مجلة الدراسات القانونية المقارنة
EISSN:2600-6154 المجلد 08/ العـــدد01 (2022)، ص.ص.864-880 ISSN:2478-0022

إشكالات الطلاق في التشريع الجزائري بين النصوص الموضوعية والقواعد الإجرائية وأحكام الشريعة الإسلامية

Problems of divorce in Algerian legislation between substantive texts and procedural rules and the provision of Islamic sharia

حليمة حوالف

Halima HOUALEF

محاضرة أ، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان

Lecture A, Private Law, Faculty of Law and political science university of Abu-Bakrbelkaid, Tlemcen

Email**: **halima.houalef@univ-tlemcen.dz

مامة تلمساني

Mama TLEMSANI

طالبة دكتوراه، قانون بنكي وتأمينات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان

PhD student ,Banking Law, Faculty of Law and political sciences Abu Bakr belkaid Tlemcen

Email**: **mamikatlemsani@gmail.com

تاريخإرسال المقال:2022/04/13 **تاريخ القبول:2022/06/04** **تاريخ النشر:2022/06/18**

ملخص:

يعد الطلاق سببا من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، ولإرادة الطرفين دخل في إنهائها، ولا يهم إن كان حلها بإرادة الزوج وحده، أو باتفاق الطرفين أو بطلب من الزوجة، وهو ما تضمنه نص المادة 48 من قانون الأسرة من أحكام، وقد ميز المشرع الجزائري من حيث "الإجراءات"، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين الطلاق بالتراضي أي بإرادة الطرفين المشتركة، والتي تختلف إجراءاتها حتى عن الإجراءات المتعلقة بالدعاوى العادية، وبين الطلاق الذي يرفع بناء على طلب من احد الزوجين، وفي هذه الحالة "أيضا" ميز المشرع من الناحية الإجرائية بين حالة الطلاق المرفوع من طرف الزوج، وحالة رفعه من طرف الزوجة، على الرغم من أن دعوى الطلاق ترفع وفقا لقانون الأسرة في جميع الحالات، فالقاضي يحتفظ بدوره الايجابي في قضايا الطلاق سواء كانت بالتراضي أو بطلب من الزوجين بما هو مخول له قانونا في إطار محاولة الصلح والتدخل في إرادتهما بالإلغاء والتعديل.

المؤلف المرسل: حليمة حوالف **Email:.halima1178@lotmail.fr**

كلمات مفتاحيه:

الطلاق؛ الطلاق بالتراضي؛ التطليق؛ الخلع؛ إجراءات التقاضي.

Abstract:

Divorce is one of the reasons for the dissolution of the marriage bond، and the will of the two parties entered into its termination، and it does not matter if it was resolved by the will of the husband alone، or by the agreement of the two parties or at the request of the wife، which is included in the provisions of Article 48 of the Family Code، and the Algerian legislator has distinguished In the Civil and Administrative Procedures Law، between divorce by mutual consent، whose procedures differ even from the procedures related to ordinary lawsuits، and between divorce that is filed at the request of one of the spouses. The husband's party، and the case filed by the wife، despite the fact that the divorce suit is filed according to the family law. In all cases، the judge retains his positive role in divorce cases، whether by mutual consent or at the request of the spouses as he is legally authorized in the context of the reconciliation attempt and interference in Their will to cancel and amend according.

Keywords:

Divorce; Cconsensual divorce; Dislocation; Litigation procedures.

مقدمة:

إنّ الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق، وهو حق مقرر شرعا وقانونا، لكل من الزوجين، وركز فقهاء الشريعة الإسلامية في جميع دراساتهم، على القواعد الموضوعية التي تحكمه، وأهملوا الجانب الإجرائي لعدم تمييزهم بين ما هو موضوعي وإجرائي من جهة، ولأن الإجراءات في الأساس صنيعة المجتمع، وترتبط ارتباطا وثيقا بتطوره، فكلما تشعبت سبل الحياة في المجتمع، دعت الضرورة إلى إيجاد قواعد إجرائية، تساير هذا التطور، فبساطة المجتمع، ينتج عنها بساطة الإجراءات، وكلما تعددت سبل الحياة في المجتمع تعقدت معها الإجراءات، لأن القواعد الإجرائية تعتبر أدوات لمجابهة مقتضيات الحياة في المجتمع، على عكس القواعد الموضوعية التي تتسم بالثبات، والاستقرار(زوده، 2010، صفحة 06)،ولذلك فان القواعد الموضوعية التي أقرت الحق للزوجين في فك الرابطة الزوجية، لم تتغير لارتباطها بالشريعة الإسلامية والاختلاف يقع أو يكمن في كيفية ممارسة هذا الحق، والشكل الذي يحدده المشرع، هو ما يسمى "بالقواعد الإجرائية".

ويكتسي موضوع البحث أهمية بالغة باعتباره من الدراسات التي ستبين الهفوات القانونية الواردة في قانون الأسرة وكدا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتبار أن المشرع الجزائري لم يستطع وضع قواعد منسجمة بين أحكام القانونيين.

بذلك ستهدف هده الورقة البحثية إلى إبراز أهم الفجوات التشريعية، من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في كلا القانونين، سواء ما تعلق بقانون الأسرة أو ما تعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية. فيكون بذلك للمنهج التحليلي نصيب وافر في هده الدراسة.

من خلال ذلك، فإن الإشكال المطروح كيف ميز المشرع الجزائري بين أنواع الطلاق، وكيف قسمه، وبيّن الإجراءات التي يتعين التقيد بها بالنسبة لكل نوع، ودور قاضي شؤون الأسرة في التوفيق بين النص الموضوعي والإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟.

للإجابة على الإشكالية يقتضي الأمر تقسيم الدراسة إلى قسمين، يتناول أولهما القواعد الموضوعية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، والقسم الثاني يختص بالقواعد الإجرائية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية.

1- القواعد الموضوعية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية:

يضبط قانون الأسرة (الأمر05-02) الجانب الموضوعي المتعلق بقضايا الأسرة، وورد في الباب الثاني منه طرق انحلال الرابطة الزوجية، ونص في المادة 47 منه على أن انحلالها يكون بالطلاق، أو بالوفاة وموضوع الدراسة كما سبق الإشارة إليه يتعلق فقط بفك الرابطة الزوجية، أي انحلالها بالطلاق، فما هو معناه، ودليل مشروعيته، والحكمة منه، وكيف قسمه المشرع الجزائري؟.

