقات القضائية حول إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي.

---

[1]--قسنطيني حدة،المرجع السابق،ص12

المطلب الثاني: إثبات الطلاق العرفي

أدى المشرع الجزائري فيما يخص أحكام الطلاق بترك فراغ شاسع في قانون الأسرة بحيث سمح بإثبات الزواج العرفي في حين لم يتطرق لإثبات الطلاق العرفي واتضح هذا المشكل في حالة عدم بسجيل عقد الزواج الذي نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون فقد اعترف المشرع بوجود عقد الزواج العرفي وترتب كامل آثاره من إثبات النسب ووجوب النفقة فإن دعوى إثبات الطلاق العرفي يسبقها دعوى تسجيل الزواج العرفي أولا بالرغم من اختلاف الدعوتين إلا أن الواقع العملي المعمول به يتطلب ذلك.

وحسب ما جرت عليه التطبيقات القضائية ففي حالة تم قبول دعوى إثبات الزواج والطلاق العرفي في نفس الوقت والحكم فيهما بحكم واحد الذي قضى به القاضي في إحدى

قضايا إثبات الزواج والطلاق العرفي بحكم الطلاق حكما نهائيا وحكم إثبات الزواج حكما ابتدائيا فقد يمكن أن يستأنف هذا الأخير وقد يمكن أن يتم إلغائه فنكون أمام طلاق دون وجود زواج.[1]

أما الحالة الثانية: إعادة احد الزوجين الزواج

ففي حالة إعادة الزوج الزواج حسب التطبيق القانوني فهنا يكمن مشكل إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي ويعد الزواج الثاني زواجا فاسدا يترتب عليه أثر الفسخ قبل الدخول ووجوب الاستيراد.

أما في حالة إعادة الزوجة للزواج وهنا نفرق بين حالتين :

[1]– قسنطيني حدة،المرجع السابق،ص14.

الفرع الأول :المطلقة عرفيا من زواج عرفي

طالما كان الزواج في الأصل عرفيا فإن الطلاق العرفي صحيح شرعا قانون لكن الإشكال يتعقد في حالة وجود الأولاد

حيث ينبغي إلحاقهم لنسب الزوج الأول وبالتالي يتعين رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسب الأول من ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي الذي تقتضي المصلحة الاعتراف به.[1]

الفرع الثاني : المطلقة عرفيا من زواج مسجل

في حالة طلاق الزوجة عرفيا من زواج مسجل وإعادة زواجها مرة ثانية فحسب القانون الجزائري تتابع بجريمة الزنا كون المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ولا يزال الزواج مستمرا وعلى الزوج تقديم شكوى ضد الزوجة الزانية كما اعتبرها المشرع

وأكدت المحكمة العليا في عدة قرارات لحالات مماثلة اعتبرت فيها الزوجة التي أبرمت عقد الزواج قبل أن يصبح عقد الطلاق نهائيا هو اقتراف لجريمة الزنا .

وفي حالة إدعاء الزوج بأن حكم الطلاق محل استئناف يتعين على المجلس قبل الفعل لا دعوى أن يتأكد من أن الحكم لم يصدر نهائيا بعد وإلا كان قراره بإدانة المتهمة بالزنا قرارا مخالفا للقانون يستوجب نقضه .[2]

الفرع الثالث :العدة من الطلاق العرفي:

بالعودة لنصوص قانون الأسرة الجزائري نجده بنص على أن تاريخ التصريح بالطلاق هو تاريخ احتساب العدة إلا أن هذا النص المقصود منه الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء

---

[1]–داود بن صالح،الواقع خاف النصوص القانونية للطلاق،مجلة الموثق،الجزائر ،جوان2001،العدد الأول،ص96.

2-احسن بوسقيعة،قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية،الديوان الوطني للأشغال التربوية،الجزائر 2001،ط3،ص132.

وليس مسألة الطلاق العرفي ومن ثمة لا يمكن اعتبار بدء العدة من تاريخ حكم الطلاق العرفي وإنما على القاضي الحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة.

وقد أدرج المشرع أن نفقة العدة تمنح للزوجة متى طلبت بها وأمكنت من إثباتها وفي خلاصة القول أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة ولم ينص عليه صراحة مما جعل القضاء يستند على الشريعة الإسلامية في إثبات الطلاق كونها مصدر قانون الأسرة.[1]

المبحث الثاني:إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي

أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول(ص) حتى اليوم على أن الرجل يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر والحكمة من تشريع الطلاق في الحاجة إلى الخلاص من فساد العشرة الزوجية واستحالة دوامها فشرعت العقيدة الإسلامية الطلاق عفة الضرر اللاحق بأحد الزوجين

لقوله تعالى "**وَإِنَ يَتَفَرَقَا يُغنِ اللهُ كِلَا مِن سِعَتِهِ، وَكَانَ اللهُ وَاسِعٌ حَكِيمَا**"[2]

وقوله تعالى " **الطَلَاَقُ مَرَتَانِ فَإِمسَاكٌ بِمَعرُوفٍ أَو تَسرِيحٌ بِإِحسَانٍ**"[3]

وقوله تعالى " **يَا أَيُهَا النَبِيُ إِذَا طَلَقتُم النِسَاءَ فَطَلِقُوهُنَ لِعِدَّتِهِنَ**"[4]

أما في السنة فقوله (ص) " **أَبغَضُ الحَلاَلِ عِندَ اللهُ الطَلاَقُ**"

لذلك فإن جل العلماء يقرون أن الأصل في الطلاق الحضر إلا أن تدعو إليه الحاجة أو يقتضيه لسبب وهو علاج حاسم وحل نهائي كما استعفي على الزوجين وأهل الخير والحكمين في الصلح فيكون منفذا للخلاص من المفاسد وتعقد مسيرة الحياة المشتركة ولا يلجأ إلى الطلاق لأول وهلة أو لأهون الأسباب كما يفعل بعض الجهلة لحماقة أو غصب

1 – قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص 16 .

2 – سورة النساء الاية 130

3 – سورة البقرة الاية 229

4 – سورة الطلاق الاية 1

أو شهوة جارفة فهذا يعد خروجا عن تعاليم الإسلام وآدابه بموجب المعصية والإثم وإنما الطلاق أمر استثنائي للضرورة.

وتقديرا لمخاطر إنهاء الرابطة الزوجية الوطيدة جعل الشريعة الإسلامية فك عصمة الزواج بيد الزوج بالرغم من أن الزوجة شريكة في العقد حفاظا على الزواج وتقديرا بمخاطر إنهائه لأن الرجل يكون عادة تقديرا لعواقب الأمور وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الطلاق من حيث جائز والأولى عدم ارتكابه لما تعتريه الأحكام الأربعة من حرمة وكراهية ووجوب وندب.

المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي

بما أن الحق ينقسم إلى حق يقابله التزام وحق إرادي لا يقابله التزام وهو مقرر لصاحبه.[1]

وبما أن الطلاق هو حق مشروع للرجل فما طبيعة هذا الحق من جهة التقيد أو الإطلاق وما مدى إلزامية الإشهاد عليه في الفقه الإسلامي وهل يتم هذا الحق بصفة تلقائية أو بموجب ضوابط تتحكم فيه.

