جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الطلاق الكاشف وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة المـاستر في القانون

تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبة:

- لمين غانية

إشراف الأستاذة:

* د/ أكلي نعيمة

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): د / ربيع زهية.....رئيسا

الأستاذ(ة) د/ أكلي نعيمة..... مشرفا ومقررا

الأستاذ(ة): د/ عيساوي فاطمة..... ممتحنا

السنة الجامعية:2024/2023

شكر و تقدير

أشكر الله العلي القدير الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع.

أتقدم بجزيل الشكر الى الأستاذة المشرفة " أكلي نعيمة " لتفضلها بالإشراف على هذه الدراسة والتي أفادتني بنصائحها القيمة و توجيهاتها فلها كل الإحترام و التقدير.

و الى السادة أعضاء اللجنة .

و الى جميع الأساتذة الكرام ، و أخص بالذكر أساتذة طور الماستر، تخصص قانون الأسرة

كما أتقدم بجزيل الشكر

الى كل من مد لي يد العون و المساعدة من قريب أو من بعيد و لو بالكلمة الطيبة .

إهداء

إلى روح جدتي الغالية رحمها الله .

إلى والدتي الحبيبة ، إلى من كانت بجانبي في كل لحظة شكرا على صبرك و تضحياتك، وعلى دعواتك المباركة

و إلى والدي العزيز الذي كان لي السند و المشجع أطال الله في عمريهما و حفظهما .

إلى إخواني الأعزاء و أختي العزيزة و أولادها حفظهم الله عزوجل.

إلى كل عائلتي الكريمة.

مقدمة

مقدمة

يعتبر الزواج من أهمّ المواضيع التي تولاّها الشارع الحكيم بالرعاية و أفضى عليه قدسية خاصة ، ما جعله أكثر العقود أهمية و ذلك لما يترتب عليه من أثار لا تقتصر فقط على الزوج أو الزوجة إنما تمتد إلى المجتمع بأكمله، فأولى له الإسلام قدسية عظيمة كون القران الكريم وصفها بالميثاق الغليظ و أن هدمها له من الأثار الوخيمة ما يهدد المجتمع برمته, و فوق كل ذلك فهو يهزّ عرش الرحمان .

بالرغم من كل ذلك شرع الله فك العصمة الزوجية رفعا للضرر أن جعل الطلاق أبغض الحلال ، فقال الإسلام بالطلاق و فصّل فيه و نظمه تنظيما دقيقا بالشكل الذي راعى فيه حماية الأسرة من الشتات و الضياع و حفظ كيان المجتمع .

ورغم ذلك فالطلاق حقيقة اجتماعية و شرعية و أضحى مع الأسف، ممارسة يومية في عالمنا الإسلامي على غرار باقي دول العالم .

وسعت التشريعات منها التشريع الجزائري إلى تنظيم أحكامه عامة بموجب القانون رقم 11/84 ، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 .

فتنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري " 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 و 54 من هذا القانون "[1].

[1] – قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 ، المؤرخ في 25 فيفري 2005، ج ر عدد 15 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

يلاحظ أنه في طلب الطلاق بإرادة الزوج المنفردة على غرار إرادة الزوجين فضلا عن الخلع، قيّدت سلطة قاضي الموضوع فهو ملزم بالإستجابة لطلب الأطراف في طلب فك العصمة الزوجية في حدّ ذاته (الطلاق) ، و له إعمال سلطته التقديرية فقط في أثاره .

فهذه الأنواع من الطلاق تأخذ حكم الطلاق الكاشف، ذلك أن حكم القاضي جاء ليكشف عن إرادة المدعي دون أن ينشئها، على العكس من التطليق، الذي شرعه المشرع بموجب أحكام المادة 53 من قانون الأسرة [1]، تطلبه الزوجة رفعا و جبرا للضرر الذي تعرضت له، أين تكون لقاضي الموضوع السّلطة التقديرية الكاملة في الحكم به او رفضه ومنه يكون حكم القاضي في هذه الحالة منشئا للطلاق و ليس كاشفا، و نظرا للإشكالات العملية الكثيرة التي يثيرها الطلاق الكاشف نقتصر الدراسة عليه دون المنشئ .

تظهر أهمية الموضوع في خطورته في حد ذاته ذلك أن المشرع منح إمكانية وضع حد للعلاقة الزوجية بإرادة أحد الزوجين أو كلاهما دون أن يكون للقاضي السّلطة التقديرية في رفض الطلب انما يفصح فقط عن رغبة طالب الطلاق و منه اعمال اثاره القانونية التي يمكن ان تتعارض مع ما هو مقرر شرعا بموجب أحكام الشريعة الإسلامية التي تأخذ بالطلاق من ايقاعه بأية وسيلة على خلاف المشرع الجزائري الذي لا يعترف بالطلاق خارج المحكمة (الطلاق العرفي) ما لم يثبت بحكم قضائي .

من بين أسباب إختيار الموضوع هو تفشي ظاهرة الطلاق بشكل رهيب في أوساط المجتمع بصوره المتعددة، ورغبة منا في تسليط الضوء على أسبابه وإشكالاته لأن هذا الموضوع حسّاس و شائك يؤثر على كيان الأسرة والمجتمع بأكمله .

ومن هذا المنطلق نكون تناولنا هذا الموضوع بالدراسة من جهة و أثرينا معلوماتنا من جهة أخرى .

[1]– قانون رقم 11/84 ، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق .

و من أجل تحديد إشكالات الطلاق التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري أثناء تطبيقه دون الأخذ بعين الإعتبار ما هو مفروض شرعا، ما يستدعي طرح الإشكالية التالية :

ماهي الإشكالات التي يثيرها قانون الأسرة في موضوع الطلاق الكاشف أثناء تطبيق أحكامه و تلك الضوابط التي تقررها الشريعة الإسلامية ؟

ولمعالجة الموضوع يقتضي الاعتماد على المنهج الوصفي للتعريف بمختلف مفردات البحث فضلا عن المنهج التحليلي عن طريق تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع فضلا عن المنهج المقارن الذي تفرضه الدراسة لاعتبار قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة و يتعين الرجوع إلى هذه الأخيرة في كل ما لم يتم النص عليه في قانون الاسرة .

تم تقسيم البحث إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول، ماهية الطلاق الكاشف و إجراءاته و يحتوي على مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الطلاق الكاشف من حيث تعريفه و صوره .

أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه إلى إجراءات دعاوي الطلاق الكاشف و كيفية رفعها و سيرها .

أما بالنسبة للفصل الثاني فتناولنا فيه إشكالات الطلاق الكاشف ويحتوي كذلك على مبحثين، حيث خصصنا المبحث الأول للإشكالات الناتجة عن إلزامية إثبات الطلاق بحكم أين تطرقنا فيه إلى الصلح الإجباري و إمكانية إزدواجية العدة .

أما المبحث الثاني فتناولنا فيه أثر الإشكالات التي تثيرها إمكانية إزدواجية العدة المتعلقة بإشكالات الزواج و النسب و إشكالات النفقة و الميراث .

الفصل الأول

ماهية الطلاق الكاشف وإجراءاته

الفصل الأول

ماهية الطلاق الكاشف وإجراءاته

شُرِع الزواج حفاظا على البقاء البشري وتحقيقا لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما بإحصانهما وبث المودة بينهما بجعل كل واحد منهما سكنا للآخر، وبالمقابل شرع الطلاق إن كانت العلاقة الزوجية مجلبة للضرر، بذلك تصبح المصلحة في إزالتها لا بقائها لأن الفرقة في هذه الحالة هي المصلحة، فلا ضرر ولا ضرار والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان.

شرع الإسلام الطّلاق للحاجة إليه، رغم أنّه كرّهه وجعله من أبغض التّصرفات المباحة، ونظمه تنظيما دقيقا بالشكل الذي راعى معه حماية الأسرة من الشتات والضياع وحفظ كيان المجتمع، مصداقا لقول الله تعالى: « الطلاق مرّتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»[1].

نظّم المشرع الجزائريّ أحكام الطلاق بموجب القانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة[2]، أن جعله إحدى طرق انحلال الرابطة الزوجية إضافة إلى الوفاة[3]، وحدّد أنواعه بموجب المادة 48 من قانون الأسرة السالفة الذكر.

قُيّدت سلطة القاضي في طلب الطلاق سواء بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين على غرار الخلع، إذ يلزم بالاستجابة لطلب الأطراف فيما يخص فكّ العصمة الزوجية في حد ذاته دون أثار ذلك (نفقة وحضانة...)، ومنه نجد أن هذه الأنواع من الطلاق تأخذ حكم الطلاق الكاشف، على أساس أن الحكم القضائي يكشف عن إرادة أحد الزوجين أو كلاهما

[1]- سورة البقرة، الأية 229.

[2]- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق .

[3]- المادة 47 من القانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع نفسه.

عن الطلاق دون أن ينشئ هذا الأخير كما هو الحال في التطليق رفعا للضرر باعتباره طلاقا منشئا[1].

خوّل المشرع الجزائري إمكانية وضع حدّ للعلاقة الزوجية عن طريق الطلاق الكاشف، الذي يتّسع مفهومه بتعدد أنواعه (المبحث الأوّل)، والذي يثبت بحكم قضائي بعد إتباع جملة من الإجراءات القضائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الطلاق الكاشف

يكتسي الطلاق الكاشف أهمية بالغة في الدراسات القانونية والأحكام القضائية، والمشرع الجزائري انحاز للمذهب الشكلي الذي يقيد حق أحد الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية بضرورة استيفاء الشكل القضائي عن طريق إثباته بحكم.

في حقيقة الأمر أن سنّ حق الزوجين في طلب الطلاق الكاشف ما هو إلاّ تعبير على فهم الشريعة الوضعية لطبيعة الإنسان عموما وطبيعة العلاقة الزوجية تحديدا، كأن تكون المرأة كارهة لزوجها لا تستطيع مواصلة الحياة معه لسبب يخص مشاعرها، فيجوز لها أن تطلب الطلاق على أن تعوضه بمال، وأنّه لا يمكن لا للقواعد السماوية ولا الوضعية أن تجبر الزوج أو الزوجة على البقاء معا وهما كارهان، لذلك فهم الرسول قصد زوجة ثابت وحالها فقضى لها بما يرفع الحرج عنها مقابل ردها لصداقها.

[1]– نلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 53 من القانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة، تعرض للحالات التي يمكن فيها للزوجة طلب التطليق من المحكمة المختصة، وهي 10 حالات وإن كانت واردة على سبيل المثال لا الحصر، ذلك أن المشرع أشار في الفقرة الأخيرة من المادة 53 إلى عبارة "كل ضرر معتبر شرعا"، دون أن يحدد أو يبين على الأقل عناصره، ما جعل من السلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب كل قضية على حدة، ففي التطليق تكون لقاضي الموضوع السلطة التقديرية الكاملة في الحكم به أو رفضه في حدود الإدعاءات المدلى بها وما يدعمها من أدلة ومنه يكون حكم القاضي في هذه الحالة منشئا للطلاق وليس كاشفا. لمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة: أكلي نعيمة، في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلد 12، العدد 3، جامعة الجلفة، جويلية 2020.

تقضي الفطرة السليمة ألاّ إكراه في العلاقات الاجتماعية خاصة الزوجية منها، والتي يفترض أن تقوم على المودة والسّكينة والطّمأنينة لذلك شُرّعت الفرقة عن طريق الطلاق الكاشف، الذي يتطلب الوقوف عند تعريفه (المطلب الأول)، وصوره نظرا لأهميته فضلا عن خطورته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الطلاق الكاشف

تعدّدت التعاريف المقترحة للطلاق عامة بتعدد وجهات نظر الفقهاء المهتمين بالموضوع، خاصة مع خطورته باعتباره يمس كيان الأسرة، الخلية الأساسية يقوم عليها المجتمع والوجود ككلّ.

يتطلّب وضع تعريف جامعٍ مانعٍ للطلاق الوقوف على جميع المقوّمات الأساسيّة التّي يستند إليها، باعتباره خلاصة جملة الإجراءات المفروضة على طرفيه فضلا عن الألفاظ إن كان لها وقعٌ، ومنه التوصل إلى اقتراح تعريف للطلاق الكاشف من الناحيتين الفقهية (الفرع الأول) والتشريعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الطلاق الكاشف فقها

تعدّدت التعاريف الفقهية المقدمة للطلاق عموما وإن اختلفت في التعبير إلا أنها اتفقّت على المضمون، فيمكن تعريفه على أنه رفع قيد النّكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص، أو ما يقوم مقامه، أو حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال، أو في المآل، بالصّيغة الدّالة على ذلك[1].

[1]– محمد حسن الملحاني، إضافة الطلاق إلى الرجل أو المرأة أو جزء منها، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 17، العدد 12، 2017، ص 273.

فالطلاق هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه ، وفكّ رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المآل يكون بالطلاق الرجعي، ولا يكون إلا من زواج صحيح. [1]

كما عرف" ابن قدامه الحنبلي" الطلاق على أنه: "حل قيد النكاح"، في حين عرفه الإمام الزيلعي على أنه " رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ".

وقد عرفه الإمام أبو زهرة على أنه "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها ".

يرى الدكتور "المصري مبروك" في كتابه "الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري " أن الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ الطلاق أو بما في معناه ". [2]

نلاحظ أنّ في تعريف الفقهاء للطلاق هناك من ركّز على تعريفه من حيث دلالة اللّفظ إلى الطلاق الصريح و طلاق الكناية ، و هناك من ركّز من حيث صفة وقوعه إلى الطلاق الرجعي و الطلاق البائن.

الفرع الثاني: تعريف الطلاق الكاشف تشريعا

اكتفى المشرع الجزائري ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية، من بينها الطلاق دون أن يعرفه، وإن أشار إلى أنّه هو حل عقد الزواج كما أشار إلى صوره، على أساس أن وضع التعاريف من صميم مهام الفقه، حيث ترك لهم مجال الخوض في ذلك، محاولة منه التملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف القائل بها الفقه[3]، وترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة 222 من القانون رقم 84-11، يتضمن قانون

[1]- ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر 2013، ص28.

