جامعـــة محمد الصـــديق بن يحـــي * جيجـــل*

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إثبـات الطلاق بين النصـوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية

مذكرة مكملـــة لنيـــل شـــهادة الماستـــر في القانـــون الخـــاص

تخصص : قانـــــون الأســـــرة

إعـــداد:

الطالبة: كماش نادية

الطالبة: عزوزة الجوهر

إشراف :

أ/ حوماش حســيبة

لجنـــة المناقشـــة :

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
نادية رواحنة	أستاذة مساعدة – أ–	جيجل	رئيســـــــــا
حسيبة حوماش	أستاذة مساعدة –أ–	جيجل	مشـــــرفا ومقررا
رابح بن غريب	أستاذ محاضر –ب–	جيجل	مشرفا مساعدا
فريدة حايد	أستاذة مساعدة – أ–	جيجل	ممتحنـا

السنـــــة الجـــامعيـــــة:

2015 – 2016 م

جامعـــة محمد الصـــديق بن يحـــي * جيجـــل*

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إثبـات الطلاق بين النصـوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية

مذكرة مكملـــة لنيـــل شـــهادة الماستـــر في القانـــون الخـــاص

تخصص : قانـــــون الأســـــرة

إعـــداد:

الطالبة: كماش نادية

الطالبة: عزوزة الجوهر

إشراف :

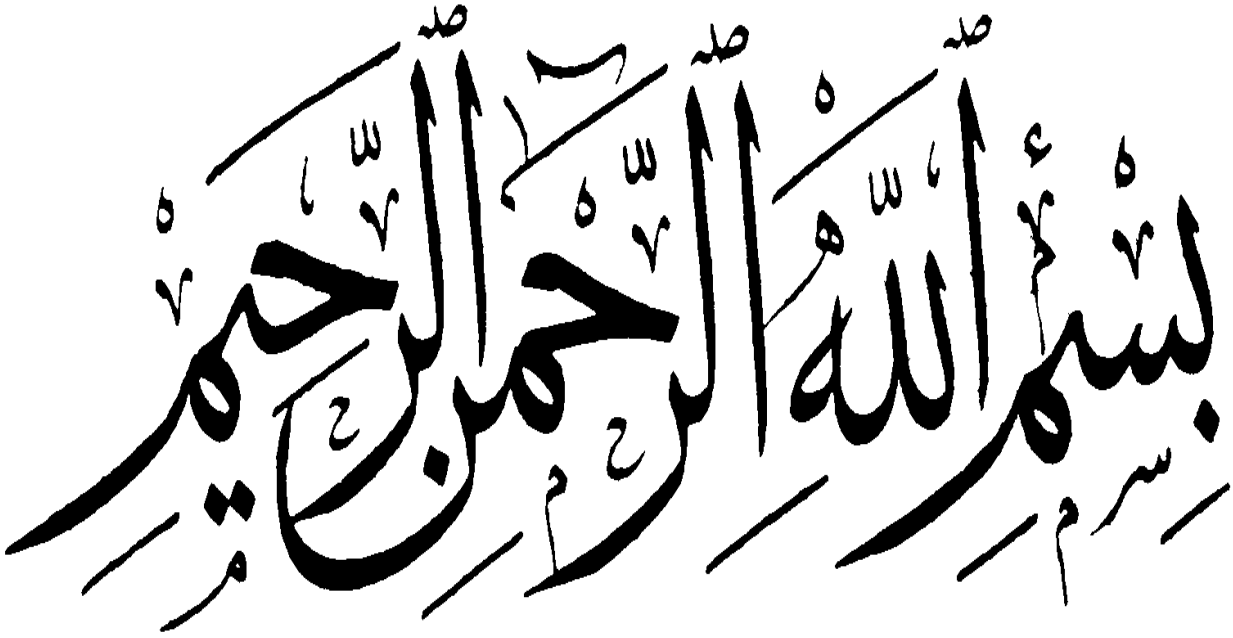
أ/ حوماش حســيبة

لجنـــة المناقشـــة :

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
نادية رواحنة	أستاذة مساعدة – أ–	جيجل	رئيســـــــــا
حسيبة حوماش	أستاذة مساعدة –أ–	جيجل	مشـــــرفا ومقررا
رابح بن غريب	أستاذ محاضر –ب–	جيجل	مشرفا مساعدا
فريدة حايد	أستاذة مساعدة – أ–	جيجل	ممتحنـا

السنـــــة الجـــامعيـــــة:

2015 – 2016 م


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

قال تعالى: ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

سورة النمل الآية 19

فالحمد لله حمدا كثيرا الذي ميز عبده عن سائر خلقه بنعمة العقل ووفقنا من خلالها

لإتمام هذا العمل

إننا نتقدم بآيات العرفان والتقدير لأستاذتي المشرفة على هذه المذكرة الأستاذة " **حوماش حسيبة**" على ما أولتنا به من نصح وتوجيه وعناية في مختلف مراحل إنجازها، واستعدادها الدائم لإبداء النصح والتوجيه فنسأل الله تعالى أن يجعلها خيرا مما نظن وأن يجازيها بكل أجر .

كما نتوجه بجزيل الشكر كذلك إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشتنا وسعة صدرهم.

كما نتقدم بخالص الشكر إلى كل من ساهم في إعداد هذا البحث المتواضع بشكل مباشر أو غير مباشر ولو بكلمة دون أن ننسى أحد من أساتذتنا خصوصا الأستاذ " **يسعد رابح**"، والأستاذ المحامي "**دفاس عماد**" وكل الزملاء والأصدقاء والأقارب فللجميع ألف تحية.

كما لا ننسى في هذا المقام التي رنّقت أناملها هذه المذكرة على صبرها الطويل معنا.

مقدمة

تعتبر الأسرة اللّبنة الأولى لبناء أي مجتمع ولا يمكن أن يبنى بالشكل الصحيح والسليـــم، إلاّ إذا كانت هذه الأسرة متماسكة وكان أفرادها ملتحمين متوادين، تجمعهم أواصر الرّحمة والمودّة والمحبّة، والتي يجب أن تستمر ما استمرت حياة الأسرة وما بقيت قائمة.

لكن رغم أن هذا ما يمثل الأصل، إلاّ أنه قد يحدث وأن تتفكك روابط التماسك والتلاحم بين أفراد الأسرة الواحدة، خاصة روابط الرجل والمرأة أو الزوج والزوجة اللّذان يمثلان بحد ذاتهما أســاس بناء الأســرة، وهذا التفكك قد تتعدّد أسبــابه وتتشعب، وتختلـف من زوجين إلــى آخر، وهذا بالفعل ما قد يؤدي إلــى فك الرابطة الزوجية بين الزوجين عن طريـق الطلاق.

والطلاق يمثل أبغض الحلال عند الله تعالى، فهو من جهة حق مقرر للزوج لإنهاء المشاكل الأسرية التي قد لا يوجد لها حل، والتي قد تؤثر على الزوجين والأولاد وهو بالتالي حلال فــي نظر الشّرع، إلاّ أنه من جهة ثانية يبقى أبغض الحلال عند الله تعالى، لما له من آثار سلبية كبيرة جدا وكثيرة على الأسرة والمجتمع إذا ما قورنت بإيجابياته، وعلى الرغم من ذلك فهو يقع كثيرا في الحياة العملية و في مجتمعنا بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة، عن طريــق الخلع أو بالإرادة المنفردة للــزوج مستعملا في ذلك حق العصمة التي قررت له شرعــا، وهذا الأخير ما يصطلح عليه بالطلاق وهو ما سنخصّه بالدراسة في بحثنا هذا.

فالطلاق كما سبق الإشارة إليه هو حق مباح شرعا ويقع صحيحا متى كان مطابقا لما جاء به الشرع وهو من التصرفات الشرعية الإرادية التي يعبر من خلالها الزوج عن إرادته البائّة والقطعية في إيقاع الطلاق وحصول الفرقة بينه وبين زوجته.

والطلاق قد يقع داخل دائرة القضاء أو أمام القضاء وبحضور القاضي (الطلاق العادي) كما قد يقع خارج دائرة القضاء، أو ما يسمى بالطلاق العرفي.

وفي كلتا الحالتين تطرح العديد من الإشكالات القانونية العملية من عدة جوانب سواء تعلق الأمر بكيفية إثبات الطلاق وكيفية وقوعه وخاصة بالنسبة للطلاق العرفي، والذي قد يكون مصدره زواج عرفي في حد ذاته، أو تعلق الأمر بمسألة العدة، وحتى مسألة كيفية استصدار حكم إثبات الطلاق وطبيعته والعديد من المشاكل الأخرى.

ورغم أن المشرع الجزائري قد تدخل لوضع أحكام تضبط مسألة الطلاق بشكل عام وكيفية إثباته بشكل خاص إلاّ أنه مازالت العديد من الإشكالات تطرح على هذا المستوى.

وعليه فإن أهمية البحث المتعلق بهذه المسألة يكمن في جانبين، جانب نظري وجانب عملي ففـــي الجانب النظري نلاحظ إهتمـــام المشرع الجزائري بوضع أحكـــام تنظّـم موضـــوع إثبـــات الطلاق و تضبطه. والجانب العملي في كيفية تعامل القضاة وتوسعهم في مسألة إثبات الطلاق بنوعيه اعتمادا على ما ورد من نصوص قانونية في المسألة وحتى بالاعتماد على اجتهادات قضائية بحسب نوعية القضايا المعروضة أمام القضاء.

من خلال ما سبق يتجلّى لنا الهدف من دراسة موضوع إثبات الطلاق في جانبين، من جهة البحث والتعمق في مختلف النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لحل مسألة إثبـــات الطلاق والإشكالات الـــعملية التي يثيرهـــا تطبيـــق هذه النصـــوص بالنظر إلى خصوصية موضوع الطلاق، لارتباطها بالأسرة والحياة الشخصية للأفراد، هذه الأخيرة التي تنظّمها القوانين الوضعية إلى جانب الشريعة الإسلامية.

من جهة ثانية محاولة التعرف على كيفية تعامل القضاة ومختلف المحاكم مع مسألة إثبات الطلاق، بالنظر إلى النصوص القانونية المختلفة وقلة هذه النصوص بالموازاة مع كثرة

النزاعات المعروضة في هذا المجـــال، وأيضـــا التعرف على مختلف الأحكـــام والقرارات التي تناولت هذه المسألة ونطاق التباين فيها، خاصة مع اعتراف المشرع بالطلاق الـــواقع في دائرة القضاء دون غيره من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

وعليه فإن موضوع إثبات الطلاق يطرح إشكالا يمكن صياغته على ضوء متغيرين اثنين.

المتغير الأول: يتجلى في قلة النصوص القانونية التي وضعها المشرع للإحاطة بالموضوع ووجود العديد من الثغرات القانونية التي تفتح المجال لطرح الكثير من الإشكالات الواقعية.

المتغير الثـــاني: يمـــكن إستخـلاصه من خلال كيفية تعامل الاجتهادات القضائية مع مختلف القضـــايا المتعلقة بالموضـــوع وكيفية سدّهم لتلك الثغرات التي تركها الـــمشرع من الناحية القانونية.

وبين قلة النصوص القانونية وكثرة النزاعات المتعلقة بمسألة إثبات الطلاق يمكن طرح الإشكال التالي:

كيـــف يمكـــن إثبـــات الطـــلاق بين قلـــة النصـــوص التشـــريعية وكثرة النزاعـــات القضائيـــة ؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة إتبعنا المنهج الإستقرائي الذي يقوم على تتبع جزئيات الموضـــوع خـــاصة مـــا تعلق بالنصـــــوص القانونية وأحـــكام وقرارات المـــحكمة العليا، إضافة إلى المنهج التحليلي من خلال تحليل كل ما تعلق بالنصوص القانونية التي تخدم الموضوع.

فيما يخص الدراسات السابقة لم نعثر على دراسة تحمل نفس عنوان موضوعنا إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، باستثناء مذكرتين:

-مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، بعنوان إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مقدمة من قبل القاضية قسنطيني حدة بالجزائر.

-مذكرة لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية، بعنوان إثبـــــات الطلاق في ظل الفقه والقضاء الجزائري، مقدمة من قبل الطالب بوفيس محمد وآخرون بالجزائر.

وللإحاطة بجوانب الموضوع قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين، فخصصنا الفصل الأول لدارسة الإطار النظري لإثبات الطلاق، تم تقسيمه إلى مبحثين الأول تحت عنوان إثبات الطلاق الواقع في دائرة القضاء، أما المبحث الثاني فجاء تحت عنوان إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، أما الفصل الثاني فأدرج تحت عنوان إجراءات الحكم القضائي المثبت للطلاق وتم تقسيمه إلى مبحثين الأول خصص للإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق، أما المبحث الثاني فقد خصص لدراسة الإجراءات اللاحقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق.

مقدمة

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على مسألة مهمة ألا وهي الطلاق وكيفية اثباته، حيث يقصد بالطلاق ذلك الواقع في دائرة القضاء دون غيره بدليل أن المشرع لا يعترف بأي نوع آخر من الطلاق .

فحصر مسألة إثبات الطلاق في الحكم القضائي الصادر عن قاضي قسم شؤون الأسرة والقاضي بفك الرابطة الزوجية فيما بين الزوجين، ليعلن عن وضعية جديدة وهي الانفصال التام بين الطرفين.

ولكن بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن كيفية إثبات الطلاق تنطوي على الكثير من الغموض، وتطرح العديد من الإشكالات، و لعل مثل هذا الغموض راجع إلى ذلك الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة الجزائري و مواده؛ خاصة عند عدم نص المشرع على الطلاق الذي يوقعه الزوج خارج دائرة القضاء أو ما يصطلح عليه بالطلاق العرفي وكيفية إثباته.

فعلى الرغم من كون قانون الأسرة يحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد بشأنه نص، إلا أنه لازال الإشكال قائما بخصوص مثل هاته المسألة خاصة أمام القضاء، فبالرجوع إلى التطبيقات القضائية نجدها تثبت الطلاق العرفي بأثر رجعي مع إبقاء الحكم القضائي هو الوسيلة الوحيدة لإثبات الطلاق العرفي مثله مثل الطلاق العادي الواقع في دائرة القضاء، في غياب نص صريح يعالج مثل هاته المسألة.

وعليه ومن خلال ما تقدم ارتئينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين إذ نتطرق في المبحث الأول منه إلى إثبات الطلاق الواقع في دائرة القضاء (الطلاق العادي) ثم إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء (الطلاق العرفي) في المبحث الثاني.

المبحث الأول-إثبات الطلاق الواقع في دائرة القضاء:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد قيد مسألة إثبات الطلاق الواقع في دائرة القضاء، فحصرها في ذلك الحكم القضائي القاضي بفك الرابطة الزوجية، حيث جعل منه الوسيلة الوحيدة المثبتة للطلاق.

هذا الأخير الذي يصدره قاضي قسم شؤون الأسرة، ليدخل ضمن الوظائف المقررة له فبمجرد البحث عن الوظيفة التي ينتمي إليها الحكم القضائي يمكن التوصل إلى الطبيعة القانونية له، كما أن لهذا الحكم مضمون من خلاله يمكن الاطلاع على ما تم التوصل إليه ابتداءا من رفع الدعوى إلى غاية صدوره.

وهذا ما سوف نحاول تبيانه و عرضه من خلال المطلبين الأساسيين، (المطلب الأول) تحت عنوان ثبوت الطلاق بحكم قضائي، أما (المطلب الثاني) نتناوله تحت عنوان الطبيعة القانونية للحكم القضائي ومضمونه.

المطلب الأول- ثبوت الطلاق بحكم قضائي:

نظرا لكون الحكم الوسيلة الوحيدة لثبوت الطلاق، ومنه فلابد من إعطاء تعريف لهذا الحكم في(الفرع الأول) ثم التطرق إلى ضرورة استصداره في (الفرع الثاني).

الفرع الأول- تعريف الحكم القضائي المثبت للطلاق:

يعد الحكم من أهم الأعمال التي يقوم بها القضاء، وهو جوهر العمل القضائي وأساس إقامة المحاكم، وهو بمثابة ترجمة للعدل، لذلك سوف نورد تعريفاته المختلفة فيما يلي:

أولا- تعريف الحكم القضائي لغة:

الحكم [1]هو العلم والفقه والقضاء بالعدل، وهو مصدر حكم، بفتح الكاف، يحكم بضم الكاف. [2]

والحكم والقضاء بمعنى واحد أي أن الحكم يفيد نفس معنى القضاء، لكن الحكم يختص بالعدل عند إطلاقه، فالحكم هو القضاء بالعدل.

والحكم والقضاء وجمعه أحكام، والحكم هو مصدر حكم أي قضى بالعدل. [3]

والمعنى الأصلي لكلمة حكم كما استعمله العرب قديما هو المنع والحبس، فالحكم معناه "القضاء وأصله المنع، ويقال حكمت عليه بكذا،إذ منعته من خلافه... ومنه اشتقاق الحكمة لأنها تمنع صاحبها من أخلاق الأرذال" . [4]

بعد تبيان المعنى اللغوي لمصطلح الحكم نجد أن أغلب تلك التعريفات تتفق على أنه يعني القضاء.

ويطلق في كثير من الأحيان على معنى القضاء، ولكن بالرجوع للمعنى الأصلي لكلمة "قضاء" نجد أنها تعني المنع .[5]

---

[1]– تطلق تسمية الحكم الذي يقابله في اللغة الفرنسية jugementعلى حكم المحكمة، وتطلق تسمية قرار على حكم المجلس القضائي arrêt وكذلك على حكم المحكمة العليا، وتطلق تسمية أمرordonnanceعلى الأمر الصادر في المواد المستعجلة.

[2]– جمال ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد الرابع، الطبعة الرابعة ، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، 2005، ص186.

[3]– محمد سعد عيسوس، **الطبيعة القانونية لحكم الطلاق في التشريع الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سكيكدة ، جوان2012،2013، ص8

[4]– أحمد علي الفيومي، **المصباح المنير**،– معجم عربي، عربي–، مكتبة لبنان، سنة1987، ص56.

[5]– محمد سعد عيسوس، المرجع السابق ، ص08.

ثانيا- تعريف الحكم القضائي اصطلاحا:

نقصد بإعطاء تعاريف للحكم اصـطلاحا في الفقه الــقانوني وليس الفقه المعــروف في الشريعة الإسلامية.

والفقه القانوني هو مجموعة آراء الفقهاء ورجال القانون وتعريفهم للمصطلحات القانونية كل حسب المدرسة التي يتبعها أو ينتمي إليها ولذلك نجد لهم اختلافات عديدة حول المصطلح الواحد. [1]

ويمكن تعريف الحكم إصطلاحا على أنه:

"**هو ما يصدر عن محكمة معينة في خصومة ما محددة،فيعتبر هذا الحكم هو الهدف أو الغاية من إتباع إجراءات الدعوى بل الغاية من القضاء ككل** ." [2]

فإذا كانت القاعدة العامة أن تنتهي الخصومة بالحكم في موضوع النزاع، فإنها تنتهي بحكم إجرائي مثل الحكم بسقوط الخصومة .[3]

ما يمكن استخلاصه مما سبق من تعريف الحكم القضائي اصطلاحا، هو أن الهدف منه وضع حد لتلك الخصومة المرفوعة أمام القضاء ووضع حد نهائي للنزاع، وتعتبر الغاية نفسها.

---

[1]– محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص8.

[2]– المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[3]– بوبشير محمد أمقران، **قانون الإجراءات المدنية**: نظرية الدعوى، نظرية الخصومة (الإجراءات الاستثنائية) ، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 278.

ثالثا- تعريف الحكم القضائي قانونا:

الحكم كقاعدة عامة هو السبيل الوحيد الذي يتم من خلاله إنهاء الخصومة أو النزاع المعروض أمام القاضي، والمشرع الجزائري أغفل عن إعطاء تعريف للحكم القضائي سواء في القواعد العامة، أي قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو في قانون الأسرة الجزائري،بل ترك المسألة للفقهاء القانونيين والشراح والباحثين.

ويمكن تعريف الحكم القضائي على أنه:

"هو ذلك القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة وفقا للقواعد المقررة قانونا في نهايتها أو أثناء سريانها ، وسواء صدر في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية."[1]

من خلال جل هذه التعاريف والمعاني اللغوية والفقهية والقانونية ، يمكن إعطاء تعريف للحكم القضائي المثبت للطلاق على أنه :

" ذلك القرار الصادر عن قاضي قسم شؤون الأسرة القاضي بفك الرابطة الزوجية قانونا وبصفة نهائية بعد إنتهاء مجموعة الإجراءات المسطرة والواردة في نص المادة 49 من قانون الأسرة والمتمثلة في إجراءات الصلح وعدم تجاوز الآجال المحددة له قانونا."

ويمكن تعريفه كذلك على أنه:

"هو تلك النتيجة المتوصّل إليها من قبل قاضي قسم شؤون الأسرة بعد فشل جلسات الصلح المقررة قانونا والتي لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، والقاضي بفك الرابطة الزوجية في شكل قرار نهائي ، ليصبح ذلك القرار وسيلة إثبات للطلاق ويعتد به في مواجهة الغير، من خلاله يتحدد تاريخ بدأ سريان عدة المرأة المطلقة".

[1]– بوبشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص 278.

"هو القضاء الصادر من قاضي شؤون الأسرة المتضمن حل الرابطة الزوجية بين المدعي والمدعى عليها والمقيد بالأشكال القانونية". [1]

ما يمكن ملاحظته أن حكم الطلاق لا يكون صحيحا، إلا إذا استوفى شرطا جوهريا فيه قرره المشرع الجزائري في نص المادة **49** من قانون الأسرة وهو إلزامية إجراء الصلح خلال مدة ثلاثة أشهر دون أن يتجاوز هذا الإجراء هذه المدة.

الفرع الثاني- ضرورة صدور الحكم القضائي المثبت للطلاق:

تنص المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة(3) أشهر من تاريخ رفع الدعوى..." [2]

من خلال قراءة نص المادة **49** يتضح أن المشرع قد حصر مسألة إثبات الطلاق أمام القضاء في حكم قضائي، ومنه فإن "الطلاق يقع عن طريق القضاء." [3]

فنص المادة **49** صريح يحتوي على عبارة "لا يثبت" دون عبارة "لا يقع"، وذلك راجع إلى كون أن الطلاق من منظور المشرع لا يقع بمجرد تلفظ الزوج به دون اللجوء إلى القضاء ، فمسألة ثبوته أو إثباته تكون عن طريق القضاء بعريضة افتتاح دعوى كإجراء أوّل إلى غاية صدور الحكم القضائي القاضي بفك الرابطة الزوجية.

