المركز الجامعـي نـور البشيـر– البيـض

معهـد الحقـوق والعلـوم السياسيـة

قسـم الحقـوق

إثبات الطلاق في التشريع الجزائري

مذكرة لِاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

تخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطلبة:

بن جيمة فاطمة الزهراء

مهديد رابعة العدوية

إشراف الأستاذة:

هنان مليكة

أعضاء لجنة المناقشة:

مباركي إبراهيم أستاذ محاضر أ بالمركز الجامعي نور البشير البيض..... رئيسا.

هنان مليكة أستاذ التعليم العالي بالمركز الجامعي نور البشير البيض.... مشرفا مقررا.

زايد محمد أستاذ محاضر أ بالمركز الجامعي نور البشير البيض..... ممتحنا.

السنة الجامعية: 2023/2022

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى من لن يكرره الزمن ومن ربيت

في كنفه على أن أكون صادقاً قبل أن أخطو خطواتي الأولى... أبي.

وإلى من ورثتُ في جوفها كيف أكون إنساناً قبل أن أصرخ صرختي الأولى... أمي.

وإلى من أشُد بهم أزري... إخوتي.

وإلى كل من أنار دربي بنور العلم... أساتذتي.

وإلى من شاءت الأقدار أن تجمعني بهم حدائق الدراسة... زملائي.

وإلى كل يد... صافحتها يوماً.

فاطمة الزهراء بن جيمة

إهداء

اهدي ثمرة جهدي إلى من علمني العطاء وأحمل اسمه بكل افتخار...أرجو من الله أن يمد في عمره ليرى ثمارا قد حان قطفها بعد طول إنتظار والدي العزيز "مهديد محمد" حفظه الله و أطال الله في عمره.

إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أمي الحبيبة "مهديد عائشة".

إلى رفيق الدرب وشريكي وسندي في الحياة زوجي الغالي "محمد فريد".

إلى صغيري وفلذة كبدي ومصدر قوتي وبهجة قلبي إبني "محمد لؤي ساجد" حفظه الله.

إلى كل من علمني وأرشدني وأخص بالذكر أستاذتي الكريمة "الدكتورة هنان مليكة".

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء وسند ظهري أطال الله في عمرهم .

إلى أختي وصديقتي وحبيبتي التي تقاسمت معي حلاوة و مرارة الأيام "عرض الله أمينة".

إلى من تكاتفنا يدا بيد ونحن نقطف أزهار العلم "بن جيمة فاطمة الزهراء".

إلى كل من يحبني ويتمنى لي كل الخير.

مهديد رابعة العدوية.

شكر وعرفان

إقرارا بالحمد والشكر للذي لا تعد نعمه ولا تحصى فإن قلوبنا تخر ساجدة لله سبحانه وتعالى شاكرين له أن يسر لنا إتمام هذا البحث، فلله الحمد من قبل ومن بعد.

وإقرارا بالفضل لذويه فإننا نتقدم بخالص الشكر والتقدير للدكتورة هنان مليكة على تفضلها للإشراف على رسالتنا، وعلى ما حبتنا به من توجيهات سديدة ونصائح مفيدة، وعلى ما وسعتنا به من رحابة صدر وحسن خلق فجازاها الله عنا خير الجزاء.

كما نتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أعضاء اللجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل وتقويمه.

والشكر موصول أيضا إلى الأستاذ بلحاج بلخير على مساعدته لنا اللامحدودة.

وأخيرا نمتن لكل من كان له الفضل في مسيرتنا وساعدنا ولو باليسير.

قائمة المختصرات:

- قانون الأسرة الجزائري: ق.أ.ج.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية: ق.إ.م.إ.
- قانون الحالة المدنية: ق.ح.م
- القانون المدني: ق.م.
- قانون الأحوال الشخصية: ق.أ.ش
- الشريعة الإسلامية: ش.إ
- جزء: ج.
- طبعة: ط.
- دون طبعة: د.ط.
- دون تاريخ نشر: د.ت.ن.
- دون سنة نشر: د.س.ن.
- جريدة رسمية: ج.ر.
- عريضة افتتاح الدعوى: ع.إ.د
- المحكمة العليا: م.ع.
- غرفة الأحوال الشخصية: غ.أ.ش.
- المجلة القضائية: م.ق.
- الصفحة: ص.

مقدمة

مقدمة:

شرع الله الزواج وجعل منه ميثاقا غليظا تكريما للعلاقة بين الذكر والأنثى، فعنيت ش.إ بتنظيم أحكام الزواج وطرق عقده ومن ثمة آثاره.

إلا أنه قد تطرأ على العلاقة الزوجية حالات تجعل استمرارها عسير؛ أي تحِل الفجوة مكان المودة، والغلظة موضع الرحمة، فيكون إنهائها أسلم للزوجين والأولاد والمجتمع كافة وأنفى للمساس بمكانة العقد ونظام الأسرة.

فعلاجا لهذه الحياة المتفككة أباح الإسلام الطلاق استثناءا لرفع الضرر عن الزوجين لقوله تعالى: ﴿**وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِه وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا**﴾[1]

والطلاق لغة مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك،[2] وفي الشرع رفع قيد النكاح بين الزوجين بألفاظ مخصوصة.[3]

وعلى خطى ش.إ سار المشرع الجزائري في بناء الإطار العام لموضوع الطلاق، حيث جعله حل للخلافات الزوجية وهذا من خلال نص المادة **(48)** ق.أ.ج التي حددت حالات فك الرابطة الزوجية من بينها إسناد هذا التصرف إلى الزوج بإرادته المنفردة. ويعتبر إثباته مسألة مهمة جدا كون أنه بثبوت الطلاق تتغير المراكز القانونية للطرفين، وذلك من زوج وزوجة إلى مطلق ومطلقة، ويبدأ سريان آثار الطلاق من عدة ونفقة ورجعة....، وهو الأمر الذي دفعنا للتعرض لهذا الموضوع بالدراسة.

ومن هنا يتحدد موضوع البحث باعتباره دراسة في إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في التشريع الجزائري لأن مسألة إثبات الطلاق لا تتعلق إلا بها، فالحالات الأخرى تتم أصلا أمام القاضي ولا داعي من البحث في سبل إثباتها.

تأتي أهمية تناول موضوع إثبات الطلاق من حيث خصوصيته وارتباطه بالخلية الأولى في المجتمع وكذا بتصرفات الفرد، بالإضافة إلى كونه يطرح مسألة تتعلق بمدى

---

[1] سورة النساء، الآية 130.

[2] ابن منظور، **لسان العرب**، ج04، دار الصادر، ط01، بيروت، د.ت.ن، ص 269.

[3] إبراهيم مصطفى وآخرون، **معجم الوسيط**، ج01، دار الدعوى، ط01، القاهرة، د.س.ن، ص 563.

تلاؤم نصوص القانون مع مبادئ ش.إ، وتزداد هذه الأهمية في كيفية تعامل القضاة في هذا الشأن، وإبراز مدى توفير إجراءات التقاضي في مادة الطلاق حماية أكثراً للمتقاضين.

وأما الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع هو رغبتنا الشخصية المشتركة في المسائل ذات الطابع الأسري وتوسيع المدارك القانونية فيه كونه محل الاختصاص، كما أصبح الطلاق واقع نعيشه مس الكثير من الأشخاص.

أما من الناحية الموضوعية فإن الضعف المسجل في القانون بخصوص إثبات الطلاق –حيث خصص له المشرع مادة واحدة– أفرز مجموعة من السلبيات يتحمل تبعاتها المجتمع، فالواقع يشهد ارتفاع متزايد لنسبة الطلاق، وتفاقم المشاكل التي يقع فيها الأزواج في قضية إثبات الطلاق خاصة ما يتعلق ببداية احتساب العدة وعدد الطلاقات.

ودراسة الموضوع تهدف إلى معرفة الموقف القانوني للمشرع الجزائري من إثبات الطلاق، وكذا تسليط الضوء على إشكالات المادة **(49)** ق.أ.ج لإبراز جوانب الغموض فيه، والإجراءات المتبعة في إثبات الطلاق الواقع الخارج ساحة القضاء، والمساهمة في إثراء المكتبة القانونية الجزائرية في مجال المنازعات الأسرية.

تتمثل حدود هذه الدراسة في التشريع الجزائري بصفة عامة وق.أ.ج بصفة خاصة في تعديل الذي مسه في 2005.

من بين الدراسات التي اطلعنا عليها فيما له علاقة مباشرة بموضوع بحثنا ولنتائجها فإننا نجد:

– إثبات الطلاق في التشريع الجزائري، من إعداد الطلبة عبد القادر زروت وحميد صدوق بوزيان، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال بكلية الحقوق جامعة خميس مليانة سنة 2020/2019، من أهم النتائج المتوصل إليها في هذه المذكرة أن الطلاق حق للزوج يمارسه كيف شاء والعبرة فيه باللفظ لا الحكم، وغموض موقف المشرع من الطلاق العرفي مما يستدعي تعديل القانون في هذا الخصوص، وهذا ما تم التوصل إليه في دراستنا، إضافة إلى إجراءات إثبات الطلاق العرفي في القضاء، كما أضفنا موقف القوانين العربية وكذا طرق إثبات الطلاق الإلكتروني.

– إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–، من إعداد الطالبة عباس ريمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود بكلية الحقوق جامعة البويرة سنة 2018، من أهم النتائج المتوصل إليها في هذه المذكرة أن المشرع لم يخالف ما جاءت به ش.إ وحسب بل ناقض نفسه بين المواد في نفس القانون، كما تم التوسع في مفهوم الطلاق وأنواعه وحتى توابعه إلا أننا اقتصرنا في بحثنا على تعريف الطلاق بصفة عامة.

من الصعوبات التي واجهتنا قلة المراجع باللغة الأجنبية فيما يخص هذا الموضوع، وهي صعوبة يتعرض لها جميع دارسي المواضيع المتعلقة بالشريعة والقانون.

إن المادة **(49)** ق.أ.ج، بنصها على أن إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة يكون بحكم، هو الأمر الذي دعانا للبحث في ثنايا الموضوع وعن تأصيل مقبول لها في ش.إ والتطبيقات القضائية لتوضيح موقف المشرع، منطلقين في بحثنا هذا من الإشكالية الآتية:

إلى أي حد وفق المشرع الجزائري في ضبط مسألة إثبات الطلاق ؟.

وتتفرع عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية هي كالآتي:

– ما مدى نجاعة الشكل القانوني التي وضعه المشرع لإثبات الطلاق؟.

– ما مدى كفاية التشريع في تنظيم مسألة إثبات الطلاق؟.

وانتهجنا في دراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي من خلال تحليل بعض النصوص القانونية سواء في ق.أ.ج على رأسهم مواد الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان الطلاق، أو في ق.إ.م.إ مواد الفصل الأول من الكتاب الثاني بعنوان (في قسم شؤون الأسرة).

وللإحاطة بجوانب الموضوع قسمناه إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول لدراسة إثبات الطلاق الواقع داخل دائرة القضاء في مبحثين محاولين من خلالهما الوصول إلى مفهوم إثبات هذا الطلاق في التشريع الأسري وإجراءات صدور الحكم القضائي المثبت له، أما الفصل الثاني تم تخصيصه لدراسة إثبات الطلاق خارج ساحة القضاء فشمل الحديث عن إشكالية الطلاق العرفي في التشريع الأسري في المبحث الأول ثم تطرقنا في المبحث الثاني إلى إثبات الطلاق العرفي وإجراءات إثباته.

الفصل الأول:

إثبات الطلاق الواقع داخل دائرة القضاء

تمهيد:

إن مسألة إثبات الطلاق تنطوي على غموض كبير وإن كانت للوهلة الأولى تبدو بسيطة خاصة في تفسير نص المادة **(49)** ق.أ.ج إذ يُثار الإشكال حول الحكم الصادر بالطلاق فيما إذا كان منشئاً أو مقرراً تبعا للمقصود بعبارة "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم...**" هذا من جهة، ومن جهة أخرى فأنه قبل استصدار الحكم القضائي ينبغي مراعاة إجراءات حددها المشرع.

وعلى صعيد آخر لقد كان للطلاق نصيبا من وسائل الاتصال الحديثة في ظل التطور الذي يشهده العالم.

لكل هذا فإننا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتعرض في المبحث الأول للفرق بين إثبات وإيقاع الطلاق، ومنه طبيعة الحكم الصادر في الطلاق وصولا للإثبات الطلاق الإلكتروني موزعين على مطلبين، ونقسم المبحث الثاني لمطلبين نتناول فيهما إجراءات السابقة واللاحقة لصدور الحكم المثبت للطلاق على التوالي.

المبحث الأول: مفهوم إثبات الطلاق في التشريع الأسري:

حاول المشرع الجزائري تطويق وحماية بيت الزوجية بأحكام ونصوص قانونية تكفل التعايش بين الزوجان في إطار ش.إ، ويضبط ذلك بموجب القانون **(11/84)** المتضمن ق.أ.ج المعدل والمتمم بالأمر **(02/05)**، ورغم كون أن حق الزوج في الطلاق يعتبر حق إرادي إلا أن ترتيب الأثر القانوني لهذا الطلاق يكون باستصدار حكم قضائي مثبت له، كما دعا اقتحام التكنولوجيا جميع مجالات الحياة ظهور طريقة جديدة لإيقاع الطلاق وهي الطلاق عبر وسائل التواصل الاجتماعي.

وفي هذا المبحث سنتطرق إلى الفرق بين الإيقاع وللإثبات **(المطلب الأول)**. وكذا إثبات الطلاق الإلكتروني في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الفرق بين إثبات الطلاق وإيقاعه وطبيعة الحكم المثبت له:

عرفت المادة **(48)** ق.أ.ج الطلاق بأنه: "**الطلاق حل عقد الزواج الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادين(53) و(54) من هذا القانون**"،[1] بناءا على هذه المادة ينصرف لفظ الطلاق إلى كل من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وإلى الطلاق بطلب من الزوجة (الخلع وحالات التطليق)،[2] وبالتالي أدرج المشرع الطلاق ضمن التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج شرعا وقانونا وهو ما عبر عنه "**بإرادة الزوج**" في المادة سالفة الذكر مما يترتب عنه نشأة مركز قانوني جديد للزوج في مواجهة الطرف الأخر.[3] غير أنه سرعان متراجع عن تكييفه لهذا الحق عندما أوجب شرط إجرائيا أساسيا للاعتراف بالطلاق وهو وجوب إفراغه في شكل

---

[1] القانون رقم 11/84، المؤرخ في1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب بالأمر02/05 المؤرخ في 27 فيفري2005، المنشور في ج.ر العدد 15، 2005.

[2] معامير حسيبة، "**إثبات الطلاق بين القانون والقضاء**"، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 27، د.ت.ن، ص 135.

[3] عليان بوزيان، "**أثر ازدواجية المصدر التشريعي في قضايا شؤون الأسرة على الاجتهاد القضائي في مواد فك الرابطة الزوجية**"، مجلة علمية محكمة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية، العدد 04، 12/ 2014، ص 12.

قانوني للاحتجاج به على الغير فلا يقع الطلاق بدونه طبقا للمادة **(49)** من ق.أ.ج بقولها: " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم...**".[1]

فترتيبا على ذلك فإن إرادة الزوج تصبح عاجزة لوحدها عن ترتيب الأثر القانوني ما لم تستوفي الشكل القانوني المطلوب إفراغه فيه، وهي النتيجة التي تختلف مع أحكام ش.إ التي تقضي بوقوع الطلاق من تاريخ التلفظ به، وقول الفقهاء في هذا أنه إذا ذُكِر الطلاق اقترن به حل عقد النكاح، لأن الله جعل الطلاق بيد الزوج فلا يملك احد إيقاعه غيره، ومن ثمة لا يجوز للقاضي التدخل في إيقاعه إلا إذا فات الإمساك بالمعروف وامتنع التسريح بإحسان.[2] من هذا المنطلق نحدد في فرعين، المقصود بإيقاع الطلاق وإثباته ثم نتعرض لطبيعة الحكم بالطلاق.

<u>الفرع الأول: الفرق بين إيقاع الطلاق وإثباته:</u>

رغم أن المادة **(49)** ق.أ.ج أكدت انه: "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم...**" فإنها مع ذلك محل نقاش فقهي حول هل يعتبر صدور الحكم بالطلاق شرطاً لإثبات الطلاق كما هو مذكور لفظا أم أنه شرطاً للانعقاد كما يفهم مضمونا. وبالتالي يمكن القول أن وقوع الطلاق أمر قائم بذاته وإثبات الطلاق أمر آخر، ولكل من الأمرين حكمه الخاص به.

أولا: المقصود بإيقاع الطلاق:

استعمل علماء اللغة مصطلح الوقوع للدلالة على حدوث واقعة، وبالتالي يترتب على وقوعها أثار قانونية، وعليه فإن وقوع الطلاق هو الحادثة التي يترتب عنها بداية حساب العدة، والنفقة، والمتعة.[3]

ذهب بعض شُراح القانون من بينهم الأستاذ عمر زوده وبالعربي الحاج أن الحكم القضائي الصادر في الطلاق هو شرطا للانعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح قد نفى وقوع أي طلاق مالم تسبقه محاولات صلح يجريها القاضي ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه

---

[1] القانون 11/84، المرجع السابق.

[2] أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، ط01، مصر،2014، ص 102.

[3] بريبر محمد، "**وقوع الطلاق وثبوته في قانون الأسرة الجزائري**"، <u>مجلة أفاق للعلوم</u>، جامعة الجزائر1، مجلد05، العدد02، 02/ 2020، ص 264.

الشكلي، فيجب على الزوج أن يعلن عن رغبته في استخدام حقه في الطلاق أمام القاضي وصدور شهادة من القاضي يثبت فيها استفاء إجراء الصلح، ومن ثمة يعد المحرر القضائي شرطا لصحة الوقوع.[1]

وفي هذا نجد أن المشرع الجزائري، ولم يدخل أي تعديل على القواعد الموضوعية في الطلاق، وإنما أخذ بقول بعض علماء ش.إ كالظاهرية والجعفرية وهو الرأي الذي يؤيده جمع من العلماء منهم ابن حزم الظاهري وابن تيمية، واستدلوا على رأيهم بأن مقصد الشارع هو التقليل من هذا الإجراء والتضييق على من تعمده، وعليه يجب إخضاعه إلى رقابة القاضي لضمان حقوق المطلقة وأولادها.[2]

وجاءت المادة **(50)** ق.أ.ج غامضة بقولها: "**من راجع زوجته أثناء محاولات الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد**"،[3] فعجلت الحكم القضائي هو الفاصل الوحيد بين الطلاق الرجعي والبائن، وأن الرجعة هنا لا يقصد بها المعنى الاصطلاحي للمراجعة والتي تكون بعد طلاق لم تنته عدته، بل المقصود هو المعنى اللغوي للمراجعة فقط، ويكون المعنى أن الطلاق لم يتم بعد مع أنه طلقها حقيقة، ذلك أنه لم يتم الحكم به وجلسات الصلح لازالت قائمة، وهذا ما رآه الأستاذ عمر زوده لأنه إذا كان قد نص على الطلاق الرجعي في مادة مستقلة كان يمكن أن يفهم أن الرجعة تنصرف إليه، فسكوته على هذا الأخير جعل من المادة **(49)** مقدمة حتمية للمادة **(50)**.[4] فيفهم من هذا أن المشرع لا يفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

---

[1] هشام ذبيح، إشكالية، "**إثبات الطلاق العرفي للزوج في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد08، العدد01، سنة 2021، ص 88.

[2] حليمة حوالف وتلمساني مامة، "**إشكالات الطلاق في التشريع الجزائري بين النصوص الموضوعية والقواعد الإجرائية وأحكام الشريعة الإسلامية**" مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة تلمسان، المجلد08، العدد01، 2022/06، ص872.

