جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

عنوان المذكّرة

حُكم الطّلاق عبر وسائل الاتّصال الحديثة

-دراسة مقارنة-

مذكّرة مقدّمة ضمن متطلّبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص: قانون خاص معمق

إعداد الطّالبين:

- بلعديس الياس
- بن عدون أفلح

إشراف الأستاذ:

بابا واسماعيل يوسف

لجنة المناقشة:

اسم ولقب الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
		جامعة غرداية	رئيسا
		جامعة غرداية	مشرفا مقررا
		جامعة غرداية	عضوا مناقشا

الموسم الجامعي

2019/2018

قال اللّٰه تعالى: ﴿ يَآ أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ.. ﴾

سورة الطلاق، الآية01.

شكر و عرفان

نشكر الله تعالى المولى القدير، الذي أعاننا على إتمام هذا البحث، راجين منه القبول، وأن يكون خالصا لوجهه الكريم،

واعترافا بالفضل، وتقديرا للجهد نزفّ هذا الشكر لكلّ من كان لنا سندا وعونا على بلوغ المَرام، فجزيل الشّكر نهديكم، وربّ العرش يُحييكم

ونخصّ بهذا:

الأستاذ الكريم الذي قبل أن يكون مشرفا على بحثنا هذا بصدر رحبٍ،

الدكتور يوسف باباواسماعيل حفظه الله تعالى،

فقد كان لنا المرشد والموجّه منذ لحظة اختيار الموضوع وتابعنا خلاله خطوة خطوة إلى إخراج هذا العمل بهذه الصورة، فنسأل الله تعالى أن يجازيه عناّ خير الجزاء،

كما نتقدّم بجزيل الشكر والعرفان

إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة،

وإلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد لإنجاز هذه المذكرة.

وندعو لهم فنقول:

أدامكم اللّه في إعلاء كلمته، ومتّعكم بوافر الصّحة والعافية، ورعاكم بتوْفيقه وسداده

إهداء

إلى أوّل من علّمني منذ أن فتحت عيناي على الدّنيا

إلى جنة الأرض التي ربتني على التضحية والعطاء... أمّي الحنون

وإلى الذي ربّاني على السماحة والوفاء ... أبي الغالي.

إلى من كانت لي سندا وعونا دوما ...زوجتي الغالية،

إلى أبنائي وقرّة عيني، ضياء الدين ويوسف وسليمان حفظهم الله تعالى.

إلى إخواني الكرام وأخواتي الكريمات

إلى أحبائي وأقاربي دون استثناء

إلى كلّ صديق لديّ كان لي مشجعا وناصحا

إلى كلّ من علمني وأرشدني.

فاستقيتُ منه الحروف والكلمات، وتعلّمت كيف أصوغ العبارات،

وأخص بالذّكر أستاذي الكريم: يوسف باباوإسماعيل

إليكم أهدي بحثي المتواضع هذا راجيا من المولى العلي القدير أن يتقبّله

منّي ويجعله في ميزان حسناتي يوم لا يَنفع مالٌ ولا بنون

إلاّ من أتى الله بقلب سليم

الباحث: إلياس بن صالح بلعديس

إهداء

إنه من دواعي سروري أن أقدم إهدائي إلى كل أفراد عائلتي الكريمة،

بداية من أمي التي هي دعمي ورفيقة دربي، وإلى الأب العزيز الذي

هو بمثابة السند أدامهم الله لنا ،

وإلى إخواني وزوجاتهم وأخواتي وأزواجهن وجميع أولاد العائلة الأعزاء

حفظهم الله، فهم سندي وعوني في هذه الحياة.

وإلى الأستاذ الكريم: باباواسماعيل يوسف

وإلى كل أصدقائي منذ الطفولة دون تمييز.

وإلى كل الزملاء في الجامعة.

و إلى كل يد ساهمت في هذا العمل أهدي ثمرة جهدي

وإلى كل من سيستفيد من هذا العمل المتواضع.

الباحث: أفلح بن داود بن عدون

قائمة أهم المختصرات

- ق.أ.ج :قانون الأسرة الجزائري.
- ق.م.ج :القانون المدني الجزائري.
- ق أ ش أ: قانون الأحوال الشخصية الأردني.
- ق أ ش إ :قانون الأسرة الإماراتي.
- م ع: المحكمة العليا
- غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية
- ج :جزء.
- ع :العدد.
- ط :طبعة.
- ط ج: طبعة جديدة
- ط.م: طبعة منقحة
- د ط : دون طبعة
- د.ب.ن : دون بلد النشر
- د.ت.ن: دون تاريخ النشر
- ص : الصفح

ملخص البحث

لقد شهد العالم تطورا هائلا في مجال التكنولوجيا والاتصالات، فغزت وسائل الاتّصال الحديثة شتّى المجالات، ومنها العلاقات الزّوجية؛ وتعــدّى الأمر إلى حلّ الزواج بواسطة هذه الوسائل، والذي يسمى بالطلاق الالكتروني.

ولقد سلّط هذا البحث الضوء على هذه المسألة من جانبين الشّرعي والقانوني،

وخلُصنا إلى نتيجة وهي أنّ الطّلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة واقع شرعا إذا ما استوفى جميع شروطه؛ أمّا قانونا فلم ينص صراحة بهذا النّوع من الطّلاق أيٌّ من التّشريعات العربية المقارنة، إذ يعتبره البعض طلاقا عرفيا يمكن إثباته، كما لا يعتد به آخرون ولا يعترفون به، وهذا راجع إلى الطبيعة القانونية للطلاق بالإرادة المنفردة للزّوج لدى كلّ من هذه التّشريعات.

أمّا إثبات الطّلاق عبر وسائل الاتّصال الحديثة لدى المشرع الجزائري، فخلصنا إلى أن قانون الأسرة لا يعتدّ إلاّ بالطّلاق الذي يصدر بشأنه حكم قضائي، وبالتالي لا يعترف بالطّلاق الواقع خارج مجلس القضاء، والذي أصطلح له بالطلاق العُرفي، لكن خلاف ذلك نجد أن القضاء لا يمانع من الاعتداد به إذا ما تم إثباته وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، وما يقرّه القانون.

Summary

The world has witnessed a tremendous development in the field of technology and communications. The modern means of communication have invaded different fields, including marital relations; he passed to undo marriage through these means, which is called electronic divorce.

This research has shed light on this issue from both Legitimate and legal aspects,

We have concluded As a result that divorce through modern means of communication is a Legitimately happening if all its conditions are fulfilled. But law did not expressly state this type of divorce in any one of the comparative Arab legislations. Some consider it as customary divorce Can be proved, as such others are not consider it or recognized it, This is goes back to the legal nature of divorce by the individual will of the husband in each of these legislations.

As for proving divorce through the modern means of communication with the Algerian legislator, we concluded that the family law does not count only in the divorce that released a judicial Judgment About it, and therefore does not recognize the divorce outside the Judicial Council, which he call customary divorce, but otherwise we find that the judiciary does not mind If it is proven in accordance with the provisions of the Islamic Shariah, and what is approved by law.

مقدّمة

الحمد لله الذي بنعمته تتمّ الصّالحات، وبفضله وبركاته تحقّق المقاصد والغايات، حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، ثمّ الطلاة والسلام على أشرف خلق الله معلّم البشرية وسيّد الأنام محمد عليه أفضل الصلاة وأتمّ التسليم.

إنّ المتأمِّل في هذا العصر – أواخر القرن الماضي وبداية القرن الجديد – يجد أنّه يتميّز على ما قبله من العصور بالسّرعة الهائلة في التقدّم العملي، والتّطور التكنولوجي، الذي أذهل البشرية نفسها، وجعلها تُغيّر من أسلوب حياتها وفق هذه الحدَاثة، خاصّة عندما انتشرت وسائل الاتصال الحديثة وأصبحت مُتداولة بين الجميع، فسهّلت على البشرية التّلاقي وتبادُل الحديث فيما بينهم وهم بمنأى عن بعضهم البعض، وكنتيجة لذلك ظهرت المعاملات التجارية الالكترونية؛ بحيث يتبادل الطّرفان الإيجاب والقبول عبر شبكة الاتّصالات المختلفة دون أن يجتمعا مع بعضهما فعلياً وفي مكان واحد.

و لم يقتصر استعمال هذه الوسائل في هذا المجال فحسب، بل وُظّفت أيضا في مجال الأحوال الشّخصية من التّعارف بين الجنسين قصد التّقدم إلى الخطبة وإبرام عقد الزواج بواسطتها، والأمر لم يتوقّف فقط عند هذا الحدّ، بل تعدّاه إلى انحلال الرّابطة الزوجية بها، وذلك عن طريق مكالمة هاتفية أو رسالة خطيّة عبر البريد الالكتروني.

إنّ عظمة الشريعة الإسلامية الغرّاء تتجلّى في استيعابها للنّوازل مهما كانت جديدة والقضايا مهما كانت عميقة وشائكة، وهذه ميزةُ هذا الدّين الذي ارتضاه الله للبشرية، حيث يعمل دوما على تكييف المسائل المستجدّة من خلال قواعدها الكلية ومبادئها العامة، وأدلتها التي تضبط الأمور المستحدثة، وتبيِّن أحكامها نصاً واستنباطاً، وهذا لإزالة اللبس على الناس ومساعدتهم على العيش دوما تحت مظلّة شرع الله تعالى.

أمّا القانون الوضعي فتعودُ نشأته إلى مجموعة من العوامل تتعلّق بتطوّر المجتمعات، فكلّما تجدّد الواقع استحدثت قوانين مسايرة لهذا التطور و التنوع بغية ضبط و تقويم سلوك الأفراد داخل الجماعة، و تكون قواعد هذه القوانين مرتبطة دائما ببيئة اجتماعية معينة، سواء في نطاق ضيّق كالأسرة أو نطاقاً أوسع كالدّولة، وهذا ما ينعكس لاحقا على الأنظمة و القوانين فيَطالُـــهَا التّعديل و التّغيير وفق ما استقر عليه الفقه والواقع والاجتهاد القضائي.

وقد اعتنت التّشريعات العربية بمسألة الزواج وطريقة حلّه، وسهرت على بقاء عقد الزواج الذي يُعتبر الميثاق الغليظ، ولذلك سَنّت الكثير من القوانين التي تساهم على تقنينه والحدّ حلّه، انطلاقا من الشّريعة الإسلامية التي تعتبر الطلاق من أبغض الحلال إلى الله كما ورد عن النبي ﷺ؛ أمّا إن كان ولابد من الفراق ووُقوع الطلاق، فقد حرصت هذه التشريعات على الالتزام بشروطه وأركانه حفاظا على الحقوق.

ودراستانا لهذا الموضوع محاولة منّا على نزع اللّبس الحاصل في قانون الأسرة حول مسألة إثبات الطلاق الواقع خارج المحكمة بواسطة وسائل الاتصال الحديثة أو غيرها.

أولا: أهداف الدراسة

1. بيان رأي فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، باعتبارها المصدر المادّي الأوّل لقانون الأحوال الشخصية الجزائري، والمرجع الأساسي في حال غياب النصّ.
2. مناقشة التكييف القانوني للطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة لدى التشريع الجزائري مقارنة ببعض التشريعات العربية المقارنة.
3. .بيان رأي المشرع الجزائري حول الطلاق الواقع خارج إطار القضاء.
4. بيان طريقة اثبات الطلاق الواقع خارج إطار القضاء لدى المشرع الجزائري.

ثانيا: أهمية الدراسة

1. .الحل القانوني لمسألة الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة.
2. مناقشة إشكالية الطلاق الواقع خارج إطار القضاء وطرق إثبات.

ثالثا: الدراسات السابقة:

لم نعثر على دراسة علمية محكّمة مستقلة بهذا الموضوع في حدود علمنا خاصة في مجال القانون، ومن الدراسات التي تطرقت لهذا الموضوع بشكل مختصر

1- بحث منشور بمجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد الرابعة، جوان 2005، للأستاذة بجامعة الوادي **لطيفة بهى** والموسوم بعنوان " الطلاق الالكتروني و مدى صحته".

2- بحث آخر لدكتورة **آمنة محمود شيت خطاب**، أستاذة في الجامعة العراقية، كلية التربية للبنات، قسم علوم القرآن، تحت عنوان "الطلاق الالكتروني بين الشرع والقانون،.

3- أما الجديد الذي ستضيفه هذه الدراسة، فهو دراسة الموضوع انطلاقا من قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية المقارنة مع تكييف المسألة شرعا وقانونا.

رابعا: إشكالية البحث

يدور البحث حول بيان رأي الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية حول مسألة إيقاع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، وطريقة اثباته،

وبناء عليه نطرح السؤال : **ما حكم إيقاع الطّلاق خارج إطار القضاء عبر وسائل الاتّصال الحديثة ؟ وهل المشرع الجزائري يعتدّ به ؟ وكيف يتمّ إثباته من تاريخ وقوعه؟**

خامسا : منهجية البحث

اعتمد البحث في تحريره على توظيف مناهج عدة وهي:

1- المنهج الاستقرائي في تتبع آراء علماء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية المقارنة مع استعراض أدلتهم ومناقشتها

2- المنهج الوصفي في تصوير المسائل وبيان تكييفها الشرعي والقانوني.

3- اتباع المنهج المقارن بين الشريعة الإسلامية وبعض القوانين العربية المقارنة أو فيما بينها.

سادسا: خطة البحث

لمعالجة هذا الموضوع ارتأينا دراسته وفق خطة ثنائية تتضمّن فصلين، حيث تناولنا في الفصل الأوّل مفهوم الطّلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة ومشروعيته، إذ وَلجناَ من خلال المبحث الأوّل إلى مفهوم الطّلاق والذي شرّعته الشريعة والإسلامية وقنّنه التشريع الوضعي، كما تطرقنا إلى مشروعيته وأقسامه والأركان الواجب توفّرها لوقوعه، ليتضح لنا المفهوم الشّامل للطلاق.

أمّا في المبحث الثاني فقد تطرقنا إلى صُلب موضوعنا وهو الطّلاق عبر وسائل الاتّصال الحديثة، من حيث مفهومه وصوره وحكمه الشرعي، وتكييفه القانوني.

أمّا الفصل الثاني فقد جاء تحت عنوان: الطّبيعة القانونية لواقعة الطلاق خارج إطار القضاء وطرق إثباته، حيث يحتوي هو أيضا على مبحثين، ففي المبحث الأوّل سلّطنا الضّوء على الطّبيعة القانونية لواقعة الطلاق خارج إطار القضاء لدى التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية المقارنة.

أمّا في المبحث الثاني فقد تناولنا فيه أهمّ إشكال يحول دون الأخذ بالطّلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، وهو عدم الاعتراف بالطلاق خارج إطار القضاء وما يسمّي بالطّلاق العرفي.

الفصل الأول

مفهوم الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة ومشروعيته

لقد تعدّدت وتنوّعت صور الطلاق حديثا، فبعد أن كان يتم بطريقة مباشرة وغالبا بحضور الزوجة، ظهرت في العقود الأخيرة صور أخرى للطلاق والتي كانت نتيجة التطور التكنولوجي الحديث في وسائل الاتصال، فظهر طلاق باللفظ عبر الهاتف الثابت أو الخلوي، ثم الطلاق الكتابي عبر الهاتف النقال اللاسلكي، أو عبر البريد الالكتروني بواسطة شبكة الأنترنت، حيث نجده أن هذا الطلاق تتوفر فيه كامل أركانه وشروط إيقاعه التي شرعتها الشريعة الإسلامية وقننتها القوانين الوضعية المتعلقة بالأحوال الشخصية للمجتمعات، وسوف نتطرق في هذا المبحث الأوّل من هذا الفصل إلى المفهوم العام والشامل للطلاق مع ذكر شروطه واركانه، ثم نعرج في المبحث الثاني إلى مفهوم الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على مشروعيته وتكييفه القانوني.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وأركانه.

المبحث الثاني: صورالطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة ومشروعيته.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وأركانه.

إن الله تعالى أحلّ الطلاق إن كان هو الحلّ الوحيد بين الزوجين، واعتبره أبغض الحلال إليه، كما نظمه وشرع ضوابط وشورطا لإيقاعه، تحدّ منه وتجعل من يرغب في إيقاعه ان يتريث ويُعمل عله في هذا، فربنا يجم او يطلق وفق سنة الله تعالى، وهذا لأهمية الأسرة التي تعتبر نواة المجتمع.

و قد ارتأينا أن نتحدّث عن مفهوم الطلاق ومشروعيته وأقسامه **في المطلب الأول تحت عنوان تعريف الطلاق و مشروعيته وأقسامه، أما في المطلب الثاني لموسوم بأركان الطلاق وشروطه فقد تنازلنا فيه** شروط إيقاعه.

المطلب الأول: تعريف الطلاق و مشروعيته وأقسامه

سوف نتطرق إلى مفهوم الطلاق لغة واصطلاحا اعتمادا على تعاريف بعض الفقهاء، ونعرج إلى تعريف المشرع الجزائري، ثم نتطرق إلى أقاسم الطلاق ومشروعية.

الفرع الأول: تعريف الطلاق .

أوّلا–تعريف الطلاق لغة و اصطلاحا:

1- **الطلاق لغة :**

مصدر طلق طلوقا وطلاقا، إذا تحرر من القيد ونحوه[1].