الفرع الأول : حق الزوج في إيقاع الطلاق

ذهب جمهور الفقهاء بأن الإشهاد على الطلاق ليس شرطا لوقوعه فهو مندوبا لا واجبا فلا يحتاج الزوج إلى بينة لكي يباشر الزوج حقه ولقوله عز وجل "**يَا أَيُهَا الذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحتُم المُؤمِنَات ثُمَ طَلَقتُمُوهُنَ**....". كما يرد عن النبي(ص) ولا الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد[2].

وتتم هذه الإرادة بأي وسيلة كانت الأهم أن تكون كافية لترتيب أثرها القانوني وإن وقع الطلاق أثناء حيضة الزوجة مما يترتب عليه إثم الزوج ديانة كما يجوز للزوج استعمال حق الطلاق بالنيابة في رأي فقهاء المالكية والتي تتقسم إلى قسمين:

---

[1]-عمر زودة،المرجع السابق،ص22.

[2]-عمر فروخ،الأسرة في الشرع الإسلامي،المكتبة العلمية،بيروت،1951 ص190.

الأول: هو إرسال الزوج إلى زوجته رسولا يعلمها بوقوع الطلاق ويكمن دور المرسل للإعلام فقط وليس إنشاء الطلاق وبعبارة الزوج التي فوضها له لإلقائها.

الثاني: تعويض الطلاق سواء عن طريق التوكيل، تخيير وتمليك ولاكتمال هذا الحق واجب الشريعة الإسلامية توافر الشروط الشرعية لتحققه وذلك بأن يكون الزوج ، عاقلا فلا يصح طلاق المجنون ولو كان جنونه متقطعا.[1]

الفرع الثاني : الإشهاد على الطلاق كقيد حق الزوج

استدل فقهاء الشيعة الإمامية على شرط الإشهاد في صحة الطلاق من الكتاب لقوله تعالى في سورة الطلاق" **وَأَشهِدُوا ذَوِي عَدلٍ مِنكُم وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ للهِ**" وظاهر الأمر من الآية الكريمة في الشرع أن الإشهاد يقتضي الوجوب.[2]

وقد قال الزمخشري: إن معنى الخطاب في الآية 299 من سورة البقرة "**فَإِن خِفتُم أَن لاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ** " هو الأئمة والحكام. ونفس الأمر في الآية 35 من سورة النساء " **وَإِن خِفتُم شِقَاقًا بَينَهُمَا فَابعَثُوا حَكَمًا مِن أَهلِهِ وَحَكَمًا مِن أَهلِهَا** " حيث لهم أن يتدخلوا لرفع الأذى والمغفرة، وفي سورة الطلاق" **وَاشهَدُوا ذَوِي عَدلٍ مِنكُم**" ومن ثمة وجب على الزوج أن يشهد شاهدين من المسلمين على طلاقه[3].

ومن هنا يتبين لنا الإشكال الذي يمس موقف القضاة في حالة طلاق الزوج بدون إشهاد فهل إقرار طلاقه يكون مخالفا للآية الكريمة التي تدل على ضرورة الإشهاد أم السماح له بالاستمرار في معاشرة زوجته وهي مطلقة في علم الله إن رفضوا إقراره لكن روح الآيات في الشريعة الإسلامية ساعدت في جعل تنظيم الطلاق مع إتباع الخطوات الصحيحة في إيقاعه فكان من محاسن ضرورة الإشهاد على الطلاق كطهر المرأة الذي يهدف إلى إعطاء فرصة للزوج لمراجعة نفسه من في حضور الشاهدين ومع مرور الوقت الزمني فإن

---

[1]- عبد الرحمان الجزيري،الفقه على المذاهب الأربعة،المجلد الرابع ،بيروت،ص276.

[2]- عمر زودة،المرجع السابق،ص72

[3] – عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع ، ص 282.

طلاقه يكون قائما على أسباب قوية وليست عرضية وهذا مقصود الطلاق في الشريعة الإسلامية|.

المطلب الثاني: إثبات الطلاق شرعا

إن إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا يكتفي غموضا ذلك لأنه يثبت بكافة طرق الإثبات من إقرار بينة و يمين.

إذ ذهب المالكية أنه إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو ذلك وأتت بشاهدين عدل نفذ الطلاق وإن أتت شاهد واحد حلف الزوج وبرى وإن لم يطلق سجن حتى يقر أن يحلف وإن لم تأتي بشاهد فلا شئ على الزوج وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه أما عند الحنابلة إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينه، فإن لم تكن هناك بينة يستحلف على الصحيح لحديث اليمين على من أنكر[1].

ولنخص إلى مسلك القضاء الجزائري في مسألة إثبات الطلاق علينا توضيح والتطرق إلى طرق الإثبات المقررة شرعا ومدى مطابقتها بتلك المقررة قانونا

الفرع الأول: الإقـرار

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

وقد نص المشرع الجزائري على الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات الإلزام في المادة 341 قانون مدني بقوله أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة،فإن ادعت الزوجة حصول الطلاق وأقر الزوج بذلك لزمه الإقرار وثبت الطلاق.

1- وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي و أدلته،دار الفكر العربي القاهرة ،ص46.

[2]- مفلح عواد القضاة،البيانات في المواد التجارية،جمعية عمال المطابع التعاونية،عمان1994،ص.218

والإقرار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاء ولا ديانة.

أما إذا نوى إنشاء طلاق جديد فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتمل الإنشاء.

أما حكم الطلاق في حالة الإكراه على الإقرار بالطلاق فهنا لا يقع الطلاق في حالة توافر البينة الشرعية على وقوع الإكراه[1]

فالإقرار يعني إلزام مدعي الواقعة بتقديم الدليل عنها مترتبا عنه إزالة النزاع إذ هو في الواقع لا يعتبر طريقة إثبات وإنما إعفاء منه فلا تظهر أهمية إلا عندما يجوز الخصم الذي صدر لمصلحته الدليل على ما يدعيه فيضطر إلى الاعتماد على اعتراف خصمه.

الفرع الثاني: البينة

البينة حجة متعدية الإثبات بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعي عليه لوحده بخلاف الإقرار ونصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل واحد وامرأتين ولا تجوز الشهادة بالتسامح إنما أجيزت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج وتطيل الأحكام ، وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل.[2]

الفرع الثالث: اليمين

اليمين هي إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الخصم الآخر لما كانت اليمين عملا دينيا وعلى المؤدي لليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة شرعا.

اليمين طريق غير عادي للإثبات فقد يلجأ إليه القاضي في حال تعذر عليه تقديم الدليل المطلوب فيحكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة إليه أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص.[3]

---

[1]- محمد عزمي البكري،موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية،دار محمود للنشر و التوزيع،سوريا 996.ص184.

[2]- مفلح عواد القضاة،المرجع السابق،ص220،219.