---

[1]–محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص18.

[2]– قانون رقم 84–11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، **المتضمن قانون الأسرة**، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05– 02، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

[3]– الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2008، ص114.

لكن بالرجوع لما هو معروف و متداول لدى أغلبية الناس ووفقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية، فإن المرأة المتزوجة وبمجرد تلفظ زوجها بالطلاق فإنها تصبح مطلقة، سواء كان هذا التلفظ صريحا أم لا، لأنه يمكن أن "يقوم مقام اللفظ الكتابة أو الإشارة المفهمة." [1]

فحتى ولو لم يتم اللجوء للقضاء، لكن لو اكتفينا بمسألة التلفظ بالطلاق من قبل الزوج دون اللـجوء إلى القضـاء لتثبيته، فإنه لا وجـود لوسيلة تثبت انحلال الرابطـة الزوجية فعلا فيما بين الـزوجين، ولهذا السّبب نجد المشرع الـجزائري حصر مسـألة إثبات الطـلاق في القضاء دون غيره .

ومنه فإذا طلق الزوج زوجته رفع أمره للقاضي [2]، لأن المشرع الجزائري أقر بأن "الطلاق لا يكون ثابتا ولا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي." [3]

فبمجرد أن يلجأ الزوج إلى القاضي فإنه يتوجب على هذا الأخير ووجوبا إجراء الصلح وذلك سعيا منه للتوصل إلى صلح فيما بين الزوجين، فإذا تم الصلح فإنه لا يمـكن أن يحكم القـاضي بالطـلاق و لا يثبت هذا الأخـير في نظر القانون[4]، وهذا ما يطرح العـديد من الإشكالات مع أحكام الشريعة الإسلامية لأن نص المادة **49** تتحدث عن إثبات مسألة الطلاق وليس وقوعه.

ومن خلال ما سبق ذكره فإنه لا يثبت الطلاق إلا بعد فشل القاضي في محاولات الصلح فيما بين الزوجين ولم يتمكن من الوصول إليه.

---

[1]– بن حرز الله عبد القادر ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق (في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل جزائري له)**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007، ص213.

[2]–المصري مبروك ، **الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري (دراسة فقهية مقارنة)** ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2010 ، ص197.

[3]–بن شويخ الرشيد، **شرح قـانون الأسرة الـجزائري المعـدل**، الطبـعة الأولـى، دار الخـلدونية للنـشر والـتوزيع، الجـزائر، 2008، ص180.

[4]– المصري مبروك، المرجع السابق، ص197.

في هذه الحالة يكون لزاما على القاضي إصدار حكم قضائي يقضي بالطلاق أي بفك الرابطة الزوجية فيما بين المدعي والمدعى عليها ، ليصبح ذلك الحكم القضائي وسيـلة يعتد بهـــا من قبل كل من الزوجين المطلقين، بمعنى أنها تثبت أن كل من الطرفين قد انفصلا و بصفة نهائية عن بعضهما البعض .

هذا الحكم القضائي المثبت للطلاق و بمجرد صدوره فإنه مرجعية لا بد من وجودها لبدأ احتساب عدة المرأة المطلقة، هاته الأخيرة التي تثير العديد من الإشكالات مع ما هو موجود في الشريعة الإسلامية، لأنه في حالة ما إذا اعتبرنا عبارة "تاريخ التصريح بالطلاق" المنصوص عليها في المادة **58**[1]من قانون الأسرة الجزائري يقصد بها المشرع تاريخ صدور الحكم والتصريح به من قبل القاضي وليس من تاريخ التلفظ من قبل الزوج والأصل هو أن تعتد المرأة من تاريخ التصريح بالطلاق من قبل الزوج، لنكون هنا أمام إشكالات، فلو إفترضنا أن الزوج قد تلفظ بالطلاق و تأخر عن تسجيل دعواه أمام المحكمة، ففي حالة تلفظ الزوج بالطلاق في تاريخ معين وغادرت الزوجة بيت الزوجية في نفس التاريخ، ثم قام الزوج بعد مدة بتسجيل دعواه فهنا ستختلف مدة الصلح المحددة قانونا، أي العدة[2] القانونية مع العدة المحددة شرعا، وهذا في حقيقة الأمر واقع لا مفر منـه، لتجد هاته الزّوجة نفسها أمام عدتين واحدة قانونية و الأخرى شرعية، كذلك لو افترضنا أنّ الزوج رفع القضية في نفس اليوم من تلفظه بالطلاق، وهو نفس اليوم التي غادرت فيه الزوجة بيت الزوجية، لكن المحكمة لم تستطع الصلح بين الزوجين خلال مدة 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى ثم تراجع الــزوج عن الطلاق وأراد إرجاع زوجته، في مثل هذه الحالة لا يمكن أن تقضي

[1]– تنص المادة **58** من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

" تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق."

[2]– العدة هي تلك المدة القانونية التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة، حيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها.

المحكمة بالطلاق وإنما يجب عليها أن تقضي باستئناف الحياة الزوجية وذلك تحقيقا لرغبة الزوج لأنه صاحب العصمة.

ما يمكن استخلاصه أن الشّرع يعتبر في مثل هاته الحالات الزوجة مطلقة بعد انتهاء العدة الشرعية، وهي المدة المساوية لمدة الصلح بالنص القانوني، لكن المشرع الجزائري على الرغم من كون هاته المسألة تثير مثل هذه الإشكالات في الواقع العملي و التطبيقي إلا أنه لم ينظر فيها تحقيقا لمبدأ أن "قواعد القانون عامة ومجردة". [1]

حسب رأينا الشخصي في مسألة العدة وحسب نص المادة **58** من قانون الأسرة الجزائري أنه لا بد من تعديلها لأنه ينتابها نوع من الغموض خاصة لكونها جاءت ناقصة حيث اكتفى المشرع الجزائري بالقول من تاريخ التصريح بالطلاق من دون تبيان ما إذا كان هذا التصريح من قبل القاضي عند إصداره للحكم، أم أنه يقصد به تاريخ التصريح بالطلاق من قبل الزوج .

الأصل أنه يتم التصريح بالطلاق من قبل الزوج فلا أحد غيره يمكنه ذلك، لذلك لا يمكن للقاضي أن يصرح به، وعلى هذا الأساس يمكن إقتراح تعديل للمادة **58** من قانون الأسرة الجزائري لتصبح كما يلي :

" **تعتد المطلقة المد خول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق من قبل الزوج .**"

أو :

" **تعتد المطلقة .....من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق .**""

[1]– يقصد به أن قواعد القانون لا توجه إلى شخص معين بحد ذاته، كما لا تتناول واقعة محددة وإنما توجه بصيغة عامة ومجردة، سواء بالنسبة للأشخاص أو من حيث الوقائع.

أما من جهة أخرى فإنه هناك نوع من الإشكال بخصوص المـادة **49** والمادة **50** من قانون الأسرة الجزائري.

فقد جاء في نص المادة **49** أنه:

" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضـي، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى** ...."

و تنص المادة **50** على:

" **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.**"

لم تنص المادتان **49** و**50** على نوعية الطلاق الرجعي والبائن صراحة، ولكن عند التعمق في مضمـــون المادة **50** من قانـــون الأسرة الجزائري، نجد أن الـــمشرع قد نص على إمكانية إرجاع الزوج لزوجته، وذلك أثناء العدة الشرعية للمطلقة وجعل صاحب الحق في الرجعة للزوج دون غيره . [1]

وتكون تلك الرجعة أثناء محاولات الصلح و قبل انقضائها، دون أن نكون في هاته الحالة أمام طلاق رجعي بأتم معنى الكلمة، وعلى الرغم من كون مضمون المادة **50** يشير إلى وجود طلاق رجعي والذي يعرّف على أنه:" ذلك الطلاق الذي يملك الزوج فيه حق مراجعة زوجته ما دامت في العدة و بمحض إرادته رضيت الزوجة أولم ترضى دون الحاجة إلى عقد نكاح جديد ." [2]، إلا أنه لا وجود لنص صريح يفرّق بين الطلاق الرجعي والطلاق

---

[1]– بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)**، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2004 ، ص318.

[2]– صقر نبيل، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص118.

البائن وهذا في حالة ما إذا أخذنا بفكرة أن المشرع لا يعترف إلا بالطلاق الواقع في دائرة القضاء دون غيره.

أما إذا أخذنا بفكرة إمكانية وقوع الطلاق خارج دائرة القضاء وثبوته بحكم، فإننا سنكون أمام نوعين من الطلاق، طلاق رجعي و طلاق بائن[1].

لكن وبالرغم من كون المشرع لم يميز بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن إلا أنه بالرجوع لقرارات المحكمة العليا نجدها ميزت بين كل من نوعي الطلاق البائن والطلاق الرجعي في إحدى قرارتها الذي جاء فيه ما يلي:

" **من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته أما الطلاق البائن فهو الذي يقع مـــا قبل الدخـــول ، أو وقع بناءا علـــى عوض تدفعه الزوجة لزوجـــــها، للتخلـص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة بدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها.**

وعليه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي إعتبر الطلاق بإرادة الزوج بائن." [2]

وما يمكن الإشارة إليه في هذا المجال أن المشرع الجزائري قد ميز بين الطلاق البائن بينونة صغرى والذي يعّرف على أنه :" **ذلك الطلاق الذي لا يملك فيه الـزوج أن يرجع مطلقته إلا بعقد ومهر جديد**". [3]

---

[1]– قسنطيني حدة، **إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، المعهد الوطني للقضاء الجزائر، 2001–2004، ص 08.

[2]– قرار المحكمة العليا رقم 39463 الصادر بتاريخ 1986/02/10 ، المجلة القضائية لسنة 1986، العدد رقم 01، ص 115.

[3]– صقر نبيل، المرجع السابق، ص 123.

وهو ما ذهب إليه المشرع في نص المادة **50**[1] من قانون الأسرة الجزائري، والطلاق البائن ببينونة كبرى والذي يعرف على أنه : " **هو الطلاق الذي يطلق فيه الزوج زوجته أخر الطلقات الثلاث التي يملكها شرعا وقانونا فهو ما لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته في العدة واستئناف الحياة فيما بينهما بعقد ومهر جديدين إلا إذا تزوجت بآخر وطلقت منه أو توفى عنها**"[2]، وهو ما نص عليه المشرع في المادة **51** [3]من قانون الأسرة الجزائري.

ما يمكن استخلاصه من كل ما سبق أن للحكم القضائي القاضي بفك الرابطة الزوجية والمثبت للطلاق دورا فعّالا بمجرد صدوره ويتميز بما يلي:

- يفك الرابطة الزوجية وينهيها بصفة لا رجعة فيها.
- وسيلة مثبتة لوقوع الطلاق فعلا بين رجل وامرأة، الا أنه هناك من يرى من خلال نص المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم قضائي وهذا الأخير ليس شرطا للإثبات و إنما هو شرط للانعقاد، فالمشرع بربطه الطلاق بالحكم القضائي بعد محاولات الصلح فإنه بذلك لا يعترف بأي طلاق وقع قبل إجراء الصلح أمام القضاء من ثم فإن المحرر القضائي هو شرط لانعقاد الطلاق وليس وسيلة لإثباته. [4]

حسب رأينا الشخصي في هذه المسألة فإنه إلى جانب كونه شرط انعقاد يمكن القول كذلك أنه وسيلة للإثبات.

---

[1]– تنص المادة **50** من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"... من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد."

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 331.

[3]– تنص المادة **51** من قانون الأسرة الجزائري: " لايمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

[4]–زودة عمر،**طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها**، Encyclepedia Editions، الجزائر، 2003، ص 31.

ففي حال ما إذا صدر حكم بفك الرابطة الزوجية فإنه يمكن الاحتجاج به من قبل الزوجين على الغير، ويكون من تاريخ تسجيل الحكم في سجلات الحالة المدنية.[1]

المطلب الثاني- الطبيعة القانونية للحكم القضائي المثبت للطلاق ومضمونه:

سوف نتناول من خلال هذا المطلب الطبيعة القانونية للحكم القضائي المثبت للطلاق في (الفرع الأول) أما (الفرع الثاني) سنخصصه لمضمون الحكم القضائي المثبت للطلاق.

الفرع الأول- الطبيعة القانونية للحكم القضائي المثبت للطلاق:

قبل أن نتناول بالدراسة الطبيعة القانونية للحكم القضائي المثبت للطلاق لابد من تعداد أنواع الأحكام والقرارات القضائية باعتبارها قرارات وأحكام متنوعة ومتعددة وذلك من أجل بيان نوع الحكم القاضي بالطلاق.

فوفقا للقواعد العامة فإن الأحكام والقرارات القضائية تنقسم إلى أنواع مختلفة، فهذا التنوع يرجع إلى تنوع محلها ونوع الجلسة التي يصدر فيها الحكم، حيث تنقسم الأحكام من حيث محلها إلى أحكام تقريرية (كاشفة) وأحكام منشئة وأحكام إلزامية، أما من حيث نوع الجلسة التي أصدرت الحكم فيمكن تقسيمها إلى أحكام تصدر في جلسة علنية. [2]

وكذلك يمكن تقسيم الأحكام من حيث إستنفاد المحكمة سلطتها في المسألة التي فصلت فيها ومن حيث وضوح اتجاه المحكمة في موضوع النزاع، إلى أحكام قطعية وأخرى غير قطعية وأحكام تمهيدية وأخرى تحضيرية. [3]

---

[1]–الغوثي بن ملحة ، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء** ، المرجع السابق ، ص 112.

[2]–بو بشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص 280–281.

[3]–المرجع نفسه ، ص 283.

أما بالنسبة لتقسيم الأحكام من حيث طرق الطعن فيها، يمكن أن تقسم إلى أحكام ابتدائية وأحكام انتهائية وأخرى نهائية، و إلى أحكام باتّة، وأخرى حضورية غيابية. [1]

ومنه إذا كانت كل هذه الأنواع تدخل ضمن جميع الأحكام والقرارات باختلاف نوع الخصومة، فيمكن البحث عن النوع الذي يمكن أن نلحق به هذا الحكم القضائي المثبت للطلاق.

إن الحكم القضائي بالطـــلاق قد يكون منشئ؛ ذلك إذا كـــان سبب الفراق التطـــليق أو التفريق القضائي فحكم القاضي هنا يكون منشئ للتفرقة، كما قد يكون الحكم كاشفا للطلاق نتيجـــة تلفظ المزوج قبل عرضه على المحكمـــة أو نتيـــجة إتفـاق الـــزوجين عليه أو بسبب الخلع[2]؛ لأن دور القاضي يكون كاشفا لإرادة الزوج صاحب العصمة الذي ينطق بالطلاق ولا يملك القاضي إلا تثبيتها إلا بحكم قضائي.

أما إذا أردنا تكييفه على أساس مدى قابلية الحكم للطعن فيه، فالحكم القضائي القاضي بفك الرابطة الزوجية يمكن إدراجـــه ضمن فئـــة الأحكـــام النهائية غـــير القابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية، وذلك اعتمـادا على أن الطلاق في الفقه الإسلامي لا يقبل أي تعديل أو مراجعة عندما يكون بإرادة الزوج المنفردة. [3]

بعد معرفة أن الحكم بالطلاق قد يكون منشئ و قد يكون كاشفا، فلا بد من البحث عن الأسس التي يمكن من خلالها تبيان الجهة التي يمكن إدراج الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية فيها لكونه حكم صادر عن الجهة القضائية من قبل قاضي قسم شؤون الأسرة فـلا بد من البحث فيما إذا كان مثل هذا الحكم يدخل ضمن الوظيفة الولائية للقاضي أم أنه يدخل ضمن وظيفته القضائية ويقصد بالوظيفة أو العمل القضائي للقاضي ذلك العمل الذي تقوم

[1]– بو بشير محمد أمقران، المرجع السابق ، ص 288.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 361.

[3]– المرجع نفسه، ص 232.

به هيئة قضائية مستقلة بهدف حسم النزاع المفروض أمامها، طبقا للشكل المقرر قانونا. [1]
أما العمل الولائي للقاضي فقد عرف بأنه:

ذلك التصرف الذي يصدره القاضي إسنادا لما له من ولاية عامة على الأشخاص الذين يتعلق بهم ذلك التصرف.

فالهدف من ذلك هو إعانة هؤلاء الأشخاص على تحقيق ما نقص من إرادتهم. [2]

ومنه يمكن القـــول بأن الفرق بين العمـــل القضائي والعمل الولائي للقـــاضي يكمن في طبيعة العقبة (القيد) التي تعترض الأشخاص للوصول إلى ما يريدونه من وراء تعبيرهم عن إرادتهم، فهذه العقبة قد تكون من وضع المشرع بمعنى أنها عقبة قانونية، وقد تكون عقبة مادية أي ناتجة عن واقع.

من خلال التعريف بالعمل القضائي والعمل الولائي للقاضي والتفرقة فيما بينهما يمكن الوصول إلى نتيجة مهمة تتمثل في أننا سنكون أمام عمل قضائي للقاضي عندما ينص عمله على التخلص من تلك العقبة القانونية التي تتشكل نتيجة تلك النزاعات المختلفة بين الأفراد.

أما العمل الولائي فنكون بصدده عندما ينص عمل القاضي على إزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع والتي تقيد إرادة الأفراد وتحد منها، استثناءا من القاعدة العامة التي تقول أن الإرادة حرة في إنشاء ما تريده من آثار قانونية. [3]

وخلاصة القول أن الطبيعة القانونية للحكم القضائي الذي يقضي بفك الرابطة الزوجية تدخل ضمن العمل الولائي للقاضي، لأن العمل الولائي يهدف إلى إعادة الفعالية لإرادة

---

[1]– زودة عمر، **الإجراءات المدنية على ضوء الفقهاء وأحكام القضاء**، encyclopedia Editions،الجزائر(دون سنة النشر)، ص 187.

[2]– محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص 28.

[3]– المرجع نفسه، ص29.

الأشخاص المقيدة بوجود عقبة قانونية ، وكل عمل يهدف لإزالة تلك العقبة التي وضعها المشرع هو عمل ولائي، فالحكم بالطلاق لا يواجه فيه القاضي عدم فعالية القاعدة القانونية وإنما يواجه عدم فعالية الإرادة لترتيب الأثر القانوني، فهنا القاضي لا يعتبر أنه يحل نزاع من النزاعات لأن الطلاق يعتبر حقا للرجل يستطيع أن يمارسه كيف ما شاء، دون أن يكون للزوجة حق الإعتراض على هذا الطلاق، ولعل ذلك يرجع إلى كون أن الزوج عندما يستعمل حقه فإنه لا يمكن القول أنه سيعتدي على أحد.[1]

وما يجعل الحكم المثبت للطلاق هو حكم ذو طبيعة ولائية رغم صدوره في شكل حكم قضائي والفصل فيه بأحكام غير قابلة للاستئناف، باعتبار أن لهذا الحكم طابع خاص.[2] أن المشرع جعل له طبيعة الإنشاء لأنه ينهي تلك العلاقة الزوجية القائمة بين الطرفين، وبذلك يخلق وضعا جديدا فيما بين الطرفين من تاريخ صدوره وتصريح القاضي بالطلاق، وليس من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أو التصريح به. [3]

وبالرجوع إلى طبيعة الحكم المثبت للطلاق في اجتهادات المحكمة العليا واستقرائنا لقراراتها المختلفة حول مسائل الأحوال الشخصية خاصة المتعلقة بالطلاق توصلنا إلى أنها جعلت من حكم الطلاق ذو طبيعة خاصة على الرغم من كون هذا الأخير له شكل الحكم القضائي من خلال مجموعة الإجراءات المتبعة لاستصداره ، لكنه يقع صحيحا بمجرد تعبير الزوج عن إرادته بالطلاق [4]، دون أن يكون للقاضي دور إيجابي؛ ولهذا فإن حكم الطلاق يتم إدخاله ضمن الوظيفة الولائية للقاضي دون الوظيفة القضائية له.

---

[1]– محمد سعد عيسوس ، المرجع السابق، ص31.

[2]– عبد السلام ديب، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)**، الطبعة الثانية ، موفم للنشر، الجزائر، 2011 ، ص 294.

[3]– محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص 31–32.

[4]– ذلك لأن الطلاق في الشريعة الإسلامية يقع صحيحا بمجرد تلفظ الزوج به متى استوفى مجموعة الشروط التي نص عليها الفقهاء المتمثلة في ثلاث شروط وهي أن يكون زوجا أو رسولا أو وكيلا عنه، أن يكون بالغا عاقلا، أن يكون قاصد للطلاق.

وبالتالي يمكن تعداد تلك الصفات التي تجعل من الحكم المثبت ذو طبيعة خاصة والمتمثلة في:

- أن إثبـات واقعة الطلاق لا تكون إلا بحـكم قضائي و ذلك بموجب المادة **49** من قانـون الأسرة الـــجزائري وكون هذا الحكم القضائي هو شرط لانعقاد ووقـوع الطلاق وهذا ما جاء في احد قرارات المحكمة العليا :"**حيث أنه من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي... أن الرابطة الزوجية لا تحل إلا بالطلاق الذي لا يكون إلا بحكم...**" . [1]

- وهذا ما أكده قرار آخر حيث جاء فيه:

"**إن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة .** "[2]

- إن محاولات الصلح إجراء وجوبي فعلى القاضي إجراء هاته الأخيرة قبل إصداره لحكم الطلاق وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا : "**أن محاولة الصلح تتم وجوبا أمام المحكمة فقط.** " [3]

- أن الحكم بالطلاق يشمل جميع أنواع الطلاق المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري بما أن لفظ الطلاق يشمل جميع تلك الأنواع.

- أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يقع رجعيا دون الحاجة للتّسبيب، لأن الطلاق حق للزوج يوقعه متى شاء دون الحاجة لأسباب معينة وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا الوارد فيه :

---

[1]– قرار المحكمة العليا ، رقم 57812 المؤرخ في 1989/12/25 ، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 03، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 71.

[2]– قرار رقم 82143 المؤرخ في 1992/05/12، نشرة القضاة لسنة 1995،العدد 48، وزارة العدل مديرية البحث، ص 165.

[3]– قرار رقم 372130 المؤرخ في 2006/11/15 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02، المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، 2007، ص 463.