[2]-المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2010، ص ص112-113.

[3]- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007 ص ص07-08.

الأسرة، التي تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

يتبين من نص المادة 48 من قانون الأسرة، أن الطلاق باعتباره طريقة لفكّ الرابطة الزوجية القائمة على زواج صحيح قد يتّم بإرادة الزوج المنفردة، أو بإرادة الزوجين، كما يمكن أن يكون بناء على طلب الزوجة بإرادتها المنفردة دون ان يلحقها ضرر من زوجها، من خلال مطالبتها بمخالعة نفسها تطبيقا لأحكام المادة 54 من نفس القانون، او بناء على ضرر لاحق بها من خلال طلب التطليق حسب ماهو محدد في المادة 53 من نفس القانون.

فنعرف الطلاق الكاشف على أنه كل طلاق يكون فيه القاضي ملزم بالإستجابة لطلب الأطراف و هو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الطلاق بالتراضي و الخلع ففي هذا الطلاق تكون للقاضي سلطة تقديرية فقط في أثاره .

المطلب الثاني

صور الطلاق الكاشف

خوّل المشرع الجزائري إمكانية وضع حدّ للعلاقة الزوجية عن طريق الطلاق الذي يمكن أن يأخذ حكم الطلاق الكاشف، سواء بإرادة الزوج المنفردة (الفرع الأول)،أو بإرادة كلا الزوجين الطلاق بالتراضي (الفرع الثاني)، على غرار إرادة الزوجة المنفردة عن طريق الخلع والتي تتجلى فيها مظاهر المساواة بين كل من الزوجين في إيقاع أو طلب الطلاق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

وضع قانون الأسرة الجزائري جملة من الأحكام التي من شأنها حماية الأسرة من كل ما يمسّ باستقرارها ما دامت قائمة على زواج صحيح، وإن كان وتحقيقا لنفس الغرض أباح الطلاق رفعا للضرر الذي يلحق أحد الزوجين أو كلاهما من استمرارية العلاقة الزوجية، وإن كان كأصل عام يكون بيد الزوج يوقعه بإرادته المنفردة بتوافر جملة من الشروط نوجزها (ثانيا) بعد التعرض لتعريفه (أولا).

أولا: تعريف الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

الطلاق هو حل لرابطة الزواج بلفظ صريح أو كناية، يتلفظ به الزوج تكريسا للقاعدة الشرعية " العصمة بيد الزوج "[1].

كل الآيات الواردة في الطلاق تدلّ على أنّ الطلاق بيد الرجل مثل قوله تعالى: « إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن... »[2]، وقوله تعالى: « يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن... »[3]، فكل الآيات تسند الطلاق إلى الرجال.

عن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله "إن سيدي زوجني أمته، وإنه يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما؟ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق".[4]

---

[1]– أبو بكر جابر الجزائري، "منهاج المسلم: كتاب عقائد أدأب وأخلاق وعبادات ومعاملات"، ط 02، دار الكتاب الحديث، د ب ن، د س ن، ص421.

[2]– سورة البقرة –الأية 231.

[3]– سورة الأحزاب –الأية49.

[4]– رواه ابن ماجه – الطلاق– باب طلاق العبد – 2031 – 672/1، ورواه الدار قطني –101–102–103–، 237/4، وقال ابن القيم عن الحديث: إن حديث ابن عباس وإن كان في إسناده ما فيه فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس.

فالحديث يدل على أن الطلاق بيد الرجل حتى ولو كان عبدا مملوكا، وهذه النصوص جميعا تدل بجلاء بما لا يحتاج معها إلى جدل أو استدلال بأن الأصل في الطلاق أنه بيد الرجل، وهذا عليه الإجماع العلمي للمسلمين في كل العصور.

أشار المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة، إلى أن عقد الزواج ينحل بالطلاق الذي يمكن أن يتم بإرادة الزوج المنفردة، دون أن يعرفه، تاركا ذلك للفقه، وتنص المادة 50 من نفس القانون على أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

مقتضى هذا النص أن هذا الطلاق هو طلاق بائن بينونة صغرى، كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، وتضيف المادة 51 من نفس القانون أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء".

أكد هذا النص على ماهو معمول به شرعا حيث أن من طلق زوجته ثلاثا تبين منه بينونة كبرى.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري سعى من خلال المادة 52 من القانون رقم 84-11، حماية الزوجة من تعسف الزوج في طلب الطلاق، من خلال جبر ما يلحق بها من أضرار عن طريق التعويض، حيث نص المادة السالف الذكر أعلاه على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "[1].

[1]- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص ص 87-88.

- الطلاق بمعناه الأصلي (بالإرادة المنفردة للزوج)، حق للزوج وحده وعليه فهو كسائر الحقوق الأخرى يمكن التعسف في استعماله، وبالتالي تقرير التعويض لمن لحقه الضرر.

و تقدير الأضرار مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ويمكن ادراج بعض حالات التعسف، مثل: القرار الصادر في 1998/06/15 حيث قررت المحكمة العليا ان عدم إفصاح الزوج عن الأسباب التي دفعته للطلاق رفعا للحرج تحمله المسؤولية.

وينقسم الطلاق باعتبار الرجعة وعدمها إلى قسمين: طلاق رجعي وطلاق بائن.

أ- **الطلاق الرجعي:** هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلى مسكن الزوجية مادامت في العدة، من غير عقد ولا مهر جديدين، رضيت الزوجة أم أبت، لقول الله تعالى: « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ».[1]

يكون كل طلاق رجعيا، إلا الطلاق قبل الدخول، أو الطلاق على مال، أو ما كان مكمّلا للثلاث وهذا عند جمهور الفقهاء.

ب- الطلاق البائن: وينقسم الطلاق البائن بدوره إلى قسمين:

1- الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين، وبرضاها، وسواء انقضت العدة أم لم تنقض[2].

2- الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث، فلا يراجعها إلا إذا تزوجت رجل أخر بقصد بناء أسرة جديدة ودائمة ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها فتنقضي عدتها، فيمكن له هنا أن يتزوجها من

كما انه لا يجوز تحميل الزوج التعويض اذا لم يثبت الضرر، ملف 210451 بتاريخ 1998/11/17، والذي جاء فيه أنه "من المقرر قانونا ان الزوجة تستحق التعويض في نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون". نقلا عن: فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعما بإجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، طبعة جديدة 2008/2007 ، ص47 .

و التعسف هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي الى الإضرار بالغير وفقا لنص المادة 124 مكرر من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم، التي تنص على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ بالغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ".

من المادة يتضح أن للقاضي السلطة التقديرية في فحص الأمور وتبين دوافع الطلاق من خلال عرائض الطرفين ودفوعاتهما وفي حالة التعسف يقدر التعويض عن هذا التعسف.

[1]- سورة البقرة، الأية 229.

[2]- المصري مبروك، مرجع سابق، ص ص136-137.

جديد بمهر وعقد جديدين[1]، لقوله تعالى: « فإن طلّقها فلا تحلّ له، من بعد حتى تنكح زوجا غيره» [2].

ثانيا: شروط صحة الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

يتوقف إيقاع الطلاق صحيحا بإرادة الزوج المنفردة على توفر جملة من الشروط، منها ما يتعلق بالزوج ومنها ما يتعلق بقيام الرابطة الزوجية في حدّ ذاتها، ومنها ما يتعلق بإجراءات إيقاعه، نوجزها فيما يلي:

– ان يكون هناك زواج صحيح.

– ان يكون الزوج راشدا واهلا لايقاع الطلاق متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه، بالغا 19 سنة كاملة، بمعنى ان الترخيص بزواج القاصر الذي يمنحه القاضي لا يرشد الزوج القاصر من أجل رفع دعوى الطلاق، حيث تنص المادة 437 من القانون رقم 08–09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[3] على أنه: « عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة » .

الا ان هذا النص يناقضه ما جاء في الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأسرة، التي منحت الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج بما فيها الطلاق.

–يجب إجراء محاولات الصلح.

[1]– تحفة العروس لمحمد بيومي، ط1، دار الرشد للكتاب والقرآن الكريم، الجزائر، 2007، ص37.

[2]– سورة البقرة، الأية 230.

[3]– قانون رقم 08–09، مؤرخ 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 22–13، المؤرخ في 12 جويلية 2022، ج ر عدد 48، صادر بتاريخ 17 جويلية 2022.

تجدر الإشارة إلى أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يحتاج إلى تسبيب، وفقا لما قررته قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في قرار لها صادر بتاريخ 1999/06/15، أنه: " الطلاق بالإرادة المنفردة دون ذكر الأسباب يعد طلاقا صحيحا "[1].

لذلك إذا ادعت الزوجة ان الزوج متعسفا في طلاقه طلب القاضي منه الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق، فإذا لم يبينها، او اعطى أسباب تافهة اعتبر طلاقه طلاقا صحيحا لكنه تعسفيا، ومنه يحكم للمطلقة بالتعويض.

وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/04/07،أنه: " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل ".[2]

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي

شُرِع الزواج حفاظا على البقاء البشري وتحقيقا لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما بإحصانهما وبث المودة بينهما بجعل كل واحد منهما سكنا للآخر، وبالمقابل شرع الطلاق إن كانت العلاقة الزوجية مجلبة للضرر، بذلك تصبح المصلحة في إزالتها لا بقائها لأن الفرقة في هذه الحالة هي المصلحة، فلا ضرر ولا ضرار والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان، ولاعتبار الزواج عقد رضائي يقوم على توفق إرادتي كلا من الزوجين، فإنه بالمقابل يمكن لهذه الأخير إنهاءه عن طريق الطلاق، أي الطلاق بإرادة الزوجين الذي يتوقف على توفر مجموعة من الشروط (ثانيا) نتوصل إليها بعد تعريفه (أولا).

---

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 223019، بتاريخ 1999/06/15. أخذا عن :بحماوي عبد الله و بحماوي شريف، إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين " دراسة نقدية " ، مجلة القانون و العلوم السياسية، مجلد 4 عدد 2 ، جامعة أحمد دراية – أدرار– الجزائر، ص88 .

[2]– قرار المحكمة العليا، رقم 41560، بتاريخ 1986/04/07. أخذا عن :بحماوي عبد الله و بحماوي شريف، نفس المرجع ، نفس الصفحة .

أولا: تعريف الطلاق بالتراضي

استنادا إلى نص المادة 48 من قانون الأسرة، فإن يمكن أن يتم بإرادة الزوج كما يمكن أن يتم بتراضي الزوجين، وإن أكد ذلك إلا أنه لم يعرف هذا الأخير.

تدخل المشرع الجزائري بموجب المادة 427 من الأمر رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعرف الطلاق بالتراضي على أنه: " الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة ".

ويقصد بهذه الصورة ان كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة لعدم إمكانية استمراريتها، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.

فتوحيد إرادة كلا من الزوج والزوجة على الطلاق مع الموافقة على اثاره يحول القاضي إلى موثق يوثق إرادة الطرفين في حكم يعد إشهادا لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة.

ومن ثم جعل دور القاضي في هذا الإشهاد محصورا في توثيق إرادة الطرفين لإحداث الطلاق، ولما كان الطلاق بالتراضي مجرد اشهاد ولا دخل للقاضي الا في الإشهاد عليه أي الكشف عنه. [1]

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1988/07/18 ، أنه: " من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف

[1]-باديس ذيابي، مرجع سابق، ص25 و28.

- يرى الأستاذ فضيل العيش مادام أن دور القاضي في هذا النوع من الطلاق هو مجرد عمل توثيقي أو أنّه يقتصر على إفراغ إرادة الزوجين في حكم قضائي كان من الممكن على المشرع الجزائري أن يعدّل ويجعل الطلاق بالتراضي بين الزوجين من اختصاص الموثق أو ضابط الحالة المدنية . نقلا عن : فضيل العيش ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعما بإجتهادات قضاء المحكمة العليا، مرجع سابق، ص ص 32-33 .

بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير".[1]

وعليها اعتبر قرار المحكمة العليا الطلاق بالتراضي أنه مجرد إشهاد عن رغبة الطرفين في الطلاق وليس عقد صلح ينهي نزاعا قائما، ودور القاضي يكون بتوثيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني ولا يتعدى إلى مراقبة صحة ما اتفق عليه، كما أن الأحكام الصادرة في الطلاق بالتراضي لا يوصف لا بالابتدائية ولا بالنهائية.

جعل هذا القرار الطلاق بالتراضي كصورة حديثة خارج من دائرة التعامل المدني القائم على الصلح، فلا يمكن أن تكون هناك عقبات ومعوقات أمام الطرفين في جوانب متفق عليها ما لم تكن مخالفة للنظام العام والآداب العامة وفي حدود الشريعة الإسلامية[2].

ثانيا: شروط صحة الطلاق بالتراضي

رغم أن الطلاق بالتراضي يقوم على إرادتي الزوجين باعتبارهما طرفا علاقة زوجية قائمة على عقد صحيح، إلا أنه يشترط لإيقاعه توفر جملة من الشروط كما يلي:

- تشترط الأهلية الكاملة في الزوجين معا.

- يشترط ألا تكون إرادة احدهما معيب بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه مثلا[3].

-يأخذ الطلاق بالتراضي شرطه الأصلي وسببه القانوني من منطق اجتماع الإرادة المشتركة للزوجين، حيث لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الحفاظ به سريا.

---

[1]- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 49858 ، 5بتاريخ 1988/07/18 ، المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الأول، ص11 أخذا عن: يوسفات علي هاشم ، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة ، جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان –كلية الحقوق ، 2009/2008 ، ص50 .

[2]- باديس ذيابي، مرجع سابق، ص28.

[3]- بحماوي عبد الله و بحماوي شريف ، المرجع السابق، ص84 .