[3]- مفلح عواد القضاة، المرجع السابق ، ص 165.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 343 من القانون المدني المدعي إذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكره الآخر ولم يقدم مدعي الطلاق بينة عليه فانه أن يطلب من القاضي توجيه اليمين فإذا احلف بأن الطلاق لم يقع قضى برفض الدعوى أما إذا تكل على اليمين قضى للمدعي بطلباته لأن النكول في حكم الإقرار بما يدعيه المدعي .[1]

بعد تطرقنا لطرق الإثبات شرعا نجد أنفسنا أمام إشكالية كيفية إثبات الطلاق العرفي في القضاء الجزائري ؟

لا نجد في محتوى القضاء الجزائري ما يثبت الطلاق العرفي باليمين إلا أنه من الناحية العلمية لا يوجد ما يمنع ذلك فقانون الأسرة لم ينص على ذلك صراحة في جميع الأحوال إلا أن أجدها في المحكمة العليا أقرت ما يلي:

يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود إلا أن هذه الشهادة لم تحدد أسماء الأشخاص ولا تاريخ ومكان الطلاق مما وجب النقض في هذه الشهادة التي بكتفيها الغموض والنقص في محتواها.[2]

وفي قرار آخر من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطبيق فهو حق الزوجة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها وبالتالي فالقضاء يخالف هنا أحكام الشريعة التي تحول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بشاهدة الشهود وعليه فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا بثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية'.[3]

ويتضح من خلال قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/12/16 الذي جاء في المبدأ الثاني منه أنه من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء مما

[1] - محمد عزمي البكري ، الرجع السابق، ص 194.

2 –قرار المحكمة العليا،رقم30105،م.ق.1989.ع1.ص98.

[3] –قرار المحكمة العليا رقم35026بتاريخ 1984/12/03م.ق1984.ع4.ص86.

نستنتج أن اعتراف المحكمة العليا بالطلاق العرفي تجسد في قراراتها الحديثة على فرار باقي القرارات القديمة .

وتجدر الإشارة إلى أن وقوع الطلاق أمام جماعة المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقا بسماع الشهود الذي أكدوا وقوع الطلاق فهنا لا يحق للمطلق أن يتراجع في طلاقه ويعد قضاء القضاة بإثبات واقعة الطلاق صحيحة في مضمون القانون.

انتهينا في الفعل السابق من دراسة إثبات الطلاق من الناحية القانونية، بحيث لا يثبت الطلاق إلا بحكم ذو طبيعة إنشائية، ويصدر على شكل حكم قضائي، وهو يدخل في إطار الوظيفة الولائية للقاضي الذي يكون هذا الأخير له دور سلبي في ذلك ،ولما كان حق إرادي للزوج إلا أن هذا الحق يمارس وفق للشكل القانوني المتفق عليه.

الفصل الثاني:
إجراءات إثبات حكم الطلاق

في هذا الفصل الخاص بالجانب التطبيقي وجب علينا التطرق إلى الإجراءات المتبعة لإصدار حكم إثبات الطلاق وما مدى صحتها ومشروعيتها ؟

ومن جهة أخرى سنتطرق لموقف القضاء في طرف الطعن العادية أو الغير عادية، خصوصا وأن قانون الأسرة ينص على عدم قابلية الاستئناف في الحكم بالطلاق، إلا انه لم يتحدث عن الطعن بالنقص فما موقف المشرع في هذه الحالة؟

وهذا أما تتحدث عليه في هذا الفعل الذي ارتأيت بقسيمه إلى مبحثين حيث تطرقت في المبحث الأول إلى إجراءات وشروط رفع دعوى إثبات الطلاق مع دور القاضي في الحكم الصادر بالطلاق في حين خصصت المبحث الثاني حول تنفيذ الحكم المثبت

و طرق الطعن فيه.

الفصل الثاني : إجراءات إثبات حكم الطلاق

لرفع دعوى إثبات الطلاق نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في مادته 436 على أن ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، هذا حسب شروط رفع دعوى الطلاق أما من حيث طرق الطعن فيه فنصت المادة 313 ق إ.ج.م.إ على طرق الطعن العادية هو الاستئناف والمعارضة وطرق الطعن الغير العادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر والطعن بالنقص.[1]

أما أجال الطعن فيكون ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم ويسرى هذا الأجل كذلك في حق من قام بالتبليغ الرسمي، كما يعد الاعتراف بمثابة التبليغ الرسمي وفي هذا

[1]-قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المادة436-313.

المبحث سوف نتطرق في المطلب الأول شروط رفع الدعوى واثبات الطلاق في حين خصصنا المطلب الثاني لطرق الطعن في حكم واثبات الطلاق.

المبحث الأول: قواعد الاختصاص ورفع دعوى إثبات الطلاق

نظم القانون الإجراءات المدنية والإدارية شروطا شكلية وأخرى موضوعية عند استعمال الدعوى، بهدف الحماية القضائية وتنظيما لضوابط الخصوم ومالهم وما عليهم ودور القاضي في الرقابة وضمان المساواة بين الخصوم وتفصيل الإجراءات عند اللزوم.

المطلب الأول: قواعد الاختصاص وشروط رفع الدعوى

لرفع الدعوى يجب التوجه أمام المحكمة المختصة بالفصل في النزاعات والخصومات بين الزوجين التي تختلف هذه الأخيرة باختلاف موضوع الطلب، فالمحكمة المختصة بالطلاق ليست بالضرورة هي المحكمة المختصة في آثار الطلاق الحضانة والنفقة.

وهذا ما سنتوسع فيه لاحقا إضافة إلى طرق رفع الدعوى وكيفية تعامل القاضي مع دعوى الإثبات إلى غاية الوصول إلى تنفيذ الحكم وطرق الطعن فيه.

الفرع الأول : قواعد الاختصاص

يختلف اختصاص المحكمة باختلاف نوع الدعوى سواء دعوى الطلاق و المراجعة أو دعوى الحضانة أو دعوى النفقة .

البند الأول :المحكمة المختصة في دعوى الطلاق والمراجعة:

حسب المادة 40 ا.ج.م.ا إن المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق ودعاوى الرجوع لمحل الزوجية هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية.

افترضنا أن رجلا تزوج امرأة من ولاية قسنطينة وفقا للشرع والقانون ودخل بها بمسكن الزوجية ملكه أو مستأجر في مدينة عنابة وبعد أشهر حصل نزاع حاد بين الزوجين تركت

فيه الزوجة مسكن الزوجية في عنابة وذهبت لبيت أهلها في قسنطينة ومن هنا أرادت أن تقدم إلى محكمة قسنطينة لتحكم لها بالطلاق وفق لإحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 ق.ا فان هذه المحكمة غير مختصة بالفصل في طلب الطلاق باعتبارها ليست محكمة مقر الزوجية التي تبنى عليه سلطة الاختصاص بل يوجد ضمن دائرة اختصاص عنابة.[1]

البند الثاني: المحكمة المختصة في دعوى الحضانة :

ورد في المادة 2/40 ق ا م على أن المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة هي المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الحضانة[2]

إذا حكمت المحكمة بإسناد حق حضانة الأولاد إلى أمهم أو ممن لهم الحق في الحضانة شرعا و قام نزاع حولها و طلب إسقاطها على غيره و إسنادها عليه فان المحكمة المختصة بالفصل في الدعوى هي المحكمة التي تمارس الحضانة ضمن دائرة اختصاصها الإقليمي دون سواها أي المحكمة التي يوجد المحضون في نطاق اختصاصها قانونا. [3]

البند الثالث: المحكمة المختصة في الفصل بدعوى النفقة:

رفعا للمادة 40/ ق.ا.ج.م.إ فإن المحكمة المختصة بالفصل في دعوى النفقة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصه موطن أو محل إقامة المدين بالنفقة ويعني ذلك أ الزوجة إذا أرادت أن تقيم الدعوى ضد زوجها أو طليقها من اجل نفقة أولادها القاصرين الموجودين في رعايتها فإن المحكمة المختصة في الفصل في مثل هذا الطلب هي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها الإقليمي أما موطن الزوجة المدعية ومسكنها الدائم وإما مكان إقامتها ومحل سكنها المؤقت.