1-1- معنى الطلاق ودليل مشروعيته والحكمة منه:

يطلق الطلاق اصطلاحا، على رفع قيد النكاح، في الحال أو المآل، بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها (أبو زهرة م.، 1957، صفحة 1153).وعرفه فقهاء الحنفية والحنابلة، بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من "طلّق "، أو ما يفيد معناه، صراحة أو دلالة وصادرا من الزوج أو من يقوم مقامه، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان بائنا، أو في المآل إذا كان الطلاق رجعيا(الكساني، 2003، صفحة 359).

وعرفه فقهاء المالكية، بأنه صفة حُكمية ترفع حليّة تمتع الزوج بزوجته موجبًا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم(شلبي، 1999، صفحة 419).

وعرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 منه بأثره، بأنه يحُل عقد الزواج، واعتبر المشرع أن الفرقة الناجمة عن استعمال الزوج لحقه في حل الرابطة الزوجية، بناء على إرادته، والفرقة التي تكون بناء على طلب الزوجة. سواء كان تفريقا للضرر أو بخلع طلاقا، في حين ميز فقهاء الشريعة الإسلامية، بين الفرقة التي تكون بناء على إرادة الزوج، فيطلقون عليها اصطلاحا "الطلاق"، والفرقة التي تكون نتيجة لحق الزوجة، في استعمال حقها في فك الرابطة الزوجية، وإن اختلفوا على تسميتها والتي تكون للضرر أو بالخلع(حسين، 1988، صفحة 86).

إن الطلاق مشروع بالكتاب، فمن القرآن الكريم نجد قوله تعالى:" الطلاق مرتان فإمساك معروف او بإحسان "سورة البقرة الآية 229، وقوله تعالى: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " (سورة الطلاق الآية 01)، وقوله تعالى "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن "سورة البقرة الآية 256.

ومشروع بالسنة النبوية، فنجد أحاديث كثيرة(حسين، 1988، صفحة 91)، منها و ما رواه مالك عن نافع أن عبد الله عمر طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك فقال رسول الله—صلى الله عليه وسلّم-: "مُره فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء

أمسك ، وإن شاء طلق قبل أن تمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق بها النساء"(ابن القيم الجوزية، 1998، صفحة 218).

ولقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول صل الله عليه وسلم حتى اليوم(إمام، 1996، صفحة 1989)، على أن للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب شرعي(بن شويخ، 2008، صفحة 173)(إمام، 1996، صفحة 1990)

ومن هنا فان حق الطلاق مقرر شرعا وقانونا لكل من الزوجين، غير أن للزوج أن يوقعه بمحض إرادته ودون وساطة من أحد، وأمّا المرأة فلها أن تطلبه عن طريق القاضي إذا تضررت من زوجها، كما أن الشريعة الإسلامية وكذا التشريع منحها حق فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة مساواة مع الرجل وهذا بإعمال حق الخلع.

ومع ذلك فقد اختلف فقهاء المسلمين، حول الأصل في الطلاق هل الإباحة أم الحظر ؟، فمنهم من قال بأن الأصل في الطلاق الإباحة واحتجوا بعموم الآيات والأحاديث التي تدل على الطلاق ،وأما الفريق الثاني فيرى بأن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يُلجأ إليه إلا للضرورة، ومن هؤلاء الشيخ علاء الدين الكساني، حيث قال: "إن النكاح عقد مصلحة، لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطال له، و إبطال المصلحة مفسدة، وقد قال الله تعالى " والله لا يحب الفساد"(بن شويخ، 2008، صفحة 177) وهذا فيه معنى الكراهية الشرعية، وأن الله لا يحبه .

ولعل الحكمة من تشريعه انه باختلاف أخلاق الزوجين، تختلف المصلحة المشروعة من الزواج والمقصد منه فيصبح في الطلاق المصلحة وإن إباحته الشريعة الإسلامية، فإنها جعلته في أضيق حدوده، واعتبره علاجا للسَقَم عند استفحال المرض.

أما عن الأسباب العامة للطلاق فقد أثبتت البحوث الاجتماعية، أن معظمها يكون ناتجا عن عدم الانسجام بين الزوجين وعدم القيام بالمهام الزوجية، ولاستفحال النزاع والشجار بين الزوجين، والعُقم، والخيانة الزوجية، وسوء الأحوال الاقتصادية ولاسيما البطالة. وضعف القدرة المعيشية، وكذا تدخل الأقارب في شؤون الزوجين، وضّعف الوازع الديني وسوء فهم بعض الزوجين للحقوق الزوجية، والاختلاف في المستويين الثقافي والاجتماعي بين الزوجين.

وما يتعين الإشارة إليه في هذا الصدد بأن المادة 36 من قانون الأسرة نصت على حقوق وواجبات الزوجين وأوجبت عليهما المحافظة على الروابط الزوجية، ووجبات الحياة المشتركة، والمعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، والتعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد، وحُسن تربيتهم، والتشاور في تسيير شؤون الأسرة، وتباعد الولادات، وحُسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر، وأقاربه، واحترامهم، وزيارتهم، والمحافظة على روابط القرابة، والتعامل مع الوالدين، والأقربين بالحُسنى، وزيارة كل منهما لأبويه، وأقاربه، واستضافتهم بالمعروف، وان كانت هذه المادة تستنبط أحكامها من الشريعة الإسلامية، وأعراف، وأخلاق المجتمع الجزائري، إلا أن التنصيص عليها في قانون الأسرة. باعتقادنا كآلية استباقية للوقاية من الطلاق، إلى جانب أن قانون الأسرة نص أيضا في المادة 37 منه على الذمة المالية المستقلة، للزوجين وعلى جواز الاتفاق في عقد الزواج، أو في عقد مستقل رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.

ولعل المشرع وحمايةً منه للرباط المقدس الذي يربط الطرفين، يريد أن يُقلص إلى ابعد الحدود، احتمالات لجوء الزوجين إلى فك الرابطة الزوجية، لأسباب ناتجة عن الإخلال بما ورد في هذين النصين، ولاسيما أن الزواج عقد يتسم بالديمومة.

1-2- طرق فك الرابطة الزوجية وتقسيماته:

نصت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، على أن حلّ عقد الزواج، يكون بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين 53و54 منه.