طبقا للمبادئ التي تنظم حقوق وحريات الحياة الخاصة، ورغم هذا فإن اتفاقهما يجب ان يشهر ويعلن للمحكمة، لأن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وتحت إشراف القضاء بموجب حكم طبقا للمادة 49 من القانون رقم 84-11[1]، على أن يقدم الطلب في شكل عريضة مشتركة من قبل الزوجين وموقعة من قبلها، حسب المادة 428 من القانون رقم 08-09 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ووفقا للإجراءات المنصوص عليها في هذا الأخير.

يساند القضاء الجزائري الطلاق بالتراضي ويعتبره حقا لكلا من الزوجين، لا يمكن رفضه إذا ما استوفى جلّ الإجراءات المتطلبة قانونا، حيث جاء في قرار لمجلس قضاء تلمسان صادر بتاريخ 06 جويلية 1967، أنه: " لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما ان يتطالقا بتراضيهما، وفقا لإرادتهما المشتركة، وأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا، بل يجد جوهره وأصله في الأيات 127 و129 من سورة النساء "[2].

كما يذكر رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، السيد الهاشمي هويدي- رحمه الله- أن الطلاق بالتراضي، يتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين ويضيف أنه، على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تم بشأنها الاتفاق، لأن هذا الأخير لا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إشهاد.

هذا برر الهدف من استحداث صور الطلاق بالتراضي، زيادة عن باقي الصور في قانون الأسرة، إذ يخلص في مجمله إلى تقصير الطريق والكف عن النزاع القضائي الطويل

[1] - يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص46 .

[2] - قرار مجلس قضاء تلمسان، الصادر بتاريخ 1967/07/06، نقلا عن عبد الفتاح تقية، بين أحكام تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006/2005 ، ص72.

الأمد من أجل التوصل إلى إتفاق يخص جميع الأثار المترتبة عن الطلاق والتي تحظى بموافقة الطرفين. [1]

الفرع الثالث: الطلاق خلعاً

إضافة إلى إمكانية حلّ الرابطة الزوجية القائمة على زواج صحيح بإرادة الزوج المنفردة أو إرادة كلا من الزوجين، شُرع للزوجة إمكانية إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة عن طريق الخلع، حيث تطلب تحرير نفسها من العلاقة الزوجية بشرط أو يطلقها القاضي على أن تعيد ما أعطاها الزوج من مهر، ونظرا لخطورته خاصة في الوطن العربي مع تزايد حالات نمائه مع تحرر المرأة فكريا وماديا نتوقف عند تعريفه (أولا) وشروط إيقاعه (ثانيا).

أولا: تعريف الطلاق خلعاً

يطلق الخلع على الفرقة مقابل مال تعطيه الزوجة لزوجها، وسمي هذا النوع من الفراق خلعا لأن الله سبحانه وتعالى قد جعل كل واحد من الزوجين لباسا للأخر[2]، حيث قال تعالى: « هن لباس لكم وانتم لباس لهن »[3]، فإذا افتدت الزوجة نفسها بمال تعطيه لزوجها مقابل أن يطلقها فقد خلع كل منهما لباس صاحبه.

تباينت تعريفات الفقهاء للخلع، فمنهم من يعرفه على أنه: "طلاق بعوض"، أو هو " فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع".

وعلى العموم، فكل التعاريف من مقيد بلفظ الخلع والبدل، و إلى مقيد بالبدل فقط أو بدون تفيد بأن الخلع هو "بذل المرأة عوضا لزوجها مقابل الفرقة بينهما".

[1]– باديس ذيابي، مرجع سابق، ص23 الى 25.

[2]– مكناز حمزة، بن الأبقع حيزية، الخلع وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة زيان عاشور – الجلفة 2022/2021، ص13.

[3]– سورة البقرة، الأية 187.

يقول ابن قدامة: إذا كانت المرأة مبغضة لزوجها، وتكرهه لخلقة أو لخلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه، ونحو ذلك، وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه[1]، لقوله تعالى: « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به»[2].

نص المشرع الجزائري في المادة 54 من الأمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، (قبل التعديل) على أنه: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم ".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعرف الخلع وإن أجازه للزوجة، بأن تخالع نفسها عن طريق اتفاقها مع الزوج على الطلاق لقاء مال تدفعه لهن ولا يتطلب هذا النوع من الطلاق شكلا خاصا[3].

بعد تعديل قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، بموجب الأمر رقم 05-02، أصبح نص المادة 54 كما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

---

[1]- المصري مبروك، مرجع سابق، ص265.

بما رواه البخاري عن ابن عباس: (جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته ؟ قالت: نعم. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة).

وجه الاستدلال: أن أمر الرسول ؟ لثابت فيه دلالة ظاهرة على أن الخلع طلاق.

و بما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم «جعل الخلع تطليقة بائنة" ، أخذا عن المصري مبروك من كتابه الطلاق و أثاره من قانون الأسرة الجزائرية ص277 .

[2] – سورة البقرة، الأية 229.

[3]- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص316.

وفي إطار محاولة تحليل النصين فإن المشرع الجزائري كان حتى في وقت متأخر يعتبر أن الخلع قد شرع لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لها لتمكينها من فك الرابطة الزوجية من زوج أصبحت تبغضه ولم تعد تحتمل عشرته ولم يمنحه لها في صورة حق من الحقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

فالتعديل الحالي لم يشتمل فقط على تغييب وإهمال إرادة الزوج في مسألة الخلع وإنما أقر تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع حيث نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه إذا لم يقبل أو لم يرض الزوج بقيمة المبلغ المالي المقدم من الزوجة فلا عبرة لعدم قبوله وإنه يجوز للقاضي في مثل هذه الحالة أن يترك إرادة الزوج جانبا وأن يحكم له مبلغا لا يجوز أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم سواء رضي بالطلاق مقابل الخلع أو لم يرض وسواء قبل بالمبلغ المعروض عليه أو لم يقبل. [1]

من خلال النظر في المادة 54 من قانون الأسرة، يمكن أن نستنتج أن الخلع عبارة عن فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها، دون موافقته. [2]

يتضح من خلال الفقرة الأولى من المادة 54 المذكورة أعلاه، أنها لم تمنح للقاضي حق تقدير مشروعية الخلع من عدمه، فظاهرها أنّ القاضي يحكم بالخلع متى ارتضته الزوجة، ولا يتدخل إلا بهدف حسم ما يقع بين الزوجين من خلاف حول المقابل المالي للخلع، فيحكم له بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم طبقا لنص الفقرة الثانية من نفس المادة، كما أن المشرع لم يوضح الأسباب الموجبة للخلع، التي تجيز لها الإقدام عليه

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر ،2007، ص130.

[2]– رواط رزيقة، زرارقة فاطمة الزهراء، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، 2015–2014، ص15.

دون شبهة ظلم او تعسف في إستعمال الحق، مع عدم وضوح السلطة التقديرية للقاضي، التي من المفروض أن تجيز له التدخل لتقدير مدى مشروعية الخلع من عدمه.

هناك حالات كثيرة للخلع تقع اليوم في المحاكم تصدر في صورة تطليق، ما يوحي أن الزوج هنا قد امتنع عن فك عقد الزواج وظلّ متمسكا بها على وجه التعسّف بزوجته والإضرار بها، في المقابل قد تستغلّ الزوجة حق الخلع كإجراء حمائي لها وتتعسّف في استعماله على نحو يتسبب في الإضرار بزوجها.

بناءا على ما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري في تنظيمه القانوني للخلع مؤخرا سيمكنه أن يحقق الكثير من الإنصاف للمرأة التي لا تجد نفسها محرومة، من فرقة زوج صارت تبغضه ولا تطيق العيش معه.

رغم أن هذا التعديل بعد الحكم به أدى إلى واقع وخيم عايشه ولا زال يعايشه المجتمع الجزائري والأسر الجزائرية يبين الأضرار التي نتجت عنه، من تشتت للعائلات والأبناء وذلك يظهر من الإحصائيات التي توصلت لها وزارة العدل من نسب مخيفة للخلع، لقد أصبح كابوس يهدد تماسك العائلات الجزائرية في الأونة الأخيرة، بدليل تزايد عدد حالاته من سنة إلى أخرى، حيث غزت قضايا الخلع المحاكم الجزائرية خلال السنوات الأخيرة، وتضاعف بشكل ملفت للانتباه، وما ساعد على ذلك سهولة الإجراءات القضائية المتبعة، خاصة وأن أسباب طلب المئات من النساء الخلع تبقى أغلبها تافهة وغير منطقية.

فتشير إحصائيات وزارة العدل الجزائرية إلى أن هناك نحو 20000 حالة خلع في سنة 2013، بينما كان العدد لا يتعدى خلال سنوات التسعينات وما قبلها العشر، ولقد أحصت الجهات القضائية الجزائرية ما يقارب 70 ألف قضية طلاق من ضمنها الخلع في سنة 2017، ويمكن القول أنها حقا رقم مثير للقلق والتساؤلات، فيتحول الخلع من النعمة التي أقرها الإسلام كوسيلة ومخرجا لتحرر الزوجة من زوجها الظالم، العنيف، الخائن، العاجز، المقصر في حق عائلته وزوجته إلى نقمة، وكان ضحيته الأطفال بالدرجة الأولى ثم الأزواج

أنفسهم، وسببه هو سهولة إجراءات طلب الخلع الذي لا قيود ولا ضوابط تقننه مما أدى إلى التعسف في استعماله[1].

ثانيا: شروط صحة الطلاق خلعاً

يشترط لطلب الزوجة مخالعة نفسها الشروط التالية:

-قيام الرابطة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخلع رجلا أجنبيا عنها أو لا تربطها به رابطة زوجية قائمة على عقد زواج صحيح، بل لابد من توافر عقد الزواج الصحيح، فإذا كان الزواج فاسدا لا يقع الخلع[2].

- أن تكون الزوجة محلا للطلاق، فلا يصح للزوجة أن تخالع زوجها بالردة ولا في النكاح الفاسد ولا يحل الاستمتاع حتى يكون في حاجة إلى إزالتها بالخلع.

- أن يقع الخلع من زوج يصح طلاقه أي أن يكون كامل الأهلية، فلا يصح من صغير أو مجنون او معتوه أو محجور عليه. [3]

- أن تكون المخالعة بلفظ الخلع أو بلفظ يدل عليه كالإفتداء.

- أن يكون الخلع في مقابل عوض تقدمه الزوجة لزوجها تريد الخلاص من الحياة الزوجية.[4]

[1] - سهيلة عاشور، " ثغرات المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري "، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة الجزائر 1، 2022 ، ص ص 247-250.

[2]- عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار ابن حزم، بيروت (لبنان) ، 1997، ص93.

[3]- عمرو عيني الفقيه، الخلع في الشريعة والقانون، دار النشر الذهني للطباعة، القاهرة، 2000، ص39.

[4]- احمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون المصري، دار الكتب القانونية، دار شات للنشر والتوزيع والبرمجيات، مصر ، 2009، ص24.

المبحث الثاني

إجراءات دعاوى الطلاق الكاشف

تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد موضوعية تتصل بالحقوق والالتزامات، وقواعد إجرائية (شكلية) تبين الإجراءات والشروط التي تمكن الأشخاص من الوصول إلى حقوقهم، كبيان كيفية رفع الدعوى إلى المحكمة، وكيفية التحقيق في القضية والفصل فيها، وطرق الطعن في الأحكام.

بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية واكب التطورات التي عرفها سلك القضاء والتنظيمات القضائية المماثلة، واشتمل على عدة مسائل من بينها المسائل المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة والتي هي عديدة منها الطلاق الكاشف، وعليه نتعرض للإجراءات التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لرفع دعاوي الطلاق الكاشف (المطلب الأول) وكيفية سير هذه الدعاوي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

رفع دعاوى الطلاق الكاشف

لم يتضمن قانون الأسرة إجراءات رفع دعاوى الطلاق الكاشف، ما يستدعي تطبيق القواعد العامة في رفع الدعاوى عامة المنصوص عليها القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من شروطها (الفرع الأول) وقواعد الاختصاص فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط قبول الدعوى و صحتها

لرفع دعوى قضائية لابد من توافر شروط نصت عليها المادة 13 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من صفة (أولا) ومصلحة (ثانيا)، فضلا عن أهلية التقاضي كشرط لصحة الدعوى.

أ – شروط قبول الدعوى :

تناولت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية شروط قبول الدعوى و التي تتمثل في :

أولا: الصفة

الصفة في التقاضي وهي اثبات وجود علاقة زوجية بين الطرفين، وذلك بتقديم عقد الزواج يثبت ذلك، فلا تصح الدعوى إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة، معناها أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعواه ضد الزوج الأخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة، بمعنى انه لتحقيق هذا الشرط يجب أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسهما أو احد ممثليهما قانونا، وإلا رفضت الدعوى، إذ للقاضي السلطة في إثارة الدفع بانعدام الصفة من تلقاء نفسه حتى ولو لم يثره أحد الخصوم لأنها من النظام العام. [1]

ثانيا: المصلحة

المصلحة "هي المنفعة التي يحققها المدعي من وراء اللجوء إلى القضاء" وتعتبر المصلحة الدافع لرفع الدعوى فلا دعوى من دون مصلحة وأضاف المشرع في المادة 13 قانون إجراءات مدنية وإدارية توفر عنصر المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة يقرها القانون.

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ص ص342-343.

للخصم الحق في الدفع بعدم وجود المصلحة وليس للقاضي ذلك لأنها ليست من النظام العام كما هو عليه الحال في الصفة التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه لأنها من النظام العام .

أما المقصود من المصلحة في الطلاق هو أن يكون الهدف من رفع الدعوى هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية من الطلاق وإقرارها لأن عدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى[1].