---

[1]-بلحاج العربي ،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ،ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثانية ص355.

[2]-بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص355.

[3] -عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ،دار هومة ،الجزائر 1996،ص 325،326.

مثلا الزوجة مقر سكنها التي تمارس به الحضانة ورعاية أطفالها بمدينة جيجل والأب المطالب بالنفقة يسكن بمدينة سطيف فيجوز أن تطلب الحكم بالنفقة أمام محكمة جيجل باعتبارها المحكمة التي تقييم بدائرة اختصصها الإقليمي طالب النفقة والدائن بها. [1]

الفرع الثاني :إجراءات رفع الدعوى

ترفع الدعوى أمام المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة ومؤرخة موقعة من المدعي أو محاميه لدى مكتب الضبط ، وإما بحضور المدعي بنفسه أمام المحكمة وفي هذه الحالة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر أنه لا يحسن التوقيع.

وعليه فإنه المادة 14 من ق اج م يتضح أن هناك طريقتان قانونيا لرفع الدعوى:

البند الأول : رفع الدعوى بعريضة مكتوبة

ترفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي أمام مكتب الضبط بالمحكمة وقد نصت المادة 08 ق أج.م إ في فقرتها الأولى على أن تقدم الدعوى الافتتاحية باللغة العربية شرطا شكليا لقبول الدعوى إذ أن تحرير عريضة افتتاح الدعوى بلغة أخرى غير العربية يؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلا.

ويشترط في العريضة أن تكون مكتوبة على نسختين تتضمن بيانات المدعي الخاصة باسمه ولقبه وعنوانه ومهنته ونفس الشيء بالنسبة لفهمه وعلى الأدلة والوثائق الخاصة بالطلب كما تشمل العريضة على تاريخ اليوم الذي حررت فيه وتوقيع المدعي.2

[1] -عبد العزيزسعد، نفس المرجع ،ص 327.

2-بلحاج العربي ، المرجع السابق،ص341.

البند الثاني : رفع الدعوى بتصريح شفهي

القصد برفع دعوى بتصريح شفهي هو تحرير محضر من طرف كاتب الضبط أو أعوان مكتب الضبط يتضمن فيه تصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر أنه لا يمكنه التوقيع ويعتبر هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة.[1]

البند الثالث : شروط قبول الدعوى

في قانون الإجراءات المدنية نصت المادة 12 أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفه وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. والمقصود منها توفر الصفة الإجرائية لدى كل من سيلجأ للقضاء بأن يكون ذا صفة أي أن يكون المدعي زوج أو

زوجته أو أحد ممثليهما قانونيا كالمحامي أو الوالي أو الوصي وأن يتمتع بأهلية التقاضي أي يكون بالغائب الرشد المدعي 19سنة المادة 40 ق.م ومتمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه (المادة 42 .44 ق.م) إضافة إلى ذلك على المدعي أن تكون له مصلحة في موضوع لنزاع فلا دعوى من دون لا مصلحة وهذا ما أضافه المشرع في المادة 13 ق.إ.ج.م التي تشير إلى عنصر المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة يقرها القانون.[2]

فتكون المصلحة قائمة إذ كانت الغاية من النزاع حماية حق أو مركز قانوني أو تعويض ما لحق به ضرر وتكون المصلحة محتملة إذا كان الهدف منها منع وقوع الضرر محتمل وللخصم الحق في الدفع بعدم وجود مصلحة وليس للقاضي ذلك على عكس الصفة التي يمكن أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

[1]-بلحاج العربي ، المرجع السابق،ص341،342.

[2]-عبد السلام ذيب،قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ،ترجمة للمحاكمة العادلة،الجزائر2012،ص66،67..

البند الرابع : كيفية سير الدعوى

بعد قيام كاتب الضبط بتسجيل الدعوى في سجل خاص وتعيين تاريخ الجلسة بتعيين على الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة سواء بنفسيهما أو ممثليها ويشرح كل منهما طلباته بالأدلة و الحجج.

أما في عدم حضور المدعي عليه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى في غيابه كما للقاضي الحق في شطب القضية لعدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون أو تلك التي أمر بها ويأمر بشطب القضية أيضا في حال طلب مشترك للخصوم.

ويفصل القاضي في دعوى الزوجين بعد سماعهما في جلسة علنية أو في جلسة سرية مع القاضي وكاتبه فقط إذا طلبا الزوجين ذلك مع إجازة اصطحاب الشهود إلى المحكمة مباشرة أثناء الجلسة.

وتكون المرافعات أثناء الجلسة بأن يبدأ المدعي بعرض طلباته أمام المحكمة معتمدا على الأدلة ثم يميل القاضي الكلمة للمدعي عليه مقدما دفوعه وحجة وأدلة المعاكسة.

وبعدها يحيل القاضي الكلمة إلى محامي المدعي ثم إلى محامي المدعي عليه من الزوجين قبل إقفال باب المرافعة. [1]

المطلب الثاني: دور القاضي في دعوى إثبات الطلاق

نصت المادة 49 ق.أ لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر.

وبهذا الشأن فإن إجراءات الصلح والتحكيم هي من الإجراءات الإجبارية التي يقوم بها القاضي قبل النطق بالحكم في الطلاق وهذا ما تضمنه القرآن الكريم في سورة النساء

[1]–عبد العزيز سعد،المرجع السابق ،ص330.

لقوله تعالى:"**وَإِن خِفتُم شِقَاقَ بَينَهُمَا فَابعَثُوا حَكَمًا مِن أَهلِهِ وَحَكَمًا مِن أَهلِهَا إِن يُرِيدَا إِصلَاحًا يُوَفِقِ اللهُ بَينَهُمَا إِن اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**".[1]

الفرع الأول : إجراءات الصلح

إن إجراء الصلح إجراء إجباري على القاضي وعدم قيامه يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر بالطلاق ويكون قبل النطق به فعلى القاضي أن يستدعي الزوجين إلى مكتبه بواسطة كاتب الضبط في جلسة خاصة الغرض منها التسامح وضمان مصالح الأطفال واستقرار الأسرة وبالتالي على القاضي تحرير محضر بما توصل إليه من نتائج سواء إيجابية أو سلبية ثم يحيلها إلى جلسة علنية يصدر فيها النطق بالحكم.[2]

ومن خلال نص المادة 49 ق.أ يتضح الغموض بشأن المادة التي حددها المشرع بثلاثة أشهر ورتبه عليها آثار في المادة 50 ق.أ التي تقضي بأنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد.

في نظر القانون الجزائري أنه لا وجود للطلاق إلا بصدور حكم عن القضاء فإن ثلاثة أشهر تسري ابتداء من نطق الزوج بالطلاق إذا كان قد نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة فإن لم ينطق به حتى تاريخ الحكم ، فإن العدة تبدأ من تاريخ الحكم لأنه يمثل تاريخ النطق بالطلاق .[3]

الفرع الثاني :إجراءات التحكيم

من صلاحيات القاضي أيضا في حال اشتد الخصام بين الزوجين أو أضر أحدهما بالآخر ولم يثبت الضرر فإن القاضي يعين حكميه بموجب الإصلاح بينهما مع تقديم

---

[1]-سورة النساء ،الآية 34.

[2]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق ،ص346.

[3] – بلحاج العربي ،المرجع السابق،ص357.