[3] القانون رقم 11/84، المرجع السابق.

[4] عمر زوده، **طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها**، الجزائر، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003، ص32.

ثانيا: المقصود بإثبات الطلاق:

نص المشرع الجزائري في المادة **(222)** ق.أ.ج إلى الإحالة على أحكام ش.إ بالنسبة لكل ما لم يرد نص بشأنه في قانون الأسرة، وقد أجمع الفقهاء على أن الزوج العاقل البالغ الغير مكره إذا طلق زوجته طلاقا لسنه فإنه يقع من حينه. واعتبروا أنه لا جدوى من جعل الطلاق بيد القاضي نظرا لمصادمته مع ما هو مقرر شرعا، لأن الطلاق حق للزوج في حدود ما رسمه له الله، فإذا وقع الطلاق حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي.[1]

إن ثبوت الطلاق لا يكون إلا في حالة رفع الدعوى أمام القضاء، فالثبوت مصطلح يلي الوقوع، فبنظر إلى المادة **(47)** ق.أ.ج والتي جاء فيها: " **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة** "،[2] فإن استعمال المشرع لمصطلح الانحلال في نص هذه المادة فسر معنى الثبوت الوارد في نص المادة **(49)**، فورد نص المادة **(47)** على الإطلاق دون تحديد لموقع الطلاق، ثم بينه بنصه على إرادة الزوج في المادة **(48)**، فأقرن الوقوع بإرادته، ثم نص على الثبوت بالحكم، وهو تسلسل منطقي في صياغة المواد، وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون الذين يرون أن المقصود بإثبات الطلاق ثبوته لا غير.[3]

وبالتالي فإن الشكل القانوني لا يهدف إلى الانتقاص من الحق الإرادي للزوج، فقد ورد نص المادة **(48)** ق.أ.ج صريحا في وقع الطلاق بإرادة الزوج، واستعمل المشرع في المادة **(49)** عبارة "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم**" وتعني أن الطلاق الذي يوقعه الزوج يقع بمجرد تلفظه به، ولا سلطة للقضاء عليه سوى إثبات هذه الواقعة بحكم، فالمشرع اشترط الحكم لإثبات إيقاع الزوج، وهو ما يدل عليه استعمال مصطلح "الإثبات" وليس مصطلح "الوقوع". كما أنه ليس للقاضي منع الزوج من أن يطلق زوجته حتى لو كان متعسفا ولا يبقى له إلا تعويضها عن الضرر الذي لحقها،[4] تطبيقا لنص المادة **(52)** التي جاء فيها

---

[1] بربير محمد، المرجع السابق، ص 264.

[2] القانون 11/84، المرجع السابق.

[3] بربير محمد، المرجع السابق، ص 267.

[4] نور الدين لمطاعي، **عدة الطلاق الرجعي وأثارها على تنفيذ الأحكام القضائية**، ط02، دار فسيلة، الجزائر، 2006، ص ص 49 – 50.

"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[1]

ومن خلال قرارات م.ع نلاحظ استقرارها على المبادئ الشرعية التي تعتبر أن العصمة الزوجية بيد الزوج، ومبدأ إلزامية الطلاق للزوج إذا تلفظ به، واعتبار المبدأ القائل بأن الطلاق لا يثبت إلا أمام المحكمة مخالفا لمبادئ ش.إ، بحيث جاء في أحد قراراتها: "... **أنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق، وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم...."**،[2]

ورأينا فيما سبق أن الإثبات شئ والإيقاع شئ آخر، والطلاق بيد الزوج يوقعه متى شاء والحكم القضائي ليس سوى إثبات عليه لا ينقص من وقوعه شئ حفظ لحقوق المطلقة والأولاد.

وعليه يجب إعادة صياغة نص المادة بما يتماشى والشرع الذي أعطى حق الطلاق للرجل بإرادته المنفردة وطلاقه واقع ويحسب عليه، فاعتبار أن الثبوت الوارد في القانون هو وقوع للطلاق – وفقا لما ينادي به بعض الفقهاء– يؤدي إلى أثار وخيمة على المجتمع، كما لم يرد عن الرسول صلى الله عليه وسلم ولا صحابته ما يدل على أنهم كانوا لا يوقعون الطلاق إلا أمام القاضي.[3]

الفرع الثاني: طبيعة الحكم القضائي المثبت للطلاق ووصفه القانوني:

عرف فقهاء القانون والباحثين الحكم القضائي، على أنه: " **ذلك القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة وفقا للقواعد المقررة قانونا، سواء صدر في موضوع الخصومة أو**

---

[1] قانون 11/84، المرجع السابق.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 35322، بتاريخ 12/17/ 1984، م.ق1989، عدد04، ص91.

[3] مبروك المصري، **الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 200.

في مسألة إجرائية".[1] كما يعرف: "**هو ما يصدر من المحاكم للفصل في النزاعات بغية جعل حد لها؛ أي الفصل فيها والانتهاء منها".**[2]

ويلاحظ أن المشرع استعمل كلمة لا يثبت الطلاق دون أن يبين طبيعة الحكم هل هو كاشف أم منشئ. وهذا ما سوف نجيب عنه في الآتي:

أولا: طبيعة الحكم القضائي المثبت للطلاق:

إن تقسيمات الأحكام في القانون تتعدد وتتنوع بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه، ومنها الأحكام صادرة في الموضوع، وهي تلك الأحكام التي تفصل في موضوع النزاع، فتمس مباشرة أصل الحق المتنازع حوله وتكون حاسمة للخصومة لصالح أحد الأطراف، وصورها متعددة فقد يصدر في شكل حكم إلزام، أو حكم كاشف، أو حكم منشئ، وذلك لنصل إلى نوع الحكم الذي ينتمي إليه حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حتى نستطيع تحديد طبيعته القانونية.

أ- الحكم الإلزامي:

يقابل هذه الأحكام دعوى الإلزام وجوهر هذا الحكم إلزام من صدر الحكم في مواجهته بأداء معين خاضع للتنفيذ الجبري، فلا يكفي صدور حكم الإلزام لتحقق الحماية القضائية بل لابد من معالجة المركز الواقعي ليطابق المركز القانوني.[3]

ب- الحكم المنشئ:

وهو حكم يقوم على إنشاء أو إنهاء حق أو مركز قانوني أو تعديله، وبذلك هو حكم يغير مراكز أطراف الخصومة، والحق المنشئ يرتبط ارتباطا وثيقا باستعمال الحق الإرادي حيث أن استعماله فيه صورتان، فالأولى يكون الاستعمال حر يرتب آثاره بمجرد إيقاعه من صاحبه، أما الصورة الثانية أن يكون الاستعمال مقيدا فلا يرتب استعمال صاحب

---

[1] بوبشير محمد امقران، **قانون الإجراءات المدنية: نظرية الدعوى، نظرية الخصومة(الإجراءات الاستثنائية)**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط03، الجزائر، 2005, ص278.

[2] عبد السلام ديب، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكم العادلة**، دار موفم، ط02 الجزائر،2011، ص 189.

[3] طاهري حسين، **الإجراءات المدنية الموجزة في التشريع الجزائري**، شركة الأيام، ط01، الجزائر، 1999، ص140.

الحق لحقه أية آثار إلا إذا استوفى القيد القانوني. وهناك من يعتبر أن حكم الطلاق حكم منشئ، ذلك أن الزوج إذا طلق زوجته فلا يعتد بطلاقه حتى يحكم القاضي به.[1]

ج- الحكم الكاشف:

وهو حكم الذي يبين الوجود القانوني للحق من عدمه دون المساس بأصله، ويرى جانب من الفقه أن حكم الطلاق حكم كاشف كون أن لفظ الحكم جاء بعد لفظ الطلاق؛ أي بمعنى عندما يقع الطلاق في المرحلة الأولى لا يتدخل القاضي على الإطلاق، فهي من صلاحيات الزوج وحده، تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم، فالزوج عندما يلجأ للقضاء فذلك فقط من أجل إثبات هذا الطلاق، فيكون بذلك حكمه كاشفا لواقعة الطلاق.[2]

ومن هذه التعاريف يتبين لنا أن الحكم بالطلاق يختلف عن غيره من الأحكام القضائية الأخرى فهو الحكم الكاشف ومنشئ في الوقت ذاته، فهو كاشف لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق يكشف عن إرادة الزوج الذي تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، كما أنه حكم منشئ لمراكز قانونية جديدة هي مركز المطلق والمطلقة.

ثانيا: الوصف القانوني للحكم بالطلاق:

يستشف من المادة **(57)** ق.أ.ج التي جاء فيها: " **تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية....**".[3] أن حكم الطلاق هو حكم نهائي لا يجوز للقاضي أن يتطرق لموضوعه أو تغيير صفته بأي حال من الأحوال. وهذا ما جاءت به م.ع في أحد قراراتها: "**من المقرر قانونا الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون**".[4]

---

[1] عبد الفتاح تقية، **الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006، ص 230.

[2] عباس ريمة، **إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2018، ص 74.

[3] القانون11/84، المرجع السابق.

[4] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 72858، بتاريخ، 1991/03/20، م.ق لسنة 1993، العدد01، ص 57.

إن الحكم بالطلاق عادة يتضمن شقين، أحدهما يتعلق بالطلاق بحد ذاته، أما الشق الثاني فهو الذي يتعلق بالآثار المترتبة على قرار فك الرابطة الزوجية بالنسبة للمطلقة والأولاد المحضونين على حد سواء، والذي يكون الحكم فيه ابتدائيا بخلاف الشق الأول الذي يكون فيه ابتدائيا نهائيا.

المطلب الثاني: إثبات الطلاق الإلكتروني:

الأصل في الطلاق أن يكون بمخاطبة الزوج زوجته بلفظ يدل عليه سواء كان صريحاً بالألفاظ الموضوعة له أصالة أو بألفاظ تحتمل معناه، لكن التكنولوجيا اليوم قد ألقت بضلالها على كل المجالات، ومن ذلك مجال الأحوال الشخصية فظهر ما يسمى بالطلاق الإلكتروني، والذي يعتبر من المستجدات التي أملتها الظروف القاهرة التي عاشها العالم جراء جائحة كورونا.

إن الطلاق الذي يقع عبر وسيلة من الوسائل الحديثة، حتما لا يثبت إلا بوسائل مشابهة للتي وقع بها، وهذا النوع من الطلاق قد يجد سنده في ش.إ، بينما التشريع الجزائري لم ينص على هذه الحالة، وبالتالي فإن الأمر يقتضي تأصيل مقبول من الفقه الإسلامي، وبيان ذلك يتم عبر التطرق إلى مفهوم الطلاق الإلكتروني **(الفرع الأول)** ومشكلة إثباته من عدمها في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق الإلكتروني:

لتحديد مفهوم الطلاق الإلكتروني سنتناول تعريفه ثم صوره وأخيرا حكمه:

أولا: تعريف الطلاق الإلكتروني:

يقصد بالطلاق الإلكتروني إقدام الزوج على حل الرابطة الزوجية إما صراحة أو كناية في وسط يختلف عن الوسط الحقيقي، بحيث يقع عن بعد مكاني بين الزوجين. وعلى هذا يشمل الطلاق الإلكتروني جميع صور الطلاق التي تتم بوسائل إلكترونية كالمكالمة الهاتفية أو الرسالة النصية.[1] واختلف فقهاء الشريعة حول أركان الطلاق، فمنهم من اعتبره ركنا واحدا تمثل في الصيغة فقط، ومنهم من جعل له أربعة أركان تمثلت

[1] حاجي يحي، "**الطلاق الافتراضي – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري**–"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة لبليدة 02، المجلد 11، العدد02، 2022/01، ص 471.

في: أهلية المطلق، القصد، محل، اللفظ، وعدها ابن جزي ثلاثة: المطلق، المطلقة، الصيغة وهي اللفظ وما في معناه.[1] فالصيغة هي ركن في كل الأحوال.

ثانيا: صور الطلاق الإلكتروني:

يأخذ الطلاق الكتروني صورتين لإيقاعه شفاهة وكتابة:

أ- الطلاق الإلكتروني كتابة:

يتجلى طلاق الكتروني بالكتابة بإرسال الزوج لزوجته ما يدل على الطلاق صراحة أو كناية، كأن يرسل رسالة نصية تتضمن رغبته في طلاقها من هاتفه المحمول أو البريد الالكتروني أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة، وقد تكلم فقهاء ش.إ في هذا النوع من الطلاق تحت ما يسمى بالطلاق بالكتابة، بحيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية في الصحيح، والحنابلة، إلى وقوع الطلاق بالكتابة المستبينة أي التي تبقى بعد كتابتها ويمكن قراءتها ممن يقدر على النطق بشروطها، مع الخلاف فيما بينهم على اشتراط النية في الكتابة أو عدم اشتراطها وفيما إذا كانت بألفاظ صريحة أم كنائية.[2]

أما الظاهرية وقول من الشافعية يروون عدم وقوع الطلاق بالكتابة وإنما يقع باللفظ من القادر عليه، ويطلّق من لا يحسن العربية بلغته باللفظ الذي يترجم عنه في العربية بالطلاق.[3]

بناءاً على هذا فإن الطلاق الالكتروني لا يقع إلا إذا ثبت لدى القاضي أن الزوج هو من أرسل الرسالة، كما أن الطلاق لا يقع إلا إذا كان الزوج عند كتابته له في الحالة المعتبرة شرعا، فضلا عن شرط أن تكون الكتابة مستبينة بألفاظ صريحة، نوى ذلك أو لم ينوي لأن اللفظ الصريح لا يحتاج إلى نية.[4]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2007، ص 217.

[2] عبد العزيز بن إبراهيم الشبل، "**الإثبات الإلكتروني في النكاح والطلاق**"، مجلة القضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد01، د.ت.ن، ص ص 299-301.

[3] ابن حزم، **المحلى بالآثار**، ج09، دار الكتب العلمية، ط01 بيروت، 2003، ص 454.

[4] بلقاسم حامدي ووناسة بالقاسم، **(الطلاق الإلكتروني في الشريعة والقانون)**، مداخلة بمناسبة الملتقى الدولي التاسع قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة، جامعة باتنة، يومي 27 و2018/11/28، ص 185.

ب- الطلاق الإلكتروني شفاهة:

إذا طلق الرجل زوجته مشافهة صراحة أو كناية عن طريق وسائل الاتصال الناقلة للألفاظ فإن الطلاق واقع شرعا ولا غبار عليه، سواء تمكن أحدُهما من رؤية الآخر أم لا، لان المطلوب في باب الطلاق سمع تلفظ الزوج به بأي وسيلةٍ كانت وبصورة واضحة ومفهومة كما تدل على ذلك نصوص الفقهاء، حيث يتم التعبير من خلال اللفظ الذي هو محل اتفاق بين الفقهاء، فالوسائل الإلكترونية وجدت لتوصيل الصوت فحسب، بشرط أن تكون الزوجة متأكدة من أن الطلاق صادر من صوت زوجها لنشوء احتمال التزوير وتقليد الصوت.[1]

ثالثا: حكم الطلاق الإلكتروني:

يعتبر الطلاق الالكتروني من المواضيع المستجدة لذلك كان محل خلاف في حكمه، وانقسم الباحثون فيه بين مؤيد ومعارض.

ذهب أصحاب الموقف المعارض إلى عدم جواز إيقاع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، واعتبروه طلاقا مكروها يؤدي إلى زعزعة استقرار الحياة الزوجية، وهو ما يدعمه الدكتور عكام أستاذ الشريعة بالجامعات الأردنية، ورأيه أن هذا النوع من الطلاق أن فيه كثير من الغش والخداع ولذا فإن ترك هذه الوسيلة الغير مضمونة أولى.[2] وكذلك يرى الأستاذ محمد بن أحمد صالح أستاذ الدراسات العليا بالجامعات السعودية وعضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر بأن الطلاق الواقع عبر الوسائل الالكترونية مرفوض ولا صحة له بتاتا، وذلك أن الزواج في الإسلام له قدسية بحيث جعلها الله من العقود المقدسة، فلا يصح مطلقا أن يتم بالطريقة الالكترونية.[3]

الملاحظ مما سبق أن هذا الموقف هو موقف معارض لوسيلة التي فرضها التطور اللامتناهي الذي يشهده العالم، فهذه الوسائل ما هي إلا رابطا للتواصل.

---

[1] حجاري محمد، "**مدى تأثير البيئة الإلكترونية على بعض عقود الأحوال الشخصية – حكم إبرامها وحجيتها**"، مجلة الدراسات الإسلامية، جامعة الأغواط، العدد 05، 2014، ص 318.

[2] سمية بوحادة، "**الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة**"، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 38، 2016 ، ص 198.

[3] أماني علي متولي، **الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق**، دار الكتاب الحديث، د.ط، القاهرة، 2010، ص234.

أما المؤيدون لصحة وقوع الطلاق الإلكتروني من الفقهاء المعاصرين أمثال وهبة الزحيلي، بدران أبو العينين، محمد عقلة، هؤلاء جميعا اعتبروا الطلاق جائز الكترونيا، إلا أنه ربطوا هذا الجواز بشروط وهي: القدرة والإمكانية في الاستخدام السليم لهذه الوسائل، وكذلك وجود شهود عند قراءة الرسالة، وأن يكون التعبير عن الإيجاب الدال على الطلاق صريحا يفهم منه ذلك، وضرورة وجود بريد الكتروني خاص لتكون المراسلة عن طريقه.[1]

الفرع الثاني: إثبات الطلاق الإلكتروني:

لم ينظم المشرع الجزائري الطلاق الالكتروني في مجال الأحوال الشخصية، واكتفى بالنص على أحكام الطلاق عموما، ومادام أنه يشكل واقعة قانونية فلا مانع من إخضاعه لطرق الإثبات المنصوص عليها في المواد من **(323) إلى (350)** ق.م.[2] وهي الطرق التقليدية للإثبات –سيتم التطرق إليها لاحقا–، وهناك طرق إثبات حديثة تتماشى مع الطلاق الإلكتروني.

أولا: التوقيع الإلكتروني:

هو عبارة عن شهادة رقمية تحتوي على بصمة إلكترونية للشخص الموقع، توضع على وثيقة تؤكد منشأها وهوية من وقع عليها، ويتم الحصول على هذه الأخيرة من إحدى الهيئات المعروفة والمعترف بها حكوميا ودوليا مقابل رسوم معينة.[3] ويعرف بأنه مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه.[4] وللتوقيع الإلكتروني صور تتمثل في:

---

[1] أحمد عبود علوان، "**دراسة فقهية لبعض المستجدات العصرية**"، مجلة جامعة المدينة العالمية، العدد 03، 2012، ص 81.

[2] الأمر 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، متضمن ق.م.ج، ج.ر عدد 78، صادر في 1975. المعدل والمتمم.

[3] عمر حسن المومني، **التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية** (دراسة قانونية وتحليلية مقارنة)، دار وائل، الأردن، 2003، ص54.

[4] بسمة فوغالي، **اثبات العقد الالكتروني وحجته في ظل عالم الأنترنت**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، سطيف2، 2015/2014، ص 59.