" من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإدارته المنفردة، ومن ثم فإن النّعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله. و متى تبّين –في قضية الحال– أن للزوج في تحمل مسؤولية الطلاق بدون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات...وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج دون تبرير، طبقوا صحيح القانون."[1]

– أن حكم الطلاق هو حكم نهائي لا يمكن استئنافه إلا في ما يتعلق بالجوانب المادية له، كما أنه لا يجوز للقاضي أن يتطرق لموضوع الطلاق أو تغيير صفته بأي حال من الأحوال [2] ، وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في أحد قراراتها:

"من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان ثابت –في قضية الحال– أن قضاة المجلس عدّلوا الحكم المستأنف لديهم والقاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج ليكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون." [3]

الفرع الثاني–مضمون الحكم القضائي المثبت للطلاق:

يحتوي الحـــكم المثبت للطلاق على قرار القضاء بحل الرابطة الزوجية، كما يفصل في طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد، كما يحدد من هو صاحب الحق في الحضانة وحق زيارة المحضون، كما أنه يفصل في النزاع القائم حول متاع بيت الزوجية، ويقدر تعويض المطلقة وإسكانها. [4]

---

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 223019 المؤرخ في 1999/06/15، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 104.

[2]– محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص 34.

[3]– قرار المحكمة العليا رقم 72858 المؤرخ في 1991/03/20،المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد 01، ص 57.

[4]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 362.

وبالتالي فهذا الحكم يحتوي على شقين، أحدهما يتعلق بالطلاق بحد ذاته أي بذلك القرار القاضي بفك الرابطة الزوجية والصادر من قاضي قسم شؤون الأسرة، أما الشق الثاني فهو الذي يتعلق بالجوانب المادية للطلاق، أي بتلك الآثار المترتبة على قرار فك الرابطة الزوجية مثل مسألة النفقة بالنسبة للمرأة أي نفقة العدة، كذلك نفقة المحضون و مسألة إسناد الحضانة وحق الزيارة للمحضون، الفصل في النزاع المتعلق بمتاع بيت الزوجية، كذلك مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي، والذي يكون فيه هذا الحكم ابتدائيا بخلاف الشق الأول المتعلق بالطلاق في حد ذاته والذي يكون في الحكم علنيا حضوريا نهائيا.

فبعد الاطلاع على مجموعة من مختلف الأحكام المتعلقة بالطلاق توصلنا إلى أنه يجب على القاضي أن يطّلع قبل إصدار الحكم و النطق به على ملف الطلاق وجميع الوثائق المرفقة له، كذلك محضر عدم الصلح، كما أنه وجدنـــا أن الحكم بالطلاق يتضمن في أوراقه الأولى مجموعة الدفوع والطلبات لكل من المدعي والمدعى عليها، وصولا إلى منطوق الحكم الذي عادة ما يكون بالعبارة الآتية:

" قضت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا ، حضوريا نهائيا فيما يخص الطلاق و ابتدائيا فيما سواه..." [1]

كما أنه لابد من تسبيب الحكم، وذلك من أجل تبيان ما أقنع القاضي بما قد قضى به وجعله يتجه في حكمه إلى الاتجاه الذي اطمأن إليه، خاصة في دعوى مثل دعوى الطلاق لكونها ذات خطورة من حيث انعكاساتها على الرابطة الزوجية وما يتصل بها من جوانب على العلاقة الأسرية القائمة بين الأطراف في المجتمع. [2]

و هذه الأسباب يجب أن تكون شاملة لجميع الأسانيد والأدلة الواقعية، التي يبنى عليها الحكم في دعوى الطلاق والقاضي بفك الرابطة الزوجية.

---

[1]– أنظر الملحق رقم 01، **المتضمن حكم بالطلاق**.

[2]– الغوثي بن ملحة ، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، المرجع السابق، ص 120.

وهذا ما تؤكده نص المادة **277** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي تنص على:

" **لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث والوقائع والقانون و أن يشار إلى النصوص المطبّقة.**" [1]

كما أنه يتم الإشارة في الحكم إلى إجراء محاولة الصلح ما ترتب عليه و إن اقتضى الأمر يذكر في الحكم اللجوء إلى إجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة **56** من قانون الأسرة الجزائري.

يمكن تعريفه أنه: " **أن يختار أطراف الخصومة طرفا ثالثا بتراضيهما ليفصل في النزاع القائم بينهما طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.**

أما التحكيم في اصطلاح فقهاء القانون هو توليّة الزوجين المتنازعين رجلين من أهلهما للإصلاح بينهما و الفصل في خصومتهما." [2]

كذلك من خلال استقرائنا للأحكام المتعلقة بالطلاق تبيّن لنا وجود مبلغ يشار إليه في مضمون الحكم بالطلاق التعسفي، وذلك كتعويض من أجل جبر الضرر الذي يلحقه الزوج بزوجته جراء تطليقه لها فسواء كان هذا الضرر معنوي أو مادي وجب التعويض ، و هذا ما أكدته المادة **52** من قانون الأسرة التي نصت على أنه:

" **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.**"

---

[1] – قانون رقم08–09 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية** ، الجريدة الرسمية العدد رقم 21 ، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

[2] – محفوظ بن الصغير، **الأسرة والتشريع، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري**، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 263.

ويفرق بين التعويض عن الطلاق التعسفي الناتج عن ضرر وعن حق المتعة[1] للزوجة، فلا بد في حالة حل الرابطة الزوجية من قبل الزوج بفرض المتعة للزوجة المطلقة إلى جانب التعويض عن الطلاق التعسفي ، لأن المتعة هي من توابع فك العصمة [2] لقوله تعالى :

" **وللمطلقات متاع بالمعروف ...**" [3]

وفي الأخير يتم تعيين في الحكم من يتحمل المصاريف القضائية و الأمر بتسجيل الطلاق في سجلات الحالة المدنية حيث أن هذا التسجيل لا يتضمن سوى منطــوق الحكم أو القرار دون الأسباب[4]، هذا ما تؤكده المادة **59** من قانــون الحــالة المدنية التي تنص في فقرتها الثانية على:" **... أن التسجيل لا يشمل الا على منطوق الحكم و لا يجب تبليغ الصفات والأسباب من قبل الأطراف...**"

والمادة **60** من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه:

" **ينبغي على ضابط الحالة المدنية الذي يحرر العقد أو يسجله أن يشير إليه في السجلات الموجودة لديه خلال الثلاث أيام، إذا كان العقد تابعا للقيد و إذا كانت النسخة الثانية من السجل التي يجب أن يتم فيها التسجيل موجودة بكتابة الضبط فيرسل إشعارا للنائب العام.** "[5]

وختاما ما يمكن ملاحظته والتعليق عليه من خلال قراءتنا لمضمون الحكم هو أنه وعلى الرغم من كون المشرع الجزائري يفرق بين الطلاق البائن بينونة كبرى والطلاق البائن

---

[1]– **المتعة** : هي اسم مال يدفعه الرجل لمطلقته التي فارقها ، بسبب إيحاشه لها بفرقة لا يد لها فيها غالبا، و يشترط لاستحقاقها أن لا يكون الطلاق بسبب المرأة ، وألا يكون على الإبراء .

[2]– الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، المرجع السابق، ص 121 .

[3]– سورة البقرة، الآية رقم 231.

[4]– عبد الحفيــظ بن عبيــدة، **الحـــالة الـــمدنية و إجراءاتها في التشريـــع الجزائري**، الــطبعة الثــالثة، دار هومــة، الجــزائر، 2011،ص76.

[5]– قانون رقم 14–08، المؤرخ في 9 أوت 2014، **المتضمن قانون الحالة المدنية**، الجريدة الرسمية عدد 49، المؤرخة في 20 أوت 2014.

بينونة صغرى، وذلك بموجب نصي المادتين **50** و **51** من قانون الأسرة [1]،إلا أنه لا يوجد حكم واحد من بين الأحكـــام التي تم الاطلاع عليها ما يتضمن عدد الطلقات ، فإن كان هذا يدل على أن الـــقاضي عندمـــا يقوم بإجراء الصلح ويصدر الحكم بالطـــلاق لا يسأل كل من الطرفين (الزوج والزوجة) فيما إذا كان هذا الطلاق قد وقع بطلقة واحدة أم بأكثر من طلقة من قبل الزوج الذي يعتبر الطلاق حق معترف به له شرعا و قانونا.

[1]– تنص المادة **50** من قانون الأسرة الجزائري على:

"....ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد."

وتنص المادة **51** من نفس القانون على أنه:

" لا يمكن أن يراجع الزوج من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره أو تطلق منه أو يموت عنها بالبناء."

المبحث الثاني- إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

إنّ المشرع لم يتطرق إلى مسألة إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، واكتفى فقط بالنص على الطلاق الواقع داخل دائرة القضاء، و بسكوته عن هذه المسألة ثارت إشكالات عديدة على مستوى التطبيقات القضائية.

وبما أن قانون الأسرة الجزائري يحيلنا إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص فهذه الاخيرة هي المرجعية في مثل هاته المسألة.

وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال هذا المبحث، إذ سنتناول في (المطلب الأول) إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في التشريع الجزائري، وسنتطرق في (المطلب الثاني) إلى إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول- إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في التشريع الجزائري:

تم تقسيم المطلب إلى فرعين (الفرع الأول) سنتطرق فيه إلى تعريف الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء وموقف المشرع الجزائري منه، أما (الفرع الثاني) فسنحاول التعريج على أهم الإشكالات التي يثيرها الطلاق العرفي.

الفرع الأول- تعريف الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء وموقف المشرع الجزائري منه:

المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة لم يتطرق إلى مسألة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء أو ما يصطلح عليه بالطلاق العرفي، حتى أنه لم يعطي تعريفا لهذا النوع من الطلاق، حيث اكتفى بذكر طرق انحلال الرابطة الزوجية في نص المادة **47** من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:" **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة** "، وذكر أنواع الطلاق في المادة**48**[1] من نفس القانون.

لذلك لا بد من محاولة وضع تعريف للطلاق العرفي إذ يمكن تعريفه على النحو التالي:

[1]–جاء في المادة **48** من قانون الأسرة الجزائري ما يلي:"مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ".

"الطلاق العرفي هو كل طلاق غير قضائي، يوقعه الزوج ويتلفظ به خارج ساحة القضاء ، و ذلك باستعمال ألفاظ وصيغ للطلاق ".

وعندمـــا نتحدث عن الطلاق العرفي نكون أمـــام الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ذلك أن العصمة تكون بيده، وهي حق قائم له يمتلك بمقتضاه إيقاع الطلاق.

والطلاق العرفي نوعان، فإمّا أن يكون طلاقا غير قضائي من زواج رسمي مسجّل وإما أن يكون طلاقا غير قضائي من زواج عرفي غير مسجل، وهذا الأخير تبرز منه إشكالات عديدة عندما يستتبع بالطلاق العرفي، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل لاحقا.

ويكون حكم القاضي في الطلاق العرفي حكما كاشفا، لأنه طلاق إرادي، فإذا تبين للقاضي أن الزوج قد أوقع الطلاق حكم بتثبيته من تاريخ وقوعه.

والطلاق العرفي أو كما يصطلح عليه بالطلاق غير القضائي قسمين: طلاق سني وطلاق بدعي.

فالطلاق السنّي: هو الطلاق الذي يكون باعتبار السنيّة، وهو الموافق للسنة، ويشترط فيه أن يكون في طهر ، وفي غير حيض ولا نفاس، كما يشترط فيه أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه، وألا يطلقها في عدة من طلاق رجعي، وأن يكون الطلاق بلفظ يشمل طلقة واحدة. [1]

ودليل هاته الشروط، حديث ابن عمر لما طلق زوجته وهي حائض، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**مره فليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض فتطهر، فإن بدى له أن يطلقها طاهرا قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمره الله.**" [2]

أما الطلاق البدعي: فيكون في الحالات الأربعة التي يختل فيها أحد شروط الطلاق السني.

---

[1]– أسعد لطفي حسن، **الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية (مدخل فقهي عـــام، قانون الأسرة، قضاء المحكمة العليا)**، دار العلوم للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر،2001، ص 44.

[2]– مصطفى ابن العدوى،**أحكـــام الطلاق في الشريـــعة الإسلاميـــة**، الطبعة الأولـــى، مكتبـــة ابن تيميـــة،مصر، 1988، ص15.

وأصل البدعة هو الحديث في الشيء بعد الإكمال، والطلاق البدعي مكروه ومحرم في المذاهب السنية، لأنه مخالف للسنة وقد نهى الشرع عنه. [1]

وأما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء فبما أنه لم يتم النص عليه في مواد قانون الأسرة، ولم يخصص له أي نص أو مادة قانونية يمكننا الاستنتاج أن المشرع لا يعترف بوجود طلاق عرفي أو طلاق خارج ساحة القضاء .

فالمشرع قد سكت أو بالأحرى قد أغفل التطرق إلى مسألة الطلاق العرفي وهذا ما يعاب عليه لإعتباره من المسائل الهامة و الشائكة ؛ لأن العديد من الأزواج يوقعون طلاقهم قبل اللجوء إلى القضاء، ومع ذلك لم يتم تنظيم هاته المسألة والنص عليها .

والمشرع كذلك قد سكت عن مسألة إثبات الطلاق العرفي، وهذا ما يخلق إشكالات في حال ما أقدم الزوج على طلاق زوجته خارج ساحة القضاء ، لأنه لا يمكن الإعتداد بطلاقه حتى يحكم القاضي بذلك، و هذا ما نصت عليه المادة **49** الفقرة **01** من قانون الأسرة الجزائري بقولها :

" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعدة عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر من تاريخ رفع الدعوى**".

و عليه كان من الأجدر على المشرع أن لا يسكت عن مسألة الطلاق العرفي وإثباته ويضع نصوص تحكم هذه المسألة وتنظمها، كما فعل في مسألة إثبات الزواج العرفي خاصة وأنه باستقراء نص المادة **49** أعلاه، وحسب مفهومها الظاهر يتبين لنا أنه لا يوجد اعتراف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، لأن المشرع قد أخضع الطلاق وإثباته إلى القضاء وقيده بحكم قضائي.

[1]– أسعد لطفي حسن، المرجع السابق، ص 45.

الفرع الثاني- الإشكالات التي يثيرها الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

إن عدم وجود نص قانــوني يبين كيفية إثبات الطلاق العرفي، لم يقف عائقا أمام التطبيــقات القضــائية التـــي عملت على إثبــاته بأثر رجعي، أي من تــاريخ واقعة الطلاق، أو من تاريخ التلفظ به متى تم التحقق من ذلك.

فالعمل القضائي سار في اتجاه مغاير، واتخذ طريق آخر غير مقتضى النص، وذلك بقبول دعوى الطلاق العرفي، كمحاولة لسد الفراغ القانوني الذي يتخلل هاته المسألة.

كما أن العمل القضائي والممارسات القضائية وجدت نفسها أمام حالات أخرى كانت نتاج عن الطلاق العرفي كالميراث والنفقة، و كذلك مشكلة معالجة أوضاع قديمة كإثبات النسب و الزواج، هذا ما دفعها إلى قبول دعوى الطلاق العرفي وتثبيته كمحاولة للحدّ من الإشكالات التي تنتج عنه. [1]

وهذا ما ذهبت إليه محكمة جيجل إذا نجد في أحد أحكامها قبول لدعوى الطلاق العرفي و الحكم بتثبيته، إذ جاء في مضمون الحكم مايلي:

" **الحكم بتثبت الطلاق العرفي الواقع خلال سنة 1961 ببلدية زيامة منصورية بين كل من (ب) ، (ب) و المسماة (ز) ، (ت) مع أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية زيامة منصورية بقيد هذا الطلاق العرفي في سجلات عقود الزواج والتأشير به على هامش عقد زواجهما وعقدي ميلادهما حسب الاختصاص بسعي النيابة العامة.**" [2]

وبهذا نلاحظ أن العديد من القضاة وفي مختلف محاكم الوطن يقبلون دعاوى الطلاق العرفي ويحكمون بتثبته.

وبمــا أن الطــلاق العرفي يثير عدة إشكالات على مستوى القضاء سنحـــاول التطرق إلى أهم هذه الإشكالات:

---

[1]–قسنطيني حدة، المرجع السابق ، ص 13.

[2]– أنظر الملحق رقم 02، **المتضمن الحكم بتثبت طلاق عرفي.**

أولا- مسألة عدم تسجيل عقد الزواج:

المشرع الجزائري يعترف بوجود الزواج العرفي، وذلك من خلال ما جاء في نص المادة **22** من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على ما يلي:

"**يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي**".

والإشكال هنا ليس في وجود عقد زواج عرفي، بل الإشكال يكون في حال ما إذا حدث وأقدم الزوج على طلاق زوجته عرفيا أمام جماعة من الناس أو لوحدهما خارج المحكمة، فهنا يعتبر الزواج مشكلا عويصا متى استتبعه الطلاق العرفي.

فالأصل أن الطلاق العرفي لا يكون إلا في زواج رسمي مسجل ويقع بحكم قضائي على عكس الزواج العرفي فيصحّ فيه الطلاق العرفي لكن شرعا وليس قانونا، لأن المسألة ستتعقد أكثر في حال إذا ما نتج عن هذا الزواج أولاد إذ ينبغي إلحاق نسبهم بأبيهم. [1]

وما تجدر الإشارة إليه أنه لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي إلا بعد تسجيل الزواج العرفي، وذلك بعد التأكد من توافر الشروط و الأركان المنصوص عليها في المادة **09**[2] والمادة **09** مكرر[3] من قانون الأسرة الجزائري، ذلك أن دعوى إثبات الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج العرفي، حيث يتم رفع دعوى تسجيل الزواج أولا وإلحاق النسب، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي مستقلة عنها ، لكن الواقع العملي المعمول به في بعض المحاكم يسير إلى تثبيت الزواج والطلاق بحكم واحد ، مادام أن بعض القضاة قد قبلوا مثل هذه الدعاوى والحكم فيها بحكم واحد .[4]

---

[1]– قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص14.

[2]– جاء في نص المادة **09** من قانون الأسرة الجزائري ما يلي:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ".

[3]– جاء في المادة **09** مكرر من قانون الأسرة الجزائري:"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج."

[4]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص15.

وما يؤكد قبول دعوى تسجيل الزواج العرفي ودعوى إثبات الطلاق العرفي، بعض القرارات الصادرة في هذه المسألة ، منها ما جاء في مضمون القرار التالي :

" **إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج ، يجـــوز لقضاة الموضوع أن يقضوا في نفس الحكم بالطـــلاق، باعتبـــار أن الزواج العرفـي في حكم المسجل بالحـــالة المدنيـة بقوة القـــانون، وذلك بنـــاءا على تثبيته بمـــوجب حكم قضائي، فإذا أعقبه بعد ذلك طلاق في نفس الدعوى فهو صحيح** ".[1]

وفي نفس الصدد نجد كذلك القرار القضائي الذي صدر على مستوى قضاء الجلفة رقم 2002/178 بتاريخ 2002/10/26 الذي يقضي بما يلي:

" **تأييد الحكم القاضي علنيا حضوريا نهائيا بالنسبة للإشهاد على صحة الزواج العرفي الحاصل سنة 1994، وكذلك الإشهاد على صحة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين سنة 1996.**

و إن الحكمة من عدم جواز رفع الدعويين بموجب عريضة واحدة تكمن في اختلاف دعـــوى الطلاق عن دعـــوى إثبات الزواج، كما أن حكم الطلاق يكون نهائيا، في حين أن الحكم بإثبات الزواج يكون ابتدائيا."

و من خلال تحليلنا لهذين القرارين يتضح أن العديد من القضاة يسيرون إلى إثبات الزواج وإثبات الطلاق العرفي بحكم واحد.

غير أن ما تجدر الإشارة له أنـه في الفقرة الثانية من منطـوق القرار الثـــاني لاحظنا أن الحكم يكون واحد بالنسبة لإثبات الزواج وإثبات الطلاق العرفي، غير أن كلتا الدعويين ترفع لوحدها ، أي أن دعوى إثبات الزواج ترفع بعريضة مستقلة عن دعوى إثبات الطلاق.

[1]– قرار المحكمة العليا، رقم 125/059، مؤرخ في 24 /1995/10، غرفة الأحـوال الشخصيـة، عدد 53، النشرة القانونية، ص 56.

ثانيا- مسألة إعادة أحد الزوجين الزواج:

أ- **حالة إعادة الزوج الزواج:** الإشكال الذي يقع فيه القضاة هنا هو في حال تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة، كزواج الرجل من شقيقة زوجته.

فإذا نظرنا من منظور الشرع فإنه واقع وصحيح لا غبار عليه في حال استيفائه الشروط اللازمة.

لكن من الناحية القانونية في حال ما لم يتم إثبات الطلاق بأثر رجعي، لا يعتبر طلاقه قانونيا ولا صحيحا، والزواج الذي يتم فيما بعد يعتبر زواجا فاسدا لابد من فسخه قبل الدخول.

وعليه يستحسن من القضاة إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي من أجل تفادي مثل هذه الحالات.[1]

ب-حالة إعادة الزوجة الزواج: وهنا نكون أمام حالتين:

ب-1- حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي: والإشكال هنا في حال ما إذا أعادت الزوجة الزواج قبل إثبات طلاقها والحكم به، خاصة إذا كان هناك أولاد من الزوج الأول حيث يجدر إلحاق نسب الأولاد لهذا الزوج.

وعليه إذا وجد طلاق عرفي من زواج عرفي وجب رفع دعوى إثبات الزواج وتسجيله مع الإشارة أن الزوجة قد أصبحت في ذمة رجل آخر، ثم ترفع دعوى إثبات الطلاق العرفي.[2]

ب-2- حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل: نكون أمام هذه الحالة عند إقدام المطلقة عرفيا من زواج رسمي مسجل الزواج مرة أخرى عرفيا وذلك قبل صدور الحكم بإثبات الطلاق العرفي.

---

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

[2]-المرجع نفسه، ص16.

وبالرجوع إلى قانـــون الأسرة الجزائري وبالتحديد نص المـادة **49** منه نجد أن الـمشرع لا يعترف بالطــلاق إلا إذا كـان مقيـد بحكـم، إذ أن الطـلاق الـواقـع خـــارج القضـاء لا يعتد به في هذه الحـــالة، وحسب القانـــون الجزائري يمكن للزوج متابعة الزوجة بجريمة الزنا، لأنه مع عدم الإعتـــراف بالطلاق العرفي فإن العلاقـة الزوجية الأولـــى لم تنقطع بعد، إذ يحق للزوج تقديم شكوى ضد زوجته.