تقرير أجله شهرين وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه ولا يشترط في التقرير أن يكون مطلا كما يجوز أن يرفض التقرير ويعين حكمين آخرين وهذا ما نصت عليه المادة 56 ق.أ أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين.[1]

ويبقى تقرير الدليل للقاضي الذي يصدر حكمه في ضوء تقرير الحكمين إذ عجزا عن الإصلاح وتستند هذه الأحكام للفقه الملكي الذي يمدد صلاحية الحكمين عند الإصلاح فقط بل تجاوز ذلك إلى طلب التفريق بينهما إذا لم يجد سبيلا لذلك الإصلاح.

كما ترجع السلطة التقديرية للقاضي فيما يخص وجود الضرر من عدمه ومدى جسامته الذي بفصل بدوره في موضوع الدعوى وسبب الشكوى.[2]

ويشترط في قيام الضرر وحصوله قبل رفع الدعوى وتسجيلها لدى كتابة الضبط بالمحكمة فإن أقامت الزوجة مثلا دعوى التطليق وعجزت عن إثبات الضرر وحكمت المحكمة برفض دعواها فيمكنها تجديد رفع الدعوى مرة ثانية إذا كان ستتمكن من إثبات الضرر وتحقق وجوده. [3]

البند الأول :عرض الملف على النيابة العامة

أقر القانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 260 على أنه يمكن للقاضي تلقائيا أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى وترسل هذه القضايا إلى النائب العام قبل 10 أيام على الأقل من تاريخ الجلسة بواسطة كتابة الضبط.

[1] –بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص359.

[2] - لحسن بن الشيخ آت ملويا،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ،دار هومة للطباعة و النشر الجزائر 2006،ص239.

[3] -قسنطيني حدة ، المرجع السابق ،ص37.

البند الثاني : :التحقيق في حالة الطلاق العرفي

استلزم التطبيق القضائي اللجوء إلى التحقيق في حالة الطلاق العرفي رغم أن قانون الأسرة لم ينص على هذا الإجراء في دعوى الطلاق إذ لم يعترف أصلا بالطلاق العرفي.

الفرع الثالث: اللجوء إلى التحقيق

حددت المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية اللجوء إلى التحقيق تلقائيا إما بموجب أمر كتابي أو شفوي.

-إجراءات التحقيق

يقوم القاضي بموجب أمر بالتحقيق بسماع الشهود بعد أدائهم اليمين القانونية في التاريخ المحدد، وتسمع شهادة كل منهما على إنفراد، كما يجوز مواجهتهم ببعضهم البعض وإعادة سماعهم سواء أجانب أو شهود أقارب ما عدا الأبناء.

وتدون أقوال الشهود في محضر من طرف أمين الضبط، إذا كانت غير قابلة للإستئناف أما إذا كانت الدعوى قابلة للاستئناف فيحرر محضر خاص بأقوال الشهود بعد التوقيع عليه من طرف القاضي مع النسخة الأصلية للحكم .

ولا يجوز أن يصدر القاضي حكمه فور إجراء التحقيق فله أن يؤجل الدعوى إلى جلسة أخرى كما يمكن للأطراف الإطلاع على التحقيق قبل الجلسة المحددة.[1]

-حالة اتفاق الزوجين على الطلاق

مسألة اتفاق الزوجين على الطلاق لا تنطوي على نزاع أصلا فيقوم القاضي بسماع الشهود للتأكد من الواقعة محددا المكان والتاريخ التي وقعت فيه.

[1]- قسنطيني حدة، المرجع السابق،ص38.

-حالة إنكار أحد الزوجين

حالة إنكار احد الزوجين تتطلب من القاضي التدقيق في التحقيق مع الشهود خصوصا إذا ادعت الزوجة وقوع الطلاق العرفي وإنكار الزوج لذلك وبهذا الشأن اتجهت التطبيقات للأخذ بشاهدة الشهود في إثبات الطلاق وفي إنكار من طرف الزوج.

-حالة وفاة أحد الزوجين

تظهر مسألة إثبات الطلاق العرفي غالبا في أمور الميراث أين يكون القصد منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة وهنا يتعين على القاضي التدقيق قدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي.[1]

المبحث الثاني: تنفيذ الحكم المثبت و طرق الطعن فيه

تناول قانون الإجراءات المدنية ضمن نصوصه الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام و القرارات القضائية و العقود الرسمية وسنتطرق في هذا المبحث حول كيفية تنفيذ الحكم المثبت و طرق الطعن فيه فخصصنا المطلب الأول لكيفية تنفيذ الحكم المثبت و المطلب الثاني لطرق الطعن في هذا الأخير.

المطلب الأول : تنفيذ الحكم المثبت للطلاق

الفرع الأول : الحكم القابل للتنفيذ

نصت المادة 601 ق ا م على أن كل حكم أو قرار أو سند لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية و المعنى من المادة أن لكل الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية فلأي من الزوجين صدر لصالحه حكم من المحكمة أو قرار من

[1] - قسنطيني حدة، المرجع السابق،ص38.

المجلس يمكنه أن يحصل من مكتب الضبط على نسخة تنفيذية كلما أراد أن ينفذ الحكم الصادر لفائدته.[1]

و ليكون الحكم قابلا للتنفيذ وجب أن يستوفي الشروط الآتية :

– أن يكون الحكم نهائيا حائزا لقوة القضية أو قوة الشئ المقضي فيه و لم يعد يقبل الطعن لا بالمعارضة أو الاستئناف .

– يجب أن يكون نسخة الحكم المقدمة لمصلحة التنفيذ بمكتب الضبط ممهورا بالصيغة التنفيذية المشار إليها في المادة 601ق ا م.

– يجب أن تكون النسخة المقدمة إلى مصلحة التنفيذ تحمل عبارة:

"نسخة طبق الأصل مسلمة للتنفيذ" موقعة من كاتب الضبط و تحمل الختم الرسمي لمكتب الضبط. [2]

الفرع الثاني :الموظف المؤهل للقيام بالتنفيذ

بعد أن يصبح الحكم نهائيا غير قابلا للطعن فيه و بكون لصالح احد الزوجين فيحصل المعني على نسخة منه موقعة و مختومة و ممهورة بالصيغة التنفيذية يحرر طلبا يذكر فيه اسمه و لقبه و عنوانه و اسم و لقب و عنوان الزوج الأخر المنفذ عليه و يشير إلى مضمون الحكم و رقمه و تاريخ صدوره و الجهة القضائية التي صدر عنها و يقدم هذا الطلب مرفوقا بنسخة من الصيغة التنفيذية و يقدمها إلى مصلحة التبليغ و التنفيذ بمكتب الضبط لدى المحكمة التي صدر منها الحكم أو التي بدائرة اختصاصها مكان التنفيذ مع وصل دفع الرسوم و مصاريف التنفيذ و بالتالي يقوم الكاتب المكلف بالمصلحة تقديم وصل للمعني يثبت إيداع الطلب ووصل يثبت دفع الرسوم و المصاريف.[3]

[1]-محمد صبحي نجم ،المرجع السابق ،ص87.

[2] -عبد العزيز سعد ،المرجع السابق ص334.

[3]-عيد العزيز سعد ،المرجع نفسه،ص343،342.