أ- التوقيع بالقلم الإلكتروني:

هو آلية موجزة للتوقيع الالكتروني تتضمن نقلا لتوقيع الخطي إلى الحاسوب باستخدام القلم الالكتروني وتخزينه على أي دعامة الكترونية، يحتوي على برنامج يكشف السرقة من خلال التحقق من صحة التوقيع.[1]

ب- التوقيع البيومتري:

يكون هذا النوع بخصائص الذاتية للإنسان كالبصمة أو شبكة العين أو نبرة الصوت، وتتم هذه الطريقة بتخزين بصمة الشخص داخل دائرة الكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه.[2]

ج- التوقيع الرقمي:

عبارة عن أرقام مطبوعة يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها، ويكون بتحويل المحرر المكتوب والتوقيع الوارد من نمط عادي إلى معادلة رياضية باستخدام مفاتيح سرية، ويعتبر من أعلى درجات الثقة والأمان.[3]

وقد اعترف المشرع الجزائري صراحة بالتوقيع الالكتروني وفق شروط معينة، وذلك في المادة **(01)** من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني وخدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، التي جاء فيها: "**بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى....**".[4]

ثانيا: الكتابة الإلكترونية:

لقد جاء اعتراف المشرع متأخرا عن باقي التشريعات سواء الأوربية أو حتى العربية فيما يخص التغيرات التي مست الدليل الكتابي، والذي كان يرتكز على الدعامة الورقية

---

[1] حوحو رميساء وبوسليطة شهرزاد، "**الطلاق الإلكتروني**"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، المجلد 07، العدد02 ، 2022/06، ص 678.

[2] بسمة فوغالي، المرجع السابق، ص 70.

[3] المرجع نفسه، ص 68.

[4] القانون 04/15، المؤرخ في 2015/02/01، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين، ج.ر عدد06، الصادرة في 2015/02/10.

فقط ليتحول الأمر إلى الأخذ بالدعامة الإلكترونية، حتى هذا الموقف جاء مقتضبا لا يرقى لمستوى هذا الدليل التي فرض نفسه، حيث أنه لحد الآن لم يصدر قانون خاص بالكتابة الإلكترونية بل لجأ إلى تطويع القواعد العامة للكتابة لكي تنسجم معه. بإضافة المادة **(323 مكرر)** والمادة **(323مكرر1)** من ق.م.[1] وبالتالي فإن المشرع لا يعترف بالطلاق الكتروني، بالرغم من أن هذا النوع أصبح منتشرا بكثرة وخاصة في المجتمعات العربية، وهذا نتيجة للتطور في وسائل الاتصال الحديثة وكثرة استعمالها.

فلو أن الزوج طلق زوجته مستخدما مثل هذه التقنية عند إيقاع طلاقه لصح تصرفه ورتب أثاره الشرعية، ويمكن إثباته من خلال التطور التكنولوجي الحاصل في طرق الإثبات الحديثة التي يمكن أن تكشف الشخص المرسل وتمنع الغش والانتحال الشخصي.[2]

---

[1] زروق يوسف، **حجية وسائل الإثبات الحديثة**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان،2013/2012، ص 173.

[2] حوحو رميساء وبوسليطة شهرزاد، المرجع السابق، ص 678.

المبحث الثاني: إجراءات صدور الحكم القضائي المثبت للطلاق:

لم يعد هناك جدل أن القاعدة القانونية الموضوعية ليست قادرة لوحدها على تحقيق العدالة في المنازعات الأسرية، وإنما يجب زيادة عليها وجود قاعدة إجرائية تمكن من حماية الحق، فتغدو القاعدتين معا جناحان لعدالة أسرية حقيقة.

ومن هذا المنطلق فإن ق.أ.ج هو قانون موضوعي أساسا ولا يضم أي نصوص إجرائية لكنه لم يتضمن أيضا أي نص يحيلنا للمرجعية الإجرائية له، فنجد أن المعمول به قضاءً هو تطبيق النصوص الإجرائية الواردة في ق.إ.م.إ سواءً في النصوص العامة التي تحكم جميع الدعاوى، أو النصوص الإجرائية الخاصة بالدعاوى المرفوعة أمام قسم شؤون الأسرة.[1]

لذا تم تقسيم المبحث إلى مطلبين، نتطرق في **(المطلب الأول)** إلى مختلف الإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي، أما **(المطلب الثاني)** سنخصصه للإجراءات اللاحقة لصدور الحكم القضائي.

المطلب الأول: الإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق:

إن التطرق لإجراءات ممارسة دعاوى انحلال عقد الزواج يقتضي منا تناول الإجراءات المتعلقة برفع هذه الدعوى، من حيث شروط قبول هذه الدعوى وقواعد الاختصاص وذلك من خلال **(الفرع الأول)**، ثم التطرق إلى إجراءات سير هذه الدعاوى التي من أهم مميزاتها وجوب إجراء الصلح وإمكانية اللجوء إلى التحكيم ليتم بعدها الفصل فيها بحكم قضائي في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى:

لكي تكون دعوى إثبات الطلاق صحيحة يجب إتباع قواعد أساسية لرفع الدعوى:

أولاً: طرق رفع الدعوى:

نظم المشرع طرق رفع الدعوى في المادة **(14)** من ق.إ.م.إ بنصها: " **ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة، مؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو**

---

[1] عويس بوعلام، **القواعد الإجرائية في شؤون الأسرة الزواج وانحلاله نموذجا**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2018-2019، ص 82.

وكيله أو محاميه، بعدد نسخ يساوي عدد الأطراف".[1] ويفهم من سياق هذه المادة أن العريضة المكتوبة والمؤرخة هي الطريق الوحيد لرفع الدعوى أمام المحكمة، وهو النص البديل للمادة **(12)** من القانون القديم والتي كانت تعطي طريقتين لافتتاح الدعوى أمام القضاء، وهما على التوالي:

1. رفع دعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة.
2. رفع دعوى بواسطة تصريح شفهي إلى المحكمة، وهنا يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي.[2]

لكن مع التطور العلمي والنمو الديمغرافي، واستفحال النزاعات أمام الجهات القضائية، فإنه من الصعب قيام كاتب الضبط بالاستعانة بالطريقة الثانية، فاكتفى المشرع بالطريقة الأولى التي أدخل عليها بعض التعديلات.[3]

تحتل ع.إ.د أهمية بالغة في الإجراءات، فهي وسيلة حمل الدعوى وطرحها أمام القضاء وتحديد نوع النزاع، مما ينجر عنه تعيين الاختصاص للجهة القضائية الفاصلة فيه، فعلى هذا الأساس خصها المشرع بمجموعة من البيانات ذات طبيعة إجبارية غيابها يؤدي إلى عدم قبولها شكلا.[4]

يتعين على الزوج إذا كان كامل الأهلية لممارسة حق التقاضي رفع دعواه أمام قسم شؤون الأسرة بعد تحرير عريضة على نسختين أصليتين وفقا للأشكال المقررة قانونا حسب المادة **(436)** ق.إ.م.إ فتكون مؤرخة، وموقعة منه، متضمنة اسم ولقب الزوجة المدعى عليها، وعلى عرض موجز للوقائع والطلبات وكذا وسائل الإثبات، وأن تشمل بصفة خاصة على بيان اسم المحكمة المختصة، وتودع بأمانة الضبط فيها رفقة وصل تسديد الرسوم القضائية مع نسخة من عقد الزواج ليتم بعدها تسجيل هذه الدعوى، أما إذا

---

[1] القانون رقم 09/08، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر العدد 21، المؤرخة في 2008/04/23، المعدل والمتمم.

[2] الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 1966/06/8، المتضمن ق.إ.م.إ، الجريدة الرسمية العدد 47، سنة 1966 (ملغى).

[3] ملاحي محمد، **دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015، ص 37.

[4] المرجع نفسه، ص 38.

كان الزوج ناقص الأهلية فيقدم الطلب باسمه من قبل نائبه الشرعي بحسب الحالة، وهو المقرر بموجب نص المادة **(81)** ق.أ.ج وكذا نص المادة **(437)** ق.إ.م.إ.[1]

بعد ذلك يقوم أمين الضبط بالمحكمة بتسجيل العريضة في السجل المخصص لتسجيل الدعاوى تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم، ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، ويتم كتابة تلك البيانات على جميع النسخ الأخرى لعريضة الدعوى، لتسلم إلى المدعي شخصيا أو ممثله القانوني ليقوم بدوره بتبليغ العريضة عن طريق المحضر القضائي دائرة الاختصاص إلى المدعى عليه قبل عشرين يوم من الجلسة المعينة للنظر في الدعوى.[2]

ثانيا: تبليغ العريضة إلى المدعى عليه:

تخضع إجراءات تبليغ ع.إ.د إثبات الطلاق للأوضاع العامة التي تخضع لها جميع الدعاوى في الفروع الأخرى وهو التبليغ الذي يتم بموجب محضر التبليغ الذي يحرره المحضر القضائي وفقا للأشكال المقررة قانونا، بالإضافة لتبليغ النيابة العامة باعتبارها طرفاً أصليا في الدعوى. [3]

أ- التبليغ إلى الزوجة:

بعد إيداع عريضة دعوى الطلاق لدى أمانة الضبط بالمحكمة وتسديد رسوم تسجيل الدعوى، على الزوج طالب الطلاق تبليغ الزوجة المراد إنهاء العلاقة الزوجية معها نسخة من عريضة رفع الدعوى تبليغا رسميا قبل عشرين يوم من تاريخ أول جلسة، وقد أكد المشرع على أن محضر التبليغ يجب أن يتضمن بيانات تتعلق بصحة وسلامة محضر التبليغ ، فحصرها في ستة بيانات في المادة **(407)** ق.إ.م.إ.[4]

وحدد القانون مراحل التبليغ في المواد **(410)** إلى**(412)** من نفس القانون أعلاه، فجعل من مرحلة تبليغ المعني شخصيا في أي مكان يتم العثور عليه فيه هي المرحلة

---

[1] عبد العزيز سعد، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية**، دار هومة، ط02، الجزائر، 2014، ص ص 77-78.

[2] قانون 09/08، المرجع السابق.

[3] ملاحي محمد، المرجع السابق، ص 40.

[4] القانون 09/08، المرجع السابق.

الأولى، ثم تبليغ المعني بواسطة أحد أفراد أسرته المقيمين معه في مسكنه مرحلة ثانية، تليها المرحلة الثالثة التبليغ عن طريق رسالة مضمنة، تحتوي على نسخة من العريضة يرسلها المحضر القضائي عن طريق البريد، فإذا رفض الاستلام تأتي المرحلة الرابعة وهي التعليق عن طريق لوحة الإعلانات بالبلدية والمحكمة المختصة في النزاع، وهذا بعد أن يحرر المحضر القضائي القائم بالتبليغ محضر يضمنه جميع الإجراءات التي قام بها– السالف ذكرها–، والتي كانت دون جدوى.[1]

يعد التكليف بالحضور قرينة على علم المدعى عليه بالدعوى المرفوعة ضده، وبالتالي فأن عدم التكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة في التاريخ المعين، وعدم تبليغه نسخة من العريضة لتمكينه من الرد عليها وإعداد دفاعه يجعل الدعوى كأن لم ترفع.[2]

ب– التبليغ للنيابة العامة:

كرست المادة **(3 مكرر)** ق.أ.ج دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة، فأضحت طرفا أصليا في الدعوى بقولها: " **تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون**"،[3] فيجب على الزوج تبليغ نسخة ثانية من ع.إ.د إلى النيابة العامة الموجودة على مستوى المحكمة المختصة وذلك بواسطة المحضر القضائي أو تبليغها عن طريق أمانة الضبط طبقا للمادة **(438)** ق.إ.م.إ.

ثالثا: شروط قبول الدعوى

تنص المادة **(13)** من ق.إ.م.إ على أنه: " **لا يجوز لأي شخص، التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون**"، فأشار المشرع لشرطين أساسيين لرفع الدعوى وهما الصفة والمصلحة، لكن الملاحظ أن المشرع خص دعوى الطلاق إذا كان الزوج ناقص الأهلية أن يتم طلب الطلاق باسمه لكن من قبل وليه أو مقدمه بنص المادة **(437)** ق.إ.م.إ التي جاء فيها: " **عندما يكون الزوج ناقص الأهلية،**

---

[1] ملاحي محمد، المرجع السابق، ص42.

[2] عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، دار هومة، ط04، الجزائر، 2013، ص 118.

[3] قانون11/84، المرجع السابق.

يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة". ومنه هناك ثلاث شروط لرفع الدعوى وجب توفرها وهي شروط عامة متمثلة في المصلحة والصفة والأهلية.[1]

أ- الصفة كشرط لرفع دعوى إثبات الطلاق:

الصفة في دعاوى إثبات الطلاق تعني أن يكون الزوج هو المدعي أو ممثله القانوني، كما هي شرط يجب توفره في المدعى عليه أيضا، حيث يجب أن تكون الدعوى مرفوعة من ذي صفة على ذي صفة، ويترتب على فقدانها في المدعي أو المدعى عليه عدم قبول الدعوى.[2]

ب- المصلحة كشرط لرفع دعوى إثبات الطلاق:

الأصل أنه يشترط في رافع الدعوى أمام المحكمة أن يكون هدفه من هاته الدعوى هو تحقيق فائدة مشروعة، غير أنه على غير ما هو في القواعد العامة، إذا لم تتوفر المصلحة في رافع دعوى الطلاق -وهو الزوج- فإن القاضي لا يمكنه رفض الدعوى لانعدام المصلحة، وذلك للمبدأ الشرعي القاضي بأن العصمة بيد الزوج، بل يمكن للقاضي فقط إذا كانت المصلحة تافهة أو عدم وجود مصلحة أصلا، أن يحكم بالتعويض للمطلقة على أساس الطلاق التعسفي.[3]

ج- الأهلية كشرط لرفع الدعوى:

إن السن القانوني لأهلية التقاضي هو تسعة عشر سنة كاملة حسب نص المادة **(40)** من ق.م. وكذا بنص المادة **(7)** في فقرتها الثانية من ق.أ.ج، فمتى ما كان الزوج متمتعا بها وبقواه العقلية جاز له رفع دعواه بنفسه، وبرجوع لنص المادة **(437)** ق.إ.م.إ إذا كان هذا الأخير غير كامل الأهلية لسبب من الأسباب فإن طلبه لطلاق يتم عن طريق وليه أو مقدمه بحسب الحالة.[4]

---

[1] القانون 09/08، المرجع السابق.

[2] عبد العزيز سعد، **إجراءات دعاوى شؤون الأسرة، أمام أقسام المحاكم الابتدائية**، المرجع السابق، ص52.

[3] عباس ريمة، المرجع السابق، ص 82.

[4] قسنطيني حدة، **إثبات الطلاق بين النصوص الشريعة وتطبيقاتها القضائية**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2003. ص 28.

يعتبر شرط تقديم نسخة من عقد الزواج بالإضافة إلى نسخة من شهادة الميلاد لكلا الطرفين من الشروط الخاصة التي تتطلبها إجراءات إثبات الطلاق، ففي حال إذا ما أراد الزوج رفع دعوى طلاق أو تثبيتها فلا بد من أن يقدم للمحكمة ع.إ.د، مرفقة بنسخة من عقد الزواج تبين صفة الزوجين وتمنح لهما حق الجوء إلى القضاء حيث يعتبر مثل هذا الشرط الدليل الفعلي على وجود زواج رسمي[1].

رابعا: قواعد الاختصاص:

إن أول ما يبحث فيه القاضي عند نظره في الدعاوى المعروضة عليه هو مدى اختصاصه سواء النوعي أو الإقليمي وذلك قبل التطرق إلى صحة إجراءات رفع الدعوى ومناقشة موضوعها.

أ- الاختصاص النوعي:

ترفع دعوى إثبات الطلاق أمام قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي طبقا للمادة **(423)** ق.إ.م.إ، وحسب المادة **(36)** من نفس القانون فإن طبيعة الاختصاص النوعي من النظام العام فلا يجوز مخالفته أو الاتفاق على ذلك، ولما كان كذلك فإن الدفع بعدم الاختصاص النوعي يثيره القاضي من تلقاء نفسه وكل من له مصلحة في ذلك في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.[2]

ب- الاختصاص الإقليمي:

يشمل موضوع الاختصاص الإقليمي قاعدة عامة تتمثل في موطن المدعى عليه حسب المادة **(37)** من ق.إ.م.إ ومجموعة استثناءات بحسب كل حالة، فبالرجوع إلى نص المادة **(40)** في فقرتها الثانية من ق.إ.م.إ نجدها نصت صراحة على أن دعاوى الطلاق ترفع أمام الجهة القضائية التي يقع بها مسكن الزوجية، وبما أن قواعد الاختصاص الإقليمي ليست من النظام العام. فإن القاضي لا يثيره من تلقاء نفسه، بل

---

[1] كماش نادية وعزوزة الجوهر، **إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2015-2016، ص 58.

[2] قانون 09/08، مرجع السابق.

يجب على الخصوم التمسك به قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، مع تحديده الجهة المختصة إقليميا، وإلا رفض هذا الدفع حسب المادة **(47)** ق.إ.م.إ.[1]

وبالتالي يجوز لزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما أمام المحكمة التي يختارانها ولا يحق لقاضي المختص أن يرفض الدعوى لعدم الاختصاص الإقليمي.

الفرع الثاني: سير الدعوى:

صحيح أن الإسلام شرع نظام الطلاق تحقيقا للمصلحة إذا استحال دوام العشرة الزوجية، غير أنه قد لا تكون أسباب الشقاق عميقة بالقدر الذي يجعل معالجتها بالصلح مستحيلا، فأمام ظهور بوادر الخوف من حدوث شقاق بين الزوجين، أو أمام شقاق واقع بينهما، عالجت ش.إ هذا الأمر عن طريق الإصلاح بين الزوجين وذلك بتحكيم حكمين،[2] يقول الله عز وجل: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾.[3] وبالتالي سيتضمن هذا الفرع كيفية سير دعوى إثبات الطلاق من خلال إجراءات الصلح سواء الذي يقوم به القاضي أو الذي يقوم به الحكميين، وكذا الجهة المختصة بإجرائه.

أولا: الصلح الذي يقوم به القاضي:

سار المشرع الجزائري على نهج التشريعات العربية من خلال إقرار بمبدأ الصلح، حيث كرس هذا الإجراء القانوني منذ زمن طويل حتى قبل صدور ق.أ.ج من خلال ما كان مطبقا في ق.إ.م.إ، وعند صدور ق.أ.ج تناول المشرع إجراء الصلح في مجال الطلاق من خلال نص المادة **(49)** ق.أ.ج، حيث أنه يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق وإلا كان حكم معيبا ويتحتم نقضه،[4] وهذا ما أقرته م.ع في قرار لها جاء فيه: "**من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح**

---

[1] عويس بوعلام، مرجع السابق، ص 91.

[2] عبد الرحيم مقداش، **انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 32.

[3] سورة النساء، الآية 35.

[4] أحمد الشامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، د.ط، مصر، 2010، ص 267.

من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون..."،[1] وفي جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق إعمالا لنص المادة **(442)** ق.إ.م.إ وطبقا لنص المادة **(49)** ق.أ.ج. وأن تتم المحاولات في جلسات سرية وفي تاريخ محدد، وذلك طبقا لنص المادة **(439)** ق.إ.م.إ، وبحضور أمين الضبط، فعند حضور الزوجين يقوم أمين الضبط بالمناداة على الزوجين للتأكد من حضورهما وهويتهما ليباشر القاضي شخصيا الصلح بينهما من أجل تفادي حل الرابطة الزوجية.[2]

والجديد الذي جاء به المشرع في ق.إ.م.إ، أن القاضي يستمع لكل زوج على انفراد ثم معا، كما يمكن أيضا وبناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أطراف العائلة للمشاركة في محاولة الصلح حسب المادة **(440)** ق.إ.م.إ.[3]

وفي حالة غياب احد الزوجين من جلسة الصلح لاستحالة الحضور بسبب عذر، فللقاضي إمكانية تأجيلها إلى موعد آخر أو ندب قاضي آخر لسماعه في إطار إنابة قضائية حسب المادة **(441)** ق.إ.م.إ، لكن إذا تخلف أحد الزوجين لحضور الجلسات بدون عذر مع تبليغه شخصيا فإن ذلك يعد رفضا ضمنيا لمحاولات الصلح فيعفى القاضي من تجديد محاولات الصلح لأنها تصبح غير منتجة، فيحرر القاضي محضر ويشرع في مناقشة الموضوع بذلك حسب نص المادة **(443)** ق.إ.م.إ.[4]

وقضت الفقرة الثانية من المادة **(49)** ق.أ.ج، أنه وبعد الانتهاء من كل جلسة من جلسات الصلح يحرر القاضي محضر إجراء محاولة الصلح، بغض النظر عن النتيجة المتوصل إليها، وبعد استغراق المدة القانونية لمحاولة الصلح وكانت نتائجه سلبية يلحق

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم75141، بتاريخ 1991/06/18، م.ق 1993، العدد01، ص 65.

