

جامعة محمد خيضر بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



# مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

الفرع: حقوق

التخصص: قانون الأسرة

رقم: .....

إعداد الطالبتين:

نفطي نجاه

بن سعيد جميلة

يوم: 2021/06/23

## إثبات الطلاق العرفي وآثاره

### لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر ب	مدور جميلة
مشرفا ومقررا	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر أ	شهرزاد بوسطلة
مناقشا	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر أ	دغيش حملوي

السنة الجامعية : 2020 - 2021



# شكر

نخص جزيل الشكر كل من أشعل شمعة في دروب علمنا وإلى من وقف

على المنابر وأعطى من حصيلة فكره لينير دربنا.

ونتوجه بالشكر إلى أستاذتنا المشرفة على هذه المذكرة "الدكتورة بوسطلة

شهرزاد" فجزاها الله عنا الخير والبركة فلها منا كل التقدير والاحترام.

## إهداء

- ✚ إلى من علمني العطاء وأحمل اسمه بكل افتخار ...أرجو من الله أن يمد في عمرك  
لترى ثمارا قد حان قطفها بعد طول إنظار والدي العزيز " أحمد".
- ✚ إلى ملاكي وسر وجودي إلى من علمتني معنى الحب والحنان إلى من كان دعائها  
سر نجاحي أُمي الحبيبة " حفيظة" .
- ✚ إلى رفيقة دربي وتوأم روعي إلى من رافقتني منذ أن حملنا حقائب صغيرة ومعك  
سرت الدرب خطوة بخطوة وما تزال ترافقني حتى الآن أختي الوحيدة " زهرة " .
- ✚ إلى إخوتي ورفقاء دربي إلى من تحلو معهم الحياة إلى سندي بعد والدي " سفيان"  
"يوسف" "ياسين" إلى زوجة أخي وأول حفيدة في العائلة "أحلام"

بن سعيد جميلة

## إهداء

الحمد لله الذي أنار لي طريقي وكان لي خير عون  
إلى أعلى ما أملك، إلى كل من كان سبب وجودي على هذه الأرض  
إلى من وضعت الجنة تحت أقدامها، إلى التي أنحنى لها بكل إجلال وتقدير  
إلى التي أرجوا أنني قد نلت رضاها أمي الغالية 'منصوري عائشة' رحمة الله عليها.  
إلى من ادين له بحياتي إلى من ساندي وكان شمعة تحترق لتضيء طريقي.  
إلى من أكن له مشاعر التقدير والاحترام أبي الغالي 'نفطي فرجاوي' أطال الله في عمره.  
إلى كل افراد العائلة أخواتي وإخوتي نصر الدين، فرح، عزالدين، أمال، احمد، إيلاف، أمين.  
إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد وتعذر علي ذكره إلى كل هؤلاء

لكم مني ثمرة جهدي



نفطي نجاة

# مقدمة

سن الله سبحانه وتعالى على عباده الزواج قال في ذلك بعد اسمه العظيم من كل شيطان رجيم: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ ﴿الروم 21﴾، ووصفه بالميثاق الغليظ وجعله مبني على المودة والرحمة بين الزوجين كما ذكر في الآية سابقا، فالزواج يعتبر ترابطا مبنيا على الانسجام والتآلف لاستمرار الحياة، وبواسطته يتم صون الأعراض والقضاء على الفساد، ومنه تتكون أسر متماسكة وصالحة ومن هذه الأخيرة يتكون كذلك مجتمعات تحقق الغاية من خلق الله للإنسان. وبما أن الزواج هو عقد رضائي بين الرجل و المرأة يقرران العيش تحت سقف واحد، إلا أن هذا الزواج لا يتم إلا وفقا لشروط حددها ديننا الإسلامي نظرا لأهمية هذا العقد الذي رفع الله شأنه وتتمثل هذه الشروط في شاهدين، المهر، الولي والإشهار والإعلان بهذا العقد وهذا ما سارت عليه كل الأمة الإسلامية، لأن الإسلام نظر إلى الزواج نظرة تقدير ورعاية بحيث أقامه على قواعد ثابتة من العدل والإنصاف والرحمة، إلا انه قد تختل أحد الشروط السابقة مثل شرط الولي أو شرط الإشهار والإعلان أو الشرطين معا، ليصبح هذا الزواج بما يسمى بالزواج العرفي الذي نسمع عنه بكثرة في دول المشرق العربي، والمعروف على المجتمع الجزائري أنه مجتمع محافظ لقيمه ومبادئه خاصة بتلك الأمور المتعلقة بديننا الحنيف، ورغم هذا إلا أن ظاهرة الزواج العرفي قد تسللت إليه في الآونة الأخيرة بصورة نسبية وليست طاغية على غيره من الدول والمجتمعات الأخرى، وقد يكون سبب انتشاره أحد الأسباب الآتية:

رفض والدي أحد أطراف الزواج أو كلاهما لهذا الزواج أو لعدم القدرة على تحمل تكاليف الزفاف، أو لأسباب أخرى تكون فيها المصلحة لأحد الطرفين، وبما أن الزواج العرفي لا يختلف في صورته عن الزواج العادي في عيش الزوجين معا وغيره من الأمور الأخرى، لكن في أغلب الأحيان يستحيل استمرار هذا الزواج لسبب من الأسباب التي تطرأ عليه وتعكر صفو هذه الحياة الزوجية، فيلجؤون إلى الانفصال وحل الرابطة التي بينهم، فإذا كان الزواج مسجلا فإن الطلاق يتم بصورته المعتادة في المحكمة من خلال جلسات عدة، وإن كان هذا الطلاق قد وقع نتيجة زواج غير المسجل وخارج عن دائرة المحكمة فهنا تكمن المشكلة المتمثلة في إثبات هذا الطلاق وهو ما سنعالجه في بحثنا هذا.

## أهمية الدراسة:

لموضوعنا هذا أهمية كبيرة جدا من حيث أن ظاهرة الطلاق العرفي قد بدأت تنتشر في المجتمع الجزائري، كما أنها أصبحت تمس نواة المجتمع وهي الأسرة، كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الموضوع واكتفى بنص صريح لتقاضي المشاكل.

## أهداف الدراسة:

تهدف دراستنا إلى تسليط الضوء على موضوع الطلاق العرفي وبيان الفراغ القانوني من ناحية هذا الموضوع، كما أنه هناك اختلاف بين ما قرأته في الشريعة وما ينص عليه القانون.

## أسباب الدراسة:

الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع عديدة منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي:

## أولا: الأسباب الذاتية:

- موضوع الطلاق العرفي ظاهرة جديدة ولكنه أصبح يمس الأسرة الجزائرية.
- رغبتنا الشديدة في البحث في هذا الموضوع .
- فضولنا لمعرفة ماذا سينجر عن الطلاق العرفي .

## ثانيا: الأسباب الموضوعية:

1. لاحظنا أن موضوع الطلاق العرفي مهمش هذا ما دفعنا لاختياره.
2. لم نجد أي نص بخصوص الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري.
3. الوقوف عند أهم النقاط التي تختلف فيها الشريعة مع القانون في هذا الموضوع.
4. ظهور قضايا الطلاق العرفي على مستوى المحاكم الجزائرية.
5. لجوء الزوج إلى الطلاق العرفي للتملص من واجباته التي يفرضها عليه القانون.

## إشكالية:

أدى موضوع الطلاق العرفي إلى عدة إشكاليات من الناحية القانونية والعلمية وقبل الخوض والغوص في الموضوع سنطرح الإشكالات التالية :



ما هي الأحكام التي يترتبها الطلاق العرفي في ظل تواجد نص قانوني صريح ؟

صعوبات الدراسة:

لقد واجهنا أثناء بحثنا هذا بعض الصعوبات كان أبرزها:

- جائحة كورونا التي تسببت في تعطيلنا للتنقل للبحث عن بعض المراجع الغير المتوفرة لدينا.

- كما أن قلة المراجع الجزائرية بخصوص هذا الموضوع صعب علينا الأمر.

الدراسات السابقة:

1. **قسنطيني حدة**، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، دراسة تطبيقية بمجلس القضاء الجلفة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء 2001-2004 .

2. **محفوظ بن صغير**، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه الأصول، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية 2008-2009 .

3. **احمد سامي**، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014 .

4. **بلعباد سمية**، فك الرابطة الزوجية بين النص التشريعي والتطبيقي، مذكر لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أسرة، جامعة مولاي الطاهر، 2015-2016 .

المنهج المعتمد:

بما أن المنهج هو الدرب الذي يتبعه الباحث للوصول إلى إجابة التي يبحث عنها فإننا اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج التحليلي يتخلله بعض من المنهج الوصفي، حيث قمنا

بتحليل بعض النصوص القانونية ووصفنا الطلاق العرفي حيث عرضنا كل ما يتعلق به من مفاهيم.

### تقسيم الدراسة:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة اتبعنا في دراستنا الخطة التالية :

قسمنا البحث إلى فصلين حيث تناولنا في **الفصل الأول**: ماهية الطلاق العرفي ويحتوي على مبحثين : **المبحث الأول** : بعنوان مفهوم الطلاق العرفي. أما **المبحث الثاني** : فقد تطرقنا فيه إلى الطلاق العرفي في التشريع الجزائري.

أما بالنسبة **للفصل الثاني** فقد خصصناه إلى إثبات الطلاق العرفي وآثاره

# الفصل الأول

ماهية الطلاق العرفي

لقد كرم الله سبحانه وتعالى بني آدم وجعلهم خليفة في الأرض ورزقهم بمختلف طبيبات الحياة فقال بعد اسمه العظيم من كل شيطان رجيم: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾<sup>1</sup>.

كما أن الله سبحانه عز وجل جعل للإنسان ضوابط يتبعها لاستمراره في حياته بصورة تليق بالمكانة التي منحه إياها، الله كما جعل التكاثر حق من حقوقه الشرعية للمحافظة على النسل و إعمار الأرض من خلال الزواج الذي سماه الميثاق الغليظ لتكوين أسر ومجتمعات.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾<sup>2</sup>. إلا أنه قد يحدث ما يعكر الحياة الزوجية وتنتهي إلى الطلاق. فيعتبر الطلاق من أهم الطرق التي تنفك بها الرابطة الزوجية، سواء كان الطلاق بطلب من زوج أو كان بطلب من زوجة ويكون عن طريق طلب التطليق أو الخلع.

و ما سنتطرق إليه في هذا الفصل هو الطلاق بصفة مغايرة عن الطلاق في الزواج الموثق، ألا وهو الطلاق في الزواج العرفي، كما يعرف بالطلاق العرفي.

وهنا تكمل المشكلة، لأن الزواج العرفي غير موثق، وهو موضوع بحثنا.

وفي هذا الفصل سنتطرق إلى مفاهيم الطلاق العرفي ومحلّه في التشريع الجزائري. من حيث تعريفه وشروطه المبحث الأول ثم خصصنا المبحث الثاني للطلاق العرفي في التشريع الجزائري.

1 - الإسراء ﴿70﴾ .

2 - الحجرات ﴿13﴾ .

## المبحث الأول: مفهوم الطلاق العرفي

حاول القانون المحافظة على قيمة الزواج الذي سنه سبحانه وتعالى على عباده فوضع المشرع قواعد لضبط هذا الأخير، وفرض أن يكون الزواج مسجلا، إلا أنه في الآونة الأخيرة انتشر الزواج العرفي بشكل كبير، الأمر الذي انجرت عنه العديد ومن المشاكل وخاصة أثناء الطلاق. وهذا ما سنعالجه في هذا المبحث، الذي سنعرض فيه تعريف الطلاق العرفي ومشروعيته في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من خلال المطالب الآتية:

### المطلب الأول : تعريف الطلاق وشروطه.

قال الرسول صل الله عليه وسلم: " إن أبغض الحلال عند الله الطلاق "، ولقد شرعه الله سبحانه وتعالى عند استحالة عيش الزوجين معا، أو حدوث أمر يعكر صفو الحياة الزوجية المبنية على المودة والرحمة، ومنه سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف مصطلح الطلاق وشروطه.

### الفرع الأول: تعريف الطلاق:

سنعرف الطلاق لغة واصطلاحا ثم نعرفه من الناحية الفقهية ثم سنتطرق إلى تعريفه في قانون الأسرة الجزائري.

### أولا : تعريف الطلاق لغة:

لقد جاء في تعريف ابن فارس أنه: " الطاء و اللام و القاف" أصل صحيح مطرد واحد، وهو يدل على التخلية والإرسال. يقال انطلق الرجل ينطلق انطلاقا. ثم ترجع الفروع إليه، تقول أطلقتَه إطلاقا. والطلق: شيء حلال كأنه قد خلي عنه فلم يحضر. ومن الباب عدا الفرس طلقا أو طلقين. وامرأة طالق: ( طلقها زوجها، وطالقة غدا. وأطلقت ناقة من عقالها وطلقتها فطلقت. ورجل طلق الوجه هو طليقه، كأنه منطلق)، وهو ضد الباسر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، الجزء 3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص 420-421

وجاء بمعنى آخر إزالة القيد والتخلية، تقول: "أطلقت إبلي، وأطلقت أسيري"<sup>1</sup>.

وجاء في كتاب ابن منظور: طلق الرجل امرأته و طلقت هي،... وأطلقها بعلمها وطلقها، ورجل مطلق ومطلق وطلق وطلقة أي كثير التطلق للنساء.

وقال **ابن الأعرابي**: يقال هو طليق وطلق وطاقق ومطلق، إذ خلى عنه قال: والتطليق التخلية والإرسال وحل العقد<sup>2</sup>.

والملاحظ من التعريفات اللغوية السابقة، أن جميعها كان يدور حول أن الطلاق في اللغة ينصرف معناه إلى التخلية وإطلاق سراح الشئئي المحكوم فيه.