الفرع الثالث :الشروع في التنفيذ

يشرع في التنفيذ مباشرة بعد استلام الموظف النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية فيقوم بإجراءات التنفيذ أولها إرسال تنبيه إلى احد الزوجين المنفذ عليه الحكم مع تبليغه بمضمون الحكم إذا لم يكن قد بلغ من قبل و عليه اجل 20 عشرون يوما لتنفيذ الحكم الصادر عليه تنفيذا تلقائيا ورضائيا و إذا انتهت المدة أو الأجل المحدد و لم ينفذ الحكم يضطر كاتب الضبط لتنفيذ الحكم جبرا و أن لزم الأمر استعمال القوة العامة بحجز أمواله و بيعها إذا كان الحكم يتضمن حكما بالنفقة آو التعويض المادي و كل ما هو مقوم بالمال. 1

المطلب الثاني :طرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق

إن الحكم بالطلاق يصدر على شكل حكم قضائي ذو طبيعة ولائية إذ تنص المادة 57 ق ا على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية و منه فان المفروض أن يخضع لنظام خاص به فان يطعن في الحكم من طريق تظلم أمام القاضي فقد سار المشرع في هذا الاتجاه حسب المادة السابقة عندما نص على عدم خضوع حكم الطلاق للاستئناف في حين لم تنص على عدم القابلية في الطعن بالنقض.[1]

أما بالنسبة للتطليق أو الخلع فلا فائدة من الاستئناف كون الزوجة تريد رفع الضرر عن نفسها فمن خلال نص المادة 57 ق ا يتضمن أن الأحكام التي تصدرها محاكم الأحوال الشخصية تصدر بصورة ابتدائية و نهائية أي أنها لا تقبل الاستئناف أمام المجالس القضائية كدرجة ثانية إلا في جوانبها المادية و إن كانت تقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا. [2]

[1]-قسنطيني حدة،المرجع السابق،ص 39.

[2] - زودة عمر ،المرجع السابق،ص136

وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب بالتفصيل لكل حالة في طرق الطعن سواء كانت عادية أو غير عادية مع إسقاطها في الجانب العملي.

الفرع الأول : طرق الطعن العادية

من الطرق الطعن العادية التي يلجا إليها المتقاضي الاستئناف و المعارضة:

البند الأول : الاستئنـــاف

هو طريق عادي للطعن في الأحكام الصادرة ابتدائيا من محاكم الدرجة الأولى يرمي إلى إعادة الفصل في ذات القضية مرة ثانية .[1]

و كما ذكرنا سابقا أن المادة 57 ق أ تنص على أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية .

و بالرجوع للمادة 49 ق أ نجدها تنص على الطلاق هو حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج المنفردة آو بتراضي الزوجين آو بطلب من في حدودها.فمن خلال تحليل النصين يتضح أن المشرع لم يحسم الطلاق من حيث التفرقة بين الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالطلاق بالا رادة المنفردة للزوج آو بتراضي الزوجين آو بالتطليق الذي لم يذكر في سابق المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري .[2]

و علية نستخلص القول أن حكم الطلاق يصدر ابتدائيا نهائيا لا يقبل إلا الطعن بالنقض أما فيما يخص إثبات الطلاق العرفي فلم تستقر التطبيقات القضائية على وصف معين فنجدها تصدر أحكاما نهائية تارة و أحكاما ابتدائية تارة أخرى مما يعطي فرصة للخصم باللجوء إلى طريق الاستئناف. و من جهة أخرى فان الحكم في إثبات الطلاق يختلف عن الحكم في إثبات الطلاق العرفي ذلك أن القاضي في حكم الطلاق له دور سلبي فمتى رفع أمامه طلب الطلاق من الزوج و جب أن يقضي به دون البحث في أسبابه على عكس

[1]- نبيل إسماعيل عمر،أصول المرافعات المدنية و التجارية،منشاة المعارف، الإسكندرية،1986،ص12- 09.

[2] - قسنطيني حدة، المرجع السابق،ص40-41.

الحكم في إثبات الطلاق العرفي الذي يكون فيه دور القاضي ايجابيا إذ يحقق و يبحث في الواقعة و لو الحق في عدم الحكم بها إذا لم يثبها و عليه فالمفروض أن تطبق عليه القواعد العامة ليكون خاضعا للاستئناف و بالتالي تنفي الحكمة من جعله يصدر نهائيا .

البند الثاني :المعارضة

وضع المشرع قاعدة عامة نسري على جميع الأحكام الابتدائية و النهائية الغيابية ذلك أن هذه الأحكام لا تمنع المعارضة فيها و هذا ما تأكدها المادة 329 ق ا ج م على انه يجوز الطعن في الأحكام الغيابية بطريق المعارضة ضمن مهلة 1 شهر من تاريخ التبليغ الحاصل.

فإذا تم إعلان الزوجة بتاريخ النطق بحكم الطلاق فيعد ذلك قرينة على علمها بالفرقة

و بالتالي تسري أثار الطلاق من تاريخ النطق به في حين انه إذا لم يتم تبليغ الزوجة بتاريخ جلسة الإعلان عن الطلاق فلا يسري اثر الطلاق في حقها إلا ابتداء من تاريخ إعلامها بجلسة المصالحة فينظر القاضي في هذا التظلم و يفصل فيه بقبوله و إلغاء أثاره إذا برهنت عدم إعلامها بالحضور إلى هذه الجلسة.[1]

كما استقر العمل القضائي للمحاكم على إن أحكام إثبات الطلاق العرفي قابلة للمعارضة و يتجسد ذلك من خلال الأحكام التي تقضي بقبول المعارضة شكلا و تأييد الحكم المعارض فيه الذي قضى غيابيا نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين

وعليه فيمكن أن تكون المعارضة في إثبات الطلاق العرفي لان دور القاضي يكون ايجابيا كما سبق البيان و أن المعارضة وفقا للمادة 100 ق ا م توقف التنفيذ ما لم يقضي الحكم الغيابي بخلاف ذلك. [2]

[1]-عمر زودة، المرجع السابق، ص133.

[2] –قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص43–44.

الفرع الثاني :طرق الطعن الغير عادية

من طرق الطعن الغير عادية التي يلجا اليها المتقاضي:

البند الأول : اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

إذا نظرنا إلى المادة 381 ق ا م على انه لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة .

فهل اعتراف الغير الخارج عن الخصومة يمس الحكم الصادر بإثبات الطلاق ؟

مادام الحكم بإثبات الطلاق يقوم على أساس العصمة الزوجية فيكون دور القاضي فيه سلبيا و لا تترتب أثاره إلا على الزوجين دون أن تمتد إلى غيرهما و عليه لا يمكن أن نتصور اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في هذا الشأن على عكس حكم القاضي بإثبات الطلاق العرفي نظرا لخصوصيته و دور القاضي الايجابي في القضية بتقرير حق الزوج في الطلاق و التحقيق في الواقعة في حد ذاتها إذ غالبا ما يتم إثبات وقوع الطلاق بعد وفاة احد الزوجين مما يترتب عليه مساسا بحقوق الورثة الذين يتخذون سبيل الاعتراض على حكم إثبات الطلاق العرفي لضمان هذا الحق رغم أنهم لم يكونوا طرفا في القضية .[1]

[1]- قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص45.

