



جامعة ألكلي محمد أولحاج - البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



إجراءات الحكم بالطلاق وفقا للتشريع الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إشراف

د. محمد عيساوي

إعداد الطالبة

بورسيلى عائشة

لجنة المناقشة

الدكتور صادق ضريفي:.....رئيساً

الدكتور محمد عيساوي.....مُشرفاً ومقرراً

الأستاذ بلعزوز رابح.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2016/05/19

كلمة شكر

أحمد الله حمد الشاكرين وأثني عليه ثناء الذاكرين أن وفقني وسدد خطاي لإتمام هذا العمل المتواضع، ووقوفا عند قوله صلى الله عليه وسلم ((من لم يشكر الناس لم يشكر الله)).

أتقدم بالشكر الخالص للدكتور المشرف " محمد عيساوي " على هذه المذكرة والذي لم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته كما أشكره على جديته ودقته في العمل.

وأقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

وفي الأخير أتمنى من الله عز وجل أن يرشدني إلى سواء السبيل ويحقق هدفي النبيل.

إهداء

باسم الله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه وبعد
الحمد لله الذي وفقني لهذا العمل فلا هادي إلا الله ولا موفق سواه وبعد
أهدي ثمرة جهدي إلى صاحب الفضل ومصدر الرعاية أبي الغالي
إلى التي تحت أقدامها الجنان وبرضاها يرضى خالق الأكوان إلى ينبوع
الحب والحنان أمي الغالية.

إلى إخوتي: عبد الكريم، عبد الرؤوف، علاء الدين
إلى أخواتي: أم كلثوم، زينب، حليلة، أمينة، أسماء.
إلى كل صديقاتي.

قائمة المختصرات

- ت. أ. ج.....تقنين الأسرة الجزائري
- ت. إ. م. إ.....تقنين الإجراءات المدنية والإدارية
- ت. م. ج.....التقنين المدني الجزائري
- ق. ح. م.....قانون الحالة المدنية
- ج. ر.....الجريدة الرسمية
- ص.....الصفحة

مقدمة

قدس الإسلام الزواج وجعل العلاقة بين الزوجين أدق العلاقات والرباط بينهما من أقوى الرباطات، فالحياة الزوجية هي النعمة بين الرجل والمرأة وهي الرحمة وهي السكن لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽¹⁾، فالعلاقة بين الزوجين لا يظنها إلا الرحمان، ولا يحكمها إلا الضمير والوجدان، وليست أمرا تتشاع وتعلق وقائعه المكنونة، فهي ستر الله وحماية الشرع ولا تخضع لإجراء القضاء بمقدار ما تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك كانت هذه العلاقة أدق العلاقات الإنسانية لأنها منبعثة من القلوب، ولا يحكمها إلا من يحكم القلوب، سبحانه مقلب القلوب، وقد تحل الجفوة محل المودة، وبدل أن تكون الرحمة هي الحاكمة، تكون القطيعة هي المسيطرة والتنافر هو المتحكم، والقلوب إذا تنافر ودها لا تلتئم فيكون الفراق هو الأولى⁽²⁾ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁽³⁾.

شرع الإسلام الطلاق بنصوص من القرآن الكريم ومن السنة المطهرة فأما دليل ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فِيمَا سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁴⁾، وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁵⁾، أما دليله من السنة فأحاديث كثيرة نذكر منه⁽⁶⁾: حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم، ودنا منها وقالت أعوذ بالله منك، فقال: "لقد عذت بعظيم ألحقي بأهلك"، حدثنا أحمد بن يونس، عن محارب، قال، قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق".

(1) سورة الروم، الآية 21.

(2) عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، دار الفكر، الطبعة الثانية، القاهرة، 1968، ص 09.

(3) سورة النساء، الآية 130.

(4) سورة البقرة، الآية 29.

(5) سورة الطلاق الآية 01.

(6) عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته، دار الضياء، القاهرة، ص 10.

عرف الفقهاء الطلاق تعاريف مختلفة تتفق فيما بينها على المعنى المقصود شرعا، وتختلف إلى حد ما في دقة الصياغة، ففقهاء الشريعة الإسلامية لم يذهبوا بعيدا عن هذا المعنى، حيث يعرف الطلاق في اصطلاحهم بأنه حل الرابطة الزوجية الصحيحة، من جانب الزوج، بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو المآل، وقد درج معنى الطلاق في اصطلاح الفقهاء بالتعاريف التالية: فهي لدى فقهاء المذهب المالكي صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته ويعرف فقهاء المذهب الحنفي الطلاق أنه رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص كما يعرف عند فقهاء الحنابلة أنه حل قيد النكاح أو بعضه، ويعرف عند فقهاء الشافعية أنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه⁽¹⁾.

يرى فقهاء القانون أن الطلاق لا يقع إلا على عقد زواج صحيح، وذلك تفريقا له عن الفسخ الذي يقع في عقد الزواج الصحيح والفاقد، فهناك من يرى أن الطلاق هو الفرقة التي تقع من الزوج عند استعماله حقه الإرادي في إنهاء الرابطة الزوجية⁽²⁾.

يرى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية أن الطلاق حق للرجل يستعمله في أي وقت يشاء دون أن يخضع إلى قيد يحد من إرادته، وإن التعبير عنها لا يجب أن يفترن بوقت معين، أو بشهادة الشهود وقالوا إن طلق الزوج خارج الطريق التي رسمها الشرع، فإنه يكون آثما ديانة ومع ذلك فطلاقه واقع قضاء، كما عرّفه الأستاذ محمد أبو زهرة⁽³⁾ بقوله: "الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها"، وما يلاحظ على هذا التعريف أنه يتميز بالدقة والشمول والوضوح مما يسمح باستيعاب التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري للطلاق في المادة 48 من تقنين الأسرة.

نفر القرآن الكريم من الطلاق باعتباره المصدر الأصلي لأحكام الطلاق بموجب قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَبَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾⁽⁴⁾. وأمر الشارع الحكيم

(1) عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 02.

(2) عمرو زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، ص 15.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، القاهرة، 1957، ص 362.

(4) سورة النساء، الآية 19.

الإصلاح بين الزوجين إذا ظهرت بوادر الشقاق بينهما بدليل قوله: **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا** ﴿١﴾.

فالمبادئ العامة التي تحكم الطلاق لم تجعله ميسرا إلى هذا الحد بل ضيقت فيه أشد التضيق، وهذا من أجل المحافظة على الأسرة وحماية لهذا الحق من الزلل والشطط، وحرصا من الشارع الحكيم على وضع العقبات أمام المطلق للتروي، والتفكير بحيث لا يقدم على انفصال الحياة الزوجية التي قدسها الله، إلا لحاجة تدعو إليها الضرورة.

يعتبر الطلاق في قانون الأسرة المحور الأساسي والطريقة الرئيسية التي تتحل بها الرابطة الزوجية طبقا للمادة 48 من تقنين الأسرة الجزائري، ومن المشكلات التي عنيت بها الديانات والشرائع، فقد شرعه الله علاجاً للخلافات الزوجية، حين لا ينفع معها علاج سواه، بالإضافة إلى أنه رخصة من الشارع الحكيم، أباحه عند الضرورة، إذ أن إباحته أو حظره تتصل بنظام الطلاق من حيث تقيده، وإطلاقه في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، التي هي القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد، فهو إذا من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بإرادته المنفردة.

وعليه فالطلاق تصرف إرادي تترتب عليه آثار شرعية، ولذلك يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية، تطبيقا للقواعد العامة، غير أن هذا التصرف له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى، ذلك أن الشريعة الإسلامية الغراء أسندت هذا التصرف إلى شخص واحد وهو الزوج، باعتباره هو الرجل دون سواه الذي يقدر ظروف الطلاق وأسبابه في روية واستقرار فكري كامل، فالمسؤولية كلها تقع عليه من آثار الطلاق وأعباء ونفقة... وغيرها.

عرّف المشرع الجزائري الطلاق ضمن قانون رقم 84-11، والقانون المعدل والمتمم 09/05 إذ خصص الباب الثاني من القانون المذكور أعلاه تحت عنوان (الزواج)، فعرفه بموجب نص المادة 48 "الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين (53 و 54) من القانون".

(1) سورة النساء، الآية 35.

يلاحظ على تعريف المشرع الجزائري لمادة الطلاق أنه أكثر استيعابا ودقة عن غيره من التعاريف الفقهية الأخرى، مثل ما جاء في تعريف الفقهاء المحدثين أن الطلاق هو حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال والمآل، بصفة تفيد ذلك صراحة أو دلالة⁽¹⁾.

من خلال استقراء نصوص تقنين الأسرة يتبين أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، إلا أنه لم ينص على ذلك صراحة، ولم ينظم هذه المسألة، وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي والذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي، استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما لم ينص عليه وهذا بموجب نص المادة 222 من تقنين الأسرة⁽²⁾.

اتجه القضاء الجزائري إلى إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال بالبينة، وذلك بإجراء تحقيق في الموضوع بسماع الشهود، ويتم ذلك حتى في حالة إقرار الزوج وتصديقه من الزوجة ويعتبر الإقرار هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق ومع ذلك يتم سماع الشهود لتأكيد الواقعة أكثر هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/02/16. ولا نجد في القضاء الجزائري ما يفيد إثبات الطلاق العرفي باليمين، إلا أنه من الناحية العلمية لا يوجد ما يمنع ذلك.

خصص المشرع الجزائري الفصل الأول من القسم الثالث من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية لإجراءات التقاضي في مسائل الطلاق تحت عنوان: "في قسم شؤون الأسرة"، حيث حدد الاختصاص القضائي لدعوى الطلاق، وكذا إجراء الصلح المنصوص عليه في المادة 49 من تقنين الأسرة، دون أن يحدد الشروط الشكلية والشروط الموضوعية لهذه الدعوى.

تنفيذ الحكم بالطلاق غاية ومطلب أساسي يبتغيه المتقاضي من وراء لجوئه إلى القضاء للحصول على حكم شكلي من جهة، وحماية لحقوق المتقاضين من جهة أخرى، وقد يحدث وأن يصادف المنفذ إشكالات أثناء تنفيذه للحكم القضائي، مما يؤدي غالبا إلى وقف التنفيذ مؤقتا

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 25.

(2) نصت المادة 222 من ت.أ. أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

لذا خصص المشرع من خلال تقنين الإجراءات المدنية والإدارية مجموعة من المواد، ينظم فيها كيفية تنفيذ الأحكام القضائية.

ترجع أهمية هذا الموضوع كونه يتناول جانبا إجرائيا يوضح إجراءات رفع دعوى الطلاق وكيفية إثباتها خاصة وأن مسألة الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء كثيرا ما نجدها في الواقع المعاش إضافة إلى أن هذا الموضوع في غاية الخطورة، كونه يمس بالأسرة التي هي كيان المجتمع.

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة إجراءات التقاضي في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ومسألة الطلاق العرفي، الوصول إلى حل مشكلة التناقض الواقع بين نصوص قانون الأسرة والفقهاء الإسلامي، في موضوع الدراسة، الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق في مسائل الطلاق باعتبارها المرجعية الأساسية له طبقا لنص المادة 222 من تقنين الأسرة.

تم اختياري لهذا الموضوع كونه الموضوعات الحساسة لارتباطه بعلاقة الزوج بزوجته وهو من الموضوعات المهمة، لكثرة انتشارها خاصة في وقتنا الحاضر، نقص التأليف في مثل هذا الموضوع خاصة فيما يخص مسألة الطلاق العرفي، قلة الدراسات العلمية المتخصصة في هذا الموضوع، بالرغم من ارتفاع وتزايد معدلات الطلاق في المجتمع الجزائري عدم انسجام الواقع المعاش مع النصوص القانونية.

أثناء دراستي لهذا الموضوع اتبعت المنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص تقنين الأسرة ونصوص تقنين الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بموضوع الدراسة، بالإضافة إلى المنهج الوصفي.

تتناول هذه الدراسة (إجراءات إثبات الطلاق وفقا للتشريع الجزائري) **فألى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم إجراءات الحكم بالطلاق؟** وللاجابة على الإشكالية يتطلب منا دراسة إجراءات صدور الحكم بالطلاق (**الفصل الأول**)، تنفيذ حكم الطلاق وإجراءات الطعن فيه (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول

إجراءات صدور الحكم بإثبات الطلاق

اشترط المشرع الجزائري في الطلاق أن يكون بحكم قضائي ووفقا للعمل القضائي، ذلك أن القاضي يزيل عقبة قانونية من شأنها أن تعترض إرادة الزوج، إذ لا يوجد نزاع أصلا في مسألة الطلاق فمتى قرر الزوج طلاق زوجته ما على القاضي إلا أن يحكم به، وأوجب المشرع كذلك مراعاة الشروط الشكلية التي يجب توافرها في العريضة الافتتاحية للدعوى بالإضافة إلى التأسيس الموضوعي.

ومنه فإن دعوى إثبات الطلاق يجب أن ترفع إلى المحكمة المختصة بموجب عريضة وفق لما يقضي به القانون وبعد اطلاع القاضي على العريضة يأتي دوره في استكمال الشكليات اللازمة لإثبات الطلاق ومنه فإن اتجاه المشرع في مسألة الطلاق هو عدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء إلا إذا صدر في شكل حكم قضائي في حين أن المادة 222 من ت.أ.ج تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لما لم يرد النص عليه⁽¹⁾.

خصص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فصلا خاصا بقضايا شؤون الأسرة لكن لم يحدد إجراءات التقاضي في هذه المسائل بصفة دقيقة، إنما حدد الاختصاص النوعي والإقليمي لهذا القسم فقط، ثم نص على بعض إجراءات الطلاق، وفصل في إجراء الصلح، وأخيرا خصص ثلاث مواد فقط لأحكام الطلاق.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن تقنين الإجراءات المدنية والإدارية اقتضت قواعده أن ترفع دعوى الطلاق وفق إجراءات معينة (المبحث الأول)، كما خصصها بإجراء جوهرى يظهر من خلاله دور القاضي في دعوى الطلاق، (المبحث الثاني).

(1) نصت المادة 222 من ت.أ.ج " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

المبحث الأول

إجراءات رفع دعوى الطلاق

تخضع دعوى الطلاق في إجراءاتها العامة إلى القواعد العامة في إجراءات الدعوى المدنية والتي تتمثل في الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى من صفة ومصلحة حسب نص المادة 13 من القانون رقم 09/08، بالإضافة إلى أنه يجب أن ترفع أمام الجهة القضائية المختصة وقد خص المشرع الجزائري إجراءات قسم شؤون الأسرة بفصل خاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إضافة إلى ما نص عليه في قانون الأسرة.

فحسب ما اعتمده المشرع في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية في القسم الخاص بشؤون الأسرة، يجب تحديد الاختصاص القضائي لهذا القسم (المطلب الأول)، ثم الشروط الواجب توافرها لرفع دعوى الطلاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

قواعد الاختصاص

نظم المشرع الجزائري قواعد الاختصاص في الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك من المادة 32 إلى غاية المادة 47⁽¹⁾، ويعتبر الاختصاص القضائي سلطة الجهة القضائية في الفصل في المنازعات المعروضة عليها نوعا ومكانا⁽²⁾، وقد نص عليه تقنين الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 423 إلى 426 كما نجده ينص على الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي وذلك سواء في القواعد العامة أو في النصوص المتعلقة بقسم شؤون الأسرة، بالإضافة إلى أن المشرع منح قاضي شؤون الأسرة بعض صلاحيات قاضي الاستعجال.

(1) راجع المواد من 32 إلى 47 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(2) بلغيث عمارة، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 37.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

تهدف القواعد المحددة للاختصاص إلى بيان حدود ونصيب كل محكمة من القضايا التي تدخل في ولاية الجهة التي تتبعها⁽¹⁾، فالمادة 32 فقرة 3 من ت.إ.م.إ. تنص "تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا".

والاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة يتضمن جميع المواضيع المنصوص عليها في تقنين الأسرة من مسائل الخطبة، الزواج، النسب، الطلاق، التطلق، الخلع، الحضانة، العدة النفقة وغيرها وهذا بموجب نص المادة 423 ت.إ.م.إ. في فقرتها الأولى أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

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

من الملاحظ أن نص المادة يبين صلاحيات محكمة شؤون الأسرة، وقد تناولها على سبيل الحصر، ومن الملاحظ أن النص أيضا تضمن عبارة (على الخصوص) وهو ما يستنتج منه أن الأمر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع بعدم الاختصاص الرامي إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصة بموجب هذا النص، وفي حالة ما إذا رفع الزوج دعواه الرامية إلى طلب الطلاق أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، فيمكن تدارك ذلك عن طريق الإحالة⁽²⁾، حيث نصت المادة 32/6⁶ 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) فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 35.

(2) شويحة زينب، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08 . 09، الجزء الثاني، (الدعوى، الاختصاص، الخصومة، طرق الطعن)، الطبعة الأولى، دار أسامة، الجزائر، 2009، ص 128.

الفرع الثاني: الاختصاص المحلي

يعرف الاختصاص المحلي أنه نصيب كل محكمة من حيث موقعها من إقليم الدولة فهي القواعد التي تهتم بتوزيع القضايا على أساس جغرافي أو إقليمي، بين مختلف المحاكم من نفس النوع⁽¹⁾.

نص المشرع الجزائري بموجب المادة 426 فقرة 3 من إ م ت إ على أن: "تكون المحكمة المختصة إقليمياً في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما". نلاحظ أن هذا النص يحدد الاختصاص المحلي لمحكمة شؤون الأسرة عموماً فبالنسبة للفقرة الثالثة تكون محكمة موطن مسكن الزوجية المختصة بالنظر في موضوع طلب الطلاق، موضوع طلب الرجوع لبيت الزوجية، وموضوع النزاع المتعلق بمتاع بيت الزوجية.

وفي حالة عدم وجود مسكن زوجي طبقاً لنص المادة 36 من م ج⁽²⁾ فإنه يحل محله مكان الإقامة العادي للزوج، الذي هو نفسه محل إقامة الزوجة وبالتالي محل الإقامة الزوجية، الذي ترفع في دائرة اختصاصه دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة.

كما نصت المادة 37 من إ م ت إ على أنه "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". هذه المادة تتحدث عن الاختصاص الإقليمي (المحلي) للجهات القضائية كقاعدة عامة حيث بينت بأن الجهة القضائية المختصة في النظر في النزاعات المدنية عموماً هي تلك:

1- التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، متى كان له موطن معروف.

(1) فريجة حسين، المرجع السابق، ص 38.