الفرع الأول:طرق فك الرابطة الزوجية

عددت المادة 48 من قانون الأسرة طرق الطلاق وهي:

1-الطريقة الأولى: وتشمل الطلاق بإرادة الزوج وحده، عندما يجد في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها. ومواصلة العشرة الزوجية، ويكون السبيل الوحيد لحلها، وهذا بعد استنفاذ جميع الوسائل التي تسبق الطلاق كالموعظة الحسنة، والهجر في المضجع، والضرب بغرض التأديب، ومحاولة الصلح التي تكون بسعي من الأقارب عادةً، أو بتدخل أي شخص له من النفوذ في نفسي الزوجين. للرجوع عن قرار الانفصال، وإيجاد حل ودي للخلاف، و إذا تعذرت هذه الأمور ولم يفلح الزوج فيها جميعا، أمكن له استعمال حقه في الطلاق، مع تضييق نطاقه في الشريعة الإسلامية، وإلا أُعتبر الزوج متعسفاً في استعمال حقه في توقيع الطلاق، ما يبرر للزوجة حق المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وفق مقتضيات المادة 52 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"

2- الطريقة الثانية: وتشمل الطلاق بالتراضي، الذي أباحته الشريعة الإسلامية، مصداقا لقوله عز وجل: "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما " (سورة البقرة الآية 130)، وكذا وقوله تعالى: " وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم" (سورة البقرة الآية 227).

فان تراضى الزوجين على الطلاق، فذلك من شانه أن يرفع الحرج عنهما، متى استفحل الخلاف بينهما ليتفقا على فك الرابطة الزوجية بطريق ودية، إما بدون قيد أو شرط، أو بغير ذلك، وهذا الطلاق كثيرا ما يوصف" بالطلاق الظريف "Divorce gracious "ولاسيما إذا لم يرتبط بأي قيد أو شرط.

3- الطريقة الثالثة: وتشمل الطلاق الذي يكون بطلب من الزوجة، متى تضررت من سلوك زوجها، ولان العصمة بيد الزوج فإنها لا تطلق نفسها بنفسها، ولها أن تطلب الطلاق من القاضي، بناء على جملة من المبررات، التي تستدعي طلب الزوجة فراق زوجها، وهذه المبررات، نصت عليها المادة 53 المتعلقة بالتطليق، والمادة 54 المتعلقة بالخلع، بحيث يجوز للزوجة أن تخلع زوجها إذا لم تطق العيش معه، مصداقا لقوله تعالى "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (سورة البقرة الآية 229).

ويعتبر الإمام محمد أبو زهرة: "الخلع تعليقا للطلاق على قبول المال من جانب الرجل ومن جانب المرأة يعتبر معاوضة في حكم التبرعات، ولهذا الاعتبار اختلفت أحكامه في الرجل عند المرأة."(أبو زهرة، 1975، صفحة 1167).

أما بالنسبة للقانون الجزائري فلم يتعرض لمسألة الخلع بالتفصيل تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له، تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

وفي هذا الشأن أجمع الفقهاء، على أنه يجوز للزوجة الكارهة إذا كانت بالغة، عاقلة، راشدة أن تتفق مع زوجها أن يطلقها في مقابل تعويض فينخلع كل منهما من كل الحقوق والواجبات التي يفرضها الزواج بينهما وتفتدي الزوجة نفسها من قيد الزواج بهذا التعويض، وهذا ما أجمع عليه أصحاب المذاهب الأربعة(الجزيري، 2003، صفحة 483).

إذ يحق للقاضي أن يطلق الزوجة من زوجها رغم رفض الزوج؛ استنادا في ذلك إلى السنة النبوية، وإلى آراء الفقهاء حيث ذهبوا إلى عدم اشتراط الكراهية من طرف الزوجة لصحة الخلع، وتبعا لذلك أصبح من حق الزوجة أن تطلب التفريق لقاء بدل تدفعه؛ دون أن يتوقف ذلك على أي شرط، يجب أن تثبته، وبالتالي أصبح حق التطليق مقابل ما تدفعه من مال، حقا إراديا تملكه الزوجة، ومن ثمة إذا تمسكت بالتفريق لقاء بدل تدفعه للزوج فلا يملك القاضي أن يرفض ذلك وليس له أية سلطة تقديرية في ذلك(أبو زهرة، 1975، صفحة 1178).

فيكون على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في حالة إصرارها على الخلع واستحال الإصلاح بينهما، ذلك أن الخلع قد شرع لافتداء المرأة نفسها بعد كرهها، وعدم تحملها لمعاشرة زوجها وخشيتها عدم إقامة حدود الله، فإذا اعتبرنا الخلع في حكم الطلاق بالتراضي مقابل مال فإن هذا يستوجب تطابق الإرادتين، أما الخلع ميزته وخصوصيته التي هي فك الرابطة الزوجية لاستحالة المعاشرة ومقيدة بيد المرأة.

وقد يكون الخلع طلاقا بالتراضي، في حالة ما إذا كان الإيجاب من الزوجة، والقبول من الزوج؛ وما يثير استفسارا هو في حالة ما إذا كان الإيجاب بالخلع من طرف الزوج أو أن يكره الزوج زوجته على الخلع بمقابل مبلغ مالي- بالرغم من أن له حق الطلاق بالإرادة المنفردة فحقه في فك الرابطة الزوجية هو حق إرادي له أن يستعمله دون مقابل- تقبله الزوجة هل يكون الخلع في هذه الحالة طلاق بالتراضي لتوافق الإراديتين، أوفى حكم الطلاق مقابل مال لاستفاء الشرط الذي هو قبول الزوجة الإلزام بدفع العوض؟ أو يعتبر إكراها على فك الرابطة الزوجية بالخلع الغرض منه إثراء ذمة الزوج؟

وقد اتفق الفقهاء على أن افتداء المرأة لنفسها هو حق شرع لها، مقابل حق الرجل في الطلاق بإرادته المنفردة في حالة عدم قدرته في مواصلة العشرة الزوجية، فكذلك الخلع حق للزوجة في حالة كرهها زوجها وعدم قدرتها على مواصلة معاشرته كما للزوج حق تطليق زوجته مقابل أ ن يدفع لها مستحقاتها المالية.

إلا أنه لم يتم التطرق إلى الحالة التي تكره فيه الزوجة على مخالعة زوجها، لكي يتنصل من الالتزامات التي ستلقى عليه في حالة تعسفه في استعمال حقه عند توقيعه الطلاق بالإرادة المنفردة. ويمكن القول في هذا الشأن أنه متى صرحت الزوجة أنها مكرهة على استعمال حق الخلع واستطاعت إثباته، فلا يجوز توقيعه من طرف القاضي، فيكون من اللازم أن يوقع القاضي غرامة وتعويض عما بدر منه متى طلب منه ذلك؛ والأجدر أن يتم التنصيص عنه في أحكام قانون الأسرة.