ب – الأهلية كشرط لصحة الدعوى :

اعتبر المشرع الجزائري الأهلية شرط لصحة الخصومة إذ لم يذكرها في نص المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والإدارية كشرط من شروط قبول الدعوى كما هو الحال لشرطي الصفة والمصلحة، فالحكم الذي يصدر عند عدم توفرها هو عدم قبول الدعوى شكلا وهذا ما نصت عليه المادة 60 من قانون08-09 .

فالأهلية هي قدرة الشخص رافع الدعوى على مباشرة تصرفاته، ليست الأهلية شرط من شروط صحة الدعوى فقط، بل تتعلق أيضا بالصلاحية للقيام بالأعمال الإجرائية المكرسة للخصومة، فالأهلية لا تعني فقط بلوغ الشخص سن معينة، وإنما أيضا تمتعه بقواه العقلية وغير محجور عليه إذ اعتبر المشرع الجزائري مثلا أنه لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، كما أن طلب الطلاق من أحد الزوجين ناقصي الأهلية هو طلب يقدم باسمهما من طرف وليهما أو مقدمهما حسب الحالة.

[1]– عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، ط 9، موفم للنشر، الجزائر،2012، ص ص66-67.

نصت المادة 07 من قانون الأسرة على أن أهلية الزواج تكتمل بالنسبة للرجل والمرأة بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج، وأهم ما جاءت به هذه المادة ما تضمنته الفقرة الأخيرة منها، والتي منحت للزوجين الذين لم يبلغا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي، ولكن فيما يتعلق فقط بآثار الزواج من طلب الطلاق، الخلع ونفقة وحضانة.....

اعتبر المشرع الجزائري الأهلية من مسائل النظام العام أن منح للقاضي إمكانية إثارة انعدام الأهلية من تلقاء نفسه حتى ولو لم يثرها أحد الخصوم، بل استوجب عليه أيضا أن يثير دفعا يتعلق بعدم قبول الدعوى إذا كان من النظام العام، وهذا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.[1]

الفرع الثاني: قواعد الاختصاص

قبل رفع أي دعوى قضائية على المتقاضي أو محاميه التأكد من صحة الاختصاص أي الجهة التي نص عليها القانون للفصل في دعواه، لأن العديد من الدعاوي تنتهي دون الفصل في موضوعها و هذا يعود إلى عدم اختصاص الجهة القضائية، سواء تعلق الأمر بالإختصاص النوعي (أولا)، أو الاختصاص الإقليمي (ثانيا) .

أولا: الاختصاص النوعي

تنص الفقرة الأولى من المادة 423 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي الأتية:

[1]- ربيع زهية، إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2020-2021، ص ص19-20.

الدعاوي المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة...".

فدعاوي الطلاق الكاشف سواء الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الخلع أو الطلاق بالتراضي فلها نفس الإختصاص النوعي والذي هو قسم شؤون الأسرة على مستوى المحكمة.

وفي حالة ما إذا رفع الزوج دعواه الرامية إلى طلب الطلاق أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، تتم إحالة ملفه داخليا إلى القسم المعني دون أن يحكم بعدم الاختصاص، حيث نصت المادة 6/32 من القانون رقم 08-09، يتضن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: " في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا "[1].

و يعتبر الإختصاص النوعي حسب المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من النظام العام لا يجوز مخالفة أحكامه، و لا الاتفاق على خلافه، و تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى .

ثانيا: الإختصاص الإقليمي

يقصد بالإختصاص الإقليمي الإطار الجغرافي الذي يحدده المشرع و الذي تمارس فيه المحكمة إختصاصها القضائي ضمن حدوده و أن لا يتجاوزه، و يشمل الإختصاص الإقليمي قاعدة عامة تعتمد مقر المدعى عليه معيارا للاختصاص، و كما أوجد المشرع قواعد خاصة بالإختصاص الإقليمي كما هو الحال بالنسبة لمواضيع قانون الأسرة .

الإختصاص الإقليمي يختلف عن الإختصاص النوعي كونه ليس من النظام العام و ذلك ما يتبين لنا و بوضوح من خلال نصوص المواد 45-46 ، 47 من قانون الإجراءات

[1]- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، ط 1 ، دار هومه، الجزائر، 2007 ، ص62 .

المدنية و الإدارية، و بالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، و هذا ما يتضح لنا من خلال المادة 1/46 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إلا أنه يلاحظ أنه فضلا عما ورد في نصوص المواد 37-39 ، 46 من نفس القانون، فإنها استثناء من ذلك فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة ما جاء في نص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي أعطت الإختصاص لبعض الجهات للنظر في بعض المنازعات دون سواها.

كما أن المادة 45 من نفس القانون دائما لم تسمح لطرف معين أن يفرض مقدما اختصاص إقليمي لجهة قضائية معينة للفصل في أي نزاع محتمل قد يثور بين الطرفين باستثناء الحالات التي يكون فيها طرفا النزاع تاجرين[1].

الإختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، فالإختصاص الإقليمي في دعاوي الطلاق حسب المادة40 قانون إجراءات مدنية و إدارية هو مسكن الزوجية.

و الاختصاص الإقليمي يجوز لأطراف الدعوى الاتفاق على مخالفته لأنه ليس من النظام العام كدعوى الطلاق بالتراضي فيجوز للطرفين الاتفاق على رفع الدعوى في مكان إقامة أحد الطرفين(الزوجين) حسب اختيارهما وفقا للمادة 426 قانون إجراءات مدنية و إدارية.

إن الطلاق بالتراضي الذي أجازه المشرع الجزائري من خلال النصوص السابقة إنما يتم تجسيدا للإتفاق المتوصل إليه من قبل الزوجين[2]، ويتأكد هذا المعنى من خلال نص المادة 431 في فقرتها الثالثة من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنه: "يثبت القاضي إرادة الزوجين، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق".

[1] – ربيع زهية، مرجع سابق ، ص ص 09-10و13 .

[2] – يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص62.

فبالنسبة للدفع بعدم الاختصاص الإقليمي وانطلاقا من كونه ليس من النظام العام، بالتالي لا يجوز للقاضي إثارته تلقائيا، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتعين إثارته قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول[1]، وإلا إعتبر المدعى عليه الذي تخلف عن التمسك به متنازلا عن حقه، أما في حالة التمسك به فيجب عليه تسبيب طلبه وتعيين الجهة القضائية المختصة، في حين يمنع على المدعي إثارة هذا الدفع، كونه هو رافع الدعوى[2].

المطلب الثاني

سير دعوى الطلاق

سنتناول في هذا المطلب سير دعوى الطلاق من خلال تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق (الفرع الأول) وإجراء الصلح (الفرع الثاني) الصلح الوجوبي من طرف القاضي والصلح من طرف الحكمين والطعن في أحكام الطلاق الكاشف (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: عريضة افتتاح الدعوى

ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف، عملا بالمادة 14 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتعين أن تتوفر عريضة افتتاح الدعوى على جملة من البيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلا، حددتها المادة 15 القانون رقم 08-09، وهي الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، اسم ولقب المدعي وموطنه ثم اسم ولقب وموطن المدعي عليه، عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، ويمكن الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

---

[1]- المادة 47 من القانون 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

[2]- المادة 1/51-2 من القانون 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

تقيد العريضة حالا في سجل خاص بعد دفع الرسوم المحددة قانونا ويسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة، حسب المادتين 16 و17 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

يجب أن تحرّر عريضة افتتاح الدعوى باللغة العربية، يوقع عليها من طرف المدعي أو محاميه وتتضمن تاريخ ايداعها، والتاريخ الذي يحسب من الناحية القانونية هو تاريخ تسجيل العريضة أما تحريرها فليس له قيمة قانونية[2].

ما يلاحظ على قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه لم يفرق بين طلب الطلاق الذي يتقدم به الزوج أو طلب الخلع الذي تقدمه الزوجة من حيث الإجراءات، فقد أخضع كلاهما لنفس الإجراءات[3]، في حين أخضع طلب الطلاق بالتراضي لإجراءات خاصة حيث يتعين تقديم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط[4].

كما يجب أن تتضمن العريضة عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق[5].

كما نصت المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو ظهر عليه اختلال في

---

[1]-نلاحظ أن المشرع في المادة 16 من القانون 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره، حدد مدة 20 يوم على الأقل لتبليغ عريضة افتتاح الدعوى عن طريق المحضر القضائي، ويمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية الى 3 أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج.

[2]- فضيل العيش، مرجع سابق ، ص41.

[3]- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، ط 3، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص343.

[4]- المادة 428 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

[5]- الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية، طبقا للقانون 09/08، ج 1، العرائض القضائية في شؤون الأسرة، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 52.

قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، ويتم إثبات ذلك عن طريق تقرير خبرة طبية يقدمه طبيب مختص.

كما يجب على القاضي مراجعة محتوى الاتفاق المبرم بين الزوجين وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو تخالف النظام العام، ثم يضمن الاتفاق الحكم الذي يصرح فيه بالطلاق بين الزوجين[1].

الفرع الثاني: إجراء الصلح

يتم الفصل في دعاوى الطلاق بناءا على أحكام قانون الأسرة الجزائري وخصوصا المادتين 49 و56 منه اللّتان تنصّان على وجوب إجراء الصلح باعتباره إجراءًا إجباريا في قضايا الطلاق، وان اقتضى الأمر اللجوء إلى التحكيم فهما إجراءان جوهريان قبل النطق بالحكم، والصلح يتم تحت رقابة القضاء يجريه القاضي (أولا) كما يمكن أن يسند إلى حكمين (ثانيا).

أولا: إجراء الصلح الوجوبي من طرف القاضي

تنص المادة 49 من قانون الأسرة، على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة اشهر....".

يقوم الصلح باعتباره إجراءا إجباريا في قضايا الطلاق على محاولة القاضي إقناع الزوجين أو الزوج طالب الفرقة بالتراجع عن طلبه في الطلاق، وإذا لم يحضر طالب الطلاق لجلسة الصلح، حكم بإبطال إجراءات الطلاق[2].

[1]– المادة 432 من القانون رقم 08–09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف ذكره.

[2]– عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، ص،108.

اعتبرت المحكمة العليا إجراء محاولة الصلح قبل صدور حكم الطلاق إجراء جوهريا وهو من النظام العام، وهذا ما أكدته في قرارها الصادر بتاريخ 1994/01/18، والذي مفاده أن القاضي الابتدائي عليه أن يراعي أحكام المادة 49 من قانون الأسرة، والتي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية[1].

حسب المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية «محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية. " ما يعني انه يجب على القاضي اجراء محاولات الصلح وعلى المتقاضي حضورها .

قد يتوصل القاضي من خلال إجراءات الصلح، إلى تحقيق غايته فينتهي الأمر بتصالح الزوجين وفي هذه الحالة لابد من احترام إرادة الطرفين، والتأكد من صحتها، لكن قد يخفق القاضي في مهمته ولا يتمكن من الإصلاح بينهما إذ لا يبقى أمامه سوى احترام إرادتهما، وخاصة إرادة الزوج إذا كان مصرا على طلب الطلاق، ليحرر محضرا بعدم الصلح يخرج القضية من طور الصلح إلى طور الجلسات العلنية[2].

فإن محضر الصلح أو عدم الصلح قد أثبت الواقع العملي أن وثيقته ضرورية في الملف، لأنها تبقى الدليل الوحيد على إحترام إجراء الصلح وعليه فلما كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم من الجهة المختصة بعد محاولة الصلح من طرف القاضي فقد أصبح لزاما ان يكون الصلح إجباريا في مادة الطلاق.

---

[1]– قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1994/01/18 أشار إليه عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006/2005، ص250.

–نلاحظ ان حسب المادة 439 انه على القاضي اجراء محاولات الصلح لأنها وجوبية وعلى المتقاضي حضورها، وفي الواقع العملي على المتقاضي المدعي حضور على الأقل جلسة صلح واحدة و إلا ترفض الدعوى .

[2]– عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص250.

نلاحظ أن المشرع في المادة442 /2 من القانون 08–09 حدد محاولات الصلح بألا تتجاوز في جميع الحالات 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى.

لكن قبل الفصل في الدعوى وقبل صدور حكم نهائي بالطلاق قد يتراجع أحد الزوجين، فعلى القاضي الأخذ بذلك، والأمر بالتدابير اللازمة وهذا حسب نص المادة 445 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنه: "يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة أو حسب الظروف، أن يلغي أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التي أمر بها مالم يتم الفصل في الموضوع"[1].

ثانيا: الصلح من طرف الحكمين

يعتبر هذا التحكيم من نوع خاص وهو أقرب منه إلى الوساطة، وذلك أن القاضي هو الذي يبادر به، والصلح بواسطة حكمين مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وكذا من أحكام المادة 56 من القانون رقم 84-11، التي تنص على أنه:" اذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكما من اهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين ".

ويتبين من خلال هذا النص أنه إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غياب الخطأ المبرر للطلاق و إشتدّ الخصام جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة، وهذا ما نصت المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن نلاحظ أنه إذا استطاع القاضي أن يتوصل إلى وجود الضرر من خصام الزوجين وتم إثباته أمامه فله أن لا يطبق أحكام المادة 56 من قانون الأسرة التي تشترط عدم اثبات الضرر[2].

[1]- عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص251.

[2]- ربيع زهية، مرجع سابق، صص57-58.

نلاحظ أن التحكيم نادر الوقوع عمليا نظرا للعدد الهائل من القضايا.

أضافت المادة 447 قانون الإجراءات المدنية والإدارية شيئا من التفصيل بأن يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة المسندة إليهم، فإذا توصلا إلى الصلح يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، يبقى القاضي وحده صاحب الإختصاص في إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.

يتضح من خلال الإجراءات السالفة الذكر أن المشرع الجزائري حماية لحرمة الأسرة ومصلحة القصر، فقد وسع اختصاص قاضي شؤون الأسرة أثناء محاولات الصلح وذلك رغبة منه لتفادي الوصول إلى الطلاق الذي انتشر كثيرا في السنوات الأخيرة، الأمر الذي أصبح يهدد كيان الأسرة الجزائرية، أضف إلى ذلك فإن جل الإجراءات المفصلة التي تناولها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أزالت الإشكال الذي كان مطروحا على مستوى بعض المحاكم، التي غالبا ما تلجأ لرفض الدعوى شكلا لبطلان الإجراءات في حالة غياب الزوجين أو أحدهما من جلسات الصلح[1].