### ثانياً: تعريف الطلاق اصطلاحاً:

هو الصريح كلفظ الطلاق، والكناية كلفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوه. ويقوم مقام اللفظ : الكتابة والإشارة المفهومة<sup>3</sup>.

### (1) تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي:

\_ **عند الحنفية**: هو رفع قيد النكاح الذي هو قيد معنى<sup>4</sup>.

\_ **عند المالكية**: عرفه الإمام ابن عرفة بقوله: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، موجبا تكررها مرتين حرمتها عليه قبل زواج<sup>5</sup>.

\_ **عند الشافعية**: عرف بأنه: " هو حل قيد النكاح من غير فسخ أو ما في حكمه بلفظ أو نحوه.

<sup>1</sup> - الإمام الفقيه المحدث عبد الله محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء 3، دار الرسالة العالمية، طبعة الأولى 2009، ص 137 .

<sup>2</sup> - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار المعارف، ص 2693-2695 .

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ص 357 .

<sup>4</sup> - الإمام الفقيه المحدث عبد الله محمود الموصلي، المرجع نفسه، ص 137.

<sup>5</sup> - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، مؤسسة المعارف، للطباعة والنشر بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، ص 24.

- وعرفه النووي بقوله: " تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح".

\_عند الحنابلة: هو حل قيد النكاح أو بعضه .

وفي اصطلاح المحدثين هو حل رابطة الزواج وإنهاء العلاقة الزوجية<sup>1</sup>.

ومما سبق نلاحظ أن كل من المذهب الشافعي والحنبلي استعملوا كلمة حل قيد النكاح في تعريفهم لمصطلح الطلاق، على غرار المذهب الحنفي الذي قال بأنه رفع قيد النكاح والمذهب المالكي الذي اعتبره صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته.

### تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري على الطلاق في قانون الأسرة الجزائري في الفصل الأول من الباب الثاني بعنوان: "انحلال الزواج"، وجاء مصطلح الطلاق في مادتين ألا وهما المادة 47 والمادة 48 وهما كالآتي:

**المادة 47:** " تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".

**المادة 48:** " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو براضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون "<sup>2</sup>.

ومنه نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل كلمة الحل في كلتا المادتين السابقتين باعتبار هذه الأخيرة -كلمة الحل- كلمة تدل على انحلال الرابطة الزوجية.

<sup>1</sup>- إياد فوزي توفيق حمدان، الضوابط التي تتحدد من الطلاق في الإسلام، دراسات إسلامية، العدد الثالث، ص ص 113-

114.

<sup>2</sup>- الامر 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق ل 27 فبراير، 2005 المتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع 15.

## الفرع الثاني: شروط الطلاق

قبل إصدار القاضي لحكم الطلاق يجب عليه أن يراعي بعض الشروط التي يجب توافرها في طرفي دعوى الطلاق وهما الزوج والزوجة.

سنحاول في هذا الفرع ذكر شروط الطلاق التي حددها المشرع الجزائري، والمتمثلة في شروط متعلقة بالمطلق، وأخرى متعلقة بالمطلقة، وشروط آخر متعلق بصيغة الطلاق.

### أولاً: شروط المطلق :

المطلق هو الزوج الذي يمتلك حق الطلاق، والذي شرع له بعد زواجه بعقد زواج صحيح، وهذا الحق قيد بثلاثة شروط وهي كالتالي:

#### (1) البلوغ والعقل:

بأن يكون المطلق بالغاً وعاقلاً، فلا يقع طلاق الصبي وإن كان عاقلاً، ولا يصح الطلاق من غير مكف كالصبي<sup>1</sup>، حتى وإن أجازته الولي، لأن الطلاق من التصرفات الضارة بحسب الأصل فلا يملك الولي إجازته.

كما لا يقع الطلاق الصادر من المجنون ومن في حكمه لفقدانه الأهلية وانعدام إرادته<sup>2</sup>.

ومما سبق يمكن لنا أن نستنتج بأنه يجب على المطلق أن يستوفي شرط الأهلية وذلك ببلوغه السن القانوني الذي حدده المشرع الجزائري بـ 21 سنة كاملة، وأما بالنسبة للمجنون فلا يعتد بطلاقه، ونستند هنا إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل".

<sup>1</sup> - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه الأصول، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 200\_2008، ص 536.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999، ص 226.227.



## 2) أن يكون زوجاً أو رسولاً منه، أو وكيلًا:

فلو لم يكن المطلق واحداً من هؤلاء فإنه لا يملك إيقاع الطلاق. وعلى هذا لا يملك الولي إيقاع الطلاق على زوجة من له الولاية عليه، ذلك لأن الطلاق حق شخصي للزوج فلا يملكه غيره إلا بتوكيل منه، أو نيابة صريحة منه<sup>1</sup>.

ومنه نلاحظ أنه قد اشترط أن يكون الطلاق صادراً من الزوج نفسه أو من وكيل يوكله بنفسه أو من نيابة صريحة منه، ولا يحق للولي إيقاع الطلاق على زوجة من له ولاية عليه إلا إذا كان وكيلًا أو نائباً عن طريق الزوج نفسه.

## 3) أن يكون قاصداً الطلاق، ومختاراً غير مكره:

وهو كونه ناوياً إيقاع الطلاق مريداً له عازماً عليه<sup>2</sup>، وعليه فإنه لا يقع طلاق المكره، لأنه بالإكراه أصبح فاسد الاختيار. وكذلك هو الأمر بالنسبة لطلاق السكران لا يعتد به، وهذا ما اتفق عليه أغلب العلماء، وحثهم أن السكران لا قصد له<sup>3</sup>.

كذلك طلاق الهازل لا يعتد بطلاقه. والهازل هو من لم يقصد شيئاً، كان تقول الزوجة في معرض دلال أو ملاعبة أو استهزاء: طلقني، فيقول لها لاعبا أو مستهزئاً: طلقتك<sup>4</sup>.

ومنه نستنتج أنه يجب أن يكون الطلاق نابعاً من إرادة الزوج ويكون متيقناً ومقتنعاً للفظ الذي يتلفظ به، ويكون مدركاً أنه يحل الرابطة الزوجية، وبذلك يكون قد أوقع الطلاق، وأن لا يكون تحت ضغط مثلاً كالتهديد.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 22\_225 .

<sup>2</sup> - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص 538 .

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 228 .

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 369 .

### ثانياً: شروط المطلقة

المطلقة هي التي يقع عليها الطلاق بعد زواجها بعقد زواج صحيح، وأهلية الطلاق بالنسبة للزوجة يجب أن يتوفر لوقوع طلاقها ما يلي:

- المرأة هي التي يقع عليها الطلاق، إذا كانت في حال زواج صحيح قائم فعلاً، ولو قبل الدخول، أو في أثناء العدة من الطلاق الرجعي<sup>1</sup>، أي لا يقع الطلاق على المرأة إلا إذا كانت محلاً له، وبأن تكون الحياة الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة، ولم تخرج عنه بطلاق أو فسخ أو حكم، ومثل هذه المرأة هي التي يقع عليها الطلاق<sup>2</sup>، فيشترط مع بقائها في عصمة زوجها. كما لا يقع الطلاق على الأجنبية ومثلها الموطوءة بملك اليمين، فلو طلق جاريتها لا يقع طلاقه لأنها ليست زوجته، ولو قال: هند بنت فلان طالقة قبل أن يتزوجها ثم تزوجها فإن طلاقه الأول يكون ملغى ويكون مالكا للطلقات الثلاث، ويلحق بالأجنبية امرأته التي طلقها طلاقاً بائناً ولم يجدد عليها عقداً، أما المرأة التي طلقها رجعيًا فإن طلقها وهي في العدة طلاقاً ثانياً فإنه يلحق بالأول، لأن الطلاق الرجعي لم يخرجها عن كونها زوجة له<sup>3</sup>.

- أن تكون في طهر لم يمسه فيه:

وجاء في تفسير السنة النبوية وأقوال الصحابة والتابعين وسائر المفسرين وفي الآيات القرآنية التي ورد فيها الطلاق، أن الطلاق يجب أن يكون في طهر لأنه الوقت الذي تبدأ فيه المطلقة عدتها كما أمر الله تعالى، ومن طلق زوجته وهي حائض فقد خالف شرع الله.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 370 .

<sup>2</sup> - طارق بن أنور ال سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار القمة- دار الإيمان، الإسكندرية، ص 29.

<sup>3</sup> - عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع (كتاب النكاح، كتاب الطلاق)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ص 250 .

ومما يجدر ذكره هنا أن النفاس يلحق بالحيض لأنه ليس طهرا ولا يحتسب من العدة، وإذا إلى حديث ابن عمر نجد أن النبي صل الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته حتى تطهر، ثم إذا بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرا من غير جماع<sup>1</sup>.

### ثالثا: صيغة الطلاق

الطلاق على ضربين، صريح وكناية، والكناية تنقسم إلى كناية ظاهرة وكناية خفية.

### أولا: اللفظ الصريح

هو الذي تتحل به العصمة ولو لم ينوي حله متى قصد اللفظ. وهو ينحصر في ستة ألفاظ دون غيرها، وهي :

- الطلاق بالتعريف: مثل علي الطلاق...
- الطلاق بالتكثير: علي طلاق...
- طلقت ( بالفعل ماضي، والتاء المضمومة ).
- تطلقتي ( بتشديد اللام المفتوحة وكسر التاء ).
- طالق ( اسم فاعل ).
- مطلقة ( اسم مفعول ).

وقد عد ما فيه هذه الصيغ من الصريح، لأنه مستعمل في القرآن الكريم<sup>2</sup>.

### ثانيا: الكناية:

هي كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ولم يتعارفه الناس في إرادة الطلاق. مثل قول الرجل لزوجته: الحقى بأهلك، اذهبي، أخرجي، أنت بائن، أنت بتة، أنت بتلة، أنت خلية، برية، اعتدي، استبرئي رحمك، أمرك بيدك، حبلك على غارك أي خليت سبيلك كما يخلى البعير في

<sup>1</sup> - عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الفكر، ص 382.386

<sup>2</sup> - الحبيب بن الطاهر، المرجع السابق، ص 53 .

الصحراء، وزمامه على غاربه، ونحوها من الألفاظ التي لم توضع للطلاق، وإنما يفهم الطلاق منها بالقرينة أو دلالة الحال<sup>1</sup>.

أما الكناية الخفية ما كانت دلالتها على الطلاق غير ظاهرة وهي ثلاثة أقسام: قسم يوجد فيه حروف الطلاق ولكن العرف لم يستعمله في إنشاء الطلاق مثل مطلوقة، والقسم الثاني يحتمل الدلالة على الطلاق مع بعد أنت حرة، أما القسم الثالث أن يكون بين اللفظ وبين الطلاق علاقة ما نحو كلي واشربي، وأدخلي، واسقني الماء، وغير ذلك من الألفاظ التي يقصد بها تطبيق زوجته<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: تعريف الطلاق العرفي.

يطلق مصطلح الطلاق العرفي على الطلاق الناجم عن الزواج غير المسجل، وهو الطلاق الذي يقع دون مستند رسمي يثبته، وموقف القانون الجزائري واضح، فهو لا يعترف بالطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، على عكس الشرع، فإنه يوقعه بالفعل منذ القدم، ولتوضيح أكثر سوف نعرض في هذا المطلب مفهوم الطلاق العرفي لغة واصطلاحاً وفي القانون الجزائري.

### الفرع الأول: تحديد معنى العرف

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف مصطلح العرف لغة في معاجم اللغة العربية ثم نوضح معناه الاصطلاحي فقها وقانوناً.

#### أولاً: العرف لغة :

- جاء في المعجم الوجيز العرف، المعروف، وهو خلاف النكر. وما تعارف عليه الناس في عاداتهم و معاملاتهم<sup>3</sup>.

- و عرفه ابن فارس: العرف عرف الفرس. وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 380 .

<sup>2</sup> - عبد الحمان الجزيري، المرجع السابق، ص ص 291\_290 .

<sup>3</sup> - إبراهيم مذكور، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية و التعليم، سنة 1994، ص 415.

ويقال: جاء القطار عرفا عرفا، أي بعضها خلف بعض.<sup>1</sup>

ولفظ العرف في اللغة يطلق على عدة معان، منها ما جاء في لسان العرب: "العرف والمعارفة والمعروف واحد: ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه"<sup>2</sup>.

### ثانياً: تعريف العرف اصطلاحاً

أما اصطلاحاً فله عدة تعريفات منها:

" ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقيه الطبائع السليمة بالقبول".

هذا التعريف جاء جامعاً لما يصدق عليه العرف بمعناه الشرعي، فقوله "ما استقرت النفوس عليه" فيه إشارة على أن السند هنا ليس نصاً شرعياً، بل ما سار الناس عليه وآفوه قولاً أو عملاً، يرجع في اعتباره موافقته لمنطق العقل وسلامة الطبع، وهو بذلك يقر العرف الصحيح فقط، لأن غير الصحيح وإن عد من الأعراف إلا أنه لا يقوم سنداً لحكم شرعي. وفي شريعة الإسلام الفطرة السليمة تطابق الأحكام الشرعية<sup>3</sup>.

### 1) تعريف العرف في الفقه الإسلامي:

في الاصطلاح الفقهي عرف بأنه: "عادة جمهور قوم في قول أو عمل".

ومن ثم سمي أيضاً "عادة" و "تعاملاً"<sup>4</sup>.

بمعنى أن العرف هو العادة التي إعتاد على فعلها أو قولها مجتمع معين.

<sup>1</sup> - أبي حسين احمد بن فارس بن زكريا، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 281.

<sup>2</sup> - ابن المنظور، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 239 .

<sup>3</sup> - شهرزاد بوسطلة، إعمال القواعد الفقهية في منازعات الأحوال الشخصية، قاعدة العادة المحكمة، مداخلة مقدمة للمشاركة في مؤتمر العرف وأثره في الممارسة القضائية في مجال الأحوال الشخصية، الجلفة، ص 7 .