وهذا ما يقع في المحاكم قسم الجنح إذ أدينت المطلقة عرفيا التي أعادت الزواج عرفيا بجريمة الزنا، وهنا بالذات في هذه المسألة نلاحظ التناقض بين أحكام الجهة القضائية، حيث أن الزوجة قد دفعت بوقوع الطلاق العرفي وشرعية زواجها الثاني، وهذا الذي لا يعترف به قاضي الجنح ، ولا يمكن أن نعتبر قراره غير صائب، لأنه بنى قراره على أساس ما تضمنته المادة **49** من قانون الأسرة التي لا تعترف بالطلاق إلا بحكم قضائي هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن محكمة الأحوال الشخصية قد سارت في إتجاه إثبات الطلاق بأثر رجعي، هذا ما كان يوجب على القاضي الجزائي إخراج القضية من دائرة التجريم.[1]

ثالثا- مسألة العدة:

إن أكثر ما يثـــار عند القضـــاة عند إثبـــات الطلاق العرفي إشكـالية احتســاب العدة، إذ بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن المطلقة تعتد من تاريخ وقوع الطلاق، غير أن قانون الأسرة الجزائري ينص على أنها تعتد من تاريخ التصريح بالحكم بالطلاق. [2]

وهذا ما جاء في نص المادة **50** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه:

" **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد**".

---

[1]– أحسن بوسقيعة، **قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضـائية**، الطبعة الثـالثة ، الديوان الوطنـــي للأشغـال التربوية، الجزائر، 2001، ص 132.

[2]– سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائـــري**، الطبعة الثـانية، دار هومة للطبـاعة والـنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 286.

كذلك نجد نص المادة **58** من قانون الأسرة الجزائري إذ جاء فيها :

"**تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق**".

من المادتين السابقتين نجد أنهما تنصّان كلاهما على مسألة العدة، كما أن احتساب هاته الأخيرة يكون من تاريخ التصريح بالطلاق، وهنا يقصد به الطلاق الواقع أمام القضاء فالمشرع هنا قد ربط مدة الصلح بالعدة ، وأجلها 3 أشهر تحتسب على أساس العدة.

لكن في حـــالة الطــلاق عرفيــا لا يمكن للزوجة أن تعتد من تـــاريخ الحكم بالطلاق، لأن هذا مخالف لما جاء في الشريعة، و سيكون هناك خلط كبير في احتساب العدة.

إذ ينبغي تدارك الوضع ومحاولة وضع صيغة صريحة تطابق ما جاءت به الشريعة الإسلامية ، كما ينبغي على القاضي أن يحكم بالعدة من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة.

إذ يجب على القاضي أن يسأل إذا ما طلق زوجته خارج القضاء أم لا، فإذا تبين له ذلك يثبته من تاريخ وقوع الطلاق أي من تاريخ التلفظ به. [1]

لأن الأساس في مسألة العدة من خلال نص المادة **49** من قانـــون الأسرة الجزائري يجب أن يكون التلفظ من عدمه.

ومـا تجدر الإشارة إليه أن المـــادتين **49** و **50** جـاءتا مخـــالفتين للشريـــعة الإسلامية ومن المفروض على المشرع تعديلهما كالتـــالي:

– فيما يخص المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري :

"**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن يتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى (ما لم يتلفظ بالطلاق خارج المحكمة، فإذا اثبت القاضي أن الزوج قد تلفظ بالطلاق يثبته من تاريخ وقوعه ويجري الصلح من هذا التاريخ)**".

[1]– قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص18.

– وفيما يخص المادة **50** من قانون الأسرة الجزائري:

" **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد (ما لم تنتهي العدة) ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد (شرط انتهاء العدة).**"

المطلب الثاني- إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في الشريعة الإسلامية:

قسمنا هذا المطلب إلـــى أربعة فروع متتالية فتنــاولنا الإشهــاد (كفرع أول) الإقرار (كفرع ثاني) ثم البّينة في (الفرع الثالث) و أخيرا اليمين (كفرع رابع).

الفرع الأول- الإشهاد كوسيلة لإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

إن الأصـــــل في الطـــــلاق أن يوقـــعه الزوج، وهذا باتفاق جمهور الفقهـــاء بنـاء علـى أن العصمة تكون بيد الزوج فنجد أغلب النصوص الشرعيّة في الطلاق تخاطب الرجل كقوله تعالى: " **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ". [1]

وقد انقسم جمهور الفقهاء إلى قسمين، فهناك فريـــق رأى أن الطلاق يقع دون إشهـــاد، وهناك فريق آخر اعتبر أن الإشهاد قيد على حق الزوج في إيقاع الطلاق.

أولا- الرأي القائل بعدم وجوب الإشهاد:

ذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الطلاق يقع دون إشهاد، لأنه حق قائم للزوج وقد جعله الله تعالى بيده، بما أن العصمة تكون له.

وقد أسسوا قولهم في ذلك أنه لم يرد عن الرسول صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة ما يدل على حاجة الزوج إلى البينة ومشروعية الإشهاد.

كما أنهم ارتأوا إلى أن الإشهاد على الطلاق لا يعتبر شرطا لوقوعه فهو مندوب لا واجب ، فالحق في الطلاق من التصرفات الحرة، ويكفي فيه فقط التعبير عن الإرادة من أجل ترتيب الأثر القانوني، ويعبر عن الإرادة بأي طريقة كانت فالمهم فهمها. [2]

---

[1]– سورة الطلاق، الآية 1.

[2]– قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص19.

ثانيا- الرأي القائل بوجوب الإشهاد:

ذهب بعض أهل العلم و من بينهم أبو محمد بن حزم رحمه الله إلى وجوب الإشهاد على الطلاق مستدلا بالآية الكريمة:" **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ** "[1]، فكل من طلق ولم يشهد ذوى عدل يعتبر متعديا لحدود الله تعالى.[2]

كما قد نقل ابن كثير عن عطاء أيضا أنه لا يجوز لا في نكاح ولا في طلاق ولا في رجاع إلا شاهدا عدل، ووجوب الإشهاد كما قال الله عز وجل في الآية أعلاه إلاّ إذا كان بعذر.[3]

وبالرجوع إلى التطبيق القضائي،ومحاولة إسقاط ما جاء في الشريعة الإسلامية على ما هو جار به في القضاء يوقعنا في إشكال ، وذلك أنه إذا ما أقر القضاء طلاق الزوج دون إشهاد فهنا قد خالفوا ما جاء به في الآية الكريمة من سورة الطلاق لقوله تعالى:

" **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ** "، و إن رفضوا إقرار الزواج سنكون كذلك أمام مشكل السماح للزوج بالاستمرار في معاشرة الزوجة وهي مطلقة وجبت عليها العدة.[4]

و بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري وبما أنه لم ينص على مسألة إثبات الطلاق العرفي فهو لم يضع طرقا لإثباته، وهذا ما جعل القضاة يستندون إلى الشريعة الإسلامية كما جاء في نص المادة **222** من قانون الأسرة الجزائري :

" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة**".

وقد جرى العمل القضائي على إثبات الطلاق العرفي عن طريق الإشهاد، حيث نجد أن المحكمة العليا في العديد من قراراتها قد اعترفت بالطلاق العرفي بشهادة الشهود، ومثال ذلك مضمون القرار التالي:

---

[1]– سورة الطلاق، الآية 2.

[2]– مصطفى ابن العدوى،المرجع السابق، ص183.

[3]– المرجع نفسه،ص 184.

[4]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص19.

" **من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء، ومنه تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين.وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين،و بالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون.** " [1]

وبذلك نلاحظ أن القضاة يسقطون ما جاء في الشريعة الإسلامية على قراراتهم فيما يخص إثبات الطلاق العرفي ويأخذون بشهادة الشهود لإثباته.

الفرع الثاني- الإقرار كوسيلة لإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

الإقرار يمكن أن يقع على العقد ذاته، كمـــا يمكن أن يقع على المصدر الذي أنشأ العقد، إذ أن الإقرار من النـــاحية الشرعية هو الاختبـــار بثبـــوت حق الغير على نفس المقر، ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه ، وبالتالي يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير.

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع قد نص على الإقرار في القانون المدني فقد عرفته المادة **341** منه بأنه :

" **اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة.**"[2]

وعليه فإن الإقرار يشكل من خلال مضمونه، وبالنسبة للشخص الصادر منه أمرا ليس في صالح المقر، بحيث أنه لا يخدم مصلحة المقر، بل يعزز طلب الخصم، فإذا أقر الشخص بحق لزمه. [3]

---

[1]- قرار المحكمة العليا رقم 216850 الصادر بتاريخ 1999/12/16 ، عدد خاص، مجلة المحكمة العليا، المتضمنة الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية سنة 2001، ص 100.

[2]–المادة **341**، من الأمر رقم 75–58، المؤرخ في26 سبتمبر 1975، يتضمن القانـــون المدني، الجريـــدة الرسمية عدد78، المؤرخة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، (المعدل والمتمم).

[3]–الغوثي بن ملحة، **قواعد وطرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري**، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2001، ص74.

و الإقــرار ليس له شكل خـــاص فقد يكـون صريـحا سواء شفـاهة أو مكتــوبا، وهذا هو الغالب في الإقرار، إذ يتمثل في شكل تصريح واعتراف صريح، كما قد يكون ضمنيا. أما فيما يخص مسألة الطلاق فإنه لا يعتد بالإقرار الضمني، بل يجب أن يكون صريحا سواء بصفة شفوية أو بالكتابة وذلك من أجل التأكد من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق.[1]

ويعتبر الإقـرار حجة قــاصرة على المقر لعدم امتدادها إلـى غيره، فهــي لا تتعدى إلى ورثته أو الخلف العام، ففي إدعاء الزوجة حصول الطلاق و أقر الزوج ذلك، أصبح هذا الإقرار لازما له ويثبت به الطلاق .

مع العلم أنه يمكن أن يقع الطلاق كاذبا، أي أن يكون الإقرار بالطلاق كذبا، فمن الناحية القضائية الطلاق قد وقع، أما من الناحية الشرعية فلم يقع، هذا في حال ما إذا أقر الزوج بطلاق سابق، أما إذا كانت نيته إنشاء طلاق جديد، فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتمل الإنشاء والإعداد بتاريخ الإسناد واتخاذه بدء الطلاق. [2]

و يمكن أن يقع الإقرار عن طريق الإكراه وفي هاته الحالة لا يقع الطــلاق، في حال ما إذا توفرت البينة الشرعية على وقوع الإكراه.

والإقرار حتى ولو كان بمثابة الطلاق الدليل القاطع على ثبوت الواقعة محل النزاع مرتبا عليه إزالة النزاع، غير أنه في الواقع لا يمكن اعتباره طريقة للإثبات بقدر ما هو إعفاء من هذا الإثبات، لأن الإقرار يغني عن إلزام المدعي بالواقعة بتقديم أي دليل عنها، لذلك فهو لا يقع كثيرا في الحياة العملية.[3]

والمشرع يأخذ بالإقرار القضائي سواء كان صريحا أو ضمنيا دون الإقرار غير القضائي في الكثير من المسائل.

---

[1]– قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص21.

[2]– المرجع نفسه ، ص22.

[3]– الغوثي بن ملحة ، **قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري**، المرجع السابق، ص 75.

فالإقرار القضائي هو الإقرار الذي يصدر أمام القاضي، و يرتكز عليه اقتناع القاضي ويجب أن يصدر أمام القضاء المختص ، وأن يكون أثناء سير الدعوى أما الإقرار غير القضائي هو الذي يكون في الحالات الأخرى أي عكس الإقرار القضائي، فهو يكون خارج القضاء ويكون تحت السلطة التقديرية للقاضي. [1]

الفرع الثالث- البيّنة كوسيلة لإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

لقد كانت البينة من أهم طرق الإثبـــات في المجتمعـات، والبينة في مفهومهـا العام هي الدليـل أيا كان كتـــابة، شهود أو قرائن. إذ يقـال: "البينة على من ادعـــى واليمين علـــى من أنكر".

وفي معناها الخاص هي أقوال الشهـود العدل الــمعروفين بالصدق والأمـانة يدلـون بما عاينوه وشاهدوه أو سمعوه من وقائع.

والمشرع لم يقصر البينـــة على الشهـادة فقط بل تشمل كل ما يستدل به من وقـائع وأدلة. [2]

فقد جاء في نص المادة **335** من القانون المدني الجزائري بأنه :

" **يجوز الإثبات بالبيّنة، فيما يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة...**"

والبينـة تعتبر حجة متعديّـة، إذا أن الثـــابت فيها ثـــابت على الكـــافة، ولا يثبت على المدعي عليه فقط، وهذا خلافا للإقرار. [3]

و فيما يخص الطلاق وإثباته فالبينة تكون بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، أي يأخذ بالشهادة المباشرة التي يشهد فيها الشاهد لما وقع تحت سمعه.

في حين أن الشهادة بالتّسامع لا يأخذ بها ولا تجوز في مسألة الطلاق.

---

[1]– الغوثي بن ملحة ، **قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري**، المرجع السابق، ص76–77.

[2]– المرجع نفسه ، ص71.

[3]– قسنطيني حدة ، المرجع السابق ، ص23.

لأن الشهادة بالتسامع أجيزت في بعض المسائل وذلك دفعا للحرج، وإثبات الطلاق ليس من بين هاته المسائل.

الفرع الرابع- اليمين كوسيلة لإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

اليمين هو إشهاد الله على صدق ما يقوله الحالف، أو العكس من ذلك إشهاد الله على عدم صدق الخصم الأخر.

ويعتبر اليمين طريقا غير عادي للإثبات يلجأ إليه الخصم إذا تعذر عليه تقديم الدليل المطلوب.

فلا يجد سبيلا من الإحتكام إلى ضمير خصمه بتوجيه يمين إليه يحسم بها النزاع وتسمى باليمين الحاسمة، أو يلجأ إليها القاضي لإتمام ما في الأدلة من نقص فيوجهها من تلقاء نفسه إلى أي من الخصوم وتسمى اليمين المتممة.

واليمين يؤدى وفق للأوضاع والأشكال المقررة شرعا، وقد نص المشرع على مسألة اليمين في القانون المدني في المواد من **343** إلى **350** منه.

فقد جاء في نص المادة **343** من القانون المدني أنه يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى ألآخر و أن للشخص الذي وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه وحسب ما هو معمول به، فإن تأدية اليمين تكون بالصيغة التالية "**أقسم بالله الذي لا إله إلاّ هو** ..." مع رفع اليد اليمنى واليمين تتم في القانون الجزائري بوضع اليد على المصحف لما يحمله من طابع ديني.[1]

وما تجدر الإشارة إليه أن العاهات لا تقف عائقا أمام تأدية اليمين، كما يجوز للشخص الأجنبي الذي لا يحسن لغة القاضي، أن يؤدي اليمين بواسطة مترجم.

[1]– الغوثي بن ملحة، **قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري** ، المرجع السابق، ص 84.

وفي تأدية اليمين يكون الخصم أمام 3 حالات:

أولا- تأدية اليميـــــن:

في هذه الحـــالة الخصم الذي يحلف يكسب القضية و تضيع من الخصم الآخر، وهذا رغم ما كان مقتنع به القاضي، فهو ملزم باليمين. [1]

ثانيا- رفض الخصم تأدية اليمين و النكل عنها:

والرفض يكون بمثابة إقرار ضمني من الخصم الذي يعترف بحقيقة إدعاء الخصم الآخر، فقد نصت المادة **347** من القانون المدني على أنه:

"**كل من وجهت إليه اليمين، فنكل عنها دون ردها على خصمه... خسر دعواه .**"

ويعتبر النّكول موقفا سلبيا من الخصم الذي توجه له اليمين.

ثالثا–رد الخصم اليمين على خصمه:

وهذا حسب ما جاءت به المادة **343** من القانون المدني حيث أنه بإمكان الشخص الذي وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، كأن يفرض هو بدوره على الخصم الذي يلجأ إلى اليمين أن يؤديها وفي حالة امتناعه خسر دعواه. [2]

وفي مسألة الطلاق فإذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكره الآخر ولم يقدم مدعي الطلاق بينّة له أن يطلب من القاضي برفع الدعوى، أما إذا نكل عن اليمين قضى للمدعي بطلباته، لأن النّكول في حكم الإقرار بما يدعيه المدعي.

---

[1]– الغوثي بن ملحة،، **قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري**، المرجع السابق، ص 86 .

[2]– جاء في المادة **343** الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري ما يلي :"...و لمن وجهت إليها اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها الشخص من وجهت له اليمين."

الفصل الثاني

إجراءات إستصدار الحكم القضائي المثبت للطلاق

نظرا لكون أن الطلاق لا يمكن إثباته، إلا بحكم قضائي صادر عن قاضي قسم شؤون الأسرة، وكذلك لكونه حق إرادي للزوج ولا يمكن أن يعترف له به إلا إذا وقع في دائرة القضاء، وهذا من أجل إثباته، فنجد تبعا لذلك أن المشرع الجزائري قد خصه بمجموعة من الإجراءات القانونية التي يجب مراعاتها وإتباعها ابتداء من رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم القضائي بفك الرابطة الزوجية وتنفيذه، بعد استفائه لجميع طرق الطعن.

ونتيجة لكون الحكم القضائي المثبت للطلاق يمر بمرحلتين أساسيتين، الأولى تتمثل في تلك التي تسبق مرحلة استصداره من قبل قاضي قسم شؤون الأسرة المتعلقة أساسا بالدعوى، أما المرحلة الثانية فهي الإجراءات اللاحقة بعد صدور الحكم القضائي المثبت للطلاق والمتمثلة أساسا في طرق الطعن في الحكم بالطلاق وكيفية تنفيذه.

وعلى هذا الأساس ارتئينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق في (المبحث الأول) إلى مختلف الإجراءات المتبعة قبل صدور الحكم القضائي المثبت للطلاق ابتداء من رفع الدعوى إلى غاية الفصل فيها وذلك تحت عنوان الإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق،أمّا (المبحث الثاني) سنخصصه لطرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق وتنفيذه، تحت عنوان الإجراءات اللاحقة بالحكم القضائي المثبت للطلاق.

المبحث الأول- الإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق:

إنّ الإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق هي تلك الإجراءات المتبعة ابتداء من رفع الدعوى إلى غاية الفصل فيها بحكم قضائي من قبل القاضي.

ونظرا لكون أنه لا يمكن تصور صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية ومثبت للطلاق من دون إتباع تلك الإجراءات المقررة قانونا والمتمثلة أساسا في الدعوى باعتبارها الوسيلة الوحيدة لاستصدار الحكم القضائي.

وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين، نتناول في (المطلب الأول) الدعوى كوسيلة لاستصدار الحكم القضائي المثبت للطلاق، ثم تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق (كمطلب ثاني).

المطلب الأول- الدعوى كوسيلة لاستصدار الحكم القضائي المثبت للطلاق:

سنتناول من خلال هدا المطلب طرق رفع دعوى إثبات الطلاق (كفرع أول) ثم قواعد الاختصاص (كفرع ثاني) شروطها (كفرع ثالث) وسير دعوى إثبات الطلاق (كفرع رابع) وأخير.

الفرع الأول- طرق رفع دعوى إثبات الطلاق:

بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه لم يتعرض إلى طرق دعوى الطلاق ومنه يجب الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة أي قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، والتمسك بتلك الإجراءات المنصوص عليها فيه.

فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع نظم طرق رفع الدعوى إلى المحكمة بموجب نص المادة **14** والتي تنص على ما يلي:

"ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف."[1]

يفهم من خلال نص المادة أن هناك طريق واحد ووحيد دون غيره لرفع الدعوى أمام المحكمة وهو العريضة [2]المكتوبة، الموقعة والمؤرخة.

رغم أن العريضة لم تكن الطريقة الوحيدة لرفع الدعوى أمام المحكمة ، وذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية القديم، حيث نجد انه كانت هناك طريقتين قانونيتين لرفع الدعوى وذلك ما يفهم من نص المادة **12**[3] منه والمتمثلتين في:

1- رفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة.

2- رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة، وهنا يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي، الذي يوقّع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع [4]، وبعد تحرير ذلك المحضر المتضمن التصريح من قبل كاتب الضبط يقوم مقام العريضة المكتوبة، باعتباره وثيقة قانونية رسمية.[5]

---

[1]- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ، الجريدة الرسمية، عدد 21،المؤرخة في 23 أفريل 2008.

[2]- يقصد بالعريضة الافتتاحية الورقة التي يحررها المدعي بنفسه أو عن طريق وكيله قصد عرض وقائع قضيته وتحديد طلباته للمحكمة.

[3]- أنظر الأمر 66-154 المؤرخ في 08 يونيو1966، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية**، الجريدة الرسمية، العدد 47، لسنة 1966(الملغى).

[4]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 342.

[5]- سعد عبد العزيز، **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996 ، ص 327-328.

من خلال الاطلاع على مواد قانون الإجراءات المدنية القديم و قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، يتضح لنا أن المشرع في نص المادة **14** من القانون الجديد قد أبقى على الطريقة الأولى المنصوص عليها في المادة **12** من قانون الإجراءات المدنية القديم والمتمثلة في كون أن الدعوى ترفع أمام المحكمة عن طريق عريضة مكتوبة وبالتالي لا وجود لعريضة شفوية من اجل رفع دعوى تثبيت الطلاق أمام المحكمة.

ولقد خص المشرع الجزائري عريضة افتتاح الدعوى بمجموعة من الشروط[1] وذلك بموجب نص المادة **14** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فيجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، فإذا كان الشخص طبيعي يذكر في العريضة اسم ولقب المدعي وموطنه، كذلك اسم ولقب المدعى عليه وموطنه، وإذا لم يكن له موطن فآخر موطن له، أما إذا كان الشخص معنوي فيشار في العريضة إلى تسميته وطبيعته، ومقره الإجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي، وهذه الحالة لا تدخل ضمن عريضة إفتتاح دعوى إثبات الطلاق لأنه لا يمكن تصور شخص معنوي يرفع دعوى طلاق ومنه فهذه حالة متعلقة بمختلف الدعاوى التي يكون فيها الشخص المعنوي له مصلحة.

وبعد ذكر الأسماء لكل من المدعي والمدعى عليه(الزوج والزوجة) يتم عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، وأخيرا الإشارة عند الإقتضاء إلى مجموعة من الوثائق والمستندات القانونية التي يمكن أن تفيد في الدعوى أي تلك المؤيدة للدعوى.[2]

[1]– أنظر الملحق رقم 03، **المتضمن نموذج عريضة افتتاح دعوى قضائية**.