(2) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني، ج ر، العدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، (معدل ومتمم).

- 2- التي يقع في دائرة اختصاصها (آخر موطن له) متى لم يعرف له موطن أو عنوان.
3- التي اتفق الأطراف على التقاضي أمامها.

على أن القاعدة أعلاه مرتبطة بعدم وجود نص قانوني يعقد الاختصاص لجهة قضائية معينة بالذات. أي شريطة عدم وجود نص قانوني يخالف ذلك، فعلى المتقاضي التأكد من الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع الذي يرغب في طرحه أمامها، وذلك بالالتجاء إلى معايير المشار إليها أعلاه (محكمة موطن المدعى عليه - محكمة آخر موطن للمدعى عليه - محكمة المكان المتفق على التقاضي أمامه في حالة وقوع خلاف) وكل هذا مشروط بعدم وجود نص يحدد الجهة المختصة بالنظر في ذلك النزاع⁽¹⁾.

ومسألة الاختصاص رغم بساطتها إلا أنها تثير العديد من المشاكل فكثيرا ما يتقدم إلى القاضي زوجان لم يستقرا منذ زواجهما في مكان معين بل غيرا مكان إقامتهما عدة مرات، ففي هذه الحالة ما هو المسكن الذي يؤخذ بعين الاعتبار لتحديد الاختصاص المحلي؟ والرأي في هذه الحالة هو المسكن الأخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى، وإن لم يرغبوا في الذهاب إلى تلك الجهة فالمشرع ترك لهما المجال والذي يكمن في أنه لم يعتبر الاختصاص المحلي من النظام العام⁽²⁾.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق

نظم المشرع الجزائري حالة تنازع القوانين التي تطبق على مسألة الطلاق حيث ورد في المادة 09 من ق.م "يكون القاضي الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه". كما نص في المادة 10 من نفس القانون "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

(1) سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نسا شرحا تعليقا تطبيقيا، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر 2011، ص 99.

(2) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 246.

كما ورد في المادة 11 من نفس القانون والمعدلة: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، وما ورد في المادة 12 المعدلة ما يلي: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج، ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

ومنه أيضا المادة 21 مكرر والتي ورد فيها ما يلي: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات" ومنه أيضا نص المادة 23 مكرر الذي جاء فيه أنه "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

من خلال ما سبق يمكن القول أنه إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت إبرام عقد الزواج لا مجال للحديث عن تطبيق القانون الأجنبي إلا أنه في حالة كون الزوجين أجنبيين فإنه يطبق على الطلاق قانون الزوج وقت رفع الدعوى، ومفاد هذه القاعدة هو أنه يمكن أن يتم الزواج في ظل قانون معين، ثم يقوم الزوج بالتجنس مما يؤدي إلى تطبيق قانون الجنسية الجديدة على انحلال هذا العقد⁽¹⁾.

المطلب الثاني

شروط رفع دعوى إثبات الطلاق

لما كان الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج، فإنه من الثابت أن الأصل في استعمال الحقوق الإرادية، أنها تستعمل بمحض إرادة صاحبها، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 48 من قانون 84/11، المعدل والمتمم 09/05 حيث جاء فيها ما يلي: "الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج...". ولكونه أيضا تصرف إرادي، تترتب عليه آثارا شرعية، فيشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية تطبيقا للقواعد العامة، إلا أن

(1) قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2001، ص 27.

المشرع الجزائري أوجب شرطا أساسيا حتى يمكن الإعتراف بهذا التصرف أمام القضاء وهو أنه لا بد أن يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني له⁽¹⁾، وهذا طبقا للمادة 49 من القانون أعلاه، والتي ورد في صلبها ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...بسعي من النيابة العامة".

من خلال نص المادة السالفة الذكر يتبين أن إرادة الزوج تصبح عاجزة وحدها، على ترتيب الأثر القانوني لها، ما لم تستوفي الشكل القانوني لها، أمام الجهة القضائية المختصة⁽²⁾. والجديد في التعديل هو أنه أقر بضرورة إجراء عدة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق ويتعين على القاضي الذي يجري الصلح تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح مع توقيع الطرفين وكاتب الضبط، وإذا لم يفلح القاضي بالرغم من هذه المحاولات يصدر حكمه بالطلاق ثم يسجل الحكم وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الزوجين

بالرجوع إلى المادة 436 من ت.إ.م.إ.م. نجدتها تنص على أنه: "ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى"، يتبين من خلال هذا النص أنه على الزوجين في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة القيام بالإجراءات التالية:

1- تحرير عريضة افتتاحية، تراعى فيها الأحكام المشار إليها في المادتين 14 و15 من هذا القانون.

2- أن تودع العريضة أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة محليا، وفقا لأحكام المادتين 36 و37 من هذا القانون.

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 239.

(2) عبد الفتاح تقيّة، المرجع نفسه، ص 239.

أما المادة 437 من نفس التقنين نصت أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة" ومنه فإنه إذا كان أحد الزوجين ناقص الأهلية ففي هذه الحالة يتعين أن يرفع الطلب باسمه، أي باسم ناقص الأهلية باعتباره المعني بطلب الطلاق على أن يتولى ذلك الولي، أو المقدم، حسب الحالة المتوفرة في حينه، والولي إما أن يكون الأب وهو يحكم علاقة الأبوة التي تربطه بأبنائه ومن ثم واعتباراً لهذه الرابطة فلأب حق ممارسة كافة الصلاحيات والتصرفات الخاصة بابنه القاصر أو ناقص الأهلية، دون رقابة من أحد في الحدود التي يسمح بها القانون، ودون حاجة إلى إضفاء الشرعية عليه فهي إذا أصيلة تماماً وإما أن تكون الأم وهي تأتي في الدرجة الثانية بعد الأب، وفي حالات خاصة منها:

- حالة ما إذا كان الأب متوفياً.
 - حالة ما إذا حصل مانع ما للأب، (كالغياب القسري، أو فقدان، أو الطلاق متى تم إسناد الحضانة لها، أو أي مانع آخر).
 - الولي الذي تعينه المحكمة: وهذا الأخير يكون في حالة ما إذا أسندت الحضانة لشخص آخر غير الأم كأن تكون الجدة من الجهتين أو الخالة أو العممة أو غيرها، على أن هذا النوع من الولاية يخضع لشروط محددة قانوناً، وفقاً لأحكام قانون الأسرة⁽¹⁾.
- أما بالنسبة للمقدم فهو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود (ولي أو وصي) على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، بناء على طلب:

- 1- من أحد الأقارب وهو الأقرب إلى ناقص الأهلية كالأخ أو العم أو الخال.
- 2- ممن له مصلحة وقد يكون أحد الغرباء عنه، غير أن له مصلحة اتجاه ناقص الأهلية، كأن يكون دائناً لمورثه، ومن مصلحته وجود ولي يتولى الحفاظ على أموال الهالك التي بين يدي ناقص الأهلية كي لا تضيع ومن ثم يحصل على حقوقه.
- 3- من النيابة العامة باعتبارها ممثلة المجتمع تحافظ على سلامته الجسمية والمالية عبر السهر على تطبيق القانون، وكل هذا ليتولى كافة أمور هذا القاصر أو ناقص الأهلية شأنها في ذلك شأن الولي⁽¹⁾.

(1) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 599.

أما الوصي فوفقاً لأحكام قانون الأسرة، هو من تتولى المحكمة تعيينه بطلب من الأب أو الجد في حالة وفاة الأم أو ثبوت عدم أهليتها على تولي شؤون ابنها ناقص الأهلية، ومنه فإن نظام الوصاية يلجأ إليه في حالة فقدان الأم أو عدم أهليتها على ممارسة شؤون ابنها متى كان ناقص الأهلية، على أن ذلك مرتبط بطلب الأب أو الجد لا غير⁽²⁾.

فأما الأهلية فإن القانون المدني الجزائري عرفها بأنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، والأهلية في الاصطلاح القانوني تنقسم إلى قسمين: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء⁽³⁾.

المقصود بالأهلية في مجال الخصومات الزوجية هو أهلية التقاضي أمام المحكمة بمعنى أنه إذا تنازع الزوجان وتخاصما خصاماً شديداً فإنه لكي تنتظر المحكمة في موضوع نزاعهما يجب أن يكون كل واحد منهما متمتعاً بأهلية التقاضي وبالغا لسن الرشد المدني وهو 19 سنة كاملة وفقاً لما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري ومتمتعاً بكامل قواه العقلية وألا يكون محجوراً عليه لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل من أو على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني⁽⁴⁾ طبقاً للمادة 42 و 44 من ق.م.ج.

هذا بتطبيق القواعد العامة إلا أن مسألة الطلاق في حد ذاتها لها خصوصيتها إذ أنها حق شخصي للزوج وأن الحجر يقع على ممارسة الحقوق المالية فقط، لذلك فإنه في الشريعة الإسلامية يجوز للزوج المحجور عليه طلاق زوجته، ومن ثمة وطالما لم يتعرض قانون الأسرة لهذه المسألة فلا مانع من تبني ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال، وتبقى مسألة اللجوء إلى القضاء مسألة إجرائية⁽⁵⁾.

ومنه فإنه لا يقع طلاق المجنون ومن في حكمه كالمعتوه أو مختل العقل بسبب ما لفقدان الأهلية وانعدام الإرادة، وإذا أرادت زوجة المجنون أو المعتوه التخليق من زوجها فإنها ترفع

(1) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 600.

(2) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 600.

(3) الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 243.

(4) الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 292.

(5) قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 28.

أمرها إلى القضاء وقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون"، وقوله أيضا: "رفع القلم عن ثلاثة النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يفيق". فالمجنون ولو كان جنونه متقطعا لا يصح طلاقه، ولا يحتسب إلا بعد الإفاقة، ومثله المغمى عليه، والمعتوه الذي ضعف عقله وإدراكه مع تخليط الكلام، وكل من اختل عقله لكبر أو مرض أو لمصيبة فاجأته أو غضب شديد لحقه وهو المدهوش الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول، فهؤلاء طلاقهم غير واقع لانتهاء الإرادة منهم وفي هذا يقول عليه الصلاة والسلام: "لا طلاق في إغلاق" والمراد بالإغلاق هاهنا، أن يقفل على الشخص باب الإدراك والقصد، فلا يدري ما يقول وما يفعل⁽¹⁾.

والأمر نفسه فيما يخص طلاق المريض مرض الموت، فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال خاصة ما يتعلق بصحة الطلاق وإمكانية التوارث بين الزوجين إذا حدثت الوفاة خلال أو إثر مرض الموت، وقد أجمع الفقهاء على صحة الطلاق الواقع في مرض الموت و على التوارث أثناء عدة الطلاق الرجعي⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 132 من ت.أ على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث، دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي وعدة الطلاق البائن".

وعليه فإن حكم الطلاق في مرض الموت هو طلاق صحيح شرعا وقانونا ولا يجوز الطعن فيه أو الادعاء ببطلانه وأن حق التوارث يبقى قائما لصالح الزوجة المطلقة وحدها إذا مات مطلقها أثناء عدة الطلاق البائن، أو بعدها كلما ثبت أن الزوج قد طلقها في مرض الموت بقصد حرمانها من حقها في التركة وهذا ما يسميه الفقهاء "طلاق الفرار" والذي يستوجب معاملة المطلق بنقيض قصده⁽³⁾.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004 ص 231.

(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 277.

(3) عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 278.

جاء في قرار المحكمة العليا ملف رقم 179696 الصادر بتاريخ 1998/03/17 أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

إلا أن المشرع الجزائري حذف شرط الأهلية بعدما كان يعتبرها شرطا من شروط قبول الدعوى في المادة 459 من ق.إ.م.⁽²⁾، إذ نص فقط على شرط الصفة والمصلحة وهذا بموجب المادة 13 من ت.إ.م.إ. ونص على الأهلية في المادة 64 من نفس القانون : "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها، محددة على سبيل الحصر فيما يلي:

1- انعدام الأهلية للخصوم.

2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي."

فالأهلية ليست مرتبطة بالدعوى أو إجراءاتها المقررة قانونا، بل هي مرتبطة بالشخص مباشرة في عدم كفاءته للقيام بمباشرة إجراءات الخصومة، فمن تخلف فيه شرط الأهلية محروم من اللجوء إلى القضاء بدون نائب أما تخلف أحد شروط الدعوى المنصوص عليها قانونا فتجعل الدعوى غير مقبولة⁽³⁾.

أما الصفة فيقصد بها أن يكون صاحب الحق ذا صفة أي بمعنى أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها، أو أحد ممثليهما قانونا كالمحامي، أو الولي أو الوصي⁽⁴⁾، فإن رفعت الدعوى على غير صفة فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى، والمفروض أن الصفة تثبت لكل شخص تم الاعتداء على حقه، غير أنه قد يوجد هذا الشخص في استحالة مادية أو قانونية

(1) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 1998/03/17، عدد خاص، 2001، ص 98، أشار إليه الأستاذ يوسف دلاندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 02/05، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 43.

(2) قانون رقم 66 . 154 مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن تقنين الإجراءات المدنية، ج ر، عدد 47، صادر بتاريخ 09 جوان 1966.

(3) شويحة زينب، المرجع السابق، ص 46.

(4) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 243.

تمنعه من استعمال حقه في مباشرة الدعوى أمام القضاء، ولذلك تباشر هذه الدعوى بواسطة ممثله القانوني، في هذه الحالة تثبت للممثل القانوني ما تعرف بالصفة الإجرائية.

ونجد أنه في حالة تخلف الصفة الإجرائية يترتب عليها بطلان الإجراءات، كما أن زوال الصفة في الدعوى يؤدي إلى انقضائها، في حين أن زوال الصفة الإجرائية يؤدي إلى انقطاعها.

والصفة في دعاوى إثبات الطلاق معناها أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعواه ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة، بمعنى أنه يجب لتحقيق هذا الشرط أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها أو أحد ممثليهما قانوناً⁽¹⁾.

ويشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة ضرورة تقديم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية الموجودة بالبلدية، فإذا أرادت الزوجة مثلاً أن ترفع ضد زوجها تطلب الطلاق أو الحضانة أو النفقة أو السكن فيجب عليها تقديم نسخة من عقد الزواج مرفقة بعريضة افتتاح الدعوى فإذا لم تقدم هذه النسخة فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى، وفي هذا الصدد نص القانون رقم 63/224 الصادر في 1963/06/29 والخاص بتحديد سن الزواج في المادة 05 منه على أنه: "لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج وأن يطالب بما يترتب على الزواج من آثار ما لم يقدم عقد زواج محرر ومسجل في سجلات الحالة المدنية"⁽²⁾.

أما في دعوى إثبات الطلاق العرفي فإنه طالما أن هذه الدعوى قد فرضت نفسها في الواقع العملي فإنه يجب التطرق لها وعليه فإن الصفة تثبت لكل من الزوجين و لورثتهما في حالة الوفاة مع العلم أنه في حالة كون أحد الزوجين قاصراً فإنه يملك الصفة الموضوعية دون الصفة الإجرائية⁽³⁾.

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 239.

(2) قانون رقم 63-224 مؤرخ في 29 جوان 1963، يحدد سن الزواج الأدنى، ج ر، عدد 44، صادر في 02 جويلية 1963.

(3) قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 31.

أما بالنسبة لشرط المصلحة فهو الباعث الدافع على رفع الدعوى⁽¹⁾، وهو أساس قبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم⁽²⁾.

وتظهر هذه المصلحة خاصة عند إعادة الزوجة الزواج، أو تزوج الزوج بأخت الزوجة أو برابعة، وهذا ما نجده في دعاوى إثبات الطلاق العرفي، فمن مصلحة الزوج أو الزوجة إثبات وقوع الطلاق، أما الورثة فتتمثل مصالحتهم في ثبوت الميراث أو عدم ثبوته.

الفرع الثاني: أداة رفع الدعوى إلى المحكمة

ترفع دعوى الطلاق أمام المحكمة وفقا للطرق المنصوص عليها في المادة 14 من ت.إ.م.إ، وذلك إما بإيداع عريضة مكتوبة ومؤرخة وموقعة من قبل المدعي، أو وكيله، أو محاميه، تودع بأمانة ضبط المحكمة، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف أي يتعين أن تكون هذه العريضة بحسب عدد الأطراف حسبما هو وارد في النص أي يجب أن تكون عريضة افتتاح دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة، مكتوبة وموقعة ومؤرخة بعدد أطراف الدعوى، وطبقا لنص المادة 01/08 من ت.إ.م.إ⁽³⁾ فإنه يجب أن تكتب عريضة افتتاح الدعوى باللغة العربية، ويوقع عليها من طرف المدعي (الزوج) وتاريخ إيداعها، والتاريخ الذي يحسب من الناحية القانونية، هو تاريخ تسجيل العريضة أما تحريرها فليس له قيمة قانونية⁽⁴⁾.

وحسب نص المادة 15 من ت.إ.م.إ يجب على المدعي تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا، والجهة القضائية المختصة نوعيا للفصل في الدعوى⁽⁵⁾ ويجب أن تتضمن عريضة الطلاق، اسم ولقب المدعي وعنوانه، وكذلك اسم ولقب وعنوان الزوج الآخر وكذلك يجب تحديد

(1) فريجة حسين، المرجع السابق، ص 15.

(2) بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الأول، الخصومة القضائية أمام المحكمة، دار الهدى الجزائر، 2006، ص 13.

(3) نصت المادة 01/08 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول".

(4) فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد (مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا)، مطبعة طالب، الجزائر 2008/2007، ص 41.

(5) بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون 08 . 09 مؤرخ في 23 فيفري 2009، الطبعة الأولى منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 48.

موضوع الطلب، ويكون ذلك بعرض موجز عن الوقائع، ينتهي بطلب أو عدة طلبات⁽¹⁾، وتحديد موضوع الطلب مسألة قانونية، تخضع لرقابة المحكمة العليا وهو ما أكدته في إحدى قراراتها⁽²⁾.

أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 15 جوان 1999 جاء فيه أنه: "... متى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق..."⁽³⁾. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير، طبقوا صحيح القانون ويجب أن تكون النيابة العامة طرفاً في الدعوى طبقاً لنص المادة 03 مكرر من تقنين الأسرة⁽⁴⁾.