<sup>4</sup> - مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم دمشق، ص 141-142 .

## (2) تعريف العرف في القانون:

العرف يوجد و يولد في الجماعة مباشرة ويتكون أول الأمر من حل معين يطبق في نزاع معين، ثم يتبع هذا الحل كلما عرض نفس النزاع، حتى تستخلص من ذلك سنة متبعة باطراد في هذا الصدد<sup>1</sup>.

## (3) مدلول الطلاق العرفي:

ومما سبق يمكن القول أن الطلاق العرفي هو: " هو ذلك الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج ساحة القضاء و قبل اللجوء إليه"<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: أسباب الطلاق العرفي.

يأتي الطلاق العرفي نتيجة الزواج غير المسجل و الذي يسمى بالزواج العرفي، وهو عقد شأنه كشأن سائر العقود، وهو عقد رضائي بين الرجل و المرأة، إلا أنه في أغلب الأحيان يتصف هذا الزواج بالسرية التامة حيث لا يتم إشهاره.

وعليه سنقوم في هذا الفرع بالتعريف بالزواج غير المسجل أولاً، ثم الطلاق بالإرادة المنفرد للزوج الواقع خارج المحكمة ثانياً.

## أولاً: الزواج غير المسجل.

## (1) تعريف الزواج العرفي:

يطلق الزواج العرفي على عقد الزواج الذي لم يوثق بوثيقة رسمية، وهو نوعان:

**1. نوع يكون مستوفياً للأركان والشروط:** وهذا النوع الأول يكون عقداً صحيحاً شرعاً يحل به التمتع، وتتقرر الحقوق للطرفين والذرية الناتجة منها، وهذا هو النظام الذي كان سائداً قبل أن توجد الأنظمة الحديثة التي توجب توثيق العقود<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الدكتور حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون يوجه عام، منشأة المعارف الإسكندرية، القسم الأول، ص 247 .

<sup>2</sup> - بوجمعة حمد، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 10، ص 766 .

<sup>3</sup> - عبد رب النبي على الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل، دار الروضة للنشر والتوزيع القاهرة، ص 38.

ويعرف رجال القانون الزواج العرفي بأنه زواج غير موثق يتم بالإيجاب والقبول بين الطرفين-الزوج و الزوجة- من خلال ورقة عرفية. ولكن يعاب عليه عدم توثيقه وتسجيله<sup>1</sup>.

## 2. أما النوع الثاني من الزواج العرفي له صورتان وهما كالآتي:

**الصورة الأولى:** يكتب الرجل بينه وبين المرأة ورقة عرفية يقر فيها أنها زوجته، ويقوم اثنان بالشهادة على هذه الورقة، وهذه الصورة تفقد معظم شروط الزواج الشرعي الصحيح، فهي تفقد أهم الشروط ألا وهو وجود الولي وكذلك الإشهار والبينة التي أمر بها الشرع.<sup>2</sup>

**أما الصورة الثانية:** يتم عقد الزواج باتفاق خاص، بالإيجاب والقبول بين الطرفين مع حضور شاهدين غير حقيقيين، غالبا يكونان مستأجرين، أو من أصدقاء الزوجين، مع عدم الإعلان والإشهار، بل بسرية تامة بينهم، وبدون علم الولي والأسرة وسائر الأصدقاء.<sup>3</sup>

ومن الصورتين السابقتين يمكننا أن نستنتج أن الزواج العرفي في غالبية الأحيان يكون في سرية تامة عن الأهل والأصدقاء، وتحرر الوثيقة العرفية سواء بحضور الولي والشاهدين أو بدونهما.

## 3. تعريف علماء الشرع للزواج العرفي:

يقول علماء الشرع أن الزواج العرفي: السليم من ناحية الشرعية المتعارف عليه منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة (رضوان الله عليهم أجمعين)، "هو الذي يتم بالإيجاب والقبول من طرفين مع مباشرة الولي لعقد الزواج، - لمن تحت ولايته- مع حضور شاهدين عدل يوقعان على عقد زواج مع اعل وإشهار هذا الزواج وعلم الناس به"، وإن كان يعاب عليه من الناحية القانونية عدم توثيقه رسميا، لأن مسألة التوثيق لم تكن معروفة أيام الصحابة.

من خلال هذا التعريف يتضح لنا شروط انعقاد الزواج العرفي، والمتمثلة في:

<sup>1</sup>- فارس محمد عمران، الزواج العرفي (و صور أخرى للزواج غير الرسمي)، مجموعة النيل العربية، الطبعة الأولى، ص 20.

<sup>2</sup>- جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، ص 88.

<sup>3</sup>- أحمد بن يوسف ابن احمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته وأحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به، دار العاصمة،

الطبعة الأولى، ص 90.

1. الولي.
2. شرط الشهادة "شهود العدول".
3. الإعلان و الإشهار<sup>1</sup>.

ولقد نصت المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله في الحالة المدنية».

أما إذا كان قد سبق للشخص أن أبرم عقد زواجه « بالفاثحة » على يد « طالب » وبحضور جماعة من المسلمين، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ما دام الزواج بالفاثحة ما يزال معمولاً به عرفاً، فإنه ليس أمام هذا الشخص من سبيل لإثبات هذا الزواج إلا باللجوء إلى المحكمة.<sup>2</sup>

#### ثانياً: أسباب الزواج العرفي:

لقد تعددت الدوافع والبواعث التي أدت إلى انتشار الزواج العرفي، كما أن الظروف المحيطة بالشخص تكون عاملاً أساسياً في دفع فئة الشباب أو غيرهم للتوجه نحو الزواج غير المسجل، وهذه الأسباب يمكن حصرها فيما يلي:

#### أولاً: الأسباب الاجتماعية:

1) مشكلة التعدد : أباح الشرع للرجل أن يتزوج بأربع في وقت واحد، يقول تعالى: " إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"<sup>3</sup>. إلا أن بعض الأنظمة والقوانين تمنع التعدد أصلاً وتعاقب عليه، فيلجأ الرجل هنا إلى الزواج غير المسجل.

<sup>1</sup> - فارس محمد عمران، المرجع نفسه، ص 22.20 .

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، ص 143 .

<sup>3</sup> - النساء ﴿03﴾.



- (2) سن الزواج : قد يكون سن الزواج سببا للزواج العرفي، كأن تحدد الدولة سنا معيناً للزواج ، ولا تسمح بالزواج قبل هذا السن فيلجؤون إلى الزواج غير المسجل.
- (3) النظرة إلى الفروق الاجتماعية والثقافية بين الزوجين: كأن يكون أحدهما غنيا والآخر فقيراً، أو يكون أحدهما متعلماً والآخر غير متعلم.<sup>1</sup>

#### ثانياً: الأسباب الاقتصادية:

- (1) المغالاة في المهور.
- (2) زيادة أعباء وتكاليف الزواج إلى حد الإرهاق.
- (3) البطالة وتقلص فرص العمل.
- (4) انتشار الشقاق المفروشة ساهمت بشكل كبير في انتشار الكثير من صور الزواج العرفي الذي يراد فقط للمتعة.<sup>2</sup>
- ومما سبق يمكن أن نستخلص أسباب أخرى بصفة عامة وتتمثل في:
1. كثرة الاختلاط بين الرجال والنساء في أماكن العمل والأماكن العامة .
  2. عدم التمسك بالقيم الإسلامية.
  3. كثرة تبرج النساء.
  4. سيطرة العادات الأجنبية على فئة الشباب من خلال وسائل الإعلام و الاتصال.
  5. شعور الأبناء بقلّة العاطفة داخل الأسرة لانشغال أوليائهم.

#### ثالثاً: المشاكل الناتجة عن الزواج العرفي:

1. اختلاط الأنساب.
  2. ضياع الأطفال.
  3. ضياع الحقوق المالية للزوجة.<sup>3</sup>
- وغيرها من مشاكل الأخرى التي لم نتطرق إليها.

#### رابعاً: حكم الزواج العرفي :

<sup>1</sup> أحمد بن يوسف ابن احمد الدريويش: المرجع سابق ، ص 87-85

<sup>2</sup> عبد رب النبي على الجارحي، المرجع سابق، ص 58\_59 .

<sup>3</sup> جمال بن محمد بن محمود : المرجع سابق، ص100.

يرى رجال الشرع أن الزواج العرفي بصورته الشائعة خاصتا في المجتمع المصري، والذي يتم في سرية تامة بعيدا عن أعين الأهل والأقارب يفتقد لأركان وشروط عقد الزواج الشرعي الصحيح. ويترتب على افتقاده للشروط بطلانه وعدم صحته شرعا، وإن من أهم ما يفتقده الزواج العرفي من أركان وشروط الزواج الشرعي: الولي والشهود العدول والإعلان والإشهار.

ومن ناحية مقاصد الزواج الشرعية فهو لا يحقق أي مقاصد مثلى شرعها الله لتحقيق الأهداف الاجتماعية أو الهدف الحقيقي من وراء الزواج الصحيح.<sup>1</sup>

**الفرع الثالث: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (خارج المحكمة).**

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو الذي يظهر الرغبة في طلاق زوجته لسبب من الأسباب الشخصية أو الشرعية أو الاجتماعية، وسبب الطلاق بهذا المعنى يعتبر من صنع الزوج ولا دخل للزوجة فيه، ولكن لا تكون له أي قيمة قانونية إلا إذا وقع بين يدي القاضي وتبعاً لدعوى يرفعها الزوج أمام القاضي مرفوقة عادة ببيان الأسباب.<sup>2</sup>

رغم أهمية الموضوع الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه النقطة في قانونه، إذ أنه نص صراحة على طرق انحلال الرابطة الزوجية في نص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: " تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة" كما أنه نص في المادة 48 من نفس القانون على أنواع الطلاق دون أن يتطرق أيضا إلى الطلاق الواقع خارج المحكمة. وكذلك الأمر بالنسبة إلى مشكلة الطلاق العرفي، لم يتطرق إليه المشرع الجزائري مما أثار إشكاليات عدة في ساحة القضاء.

كما أنه يرجوعنا إلى الشريعة الإسلامية، نجد أن الشرع قد اعتد بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة، وتبدأ عدة المرأة المطلقة من وقت تلفظ الزوج بطلاق، وكذلك هو الأمر بالنسبة للطلاق العرفي يعتد به شرعا، إذ أنه سابقا لم تكن توجد محاكم لتوثيق عقود الزواج و الطلاق.

<sup>1</sup> فارس محمد عمران : المرجع سابق، ص 25.54

<sup>2</sup> - زواري مليكة، الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سعيدة، 2007\_2006 ، ص 9 .

ومن خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم...» يفهم إن طلاق الزوج الذي يوقعه بإرادته خارج ساحة القضاء لا يعتد به، ذلك إن الطلاق لا يثبت إلا إذا صدر بحكم قضائي، فإن لم يكن صادر بحكم قضائي لا يعتد به من حيث تاريخه. فالقاضي لا يعتبر نائب عن الزوج في إصدار الطلاق أبداً، بل المصدر للطلاق هو الزوج.

وهو ما أكدته المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري: « ... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة...» لكن تاريخ سريان هذا الطلاق هو تاريخ إثباته بحكم قضائي<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: مشروعية الطلاق والحكمة منه.

عقد الزواج في الأصل دائم، لأن الله سبحانه وتعالى أعطاه مكانة وقداسته لذلك يجب المحافظة على هذه الرابطة الزوجية لاستمرار الحياة الزوجية، وتحقيق الهدف المراد منها، إلا أنه في بعض الأحيان، تعرف هذه الرابطة عجزاً أو فشلاً يعيق الاستمرار فيها، لذلك سمح الشرع بفك هذه الرابطة المبنية على المودة والرحمة. لكي لا تتحول إلى كره وبغض، وفي هذا المطلب سنتناول مشروعية الطلاق في الفرع الأول و الحكمة منه في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: مشروعية الطلاق .

كما ذكرنا سابقاً أن الله قد شرع الطلاق للضرورة خشية تحول الحياة الزوجية من السكينة والطمأنينة إلى خوف وقلق. ومنه سنعرض في هذا الفرع مشروعية الطلاق في القرآن والسنة والإجماع.

<sup>1</sup> - بوجمعة احمد، المرجع السابق، ص 767 .

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

فمن القرآن قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ، فإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>1</sup>. وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾<sup>2</sup>.

نلاحظ في السورة الأولى فيها تبيان لعدد الطلقات وفي السورة الثانية بيان لعدة المطلقة.

فمن السنة : روى أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم: " عن ذلك فقال له رسول الله: "مره فليرجعها ثم ليطلقها إذا طهرت أو هي حامل". وأجمع المسلمون على جوازه، ودل القياس عليه كذلك، لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين، ولم يعد في الاستطاعة دوامها يكون بقاء الزواج بإمساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويت للفائدة المنشودة من الزواج، و تضييع لمصالح التي شرع لأجلها.

### الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق

من المعلوم أن الله تعالى شرع الزواج لتحقيق مقاصد سامية لتؤتي ثمرتها المرجوة الطيبة، إذا حسنت العشرة بين الزوجين، وعمت روح المحبة والمودة نفوسهما، وترابطت قلوبهما، ورفرف علم الصفاء عليهما. وقد حث سبحانه على أن يدوم هذا الحال بين زوجين. فدعى في كثير من آياته كلا من الزوجين إلى حسن المعاشرة، وأرشد إلى عدم التأثر بما يعترض حبل المودة من هفوات، وطالب بعدم مسايرة النزعات النفسية<sup>3</sup>.

وهنا تظهر الحكمة في تشريع الطلاق وهو الحاجة إلى الخلاص من تباين الأخلاق، وطراً البغضاء الموجبة لعدم إقامة حدود الله تعالى، فكان تشريعه رحمة منه سبحانه وتعالى، باعتبار الطلاق علاج حاسم وحل نهائي لما استعصى حله على الزوجين بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> البقرة ﴿229﴾.