ومادام أن الخلع يقوم في الأصل على أن تدفع الزوجة مبلغا ماليا لزوجها؛ يكون تقدير هذه المستحقات المالية إما باتفاق الطرفين، أو بتقدير من القاضي، فسلطة القاضي حسب المادة 54 من قانون الأسرة هو في تحديد بدل الخلع في حالة الاختلاف فيه.

وقد استعمل المشرع الجزائري أيضا مصطلح "التطليق" في المادة (53) من قانون الأسرة للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل (53) وما بعده من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، خلافا للمشرع السوري الذي استعمل مصطلح "التفريق" في المادة (105) من قانون الأحوال الشخصية، أما المشرع التونسي فلم يورد هذين المصطلحين، بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناء على رغبة الزوجة، وبالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية، فلم يرد فيها إلا كلمة "الطلاق" سواء كان طلب حل عقد الزواج صادرا عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا(بن شويخ، 2008، صفحة 186).

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل في المادة (48)منه، مصطلح الطلاق للتعبير على كل أنواع الفُرَقة، وهذا اعتمادا على ظاهر النص، غير أنه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا وذلك استنادا إلى أحكام المادة (53) من نفس القانون، والتي جاء فيها "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق..."،مما يدل على أن المشرع فرَّق بين مدلولي الطلاق والتطليق لاختلاف آثارهما، لاسيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما.

وان كان المشرع اورد هذه الطرق الثلاث جميعا تحت تسمية "الطلاق"،فانه بذلك يكون قد اخذ بمذهب الطاهرية،الذي يعتبر كل فرقة تمت بين الزوجين " فرقة طلاق"، الّا في حالة التفريق للعان او التفريق لاختلاف الدين(زودة ع.، 2010، صفحة 35)،وإن اتفقت جميع المذاهب، على ان فك الرابطة الزوجية تتم اما عن طريق الطلاق او الفسخ، الّا ان الاختلاف يمكن، فيما يدخل ضمن الطلاق،وما يدخل ضمن الفسخ، وبرر الحنابلة والشافعية ان الفرقة تعتبر طلاقا،إذا اوقعها الزوج، أو من يقوم مقامه، وما عدا ذلك يعد فسخا(الصابوني ا.، 2012، صفحة 413).

الفرع الثاني: تقسيمات فك الرابطة الزوجية وإثباته.

1-تقسيم الطلاق:

ينقسم الطلاق إلى قسمين:

أولا- الطلاق الرجعي: وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاع الطلاق حق إرجاع الزوجة وهي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين سواء رضيت أو لم ترض.

والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج أن يكون رجعيا، وذلك في الطلقة الأولى والثانية، مادامت الزوجة المطلقة لا زالت في عدتها مصداقا لقوله تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" (سورة البقرة الآية 229).

ويحق للزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط، ما دامت في عدتها، فباستعمال حق الرجعة، تبقى الرابطة الزوجية قائمة، إلّا أن الأثر الوحيد الناجم عنها، وهو احتساب الطلقة في عدد الطلقات التي يملكها الزوج(الصابوني ا.، 2012، صفحة 416).

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق الرجعي في المادة 50 من قانون الأسرة، التي ورد فيها انه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

ما يلاحظ ؛ في نص المادة 50 انه لا يتوافق مع نص المادة 49 منه، التي توجب أن يثبت الطلاق بموجب حكم إلا أن المادة 50 من قانون الأسرة، ورد فيها ضمنيا أن المشرع يعترف بالطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء؛ وهو **الطلاق العرفي**، ولان العدة منصوص عليها في أحكام الشريعة الإسلامية، فانه يتعين إعادة النظر وجوبا في نص المادة 50 من قانون الأسرة، لان المراجعة المنصوص عليها في الفترة المتعلقة بإجراء الصلح قرنها كذلك بالطلاق الرجعي الذي يلفظ ولم يحكم به.

ثانيا: الطلاق البائن: وهذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين طلاق بائن بينونة صغرى، وطلاق بائن بينونة كبرى.

أ – الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الطلاق يرفع فيه الملك والحل في الحال ويكون في حالة الطلاق قبل الدخول وفي الطلاق الذي انقضت فيه مدة العدة و لا يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها وبعد انتهاء عدتها إلا بعقد ومهر جديدين ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية فقط و هناك من الفقهاء من يعتبر الطلاق بالخلع طلاقا بائنا في حين اعتبره البعض منهم فسخا(بن شويخ، 2008، صفحة 186)(زودة ع.، 2010، صفحة 45).

ب – الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الطلاق المكمل للثلاث والذي يستنفذ فيه الزوج جميع الطلقات الثلاث ولا يحق له مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلا آخر بعده، ويدخل بها فإن طلقها بعد ذلك أو توفي عنها هذا الزوج بعد الدخول وانتهت عدتها، جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد ومهر جديدين، لأن الملك والحل يُرفع في الحال، ويعتبر الطلاق باللعان طلاقا بائنا بينونة كبرى في رأي أغلبية الفقهاء (أبو زهرة م.، 1957، صفحة 1194)، وذلك مصداقا لقوله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون" (سورة البقرة الآية 230).

وقد اختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق، إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارةً فهل يقع بائنا أم لا ؟

ورأى جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة أنه يقع بائنا بينونة كبرى (إمام، 1996، صفحة 356)، و الرأي الثاني فيرى بأنه لا يقع إلا طلقة واحدة مهما كان العدد، وهو ما أخذت به التشريعات العربية (بن شويخ، 2008، صفحة 188).

ونصت المادة 51 من قانون الأسرة، على انه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء والنص غير واضح، فيما إذا كان يُقصد به المشرع ثلاث طلاق بلفظ واحد، أو بعد أن يُطلقها ثلاث مرات متتالية. إلّا انه وبالرجوع إلى إثبات الطلاق وتقريره، فان المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة نص على أن الطلاق لا يثبت إلُا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي فانه من الأرجح أن اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة، ويعتد بذلك بصدور ثلاث أحكام قضائية تقرر الطلاق–أي صدر حكم طلاق ثم تراجعا الزوجان ثم صدر حكم ثان بالطلاق ثم استأنفت الحياة الزوجية، إلى أن يصدر الحكم الثالث بالطلاق

فيعتبر حين إذن بائن بينونة كبرى وفقا للتشريع الجزائري، ويبقى الإشكال دائما في توقيع الطلاق بالثلاث العرفي، الذي يعتبر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية طلاق بائن بينونة كبرى، لذلك دائما نناشد المشرع بالتدخل العاجل لحل هذه المعضلة، إذ أن المشرع يعترف بالزواج العرفي صراحة في نص المادة 22 من قانون الأسرة، دون أن يلتفت للطلاق العرفي.