ويطلق معنى الطلاق على التخلية والارسال ورفع القيد، تقول: أطلق الأسير وطلقه إذا رفع القيد عنه، أطلق زوجته إذا رفع قيد الزواج وهو قيد معنوي، وطلقت الناقة إذا سرحت حيت شاءت[2].

و هو أيضا رفـــع القيد سواء أكان حسيا أم معنويا، فيكون حسيا؛ كقيد الفرس وقيد الأسير، وكون معنويا؛ كقيد النكاح وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين[3].

1- ينظر: إبراهيم أنيس وآخرون، **المعجم الوسيط**، مكتبة الشروق الدولية، 2004، – 2 ص 563.

2 – محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، **لسان العرب**، د ط، ج7، دار صادر، بيروت، 1414هـــ، ص:226

1- حسن علي السمني ، **الوجيز في الأحوال الشخصية**، ج 1، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص: 316.

2- تعريف الطلاق في الاصطلاح الفقهي:

تعددت التعريفة الفقهية بتعدد المذاهب والآراء، فقد عرفه بعضهم بأنه "**رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه**[1]"، وهذا التعريف مختصر.

أما عند الفقهاء فقد عُرّف الطلاق بتعريفات عديدة، فهذه بعضها:

وعرّفه الحنابلة بأنه: "**حل عقد النكاح أو بعضه**" فإن كان بائنا فهو حل لقيد النكاح كله وإن كان رجعيا، فهو حل لبعضه[2]

- فقد عرّفه المالكية بأنه "**هو صفة حُكميّةٌ ترفع حليّةَ متعة الزوج بزوجته**[3]".

وعرّفه الشافعية بأنه: "**حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه**[4]"

عرّفه بعض الحنفية بأنه:" رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص[5]".

3- تعريف الطلاق قانونا

جاء في المادة 48 من القانون الأسرة الجزائري 84/11 [6] ما يلي : " **مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون** ".

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع لم يبني تعريفا قانوني للطلاق واكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية. وهي إما بالطلاق بإرادة الزوج أو بالتراضي بين الزوجين أو بطلب من الزوجة.

كما نلاحظ أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق، مثلما توسع علماء الفقه؛ حيث أنّ المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري أجملت ما جاء مفصلا.

1- أبو بكر مسعود بن احمد الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية،986، الموسوعة الفقهية، ص: 5

2- الصنعاني، الروض **النظير شرح مجموع الفقه الكبير** ،دار الجيل، بيروت،د.ط، ج4،ص 101-103.

3- ابن عرفة: **شرح حدود ابن عرفة**، وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية ،المغرب،،د.ت.ن، ص: 253.

4 – محمد خليل العتاني، **مغني المحتاج**، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997، ص: 368

5-ابن عابدين، **الدر المختار** ،دار الفكر، بيروت، ط2، 1992،ج3، ص: 227.

6- أمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

كما أنّ المادة 49 من نفس القانون حصرت الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القاضي وفق شكلية قانونية معينة يجب التقيد بها من قبل الزوج المطلق، وهذا سبب آخر لعدم خوض المشرع الجزائري في تفاصيل إيقاع الطلاق مثلما هو في الشريعة الاسلامية.

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق.

الطلاق مشروع في أصله، فقد جاء في قوله تعالى ﴿ **لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمُ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**﴾1.

وقوله تعالى ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ...**﴾ 2.

قال الله عز وجل : ﴿**الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكُم بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحُم بِإِحْسَانٍ...**﴾3

وقد قال النبي ﷺ لابن عمر رضي الله عنهما: ".... ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق...4"

في هذا وغيره دليل على جواز الطلاق، فإذا تنافرت النفوس واشتد الخصام فإن الطلاق هو الحل الأصلح للطرفين بدلا من البقاء مع النفرة والضغينة، فهو مباح لحاجة رغم كراهته[5].

أما المشرع الجزائري فقد أجاز إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج متى شاء، ولو لم يُصرحّ بالسبب الذي أداه إلى ذلك، وهذا ما تقرّه المادة 48 ق أ ج " **مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون** " وكذلك قرار المحكمة العليا رقم:223019 الصادر بتاريخ: 15

---

1 – سورة البقرة الآية: 236

2– سورة البقرة الآية231

3– سورة البقرة الآية229

4– صحيح مسلم، باب تحريم طلاق الحائض من غير رضاها، كتاب الطلاق رقم الحديث 1471

5– ابتسام محاتفي، **الطلاق واشكالاته في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر قانون خاص، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2017، ص:12

جوان 1999 الذي جاء فيه "**من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله. ومتى تبين– في قضية الحال – أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الاثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم.**

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[1]

الفرع الثالث: أقسام الطلاق.

أوّلا– باعتبار سنيته وينقسم الطلاق بدوره إلى قسمين:

1– الطلاق السني:

وهو الطلاق الذي وافق ايقاعه أمر الله تعالى ورسوله ﷺ، أي الطلاق في الدائرة الشرعية التي رسمها الاسلام لاتباعها، فالطلاق المشروع هو ما كان مرة بعد مرة، بتطليقة واحدة، بحيث يكون الطلاق رجعيا يملك الزوج بعد كل مرة أن يمسك زوجته بمعروف وذلك بمراجعتها[2].

قال الله تعالى: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحسَانٍ** ﴾[3].

قال الله تعالى: ﴿ **يَآ أَيــُّهَا النَّبِيءُ اِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبــَّكُمْ..**﴾4

أي حين تدعوا الحاجة إلى الطلاق، فطلقوا النساء مستقبلات العدة؛ وتستقبل المرأة العدة إذا طُلّقت بعد الطهر من حيض أو نفاس بدون أن يمسها، لأنّ المرأة بين حالتين: طهر أو حيض، وحين تكون في إحداهما تستقبل الأخرى، فإذا طلّقها في طهر فإن الحالة التالية هي الحيض وهو أول العدة اعتبار الرجعة[1].

1– زينة كعبش، **الاجتهاد القضائي في مواد قانون الأسرة الجزائري**، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص:55

2 بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج1،ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007 ص: 313

3– سورة البقرة، الآية 229

4– سورة الطلاق، الآية 1

2- الطلاق البدعي:

وهو الطلاق المخالف للشرع؛ أي ما انتفى منه شرط أو أكثر من الشروط المتقدمة، وحكم الطلاق البدعي إما مكروه أو حرام.

فالبدعي المكروه هو الواقع في طهر مس فيه الزوج زوجته في عدة من طلاق رجعي سبقه، وعلّة الكراهية التلبيس على المرأة في عدتها، فلا تدري هل تعتد بالقروء أم بوضع الحمل، لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطء.

أما البدعي الحرام هو الواقع في الحيض أو النفاس والواقع ثلاثا، وعلّة تحريم الطلاق في الحيض والنفاس هو اشكالية تطويل العدة على المطلقة؛ لأنّ المطلق إذا طلق زوجته في الحيض يكون قد زادها في العدة أيام الحيض التي طلّقها فيها[2].

ثانيا- باعتبار أثره ينقسم الطلاق إلى:

1-الطلاق الرجعي:

وهو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته، ولو دون رضاها، ويتم دون عقد جديد، وذلك من تاريخ التلفظ بالطلاق إلى آخر يوم من العدة، لاحتمال وقوع الطلاق تحت تأثير الغضب أو التسرع، فإن ندم الزوج على تعجله في الطلاق يجعله يستطيع مراجعة زوجته في العدة، أمّا إذا إنتهت العدة دون أن يراجعها فمعنى ذلك استحالت دوام الحياة الزوجية بينهما [3].

والطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق لقوله تعالى: ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَّكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُومِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الاَخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنَ اَرَادُواْ إِصْلاَحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴾[4]

وعليه يكون كل طلاق رجعيا، إلاّ الطلاق قبل الدّخول، أو الطلاق على مال (الخلع) ، أو ما كان مكملا للثلاث.

---

[1] – محمد عبد السلام محمد ، **العلاقات الأسرية في الإسلام**، د.ط، مكتبة الفلاح، مصر،1981 ص: 222

[2] – ابتسام محاتفي، المرجع السابق ص: 13

[3]– فضيل العيش، **شرح وجيز لقانون الاسرة الجديد**، طبعة جديدة، مطبعة طالب، الجزائر، 2008، ص: 29

[4] سورة البقرة، الآية 228 ، 229 .

2-الطلاق البائن:

هو الطلاق المكمل لثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال الطلاق المكمل لثلاث يَبينُ المرأة ويخرجها على الزوج[1]﴿1لقوله تعالى : فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ... ﴾[2]

والطلاق قبل الدخول يَبينُ المرأة أيضا لأنّه لا عدة عليها فلا يتمكن من مراجعتها لقوله تعالى: ﴿ آ أَيـــُّهَا الذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُومِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾[3]

والطلاق على مال يَبينُ الزوجة منه لأنّها تفتدي نفسها خلاصا من الزوج، لقوله تعالى :﴿...فَإِن خِفْتُمُ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ... ﴾[4]

ويقسّم الطلاق البائن إلى بائن بينونة كبرى وبائن بينونة صغرى، والفرق بينهما أن البينونة الكبرى هي مكملة للثلاث، فلا تحل الزوجة له حتى تنكح غيره أو تفترق عنه بالموت فترجع إلى زوجها الأول بعقد جديد[5]

3-موقف المشرع الجزائـــري من طلاق الرجعة و الطلاق البائن :

لم يرد النص في قانون الأسرة الجزائري على الطلاق الرجعي و البائن، إلاّ ما كان من إشارة عابرة إلى إمكان الرجعة، وذلك في المادّة 50 من نفس القانون، حيث جاء فيها : **"من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"**.

وكأن الفيصل في الطلاق الرجعي و البائن بينونة صغرى في نظر المشرع هو حكم القاضي بالطلاق، أنّ كلّ طلاق قبل حكم القاضي اعتبره طلاقاً رجعياً، وكل طلاق بعد حكم القاضي اعتبره طلاقاً بائناً[6] .

1- احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون،ط2، مطبعة الإرشاد، بغداد،1972،ص :207

2 سورة البقرة، الآية 230

3- سورة الأحزاب، الآية 49

4 - سورة البقرة، الآية 229

5- ينظر: السيد سابق، فقه السنة، د ط، دار الكتاب العربي، بيروت، د س ن، ص 278

6- بركات رابح، **ازدواجية الطلاق وأثره في احتساب العدة**، مذكرة ماستر قانون الأسرة، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة،2015، ص: 44

وهذا التقسيم يتوافق مع ما ورد في المادة 49 من ق أ ج حيث جاء فيها : (**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداءً من تاريخ رفع الدعوى**).

فهي تقضي بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم القاضي، و لا يحكم القاضي إلا بعد محاولة الصلح.

وعليه نقترح على المشرع الجزائري أن يراعي ما يحقق المصلحة من الاجتهادات الفقهية، والذي نراه أنسب إلى ذلك هو رأي جمهور الفقهاء الذي قضى بأنّ كلّ طلاق رجعي، إلاّ ما كان قبل الدخول أو المكمل للثلاث، أو الطلاق على مال.

أما المادة 51 ق أ ج التي تنص على **"لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"** والتي تعني أن الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات، أي صدور حكم الطلاق لكل واحدة منها، وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري نص صراحة على الطلاق البائن بينونة كبرى.

ثالثا– بإعتبار الزمن ينقسم الطلاق إلى ثلاث أقسام:

1- **الطلاق المنجز**: وهو ما قصد به ايقاع الطلاق في الحال ويترتب على هذا الطلاق أثره فور صدوره.
2- **الطلاق المضاف إلى أجل**: وهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن مستقبل كأن يقول : أنت طالق ابتداء من أول الشهر القادم.
3- **الطلاق المعلق على شرط**: وهو ما رتب وقوعه حصول أمر في المستقبل ويحتمل الوقوع وعدمه[1]، كأن يقول الزوج لزوجته: إن خرجت من الدار فأنت طالق، أو إذا دخلت دار فلان فأنت طالق[2].

ولقد ذهب جل الفقهاء إلى أن الطلاق يقع ولو كان بصيغة معلقة أو مضافة، وهذا الرأي الذي ذهبت إليه التشريعات العربية، وعيله فإن الأصل في الطلاق أن يكون منجزا وجديا يعبر عن الارادة الحقيقية للزوج، مما يقتضي إلغاء الطلاق المعلق والطلاق بالحرام أو اليمين، باعتباها منبع شقاق الأسرة وسببا في تلمس الحيل الفقهية والقانونية[3].

1- سليمان ولد خسال، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط2، شركة الاصالة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص: 144

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص :254

3 – سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص: 145

المطلب الثاني: أركان الطلاق وشروطه.

سوف نتطرّق في هذا المطلب إلى أركان الطّلاق وشُروط إيقاعه استنادا إلى الفقه الإسلامي، وما أقره في هذا السياق قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: ركن الزوج وشروطه.

الزوج هو الذي يملك الطلاق وهذا هو الاصل، ويقع طلاقه متى كان أهلا لإيقاعه بأن توافرت فيه الشروط[1] الآتية :

- أن يكون الزوج بالغا وقت إيقاع الطلاق.
- أن يكون الزوج عاقلا وقت إيقاع الطلاق.
- أن يكون الزوج مختارا لا مكره على توقيع الطلاق وأن يكون واعيا لما يقوله.

فإذا توافرت فيه هذه الشروط كان أهلا لأن يوقع الطلاق على زوجته.

وقد اختلف الفقهاء فيما يأتي:

أوّلا– طلاق المجنون :

الزوج إذا كان مجنونا لا يقع طلاقه، لأنّه فاقد الأهلية، وليس له قصد؛ ويلحق بالمجنون؛ الصبى، المعتوه، غير المميز، المغمى عليه، النائم ومن اختل عقله لكبر السن[2].

تانيا: طلاق الغضبان:

إنّ طلاق الغضبان، كما يطلق عليه فقهاء الشريعة الاسلامية بطلاق الإغلاق، وهو: ما يصدر من شخص يعاني حالة من الانفعال الشديد، تلتهب فيه أعصابه، ثم ينتابها التوتر، والضعف، فتزول إدراكه، وينعدم تميزه، فتخلط عليه معاني الكلمات التي يتلفظها، أو التي يسمعها، فيأخد حكم المدهوش أو المرعوب، فإن تلفظ بالطلاق فلا عبرة بقوله، أو فعله متى صدر منه وهو يعاني تلك الأزمة العصبية.

1– فضيل العيش، المرجع سابق، ص: 29-30

2– المرجع نفسه، ص:30

وعليه قال رسول الله ﷺ: " **لا طلاق في إغلاق**[1]" ويقصد بالإغلاق هو ضيق آفق تفكير الشخص، وانسداد منافذ، الرؤيا العقلية عنده، أثناء غضبه مما يفقده التصرف، ويجعل معيار التمييز منعدما في هذه الحالة[2].

تالتا: طلاق المكره:

وهو الذي أجبر على الطلاق تحت التهديد بخطر جسيم يصيب بدنه أو ماله، فإنّ الإمام مالك قد قال: لا يجوز طلاق المكره، لأنه غير راض بطلاق زوجته وإنما أرغم عليه، فهو لا يملك نفسه كالمجنون، وقد وافقه جمهور الفقهاء، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم:" تجاوز الله عن أمتي: الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[3]". ويعود هذا إلى أن المكره غير راض بطلاق زوجته، ولا نية له في ذلك ولا رغبة في إيقاعه.

أما الحنفية فقد ذهبوا الى وقوع طلاق المكره، محتجين في ذلك بالقياس فقد قاسوا المكره على الهازل[4].

1- أبو داود "642/2"، كتاب الطلاق: باب في الطلاق على غلط، حديث 2193

2- عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة، من منظور الفقه والتشريع والقضاء**، منشورات تالة، الأبيار الجزائر، ص : 29

3- أخرجه ابن ماجة " كتاب الطلاق: باب طلاق المكره والناسي حديث"2045""659/1

4-العربي بختي، المرجع السابق، ص: 113.

رابعا– طلاق السكران:

هو الذي لا يدرك ما يقول وما يفعل أثناء سكره ولا يتدكر بعد صحوه من السكر[1]، ذهب بعض الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق السكران الذي تناول المسكر بطريق مباح كمن شرب مضطرا، أو مكرها، أو جهلا، إلا أنهم اختلفوا في طلاق السكران الذي تناول المسكر بطريق محظور وهو الذي تناول المسكر باختياره دون أن يكون مضطرا أو مكرها فذهب كثير من الفقهاء إلى أن هذا الطلاق لا يقع، وذهب بعض الفقهاء إلى القول بوقوعه زجرا له وعقوبة على سكره[2].

خامسا– طلاق الهازل :

يقع طلاق الهازل قضاء وديانة، وهو الذي ينطق باللفظ عن قصد على سبيل اللهو واللعب عالما بما يقول غير مريد معناه ولا ما يترتب عليه من آثار فقد قال رسول عليه الصلاة والسلام "**ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق**" وفي حديث الرجعة بدل العتاق، وقال عليه الصلاة والسلام" أن من لعب بطلاق أو عتاق لزمه" وهذا هو رأي جمهور الفقهاء[3].