[2]– انظر المادة **15** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد ذلك تقيد العريضة في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع تبيان الأسماء وألقاب الخصوم[1] ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، ليسجلها أمين الضبط ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها، وذلك طبقا لنص المادة **16** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

ليتم التكليف بالحضور وذلك محدد بأجل عشرين (20) يوما بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة مالم ينص القانون بخلاف ذلك، طبقا لصريح المادة **16** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولقد أكد المشرع على أن التكليف بالحضور يجب أن يتضمن بيانات واضحة فحصرها في سبعة (07) بيانات تتعلق بالآتي : إسم ولقب المحضر القضائي ، وعنوانه المهني، وختمه وتوقيعه، وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته، إسم ولقب المدعي وموطنه (الزوج)، إسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه (الزوجة)، تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الإجتماعي و صفة ممثله القانوني، تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها،[3]وهذا عملا بنص المادة **18** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

[1]– يقصد بالخصوم هنا الزوجان اللذان لجآ إلى القضاء من اجل طلب فك الرابطة الزوجية.

[2]– تنص المادة **16** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:" تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة."

يسجل أمين الضبط رقم القضية و تاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الإفتتاحية ، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم..."

[3]– عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء**، منشورات ثالة، الجزائر،2011، ص 148.

الفرع الثاني- قواعد الاختصاص في دعوى إثبات الطلاق:

إن المحكمة[1] هي الجهة القضائية المختصة في الفصل في النزاعات، أي في جميع القضايا المعروضة أمام كل قسم من أقسامها.

والقاعدة العامة أنه يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، وإذا لم يكن له موطن معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له،أما في حالة إختيار الموطن فيؤول الإختصاص الإقليمي للجـــهة القضائيـــة التي يقع فيها الموطن المخـــتار، وهذا ما لم ينص القانـــون على خلافه طبقا لنص المادة **37** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لكن المشرع جـــاء باستثناء على هـــاته القـــاعدة والمنصوص عليه في المادة **40** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء في فقرتها الثالثة :

" **في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضـــانة، النفقـة الغـذائية والســكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع دائرة اختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن....**"

وبالتالي يعود الاختصاص حسب نص المادة **40** المذكورة اعلاه في دعاوى الطلاق للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية.

كما تؤكد المادة **426** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد فيها أو بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي عندما يتعلق النزاع بالطلاق.

---

[1]– تنص المادة **32** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما، المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا قسم شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا."

ومعنى كل هذا انه في حال ما إذا أقيمت دعوى طلاق أو دعوى إثبات طلاق أمام المحكمة غير تلك التي منحها القانون صلاحية الاختصاص بالفصل فيها، ودفع المدعى عليه بعدم الاختصاص الإقليمي للمحكمة، فإنه من واجب القاضي مناقشة هذا الدفع بجدية ووضوح فيرفضه أو يقبله.[1]

فإذا رفض القاضي الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للمحكمة، انتقل إلى مناقشة أسباب إقامة الدعوى وأسباب النزاع فيها، و دراسة موضوع النزاع والفصل فيه، وإن قبله قضى بعدم الاختصاص، دون مناقشة الموضوع ،ودون القضاء بعدم قبول الدعوى شكـــلا أو لعدم التأسيس.[2]

فمسألة الاختصاص على الرغم من بساطتها إلا أنها تثير إشكالا خاصة في حـــــال ما إذا كان هناك تنازع للقوانين على مسألة الطلاق، فيجب البحث في القانون الواجب التطبيق اذا كان أحد أطراف النزاع الزوج أو الزوجة أجنبيا.

بالرّجوع إلى نص المادة **12** من القانون المدني الجزائري نجدها تنص في فقرتها الثانية على ما يلي:

" **يسري على إنحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.**"

وكذلك تنص المادة **13** من القانون المدني على أنه:

---

[1]– سعد عبد العزيز، **إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة امام أقسام المحاكم الابتدائية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 41.

[2]– المرجع نفسه، ص41.

"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص الأهلية."

وما يمكن استخلاصه من المادتين السابقتين أنه لا مجال لتطبيق القانون الأجنبي إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، لكن في حالة إذا ما كان الزوجان أجنبيان فإنه يطبق على الطلاق القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

الفرع الثالث- شروط رفع دعوى إثبات الطلاق:

بالعودة لنص المادة **13** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على مجموعة من الشروط الواجب توفرها في كل من رافع الدعوى، وهو المدعي والحق المدعى به، وهي شروط عامة يجب توفرها في جميع الدعاوى، إلى جانب هاته الشروط العامة لرفع الدعوى توجد شروط خاصة وتتمثل في شهادة ميلاد من الطرفين ومستخرج من عقد زواج المعنيين.

أولا- الشروط العامة لرفع دعوى إثبات الطلاق:

تنص المادة **13** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

" لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون."

وبالتالي فالمشرع يشترط في رفع الدعوى كل من الصفة والمصلحة، هذا بعد ما كانت في قانون الإجراءات المدنية القديم إلى جانب كل من الصفة والمصلحة الأهلية و هاته الأخيرة التي تعرف على أنها "**صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات**"[1]

[1]– الغوثي بن ملحة، **القانون القضائي الجزائري**، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2000،ص 243.

وهذا ما جاء في نص المادة **45** من قانون الإجراءات المدنية القديم التي تنص على :

" **لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا على الصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك.**"

لكـن بالرجـوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي نجد أن المشـرع اشترط في حالة ما إذا كان الزوج ناقص الأهلية أن يتم طلب الطلاق باسمه لكـــن من قبل الولي عنــه أو مقدمه وذلك حسب حالته[1].

ما يمكن استخلاصه من خلال نص المادتين **13** و **437** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أنه هناك ثلاث شروط لرفع الدعوى وجب توفرها وهي شروط عامة متمثلة في المصـــلحة والصـــفة والأهليـــة، على الرغـــم من كون مســـألة الأهلية تـطرح نوع من الإشكـالات، خاصة أن المشرع الجزائري أجاز في قانون الأسرة زواج القصر بترخيص قضائي، ومنح للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج، وهذا ما تؤكده المادة **07**[2] من قانون الأسرة الجزائري.

حيث منحت المادة **07** من قانون الأسرة للذين لم يبلغوا سن الرشد صلاحية التقاضي في إثبات النسب والحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك من أثار الزواج. [3]

---

[1]– تنص المادة **437** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب حالته."

[2]– تنص المادة **07** من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:"يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات".

[3]– بوجاجة فوزية و غوناي غنية ، **الأحكام القانونية لانعقاد الزواج**، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة ، الجزائر، 2014–2015، ص 40.

وبالتالي فنص المادة **07** من قانون الأسرة الجزائري يتنافى مع نص المادة **437** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأنه يفهم من نص المادة **07** من قانون الأسرة أن القاصر بنفسه يتحمل إجراءات التقاضي، وليس وليه أو مقدمه باسمه فقط، ولذلك لابد على المشرع تعديل نص المادة **07** من قانون الأسرة الجزائري، والإشارة إلى أن الولي أو المقدم حسب الحالة هو من يتولى مسألة إجراءات التقاضي، كما أنها تتنافى مع القواعد العامة في القانون المدني فيما يتعلق بمسألة الأهلية.

أ- الصفة كشرط لرفع دعوى إثبات الطلاق:

الصفة هي ذلك الوصف الذي يعطى للأشخاص أو الأطراف في الدعوى، فإذا رفعت دعوى إثبات طلاق ممن ليس له صفة يحكم بعدم قبول الدعوى ، فالقانون يشترط في الزوج الذي يتقدم أمام المحكمة أن يكون ذو صفة "la qualité" بمعنى يجب أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة بنفسها ولا ضرر إذا كان أحد ممثليهما قانونا، كالمحامي مثلا أو الولي أو الوصي.[1] كذلك يمكن أن يكون ذا صفة القيم أو المقدم بالنسبة للمحجور عليهم و بالنسبة للمفقود، وذلك طبقا لما ورد في المواد **81** و **87-104** من قانون الأسرة الجزائري.[2]

مع الإشارة إلى أن شرط الصفة لا يقتصر تطبيقه على المدعي وإنما 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 أن يحكم القاضي سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من الغير ممن يكونوا أطرافا في الدعوى.[3]

---

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

[2]- سعد عبد العزيز، **إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة، أمام أقسام المحاكم الابتدائية**، المرجع السابق، ص 52.

[3]- المرجع نفسه ، الصفحة نفسها.

ب- المصلحة كشرط لرفع دعوى إثبات الطلاق:

إلـــى جانب الصفـــة كشرط لقبول ورفع الدعـوى لا بد من الـــمصلحة كشرط آخر إلى جانبها، فلذلك يشترط في الزوج الذي يتقدم لرفع دعوى الطلاق أمام المحكمة، أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع بمعنى أن هدفه من هاته الدعوى هو تحقيق فائدة عملية مشروعة. [1]

و عليه فلابد للمدعي من مصلحة قانونية وشخصية، قائمة ومباشرة وقت رفع الدعوى مباشرة.[2]

والمصلحة تظهر بصفة خاصة في دعاوى إثبات الطلاق العرفي، خاصة في حالة إعادة الزوجة الزواج ، أو تزوج الزوج بأخت الزوجة وكذلك بالنسبة لمسألة الميراث والورثة في حالة وفاة أحد الزوجين، فإن من مصلحة الورثة إثبات وقوع الطلاق ليثبت لهم الميراث من عدمه.[3]

ج- الأهلية كشرط لقبول ورفع دعوى إثبات الطلاق:

الأهلية كمـــا سبق القول هي "**صلاحيـــة الشخص لكسب الحقـــوق وتحمل الالتزامات**" [4] فمن البديـــهي القول أنه لا يمكن لأي شخص أن يكـــون طرف في دعوى

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 442.

[2]- سعد عبد العزيز، **إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية**، المرجع السابق،ص 54.

[3]- قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 31.

[4]- الغوثي بن ملحة، **القانون القضائي الجزائري**، المرجع السابق، ص 243

إلا إذا كان مؤهلا للتقاضي[1]، والسن القانوني لأهلية التقاضي هو بلوغ سن 19 سنة كـــاملة وهذا ما نصت عليه المادة **40** من القانون المدني الجزائري.[2]

و هي نفس السن المحددة قانونا للزواج في المادة **07** في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص:

"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."

فالزوج الذي بلغ هاته السن يكون أهلا لرفع الدعاوى المتعلقة بآثار الزواج من بينها دعوى إثبات الطلاق.

أمّا إذا كان الشخص قـــاصرا فهذا لا يمنعه من الزواج بترخيص من القـــاضي وهذا ما تؤكده الفقرة الثانية من نص المادة **07** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على:

"...و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج."

وحسب فقرتها الثالثة فإن الزوج القاصـر يكتسب أهلية التقاضـي[3]، لكن بالرجوع للمادة **437** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يتولى عنه ذلك وليه أو مقدمه حسب الحالة لكن يكون ذلك الطلب بالطلاق باسمه (القاصر).

---

[1]– سعد عبد العزيز، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام المحاكم الابتدائية**، المرجع السابق، ص 53.

[2]– تنص المادة **40** من القانـون المدنـــي الجزائري على أنه:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة."

[3]– تنص المادة **07** في فقرتها الثالثة على ما يلي:"يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات."

وما يمكن الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في نص المادة **13** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يشر إلى شرط الأهلية ولكنه أشار إليها في نص المادة **65**[1] من نفس القانون، وذلك لأن هذا الشرط لا يخص شرط قبول الدعوى القضائية فقط بل هو شرط عام يتعين أن يتوفر في الشخص الذي يباشر أي عمل قانوني.[2]

ثانيا- الشروط الخاصة لرفع دعوى إثبات الطلاق:

هناك شرط وحيد خاص بدعوى إثبات الطلاق يتمثل أساسا في نسخة من سجل عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية، وإلى جانب نسخة من عقد الزواج لا بد من تقديم نسخة شهادة ميلاد كل من الطرفين أي الزوج والزوجة.

فيعتبر شرط تقديم نسخة من عقد الزواج من الشروط الخاصة التي تتطلبها إجراءات دعوى الطلاق بصفة عامة وإجراءات دعوى إثبات الطلاق بصفة خاصة، حيث يعتبر مثل هذا الشرط الدليل الفعلي على وجود زواج رسمي بين الطرفين أي هذين الزوجين اللذان لجآ إلى القضاء، وهذا يعني أنه في حال ما إذا أراد الزوج رفع دعوى طلاق أو تثبيت الطلاق فلا بد من أن يقدم للمحكمة عريضة افتتاح الدعوى القضائية، مرفقة بنسخة من عقد الزواج تبين صفة الزوجين وتمنح لهما الحق للّجوء إلى القضاء، و إلا حكم بعدم قبول الدعوى.

---

[1]– تنص المادة **65** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:"يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية كما يجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي او المعنوي."

[2]– حمدي محمد أمين ، **شروط رفع الدعوى وآجالها وتقديم المستندات**، مداخلة في إطار شرح أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 2008–2009، بتاريخ 1 ماي 2016، ص 09، من موقع: www.sciencejuridique.ahlamontada.net

الفرع الرابع- سير دعوى إثبات الطلاق:

هناك مجموعة من الإجراءات تنظم سير الدعوى، فبعد توفر الشروط التي سبق ذكرها (المصلحة، الصفة، الأهلية، نسخة من عقد الزواج) وتبيان الجهة القضائية المختصة، وتقديم عريضة إفتتاح الدعوى أمام المحكمة، فإنه وحسب نص المادة **16** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقوم كاتب الضبط بتسجيل العريضة حالا في سجل خاص، الذي يطلق عليه تسمية "السجل العام لقضايا الأحوال الشخصية".[1]

وبعدها يقوم كاتب الضبط بإعطائها رقم تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم، رقم القضية، تاريخ أول جلسة، ويسجل بعد ذلك أمين الضبط ذلك التاريخ على نسخ العريضة الإفتتاحية ويسلمها للمدعي الزوج، وذلك بغرض تبليغها رسميا للخصوم (المدعى عليه الزوجة) لتحدد بعد ذلك آجال التكليف بالحضور لجلسة الطلاق ب 20 يوما ما بين تسليم التكليف بالحضور وتاريخ أول جلسة، ويمكن تمديد أجل التكليف بالحضور إلى ثلاثة أشهر(03) وذلك في حالة ما إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج.[2] ويمكن بعد التكليف بالحضور أن يحضر بدلا عن الخصوم محاميهم أو وكلائهم وذلك ما يؤكده نص المادة **20** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حالة غياب المدعى عليه عن الجلسة سيصدر حكم ضده.

وهذا ما جاءت به المادة **19** في فقرتها الثامنة (08) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على ما يلي:

---

[1]– عبد الفتاح تقية، **الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2006–2007، ص 244.

[2]– أنظر المادة **16** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

" **تنبيه المدعى عليه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضـــور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر.**"

أما في حالة غياب المدعي فإنه يقضي القاضي بإلغاء الدعوى.

ولقد جرى العمل أمام القضاء أن يفصل القاضي دائما بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسات، بعد سماع كل واحد منهما، والجلسات في الأصل تكون علنية لكن نظرا لخصوصية مســـألة الطلاق، فإذا كان موضوع الجلسـة يمس بمصلحـة الأسرة فإنه يمكن أن يكون في جلسات سرية.[1]

ويقصد هنا بالجلسات السرية، أن تكون جلسة الطلاق بين الزوجين المتخاصمين وبحضور كل من قاضي قسم شؤون الأسرة وكاتب الضبط دون غيرهما وبدون حضور محامي كل من الطرفين.

المطلب الثاني- تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق:

سنحاول من خلال هذا المطلب تبيان كيفية تعامل القاضي مع كل من دعوى إثبات الطلاق الواقع في دائرة القضاء (الطلاق العادي) في فرع أول، ثم تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء (الطلاق العرفي) كفرع ثاني.

الفرع الأول- تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق الواقع في دائرة القضاء:

بمجرد رفع الزوج الدعـوى إلى القضـاء، فإنه يقع علـى عاتق القاضي قبل الفـصل في الخصومة المتعلقة بفك الرابطـة الزوجية القيام بإجراءات محـــاولات الصلـح الوجـوبية؛ "لأنها تعد مسألة ضرورية مهمـة وجوهريـة في الطلاق وعليـه فقد أكـد الـمشرع

[1]– وهذا ما يؤكده مضمون المادة **07** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي:"الجلسات علنية ، ما لم تمس العلانية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة."

في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة **439** أن محاولة الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية". [1]

ولعل الحكمة من هذا الإجراء جعل الطلاق مقيد بالقضاء هو محاولة إقناع الزوج للتراجع عن طلبه في الطلاق، قبل الإنفصال النهائي ولعل وعسى أن يتمكن القاضي من النجاح في الصلح بين الزوجين المتخاصمين لاستئناف الحياة الزوجية القائمة على المودة والرحمة من جديد.

وإلى جانب إجراءات الصلح الوجوبيّة، هناك إجراء آخر والمتمثل في اللجوء إلى التحكيم والذي يعتبر كذلك من الإجراءات الأولية والمهمة التي يكون القاضي مجبرا على القيام بها قبل النطق بالحكم [2].

على الرغم من كون التحكيم إجراء مثله مثل الصلح إلاّ أنه غير وجوبي على عكس الصلح الوجوبي، فمن الناحية التطبيقية القضائية يعد التحكيم منعدم تماما كإجراء لا يلجأ إليه في أغلب الأحيان لذلك سنكتفي بدراسة إجراءات الصلح ثم تسجيل الحكم بالطلاق كإجراء تابع لإجراء الصلح في حالة ما إذا فشل القاضي في إجراءات الصلح.

[1]– عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء**، المرجع السابق، ص 153.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 356.

أولا- الصلح كإجراء وجوبي قبل إصدار الحكم في دعوى إثبات الطلاق:

أ- تعريف إجراء الصلح:

أ-1- تعريف الصلح لغة:

يعرف الصلح من الناحية اللغوية على أنه مشتق من المصالحة والإصلاح بمعنى "قطع المنازعة، مأخوذ من صلح الشيء: إذا كمل وهو خلافا الفساد، يقال: صَالَحْتُهُ مُصَالحَة وصلاَحًا".[1]

وقد ورد الصلح في الشريعة الإسلامية حيث نجد الدعوة إلى الإصلاح بين المتخاصمين في قوله تعالى:

" **وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا** "[2]

فالصلح أصل في مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث يعتبر صورة من صور النهي عن المنكر والأمر بالمعروف.[3]

أ-2- تعريف الصلح اصطلاحا:

ويمكن تعريفه من خلال المذاهب الأربعة الفقهية كالآتي:

- **تعريف الصلح عند الحنفية:**" عقد يرفع النزاع القائم بين الخصوم بالتراضي."

---

[1]- أحمد محمود أبو هشهش، **الصلح و تطبيقاته في الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأدرن، 2010، ص 40.

[2]- سورة الحجرات، أية رقم 09.

[3]- أحمد محمود أبوهشهش، المرجع السابق، ص 35.

- **تعريف الصلح عند المالكية:** "انتقال عن حـــق أو دعوى بعوض لرفع نـــزاع أو خوف وقوعه."
- **تعريف الصلح عند الشافعية:**"عقد يحصل به قطع النزاع."
- **تعريف الصلح عند الحنابلة:**"معاقدة يتوصل بها للإصلاح بين المختلفين."

ولعل التعريف المختار هو تعريف المالكية للصلح، وقد ذهبوا إلى تعريفه على أنه **"إنتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه"**؛ فهذا التعريف يشمل جميع أنواع الصلح من إقرار وإنكار في المعاملات، لأنه جعل الصلح حائلا لوقوع المنازعة وليس رافعا للنزاع فحسب.[1]

أ-3- تعريف الصلح قانونا:

بالرجـوع إلى كل من قانـــون الإجراءات المدنية والإداريـــة وقانـــون الأسرة لا نجد أي تعريف للصلح، ولكن بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد تناول موضوع الصلح وعرفه بأنه: **ذلك العقـــد الذي يتفق من خلاله الطرفان المتخـــاصمان على إنهاء النزاع فيما بينهما أو النزاع الذي يتوقعان حدوثه أي محتمل الوقوع من خلال التنازل عن حقهما.**[2]

وما يمكن ملاحظته على تعريف الصلح في القانون المدني الجزائري أنه نفس تعريف الحنفية والمالكية، فالمشرع جمع بينهما في نص المادة **459** من القانون المدني الجزائري.

[1]- أحمد محمود أبو هشهش، المرجع السابق، ص 41،42.

[2]- تنص المادة **459** من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."

وعلى الرغم من كــون الصلح مختلف في المجال المدني عن مجــال قانــون الأسـرة إلا أنـــه تشترك التعاريف المخـتلفــة لــه كونه طريقة ودية لإنهاء النــزاع القــائم، فمثلا لو افترضــنا أن القاضي توصل للصلح فيما بين الزوجين فإنه يتم استئناف الحياة الزوجية من جديد وتنتهي تلك الخصومة فيما بينهما.

من خلال جل التعاريف السابقة وحسب ما جاء به نص المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري فإنه يمكن تعريف الصلح على أنه :

" **هو محاولة سابقة لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي وجوبا، سعيا منه للصلح فيما بين الزوجين وإقناعهم بالمصالحة قبل النطق بالحكم القضائي الفاصل في الدعوى والمثبت للطلاق، وهو إجراء إلزامي لا يمكن التغاضي عنه.**"

ب- طبيعة إجراء الصلح:

تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر من تاريخ رفع الدعوى...**"

كما تنص المادة **439** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:

"**محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية.**"

فمن خلال نص المادتين **49** من قانـون الأسرة و **439** من قانـون الإجـراءات المدنيـة والإداريــة يتضح أن إجراء الصـلح هو إجراء جوهري كمـا أنه مسألـة مهمـة وضروريـة في دعاوى الطلاق. [1]

[1]- عبد الفتاح تقية، **قضايا الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء**، المرجع السابق، ص 153.