2-إثبات الطلاق:

نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أن الطلاق يثبت بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي، دون أن تتجاوز 03 ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. فالطلاق إذن لا يقع إلا بموجب حكم، كشرط للإثبات ويكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يُعتد بالطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء. بل يجب على الزوج أن يُعلن عن إرادته في استعمال حقه في توقيع الطلاق أمام القاضي، بعد استفاء إجراء الصلح. وجعل الطلاق لا يقع إلا أمام الجهة الرسمية، وعليه فانه لم يسلُب من الزوج حقه في الطلاق، ما دام أن العصمة بيده، وكل ما هنالك، انه إذا أراد الزوج أن يتصرف في هذا الحق، فعليه أن يحترم الشكل الذي يقرره القانون، والشكل في هذه الحالة يتمثل في حضور الزوج أمام القاضي، بعد أن سبق له أن حضر أمامه في جلسة الصلح التي انتهت إلى بنتيجة سلبية، وتعبيره عن إرادته في استعماله لحقه الإرادي، أمام الجهات المختصة و اكتساب الحق في الطلاق لا يكون إلا بموجب عقد زواج صحيح. ولم يستحدث المشرع الجزائري أمرا جديدا ولم يدخل أي تعديل على القواعد الموضوعية في الطلاق، وإنما أخذ بما تقول بعض المذاهب وعلماء الشريعة الإسلامية. وهم الظاهرية والجعفرية وهو الرأي الذي يؤيده جمع من العلماء ومنهم، ابن حزم الظاهري وابن تيمية، وابن القيم ويشترطون لصحة الطلاق أن يقع أمام شاهدين عدلين (الصابوني ا.، 2012، صفحة 135).

واثبات الطلاق الذي وقع خارج ساحة القضاء، لا يكون أيضا إلّا بموجب حكم، ويجري القاضي تحقيقا بحضور الشهود الذين يؤكدون وقوعه -حتى بالتسامع - ويصدر حكما بإثباته وفقا لما هو مقرر قانونا وهو الجاري به العمل القضائي(قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة 1259787، 05-12-2018).

2-القواعد الإجرائية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية:

ميز المشرع الجزائري من حيث الإجراءات بين الطلاق الذي يقع بطلب من الزوجين أي بناء على الإرادة المشتركة لهما، وبين الطلاق الذي يُرفع من احدهما.

-الفرع الأول: الطلاق بإرادة الزوجين المشتركة ودور القاضي والطعن فيه.

نصت المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية(القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008) على الطلاق بالتراضي، وعرفته على انه إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية، بإرادة الزوجين المشتركة، وأشارت إليه المادة 48 من قانون الأسرة دون أن تعرفه.

أ-إجراءاته وشكل ومضمون العريضة المشتركة:

أ-1-إجراءات الطلاق بالتراضي:

نصت عليها المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتختلف عن إجراءات رفع الدعوى العادية، التي تشترط أن تُرفع الدعوى وفقا لأحكام المادتين 14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يتعين على الزوجين تقديم طلب مشترك في شكل عريضة واحدة موقعة من طرفهما.

- ولا يتم تطبيق أحكام المواد 16و21و22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة، بتبليغ عريضة افتتاح الدعوى والمستندات إلى الخصوم، ومنه فانه يتوجب الأمر بتكليف الخصم بالحضور عن طريق المحضر القضائي .

-ومع ذلك وطبقا للمادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فانه لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان احد الزوجين تحت وضع التقديم، أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، ويتم إثبات اختلال القدرات الذهنية من طرف طبيب مختص في الأمراض العقلية والعصبية، وبهذا غلق المشرع باب التأويل بالنص الصريح، بحيث لا يجوز تقديم شهادة طبية صادرة من طبيب عام، وذلك لان إثبات توافر أو عدم توافر القدرات العقلية متعلق بالإرادة وبالتالي بالأهلية، وتتطلب المعرفة الدقيقة من الطبيب المحرر للشهادة.

أ-2-شكل ومضمون العريضة المشتركة:

وضحت المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، شكل ومضمون العريضة المشتركة للطلاق بالتراضي والبيانات الضرورية التي يتعين ويجب توافرها مع وجوب توقيع الزوجين عليها، وإرفاقها بشهادة عائلية، ومستخرج من عقد الزواج وما يفرّق هذه العريضة المشتركة، عن العريضة العادية لرفع الدعوى، حسب ما تم تبيانه في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنها أضافت وجوبا، ذكر جنسية كلا الزوجين، وتاريخ ومكان ميلادهما، وتاريخ ومكان زواجهما وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر، وعرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.

ويخطر أمين الضبط الطرفين، بتاريخ حضورهما أمام القاضي وقت إيداع العريضة المشتركة، ويسلمهما استدعاء لهذا الغرض.

ب-دور القاضي في الطلاق بالتراضي:

رغم أن الطلاق بالتراضي يكون بناء على الإرادة المشتركة للزوجين، إلاّ أن القاضي يحتفظ بدوره الايجابي، من خلال قيامه بمحاولة الصلح بين الزوجين، سعيا منه لإصلاح ذات البين من جهة، وللتأكد من رضا الطرفين في توقيع هذا الطلاق، ويستمع إلى الزوجين على انفراد،ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا وله أن يلغي ويعدل في شروط الطرفين التي تم الاتفاق عليها، بين الزوجين أو وكلائهما، متى تعارضت مع مصلحة الأولاد، كأن يتم الاتفاق على التنازل عن نفقة الأبناء مقابل الطلاق، باعتبار النفقة حق مقرر للأبناء أو تكون الشروط مخالفة للنظام العام، كأن يتم الاتفاق على الطلاق بالتراضي مقابل استلام فوائد ربوية، أو ممنوعات.