البند الثاني : التماس إعادة النظر

إن الأحكام الصادرة عن المحاكم أو المجالس و التي تكون قابلة للطعن فيها بطرية المعارضة أو الاستئناف يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من كان طرفا فيها أو ممن ابلغ قانونا بالحضور فهذا ما اقره المشرع في المادة 391 ق ا م و حسب المادة 392 ق ا م يمكن تقديم التماس إعادة النظر لأحد السببين :

1-إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة الشهود أو على وثائق اعترف بتزويرها أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر و حيازته قوة الشئ المقضي به .

2- إذا اكتشف بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشئ المقضي به أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى احد الخصوم.

و يرفع التماس إعادة النظر في اجل شهرين 2 و يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد أو ثبوت التزوير أو اكتشاف الوثيقة المحتجزة المادة 393 ق ا م.

لكن ما مدى إمكانية الطعن في الحكم المثبت للطلاق بطريق التماس إعادة النظر؟

وإجابة عن السؤال فانه يتعسر علينا مطابقة أوجه التماس إعادة النظر في حكم القاضي بالطلاق و بناءا على الإرادة المنفردة للزوج لأنه بمجرد تقرير لإرادة الزوج.

أما حكم القاضي بإثبات الطلاق العرفي فان الأمر يختلف إذ يمكن أن يكون محلا لالتماس إعادة النذر لان القاضي يحقق في واقعة الطلاق و يعتمد على شهادة الشهود و مستندات الخصوم.[1]

1--قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص46.

البند الثالث : الطعن بالنقض

من طرق الطعن الغير عادية في الأحكام القضائية الطعن بالنقض الذي يباشر أمام المحكمة العليا من أحكام نهائية صادرة عن محاكم ابتدائية أو مجالس قضائية و لا يمكن تأسيسه إلا على الأوجه التي قررها القانون.

و يرفع اجل الطعن بالنقض في غضون شهرين 2 من تاريخ التبليغ الرسمي شخصيا قابلة للتمديد إلى 3 أشهر في حال التبليغ في موطنه الحقيقي أو المختار.[1]

ولو عدنا إلى المادة 57 ق ا فهي تتضمن عدم قابلية حكم الطلاق للاستئناف فالمقصود هنا أن يصدر الحكم عن الدرجة الأولى نهائيا لكن المادة لم تشر إلى الطعن بالنقض كما أن المحكمة العليا لم تستقر على رأي في هذه المسالة حيث ورد قرار صادر عنها أن الزوج ما دام مصر على طلب الطلاق فلا يمكن أن يستأنف أمام المجلس لكنه يمكن أن يطالب بتوابع فك العصمة أمام الجهة الاستئنافية فهنا نستخلص القول انه كما ينطبق على الاستئناف فهو ينطبق لا محالة على الطعن بالنقض وكل هذه الإجراءات خاضعة لرقابة المحكمة العليا و هي محكمة القانون.

في حين يرى الأستاذ عمر زودة أن الأحكام بالطلاق ليست أحكام قضائية قابلة للطعن فيها بطرق الطعن بل هي قرارات ولائية تصدر في شكل عمل قضائي و من ثمة تخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال الولائية .[2]

و في الأخير يمكن القول أن الطلاق يقع بمجرد إيقاعه دون الحاجة لموافقة القاضي عليه ما عدا جانبه التعسفي و التعويض عنه و ماديته التي تبقى خاضعة لرقابة القضاء .

[1]- القانون رقم 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية المادة 354.

[2] – عمر زودة، المرجع السابق، 136.

الخاتمة

الخاتمة:

إن إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية سواء من الجانب الشرعي و الجانب القانوني و مدى انسجام النصوص القانونية بمقتضيات الشريعة الإسلامية و موقف الاجتهاد القضائي بإقراره لحق الزوج في إيقاع الطلاق و إثباته بأثر رجعي .

لكن المشرع لم يعترف صراحة بالطلاق الخارج دائرة القضاء و هذا الغموض أوحى بالاعتراف به و لا يترتب عليه أثار إلا إذا صدر في شكل حكم قضائي هذا في أصل مسالة الطلاق العادي أما في مسالة الطلاق العرفي بأثر رجعي و انعدام نص قانوني بخصوصه فنشير إلى إعادة النظر من طرف المشرع بتعديل قانون الأسرة خصوصا في طرق إثباته و أثاره و طرق الطعن فيه كونه يمثل خطورة أكثر في التفكيك الأسري

و الأمور المتعلقة بإثبات النسب و الميراث خاصة في حال إنكار الزوج لهذا الزواج.

و عرفنا أيضا قانون الإجراءات المدنية طرق رفع الدعوى أمام المحكمة و اختصاصها

و كيفية سيرها كما وضح لنا هذا القانون إجراءات الصلح و التحكيم قبل صدور حكم الطلاق مع عرض الملف على النيابة و اللجوء للتحقيق في واقعة الطلاق العرفي و بعد صدور الحكم بالطلاق وجب تنفيذ هذا الحكم الممهور بالصيغة التنفيذية في أجاله المحددة قانونا و بصفة تلقائية رضائية أو جبرية إذا اقتضى الأمر .

و أخيرا عرفنا حالة عدم تقبل الحكم من طرف احد الزوجين و كيفية الطعن فيه سواء بطريقيه العادي أو الغير عادي.

في الختام و إذا كان الطلاق مكروها لكنه حق الزوج و محضورا إلا للضرورة فعلى المشرع التدقيق أكثر مع الصرامة في هذه المسالة التي تهدم كيان الأسرة و بالتالي تهدم

المجتمع فلابد من التماس صراحة النصوص و توضيحها من الغموض خصوصا و أنها تهدف للحفاظ على حقوق الزوجين و الأولاد بصفة خاصة و الأسرة عموما.

النتائج المتحصل عليها :

1-موضوع الطلاق من أخطر الوقائع التي تمس المجتمع .

2-يعتبر الطلاق أثر من آثار فك الرابطة الذي يترتب عنه أيضا آثار كالنفقة و الحضانة و العدة .

3-الطلاق في عصمة الزوج فعلى هذا الأخير أن يستعمل هذا الحق في المنطق المعقول و الضرورة القصوى .

4-للوصول إلى مرحلة الطلاق وجب إتباع الإجراءات التي حددها القانون ضمن نصوصه و إلا تهدر الحقوق .

5-إجراء الصلح من طرف القاضي إجراء وجوبي قبل الفصل في الدعوى.

6-تضييق حالات الطلاق من خلال المادة 49 ق . أ . ج .

7- التغاضي في مسألة الطلاق العرفي رغم إقرار الاجتهاد القضائي بذلك .

8-الاعتماد على قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الإجراءات فقط و عدم تقنين نصوص خاصة بالأحوال الشخصية.

9-رغم الإحالة من التشريع إلى أحكام الفقه الإسلامي إلا أن عدم انسجام قانون الأسرة مع هذه الأحكام أصبح واضحا.

10-سكوت المشرع عن الطلاق العرفي و الاعتماد على التطبيقات القضائية فيما يخص الإثبات و خلق المشكل في حالة انتهاء العدة .

11-إغفال مسألة الإشهاد في الطلاق خصوصا و أن لشاهدين دور كبير في الإصلاح أو التوضيح في الواقعة .