[2] عويس بوعلام، المرجع السابق، ص 178.

[3] عباس ريمة، المرجع السابق، ص 84.

[4] عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد**، المرجع السابق، ص 120.

المحضر بملف الدعوى، يحيل الطرفين لحضور الجلسة العلنية للنطق بالحكم. أما إذا كانت مساعي الصلح إيجابية فإنه لا مجال للحديث عن النزاع للفصل في الدعوى.[1]

ثانيا: الصلح الذي يقوم به الحكمان:

إلى جانب إجراءات الصلح الوجوبية، هناك طريق آخر والمتمثل في اللجوء إلى التحكيم والذي يعتبر كذلك من الإجراءات الأولية والمهمة التي يقوم بها حكمين يعينهما القاضي من أهل الزوج والزوجة.

وتناول المشرع موضوع التحكيم بين الزوجين في المادتين **(56)** ق.أ.ج و**(446)** ق.إ.م.إ. وعرفه الأستاذ تقية عبد الفتاح بأنه: " **إجراء من إجراءات التحقيق التي تقوم بها المحكمة في حال حدوث الشقاق بين الزوجين وعدم إثبات الضرر وذلك للفصل في النزاع بحكم عادل** ".[2]

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن التحكيم في شؤون الأسرة له مدلول الخاص يختلف عن التعريف الاصطلاحي للتحكيم، ذلك أن الطبيعة القانونية للتحكيم هنا هو عمل إجرائي تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها عن طريق التعيين، وليس التحكيم الذي ينصرف إلى اتفاق شخصين على بتّ النزاع عن طريق هيئة دون اللجوء إلى القضاء.[3]

نصت المادة **(56)** من ق.أ.ج على أنه: " **إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج ومن أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين** "،[4] بينما نصت المادة **(446)** ق.إ.م.إ على أنه: " **إذا لم يثبت أي ضرر أثناء**

---

[1] الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط02، الجزائر،2008 ص116.

[2] عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والقضاء**، دار تالة، د.ط، الجزائر، 2011 ص 163.

[3] عويس بوعلام، المرجع السابق، ص ص 214، 215.

[4] قانون 11/84، المرجع السابق.

الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة ".[1]

إن الملاحظ من المادتين هو تذبذب موقف المشرع حول مسألة اللجوء إلى التحكيم، ففي المادة **(56)** ق.أ.ج استعمل عبارة "...**وجب تعيين حكمين**...." ويفهم من ذلك إلزامية تعيين حكمين من طرف القاضي قبل فصله في موضوع الدعوى، لكن بالرجوع إلى المادة **(446)** نجد إن المشرع استعمل عبارة "...**جاز للقاضي أن يعين حكمين**...."، هذا التضارب يحتاج إلى تعديل النصين بما يوافق التوجه الذي يقصده. وان كان إقرار إلزامية التحكيم أولى عسى أن يتحقق الهدف المنشود وهو الحفاظ على استقرار الأسرة.[2]

من خلال نص المواد السابقة نستنتج أن شروط التحكيم هي:

- وجود علاقة زوجية قائمة مهددة بالانحلال نتيجة تفاقم النزاع بين الزوجين.
- عدم ثبوت الضرر لأي منهما.

والأصل أن يعين كل زوج الحكم الذي يرضاه من جهته فإذا تعذر الأمر عينهما القاضي من تلقاء نفسه، ويشترط فيهما أن يكونا من أهل الزوجين لعلمهما بخلفيات هذا النزاع وهو شرط خاص نص عليه المشرع صراحة في نص المادة **(56)** ق.أ.ج، فضلا عن الشروط العامة بحيث يجب أن يكونا مسلمين ذكرين مكلفين أي بالغين، عاقلين، عالمين بأحكام النشوز والجمع والتفريق بين الزوجين، عدليين، وذوي سمعه طيبه.[3]

بعد تعيينهما يباشر الحكمان المهام المسندة لهما، وذلك بالبحث بملابسات الخصام ومحاولات إصلاح ذات البين في أجل شهرين. وعليهما اطلاع القاضي بكل الإشكالات التي تعتَرض تنفيذ مهمتهما، ويجوز للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا إذا تبثُ له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة القضائية من جديد، أما إذا تكللت مهمتهما بالصلح بين الزوجين يحرران محضر الصلح ويوقعه كل منهما والزوجين، يتم إيداعه لدى أمانه الضبط لكي يصادق عليه القاضي بموجب أمر

---

[1] قانون 09/08، المرجع السابق.

[2] عويس بوعلام، المرجع السابق، ص 216.

[3] المرجع نفسه، ص 218.

غير قابل للطعن، ويصدر القاضي حكما قضائيا بانقضاء الخصومة لتحقق الصلح تطبيقا لنص المواد من **(446)** إلى **(449)** ق.إ.م.إ.[1]

ثالثا: الجهة المختصة بإجراء الصلح:

نصت المادة **(57)** ق.أ.ج: " **تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية...** "،[2] وبمفهوم المخالفة لهذا النص مادام القاضي لم يفصل في الشق المتعلق بالرابطة الزوجية فأنه يجوز للمدعي أن يعيد رفع الدعوى أو يختار طريق الاستئناف من أجل دراسة القضية من البداية من حيث الوقائع والقانون، وهو الأمر الذي استقر عليه قضاء م.ع، حيث جاء في قرار لها: " **أنه من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي، لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق...** .".[3] ولما كان الأمر كذلك فإن سؤال يطرح نفسه بإلحاح حول هل يجوز لغرفة شؤون الأسرة بالمجلس القضائي إجراء الصلح ؟ أم أن هذا الإجراء يقتصر على المحكمة أول درجة ؟.

اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار أن المادة **(49)** جاءت عامة ولم تميز بين المحكمة والمجلس القضائي، وبالتالي من يحكم بالطلاق يتعين عليه قبل النطق به أن يقوم بمحاولة الإصلاح سواء كان ذلك على مستوى المجلس أو المحكمة، ولا استثناء إلا بقانون، فالأصل أن قضاة الموضوع بصفة عامة يقومون بإجراء الصلح. ويجد هذا القول أساس له في قرار صادر عن غ.أ.ش بالمجلس القضائي لعين تموشنت بتاريخ 2015/03/31 والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "... **وحيث أن هيئة المجلس سعت إلى إصلاح ذات البين بين الطرفين بتاريخ 2015/03/24، لكن بدون جدوى....**".[4]

---

[1] حليمة حوالف ومامة تلمساني، المرجع السابق، ص 876.

[2] القانون 11/84، المرجع السابق.

[3] م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 216850، بتاريخ1999/02/16، م.ق عدد خاص، ص 100.

[4] عبد الحكيم همبري وبسمة عثماني، "**الدور الايجابي لقاضي شؤون الأسرة في اتخاذ التدابير الكفيلة بحماية المراكز القانونية للزوجين على ضوء ق.إ.م.إ وق.أ** "، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، العدد01، 2018/03، ص 473.

اتجاه آخر من الفقه يرى بأنه لا ضرورة لإجراء الصلح من جديد أمام جهة الاستئناف، وخاصة وأن ق.إ.م.إ. لا ينص على إجراء محاولة الصلح في شؤون الأسرة في جميع مراحل الدعوى على أساس أن الصلح في شؤون الأسرة بصفة خاصة يكون قبل المرافعات تفادياً من تزايد تعقيد علاقات الزوجين، أما إذا فشل في البداية وواصل الطرفان إجراءات التقاضي فلا يبقى فائدة في إجراء الصلح من جديد أمام جهات الاستئناف.[1] وساير أيضاً هذا الاتجاه القضاء في قرار صادر بتاريخ17 /1998/11 الذي قضى بما يلي: "...**حيث أن القرار المنتقد قد نص على أن الطاعن قد تخلف عن الحضور خصوصا وأن إجراءات الصلح المنصوص عليها بالمادة المشار إليها تخص المحاكم دون المجالس وعليه فالفرع غير مؤسس....**".[2]

هناك اتجاه آخر يرى أن الصلح بين الزوجين من مهام القاضي كلما كان ذلك ممكنا أو استجد ما يبرره، بدليل أنه قد يأتي الزوجين في أي مرحلة من مراحل الدعوى ويطلبان التنازل عنها لوقوع صلح بينهما، الأمر الذي سيحقق نتيجة ايجابية سواء كان ذلك أمام المحكمة أو أمام المجلس القضائي.[3]

ويظهر أن الاتجاه الثالث هو الأقرب إلى الصواب أمام التزام المشرع للصمت في ق.أ.ج وق.إ.م.إ. كونهما تضمانا نصوصاً عامة فلا نجد ما يلزم أو يمنع بإعادة محاولات الصلح أمام جهة الاستئناف.

المطلب الثاني: الإجراءات اللاحقة لصدور القضائي المثبت للطلاق:

لئن كانت الأحكام والقرارات الصادرة في شؤون الأسرة تخضع في عمومها للقواعد العامة للطعن، فإن أحكام فك الرابطة الزوجية انفردت وتميزت عنها نظرا للخصوصية التي تميزها من حيث موضوعها وضرورة مراعاة الأحكام الشرعية المتعلقة بها.

كما أن الحكم بالطلاق مثله مثل سائر الأحكام القضائية الأخرى يعتبر التنفيذ فيه الطريق الأصيل لتطبيقه؛ أي ينقل الحق المقرر من حالة التجريد إلى الواقعية.

---

[1] مرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 210451، بتاريخ 1998/11/17، م.ق عدد01، ص 126.

[3] عبد الحكيم همبري وبسمة عثماني، المرجع السابق، ص 474.

من خلال هذا المطلب سوف ندرس فرعين أولهما طرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق، وطرق تنفيذه ثانيهما.

الفرع الأول: الطعن في الحكم القضائي المثبت للطلاق:

وضع المشرع لجميع أنواع الطلاق قاعدة إجرائية صريحة تجعلها غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، غير أن هذه القاعدة سكتت عن طرق الطعن الأخرى، وطرق الطعن تصنف إلى طرق عادية وغير عادية:

أولا: طرق الطعن العادية:

أ- المعارضة:

وهي طريق فتحها المشرع للمطالبة بمراجعة الحكم الذي صدر في غياب الخصم أمام الجهة القضائية التي فصلت فيه أول مرة،[1] ويشترط لقبول الطعن بالمعارضة ما يشترط في رفع الدعوة القضائية من صفة ومصلحة طبق لنص المادة **(13)** ق.إ.م.إ خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي وفقا لنص المادة **(329)** ق.إ.م.إ. كما يجب أن ترفع المعارضة حسب الأشكال المقررة في ع.إ.د وفقا للفقرة الأولى من مادة **(330)** ق.إ.م.إ، وأن يُرفق المعارض العريضة بنسخة من الحكم أو القرار الغيابي وإلا رفضت المعارضة شكلا.[2]

وق.أ.ج لم ينص على مدى قابلية الأحكام الصادرة غيابيا بفك الرابطة الزوجية للطعن فيها بالمعارضة، فهل يفسر سكوته عن ذلك بقابليتها للطعن بالمعارضة ؟، أم أنه لا يمكن تصورها خصوصا وأنه منع قابليتها للاستئناف إلا في ما يتعلق بالجوانب المادية فيكون من باب أولى عدم قابليتها للمعارضة ؟.

تنص المادة **(57)** ق.أ.ج على أنه: "**تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف**".[3] فالمشرع اقتصر على ذكر عدم جواز استئناف أحكام

---

[1] عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 287.

[2] عويس بوعلام، المرجع السابق، ص ص 253 255.

[3] القانون 11/84، المرجع السابق.

الطلاق الحضورية ولم يتطرق للأحكام الغيابية، وبالرجوع إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة **(328)** من ق.إ.م.إ فإن كل الأحكام والقرارات الغيابية تكون قابلة للمعارضة أمام نفس الجهة التي أصدرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.[1] ومن خلال هذا النص نستنتج أنه يجوز الطعن في أحكام الطلاق بطريق المعارضة، فلو أراد منعها لنص عليها صراحة كما نص على منع الاستئناف بنص خاص. ويدعم هذا الرأي قرار م.ع الذي جاء فيه: "...**إن المشرع حصر عدم قابلية الاستئناف في الأحكام الحضورية فقط، مستثنيا بذلك الأحكام الغيابية التي تبقى دائما خاضعة للطعن فيها بالمعارضة....**".[2]

إن هذا الواقع يؤدي إلى إشكالات قانونية ناهيك عن الاصطدام بأحكام ش.إ، لأن الطلاق بالإرادة المنفردة هو مركز قانوني أوجده الزوج ودعوى إثبات الطلاق لا تعتبر نزاعاً بين الزوجين ودور القاضي فيه سلبي يقتصر على كشف إرادة الزوج وتثبيتها بحكم قضائي.[3] كما يثار التساؤل حول كيف نعتبر العلاقة بين المرأة والرجل من وقت صدور الحكم الغيابي هل هما زوجان أم مطلقان؟، وما نوع الطلاق هل هو بائن أم رجعي.؟

نظرا لكل هذه الاعتبارات على المشرع تدارك هذا النقص الموجود في التشريع ويصدر نص يمنع الطعن بالمعارضة في حكم الطلاق الذي أساسه الإرادة المنفردة للزوج.

ب- الاستئناف:

أخذا بمبدأ التقاضي على درجتين، فإن الاستئناف يرفع الطعن بالاستئناف إلى المجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاصه المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف وذلك بموجب عريضة استئناف تسجل لدى أمانة ضبط المجلس القضائي المختص أو لدى أمانة الضبط المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف، ويجب أن تتضمن عريضة الاستئناف البيانات المحددة في المادة **(540)** ق.إ.م.إ. تحت طائلة عدم قبولها شكلا،

---

[1] القانون 09/08، المرجع السابق.

[2] م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 09/00134، بتاريخ 2009/02/11، نقلا عن حسين بن شيخ اثث ملويا، **رسالة في الطلاق والخلع –دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة–**، دار هومة، د.ط، الجزائر، 2013، ص256.

[3] عويس بوعلام، المرجع السابق، ص 297.

مع إرفاقها بنسخه مطابقة لأصل الحكم المستأنف وفق نص المادة **(541)** ق.إ.م.إ. بعد تسجيلها يقوم المستأنف بتبليغ العريضة للمستأنف عليه تبليغا رسميا طبقا للمواد من **(404)** إلى **(416)** وتكليفه بالحضور إلى الجلسة في أجل شهرا واحدا ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته بينما يكون اجل الاستئناف شهرين إذا بلغ الحكم إلى أحد الأشخاص المؤهلين غير الشخص المعني.[1]

لكن المشرع خرج عن هذا المبدأ وجعل الاستئناف بالنسبة لموضوع الطلاق غير جائز إلا في الأمور المادية وهذا بموجب نص المادتين **(57)** من ق.أ.ج والمادة **(433)** ق.إ.م.إ واعتبرتها أحكاما نهائية يجب أن يكون التقاضي فيها على درجة واحدة، وإذا وقع ما يخالف ذلك يجب أن ينتهي إلى عدم قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف بقرار من المجلس القضائي.[2] وبهذا صدر العديد من قرارات م.ع نذكر منها القرار الذي جاء فيه أنه: "**... من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون....**".[3]

ثانيا: طرق الطعن الغير عادية:

حدد المشرع الجزائري طرق الطعن غير العادية في الطعن بالنقض ويستعمل هذا الطريق حين يشوب الحكم خطأ في القانون، واعتراض الغير خارج الخصومة ويستعمل هذا الطريق من الغير الذي لم يكن طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم محل الطعن، والتماس إعادة النظر ويستعمل حين يشوب الحكم خطأ في تقدير الوقائع.[4] وعليه سنتناول كل ذلك على حدا فيما يخص موضوع الطلاق والآثار المترتبة عليه.

---

[1] مرجع نفسه، ص ص 291 292.

[2] كمال دراجي، **تنفيذ الأحكام الإجرائية وإشكالاته في قضايا فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2022/2021، ص 50.

[3] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 72858، بتاريخ 1991/03/20، م.ق العدد01، ص 55.

[4] كمال دراجي، المرجع السابق، ص50.

أ- الطعن بالنقض:

يُرفع الطعن بالنقض في حكم فك الرابطة الزوجية بموجب تصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط م.ع أو أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم فك الرابطة الزوجية، وفقا لنص المادة **(560)** ق.إ.م.إ، ويشترط لقبول عريضة الطعن بالنقض أن تتضمن البيانات المحددة في المادة **(565)** تحت طائلة عدم قبولها شكلا والذي تثيره المحكمة تلقائياً.[1]

إن الأجل المقرر للطعن بالنقض هو شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي إذا تم التبليغ شخصياً، وثلاثة أشهر إذا كان التبليغ في موطنه، وخص المشرع أحكام الطلاق بالتراضي من تاريخ النطق بالحكم وفقاً لنص المادة **(434)** ق.إ.م.إ، والأفضل أن يعمم هذا الحكم على الأنواع الأخرى لفك الرابطة الزوجية باعتبار أن الطرفين قد حضرا أطوار المحاكمة مما يدل على علمهم بالنزاع المطروح، والغرض من هذا هو تحقيق استقرار حالة الأشخاص في أقصر الآجال.[2]

إن الطعن بالنقض في حكم الطلاق يثير إشكالات قانونية وشرعية عديدة في حالة قبول الطعن لما يترتب عليه من إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم بالطلاق وفقا للقواعد العامة، هذا الواقع يؤدي إلى اهتزاز المراكز القانونية للرجل والمرأة والعلاقة بينهم وإلى خلافات قانونية صعبة وتأثيره على تنفيذ حكم الطلاق والحقوق المتعلقة بالمطلقين، لأنه بانقضاء أجل العدة يصبح الطلاق بائناً لا رجعة فيه إلا بعقد جديد، ومن ثمة لا توارث ولا نفقة بين الطليقين مما يستحيل معه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم بالطلاق.[3]

من خلال ما سبق فإنه يمكننا القول أنه لا يمكن إعمال الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية نظرا لخصوصيتها وعلاقتها بالأحكام الشرعية.

---

[1] مواد من 560 إلى 565 من القانون 09/08، المرجع السابق.

[2] عويس بوعلام، المرجع السابق، ص 353.

[3] المرجع نفسه، ص358.

ب- الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

يعتبر طريق غير عادي للطعن، يجوز مباشرته من طرف كل شخص يكون قد لحقه ضرر بسبب حكم صدر في خصومة لم يكن أحد أطرفها، حيث يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الصادر.[1] ويبدأ ميعاده من يوم التبليغ الرسمي إلى الغير ويحدد بمدة شهرين، ويقدم أمام الجهة مصدرة لهذا الأخير، ويمكن الفصل فيه من طرف نفس القضاة الذين أصدروا القرار المعترض من الغير وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة **(384)** ق.إ.م.أ.[2]

إن الحكم بإثبات الطلاق يكون دور القاضي فيه سلبيا قاصرا على الكشف عن إرادة الزوج، وآثاره لا تشمل إلا الزوجين دون أن تمتد لغيرهما،[3] فمن هذا الباب يمكن القول بأن حكم الطلاق لا يكون محلا لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

ج- الطعن بالتماس إعادة النظر:

يرفع هذا الطعن إلى نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار الملتمس فيه بناءا على الحالات التي حددتها المادة **(392)** ق.إ.م.إ، ولا يكون إلا في الأحكام الصادرة بصفة نهائية والحائزة لقوة الشيء المقضي فيه ممن كان طرفا فيه. ويجب أن يكون خلال ميعاد شهرين تبدأ من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد أو ثبوت التزوير أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة وفقا لنص المادة **(393)** ق.إ.م،[4] وفي حالة رفضه يبقى الحكم محل الالتماس على ما هو، أما في حالة قبوله فإن الحكم أو القرار محل الالتماس هو الذي يكون محل التنفيذ.