<sup>2</sup> الطلاق ﴿1﴾.

<sup>3</sup> بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، بحث تحليلي و دراسة مقارنة، دار التأليف، ط2، 2013، ص 21.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص358.

ولم يكن الإسلام شغوفاً بالطلاق، وإنما شرعه علاجاً للحياة الزوجية المضطربة والمتفككة، وحلاً وسطاً لتحقيق الرغبات. ذلك لأن البقاء على الحياة الزوجية رغم ما أصابها من وهن وضعف وشدة، وسد الأبواب دون التخلص منها، من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة، وعاملاً من عوامل الزيغ والانحراف إلى السلوكيات البغيضة.<sup>1</sup>

ويفهم من سياق الحديث السابق، أن الله سبحانه عز وجل شرع الطلاق للمحافظة على قداسة الرابطة الزوجية، وحماية لكلا الطرفين من الانحراف والوقوع في المحرمات والمعاصي نتيجة الضغط الذي يعيشان فيه معاً، فكان من الأفضل التفرقة بينهما على أمل أن يجد كل طرف مبتغاه في جهة أخرى.

### المبحث الثاني: الطلاق العرفي في التشريع الجزائري.

رغم أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي الواقع خارج ساحته القضائية، وكان صارماً فيما يخص موضوع الطلاق، مثلما جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، ولم يرق بسن قوانين لتفادي مثل هذه المشاكل التي أصبحت الآن منتشرة بكثرة، رغم أن هذه الظاهرة جديدة على المجتمع الجزائري لأنه مجتمع محافظ. إلا أن القضاء لم يبقى ساكناً، بل اجتهد لإيجاد الحلول المناسبة للقضايا المعروضة عليه.

و منه سنعرض في هذا المبحث الطلاق العرفي في التشريع الجزائري و الذي قسمناه على النحو التالي:

### المطلب الأول: الطلاق العرفي في النصوص القانونية.

نصت المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري على: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيل يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 211 .

<sup>2</sup> - الأمر 02-05 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة، ج، ر، ع 15.

من خلال المادة السابقة ذكر يتبين لنا أن المشرع الجزائري يقر بوجود الزواج العرفي، إلا أنه لا يرتب أثاره إلا بعد تسجيل الزواج بعد رفع دعوى لإثبات الزواج العرفي، ليتمكن أطراف الدعوى بعد ذلك من رفع دعوى أخرى تتعلق بالطلاق.

للوهلة الأولى يفهم من سياق **المادة 49** من قانون الأسرة الجزائري أنه فقط مسألة الإثبات هي التي تبقى خاضعة للقضاء، إلا أن وقوع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج ساحة القضاء كما ذكرنا سابقا، ولكن بالرجوع إلى مواد قانون الأسرة نجدها تعتبر أن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وإن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي وإن الطلاق بائن رغم أنه يعد انطلاقة لبداية احتساب العدة وبالتالي فإن المراجعة تكون قبل صدور الحكم بالطلاق أي أثناء محاولة الصلح<sup>1</sup>.

إلا أن نص هذه المادة قد أثار إشكالية، سببها الاختلاف في فهم نصها، واختلف في تفسيرها وتأويلها الكثير من الآراء: فمن قائل أن المشرع الجزائري لا يعتبر الطلاق ولا يعترف به إلا إذا كان قد وقع في ساحته وصرح به الزوج أمام القاضي، وصدر بخصوصه حكم قضائي يقضي به، أي أن حكم القاضي منسئ للطلاق، وعلى هذا التفسير الكثير من الفقهاء الذين تصدوا لشرح هذه المسألة، ومن بينهم **بلحاج العربي** الذي يرى أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة، وكذلك الأستاذ **فضيل سعد**، وكذلك الأستاذ عمر الذي يرى أن الطلاق لا يقع إلا أمام الجهة الرسمية، وإن الطلاق لا يقع إلا بصدور حكم قضائي وغيرهم كثير من الباحثين...<sup>2</sup>

على أن هناك فريقا آخر من الفقهاء و الباحثين على قلتهم قالوا بأن الطلاق حق للزوج كما نصت **المادة 48** من قانون الأسرة الجزائري، فلا يجوز للقاضي أن يصدر الطلاق نيابة عن الزوج، ولكن دور القاضي ينحصر في الكشف عن الطلاق الواقع من طرف الزوج و إثباته من خلال حكم قضائي.

<sup>1</sup> - قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية، دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة، مذكرة

التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، 2001\_2004، ص ص 7\_8.

<sup>2</sup> - بوجمعة حمد، المرجع السابق، ص ص 766\_767.

فلو أخذنا بحرفية نص المادة 49 واعتبرنا أن الطلاق الذي يعترف به المشرع وينتج جميع آثاره هو ذلك الطلاق الذي يصرح به الزوج أمام القاضي وليس الطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء، وإن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، فإننا نجد أن الطلاق الرجعي، لا يعترف به المشرع

ذلك أن نص المادة 50 جاء فيه: « من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد».

فلو قلنا أن الطلاق لا ينتج أثره و لا يعترف به القانون إلا إذا ثبت بحكم قضائي، فإن معنى قوله من راجع زوجته لا يقصد به المعنى الاصطلاحي للمراجعة، وهي التي تكون بعد طلاق لم تنته عدته، بل المقصود هو المعنى اللغوي للمراجعة فقط، ويكون المعنى: أن الطلاق لم يتم بعد مع أنه طلقها حقيقة، ذلك أنه لم يتم الحكم به، وجلسات الصلح لا زالت قائمة، فللزوج أن يراجع زوجته إذا صالحها قبل صدور الحكم بالطلاق بلا عقد جديد. ويفهم منه أن المشرع الجزائري لا يفرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن، وهو الطلاق الذي نصت عليه المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري.

كذلك لو أخذنا بحرفية نص هذه المادة نجد أن ابتداء احتساب العدة لا يكون إلا من اليوم الذي ثبت فيه الحكم بالطلاق، ومن المعلوم أن الرجل قد يكون طلق زوجته قبل التصريح بالطلاق أمام القاضي.

كذلك لو كانت المرأة حاملا وطلقها ولم يصطلح معها و صدر الحكم القضائي بالطلاق، فالقانون يفرض على الزوج إذا أراد مراجعتها أن يتم ذلك بعقد جديد، وكان حكم القاضي بإثبات الطلاق منع من المراجعة وجعل الطلاق بائنا، وهذا مخالف للشريعة الإسلامية قطعا<sup>1</sup>، فالله تعالى يقول: « وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- بوجمعة حمد، المرجع السابق، ص 768\_767.

<sup>2</sup>- الطلاق ﴿ 4 ﴾ .

فإن كانت الزوجة حاملا فإن عدتها تنتهي بوضع الحمل، و للزوج أن يرجعها في أي وقت ولو حكم القاضي بالطلاق إلى أن تضع حملها<sup>1</sup>.

ولقد اقترح الأستاذ بن شويخ تعديل نص المادة 49 لأن تفسيرها مخالف للأحكام الشرعية 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 يثبته من تاريخ وقوعه.

على كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ"<sup>2</sup>.

ولقد نصت المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005. على أن يتم عقد الزواج أمام الموثق، أو أمام أي موظف مؤهل قانونا. مع مراعاة ما ورد في المادة 9 و المادة 9 مكرر من هذا القانون. ونصت الفقرة 3 من المادة الثالثة من قانون الحالة المدنية الصادر عام 1970 بموجب الأمر رقم 70-20 على أن يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج. كما نصت المادة 71 منه على أن يختص بتحرير عقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي(الموثق) الذي يقع في دائرة إختصاصه موطن أو محل إقامة طالبي الزواج.

ومن خلال قراءة و إعادة قراءة هذه النصوص و تحليلها تحليلا مختصرا. و مبسطا يتضح لنا أن المشرع الجزائري حصر وظيفة أو صلاحية تحرير و توثيق عقود الزواج بين شخصين إثنين هما الشخص الذي يتمتع بصفة الموثق. والشخص الذي يكلفه أو يؤهله القانون

<sup>1</sup> - بوجمعة حمد، المرجع السابق، ص 768.

<sup>2</sup> - بريبر محمد، وقوع الطلاق وثبوته في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، جامعة الجزائر 1، مجلة آفاق للعلوم المجلد 5، العدد 2، ص 269



صراحة بتحرير و توثيق عقد الزواج باعتباره عقدا دينيا و مدنيا في نفس الوقت حسب معتقدات و ثقافة الجزائريين<sup>1</sup>.

ومعنى هذا الكلام، هو أن تحرير عقد الزواج من شخص غير موثق وغير ضابط الحالة المدنية وغيرهما من المؤهلين قانونا يعتبر تحريرا غير قانوني ولا يحتج بهذا العقد أمام الجهات الإدارية أو القضائية الجزائرية.

كما نصت المادة 18 سابقة الذكر على وجوب أن يلتزم هؤلاء بمراعاة ما ورد بالنص عليه في المادتين 9-9 مكرر من هذا القانون. وهو أنه يوجب على كل واحد منهم أن يتحقق من توفر ركن الرضا. و توفر الشروط القانونية لبناء العقد. كما يجب على كل واحد منهم عند مباشرة تحرير عقد الزواج أن يلتزم بمراعاة أن يتقدم كل واحد من الزوجين بالمستندات و الأوراق المنصوص عليها في مادة 74 من قانون الحالة المدنية<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: في الإجتهد القضائي .

إن انعدام وجود نص صريح يحل المسائل المعروضة على المحاكم، دفع بالقضاة إلى الاجتهاد في النزاعات التي لم يتطرق المشرع إليها أو لم يعطي حلول بخصوصها، وهنا يعتمد القضاء على نفسه ويجتهد في إيجاد الحلول المناسبة.

رغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي، إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي، ونجد أن كلا من محكمة البويرة و وكذا محكمة الجلفة تعملان على إثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها بسماع الأطراف وكذلك الشهود.

ومن أمثلة ذلك عدة أحكام صادرة عن محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس تصب في هذا الغرض وأهمها قرار رقم 99/19 الصادر بتاريخ 1999/01/30.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، 2011، دار هومة، ص 69 .

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص70.

والذي صدر إثرر إستئناف حكم قضى بالإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين خلال شهر أوت 1996 وإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ 40.000 دينار جزائري عن الطلاق التعسفي و مبلغ 10000 دينار جزائري نفقة عدة ومبلغ 1000 دينار جزائري نفقة إهمال للابن تسري من تاريخ 1998/06/01 إلى غاية النطق بالحكم وإسناد حضانة الإبن لأمه<sup>1</sup>.

وقد كان قرار المجلس بتأييد الحكم مبدئياً مع تعديله بحذف مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي. وتجدر الملاحظة أن حذف التعويض لم يكن لعدم جوازه، بل لكون أن الزوجة قد اعترفت بوجود إتفاق بينها وبين الزوج على الطلاق، وبالتالي فقد أسسوا قرارهم على أساس المادة 442 وما بعدها من القانون المدني، واعتبروا أن الصلح ينهي النزاع.

وفي حقيقة الأمر أن الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى بنا إلى مشاكل عويضة، خاصة أن المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي و سكت عن إثبات الطلاق العرفي<sup>2</sup>.

وقد تضمن القرار الصادر بتاريخ 1995/10/24 دعوى إثبات الزواج الطلاق العرفي بحكم واحد حيث جاء فيه: "إذا توفرت الأركان الشرعية في الزواج، يجوز للقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في الحكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي"<sup>3</sup>.

وقد صدر عن مجلس قضاء الجلفة القرار رقم 178/2002 بتاريخ 2002/10/26 بين ر. عبد القادر و. ج زوبينة والذي قضى بتأييد حكم القاضي علنيا حضوريا نهائياً بالنسبة للطلاق وابتدائياً بالنسبة لما سواه بالإشهاد على صحة الزواج العرفي بين كل من ر. عبد القادر

<sup>1</sup> - قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 13 .

<sup>2</sup> - قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 13 .

<sup>3</sup> - ابتسام محاتفي، الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص أحوال الشخصية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2017\_2016، ص 50.

والمسماة ج. زوينة الحاصل سنة 1994 وكذا الإشهاد على صحة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين سنة 1996.

وأيضاً قرار المحكمة العليا رقم 216850 الصادر بتاريخ 1999/02/16، والذي جاء في المبدأ الثاني منه أنه من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء.<sup>1</sup>

### ملخص الفصل:

تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق الذي شرعه الله سبحانه عز وجل بالكتاب والسنة، وأباحه لحماية الأسرة من كثرة المشاكل التي تؤدي بأحد أفرادها إلى الفساد وتجعله يرتكب المعاصي، فهو حق شرعي يوقعه الزوج إذا كان أهلاً له وفقاً لشروط معينة، على زوجة تكون محلاً له عن طريق عقد زواج صحيح، ويجب على الزوجة أن تقوم بقيام الزوجية الصحيحة ليقع عليها الطلاق، حتى وإن كان الطلاق قد وقع خارج ساحة القضاء، إلا أن المشرع الجزائري لا يعترف بهذا الطلاق إلا إذا كان الطلاق صادر بحكم قضائي، وكذلك الأمر بالنسبة للطلاق الواقع نتيجة الزواج العرفي فإن المشرع الجزائري لا يعتد به، إلا إذا تم تسجيل حكم تثبيت عقد الزواج في سجل الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، وهذا ما نص عليه في المادة 22 (معدلة) من قانون الأسرة الجزائري، ويكون عن طريق رفع دعوى إثبات الزواج العرفي للتمكن بعد ذلك من إثبات الطلاق العرفي.