12-بذل القاضي جهد كبير في التوفيق بين تطبيق القانون و أحكا الشريعة الإسلامية في مسألة الإثبات خصوصا ان كان أام لاق عرفي و أمام انكار الزوج

13-نسبة الطلاق في المجتع أصبحت بإختصار رهيبة لإنعدام التوافق و التكافل و غياب الوازغ الديني الذي يؤدي الى هشاشة الأسرة الجزائرية و انهيارها

الاقتراحات : من خلال ما درست في هذا الموضوع حاولت ان أبدي بعض الاقتراحات في هذا المجال :

1) تضييق الإجراءات أكثر على الزوج المتلفظ للطلاق.
2) اللجوء في التحقيق حتى في الطلاق العادي على غرار الطلاق العرفي.
3) تقنيين نصوص أكثر خاصة بالطلاق الخارجة عن دائرة القضاء.
4) إثبات الطلاق من طرف القاضي من يوم و تاريخ وقوعه.
5) إعادة صياغة النصوص الغامضة وتنظيم قضايا شؤون الأسرة.
6) الاعتماد أكثر على أحكام الشريعة الإسلامية و الاستناد عليها أولا مثل القرارات و الاجتهادات القضائية .
7) الحد من ظاهرة الزواج العرفي و القصر لأنهما السبيل الأسهل للطلاق.
8) تمديد مدة الصلح و إعطاء فرصة للزوجين في التراجع عن الطلاق.
9) مراعاة نفسية المتضرر من حالة الطلاق سواء الزوج أو الزوجة أو الأولاد خاصة و متابعتهم نفسيا في مراكز مختصة و حتى المدارس .
10) التوعية في هذا المجال و إرشاد المجتمع بخطورة الطلاق و آثاره على أن تكون هذه التوعية عبر مختلف وسائل لإعلام و جميع بقات المجتمع .

في الأخير بما أن الزواج هو ميثاق غليظ و علاقة مقدسة مبنية على التالف و الود فلابد من الزوجين الحفاظ على هذه العلاقة و استبعاد كل ما يخل بهذه الرابطة من منازعات و تفكك و طلاق.

لقوله تعالى:

بسم الله الرحمن الرحيم

« هُنّ لِبَــاسٌ لّكُمْ وَأَنتُــمْ لِبَــاسٌ لّهــُنّ »

صدق الله العظيم

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

-القران الكريم :

1-سورة البقرة الايات 236-229-227
2-سورة الطلاق الاية 1
3-سورة النساء الايتين 36-35

- المصادر القانونية :

1) قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن لقانون الاسرة المعدل و المتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005.

2) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008المتضمن لقانون الاجراءات المدنية و الادارية.

- المجلات القضائية:

1/ المجلة القضائية لسنة 1991،العدد الثالث،المحكمة العليا،غرفة الاحوال الشخصية.

2/ المجلة القضائية لسنة 1993،العدد الاول،المحكمة العليا،غرفة الاحوال الشخصية.

- الكتب الفقهية:

1- وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي و ادلته،دار الفكر،الجزء السابع،الاحوال الشخصية،دمشق،طبعة خاصةنالجزائر 1992.

2- عبد الرحمن الجزيري،الفقه على المذاهب الأربعة المجلد الرابع،بيروت،دار حياء التراث1980.

3- عمر فروخ،الأسرة في الشرع الإسلامي،مطبعة المكتبة العلمية،بيروت،1951.

-الكتب القانونية:

1- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية،الديوان الوطني للأشغال التربوية،الجزائر 2001،الطبعة الثالثة.

2- بلحاج العربي،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء،ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الثانية.

3- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2005.

4- داود بن صالح ،الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق،مجلة الموثق جوان 2001،العدد الأول.

5- لحسن الشيخ آت ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،دار هومة للطباعة و النشر،الجزائر 2006،الطبعة الثانية.

6- محمد عزمي البكري،موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية،دار محمود للنشر و التوزيع، سوريا1996.

7- محمد صبحي نجم ،محاضرات في قانون الأسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 1999.

8- مفلح عواد القضاة،البيانات في المواد المدنية و التجارية،جمعية كمال المطابع التعاونية،عمان 1994.

9- نبيل إسماعيل عمر،أصول المرافعات المدنية و التجارية،منشاة المعارف،الاسكندرية1986،الطبعة الأولى.

10- عمر زودة،طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها، بن عكنون ،الجزائر.

11- قسنطيني حدة،إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و التطبيقات القضائية،المعهد الوطني للقضاء،الجزائر 2004/2001.

الفهرس

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول: إثبات الطلاق	**1**
المبحث الأول: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري	**2**
المطلب الأول: إثبات الطلاق بحكم قضائي	**2**
الفرع الأول : ضرورة صدور حكم إثبات الطلاق	**2**
الفرع الثاني : طبيعة و مضمون الحكم بإثبات الطلاق	**4**
المطلب الثاني: إثبات الطلاق العرفي	**6**
الفرع الأول : المطلقة عرفيا من زواج عرفي	**7**
الفرع الثاني : المطلقة عرفيا من زواج مسجل	**7**
الفرع الثالث :العدة من الطلاق العرفي	**7**
المبحث الثاني: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية	**8**
المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية	**9**
الفرع الأول : حق الزوج في إيقاع الطلاق	**9**
الفرع الثاني : الإشهاد على الطلاق كقيد حق الزوج	**10**
المطلب الثاني: إثبات الطلاق شرعا	**11**
الفرع الأول :الإقرار	**11**
الفرع الثاني : البينة	**12**
الفرع الثالث : اليمين	**12**
الفصل الثاني: إجراءات إثبات حكم الطلاق	**16**
المبحث الأول: إجراءات رفع دعوى إثبات الطلاق	**17**
المطلب الأول: قواعد الاختصاص و إجراءات رفع الدعوى	**17**
الفرع الأول : قواعد الاختصاص	**18**
البند الأول : المحكمة المختصة في دعوى الطلاق و المراجعة	**18**

الفهرس

البند الثاني: المحكمة المختصة في دعوى الحضانة	**18**
البند الثالث : المحكمة المختصة في الفصل في دعوى النفقة	**19**
الفرع الثاني : إجراءات رفع الدعوى	**19**
البند الأول: رفع الدعوى بعريضة مكتوبة	**20**
البند الثاني : رفع الدعوى بتصريح شفهي	**20**
البند الثالث شروط قبول الدعوى	**20**
البند الرابع: كيفية سير الدعوى	**20**
المطلب الثاني: دور القاضي في دعوى إثبات الطلاق	**22**
الفرع الاول : إجراءات الصلح	**22**
الفرع الثاني : إجراءات التحكيم	**23**
البند الأول: عرض الملف على النيابة العامة	**24**
البند الثاني : التحقيق في حالة الطلاق العرفي	**24**
الفرع الثالث : اللجوء إلى التحقيق	**24**
المبحث الثاني: تنفيذ الحكم المثبت و إجراءات الطعن فيه	**26**
المطلب الأول: تنفيذ الحكم المثبت للطلاق	**26**
الفرع الأول : الحكم القابل للتنفيذ	**26**
الفرع الثاني : الموظف المؤهل للقيام بالتنفيذ	**27**
الفرع الثالث : الشروع في التنفيذ	**27**
المطلب الثاني: طرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق	**28**
الفرع الأول : طرق الطعن العادية	**29**
البند الأول : الاستئناف	**29**
البند الثاني: المعارضة	**30**
الفرع الثاني: طرق الطعن الغير العادية	**31**
البند الأول : اعتراض الغير خارج عن الخصومة	**31**
البند الثاني : التماس إعادة النظر	**32**

الفهرس

البند الثالث: الطعن بالنقض	**33**
الخاتمة	**35**
قائمة المصادر والمراجع	**38**