الفرع الثالث: الطعن في أحكام الطلاق الكاشف

طرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالطلاق الكاشف الذي يشمل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالتراضي والخلع هي نفسها طرق الطعن الأخرى الصادرة في المواد الأخرى ومن ثم فإنها كأصل تقبل الطعن بالمعارضة و الإستئناف وذلك في الجانب المادي فقط **ماعدا** الطلاق بالتراضي فجميع أحكامه غير قابلة للإستئناف بما فيها تلك الفاصلة في الجوانب المادية و هذا ما نصت عليه المادة 433 من قانون 08-09 تقبل فقط الطعن بالنقض.

[1]- ربيع زهية، مرجع سابق، ص ص58-59.

- تنص المادة 433 من القانون 08-09 " أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للإستئناف".

بالرجوع إلى نص المادة57 من قانون الأسرة، نجدها تنص على أنه: " الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية ".

ما يمكن استخلاصه من نص المادة السالف الذكر أنّ أحكام الطلاق سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو الخلع أو التطليق تصدر أحكام نهائية غير قابلة للإستئناف والمعارضة ما عدا في جوانبها المادية تصدر إبتدائية .

ويقصد بالجوانب المادية كل من النفقة، الحضانة، متاع بيت الزوجية. ..

بمفهوم المخالفة يمكن القول أن الأحكام الصادرة في الطلاق تكون قابلة فقط للطعن بالنقض، لأنها أحكام نهائية مادام لم يوجد نص صريح يمنع ذلك.

ممّا يعني وعملا بالمادة 57 من قانون الأسرة وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام فإن الأحكام الصادرة في هذه الدعاوي تقبل فقط الطعن بالنقض لأن المشرع ذكر غير قابلة للإستئناف فقط، وعلى الطرف الذي يريد أن يطعن بالنقض أن يرفع طعنه خلال أجل لا يتعدى شهرين إبتداءا من تاريخ تبليغه للحكم أو القرار المطعون فيه[1].

وعليه نتوصل إلى مايلي:

-أن قانون الأسرة لا يعترف بالطلاق الشفهي الذي تقره الشريعة الإسلامية.

-إنّ المادة 50 من القانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، نصت على أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، وهذه الحالة مستغربة لأن المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق ولا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة مادامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي بائن ولا يقبل الطعن بالإستئناف.

[1]- عائشة عمران، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري، ط1، مطبعة رويغي، الجزائر، 2009، ص ص7-6.

_ نصت المادة 50 قانون الأسرة " ... و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد .[1]

[1] _ فضيل العيش، مرجع سابق، ص46 .

الفصل الثاني

إشكالات الطلاق الكاشف

الفصل الثاني

إشكالات الطلاق الكاشف

سوف نتناول في هذا الفصل مسألة جد حساسة و هي الإشكالات العملية التي تثيرها على أرض الواقع لعدم التوافق القائم بين أحكام قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية خاصة بعد تعديل 2005، وإن كان من المفروض أن أحكام القانون مستمدة من الشريعة، بيد أن المادة 222 منه أحالتنا بصريح العبارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل موضوع لم يرد النص عليه بموجب أحكام قانون الأسرة .

و سنتطرق في المبحث الأول إلى الإشكالات الناتجة عن إلزامية إثبات الطلاق بحكم و في المبحث الثاني إلى أثر الإشكالات التي تثيرها إمكانية ازدواجية العدة .

المبحث الأول

الإشكالات الناتجة عن إلزامية إثبات الطلاق بحكم

لا تجبر الشريعة الإسلامية على غرار التشريع الوضعي أحدا من الزوجين على الاحتفاظ بالأخر رغما عنه، لذلك شرع الطلاق، الذي هو حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال أو المأل بالصيغة الدالة على ذلك، ولا يثبت الطلاق في التشريع الجزائري إلا بموجب حكم قضائي، حيث تنص المادة 1/49 من قانون الأسرة، على أن الطلاق لا يثبت إلاّ بحكم و يجب على القاضي اجراء عدّة محاولات الصلح دون أن تتجاوز مدّتها ثلاثة 3 أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى .

فلا يثبت الطلاق وإن أوقعه الزوج إلا بحكم، و لا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد عدة محاولات الصلح باعتباره إجراء إجباريا في قضايا الطلاق (المطلب الأول)، ولأنه قد تطول

مدته بعد أن يكون الزوج قد سبق وأن أوقع الطلاق فإنه يمكن أن يؤدي الأمر إلى إزدواجية العدة، عدة قانونية وأخرى دينية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الصلح الإجباري في الطلاق الكاشف

لا يثبت الطلاق إلا بموجب حكم قضائي، و أي طلاق عرفي يقع شفاهة ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانونا و لا يحتج به إتجاه الغير، ولا تقرّ المحكمة بالطلاق إلا بعد اتباع جملة من الإجراءات القضائية، من بينها ضرورة سعي القاضي لإقامة الصلح بين الزوجين باعتباره إجراءا وجوبيا لا يمكن الاستغناء عنه في قضايا الطلاق، منها الطلاق الكاشف، ونظرا لأهميته لابد من تعريفه (الفرع الأول)، خاصة وأنه إجراء إجباري و وجوبه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف الصلح

تناول المشرع الجزائري للصلح في عدة مجالات وقضايا، منها ما يترك للأطراف المتخاصمة حرية اللجوء إليه، ومنها ما سلب حريتهم في ذلك، باعتباره إجراء إجباري يعرض من قبل القاضي وبقوة القانون تحت طائلة بطلان الإجراءات، مثل ما هو الحال في قضايا الطلاق.

عُرف الصلح فقها على أنه عقد بين متخاصمين يتوصل به إلى حل الخلاف بينهما. و هو كذلك عقد ينهي الخصومة بين المتخاصمين[1]، و عرفه ابن عابدين بقوله : " الصلح شرعا عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة [2].

[1]– السيد سابق ، فقه السنة، ج3 ، ط3 ، دار الفكر، لبنان، 1981 ، ص305 .

[2]– ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ج05 ، دار الفكر، بيروت، 1979 ، ص623 .

و عن تعريف الصلح عند فقهاء القانون فقد عرفه أحسن بوسقيعة على أنه على أنه : عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا من خلال التنازل المتبادل [1].

بالعودة للمشرع الجزائري نجده لم يعرف الصلح لا في قانون الأسرة و لا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، على أساس أن وضع التعاريف من صميم مهام الفقهاء، وإن عرفه في الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، الذي يعتبر الشريعة العامة لجميع القوانين و هذا في المادة 459 منه، التي تنص على أنه: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"[2] .

ومنه نستنتج أن الصلح يكون في نزاع قائم بشرط ان لا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع و إلا انقضى النزاع بالحكم لا بالصلح، او يكون محتملا فيكون الصلح لتفادي هذا النزاع.

و قد يكون للطرفان نية حسم النزاع بينهما إما بإنهائه أن كان قائما أو بتفاديه إن كان محتملا، ففيه يتم تنازل كل من الطرفين عن جزء من إدعاءه لرغبتهما في الصلح و يكون هذا التنازل من الطرفين .[3]

أما عن الصلح في منازعات الطلاق، فإن المشرع لم يعرفه كما سبقت الإشارة إليه، واكتفى بالإشارة في المادة 49 من قانون الأسرة، أنه إجراءا لابد منه قبل صدور الحكم بالطلاق منه الطلاق الكاشف، يُجرى بين الزوجين قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية

---

[1]- أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه و اجتهادات القضاء و الجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر، 1998 ، ص229 .

[2]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[3]- نذير شطوح، الصلح بين الزوجين في الشريعة و القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – تخصص قانون أحوال شخصية – كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2016-2017 ، ص11

أملا في الإبقاء على العلاقة قائمة، و اعتبره اجراءا قضائيا تاركا تعريفها للفقه و أطلق عليه إسم الصلح القضائي.

يتضح من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة، والمادة 549 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، أن الصلح في مادة الطلاق يعتبر إجراء إجباري يتعين على القاضي مراعاته بغض النظر عن إقبال الزوجين عليه من عدمه، باعتباره إجراءا من إجراءات سير الدعوى ومنه إصدار حكم الطلاق، وفي حالة عدم مراعاته يكون الحكم الصادر معيبا ما يخل إمكانية الطعن فيه بالنقض، على العكس من الصلح الذي تناوله المشرع الجزائري في القانون المدني باعتباره عقدا، أي علاقة بين طرفين قائمة على التراضي دون أن يجبرهما القانون على اللجوء إليه.

وعليه يمكن تعريف الصلح عموما في قضايا الطلاق على أنه: إجراء يقوم به القاضي سعيا لإيجاد حل ودي بين الزوجين و إنهاء النزاع القائم بينهم وهذا لاستمرارية الحياة الزوجية[1] .

الفرع الثاني : وجوبية الصلح

يعتبر الصلح إجراء وجوبي للحكم بفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري و يتوجب على القاضي بعد التحقق من انعقاد الخصومة محاولة الصلح بين الزوجين في جلسة سرية طبقا للمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يحضرها الزوجين معا و في بعض الأحيان يكون برفقتهما أحد أفراد العائلة بناء على طلبهما و هذا طبقا للمادة 440 من القانون السالف الذكر .

[1]- بوكايس سمية، مدى فاعلية إجراء الصلح في دعاوي الطلاق ، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، العدد 01 ، المجلد 06 ، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت ، 2021 ، ص34 .

وللقاضي سلطات واسعة في إطار الدور الإيجابي الممنوح له إذ يمكنه بعد الإستماع إلى الزوجين منحهما طبقا للمادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مهلة للتفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، و لا رقابة على القاضي في تقدير عدد محاولات الصلح، فهو يخضع في ذلك لسلطته التقديرية ، و في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر 3 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق .

تنتهي جلسات الصلح في حالة نجاحها بمحضر يثبت الصلح بين الزوجين طبقا للمادة 443 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يحرره أمين الضبط و يوقعه القاضي و أمين الضبط و الزوجان، و يودع بأمانة الضبط ليعد سندا تنفيذيا، وفي حالة فشلها أو تخلف أحد الزوجين عن الحضور رغم مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة الموضوع [1].

لعل أحد أهم الأسباب ذات المصدر التشريعي التي ساهمت في فشل نظام الصلح، هو تسبيق المشرع لإجراءات رفع الدعوى القضائية على الصلح، و اعتبار هذا الأخير أحد الإجراءات اللازمة للحكم بفك الرابطة الزوجية .

إن الإغفال عن الهدف المتوخي من نظام الصلح في النصوص القانونية، أدى إلى إشكال كبير وهو أن أفقد الصلح قيمته المعنوية و جرده من عنصر نية حسم النزاع، و جعله مجرد اجراء شكلي وجوبي للحكم بفك الرابطة الزوجية، لا طريق ودي للإصلاح بين الزوجين[2] .

---

[1]– قانون 84–11 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق .

[2]– ياسمينة العيد و صبيحة لمطاعي، إشكالات الصلح في مادة شؤون الأسرة في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق و الحريات، مجلد 11 ، العدد 2 ، جامعة الجزائر 1 ، 2023 ، ص ص616–617 .

– نلاحظ أن المحكمة العليا في العديد من قراراتها ذهبت إلى مراقبة مدى صحة إجراء الصلح دون الاهتمام بالغاية التي يحققها هذا الإجراء، بحيث جاء في قرارها : " إن العبرة في إجراء محاولة الصلح هي بحضور طالب الطلاق لجلسة محاولة الصلح و أصر على طلب الطلاق بينما تغيبت الطاعنة، و بالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإصدار إنابة قضائية دولية لسماع الطاعنة حول الصلح " مجلة المحكمة العليا ، رقم 751790 ، العدد الثاني، ص ص251–255 ، نقلا عن : ياسمينة العيد و صبيحة لمطاعي، المرجع نفسه ، ص617 .

و من أجل الحد من ظاهرة تنامي الطلاق، ينبغي اسناد مهمة الصلح لجهة مستقلة عن الجهة الفاصلة في دعوى فك الرابطة الزوجية، كما ينبغي تدعيم قسم شؤون الأسرة بمتخصصين [1].

المطلب الثاني

إمكانية إزدواجية العدة

إذا كانت دعاوى الطلاق بالتراضي و الخلع لا تثير إشكالا فيما يخص إمكانية الصلح، لأنّ تاريخ بداية حساب العدة لا يتم إلا من تاريخ صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية، فإن دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تثير عدّة إشكالات عملية، لأنّ تاريخ بداية حساب العدة يتم أحيانا قبل صدور حكم بفك الرابطة الزوجية، وأحيانا أخرى قد يتم حتى قبل مباشرة إجراءات التقاضي و هذا ما يمكن أن يؤدي إلى ازدواجية العدّة، التي نتوقف عند تعريفها (الفرع الأول)، واحتمال تداخل العدة القانونية في الدينية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف العدة

بعد انفصال الزوج عن زوجته عن طريق الطلاق، فإن ثمة أثار تترتب عليها، كتربص المرأة مدة معينة يحددها الشرع، لا تتزوج فيها ولا تخطب، و كالرجعة : لتعود الحياة الزوجية على ما كانت عليه قبل الفرقة.

و هذه الأثار، إما أن تكون حقا للعبد، يمكن أن يتنازل عنها كالرجعة في حق الزوج . و إما أن تكون حقا لله تعالى، ليس لأحد الزوجين أو غيرهما أن يتسامح فيها أو يتنازل عنها، كالعدة بالنسبة للمرأة .

[1]– ياسمينة العيد و صبيحة لمطاعي، المرجع السابق، ص627 .