ويثبت القاضي إرادة الزوجين، ويُدوّن القاضي بمعية أمين الضبط في جلسة الصلح المنعقدة، اتفاق الأطراف ويصدر حُكما، يثبت فيه إرادة الزوجين، والقضاء بفك الرابطة الزوجية بينهما بالتراضي، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي، ويصرح بالطلاق وهو ما نصت عليه المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ج–الطعن في حكم الطلاق بالتراضي:

نصت المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن أحكام الطلاق بالتراضي، غير قابلة للاستئناف، غير أنها تكون قابلة للطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم، وهو تأكيد لما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة بان أحكام دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وعليه فانه يمكن لأحد الزوجين، أن يستأنف حكم الطلاق بالتراضي في الشق المتعلق بتوابع العصمة، فيمكن أن يتدخل القاضي بتعديل الاتفاق بما لا يتناسب مع إرادة الطرفين، أو إلغاء الشروط المتفق عليها فيمكنهما استئناف الحكم في الجواب المادية، بيد أن الحكم بالطلاق، يكون نهائيا ولا يطعن فيه، إلاّ بالنقض، أمام المحكمة العليا وليس للطعن بالنقض اثر موقف على تنفيذ الحكم.

الفرع الثاني: فك الرابطة الزوجية بطلب من احد الزوجين

1–مراحل الخصومة:

نصت المادة 48 من قانون الأسرة، على حل الرابطة الزوجية بطلب الزوج بناء على إرادته المنفردة، وبناء أيضا على طلب الزوجية في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 منه، أي عن طريق التطليق للضرر وعن طريق الخلع غير أن الإجراءات وردت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وتمر الدعوى القضائية المرفوعة من طرف احد الزوجين، بمراحل لغاية صدور الحكم القاضي بالطلاق، و"لما لا "استئناف الحياة الزوجية متى تكلل إجراء الصلح الوجوبي الذي يقوم به القاضي بالنجاح.

أ–إجراءات الطلاق:

ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين. بتقديم عريضة تسمى العريضة الافتتاحية للدعوى، وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى أي طبقا لمقتضيات أحكام المادتين 14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتكون مكتوبة وموقعة، ومؤرخة وتودع بأمانة الضبط من قبل المدعي –زوجا أو زوجة– أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف. وعندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يُقدّم الطلب باسمه من قبل وليه، أو مقدمه بحسب الحالة، وهو المقرر قانونا بموجب نص المادة 81 من قانون الأسرة وكذا نص المادة437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. إلا أننا نلحظ أن هناك تضارب بين هاتين المادتين المشار إليهما مع نص المادة 07 الفقرة الثانية من قانون الأسرة، والتي تنص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

فيثار بذلك الاستفسار حول هذه النصوص، وكذا الاختلاف الوارد بين نصين موضوعيين من نفس القانون ألا وهو قانون الأسرة الجزائري.

فالمتمعن في الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة يفهم بأن المقصود بآثار عقد الزواج قد يندرج حتى فك الرابطة الزوجية؛ أيضا من ناحية أخرى كيف يمنح المشرع أهلية التقاضي في جانب من القضاء دون جانب آخر، لأن مصطلح أهلية التقاضي الممنوحة للمطالبة بحق النفقة مثلا، قد ينجر عنه فك الرابطة الزوجية في أحيان كثيرة، فيكون لزاما أن يتدخل المشرع لأجل إصلاح هذا الخلل التشريعي والذي أحدث عدم وجود انسجام بين النصوص القانونية

المتعلقة بالقاصر المرشد لإبرام عقد الزواج، كما أن الواقع العملي يثبت بأن القاصر المرشد للزواج يباشر حقه في رفع دعوى الطلاق دون تدخل من الولي.

والملاحظ أن المشرع أحال على النص العام، مع أن طبيعة النزاع تقتضي إدراج بيانات خاصة، تضمنتها المادة 429 من نفس القانون في حالة فك الرابطة الزوجية بالتراضي، منها جنسية كلا الزوجين، وتاريخ ومكان ميلادهما وتاريخ و مكان زواجهما، وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر مع إضافة عرض موجز بتضمن الأسباب المؤدية للطلاق والطلبات المتعلقة بتوابعه.

ب- التبليغ:

يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسميا المدعى عليه بنسخة من العريضة، عن طريق المحضر القضائي أما بالنسبة للنيابة وباعتبارها طرفا أصليا، مُنضما وليس خصما، وذلك في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة طبقا للمادة 03 مكرر منه، فأجاز المشرع تبليغها طريق أمانة الضبط طبقا للمادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولان النيابة العامة كما سبق الإشارة إليه في قضايا الطلاق ليست خصما في دعوى الطلاق، فانه لا ضرورة لتبليغها عن طريق المحضر القضائي والصواب أن تُبلغ بالدعوى عن طريق أمانة الضبط، لتبدي التباساتها الرامية في الأساس إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة.

ج-جلسات الصلح:

نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أن الطلاق لا يثبت إلّا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة 03 ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، ويتعين على القاضي تحرير محضر يُبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

إن الصلح في الطلاق إجراء وجوبي، سواء كان بطلب من احد الزوجين، أو بالتراضي، ويتم في جلسة سرية ويباشره القاضي بنفسه، أو بموجب إنابة قضائية في حالة استحالة حضور احد الزوجين بسبب العمل مثلا، أو لظروف طارئة يقدرها القاضي المكلف بالفصل في الملف، وللقاضي أن يسند تلك المهمة إلى حكمين.

1-الصلح الذي يقوم به القاضي بنفسه أو بموجب إنابة قضائية:

في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد، ثم معا. ويمكن بناء على طلب احد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح، والملاحظ أن المحامي لا يشارك في محاولة الصلح وذلك منطقي نظرا لخصوصية النزاع و سرية الحياة الزوجية، وحساسية بعض المواضيع التي قد تثار، والمحامي يعد غريبا عن العائلة وذلك فيه مراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية، وجرى العمل القضائي على عدم قبول الوكالة المحررة من طرف الزوجين لحضور جلسات الصلح، وضرورة حضور المدعي شخصيا لجلسة الصلح لتأكيد رغبته في فك الرابطة الزوجية. وإلاّ اعتبر عدم حضوره لجلسات الصلح تنازلا منه عن طلبه القضائي.

ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن، كالنفقة المؤقتة والحضانة المؤقتة، ومنح حق الزيارة وفي جميع الحالات، يجب أن لا

تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وهو ما ينسجم مع مضمون المادة 49 من قانون الأسرة.

وإذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة لسماعه أو ندب قاض آخر لسماعه، بموجب إنابة قضائية ،وفي حالة تخلف احد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك.

-وفي حالة عدم الصلح أو تخلف احد الزوجين رغم مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى.

أما إذا تم الصلح بين الزوجين، فيحرر أمين الضبط محضرا، تحت إشراف القاضي يوقع عليه من طرفهما والزوجين ويودع بأمانة ضبط المحكمة و يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا.