<sup>1</sup> قسنطيني حدة، المرجع نفسه، ص 14 ص 24

# الفصل الثاني

## إجراءات إثبات الطلاق

### العرفي وآثاره

لا يكون انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق باللفظ الذي يتلفظ به الزوج أمام زوجته فقط، بل لا بد من إثبات نية ورغبة هذا الزوج فعلا في إنهاء عقد الزواج الذي يربطه بالمرأة المراد تطليقها، وأنه كان فعلا ينوي الطلاق ولم يكن مجرد كلمات تلفظ بها. فمثلا أن عقد الزواج يتم بشكليات وشروط معينة لا بد من توافرها شرعا وقانونا ليكون الزواج صحيحا ويتم من خلالها إبرام عقد الزواج، كذلك فإن انحلال هذه الرابطة الزوجية وإنهاء عقد الزواج بالطلاق يجب أن يكون بشكليات وشروط يجب توافرها واحترامها كذلك. وكما أنه يترتب على عقد الزواج آثار مقررة شرعا وقانونا كالنفقة والحضانة وإثبات النسب والميراث... الخ، فهل هذه الآثار تبقى مستمرة ومقررة بعد فك الرابطة الزوجية وإنهاء عقد الزواج، أم هل أن هناك آثارا أخرى تترتب عن الطلاق وتتعلق به وحده؟ وهل هذه الآثار مقررة شرعا فقط أم أن القانون أقرها في نصوصه كذلك؟

هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين، حيث سنتطرق في المبحث الأول إلى إثبات الطلاق العرفي وفي المبحث الثاني إلى آثار الطلاق العرفي. المبحث الأول سنتكلم فيه عن إثبات الطلاق، حيث سنتطرق الى اجراءات إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ثم إلى إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في التشريع الجزائري ، وأخيرا الى إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية. أما المبحث الثاني سنتكلم فيه عن آثار الطلاق العرفي، حيث سنتطرق الى العدة، النفقة ومتاع بيت الزوجية، الحضانة، ثم التعويض عن الطلاق.

## المبحث الأول: إثبات الطلاق العرفي

تختلف إجراءات اثبات الطلاق العرفي عن الطرق المعروفة في الطلاق العادي الواقع في الزواج المسجل وسبب هذا الاختلاف هو أن الزواج العرفي غير موثق لدى المحكمة فإثبات وقوع الطلاق يخلق مشكلة للقضاة وخصوصا أنه لم يرد نص قانوني بخصوصه.

وعليه فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول اجراءات إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وفي المطلب الثاني إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في التشريع الجزائري. أما في المطلب الثالث إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية.

### المطلب الأول: اجراءات إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري

لا يعترف المشرع الجزائري بالطلاق العرفي، فقبل إثبات هذا الأخير يجب إثبات الزواج اذا لم يكن مسجلا في سجلات الحالة المدنية بحكم قضائي كما جاء في نص المادة 22 من قانون الاسرة الجزائري<sup>1</sup>.

و سنتطرق في هذا المطلب إلى إجراءات دعوى تثبيت الطلاق العرفي في الفرع الأول أما بالنسبة للفرع الثاني فسيكون حول الطبيعة القانونية للحكم المثبت للطلاق.

### الفرع الأول: إجراءات دعوى تثبيت الطلاق العرفي

تخضع دعوى الطلاق مهما كان نوعها إلى اجراءات خاصة مأخوذة من القواعد العامة المنصوص عليها في بقانون إجراءات المدنية والإدارية بقسم خاص، بالإضافة إلى ما نص عليه قانون الاسرة الجزائري ، وتتم هذه الإجراءات كما ما يلي:

### أولاً- دعوى الطلاق:

1- رفع دعوى الطلاق : ترفع دعوى الطلاق الرامية الى تثبيت الطلاق العرفي الذي تم خارج المحكمة بتقديم عريضة من المدعي او محاميه<sup>2</sup>، مراعيًا فيها الأوضاع القانونية والشكلية

<sup>1</sup> المادة 22 من قانون الاسرة الجزائري: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ، يجب تسجيل حك تثبيت الزواج بسعي من النيابة العامة " .

<sup>2</sup> المادة 14 "... ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف."

المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتكون مؤسسة موضوعا بموجب نصوص قانونية من قانون الاسرة الجزائري، بالإضافة إلى ضرورة مراعاة الاختصاص الإقليمي والنوعي بحيث ترفع الدعوى إثبات الطلاق العرفي أمام المحكمة المختصة حسب المادة 37 من قانون الاجراءات المدنية والادارية . وحسب المادة 42 الفقرة 2 منه فان دعوى الطلاق ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر مسكن الزوجية.<sup>1</sup>

عادة ما ترفع دعوى الطلاق من قبل الزوج، غير أنه في دعوى الطلاق العرفي ترفع الدعوى من صاحب المصلحة الذي قد يكون الزوج أو الزوجة أو الورثة، ويراعي القاضي مدى توافر الشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية بنص المادة 13 منه والتي تخص توافر الاهلية والصفة والمصلحة.<sup>2</sup>

-الأهلية: عرفها القانون المدني بأنها "صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات"، والأهلية في الاصطلاح القانوني على نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء.<sup>3</sup>

وفي مجال الخصومات الزوجية، فان المقصود بالأهلية هو أهلية التقاضي في موضوع نزاعهما، ويجب أن يكون الشخص المتقاضي بالغاً لسن الرشد المدني 19 سنة من العمر كاملة وفقاً لما نصت عليه المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري ، متمتعاً أيضاً بقواه العقلية وألا يكون محجوراً عليه ، لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل دعوى من شخص أو على شخص فاقده الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني، 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 أن

<sup>1</sup>. تنص المادة 42 الفقرة 2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية : " في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة،

النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن."

<sup>2</sup>. الغوثي بن ملح، **القانون الجزائري**، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2000، ص 243.

<sup>3</sup>. الغوثي بن ملح، **المرجع نفسه**، ص 243.

يطلق زوجته، وطالما أن قانون الأسرة لم يتعرض لهذه المسألة ، فان اللجوء إلى القضاء مسألة إجرائية.<sup>1</sup>

- الصفة: المقصود بها هو أن يكون صاحب الحق محل الاعتداء هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من أجل تقرير هذا الحق أو حمايته.<sup>2</sup>

وعليه فإن الصفة هي الوصف الذي يسحب على الأطراف فإذا رفعت الدعوى على غيري ذي صفة 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 تمنعه من استعمال حقه في الدعوى أمام القضاء ، ولذلك تباشر هذه الدعوى بواسطة ممثله القانوني، وفي هذه الحالة تثبت للممثل القانوني ما يعرف بالصفة الإجرائية.<sup>3</sup>

-المصلحة: بالنسبة لشرط المصلحة، فإنه بالنسبة للزوج أو الزوجة أو الورثة في حالة الطلاق العرفي فإنه من مصلحتهم إثبات وقوع الطلاق، وتظهر هذه المصلحة بصفة خاصة في دعاوى إثبات الطلاق العرفي وخاصة حالة إعادة الزوج الزواج، أو تزوج الزوج بأخت الزوجة أو بزوجة رابعة، أما بالنسبة للورثة فان مصلحتهم تتمثل في ثبوت الميراث من عدمه.<sup>4</sup>

2-وثيقة رفع الدعوى إلى المحكمة: ترفع دعوى الطلاق أمام المحكمة وفقا للطرق المنصوص عليها بالمادة 14 من قانون الاجراءات المدنية، التي نصت على: " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه،

<sup>1</sup>. قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup>. الغوثي بن ملحة، القانوني القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 236.

<sup>3</sup>. زودة عمر، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية ملقاة على الطلبة القضاة، الدفعة 12، لسنة 2001\_2002.

<sup>4</sup>. نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه".



بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف ". ويجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى مجموعة من البيانات المذكورة في المادة 15 من نفس القانون تحت طائلة عدم قبولها شكلا .

3- دور القاضي في تثبيت الطلاق العرفي: بعد تسجيل دعوى إثبات الطلاق وتقييدها لدى أمانة ضبط المحكمة في السجل المعد لذلك، وتحديد تاريخ أول جلسة لها وتبليغ الخصوم بها بواسطة تكليف بالحضور للجلسة ، يأتي دور القاضي في استكمال باقي الاجراءات كما يلي :

أ- إجراء جلسة صلح: يقوم القاضي باستدعاء الطرفين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط أو أثناء حضورهما الجلسة لتاريخ معين لإجراء الصلح أين يقوم بسماع كل منهما حول واقعة الطلاق المدعى بها والتأكد من إرادتهما.<sup>1</sup>

ب- إجراء التحقيق في واقعة الطلاق العرفي: لم ينص قانون الأسرة على هذا الإجراء في دعوى الطلاق لكونه لا يعترف بوقوع الطلاق أصلا خارج ساحة القضاء، إلا أنه ومع ذلك فإن المحاكم تعمل به، وهذا ما لاحظناه في كل من أغلب المحاكم، فالتحقيق يكون بصفة تلقائية من قبل القاضي دون الحاجة إلى طلبه من الخصوم، ويكون وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية و تحديدا وفقا لنص المواد من المادة 75 إلى المادة 81 منه.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحكم المثبت للطلاق

إن البحث في طبيعة الحكم المثبت للطلاق يقودنا إلى البحث أولا في أنواع الأحكام القضائية والتي تنقسم إلى أحكام تفريرية، أحكام منشئة، وأحكام إلزام، وكل حكم تقابله دعوى خاصة به. ثم البحث في طبيعة الحكم في حد ذاته فيما إذا كان حكما قضائيا بآتم معنى الكلمة أم لا يعدو أن يكون مجرد عمل ولائي.

ونعلم أنه وكما سبق بيانه فإن حق الطلاق المقرر للزوج هو حق إرادي، والحق الإرادي يعرف بأنه سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادة صاحبه ما دام ذلك يوافق القانون وبمجرد

<sup>1</sup>. نصت المادة 49 من قانون الأسرة على ما يلي " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ".

استعماله يترتب عليه الأثر القانوني، وهنا يجب تمييزه عن الحق الإرادي الذي لا يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني، إذ لا ينشأ هذا الأخير إلا بناء على ما يرتكبه الطرف الآخر للرابطة من إخلال بالتزاماته ، ومثالها حق الزوجة في التطلق.

ولذلك فإن طرق استعمال هذا الحق تختلف عن طرق استعمال الحق الإرادي الذي ولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني. إلا أنه ورغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء، وتبعاً لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانوناً، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق.

وقد جعل المشرع لهذا الحكم طبيعة الإنشاء لأنه ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين ويخلق وضعاً جديداً من تاريخ تصريح القاضي به.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: مضمون الحكم المثبت للطلاق

يحتوي الحكم المثبت للطلاق على قرار القضاء بحل الرابطة الزوجية، كما يفصل في طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد، كما يحدد من هو صاحب الحق في الحضانة وحق زيارة المحضون، ويفصل في النزاع القائم حول متاع بيت الزوجية، ويقدر تعويض المطلقة وإسكانها. وبالتالي فهذا الحكم يحتوي على شقين:

-أحدهما يتعلق بالطلاق بحد ذاته أي بذلك القرار الذي يقضي بفك الرابطة الزوجية والصادر من قاضي قسم شؤون الأسرة.

-أما الشق الثاني فهو الذي يتعلق بالجوانب المادية للطلاق، أي بتلك الآثار المترتبة على قرار فك الرابطة الزوجية ، مثل مسألة النفقة بالنسبة للمرأة أي نفقة العدة كذلك نفقة المحضون ومسألة إسناد الحضانة وحق الزيارة للمحضون، والفصل في النزاع المتعلق بمتاع بيت الزوجية، كذلك مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي والذي يكون فيه هذا الحكم ابتدائياً بخلاف الشق الأول المتعلق بالطلاق في حد ذاته والذي يكون في الحكم علنياً حضورياً نهائياً.<sup>2</sup> وهذا ما نصت المادة 57 من قانون الأسرة، التي اعتبرت أن "الأحكام الصادرة بالطلاق والتطبيق

<sup>1</sup>. زودة عمر، المرجع السابق، ص ص 99\_107.

<sup>2</sup>. بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري (الزواج الطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 362.

والخلع تكون قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، كما أن الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف ."

### المطلب الثاني: إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في التشريع الجزائري

لقد ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري لم يتناول في قانون الاسرة مسألة ترسيم الطلاق العرفي وإثباته، ولكن القضايا المطروحة على القضاة تلزمهم بالاجتهاد وإيجاد حلول للنزاعات التي تعرض أمامهم.

إن الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى الى ظهور بعض الإشكالات ، خاصة وأن المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق العرفي، فما هي أهم هذه الإشكاليات؟

#### الفرع الأول-حالة عدم تسجيل عقد الزواج

لقد اعترف المشرع الجزائري بوجود عقد الزواج العرفي وكل ما يترتب عنه من آثار كاملة من إثبات النسب والنفقة...الخ، إلا أنه في حالة وقوع الطلاق عرفيا لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله.

ومن ناحية أخرى فإن دعوى إثبات الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج، ومن ثم يجب على رافع دعوى الطلاق العرفي رفع دعوى تسجيل الزواج وإلحاق النسب. ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي بصفة مستقلة، لأنه لا يمكن تصور ثبوت طلاق في المحكمة دون وجود زواج مسجل.

#### الفرع الثاني: حالة إعادة الزوجين للزواج

##### أ-حالة إعادة الزوج للزواج

مثل هذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة ما إذا تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة، مثلا كأخت الزوجة أو الزواج بأكثر من أربعة، فهنا من الناحية الشرعية فالطلاق الواقع طلاق صحيح وفقا للسنة النبوية، إلا أنه من الناحية القانونية لم يقع الطلاق لأنه لم يثبت بحكم وذلك وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، فإذا سلمنا بعدم إمكانية إثبات الطلاق العرفي

بأثر رجعي فإن الزواج بعده يعد زواجا فاسدا، لذا يستحسن إثبات هذا الطلاق بأثر رجعي حتى يتسم الزواج الذي يليه بالصحة.