فدعوى الطلاق لا يمكن للمحكمة الفصل فيها إلا بعد إجراء محاولات الصلح من قبل القاضي المعروضة أمامه دعوى الطلاق، وذلك حتى يتسنى للزوجين إمكانية العودة إلى حياة المودة والرحمة و نبذ الخصام والتشاجر.[1]

فإجراء الصلح هو إجراء وجوبي قبل النطق بالحكم القضائي القاضي بفك الرابطة الزوجية، فالقاضي لا يمكنه التغاضي عنه فهو ملزم به، حيث يتم الصلح بين كل من الزوج والزوجة في جلسة سرية بحضور القاضي وكاتب الضبط، كما أنه لا يجوز أن ينوب عن الزوج أو الزوجة في محاولات الصلح، وهذا ما تؤكده أحد قرارات المحكمة العليا والتي جاء فيها:

" **من المقرر قانونا أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة، وأن هذا الإجراء هو محاولة الصلح بين الطرفين وكاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين ولا يصح فيه النيابة، ومتى تبين هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور، ويعد خطأ في تطبيق القانون لاسيما المادة 49 من قانون الأسرة.**" [2]

وبالتالي ما يمكن إستخلاصه أن لا مجال لإصدار حكم قاضي بفك الرابطة الزوجية دون إجراء محاولات الصلح من قبل القاضي، وهذا ما تؤكده المحكمة العليا أيضا في أحد قراراتها والذي جاء فيه ما يلي:

---

[1]– سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد**، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 119.

[2]– قرار المحكمة العليا رقم 417622، الصادر بتاريخ: 2008/01/16، مجلة المحكمة العليا، سنة 2008،العدد الأول، ص 263.

" **من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بها يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.**" [1]

وقد جاء في قرار آخر لها:

" **من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق ومن ثم فإن ما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.**" [2]

ج- نتائج إجراء الصلح السابق للحكم القضائي في دعوى إثبات الطلاق:

تنص المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية على ما يلي:

"**يتعين على القاضي تحرير محضر بين مساعي و نتائج محاولات الصلح يوقعه كاتب الضبط والطرفين...**"

وإذا كانت محاولة الصلح مبدأ أساسي وجوهري في قضايا الطلاق بغرض معالجة النزاع بالطريق الودي[3]، سواء كانت هذه النتائج إيجابية أم سلبية فإنه يجب على القاضي بعد القيام بمثل هذا الإجراء تحريره في محضر.

---

[1]- قرار المحكمة العليا رقم 75141، الصادر بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية ، سنة 1993، العدد 1، ص65.

[2]- قرار المحكمة العليا رقم 57812، الصادر بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، سنة 1991، العدد 3، ص 71.

[3]- عبد الفتاح تقية، **قضايا الأسرة من منظور الفقه و التشريع والقضاء**، المرجع السابق، ص 153.

فإذا كانت مساعي الصلح ونتائجه إيجابية يذكر في المحضر الأمور التي قد تم التصالح بشأنها [1]، ويكون هذا المحضر له قوة الحكم و قابليته للتنفيذ، كما يثبت الصلح فيما بين الزوجين. [2]

اما إذا كانت مساعي الصلح سلبية فيذكر في المحضر فشل مساعي الصلح أو عدم الصلح فيما بين الزوجين، ليشرع في مناقشة الدعوى من قبل القاضي. [3]

فبعد تبيان مساعي الصلح سواء كـــانت سلبية أم إيجابية يتم تحرير محضر الصـلح من قبل كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسة محاولات الصلح، ليوقّعه كل من القاضي والزوجين وأمين الضبط ويودع لدى أمانة الضبط في المحكمة (المادة **443**/الفقرة**02** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، ليتم بعد ذلك إحالة الزوجين لحضور جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة من أجل الفصل في دعوى إثبات الطلاق والنطق بالحكم القضائي القاضي بفك الرابطة الزوجية فيما بين الزوجين بصفة نهائية.

ما تجدر الإشارة إليه أنه في حال ما إذا كانت مساعي الصلح إيجابية فإنه لا مجال للحديث عن النزاع والفصل في الدعوى، لأنه بمجرد نجاح الصلح يتنهي النزاع القائم بين الزوجين ليتفقا على إستئناف الحياة الزوجية. [4]

---

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

[2]– وهذا ما جاء في المادة **443** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها : " يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي. يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين و يودع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سندا تنفيديا."

[3]– وهذا ما نصت عليه المادة **4/443**من قانون الأجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

[4]– الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء**، المرجع السابق، ص 116.

فلو إفترضنا نجاح الصلح فيما بين الزوجين تعود المياه إلى مجاريها في مثل هاته الحالة [1]، وما يجب الإشهاد على الصلح ونجاحه من قبل القاضي، وهذا ما جاءت به المحـــكمة العلـيا في أحد قراراتها والذي جاء فيه ما يلي:

" **من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان النزاع القائم أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كـــل منهما على وجه التبادل عن حقه...ومتى تبـــين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قبلوا الاستئناف في الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة قد أخطئوا في تطبيق القانون.**"[2]

ثانيا- عرض ملف دعوى اثبات الطلاق على النيابة العامة:

حسب نص المادة **03** مكرر من قانون الأسرة الجزائري تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا التي ترمي إلى تطبيق قانون الأسرة [3]، كما أنه يجب على المدعي في دعوى الطلاق تبليغ النيابة العامة بنسخة من عريضة افتتاح الدعوى.[4]

---

[1]– الكشبور محمد، **الوسيط في شرح مدونة الأسرة (انحلال ميثـــــاق الزوجية)**، الطبعة الثـــانية، مطبـــعة النجـــاح، المغرب، 2009، ص 62.

[2]– قرار المحكمة العليا، رقم 103637، الصادر بتاريخ 1994/04/19، المجلة القضائية–عدد خاص– الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، سنة 2001، ص 116.

[3]– وهذا ما تؤكده المادة **3** مكرر من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون."

[4]– وهذا ما جاءت به المادة **438** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "يجب على المدعي في دعوى الطـــلاق أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه.

ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط."

وهذا ما تؤكده المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي كان المبدأ فيه وجوب إطلاع النيابة العامة بإعتبارها طرفا أصليا على قضايا الأحوال الشخصية، حيث ذهبت المحكمة العليا إلى اعتبار عدم احترام مثل هذا الإجراء خرقا للإجراءات الجوهرية، وأن القضاة قد خالفوا بذلك القانون وخاصة المادة **3** مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا وجب حضورها في قضايا شؤون الأسرة.[1]

ثالثا- تسجيل الحكم القضائي المثبت للطلاق:

بعد أن نصت المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على أن الطلاق لا يكون إلا بحكم قضائي ونصت المادة **439** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على كون الصلح إجراء وجوبي يكون في جلسة سرية، جاءت المادة **49** في فقرتها الثالثة من قانون الأسرة على أنه لا بد من تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في سجلات الحالة المدنية وذلك بسعي من النيابة العامة.[2]

فإذا كان هذا الإجراء وجوبي وضروري يسجل الحكم في سجلات الحالة المدنية على هامش كل من شهادة ميلاد الزوجين وعقد زواجهما، وهو ما تؤكده المادة **58** من قانون الحالة المدنية الجزائري التي تنص على :

"...**يشار تلقائيا في جميع الأحوال التي يجب فيها تسجيل عقد أو حكم قضائي على شكل هامش مرجع موجز من قبل ضابط الحالة المدنية...**'

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 401317، الصادر بتاريخ 2006/10/11، مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد الثاني، ص 489.

[2]– تنص المادة **3/49** من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعى من النيابة العامة."

فلقد كلفت المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة التي أصدرت حكم الطلاق بوجوب الاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع في دائرتها إبرام عقد الزواج، وتسجيل هذا الحكم وذلك من أجل تقييد منطوق الحكم بالطلاق على هوامش كل من عقد الزواج للزوجين، و شهادة ميلاد كل واحد منهما، وما تجدر الإشارة إليه أنه لا مجال للحديث عن تسجيل الحكم القضائي المثبت للطلاق إلا بعد أن يكون الحكم بالطلاق قد تم الفصل فيه نهائيا من قبل المحكمة العليا إذا كـــان لا يقبل الاستئناف ويقبل الطعن بالنقض.[1]

الفرع الثاني- تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

إن دعوى الطلاق العرفي هي دعوى وليدة القضاء لأن المشرع الجزائري لـم يسنـدها إلى أية مرجعية قانونية، ومنه فمثل هذه الدعوى تتميز بمجموعة من الإجراءات الخاصة هذه الأخيرة كذلك وليدة العمل القضائي.

فإذا كان إجراء الصلح المنصوص عليه في نص المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري إجراء وجوبي، فإن قاضي قسم شؤون الأسرة في حال ما إذا وضع أمام واقعة طلاق عرفي إذا أخدنا بمضمون النص فهو مجبر على التقيد به، على الرغم من كون النص يتعلق بالطلاق المعترف به من قبل المشرع ألا وهو الطلاق الواقع في دائرة القضاء دون غيره.

لكن من الناحية العملية أي التطبيق القضائي، نجد إختلافات في مثل هاته المسألة فهناك من يجري الصلح والتحقيق ليصدر الحكم بالطلاق، وهناك من يتغاضى على إجراء الصلح وينتقل مباشرة إلى إجراء التحقيق والمتمثل في سماع الشهود.

[1]– سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد**، المرجع السابق، ص 121.

أولا- إجراء الصلح في واقعة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

الأصل أنه وبعد تسجيل دعوى الطلاق يقوم القاضي باستدعاء الطرفين إما أثناء جلسة منعقدة إلى مكتبه في جلسة سرية، أو بواسطة أمين الضبط حيث يقوم بسماع كل من الطرفين حول واقعة الطلاق المدعى بها ومحاولة القاضي الصلح فيما بينهما[1]، وفي الأخير يحرر محضر بمساعي الصلح وهذا ما يجري العمل به في واقعة الطلاق العادي أي الواقع في دائرة القضاء.

لكن بالرجوع إلى واقعة الطلاق العرفي نجد أنها مسألة غير منصوص عليها وغير مسندة لأي مرجعية قانونية، هذا ما فتح المجال لعدة إشكالات أمام القضاء من بينها مسألة إجراء الصلح من عدمه قبل النطق بالحكم القاضي بالطلاق، فهل يتمسك القاضي بما هو منصوص عليه في المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري أم أنه يكتفي بإجراء التحقيق المتمثل في سماع الشهود.

في حقيقة الأمر أن مسألة إجراء الصلح من عدمه في واقعة الطلاق العرفي تثير إشكالا، خاصة من الناحية التطبيقية ففي مثل هاته الحالة يجد القاضي نفسه مقيدا بنص المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ضرورة إجراء الصلح قبل النطق بالحكم بالطلاق ، باعتباره إجراء جوهري، وهذا هو الأصل حتى ولو كان الطلاق عرفي.

ولعل الهدف من إجراء الصلح هو تطبيق لنص المادة **49** من قانون الأسرة وتثبيت الزواج العرفي ليتمكن القاضي من الصلح فيما بين الزوجين المتزوجين عرفيا، وتستأنف الحياة الزوجية بصفة عادية بزواج شرعي وقانوني، وفي مثل هاته الحالة فإذا تم الصلح فإن هذا الأخير ينهي النزاع القائم[2] ، ولا يبقى على القاضي سوى الإشهاد

[1]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 35.

[2]– المرجع نفسه، ص36.

على الصلح ووقوعه فعلا، أما في حالة فشله فما على القاضي سوى الحكم بالطلاق لإصرار الزوجين عليه.

وحسب رأينا الشخصي في مسألة الصلح وإجراءه من عدمه في دعوى إثبات الطلاق العرفي، فإنه يمكن القول أنه إجراء لا جدوى منه ولا مجال لإجرائه بتاتا، ولعل السبب واضحا لكون الطرفان قد تزوجا عرفيا وتبع هذا الأخير طلاق عرفي، فإنه ومن الناحية الشرعية تستحيل المراجعة ومن المفروض قانونا كذلك لكون العدة قد انتهت والزوجة قد بانت من زوجها، فالعلاقة في مثل هاته الحالة أي ما إذا تم الصلح هي علاقة محرمة شرعا، ولا يحل للزوج بعد العدة أن يجتمع بزوجته التي سبق له وأن طلقها طلاقا بائنا.

وكذلك ما يمكن قوله في هاته المسألة أنه لا مجال لإجراء الصلح من الناحية العملية التطبيقية، وذلك لكون أنّ هناك حالات يستحيل فيها الجمع بين المرأة والرجل اللذان كانا متزوجان زواجا عرفيا، كوفاة أحد الطرفين سواء كان الزوج أو الزوجة، أو في حالة ما إذا تزوجت الزوجة المطلقة عرفيا بزوج آخر وهاجرت معه إلى بلد أجنبي، ليجد القاضي نفسه أمام طرف واحد دون الآخر ألا وهو الزوجة أو الزوج.

وعلى الرغم من كون الصلح إجراء وجوبي في دعاوى اثبات الطلاق خاصة الطلاق الواقع في دائرة القضاء، إلا أنه وفي واقعة الطلاق العرفي الواقع خارج دائرة القضاء لا مجال للعمل به كإجراء و ذلك في حال عدم إنتهاء العدة لأنه لا جدوى منه، فالطلاق قد وقع والعدة قد انتهت والزوجة قد بانت من زوجها.

وهذا ما هو معمول به في بعض المحاكم وما تمت ملاحظته، فالقاضي عندما يكون أمام دعوى طلاق عرفي، فإنه لا يجري الصلح وإنما أثناء الجلسة يستدعي المدعي ليسأله في حالة ما إذا كان هناك شهود موجودين معه أم لا، فإذا كانوا موجودين يتم سماعهم

في جلسة سرية بهدف التحقيق في واقعة الطلاق العرفي، أما إذا لم يكن الشهود موجودين فإن القاضي يقوم بإخبار المدعي أو من له مصلحة بضرورة إحضار الشاهدان لسماعهما في جلسة محددة التاريخ.

ثانيا-إجراء التحقيق في واقعة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

إن قانون الأسرة الجزائري لا ينص على إجراء التحقيق، وذلك نتيجة عدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، ومع ذلك فإن المحـــاكم والواقع العملـي القضـــائي يعمل به، وهذا ما تمت ملاحظته على مستوى بعض المحاكم.

أ-اللجوء إلى التحقيق في واقعة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

يقصد باللجوء إلى التحقيق طلب القاضي من تلقاء نفسه من الخصوم (المدعي والمدعى عليه) إحضار شهود[1]، ويقصد بالمدعي هنا من له مصلحة من رفع الدعوى، فقد يكون في واقعة الزواج العرفي الزوج أو الزوجة أو من قبل أحد الورثة في حالة وفاة أحد الزوجين.

والهدف من وراء إجراء التحقيق و اللجوء إليه قصد إقامة الدليل، وإثبات الوقائع التي قد تساعد في إصدار الحكم القضائي القاضي بالطلاق.[2]

حيث أنه يمكن للخصوم حسب نص المادة **75** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من إحضار الشهود للقاضي بدون طلب منه، لكن من الناحية العملية التطبيقية وما تمت ملاحظته في جلسات الطلاق أن القاضي وحده من يقوم باستدعاء المدعي من أجل سؤاله

[1]- تنص المادة **75** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على:"يمكن للقاضي بناءا على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمرشفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون."

[2]- تنص المادة **77** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:"...قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع..."

ما إذا كان قد أحضر شهودا أم لا، فإذا أحضرهم يتم سماعهم في جلسة سرية، أما إذا لم يحضر يبلغ القاضي المدعي شفاهة بتاريخ الجلسة المقبلة مع ضرورة إحضار شاهدين.

كما يمكن للقاضي أن يطلب إحضار الشهود عن طريق حكم يأمر من خلاله بسماع الشهود أي كتابة، ويتم فيه تحديد تاريخ الجلسة والساعة واليوم وهذا ما هو منصوص عليه في المادة **151** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

ب- كيفية إجراء التحقيق في واقعة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

بعد تحديد القاضي بموجب أمر بالتحقيق لتاريخ الجلسة المقبلة باليوم والساعة والسنة وذلك من أجل سماع الشهود سواء أكان ذلك السماع للتحقيق في نفي الواقعة القانونية المعروضة أمام القاضي أو تأكيدها، ليتم سماع الشهود وفقا للقواعد العامة كل شاهد على إنفراد، وهذا ما تؤكده المادة **152** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على :

"**يسمع كل شاهد على إنفراد في حضور أو في غياب الخصوم...** "

ثم في جلسة سماع يحضر الشهود وتتأكد المحكمة من الشاهد وذلك بأن يعرف بإسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم، ليؤدي بعد ذلك اليمين بقول الحقيقة حتى لا تكون شهادته قابلة للإبطال.

وما تجدر إليه الإشارة أنه لا يجوز سماع كل زوج أحد الخصوم في القضية (الطلاق) وحتى ولو كان مطلقا منه كما أنه لا تقبل شهادة الإخوة والأخوات، وأبناء العمومة لأحد

[1]- تنص المادة **151** من قانون الإجراءات المنية والإدارية على:"يحدد القاضي في الحكم الأمر بسماع الشهود، الوقائع التي يسمعون حولها، ويوم وساعة الجلسة المحددة لذلك...يتضمن هذا الحكم دعوة الخصوم للحضور وإحضار شهودهم في اليوم والساعة المحددين للجلسة."

الخصوم ، أما بالنسبة للأطفال القصر الذين بلغوا سن التمييز بجواز سماعهم على سبيل الاستدلال وتقبل شهادة كل الأشخاص بخلاف ناقصي الأهلية ومن سبق ذكرهم.[1]

وأثناء إدلاء الشاهد بشهادته فإنه لا يمكن أن يقاطعه أو يسأله مباشرة، وبعد السماع تتم تدوين أقوال الشاهد في محضر وتتلى عليه جميع اقواله من طرف أمين الضبط فور الإدلاء بها، ليقوم بعد ذلك بالتوقيع عليها كل من القاضي وأمين الضبط والشاهدان ويلحق المحضر مع أصل الحكم .[2]

وبعد الانتهاء من محضر التحقيق يجوز للخصوم الحصول على نسخة من محضر السماع وللقاضي الحرية في الفصل في القضية فورا أو تأجيلها لجلسة أخرى.[3]

في حال ما إذا تطابقت أقوال الشهود يصدر القاضي الحكم بتثبيت الطلاق العرفي مع تحديد سنة الطلاق وتحديد مكان الطرفين مع أمر ضابط الحالة المدنية أن يقيد هذا الحكم في هامش عقد زواج الزوجين وهامش شهادة ميلاد كل منهما.[4]ثم يبلغ الحكم إلى السيد وكيل الجمهورية، وليتم إستئناف الحكم خلال آجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي،[5] ثم بعد انقضاء شهر من محضر التبليغ أي انقضاء أجل الاستئناف تستخرج الصيغة التنفيذية للحكم.

---

[1]– انظر المادتين **152**، **153** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[2]– أنظر المواد **158**، **159** ، **160**، **161** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[3]– أنظر المادتين **162**، **163** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

[4]– أنظر المادة **58** من قانون الحالة المدنية الجزائري.

[5]– وهذا ما نصت عليه المادة **336** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي جاء فيها: "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته."

ما يمكن ملاحظته من خلال مسألة إجراء التحقيق في واقعة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء أنـــها تختلف بإختلاف موقف الزوجين، وحـــالتهم من الطـــلاق العرفـــي، فهناك من هو متفق مع زوجته على وقوعه وهنا لا وجود لإشكال لكون هاته المســـألة لا تنطوي على نزاع أصلا، وهنا ما يـــكون على القاضي سوى التأكـــد من الواقعة من أجـــل التأكد من مكان وتاريخ وقوع الطلاق العرفي.

وهناك من ينكر وقوعه في مثل حالة ما إذا أنكر الزوج تلفظه به وادعت الزوجة ذلك فالقاضي هنا يجب عليه التحقيق مع الشهود بدقة لكون المسألة تتمثل في إعتداء على حق معترف به قانونا للزوج وفي مثل هاته الحالة اتجهت التطبيقات القضائية إلى الأخذ بشهادة الشهود حتى ولو أنكره الزوج.[1]

أما الحالة الأخيرة فهي في حالة ما إذا توفى أحد الزوجين، هنـــا 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 حرمان وإستبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة من الميراث، ولذلك يجب على القاضي التحقيق وبدقة وقدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي.[2]

[1]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 38.

[2]– المرجع نفسه، ص 39.

المبحث الثاني- الإجراءات اللاحقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق:

إن الحكم بالطلاق يصدر ابتدائيا نهائيا، ويعتبر الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية حكما غير قابل للاستئناف فيما عدا جوانبه المادية، أي أنه لا يمكن الطعن فيه بالاستئناف وهذا هو الأصل ، إلا أنه يمكن للأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق أن تقبل الطعن بطرق أخرى، وبما أن الحكم المثبت للطلاق كباقي الأحكام الأخرى، فلا بد أن يكون قابلا للتنفيذ نظرا للأهمية التي يكتسبها تنفيذ الأحكام القضائية.

وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث تبيان طرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق وهذا في (المطلب الأول) أما (المطلب الثاني) سنتناول فيه تنفيذ الحكم المثبت للطلاق.

المطلب الأول- طرق الطعن في الحكم القضائي المثبت للطلاق:

سنتطرق في هذا المطلب إلى طرق الطعن العادية في الحكم المثبت للطلاق(كفرع أول) أما (الفرع الثاني) فسنتطرق فيه إلى طرق الطعن غير العادية في الحكم المثبت للطلاق.

الفرع الأول- طرق الطعن العادية في الحكم القضائي المثبت للطلاق:

الطعون العادية هي طعون ترفع إلى المحكمة الأعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، كما يمكن كذلك أن ترفع إلى المحكمة نفسها. [1]

[1]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 39

وطرق الطعن العادية يمكن لصاحب المصلحة فيها أن يرفعها دون التأسيس أي دون تأسيسها لسبب من الأسباب، حيث يمكن للشخص أن يسلك طريق الطعن العادي في حال عدم قبوله أو رضاه بالحكم الصادر في حقه. [1]

وتتمثل طرق الطعن العادية في الاستئناف و المعارضة، [2] وسوف نتناولها فيما يلي:

أولا- الاستئناف:

يعتبر الطعن بالاستئناف طريق عادي يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة، ويكون في الأحكام الصادرة إبتدائيا عن محاكم الدرجة الأولى.

والمشرع لم يحدد للإستئناف أسباب لبناء الطعن على أساسه، كما أنه يهدف في الأساس إلى إعادة الفصل في نفس القضية مرة أخرى.[3]

وبالرجوع إلى نص المادة **57** من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على:

" **تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة الاستئناف فيما عدا جوانبها المادية.**

تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة الاستئناف."

---

[1]- فريجة حسين، **المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص433.

[2]- جاء في نص المادة **13** الفقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي: "طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة."

[3]- إبراهيمي محمد ، **الوجيز في الإجراءات المدنية** ، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2006،ص 166.