عند مطابقة أسباب وأوجه التماس إعادة النظر على الحكم القاضي بالطلاق نجد أنه لا يمكن تصورها في إثباته، فكان على المشرع أن ينص على عدم الطعن في الأحكام

---

[1] إبراهيم محمد، **الوجيز في الإجراءات المدنية**، ج02، ديوان المطبوعات الجامعية، ط03 الجزائر، 2016، ص ص 215 216.

[2] القانون 09/08، المرجع السابق.

[3] كمال دراجي، المرجع السابق، ص 53

[4] المواد من 390 إلى 394 من القانون 09/08، المرجع السابق.

بالطلاق بأي طريق من طرق الطعن حتى يمكن أن نساير مفهوم الطلاق في ش.إ وتجنب إشكالات التنفيذ.[1]

الفرع الثاني: تنفيذ الحكم المثبت للطلاق:

الحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية شأنه شأن جميع الأحكام القضائية يجب أن يكون قابلا للتنفيذ على الرغم أنه بمجرد صدوره يكون نافذا بذاته دون حاجة إلى إجراء آخر إلا أن تنفيذه إداريا يكون بتسجيله في سجلات الحالة المدنية.

سمح المشرع بالخروج عن الاستثناء الذي أورده في الفقرة الثانية للمادة **(361)** من ق.إ.م.إ. حيث أنه أوقف التنفيذ في حالات خاصة في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم أو في دعوى التزوير مراعاة لخصوصية أحكام فك الرابطة الزوجية وارتباطها بالأحكام الشرعية القطعية فسمح بتنفيذها بمجرد صدورها فجاء بالمادة **(452)** ق.إ.م.إ: "**لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و451 أعلاه**" [2] وهذا ما ينسجم مع نص المادة **(49)** ق.أ.م في فقرتها الثالثة.[3]

انطلاقا من طبيعة أحكام الطلاق وإثباته فإن تنفيذها له طابع خاص، إذ لا يخضع لمقدمات التنفيذ من إعلان للسند التنفيذي للمنفذ عليه وتكليفه بالوفاء، ثم تحرير محضر التنفيذ أو الامتناع، بل إن تنفيذها يتطلب تدخل النيابة العامة التي تسعى وجوبا في تنفيذ أحكام إثبات الطلاق في الحالة المدنية، بحيث أناطها المشرع بهذا الدور الهام بموجب نص المادة **(49)** ق.أ.ج بمجرد صدور الحكم دون انتظار مآل الفصل في الطعون إذا تمت ممارستها أو فوات آجالها، فيقوم السيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي أصدرت حكم إثبات الطلاق بإرسال نسخة من الحكم مع أمر ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي تم إبرام عقد الزواج أمامها تسجيل الطلاق.[4]

---

[1] عمرو خليل، "**الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق**"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، المجلد01، العدد01، 2011/01، ص 212.

[2] القانون 09/08، المرجع السابق.

[3] لحسين بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 102.

[4] عويس بوعلام، المرجع السابق، ص ص 397 398.

ويكون التسجيل على شكل هامش أو إشارة موجزة بالطلاق يضعها ضابط الحالة المدنية على هامش عقد الزواج، كما تسجله على سجلات الميلاد الأصلية، ومن هنا يظهر دور النيابة العامة، التي تعتبر طرفا أصليا في قضايا انحلال الرابطة الزوجية، فتنفيذ أحكام الطلاق عرف عرقلة كبيرة قبل تعديل ق.أ.ج، حيث كان تسجيل هذه الأحكام متروكا لأطراف الخصومة ويتم بسعي منهم مما أدى إلى عدم تنفيذ العديد من الأحكام وبقائها حبرا على ورق، هذا ما دفع المشرع إلى تكليف النيابة العامة بعملية التنفيذ نظرا لتعلق حالة الأشخاص بالنظام العام.[1]

[1] كمال دراجي، المرجع السابق، ص136.

مخلص الفصل الأول:

انتهينا في الفصل الأول إلى أن الطلاق داخل دائرة القضاء هو الطلاق الذي يقره المشرع وينظم أحكامه في ق.أ.ج و ق.إ.م.إ.ج، وبما أن وقوع الطلاق ليس هو إثباته، جعل من الحكم القضائي وسيلة لإثباته ومن ثمة ترتيب آثاره القانونية.

وانتهينا إلى أن هذا الحكم ذا طبيعة خاصة يخضع لمجموعة من الإجراءات ليظهر في صورته الكاملة تتمثل أساسا في إجراءات قبل صدوره من رفع دعوى ومحاولات الإصلاح، ثم كيفية استيفاءه لطرق الطعن لتنفيذه باعتبارها إجراءات لاحقة عن صدوره.

كما تطرقنا إلى الطلاق الواقع في الوسط الافتراضي الذي لم نجد له صدى في ق.أ.ج رغم أن المشرع المدني قد حاول الإحاطة بالقواعد العامة للمعاملات الإلكترونية في المجالات المدنية، الأمر الذي استدعى تمحيص وتأصيل مقبول من الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني:

إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء

تمهيد:

الطلاق في اللغة يعني إزالة القيد والتخلية والإرسال.[1] أما شرعا فتنوعت تعريفات الطلاق في الفقه الإسلامي وجميعها تصب في معنى واحد مؤداه أن الطلاق هو: "**رفع حلية الاستمتاع والاستمرار في العلاقة الزوجية، حال إذا كان الطلاق بائنا أو مآلا إذا كان الطلاق رجعيا بلفظ مخصوص**".[2]

أما الطلاق العرفي فيعرف بأنه: "**ذلك الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إليه**". على اعتبار أنه وإن كان الزوج قد اتبع الطريقة الصحيحة بحسب الأصل في إيقاع الطلاق إلا أنه إذا لم يتقيد بالتشريعات والقوانين فإنه يطلق على تصرفه بأنه تصرف عرفي.[3]

ورغم أن العديد من الأزواج يوقعون طلاقهم قبل اللجوء إلى القضاء إلا أن المشرع سكت عن هذه المسألة ولم يتطرق إلى إثباتها وهذا ما يعاب عليه لاعتبارها من المسائل الشائكة. وكمحاولة لسد الفراغ القانوني الذي يتخلل هاته المسألة، سار العمل القضائي بقبول دعوى الطلاق العرفي وإثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق.

من جهة أخرى فإن هذه المسألة تعد محل خلاف بين فقهاء ش.إ بين مقيد لحق الزوج في إيقاع الطلاق، فيجعل من الإشهاد على الطلاق شرطا لوقوعه وترتيب آثاره، ومجيز فيقع الطلاق صحيحا بمجرد التلفظ به من قبل الزوج.

ولتبيان هذه العناصر قسمنا الفصل إلى مبحثين، خصصنا **(المبحث الأول)** لدراسة إشكالية الطلاق العرفي التشريع الجزائري وتناولنا فيه موقف الفقه والتشريع من هذا الطلاق ثم الطلاق العرفي في الاجتهاد القضائي في مطلبين، وخصصنا **(المبحث الثاني)** لإثبات الطلاق العرفي وإجراءات إثباته بدراسة طرق إثبات الطلاق العرفي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في المطلب الأول، وإجراءات إثبات الطلاق العرفي في التشريع الجزائري في المطلب الثاني.

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ص 226.

[2] بوجمعة حمد، "**إثبات الطلاق العرفي في ق.أ.ج**"، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد 02، العدد10، 2018/06، ص 677.

[3] المرجع نفسه، صفحة نفسها.

المبحث الأول: إشكالية الطلاق العرفي في التشريع الجزائري:

لم يتطرق المشرع في معرض تنظيمه لأحكام الطلاق في ق.أ إلى واقعة الطلاق خارج دائرة القضاء أو ما يسمى بالطلاق العرفي، واكتفى فقط بالنص على الطلاق الواقع داخل دائرة القضاء، بسكوته عن هذه المسألة ثارت إشكالات عديدة على مستوى التطبيقات القضائية.

وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال هذا المبحث، إذ سنتناول في **(المطلب الأول)** موقف الفقه والتشريع من الطلاق العرفي، وسنتطرق في **(المطلب الثاني)** إلى الطلاق العرفي في الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول: موقف الفقه والتشريع من الطلاق العرفي:

حذت أغلب التشريعات العربية حذو ش.إ في منح الزوج حقه الأصيل في إيقاع الطلاق، وأحاطت ذلك بسياج تنظيمي باشتراط المرور على القضاء حفظا للحقوق وتوثيقها بما يضمن مصالح الأسرة والمجتمع، في ما يلي سيتم بيان موقف المشرع الجزائري من ذلك **(الفرع الأول)** ثم التعريج على موقف بعض التشريعات **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الطلاق العرفي:

تبنى المشرع الجزائري مبدأ الطلاق بإرادة الزوج كأصل عام لانحلال الرابطة الزوجية، وهو ما عبر عنه في المادة **(48)** ق.أ.ج "...**الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...**".[1] وتركت مسألة الإشراف عليه إلى القضاء، واعتبر أن حكم القاضي هو الأساس لتقرير كافة الحقوق القانونية للمطلقة والأولاد تطبيقا للمادة **(49)** ق.أ.ج، لأنها حقوق غالبا ما يصاحب فيها الإنكار والإجحاد.

إن نصوص المواد السابقة في حقيقتها جاءت متلائمة مع التغيرات الطارئة على المجتمعات الإنسانية والتي باتت تفرض تدخل القضاء لتقرير حقوق الأشخاص، لكنه وضع الطلاق الواقع من الزوج محل إشكالية شكلت أساسا محور خلاف رئيسي على مستوى الفقهي والقانوني في بلادنا تتمثل في مدى إقرار المشرع الجزائري بالطلاق الواقع

[1] قانون 11/84، المرجع السابق.

خارج دائرة القضاء.[1] فالمشرع قد سكت عن مسألة الطلاق العرفي وهذا ما يعاب عليه لاعتباره من المسائل الهامة والشائكة، لأن العديد من الأزواج يوقعون طلاقهم قبل اللجوء إلى القضاء فهل يترتب على اعتبار العصمة الزوجية بيد الزوج أنه هو وحده القادر على إيقاع الطلاق وأن القضاء ليس له أي دور في هذا النوع من الطلاق، وهل مسألة الإثبات المذكورة في صلب المادة **(49)** قد جاءت للانعقاد مما يترتب عليه أن إرادة الزوج وحدها غير كافية لفك الرابطة الزوجية ولابد من صدور الحكم لثبوت هذا الطلاق، ومن هنا يكون المشرع قد ناقض نفسه في نصي المادة **(49)** و**(48)** ق.أج التي تجعل العصمة الزوجية بيد الزوج ؟ أم أن المادة **(48)** ق.أ.ج هي الأساس وما جاء في المادة **(49)** محض شكلية لا تؤثر في وقوع الطلاق من عدمه ؟.[2] وبناءا على هذا السكوت ظهر فريقين بحيث:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المادة **(49)** لا تعترف بالطلاق العرفي وأن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يقع بمجرد إعلانه عن إرادته إذ لابد من إفراغ التصرف في شكل القانوني المقرر لذلك، وباستقاء هذه القيود يحدث التغير في المراكز القانونية وينشأ الطلاق.[3]

رغم أن هذا التوجه يوافق ما تدعو إليه الاتفاقيات الدولية لحقوق المرأة لاسيما اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة التي تعتبِر أن استئثار الزوج بإيقاع الطلاق تمييزا وعنفا قانونيا ضد المرأة وأن مبادئ المساواة بين الرجل والمرأة تَردُ كل طلاق يقع في غير حضور وإشراف القضاء. إلا أنه لا يتناسب مع أحكام ش.إ وكذا واقع وأعراف المجتمع الجزائري فأغلب حالات الطلاق تقع قبل رفع الدعوى أمام القضاء.[4]

وخلافا للرأي السابق ذهب فريق من رجال القانون إلى أن الطلاق حق للزوج يمارسه متى شاء، وأن عبارة لا يثبت الطلاق إلا بحكم الواردة في المادة **(49)** تدل على

---

[1] ربيع وفاء، إشكالات **فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر01، 2014/2013، ص09.

[2] عباس ريمة، المرجع السابق، ص 54.

[3] عماد حميدة، "**حجية الطلاق العرفي أمام القضاء الجزائري**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المركز الجامعي إليزي، مجلد06، العدد 02، 2022/10، ص 117.

[4] المرجع نفسه، ص 118.

أن الطلاق الذي يوقعه الزوج يقع بمجرد صدور اللفظ الدال على الطلاق، والمقصود من المادة هو الإثبات فقط. وما يعزز أنصار هذا الرأي أن المصطلح الذي استعمله المشرع هو الإثبات لا الوقوع.[1]

وهو ما يستقيم مع الأسس الشرعية للطلاق وكيفيه وقوعه، فأحكام ش.إ كانت واضحة وكل الآيات الواردة في الطلاق تدل على أن الطلاق بيد الرجل مثل قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ**﴾،[2] وقال عمر رضي الله عنه: "**طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها**"،[3] إلى غيرها من الآيات والأحاديث النبوية.

وبموجب المواد من **(49)** إلى **(51)** ق.أ.ج، يظهر أن المشرع الجزائري يقيد الطلاق الشفهي الذي تعترف به ش.إ وتقره، فالطلاق بالنسبة له لا ينتج أثره إلا بعد صدور الحكم الذي يقضي بذلك، والذي يكون نهائيا غير قابل للاستئناف إلا فيما تعلق بجوانبه المادية، ويبدأ دخول الطلاق حيز التنفيذ من يوم النطق به بموجب حكم قضائي.[4]

ومن خلال ما سبق نقول أن سبب هذا الاختلاف راجع إلى صياغة المادة **(49)** ق.أ.ج سالفة الذكر والتي تحتمل أكثر من تفسير عند قراءتها: (لا يُثبت) أو (لا يُثَّبت)، فالأولى تثبت مركز قانوني وشرعي موجود فعلا، أما الثانية فتعني أن لا طلاق إلا أمام القاضي.

ولتفادي هذا الخلط في تفسير المادة **(49)** اقترح الأستاذ بن شويخ رشيد تعديلها على النحو التالي:

1- لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر.

---

[1] ربيع وفاء، المرجع السابق، ص 11.

[2] سورة الطلاق الآية 01.

[3] ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب حديث سويد ابن سعيد، رقم الحديث 2016، ج01، دار مكتبة معارف، د.ط، السعودية، د.س.ن، ص 650.

[4] عباس ريمة، المرجع السابق، ص 90.

2-إذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق يثبته من تاريخ وقوعه.

3-على كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ.[1]

إن الشكلية قانونية المفروضة على حق الزوج في الطلاق لا تهدف للمساس بهذا الحق والانتقاص منه، إنما إلى حماية صاحب الحق من مغبة التسرع، وتفرض عليه إن أراد التصرف فيه أن يأتي هذا التصرف على وجه معين، ومع ذلك يمكن القول أن هذه الشكلية تعتبر مقيدة نوعا ما لهذا الحق مقارنة مع مقاصد ش.إ ذلك أن الله سبحانه وتعالى حكم من فوق سبع سموات أن الزوج العاقل غير المكره، إذا طلق إمرته وهي محل صحيح للطلاق، فإن الطلاق يقع ولا اعتبار لمن يخالف هذا.[2]

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات من الطلاق العرفي:

ذهبت بعض التشريعات العربية كق.أ.ش السوداني إلى عدم تقييد طلاق الزوج بإيقاعه أمام القاضي، في مادته **(133)** " **يُسند الطلاق إلى وقت وقوعه فإذا تعذر إثبات ذلك فإلى وقت ثبوته الافتراق وإلا فمن تاريخ الإقرار به أمام المحكمة**".[3] أما المشرع الأردني فقد اعترف ضمنيا بالطلاق العرفي في نص المادة **(97)** من ق.أ.ش الأردني: " **يجب على الزوج أن يسجل طلاقه ورجعته أمام القاضي، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعليه أن يراجع المحكمة لتسجيل الطلاق خلال شهر، وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيابي والرجعة للزوجة خلال أسبوع من تسجيله**".[4]

---

[1] بن شويخ رشيد، **شرح قانون الأسرة المعدل**، دار الخلدونية، ط01، الجزائر، 2008، ص ص 180-181.

[2] المصري مبروك، المرجع السابق، ص 202.

[3] ق.أ.ش (السوداني) للمسلمين، 1991م، ص 49.

[4] القانون رقم 15 لسنة 2019، المتضمن ق.أ.ش الأردني، ج.ر الأردنية العدد رقم 5578، بتاريخ 2019/06/02.

وأخذ المشرع الكويتي بالطلاق اللفظي من الزوج، حيث نص في المادة **(102)** من ق.أ.ش على: " **يقع طلاق كل زوج عاقل بالغ واع لما يقول...**" ونصت المادة **(104)** في فقرتها الأولى على أنه: "**يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفا...**".[1]

أما المشرع التونسي فقد ذهب إلى تكريس المساواة التامة اعتمادا على الطلاق القضائي وحده والتنصيص بصفة آمرة على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة، وبذلك قضى على الطلاق العرفي.[2]

فجل القوانين العربية نظمت موضوع الطلاق بشيء من التفصيل والتوضيح، فتناولت الطلاق اللفظي من الزوج كطلاق نافذا من يوم النطق به.

المطلب الثاني: الطلاق العرفي في الاجتهاد القضائي:

تذهب التطبيقات القضائية في جميع الأحوال إلى إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى قبل صدور ق.أ.ج والأخذ بمبدأ العصمة بيد الزوج، ووقوعه بمجرد التلفظ به، فذهبت أغلب التطبيقات القضائية إلى إثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق، ويتجلى ذلك بوضوح من خلال العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا والتي جاء فيها:"...**أنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد ش.إ في الطلاق، وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإن يلزمه وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم....**".[3] وجاء في قرار ثاني الذي يوضح أيضا إثبات القضاء العرفي قضاءً: " **إن الطلاق العرفي الموقع من الزوج، والمثبت قضائيا، لا يحرم الزوجة من حقوقها القضائية**".[4] كما جاء في قرار أخر: " **يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح**

---

[1] القانون رقم 51 لسنة 1984، المتضمن ق.أ.ش الكويتي، ج.ر الكويت اليوم العدد رقم 1570، بتاريخ 1984/07/23.

[2] هاجر الهيشري، "**حق المرأة في الطلاق**"، دفاتر السياسة والقانون، جامعة تونس، العدد10، 2014/01، ص 104.

[3] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 35322، بتاريخ1984/12/17، م.ق1984 العدد 04، ص91.

[4] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 288322، بتاريخ 2002/09/25، م.ق2003 العدد01، ص 375.

التي إن أفلحت بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقا، إلا إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه".[1]

يتضح من حيثيات القرارات السابقة استقرار القضاء على المبادئ الشرعية التي تعتبر أن تصريح الزوج بالطلاق يلزمه، وأن القضاء بغير ذلك وتجاهل الطلاق العرفي مخالف تماماً لأحكام ش.إ، أما النصوص التي توجب إثبات الطلاق بحكم فهي جانب تنظيمي للحفاظ على الحقوق.[2]

أما فيما يخص الأثر الرجعي لإثبات الطلاق العرفي، فإن المشرع لم يتطرق إلى هذه النقطة بصفة صريحة، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام ش.إ فإن الأمر يستلزم أن يتم إثبات الطلاق من القضاء بأثر رجعي، أي إثبات وقوع الطلاق بالتاريخ الذي أوقعه الزوج بتصريحه عن إرادته، لا بتاريخ صدور الحكم القضائي الذي يثبت الطلاق، تطبيقا لما جاء في نص المادة **(48)** ق.أ.ج، فالفراغ القانوني الموجود بخصوص هذه النقطة – والتي هي مسألة من الأهمية بمكان– يترتب عليه الكثير من الإشكالات والتناقضات.[3]

لذا سنتعرض إلى إشكاليات الطلاق العرفي على ضوء الممارسات القضائية **(الفرع الأول)**، ثم الآثار القانونية لعدم التمسك بتثبيت الطلاق بأثر رجعي **(الفرع ثاني)**.