ب- حالة إعادة الزوجة للزواج

في هذه الحالة تطرح إشكالات كبيرة على المستوى القضائي والشرعي لذا لا بد من التمييز بين حالتين:<sup>1</sup>

- حالة المطلقة عرفيا من "زواج عرفي"

يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة للطلاق العرفي، ذلك أن المفروض أن الطلاق العرفي لا يمكن أن يكون في زواج رسمي إذ لا يقع الطلاق إلا بحكم وهو ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة، أما الزواج فيصح فيه الطلاق العرفي شرعا لا قانونا لأن الزواج عرفي، والمفروض أن هذه المسألة لا تطرح أي إشكال طالما أنه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق، إلا أن الإشكال يكمن في حالة وجود الأولاد، إذ ينبغي إلحاق نسبهم للزوج الأول مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسب الأولاد مع الإشارة إلى أن الزوجة على ذمة زوج آخر، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي وهنا حتى وإن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به.

- حالة المطلقة عرفيا من "زواج مسجل"

ونكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا، وتجدر الملاحظة أنه في هذه الحالة وحسب القانون الجزائري، فإنه يمكن متابعة الزوجة بجريمة الزنا، وذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، ومن ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد، وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية.

<sup>1</sup>. القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

وفعلا حدث ذلك بمحكمة الجلفة قسم الجنح، حيث أديننت المطلقة عرفيا التي أعادت الزواج عرفيا بجريمة الزنا.

وهنا يبرز التناقض الكبير بين أحكام الجهة القضائية الواحدة، فمن جهة نجد أن الزوجة دفعت بوقوع طلاق عرفي وبشرعية زواجها الثاني وهو الأمر الذي لم يعترف به قاضي الجنح ومن جهة أخرى فإن محكمة الأحوال الشخصية تسير في اتجاه إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، ومن ثمة كان ينبغي على القاضي أن يعتبر ذلك مسألة عارضة ويوقف الفصل في دعوى إثبات الطلاق لأنه بثبوت وقوع الطلاق نخرج من دائرة التجريم، هذا طبعاً من الناحية الواقعية العلمية.

إلا أنه من الناحية القانونية البحتة فإن حكم القاضي الجزائري جاء صائباً وفي محله، بعدم اعتراف المشرع الجزائري بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها بهذا الصدد، حيث ورد في أحد قراراتها أنه " يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها"، بل ذهبت المحكمة العليا أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه " يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائياً". وقد ورد في قرار آخر لها أنه " إذا دفعت المتهمه بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها وبين الشاكي قد انحلت واستشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما فادعى الزوج الشاكي أن هذا الحكم محل استئناف، تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى والقضاة بإدانة المتهمه بالزنا، أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصدر نهائياً بعد وإلا كان قراره مخالفاً للقانون ويستوجب نقضه".<sup>1</sup>

خلاصة القول وباستقراء نصوص من قانون الأسرة، يتبين لنا أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك ولم ينظم هذه المسألة، وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، والذي فرضته ضرورة الحياة، استناداً إلى الشريعة الإسلامية والتي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما ينص عليه

<sup>1</sup>. قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 14-15.

قانون الأسرة. وهذا ما يفرض علينا التطرق إلى كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية فكيف يتم ذلك؟

### المطلب الثالث: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية

نظرا لعدم وضوح اتجاه المشرع الجزائري فإنه ينبغي علينا الرجوع إلى تنظيم الطلاق في الشريعة الإسلامية ومدى تطابقه مع قانون الأسرة، وبعبارة أخرى هل تركت الشريعة الإسلامية حق الطلاق حرا بلا قيود، أم أن هناك قيودا يتعين على الزوج الالتزام بها حتى يقع طلاقه؟ وإذا تم الطلاق فما هي الطرق الشرعية المقررة لإثباته؟<sup>1</sup>

#### الفرع الأول: الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية

ويقصد بالإشهاد على الطلاق أن يشهد بعد وقوعه ذوو عدل رجلان أو رجل وامرأتان. فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو، ذهب المالكية أنه إذا أتت بشاهدي عدل نفذ الطلاق وإن أتت بشاهد واحد، حلف الزوج ويرى وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف، وإن لم تأت بشاهد فلا شيء على الزوج وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها، وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث فالقول قول الزوج.<sup>2</sup>

في حين اتفق جمهور الفقهاء على أن الطلاق هو حق للرجل، لكن السؤال المطروح هو طريقة استعمال هذا الحق، هل يتم بصفة تلقائية أم يجب أن يحترم فيه الزوج ترتيبا معيناً؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى هل هو حق مطلق أم مقيد؟

وعلى هذا الأساس سوف نتناول بالدراسة فيما يلي كيفية استعمال الزوج لحق الطلاق ومدى إلزامية الإشهاد عليه في الشريعة الإسلامية، مع العلم أن الحق ينقسم إلى حق يقابله التزام أو حق إرادي لا يقابله أي التزام فهو مقرر لصاحبه.<sup>3</sup>

أولاً: حق الزوج في إيقاع الطلاق

ذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد، لأنه من حقوق الرجل وقد جعله الله بيده ولم يجعل لغيره حقا فيه لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ

<sup>1</sup> عمر زودة، المرجع السابق، ص 22.

<sup>2</sup> هشام ذبيح، إشكالية إثبات الطلاق العرفي الزوج في قانون الأسرة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة ص 85.

<sup>3</sup> عمر زودة، المرجع السابق، ص 22.

المؤمنات ثم طلقنوهن... " وقال ابن القيم فجعل الطلاق فلم نكح لأن له الإمساك وله الرجعة. ولكي يباشر الزوج حقه لا يحتاج إلى بيعة، ولم يرد على النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد.<sup>1</sup>

وقد اتجه جمهور الفقهاء لذلك، وقالوا بأن الإشهاد على الطلاق ليس شرطاً لوقوعه فهو مندوب وليس واجباً، وبالتالي وطبقاً لهذا الرأي، فإن الحق في الطلاق هو من التصرفات الحرة، ويكفي لترتيب الأثر القانوني أن يتم التعبير عن الإرادة بأية وسيلة كانت، بل ويذهب أصحاب هذا الرأي لأبعد من ذلك وهو وقوع الطلاق الواقع وقت حيض الزوجة مع أن للزوج الديانة.<sup>2</sup> ونظراً لكون الطلاق حقاً من حقوق الزوج فإن له أن ينيب عنه غيره، سواء كانت زوجته أم غيرها، وهذا ما ذهب إليه المالكية. وتنقسم هذه النيابة إلى قسمين:

- الأولى: بأن يرسل الزوج إلى زوجته رسولا يعلمها بالطلاق، فالرسول هنا لم يجعل له الزوج إنشاء الطلاق، وإنما له فقط إعلام الزوجة بوقوع الطلاق بعبارة الزوج نفسه.

- والثانية: تفويض الطلاق وهي ثلاثة أنواع توكيل، تخيير، وتمليك.<sup>3</sup> واعتبار الطلاق من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بإرادته المنفردة قيده الشريعة الإسلامية بجملة من الشروط التي ينبغي توافرها لوقوعه، وكل ما هو خارج ذلك يعتبر إما بدعياً لعدم احترام الزوج إجراءات الطلاق أو تعسفياً لعدم وجود المبرر الشرعي. ومن هنا جاء تقسيم الطلاق إلى سني وبدعي، فأما الطلاق السني فهو أن يوقع الزوج على زوجته المدخول بها طليقة واحدة في طهر لم يمسه فيها، فإذا طلقها وهي حائض أو في طهر مسها فيه أو أوقع عليها طليقتين متتاليتين أو ثلاث فطلاقه بدعي.

والطلاق البدعي مكروه ومحرم في المذاهب السنية، أما في المذهب الجعفري فهو طلاق فاسد لا يقع.

<sup>1</sup>. عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، مطبعة المكتبة العلمية، سنة 1951، بيروت، ص 190.

<sup>2</sup>. عمر زودة، المرجع السابق، ص 26.

<sup>3</sup>. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، ص 276.

ويجب على الذي يطلق امرأته أن يردها إليه قبل انتهاء عدتها عند المالكية والحنفية ويسن ذلك عند الشافعية والحنابلة، لأن عمله معصية، والرجوع عن المعصية ضروري هذا إذا أمكنت الرجعة، أما إذا طلقها ثلاثاً أو واحدة مكملة للثلاث فلا رجعة.<sup>1</sup>

وعليه فإن الطلاق هو حق مقرر للزوج الذي توافرت فيه الشروط الشرعية لإمكانية ممارسة هذا الحق، وكذلك بأن يكون عاقلاً فلا يصح طلاق المجنون ولو كان جنونه متقطعاً.<sup>2</sup>

### ثانياً: الإشهاد على الطلاق كفيد على الزوج

ذهب فقهاء الشيعة الامامية إلى اعتبار الإشهاد شرطاً في صحة الطلاق، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى في سورة الطلاق: " وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ." وظاهر الأمر من هذه الآية الكريمة في الشرع أن الإشهاد يقتضي الوجوب.

وقد روى الإمام ابن كثير في تفسيره عن ابن جريح أن عطاء كان يقول في قوله تعالى: "وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ" قال: لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا إرجاع إلا شاهد عدل ولم ينفرد بوجوب الإشهاد فقط علماء آل البيت بل هو مذهب عطاء وابن سيرين وابن جريح وقد قال الزمخشري: إن المعنى بالخطاب في الآية 229 من سورة البقرة "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله" هو الأئمة والحكام، والأمر نفسه في الآية 35 من سورة النساء: "وإن خفتم شقاقاً بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها" حيث لهم أن يتدخلوا لرفع الأذى والمضرة، وكذلك الأمر نفسه في سورة الطلاق: "واشهدوا ذوي عد منكم"، ومن ثمة وجب على الزوج أن يشهد شهيدين من المسلمين على طلاقه.

والإشكال الذي يطرح هنا هو موقف القضاة من الزوج الذي يطلق زوجته بدون إشهاد، فإن أقرؤوا خالفوا الآية الكريمة التي تدعو إلى الإشهاد على الطلاق، وأن رفضوا إقراره سمحوا له بالاستمرار في معايشة زوجته وهي مطلقة في علم الله.

<sup>1</sup>. عمر فروخ، المرجع السابق، ص 173.

<sup>2</sup>. عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 282.



والإجابة على ذلك أنه ما دام وأن روح الآيات تساعد على جعل تنظيم الطلاق منوطا بالقضاء وأن السنة النبوية الشريفة حثت على ذلك، وأنه ليس في الكتاب ولا السنة ما يمنعه، فإن أقر بذلك أولياء الأمور وأصبح تشريعا صار الشذوذ عنه باطلا.

ومن محاسن ضرورة الإشهاد على الطلاق مع اتباع الخطوات الصحيحة في إيقاعه والمتمثلة في طهر المرأة هو إعطاء فرصة للزوج لإعادة التفكير، فإن بقي مصمما رغم حضور الشاهدين ومرور الوقت الزمني فإن طلاقه قائم على أسباب قوية وليست عرضية وهذا هو الطلاق المقصود في الشريعة الإسلامية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: طرق إثبات الطلاق شرعا

إن مسألة إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا تكتسي غموضا ، لأنه يثبت بكافة طرق الإثبات، فإذا اعترفت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو، ففي مذهب المالكية أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، وإن أتت بشاهد واحد حلف الزوج وبريء ، وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف ، وإن لم تأت بشاهد فلا شيء على الزوج ، وعليها منه نفسها منه بقدر جهدها، و إن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه.

وذكر الحنابلة أنه إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة، ولا يقبل فيه إلا عدلان لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في أغلب الأحوال كالحودود والقصاص، فإن لم تكن هناك بينة يستحلف الرجل على الصحيح لحد بقاء اليمين على من أنكر.<sup>2</sup>

وتوضيحا لما سبق ينبغي علينا التطرق إلى طرق الإثبات المقررة شرعا ومطابقتها بتلك المقررة قانونا لنخلص في النهاية إلى مسلك القضاء الجزائري في مسألة إثبات الطلاق العرفي.

<sup>1</sup>. قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 19-20.

<sup>2</sup>. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، طبعة خاصة بالجزائر،

1992، ص 4.

### أولاً: الإقرار

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه، وبذلك يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير. فإذا أقر الشخص بحق لزمه، ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة وذلك لقصور ولاية المقر وعدم امتدادها إلى غيره، فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق وأقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار ويثبت الطلاق.

والإقرار يمكن أن يكون شفاهه أو كناية، مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا قضاء لا ديانة. هذا إذا أقر بطلاق سابق، أما إذا نوى إنشاء طلاق جديد لظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتل الإنشاء، وينبغي الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذ بدءا للطلاق. ولكن قد يطرح السؤال: ما هو الحكم في حالة الإكراه على الإقرار بالطلاق؟

هنا لا يقع الطلاق في حالة توافر البينة الشرعية على وقوع الإكراه.<sup>1</sup>

### ثانياً: البينة

البينة حجة متعدية، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار، ونصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل وامرأتان، ولا تجوز الشهادة بالتسامح في الطلاق لأن الشهادة بالتسامح إنما أجازت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرص وتعطيل الأحكام، وإثبات الطلاق ليس من بين هذه المسائل.<sup>2</sup>

### ثالثاً: اليمين

وهي تأكيد الشيء أو الحق أو الكلام إثباتا أو نفيا يذكر بذكر الله أو صفة من صفاته. واليمين طريق غير عادي يلجأ إليه القاضي إذا تعذر تقديم المطلوب فيحتمل الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه، أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما فيه من الأدلة المقدمة من نقص، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 343 من القانون

<sup>1</sup>. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996، ص 184-185.