من خلال استقراء نص المادة أعلاه نلاحظ أنه لا يسمح بالطعن في الحكم بالطلاق فيما يتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية، فأحكام الطلاق وفقا لما جاء في نص المادة 57 تعتبر غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية وهذا هو الأصل، و ربما كان الهدف من عدم جواز الإستئناف وجعل حكم الطلاق غير قابل له، حرصا من المشرع على عدم إطالة الإجراءات المتعلقة بالطلاق لما لهذا النوع من النزاع من خصوصية؛ كذلك حفاظا على إستقرار وإتزان العلاقة الأسرية، مستغنيا في ذلك على درجة من درجات التقاضي، كما أن الطلاق يعتبر حق إرادي وصاحب الحق له أن يستعمله متى شاء دون تعسف، حيث أن الاستئناف لا يغير من الأمر شيئا مادام كان الرجل صاحب العصمة مصرا على الطلاق فلا فائدة منه.[1]

لكن فيما يخص الأحكام التي تصدر برفض دعوى إثبات الطلاق لعدم التأسيس وبالرجوع إلى القضاء نلاحظ أن الحكم برفض دعوى إثبات الطلاق لعدم التأسيس يعتبر حكما ابتدائيا قابلا للاستئناف كونه لم يصدر بالطلاق، ذلك أن المشرع بنصه على عدم قابلية الحكم بالطلاق للاستئناف راجع إلى طبيعة الحكم بحد ذاته ذلك أن العصمة تكون بيد الزوج.[2]

ويجب على القاضي الوقوف عند رغبة الزوج في إيقاع الطلاق، في حين أن الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس هو حكم عادي يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين لأن جهة الإستئناف هي جهة مراقبة لأعمال قاضي الدرجة الأولى.[3]

ولقد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه إذ نجد في أحد قراراتها أنه:

---

[1]– عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و القضاء**، المرجع السابق، ص 163.

[2]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 41.

[3]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

" من المستقر عليه أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق، وعليه فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي برفض الدعوى، وحكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين واعتبروه تعسفيا على مسؤولية المستأنف طبقوا صحيح القانون." [1]

كما نجد كذلك في أحد قراراتها أن المبدأ فيها أنه في مسألة إثبات أوعدم إثبات واقعتي الزواج العرفي والطلاق العرفي يجوز سماع الشهود لأول مرة، على مستوى الإستئناف.[2]

وهنـــاك من يرى أنه في حـال ما إذا وقع الطـــعن بالاستئناف في الحـــكم الصادر في دعوى إثبات الطلاق فإنه وجب أن ينتهي هذا الاستئناف إلى عدم القبول، و إذا ما قام المجلس بالفصل خلافا لذلك كأن يقوم بالفصل بتأييد الحكم الصادر بالطلاق، أو برفض دعوى الطلاق أو الفصل بالطلاق، ويقع الطعن بهذا القرار وجب على المحكمة الحكم ببطلان القرار المطعون فيه دون إحـــالة القضية من جديد أمـــام نفس الجهة التـــي أصدرته، استنادا إلى أن المجلس له ولاية الفصل في دعاوى الطلاق ولا تقبل سوى الطعون المرفوعة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية الفاصلة في دعاوى الطلاق.[3]

كذلك في حالة الحكم بإثبات الطلاق العرفي، نجد أن الممارسات القضائية أحيانا تصدر الحكم بإثبات الطلاق العرفي إبتدائيا و أحيانا أخرى تصدر الحكم على أنه نهائيا وهذا طبعا ما قد يعطي الفرصة للخصم إمكانية الإستئناف.

---

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 216850 الصادر بتاريخ 1999/02/16 مجلة قضائية، سنة 2001، عدد خاص، الإجتهاد القضائي في مواد الأحوال الشخصية، ص 100.

[2]– قرار المحكمة العليا رقم 315403 ، الصادر بتاريخ: 2005/02/23، مجلة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد 01، ص 275.

[3]– زودة عمر، المرجع السابق، ص 135.

كما أن الحكم بإثبات الطلاق العرفي يكون للقاضي فيه دورا إيجابيا؛ لأنه يقوم بالبحث والتحقيق في الواقعة ثم بعد ذلك له أن يفصل أو يحكم بالطلاق في حالة إقتناعه بذلك.

كما أن للقاضي أن لا يحكم بإثبات الطلاق العرفي في حال عدم ثبوت الواقعة المدعى بها، كما أن الطلاق العرفي ومسألة إثباته لا يؤسس في قبوله على العصمة الزوجية وبالتالي تنتفي الحكمة من جعله يصدر نهائيا.[1]

ثانيا-المعارضة:

تعتبر المعارضة أحد طرق الطعن العادية المقررة للطرف المدعى عليه فقط، أو المستأنف عليه المتغيب عن الخصومة التي كان قد باشرها المدعى أو المستأنف في الخصومة، وترفع المعارضة أمام الجهة مصدرة الحكم في مدة شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو من تاريخ القرار الغيابي، [2]وهذا ما جاء في نص المادة **329** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:

"**لا تقبل المعارضة إلا إذا رفعت في أجل شهر واحد(01) إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي.**"

وهذا مع مراعاة ما جاءت به المادة **314** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها:

" **لا يكون الحكم الحضوري الفاصل في موضوع النزاع والحكم الفاصل في أحد الدفوع الشكلية أو الدفع بعدم القبول أو أي دفع من الدفوع الأخرى التي تنهي**

[1]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 42.

[2]– دلاندة يوسف، **طرق الطعن العادية وغير العادية في الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء العادي(القضاء الإداري)**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 25.

الخصومة، قابلا لأي طعن بعد انقضاء سنتين (02) من تاريخ النطق به، ولو لم يتم تبليغه رسميا."

وبالعودة إلى نصـــوص قانون الأسرة، نلاحظ انه لم يتم التطرق إلى المعارضـــة بحيث لا يوجد نص يتناول مسألة المعارضة في الحكـــم المثبت للطلاق، هذا مـــا يدفعنا إلى التساؤل هل يتم الرجوع إلى القـــواعد العـــامة وتطبيقها أم نعود إلى الأصل العام الذي يقضي أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يوجد نص يقيد ذلك .

وبما أن طبيعة الحكم بالطلاق نجده قائم على أساس أن العصمة تكون للزوج وهو حق مقرر له لا يحتاج فيه إلى رأي الزوجة.

كـذلك بالنسبة للقاضي فدوره هنا سلبي فالمفروض أن دوره لا يتعـدى التحقق والتأكد من رغبة الزوجة في إيقاع الطلاق وقبول طلبه والنزول عند رغبته.[1]

وعلى هذا ففي حال مـــا إذا تم إعـــلان الزوجة بتاريخ النطق بحكـــم الطـــلاق فإن هذا يعتبر قرينة على علمها بالفرقة وتسري أثار الطلاق من تاريخ النطق بـــه، وفي حـــال كذلك ما تم صدور الحـــكم في غياب الزوجة وعدم تبليغها بتاريخ الجلـــسة أي جلســـة الإعـــــلان عن الطـــلاق، في هاته الحالة تعد غير عالـــمة به، وبالتالي لا يسري أثر الحكم الصـــادر بالطـــلاق طبقا لطرق الطـــعن المقررة للأعمال الولائيـة، حيث تقوم برفع تظلم أمـــام القـــاضي المعلن عن الطلاق، وتقوم بالإسناد في ذلك إلى عدم إعلامها بجلسة

[1]– بوفيس محمد وآخرون، **إثبات الطلاق في ظل الفقه و القضاء الجزائري**، مذكرة لنيل شهـــادة الليسانس في العلـــوم القانونية والإدارية،كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2010-2011، ص 40.

المصالحة، ثم يقوم القـــاضي بالنظر في هذا والفصل فيه بقبوله وإلغاء العمل الصادر عنه إذا قامت الزوجة بالفعل وبرهنت عدم إعلامها بالحضور للجلسة.[1]

وعليه يمكن القول أن المعارضة ممكنة؛ خاصة ما تعلق بإثبات الطلاق العرفي، ذلك أن هذا الأخير كما سبق الذكر يكون للقاضي فيه دورا إيجابيا، [2] وذلك في البحث والتحقيق في واقعة الطلاق وسماع الشهود والتأكد من هويتهم.

أما عن الإجراءات التي يجب إتباعها من أجل رفع المعارضة، فقد نصت على ذلك المادة **330** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها:

"**ترفع المعارضة حسب الأشكال المقررة لعريضة إفتتاح الدعوى، يجب أن يتم البليغ الرسمي للعريضة إلى كل أطراف الخصومة، يجب أن تكون العريضة المقدمة أمام الجهة القضائية مرفقة تحت طائلة عدم القبول شكلا بنسخة من الحكم المطعون فيه,**"

ومـا تجدر الإشـارة إليه أن المعـارضة ترفع حسب الأشكـال التي ترفع فيهـا الـدعوى،[3] حيث ترفع المعارضة إما بإيداع عريضة مكتوبة لدى مكتب الضبط، وإما بالحضور أمام المحكمة، وفي حـــال ما إذا كانت ترمـــي إلى سحب قرار غيـــابي صادر من مجلس قضائي فترفع كالإستئناف بعريضة تودع في كتابة الضبط للمجالس القضائية.

---

[1]– زودة عمر، **طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون ،الجزائر ،2002-2003، ص133.

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

[3]– أنظر المواد 14،15،16،17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

و في حال مخـــالفة شكل رفع المـــعـــارضة يترتب عليه البطلان، كما أنه لا يمكن التمسك به إلا من طرف المحكـــوم عليه غيابيـــا، ويجب الـــتمسك به قبـل أي دفـاع في الموضوع.[1]

الفرع الثاني- طرق الطعن غير العادية في الحكم القضائي المثبت للطلاق:

تتمثل طرق الطعن غير العادية في:

أولا-الطعن بالنقض:

يعتبـر الطعن بالنقض طريق من طرق الطعن غير العـــادية، فهو مفتـــوح للأطراف، وفي بعض الحالات يكون مفتوحا للنيابة العامة، حيث أنه يهدف للنظر فيما إذا كانت المحاكم قد طبقت النصـــوص القـــانونية بصفة سليمة في الأحكـــام الصـادرة عنها أم لا.[2]

فالطعن بالنقض يكون في الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية أو المجالس على حد سواء، يباشر أمام المحكمة العليا ولا يمكن تأسيسه إلا على الأوجه التي يقررها القانون.

وعلى الرغم من عدم وجود نص في قانون الأسرة على قبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق، فإنه من المستقر عليه فقها وقضاء قبول حكم الطلاق بالطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.[3]

---

[1]– إبراهيمي محمد، المرجع السابق، ص 163.

[2]– المرجع نفسه، ص 238.

[3]– محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص 41.

وهذا ما استنتجه من نص المادة **349** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها:

" **تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع الصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية.**"

ويقدم الطعن بالنقض في أجل شهرين من تاريخ التبليغ بالحكم المطعون فيه ويرفع على شكل عريضة مكتوبة.[1]

ويجب أن تتضمن العريضة كافة الشروط الشكلية، وأن تكون محترمة لجميع الإجراءات المقررة قانونا تحت طائلة عدم قبولها شكلا، ويجب أن تكـــون العريضة موقعة من طرف محامي مقبول لدى المحكمة العليا.[2]

كما أنه لا يجوز الطعن بالنقض إلاّ في حال غياب طريق آخر للطعن، أي أنه لا يقبل الطعن بالنقض في حال الطعن بالتماس إعادة النظر، ولا يقبل إلا في الأحكام النهائية الصادرة عن المجالس القضائية ومن المحاكم بجميع أنواعها.[3]

---

[1]– جاء في نص المادة **354** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي: " يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (02) يبدأ من تاريخ التبليـــغ الرسمي للحكم المطعـــون فيه، إذا تم شخصيا، ويمدد أجل الطعن بالنقض إلـــى ثلاثة أشهر إذا تـــم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار".

[2]– فريجة حسين، المرجع السابق، ص 437.

[3]– إبراهيمي محمد، المرجع السابق، ص 239.

وفيما يخص أثر الطعن، فهنا نعود إلى نص المادة **348** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها:

" **ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لأجال ممارسة آثر موقف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**".

أي أن الأصل العام أن جميع طرق الطعن غير العادية ليس لها أثر موقف، أو وقف التنفيذ فالطعن بالنقض لا يعتبر موقفا للتنفيذ، حيث أن الأحكام التي يطعن فيها بطريق النقض تبقى قابلة للتنفيذ رغم الطعن فيها ما لم يوجد نص يقرر أثرا موقفا في بعض الأحكام،[1] وهذا ما جاء في نص المادة **361** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

" **لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار ما عدا في المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليهتم وفي دعوى التزوير**".

وكما هو معروف فإن دعوى الطلاق و اثباته تدخل ضمن الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص فهذا ما يجعله يتأثر بالطعن بالنقض ويكون له أثر موقف؛ إذ يمكن تصور الطعن بالنقض في الحكم باثبات الطلاق في حال ما لم يجري القاضي الصلح الوجوبي بين الزوجين.

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجدها قد طبقت نص المادة **361** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تطبيقا تاما، وذلك في أحد قراراتها التي جاء فيها:

" **متى كان من المقرر أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقف إلا إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص و أهليهتم، فإن القرار القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني إذا كان الثابت أن القرار الذي أمر بتسجيل الطلاق بين طرفي النزاع في الحالة**

[1]– فريجة حسين، المرجع السابق، ص 437.

المدنية طعن بالنقض من قبل الطاعن وقد نقض فعلا من طرف المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا).

فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة إلى محل الزوجية ودفع نفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البث فيها في المجلس الأعلى، يكون قد عرضوا قراراتهم لانعدام الأساس القانوني".[1]

فهنا نلاحظ من خلال هذا القرار أن المشرع الجزائري رغم عدم نصه على الطعن بالنقض في قانون الأسرة، إلاّ أنه يأخذ به في الممارسات القضائية متى تطلب الأمر ذلك.

ثانيا- إلتماس إعادة النظر:

هو طريق غير عادي للطعن ، لا يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم، وذلك احتراما لحجية الحكم المضي به.

وإلتمـاس إعادة النظر يكـون عندما يظهر مستند يمكن أن يغير مجريات القضـية من نفس الجهة التي أصدرت الحكم.[2]

وقد أعطى المشرع الحق في إلتماس إعادة النظر في وجود حالتين منصوص عليها في المادة **392** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها:

" **يمكن تقديم إلتماس إعادة النظر لأحد السببين الآتيين:**

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 32066، المؤرخ في 1984/04/02، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد 2، ص 57.

[2]– فريجة حسين، المرجع السابق، ص 140.

1- إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة الشهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.

2- إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى الخصوم."

و الإلتماس ليس له أثر موقف لأنه من الطعون غير العادية، فشأنه شأن الطعن بالنقض، ويرفع الإلتماس في مدة شهرين من تاريخ الحكم المطعون فيه. [1]

وفيما يخص مسألة الطلاق فإن إلتماس إعادة النظر يمكن تصوره في الحكم بإثبات الطلاق العرفي، لأن القاضي يقوم بالبحث والتحقيق في واقعة الطلاق، كما أنه يقوم بالإعتماد على شهادة الشهود ومستندات الخصوم، إذ أن دوره هنا إيجابي، على العكس من ذلك فإنه لا يمكن تصور وجود إلتماس إعادة النظر في الحكم القاضي بالطلاق العادي لأنه لا يتعدى مجرد تقرير لإرادة الزوج في إيقاع الطلاق.[2]

ثالثا- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

إعتراض الغير الخارج عن الخصومة يعتبر طريقا غير عادي للطعن، يجوز مباشرته من طرف كل شخص يكون قد لحقه ضرر بسبب حكم صدر في خصومة لم يكن أحد

[1]- جاء في نص المادة **393** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي: "يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين (02)، يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير الشاهد أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة".

[2]- قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 47.

أطرافها، حيث يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الصادر حتى ولو لم يكن طرفا في الخصومة.[1]

ويرفع اعتراض الغير خارج عن الخصومة وفقا لما هو مقرر قانونا لعرائض إفتتاح الدعوى، حيث أن ميعاده يبدأ من يوم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير ويحدد بمدة شهرين، ويقدم أمام الجهة مصدرة القرار أو الأمر المطعون فيه، ويمكن الفصل فيه من طرف نفس القضاة الذين أصدروا القرار المعترف من الغير.[2]

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة **384** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها:

"...**غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين (02) عندما يتم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير، ويسري هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه إلى ذلك الأجل وإلى الحق في ممارسة إعتراض الغير الخارج عن الخصومة**"

وفيما يخص مسألة الطلاق أو إثبات الطلاق فإن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على ذلك وحتى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلاّ أنه يمكن تصور إعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الحكم الذي يقضي بإثبات الطلاق العرفي، لأن وظيفة القاضي فيه لا تقتصر فقط على تقرير حق الزوج في الطلاق فهي غير محدودة فقط بكون العصمة في يد الزوج، بل تتعدى ذلك إلى التحقيق في واقعة الطلاق و اثباتها في حد ذاتها.[3]

---

[1]– إبراهيمي محمد، المرجع السابق، ص 215،216.

[1]– فريجة حسين، المرجع السابق، ص 438.

[3]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 46.

المطلب الثاني- تنفيذ الحكم القضائي المثبت للطلاق:

إن حكم الطلاق كغيره من الأحكام يجب أن يكون قابلا للتنفيذ، وذلك ببيان قابلية الحكم للتنفيذ (كفرع أول) والإجراءات المتبعة لتنفيذ الحكم المثبت للطلاق (كفرع ثاني).

الفرع الأول- قابلية الحكم القضائي المثبت للطلاق للتنفيذ:

يعتبر التنفيذ إجراء أساسي بعد الحصول على الحكـــم من أجل ترجمة هذا الأخـير إلـى شيء ملموس حمـــاية للحقوق المتعدى عليـــها، هذا ما جعله ذا أهمية كبيرة خاصـــة ما يتعلق بالجانب القانوني، لأنه يضفي على الحكم طابع السمو والسيادة متى صدر مطابقا للقانون.[1]

والأحكام التي تكون ملزمة بالتنفيذ هي السندات التنفيذيـــة التي تعتبر عملا قـــانونيا من وضع المشرع، إذ تتخذ شكلا معينا متضمنا التأكيد على وجود حق للدائن وجب اقتضاءه جبريا.[2]

وقد نص المشرع الجزائري على أنواع السندات التنفيذية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع العلم أنها جاءت على سبيل الحصر لا المثال.[3]

وبما أن حكم الطلاق يصدر في شكل الحكم القضائي فلا بد أن يكون قابلا للتنفيذ كباقي الأحكام الأخرى، سواء تعلق الأمر بالطلاق الواقع في القضاء أو الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء (الطلاق العرفي).

---

[1]– محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص 44.

[2]– حمدي باشا عمر، **طرق التنفيذ**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص96.

[3]–أنظر المادة **600** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبما أنه في نظر القانون لا وجود للطلاق إلا بعد صدور الحكم بإثباته، ومتى كان كذلك، كان لا بد من إشباعه بالحماية القضائية وعليه يكون الحكم نافدا دون الحاجة إلى أي إجراء آخر.[1]

مع العلم أن كل حكم أو قرار أو سند لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية، كما يمكن لكل من صدر لمصلحته حكم قضائي الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية، وهذا ما جاءت به المادة **281** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها:

"النسخة التنفيدية، هي النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية."

والحكم بالطلاق يصدر نهائيا ويكون خاضعا للسلطة الإدارية، ويقوم بتنفيذه ضابط الحالة المدنية، وطبعا بصدور الحكم لصالح أحد الزوجين من المحكمة، أو قرار من المجلس القضائي يمكنه التحصل كما سبق الذكر على نسخة تنفيذية لصالحه من مكتب الضبط، كما يتم التأشير بالحكم على هامش وثائق الحالة المدنية مباشرة، ويكون تكريسه مرهونا على فوات آجال الطعن بالنقض.[2]

كذلك فيما يخص الحكم المثبت لواقعة الطلاق العرفي فبما أن له طبيعة تقريرية لكون أن للقاضي فيه دور إيجابي، حيث يبحث في الواقعة ويقرر إذا ما كانت موجودة فعلا أم لا ، فالحكم بتثبيت الطلاق العرفي يكون حكما كاشفا هذا ما يجعله قابلا للتنفيذ؛ وبما أنه كذلك حكم علني ابتدائي فيكون قابلا للطعن، و يتم تنفيذه بعد مضي آجال الطعن.[3]

---

[1]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 48.

[2]– سعد عبد العزيز ، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع سابق، ص 296.

[3]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص49.

الفرع الثاني-إجراءات تنفيذ الحكم القضائي المثبت للطلاق:

تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية وسنتطرق إليها فيما يلي:

أولا- تبليغ الحكم القضائي المثبت للطلاق للمدعى عليه:

إن تنفيذ الأحكام يكون بتسجيله على السجلات الموجودة في البلدية بالحالة المدنية، فبعد صدور الحكم يكون على صاحب المصلحة السعي لتبليغ الطرف الأخر وبذلك وجب على المعني استخراج نسخة من الحكم بالطلاق ثم يقوم بتبليغها إلى الخصم ويكون ذلك عن طريق المحضر القضائي.[1]

والقيام بتبليغ الخصم الآخر يكون بعد مضي آجال الطعن بالنقض، أي بعد شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي إذا كان شخصيا، وثلاثة أشهر إذا كان التبليغ في الموطن المختار، وهذا ما نصت عليه المادة **354** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها:

" **يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (02) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا.**

ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (03) أشهر، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار."

[1]– المحضر القضائي ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تبليغ المحررات والإعلانات القضائية والإشعارات التي تنص عليها القوانين و التنظيمات ، كما يقوم المحضر القضائي بتنفيذ الأحكام القضائية في جميع المجالات ما عدا المجال الجزائي، وكذلك المحررات والسندات في شكلها التنفيذي.

وبعد مضي آجال الطعن يتقدم المعني إلى أمانة الضبط مرفقا بنسخة من عقد الزواج وحكم الطـــلاق ومحضر التبليغ وشهـــادة تخص الطعن في حكم الطلاق أي بعدم الطـــعن، أو مرور الأجل أو رفض الطعن.

بعدها يقوم أمين الضبط بتحرير الإخبار بالطلاق ويكون موقعا من طرف رئيس كتابة الضبط.[1]

فيما يخص الأحكام التي تتعلق بالآثار المالية كالحضانة والنفقة والتعويض يكون الحكم فيها نهائيا، ويحوز لقوة الشيء المحكوم فيه، متضمنا عبارة نسخة طبق الأصل مسلمة للتنفيذ وموقعة من كاتب الضبط، وتحمل الختم الرسمي لمكتب الضبط و ممهورة بالصيغة التنفيذية.