<u>الفرع الأول: إشكالات الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية:</u>

مسألة إثبات الطلاق العرفي تطرح الكثير من الإشكالات أمام الجهات القضائية المختصة خاصة في الحالة التي يكون فيها الطلاق واقع من زواج عرفي **(أولا)**، وفي حالة النزاع حول وقوع الطلاق بين الزوجين أو ورثتهما**(ثانيا)**، وكذا حالة إعادة الزواج **(ثالثا)**

أولا: وقوع طلاق عرفي من زواج عرفي:

في هذه الحالة لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله، فيجب أولا رفع دعوى تسجيل الزواج واستخراج نسخة من سجلات عقد

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 57812، بتاريخ 1989/12/25، م.ق1991 العدد03، ص 71.

[2] ربيع وفاء، المرجع السابق، ص ص 12 13.

[3] عويس بوعلام، مرجع السابق، ص 236.

الزواج وكذا إلحاق النسب ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، كون أن دعوى الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج فلنا أن نتصور هذا الاختلاف الحاصل بين الدعوى القضائية المثبتة للزواج والتي يجوز استئنافها وبين الأحكام القضائية المثبتة للطلاق والتي تصدر نهائية ولا يجوز استئنافها.[1]

إلا أن المعمول به على مستوى محاكم هو أن يتم رفع دعوى إثبات الزواج والطلاق العرفي في نفس الوقت، وجرت التطبيقات القضائية على قبول مثل هذه الدعاوى والحكم فيها بحكم واحد، وقد صدر عن مجلس قضاء الجلفة القرار رقم 2002/178 بتاريخ 2002/10/26 والذي قضى بتأييد الحكم القاضي علنيا حضوريا نهائيا بالنسبة للطلاق الحاصل سنة 1996 وابتدائيا بالنسبة للزواج العرفي الحاصل سنة 1994 بعد الإشهاد عليهما.[2] كما 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 حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي**".[3]

ثانيا: التنازع في وقوع الطلاق:

بالرغم بعدم وجود نص صريح مخصص لحالة التنازع بين الزوجين أو ورثتهما في تاريخ وقوع الطلاق، فإن الراجح في الموضوع تفعيل القاضي لسلطته في البحث والتحري المخولة له قانونا، حسب نص المادة **(450)** ق.إ.م.إ التي جاء فيها: " **يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويأمر باتخاذ كافة الإجراءات التي براها لازمة في ذلك**".[4] هذا النص قد فتح باباً واسعا من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة التي من شأنها الفصل في حقيقة النزاع، مثل إجراء سماع الشهود الذين حضروا طلاق الزوج للزوجته أو إجراء تحقيق معمق لتوصل إلى التاريخ الحقيقي لوقوع الطلاق. وهو ما جسده القضاء

---

[1] ربيع وفاء، المرجع السابق، ص 15.

[2] قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 14.

[3] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 22317، بتاريخ 1995/10/24، م.ق1996 العدد 53، ص 56.

[4] قانون 09/08، المرجع السابق.

الجزائري من خلال القرارات الصادرة عن م.ع والتي جاء في إحداها: " **لما كانت ش.إ تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع الشهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، فإنه على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم في ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم** ".[1]

ثالثا: حالة إعادة أحد الزوجين للزواج:

وتفصيلا في هذا نجد:

أ- حالة إعادة الزوج للزواج:

وهذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط الشرعية، إلا أنه من الناحية القانونية يطرح إشكالاً كبيرا، فإذا سلمنا بعدم إمكانية إثبات الطلاق بأثر رجعي فإن الزواج الأول مازال قائما ويفسخ الزواج الثاني قبل الدخول وبعده.[2]

ب- حالة إعادة الزوجة للزواج:

هذه الحالة تطرح إشكالا كبيرا على الصعيد القضائي، ويكون ذلك في حالة المطلقة عرفيا من زواج رسمي، فإذا أعادت الزواج عرفيا فيمكن متابعة الزوجة بجريمة الزنا، لأن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، فعلاقة الزواج لم تنقطع بعد، وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية عن ذلك، تطبيقا للمادة **(339)** قانون العقوبات، وهذا ما أكدته م.ع، حيث ورد في أحد قراراتها أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها، بل ذهبت م.ع إلى أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا.[3]

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم35026، بتاريخ 1984/12/03، م.ق1989 العدد 04، ص 86.

[2] قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 15.

[3] أحسن بوسقيعة، **قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية**، ط 03، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001، ص 132.

أما إذا كانت الزوجة مطلقة عرفيا من زواج عرفي، فالأصل أن هذه المسألة لا تطرح أي إشكال طالما أنه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق إلا أن الإشكال يُثار في حالة وجود الأولاد، إذ ينبغي إلحاق نسبهم للزوج الأول مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسب الأولاد مع الإشارة إلى أن الزوجة على ذمة زوج أخر، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي.[1]

الفرع الثاني: الآثار القانونية لعدم التمسك بتثبيت الطلاق بأثر رجعي:

وتتمثل في احتساب العدة وعدد طلقات الزوج ثم إثبات النسب والميراث، وهي على التوالي:

أولا: احتساب العدة:

جعل المشرع يوم إيقاع الطلاق هو يوم رفع الدعوى، واعتبر فترة الصلح هي فترة العدة حسب نص المادة **(50)** ق.أ.ج، فتثار إشكالية احتساب العدة عند إثبات الطلاق العرفي، فإذا أخذنا بحرفية نصوص ق.أ.ج فإن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق لأن القواعد العامة تقتضي أن تعتد المطلقة من تاريخ الحكم بالطلاق طبقا لنص المادة **(58)** من ق.أ.ج التي تنص "...**من تاريخ التصريح بالطلاق**"،[2] وبالتالي في حالة الطلاق العرفي نكون بصدد ازدواجية العدة لذلك وجب على القاضي أن يحكم بها من تاريخ إيقاع الطلاق. كما أن المرأة إذا انقضت عدتها فمن الناحية الشرعية يجوز لها الزواج لكن من الناحية القانونية لا يسمح لها القانون بالزواج إلا إذا كان الطلاق موثقا.[3]

ثانيا: احتساب عدد طلقات الزوج:

في هذا الخصوص إذا لم يتم تثبيت الطلاق بأثر رجعي فإننا نكون أمام مخالفة صريحة لأحكام ش.إ متى طبق القاضي نص المادة **(49)** ق.أ.ج حرفيا، فإذا طلق الزوج زوجته عرفيا حتى أصبح طلاقه منها بائنا بينونة كبرى، ورفع هذا الزوج دعوى قضائية، وأثناء محاولة الصلح تصالحا الزوجان فالقاضي يحرر محضر الصلح، أو

---

[1] قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 15.

[2] قانون 11/84، المرجع السابق.

[3] معامير حسيبة، المرجع السابق، ص 143

فرضا لم يتوصل إلى الصلح فيكون قد حسب على الزوج طلقة واحدة بائنة تخول له الحق في مراجعة زوجته فيكون بذلك قد أحل لهما حراماً.[1]

ثالثا: إثبات النسب:

تنص المادة **(43)** ق.أ.ج: " **ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة** "،[2] مما يجعل هذه الفترة محل إشكال فهل تحتسب من يوم تلفظ الزوج بالطلاق أو من يوم صدور الحكم بالطلاق، فقد ينسب الولد لغير أبيه إذا كانت الفترة طويلة بين التلفظ بالطلاق ورفع الدعوى.[3]

رابعا: الميراث:

من قبيل الإشكالات العلمية التي يثيرها عدم تثبيت الطلاق العرفي، فرضية اعتبار أحد الزوجين وارثا للأخر قانونا لا شرعا تطبيقا لنص المادة **(132)** ق.أ.ج التي تنص: " **إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث** ".[4] وهو ما يؤدي إلى استحقاق الحي منهما حقوق دون وجه حق، في حين حرمان أشخاص أخرى من نسبة من حقوقهم.[5]

ومما سبق فإن موقف القضاء من الطلاق الواقع خارج مجلس القضاء كان إيجابيا، كما نظر إلى الحكم باعتباره أداة لإثباته لا إيقاعه، فيتدخل القاضي لوضع إرادة الزوج المطلق في الشكل القانوني يكون معه قادرا على إنتاج أثره.

---

[1] المرجع نفسه، ص 144.

[2] قانون 11/84، المرجع السابق.

[3] سليماني مصطفى، "**إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري والمقارن (إشكالات تطبيق المادة49)**"، مجلة الباحث القانوني، جامعة أدرار، المجلد01، العدد01، 2020، ص ص 21-22

[4] قانون 84-11، المرجع السابق.

[5] أكلي نعيمة، "**في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة المقارن**"، المجلة العربية للدراسات والأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة لبويرة، المجلد12، العدد03، 2020/05، ص 177.

المبحث الثاني: إثبات الطلاق العرفي وإجراءاته:

أكد علماء ش.إ أن الشارع قد اقتصر على تحديد واقعة الطلاق في مضمونها وترك وسيلة التعبير عن الإرادة الحر، لكن قانونا فإنه لا يمكن إثباته إلا بحكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة، فتوضيحا لهذا سنفصل في **(المطلب الأول)** طرق إثبات الطلاق العرفي ونخصص **(المطلب الثاني)** لإجراءات إثباته.

المطلب الأول: طرق إثبات الطلاق العرفي:

نظرا لعدم حسم المشرع الجزائري لموقفه من الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء فكان لزاما الرجوع إلى أحكام ش.إ باعتبارها المرجع الأول للتشريع الأسري، واختلف فيها الفقهاء على رأيين رأي مقيد لحق الزوج ورأي آخر يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة.

كما أنه إذا ادعت الزوجة أن زوجها طلقها وأنكر هو وقوع ذلك فلا مفر من اللجوء إلى القضاء ومحاولة إثباته بالطرق الإثبات الأخرى.

الفرع الأول: إثبات الطلاق العرفي بالشهادة:

بداية اتفق الفقهاء على مشروعية الإشهاد على الطلاق ولكنهم اختلفوا في درجة هذه المشروعية، وكان سبب الخلاف في هذه مسألة راجع للخلاف في فهم النص القرآني الوارد في قوله تعالى: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ**﴾[1]، فرأى بعض الفقهاء أن الأمر بالإشهاد في الآية راجع إلى الطلاق ورأى البعض الآخر أنه راجع إلى الرجعة فقط. فهل الأمر هنا للوجوب كما ذهبت إليه طائفة من الفقهاء مما يترتب عليه أن الطلاق لا يقع ولا يحدث آثاره إلا إذا وقع أمام شاهدين **(أولا)**، أم أن الأمر بوجوب الشهادة هو على الندب كما ذهب إليه جمهور الفقهاء مما ينجر عنه أن الطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج به **(ثانيا)**، ومن ثمة موقف القوانين العربية منه **(ثالثا)**.

[1] سورة الطلاق، الآية02.

أولا: القائلون بأن الإشهاد على الطلاق مندوب:

ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد إلى استحباب الإشهاد على الطلاق لا وجوبه، وأن الطلاق يقع من غير إشهاد لأنه حق للزوج وله أن يتصرف في حقه كيف ما يشاء.[1]

إن القائلين بعدم وجوب الإشهاد على الطلاق رأوا أن الأمر في الآية الكريمة يفيد الندب والاستحباب لا الوجوب والقرينة التي تصرفه من الوجوب إلى الندب هي القياس على الأمر بالإشهاد على البيع، فدل أن قوله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾،[2] إنما للندب مثل ﴿**وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ**﴾،[3] فمن أشهد على طلاقه فحسن ومن لم يشهد فلا شئ عليه.[4] كما لم يؤثر عن النبي عليه الصلاة والسلام ولا الصحابة رضوان الله عليهم اشتراط الشهود لصحة وقوع الطلاق فعن ابن عباس، عن عمر بن خطاب، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها،[5] فوجه الدلالة هنا واضح أن رسول الله عليه الصلاة والسلام لم يشهد على طلاق حفصة، كما أن النصوص التي وردت بإباحة الطلاق وردت مطلقة غير مقيدة بالإشهاد مثل قوله تعالى ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾.[6]

يعترض الفقهاء على رأي الجمهور بأن الإشهاد مندوب، فالقياس على البيع هو قياس مع الفارق لأن البيع يجري بكثرة بين الناس والإشهاد عليه يحول دون سرعة التعامل، ثم إن البيع اتفاق بين إراديتين وليس تصرف بالإرادة المنفردة كالطلاق. كما لا يصلح الاحتجاج بأنه لم يؤثر عن الرسول عليه الصلاة والسلام اشتراط الشهود لأنه قد نقل إلينا أصحاب الآراء الأخرى –فيما سيأتي بيانه– حوادث تدل على لزوم الشهادة في

---

[1] علي الزقيلي، **حكم الإشهاد على الطلاق –دراسة فقهية مقارنة بقانون أحوال الشخصية الأردني–**، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعة الأردن، 2003/04، ص04.

[2] سورة الطلاق، الآية 02.

[3] سورة البقرة، الآية 282.

[4] تمام عودة عبد الله العساف، "**الإشهاد على الطلاق**"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد06، العدد02، 2008/11، ص 39.

[5] أخرجه ابن ماجة في سننه، المرجع السابق، ص633.

[6] سورة البقرة، الآية 229.

الطلاق. ويمكن أن يعترض على استدلالهم بإطلاق النصوص القرآنية بأن كل آية جاءت لبيان حكم معين.[1]

ثانيا: القائلون بأن الإشهاد على الطلاق واجب:

ذهب إلى هذا القول الظاهرية والشيعة الزيدية والأمامية، وذهب إلى هذا القول من المعاصرين أبو زهرة وعبد الرحمان الصابوني، وقد دللوا رأيهم أن الظاهر من سياق الآية الثانية من سورة الطلاق راجع على الطلاق وإلى الرجعة معا، والأمر للوجوب، لأن مدلوله حقيقي ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب بل إن القرائن هنا تؤيد حمله على الوجوب، لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل وحده وكذلك الرجعة، ويخشى فيهما الإنكار من أحدهما، فإشهاد الشهود يرفع احتمال الجحود والإنكار، فمن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على الوجه المأمور به، ومن لم يفعل فقد تعدى حد الله الذي حده له، كما لم يفرق الله تعالى بين المراجعة والطلاق في الإشهاد، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض.[2]

احتجوا أيضا بما أخرجه البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد**"،[3] ويفهم من هذا الحديث أن الطلاق بدون إشهاد عمل مخالف للسنة وكل عمل يخالف السنة مردود، كما روي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال " **في خبر ابن مسلم لمن سأله عن طلاقه، أشهدت رجلين كما أمر الله عز وجل فقال: لا، قال اذهب فليس طلاقك بطلاق**".[4] وعن مطرف بن عبد الله "**أن عمران ابن حصين سئل عن رجل طلق امرأته ولم يشهد وراجع ولم يشهد، قال ابن عمران: طلقت لغير السنة وراجعت لغير السنة فليشهد الآن**".[5]

---

[1] علي الزقيلي، المرجع السابق، ص09.

[2] تمام عودة عبد الله العساف، المرجع السابق، ص 40.

[3] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على الصلح جور فالصلح مردود، رقم الحديث 2697، ص 181.

[4] علي الزقيلي، المرجع السابق، ص8.

[5] أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب الرجل يراجع ولا يشهد، رقم الحديث 2186، ج06، ص 181.

ونوقشت أدلة الظاهرية والشيعة أن الإشهاد على الطلاق لم ترد به السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم ولذا فإن تركه في الطلاق لا يعتبر مخالفاً للسنة، أما استدلالهم بحديث صلى الله عليه وسلم "**من عمل عملا...**" فإنه يُعترض عليه بأن المقصود بهذا الحديث أن من اخترع في الدين مالا يشهد له أصل من أصوله فلا يلتفت إليه، كما أن رواية الإشهاد على الطلاق عن بعض الصحابة لا تسلم حجة للقول بوجوب الإشهاد عليه، إذ قد يكون ذلك من قبيل التوثيق فضلا عن أن الأئمة الأربعة ذهبوا إلى استحباب الإشهاد على الطلاق والندب إليه، أما الأثر المروي عن عمران بن حصين فقد اعترض عليه أن قوله: " **لغير سنة** " مجمل والمجمل ما احتمل معاني لا مزية لأحدها على الآخر، فيحتمل الشرط ويحتمل الواجب ويحتمل المسنون، كما أن عمران لم يقل له طلاقك باطل فلو كان ينقض ترك الإشهاد على الطلاق لقال له ذلك.[1]

إن القول بوجوب الإشهاد أليق بالطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله تعالى، ويحقق الكثير من المصالح المشروعة فهو يضيق دائرة الطلاق التي اتسعت كثيراً، ويسهل مهمة إثباته فيما لو وقع بين الزوجين خلاف فيه، وأنفع وسيلة لتحصيل الوئام وقطع مواد الخصام.[2]

ثالثا: الإشهاد في الطلاق في القوانين المقارنة وق.أ.ج:

أ- في القوانين العربية:

بالرجوع لبعض التشريعات العربية، نصت على الإشهاد مدونة الأسرة المغربية في المادة **(79)** " **يجب على من يريد الطلاق أن يطلب إذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلي بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية أو موطن الزوجة...**" وكذا المادة **(138)** منه: " **يكون الإشهاد أمام عدلي منتصبين للإشهاد بعد إذن المحكمة به والإدلاء بمستند الزوجية**".[3]

---

[1] علي الزقيلي، المرجع السابق، ص11.

[2] تمام عودة عبد الله العساف، المرجع السابق، ص40.

[3] القانون رقم 03/70، بتاريخ 2004/02/03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج.ر المغربية عدد5184، بتاريخ 2004/02/05.

كذلك المشرع المصري أكد في المادة **(21)** من القانون رقم واحد سنة 2000 والخاص بتنظيم بعض الأوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. حيث جاء فيها: " **لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق**".[1]

أما بالنسبة لق.أ.ش الأردني فلم ينص صراحة على الإشهاد مثله مثل التشريع الجزائري، حيث ورد في المادة **(95)** منه: " **يسجل الطلاق خلال خمسة عشر يوم من وقوعه وإلا تعرض للعقوبة وعلى المحكمة أن تبلغ الزوجة الطلاق خلال أسبوع من تسجيله**". واتبعوا في ذلك رأي الحنفية الذين يجمعون على أن الإشهاد مندوب إليه حيث ذكر في المادة **(138)** منه: "**ما لم يذكر في القانون يرجع فيه إلى الراجح في المذهب أبي حنيفة**".[2] كما نص القانون العراقي في المادة **(39)** رقم 188 لسنه 1959: " **على أن من أراد الطلاق أن يقيم دعواه في المحكمة الأحوال الشخصية بطلب إيقاعه واستحال الحكم به فان تعذر عليه مراجعه المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مده العقد**"،[3] فلم ينص صراحة على الإشهاد في الطلاق.