الهازل لا نية له ولا مقصد ولا اختيار، فمتى قام ذليل الهزل لم يقع طلاق الهازل على الأصح، وهو قول جماعة من أهل العلم، أما الجمهور احتجوا بما روى عن رسول الله ﷺ[4] أنه قال: "**ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق**[5]"

سادسا– طلاق المخطئ :

المخطئ من يريد قول كلام فيسبق لسانه إلى غير ما أراد فضلاقه يقع قضاء إذا وصل الأمر إلى القضاء أما إذا لم يصل للقضاء فيصح للمخطئ أن يعاشر زوجته اذ العبرة بالنيات[6].

1–فضيل العيش، المرجع سابق، ص: 30-31.

2– تحفة المحتاج :398/2 ، المجموع: 450/8 ، المغني:312/7 ، حاشية ابن عابدين:427/2.

3–عثمان التكروري، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،1998 ، ص: 180

4– عمرو عبد المنعم سليم، **الجامع في أحكام الطلاق فقهه وأدلته**، د ط، دار الضياء، د ب ن، د س ن ص: 108.

5– أخرجه الترمذي، **كتاب الطلاق**، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، رقم 1184ص211.

6 – فضيل العيش، مرجع سابق، ص: 31.

سابعا– طلاق السفيه:

وأحسن تعريف، تعريف محكمة النقض المصرية هو: "الضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس وبأن الصفة المميزة خلاف مقتضى العقل، والشرع"، وعرفته أيضا:" أنه من العوارض التي لا تخل بالعقل، من الناحية الطبيعية وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإرادة، وحسن التقدير"[1].

وعليه فإنّ ما تستوجب الإشارة له، في هذا الصدد، هوأنّ المشرع بعد أن اعتبر السفيه ناقص الأهلية، في القانون المدني، فقد حرمه منها نهائيا في قانون الأسرة في المادة 85 فجعله كالمجنون والمعتوه، حيت جاء فيها ما يلي:"**تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه**"[2].

الفرع الثاني: ركن الزوجة وشروطه.

لا خلاف بين الفقهاء أن المطلقة هي الزوجة في نكاح صحيح شرعي فهي محل الطلاق ومن يقع عليها الطلاق، أما المرأة الأجنبية عن الرجل إذا أوقع عليها الطلاق لا تكون مطلقة، وسبب ذلك هو أنها ليست محلا لطلاقه، والطلاق الواقع منه عليها هو لغو من القول لا ينتج أثرا شرعيا بالنسبة لها[3]، ويشترط لصحة وقوع الطلاق على الزوجة شروط[4]:

أوّلا– قيام الزوجية وقت الطلاق:

فيقع عليها الطلاق حال قيام الزوجية الصحيحة قبل الدخول أو بعده، ولا يقع على المرأة غير متزوجة وأن تكون الزوجة في طهر لم يمسها فيه.

ثانيا– صحة الزواج بالعقد:

فلا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة زواجا غير صحيح.

1– عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص: 28

2– عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص:25.

3– أحمد نصر الجندي، **موسوعة الأحوال الشخصية – الزواج، الطلاق**، التفريق بين الزوجين، ج1 ، دار الكتب القانونية، مصر 2006.ص: 165

4– محفوظ بن صغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02 الأسرة والتشريع**، دار الوعي للنشر والتوزيع،2012.ص: 55

ثالثا– ألا تكون مطلقة قبل الدخول:

فلا يقع الطلاق على من تزوجت زواجا صحيحا ثم طلقت قبل الدخول ولا يلحقها طلاق آخر.

رابعا– ألا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثا

الفرع الثالث: الصيغة وشروطها.

وهي كل ما يصدر عن الزوج المطلق من تصرف قولي معتمد في الشرع يدل على إرادته لإزالة قيد النكاح، فيقع الطلاق بكلّ ما يدل على حل الرابطة الزوجية من لفظ يُعلم به قصد الزوج في إيقاع الطلاق، أو ما يقوم مقامه[1]، ويعبر عنه إما باللفظ أو الكتابة

أوّلا– الطلاق باللفظ:

وهو نوعان صريح وكنائي:

1- **الطلاق الصريح:** هو ما دلت عليه صراحة الالفاظ التي وضعت في اللغة والاصطلاح للتعبير عن حل عقدة النكاح، مأخوذة من كلمة –طلاق– أي مشتملة على أحرف الطلاق الأصلية (الطاء واللام والقاف) كلفظ طلقتك وأنتِ طالق، فاللفظ الصريح هو ما لا يحتمل غير الطلاق[2].

2- **الطلاق الكنائي:** هو الطلاق الذي يتم إيقاعه بألفاظ تحتمل الطلاق وغيره، فهذه الألفاظ لم توضع مخصوصة للطلاق، و لم يجر العرف على استعمالها فهي ممكن أن تحتمل معنى يتعلق بالطلاق ومعنى آخر لا يتعلق بالطلاق فهو لفظ يحتمل الأمرين معاً، كقول الزوج لزوجته : (أنتِ مفارقة)، فهذا لفظ يحتمل معنى الفراق والفراق أعم من الطلاق فيحتمل أنَّه أراد مفارقة الأهل ويحتمل مفارقتها إياه الحياة الزوجية[3].فإذا نوى المعنى الأول فلا شيء عليه و إنْ نوى الثاني يقع الطلاق، ولاسيما عند المذاهب الفقهية التي أجازت وقوع الطلاق بلفظ الكناية إذا توفرت النية أو القرينة أو دلالة الحال على إرادة الطلاق، أي أنَّ الزوج إذا نوى بتلفظه طلاقا وقع و إلاّ فلا[4]

---

[1]- أحمد الكبيسي ، **الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون - الزواج والطلاق واثارهما**، طبعة منقحة ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، 2007 ، ص : 214

[2]– مصطفى الزلمي، **مدى سلطان الارادة في الطلاق**، ج1 ، ط 1، مطبعة الغاني، بغداد، 1984.ص: 226.

[3] – أحمد الكبيسي، مرجع سابق ص: 257.

[4] – مصطفى الزلمي مرجع سابق ص: .228.

ثانيا– الطلاق بالإشارة:

إنَّ إشارة الأخرس تقوم مقام اللفظ في إيقاع الطلاق، فيقع الطلاق من الأخرس العاجز عن النطق والكتابة بالإشارة المفهومة الدالة على الطلاق، فالإشارة حلت محل اللفظ والكتابة أي تعتبر بديلا عن اللفظ؛ وفي ضوء هذا لا تقبل في الأحوال كلها فإذا كان الزوج المطلق قادر على النطق لا يقع طلاقه بالإشارة لأنها لا تكون بديلا عن العبارة إلا عند العجز عنها1.

ثالثا– الطلاق بالكتابة : وهذه طريقة في التعبير عن إرادة إيقاع الطلاق تقوم مقام اللفظ، ويقع بها الطلاق إذا كانت واضحة وصريحة دالة على الطلاق ومستبينة ومرسومة، فالكتابة المستبينة هي الواضحة المفهومة الظاهرة أي التي يبقى لها أثر كالكتابة على الورق، فيقع بها الطلاق، أما ما يكتب على الهواء أو الماء لا يبقى له أثر فلا يقع به طلاق الكتابة[2].

ويجب أن تكون مرسومة أي موجهة باسم الزوجة وعنوانها، كأن يكتب الزوج إلى زوجته رسالة بعنوانها يرسلها إليها ومضمونها، إذا وصلتك رسالتي هذه فأنت طالق، فالكتابة هنا جاءت مستبينة ومرسومة فيقع بها الطلاق دون حاجة إلى نية فهي تقوم مقام اللفظ الصريح3. وهذا ما سوف نعالجه بالتفصيل في المبحث الثاني لعلاقته بموضوعنا وهو الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة.

المبحث الثاني: صورالطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة ومشروعيته.

لقد تعدّدت صور الطلاق حديثا وتنوّعت، فبعد أن كان يتم بطريقة مباشرة وغالبا بحضور الزوجة، ظهرت في العقود الأخيرة صور أخرى للطلاق، عبر وسائل الاتصال الحديثة، ، فهل يتم ذلك شرعا وقانونا؟ وماذا يعتبر هذا الطلاق؟ ومتى يرتب آثاره؟

هذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث، بعد أنْ نستعرض مجموعة من وسائل الاتصال الحديثة، والتي يتمّ توظيفها لإيقاع الطّلاق، و المعيار المرجعيّ في انتقاء هذه الوسائل هي:

- الوسائل الأكثر تداولا بين الناس والتي يسهل استخدامها.
- الوسائل التي ثار فيها النقاش كثيرا بين علماء الشريعة ورجال القانون في مسألة إيقاع الطلاق بها.

2- أحمد الكبيسي، مرجع سابق. ص 214.

3- أحمد الكبيسي، المرجع سابق. ص: 213.

3–عبد الرحمن الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية**،ط2 مزيدة ومنقحة، دار الفكر،1986 ص: 287

وبناءً على ذلك يمكن أن نجملها فيما يأتي:

وسائل صوتية مباشرة كالهاتف الثابت، ووسائل كتابية كالهاتف النقال والكمبيوتر المتصل بشبكة الأنترنت، أما ما تبقى من الوسائل فيمكن قياسها على تلك المذكورة سلفا.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة وصوره

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة ،و أهم صوره وذلك وفق المعيار الذي تم ذكره سالفا.

الفرع الأول: تعريف وسائل الاتصال الحديثة.

أولا: الاتصال لغة الاتصال في اللغة مصدر كلمة وَصَل بمعنى اتَّصَل، اتِّصالا (وَصَلَ) التَّام، اجْتَمَعَ و لَمْ يَنْقَطِعْ، واتَصلَ بِهِ الخَبر عَلِمهُ، وصلَ إِلَى الشّيءِ بَلَغَه وانتَهَى إِلَيْهِ، والوصْلُ ضدَّ الهَجْرَانُ[1]

ثانيا: اصطلاحا فنقصد التواصل عبر واسطة الاتصال الحديثة communication فهي عملية مشاركة في الأفكار والمعلومات، أي العملية التي يتفاعل بمقتضاها مستقبل ومرسل الرسالة في مضامين اجتماعية معينة[2].

أو هي عملية تساعد المرسل على إرسال المعلومات بأي وسيلة كهرومغناطيسية من "التليفون"، أو "التلكس"، أو "البث تلفزيوني"، أو نحو ذلك[3].

أما المقصود العام للطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة والذي تندرج تحته كل هذه الوسائل الصوتية والكتابية والذي اصطلح به الطلاق الالكتروني، فيمكن تقديره على أنه:

حلّ الربطة الزوجية بإرادة الزوج، بلفظ صريح يدل على الطلاق، أو كناية مع إرفاقه بقرائن يدل على إصراره على إيقاع الطلاق، وذلك عبر أحد وسائل الاتصال الحديثة، كالهاتف الثابت أو الخلوي؛ أو كتابة – زوجتي ... أنت طالق– مثلا عبر رسالة sms أو البريد الالكتروني وإرسالها إلى زوجته بنية الطلاق.

1– سعدي أبو جيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، ط4، دار الفكر، دمشق، 1408هـ، ص:381.

2– -محمود علم الدين، **تكنولوجيا المعلومات وصناعة الاتصال الجماهيري**، ط 1، دار العربي، القاهرة، 1990م، ص:5.

3– علي محيي الدين القره داغي، **حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة**، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص:41.

الفرع الثاني : مفهوم الطلاق باللفظ عبر وسائل الاتصال الحديثة وصوره

أوّلا– الطلاق باللفظ عبر الهاتف:

يتمثل دور الهاتف في نقل الصوت من مشترك إلى آخر عبر خطوط هاتفية مادية أو هوائية توفرها مصلحة الهاتف للمشتركين، ويقع التمييز بين مشترك وآخر برقم الهاتف الذي يتكون من مُمَيّز للبلد ومُميّز للتقسيم الجغرافي داخل البلد ورقم المشترك.

وتظهر أهميته بالدرجة الأكبر مع ظهور الهاتف النقال بعدما كانت تسود فكرة الهاتف الثابت، ولقد استطاع أن يتطور من حيث الشكل و الخدمات التي يقدمها، و أصبح يحتل مجالا أوسع في حياة الانسان كوسيلة اتصال حديثة، وهو يعتمد على الاتصال اللاسلكي عن طريق شبكة من أبراج البث الموزعة ضمن مساحة معينة[1].

ويستخدم الهاتف حاليا من قبل الملايين من الناس في كافة أنحاء العالم، إذ أصبح من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها، كما أصبح متاحا للجميع.

و يتم الطلاق شفاهة باللفظ عبر الهاتف كأن يتصل الزوج بزوجته ويقول لها صراحة: " أنت طالق" أو كناية ما يفيد بتطليقه لها كأن يقول لها: "اذهبي إلى بيت أبيك حالا ... لا أريدك في مترلي" وكل عبارة يقصد منها الطلاق.

ثانيا– الطلاق باللفظ عبر شبكة الأنترنت بواسطة الهاتف أو الكمبيوتر:

إنّ الانترنت هي عبارة عن شبكة ضخمة عالمية لتبادل المعلومات والبيانات حول العالم بأكمله، وكان ظهور هذه الشبكة نتيجة تلاقي تقنيات المعلومات والاتصال وإمكان الربط بينها، و تسمى هذه الشبكة بشبكة الاتصال العنكبوتية أو العنقودية و هي عبارة عن مجموعة من الحواسيب الرئيسية على مستوى العالم متصلة أو يمكن أن تتصل بها على مدار الساعة طبقاً لنوع الاتصال[2].

1–Jean Michel Cedro ; Le multimédia : éditions milan : décembre 1995 France P09.

2– ينظر: سليانة مراد فاروق، **مقدمة إلى الانترنت**،ط1، دار المسيرة للنشر و التوزيع، (د.ب.ن)،2001، ص:29.

ويستفيد من شبكة الأنترنت عدد هائل من الأشخاص بحيث يتناقلون المعلومات بسهولة ويسر وسرعة فائقة، إذ تعد قناة مفتوحة ومتدفقة من المعلومات وأسلوب مبتكر للتعبير عن الرأي[1].

أما التعريف القانوني لشبكة الأنترنت فقد عُرّفت بأنّها: "**إحدى أهم وسائل الاتصال الحديثة للتفاوض وإبرام العقد وتنفيذه، وتعتمد على أجهزة الحاسب الآلي في التعبير عن الإرادة وتبادل الإيجاب والقبول بين الأشخاص في مختلف أنحاء العالم وبسرعة فائقة**"[2].

ويتم الطلاق شفاهة عبر الأنترنت مثلما يتم عبر الهاتف بعبارة صريحة تدل على الطلاق، كأن يقول الزوج لزوجته التي تراه وتسمعه – أنت طالق– إلا أن خدمة الأنترنت تتميز بقيمة مضافة وهي إمكانية رؤية الزوجة لزوجها والعكس صحيح، وبالتالي نكون أمام صورة طلاق أضمن من التلفظ الصوتي فقط، وكأنها في صورته الطبيعية مع اختلاف مكان كل من الزوج والزوجة، بحيث هذه التقنية تجعلنا نطبق القواعد العامة للطلاق باللفظ أو حتى الطلاق بالإشارة، وفق ضوابط ينبغي مراعاتها لتفادي الاحتيال والتزوير.

الفرع الثالث: مفهوم الطلاق بالكتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة وصوره.

أوّلا– تعريف الطلاق بالكتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة:

المحادثة الكتابية عبر وسائل الاتصال الحديثة هي عبارة عن إرسال واستلام النصوص المكتوبة إلكترونيا وذلك عن طريق شبكة الأنترنت[3]، أو الهاتف الذكي.

أما في مسألة إيقاع الطلاق عبر هذه الوسائل فهي كتابة الزوج رسالة نصية لزوجته يعبر فيها عن إرادته الطلاق وهذا بواسطة هاتفه المحمول، أو البريد الإلكتروني، أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة[4].

وقد يحصل كثيرا في الواقع العملي أن يكون الاتصال بين الزوج الغائب مع زوجته بواسطة البريد الإلكتروني أو باستخدام الماسنجر المباشر بالكتابة أو غيرها، فإذا حصلت خلافات بين الزوجين وهما متباعدان

1- بسام فنوش الجنيد، **المسؤولية المدنية عن التعاملات التجارية عبر الأنترنت**، ط1، مركز الدراسات العربية، مصر، 2017، ص:2 .

2- بسام فنوش الجنيد، مرجع سابق، ص 32، نقلا عن بشار طلال المومني، **مشكلات التعاقد عبر الانترنت**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصور، كلية الحقوق، 2003، ص:9.

3- بلال مروان الإسماعيل، **تعلم واحتراف الأنترنيت**، ط 1، دار مهرات للعلوم، سورية حمص، 2007، ص: 112.

4 – ابو عطية، **الزواج والطلاق في زمن العولمة**،ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص: 115.

عن بعضهما، أو حصلت خلافات ثم تباعدا، فيسهل على الزوج إرسال رسالة تتضمن عبارة (أنت طالق) أو غيرها مما تّدل على الطلاق.

ثانيا– صور الطلاق بالكتابة عبر شبكة الأنترنت وبواسطة الهاتف أو الكمبيوتر:

تعددت وتنوعت صور الطلاق بالكتابة بتنوع وسائل الاتصال الحديثة وتطورها، حيث نجد أن الكتابة قديما يمكن أن تكون على الورق على شكل رسالة أو على الحائط وغيرها، وحديثا مثل الفاكس والتلكس والمتطورة جدا كرسائل الجوال sms ورسائل البريد الالكتروني والماسنجار والوتساب وغيرها

وكل هذه الوسائل تجمعها ميزة وهي الكتابة.