<sup>2</sup>. هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 85. طيني حدة، المرجع السابق، ص 22.

المدني، لذلك فإذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكر الآخر، ما على القاضي إلا توجيه اليمين لمنكر الطلاق فإذا حلف بأن الطلاق لم يقع قضى برفض الدعوى. أما إذا نكل عن اليمين قضى للمدعي بطلباته لأن النكول في حكم الإقرار بما يدعيه المدعي.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: آثار الطلاق العرفي

لقد أصبحت ظاهرة الطلاق في الآونة الأخيرة أمراً شرعياً لدى الأسرة، وما طرأ عليها من تزايد قد يكون نتيجة الظروف الراهنة التي تواجه المجتمعات، أو التفكك الذي يعيش فيه العالم اليوم أو التقصير في الحقوق الزوجية، سواء كانت مادية أو معنوية أو اجتماعية، الأمر الذي جعل كثيراً من المهتمين والمتخصصين يفردون الأبحاث والمؤتمرات لدراسة هذه الظاهرة الخطيرة على أبناء وبنات الأسرة، وإيجاد الحلول المناسبة للحد من الآثار الخطيرة المترتبة عليها. فكثيراً ما يختلف الزوجان ويقعان في خلافات حادة يكون فيها الطلاق حتمية مؤكدة، وفي حالات أخرى يكون الطلاق نتيجة للعناء الذي قد يصل إلى كثير من التوتر بين طرفي العلاقة، وقد تؤدي إلى أعراض نفسية قد تصل إلى أمراض الاضطرابات النفسية والجسمية. من خلال هذا المبحث نبين الآثار المترتبة عن الطلاق العرفي الذي تناولنا في المطلب الأول إلى العدة والنفقة، وفي المطلب الثاني في متاع البيت ومنازعات الصداق والميراث.

### المطلب الأول: العدة والنفقة

أما العدة فقد عرفها أبو زهرة فقال: "هي أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تنقض معاني الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تترىص المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع".<sup>2</sup>

وفي قانون الأسرة الجزائري لم يرد تعريف للعدة، بل اكتفى المشرع بذكرها كأثر من آثار الطلاق ولم يحدد ماهيتها، ونص عليها في أربع مواد من نفس القانون وهي كالاتي:

<sup>1</sup>. هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 85.

<sup>2</sup>. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1377هـ، ص 372.

المادة 58: تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

المادة 59: تعدد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده.

المادة 60: عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

المادة 61: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.<sup>1</sup>

أما النفقة فتعرف في الفقه الإسلامي بأنها: " كل ما تحتاج إليها في معيشتها من طعام وشراب ومسكن وخدمة."<sup>2</sup>

وفي القانون بأنها: ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن، وكل ما يلزم للمعيشة حسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج.<sup>3</sup>

وتعد النفقة من أهم المشكلات التي تواجه المطلقات، فكثير من الأزواج يتخلون عن مسؤولياتهم تجاه أبنائهم مما يعرض الأبناء للحاجة، ورغم الضمانات القانونية المقررة لحمايتهم وحفظ حقوقهم إلا أن تنفيذ الأحكام القاضية بالنفقة قد يستحيل أحيانا.

وقد أضفى المشرع صفة التجريم على عدم دفع النفقة للطفل بموجب المادة 331 فقرة 01 من قانون العقوبات حيث وضع المشرع الجزائري جزاء للامتناع عن تسديد النفقة، فقد نصت على: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة 50.000 إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا و لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن

<sup>1</sup>. المواد 58-59-60-61 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02.

<sup>2</sup>. أحمد سامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص 265.

<sup>3</sup>. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 437.

أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعهم وذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة إليهم".

من خلال هذه المادة يتضح أنه لتقوم جنحة عدم تسديد النفقة يجب توافر شروط تتمثل في:

الامتناع العمدي، ولمدة تتجاوز الشهرين، عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، رغم صدور حكم ضده يلزمه بدفع النفقة.<sup>1</sup>

بالتالي فإنه بإمكان المطلقة المحكوم لها بالنفقة وتحوز أحكاماً نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه تقديم شكوى للسيد وكيل الجمهورية للجهة القضائية المختصة وهي المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة أي موطن المطلقة، ويقع على هذه الأخيرة عبء إثبات صحة ادعائها وذلك بموجب محضر الامتناع عن التنفيذ الذي يحرره المحضر القضائي.<sup>2</sup>

لكن الإشكالية التي يمكن إثارتها في حالة الطلاق العرفي هي أن الطلاق العرفي غير مثبت قانوناً ولم يتم في ساحة القضاء، الأمر الذي يجعل الزوج المطلق يتخلص من واجبه في توفير السكن ودفع النفقة لأولاده، لكونها غير محكوم بها قضاء لعدم وجود حكم قضائي بالطلاق يقضي بها ويأمره بأدائها جبراً والزاماً. وهي الذريعة التي يلجأ إليها الزوج المطلق عرفياً للتصل من مسؤولياته تجاه أسرته لعدم وجود دليل ضده في هذا الشأن.

<sup>1</sup>. المادة 331 مكرر من الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1956 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، والمعدل والمتمم أيضاً بالقانون رقم 14-01 مؤرخ في 04 أبريل 2014، الجريدة الرسمية عدد 7 صادرة في 16 أبريل 2014.

<sup>2</sup>. انظر في هذا الشأن الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1956 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، والمعدل والمتمم أيضاً بالقانون رقم 14-01 مؤرخ في 04 أبريل 2014، الجريدة الرسمية عدد 7 صادرة في 16 أبريل 2014.

### المطلب الثاني: متاع البيت ومنازعات الصداق والميراث

يقصد بمتاع البيت اصطلاحاً بأنه كل ما يجب الزوج أن يوفره لزوجته من متاع البيت، أو هو ما يجب على الزوج لزوجته في البيت.<sup>1</sup>

قد ينشأ بين الزوجين عند طلاقهما نزاع حول متاع البيت إذا تقدم أحدهما بطلب استرداد المتاع، وبالمقابل يتنازع الطرف الآخر في الطلب، سواء بادعاء عدم وجوده أولاً أو بادعائه. فإذا كانت الزوجة لم تقم البينة على صحة ادعائها وأنكر الزوج ادعائها، فإنه يتعين على الزوج أداء اليمين لوضع حد للنزاع.<sup>2</sup> وفي حالة ما إذا ادعت المطلقة وجود متاعها ببيت الزوجية ولم ينكر المدعى عليه (المطلق) وجوده لكنه يدعي أنها تسلمته وأخذته معها، ففي هذه الحالة يتم تطبيق نفس القاعدة في الإثبات: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، ويصبح المطلق مدعياً بشيء جديد، فإذا أقام البينة قضي لصالحه، وإذا عجز عن إثبات ذلك توجه له المحكمة بيمين النفي.<sup>3</sup>

كما وضع المشرع الجزائري قواعد الفصل في النزاع الذي يثور بين الزوجين بشأن ملكية متاع البيت، وذلك بموجب المادة 73 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يقسمانها مع اليمين" نصت المادة 16 من قانون الأسرة على أنه: "في حالة الطلاق قبل الدخول فإن الزوجة تستحق نصف الصداق، وتستحق الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج".

<sup>1</sup>. دونه حفيظة، المرجع السابق، ص 40.

<sup>2</sup>. تيودوشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2000، ص 265.

<sup>3</sup>. باديس ديابي، المرجع السابق، ص 100.

كما نصت المادة 17 منه على أنه: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة، وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

و قد عرفت المادة 14 من قانون الأسرة الصداق بقولها: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". واشترطت المادة 9 مكرر من ذات القانون شروطا يجب توافرها في عقد الزواج ومن بينها الصداق.

و حسب المادة 15 منه، فإن الصداق يحدد في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا، وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل.<sup>1</sup>

فالنزاع في الصداق يكون في حالة ما اذا كان مؤجلا، فتطالب به الزوجة بعد انحلال الرابطة الزوجية لعدم حصولها عليه كاملا خلال فترة زواجها، ويلزم القاضي الزوج بان يؤديه إليها متى عرض عليه النزاع من خلال دعوى الطلاق، لكن الإشكالية تظهر في حالة الطلاق العرفي، فقد يتملص الزوج من أدائه لها بسبب عدم وجود حكم يلزمه بذلك، او قد يظهر نزاع بين الزوجين بشأنه وبشان تحديد قيمته، ولا يملك كل واحد منهما طريقا لإثباته بسبب عدم لجوئهما الى القضاء لإثبات الطلاق العرفي الذي وقع بينهما، وبالتالي يقعان في إشكال لا حل له بسبب عدم لجوئهما الى القضاء.

أما الميراث فحسب المادة 126 من قانون الأسرة فان أسباب الإرث هي القرابة والزوجية، ونصت المادة 130 على أن النكاح يوجب التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء، وحسب المادة 131 منه إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين.

ونصت المادة 132 على انه إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق او كانت الوفاة في عدة الطلاق أستحق الحي منهما الإرث. وحسب المادة 128 فان الإرث يستحق مع ثبوت سببه، وان يكون حيا وقت افتتاح التركة.

<sup>1</sup>. راجع المواد من 14 الى 17 من إلى قانون الأسرة الجزائري.

و معنى ذلك أن سبب استحقاق الإرث بين الزوجين هو وجود الرابطة الزوجية وعدم انحلالها، ومنه فمتى ثبت انحلالها فانه لا توارث بين الزوجين.

الأمر واضح إذا انحلت الرابطة الزوجية بكم قضائي يقضي بذلك وبالتالي في هذه الحالة لا يوجد توارث بين الزوجين، أما في حالة توفي أحدهما خلال سير دعوى الطلاق وقبل صدور حكم الطلاق فانه يستحق الميراث.

لكن الإشكال يثور في حالة الطلاق العرفي، حيث لا يوجد حكم قضائي يثبته، فيكون للزوجين حق استحقاق الميراث قانونا إذا كان زواجهما مسجلا، رغم أنها في الواقع منفصلان ولا توجد بينهما رابطة زوجية والتي انحلت بالطلاق العرفي الذي تم خارج القضاء ولم يثبت بحكم قضائي. وهو أمر لا يجوز شرعا ولا قانونا، لكن قد يدعي أحد الزوجين المطلقين استمرار العلاقة الزوجية بينهما ويلجأ الى إخفاء حقيقة طلاقهما الذي تم عرفا وليس أمام القضاء، من اجل الحصول على الميراث الذي صار حقا غير مشروع له بعد الطلاق؛ لذلك كان اللجوء الى القضاء لإثبات الطلاق أمرا ضروريا لحفظ الحقوق.



الخاتمة

إن موضوع "إثبات الطلاق العرفي وآثاره" في التشريع الجزائري، محل دراسات، لم ترد بشأنه نصوصاً قانونية تحكمه وتعالجه، رغم وجوده في الواقع وتعامل الناس به فيما بينهم حسب أعرافهم، وترك الفصل في القضايا التي تصب في هذا الموضوع للاجتهاد القضائي من خلال الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلاميين فيما لم يرد عليه النص في القانون.

النتائج المستنتجة من خلال الدراسة:

1- إن المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى مسألة إثبات الطلاق بأثر رجعي، وهو ما يصطلح عليه اليوم "بالطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء"، بل أشار إلى خلافه وهو إثبات الطلاق باللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بشأنه لإثباته، وهو ما أدى بالكثير من الفقهاء إلى القول بأن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي، في حين أن فقهاء آخرين رأوا بأن قانون الأسرة اعترف بالطلاق العرفي ضمناً وبشكل غير مباشر وهو ما نستنتجه من خلال ربط وجمع النصوص القانونية مع بعضها البعض.

2- إن قانون الأسرة الجزائري خاض في مسألة فك الرابطة الزوجية بكل طرقها (بالتراضي بالطلاق، بالتطليق، بالخلع) لكنه لم يتطرق إلى الطلاق العرفي وتركه غامضاً رغم أنه معمول به في الواقع بسبب الأعراف السائدة بين الناس والتي توارثوها عبر الأجيال لتعلقه بالشريعة الإسلامية وأحال القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد حوله نص قانوني.

3- إن الطلاق العرفي مصدره الشريعة الإسلامية ومع الوقت صار عرفاً يسير عليه الناس لاعتيادهم العمل به، ويستند على العصمة الزوجية التي يملكها الزوج شرعاً والتي تمنحه حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون مراعاة كونه متعسفاً وكون الطلاق دون مبرر شرعي، لذلك كان الأولى بالمشرع أن يتطرق إليه وينظمه خاصة مع تغير نفوس الناس وقلة ورعهم بسبب جهلهم أو لمكر في نفوسهم. وألا يترك لهم التصرف في هذا الأمر حسب أهوائهم.

4- إن هدف المشرع من خلال إلزام الزوجين باللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية هو التضييق من حالات الطلاق لمحاربة التفكك الأسري ولم شمل الأسرة، ولحماية حقوق المرأة والأطفال من التعسف الذي قد يتعرضون إليه، موظفاً في ذلك قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"

5-المشرع تكلم عن الزواج وإثباته وإجراءات إثبات الزواج العرفي، غير أنه أغفل بل أهمل الحديث عن الطلاق العرفي وإجراءات وإثباته، رغم أهمية ذلك، كون الطلاق العرفي معمول به بين الناس في المجتمع مثله مثل الزواج العرفي.

6-المشرع لم ينص على الطلاق العرفي صراحة، ولكنه يعترف به ضمنا من خلال الإحالة إلى قواعد الشريعة الإسلامية فيما لم يرد عليه نص في القانون؛ وبهذا فإنه يغلق الباب أمام المنتقدين له بأنه بعيد عن الشريعة الإسلامية ولا يطبقها.