ويترتب على عدم احترام البيانات المنصوص عليها قانوناً، جزاء يتمثل في عدم قبول عريضة افتتاح الدعوى شكلاً طبقاً لما نصت عليه المادة 15 من ت.إ.م.إ.⁽⁵⁾ وهذا الدفع يثيره من تقرر لمصلحته، ويمكن إجازته صراحة أو ضمناً وذلك بعدم إثارته مثلاً فالمدعى عليه (الزوجة) يمكنها الدفع بعدم قبول الدعوى شكلاً، لتخلف بيان جوهري من البيانات المنصوص عليها في هذه المادة، كما يجوز لها أن تقدم دفاعها في الموضوع ولا تتمسك بهذا الدفع⁽⁶⁾.

أما قيد عريضة افتتاح الدعوى ودفع الرسوم القضائية فإن المشرع الجزائري نص عليهما في المادة 16⁽⁷⁾ والمادة 17 من ت.إ.م.إ.⁽⁸⁾، والملاحظ أنه وقع في خلط وتناقض بين هاتين المادتين، حيث نجده في المادة الأولى ينص أن العريضة تقيد حالاً في سجل خاص، أما المادة الثانية، تؤجل تقيد العريضة إلى غاية دفع الرسوم القضائية، وقيد العريضة يكون لدى أمانة الضبط في سجل رسمي، وذلك تبعاً لورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم، وإعطاء رقم

(1) بربارة عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 49.

(2) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 16 جويلية 1991، قرار غير منشور، أشار إليه: بربارة عبد الرحمان، المرجع نفسه ص 49.

(3) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 15 جوان 1999، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 104.

(4) راجع المادة 03 مكرر من تقنين الأسرة.

(5) راجع المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(6) شويحة زينب، المرجع السابق، ص 51.

(7) راجع المادة 16 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

(8) راجع المادة 17 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

للقضية، وتاريخ أول جلسة، ويسجل ذلك على نسخ العريضة، وتسلم للمدعي بغرض التكليف بالحضور⁽¹⁾.

ويشترط في دعوى الطلاق تقديم نسخة من عقد الزواج، تثبت قيام العلاقة الزوجية، وذلك لإثبات صفة التقاضي التي تعد شرط من شروط قبول الدعوى طبقاً لنص المادة 02/429 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص أنه: "يجب أن يرفق مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرجا من عقد زواج المعنيين". كذلك نصت المادة 05 السالفة الذكر من القانون رقم 224-63 المحدد لسن الزواج وجوب تقديم نسخة من عقد الزواج وذلك عند المطالبة بأي أثر من أثر الزواج⁽²⁾.

يتبين من خلال هذه الإجراءات أن تقديم عريضة مكتوبة إلى القاضي، هي في الحقيقة تعبر عن إرادة الزوج في الطلاق بحيث لا يطلب منه أن يقدم أو يبين الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق، لأن الأمر يتعلق باستعمال الحق الإرادي، وتعتبر العريضة في هذا النطاق أحد العناصر الشكلية لممارسة هذا الحق⁽³⁾.

المبحث الثاني

إجراءات سير دعوى الطلاق

اختلفت النصوص القانونية والتطبيقات القضائية على مسألة الطلاق الواقع بإرادة الزوج فما جاء في المادة 49 من تقنين الأسرة، أن الطلاق لا يكون إلا بحكم قضائي، يناقض تماما ما أقره المشرع بموجب نص المادة 222 من نفس القانون، التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء.

ونظرا لخصوصية دعوى إثبات الطلاق العرفي، خاصة وأنها وليدة العمل القضائي إذ لم يرد نص صريح بشأنها فإن التطبيقات القضائية تذهب إلى عقد جلسة الصلح أولا ويتم فيها

(1) بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 53.

(2) قانون رقم 224-63 مؤرخ في 29 جوان 1963، يحدد سن الزواج الأدنى، ج ر، عدد 44، صادر في 02 جويلية 1963.

(3) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 245.

سماع كل من الزوجين حول واقعة الطلاق العرفي المدعى بها، ثم فيما بعد يتم إجراء تحقيق سماع الشهود لتأكيد واقعة الطلاق.

وهذا على خلاف دعوى إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة والتي يقوم القاضي فيها فقط بتأجيل القضية قصد إجراء محاولة الصلح، ومتى كان الأمر كذلك، وجب التطرق إلى دور القاضي دعوى إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة (المطلب الأول) ثم إلى دور القاضي دعوى الطلاق العرفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراءات سير دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

نلاحظ من خلال نص المادة 49 من ت.أ.ج أن المشرع أقر بأن الطلاق لا يكون ثابتاً إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي، كما أنه لم يشر إلى طبيعة حكم القاضي هل هو حكم منشئ للطلاق بالرغم من أن الزوج أوقعه قبل الحكم بإرادته المنفردة، أم هو حكم كاشف لطلاق الزوج، ونعتقد أن حكم القاضي يكون منشئاً للطلاق، لأن النص أشار إلى ضرورة محاولة الصلح خلال ثلاثة أشهر قبل الحكم، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال الخصام بين الزوجين كما دلت على ذلك النصوص الشرعية، أما إن كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة فيصبح الصلح بلا فائدة إلا إذا كان الطلاق رجعياً، فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق وليس تجنباً لحدوث الطلاق⁽¹⁾.

ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفاً للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، وليس منشئاً له حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية ومع النصوص القانونية، بمعنى أنه على القاضي عندما يؤكد الطلاق أن يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من الزوج، هذا إذا كان القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، أما إذا كان لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة، فلا بد من توضيح هذه المسألة في النصوص القانونية حتى لا تكون متناقضة مع بعضها البعض، وتعديل نص المادتين 48 و 49 من ت.أ.ج يكون حسب

(1) بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 179.

الحالتين التاليتين: إذا كان المشرع يبقي حق الطلاق بالإرادة المنفردة قائماً فعليه تعديل المادة 49 وإبقاء المادة 48 كما هي، وتعديل المادة 49 يقتضي إعادة صياغتها على النحو التالي:

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

– وإذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق يثبتته من تاريخ وقوعه.

– على كل زوج تلتفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة، تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلتفظ⁽¹⁾.

والسبب الذي جعلنا نقترح هذه الصياغة هو أنه ما دام المشرع قد اعترف وكرس حق الزوج في أن يوقع الطلاق بالإرادة المنفردة، فلا بد أن تكون صيغة النص تؤدي إلى المعنى المقصود، وطلاق الزوج بالإرادة المنفردة يتحدد بصورتين⁽²⁾:

1- ألا يتلتفظ بالطلاق وإنما يتجه في حالة الرغبة في الطلاق إلى المحكمة لرفع دعوى الطلاق وهنا لا توجد أية صعوبة فنطبق على هذه الحالة أحكام الفقرة الأولى بصيغتها الجديدة باستعمال الصلح خلال المدة المقررة، فإذا لم يفلح القاضي في الصلح بينهما قضى بالطلاق بناء على رغبة الزوج أو الزوجة وهنا يكون حكم القاضي منشأ لواقعة الطلاق، ويبني نتائج الطلاق على هذا الحكم.

2- أن يتلتفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة لاستصدار الحكم بالطلاق، وهنا سيختلف الوضع على الحالة الأولى لأن الطلاق قد وقع شرعاً من الزوج، ولم يبقى سوى إثباته من خلال حكم من الناحية القانونية والقضائية، وهنا يتوجب على القاضي أن يسأل رافع الدعوى عن تاريخ التلتفظ بالطلاق لكي يبني حكمه عليه.

وحتى لا تطول المدة اقترحنا أن يلزم الزوج بالتصريح بالطلاق خلال أسبوع، حتى لا يتقاعس عن الإبلاغ بمسألة شرعية تتعلق بالحياة الزوجية، بالقيام بتسجيل طلاقه الذي أوقعه بإرادته المنفردة، لكي يتم التأكد من تاريخ الطلاق بدقة، لأن هذا التاريخ هو المعتمد في

(1) بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 180.

(2) بن شويخ رشيد، المرجع نفسه، ص 181.

احتساب العدة شرعا، أما إذا كان المشرع لا يعطي للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة فلا بد من إعادة صياغة نص المادة 48 بحذف عبارة "ويتم بإرادة الزوج" لأنه لا وجود لهذه الإرادة من الناحية العملية، لأن إيقاع الطلاق يكون بحكم من القضاء كما يفهم من خلال مضمون نص المادة 49 حيث لا يثبت الطلاق إلا بحكم⁽¹⁾.

وأما نص المادة 50 من ت.أ، فإنه بدوره يتناقض في بعض الأحيان مع المقتضيات الشرعية، إذ جاء فيه أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، ما يلاحظ على هذه المادة أنه استعمل لفظ المراجعة في غير محلها، لأن لفظ المراجعة لا يكون إلا في حالة صدور الطلاق، وهذا يعني أن المشرع اعترف مرة أخرى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة بعد أن ألغاه في المادة 49 سالفة الذكر⁽²⁾.

كذلك استعماله لفظ الصلح، إذ أن الصلح كما هو معلوم يتقرر في حالة الخصام بين الزوجين لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾⁽³⁾، وهو ما يتطلب بأن يكون الصلح بعد رفع دعوى الطلاق في حالة إذا لم يكن الزوج قد طلق، أما إذا تبين بأن الزوج طلق بإرادته المنفردة قبل رفع دعوى الطلاق أمام المحكمة، فهنا يصبح الصلح بلا معنى، ما عدا إذا كان الطلاق رجعي والعدة لم تنته عند نظر القاضي في الدعوى⁽⁴⁾.

فهنا بإمكان القاضي إجراء محاولة الصلح لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليها قبل الطلاق على أن تحتسب طلقة شرعا وقانونا، وفي هذه الحالة لا يتطلب الأمر عقدا جديدا، أما إذا رفع الزوج دعوى الطلاق بعد انتهاء العدة، أو أن العدة انتهت خلال مدة محاولة الصلح المقررة وهي ثلاثة أشهر، فهنا لا بد له من عقد جديد في حالة المراجعة⁽⁵⁾.

(1) بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 182.

(2) بن شويخ رشيد، المرجع نفسه، ص 182.

(3) الآية 35 من سورة النساء.

(4) بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 183.

(5) بن شويخ رشيد، المرجع نفسه، ص 183.

إلا أن النص قضى بأن المراجعة خلال مدة محاولة الصلح لا تتطلب عقداً جديداً، وهو أمر لا يمكن قبوله شرعاً وقانوناً، كذلك فإن النص في الجزء الثاني منه يقضي بأن المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق، فيتطلب الأمر عقداً جديداً، وهو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك وعلى أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية⁽¹⁾.

كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج، بحيث صار طلاق القاضي بائناً، في حين قد تكون العدة عند صدور الحكم لا زالت سارية، كما أنه إذا كانت الزوجة المطلقة حامل لم تضع حملها بعد، والحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة الزوجية إلى حين انتهاء العدة، أما الحكم القضائي فقد حول الطلاق الرجعي إلى بائن، حيث أوجب إبرام عقد جديد في حالة المراجعة حتى ولو كانت العدة سارية، في حين أنه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد جديد لأنها لازالت زوجته شرعاً⁽²⁾.

لذلك لا بد من تعديل النص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معاً والصياغة التي نقترحها للنص المذكور هي كما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة" وهذا لكي ينسجم النص شرعاً وقانوناً، هذا إذا كان المشرع يعترف حقيقة بطلاق الزوج بإرادته المنفردة⁽³⁾.

أما إذا كان المشرع لا يعترف إلا بالطلاق الذي يصدره القاضي، فلا بد كما قلنا مسبقاً من إعادة النظر في العديد من النصوص القانونية، أي المواد 48 و 49 و 50 من ت.أ بحيث لا يعتد إلا بطلاق القاضي وهنا يتوجب الحظر على كل زوج أن يوقع الطلاق خارج المحاكم وفي هذه الحالة نقترح صياغة بديلة تكون على النحو التالي⁽⁴⁾:

المادة 48: "الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بناءً على رغبة الزوج أو باتفاق الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

(1) المرجع نفسه، ص 183.

(2) المرجع نفسه، ص 184.

(3) بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 184.

(4) بن شويخ رشيد، المرجع نفسه، ص 185.

المادة 49: "لا يقع الطلاق إلا أمام المحكمة وبحكم القاضي، بعد عدة محاولات صلح دون أن تتجاوز المدة ثلاثة أشهر".

تعرض المشرع الجزائري في المادة 48 من ت.أ إلى الطلاق بالإرادة المنفردة حيث اعتبره حل لعقد الزواج بإرادته فهو بهذا أخذ من فقهاء الشريعة الإسلامية، وما ينبغي أن نلاحظه في هذا الشأن أن المشرع أوكل مصير العشرة الزوجية إلى الزوج طبقاً لأحكام القرآن الكريم ومقتضى السنة، وذلك ليس إنكاراً لحق المرأة في القرار، وإنما كون التصرف في ذاته له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى، ولكونه أيضاً في غاية الخطورة فلو جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد المرأة لاضطربت الحياة الزوجية، ولما استقر لها قرار لسرعة تأثرها وانفعالها، واندفاعها وليس هناك ما يحملها على التروي، إضافة لذلك أن المرأة بحكم وظيفتها في الحياة الاجتماعية، خلقت على طباع وغرائز تجعلها أشد تأثراً وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل، ولهذا كانت أصلح من الرجل في جميع المواطن، التي تعتمد على قوة العاطفة كتربية الأولاد، تريضهم، وحضانتهم، وما أشبه ذلك⁽¹⁾.

وبما أن الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج فإنه من الثابت أن الأصل في استعمال الحقوق الإرادية بأنها تستعمل بمحض إعلان إرادة صاحبها، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 48 من ت.أ، ولكونه تصرف إرادي تترتب عليه آثار شرعية لذلك فإنه يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية للقواعد العامة إلا أن المشرع وضع شرطاً أساسياً حتى يمكن الاعتراف بهذا التصرف أمام القضاء وهو أنه يجب أن يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني، طبقاً لنص المادة 49 من التقنين أعلاه والتي ورد في صلبها ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات للصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى.....بسعي من النيابة العامة".

الفرع الأول: إجراءات التبليغ

إجراء التبليغ (التكليف بالحضور) هو إجراء جوهري وضروري وإلزامي في أي دعوى ويقصد به تبليغ الأطراف المعنية بالدعوى المرفوعة، والتي تكون ذات صلة بهم، ويعتبر

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 44.

المدعى عليه طرفاً أساسياً يجب تبليغه من طرف المدعى، ذلك أن غيابه يؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلاً لعدم انعقاد الخصومة⁽¹⁾، إذ نصت المادة 438 من ت.إم.إ على أنه: "يجب على المدعى في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه، ويجوز له أيضاً تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط".

تفيد الفقرة الأولى من هذا النص أنه على المدعى في دعوى الطلاق، أياً كان زوجاً أم زوجة أن يسعى إلى تبليغ الأطراف المعنية بالدعوى، وهم: المدعى عليه بطبيعة الحال، زيادة عن النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ومدافعة عن حقوقه القانونية، أما الفقرة الثانية من ذات النص، فقررت أنه بإمكان المدعى تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط بالمحكمة المختصة، ويعاب على هذا النص ما يلي⁽²⁾:

1- بخصوص الفقرة الأولى: أنها جاءت مبهمّة فيما يتعلق بكيفية القيام بإجراءات التبليغ، سيما ما تعلق منها بتبليغ النيابة العامة. إذ لم تبين أي جهة معنية بذلك؟ أهى كتابة الضبط أم بواسطة المحضر القضائي؟

2- وسعياً من المشرع في الإجابة على التساؤل المطروح أعلاه أورد الفقرة الثانية، التي قررت بأن ذلك يمكن أن يتم بواسطة كتابة الضبط. غير أنه ما يلاحظ على صياغة هذه الفقرة أنها زادت الطين بلة، فبدلاً من تقرير بأن ذلك يتم مباشرة بواسطة كتابة الضبط، جعلت من الإجراء جوازي، حينئذ فإن هذه الفقرة لم تحل الإشكال مطلقاً

لذا يجب تعديل النص أعلاه ليصبح كالتالي:

"يجب على المدعى في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة الافتتاحية المشار إليها في المادة 436 أعلاه
- يبلغ المدعى عليه بواسطة المحضر القضائي.

(1) بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 64.

(2) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 601.

- تبلغ النيابة العامة بواسطة أمانة ضبط المحكمة"، وبذلك سيتم إزالة كافة الغموض الذي يحيط هذه المادة، مما يسمح بتطبيق النص دونما أي تأويل أو تعطيل. ومنه فعلى المدعي بأن عليه أن يقوم بالإجراءات وفق الآتي⁽¹⁾:
- أن يسعى إلى تبليغ المدعى عليه بواسطة المحضر القضائي، كما هو مبين في النص.
- أما ممثل النيابة العامة، فعلى المدعي أن يسعى قدر الإمكان إلى تبليغه عن طريق كتابة الضبط، وذلك بالاتصال بأمين الضبط المعني رأساً، تفادياً لكل ما من شأنه أن يتسبب في تأويل أو تعطيل.

الفرع الثاني: إجراءات الصلح

جاءت الشريعة الإسلامية الغراء بإجراء الصلح والتحكيم بين الزوجين كسبل للحفاظ على الحياة الزوجية خاصة وعلى المجتمع عامة، وهذا ما استمده المشرع الجزائري من خلال الصلح الذي يقوم به القاضي، والصلح الذي يقوم به الحكمان، فمتى توافرت الشروط السالفة الذكر في المدعي والمدعى عليه، قبلت دعوى الطلاق وعلى القاضي البدء فيها بناء على أحكام قانون الأسرة الجزائري وخصوصاً المادتين 49 و56 اللتان تنصان على وجوب إجراء عملية الصلح وإن اقتضى الأمر اللجوء إلى التحكيم وهما إجراءان جوهريان قبل النطق بالحكم

أولاً: الصلح من طرف القاضي

قبل التعرض لهذا النوع من الإجراءات، في هذه المسائل الحساسة علينا أن نحدد مفهوم محاولة الصلح إجراء، حيث يقصد بمحاولة الصلح أن القاضي يقوم بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج للتراجع عن طلبه في الطلاق، لكون أن محاولة الصلح تعد عنصراً من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي وإذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية حكم بإبطال إجراءات الطلاق⁽²⁾، وقد عرفته المادة 459 من ق.م.ج أنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

(1) سائح سنقوقة، المرجع نفسه، ص 602.

(2) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، ص

من خلال مقتضيات المادة 49 من ت.أ.ج التي تنص على ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر...". إذا كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح من طرف القاضي، فإجراء محاولة الصلح أصبح ضروري قبل النطق بالحكم بالطلاق من طرف القاضي، وأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر حكم من القضاء، وعليه فإنه قبل صدور هذا الحكم لا وجود للطلاق، ومن ذلك أيضا يظهر لنا من خلال فهمنا للمادة، أن المشرع قيد حرية الزوج في الطلاق بوضع مجموعة من القيود أمامه لعدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء، ولا يتم إلا بعد إجراء محاولة الصلح ومرور فترة زمنية معينة عليها.