وتعتبر الكتابة وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، و تحتل الكتابة مكانة عالية في كثير من المعاملات، فالكتابة هي تدوين مرئي للغة، وهي واسطة لنقل الأفكار و المشاعر، وتتميز عن الكلام و الإشارة بأنها باقية و الكلام و الإشارة يزولان في الحال.
و الكتابة في اللغة مصدر كتب: الكِتابُ: معروف، والجمع كُتُبٌ وكُتْبٌ. كَتَبَ الشيءَ يَكْتُبه كَتْباً وكِتاباً وكِتابةً، وكَتَّبَه: خَطَّه، فالكتابة هي ما يخطـــه الإنسان أو يكتبه من الكلام[1].

ولقد عرف محمد الزحيلي الكتابة بأنها: " **الخط الذي توثق به الحقوق بالطريقة المعتادة ليُرجع إليها عند الحاجة** ".

والكتابة من حيث دلالتها أوثق وأضمن حجية من التعبير باللفظ؛ إذ تبقى قرينة مادية قاطعة على إرادة صاحبها ومقصده، كما أن الكتابة تمتاز عن اللفظ بالثبات والضبط والديمومة، وهي أشـــد دلالة على جزم الإرادة، لأن المرء قد يتلفظ بلسانه ما لا يقصده و إنما وقع سهوًا أو خطأً و سبق لسانه، أو ينطق به مازحاً، أما في الكتابة فإن العقل والفكر يكونان متجهين نحوها بجزم وجزم بغية ترتيب آثار تلك الإرادة على أرض الواقع، ولا أدل على ذلك الآية الكريمة من سورة البقرة التي تحثنا على الكتابة بعبارة دالة وقاطعة[2]، إذ يقول سبحانه:

1– ينظر: ابن منظور، **مرجع سابق**، ج12، ص :23 -25.

2– ينظر: الزحيلي محمد مصطفى، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية**، ج2، ط 2، مكتبة البيان، دمشق ،1994 ، ص :417.

﴿يَآ أَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ اِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبُم بِالْعَدْلِ وَلاَ يَابَ كَاتِبٌ اَن يَّكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾ [1].

هذا بالنسبة للكتابة المعروفة والتي توارثها الإنسان منذ القدم، فهل ينطبق هذا مع الكتابة الالكترونية عبر وسائل الاتصال الحديثة، خاصة في موضوع الأحوال الشخصية وبالضبط في إيقاع الطلاق؟ وما حكم الطلاق الذي تم إيقاعه كتابة عبر هذه الوسائل ؟ وهل يعتد به منذ إرساله من قبل الزوج أم منذ علم المرأة به؟ ومتى يرتب آثاره؟

سوف نحاول دراسة مسألة الطلاق باللفظ عبر وسائل الاتصال الحديثة في الفرع الأول من المطلب الثاني ثم نتطرق إلى مسألة الطلاق بالكتابة عامة، مستندين إلى رأي الفقهاء القدامى حول طبيعة الطلاق بالكتابة، ثم نعرج إلى مسألة الطلاق الكتابي عبر وسائل الاتصال الحديثة.

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة.

مادام أن الشريعة الاسلامية تعتبر من المصادر الماديّة الأساسية للتشريعات العربية خاصة في مجال الأحوال الشخصية ومنها التشريع الجزائري، فإنّه من الواجب التّطرق إلى الحكم الشرعي للطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة وهذا ما سوف نتناوله في هذا المطلب

الفرع الأول: الحكم الشرعي للطلاق باللفظ عبر وسائل الاتصال الحديثة

أوّلا– رأي الفقهاء حول الطلاق باللفظ عبر وسائل الاتصال الحديثة:

إذا طلق الرجل زوجته مشافهة عن طريق الهاتف أو جهاز الكمبيوتر المتصل بشبكة الإنترنيت؛ فإن الطلاق واقع شرعا؛ على اعتبار أنّ وقوعه لا يتوقف على حضور الزوجة ولا رضاها ولا علمها، كما أنه لا يتوقف على الإشهاد، كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، فالطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج به[2]. وفق شروط يجب مراعاتها.

ولقد صدرت فتوى من لجنة الافتاء – دائرة الافتاء العام الأردنية بعدد 961 في 2010/11/28، ملخصها: "أن الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة: إما أن يكون باللفظ وإما أن يكون بالكتابة، موضحة

1– سورة البقرة ، الآية: 282

2 ينظر: أسامة عمر سليمان الأشقر، **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق**، ط1، دار النفائس، الأردن،2000، ص: 112.

أن الطلاق باللفظ إذا كان بالألفاظ الصريحة يقع باتفاق الفقهاء ، كأن يتصل الزوج بالزوجة بواسطة الهاتف، فيقول لها:- أنت طالق- فهذا الطلاق يقع باتفاق الفقهاء، وهو بمثابة الخطاب مواجهة، وأما الطلاق عبر الوسائل الالكترونية الحديثة: كالرسائل القصيرة عبر الهاتف الخلوي، أو رسائل البريد الإلكتروني (E-MAIL): فهذه تأخذ حكم الطلاق بالكتابة الذي بحثه الفقهاء المتقدمون"[1].

وبعد اطلاعنا على العديد من الفتاوى المعاصرة حول هذا الموضوع، تبين لنا أن معظم الفقهاء المعاصرين قد أجازوا هذا النوع من الطلاق خاصة الذي يتم بالصوت، وقد طبقوا عليه القواعد العامة للطلاق والتي تم التطرق إليه في المبحث الأول مع إضافة شروط أساسية لإيقاعه والتي سوف نراها الآن.

ثانيا: شروط إيقاع الطلاق باللفظ عبر وسائل الاتصال الحديثة

إن إشكالية التزوير وانتحال صفة الزوج من أهم ما ينبغي مراعاته في الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة صوت أو صوت وصورة، هذا نظرا لإمكانية تقليد صوت الزوج أو تركيبه مع صورته وكأنه هو الذي يتحدث، عن طريق المونتاج والذي أصبح متاحا لأبسط شخص في الآونة الأخيرة؛ وعلى إثر هذه المتغيرات يمكن أن نذكر مجموعة من الشروط الواجب توفرها، للأخذ باللفظ بالطلاق عبر هذه الوسائل، هذا على غرار الشروط العامة للطلاق التي سنتها الشريعة الاسلامية والمذكورة في المبحث الأول.

1- إذا كان بالصوت فقط فيجب أن يكون الاتصال جاريا من هاتف الزوج لا من غيره أو مما هو مشترك بينه وبين غيره.
2- أن تتأكد الزوجة من أن المتكلم هو الزوج نفسه، وذلك عن طريق قرينة خاصة، يذكرها لها ليؤكد شخصيته، كأن يستعين بحدث معين أو جملة محددة، أو سر لا يعرفه غيرهما، بحيث أن متلقي الاتصال يتأكد عندها أنه هو.
3- أما إذا كان الاتصال يتم عن طريق الصوت والصورة ، فعلى المتصل إثبات هويته، بإضافة قرينة أخرى تتم عن طريق الإشارة، لتفادي التلاعب والتركيب والتزوير.
4- أن يثبت المتصل أنه في حال طبيعية، غير مكره ولا غائب العقل.

[1]-مقال: موقع جريدة الدستور، الطلاق الالكتروني يقع بشروط، 2019/05/08،
https://www.addustour.com/articles/645573

5- وجوب الإشهاد على الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة و بالتالي سيكون إثبات الطلاق في هذه الحالة عن طريق الإشهاد لا عن طريق الوسائل[1].

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للطلاق بالكتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة

إن الطلاق بالكتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة يختلف عن الطلاق باللفظ، ذلك أن احتمال وقوعه في الحالة الثانية أكبر من احتمال وقوعه في الأولى، إذ أن اللفظ المسموع أو اللفظ المسموع المصحوب بالمشاهدة أو الإشارة أكثر وضوحا، وأسهل ثبوتا من الكتابة المجردة التي يقدر على القيام بها أي شخص وينسبها إلى غيره، خاصة مع تطور هذه الوسائل، حيث أصبحنا لا يمكن أن نميز خطًّا الكترونيا عن آخر كما كان في القديم بالنسبة للكتبة العادية، إذ الآلة هي التي تولت الكتابة وبالتالي وحّدت كل الخطوط، إضافة إلى أن الطلاق بالكتابة قد وقع فيه خلاف كبير بين الفقهاء القدماء بين من يعتد به ومن ينكره ولا يعتد به، وبين من يعتبره طلاقا كنائيا ومَن يعتبره طلاقا صريحا[2]، مما أوجب علينا أن نستفيض في هذا المبحث ونؤصل للموضوع من شتى جوانبه، ليتضح لنا الحكم الشرعي في مسألة الطلاق بالكتابة عموما، والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة بالخصوص.

أوّلا- رأي الفقهاء حول حكم الطلاق بالكتابة:

اختلف الفقهاء في حكم الطلاق بالكتابة لمن قدر على النطق فمنهم من منعه و لم يعتد به إطلاقا ومنهم من أخذ به بشروط وضوابط لبد منها.

1- الرأي الأول: لا يقع الطلاق بالكتابة

ذهب قول للشافعية[3] والظاهرية[4] إلى عدم صحة الطلاق كتابة لمن قدر على الكلام، وهو قول عطاء، فقد قال:"**ومن كتب الطلاق ولم يلفظ بشيء فليس بطلاق**"، وكذا هو مذهب ابن حزم، قال في

1- بوحادة سمية، **الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة**، مقال منشور في مجلة الحقيقة، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، أدرار، العدد38 ص: 198.

2- ينظر: حارث علي إبراهيم، **الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في ضوء الفقه الإسلامي**، مقال منشور بمجلة كلية العلوم الاسلامية، د م، العدد 38، 2014، ص:89

3- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، **المغني لابن قدامة**، د ط، ج7، مكتبة القاهرة، مصر، 1968، ، ص:486.

4- أبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، **المحلّى بالآثار**، ط 3، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت،2003، ص:454.

المحلى:"**ومن كتب إلى امرأته بالطلاق فليس شيئا** " ، وقد استدل على ذلك بقوله تعالى:﴿ **الطَّلاقُ مَرَّتَانِ** ﴾[1] وقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾[2]، ووجه الاستدلال بالآيتين كما قال ابن حزم هو أن ذلك:" لا **يقع في اللغة التي خاطبنا الله تعالى بها ورسوله ﷺ اسم تطليق على أن يكتب، إنما يقع ذلك اللفظ به، فصح أن الكتاب ليس طلاقا حتى يلفظ به إذ لم يوجب ذلك نص**"[3]

وأما العلماء المعاصرين ممن لا يعتد بالطلاق بالكتابة، فنجد أن الدكتور محمود عكام أستاذ الشريعة بالجامعات الأردنية يرى أن الطلاق عبر رسائل المحمول أو البريد الإلكتروني قد يدخله كثير من الغش والخداع؛ ولذا فإن ترك هذه الوسيلة غير المضمونة أولى[4].

ويرى الشيخ الدكتور محمد النجيمي، عضو مجمع الفقه الإسلامي وأستاذ الفقه الإسلامي بالمعهد العالي للقضاء بالرياض : "**إن المجمع يرى أن هذا النوع من الطلاق لا يقع؛ لكونه غير مؤكد من صاحب الشأن (الزوج)**". وأضاف أن: "**هيئة كبار العلماء بالسعودية رأت أيضًا أن هذا النوع من الطلاق لا يقع؛ لإمكانية أن تكون الرسالة النصية الخاصة بالطلاق مصدرها شخص انتحل شخصية الزوج**". وأوضح الشيخ النجيمي أن هذا النوع من الطلاق: "**يدخل ضمن ما يُسمى بطلاق الكنايات، إذ قد يحمل معنى لفظة الطلاق السمعي أو النصي معنى آخر غير المعنى الظاهر، وفي هذه الحالة تستدعي المحكمة الزوج للتأكد من صحة اللفظة وإثبات الطلاق، وخلاف ذلك فالطلاق لا يقع** "[5].

2- الرأي الثاني: يقع الطلاق بالكتابة

لقد اتفق أصحاب هذا الرأي على وقوع الطلاق بالكتابة لكن بين متساهل فيه ومتشدد سوف نعرض كل رأي على حد

1- سورة البقرة: 229.

2- سورة الطلاق:1.

3- المرجع نفسه، ص:454.

4- مقال –جزايرس، فتوى بجواز الطلاق بالهاتف تثير غضباً واسعاً في الهند ، **تاريخ النشر**1-05-2019
https://www.djazairess.com/akhbarelyoum/13047

5- ايهاب حسين مصطفى و أحمد فتحي سليمان ، **الزواج والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة**، ص:116.

أ- مذهب الحنفية:

الكتابة إما مستبينة أو غير مستبينة، والكتابة المستبينة: هي الكتابة الظاهرة التي يبقى لها أثر كالكتابة على الورق والحائط والأرض، والكتابة غير المستبينة: هي التي لا يبقى لها أثر، كالكتابة على الهواء أو على الماء، وكل شيء لا يمكن فهمه وقراءته، وحكمها: أنه لا يقع بها طلاق وإن نوى.

أما الكتابة المستبينة فهي نوعان:

أ) الكتابة المرسومة: "أن يكتب مصدرا ومعنونا مثل ما يكتب إلى الغائب " تكتب إلى الزوجة وتوجه إليها باسمها كالرسائل المعهودة، كأن يكتب الرجل إلى زوجته قائلاً: إلى زوجتي فلانة، أما بعد فأنت طالق، وحكمها: حكم الصريح إذا كان اللفظ صريحا، فيقع الطلاق ولو من غير نية.

ب) الكتابة غير المرسومة: "أن لا يكون مصدرا ومعنونا" فهي التي تكتب دون عنوان أو دون اسم الزوجة فلا يعرف من خلالها لمن وجهت، كأن يكتب الرجل في ورقة: «زوجتي فلانة طالق». وحكمها حكم الكناية ولو كان اللفظ صريحاً، لا يقع بها الطلاق إلا بالنية.

أما إن أرسل الطلاق بأنْ كتب: أمّا بعد فأنت طالق، فكما كتب هذا يقع الطّلاق وتلزمها العدّة من وقت الكتابة. وإنْ علّق طلاقها بمجيء الكتاب بأنْ كتب: إذا جاءك كتابي فأنت طالق فجاءها الكتاب فقرأته أو لم تقرأه يقع الطّلاق.

والطلاق بالرسالة، أي بإرسال رسول: هي أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان، فيذهب الرسول إليها ويبلغها الرسالة على النحو المكلف به، وحكمها: حكم الطلاق الصريح باللفظ، يقع عليها الطلاق، لأن الرسول ينقل كلام المرسل، فكأن كلامه ككلامه[1].

ب- مذهب الشافعية:

إذا كتب رجل طلاق لامرأته بلفظ صريح و لم ينوه، فهو لغو لم يقع به الطلاق؛ لأن الكتابة تحتمل إيقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط، فلم يقع الطلاق بمجردها، وإن نوى الطلاق فالأظهر وقوعه، ولا يقع الطلاق بالكتابة إلا في حق الغائب، وقد خصّ الشافعية بهذا الشرط وهو أن الطلاق بالكتابة لا يقع إلا في حق الغائب.

---

[1]- بن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، **المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج6، ط2، دهر عالم الكتب، الرياض، 2003، ص:589.

وإن كتب شخص في كتاب طلاق زوجته صريحاً أو كناية، ونوى الطلاق، ولكنه علق الطلاق ببلوغ الكتاب، كقوله: (إذا بلغك كتابي، فأنت طالق)، فإنما تطلق ببلوغه لها، مكتوباً كله، مراعاة للشرط، فإن انمحى كلّه قبل وصوله، لم تطلق وإن كتب الرجل: إذا قرأت كتابي فأنت طالق، وكانت تقرأ، فقرأته طلقت، لوجود المعلّق عليه، وإن قرئ عليها فلا تطلق في الأصح، لعدم قراءتها مع إمكان القراءة، وإن لم تكن قارئة، فقرئ عليها، طلقت، لأن القراءة في حق الأمّي محمولة على الاطّلاع على ما في الكتاب، وقد وجد، بخلاف القارئة[1].

ج- مذهب الحنابلة :

إذا كتب الرجل الطلاق، فإن نواه طلقت زوجته؛ لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق، فإذا أتى فيها بالطلاق، وفهم منها المراد، ونواه، وقع كالطلاق باللفظ، ولأن الكتابة تقوم مقام الكاتب، بدليل أن ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته، فحصل المقصود في حق البعض بالقول، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق وإن كتب الطلاق من غير نية، قيل: يقع، وقيل: لا يقع إلا بنية، وهو الظاهر وإن كتب بشيء لا يَبِينُ مثل: أن يكتب الطلاق بأصبعه على وسادة أو في الهواء، فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع.

فقد لخص ابن قدامة مذهب الحنابلة بقوله: "**وإن كتب طلاق امراته ونوى طلاقها وقع، وإن نوى تجويد خطه او غم أهمله لم يقع**"[2].