2-الصلح الذي يقوم به الحكمين:

الصلح بواسطة محكمين نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة، وذلك إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر فيجب تعيين محكمين للتوفيق بينهما، وهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، ويعين القاضي في هذه الحالة حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى الحكمين المعينين أن يُقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل 02شهرين، وعليهما اطلاع القاضي بكل الإشكالات التي تعترض تنفيذ مهمتهما، ويجوز للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة -إلى الجدول - وتستمر الخصومة القضائية من جديد، أما إذا تكللت مهمتهما بالصلح فيثبت بموجب محضر يصادق عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

2- الطلاق المرفوع بطلب من احد الزوجين والطعن فيه:

2-1-ترفع دعوى الطلاق وفقا لقانون الأسرة، إما بناء على إرادة الزوج المنفردة أو من الزوجة، في حالات محددة على سبيل الحصر ولاختلاف الوضع بين الحالتين ميز المشرع من الناحية الإجرائية بينهما.

أ-حالة تقديم الطلب من الزوج:

يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق وخلوها من العيوب كالإكراه مادامت عصمة النكاح بيده. وله أن يأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك، تنص المادة 49 من قانون الأسرة: "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر** " ومعناه أنه في حالة الطلاق

بالإرادة المنفردة يتقدم الزوج إلى المحكمة، ويطلب من القضاء حل الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق بينه وبين زوجته استنادا إلى أسباب شرعية وقانونية، وذلك بموجب عريضة في أمانة الضبط بالمحكمة المختصة، وبعد المرور بالجلسة السرية للمصالحة وتعيين الحكمين للتوفيق بين الزوجين خلال أجل لا يتجاوز الشهرين وفقا للمادة 56 من قانون الأسرة يقوم القاضي بعد استدعائهما عن طريق أمانة الضبط، بمحاولة ثانية للصلح بينهما على ضوء التقرير الذي قدمه الحكمان اللذان سبق أن عينهما في إطار مجلس عائلي، لإعداد تقرير عن أسباب خلاف الزوجين ونزاعهما،

وإذا فشل يدرج ملف دعواهما في جلسة مستقلة ويدعوهما لحضورها، ثم يصدر حكمه في موضوع النزاع استنادا إلى تقرير الحكمين وإحكام القانون وضميره.

وبالرجوع إلى المادة 49 من قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري استعمل عبارة لا يثبت الطلاق ولم يستعمل عبارة لا ينشأ أو لا ينعقد أو لا يقع الطلاق إلا بحكم.

إن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم، فهو ليس شرطا للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، تبعا لذلك فإنه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك ومن تم يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق، ولا يعد وسيلة بثباته، ومن ثم فلا يمكن قبول ادعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررا رسميا صادرا عن القاضي يثبت ذلك(زودة ع.، 2010، صفحة 43).

وتجدر الإشارة أن المشرع في نص المادة 50 من قانون الأسرة فرض على الزوج الذي أراد أن يراجع زوجته في عدة الطلاق – ذلك أن العدة تبدأ من يوم صدور الحكم بالطلاق – أن لا يعيدها إلا بموجب عقد جديد ومعنى هذا أن المشرع سلب من الزوج أحد حقوقه الإرادية وهو حقه في إرجاع زوجته أثناء عدة الطلاق الرجعي دون أن يحتاج إلى عقد أو مهر جديدين.

وهذا الحكم مخالف لما استقر عليه فقهاء الشريعة من أن الطلاق الذي يصدر بناء على إرادة الزوج يعد طلاقا رجعيا يملك الزوج فيه أن يعيد الزوجة إلى عصمته بدون عقد جديد(زودة ع.، 2010، صفحة 44).

لكن هنا نتساءل عن مدى شرعية الرجوع الذي يتمكن القاضي من إحداثه أثناء محاولة الصلح يكون خارج ميعاد العدة، التي تحسب من يوم رمي الزوج لفظ الطلاق على زوجته، فمن المفروض أن يتم الرجوع خلال 3 أشهر من يوم طلاق الزوج لزوجته، إلا أنه عمليا فإن الزوج يطلق زوجته في البيت وقد يرفع عريضته بعد شهر من يوم رمي الطلاق، وبعد التأجيلات القضائية قد يقع الصلح بعد شهرين آخرين، فنتساءل ما حكم الرجوع شرعا الذي تم بعد انقضاء العدة، هذه أخطاء مخالفة للشريعة الإسلامية السمحاء ينبغي تداركها من قبل القضاة، على الأقل استجواب الطرفين عن وقوع الطلاق الحقيقي للتأكد من شرعية الرجوع، وإلا فلا داع لإجراء الصلح أصلا إذا استوفت المرأة عدتها فهناك بعد كبير، بما جاء في الشرع وما يجري به العمل القضائي.

إذ أن المرأة تعتد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ رمي يمين الطلاق على الزوجة، وان لم يقم بذلك واكتفى بالإعلان عن رغبته في الطلاق برفع عريضة أمام القضاء فالعدة يبدأ حسابها من تاريخ النطق بالحكم بالطلاق. وعلى العموم يبقى في رأينا مشكلا مطروحا ينبغي تداركه تفادي الوقوع في أخطاء إجراء الصلح بعد استنفاد الزوجة مدة العدة المقررة شرعا؟.

ب- حالة تقديم الطلب من الزوجة:

بما أن التطليق مقيد بمدى توفر أحد الأسباب الواردة على سبيل في المواد 08 مكرر من قانون الأسرة التي تجيز لكل زوجة طلب التطليق في حالة التدليس و المطالبة بالتطليق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة ولا يجوز التوسع فيها لذا يجب على القاضي أن يعاين ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق، طبقا لأحكام قانون الأسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب، أخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها أي الظروف النفسية والصحية، وجميع الظروف المحيطة بالمدعية ويمكن له أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق طبقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في أي موضوع يثار من طرف الخصوم أو بخبرة طبية ولاسيما حالة عدم الإنجاب، والقصور الجنسي، والأمراض الجلدية وحتى بخصوص الروائح الكريهة التي تشتكي منها الزوجة، والانتقال إلى المعاينة لمعاينة ظروف عيش الزوجة، وإذا تعلق الأمر بخبرة طبية فعليه تسبيب الإجراء المأمور به ذلك وان الطبيب المعين من طرف المحكمة، عليه أن يعرف بدقة المهام المسندة إليه باعتبار الواقعة الفنية التي عين من أجلها.