7-إن حكم القاضي يعتبر كاشفا للطلاق وليس منشئا له، لأن فيه احتراما لإرادة الزوج قبل النطق بحكم الطلاق وفك الرابطة الزوجية بعد استنفاد كل محاولات الصلح.

8-إن إلزام الطرفين إلى اللجوء إلى القضاء لإثبات الطلاق فيه حماية لحقوق الزوجة المطلقة والأولاد وحمائتهم من تعسف الزوج في حقهم وحرمانهم من حقهم في أبسط ضروريات الحياة المتمثلة مثل حق الأطفال في النفقة والحضانة والمسكن ورؤية والديه وزيارتهم وإثبات النسب، وحق المرأة في التعويض عن الطلاق التعسفي وفي نفقة الإهمال والعدة والوضع.

# قائمة المصادر والمراجع

## 1.المصادر:

### 1. القرآن الكريم

### 2. كتب الحديث والسيرة

- أبي عبد الرحمان احمد بن شعيب النسائي، سنن البكري للنسائي، تحقيق عبد الغفار.
- سليمان البندري وسيد عسروي حسن، دار الكتاب العلمية، بيروت، 1991 .
- احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، القاهرة، دون طبعة 1986 .

### 3. النصوص القانونية

#### أ. القوانين

- القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13-05-2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26-09-1975، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31 لسنة 2007.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.
- القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04-01-2015 و الصادر في 07 جانفي 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، عدد 01، لسنة 2015.
- القانون رقم 11-84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2005.

#### ب. الاوامر

- الامر 20-70 مؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 ،الجريدة الرسمية عدد 01
- الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 8 جوان 1956 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، والمعدل والمتمم أيضا بالقانون رقم 14-01 مؤرخ في 04 أبريل 2014، الجريدة الرسمية عدد 7 الصادرة في 16 أبريل 2014.

### ت. القرارات

- قرار المحكمة العليا رقم 35026 الصادر بتاريخ 1984/12/03 عن غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية العدد الرابع ، 1989.
- قرار المحكمة العليا رقم 38105 الصادر بتاريخ 1985/11/04 عن غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية العدد الأول.
- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1989/03/27، الملف رقم 53340، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية العدد 03، 1990.
- قرار المحكمة العليا رقم 276850 الصادر بتاريخ 2002/2/16 عن غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة العدد الأول، 2001.
- قرار المحكمة العليا رقم 288322 الصادر بتاريخ 2002/9/25 عن غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية العدد الأول ، 2003.

### 4. المعاجم

- إبراهيم مذكور ، المعجم الوجيز ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، سنة 1994.
- ابن الحسين أحمد فارس بن زكرياء، معجم مقياس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر، 1999.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الجديدة، دار المعارف، الجزء الثالث، القاهرة.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الجديدة، دار المعارف، الجزء الرابع، القاهرة.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الجديدة، دار المعارف، الجزء التاسع، القاهرة.
- أبو عبد الله محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لبنان، 1987.

### II. المراجع

- الكتب

أ. الكتب الفقهية

- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعرفة، لبنان 1988.
- ابن عبد السلام عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ضبط وتصحيح عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998.
- أحمد بن عبد الرحيم، حجة الله البالغة، ضبط محمد سالم هاشم، دار الكاتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1995.
- أحمد بن يوسف ابن حمد الدرويش، الزواج العرفي حقيقته وأحكامه وآثاره والأنظمة ذات الصلة به، دار العاصمة ، الطبعة الأولى.
- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- الإمام الفقيه المحدث عبد الله محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء 3، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى.
- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، دار التأليف، الطبعة الثانية.
- بوسطلة شهرزاد، إعمال القواعد الفقهية في منازعات الأحوال الشخصية، قاعدة المحكمة، مداخلة مقدمة للمشاركة في مؤتمر العرف وأثره في الممارسات القضائية في مجال الأحوال الشخصية، جامعة الجلفة.
- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت، 2008.
- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية، دار الوعي، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010.
- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثالثة، 2011.
- جمال الدين بن يوسف الزيعلي، كتاب الطلاق باب حضانة الولد ومن أحق به، الجزء الثالث، مؤسسة الريان، لبنان، الطبعة الأولى ، 1995.

- جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى.
- الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء 4، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان.
- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفكر، لبنان، 1983.
- طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004.
- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى.
- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر، الطبعة 2.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- عبد الله التركي بن عبد المحسن، عبد الفتاح محمد الحلو، المغزى، الجزء 11، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 541-620هـ.
- عبد رب النبي الجارحي، الزواج العربي المشكلة والحل، دار الروضة، القاهرة.
- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، 1971.
- عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، مطبعة المكتبة العلمية، بيروت، 1951.
- فارس محمد عمران، الزواج العربي (وصور أخرى للزواج الغير رسمي)، مجموعة النيل العربية، الطبعة الأولى.
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، تحقيق أحكام البردوني، دار الكتاب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1964.
- محمد بن أحمد بن صالح الصالح، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، م 1436هـ.



- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996.
- مصطفى ابن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية مصر ، 1988.
- مصطفى أحمد الزرق، المدخل الفقهي العام، الجزء 1، دار العلم، دمشق.
- نسرین شریفی، کمال بوقرورة، سلسلة من المباحث في قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، طبعة خاصة بالجزائر، 1992.

#### ب. الكتب القانونية

- إبراهيم ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، دار السلام، سوريا ،الجزء الثاني 1982.
- أحمد بن علي بن ثعلب بن الساعاتي الحنفي مظفر الدين، مجمع البحرين وملتقى النيرين في الفقه الحنفي، دراسة وتحقيق إلياس قبلان، دار النشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 1436.
- أحمد بن محمد بن صديق الغماري الحسني أبو الفيض، الهداية في تخرج أحاديث البداية، الجزء السادس، الطبعة الأولى، لبنان، 1987.
- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق، الخلع، وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعية، مصر، 2004.
- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2004.
- أحمد نصر الجندي، حضانة النساء والمجلس القوي للمرأة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
- أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- اسعد لطفي حسن، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية (مدخل فقهي عام، قانون الاسرة، قضاء المحكمة العليا)، دار العلوم للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر.

- باديس الديابي، صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري (الزواج الطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- بن الصغير محفوظ ، الاسرة والتشريع، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع الجزائر، 2008-2009.
- بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2011.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، منشورات كليك، 2013.
- حسن كيره، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، القسم الأول، منشأة المعارف الإسكندرية.
- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الجزائر، بدون طبعة.
- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2009.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ، دار هومة، الجزائر الطبعة الثالثة، 2011.
- عبد الله بن حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، طبع على نفقة الشؤون الدينية لدولة قطر، 1982.
- الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.
- فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2017.
- القضاء مفلح عواد، البيانات في المواد المدنية والتجارية، عمان، 1994.
- قيس عبد الوهاب، ملكية أثاث البيت الزوجية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1377هـ.
- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، الجزء الخامس، دار الأنصار، مصر، الطبعة الأولى، 2003.
- محمد سارة، أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2008.
- محمد فتح الله النشاز، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2002.
- محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- محمد مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، لبنان، 1983.
- محمود علي السطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، القاهرة، الطبعة 3، 2010.
- ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2012.
- وهبة الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي للطباعة والنشر، دمشق، سوريا، الطبعة 01، 1998.
- الرسائل الجامعية
- أ. رسائل دكتوراه
- أحمد سامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014.
- كمال صمامة، مسقطات الحضارة في التشريعات المغاربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015.

- محفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه الأصول ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 2008-2009.
  - منقلتي كهينة، أثار فكر الرابطة الزوجية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2017 .
  - نشيدة هجيرة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص (عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، 2013.
  - نعيمة إلياس مسعودة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.
  - نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف من خدة، الجزائر، 2006.
  - نينا عمارة، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 2014-2015.
  - هيشور أحمد، الخلع بين الشريعة والتشريع في القانون تخضعه قانون أسرة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه "علوم"، جامعة جيلاني اليابس، سيدي بلعباس.
- ب. رسائل ماجستير**
- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في استناد الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2015.
  - بلعباد سمية، فك الرابطة الزوجية بين النص التشريعي والتطبيقي القضائي، مذكرة نيل شهادة الماجستير، جامعة مولاي الطاهر، تخصص قانون أسرة، 2015-2016.

- بلقاسم صونية، الآثار المادية للطلاق في ظل الشريعة الإسلامية، قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي بلحاج، البويرة، 2012-2013.
  - بوخناش فاطمة زهرة، النفقة على ضوء قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم.
  - تيودوشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2000.
  - حفصية دونه، أحكام النفقة ومتمتع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والادارية، تخصص أحوال شخصية، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2014 - 2015.
- ت. رسائل ماستر
- سليمة مدان، الأساس الفقهي والقانوني لإسناد الحضانة للأب بعد إسقاطها عن الأم، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة الجيلاني بونعامة، خميس مليانة، 2018-2019.
  - سميرة عبد المعطي محمد ياسين، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، غزة، 2007.
  - صغيري سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015.
  - عبد الله رؤوف قاسي، الحضانة في ظل قانون الأسرة، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.
  - عبد الله عايدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2006.

- عزوزة لجوهر، كماش نادية، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحي، جيجل، 2015-2016
- قدداد بلخير، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مع تطبيقاتها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2011-2012.
- قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص الشرعية وتطبيقاتها القضائية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 2001-2004.
- محاتفي إبتسام، الطلاق وإشكالاته في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر الاكاديمي، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016-2017.

### 3. المجالات والمقالات

- إياد فوزي توفيق حمدان، الضوابط التي تحدد من الطلاق في الإسلام دراسات إسلامية، العدد 3.
- براهيم حنان، أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا، مجلة المنتدى القانوني الدورية، تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 04، 2007.
- بربير محمد، وقوع الطلاق وثبوته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق العلوم، المجلد 5، العدد 2، جامعة الجزائر 1.
- بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1994.
- بوجمعة حمد، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 10.
- ربيحة الغات، مجلة الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، حوليات العدد 27، الجزء الأول، 2015.

- عبد الرؤوف دبابش، ذبيح هشام، مقال صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 14
- محمد الحسن مصطفى البغا، تزوج الأم بغير أب والسفر بالمحضون، مجلة جامعة دمشق، كلية الشريعة، المجلد 18، العدد 022، سوريا، 2002.
- محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الطفل (الاراءة)، مجلة جامعة دمشق، كلية الشريعة، سوريا، المجلد 18، 2002.
- هشام ذبيح، إشكالية إثبات الطلاق العرفي للزوج في قانون الاسرة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة.
- وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة؟، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، كلية التربية لإعداد المعلمات، الجزء 15، العدد 27، السعودية، 1424هـ.

#### 4. المحاضرات:

- تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
- زواري مليكة، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، السعيدة .
- زودة عمر، محاضرات في قانون الاجراءات المدنية، ملقاة على الطلبة القضاة، الدفعة 12 لسنة 2001-2002.

# الفهرس



الصفحة	العنوان
أ	مقدمة
5	الفصل الأول: ماهية الطلاق العرفي
7	المبحث الأول: مفهوم الطلاق
7	المطلب الأول: تعريف الطلاق وشروطه
13	المطلب الثاني: تعريف الطلاق العرفي
21	المطلب الثالث: مشروعية الطلاق و الحكمة منه
23	المبحث الثاني: الطلاق العرفي في التشريع الجزائري
23	المطلب الأول: الطلاق العرفي في النصوص القانونية
27	المطلب الثاني: الطلاق العرفي في الإجهاد القضائي
30	الفصل الثاني: إجراءات إثبات الطلاق العرفي وآثاره
32	المبحث الأول: إثبات الطلاق العرفي
32	المطلب الأول: إجراءات إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
37	المطلب الثاني: إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء في التشريع الجزائري
45	المبحث الثاني: آثار الطلاق العرفي
45	المطلب الأول: العدة والنفقة
48	المطلب الثاني: متاع البيت ومنازعات الصداق والميراث
54	الخاتمة.
57	قائمة المراجع

## المخلص :

تنصب دراسة موضوع "إثبات الطلاق العرفي و آثاره " على الاطلاع على النصوص القانونية التي سنها المشرع الجزائري بشأن الطلاق العرفي، وما انجر عنه من إشكالات على مستوى المحاكم. ذلك لأن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الموضوع بنص صريح وترك الباب مفتوحا للاجتهاد القضائي، و اكتفى في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بقوله أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم.

وما ثبت عن المحاكم الجزائرية انه يتم إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال بالاعتماد على قواعد الإثبات المعروفة في القضايا المدنية باعتبار القانون المدني هو الشريعة العامة، حيث يتم إثبات الطلاق العرفي عن طريق إجراء تحقيق في الموضوع بسماع الشهود إذا وقع الطلاق وبالبينة كذلك. و يعتبر الإقرار هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق، كما يتم إثباته باللجوء إلى اليمين إذا اقتضت الضرورة ذلك. ولا يثبت حكم الطلاق إلا بعد تثبيت حكم تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية، وينتج آثاره بعد صدور الحكم الذي يقضي به.

### Abstract:

The study of the subject of "proof of customary divorce and its effects" focuses on access to the legal texts enacted by the Algerian legislator on customary divorce and the problems that have been created at the level of the courts. This is because the Algerian legislator did not address this issue in an explicit text and left the door open for jurisprudence, and only in article 49 of the Algerian Family Code said that divorce can only be proven by virtue of.

However, Algerian courts have established that customary divorce is always established on the basis of the rules of proof known in civil cases as civil law is the general law, where customary divorce is established through an investigation by hearing witnesses if the divorce occurs and in evidence as well. A declaration is the basis for divorce, as evidenced by right-wing asylum if necessary.

The divorce ruling is confirmed only after the marriage registration provision has been confirmed in the civil registries, and its effects are visible after the sentence is handed down.