يتفقون مع الشافعية في اشتراط وصول الكتاب دون أن ينمحي ذكر الطلاق، إذا علق الطلاق ببلوغه، وفي تعليقه بالقراءة[3].

د-مذهب المالكية :

لخص الدردير[4] مسألة إيقاع الطلاق بالكتابة بقوله " **تحصيل القول في المسألة أن الرجل إذا كتب طلاق امراته لا يخلو من ثلاثة أحوال:**

---

[1]- مغني المحتاج، المرجع السابق، ص:284

[2]- المغني لابن قدامة، المرجع السابق ، ص:239.

[3]- المرجع نفسه، ص:239.

[4]- الدردير: هو أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي، وابو البركات الشهير، فقيه مالكي، توفي سنة 1138هـ في مصر، ينظر سيرته في **مقدمة كتاب الشرح الصغير**، ج1.

أ- أن يكون كَتبَه مُجمعا على الطلاق أي عازما على إيقاعه في الحين.

ب- أن يكون كَتبَه على أن يستخير فيه، فإن رأى أن ينفذه نفذه، وإن رأى أن لا ينفذه لم ينفذه.

ت- **أم لا يكون له نية".**

من كتب الطلاق عازماً عليه، لزمه إذا لم يكن متردداً فيه، فإن كتب الطلاق عازماً عليه أو لم يكن له نية، لزمه بمجرد كتابة (طالق) وإن لم يكن عازماً الطلاق حال الكتابة، بل كان متردداً أو مستشيراً، فلا يقع ما لم يخرج الكتاب من يده، ويعطيه لمن يوصله، فيصل إليها أو لوليها، فإن أخرجه من يده عازماً الطلاق، فيقع بمجرد إنفاذه، ولو لم يصل، وإن أخرجه غير عازم و لم يصل، فالأرجح عدم اللزوم، فإن كتب إليها: إن وصلك كتاب هذا فانت طالق، فلا اختلاف في أنه لا يقع عليه الطلاق إلا بوصول الكتاب إليها، فإن وصل إليها طلقت مكانها"[1]، ويلزم الطلاق بمجرد إرساله مع رسول ولو لم يصل، فمتى قال للرسول: أخبرها بأني طلّقتها، لزمه الطلاق[2].

وورد في الموطأ للإمام مالك أنه إذا كتب و لم يشهد به و لم يخرجه من يده، فإن له رده ويحلف أنه ما أراد إنفاذ الطلاق[3]، أي العبرة عندهم في كتابة الطلاق بنية الزوج في إيقاعه من عدمه.

أما العلماء المعاصرين فقالوا أنه مادام أن الفقهاء قديما جعلوا كتابة الطلاق بمعنى التلفظ به واشترطوا نية الطلاق في وقوعه كتابة، فإذا كان الزوج ناويا الطلاق في كتابته وقع وإن لم ينوه لم يقع كأن يكون للتهديد أو التخويف ولا شك أن كتابة الطلاق في الرسالة الإلكترونية أو الهاتف الجوال في معنى الكتابة على الورق...، أما في حالة إنكار الزوجة وعدم استلامها الرسالة فالمرجع يكون للقضاء في إثبات الطلاق أو نفيه[4].

فيرى الشيخ الدكتور محمد شريف قاهر، أستاذ التشريع الاسلامي بالمدرسة العليا للقضاء ورئيس لجنة الفتوى بالمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، " **أن تفكيك الرباط الشرعي بين الزوجين قضية خطيرة جداً أولاها الشرع عنايةً، خاصةً لأنها ترتبط بين الزوج والزوجة بعقدٍ غليظ، ولذلك القضية قد تكون مفتعله أو مكذوبة للتفريق بين الزوجين، وأضاف أن القضية هي قضية (تحقيق) بالدرجة الأولى، حيث يُطلب من**

1- أبي البركات احمد بن محمد بن أحمد الدردير ، **مقدمة كتاب الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، ج1، د ط، دار المعارف، مصر، د س ن، ص:569.

2- أبي البركات احمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع نفسه، ج2، ص: 568.

3- أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الاندلسي، **كتاب المنتقى شرح الامام مالك**، ج5، ط1، مطبعة السعادة، مصر،1332هـ ص: 209

4-أمينة محمود شيت خطاب، **الطلاق الالكتروني بين الشرع والقانون**، مجلة العلوم السلامية، العدد 9، ص:21

المطلق لماذا بعثه عبر الهاتف الجوال ؟ وهل هو الذي أرسله ؟ وهل كان في حالة يَصح للإنسان فيها أن يتصرّف تصرفاً شرعياً، لأن هذا يعد عقداً من العقود الشرعية التي ينبغي أن تكون محقّقه ومثبته، إما بحضور الشهود أو باعتراف المطلق، وأكّد أنها (تعد طلاقاً) لأن الطلاق يحصل إما بنطق أو كتابة أو نيابة شخص عنه، لكن يحتاج إذا تحقق معرفة أن المطلق لم يكن في حالة غيبوبة أو مرض شديد أو حالة سُكر عند بعض الفقهاء، حتى لايتّهم بأنه يريد أن يثبت وارثاً أو يحرم وارثاً".

واعتبر العلامة الشيخ الطاهر آيت علجت أن حكم الكتابة كاللفظ، مؤكدا حصول الطلاق إذا تَحقق عبر الرسائل القصيرة، وأوضح أنّ الطلاق لا يحصل إذا كان النص بلفظ طلقه واحدة، أما إذا عدّد لفظ الطلاق، فإنه يحصل، وأن المرأة تطلق ولو لم يشهد شاهد، لأن الشهادة تحصل عند إنكار الزوج[1].

الترجيح:

إن الظاهرية وبعض الفقهاء تشددوا في نفيهم للطلاق بالكتابة جملة؛ على أساس أن اسم الطلاق ورد في القرآن باللفظ لا بالكتابة؛ وغفلوا على أن القصد من اللفظ في النهاية هو التعبير عن إرادة الزوج في مفارقة زوجته وهذا التعبير قد يكون بالألفاظ وقد يكون بالكتابة وخاصة إِن كان الزوج غائبا، فما ذنب الزوجة عينها.

أما جمهور الفقهاء الذين جعلوا الكتابة بالطلاق كناية ولو كان اللفظ صريحا في الطلاق وكانت الكتابة مستبينة ومرسومة فهذا لا أساس له؛ لأن الكتابة عادة أبلغ وأوثق من الكلام الذي يذهب سدا ومن الصعوبة بمكان إثباته، كما بإمكان أي أحد نفيه خاصة وإن كانت الكتابة مستبينة ومرسومة وبلفظ صريح في الطلاق فماذا بقي بعد ذلك.

وبناء على ما سبق وفيما يبدوا لي والله أعلم فإن الطلاق بالكتابة واقع لا محال: إذا كانت الكتابة مستبينة ومرسومة وكانت بألفاظ صريحة شرط إقرار الزوج به من باب تأكيده دون الولوج إلى النوايا؛ فإن نفى فأمره إلى عالم السر وأخفى، فلو ادعى أنه لم ينو طلاق صدق في ذلك.

1- -أمينة محمود شيت خطاب ، المرجع نفسه، ص :33

ثانيا :شروط إيقاع الطلاق بالكتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة:

من خلال ما سبق حول الطلاق بالكتابة قديما والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في هذا العصر يتبين لنا أن الطلاق الكتابي مشروع وواقع خاصة لمن كان له سببا فعليا لاختيار هذه الطريقة كبعد المسافة بينه وبين زوجته مثلا؛ لكن على غرار الشروط الأصلية للطلاق والتي تحدث عنها فقهاء الشريعة الإسلامية، ونصت عليها التشريعات الوضعية المنظمة للأحوال الشخصية، وحسب رأيينا فإنه لا يقع هذا الطلاق الكتابي شرعا إلا بتوافر هذه الشروط هي:

1. أن يكون الزوج عازما على الطلاق حين كتابته للرسالة، لا مترددا ولا مجربا قلمه أو هاتفه، وهذا نعرفه بالعودة إليه وسؤاله دون تكذيبه.
2. أن تكون الكتابة مستبينة وهذا ما نجده عموما على وسائل الاتصال الحديثة، وأيضا تكون مرسومة باسم زوجته (فلانة) و بلفظ صريح دال على الطلاق، لكي تخرج المسألة من كونها كناية.
3. أن يكون من المؤكد أن الزوج هو من كتب الكتابة وأرسلها، وليس شخص آخر، بإقراره أو أن يشهد شاهدين عدلين بأن هذه كتابته(هاتفه، بريده الالكتروني...) ويشهدون أنه هو الذي أرسلها وكان عازما على الطلاق كما جاء في كتاب ابن قدامه: "**ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين، أن هذا كتابه**".
4. أن تصل الرسالة إلى الزوجة ويتيقن الزوج بوصولها، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام إذ لا يمكن أن يرسل طلاق زوجته ويمضي ولا يكثر، بل ينبغي له التحقق من وصول علم الطرف الآخر، ليتحقق المقصد من إرادته؛ فالقاعدة العامة أن الطلاق بإرادة الزوج ولا اعتبار لرضى الزوجة من عدمه، لكن علمها أو علم أهلها أمر واجب لترتيب آثاره من عدّة وغيرها، وإلا فما فائدة التعبير عن الإرادة الباطنة إن لم يعلم بها الغير، وهذا الترجيح قياسا على طلاق الغائب[1]

المطلب الثالث: التكييف القانوني للطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة

لم تتعرض قوانين الأحوال الشخصية العربية إلى الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة صراحة، سواء أكان في قانون الأحوال الشخصية الجزائري أو غيره؛ لكن نجد بعضا من هذه القوانين التي نصّت صراحة على وقوع الطلاق بالكتابة، بين من اعتبرته طلاقا كنائيا لا يقع إلا بالنية، ومن واعتبرته طلاقاً صريحا شرط البينة والدليل على وقوعه، وسوف نستعرض بعضا من نماذج هذه القوانين:

1– "ومن طلق امرأته وهو غائب: لم يكن طلاقا، وهي امرأته كما كانت، يتوارثان إن مات أحدهما، وجمع حقوق الزوجية بينها– سواء كانت مدخولا بها او غير مدخول بها– ثلاثا أو أقل إلا حتى يبلغ إليها، فإذا بلغها الخبر من تصديقه أو بشهادة تقبل في الحكم فحينئذ يلزمها الطلاق إن كانت حاملا، أو طاهرا في طهر لم يمسها فيه". كتاب المحلى بالآثار، ج 9 ص : 455 "

ولنبدأ بالمشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية الصادر في عام 2010م، والذي يعتبر أحدث قانون من حيث تعديله، لكن اللافت للانتباه أنه رغم النقاش الحاد الذي ثار حول هذا الموضوع في هذا البلدْ وبالضبط أمام القضاء الأردنيّ إلاّ أنّه لم ينص و لم يتطرّق لتنظيم هذه المسألة المستحدثة، وترك المجال للاجتهاد القضائي.

أما الاعتراف بالطلاق الكتابي فقد صرح به المشرع الاردني في المادة 83 من ق أ ش أ رقم 61 لسنة 1976 التي تنص على أنه "**يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة ...**"

وأضاف شرطا أساسيا لإيقاع الطلاق بالكتابة وهو النية حيث نص في نفس المادة الفقرة 2 " **لا يقع الطلاق بالكتابة إلا بالنية...**" وبالتالي يمكن أن نستنتج أن المشرع الأردني اعتبر الطلاق بالكتابة من باب الكنايات التي تستوجب النية؛ وذلك بالرجوع إلى الزوج ومساءلته عن قصده ونيته، فإذا أقرّ بذلك حكم بالطلاق من تاريخ كتابته، وتؤكد ما ذهبنا إليه المادة 84 ق أ ش أ " **يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة إلى نية، وبالألفاظ الكنائية –وهي التي تحتمل الطلاق وغيره بالنية**"

ويلخص هذا الموقف الدكتور عثمان التكريوي أستاذ مشارك في القانون كلية الحقوق- جامعة القدس في سياق شرحه ق أ ش أ قائلا " **يقع الطلاق بالكناية ولو كان الزوج قادرا على التلفظ بما يفيد الطلاق، على أن تكون الكناية ظاهرة واضحة، كالكتابة على ورقة ونحوها، أما الكتابة غير الظاهرة كالكتابة على صفحة الماء أو في الهواء فلا يقع بها طلاق، ولو نوى بذلك طلاق إذ ليس هناك ما يدل على الطلاق**"[1].

ونلاحظ من خلال المادة 83 ق أ أ التي أشارت بوضوح إلى الطلاق الكتابي، وهي بأحكامها شاملة للكتابة بشتى أنواعها سواء ورقية أو إلكترونية، شرط النية كما أسلفنا، والسلطة التقديرية تعود إلى القاضي في تمحيص أدلة إثباته ومدى تطبيق شروط الكتابة عليه.

أما المشرع الإماراتي فقد نص في المادّة 2/99 من ق أ ش إ على أنّه " **أن الطلاق يقع باللفظ أو الكتابة وعند العجز عن النطق أو الكتابة يقع بالإشارة المفهمة**"

فالطلاق يقع بالكتابة حسب التشريع الإماراتي؛ إذ أن الكتابة تقوم مقام اللفظ الصريح عند جمهور الفقهاء، فالأحناف يقولون بوقوع الطلاق بالكتابة حتى ولوكان المطلق قادرا على النطق بلفظ الطلاق أو غير

[1]- عثمان التكريوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**، دار الثقافة، الاردن، 1998، ص:186.

قادر، متى كانت الكتابة مستبينة ولا شرط فيها للنية، أما غير المستبينة فشرطها النية وإلى هذا ذهب الشافعية والمالكية وسار القانون الإماراتي على رأيهم[1].

الخلاصة:

ومن خلال ما سبق نستنتج أن الطلاق الكتابي عبر وسائل الاتصال الحديثة واقع لدى المشرع الإماراتي شأنه شأن الطلاق الكتابي التقليدي على الورق وغيرها، هذا إذا استوفى شروطه والسطلة التقديرية دوما للقاضي.

أما التشريعات التي لا تعترف بهذا الطلاق أصلا ولا ترتب عليه أي أثر قانوني نجد مثلا التشريع التونسي والتشريع الجزائري، حيث تنص مجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل 03" **لا يقع الطلاق إلاّ لدى المحكمة**" وبالتالي أي طلاق خارج إطار القضاء ولو كان باللفظ ولو كان مباشرا ولو كان بحضور شهود لا يعتد به القاضي ولا يرتب عليه أي أثر قانوني.

وعلى هذا المنوال ذهب المشرع الجزائري حيث نص في المادة 49 ق أج " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجريها القاضي...**" حيث لا نجد في قانون الأحوال الشخصية ما يدل على إيقاع الطلاق بالكتابة، وذهب أبعد من ذلك فاعتبر أي طلاق تم خارج إطار القضاء كأن لم يكن، وأي حكم لا تسبقه جلسة صلح، فهو باطل، والسؤال الذي يطرح نفسه ماذا إن وقع هذا الطلاق سواء كان لفاظا أو كتابة ؟ ومادام هو واقع شرعا فكيف نوفق بينه وبين الحكم القضائي؟ وهل هناك حالات يمكن للمشرع الجزائري الاعتراف بهذا الطلاق الواقع خارج ساحة المحكمة؟.

وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني من هذا البحث

1- أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة**، دار الكتب القانونية، مصر، 2007 ص: 262

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لواقعة الطلاق خارج إطار القضاء وطرق إثباته.

بعدما بينا الحكم الشرعي للطلاق في الفصل الأول من هذا البحث سواء باللفظ أم الكتاب أم الإشارة، وسواء أكان طلاق مباشرا كما كان معروفا منذ القديم، أم كان طلاقا عبر وسائل الاتصال الحديثة، حيث خلصنا إلى أن الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة اللفظي أو الكتابي واقع شرعا لا محال وفق ما ذهب إليه جل العلماء المعاصرين، هذا إذا استوفى شروطه التي نصوا عليها بين مضيّق وموسّع في الأخذ به، كما رأينا أن بعض التشريعات قد أخذت بالطلاق الكتابي، خلافا للأخرى التي لا تعتد بطلاق تم خارج ساحة القضاء، وهذا مكن الخلل بين الشريعة والقانون في هذه المسألة والذي سوف نفصل فيه في هذا البحث باستعراض بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية في الموضوع، ومقارنتها بالقانون الجزائري، خاصة أن معظمها تعتمد الشريعة الاسلامية مصدرا مادياً لصياغة قوانين الأحوال الشخصية في مجتمعاتها .