وبخصوص الطلاق بالخلع طبقا للمادة 54 من قانون الأسرة، فعلى القاضي أن يكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع، وذلك طبقا لأحكام قانون الأسرة، ذلك وانه يمكن أن تكون الزوجة متضررة من سلوك الزوج، ويثبت الضرر وتطالب بالخلع بعرضها المقابل المالي، فقط لوضع حد لهذه العلاقة، وهو ما يتناسب في اعتقادنا مع نص المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن القاضي يكيف النزاع التكييف القانوني الصحيح، ولا يتقيد بتكييف الخصوم، ويفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه، فإذا كانت الوقائع تتطابق مع التطليق وجب الحكم به وان كانت تتطابق مع الخلع وجب الحكم به أيضا، وباعتقادنا ليس من الضروري أن يفصل في الخلع، وإلزام الزوجة بمقابل بخس متى رأي القاضي بان الضرر ثابت، فيحكم لها بالتطليق أفضل وهو التطبيق السليم للقانون.

2-2-الطعن في أحكام الطلاق

أبقى المشرع على نص المادة 57 من قانون الأسرة فيما يتعلق بالطعن في أحكام الطلاق، وبأنها غير قابلة للاستئناف إلاّ فيما يتعلق بجوانبها المادية، وطبقا للمادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فان ليس للطعن بالنقض اثر موقف بالنسبة لدعاوى الطلاق المرفوعة من طرف الزوج أو من طرف الزوجة.

خاتمة:

كما سبق تبيانه في صلب الدراسة فان الطلاق؛ يعد سببا من أسباب حل الرابطة الزوجية، وتلعب إرادة الزوجين فيه دورا مهما وأحكامه الموضوعية نص عليها قانون الأسرة، وهي تتسم بالثبات والاستقرار لأنها مستخلصة من أحكام الشريعة الإسلامية، بيد أن الإجراءات التي تخص الخصومة والسير فيها وطرق الطعن في الحكم الذي ينتج عنها، نظمتها أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذه الإجراءات والى حد ما كانت مُسايرة لتطور المجتمع، وهو ما دفع

بالمشرع إلى تكييف منظومته الإجرائية مع قواعده الموضوعية ووفُق إلى حد بعيد المشرع في ذلك ومع ذلك توجد مؤاخذات يتعين تداركها كما يلي:

-تعديل نص المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بشكل عريضة رفع الدعوى في الطلاق بطلب من احد الزوجين، فيما يتعلق بالبيانات وجعلها تتضمن كذلك البيانات الواردة في المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيما يتعلق بجنسية الزوجين وتاريخ ومكان زواجهما وعدد الأولاد القصر، ما دام أن الدعوى تتعلق بالطلاق .

- رفع أجال إجراء الصلح إلى حد معقول ويتناسب مع الحكمة من تقرير الإجراء، ذلك وان تحديد أجال جلسات الصلح بمهلة لا تتعدى 03 أشهر سواء في القاعدة الموضوعية أو الإجرائية، تعتبر مدة قصيرة بالنسبة للزوجين للرجوع إلى جادة الصواب، وحسب اعتقادنا وان كانت المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تنص على الفصل في الدعاوى في الآجال المعقولة، إلاّ أن إجراءات الصلح تعد إجراءات خاصة لخصوصية عقد الزواج والآجال ستصبح عائقا في محاولات إصلاح ذات البين .

-تعديل نص المادة 50 من قانون الأسرة فيما يتعلق بإمكانية مراجعة الزوجة أثناء محاولات الصلح ذلك وان نص المادة 49 منه ينص على أن الطلاق يثبت بحكم فإذا اقر المشرع الطلاق خارج ساحة القضاء عليه أن يدرج فقرة بهذا الخصوص بإثبات الطلاق الذي يقع خارج المحكمة، لان العدة تحتسب من ذلك التاريخ وفقا لما تقرره مبادئ الشريعة الإسلامية.

-تعديل نص المادة 51 فيما يتعلق بالطلاق البائن، والنص صراحة بان الطلاق بالثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة لدى التلفظ به، ما دام أن الطلاق في القانون الجزائري يثبت بموجب حكم وكل طلقة تحتاج إلى حكم.

-تعديل نص المادة 49 من قانون الأسرة فيما يخص -التنصيص وجوبا على كيفية إجراء الصلح بالنسبة للزوج فاقد الأهلية ما دام أن الطلاق يقدم باسم من قبل وليه أو مقدمه، وهل يعفى من إجراء الصلح الوجوبي، بسبب فقد الأهلية وهل يحل الولي أو المقدم محله في إجراء الصلح.

- ضرورة التدخل لأجل إحداث انسجام قانوني بين نص المادة 81 والمادة07 من قانون الأسرة، وهذا بإضافة عبارة دون القاصر المرشد في صلب نص المادة 81 من قانون الأسرة. مع ضرورة تعديل المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن تشمل فقط عديمي الأهلية دون القاصر المرشد للزواج.

قائمة المصادر والمراجع:

1) القرآن الكريم

2) أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي ابن القيم الجوزية. (1998). *زاد المعاد في هدي خير العباد* (المجلد الجزء الخامس). مصر.

3) أبو بكر بن مسعود الكساني. (2003). *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. دار الكتب العلمية.

4) عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري. (2003). كتب الفقه على المذاهب الأربعة. بيروت: دار احياء للثراث العربي.

5) اسماعيل بن عبد الرحمان الصابوني. (2012). *مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الاجنبية وقوانين الاحوال الشخصية العربية* (المجلد طبعة الثانية).

6) محمد أحمد مصطفى أحمد أبو زهرة. (1957). الأحوال الشخصية. مصر: دار الفكر العربي.

7) محمد كمال الدين إمام. (1996). الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي. بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر التوزيع.

8) أحمد فرج حسين. (1988). أحكام الزواج في الشريعة الاسلاية. الدار الجامعية.

9) رشيد بن شويخ. (2008). الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري : دراسة مقارنة مع بعض التشريعات العربية (المجلد الطبعة الأولى). الجزائر: دار الخلدونية.

10) عمر زوده. (2010). *طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيه*. الجزائر: Edition Encyclopidia.

11) محمد مصطفى شلبي. (1999). *أحكام الأسرة في الاسلام*. الدار الجامعية.

12) القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في 09 جوان 1984، الجريدة الرسمية، العدد24، الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005ص.910.

13) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية، العدد21، 23 أفريل 2008، ص.20.

14) قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة 1259787. (05-12-2018). الجزائر.