ب- في ق.أ.ج:

بالرجوع للمادة **(49)** ق.أ.ج نجد أن المشرع ألزم ليكون الطلاق واقع لابد من استفاء إجراءين هامين وهما إجراء الصلح والثاني إصدار الحكم بالطلاق، فلا يكون الطلاق موجودا كما لا يمكن إثباته إلا بحكم قضائي، ورغم ذلك سكت المشرع عن الإشهاد في الطلاق، لكن هناك من اعتبر أن القاضي وكاتب الضبط هم الشاهدين على الطلاق، وحتى لو كان الأمر كذلك فهو منتقد من حيث شروط شاهدي العدل، كما أنه ما تفسير لو كان القاضي وكاتب الضبط من النساء.[4] وهناك من فسر أن الإشهاد موجود عمليا من خلال الممارسة القضائية، فمسالة إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء تكون بشهادة الشهود وهذا ما أكدته م.ع في قرار لها: " **ولما كانت ش.إ تخول إثبات**

---

[1] القانون رقم واحد لسنة 2000، المتضمن قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل أحوال الشخصية بمصر، ج.ر عدد04، بتاريخ 2000/01/29.

[2] ق.أ.ش الأردني، المرجع السابق.

[3] قانون رقم(15)، المؤرخ في 2008/12/30، يُعدل القانون رقم (188) لسنة 1959، المتضمن ق.أ.ش العراقي، ج.ر العدد رقم 95.

[4] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص85.

تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا وسمعوا ذلك من نفس الزوج، فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة الطلاق الذي أثبت أمامهم".[1]

وبالتالي يمكننا القول أن الإشهاد على الطلاق وإن كان غير موجود ظاهريا إلا أنه واقع يفرض نفسه في ظل غياب مادة صريحة تنظم أحكام الطلاق العرفي.

الفرع الثاني: طرق الإثبات الأخرى:

الأصل عند الطلاق أن يقر المطلق بوقوعه حتى لا يقع في محرم، إلا أن بعض الأزواج قد يطلق زوجته ثم ينكر وقوع الطلاق، فإذا علمت الزوجة بالطلاق كان عبئ الإثبات عليها لأنها هي المدعية والبينة على المدعي، وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الإقرار والبينة واليمين هي أدلة إثبات الطلاق. وبالتالي فإن مسألة الإثبات لا تكتسي غموضا من الناحية الشرعية ذلك لأنه يثبت بكافة طرق الإثبات، وهذا ما سنبينه في الآتي:

أولا: الإقرار:

يعرف الإقرار شرعا بأنه إخبار المقر بحق عليه للغير، ويمكن أن يكون كتابة أو شفاهة، والإقرار لا يقع في حالة توافر البينة الشرعية على الإكراه عليه، وإذا أقر الزوج بالطلاق كاذبا فإنه يصدق ديانة ولا يصدق قضاء إلا إذا قام دليل على كذب المُقِر بالطلاق، أما إذا أقر بالطلاق ثم أسنده إلى زمن ماضي فإن آثار هذا الإقرار تترتب من وقت الإقرار مطلقاً سواء صدقته أو كذبته لنفي تهمة المواضعة.[2]

وقد نص المشرع الجزائري على الإقرار كوسيلة لإثبات الالتزام في المادة **(341)** ق.م بقوله: " **الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".**[3]

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 35026، بتاريخ 1984/12/03، م.ق1989 عدد04، ص86.

[2] محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية**، دار محمود، د.ط، القاهرة، 1996، ص ص 183 192.

[3] الأمر 58/75، المرجع السابق.

إن الإقرار متى صدر بعد توفر شروطه ترتب عليه ثبوت الواقعة محل النزاع وإلزام المقر بما أقره من جهة، ويغني عن إلزام مدعي الواقعة بتقديم أي دليل عنها من جهة أخرى وعلى القاضي الحكم بموجبه، فالإقرار حجة قاطعة على المقر كما جاءت بها المادة **(342)** في فقرتها الأولى.[1]

ثانيا: البينة:

البينة حجة متعدية، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار، وذهب جمهور الفقهاء إلى جواز إثبات الطلاق بشهادة رجلين اختلفوا في شهادة النساء منفردات أو مع رجل بين المنع والجواز، والأصل فيها أن تكون مباشرة.[2]

ثالثا: اليمين:

تعد اليمين من وسائل الإثبات التي تعتمد على الوازع الديني وهي تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي باستشهاد الله تعالى.[3] واليمين وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية التي يستند إليها القاضي في إصدار حكمه، ولا يلجأ إليها إلا عند ما ينكر المدعى عليه الدعوى ويعجز المدعي عن إثبات ما يدعيه وإقامة البينة عليه، ويطالب بتحليف المدعى عليه، وذهب جمهور الفقهاء إلى جواز إثبات الطلاق باليمين عند توفر جميع شروطها.[4]

وقد نص المشرع على اليمين في المادة **(343)** وما يليها من ق.م إذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكره الآخر ولم يقدم مدعي الطلاق بينة فله أن يطلب من القاضي توجيه اليمين فإذا حلف بأن الطلاق لم يقع قضى برفض الدعوى، وإذا نكل عنه قضى لمدعي بطلباته.[5]

---

[1] حدة قسنطيني، المرجع السابق، ص 22.

[2] معامير حسيبة، المرجع السابق، ص ص 147 148.

[3] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج07، دار الفكر، سوريا طبعة خاصة بالجزائر، 1992، ص588.

[4] حازم أبو الحمد حمدي محمد، "**إثبات الطلاق عند الإنكار (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية المصري)**"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة أسيوط بمصر، مجلد 37، العدد 37، 2022/12، ص 767.

[5] قسنطيني حدة ، مرجع السابق، ص 22.

المطلب الثاني: إجراءات إثبات الطلاق العرفي في التشريع الجزائري:

ترفع الدعوى الرامية إلى تثبيت الطلاق العرفي القائم خارج المحكمة بنفس طرق رفع دعوى الطلاق العادي–والتي سبق بيانها– وسنوضح في هذا المطلب خصوصية إجراءات إثباته في **(الفرع الأول)** واختلاف موقف الزوجين وحالتهم منه في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: خصوصية إجراءات إثبات الطلاق العرفي:

لما كان الصلح من الإجراءات الجوهرية في دعاوى الطلاق قبل الحكم فيها، فإنه يجب على القاضي القيام به حتى في الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء –التي لا جدوى من الصلح فيها– باعتبار أن غيابه يبطل الحكم، فبعد تسجيل دعوى إثبات الطلاق يقوم القاضي باستدعاء الطرفين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط أو أثناء حضورهما الجلسة لتاريخ معين لإجراء الصلح أين يقوم بسماع كل منهما حول واقعة الطلاق المدعى بها والتأكد من إرادتهما، ومن ثمة يأمر القاضي بإجراء تحقيق حول الواقعة.[1]

ويقصد باللجوء إلى التحقيق إحضار الشهود لإقامة الدليل في واقعة الطلاق. بناءً على طلب أحد الخصوم[2] أو من القاضي من تلقاء نفسه شفاهةً، أو كتابةً عن طريق حكم يأمر من خلاله بسماع الشهود، تطبيقا للمواد **(75)** و**(77)** و**(151)** ق.إ.م.إ. [3]

بعد تحديد القاضي لتاريخ الجلسة المقبلة باليوم والساعة والسنة وذلك من أجل سماع الشهود وفقا للقواعد العامة، وذلك بأن تسمع شهادة كل واحد منهم على انفراد في حضور أو غياب الخصوم بعد تذكيره باسمه ولقبه، ومهنته، وسنه، وموطنه، ويؤدي اليمين بأن يقول الحق وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال في حين أن القصر يتم سماعهم على سبيل الاستدلال ودون تحليفهم ، كما يجوز إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم ببعض. ويجوز سماع شهادة جميع أقارب الزوجين في دعاوى الطلاق ما عدا الأبناء.

---

[1] قسنطيني حدة، المرجع السابق،ص 36.

[2] يقصد بالخصوم هنا الطليقان، أو أحد الورثة، أو كل من له مصلحة.

[3] قانون 09/08، المرجع السابق.

ويدلي الشاهد بشهادته دون أن تتم مقاطعته من أحد –ما عدا القاضي– ثم تتلى عليه أقواله ويقوم بالتوقيع عليها أو ينوه على أنه لا يحسن التوقيع أو أنه امتنع عنه.[1]

وبعد الانتهاء من محضر التحقيق بتدوين أقوال الشهود، ويوم وساعة التحقيق، وحضور الخصوم أو غيابهم، وبيانات كل شاهد، ويثبت فيه أقوالهم ويشار إلى تلاوتها عليهم، يجوز للخصوم الحصول على نسخة من محضر السماع وللقاضي الحرية في الفصل في القضية فورا أو تأجيلها لجلسة أخرى.[2]

فإذا تطابقت أقوال الشهود يصدر القاضي الحكم بتثبيت الطلاق العرفي مع تحديد سنة الطلاق وتحديد مكان. مع أمر ضابط الحالة المدنية أن يقيد هذا الحكم في هامش عقد زواج الزوجين وهامش شهادة ميلاد كل منهما حسب المادة **(58)** ق.ح.م.[3]

وبما أن طلاق لا يثبت إلا بحكم، فإن الحكم الذي يصدره القاضي بتثبيت الطلاق العرفي يكون بأثر رجعي وتسري آثاره على الزوجين وورثتهم. والأحكام الصادرة في واقعة إثبات الطلاق العرفي هي أحكام ابتدائية على خلاف أحكام الطلاق العادي التي تصدر بصفه ابتدائية نهائيه، إذ وفقا للقواعد العامة نكون أمام حكم قابل طرق الطعن العادية كون أن للقاضي فيه دور إيجابي لا يقتصر على مجرد تقرير حق الزوج في الطلاق وإنما يتعداه إلى التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها، وطرق الطعن الغير عادية من طعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة وكذا التماس إعادة النظر، لأنه غالبا ما يتم إثبات وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين ومن ثمة يكون في ذلك مساس بحقوق الورثة مما يعطي لهم الحق في الاعتراض على حكم إثبات الطلاق العرفي رغم أنهم لم يكونوا أطرافا فيه، كما أن القاضي يعتمد على شهادة الشهود ومستندات الخصوم وبعد استنفاذها جميعاً يكون الحكم قابل للتنفيذ بعد مضي آجال الطعن بالنقض.[4]

---

[1] مواد 152، و153، و159، و161 قانون 09/08.

[2] مادة 160، و162، و163ق.إ.م.إ.ج

[3] القانون 08/14، المؤرخ في 2014/08/09، يعدل ويتمم الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19، المتضمن ق.ح.م، ج.ر 49، المؤرخة في2014/08/20.

[4] العياشي عفاف لامية، "**إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق العرفي في التشريع الجزائري**"، مجلة الدراسات البحوث القانونية، جامعة تلمسان، المجلد 06، العدد 01، 2021/01، ص 153.

وبعد صدور الحكم بالطلاق يتم إبلاغ الخصم ووكيل الجمهورية بالحكم المثبت للطلاق العرفي، وعند التحقق من خلو الحكم من أي طعن يقوم المدعي أو المحامي المكلف بتحصيل شهادة عدم الطعن من المحكمة العليا وبعدها يتم اللجوء إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالطلاق. مع ضرورة الإرفاق بشهادة عدم الطعن وهذه الأخيرة تقوم بإرسال الملف إلى البلدية حيث يتم التأشير على الطلاق في شهادة ميلادهما وعقد الزواج. ويترتب على هذا آثار تسري على الزوجين والأولاد وكل من له مصلحة في إثبات هذا الطلاق. ومن أهم آثاره هو احتساب العدة إذ ينبغي على القاضي الحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة لا من تاريخ التصريح به كما تقضي المادة **(58)** ق.أ.ج، كما يترتب عليه بيان حق الحضانة ومسكن ممارستها وحق الزيارة، إذ يجب على القاضي عندما يحكم بالطلاق أن يفصل في جميع آثاره، أما فيما يخص الميراث فإن إثبات الطلاق العرفي يخدم مصلحة الورثة أكثر مما يخدم مصلحة الزوجين، فبصدور حكم مثبت للطلاق العرفي تترتب عليه ثبوت الميراث للورثة أو عدم ثبوته.[1]

الفرع الثاني: اختلاف موقف الزوجين، وحالتهم من الطلاق العرفي:

إن اختلاف موقف الزوجين، وحالتهم من الطلاق العرفي يؤدي بالضرورة إلى اختلاف طريقة التحقيق، فنجد من هو متفق مع زوجته على وقوعه وهنا لا وجود لإشكال لكون هاته المسألة لا تنطوي على نزاع أصلا، فيكون على القاضي سوى تأكيد مكان وتاريخ وقوع الطلاق العرفي بتأكد من شهادة الشهود. أما من ينكر وقوعه ففي مثل هذه حالة إذا أنكر الزوج تلفظه به وادعت الزوجة ذلك فيجب على القاضي هنا التحقيق مع الشهود بدقة لكون المسألة تتمثل في اعتداء على حق معترف به قانونا للزوج، فاتجهت التطبيقات القضائية إلى الأخذ بشهادة الشهود حتى ولو أنكره الزوج وهو الأمر الذي يتجسد من خلال الحكم 2001/75 الصادر بتاريخ 2001/02/10، بتأييد الحكم المعارض فيه والقضاء نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين مع الأمر بالتأشير به على هامش عقدي ميلادهما وعقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية.[2]

---

[1] المرجع نفسه، ص ص 154-155.

[2] قسنطيني حدة، المرجع السابق ص 38.

أما الحالة الأخيرة فهي في حالة ما إذا توفى أحد الزوجين، هنا نكون أمام دعويين إما دعوى يرفعها الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفي أو العكس؛ دعوى يرفعها ورثة الزوج المتوفي ضد الزوج الباقي على قيد الحياة، ونظرا لخطورة هذه المسألة لتعلقها بالميراث والتي يكون غالبا الهدف منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة من الميراث، يجب على القاضي التحقيق وبدقة وقدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي.[1] وفي نفس السياق جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا أنه: "**يستوجب نقص القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود لم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس العقد لتأكيد صحته، ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض والنقص في فحواه**".[2]

[1] مرجع نفسه، ص 39.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم38105، الصادر بتاريخ 2012/01/12، م.ق سنة 1998 العدد01، ص98.

ملخص الفصل الثاني:

جاء في المبحث الأول من هذا الفصل ما يعرف بالطلاق العرفي أو اللفظي الذي يوقعه الزوج خارج أسوار القضاء ومدى اعتراف المشرع به باعتبار أن غموض عباراته توحي باعترافه به لكن لا تترتب آثاره إلا إذا صدر في شكل حكم قضائي، وكمحاولة لسد هذا الشغور القانوني الذي يتخلل هذه المسألة وللحد من الإشكالات التي تنتج عنه سار العمل القضائي إلى قبول دعوى الطلاق العرفي وإثباته بأثر رجعي بعد المرور بعدة إجراءات أولها عقد جلسة الصلح باعتبارها إجراء جوهري في دعاوى الطلاق من أجل التأكد من واقعة الطلاق يليها إجراء تحقيق شامل لإصدار الحكم النهائي.

كما أن إثبات الطلاق كواقعة شرعية وقانونية، يتم بالوسائل المحددة شرعا وقانونا وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى حصر أدلة الإثبات في طائفة محدودة متفق عليها تتمثل أساسا في الإشهاد، اليمين، والبينة، والإقرار

وقد أوضحنا مفهوم الإشهاد في شقه الشرعي والقانوني في محاولة منا لتبيان أوجه التشابه والاختلاف بين المذاهب الفقهية والقوانين في المجتمعات العربية بين مؤيد ومعارض ومنهم موقف المشرع الجزائري.

خاتمة

خاتمة:

ختاما من خلال دراستنا لموضوع إثبات الطلاق في التشريع الجزائري يمكن القول أنّ المشرع وإن حذا حذو ش.إ في جعل الطلاق بالإرادة المنفردة وسيلة شرعية وقانونية لحل عقد الزواج، كما أحسن صنعا عندما أحال إلى أحكامها في كل ما لم يرد فيه نص طبقا لنص المادة **(222)** ق.أ.ج دون التقييد بمذهب معين، إلا أنّ هذا الموضوع من المسائل التي تثير العديد من الإشكالات القانونية لإجحاف المشرع في تناول جزئيات وتفصيلات الموضوع وتركه للعديد من الثغرات القانونية، فهذه الوسيلة المقررة لإنهاء الرابطة الزوجية طرحت إشكالا في مسألة إثباتها وفتحت أمام القضاة المجال للاجتهاد على مستويات واسعة، خاصة ما يتميز به هذا الموضوع من خصوصية وتمايز من قضية إلى أخرى. فانطلاقا مما سبق ومن بحثنا، خلصنا إلى مجموعة من النتائج:

إن أهم ما يتسم به التشريع الأسري هو ضعفه الكمي والكيفي في مادة الطلاق، فالأول يتجلى في قلة النصوص القانونية المنظمة للموضوع والثاني يبرز من خلال طريقة صياغة هذه النصوص التي يكتنفها الإجمال والغموض واحتمالها لأكثر من تفسير الأمر الذي نتج عنه ممارسة قضائية متذبذبة.

مسألة إثبات الطلاق بحد ذاتها تتم بواسطة حكم قضائي صادر عن قاضي قسم شؤون الأسرة، سواء كان الطلاق واقعا في دائرة القضاء أو خارجها. فالحكم القضائي هو شرط لإثبات الطلاق لا وقوعه، والتسجيل لإنهاء العلاقة الزوجية هو أمر إجرائي إداري لا يؤثر في صحة الوقوع.

يعتبر الحكم بالطلاق عمل قضائي مثله مثل سائر الأحكام، لكنه يتميز عنها بطبيعته الخاصة فهو الحكم الكاشف والمنشئ معا.

إيقاع الطلاق الإلكتروني أشبه بإيقاعه في الوسط الواقعي، فالوسط الافتراضي هو وسيلة ناقلة للعبارات المتضمنة ألفاظ الطلاق فقط، وبالتالي متى كان الطلاق عبر وسيلة إلكترونية فإنه ينتج آثاره في حينها.

الطلاق بحاجة إلى تفعيل نص المادة **(56)** ق.أ.ج، لأن الواقع العملي أثبت عزوف القضاة عن إجراء تعيين الحكمين واكتفائهم بالصلح الذي يقوم به القاضي، رغم أن في تفعيله ما يجنب تفكك الأُسر.

أجاز المشرع الطعن بالنقض في أحكام الطلاق وسكت عن باقي طرق الطعن، فيكون بذلك ترك ثغرة قانونية كبيرة، كما أغفل الخصوصية التي تميز أحكامه باعتبارها مستمدة من ش.إ.

يعتبر التنفيذ إجراء أساسي بعد الحصول على الحكم من أجل ترجمة هذا الأخير إلى شيء ملموس حماية للحقوق المتعدى عليها.

القول بان المشرع لا يعترف بالطلاق العرفي يعد مخالفة صريحة للشرع، ورغم عدم النص عليه صراحة يعد قصور تشريعي في هذا المجال إلا أن القضاء لعب دورا فعالاً لسد هذا النقص من خلال تفسير النصوص القانونية واستقرار أحكامه على الاعتراف بالطلاق وإثباته في كل الأحوال بأثر رجعي.

استقر العمل القضائي على تخصيص مجموعة من الإجراءات للوصول إلى الحكم بالطلاق العرفي تختلف نسبيا عن الطلاق العادي نظرا لكونها وليدة القضاء تتمثل في إجراء تحقيق حول الواقعة واستعمال في ذلك كافة طرق الإثبات الشرعية والقانونية.

القول بوجوب الإشهاد يتفق مع مقاصد الشريعة الغراء في المحافظة على الأسرة المسلمة والحد من الضياع الذي يلحق بالأبناء جراء الطلاق المتسرع. ورغم عدم تطرق المشرع له إلا أن مسألة تقييد الطلاق بحكم تُكيف على أساس اشتراط الإشهاد على وقوع الطلاق.