وعليه فإن الإجراءات السابقة على الطلاق، من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها فإذا لم تحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للطعن بالنقض، أمام المحكمة العليا، وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾: من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، وعليه اعتبرت المحكمة العليا إجراء محاولة الصلح قبل صدور حكم الطلاق إجراء جوهريا وهو من النظام العام، وهذا ما أكدته في قرارها المؤرخ بـ 1994/01/18 والذي مفاده: أن القاضي الابتدائي عليه أن يراعي أحكام المادة 49 من التشريع والتي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية⁽²⁾.

إن لإجراء الصلح أهمية كبيرة، فالقاضي إذا رأى فائدة ترجى من ذلك، كرس مبدأ إجراء الصلح وهو في هذه الحالة، له دور حساس ومهم جدا أثناء جلسة الصلح، لكون أنه يبذل قصار جهده للإصلاح بين الزوجين، ولإقناعهما بضرورة التفكير في مصلحة الأسرة كلها وخاصة في مصلحة الأبناء، وكذا بالتعقل لضمان المحافظة على استمرار علاقة القرابة والمصاهرة حتى لا ينفك الشمل وتفكك الأسرة، تكريسا لمبدأ مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء وهو: المحافظة على القرابة.

(1) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1985/12/25، ملف رقم 57812، المجلة القضائية، عدد 3، 1991. أشار إليه عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 250.

(2) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1994/01/18، أشار إليه عبد الفتاح تقيّة المرجع نفسه، ص 250.

لقد نصت المادة 439 من ت.إ.م.إ "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية"، النص وجوبي للكافة، قاضيا كان أم متقاض، وهو يتضمن جزئيتين⁽¹⁾:

- أما الأولى، فتتعلق بكون محاولات الصلح إجبارية، ولما كان الأمر كذلك فعلى القاضي أن يأمر بها ويسعى إلى إثباتها، في جميع الأحوال، بغض النظر عما يكون قد يتحقق من نتائج إيجابية كانت أم سلبية.

- فأما الثانية، فتتعلق بكون هذا الإجراء يتعين أن يتم في قاعة المشورة وبصفة سرية، أي بحضور الطرفين المعنيين بالدعوى دون غيرهما، طبعا بمعية القاضي ومساعدته من أمناء الضبط.

أما المادة 440 من ت.إ.م.إ فنصت على أنه: "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا.

ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح".

إن مسألة سماع كل زوج على انفراد، تثير تساؤلا بخصوص حضور أمين الضبط من عدمه لأن لفظ الإنفراد يعني مدلوله تماما، وهو كون القاضي يجتمع وأحد الزوجين دون حضور أي شخص آخر، وهذا قد يؤدي إلى خلق بعض الإحراج على النحو التالي⁽²⁾:

الأول: موضوعي: وهو أن هناك من الأزواج من لا يرضى بأن يختلي أحد بزوجته، دون حضوره هو شخصيا، حتى وإن كان قاضيا، وهو أمر محرم شرعا.

الثاني: قانوني: وهو عدم إثبات هذا الإجراء على سلامته كون القانون يشترط تحرير محضر بأقوال كل طرف بما في ذلك ما ذهب إليه القاضي من إجراء.

أما الفقرة من هذا النص، فقررت أنه بإمكان القاضي السماح بحضور أحد أفراد العائلة جلسة الصلح متى طلب الزوجان ذلك، فيلاحظ على هذا النص أنه لم يذكر المحامي على الإطلاق بخصوص حضوره جلسة الصلح بل ذكر فقط من يختاره الزوجان من أفراد العائلة، إلا إذا

(1) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 604.

(2) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 607.

كان المحامي يتمتع بهذه الصفة حينئذ يمكن القول بأن حضوره يكون على اعتبار أنه أحد أفراد الأسرة، هذا أولاً وثانياً يجب أن يتراضى الطرفان على حضوره، ولكن ليس بوصفه محامياً⁽¹⁾.

كما يلاحظ على نص المادة 441 الفقرة الأولى من نفس القانون أنها تثير احتمال عدم حضور أحد الزوجين جلسة الصلح لأسباب مشروعة ومبررة، فقررت أنه متى حدث ذلك، جاز للقاضي:

- تأجيل مسألة إجراء محاولة الصلح إلى تاريخ لاحق.

- أو ندب قاض آخر لسماع الطرف المتغيب، بموجب إنابة قضائية.

إن إيراد تعبير (ندب قاض آخر) يثير التساؤلات الآتية⁽²⁾:

1- من هذا القاضي الآخر؟ من المحتمل أن القاضي المعني هو ذلك الذي يقيم الطرف المتغيب بدائرة اختصاصها، ويتم ذلك بموجب إجراءات الإنابة القضائية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عبارة قاضي آخر تفيد معنى أن القاضي متواجد بالمحكمة حيث طرح النزاع والحال غير ذلك، ومن ثم فهذه العبارة غير سديدة، وكان على المشرع توضيح ذلك بالقول أو (أو ندب قاض بالمحكمة التي يقيم الزوج المتغيب بدائرة اختصاصها لسماعه).

2- هل أن هذا الإجراء أي انتداب قاض لسماع الطرف المتغيب يؤدي الغرض المرجو منه كإجراء للصلح بين الزوجين؟

وتنص المادة 442 من ت.إ.م.إ: "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازماً من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن وفي جميع الحالات، يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق".

كما نصت المادة 443 من نفس القانون: "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر محرر في الحال من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي".

(1) سائح سنقوقة، المرجع نفسه، ص 608.

(2) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 609.

قد يتوصل القاضي من خلال إجراءات الصلح، إلى تحقيق غايته فينتهي الأمر بتصالح الزوجين وفي ذلك خير كثير لهما وللمجتمع، وفي هذه الحالة يحزر القاضي حكما فيه، إشهاد بتصالح الزوجين وباستمرارهما في الحياة الزوجية، وفي هذه الحالة أيضا لا بد 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 فبعدما يحزر محضرا بعدم الصلح يخرج القضية من طور الصلح إلى طور الجلسات العلنية⁽¹⁾.

كما نصت المادة 443 فقرة 4 من ت.إ.م.إ: "في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة الدعوى موضوعا".

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 ت.إ.م.إ التي تقضي بأنه: "يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة أو حسب الظروف، أن يلغي أو يعدل أو يتم التدابير المؤقتة التي أمر بها ما لم يتم الفصل في الموضوع".

وعليه فإن محضر الصلح، وجوده من عدمه قد أثبت الواقع العملي، أن وثيقته تعتبر ضرورية في الملف لأنها تبقى الدليل الوحيد على احترام إجراء الصلح وفي نظرنا نتقادي بواسطتها الوقوع في طريق الطعن بالنقض، و عليه فإن أجرى القاضي جلسة الصلح وباعت بالفشل، فإنه بعد تحرير محضر عدم الصلح، تجدد القضية ضمن الجلسات العلنية، وفي اليوم نفسه الذي تفشل فيه محاولة الصلح يحدد القاضي تاريخ الجلسة القادمة ويسلم للمدعي عليه أو عليها نسخة من العريضة التي تقدم بها المدعي، وذلك لعرض الإطلاع والرد عليها⁽²⁾.

وعليه فلما كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم من الجهة المختصة بعد محاولة الصلح من طرف القاضي فقد أصبح لزاما أن يكون الصلح إجباريا في مادة الطلاق وهذا ما أكده القانون المعدل لقانون الأسرة الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم لقانون 11/84 .

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 250.

(2) عبد الفتاح تقيّة، المرجع نفسه، ص 251.

لذلك فإن المشرع، لما أوجب الصلح في المنازعات الزوجية كان لاعتبار مهم منه وهو: أن الصلح عقد يخضع لنفس الشروط التي يجب أن تتوفر في العقود المدنية عامة من رضا محل و سبب، لكون أن الصلح يتم بإرادة الطرفين⁽¹⁾.

ثانيا: الصلح من طرف الحكّمين:

يعتبر هذا التحكيم من نوع خاص وهو أقرب منه إلى الوساطة فالقاضي هو الذي يبادر به نفس الشيء بالنسبة للوساطة، فالمادة 994 من ت.إ.م.إ نصت أنه: "يجب على القاضي عرض الوساطة والصلح بواسطة الحكّمين" مستمدا من أحكام المادة 56 من قانون الأسرة التي تنص أنه: "إذا اشتد الخصاص بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكّمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"، فإذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غياب الخطأ المبرر للطلاق جاز للقاضي تعيين حكّمين لمحاولة الصلح بين الزوجين وهذا حسب مقتضيات قانون الأسرة⁽²⁾.

يجب على الحكّمين اطلاع القاضي أثناء قيامهما بمهامهما على الإشكالات التي تعترضهما أثناء تنفيذ المهمة المنوطة بهما باعتبار أن مهمتهما تتم تحت مراقبة قاضي شؤون الأسرة الذي يتولى النظر في النزاع⁽³⁾.

قد يتوصل الحكّمين إلى الإصلاح بينهما بعد محاولات الصلح، فعليهما أن يثبتا هذا الصلح في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وهذا ما أشارت إليه المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو نفس الحكم الساري في حالة المحضر المعد من طرف الوسيط طبقا لما نصت عليه المادة 1004 من نفس القانون⁽⁴⁾.

ولكن إذا رأى القاضي أن الحكّمين لا يستطيعان تنفيذ مهمتهما لأي سبب كان طبقا لنص المادة 449 من ت.إ.م.إ، فيجوز له أن ينهي مهامهما تلقائيا وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع نفسه، ص 251.

(2) ربيع زهية، محاضرات ألقيت على طلبة الماستر، جامعة البويرة، الجزائر، 2015/2014.

(3) ربيع زهية، المرجع نفسه.

(4) ربيع زهية، المرجع نفسه.

الجلسة وتستمر الخصومة، وهو نفس الحكم الذي ينطبق على الوسيط الذي نصت عليه المادة 1002 من ت.إ.م.إ.⁽¹⁾.

بعد أن تصبح القضية جاهزة للحكم، وقبل أن يضعها القاضي في النظر يقوم بعرض الملف على النيابة العامة وفقا لما نصت عليه المادة 438 من ت.إ.م.إ.

المطلب الثاني

إجراءات سير دعوى إثبات الطلاق العرفي

من نص المادة 49 من تقنين الأسرة يتضح أن إرادة المشرع تتجه إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء، فإذا رغب الزوج في الطلاق عليه أن يرفع دعوى يعلن فيها عن إرادته في ذلك فيقوم القاضي بجمع الزوجين لإجراء الصلح، فإذا لم ينجح يحدد موعدا للإعلان عن إرادة الزوج في الطلاق⁽²⁾، إلا أن الإشكالية التي تثار في هذه الحالة هي مسألة إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بحكم قضائي وبأثر رجعي.

إنه من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية العصمة بيد الزوج، ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق، يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية، ومتى كان خالف قضاة الاستئناف تطبيق هذا المبدأ استوجب نقض قرارهم المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار تلقائيا من المجلس الأعلى⁽³⁾.

كما أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1986/03/24 ملف رقم 41255 الذي جاء فيه: أن العصمة بيد الزوج، وله الطلاق بإرادته المنفردة من دون حاجة إلى تبريره، فالقرار الذي خالف هذه القاعدة يستوجب نقضه⁽⁴⁾.

(1) ربيع زهية، المرجع السابق.

(2) زودة عمر، المرجع السابق، ص 29.

(3) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1984/12/31، ملف رقم 35346، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 02، ص 86.

(4) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1986/03/24، نشرة القضاة، عدد 44، ص 155، أشار إليه الأستاذ يوسف دلاندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 02/05، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007 ص 46.

فطبقاً لأحكام المادة 222 من ت.أ.ج⁽¹⁾، نجد أن القضاء أقر بالطلاق الواقع خارج ساحته وعلى القاضي إثباته بعد تصريح الزوج عن إرادته في إيقاعه، ويقع عبء إثبات وقوعه على أحد الزوجين.

حدثنا أبو الطاهر أحمد أبو عمرو ابن سرح، أخبرنا ابن وهب، عن ابن جريج، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس، أن النبي صلى الله عليه وسلم: لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه⁽²⁾. حدثنا يحيى، عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله قال: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي فليحل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار"⁽³⁾.

ويعتبر الإثبات بمعناه القانوني إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم⁽⁴⁾، إذ ينصب الإثبات على الواقعة القانونية والواقعة محل الإثبات إما أن تكون تصرفاً قانونياً كعقد مثلاً أو واقعة مادية كفعل ضار أو نافع، وإثبات الواقعة يؤدي إلى إثبات الحق الناشئ عنها، والقاضي يتقيد بطرق الإثبات التي بينها القانون⁽⁵⁾.

(1) راجع المادة 222 من ت.أ.ج.

(2) مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسبوري، صحيح مسلم، اعتنى به أبو صهيب الكرمي، حديث رقم 1711/1 باب اليمين على المدعى عليه، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، 1419هـ/1998م.

(3) مالك بن أنس، الموطأ، اعتنى به أبو عبد الله محمود ابن الجميل، حديث رقم 1391/1، باب الترغيب في القضاء بالحق الطبعة الأولى، دار الإمام مالك للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 400.

(4) السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات وآثار الالتزام، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، 2004، ص 10.

(5) عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 2006، ص 514.

والقاعدة أن عبئ الإثبات يقع على من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً، أي أن عبئ الإثبات ينتقل من طرف لآخر في الخصومة حتى يعجز أحدهما عن إدعائه فيخسر دعواه⁽¹⁾ وقد تناول المشرع الجزائري طرق الإثبات في القانون المدني، وهي الطرق نفسها التي تناولها الفقه الإسلامي، لكن تختلف قوة إثباتها حسب الواقعة أو التصرف القانوني وتتمثل: الإقرار اليمين الشهادة، الكتابة.

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/02/16 أنه: من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء، ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيق وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽²⁾.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ويرى الكثير منهم أن قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾⁽³⁾ للندب فتكون الشهادة مندوبة في الطلاق والرجعة⁽⁴⁾، وعند البعض الإشهاد راجع إلى الطلاق والرجعة معاً والأمر للوجوب لأنه مدلوله الحقيقي ولا ينصرف إلى غير الوجوب كالندب إلا بقريضة، ولا قريضة تصرفه عن الوجوب بل هنا تؤيد حمله على الوجوب، لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل، والإشهاد يرفع احتمال الجحد ويثبت لكل من الطرفين حقه، ومن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على الوجه المأمور به والإشهاد على الرجعة كذلك، ومن لا يفعل هو متعد لحدود الله⁽⁵⁾.

(1) محمد حسين منصور، مبادئ الإثبات وطرقه، الكتابة، البيئة، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية (مصر)، 1998، ص 29.

(2) قرار مؤرخ في 1999/02/16، عدد خاص، 2001، ص 100، أشار إليه الأستاذ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 44.

(3) سورة الطلاق، الآية 2.

(4) سراج محمد كمال، إمام محمد كمال، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 232.

(5) أحمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، الطبعة الثانية، مكتبة السنة، القاهرة، 1998، ص 80.

وعند فقهاء الشيعة والإسماعيلية والظاهرية ذهبوا إلى أن الطلاق لا يقع إلا بإشهاد عدلين وعدم الإشهاد مخالف للمشروع، ويكون الطلاق باطلاً، وقالوا أنه يظهر التناسق بين إنشاء الزواج وإنهائه، فكما أن الشهادة شرط لانعقاده، هي شرط لإنهائه⁽¹⁾.

وبما أن دعوى إثبات الطلاق العرفي لم ينص عليها قانونا فهي تستوجب إجراءات خاصة حيث يعقد القاضي أولاً جلسة الصلح ثم يقوم بإجراء تحقيق حول الواقعة المدعى بها وهذا ما سوف نتعرض إليه من خلال.

الفرع الأول: إجراء الصلح

بعد تسجيل دعوى إثبات الطلاق العرفي فإن القاضي يقوم باستدعاء الطرفين إلى مكتبه وهذا بواسطة أمين الضبط، أو أثناء حضورهما الجلسة لتاريخ معين لإجراء الصلح أين يقوم بسماع كل منهما حول واقعة الطلاق المدعى بها والتأكد من إرادتهما⁽²⁾.

وعليه فإن إجراء الصلح في هذه الحالة هو إجراء جوهري في مادة الطلاق حيث يعتبر نص المادة 49 من ت.أ في هذه المسألة نصاً إجرائياً، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق لأن القاضي ملزم كما أشرنا مقدماً، للقيام بمحاولة الصلح قبل النطق بالحكم، وإلا سيكون حكمه معيباً ومخالفاً للقانون مما يستوجب نقضه.

يمكن أن نستنتج أن القاضي عندما يتأكد من وجود طلاق عرفي ومع إصرار الزوجين عليه لا يبقى أمامه إلا الحكم به في حين أنه إذا تصالحا، فإن الصلح ينهي كل النزاع القائم بينهما هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلب منه، وعليه لا يبقى أمامه إلا الإشهاد بوقوع الصلح وتبقى مسألة وقوع الطلاق من عدمه بين الزوجين الذين من المفروض أن يكونا أحرص على دينهما من القاضي⁽³⁾.

هذا من الناحية القانونية لكن بالنظر إلى الناحية الشرعية فإن المسألة تختلف، ذلك أنه يتم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي الواقع في زمن ماض وعليه فمن غير المنطقي أن يصرح

(1) بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1991، ص 250.

(2) قسطنطيني حدة، المرجع السابق، ص 36.

(3) قسطنطيني حدة، المرجع السابق، ص 36.

القاضي بالصلح في مسألة مع علمه علم اليقين، أن الزوجة قد بانت من زوجها و أصبحت أجنبية عنه وبالتالي فإنه لا مبرر من إجراء جلسة الصلح في دعاوى إثبات الطلاق العرفي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التحقيق في واقعة الطلاق العرفي

لم ينص المشرع الجزائري على إجراء التحقيق في واقعة الطلاق العرفي لكونه لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، إلا أنه ومع ذلك فإن المحاكم تعمل به وهذا ما سنتطرق إليه من خلال ما يلي:

أولاً- اللجوء إلى التحقيق:

اللجوء إلى التحقيق يكون تلقائياً دون الحاجة إلى طلبه من الأطراف ويكون ذلك وفق لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، وتحديداً المادة 75 منه وما بعدها إما بموجب أمر كتابي أو شفوي، فأما الأمر الكتابي فهو عبارة عن حكم تحضيري لإجراء التحقيق وفي هذه الحالة يجب أن يبين فيه القاضي الوقائع المراد التحقيق فيها ويوم وساعة الجلسة المحددة لإجرائه.