وهي تخضع للقواعد العامة للتنفيذ، وتنفذ هذه الأحكام عن طريق المحضر القضائي الذي يسعى إلى تبليغ الحكم إلى الزوج ومنحه أجل 20 يوما لدفع النفقة التي حددها القاضي ومبلغ التعويض وتوفير مسكن الحضانة وتحديد وقت الزيارة ومدتها. [2]

ثم يقوم المحضر القضائي بإعداد محضر تنفيذ، يتضمن كل ما قام به سواء كان التنفيذ كليا أو جزئيا، وفي حال ما لم يتمكن من تنفيذ الحكم اختياريا، فإنه يباشر بإجراءات التنفيذ الجبري وذلك عن طريق الحجز أو باستعمال القوة العمومية.[3]

---

[1]– بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 74.

[2]– بوفيس محمد وآخرون، المرجع السابق، ص 72.

[3]– محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص 55.

ثانيا- تسجيل الحكم القضائي المثبت للطلاق في سجلات الحالة المدنية:

لقد نصت المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثالثة على أنه:

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

وتتم إجراءات تسجيل الحكم المثبت للطلاق بعد القيام بتحرير الإخبار بالطلاق من قبل أمين الضبط حيث يقوم بإرساله إلى البلدية التي أبرم عقد الزواج بدائرتها ليقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق على السجل المخصص وعلى عقدي زواجهما وبسجلات الميلاد.[1]

وقد نصت المادة **58** من قانون الحالة المدنية على أنه:

"**التسجيل هو العملية التي بواسطتها ينقل ضابط الحالة المدنية في سجلاته، عقود الحالة المدنية الواردة إليه من مكان آخر غير دائرته، أو حكم قضائيا يتعلق بالحالة المدنية.**

يشار تلقائيا في جميع الأحوال التي يجب فيها تسجيل عقد أو حكم قضائي على شكل هامش مرجع موجز من قبل ضابط الحالة المدنية سواء على هامش العقد المسجل قبل وأما في مكان التاريخ الذي كان يجب أن يسجل فيه العقد."

وإن منطوق الحكم الآمر بالتسجيل أو وضع بيانات في سجلات الحالة المدنية يجب أن يكون متضمنا للأسماء وألقاب الأطراف المعنية، كذلك أماكن وتواريخ العقود التي يذكر البيان أو البيانات على هامشها.

[1]– محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص45.

كما تقدم النسخة التنفيذية للحكم ولا تسلم إلا نسخة واحدة منها فقط، وهذا ما نصت عليه كذلك المادة **282** فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها:

"**لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة**".

وعند تسلم الموظف للنسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية، يشرع مباشرة في القيام بإجراءات التنفيذ.[1]

[1]– سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 297.

الخاتمة

ختاما من خلال دراستنا للموضوع يمكن القول أنّ إثبات الطلاق من المسائل التي تثير العديد من الإشكالات القانونية سواء في الجانب النظري نظرا لإجحاف المشرع في تناول جزئيات و تفصيلات الموضوع وتركها للعديد من الثغرات القانونية،هذه الأخيرة التي طرحت العديد من الصعوبات العملية أمام القضاة، حيث فتحت أمامهم المجال للإجتهاد على مستويات واسعة، خاصة ما يتميز به هذا الموضوع من خصوصية وتمايز من قضية إلى أخرى، وعلى ضوء ذللك وبعد تفصيلنا في الموضوع من الجانب النظري والتطبيقي توصلنا إلى النتائج التالية:

- فيما يخص مسألة إثبات الطلاق بحد ذاتها، سواء كان الطلاق واقعا في دائرة القضاء أو خارجها فإن إثباته يتم بواسطة حكم قضائي قاضي بفك الرابطة الزوجية فيما بين الزوجين، صادر عن قاضي قسم شؤون الأسرة.
- أنّ الحكم المثبت للطلاق على الرغم من صدوره في شكل حكم قضائي فإنه يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي لكونه مزيلا لتلك العقبة القانونية التي تعترض إرادة الزوج في الطلاق فهذا الأخير لا وجود للنزاع فيه بإعتباره حق مقرر له، فمتى قرّر ذلك كان على القاضي الوقوف عند رغبته في إيقاع الطلاق، والكشف عن تلك الإرادة دون أن يكون له الحق في مناقشتها.
- رغم أهمية موضوع إثبات الطلاق إلا أن ما استخلصناه قلة النصوص المعالجة له هذا من جهة و كذلك إنعدامها في مسائل حساسة من جهة أخرى، كالطلاق الواقع خارج دائرة القضاء (الطلاق العرفي)، إذ لم يتناول من طرف المشرع الجزائري بالدراسة ولم يخصّ بأي نص قانوني، مما يدل على عدم إعترافه به.
- وما تم التوصل إليه كذلك أنه مع قلّة النص القانوني أو إنعدامه على الرغم بما يتميز به هذا الموضوع من خصوصية، أدى الى طرح تناقضات بين النص القانوني والشريعة الإسلامية من جهة، والنص القانوني والتطبيق القضائي من جهة أخرى.

وهذا ما فتح المجال أمام الإجتهاد القضائي إلى قبول دعاوى الطلاق العرفي والحكم بإثباته شأنه شأن الطلاق الواقع في دائرة القضاء.

- أن الصلح إجراء وجوبي جوهري، لا يمكن إستصدار حكم قضائي قاضي بالطلاق إلا بعد القيام به، وفي حالة عدم إجرائه من قبل القاضي فإنه يعرض الحكم للطعن بالنقض.

إلا أنه وما يتم العمل به على مستوى بعض المحاكم عدم إجراء الصلح من قبل القضاة فيما يتعلق بمسألة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء وإثباته، حيث يعد ذلك خرقا للقانون؛ لكونهم قد حادوا عن نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

و على ضوء هذه النتائج يمكن طرح الإقتراحات التاليـــة:

- نقترح على المشرع القيام بتعديل قانون الأسرة و ذلك بضبط الموضوع بنصوص قانونية واضحة وشاملة، لتكون هاته الأخيرة متماشية مع خصوصية هاته المسألة. وفتح المجال أمـــام الـقضاء لتطبيق ما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية وتقنين ما جرت عليه العادة والعرف على مستوى المحاكم وعليـــه:
- نقترح تعديل للمادة 48 التي نص فيها المشرع على حل عقد الزواج، الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو الخلع أو التطليق، والأصل في الطلاق هو الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين فقط، فما عدا ذلك يسمى تطليقا أو خلع. فنجد أن المشرع قد أخلط في إطلاق مصطلح الطلاق على جميع أنواع إنحلال الرابطة الزوجية وبذلك قد أخلط فلا بد عليه ضبط المصطلحات بدقة لتجنب الخلط بين أنواع إنحلال الرابطة الزوجية.

لتصبح صياغة نص المادة كالآتي:

"**ينحل عقد الزواج بالـــخلع أو التطلـــيق، او بالطـــــلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين**".

- ونقترح تعديل لنص المادة 49 التي تلاقي العديد من الإشكالات لكونها مخالفة للشريعة الإسلامية، خاصة ما يتعلق بمسألة الصلح وذلك لأنه مرتبط بمسألة العدة الشرعية.

فالمفروض أنه من الـــناحية الشرعيــة العدة تحتسب من تاريخ التلفظ بالـطلاق أما من الناحية القانونية فتعتد المرأة المطلقة من تاريخ الحكم بالطلاق وبعد محاولات الصلح التــي يجريها القاضي وهذا يتعارض مع الشريعة الإسلامية لأن العدة منتهية، ومدة الصلح لم تنتهي بعد، وعلى هذا الأساس تعاد صياغة نص المادة كما يلي:

" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي ما لم يتلفظ الزوج بالطلاق خارج المحكمة، فإذا تبين أن الزوج قد تلفظ بالطلاق يثبته من تاريخ وقوعه، ويجري الصلح ابتداء من هذا التاريخ.**"

- كذلك نقترح تعديل لنص المادة 50 هاته الأخيرة التي جاءت مخالفة للشريعة الإسلامية لكونها متعلقة بمسألة العدة والرجعة، حيث يمكن للزوج أن يرجع زوجته علــى الــرغم من كون عدتها قد إنتهت والزوجــة قد بانت من زوجــها، لذلك لا بد من إعادة صياغة نص المادة القديم كالتالي:

" **من راجع زوجته أثناء محاولات الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد شرط عدم إنتهاء العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد شرط إنتهاء العدة.**"

- و أيضا فيــما يتعلق بالمادة 57 لا بد على المشرع بإعادة النظر فيها وذلك لنصه على أن الحكم بالطلاق قابل للاستئناف في الجوانب المادية فقط دون أن يشير فيها فيما إذا كان الحكم بالطلاق بحد ذاته قابلا لطرق الطعن الأخرى.

- و فيمـــا يخص المادة 58 التي نصت على أن المطلقــة تعتد من تاريخ التصريح بالطـلاق دون تبيــان ممن يكـون هذا التصـريح من قبــل الزوج أم من قبل القاضي، حيث جاء هذا النص مبهم و غامض لذلك نقترح تعديلا لها على النحو التالي:

" **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ تصريح القاضي بالحكم بالطلاق.**"

أو تعاد صياغتها في حال ما إذا رجعنا إلى الأصل أي الشريعة الإسلامية كالآتي:

" **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق.**"

وختــاما للموضوع ونظرا لكون أن مسـائل الأسرة لهـا نوع من الخصوصية خــاصة ما يتعلق بمسألة الطلاق وإثباته، لا بد على المشرع قبل وضع أي مادة في قانون الأسرة الجزائري أن يستنبطها من أحكام الشريعة الإسلامية واتخاذها مرجعا له لتفادي مختلف الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الحالي.

كذلك لا بد من الأجـهزة القضــائية المختلفة أن تسند مسائل الطلاق وإثباته، خاصة ما تعلق بإجراء الصلح، لقضاة لهم الكفاءة في هذا الميدان وبالأخص ما تعلق بعامل السن والتجربة، فكما هو معروف أن من يندبون لأمر القضاء هم أشخاص في بداية المسار المهني، أي صغار السن وفي أغلب الأحيان يكونوا غير متزوجين.

ومنه فلا بد أن يوكل مثل هذا الأمر لقضاة على دراية و خبرة كافية في مجال الأحوال الشخصية ولهم إطلاع معمق على أحكام الشريعة الإسلامية كما يجب عليهم إتباع مذهب فقهي موحد من أجل عدم الوقوع في الإختلافات الفقهية.

قائمة المراجع

أولا– القرآن الكريم

ثانيا– السنّة النبوية

ثالثا– المعاجم:

1– ابن المنظور، **لسان العرب**، المجلد الرابع، الطبعة الرابعة، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، 2005.

2– أحمد علي القيومي، **المصباح المنير**،– معجم عربي، عربي–، مكتبة لبنان، سنة1987.

رابعا– الكتب:

1- إبراهيم محمد، **الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الثاني**، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

2- أحمد محمود أبو هشهش، **الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

3- أسعد لطفي حسن، **الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية (مدخل فقهي عام، قانون الأسرة، قضاء المحكمة العليا)**، دار العلوم للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2001.

4- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج و الطلاق)**، الجزء الأول، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

5- بن حرز الله عبد القادر، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل جزائري له**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

6- بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2008.

7- بن صغير محفوظ ، **الأسرة والتشريع، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري**، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر، (دون سنة النشر).

8- بن عبيدة عبد الحفيظ ، **الحالة المدنية و إجراءاتها في التشريع الجزائري** ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2011.

9- بوبشير محمد أمقران، **قانون الإجراءات المدينة (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)** ، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005.

10- بوسقيعة أحسن ، **قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية**، الطبعة الثالثة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

11- حمدي باشا عمر، **طرق التنفيذ**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

12- دلاندة يوسف، **طرق الطعن العادية وغير العادية في الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء العادي (القضاء الإداري)**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

13- ديب عبد السلام ، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمه للمحاكمة العادلة)**، الطبعة الثانية ، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

14- زودة عمر، **الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء**،Encyclepedia Editions، الجزائر، (دون سنة النشر).

15- زودة عمر، **طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها** ، Encylepedia Editions ، الجزائر،2003.

16- سعد عبد العزيز ، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

17- سعد عبد العزيز، **إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

18- سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد**، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

19- صقر نبيل، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيــع، الجزائر، 2006.

20- عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقـــــه والتشــريع والقضـــاء**، منشورات تالة، الجزائر،2011.

21- الغوثي بن ملحة، **القانون القضائي الجزائري**، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2000.

22- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2008.

23- الغوثي بن ملحة، **قواعد وطرق الإثبـــات و مبـاشرتها في النظام القانوني الجزائري**، الطبعة الأولى،مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، 2001.

24- المصري مبروك، **الطـــلاق وآثــاره من قانــون الأسرة الجزائري(دراسة فقهية مقارنة)**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2010 .

25- مصطفى ابن العدوى، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، مكتبة ابن تميمة، مصر، 1988.

خامسا-المذكرات و الرسائل:

1- بوجاج فوزية و غوناي غنية ، **الأحكام القانونية لانعقاد الزواج**، مذكرة لنيل شهادة المـاستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقـوق والعلـوم السيـاسية، جامعة الجيلالي بونعامة ، الجزائر، 2014-2015.

2- بوفيس محمد وآخرون، **إثبات الطـــلاق في ظل الفقه والقضــاء الجزائري**، مذكرة لنيل شهــادة الليـــسانس، في العلــوم القانــونية والإداريــة، كلية الحقــوق، جامعة جيجل، 2010-2011

3- زودة عمر، **طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003- 2008.

4- عبد الفتاح تقية، **الطلاق بين أحكام التشريع و قانون الأسرة و الإجتهـــاد القضائي**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانـــون، كلية الحقـــوق والعلوم السيـــاسية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2006-2007.

5- قسنطينـــي حدة، **إثبـــات الطلاق بين النصـــوص التشريـــعية وتطبيقـــاتها القضائية**، مذكرة تخرج لنيل إجـــازة المعهد الوطنـــي للقضـــاء، وزارة العدل، المعهد الوطنـــي للقضاء، 2001-2004.

6- محمد سعد عيسوس، **الطبيعة القانونية لحكم الطلاق في التشريع الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سكيكدة، جوان، 2013.

سادسا-المداخلات:

1- حمدي محمد أمين، شروط رفع الدعوى وآجالها وتقديم المستندات، مداخلة في إطار شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، 2008-2009، بتاريخ 01 ماي 2016 من موقع: www.Sciencejuridique.ahlamontada.net

سابعا-المجلات والنشرات القانونية:

1- مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد 01.

2- مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 02.

3- مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 01.

4- مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد 01.

5- المجلّة القضائية، 1986، العدد 01.

6- المجلة القضائية، 1989، العدد 02.

7- المجلّة القضائية، 1991، العدد 03.

8- المجلّة القضائية، 1993، العدد 01.

9- المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.

10- نشرة القضاة، 1995، العدد 48.

11- نشرة القضاة، 1995، العدد 53.

ثامنا-النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 75- 58، المؤرخ في سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 (معدل ومتمم).

2- قانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمـ05-02، المؤرخ في 27 فبرا ير2005، الجريدة الرسمية، عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير2005 (معدل و متمم).

3- قانون رقم 08-09-، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخ في 23 أبريل 2008.

4- قانون رقم 14-08، المؤرخ في 09 أوت 2014، المتضمن قانون الحالة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 49، المؤرخة في 20 أوت 2014.

5- أمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية،الجريدة الرسمية، العدد رقم 47، لسنة 1966 (الملغى).

الفـــــهرس

مقدمة	**2**
الفـــــــــصل الأول: الإطـــــــار النظـــــــري لإثبات الطلاق	
المبحث الأول: إثبات الطلاق الواقع في دائرة القضاء	**08**
المطلب الأول: ثبوت الطلاق بحكم قضائي	**08**
الفرع الأول: تعريف الحكم القضائي المثبت للطلاق	**08**
أولا: تعريف الحكم القضائي لغة	**09**
ثانيا: تعريف الحكم القضائي إصطلاحا	**10**
ثالثا: تعريف الحكم القضائي قانونا	**11**
الفرع الثاني: ضرورة صدور الحكم القضائي المثبت للطلاق	**12**
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحكم القضائي المثبت للطلاق ومضمونه	**19**
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحكم القضائي المثبت للطلاق	**19**
الفرع الثاني: مضمون الحكم القضائي المثبت للطلاق	**24**
المبحث الثاني: إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**29**
المطلب الأول: إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في التشريع الجزائري	**29**
الفرع الأول: تعريف الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء وموقف المشرع الجزائري منه.	**29**
الفرع الثاني: الإشكالات التي يثيرها الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**32**
أولا: مسألة عدم تسجيل عقد الزواج	**33**
ثانيا: مسألة إعادة أحد الزوجين الزواج	**35**
أ- حالة إعادة الزوج الزواج	**35**
ب- حالة إعادة الزوجة الزواج	**35**
ب1: حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي	**35**
ب-2: حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل	**35**
ثالثا: مسألة العدة	**36**
المطلب الثاني: إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في الشريعة الإسلامية	**38**
الفرع الأول: الإشهاد كوسيلة لإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**38**
أولا: الرأي القائل بعدم وجوب الإشهاد	**38**
ثانيا: الرأي القائل بوجوب الإشهاد	**39**
الفرع الثاني: الإقرار كوسيلة لإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**40**
الفرع الثالث: البينة كوسيلة لإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**42**

الفرع الرابع: اليمين كوسيلة لإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**43**
أولا: تأدية اليمين	**44**
ثانيا: رفض الخصم تأدية اليمين والنكل عنها.	**44**
ثالثا: رد الخصم اليمين على خصمه	**44**
الفصل الثاني: إجراءات الحكم القضائي المثبت للطلاق	**45**
المبحث الأول: الإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق	**47**
المطلب الأول: الدعوى كوسيلة لإستصدار الحكم القضائي المثبت للطلاق	**47**
الفرع الأول: طرق رفع دعوى إثبات الطلاق	**47**
الفرع الثاني: قواعد الاختصاص في دعوى إثبات الطلاق	**51**
الفرع الثالث: شروط رفع دعوى إثبات الطلاق	**53**
أولا: الشروط العامة لرفع دعوى إثبات الطلاق	**53**
أ- الصفة كشرط لرفع دعوى إثبات الطلاق	**55**
ب-المصلحة كشرط لرفع دعوى الطلاق	**56**
ج- الأهلية كشرط لقبول ورفع دعوى إثبات الطلاق	**56**
ثانيا: الشروط الخاصة لرفع دعوى إثبات الطلاق	**58**
الفرع الرابع: سير دعوى إثبات الطلاق	**59**
المطلب الثاني: تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق	**60**
الفرع الأول: تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق الواقع في دائرة القضاء	**60**
أولا: الصلح كإجراء وجوبي قبل إصدار الحكم في دعوى إثبات الطلاق	**62**
أ- تعريف إجراء الصلح	**62**
أ-1- تعريف الصلح لغة	**62**
أ-2- تعريف الصلح اصطلاحا	**62**
أ-3- تعريف الصلح قانونا	**63**
ب- طبيعة إجراء الصلح	**64**
ج- نتائج إجراء الصلح السابق للحكم القضائي في دعوى إثبات الطلاق	**66**
ثانيا: عرض ملف دعوى إثبات الطلاق على النيابة العامة	**68**
ثالثا: تسجيل الحكم القضائي المثبت للطلاق	**69**
الفرع الثاني: تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**70**
أولا: إجراء الصل في واقعة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**71**
ثانيا: إجراء التحقيق في واقعة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**73**

أ- اللجوء إلى التحقيق في واقعة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**73**
ب- كيفية إجراء التحقيق في واقعة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء	**75**
المبحث الثاني: الإجراءات اللاحقة لصدور الحكم القضائي المثبت للطلاق	**77**
المطلب الأول: طرق الطعن في الحكم القضائي المثبت للطلاق	**77**
الفرع الأول: طرق الطعن العادية في الحكم المثبت للطلاق	**77**
أولا: الاستئناف	**78**
ثانيا: المعارضة	**81**
الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية في الحكم المثبت للطلاق	**84**
أولا: الطعن بالنقض	**84**
ثانيا: التماس إعادة النظر	**87**
ثالثا: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة	**88**
المطلب الثاني: تنفيذ الحكم القضائي المثبت للطلاق	**90**
الفرع الأول: قابلية الحكم القضائي المثبت للطلاق للتنفيذ	**90**
الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ الحكم القضائي المثبت للطلاق	**92**
أولا: تبليغ الحكم القضائي المثبت للطلاق للمدعى عليه	**92**
ثانيا: تسجيل الحكم القضائي المثبت للطلاق في سجلات الحالة المدنية	**94**
خاتمة	**97**
قائمة المراجع	**102**
فهرس	**108**

الملاحق

الملخص

إن مسألة إثبات الـطلاق محصورة في الحكم القضائي الصادر عن قـاضي قسم شؤون الأسرة، سواء كان طلاقا واقعا في دائرة القضاء و المعترف به من قبل المشرع الجزائري، أو طلاقا واقعا خارج دائرة القضاء التي سارت التطبيقات القضائية لقبول دعواه.

وبما أن الطــلاق لا يثبت إلا بحكم، كان لا بد من إتباع إجراءات متعلقة بإستصداره بدأ من رفع الدعوى وإجراء الصلح الوجوبي من قبل القاضي بالنسبة للطلاق الواقع خارج دائرة القضــاء، أو التحقيـق بالنسبة للطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، وبعد صدور الحكم وإستنفاده لطرق الطعن يتم تنفيذه.

Résumé

La question de prouver le divorce se limite au jugement rendu par le juge de section des affaires familiales, que ce soit un jugement de divorce rendu dans le ressort de la juridiction reconnue par le législateur algérien, ou un jugement rendu en dehors de ce ressort là où les applications judiciaires se sont déroulées pour accepter son instance .

Et vu que le divorce ne peut être prouvé qu'avec un jugement, on doit observer certaines formalités pour son prononcé à commencer par l'introduction d'une action et procéder à la conciliation obligatoire par le juge à propos du divorce survenu dans le ressort de la juridiction ou l'enquête à propos du divorce survenu en dehors du dudit ressort. Et une fois le jugement prononcé et l'épuisement de ses voies de recours, il sera procéder à son exécution.