نظرا لأهمية الموضوع فضلا عن خطورته لارتباط الأمر بمسألتي الحلال والحرام استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لابد من تعريف العدة (أولا)، أنواعها (ثانيا)

أولا: تعريف العدة

العدة هي تربص المرأة زمنا معلوما قدره الشارع علامة على براءة الرحم غالبا، لفسخ النكاح، أو موت الزوج، أو طلاقه أو فقده .

و حكمها الوجوب لقوله تعالى : « و لا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ».

و قد أجمعت الأمة الإسلامية على وجوبها .

المقصود بالعدة هو المكوث و البقاء في البيت الزوجي طوال هذه المدة، و الحكمة الشرعية من العدة وجبت لتمكن الزوج فيها من حق الرجوع و هو حق للزوج و للأطفال و هذا في الطلاق الرجعي فقط و في فترة العدة ترث المعتدة و تورث .

ثانيا: أنواع العدة: تختلف العدة باختلاف طبيعة الزوجة الفيزيائية إن كانت حائضا، حاملا...، ومنه تختلف مدة العدة حسب وضع كل زوجة كما يلي:

_ عدّة المرأة التي تحيض، و هي ثلاث حيضات.

_ عدّة المرأة التي يئست من المحيض، و هي ثلاثة أشهر .

_ عدّة المرأة التي مات عنها زوجها، و هي أربعة أشهر وعشرا ما لم تكن حاملا .

_ عدة المرأة الحامل أن تضع حملها [1].

[1]– باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية –دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي– دار الهدى عين مليلة – الجزائر، 2008، ص36 .

1 _ عدة الحائض :

تعتد المرأة التي تحيض ثلاثة قروء لقوله تعالى : « و المطلقات يتربّصن بأنفسهنّ ثلاثة قروء » [1]. و عرف القروء كجمع للقرء، و هو الحيض .

2_ عدة غير الحائض :

المطلقة غير الحائض أنواع، فقد تكون صغيرة لم تبلغ أو كبيرة لا تحيض سواء انقطع عنها الحيض بعد وجوده أو لم يكن يوجد أصلا .

فعدة غير الحائض هي ثلاثة أشهر مصداقا لقوله تعالى : « و اللاّئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدّتهنّ ثلاثة أشهر » [2].

3 _ عدة الحامل :

عدة الحامل يكون بوضع حملها و هي العدّة المشتركة بين المرأة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها مصداقا لقوله تعالى : « و أولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ » [3].

4_ عدّة المتوفّى عنها زوجها :

عدّة المتوفى عنها زوجها هي أربعة أشهر و عشرا ما لم تكن حاملا لقوله تعالى : «و الّذين يتوفّون منكم و يذرون أزواجا يتربّصن بأنفسهنّ أربعة أشهر و عشرا » [4].

و إذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعيا ثم مات و هي في العدة تتحول عدتها من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة كونه لا يزال زوجها .

5_ انتقال العدة من حال إلى حال :

---

[1]– سورة البقرة، الأية228 .

[2]– سورة الطلاق، الأية4 .

[3]– سورة الطلاق الأية4 .

[4]– سورة البقرة ،الأية 234 .

تنتقل العدة من الحيض إلى الأشهر و ذلك في الحالات الأتية :

_ إذا طلق الرجل زوجته و هي من ذوات الحيض، ثم مات و هي في العدة، فإن كان الطلاق رجعيا فعليها أن تعتد بعدة الوفاة و هي أربعة أشهر و عشرا، لأنه لازال زوجها و لأن الطلاق رجعي لا يزيل الزوجية .

_ إذا كان الطلاق بائنا فإنها تكمل عدة الطلاق بالحيض و لا تتحول العدة إلى عدة الوفاة، لكون العلاقة الزوجية بين الزوجين انقطعت، لأن الطلاق البائن يزيل الزوجية، فتكون الوفاة حدثت و هو ليس زوجها .

_ و كما سبق الإشارة إليه في هذه الدراسة أن عدة الحائض تتحول إلى عدة شهور، في حال ما حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست من الحيض، فإنها حينئذ تعتد بثلاثة أشهر كون العدة بالحيض أضحى غير ممكن .

_ و تنتقل عدّة المطلقة من الأشهر إلى الحيض في الحالات الأتية :

_ إذا بدأت المرأة المطلقة في العدّة بالشهور لعدم بلوغها أو لبلوغها سن اليأس ثم حاضت، فهنا يجب عليها الانتقال إلى العدّة بالحيض و إن انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت فلا لزوم للإعتداد بالقروء لأن ذلك حدث بعد انقضاء العدّة .

_ إذا بدأت المرأة في العدّة بالقروء أو الأشهر ثم اتضح أنها حامل من الزوج، فإن العدّة تتحول إلى عدّة وضع حمل، و الحمل دليل على براءة الرحم [1].

المشرع الجزائري بموجب أحكام قانون الأسرة، لم يخرج عن نطاق الفقه الإسلامي في النقاط التالية :

_ لا عدة على المطلقة غير المدخول بها .

[1]– باديس ديابي، مرجع سابق، ص43–44 .

_ عدة اليائس من المحيض ثلاثة أشهر .

_ عدة المطلقة غير الحامل ثلاثة قروء .

_ عدة الحامل وضع حملها، و يفهم من هذا الإطلاق أن المتوفي عنها الحامل عدتها بوضع حملها، و هذا يوافق جمهور الفقهاء .

_ عدة المتوفى عنها أربعة أشهر و عشرة أيام .

_ تعتد امرأة المفقود بأربعة أشهر و عشرة أيام من تاريخ الحكم بفقده، و هذا يوافق ما عليه الفقهاء كما رأينا في أحكام المفقود .

و مما يأخذ على قانون الأسرة الجزائري ما يلي :

_ عدم اعتبار عدة التي لم تر الدم بعد ، و لعله تركها بناء على ما يحكم به من عدم تزويج الصغيرة، إلا أن عدم الحيض لا يختص بالتي لم تبلغ فقط، و إنما يعم كل امرأة لم تحض بعد، ولا يمنع من أن تكون بالغة السن القانوني لتزويج البنات، و هذه غفلة ينبغي التنبه إليها.

و معلوم أن عدة التي لم تحض ثلاثة أشهر كاليائس و هذا عليه الإجماع [1].

وبالتالي فإن قانون الأسرة لم يأتي بجديد بل خالف بذلك الشريعة الإسلامية في تاريخ إحتساب العدة و التطبيقات القضائية تحتسب نفقة العدة من تاريخ الطلاق الحكمي و ليس الإرادي المصرح به الزوج .

كما أن كل مطلقة توجب لها نفقة العدة من طرف المطلق و أشارت المادة 61 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " لها الحق في نفقة العدة في حالة الطلاق " .

[1]- المصري مبروك، مرجع سابق، ص ص420-421 .

غير أن بالنسبة للمفقود و المتوفى عنها زوجها فهي تعتد شرعا إلا أن مصدر النفقة غير موجود بسبب الوفاة و الفقدان و هناك من يرى أن نفقة العدة تأخذها من تركة المتوفى أو المفقود [1].

هذا و قد اشترط القانون أن الزوجة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها لا تخرج من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية كما ورد في الأية الكريمة من سورة البقرة في قول الله تعالى: « يا أيّها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهنّ لعدتهنّ و أحصو العدة و اتقوا الله ربكم لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، تلك حدود الله ، و من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » [2].

هذا و للمطلقة المعتدة الحق في النفقة مدّة عدتها إذ يجوز أن يحكم بها بمبلغ إجمالي كما هو معمول بها من طرف المحاكم ، كما يجوز أن يحكم بها بمبلغ شهري و مبلغ النفقة يحكم به للزوجة المطلقة حتى و لو كان الطلاق على مسؤوليتها الكاملة أن هي من النظام العام مادامت مقيمة بدار الزوجية طوال مدّة العدّة و مسألة تقدير مبلغ نفقة العدّة متروكة لقاضي الموضوع مع مراعاة حال الزوج المطلق .

و أخيرا تجدر الملاحظة أن في فترة عدة الوفاة و استنادا لأحكام المادة 132 من قانون الأسرة فإن الحي من الزوجين يرث المتوفى منهما [3].

الفرع الثاني : إمكانية التداخل بين العدّة الدينية و القانونية

الأصل كان يجب الأخذ بعين الإعتبار و الإنتباه في دعاوي الطلاق بتاريخ وقوعه، و ليس مثل ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة من تاريخ صدور

[1]– فضيل العيش، مرجع سابق، ص57 .

[2]– سورة الطلاق، الأية1 .

[3]– يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص66–67 .

الحكم بالطلاق لأنّ العدة الدينية تبدأ من تاريخ وقوع الطلاق و العدة القانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم .

ففي بعض الحالات تكون العدة الدينية انتهت أما العدة القانونية فتكون لم تبدأ بعد .

فالمادة 50 من قانون الأسرة السالفة الذكر فيفهم منها، أن الطلاق يكون رجعيا أثناء محاولات الصلح بينما يتحول إلى بائن بينونة صغرى بصدور الحكم بالطلاق، و هو ما يعارض أحكام الشريعة الإسلامية بسبب إعتماد المشرع على فترة الصلح كمعيار، في حين كان يجب الأخذ بعين الإعتبار بتاريخ وقوع الطلاق ، و منه تقليص مدة الصلح الوجوبي باعتباره من الناحية القانونية فترة الرجعة دون مهر و لا عقد جديدين أين يمكن للزوج مراجعة زوجته فيها، على الأقل تفاديا لإزدواجية العدة .

كما أنه ما يعاب على المشرع الجزائري أنه ربط الرجعة برفع الدعوى و قيدها بصدور الحكم، و منه مدّة الرجعة قد تتجاوز مدة العدّة المعمول بها شرعا (ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر أو الفترة المتبقية من الحمل بالنسبة للحامل) [1].

مع العلم أن إصدار الحكم بالطلاق مباشرة دون مراعاة إجراءات الصلح يجعل الحكم معيبا بعيب مخالفة القانون، و يعرضه للنقض أمام المحكمة العليا [2].

و لكن إذا لم يتلفظ الزوج من قبل بالطلاق فإن مدة ثلاثة أشهر لا تصلح كمدة لإنقضاء العدّة، لأنه لا يوجد طلاق أصلا و إنما تصلح كمدة يتم فيها الصلح فقط [3].

[1]– أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص175 .

[2]– عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013 ، ص33 .

[3]– المصري مبروك، مرجع سابق، ص ص 200–201 .

في حالة تلفظ الزوج بالطلاق خارج المحكمة ثمّ توجه بعد ذلك إلى رفع دعوى قضائية ليصدر له حكم قضائي بالطلاق فهل إجراء الصلح يكون إلزامي للقاضي كم هو الوضع في الحالة الأولى .

بالعودة إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة فإن القاضي لابد عليه إجراء الصلح بين الزوجين، ذلك أن الغاية من الصلح هو تجنب إيقاع الطلاق ،و ما دام في هذه الحالة الطلاق قد وقع فلا فائدة من إجراء الصلح و المشرع الجزائري لم يميز بين هاتين الحالتين في هذه المادة و لا في أي نص أخر بل جعل إجراء الصلح هو نفسه في كلا الحالتين [1].

و نص المادة 50 من القانون السالف الذكر يشمل شقين الشق الأول تناول المراجعة أثناء مرحلة الصلح .

أ _ المراجعة أثناء مرحلة الصلح :

إن ما يعاب على هذا النص أنه جعل الصلح يتم بعد الطلاق غير أن الأصل فيه أنه لا يتم إلا قبل الطلاق .

يعاب عليه أيضا بأنه جعل المراجعة تقوم قبل الطلاق في حين لا تقوم إلا بعد الطلاق بشرط عدم انتهاء العدة في الطلاق الرجعي الذي يمكن بموجبه أن يعيد الزوج طليقته إليه أثناء العدة بدون عقد و مهر جديدين سواء قبلت بذلك أو لم تقبل لأن عقد الزواج لا يزال قائما [2].

_ في هذه الحالة الطلاق لم يقع بعد و بالتالي فالمراجعة لا محل لها في هذا النص .

[1]– جنادي نبيلة، إزدواجية الطلاق بإرادة الزوج بين الواقع أمام المحكمة و خارجها، مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون ، المجلد 07 ، العدد 01 ، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان، 2018 ، ص281 .

[2]– مصطفى عبد الغني شيبة " أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق و أثاره : دراسة مقارنة " ط 01 ، منشورات جامعة سبها، د، ب، 2006 ، ص97 .

_ إذا وضعنا إحتمال بأن المشرع يقصد بها حالة الطلاق الرجعي فهو يناقض لأن هذا الأخير لا يوجد من الناحية القانونية .

_ فبمجرد صدور الحكم بالطلاق ينتهي الأمر و يصبح الطلاق بائنا و هو الطلاق الذي لا يمكن أن يراجع الزوج زوجته فيه إلا بعقد و مهر جديدين في البائن بينونة صغرى، أو بعد الزواج من زوج ثاني ثم يفارقه فيه أو يموت عنها بعد إنقضاء عدتها [1].

كما جاء نص المادة 50 من قانون الأسرة يخالف نص المادة 49 السابقة الذكر بسبب إدراجه لمصطلح المراجعة كما بيّنا من قبل فلا تكون إلا بعد صدور الطلاق و هذا إعتراف من المشرع الجزائري بالطلاق الذي يقع خارج دائرة المحكمة بعدما أنكره في نص المادة 49 من قانون الأسرة [2].

ب _ المراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق :

تناول الشق الثاني من نص المادة 50 من قانون الأسرة المراجعة التي تتم بعد صدور الحكم بالطلاق و الذي إشترط فيها إبرام عقد زواج جديد بين المطلقين، و هذا النص أثار عدّة إشكالات تمثلت في ما يلي :

المشرع لا يعترف بالطلاق الذي أوقعه الزوج خارج المحكمة و الذي تمت على أساسه المراجعة يصبح لا قيمة له من الناحية القانونية [3].