ويصدر هذا الحكم يتعين على من له مصلحة استخراج نسخة منه وتبليغها للخصوم الآخرين مع إحضار شهود بالتاريخ الذي يحدده القاضي، وأما الأمر الشفوي وهو المعمول به عادة فإن القاضي يحدد تاريخ جلسة إجراء التحقيق ويبلغ الأطراف به في الجلسة، ويتعين عليهم إحضار شهودهم في ذلك التاريخ⁽³⁾.

ثانياً- إجراء التحقيق:

يقوم القاضي بالتحقيق في التاريخ المحدد بموجب الأمر بالتحقيق وذلك بسماع شهود الإثبات أو النفي بعد أدائهم اليمين القانونية، المنصوص عليها في المادة 344 وما بعدها من ق.م.ج، ويتم سماع الشهود وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية

(1) قسنطيني حدة، المرجع نفسه، ص 37.

(2) قانون رقم 08 . 09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

(3) قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 37.

والإدارية بأن تسمع شهادة كل واحد منهم على إنفراد بعد تذكيره باسمه ولقبه، ومهنته وسنه وموطنه ويؤدي اليمين بأن يقول الحق وإلا كانت شهادته باطلة في حين أن القصر يتم سماعهم على سبيل الاستدلال، ودون تحليفهم اليمين.

كما يجوز إعادة سماع الشهود ومواجهتهم بعضهم ببعض طبقاً لنص المادة 152 ويجوز سماع شهادة جميع أقارب الزوجين في دعاوى الطلاق ما عدى الأبناء هذا حسب نص المادة 153، ويدلي الشاهد بشهادته دون أن تتم مقاطعته من أحد ما عدا القاضي حسب نص المادة 159 ثم تملى عليه أقواله ويقوم بالتوقيع عليها أو ينوه على أنه لا يحسن التوقيع أو أنه امتنع عن ذلك.

يقوم أمين الضبط بتدوين أقوال الشهود في محضره فيما يخص الدعاوى التي لا يجوز استئنافها المادة 161، أما الدعاوى الجائز استئنافها، فيحرر محضراً خاصاً بأقوال الشهود ثم يرفقه بعد التوقيع عليه من طرف القاضي بالنسخة الأصلية للحكم، ويجب أن يتضمن بيان يوم وساعة التحقيق وحضور الخصوم وغيابهم واسم كل شاهد ولقبه ومهنته وموطنه وبيان أداء اليمين ويثبت فيه أقوال الشهود ويشار إلى تلاوتها عليهم، وهنا يجوز للقاضي أن يصدر حكمه فور إجراء التحقيق، كما له أن يؤجل الدعوى إلى جلسة مقبلة، وفي هذه الحالة الأخيرة يصرح للأطراف بالاطلاع على التحقيق قبل المناداة على القضية من جديد في الجلسة المحددة طبقاً للمواد 162 و 163.

وتختلف طريقة إجراء التحقيق باختلاف موقف الزوجين من الطلاق، وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين ثلاث حالات:

1- اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق: هذه المسألة لا تطرح إشكالا لكونها لا تتطوي أصلا على نزاع، وهنا يقوم القاضي بسماع الشهود وهذا لتأكيد واقعة الطلاق فقط، وتحديدًا لتأكيد التاريخ والمكان الذي وقعت فيه⁽¹⁾.

2- إنكار أحد الزوجين: في هذه الحالة قد تدعي الزوجة مثلاً وقوع الطلاق وقد ينكر الزوج ذلك، فإن القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة، لكون أن المسألة تتضمن اعتداء على

(1) قسطنطيني حدة، المرجع السابق، ص 38.

أهم حقوق الزوج، ألا وهو حقه في طلاق زوجته، ولكون أن القاضي سوف يحل محله في القول بوقوع الطلاق من عدمه خاصة وأن العصمة بيد الرجل.

وقد اتجهت التطبيقات القضائية بمحكمة الجلفة إلى الأخذ بشهادة الشهود في إثبات الطلاق حتى في حالة إنكاره من طرف الزوج، وهو الأمر الذي يتجسد من خلال الحكم رقم 2001/75 الصادر بتاريخ 2001/02/10، والذي قضى في الشكل بقبول المعارضة وفي الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه والمعارض والقضاء نهائياً بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين وعقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية لدار الشيخ⁽¹⁾.

وقد ذهب الاجتهاد المصري إلى اعتبار أنه إذا صدقت الزوجة زوجها المقر في إسناد طلاقها إلى تاريخ سابق، اعتبر في حقها لا في حق سبيل الله فتعامل بهذا الإسناد بالنسبة لنفقتها، ولا يعمل به فيما هو من حقوق الله ليتزوجها بأختها أو أربع سواها لتهمة المواضعة⁽²⁾.

كما ورد في اجتهاد آخر ما يلي: المنصوص عليه أن المقر إذا اسند الطلاق إلى تاريخ سابق فإما أن تقوم على هذا الإسناد بينة أولاً تقوم، فإذا قامت البينة فإن الطلاق من وقت أن قامت عليه البينة قولاً واحداً وإن لم تقم عليه. فالمتقدمون على اعتباره من وقت إسناده له والمتأخرون على اعتباره من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبتة أو قالت لا أدري، إلا أنها في حالة التصديق لا نفقة لها و لا سكن لقبول قولها في حق نفسها لا في حق الله على المفتى به⁽³⁾.

ج - حالة وفاة أحد الزوجين:

في هذه الحالة تكون الدعوى إما مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفى، أو من ورثة الزوج المتوفى ضد الزوج الباقي على قيد الحياة، ونظراً لخطورة هذه المسألة لتعلقها غالباً بأموال الميراث أين يكون القصد منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة.

(1) قسنطيني حدة، المرجع نفسه، ص 38.

(2) المرجع نفسه، ص 38.

(3) قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 39.

ومنه فإنه يتعين على القاضي التدقيق قدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي⁽¹⁾.

(1) قسطنطيني حدة، المرجع نفسه، ص 39.

الفصل الثاني

تنفيذ حكم الطلاق وإجراءات الطعن فيه

إن الشارع الحكيم أعطى الزوج حق الطلاق، وجعل من ضميره الحي رقيباً على تصرفاته، فلا يطلق إلا للضرورة وإلا كان كفراناً لنعمة الزواج التي قدسها الله، هذه الرقابة أو هذا الحكم الدياني، الذي جعله الإسلام في قلب كل مؤمن كان كفيلاً أن لا يطلق الزوج زوجته إلا حين يعتقد أن المصلحة تقتضي ذلك إذ لم تعد الحياة المشتركة تصلح بينهما⁽¹⁾.

بعد استفتاء القاضي لإجراء الصلح كما هو منصوص عليه قانوناً في المواد 49 و56 من ت.أ.ج، والمواد من 439 إلى 449 من ت.إ.م.إ. عليه أن يفصل في الموضوع بإصدار حكم وفقاً لما نصت عليه المواد 450 و451 من ت.إ.م.إ.، وهذا الحكم يكون غير قابل للاستئناف كما نصت المادة 57 من ت.أ.ج إلا في جوانبه المادية، ويكون قابلاً للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا لأنها محكمة قانون.

إن الحكم بالطلاق ابتدائياً كان أو نهائياً لا يقبل الطعن بالاستئناف حسب نص المادة 57 من ت.أ.ج، إذ أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وعليه فإن حكم الطلاق في جانبه المتعلق بفك الرابطة الزوجية لا يمكن استئنافه، ومعنى ذلك أن حكم الطلاق يدخل في الاختصاص النوعي للمحاكم ولا يجوز للمجلس القضائي المساس به.

والثابت في الطلاق أنه من التصرفات الإرادية الانفرادية التي يملكها الزوج لكون أن الأصل في استعمال الحق الإرادي، أن يكون من تعبير إرادة صاحبه وهذا طبقاً لما جاء به المشرع في المادة 48 من ت.أ.ج "يتم حل عقد الزواج بإرادة الزوج..."⁽²⁾.

نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال تقنين الأسرة نص على حكم الطلاق في المادة 57 منه فقط، أما في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، فتطرق إلى حكم الطلاق في المواد 450

(1) عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 112.

(2) فتحي حسن مصطفى، دعاوى الطلاق والطاعة، الطبعة الثانية، نشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، ص 142.

التي نصت على أن القاضي يجب أن يتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق، أما المادة 452 نصت على الطعن في الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة، إلا أنها جاءت ناقصة وغير كافية، فلم يتطرق المشرع ولم يحدد الطبيعة القانونية لحكم الطلاق، هل هو حكم منشئ أم كاشف وهذا يعد إهمالا وتقصيرا منه.

من خلال ما سبق ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى تنفيذ الحكم المثبت للطلاق (المبحث الأول) وطرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تنفيذ الحكم المثبت للطلاق

يعد التنفيذ غاية أساسية يسعى إليها المتقاضي من وراء لجوءه إلى القضاء، وليس فقط الحصول على حكم شكلي، بل يريد أن يتم ترجمة هذا الحكم إلى شيء ملموس، حيث يحمي الحقوق عن طريق إلزام المتعدي عليها من إرجاعها إلى أصحابها ولو بالقوة، وعليه فإن التنفيذ يكتسي أهمية كبيرة على مستويات كثيرة، فتكمن أهميته القانونية في إعطاء طابع السمو والسيادة للأحكام التي تصدر مطابقة للقانون، فيكون تنفيذ الأحكام القضائية بتحقيق الحقوق على أرض الواقع، هو السبيل للحفاظ على هيبة ونجاعة القانون⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى فإن للتنفيذ أهمية اجتماعية أيضا، حيث أنه وسيلة لتقرير الحقوق ومحاربة الظلم فهو بذلك يؤدي إلى زرع الثقة في المتقاضي مما يؤدي حتما في النهاية إلى تحقيق الاستقرار الاجتماعي المطلوب⁽²⁾.

ونظرا لهذه الأهمية الكبيرة التي يكتسيها تنفيذ الأحكام القضائية، أفرد المشرع الجزائري مجموعة كبيرة من المواد في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، تبدأ من المادة 584 إلى غاية المادة 799 في الكتاب الثالث تحت عنوان: "في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية"⁽³⁾.

(1) محمد سعد عيسوس، الطبيعة القانونية لحكم الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة سكيكدة 2013، ص 44.

(2) محمد سعد عيسوس، المرجع نفسه، ص 45.

(3) حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 97.

وكقاعدة عامة فإن الأحكام القضائية التي تنفذ، هي ما يصطلح عليها ب: **السندات التنفيذية**، وهي كل عمل قانوني يتخذ شكلا معيناً ويتضمن تأكيد حق الدائن الذي يريد الاقتضاء الجبري⁽¹⁾، والسند التنفيذي من وضع المشرع حيث نص على أنواعه حصراً في ت.إ.م.إ، وبالتحديد في نص المادة 600 التي تقضي أنه: "لا يجوز السند التنفيذي الجبري إلا بسند تنفيذي"، والسندات التنفيذية هي:

- أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية والأحكام المشمولة بالإنفاذ المعجل.
 - الأوامر الإستعجالية.
 - أوامر الأداء.
 - الأوامر على العرائض.
 - أوامر تحديد المصاريف القضائية.
 - قرارات المجالس القضائية وقرارات المحكمة العليا المتضمنة التزاماً بالتنفيذ.
 - أحكام المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة.
 - محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة المودعة بأمانة الضبط.
 - أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط.
 - الشيكات والسفاتيح بعد التبليغ الرسمي للاحتجاجات إلى المدين، طبقاً لأحكام القانون التجاري.
 - العقود التوثيقية، لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة، وعقود القرض والعارية، والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة.
 - محاضر البيع بالمزاد العلني، بعد إيداعها بأمانة الضبط.
 - أحكام المزاد على العقار.
- وتعتبر أيضاً سندات تنفيذية كل العقود والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي.

(1) حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص 96.

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى الحكم القابل للتنفيذ (المطلب الأول)، ثم إلى كيفية تنفيذ الحكم المثبت للطلاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحكم القابل للتنفيذ

فالحكم هو ما يصدر عن الجهة القضائية للفصل في خصومة ما وفقا للقواعد المقررة قانونا ويأخذ شكله ومضمونه ووصفه، على حسب نوع الجهة التي صدر عنها⁽¹⁾.

تنقسم الأحكام القضائية إلى أحكام تقريرية، وأحكام منشئة، وأحكام إلزام وكل حكم تقابله دعوى خاصة فحكم الإلزام تقابله دعوى الإلزام، والحكم التقريري تقابله الدعوى التقريرية، والحكم المنشئ تقابله الدعوى المنشئة.

وفي هذا الشأن يرى الدكتور عبد الفتاح تقيّة، أن حكم الطلاق له طبيعة خاصة، فهو حكم منشئ وكاشف في نفس الوقت، فيكون حكمه كاشفا عندما ينطق بحكم الطلاق، وهو بذلك يكشف عن إرادة الزوج الذي تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، ويكون حكمه منشئا لكونه ينشئ مراكز قانونية جديدة وهي مراكز المطلق والمطلقة⁽²⁾.

ومنه نلاحظ أن حكم الطلاق يكون منشئا وكاشفا في نفس الوقت، إذا كانت الدعوى التي يرفعها الزوج لأول مرة أمام المحكمة يطالب فيها بفك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، فهنا حكم القاضي يكون حكم منشئ لمراكز قانونية جديدة، وكاشف لإرادة الزوج ورغبته في الطلاق. أما في حالة رفع الدعوى من طرف الزوج يطالب فيها بإثبات الطلاق العرفي، فهنا حكم القاضي يكون حكم كاشف وتقريرى لواقعة الطلاق السابقة.

وحكم الطلاق شأنه شأن الأحكام الأخرى يقتضي شروطا يجب أن يتضمنها، وإلا كان عرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وقد نص المشرع على هذه الشروط في عدة مواد أولها المادة 275 من ت.إ.م.إ التي نصت على أنه: "يجب أن يشمل الحكم تحت طائلة البطلان العبارة الآتية:

(1) شويحة زينب، المرجع السابق، ص 206.

(2) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 431.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري ."

ويعتبر ذكر هذه العبارة تجسيدا للمبادئ الدستورية الرامية إلى بسط سيادة الدولة على الإقليم، حيث جاء في قرار المحكمة العليا أنه: عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات. عن الفرع الأول المأخوذ من مخالفة المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية بدعوى أن القرار المطعون فيه يتضمن في ديباجته خطأ عبارة (الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية)، عوض الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ولكن حيث أن الخطأ المذكور هو من قبيل الخطأ المادي الذي يمكن تداركه من طرف الجهة التي أصدرت القرار بطلب ممن يهمله الأمر، وعليه فالفرع المثار غير مؤسس⁽¹⁾.

ومنه فقد اعتبرت المحكمة العليا عدم ذكر عبارة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مخالفة تؤدي إلى بطلان الحكم حتى ولو كان ذلك سهواً، لأن ذكرها يعد من النظام العام، إلا أن الخطأ المادي في ترتيب كلمات العبارة لا يؤدي إلى البطلان.

كما نصت المادة 276 من ت.إ.م.إ أنه: "يجب أن يتضمن الحكم البيانات الآتية:

- 1- الجهة القضائية التي أصدرته.
- 2- أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية.
- 3- تاريخ النطق به.
- 4- اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء.
- 5- اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم.
- 6- أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته وتسميته، ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.
- 7- أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.
- 8- الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية."

(1) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 3 أكتوبر 2007، المجلة القضائية، عدد 02، 2007.

وما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع لم ينص على الجزاء المترتب عن تخلف أحد هذه البيانات مثلما نص عليه في المادة 275 من ت.إ.م.إ.⁽¹⁾، كما نصت المادة 283 من نفس التقنين أن إغفال أو عدم صحة البيانات لا يؤدي إلى بطلان الحكم بشرط أن يثبت فعلا مراعاة القواعد القانونية، كما نصت المادة 277 من هذا التقنين على ضرورة تسبب الحكم، فلا يجوز النطق به إلا إذا كان مسببا من حيث الوقائع والقانون.

كما يجب أيضا على القاضي أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية، وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم⁽²⁾، وحسب نص المادة 279/278 من ت.إ.م.إ.⁽³⁾ يجب أن يكون الحكم القضائي موقعا ومؤرخا من طرف القاضي وأمين الضبط وفي حالة تعذر إمضائه من طرف القاضي أو أمين الضبط يقوم رئيس الجهة القضائية المعنية بتعيين قاض آخر أو أمين ضبط حسب الحالة.

الفرع الأول: الحكم بالطلاق

ينقسم الحكم بصفة عامة إلى أربع أقسام هي: الديباجة، بيان الوقائع، حيثيات المحكمة ويقصد بها تسبب الحكم والرد على جميع الطلبات والدفع، وأخيرا نجد منطوق الحكم الذي يجب أن يكون نتيجة منطقية للحيثيات⁽⁴⁾.

يعد الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة، كسائر الأحكام القضائية العادية، إلا أن المشرع الجزائري منحه بعض الخصائص والمميزات التي جعلت طبيعته خاصة، مضمونه ووصفه الشرعي، وطرق الطعن فيه تختلف عن الأحكام العادية الأخرى وهذا لتعلقه بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة وإرادة الزوج بصفة خاصة.

(1) بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 202.

(2) يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 150.

(3) قانون 09/08، المرجع السابق.

(4) تيبودشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، 2001.2000، ص 216.

جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحميل مسؤولية الطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة، دون تبرير طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾.

ومنه فإن القاضي غير ملزم بتسبب حكم الطلاق بالإرادة المنفردة لأن الطلاق هو حق إرادي للزوج، فالقاضي لا يستطيع رفض دعوى الزوج الرامية إلى الطلاق إذا توافرت شروطها فإذا رفع المدعي دعوى يطلب فيها طلاق زوجته وكان مصراً على طلبه، فإن القاضي ليس له الخيار سوى الحكم به إذا قدم الزوج المبررات الشرعية لطلبه، أما إذا لم يبرر طلبه، كان الحكم يقضي بالطلاق التعسفي مع تظليمه.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد تقضي المحكمة وتفصل في الدعوى التي يرفعها الزوج، والتي يطلب من خلالها الطلاق بعدم قبولها، وهذا في حالة عدم توفر شرط أو أكثر من شروط قبول الدعوى المذكورة سابقاً (أي الشروط المنصوص عليها في المادة 13 من ت.إ.م.إ المتعلّقة بالصفة والمصلحة)، بالإضافة إلى الحالة التي لا يقدم فيها الزوج وثيقة عقد الزواج التي تثبت صفته، فهنا أيضاً تحكم المحكمة بعدم قبول عريضة الدعوى⁽²⁾.