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لواقعة الطلاق خارج اطار القضاء

المبحث الثاني: إجراءات استصدار الحكم بالطلاق.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لواقعة الطلاق خارج اطار القضاء

كما أنّ الشارع الحكيم ضبط مسألة انعقاد الزواج وطريقة حلّه، نجد أنّ الكثير من التشريعات العربية سارت على هذا النحو، وأهم مظهر لهاذا أنها جعلت لشؤون الأسرة قوانين خاصة، كما أننا نجها قد شدّدت في مسألة توثيق الزواج وحلّه بإجراءات جوهرية يجب القيام بها لتأكيد ثُبوته، حفاظا على الحقوق المتبادلة لكامل الأطراف، كما أنّ حلّ الرابطة الزوجية يُعتبر تصرّفا قانونيا يرتّب آثاره من حقوق والتزامات، وحسن ما فعلت هذه التشريعات في هذا الضبط، والتنظيم تعظيما لعقد الزواج، لئلا يتّخذ الناس هذا الأمر هزؤا فيتزوجون كيفما شاءوا دون ضابط شرعي أو قانوني، ويطلّقوا متىَ وكيف ما شاءوا دون أن يكترثوا لما يرتّب هذا التّصرف من آثار سلبية على الزّوجة والأولاد وسائر المجتمع، ولهذا يجب أن يخضع الطّلاق لإجراءات قانونية واضحة لثبوته ومواجهة الغير به، فما حكم ما يوقعه الرجل أو يتلفّظ به من طلاق صراحة أو كناية دون اللّجوء إلى القضاء؟ ومتى يبدأ النّفاذ الحقيقي لهذا الطّلاق: هل منذ النّطق به أم بصدور الحكم فيه وتسجيله؟

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لدى التشريعات العربية المقارنة

إن المتأمّل في قوانين الأحوال الشّخصية العربية يجد أن جلّها نصّت صراحة على أنّ الزوج يملك حقّ إيقاع الطلاق[1]، وفي موضوع الطّلاق بالخصوص نجد تباينا فيما بينها، في التّوفيق بين نصوص الشّرع وقانونها الوضعي الذي ينطلق من اشكالات واقعية، أو من توازنات خارجية تتعلّق بحقوق المرأة وغيرها، فقد اختلفت فيما بينها في حكم تقييد الطّلاق بإيقاعه أمام القاضي، فنجد بعضها مثلا لا يعترف بالطلاق خارج إطار القضاء أساسا ولا يرتّب عليه أيّ أثر قانوني رغم اعتراف الشرع به، مثل التشريع التونسي والجزائري، كما أن هناك تشريعات عكس ذلك مثل التشريع السوداني و التشريع الإماراتي و التشريع الأردني، لذا جميل أن نميّز بين هذه التشريعات لنعرف الطبيعة القانونية للطلاق خارج إطار القضاء لكل من هذه التشريعات.

الفرع الأول: التشريعات التي تعترف بالطلاق خارج إطار القضاء

لنبدأ بالتشريعات الأوضح والصريحة في هذه المسألة ومنها قانون الأحوال الشّخصية السوداني، وكذا مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الذين لم يشترطا تقييد الطّلاق بإيقاعه أمام القاضي، وبالتالي يمكن للزوج أن

---

[1]- عمر زودة، **طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها**، رسالة ماجستير- العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001، ص:101

يطلق زوجته بإرادته المنفردة، ومن غير حضوره أمام القاضي، وبل إن القانون السوداني نصّ في المادة 133 على أنه " **يسند الطلاق إلى وقت وقوعه، فإن تعذر إثبات ذلك، فإلى وقت ثبوت الافتراق، وإلاّ فمن تاريخ الإقرار به امام المحكمة**"[1]

تدل هذه المادّة على أنّ القانون السوداني يعترف بالطلاق الواقع خارج إطار القضاء من تاريخ وقوعه إذا ثبت ذلك.

ويقول إبراهيم عثمان في شرح هذه المادة" **إذا اتفق الزوجان على تاريخ الطلاق وأقاما البينة على افتراقهما في ذلك التاريخ، يستند الطلاق إليه وإن اختلفا حول الإسناد، فأيهما أقام البينة يسند التاريخ الذي يدعيه، وإن عجزا في الإثبات، يسند إلى تاريخ افتراقهما إن ثبت ذلك، وإن عجزا عن بينة الافتراق، يسند إلى تاريخ القرار به أمام المحكمة...**"[2]

أما قانون الأحوال الشخصية السوريّ فقد اعترف أيضا بإيقاع الطلاق من الزوج بإرادته المنفردة خارج إطار القضاء، وذلك بإمهال الزوج مدة شهر أملا بالمصالحة، فإن أصر الزوج على الطلاق بعد ذلك أوقعه، واعترفت به المحكمة من تاريخ ايقاعه[3] حيت نصت المادّة من 88 قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي :

1. **إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق، أو معاملة مخالعة، أجلها القاضي شهرا كاملا للصلح.**
2. **إذا أصر الزوج بعد انقضاء المهلة على الطلاق، أو أصر الطرفان على المخالعة، دعا القاضي الطرفان واستمع إلى خلافهما، وسعى الى إزالته ودوام الحياة الزوجية واستعان على ذلك بمن يراهم من أهل الزوجين أو غيرهم ممن يقدرون على إزالة الخلاف.**
3. **وإذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة، وأعتبر الطلاق نافذا من تاريخ ايقاعه "**

لكن نجد قانون الأحوال الشخصية الأردني والعراقي قد طالبا بإيقاع الطلاق أمام المحكمة، وألزما من أوقع الطلاق بالإرادة المنفردة إعلام القاضي خلال خمسة عشر يوما، حيث تنص المادة 101 من ق أ ش أ على أنه " **يجب على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي، وإذا طلق زوجته خارج إطار القضاء ولم**

1- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين (السوداني) لسنة 1991م، ص:49

2- جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون**، دار الحماد، الاردن،2009، ص: 398

3- أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار شتات للتسجيلات**، مصر، د س ن، ص:83

يسجله، فعليه أن يراجع المحكمة الشرعية لتسجيل الطلاق خلال خمسة عشر يوما، وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص في المادة 281 قانون العقوبات الأردني، وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيابي للزوجة خلال أسبوع من تسجيله"

كما أن المشرع العراقي نص في المادة 39 قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يلي **"على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب إيقاعه واستحصال حكم به، فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة، وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة"**

وتعتبر هتين المادتين اعتراف ضمني للطلاق خارج إطار المحكمة من قبل المشرع الأردني[1] والعراقي، وتندرجان ضمن إجراءات الطلاق التي يُنظمها المشرع.

أما مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي فقد نص على أن الطلاق يقع أمام القاضي بعد محاولة إصلاح ذات البين، لكنه أجاز الطلاق الواقع خارج إطار القضاء بالبينة أو الإقرار، مما يدل على اعترافه بإيقاع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، حيث نصت المادة 88 ق م أ ش د م ت خ على ما يلي :[2]

" يقع الطلاق بتصريح من الزوج أمام القاضي

– على القاضي قبل التصريح أن يحاول إصلاح ذات البين

– يجوز إثبات الطلاق لواقع خارج إطار القضاء بالبينة والإقرار"

الفرع الثاني : التشريعات التي لا تعترف بالطلاق خارج إطار القضاء

كان المشرع التونسي مغايرا تماما لتلك القوانين السالف الذكر حيث نجده قيد من حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة والذي خولته له الشريعة الإسلامية، حيث ساوى بين الزوج والزوجة في إيقاع الطلاق

1– قرار من محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية" رقم (9858) نص على " **لا يشترط شرعا لصحته – أي الطلاق– تسجيله أمام القاضي، وإن كان ذلك مطلوبا للتخلص من العقبات"**

2جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، دار الحماد**، الأردن،2009، ص 400، نقلا عن مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية: جريدة الخليج –عدد 6379، ص: 11

متى شاء أحدهما لكن تحت حكم القاضي الذي اعتبره عنصرا محايدا في الخصومة الواقعة بين الزوجين[1]، حيث تنص في مجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل 29 **"الطلاق هو حل عقد النكاح،**

وفي الفصل 03" لا يقع الطلاق إلاّ لدى المحكمة"

وفي الفصل 31 " .يحكم بالطلاق :

1. **بتراضي الزوجين**
2. **بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر**
3. **بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به ."**

إذن فالمشرع التونسي قد غير من طبيعة حق الزوج في الطلاق فقد غيره من الحق الإرادي إلى حق يقابله التزام، ومن ثم لا يمكن أن يقع إلا بناء على طلب يُستند إلى سبب، فإذا لم يستطع الزوج أن يثبت هذا السبب حكم القاضي برفض طلبه، وهكذا على خلاف ما هو قائم في التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري، حيث ما يزال الطلاق يعد حقا يخضع في استعماله إلى الشكل القانوني، وهذا ما سوف نبينه بالتفصيل في المطلب الثاني الخاص بالطبيعة القانونية للطلاق بالإرادة المنفردة لدى المشرع الجزائري.

الخلاصة:

من خلال ما سبق نستنتج أن كل من المشرع السوداني والمغربي والسوري والأردني والعراقي وكذا قوانين الأحوال الشخصية لدول التعاون الخليجي تعترف بالطلاق خارج إطار القضاء وترتب عليه آثاره القانونية منذ وقوعه، شرط إثباته من قبل المدعي به، وممن له مصلحة، وفق إجراءات ينبغي متابعتها، وهذا يدل على إمكانية أخذها بالطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة والتي تقع عادة خارج أروقة المحكمة رغم أنها لم تنص صرحة بذلك، مع العلم أن من تلك التشريعات ما نصت صراحة على الأخذ بالطلاق بالكتابة مما يبرر ما ذهبنا إليه.

لكن وعلى خلاف ذلك نجد أن المشرع التونسي كان صريحا وجريئا بأن منع كل طلاق تم خارج إطار القضاء سواء كان باللفظ أو الكتابة، و لم يرتب عليه أي أثر قانوني، وأصلا جعل إيقاع الطلاق بناء على الضرر سواء أكان من الزوج أم الزوجة على السواء، فلا طلاق ولا تطليق بدون ضرر يتم إثباته من

---

[1]- لحسن بن الشيخ آيت ملويا، **المنتقى في قانون الأحوال الشخصية**، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص: 240-241

المدعي، وبالتالي فبالنسبة له الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة لا تعتبر واقعة، إطلاقا ولا يرتب عليه أي أثر قانوني.

ترى ماذا عن المشرع الجزائري ؟ وماذا يعتبر الطلاق الواقع خارج إطار القضاء ؟

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لدى المشرع الجزائري

عندما نطلع على قانون الأسرة الجزائري[1] نجد أنّه نصّ صراحة على أنّ الزوج يملك حقّ إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة[2]، وفي نفس القانون نجده ينص على أنّ لا طلاق إلا بحكم[3]، أي يجب على الزوج استصدار حكم من القاضي يوثق طلاقه، فكيف يمكن الجمع بين النصين وما هي الطبيعة القانونية للطلاق بالإرادة المنفردة لدى المشرع الجزائري، هل مازالت هذه الإرادة حرة يستعملها متى شاء أم هي مقيدة؟ وماذا يعتبر الطلاق الخارج عن هذا الإجراء– القدوم إلى المحكمة–؟

الفرع الأول: مصدر الحق الإرادي.

مصدر الحق في التصرف هو السبب المنشئ للحق الإرادي4 فالموكل له الحق في عزل الوكيل، والواهب له الحق في الرجوع في الهبة والزوج له الحق في الطلاق، ومصادر هذه الحقوق هو القانون، بمجرد نشوء المركز القانوني لهؤلاء ينشأ لطرفي الرابطة القانونية أو لأحدهما حق إرادي يولد بميلاد الحق، وبالتالي له أن يستعمله متى شاء وفي أي وقت يريد متى أحس بالحاجة لذلك، لكن نجد أن هذا الحق قد يكون حرا مثل؛ حق الموكل في عزل الوكيل، وقد يكون مقيدا مثل موضوعنا وهو حق إيقاع الطلاق من قبل الزوج وهذا ما سوف نعالجه بالتفصيل.

و ينبغي أيضا التفريق بين الحق الإرادي الذي يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني، مثل حق رجوع الواهب على الهبة، وحق الخاطب في فسخ الخطوبة وحق الزوج في الطلاق، وبين الحق الإرادي الذي لا يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني، فلا ينشأ هذا الحق إلا بناء على ما يرتكبه الطرف الآخر من الرابطة من إخلال بالتزاماته، حيث تنشأ عن هذا المركز حقوق والتزامات فإذا أخل الشخص الذي دخل في هذا المركز

1–أمر رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

2– المادة 48 من ق أ ج" **مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...**"

3– المادة 49 من نفس القانون وهي" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم** ..."

4– سمير عبد السيد تناغو، **نظرية الإلتزام**، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978، ص:9. (بتصرف)

بالتزامه ينشأ بمقابله حق إرادي في إنها هذا المركز، ومثال ذلك حق الزوجة في التطليق وحق المتعاقد الآخر في الفسخ، وحق الشريك في الخروج من حالة الشيوع.

الفرع الثاني: طريقة استعمال الحق الإرادي لإحداث أثر قانوني

الحق الإرادي هو سلطة إحداث الأثر القانوني، بمحض إرادة صاحبه، مادام ذلك يوافق القانون وبمجرد استعمال الحق الإرادي يترتب عليه الأثر القانوني.

وهذا الأثر يترتب لصالح صاحب الحق في مواجهة الطرف السلبي، ولا يلتزم هذا الأخير بأي أداء، وإنما يخضع للأثر القانوني[1].

ومن الأمثلة على الحقوق الإرادية، حق المستأجر أو المؤجر في إنهاء عقد الإيجار، وحق العامل أو رب العمل في إنها عقد العمل، وحق الوكيل في إنها الوكالة، وحق الخاطب في فسخ الخطبة، وكذا حق الزوج في الطلاق، وحقه في الرجعة وإعادة زوجته إلى عصمته أثناء العدة (من طلاق رجعي، وقبل صدور الحكم بالطلاق)

وطرق استعمال هذا الحق الإرادي الذي يلد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني ينقسم إلى نوعين:

أوّلا- إما أن يُستعمل هذا الحق الإرادي بمحض الإرادة وفقا للشكل الحر، كعزل الوكيل أو فسخ الخطوبة، فإنه بمجرد التعبير عن الإرادة وبغض النظر عن شكل هذا التعبير سواء شفهيا أو كتابيا أو أمام الشهود أو بواسطة رسالة، فإنه يحدث الأثر القانوني وبالتالي يترتب عليه انقضاء الوكالة أو تحلل الطرفين من الخطوبة.
ثانيا- إما أن يستعمل هذا الحق الإرادي وفق الشكلية المحددة له قانونا كالإذن بترشيد القاصر، فتعبير الولي عن إرادته لا تكفي لوحدها لإحداث الأثر القانوني، بل إلى جانب إرادة الولي، يجب أن تصدر في الشكل المقرر قانونا، وهو الإذن الذي يصدره القاضي، فما الطبيعة القانونية لحكم الطلاق بناء على إرادة الزوج؟ هل يرتب آثاره منذ تلفظ الزوج به ؟ أم منذ صدور الحكم به؟

الفرع الثالث: طبيعة حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج.

إن الأصل في استعمال الحق الإرادي – كما أسلفنا سابقا – أنه يستعمل استعمالا حرا دون قيد كعزل الوكيل أو فسخ الخطوبة فإنه بمجرد التعبير عن الإرادة وإعلانها إلى الطرف السلبي يحدث الأثر القانوني، غير أن هناك من الحقوق الإرادية ما لا يستعمل استعمالا حرا، بل يخضع إلى الشكل القانوني الذي يجب التقيد به. فماذا عن إيقاع الطلاق بناء على إرادة الزوج؟

---

[1]- فتحي والي، **قانون القضاء المدني**، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 1975، ص: 120

إن الشريعة الإسلامية الغراء والتي تعتبر من المصادر المادّية للتشريع لدى المشرع الجزائري خاصة في مسألة الأحوال الشخصية، تدعونا إلى المحافظة على استقرار الأسرة باعتبارها اللبنة الاساسية للمجتمع، وأكبر ما يهددها هو الطلاق، الذي جعلته السّنة الشّريفه من أبغض الحلال إلى الله تعالى، وقد يبدو للبعض أن الشريعة فتحت باب الطلاق للزوج على مصراعيه دون قيد ولا شرط وهذا بخلاف الواقع، حيث نجد أنها جعلته مباحا لكن بقيودٍ لَو التزم بها المجتمع بأكمله لنقص الطلاق وتقلص كثيرا.

والثابت أن الطلاق من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج، والثابت كذلك أن الأصل في استعمال الحقوق الإرادية- كما أسلفنا سابقا- أنها تستعمل بمحض إعلان صاحبها، وذلك ما نصت به **المادة " 48 من ق أ ج" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."** حيث أجاز للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة متى شاء سواء بسبب جوهري مثل عدم العشرة أو كثرة الخلافات أو بدون سبب[1] فهذا حق من حقوقه خوله له الشرع على أن يتدرج في ذلك وفقا لما في الفقه الاسلامي لتفادي الطلاق مثل الموعظة الحسنة للزوجة والهجر في المضجع ...الخ، وإن لم يتم الوفاق استعمل حقه في الطلاق[2]. ولقد ساير المشرع الجزائري هذا المبدأ لاعتباره حلا لا مفر منه في بعض الأحيان، أي أن المشرع أوكل مصير العشرة الزوجية للزوج طبقا لأحكام القرآن ومقتضى السنة النبوية الشريفة، وذلك ليس إنكارا لحق المرأة في القرار، وإنما كون التصرف في ذاته له طبيعته خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى، فالرجل أكثر إدراكا وتقديرا لعواقب الأمور لمثل هذا التصرف[3]، لكن لم يتركه المشرع الجزائري أن يمارسه دون قيد ولا شرط بل جعله وفق ضوابط تقلل منه أولا وتضمن حقوق كامل الأطراف بما فيهم الأولاد وكذا الورثة ربما.