[1]– وهبي الزحيلي " الأسرة المسلمة في العالم المعاصر " ط 05 ، دار الوعي للنشر و التوزيع، رويبة، الجزائر، 2012 ، ص323–324 .

[2]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل " دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية " ط 01 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، القبة القديمة ، الجزائر، 2008 ، ص182 .

[3]– الرشيد بن شويخ، مرجع نفسه ، ص 182 .

المبحث الثاني

أثر الإشكالات التي تثيرها إمكانية إزدواجية العدّة

تثير إزدواجية العدة بين عدة دينية شرعية و أخرى قانونية وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري عدّة إشكالات عملية خطيرة ، من شأنها تحليل الحرام، وتحريم الحلال، و ضياع حقوق ثابتة لأصحابها في حين إكساب الغير حقوقا دون وجه شرعي، و هي إشكالات ترتبط أساسا بالزواج و النسب (المطلب الأول) إضافة إلى الإشكالات المتعلقة بالنفقة والميراث (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

إشكالات الزواج و النسب

للزواج والنسب عدة إشكالات و التي تنتج عنها أثار وخيمة تترتب بمجرد وقوع الطلاق ما يؤدي إلى إمكانية إزدواجية العدة التي مست تاريخ بداية حساب طلاق الزوج قد انعكست عنها اختلالات تتعلق بإشكالات الزواج (الفرع الأول) و إشكالات النسب (الفرع الثاني)

الفرع الأول : إشكالات الزواج

في قانون الأسرة الجزائري العدة القانونية تحسب بعد النطق بالطلاق من طرف القاضي أي من تاريخ صدور الحكم ، و تحسب العدة الدينية من تاريخ إيقاع الزوج الطلاق، و للزوج الحق في مراجعة زوجته في فترة العدة وهذا بعقد ومهر جديدين حسب المادة 50 من قانون الأسرة و هذا ما يسمى بالطلاق البائن بينونة صغرى [1].

[1]– قانون 11/84 ، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق .

أولا : إشكالات المراجعة :

إذا صدر الطلاق بحكم قضائي وكانت العدّة الشرعية مازالت قائمة ثم راجع الزوج زوجته دون توثيق عقد الزواج من جديد، فإن هذا الزواج لا يحتج به قانونا اتجاه الغير و لا تترتب عنه أثار قانونية و هذا يخالف ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من حيث ترتيب الأثار الشرعية [1].

يمكن للزوج أن يوقع الطلاق، و تطول إجراءات الحكم به من طرف القاضي طبقا للمادة 49 من القانون 84-11 أو قد تنعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية التي يبدأ حسابها من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق فإذا تصالح الزوجين و راجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقا للمادة 50 من القانون 84-11[2].

وعليه إذا راجعها في فترة سريان العدة القانونية و كانت العدة الدينية قد انقضت لأنها تحسب من تاريخ نطق الزوج بالطلاق إذا وقع الطلاق خارج المحكمة تكون في هذه الحالة رجعته مخالفة للشرع، ما يجعل من زواجه باطلا لفقده للأركان و الشروط المتطلبة للزواج من مهر و شاهدين و ولي ، كما انه حسب المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد ان تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء " [3].

إذا كان الرجل قد طلق زوجته مرتين متتاليتين، وفي الطلقة الثالثة راجعها فالعدة القانونية، دون احترام العدة الدينية اين كان قد طلقها أي تلفظ بالطلاق خارج المحكمة، و العدة القانونية (التي اغلبها تبدأ بعد انقضاء العدة الدينية ذلك أن إجراءات الصلح فقط قد

---

[1]- ابتسام محاتفي، الطلاق و إشكالاته في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2016 ، ص 45 .

[2]- قانون 11/84 ، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق .

[3]- قانون 11/84 ، يتضمن قانون الأسرة، السالف ذكره.

تستغرق 3 أشهر او اكثر مثل ما حدث في فترة كورونا)، فقد يكون راجع المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى، و منه شرعا لا تحل له إلا إذا أعادت الزواج و طلقت أو توفي عنها زوجها، ما يجعل من رجعته حراما شرعا.

ثانيا : إشكالات الخطبة :

فمن الناحية الشرعية لا يمكن خطبة المرأة المعتدة من طلاق و لا الزواج منها إلا بعد انتهاء العدة .

أما من الناحية القانونية و لإمكانية ازدواجية العدة، قد تكون المرأة في فترة يجوز خطبتها و الزواج منها شرعا لكن ممنوع عليها قانونا، بل يجوز لزوجها متابعتها جزائيا، لذا يتعين على المشرع التدخل لتعديل بصفة خاصة المادة 49 من قانون الأسرة ، التي ربطت الرجعة بفترة الصلح، مع ضرورة ربطها بفترة العدة الشرعية لتفادي الكثير من الإشكالات الخطيرة التي قد تنجر عن ذلك .[1]

ثالثا : إشكالات إعادة أحد الزوجين الزواج

1_ إشكالات إعادة الزوج الزواج

يكون الإشكال فقط في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع ما دام أنه تم وفقا للشريعة، إلا أنه من الناحية القانونية ينجر عنه اشكالا كبيرا، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق الواقع خارج المحكمة (الطلاق العرفي) بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب الاستبراء لذلك كان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا و تتعقد المسألة أكثر بوجود أولاد منه .

[1]– قانون رقم 84 /11 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف ذكره.

2_ إشكالات إعادة الزوجة الزواج :

تنجرّ عن إعادة الزوجة الزواج إشكالات كثيرة على الصعيدين القضائي و الشرعي و هنا ينبغي علينا أن نفرق بين حالتين :

أ – إشكال المطلقة عرفيا من زواج عرفي : يكون الإشكال عند وجود الأولاد إذ يجب إلحاق نسبهم للزوج الأول لعدم إختلاط الأنساب، مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول و إلحاق نسب الأولاد، مع الإشارة إلى أن الزوجة على ذمة زوج أخر، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي حتى و إن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به .

ب – إشكال المطلقة عرفيا من زواج مسجل : و نكون بصدد هذا الإشكال عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا، حيث تعتبر في حكم الشرع مطلقة و إعادة الزواج ثانية و من ناحية القانون فهي لا تزال زوجة للرجل الأول، و تجدر الإشارة إلا أنه يمكن في هذه الحالة حسب القانون الجزائري، متابعة الزوجة بجريمة الزنا، و ذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، و من ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد و بالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية عن ذلك [1].

الفرع الثاني: إشكالات النسب

إن مسألة اثبات نسب الأولاد الى أبائهم مسألة مهمة جدا في المجتمع لعدم اختلاط الأنساب، والدور المهم للنسب في إنشاء الروابط الأسرية، و ما يهمنا في موضوع النسب هو

[1]– ابتسام محاتقي ، مرجع سابق ، ص ص50–51 .

مسألة إثباته في ظل وجود ازدواجية العدة، أي هل يبدأ إثبات النسب من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أو يبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق من طرف القاضي .[1]

طبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة : إذا وضع الحمل خلال عشر اشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة ينسب الولد لأبيه .

والمادة 42 من قانون الأسرة حددت مدة الحمل بستة 06 (أشهر) أقلها و عشرة (10) أشهر أقصاها .

لما نعود الى نص المادة 43 من القانون السالف الذكر نجده يعترف بإثبات نسب الولد بعد مرور المدة الأقصى للحمل و التي هي محددة في القانون بعشرة أشهر يبدأ حسابها من تاريخ الطلاق بين الزوجين و تاريخ الطلاق في قانون الاسرة الجزائري هو تاريخ النطق بالحكم من طرف القاضي، وهذا الأمر انعكس على أهم أثر بعد الانفصال و هو نسب الأبناء، لأنه بهذا الحكم قد يثبت نسب أبناء غير شرعيين في حالة الطلاق الذي يقع خارج المحكمة لأن المشرع لا يعترف به و بجميع الأثار المترتبة عليه .[2]

معناه إذا وضعت الزوجة حملها بعد 10 أشهر من تاريخ طلاقها الفعلي من زوجها أي (من تاريخ وقوع الطلاق و ليس تاريخ الحكم به) ينسب مولودها لهذا الأخير، و قد تقصر أو تطول في أحيان حسب الحالة الصحية للحامل أو الجنين، لكن إذا أخذنا ما هو معمول به قانونا حيث يثبت الطلاق من تاريخ نطق القاضي بالحكم القضائي ، و في حالة ما إذا كان الطلاق قد وقع خارج المحكمة، و روعيت جملة من الإجراءات كما وضحناه لا تقل مدتها عن ثلاثة اشهر ، اذا أخذنا بالمادة 43 من قانون الأسرة التي نص عليها المشرع الجزائري و هي مدة العشر أشهر التي اذا وضع الحمل فيها نسب لزوج الحامل، تكون المدة

[1]– بلخير سديد " الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة " ط 01 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة القديمة الجزائر،2009 ، ص71 .

[2]– جنادي نبيلة، مرجع سابق ، ص284 .

الفعلية المقابلة للشهر العاشر لا تقل عن 13 شهرا، و من الناحية الواقعية العملية هل تصل مدة الحمل الى 13 شهرا ؟ و هو ما يؤدي الى تحليل الحرام وتحريم الحلال وضياع حقوق ثابتة شرعا، حيث بنسبه هذا يكون من أصحاب الورثة وله الحق في الميراث، ما يتعين على المشرع الجزائري التدخل لتعديل أحكام قانون الأسرة المخالفة لأحكام الشرع والدين، خاصة ماتعلق بثبوت الطلاق حيث يتعين عليه الأخذ بعين الإعتبار تاريخ وقوعه فعلا .[1]

المطلب الثاني

إشكالات النفقة والميراث

النفقة و الميراث هي الأخرى لم تسلم من الإشكالات الخطيرة لإزدواجية العدة الذي ترتبت عنه اختلالات مست الأحكام المنظمة لنفقة المعتدة و استحقاق الميراث بين المطلقين وفق لما جاءت به الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول : إشكالات النفقة

المرأة المطلقة لها الحق في نفقة العدة وهذا طبقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري التي أعطت الحق للزوجة المطلقة والمتوفي عنها زوجها البقاء في السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو عدة وفاة زوجها إلا في حالة ارتكابها الفاحشة المبينة كما لها الحق في النفقة في عدة الطلاق .

للزوجة الحق في النفقة في فترة العدة، لما للزوج من حق مراجعتها،[2] ولا تثير عدة الحامل أية إشكالات باعتبارها تنتهي بالوضع، على عكس المطلقة الغير الحامل باعتبار عدتها تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق بحكم قضائي، وكما وضحنا سابقا قد يبدأ سريان مدة

[1]– أكلي نعيمة ، مرجع سابق ، ص176 .

[2]– قانون رقم 11/84 ، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

العدة القانونية بعد انتهاء العدة الدينية، بالتالي بأي حق فرض المشرع الجزائري النفقة في هذه المدة على الزوج الطليق ؟ فعلى المشرّع الإسراع في تدارك الوضع .

كما انه من الناحية الشرعية أجمع الفقهاء المسلمون على أن الخلع طلاقا بائنا،[1] و منه شرعا اذا قضى بالخلع سقطت النفقة الا إذا كانت المطلقة حاملا فتثبت النفقة لحملها، لأن المطلقة طلاقا بائنا لا تجب لها النفقة وهي غير حامل [2]، لكن من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري اورد أحكاما عامة بالطلاق بأنواعه الأربعة وهم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالتراضي والخلع و التطليق ولم يفرق بينهم فتفرض نفقتها على مختلعها، وهو ما يعارض أحكام و مبادئ الشريعة الاسلامية .

الفرع الثاني : إشكالات الميراث

جاء في نص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري أنه في حالة وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في فترة عدة الطلاق ، للزوج الحي منهما الحق في الإرث .

ما يعاب على هذا النص أنه سمح بالتوارث بين المطلقين حتى بعد صدور الحكم ، ومن هنا المشرع الجزائري يناقض نفسه لأن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري هو طلاق بائن ولا يمكن التوارث فيه و لو كانت المطلقة في العدة الا اذا كان هذا الطلاق هو طلاق الفار من الميراث[3] ، والطلاق الذي يمكن ان يتوارث فيه المطلقين اثناء العدة هو الطلاق

[1]– يوسفات علي هاشم، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009/2008 ، ص83 .

[2]– المستاري نور الهدى ، الخلع ، دراسة مقارنة ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013–2014 ، ص84 .

[3]– أحمد الغندور" الطلاق في الشريعة الإسلامية " ط 01 ، دار المعارف للنشر و التوزيع ، الإسكندرية ، د ت ، ص 230 .

الرجعي [1]، و لكن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي وانما فصل في الامر وجعله طلاقا بائنا ، فنص المادة 132 السالفة الذكر تكلمت عن الميراث قبل صدور الحكم بالطلاق، فإذا توفي أحد الزوجين في تلك الفترة يستحق كل منهما ان يرث الأخر، وهذا الحكم يمكن تطبيقه في الحالة التي يكون فيها الزوج لم يتلفظ بالطلاق بعد واذا حدث العكس أي وقع الطلاق خارج دائرة المحكمة وانتهت العدة الشرعية واصبح الطرفان أجنبيان فلا توارث بينهما بينما القانون يسمح بالتوارث بينهما وهذا خرق واضح لأحكام الميراث ولأحكام الطلاق في نفس الوقت ، والمشرع الجزائري لا يزال لحد الأن لم يتفطن لها ،لذلك ندعوه الى التعجيل في تعديل هذا النص بعد تعديل نص المادتين 49 و50 من قانون الأسرة [2].

[1]– عبد القادر بن حرز الله " الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق " ط 01 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة القديمة ، الجزائر ، 2007 ، ص238 .

[2]– جنادي نبيلة ، مرجع سابق ، ص 286 .

خـاتـمـة

خاتمة

إنّ ظاهرة الطلاق فرضت نفسها كمشكل عويص في كل المجتمعات، و منه المجتمع الجزائري على وجه الخصوص، و هو محل دراستنا .