ومن جهة أخرى قد ترفض الدعوى شكلاً، فيحكم القاضي برفض الدعوى وذلك في حالة عدم احترام المدعي للبيانات والشروط الشكلية الواجب توافرها في دعوى الطلاق، كعدم ذكر اسم المدعي، أو اسم المدعى عليه، وغيرها من البيانات الضرورية للعريضة، كما قد ترفض هذه الدعوى شكلاً لعدم التأسيس، أو ترفض على الحال كما لو أن المدعي أشار إلى وثائق تخدم القضية لكن لم يقدمها⁽³⁾.

(1) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 15 جوان 1999، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 104.

(2) ربيع زهية، المرجع السابق.

(3) تبودشت نعيمة، المرجع السابق، ص 211.

الفرع الثاني: الحكم بإثبات الطلاق العرفي

قد يطلق الزوج زوجته عرفيا أمام الجماعة، ولا يسجل طلاقهما بالحالة المدنية، وبعد مدة يلجأ الزوج إلى القضاء قصد إثبات الطلاق، فهنا لا يمكن للقاضي أن يصدر حكمه بالطلاق من جديد، لأن الطلاق قد وقع والهدف من رفع الدعوى هو إثبات الطلاق⁽¹⁾ وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، وهذا الاتجاه أخذت به معظم المحاكم التي تعمل على إثبات الطلاق العرفي وترتب عليه آثاره بشكل رجعي، وعلى رأسها محكمتي الجلفة والبويرة⁽²⁾.

إذا وقع الطلاق خارج ساحة القضاء أي شرعا أمام الجماعة وبعد فترة زمنية يرفع المطلق دعوى قضائية يطلب فيها إثبات الطلاق العرفي، فيجب على القاضي التأكد من وقوع الطلاق فعلا، وعندما يصدر حكمه يكون منطوقه إثبات الطلاق العرفي، وليس القضاء بالطلاق من جديد، فيكون الحكم في هذه الحالة كاشفا للطلاق العرفي، وكاشفا لإرادة الزوج، وبناء على ذلك يكون لهذا الحكم الكاشف أثرا رجعيا يسري من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق.

أما في حالة ما إذا كان الطلب أو الدعوى التي يرفعها الزوج قصد أن يطلق زوجته، وهو لم يوقع الطلاق بعد ولم يتلفظ به فيجب عليه أن يحضر الجلسة التي يحددها القاضي ليعبر عن إرادته في الطلاق فينتقل القاضي منه هذا الإعلان⁽³⁾.

ومنه فلا مانع من أن يكون الطلاق خارج ساحة القضاء، خاصة إذا توافرت فيه الشروط الشرعية، وكان أمام شاهدي عدل لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁴⁾.

ومسألة إثبات الطلاق مسألة صعبة ومعقدة ذلك أن المادة 49 من ت.أ تحتوي على غموض، فالمشرع الجزائري استعمل مصطلح (إثبات)، مما يعني أن اللجوء إلى القضاء وصدور حكم الطلاق، ليس شرطا لانعقاد الطلاق، وإنما شرط فقط لإثباته.

(1) تبودشت نعيمة، المرجع السابق، ص 213.

(2) قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 10.

(3) عمر زودة، المرجع السابق، ص 104.

(4) سورة الطلاق الآية 02.

بتفحص هذه المادة جيدا، ولو افترضنا أن المشرع الجزائري يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، وكان يرمي من خلال المادة 49 من ت.أ. السالفة الذكر إلى مسألة الإثبات فقط، فما هي فائدة إجراء الصلح الذي يقوم به القاضي، خاصة إذا كان الطلاق قد وقع خلال فترة زمنية بعيدة؟

ومنه ومن خلال نصوص تقنين الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، إلا أنه لم ينص على ذلك صراحة، وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات واقعة الطلاق العرفي، وعليه ففي حالة رفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة، يجب على القاضي التمييز بين حالتين هما:

1- حالة طلب الطلاق لأول مرة أمام القضاء، وفي هذه الحالة يصدر القاضي حكمه بالطلاق إذا تمسك به الزوج ويرتب آثاره من تاريخ صدور الحكم، أما الفترة التي يجري فيها القاضي الصلح لا تعد فترة العدة، لأن في هذه الحالة الطلاق لم يقع بعد وعليه إذا أرجع الزوج المطلق مطلقتة، خلال فترة العدة، فالطلاق هنا يعتبر طلاقا رجعيا، حتى بعد صدور الحكم القضائي فهو لا يحتاج إلى عقد جديد ومهر، وهذا عكس ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 50 من ت.أ. "ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق، يحتاج إلى عقد جديد". وفي هذا الشأن أقرت المحكمة العليا أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد -ولما كان ثابتا في قضية الحال- أن الطاعن راجع مطلقتة بعقد جديد، متوفرا على جميع أركان الزواج حسب نص المادة 50 من تقنين الأسرة أصبح واجبا نقض الحكم المطعون بدون إحالة لعدم جدية بقاءه"⁽¹⁾.

2- حالة طلب إثبات الطلاق العرفي، وهنا يتأكد فقط من واقعة الطلاق، ويصدر حكمه بإثبات الطلاق العرفي، ويكون بأثر رجعي بين المدعي (الزوج) والمدعى عليها (الزوجة) بتاريخ... بالمكان... مع الأمر بتسجيله بالحالة المدنية⁽²⁾.

(1) يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 50.

(2) تبودشت نعيمة، المرجع السابق، ص 214.

ويعتبر الطلاق رجعياً قبل انقضاء العدة، أما إذا انقضت العدة ثم رفع الزوج دعوى لإثبات الطلاق العرفي، فالقاضي ملزم بإجراء محاولة الصلح، وعليه إذا أرجع الزوج زوجته خلال محاولة الصلح، فهذا لا يعد طلاقاً رجعياً شرعاً، لأن العبرة في ذلك بانقضاء العدة وليس بانقضاء فترة محاولة الصلح.

المطلب الثاني

كيفية تنفيذ الحكم المثبت للطلاق

لما كان حكم الطلاق يصدر في شكل الحكم القضائي وهو إلى ذلك يصدر ابتدائياً نهائياً إذ لا يمكن الطعن في أصله، وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر بالطلاق يتضمن شقين هما:

1- الشق المتعلق بالطلاق في حد ذاته وهو الذي يصدر ابتدائياً نهائياً.

2- الشق المتعلق بالجوانب المادية للطلاق ويصدر ابتدائياً نهائياً أي قابلاً للاستئناف⁽¹⁾، وهو الشق الذي يعتبر سنداً تنفيذياً دون الشق الأول ذلك أن السند التنفيذي يصدر في خصومة يكون فيها فاصل في النزاع ومشمتم على إلزام⁽²⁾.

وما يهمننا في دراستنا هذه هو الشق الأول من الحكم الصادر بالطلاق وكما قلنا سابقاً أنه يصدر نهائياً حيث لا يقبل الاستئناف، وهو خاضع للسلطة الإدارية حيث يكلف ضابط الحالة المدنية بتنفيذه، ولما كان التنفيذ سبباً في تحقيق الحماية القضائية بعد صدور الحكم، فإن حكم الطلاق حكم منشئ يشبع الحاجة من هذه الحماية بمجرد صدوره حيث يكون نافذاً دون الحاجة لأي إجراء إضافي⁽³⁾.

(1) قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 12.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 13.

(3) قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 48.

الفرع الأول: تبليغ الحكم إلى المدعى عليه

بعد صدور الحكم بالطلاق يكون على صاحب المصلحة السعي لتبليغه إلى الطرف الآخر ومنه يجب على الطرف المعني أن يقوم باستخراج نسخة من الحكم الصادر بالطلاق ثم يقوم بتبليغها إلى الخصم الآخر وذلك عن طريق محضر قضائي⁽¹⁾.

وبعد فوات آجال الطعن بالنقض والتي تقدر بشهرين⁽²⁾ من تاريخ التبليغ الرسمي إذا كان شخصياً، وثلاثة أشهر إذا كان التبليغ في الموطن المختار حسب نص المادة 354 من ت.إ.م.إ، بعدها يتقدم المعني إلى أمانة الضبط مرفق بالوثائق التالية:

نسخة من عقد الزواج، حكم الطلاق، محضر التبليغ، شهادة تخص الطعن في الحكم سواء تعلق الأمر بعدم الطعن بالنقض، أو مرور الأجل، أو رفض الطعن، وسبب ذلك أن المشرع الجزائري نص استثناء على أن الطعن بالنقض، أو ممارسة آجاله فيما يخص أحكام الطلاق لها أثر موقف حيث أنها من الحالات التي يتوقف فيها التنفيذ رغم أن وسيلة الطعن تدخل ضمن طرق الطعن غير العادية⁽²⁾، بعد ذلك يقوم أمين ضبط المحكمة بتحرير إخبار بالطلاق والذي يوقع من طرف رئيس كاتب الضبط.

تجدر الإشارة هنا إلى أن الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية لا يقبل التنفيذ إلا بانقضاء آجال الطعن فيها بالنقض. فإذا طعن فيها في الميعاد القانوني استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل في الطعن ولعل العلة التي من أجلها تقرر هذا الاستثناء هي القضاء على المشكلات المترتبة عن تنفيذ هذه الأحكام، الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية قبل أن تصبح بائنة⁽³⁾.

الفرع الثاني: تسجيل حكم الطلاق

بعد تحرير الإخبار بالطلاق السابق من قبل أمين الضبط، يقوم هذا الأخير بإرساله إلى البلدية التي أبرم عقد الزواج بدائرتها، ليقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق على السجل

(1) عرفته المادة (04) بأنه: "المحضر القضائي ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية"، ونصت المادة 12 على مهامه.

(2) بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغداد، 2009، ص 260.

(3) محمود الأمير يوسف الصادق، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008، ص 241.

المخصص للزواج، وعلى عقدي زواجهما وبتسجيلات الميلاد إذا كان المطلقين قد ولدا بدائرة اختصاصها، وإلا فإنها ترسل إشعارات إلى البلديات المختصة التي ولدا بدائرتها، ثم يعيد ضابط الحالة المدنية الإشعار أو الإشهاد بالتسجيل إلى المحكمة، موقعا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ويقصد بالتسجيل هو العملية التي بواسطتها ينقل ضابط الحالة المدنية في سجلاته، عقد الحالة المدنية الواردة إليه من مكان آخر غير دائرته، أو حكما قضائيا يتعلق بالحالة المدنية وفقا للمادة 58 من قانون الحالة المدنية⁽¹⁾.

بعد أن كان تسجيل حكم الطلاق بسعي من المحكوم له بناء على طلب يطلبه من رئيس كتاب الضبط لدى المحكمة التي أصدرت حكم الطلاق، كما نصت المادة 58 من ق.ح.م أصبح الآن حكم الطلاق كما نصت عليه المادة 49 من ت.أ من وظيفة النيابة العامة، عبر ممثلها وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة، فيجب الاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع إبرام وتسجيل عقد الزواج فيها لطلب تقييد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد زواج المعنيين، ويرفق طلبه بنسخة من الحكم بالطلاق، بعد أن يكون حكم الطلاق قد وقع الفصل فيه ولا يقبل أي طعن ويصبح الحكم نهائيا⁽²⁾.

ويكون هذا التسجيل على شكل هامش أو إشارة موجزة يضعها ضابط الحالة المدنية على هامش عقد الزواج وعقود ميلاد الزوجين أما إذا كانا مسجلين ببلدية أخرى فيجب عليه إخطار ضابط الحالة المدنية لمكان ميلاد المعنيين بهذه العقود والمختص إقليميا بهذا التأشير للقيام بهذا الإجراء الإلزامي⁽³⁾.

والجدير بالملاحظة أن منطوق الحكم أو الأمر أو القرار، الأمر بتسجيل أو وضع بيانات في سجلات الحالة المدنية يجب أن يتضمن ما يلي:

– أسماء وألقاب الأطراف المعنية.

(1) أمر رقم 20.70 مؤرخ في 19/02/1970، يتضمن قانون الحالة المدنية، ج ر، عدد 21، صادر في 27/02/1970.

(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 121.

(3) عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص

- أماكن وتواريخ العقود التي يجب أن يذكر البيان أو البيانات على هامشها.

وأن هذا التسجيل لا يتضمن إلا منطوق الحكم أو القرار دون الأسباب⁽¹⁾، حسب نص المادة 59 من قانون الحالة المدنية.

نصت المادة 60 من ق.ح.م على أن: ضابط الحالة المدنية المحرر والمسجل للعقد الذي يستدعي ملاحظة يضعها خلال مهلة ثلاث أيام من تاريخ استلامه الوثيقة التي يجب تسجيلها في السجلات التي بحوزته ويجب عليه أن يوجه إشعاراً إلى النائب العام إذا كانت النسخة موجودة على مستوى كتابة الضبط.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه أنه: "ولما كان قضاة الاستئناف وافقوا على حكم قضي بالطلاق دون إبلاغ الملف المتعلق به إلى النائب العام فإنهم بقضائهم هذا خرقوا أحكام المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية"⁽²⁾.

يجب على ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد أن يقوم بإشعار وزارة الشؤون الخارجية خلال ثلاث أيام، إذا كان العقد الذي يستدعي الملاحظة محرراً أو مسجلاً في الخارج.

الفرع الثالث: إشكالات تنفيذ حكم الطلاق

تعد إشكالات التنفيذ عقبات قانونية تطرح بشأنها خصومة على القضاء قبل تمام التنفيذ وتتناول تلك المنازعات هدم صحة إجراءات التنفيذ وحصر الإشكالات فالعقبات القانونية، يخرج من دائرتها العقبات المادية التي قد تواجه المحضر القضائي أثناء عملية التنفيذ، والتي يمكن للمحضر القضائي إزالتها بنفسه أو الاستعانة بالقوة العمومية دون اللجوء إلى عرضها على القضاء⁽³⁾.

(1) عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع نفسه، ص 76.

(2) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 03 فيفري 1984، المجلة القضائية، عدد 04، 1984، أشارت إليه زوقاغ نادية المرجع السابق، ص 33.

(3) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 351.

ويرفع الإشكال في التنفيذ عند قيام المحضر القضائي بمباشرة إجراءات التنفيذ أو قبلها حيث أنه لا معنى لهذا الإشكال إذا تم التنفيذ والحكم بقبول الإشكال في التنفيذ بعد انتهاء إجراءاته يعد خطأ في تطبيق القانون⁽¹⁾.

أما إذا تعلق الإشكال في التنفيذ بمسألة وقتية عاجلة لا تمس بأصل الحق محل النزاع يتعين على المحضر القضائي تحرير محضر بذلك وإحالة الأطراف على قاضي الاستعجال طبقاً لنص المادة 631 من ت.إ.م.إ، والتي جاء فيها أنه: "في حالة وجود الإشكال في تنفيذ السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون، يحرر المحضر القضائي محضراً عن هذا الإشكال ويدعو الخصوم لعرض الإشكال، على رئيس المحكمة أن يفصل في الإشكال في أجل أقصاه 15 يوم من تاريخ رفع الدعوى بأمر مسبب غير قابل لأي طعن".

وفي حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر عن الإشكال الذي يثيره أحد الأطراف يجوز لأحدهم حسب نص المادة 2/632 من ت.إ.م.إ، تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة عن طريق دعوى إستعجالية مع تكليف الأطراف المعنية والمحضر القضائي بالحضور⁽²⁾، وتطبيقاً لهذا النص على مسائل شؤون الأسرة نجد أن أهم إشكالات التنفيذ تنحصر بنوع من العموم فيما يلي:

1- إذا كان التنفيذ بأجرة الحضانة بعد انتهاء مدتها المقررة قانوناً بمعنى إذا انتهت مدة الحضانة بسبب من أسباب انتهائها، فإن نفقة الحضانة ستوقف لا محالة لزوال علة قيامها وبالتالي فإن أي إشكال يثور بهذا الصدد يكون جدياً.

2- إذا كان التنفيذ بحكم نفقة زوجية وقد حكم عليها بالرجوع، فتسقط النفقة في هذه الحالة من تاريخ تبليغ الحكم، وهذا إذا لم تقدم الزوجة دليلاً على تنفيذ الحكم بالرجوع.

3- إذا كان التنفيذ بحكم نفقة العدة لمدة تزيد عن المدة القانونية وهي مدة سنة من تاريخ الطلاق، فإذا شرعت المطلقة في تنفيذ حكم النفقة لمدة تزيد عن السنة جاز للزوج المطلق أن

(1) قرار المحكمة العليا رقم 245905، مؤرخ في 2001/01/17، المجلة القضائية، 2003، عدد 01، ص 180.

(2) خذري حمزة، محاضرات مقياس طرق التنفيذ، 2012/2011. أشار إليه محمد سعد عيسوس، المرجع السابق، ص 57.

يرفع إشكالا وقتيا في هذا التنفيذ، وذلك بطلب وقف تنفيذ حكم النفقة، على اعتبار أن حكم النفقة يفقد قوته كسند تنفيذي بانقضاء سنة من تاريخ الطلاق قانونا⁽¹⁾.

4- إذا صدر الحكم بالضم ضد والدة الصغير التي سقط حقها في حضانته لزواجها بأجنبي عنه ولم يختصم أبوه في الدعوى، كان لهذه الأخيرة أن تستشكل وعلى المحكمة أن تقضي بوقف التنفيذ متى كان الصغير في سن الحضانة⁽²⁾.

(1) أحمد مليجي، إشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ الموضوعية في المواد المدنية والتجارية، النسر الذهبي للطباعة عابدين مصر، ص 397. أشار إليه محمد عيسوس، المرجع السابق، ص 58.

(2) عباوي سورية، القضاء المستعجل في شؤون الأسرة، مذكرة تخرج، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2012/2011، ص 22. أشار إليه محمد عيسوس، المرجع نفسه، ص 58.

المبحث الثاني

طرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق

تعتبر طرق الطعن في أحكام القضاء من الوسائل التي أقرها المشرع لحماية حقوق المتقاضين، وهذا بتمكينهم من التظلم في مختلف الأحكام القضائية عن طريق الطعن فيها، إما أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، أو أمام جهة قضائية أخرى تعلقو الجهة التي أصدرت الحكم، مما رتب عن هذا اختلاف الإجراءات، والشروط المتبعة في طرق الطعن العادية عنها في طرق الطعن غير العادية، وطرق الطعن العادية تتمثل في المعارضة والاستئناف، أما طرق الطعن غير العادية فتتمثل في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التماس إعادة النظر والطعن بالنقض⁽¹⁾.