فقد نصت المادة 49 **" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"** وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري أقر بإمكانية إيقاع طلاق الزوج لزوجته متى شاء حسب المادة 48 ق أ ج، لكن وفي نفس الوقت لا يعترف بطلاق ما لم يتقدم

1- " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله ومتى تبين- في قضية الحال – أن للزوج الحق في تحميل مسؤوليته الطلاق دون ان يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج او تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير، طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم:223019 المؤرخ في 1999/08/15، الاجتهاد القضائي في غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001 ص:104.

2- بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، ص:175

3- عبد الفتاح تقية – **المرجع السابق**، ص: 42

أحد الزجين أوكلاهما إلى المحكمة للمطالبة به لاستصدار حكم من القاضي في الموضوع، ولا يصدر القاضي حكما بالطلاق إلا بعد قيامه بإجراءات الصلح وهذا خلال ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، حيث أن القاضي لا يميز بين الحالة التي سبق وأن تلفظ الزوج بالطلاق فيها أم لا، إذ لا يبادر بمسألة الزوجين في هذا الموضوع بتاتا.

لكن نجد أنه استعمل عبارة لا يثبت وليس لا يقع وكأنه اعترف بوقوعه، لكن ثبوته يكون أمام المحكمة، إن كان كذلك فلما لم يرتب على الطلاق الواقع قبل صدور الحكم أي أثر قانوني (من احتساب العدة أو توارث الزوجين وغيرها) فهو يرتب آثار الطلاق من تاريخ صدور الحكم به والدليل على هذا المادة 132 ق أ ج التي تنص على "**إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث**" والعدة قد ضبطتها المادة 58 ق أ ج " **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق**" وعبارة التصريح بالطلاق عبارة غامضة يفهم منها تصريح الزوج خارج إطار القضاء كما يفهم منها تصريح الزوج أمام المحكمة، ولكن وعلى ما يتم به العمل لدى المحاكم فهي ترتب آثار الطلاق منذ تاريخ صدور الحكم.

وخروجا عن القاعدة العامة التي سنها الشرع، أصبح استعمال حق الزوج في الطلاق يخضع إلى الشكل القانوني[1]، وذلك ما تنص عليه المادة 49 ق أ ج، وبالتالي أصبحت إرادة الزوج بهذا عاجزة لوحدها عن ترتيب الأثر القانون، إلا باستيفاء الشكل القانوني، وهو الاجراءات الواردة في قانون الأسرة والتي نص عليها المشرع بالتفصيل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما سوف نرى في المبحث الثاني.

الخلاصة:

من خلال كل ما سبق يتبين لنا أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الواقع خارج إطار القضاء والذي تقره الشريعة الاسلامية[2] ولا يرتب على هذا الطلاق أي أثر قانوني ولوكان مباشرا بين الزوج وزوجته ولو كان بحضور شهود، ناهيك عن الطلاق الذي يقع عبر وسائل الاتصال الحديثة سواء كان شفهيا أو كتابيا والذي يصعب إثباته والتحقق من وقوعه.

---

[1]-عمر زودة، **طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها**، رسالة ماجستير- العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001،ص:101 نقلا عن: -فتحي حسين مصطفى، **دعاوى الطلاق والطاعة**، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص:149

[2]- فضيل العيش، **شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري**، مطبعة طالب، الجزائر، 2008، ص: 46

وبالتالي فأي طلاق وقع خارج إطار القضاء يعتبر طلاقا عرفيا غير معترف به في التشريع الجزائري، حسب قانون الأسرة[1]، فهل القضاء الجزائري سار على هذا المبدأ و لم يعترف به أيضا أم أن القضايا المعروضة عليه فرضت واقعا آخر ؟ هذا ما سوف نبينه أيضا في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: إجراءات استصدار الحكم بالطلاق.

قد اختلفت الحياة المعاصرة عن سابقها كثيرا، مما أدى إلى بروز الكثير من المعاملات المستجدة وكذا استحداث الكثير من القوانين الوضعية التي تهدف أساسا إلى تنظيم شؤون المواطنين والحفاظ على حقوقهم، فصدرت إجراءات واجب اتباعها في عقود البيع والهبة والوصية والزواج وغيرها ، كما صدرت إجراءات ينبغي على مريد الطلاق اتباعها لاستصدار حكم موثّق حول طلاق زوجته، ليحتج به في مواجهة الغير، هذا ما سوف نتطرق اليه في هذا المبحث من خلال الحديث عن كيفية إثبات الطلاق في قانون الاسرة الجزائري في المطلب الأول ثم كيفية إثبات الطلاق العرفي أمام القاضي الجزائري في المطلب الثاني

المطلب الأول: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

من الأسباب القانونية للطلاق التي ورد النص عليها في المادة 48 من ق أ، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، شريطة ان يكون راشدا عاقلا وأهلا لإيقاع الطلاق وكانت الزوجة محلا للطلاق من زواج صحيح غير فاسد ولا باطل، وبالتال وعند توافر هذه الشروط وغيرها مما رأينا في المبحث الأول من الفصل الأول، فللزوج إيقاع الطلاق إذا ما أدرك أن الحياة الزوجية مع زوجته تلك لم تعد ملائمة وقد فقدت أسبابها الحقيقية [2]

لكن ليس بمقدوره القيام بذلك بمنأى عن العدالة وفق المادة 49 من ق أ ودون اتباع الشكلية الرسمية لهذا التصرف وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية من المادة 453إلى 463.

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القاضي الجزائري

هناك أسباب عدة تخول للزوج اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم له بحل الرابطة الزوجية، سواء أكان بسبب الكراهية، أم كثرة الخلافات أم الخيانة الزوجية وغيرها، وبالتالي يتعين على الزوج للوصول إلى مبتغاه القيام بما يلي:.

1- -أمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق لـ 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

2- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري**، ط3، دار هومة، 1996، ص:254

أوّلا– تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق:

عندما يقرر الزوج رفع دعواه طالبا بالطلاق يتعين عليه تحرير عريضة على نسختين أصلتين وفقا للأوضاع والأشكال المقررة في قانون الإجراءات المدنية لرفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة، وتكون مؤرخة وموقعة منه أو من ممثله وتشتمل بصفة خاصة على بيان اسم المحكمة المختصة، واسم لقب وعنوان الزوجة المدعى عليها، وعلى عريضة موجزة للوقائع والطلبات ووسائل الإثبات. وإيداعها بعد ذلك بأمانة الضبط بالمحكمة المختصة رفقة وصل تسديد الرسوم القضائية لتسجيل الدعوى ونسخ من عقد الزواج[1].

هذا إذا كان الزوج الـــمُطلق راشدا وكامل الأهلية لممارسة حق التقاضي، أما إذا كان طالب الطلاق ناقص الأهلية أو واقعا تحت الولاية فإن عريضة طلب الطلاق يجب أن تقدم باسمه ولكن بواسطة وليه او مقدمه القائم بشؤونه.

ثانيا– تبليغ العريضة إلى الزوجة المدعى عليها

ثالثا– تبليغ العريضة إلى النيابة العامة

الفرع الثاني: إجراءات الصلح والتحكيم

يعتبر المشرع الجزائري الصلح إجراء جوهريا في قضايا الطلاق خاصة وهو من النظام العام فلا ينبغي اهماله أو الاتفاق على مخالفته، وهذا ما تنص به صراحة المادة 49 ق أ (....بعد محالة صلح يجريها القاضي..) و المادة 17 من ق إ م إ، وكذلك ما تؤكده قرارات المحكمة العليا[2] ، ولقد عرِف الفقه الإسلامي هذان الإجراءان– الصلح والتحكيم– قبل صدور قوانين الوضعية المنظمة لشؤون الآسرة وهنا سوف نتناول إجراءات الصلح ثم اجراءات التحكيم.

أوّلا– الصلح:

بعد أن يُهيأ ملف الدعوى يعين القاضي جلسة سرية للمصالحة يدعوا الزوجين لحضورها، وتتم جلسة الصلح القضائي بمكتب القاضي أو بقاعة المداولات يشرف عليه القاضي بحضور مساعد كاتب الضبط والزوجين دون المحامين، ويسمع إلى المدعي ثم إلى المدعى عليه، ويحاول القاضي التقريب بين وجهات النظر

1– عبد العزيز سعيد، **إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام المحكمة الابتدائية**، د ط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 77

2– قرار المحكمة العليا 75141 بتاريخ 1991/06/18 بين (ع.ل) ضد (ح خ) " الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح يعد خطا في تطبيق القانون ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون"

المختلفة بين الطرفين[1]، ساعيا إلى إصلاح ذات البين، بتوعية الزوجين بمساوئ الطلاق وعواقبه ومحاسن الألفة والتسامح، فإذا نجح القاضي في ذلك وجب عليه أن يحرر محضرا حول ما تم الصلح عليه، ثم يصدر حكما يصرح به في جلسة علانية وفقا لما تم عليه الصلح بين الزوجين بشان العودة إلى الحياة الزوجية[2].

أما إذا لم يتم الصلح واستمر الخصام بين الزوجين واشتد النزاع بينهما و لم يثبت الضرر وجب على القاضي ان يقوم بمحاولة أخرى لرأب الصدع عملا بالمادة 56 ق أ ، على أن لا تتجاوز المدة ثلاث أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق حسب المادة 440 من ق إ م إ.

ثانيا: التحكيم

نص المشرع الجزائري في المادّة 56 ق أ ج" **إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوافيق بينهما**".

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين[3].

ويتضح من هذه المادة أنه إذا اشتد الشقاق بين الزوجين أو أضر أحدهما بالآخر، واستحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما و لم يثبت الضرر، اختارت المحكمة حكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوج، إن أمكن وإلا فمن غيره ممن له الخبرة في اصلاح ذات البين، وعلى هذين الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين، وأن يبدلا جهدهما في الاصلاح.

وعليهما أن يعدّا تقريرا يقدمانه إلى القاضي في أجل شهرين، وبعد أن يستلم القاضي التقرير يمكنه أن يستدعي الزوجين عن طريق كاتب الضبط مرة ثانية ويحاول الصلح بينهما على ضوء ما تضمنه التقرير الذي قدمه الحكمان، وإذا فشل وجب عليه أن يحرر محضرا بما توصل إليه من نتائج يلحقه بملف الدعوى ثم يحدد لهما جلسة علانية يدعوهما لحضورها، يستمع من جديد لكل طرف ثم يصدر القاضي حكمه في موضوع النزاع استنادا إلى تقرير الحكمين، ووفقا لاقتناعه ولما يقتضيه القانون[4].

1- فضيل العيش، شرح قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق ، ص: 43

2- عبد العزيز سعد، الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر،1996، ص:254

3- فضيل العيش، المرجع السابق، ص:42.

4- عبد العزيز سعد، **الزواج في قانون الأسرة الجزائري** ، المرجع السابق، ص:253

الفرع الثالث: صدور الحكم بالطلاق.

إذا فشل الصلح بين الزوجين، يدرج ملف دعوهما في جلسة مستقلة ويدعوهما لحضورها ثم يصدر حكمه في موضوع النزاع استنادا الى تقرير الحكمين ووفق لاقتناعه ولما يقتضيه القانون، والطلاق بهذا المعنى طلاق بائن ونهائي لا يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف الحكم حاز قوة الشيء المقض فيه، وهذا معنى ما تضمنته المادة 57 من قانون الأسرة التي نصت على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ، وذلك اعتمادا على أن الطلاق في الاسلام لا يقبل أي تعديل أو مراجعة عندما يكون بناء على رغبة الزوج وإصراره [1].

إذ يجب على الزوج أو وكيل عنه أن يحضر في الجلسة المحددة، لكي يعبر عن إرادته في الطلاق فإذا لم يحضر الزوج أو وكيل عنه في اليوم المحدد أمام القاضي فينبغي عليه أن يصرح بإبطال عريضة الطلاق في أي مرحلة وصل إليها العمل، ولا يتوقف ذلك على موافقة الزوجة لأن تقديم عريضة الطلاق لا يؤدي إلى نشوء الخصومة، أما إذا لم تحضر الزوجة جلسة الاعلان عن إرادة الزوج في الطلاق، لا يترتب عليه بطلان العمل القانوني، إذا تم إعلامها بهذا التاريخ، أما إذا لم تعلم الزوجة بتاريخ الإعلان عن الطلاق [2]فلا تبدأ العدة إلا من تاريخ تسليمها نسخة من قرار الطلاق، ولكن إذا لم تعلن الزوجة اعلانا صحيحا بتاريخ جلسة المصالحة، وقع العمل باطلا، فيحق لها أن تطعن في المحرر القضائي بدعوى البطلان استنادا الى تخلف أحد شروط ممارسة الحق الارادي[3].

لكن الأصل أنه وبمجرد التعبير الزوج عن ارادته وبأي وسيلة شاء يحدث الأثر القانوني، وهو انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج أي وقوع الطلاق، غير أن إرادة الزوج أصبحت قاصرة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني، ومرد هذا القصور يعود إلى إرادة المشرع ، وليس إلى الضعف في قواه العقلية قد تصبح الإرادة بالرغم من كمالها، غير قادرة على إتمام بعض التصرفات القانونية، لافتقارها إلى الشكلية القانونية، كقصور إرادة المتعاقدين في ترتيب الأثر القانوني، كما هو الشأن بالنسبة لبيع العقار، فإلى جانب الارادة يجب استيفاء

1-نفسه، ص:254.

2- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ،1969/02/5م (مجموعة الأحكام) المجموعة الاولى، الجزء الأول، ص:148

3-ينظر: عمر زودة، **طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها**، رسالة ماجستير- العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001، ص ،ص:105-107

الشكل القانوني، ويطلق على قصور الارادة في هذه الصورة، اصطلاح الشكل (أو الشكلية)، والشكل المتطلب في هذا العمل هو الكتابة الرسمية من قبل موظف عمومي، وهو الموثق وليس الكتابة العرفية[1]

فقد أصبحت ارادة الزوج قاصرة على ترتيب الاثر القانوني، وقصور ارادة الزوج في ترتيب الاثر القانوني في هذا العمل لا يتم الا باستيفاء الشكل القانوني[2].

من هنا نستنتج أن المشرع الجزائري ومن خلال قانون الأسرة جعل إرادة الزوج عاجزة لا تستطيع أن تحدث الأثر القانوني لوحدها الا باستيفاء الشكل القانوني، والشكل القانوني الذي يجب استفاؤه في هذه الصورة هو أن يتم العمل القانوني أما القاضي بمراعاة مجموعة من الأشكال التي تتمثل في تقديم العريضة وانعقاد جلسة الصلح واعلان عن الطلاق في الجلسة بمقر المحكمة في يوم محدد يحضر فيه كل من الزوجين، لكن السؤال الذي يتبادر هنا هل من خرج عن هذه الاجراءات و لم يتقيد بالشكلية القانونية للطلاق، لا يعتد بطلاقه أصلا؟ وكيف تعامل القضاة مع هذه المسألة؟ هذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: طرق إثبات الطلاق العرفي أمام القاضي الجزائري.

بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 أضاف المشرع الجزائري إجراء مهما يتم من خلاله تسجيل الزواج بأثر رجعي ولو بعد البناء وما أصطلح له "بالزواج العرفي" حسب المادة 22 من هذا القانون وهذا كله لضمان حقوق الناس خاص الأولاد ونسبهم إلى أبيهم وكذا حقوق الارث وغيرها

لكن فيما يتعلق بإثبات صحة الطلاق بأثر رجعي (لفظي أو كتابي) لم نعثر في قانون الأسرة ولا في القوانين السابقة له على أي نص يدلّ على الاعتراف به، ولا على اجراءات الأمر أو الحكم بثبوته وصحته، كما فعل مع اثبات الزواج.

ومن المقرر شرعا أن الطلاق بالإرادة المنفردة حق للزوج، وما على القاضي إلا إفراغ إرادة الزوج بحكم قضائي كاشفا عن تلك الإرادة، ولا يجوز له أن يرفض ذلك ولا أن يحكم برجوع الزوجة إلى عصمة الزوج.

فكيف يتعامل القضاء مع مثل هذا الحالات (إثبات الطلاق العرفي) الوقع خارج إطار القضاء ؟ وبالتالي ترتيب آثار الطلاق عليه منذ صدوره من قبل الزوج وبأثر رجعي؟

---

[1]- ينظر: قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا رقم: 141733رالمؤرخ في 1997/10/08 (غير منشور)

[2]- أحمد أبو الوفا، **إجراءات التنفيذ**، ، د ط، مكتبة طريق العلم ، 2015، ص:554

الفرع الأوّل: مفهوم إثبات الطلاق العرفي.