وليس الأمر مجرّد مشكل عابر، خاضع لظروف انية يمكن تجاوزه بالزمن، إنّه مشكل له أسبابه و له أثاره على الأفراد و على المجتمع كما بيّنا في هذه الدراسة .

و قد اباح الإسلام الطلاق مع الكراهية و في حدود الضرورة و هذا لرفع الضرر، و أقره المشرع الجزائري بموجب أحكام قانون الأسرة الجزائري ، و إن كانت في الأصل أحكام هذا الأخير مستمدة من الشريعة الإسلامية ، إلا ان هذا لم يمنع من تناقض احكامه لها خاصة بعد تعديله في 2005 ، و يعتبر الطلاق من المواضيع الجدّ حسّاسة التي تجلّى فيها التناقض بصفة فضيعة ، و نتج عنها واقعة الطلاق المزدوج (الطلاق الذي يقع خارج المحكمة (الطلاق العرفي) و الطلاق الصادر من المحكمة بحكم من القاضي) التي أصبحت متفشية في مجتمعنا الجزائري مما نتج عنها علاقات زوجية يحرمها الشرع ويحللها القانون ، ولم يتفطن لها بعد المشرع الجزائري لا بالتعديل و لا بالإلغاء، وهو ما يشكل منعرجا خطيرا على الأسرة المسلمة، و من بين النتائج المتوصل إليها ما يلي:

إن المادتين 49 و 50 من قانون الاسرة الجزائري تشكل خطرا على العلاقات الزوجية الشرعية من خلال التنظيم غير المحكم لمضمونها الذي خالف أحكام النصوص الشرعية ونتج عنها إمكانية ازدواجية العدّة مما نتج عنه علاقات زوجية يحرمها الشرع و يحللها القانون ، ولم يتفطن لها بعد المشرع الجزائري لا بالتعديل و لا بالإلغاء.

_أولا : فبالنسبة لنص المادة 49 من قانون الأسرة لا يمكن تطبيقه من الناحية التطبيقية لأنه يعارض مبادئ الشريعة الإسلامية في النقاط التالية :

_ لا يعترف بالطلاق العرفي الصادر من الزوج ما لم يصدر بشأنه حكم قضائي مع العلم بأنه طلاق شرعي و ينتج أثاره منذ تاريخ التلفظ به، و هذا هو الأصل.

_ ربط الرجعة بفترة الصلح قصرت أو طالت، و لكن قد يجمع هذا الإجراء بين أجنبيين مرّ على طلاقهما مدّة طويلة قبل رفع دعوى الطلاق أمام المحكمة و هنا الصلح يشكل خطرا على هذه العلاقة المحرمة شرعا و المحللة قانونا .

ثانيا : بالنسبة لنص المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري أثار هو الأخر إشكالات قانونية تمثلت في :

_ أنه خالف نص المادة 49 من قانون الأسرة بتناوله لمسألة المراجعة قبل و بعد الصلح في حين لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي و هذا إعتراف من المشرع بالطلاق خارج المحكمة (الطلاق العرفي) بعدما أنكره في المادة 49 من قانون الأسرة .

_ تطبيق نص المادة 50 جعلنا أمام عقدين للزواج عقد أصلي و عقد جديد للزواج بعد المراجعة و هذا ما يسمى بازدواجية الزواج المخالفة تماما لأحكام الرجعة شرعا.

_ إمكانية الرجعة قانونا في عدة المطلقة خلعا .

_ قيام المشرع الجزائري بتنظيم الطلاق خلعا بمادة واحدة فهو تنظيم جدّ قصير، خاصة و أنه لم يشر إلى عدة المختلعة ، هل تعتد ثلاث قروء أو ثلاثة أشهر إن كانت يائسا من المحيض أو حيضة واحدة ما هو ثابت شرعا .

_ إمكانية ازدواجية العدة، عدة دينية شرعية و أخرى قانونية.

_ التعارض الحاصل في العدة بين الشرع و القانون و ما يثيره هذا من إشكالات من نواح عدّة من بينها اعتبار الطلاق الذي يتلفظ به الزوج دون صدور حكم به طلاق عرفي، حيث يرتب أثاره الشرعية و لا يرتب أثاره القانونية إلا بصدور حكم الطلاق.

_ التعارض في حساب العدّة حيث أن العدة الشرعية تبدأ من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، بينما العدة القانونية تبدأ من يوم صدور الحكم بالطلاق مما يترتب عليه اختلاف طبيعة الطلاق من حيث هو رجعي أو بائن، فإذا انتهت العدة الشرعية و لم تنتهي العدة القانونية و راجع الزوج زوجته نكون هنا أمام طلاق بائن في الشرع، و أمام طلاق رجعي في القانون مما يؤدي إلى وقوع الكثير من الأسر في المحظور .

_ إمكانية ثبوت النسب و الميراث في غير الحالات المسموح بها شرعا .

_ ضرورة الحسم في مسألة الصلح فيما تعلق بالخلع .

وعليه نخلص الى بعض الإقتراحات لعلها ترفع و لو جزء بسيط من الإشكالات القائمة ، خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار ان هذه الأخيرة تمس مجالا جد حساس يتعلق بالأسرة كيان المجتمع ، وكل مساس به قد يؤدي إلى تحليل الحرام أو تحريم الحلال ، وهو أمر جد خطير بالنسبة للفرد المسلم ، و ذلك من خلال ما يلي :

_ يتعين على القضاة إصدار حكم الطلاق بأثر رجعي يعود إلى وقت التلفظ به لا وقت الحكم به.

_ ربط فترة الصلح الوجوبي المعمول به بمقتضى المادتين 49 و 50 من قانون الأسرة الجزائري بفترة العدة الشرعية .

_ ينصح القضاة في قضايا الطلاق بالإستفسار عما إذا كان الطلاق وقع ، أم ليس بعد ، فإن لم يقع عليهم القيام بنصح الزوجين و توجيههما بعدم التسرع إليه و التفكير جيدا، مع تبيان العواقب التي تترتب عليه في حق الزوجة و الأولاد و حتى في حق الزوج .

_ ضرورة تكوين قضاة متخصصين في مسائل الأحوال الشخصية .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع :

أولا : القران الكريم

ثانيا : الكتب :

1. ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ج05 ، دار الفكر، بيروت، 1979 .
2. أبو بكر جابر الجزائري، "منهاج المسلم: كتاب عقائد أدأب وأخلاق وعبادات ومعاملات"، ط 02، دار الكتاب الحديث، د ب ن، د س ن .
3. أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه و اجتهادات القضاء و الجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر، 1998 .
4. أحمد الغندور " الطلاق في الشريعة الإسلامية " ط 01 ، دار المعارف للنشر و التوزيع ، الإسكندرية ، د ت .
5. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون المصري، دار الكتب القانونية، دار شات للنشر والتوزيع والبرمجيات، مصر ، 2009 .
6. باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية –دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي– دار الهدى عين مليلة – الجزائر2008 .
7. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007 .
8. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
9. بلخير سديد " الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة " ط 01 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، القبة القديمة الجزائر،2009 ، ص71 .
10. تحفة العروس لمحمد بيومي، ط1، دار الرشد للكتاب والقرآن الكريم، الجزائر، 2007 .

11. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل " دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية " ط 01 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، القبة القديمة ، الجزائر، 2008 .

12. رواه ابن ماجه – الطلاق– باب طلاق العبد – 2031 – 672/1، ورواه الدار قطني –101–102–103–، 237/4، وقال ابن القيم عن الحديث: إن حديث ابن عباس وإن كان في إسناده ما فيه فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس.

13. السيد سابق ، فقه السنة، ج3 ، ط3 ، دار الفكر، لبنان، 1981 .

14. الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية، طبقا للقانون 09/08، ج 1، العرائض القضائية في شؤون الأسرة، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010 .

15. عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار ابن حزم، بيروت (لبنان) ، 1997 .

16. عائشة عمران، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري، ط1، مطبعة رويغي، الجزائر، 2009 .

17. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، ط 3، موفم للنشر، الجزائر، 2012 .

18. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، ط 9، موفم للنشر، الجزائر، 2012.

19. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر،2007 .

20. عبد القادر بن حرز الله " الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق " ط 01 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، القبة القديمة ، الجزائر ، 2007 .

21. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 .

22. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013 .

23. عمرو عيني الفقيه، الخلع في الشريعة والقانون، دار النشر الذهني للطباعة، القاهرة، 2000

24. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد (مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا)، مطبعة طالب، الجزائر، 2007-2008 .

25. المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2010 .

26. مصطفى عبد الغني شيبة " أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق و أثاره : دراسة مقارنة " ط 01 ، منشورات جامعة سبها، د، ب، 2006.

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

28. وهبي الزحيلي " الأسرة المسلمة في العالم المعاصر " ط 05 ، دار الوعي للنشر و التوزيع، رويبة، الجزائر، 2012 .

29. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، ط 1 ، دار هومه، الجزائر، 2007 .

ثالثا : المذكرات و الأطروحات الجامعية

1. ابتسام محاتفي، الطلاق و إشكالاته في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2016 .

2. عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006/2005 .

3. رواط رزيقة، زرارقة فاطمة الزهراء، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، 2014-2015 .

4. عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013 .

5. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون .

6. المستاري نور الهدى ، الخلع ، دراسة مقارنة ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014.

7. مكناز حمزة، بن الأبقع حيزية، الخلع وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة زيان عاشور- الجلفة 2022/2021 .

8. نذير شطوح، الصلح بين الزوجين في الشريعة و القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – تخصص قانون أحوال شخصية – كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2016-2017 .

9. يوسفات علي هاشم ، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة ، جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان – كلية الحقوق ، 2009/2008 .

10. يوسفات علي هاشم، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009/2008 .

رابعا : المقالات :

1. أكلي نعيمة، في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات و أبحاث، مجلد 12، العدد 3، جامعة الجلفة، جويلية 2020، ص ص171-181 .

2. بحماوي عبد الله و بحماوي شريف، إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين " دراسة نقدية " ، مجلة القانون و العلوم السياسية، مجلد 4 عدد 2 ، جامعة أحمد دراية – أدرار- الجزائر، 2018 ، ص ص81-93 .

3. بوكايس سمية، مدى فاعلية إجراء الصلح في دعاوي الطلاق ، المجلة المتوسطية للقانون و الاقتصاد، العدد 01 ، المجلد 06 ، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت (الجزائر) ، 2021/06/28 ، ص ص31-43 .

4. جنادي نبيلة، إزدواجية الطلاق بإرادة الزوج بين الواقع أمام المحكمة و خارجها، مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مجلة علمية نصف سنوية، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان، المجلد 07 ، العدد 01 ، 2018 ،ص ص272-290.

5. سهيلة عاشور، "ثغرات المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة الجزائر 1، 2022 ، ص ص 239-259 .

6. محمد حسن الملحاني، إضافة الطلاق إلى الرجل أو المرأة أو جزء منها، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 17، العدد 12، 2017، ص ص265-301 .

7. ياسمينة العيد و صبيحة لمطاعي، إشكالات الصلح في مادة شؤون الأسرة في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق و الحريات، مجلد 11 ، العدد 2 ، جامعة الجزائر 1 ، 2023 ، ص ص 608-639 .

خامسا : النصوص القانونية

1. القانون المدني الجزائري ، صادر بالأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ موافق ل 20 ديسمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 في 20 يونيو 2005

2. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 ، المؤرخ في 25 فيفري 2005، ج ر عدد 15 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

3. قانون رقم 08-09، مؤرخ 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 جويلية 2022، ج ر عدد 48، صادر بتاريخ 17 جويلية 2022

سادسا : المطبوعات

50- ربيع زهية، إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2020-2021 .

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر وتقدير	//
اهداء	//
مقدمة	1
الفصل الأول : ماهية الطلاق الكاشف و إجراءاته	
المبحث الأول : مفهوم الطلاق الكاشف	7
المطلب الأول : تعريف الطلاق الكاشف	8
الفرع الأول : تعريف الطلاق الكاشف فقها	8
الفرع الثاني : تعريف الطلاق الكاشف تشريعا	9
المطلب الثاني : صور الطلاق الكاشف	10
الفرع الأول : الطلاق بإرادة الزوج المنفردة	10
الفرع الثاني : الطلاق بالتراضي	15
الفرع الثالث : الطلاق خلعا	19
المبحث الثاني : إجراءات دعاوي الطلاق الكاشف	24
المطلب الأول : رفع دعاوي الطلاق الكاشف	24
الفرع الأول : شروط قبول الدعوى وصحتها	25
الفرع الثاني : قواعد الإختصاص	27
المطلب الثاني : سير دعاوي الطلاق الكاشف	30
الفرع الأول : عريضة افتتاح الدعوى	30
الفرع الثاني : إجراء الصلح	32
الفرع الثالث : الطعن في أحكام الطلاق الكاشف	35
الفصل الثاني : إشكالات الطلاق الكاشف	
المبحث الأول : الإشكالات الناتجة عن إلزامية إثبات الطلاق بحكم	39
المطلب الأول : الصلح الإجباري في الطلاق الكاشف	40

الفرع الأول : تعريف الصلح	**40**
الفرع الثاني : وجوبية الصلح	**42**
المطلب الثاني : إمكانية إزدواجية العدّة	**44**
الفرع الأول : تعريف العدّة	**44**
الفرع الثاني : إمكانية التداخل بين العدّة الدينية و القانونية	**49**
المبحث الثاني : أثر الإشكالات التي تثيرها إمكانية إزدواجية العدة	**53**
المطلب الأول : إشكالات الزواج و النسب	**53**
الفرع الأول : إشكالات الزواج	**53**
الفرع الثاني : إشكالات النسب	**56**
المطلب الثاني : إشكالات النفقة و الميراث	**58**
الفرع الأول : إشكالات النفقة	**58**
الفرع الثاني : إشكالات الميراث	**59**
خاتمة	**62**
قائمة المصادر و المراجع	**66**
فهرس المحتويات	**73**