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن الأخذ بنظام طرق الطعن غير العادية قد تشددت فيه مختلف التشريعات، وهذا حتى لا يكون هناك تعسف من طرف المتقاضين ولا عرقلة للعمل القضائي، ولتفادي تكرار المنازعات أمام القضاء إذا كانت هناك وحدة في الموضوع، لذلك فإن الأصل هو جوازية الطعن في مختلف أحكام القضاء لكون أن حالات صلاحيات القاضي في حالة طرق الطعن العادية تكون أوسع من تلك التي يتمتع بها في حالة طرق الطعن غير العادية⁽²⁾.

يقصد بالطعن في الحكم التظلم منه، يرفع ممن صدر عليه، وقد حدد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكام عامة بالنسبة للطعن في الأحكام، وردت في الباب التاسع من قانون أعلاه، من المواد 313 إلى 397 لكن بالرجوع إلى الفصل المخصص لقسم شؤون الأسرة نلاحظ أن المشرع لم ينص على طرق الطعن في الأحكام الصادرة من هذا القسم، وهذا يعد نقصا وقصورا منه، فتعتبر المادة 452 الوحيدة التي نصت على أثر الطعن بالنقض في أحكام الطلاق، إلى جانب نص المادة 57 من ت.أ والتي تتعلق باستئناف أحكام الطلاق.

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 491.

(2) عبد الفتاح تقيّة، المرجع نفسه، ص 491.

وعليه يتوجب على المشرع أن يتدخل لتفصيل إجراءات وآثار طرق الطعن بكل أنواعها العادية وغير العادية الخاصة بأحكام الطلاق (فك الرابطة الزوجية)، إلا أن المادة 452 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية تؤكد على إمكانية الطعن بالنقض فيها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها وذلك بطرق الطعن العادية أو بطرق الطعن غير العادية.

والحكم الصادر بالطلاق لا يعد حكما وإنما هو قرار ولائي لا سيما وأن مقومات العمل القضائي غير متوفرة لانعدام عنصر النزاع، وعليه فلا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية وإنما يخضع للتظلم، طبقا لما تخضع له الأعمال الولائية⁽¹⁾.

يرى الأستاذ عمر زودة في هذا الصدد أن الحكم الصادر بالطلاق بناء على إرادة الزوج من الأعمال الولائية فيقول: "إن الحكم الصادر بالطلاق طبقا للتمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي، لا يعد عملا قضائيا، وبالتالي فلا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية"⁽²⁾.

ومنه سندرس طرق الطعن في الحكم الصادر بالطلاق بطرق الطعن العادية (المطلب الأول) ثم طرق الطعن الغير العادية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طرق الطعن العادية

باعتبار أن حكم الطلاق حكم نهائي لا يجوز استئنافه فإنه يترتب على ذلك أنه لا يمكن الطعن فيه بالاستئناف، كما لا يجوز بأي حال من الأحوال للقاضي أن يتطرق إلى موضوع الطلاق أو يغير من صفته وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها رقم 72858 والمؤرخ في 1991/03/20 حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة

(1) بن عباس نورة، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام المدنية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، دراسة تطبيقية على مستوى مجلس قضاء الشلف، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2002، ص 35.

(2) عمر زودة، المرجع السابق، ص 124.

للاستئناف في ما عدا جوانبها المادية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون⁽¹⁾.

طرق الطعن العادية هي الطعون التي ترفع إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو إلى ذات المحكمة وسميت طعونا عادية لأنه يجوز بناؤها على أي سبب من الأسباب سواء تعلقت بصحة الحكم من الناحية الشكلية أو بعدم عدالته من ناحية مضمونه أو موضوعه بالإضافة إلى ذلك فإن سلطات القاضي في الفصل فيه تكون مماثلة لسلطات القاضي الأول⁽²⁾.

تتمثل هذه الطرق في المعارضة والاستئناف طبقا لنص المادة 1/313 من ت.إ.م.إ والتي تنص: "طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة" وكل طريق منها يمثل مبدأ من مبادئ التقاضي فالمعارضة تمثل مبدأ الوجاهية، أما الاستئناف فهو يمثل مبدأ التقاضي على درجتين.

الفرع الأول: الاستئناف

يعد الاستئناف طريق من طرق الطعن العادية والتي عرفته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/04/16 أنه: "الطعن الوارد من الخصم الذي يعتبر أن الحكم الصادر من الدرجة الأولى أضر به ورفع القضية أو بعض نقاطها أمام الجهة القضائية الأعلى ليحصل على إبطال أو تعديل الحكم المستأنف"⁽³⁾.

إنما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد قبل التعرض لهذه المسألة الإجرائية أنه بات من الضروري في هذا الشأن إبراز أهمية الاستئناف، حيث أن أغلب التشريعات الحديثة تأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين الذي نص عليه المشرع في المادة 06 من ت.إ.م.إ⁽⁴⁾، لكون أن هذه الفكرة التي يقوم عليها هذا المبدأ هي: أن درجة واحدة لا تكفي لحماية المتقاضي، مما جعل

(1) المجلة القضائية، العدد1، 1999، ص57.

(2) نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، 1986 ص 1205.

(3) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 1989/04/16، أشارت إليه بن عباس نورة، المرجع السابق، ص09.

(4) نصت المادة 06 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون خلاف ذلك".

المشرع جواز نظر النزاع الواحد أمام محكمتين على التوالي فيستطيع المتقاضى الذي لم يحصل على الحماية القضائية المطلوبة من محكمة الدرجة الأولى، أن يطلب من المحكمة الأعلى درجة إعادة النظر في دعواه، مما يتيح ذلك بطبيعة الحال تدارك أخطاء القضاة⁽¹⁾.

وقد أكد المشرع ووضح في المادة 57 من ت.أ في هذا الصدد، أن الطلاق غير قابل للاستئناف إدراكا منه على العمل على مبدأ عدم إطالة الإجراءات في هذا النوع من النزاعات، لغرض استقرار العلاقات الأسرية مما جعله يستغني على درجة من درجات التقاضي، فمن غير المنطق المعقول أن يطلق الرجل زوجته مستعملا في ذلك حقه في الإمساك بالعصمة الزوجية مع ذلك يستأنف الحكم، رغم أن الرجل متمسك بحقه في فك العصمة الزوجية، فما دام الرجل مصر على الطلاق فالطعن بالاستئناف لن يغير من الأمر شيئا، إنما هو تطويل للإجراءات ومضيعة للوقت، مما يرتب عنه تأثير على نفسية الزوجين ونفسية الأبناء، وعليه فإنه لا فائدة مرجوة من استئناف الحكم فيما يتعلق بمادة الطلاق⁽²⁾.

إن القضاء الجزائري من خلال مضمون نص المادة 57 السالفة الذكر، يقضي بأن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف، وفي هذا الشأن يرى الأستاذ عمر زودة أن المقصود بأحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف، تلك الأحكام الصادرة ابتدائيا ونهائيا، التي يتم عرضها وفحصها من طرف المحكمة الابتدائية⁽³⁾، ذلك أن التقاضي يقوم على درجتين وفقا لما نصت عليه المادة 06 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، وأن التقاضي على درجة واحدة هو أمر استثنائي⁽⁴⁾. وقد أقرت المحكمة العليا أن دعاوى الطلاق يجب أن يكون التقاضي فيها على درجة واحدة⁽⁵⁾. وعليه فإذا كان حكم الطلاق غير قابل للطعن بالاستئناف عندما يكون مثل هذا الحكم صادرا تنفيذيا لرغبة الزوج، وبناء على إرادته المنفردة على أساس أن الطلاق بيد الزوج، ما دام قد طلبه وأصر عليه، فمن العبث الطعن فيه من الزوجة لكون أن دور القاضي مقصور على

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 284.

(2) عبد الفتاح تقيّة، المرجع نفسه، ص 496.

(3) عمر زودة، المرجع السابق، ص 134.

(4) عمر زودة، المرجع نفسه، ص 134.

(5) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 17 فيفري 1988، غير منشور، أشارت إليه بن عباس نورة، المرجع السابق، ص 35.

الحكم بما طلبه الزوج، دون أن يكون من حقه طلب توضيح الأسباب، ومنه أيضا يجب عليه أن يسبب حكمه بغير سبب واحد هو طلب الزوج، وإصراره على الطلاق⁽¹⁾. وقد أقرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها⁽²⁾، أن أحكام الطلاق تصدر بصفة نهائية والتي نذكر منها القرار الذي جاء فيه: "إن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح طبقا لنص المادة 49 من تقنين الأسرة. إن أحكام الطلاق تصدر نهائيا طبقا لأحكام المادة 57 من تقنين الأسرة"⁽³⁾.

وقد أكدت المحاكم في العديد من أحكام الطلاق والتي نذكر منها الحكم الذي كان منطوقه: "قضت المحكمة علنيا حضوريا نهائيا بالطلاق....، والأمر بتسجيل الطلاق بدفاتر الحالة المدنية، والتأشير به على هامش عقد زواجهما وعقدي ميلادهما"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: المعارضة

تعتبر المعارضة طريق من طرق الطعن العادية، فتحها المشرع للمطالبة بمراجعة الحكم الذي صدر في غياب الخصم الذي يستعملها ويرجع الحكم أمام الجهة القضائية التي فصلت فيه أول مرة⁽⁵⁾.

ذهب بعض الفقهاء إلى أن حكم الطلاق يمكن الطعن فيه عن طريق المعارضة⁽⁶⁾، كما ذهب الأستاذ عمر زودة إلى أنه إذا تم إعلان الزوجة بتاريخ النطق بحكم الطلاق فيعد ذلك قرينة على علمها بالفرقة، وبالتالي تسري آثار الطلاق من تاريخ النطق به، في حين أنه إذا لم يتم تبليغ الزوجة بتاريخ جلسة الإعلان عن الطلاق فهي تعد غير عالمة به، ولا يسري أثر الطلاق في حقها إلا ابتداء من تاريخ إعلامها به، وهنا يحق للزوجة أن تطعن في الحكم الصادر بالطلاق طبقا لطرق الطعن المقررة للأعمال الولائية، فترفع تظلما أمام القاضي المعلن

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 497.

(2) عمر زودة، المرجع السابق، 134.

(3) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 1992/05/12، نشرة القضاة، عدد 48، 1992، ص 165.

(4) حكم صادر بتاريخ 1999/02/03، قسم الأحوال الشخصية، محكمة باب الواد، أشار إليه عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق ص 444.

(5) ديب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص 221.

(6) أنظر للمواد من 327 إلى 341 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

عن الطلاق، ويمكن أن تستند في ذلك إلى عدم إعلامها بجلسة المصالحة، وينظر القاضي في هذا التظلم ويفصل فيه بقبوله وإلغاء العمل الصادر عنه، إذا برهنت عدم إعلامها بالحضور إلى هذه الجلسة⁽¹⁾.

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يتضمن النص على المعارضة في الحكم القاضي بالطلاق، وبدراسة طبيعة الحكم بالطلاق نجده يقوم على أساس العصمة الزوجية، وهو حق إرادي للزوج لا يحتاج فيه إلى رأي الزوجة، بل أكثر من ذلك فإن دور القاضي فيه يكون سلبيا لكن الدعوى ستنتهي إلى نفس النتيجة مع إصرار الزوج على الطلاق وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن الحكم بالطلاق لا يقبل المعارضة إلا في جوانبه المادية⁽²⁾.

أما بالنسبة لتقنين الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري نص على المعارضة في المواد 327-331 وتتمثل شروط المعارضة من خلال هذه المواد في:

1- **حكم غيابي:** يجوز الطعن بالمعارضة إذا صدر الحكم غيابيا، طبقا لنص المادة 329 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

2- **احترام الآجال:** ينبغي رفع المعارضة في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي، وهو ما نصت عليه المادة 329 من ت.إ.م.

3- **احترام الإجراءات:** حيث تقدم المعارضة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى طبقا لنص المادة 1/330 من التقنين أعلاه.

أما بالنسبة لآثار المعارضة فهي:

1- استمرار وقف تنفيذ الحكم محل الطعن ما عدا حالة الحكم بالنفاز المعجل⁽³⁾.

(1) عمر زودة، المرجع السابق، ص 133.

(2) قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 43.

(3) بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، الجزء الثاني، نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 315.

2- عرض النزاع على نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، وذلك لتمكين الخصم الغائب من تقديم دفاعه وطلباته ويؤدي ذلك إلى سحب الحكم وإعادة النظر، وإذا صدر حكم جديد في مواجهة الخصوم، اعتبر الحكم غيابي كأن لم يكن⁽¹⁾.

رغم أن المشرع الجزائري نص بموجب نص المادة 57 من ت.أ على عدم جواز الطعن بالاستئناف في حكم الطلاق، إلا أنه وطبقا للقواعد العامة فإن جميع الأحكام قابلة للطعن فيها بالمعارضة والاستئناف، ما لم ينص القانون خلاف ذلك، وعليه فإنه يجوز الطعن بالمعارضة في الحكم القاضي بالطلاق غيابيا ذلك أن القاضي ملزم بالقيام بمحاولة الصلح التي يستدعي فيها الأطراف عدة مرات.

المطلب الثاني

طرق الطعن غير العادية

بالرجوع إلى نص المادة 2/313 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص: "طرق الطعن غير العادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض". وعليه فإن الحكم الصادر بالطلاق مثله مثل باقي الأحكام، يكون قابلا للطعن فيه بهذه الطرق غير العادية.

الفرع الأول: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

طبقا لأحكام نص المادة 2/313 من ت.إ.م.إ فإن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة يعتبر طريق من طرق الطعن العادية، وهو يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي الذي فصل في أصل النزاع⁽²⁾، ولقد نص عليه المشرع الجزائري في المواد 380-389 من التقنين أعلاه. فإذا كان الغير معنيا بقضية معروضة على القضاء فأمامه الخيار بين أمرين، التدخل في الخصومة أو الانتظار إلى حين صدور الحكم⁽³⁾.

(1) فريجة حسين، المرجع السابق، ص 134.

(2) بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 283.

(3) بويشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 346.

ليكون اعتراض الغير الخارج عن الخصومة صحيحا، ويرتب آثاره القانونية اشترط فيه المشرع جملة من الشروط⁽¹⁾ تتمثل فيما يلي:

- 1- **المصلحة:** وهو ما نصت عليه المادة 381 من ت.إ.م.إ.
- 2- **الصفة (أي صفة الغير):** فلا يكون من الخصوم، أو المدخلين أو المتدخلين في الخصام.
- 3- **رفع الاعتراض أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم،** وهو ما نصت عليه المادة 385 من ت.إ.م.إ. ويرفع الاعتراض وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، مع إرفاق العريضة بوصل مثبت لدفع الكفالة، ويجوز الفصل فيه من طرف نفس القضاة.
- 4- **احترام الميعاد:** فطبقا لأحكام المادة 384 من ت.إ.م.إ.، فإن ميعاد اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، هو ميعاد تقادم الأحكام (15 سنة)، يبدأ سريانها من تاريخ صدور الحكم، ويمكن تحديد هذا الأجل بشهرين (02) عندما يتم التبليغ الرسمي للغير.

أما فيما يخص آثار اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فتتمثل فيما يلي:

- 1- ليس له أثر موقوف، وهذا ما يستفاد من نص المادة 386 من ت.إ.م.إ. التي أوردت استثناء مفاده: "يجوز لقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه باعترض الغير الخارج عن الخصومة، حسب الأشكال المقررة في مادة الاستعجال".
- 2- ينقل الاعتراض النزاع، ليفصل في القضية من حيث الوقائع والقانون⁽²⁾.

الفرع الثاني: التماس إعادة النظر

يعتبر التماس إعادة النظر من طرق الطعن غير عادية، وهذا طبقا لأحكام المادة 2/313 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، والهدف منه هو مراجعة الأمر الإستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون، وهذا ما نصت عليه المادة 390 من ت.إ.م.إ.

(1) بوشير محند أمقران، المرجع نفسه، ص 347.

(2) شويحة زينب، المرجع السابق، ص 259.

وبما أن التماس إعادة النظر هو طريق غير عادي للطعن، فإن اللجوء إليه لا يكون إلا بصفة استثنائية وفي الحالات المحددة حصرا بموجب القانون، لكون أن الملتمس في دعوى الالتماس عليه أن يؤسس دعواه على إحدى هذه الحالات وإلا رفضت دعواه⁽¹⁾ وهي:

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

2- إذا اكتشفت بعد صدور الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصوم.

من خلال هذه المادة يتضح لنا أنه ليكون حكم الطلاق قابلا لالتماس إعادة النظر، يجب أن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، ولا يجوز الحكم بهذه القوة، إلا إذا استنفذ طرق الطعن الموقفة للتنفيذ أو انقضت آجالها، وعلى هذا لا يكون حكم الطلاق الذي يمكن استئنافه فيما يتعلق بالجوانب المادية، ومسائل الحضانة أو المعارضة فيه قابلا للطعن فيه بالتماس إعادة النظر ما دامت الآجال قائمة⁽²⁾.

ويرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين من تاريخ ثبوت التزوير أو اكتشاف الوثيقة المحتجزة، طبقا لنص المادة 393 من ت.إ.م.إ، ويرفع وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، وهو ما نصت عليه المادة 394 من نفس القانون.

الفرع الثالث: الطعن بالنقض

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام القضائية، ويطعن بهذا الطريق في الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية أو المجالس على حد سواء، فهو طعن يباشر أمام المحكمة العليا ولا يمكن تأسيسه إلا على الأوجه التي قررها القانون⁽³⁾.

نص المشرع الجزائري على أن حكم الطلاق غير قابل للاستئناف، فهو يصدر نهائيا عن محكمة أول درجة ورغم عدم وجود نص صريح في قانون الأسرة، وفي قانون الإجراءات المدنية

(1) تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 492.

(2) ديب عبد السلام، المرجع السابق، ص 259.

(3) قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 46.

والإدارية، على قبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق فإن المستقر عليه فقها وقضاء هو قبول حكم الطلاق للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

ومنه وبصدور تقنين الإجراءات المدنية والإدارية نص المشرع صراحة على أن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالطلاق، لا يوقف التنفيذ مما يستنتج منه أن حكم الطلاق لا يقبل الطعن بالنقض، ويمكن أن نستشف من خلال نص المادتين 234 و 235 وكذلك المادة 252 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، أن المشرع أخذ بقبول الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بالطلاق وذلك سواء أتم الطلاق بالإرادة المنفردة أم كان بالتراضي، أو خلعا.