بناءا على ما سبق يمكن تقديم الاقتراحات نوجزها في مجموعة من العناصر نرى أنها تساهم بشكل ما في حل مشكلة الطلاق في الجزائر بصفة عامة وإثباته بصفة خاصة:

إعادة صياغة النصوص القانونية بكيفية تساعد القضاة والمتقاضين على فهمه؛ أي توحد بين الحكم الشرعي والقانوني للخروج بقانون يلبي حاجيات الأسرة، بحيث يتم:

إعادة صياغة المادة **(49)** ق.أ.ج بما يتناسب مع أحكام ش.إ بتقييد إثبات الطلاق بحكم إذا لم يتم الإشهاد، والنص صراحة على أن الطلاق يتم من تاريخ التلفظ به، بالإضافة إلى ربط فترة الصلح بفترة العدة الشرعية التي تختلف من امرأة لأخرى.

ضرورة تعديل نص المادة **(56)** ق.أ.ج بمنح التحكيم الأهمية ذاتها التي منحت للصلح وتبسيط الإجراءات الخاصة بتطبيقه.

النص صراحة على عدم قابلية أحكام الطلاق الواقع بإرادة الزوج لأي طريق من طرق الطعن.

ضرورة إنشاء قضاء أسري متخصص متكامل من قضاة متكونين تكويناً شرعيا وقانونيا، ومحكمة متخصصة، وإجراءات خاصة للتقاضي في مواد شؤون الأسرة لأن القضاء الأسري يعمل بآليات ومفاهيم مستقلة عن تلك المعمول بها في القواعد العامة، بالإضافة إلى إمكانية اعتماد آليات جديدة تواجه معضلة الطلاق من خلال استحداث جهات مختصة بالإصلاح الأسري تسند لها مباشرة مهمة إجراء الصلح بين الزوجين.

العمل على الاستفادة من التطور التكنولوجي في الشأن الأسري، بتقنين الطلاق في الوسط الافتراضي بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي، وإفراد قانون خاص لإثباته مع وضع ضمانات كافية من شأنها حماية الأسرة.

أن يعتنق المشرع صراحة الرأي الفقهي القائل بضرورة وجود شاهدي عدل يسمعان الطلاق الذي يوقعه الزوج حتى يحسب على الزوج من عدد الطلقات التي يملكها.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

أولا: القران الكريم.

ثانيا: المعاجم:

1. إبراهيم مصطفى وآخرون، معجم الوسيط، ج01، دار الدعوى، ط01، القاهرة، د.س.ن.
2. جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العالمية للكتاب، ط01، بيروت 1996.
3. ابن منظور، لسان العرب، ج04، دار الصادر، ط01، بيروت، د.ت.ن.

المراجع:

أولا: النصوص القانونية:

أ- القوانين الدولية:

1. القانون رقم 51 لسنة 1984، المتضمن ق.أ.ش الكويتي، ج.ر الكويت اليوم، العدد رقم 1570، 1984/07/23.
2. قانون الأحوال الشخصية (السوداني) للمسلمين، 1991م.
3. القانون رقم واحد لسنة 2000، المتضمن قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل أحوال الشخصية بمصر، ج.ر عدد04، بتاريخ 2000/01/29.
4. القانون رقم 03/70، بتاريخ 2004/02/03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج.ر المغربية عدد5184، بتاريخ 2004/02/05.
5. قانون رقم(15)، المؤرخ في 2008/12/30، يُعدل القانون رقم (188) لسنة 1959، المتضمن ق.أ.ش العراقي، ج.ر العدد رقم 95.
6. القانون رقم 15 لسنة 2019، المتضمن ق.أ.ش الأردني، ج.ر الأردنية العدد رقم 5578، بتاريخ 2019/06/02.

ب- القوانين الوطنية:

1. الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 1966/06/8، المتضمن ق.إ.م.إ، الجريدة الرسمية العدد 47، سنة 1966 (ملغى).

2. الأمر 58/75، المؤرخ في 1975/12/26، متضمن ق.م، ج.ر عدد 78، صادر في 1975. المعدل والمتمم.

3. القانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب بالأمر02/05 المؤرخ في 27 فيفري2005، المنشور في ج.ر العدد 15، 2005.

4. القانون رقم 09/08، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر العدد 21، المؤرخة في 2008.

5. القانون 08/14، المؤرخ في 2014/08/09، المعدل و المتمم بالقانون 03/17 المؤرخ في 2017/01/10، المتضمن ق.ح.م، ج.ر 02، المؤرخة في 2017.

6. القانون 04/15، المؤرخ في 2015/02/01، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين، ج.ر عدد06، الصادرة في2015.

ثانيا: الكتب:

أ- الكتب العامة:

1. أحسن بوسقيعة، **قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية**، ط الثالثة، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001.

2. أحمد أبو الوفا، **أصول المحاكمات المدنية**، الدار الجامعية، ط04، بيروت، 1981.

3. البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على الصلح جور فالصلح مردود، رقم الحديث 2697.

4. بوبشير محمد امقران، **قانون الإجراءات المدنية:نظرية الدعوى، نظرية الخصومة(الإجراءات الاستثنائية)**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط03، الجزائر، 2005.

5. ابن حزم، **المحلى بالآثار**، ج09، دار الكتب العلمية، ط01 بيروت، 2003.

6. ابن داود في سننه، كتاب الطلاق، باب الرجل يراجع ولا يشهد، رقم الحديث 2186.
7. طاهري حسين، **الإجراءات المدنية الموجزة في التشريع الجزائري**، شركة الأيام، ط01، الجزائر، 1999.
8. عبد السلام ديب، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكم العادلة**، دار موفم، ط02 الجزائر،2011.
9. ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب حديث سويد ابن سعيد،رقم الحديث 2016، ج 01، دار مكتبة معارف، د.ط، السعودية، د.س.ن.
10. محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية**، دار محمود، د.ط، القاهرة، 1996.
11. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج 7، دار الفكر، سوريا طبعة خاصة بالجزائر، 1992.

ب- الكتب المتخصصة:

1. أحمد الشامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، د.ط، مصر، 2010.
2. أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، ط01، مصر، 2014.
3. أماني علي متولي، **الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق**، دار الكتاب الحديث، د.ط، القاهرة، 2010.
4. حسين بن شيخ ايث ملويا، **رسالة في الطلاق والخلع –دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة–**، دار هومة، د.ط، الجزائر، 2013.
5. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية، ط01، الجزائر، 2008.
6. عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، دار هومة، ط04، الجزائر، 2013.

7. عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والقضاء**، دار تالة، د.ط، الجزائر، 2011.
8. عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2007.
9. علي الزقيلي، **حكم الإشهاد على الطلاق –دراسة فقهية مقارنة بقانون أحوال الشخصية الأردني–**، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعة الأردن، 2003/04.
10. عمر حسن المومني، **التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية** (دراسة قانونية وتحليلية مقارنة)، دار وائل، الأردن، 2003.
11. عمر زوده، **طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها**، الجزائر، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003.
12. الغوثي بن ملحة، **ق.أ.ج على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط02، الجزائر، 2008.
13. مبروك المصري، **الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2001.
14. نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على تنفيذ الأحكام القضائية، ط02، دار فسيلة، الجزائر، 2006.

ثالثا: المذكرات والأطروحات:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان،2013/2012.
2. عبد الفتاح تقية، **الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006.

3. عويس بوعلام، **القواعد الإجرائية في شؤون الأسرة الزواج وانحلاله نموذجا،** أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018-2019.

4. كمال دراجي، **تنفيذ الأحكام الإجرائية وإشكالاته في قضايا فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري،** رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2022/2021.

ب- رسائل الماجستير

1. بسمة فوغالي، **اثبات العقد الالكتروني وحجته في ظل عالم الأنترنت،** مذكرة ماجستير، ، كلية الحقوق، سطيف2، 2015/2014.
2. ربيع وفاء، إشكالات **فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر01، 2014/2013.
3. عباس ريمة، **إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2018.
4. عبد الرحيم مقداش، **انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وق.أ.ج دراسة مقارنة،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
5. قسنطيني حدة, **إثبات الطلاق بين النصوص الشريعة وتطبيقاتها القضائية،** مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2003.
6. ملاحي محمد، **دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016/2015.

ج- مذكرات الماستر:

1. كماش نادية وعزوزة الجوهر، **إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية،** مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2015-2016.

رابعا: المقالات:

1. أحمد عبود علوان، "**دراسة فقهية لبعض المستجدات العصرية**"، مجلة جامعة المدينة العالمية، العدد 03، 2012.
2. أكلي نعيمة، "**في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة المقارن**"، المجلة العربية للدراسات والأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة لبويرة، المجلد12، العدد03، 2020/05.
3. بريبر محمد، "**وقوع الطلاق و ثبوته في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة أفاق للعلوم، جامعة الجزائر 1، مجلد05، العدد02، 02/ 2020.
4. بوجمعة حمد، إثبات الطلاق العرفي في ق.أ.ج، الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد02، العدد10، 2018/06.
5. تمام عودة عبد الله العساف، "**الإشهاد على الطلاق**"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 06، العدد02، 2008/11.
6. حاجي يحي، "**الطلاق الافتراضي – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري**–"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة لبليدة 02، المجلد 11، العدد02، 2022/01.
7. حازم أبو الحمد حمدي محمد، **إثبات الطلاق عند الإنكار (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية المصري)**، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة أسيوط بمصر، مجلد 37، العدد 37، 2022/12.
8. حجاري محمد، "**مدى تأثير البيئة الإلكترونية على بعض عقود الأحوال الشخصية –حكم إبرامها وحجيتها**–"، **مجلة الدراسات الإسلامية**، جامعة الأغواط، العدد 05، 2014.
9. حليمة حوالف وتلمساني مامة، "**إشكالات الطلاق في التشريع الجزائري بين النصوص الموضوعية والقواعد الإجرائية وأحكام الشريعة الإسلامية**" مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة أبي بكر بالقايد تلمسان، المجلد08، العدد01، 2022/06.

10. سليماني مصطفى، "**إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري والمقارن (إشكالات تطبيق المادة49)**"،مجلة الباحث القانوني، جامعة أدرار، المجلد01، العدد01، 2020.

11. سمية بوحادة، "**الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة**"، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد ،201638.

12. عبد الحكيم همبري وبسمة عثماني، "**الدور الايجابي لقاضي شؤون الأسرة في اتخاذ التدابير الكفيلة بحماية المراكز القانونية للزوجين على ضوء ق.إ.م.إ وق.أ**"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، العدد01، 2018/03.

13. عبد العزيز بن إبراهيم الشبل، **الإثبات الإلكتروني في النكاح والطلاق**، مجلة القضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد01، د.ت.ن.

14. عليان بوزيان، "**أثر ازدواجية المصدر التشريعي في قضايا شؤون الأسرة علة الاجتهاد القضائي في مواد فك الرابطة الزوجية**"، مجلة علمية محكمة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية، العدد 4، 12/ 2014.

15. عماد حميدة، "**حجية الطلاق العرفي أمام القضاء الجزائري**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المركز الجامعي إليزي، مجلد06، العدد 02، 2022/10.

16. عمرو خليل، "**الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق**"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، المجلد01، العدد01،2011/01.

17. العياشي عفاف لامية، "**إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق العرفي في التشريع الجزائري**"، مجلة الدراسات البحوث القانونية، جامعة تلمسان، المجلد 06، العدد 01، 2021/01.

18. معامير حسيبة، "**إثبات الطلاق بين القانون و القضاء**"، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 27، د.ت.ن.

19. هاجر الهيشري، "**حق المرأة في الطلاق**"، دفاتر السياسة والقانون، جامعة تونس، العدد10، 2014/01.

20. هشام ذبيح، إشكالية، "**إثبات الطلاق العرفي للزوج في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد08، العدد01، سنة 2021.

خامسا: المداخلات العلمية:

1. بلقاسم حامدي ووناسة بالقاسم، **(الطلاق الإلكتروني في الشريعة والقانون)**، مداخلة بمناسبة الملتقى الدولي التاسع قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة، جامعة باتنة، يومي 27 و2018/11/28.

سادسا: القرارات القضائية:

1. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، العدد04، لسنة1984.
2. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، العدد04، لسنة 1989.
3. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، العدد04، لسنة 1989.
4. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، العدد 03، لسنة 1991.
5. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، العدد 01، لسنة 1992.
6. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، العدد01، لسنة 1993.
7. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، العدد53، لسنة 1996.
8. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، العدد01، لسنة 2001.
9. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، لسنة 2001.
10. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، العدد01، لسنة 2003.

الفهرس

الفهرس:

إهداء .....أ

إهداء ..... ب

شكر وعرفان .....ج

قائمة المختصرات: ..... د

مقدمة:.....6

الفصل الأول: إثبات الطلاق الواقع داخل دائرة القضاء

تمهيد: 10

المبحث الأول: مفهوم إثبات الطلاق في التشريع الأسري:.....11

المطلب الأول: الفرق بين إثبات الطلاق وإيقاعه وطبيعة الحكم المثبت له:.....11

الفرع الأول: الفرق بين إيقاع الطلاق وإثباته: 12

أولا: المقصود بإيقاع الطلاق: 12

ثانيا: المقصود بإثبات الطلاق: 14

الفرع الثاني: طبيعة الحكم القضائي المثبت للطلاق ووصفه القانوني:.....15

أولا: طبيعة الحكم القضائي المثبت للطلاق: 16

أ-الحكم الإلزامي: 16

ب-الحكم المنشئ: 16

ج-الحكم الكاشف: 17

ثانيا: الوصف القانوني للحكم بالطلاق: 17

المطلب الثاني: إثبات الطلاق الإلكتروني: 18

الفرع الأول: مفهوم الطلاق الإلكتروني: 18

أولا: تعريف الطلاق الإلكتروني: 18
ثانيا: صور الطلاق الإلكتروني: 19
أ-الطلاق الإلكتروني كتابة: 19
ب-الطلاق الإلكتروني شفاهة: 20
ثالثا: حكم الطلاق الإلكتروني:..... 20
الفرع الثاني: إثبات الطلاق الإلكتروني:..... 21
أولا: التوقيع الإلكتروني: 21
أ-التوقيع بالقلم الإلكتروني:..... 22
ب-التوقيع البيومتري: 22
ج-التوقيع الرقمي:... 22
ثانيا: الكتابة الإلكترونية:..... 22
المبحث الثاني: إجراءات صدور الحكم القضائي المثبت للطلاق: 24
المطلب الأول: الإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق: 24
الفرع الأول: الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى:..... 24
أولاً: طرق رفع الدعوى: 24
ثانيا: تبليغ العريضة إلى المدعى عليه: 26
أ-التبليغ إلى الزوجة:... 26
ب-التبليغ للنيابة العامة:..... 27
ثالثا: شروط قبول الدعوى..... 27
أ-الصفة كشرط لرفع دعوى إثبات الطلاق:.. 28
ب-المصلحة كشرط لرفع دعوى إثبات الطلاق: 28
ج-الأهلية كشرط لرفع الدعوى:.. 28

رابعا: قواعد الاختصاص: 29
أ-الاختصاص النوعي:.. 29
ب-الاختصاص الإقليمي:.....29
الفرع الثاني: سير الدعوى:.....30
أولا: الصلح الذي يقوم به القاضي:.....30
ثانيا: الصلح الذي يقوم به الحكمان: 32
ثالثا: الجهة المختصة بإجراء الصلح: 34
المطلب الثاني: الإجراءات اللاحقة لصدور القضائي المثبت للطلاق: 35
الفرع الأول: الطعن في الحكم القضائي المثبت للطلاق:.....36
أولا: طرق الطعن العادية: 36
أ-المعارضة: 36
ب-الاستئناف: 37
ثانيا: طرق الطعن الغير عادية: 38
أ-الطعن بالنقض:.....39
ب-الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة: 40
ج-الطعن بالتماس إعادة النظر: 40
الفرع الثاني: تنفيذ الحكم المثبت للطلاق: 41
مخلص الفصل الأول: 43
الفصل الثاني: إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء
تمهيد: 45
المبحث الأول: إشكالية الطلاق العرفي في التشريع الجزائري: 46
المطلب الأول: موقف الفقه والتشريع من الطلاق العرفي:.....46

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الطلاق العرفي: 46
الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات من الطلاق العرفي: 49
المطلب الثاني: الطلاق العرفي في الاجتهاد القضائي: 50
الفرع الأول: إشكالات الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية: 51
أولا: وقوع طلاق عرفي من زواج عرفي: 51
ثانيا: التنازع في وقوع الطلاق: 52
ثالثا: حالة إعادة أحد الزوجين للزواج: 53
أ-حالة إعادة الزوج للزواج: 53
ب-حالة إعادة الزوجة للزواج: 53
الفرع الثاني: الآثار القانونية لعدم التمسك بتثبيت الطلاق بأثر رجعي: 54
أولا: احتساب العدة: 54
ثانيا: احتساب عدد طلقات الزوج: 54
ثالثا: إثبات النسب: 55
رابعا: الميراث: 55
المبحث الثاني: إثبات الطلاق العرفي وإجراءاته: 56
المطلب الأول: طرق إثبات الطلاق العرفي: 56
الفرع الأول: إثبات الطلاق العرفي بالشهادة: 56
أولا: القائلون بأن الإشهاد على الطلاق مندوب: 57
ثانيا: القائلون بأن الإشهاد على الطلاق واجب: 58
ثالثا: الإشهاد في الطلاق في القوانين المقارنة وق.أ.ج: 59
أ-في القوانين العربية: 59
ب-في ق.أ.ج: 60

الفرع الثاني: طرق الإثبات الأخرى: 61
أولا: الإقرار: 61
ثانيا: البينة: 62
ثالثا: اليمين: 62
المطلب الثاني: إجراءات إثبات الطلاق العرفي في التشريع الجزائري: 63
الفرع الأول: خصوصية إجراءات إثبات الطلاق العرفي: 63
الفرع الثاني: اختلاف موقف الزوجين، وحالتهم من الطلاق العرفي: 65
ملخص الفصل الثاني: 67
خاتمة: 69
قائمة المصادر والمراجع: 73
الملخص: 88

الملخص

الملخص:

يعتبر موضوع إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة من أهم المواضيع المثارة في الواقع المعاش، وقد تطرق المشرع إلى أحكامه في مادة واحدة جعلت الطلاق بالإرادة المنفردة لا يثبت إلا بحكم سواء كان واقع داخل ساحة القضاء أو خارجها، وإن كان المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى مسألة إثبات الطلاق، إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في هذه الواقعة بالاعتماد على أدلة إثبات الطلاق المتفق عليها.

ولم تترك ش.إ هذه المسألة دون تنظيم، فقد رعته بمجموعة من الشروط والآثار التي تجعل ممارسته على النحو المشروع، فاعتبر الفقهاء الإشهاد في الطلاق مشروع.

الكلمات المفتاحية: الطلاق، التشريع الجزائري، الإثبات، الشريعة الإسلامية.

Résumé:

La question de la preuve du divorce par testament unilateral est considérée comme l'un des sujets les plus importants soulevés dans la réalité vécue. Le législateur a abordé ses dispositions dans un article qui fait que le divorce par unilatéral ne sera prouvé que par un jugement, qu'il ait eu lieu à l'intérieur ou à l'extérieur l'arène judiciaire, même si le législateur ne s'est pas explicitement référé à la question de la preuve du divorce. Toutefois, les requêtes judiciaires vont dans tous les cas le prouver rétroactivement après enquête sur cet incident en s'appuyant sur la preuve convenue du divorce.

La loi islamique n'a pas laissé cette question non réglementée, car elle l'a nourrie d'un ensemble de conditions et d'effets qui rendent son exercice légitime, alors les juristes ont considéré témoigner en cas de divorce comme légitime.

les mots clés: divorce, législation algérienne, preuve, loi islamique