يرى الأستاذ عمر زودة أن الأحكام بالطلاق ليست أحكاما قضائية قابلة للطعن فيها بطرق الطعن المقررة قانونا للأحكام القضائية، بل هي قرارات ولاتية تصدر في شكل العمل القضائي ومن ثمة تخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال الولائية⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء يرون أنه من الأفضل أن لا يقبل أي طعن في أصل الحكم بالطلاق وذلك لصفته الخاصة وتعلقه بالعصمة التي هي بيد الزوج، فالطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج به على قول جمهور الفقهاء الذين يرون أن الإشهاد على الطلاق واجب لا يقع إلا به⁽³⁾.

إضافة إلى أن الحكم بالطلاق عندما يكون صادرا بناء على رغبة الزوج وحده، فهو يحتمل الخطأ ما دام معيار الصواب هو إرادة الزوج في الطلاق، وقد طلبه وأصر عليه فإن هذا الحكم يمكن القول عليه قانونا أنه لا يقبل الطعن فيه لا بالاستئناف ولا بالنقض⁽⁴⁾.

نصت المادة 348 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، صراحة على أنه: "ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لآجال ممارستها أثر موقف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" فكل طرق الطعن غير العادية حسب هذا النص ليس لها الأثر الموقوف، أي وقف تنفيذ الحكم

(1) أنظر للمواد 234. 235. 252 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) عمر زودة، المرجع السابق، ص 136.

(3) مصطفى العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ص 184.

(4) مرمول موسى، دروس في قانون الأسرة الجزائري في ضوء التعديلات المدخلة عليه، أقيمت على طلبه السنة الرابعة جامعة منتوري قسنطينة، 2005، ص 97.

حتى الفصل فيه، فالطعن بالنقض ليس موقفاً، ومعنى ذلك أن الأحكام التي يطعن فيها بطريق النقض تبقى قابلة للتنفيذ رغم الطعن فيها ما لم يقرر القانون أثراً موقفاً في بعض الأحكام، وهذا ما أشارت إليه المادة 361 من ت.إ.م.إ. إذ جاء فيها ما يلي: "لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار ما عدا الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وفي دعاوى التزوير".

لما كانت دعوى الطلاق تدخل ضمن الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص فإنه يتأثر بالطعن بالنقض ويصيبه أثره الموقوف إذ أنه داخل في الاستثناء الوارد في نص المادة 361 من ت.إ.م.إ. السالفة الذكر، ولعل ما يبرر هذا الاستثناء أن وقف الطعن بالنقض لتنفيذ الحكم يرجع إلى إرادة المشرع لتجنب الوصول إلى وضعيات صعبة ناتجة عن تنفيذ الحكم في حالة نقضه أو إلغائه.

فيمكن أن تتزوج المرأة مرة أخرى بعد صدور الحكم بطلاقها من زوجها الأول غير أن هذا الحكم يمكن أن يكون موضوع نقض أو إلغاء بعد ذلك، الأمر الذي يعيد الطرفين من حيث الأصل إلى الحالة التي كانا عليها، قبل صدور حكم الطلاق، فتظهر وضعية معقدة تتمثل في زواج المرأة من زوجين، في الوقت نفسه كان يمكن تفادي الوضع لو طبق الأثر الموقوف للطعن بالنقض في حكم الطلاق⁽¹⁾.

والملاحظ أن المحكمة طبقت نص المادة 361 المذكورة أعلاه تطبيقاً تاماً ولم تحد عنها البتة حيث جاء في قرارها رقم 32066 المؤرخ في 02 / 04 / 1984 حيث جاء فيه أنه: "متى كان من المقرر قانوناً أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقوف إلا إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتهم فإن القرار القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني".

وإذا كان الثابت أن القرار الذي أمر بتسجيل الطلاق بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن وقد نقض فعلاً من طرف المجلس الأعلى (المحكمة العليا) فإن قضاة الموضوع، بقضائهم في الدعوى بترجيح الزوجة لمحل الزوجية ودفع

(1) بشير سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، ص 119.

النفقة لها دون أن يكون وقف الفصل في هذه الدعوى، لحين الفصل فيها في المجلس الأعلى يكونوا قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني⁽¹⁾.

أما أجل تقديم الطعن بالنقض فهو شهران من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه، وهو يرفع على شكل عريضة مكتوبة وموقع عليها من طرف محامي مقبول لدى المحكمة العليا.

وبالعودة إلى أحكام تقنين الأسرة الجزائري نجد أنه يتضمن قواعد موضوعية وردت ضمنها قاعدة إجرائية تتعلق بالحكم بالطلاق والذي يكون غير قابل للاستئناف إلا في جوانبه المادية فإنه ينص في المادة 57 من ت.أ، على عدم قابلية الطعن في حكم الطلاق بالاستئناف أي أنه يصدر نهائيا عن الدرجة الأولى وبالتالي يكون غير قابل للاستئناف إلا أن المادة لم تشير إلى الطعن بالنقض.

ونجد أن المحكمة العليا لم تستقر على رأي في هذه المسألة حيث ورد في قرار صادر عنها أنه: "من العبث أن يستأنف الطلاق أمام المجلس ما دام الزوج طلبه وأصر عليه غير أنه يمكن المطالبة بفك العصمة الزوجية أمام الجهة الاستئنافية وهذا القول كما ينطبق على الاستئناف فهو ينطبق لا محالة على الطعن بالنقض"⁽²⁾.

إن الطعن بالنقض يحظى بمركز خاص، ضمن طرق الطعن العادية وغير العادية الأخرى فهو لا يهدف إلى مراجعة الحكم، ولا إلى تعديله، ولا إلى تصحيحه، ولا إلى إعادة النظر فيما قضى به، فالمحكمة العليا لا تتناول الخصومة في مجملها من حيث الوقائع والقانون، ولكنها تقتصر على معاينة ما قضى به قاضي الموضوع دون الحل محل، وتراقب الحل الذي أعطاه للنزاع على ضوء أوجه الطعن التي يثيرها الطاعن، أو التي تثيرها تلقائيا للقول إذا كان ما قضى به مطابقا للقانون⁽³⁾.

(1) المجلة القضائية، عدد 2، 1989، ص 57.

(2) قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 1993/04/27، ملف رقم 896345، المجلة القضائية، عدد 1، 1994، أشارت إليه قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 47.

(3) ديب عبد السلام، المرجع السابق، ص 235.

ومنه فيمكن الطعن في أحكام الطلاق بطريق النقض، وذلك مادام أن هناك إجراءات مقررة قانوناً، وما دام أن هناك قانون واجب الاحترام، فإنه لا بد من وجود رقابة المحكمة العليا على أحكام الطلاق⁽¹⁾.

وتجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري وقع في خلط وتناقض، فنجده ينص في المادة 452 من ت.إ.م.إ على أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ في أحكام الطلاق، والتي تدخل ضمن حالة الأشخاص، رغم أنه نص في المادة 361 أن الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات المتعلقة بحالة الأشخاص، يوقف التنفيذ.

(1) تبودشت نعيمة، المرجع السابق، ص 221.

الخاتمة

نظرا لحماية وعناية واهتمام الشريعة الإسلامية الغراء بالأسرة، فإذا وقع شقاق بين أطرافها يتطلب حسن المعاملة تطبيقا لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ فالمعروف والإحسان في هذا الصدد أساسان عند الشقاق بين أفراد الأسرة، كما أنهما الأساسان عند الحب والود والمساكنة، ومدى علاقتها عند وضع قواعد قانونية تضبط أحكامها الخاصة وهذا بإعطائها الكيان القانوني الخاص بها، فهو بهذا يكرس العمل بالقانون الواجب التطبيق في هذا المجال، والمتمثل في مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي في هذا النطاق، وهذا لتمييز العلاقات الأسرية بخصوصيات ذات طبيعة منفردة في بدايتها أو نهايتها، وهذا تكريسا وإعمالا لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٍ لَهُنَّ﴾.

ومنه فإن مشروعية الطلاق أقرها الإسلام كطريقة لحل خلاف يعجز إصلاحه لتفانم النزاع، وتنافر الطباع، وتعد مسيرة الحياة المشتركة، مما يتطلب فك الرابطة الزوجية كآخر حل. فقضية الطلاق ومسائله المختلفة والمتشعبة، مسألة ذات بعد خطير لكونها تتعلق بتصرف خطير، فهو إذن مسألة حساسة، تقتضي من المشرع معالجتها بدقة وتطبيق أحكامها بتقاني من طرف القضاة. فالطلاق حق للرجل والعصمة الزوجية بيده لذا عليه أن يحسن استعمال هذا الحق للضرورة القصوى. ومن خلال دراستي لموضوع إجراءات إثبات الطلاق وفقا للتشريع الجزائري توصلت إلى النتائج التالية:

1- يهدف المشرع الجزائري من خلال المادة 49 من تقنين الأسرة، إلى تضييق حالات الطلاق، وهذا رعاية للأسرة وحفاظا على الأولاد من الضياع، لذا أقر أن الطلاق لا يعتبر واقعا إلا بعد صدور حكم بوقوعه. فكل طلاق يوقعه الرجل على زوجته لا يعتبر واقعا قانونا، إلا بصدور حكم، مهما كان عدد الطلقات ومهما كان وصف الطلاق.

2- أوجب قيام القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين باعتباره إجراء جوهريا في مسألة الطلاق وفي كل حالة تثار أمامه بطلب الطلاق، وذلك قبل الفصل في الموضوع.

3- خلط المشرع في بعض أحكام الطلاق بين ما يعد رجعيا، وبين ما يعد طلاقا بائنا

بنوعيه.

4- اعتبرت الشريعة الإسلامية وتشريع الأسرة الطلاق أبغض الحلال إلى الله عز وجل حيث لا يمكن اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى، وفي حالة عدم إمكان تحقيق الهدف الأساسي للزواج.

5- الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق في مادة الطلاق، وهذا ما أقره المشرع الجزائري الذي يحيل مسائل إلى أحكام ومبادئ الفقه الإسلامي، وهذا بموجب نص المادة 222 من قانون 84/11 قانون معدل ومتمم.

6- تعتبر الشريعة الإسلامية الغراء الطلاق الرجعي هو الأصل عملا بالآية الكريمة ﴿ويعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾، أما المادة 50 من تقنين الأسرة توضح أنه من الناحية القانونية والإجرائية، إذا ما صدر حكم قضائي بين الزوجين، فإنه لا يحق للزوج أن يعيد زوجته إلا بعقد جديد.

من خلال ما توصلنا إليه من نتائج في هذه الدراسة ونظرا للفراغ القانوني المتواجد في بعض النصوص القانونية نطرح الإقتراحات التالية:

1- في غياب قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية في الجزائر مما نتج عن هذا عدة إشكالات، يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجعية الإجرائية لقضايا الطلاق في غياب نصوص قانونية خاصة بنزاع الأسرة. وعليه يجب إنشاء قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة ينظم منازعات الأسرة، نظرا لطبيعة وخصوصية النزاع، وحماية لحقوق المتقاضين وتسهيلا لمهمة قاضي شؤون الأسرة في هذا المجال.

2- بالإضافة إلى ضرورة تعديل بعض المواد منها المادة 49 من تقنين الأسرة، وتوضيح ما إذا كان المشرع يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، وأيضا المادة 56 يجب تحديد مدة آجال الصلح من طرف الحكّمين.

3- رغم أن المادة 222 من تقنين الأسرة تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لما لم يرد النص عليه، إلا أن ذلك لا يكفي إذ يجب على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، وكذا على طرق إثباته وآثاره لخطورة هذه المسألة من الناحية القانونية ومن الناحية الإجتماعية.

4- تحديد الحالات التي يكون فيها الطلاق رجعيا أو بائنا بصفة دقيقة، وإلزام القضاة بذكر ذلك في أحكامهم.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القرآن الكريم برواية ورش

كتب الحديث:

- 1- أبو عبد الله محمود ابن الجميل، الموطأ للإمام مالك بن أنس، الطبعة الأولى، دار الإمام مالك للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1434هـ، 2013م.
- 2- أبو صهيب الكرمي، صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج، أبو الحسين القشيري النيسبوري، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، 1419هـ، 1998م.

ثانياً: المراجع

1- الكتب:

- 1- أحمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، الطبعة الثانية، مكتبة السنة، القاهرة، 1998.
- 2- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات وآثار الالتزام الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، 2004.
- 3- الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.
- 4- بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الخصومة القضائية أمام المحكمة دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 5- بدران أبو العنين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف القاهرة، 1961.
- 6- بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون 09/08 مؤرخ في 23 فيفري 2009، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 7- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004.

- 8- بلغيث عمارة، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2002.
- 9- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 10- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، الجزء الثاني، نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجرائية الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 11- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 12- دلاندة يوسف، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 13- ديب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر 2009.
- 14- سائح سنفوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (نصا شرحا تعليقا وتطبيقا)، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- 15- سراج محمد كمال، إمام محمد كمال، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- 16- شويحة زينب، الإجراءات المدنية في ظل قانون 08/09، الجزء الثاني، الطبعة الأولى دار أسامة، الجزائر، 2009.
- 17- عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2006.
- 18- عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 19- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، الطبعة الثانية، دار الفكر، القاهرة، 1968.
- 20- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة الجزائر، 1996.

- 21- عمرو عبد المنعم، الجامع في أحكام الطلاق وفقه وأدلته، دار الضياء، القاهرة 1421هـ.
- 22- فتحي حسن مصطفى، دعاوى الطلاق والطاعة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية (مصر).
- 23- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 24- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري الجديد، مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، الجزائر، 2008/2007.
- 25- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، القاهرة، 1957.
- 26- محمد حسين منصور، مبادئ الإثبات وطرقه (الكتابة، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين المعينة، الخبرة)، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية (مصر)، 1998.
- 27- محمود الأمير يوسف الصادق، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008.
- 28- مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1988.
- 29- نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية (مصر)، 1986.

3- الأطروحات والمذكرات:

أ- الأطروحات:

- 1- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، بن عكنون، الجزائر، 2007.

ب- المذكرات:

الماجستير:

1- بشير سهام، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر.

2- تبودشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي رسالة لنيل درجة ماجستير، الجزائر، 2001.

3- عمرو زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة لنيل درجة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

الماستر:

1- زوقاغ نادية، دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة في ظل تقنين الإجراءات المدنية والإدارية وتقنين الأسرة، مذكرة تخرج لنيل درجة ماستر في القانون، جامعة البويرة، 2015.

2- محمد سعد عيسوس، الطبيعة القانونية لحكم الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماستر، جامعة سكيكدة، الجزائر، 2013.

إجازة المعهد الوطني للقضاء:

1- بن عباس نورة، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام المدنية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، دراسة تطبيقية على مستوى مجلس قضاء شلف، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2002/2004.

2- قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.

3- المحاضرات:

1- ربيع زهية، محاضرات أقيمت على طلبة الماستر، جامعة البويرة، 2014/2015.

2- مرمول موسى، دروس في قانون الأسرة الجزائري في ضوء التعديلات المدخلة عليه
جامعة منتوري، قسنطينة، 2005.

4- القرارات:

1- قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 03 أكتوبر 2007، المجلة القضائية، عدد 02
2007.

2- قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 17 جانفي 2001، المجلة القضائية، عدد 01
2003.

3- قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 15 جوان 1999، المجلة القضائية، عدد خاص
2001.

5- قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 12 ماي 1992، نشرة القضاة، عدد 48، 1992.

6- قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 31 ديسمبر 1984، المجلة القضائية، عدد 02
2001.

5- النصوص القانونية:

1- قانون رقم 63 . 224، مؤرخ في 29 جوان 1963، يحدد سن الزواج الأدنى، ج ر، عدد
44، صادر بتاريخ 02 جويلية 1963.

2- أمر رقم 70 . 20 مؤرخ في 19 فيفري 1970 يتضمن قانون الحالة المدنية، ج ر، عدد
21، صادر بتاريخ 27 فيفري 1970.

3- أمر رقم 75 . 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن التقنين المدني معدل ومتمم
ج ر، عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

4- قانون رقم 84 . 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم
05 . 02 صادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

- 5- قانون رقم 08 . 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008
يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل
2008.

فهرس المحتويات

/	شكر
/	إهداء
01	مقدمة
06	الفصل الأول: إجراءات استصدار الحكم بإثبات الطلاق
07	المبحث الأول: إجراءات رفع دعوى الطلاق
07	المطلب الأول: قواعد الاختصاص
08	الفرع الأول: الاختصاص النوعي
09	الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي
10	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق
11	المطلب الثاني: شروط رفع دعوى إثبات الطلاق
12	الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الزوجين
18	الفرع الثاني: أداة رفع دعوى الطلاق
21	المبحث الثاني: إجراءات سير دعوى الطلاق
21	المطلب الأول: إجراءات سير دعوى الطلاق بإرادة المنفردة للزوج
26	الفرع الأول: إجراءات التبليغ
28	الفرع الثاني: إجراءات الصلح
34	المطلب الثاني: إجراءات سير دعوى إثبات الطلاق العرفي
37	الفرع الأول: إجراء الصلح
38	الفرع الثاني: التحقيق في واقعة الطلاق

42	الفصل الثاني: تنفيذ حكم الطلاق وإجراءات الطعن فيه
44	المبحث الأول: تنفيذ حكم الطلاق
46	المطلب الأول: الحكم القابل للتنفيذ
48	الفرع الأول: الحكم بالطلاق
50	الفرع الثاني: الحكم بإثبات الطلاق العرفي
52	المطلب الثاني: كيفية تنفيذ الحكم المثبت للطلاق
53	الفرع الأول: تبليغ الحكم للمدعى عليه
53	الفرع الثاني: تسجيل حكم الطلاق
55	الفرع الثالث: إشكالات تنفيذ حكم الطلاق
58	المبحث الثاني: طرق الطعن في الحكم المثبت للطلاق
59	المطلب الأول: طرق الطعن العادية
60	الفرع الأول: الاستئناف
62	الفرع الثاني: المعارضة
64	المطلب الثاني: طرق الطعن غير العادية
64	الفرع الأول: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة
66	الفرع الثاني: التماس إعادة النظر
67	الفرع الثالث: الطعن بالنقض
71	الخاتمة
74	قائمة المصادر والمراجع
79	الفهرس