أوّلا– مفهوم الطلاق العرفي:

إن مصطلح الطلاق العرفي يقصد به " الطلاق المباشر الذي يوقعه الزوج بإرادته دون اللجوء إلى المحكمة، سواء كان ذلك في حضور جماعة من المسلمين وإمام المسجد أو كان في مواجهة الزوجة وحدها دون حضور أي شخص آخر، فالطلاق الشفهي لا توجد أي وثيقة رسمية تثبته بخلاف الطلاق الرسمي الذي يصدر به حكم قضائي".[1]

ويمكن أن نعرفه بأنه " الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج إطار القضاء وقبل اللجوء إليها سواء باللفظ او الكتابة او الإشارة"

ونذكر هنا أن هذا المصطلح غير وارد شرعا فالطلاق هو واحد لا ينقسم الى عرفي ورسمي، فبعد صدور القوانين الوضعية وانتشارها في العالم الاسلامي بالخصوص حلّ هذا المصطلح لنميز به بين ما تم وفق الشكل القانوني وما تم دون الشكلية ما يسمي بالعرفي ويطلق هذا المصطلح على العقود وكل التصرفات التي تفتقد إلى الشكلية ومنها **الطلاق العرفي.**

ثانيا– مفهوم الاثبات:

1–الاثبات في اللغة:

الإثبات في اللغة مأخوذ من القول ثبت الشيء وذلك إذا دام واستقر و يقال ثبت الأمر تحقق أو تثبت في الأمر و الرأي تأنى فيه و لم يعجّل، (الثبت) هي الحجة و الصحيفة يثبت فيها الأدلة و(المثبت) كلام مثبت غير منفي 2.

[1]- ينظر، عبد الله محمد خليل إبراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، تخصص الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الـــوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 0262، ص22.؛ نقلا عن: هلال يوسف ابراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين، المرجع السابق، ص21.

2– إبراهيم أنيس وآخرون، **المعجم الوسيط**، المرجع السابق، ص225

و يسمى الدليل ثبتا لأنه يؤدي الى استقرار الحق لصاحبه بعد ما كان غير مستقر وقت أن كان متأرجحا بين المتداعين ويقال أيضا لا أحكم بكذا إلاّ اذا ثبت أي بحجة، ولذلك فالثبات في اللغة هو الدليل أو البينة أو الحجة1.

2-الاثبات في الفقه الاسلامي:

هو إقامة الحجة أمام القضاء بالطريق التي حددها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية[2].

3-الاثبات في القانون:

يختلف مفهوم الاثبات في المواد المدنية عن المواد الجزائية، وما دمنا مع مجال الأحوال الشخصية وموضوع إيقاع الطلاق من قبل الزوج بالخصوص الذي يندرج ضمن الشق المدني فيمكن أن نعرف الاثبات في هذا السياق بـــ:

أن الاثبات بالمعنى القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون وبالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها، تؤثر في الفصل في الدعوى[3].

الفرع الثّاني: وسائل إثبات الطلاق.

سوف نوضّح بشيء من الإيجاز طرق إثبات الطلاق المقررة شرعا ونحاول مطابقتها بما أقره القانون وخاصة القضاء في مسألة إثبات الطلاق العرفي.

أوّلا- الإقرار:

الاقرار لغة هو الاعتراف وهو إظهار الحق لفظا أو كتابة او إشارة[4]

الاقرار هو اعتراف المقر بحق مشروع على نفسه للمقر لصالحه سواء ورد خاليا من بيان الواقعة القانونية المرتبة للحق أو تضمن بيانا لهذه الواقعة، بما يملى عليه من اقالة المقر لصاحبه من عبء اقامة الدليل على تلك الواقعة.

1- مناني فراح، **العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة**، د ط، درا الهدى ، 2009، ص: 7

2- محمد مصطفى الزحيلي ، **وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، ط 1، مكتبة البيان دمشق، 1982، الجزء 1، ص:22

3- ينظر: مناني فراح، المرجع نفسه،ص:7

4- محمد مصطفى الزحيلي ، المرجع السابق، ص:233

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.[1]

فإذا أقر الشخص بحق لزمه، ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة و ذلك لقصور ولاية المقر وعدم امتدادها إلى غيره، فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق و أقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار و يثبت الطلاق.

والإقرار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاء لا ديانة.[2] ومن الإقرار رسالة sms أو البريد الالكتروني الذي يتم ارساله من قبل الزوج سواء كان غائبا أم لا والذي يقره فيما بعد هو مساءلة القاضي له عن سبق إيقاعه للطلاق.

لكن إذا لم يوقع الطلاق من قبل، و نوى إنشاء طلاق جديد فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتمل الإنشاء، وينبغي الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذه بدءا للطلاق.

ونجد أنه في حالة إقرار الزوج بالطلاق مع إسناده إلى زمن سابق فإن المعمول به في التشريعات التي تقر بالطلاق خارج إطار القضاء أن آثار الطلاق تترتب عليه من تاريخ الإقرار به كما اسلفنا في المبحث الاول من هذا الفضل.

ولقد عرفت المادة 91 من قانون البيانات السوري رقم 359 الصادر بتاريخ 1947/6/10 الإقرار بأنه" **إخبار الخصم امام المحكمة بحق عليه لآخر**" وعرفت المادة 103 من قانون الإثبات المصري رقم 25 الصادر بتاريخ 1968 [3]بأنه " **اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة**"

وقد نص المشرع الجزائري على الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات الالتزام في المادة 341 ق.م ج بقوله " **الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة**".

و في حقيقة الأمر أن الإقرار وإن كان بمثابة الدليل القاطع على ثبوت الواقعة محل النزاع بل ويترتب عليه إزالة النزاع حولها، إلا أنه في واقع الأمر لا يعتبر طريقة إثبات بقدر ما هو إعفاء منه، ولذلك فالإقرار يغني عن

1- محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر و التوزيع 1996.ص 183 .

2 ــ المرجع السابق ص184 .

3- القانون رقم 25 الصادر بتاريخ 1968 المعدل بموجب القانون رقم 18 لسنة 1999 م المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 19 مكرر بـ 1999/5/17.

إلزام مدعي الواقعة بتقديم أي دليل عنها ولذا فليس من المتوقع أن يكون أمرا كثير الوقوع في الحياة العملية، ولا تظهر أهميته إلا عندما يعوز الخصم الذي صدر لمصلحته الدليل على ما يدعيه فيضطر إلى الاعتماد على اعتراف خصمه.[1]

كما نصت المادة 1/342 من ق. م ج على أن "**الإقرار حجة قاطعة على المقر** " ويتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري وكذا المشرع السوري والمصري يأخذون فقط بصورة الإقرار القضائي الذي يصدر من أحد الخصوم دون أن يتطرقوا للإقرار غير القضائي[2]و عليه فإن الإقرار القضائي متى صدر مستوفيا لشروطه أصبح حجة قاطعة على صاحبه و يجب على القاضي أن يأخذ به وعدم إجراء أي بحث في موضوعه بعد حصوله، وهذه القطعية في الإثبات لا تغني المقر عن إثبات صدوره منه عن غلط أو تدليس أو إكراه ... [3]

ثانيا– البينة:

البينة حجة متعدية، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار، والبينة في مسألة إثبات ما يتعلق بالطلاق هو شهادة الشهود وهي وسيلة مهمة للإثبات، ولقد أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في قبولها أو استبعادها ونصت عليها المادة 335 ق م ج "**يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.**

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة"

و المادة 336 ق م ج "**يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة.**

-إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي،

-إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته"

---

[1] – مفلح عواد القضاة، **البينات في المواد المدنية و التجارية** ، جمعية عمال المطابع التعاونية، الأردن، 1994، ص 219.

[2] – الإقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج ساحة القضاء أو يقع أمام القضاء و لكن في غير الدعوى بالواقعة المقر بها، ينظر: في هذا الصدد مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق ، ص : 235 .

3 – مفلح عواد القضاة، المرجع نفسه، ص :227.

ونصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل و امرأتين، ولا تجوز الشهادة بالتسامع[1] في الطلاق لأن الشهادة بالتسامع إنما أجيزت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج و تعطيل الأحكام، وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل.

والشهادة هي اخبار شخص من غير أطراف الخصومة أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره ويترتب علها حق لغيره.

أو هي إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهده أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة بطريقة مباشرة.

فالأصل أن تكون شهادة الشهود مباشرة فيخبر الشاهد بما وقع تحت بصره وسمعه كمن يشهد حادثة أو تعاقدا، فيوري ما سمعه أو رآه.

ومن هنا يمكن أن نستنتج أن القاضي بإمكان الأخذ برسائل الجوال أو البريد الالكتروني كوسيلة للإثبات الطلاق الذي أرسله الزوج لزوجته، إذا ما شهد على هذه الكتابة شهود حيث يشهدون على
أنّ الزوج هو الذي خطّ تلك الرسالة بيده حيث يشهدون على أنّ الزوج هو الذي خطّ تلك الرسالة بيده، فالخطوط قد تشتبه، كما يمكن أن يقع فيها تزوير، لذا يجب أن يشهد شاهدين على أن هذا الكتاب كتاب الزوج[2]، ، لكن نقول أن مثل هذا الاثبات صعب التأكد منه من قبل القاضي، كما أن المشرع جعل للشهادة قوة محدودة، نظرا لما يحيط هذا النوع من أدلة الإثبات من عيوب تتمثل في شهادة الزور إما لمحاباة شخص أو للانتقام منه أو الحصول منه على رشوة، هذا فضلا عن الخطأ والنسيان الذي قد يعتري الشاهد لحظة أدائه للشهادة مما قد يؤدي إلى ضياع الحقوق على أصحابها.

1– "الشهادة السماعية فيها يشهد الشاهد بما سمع بالواقعة رواية عن شخص آخر، أما الشهادة بالتسامع ففيها يشهد الشاهد بما هو شائع بين الناس" منابي راح، **العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة**، درا الهدى، د ط ، 2009، ص: 120

2– ينظر: المغني لابن قدامة، المرجع السابق ، ج 10، ص:506

ثالثا– اليمين .

اليمين هي قول يتّخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد ويستنزل عقابه إذا ما حدث، وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (والله) ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة ويعتبر اليمين عملا دينيا، ولذلك لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة في ديانته[1].

واليمين طريق غير عادي للإثبات، يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحتكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص [2] ، ولذا فهي تعتبر نظاما من نظم العدالة أراد به المشرع التخفيف من مساوئ تقييد الدليل.

واليمين إما قضائية وهي التي توجه إلى الخصم وتؤدى أمام القاضي وإما غير قضائية وهي التي يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء؛ و لم ينظم المشرع إلا اليمين القضائية أما غير القضائية فيخضع الاتفاق بشأنها الى القواعد العامة[3].

و قد نص المشرع الجزائري على اليمين في المادة 343 و ما يليها من القانون المدني،

إذا أنه وفي مسألة إثبات الطلاق إذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق و أنكره الآخر و لم يقدم مدعي الطلاق بينة عليه فله أن يطلب من القاضي توجيه اليمين، 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 .[4]

الخلاصة:

إن مسألة إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا يطرح إشكالا كبيرا مقارنة بالجانب القانوني، ذلك أنه يمكن إثباته بالإقرار أو البيّنة أو اليمين، فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلّقها وأنكر هو فمذهب المالكية أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفّذ الطلاق، و إن أتت بشاهد واحد حلَف الزوج وبرئ، وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يَحلف، وإن لم تأتي بشاهد فلا شيء على الزوج، وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها، وإن حلف بالطلاق و ادعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه.

1– مناني فراح، المرجع السابق، ص: 212

2– مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق ، ص: 165.

3– مناني فراح، المرجع السابق، ص: 212

4 – محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ص194 .

و ذكر الحنابلة أنه إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه لأنّ الأصل بقاء النكاح و عدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة، و لا يقبل فيه إلا عدلان لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال و يطلع عليه الرجال في أغلب الأحوال كالحدود و القصاص، فإن لم تكن هناك بيّنة يستحلف الرجل[1]، على الصحيح لحديث[2]: اليمين على من أنكر.

فبعد أن تعرضنا إلى طرق إثبات الطلاق فإن السؤال الذي يطرح نفسه: كيف يتم إثبات الطلاق العرفي أما القضاء الجزائري ؟

الفرع الثالث: إجراءات إثبات الطلاق العرفي أمام القضاء الجزائري.

أوّلا– اعتراف القاضي الجزائري بالطلاق الواقع خارج إطار القضاء

تنص المادة 49 من ق أ ج على " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم...**"

في الحقيقة لقد أسالت هذه المسألة الكثير من الحبر، و اختلف في تفسيرها رجال القانون، فمن قائل أن التشريع الجزائري لا يعترف بالطلاق إلا إذا وقع في المحكمة وصرح به الزوج أمام القاضي، وصدر بخصوصه حكم قضائي يقضي به ،وعلى هذا السياق ذهب كل من الأستاذ بلحاج العربي الذي يرى أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة ، وكذلك الأستاذ فضيل سعد، وكذلك الأستاذ عمر زودة وغيرهم و الذين يرون أن الطلاق لا يقع إلا أمام القضاء.

على أن هناك فريقا آخر من الفقهاء والباحثين قالوا بأن الطلاق حق للزوج كما نصت على ذلك المادة 48 ق أ ج ، فلا يجوز للقاضي أن يصدر الطلاق نيابة عن الزوج، فدور القاضي ينحصر في الكشف عن الطلاق الواقع من طرف الزوج وإثباته من خلال حكم قضائي، وهذا الرأي ينسجم مع المصدر الأساسي لقانون الأسرة وهو الشريعة الاسلامية، كما أن هذا الرأي هو الذي درج عليه التطبيق والاجتهاد القضائي في الكثير من الأحكام وممن تبنى هذا الرأي الدكتور رشيد بن الشويخ الذي يرى بأن الزوج إذا طلق زوجته بإرادته المنفردة فيكون حكم القاضي كاشفا لا منشئا وذلك حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية والنصوص القانونية.

---

[1] – وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي و أدلته – الأحوال الشخصية** ، طبعة خاصة، ج7 ، دار الفكر دمشق، الجزائر 1992، ص: 460.

2– عن ابن عباسٍ رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: « لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجالٌ أموال قومٍ ودماءهم، لكن البينة على المدَّعي، واليمين على من أنكر»؛ صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، رقم 1711، ص:367

من خلال نص المادة 49/ 1 «لا يثبت الطلاق إلا بحكم »....يفهم أن طلاق الزوج الذي يوقعه بإرادته خارج ساحة القضاء لا يعتد به، ذلك أن الطلاق لا يثبت إلا إذا صدر بحكم قضائي، فإن لم يكن صادرا بحكم قضائي فإنه لا يعتد به من حيث تاريخه، فالقاضي لا يعتبر نائبا عن الزوج في إصدار الطلاق أبدا، بل المصدر للطلاق هو الزوج وهو ما أكدته المادة 48 ق أ ج " **... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة** ..." لكن تاريخ سريان هذا الطلاق هو تاريخ إثباته بحكم قضائي، لذلك من الخطأ أن يقال أن الزوج لا يعتد بطلاقه إن كان طلاقه خارج ساحة القضاء، ولكن تاريخ الاعتداد بتصريحه بالطلاق هو تاريخ إثباته بحكم قضائي، ذلك أن القاضي كما يقال لا يحكم إلا بما طلب منه، فلا يعقل أن يمتنع القاضي عن الحكم بالطلاق إذا صرح به الزوج سلفا ورفع بخصوصه دعوى قضائية، فإن تاريخ الحكم القضائي بإثبات الطلاق هو المعتبر في حساب العدة وإثبات النسب والإرث وغير ذلك، هذا من جانب الفقه وشراح القانون فماذا عن القضاء؟

يؤكد القضاء في عدة قرارات على إمكانية الأخذ بالطلاق خارج ساحة القضاء والاعتراف به وترتب آثاره من وقت وقوعه سواء قبل صدور قانون 84-11 الصادر في 09 رمضان 1404ه الموافق لـــ 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري أو بعده وسوف نستعرض بعضا منها.

حيث نجد في هذا القرار الصادة عن المحكمة العالي- الغرفة المدنية أنه : **"ليس للطلاق الا عبارة على الارادة المنفردة للزوج في جعل حد للحياة الزوجية وليس لقضاة الموضوع عند ثبوته إلا الاشهاد به والتصريح به .... الخ "**[1]،

وأنه: **" من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه...الخ**[2] **"**

فهذان القراران يؤكدان على أنه بمجرد تلفظ الزوج بالطلاق يحسب عليه من عدد الطلقات التي يملكها، لكن بالنظر إلى قانون الأحوال الشخصية نجد أنه لا يرتب تلفظ الزوج بالطلاق خارج إطار القضاء أي أثر قانوني والذي اصطلح له قانونا بالطلاق العرفي كما أننا لو نفتش في نفس القانون فلا نجده يستند إثبات هذا الطلاق لأي مرجعية قانونية، و عليه فإنه يتميز بإجراءات خاصة هي الأخرى وليدة العمل القضائي، وأهم ما يؤكد القرار الصادر بتاريخ 1999/02/16 و الذي جاء في المبدأ الثاني أنه:" **من المقرر شرعا أنه يثبت**

1- المحكمة العليا الغرفة المدنية، 1968/03/27، النشرة السنوية، 1968، ص106، نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرار المحكمة العليا، دوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص:58

2- المحكمة العليا الأحوال الشخصية،1984/12/17، ملف رقم 35322، المجلة القضائية، 1984، عدد4، ص91، ، نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرار المحكمة العليا، دوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص:73

الطلاق العرفي بشهادة الشهود وأمام القضاء ومتى بين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون "

إذن ويتضح مما سبق ان القضاء ومن خلال ما اوردنا من القرارات المتعلق بالطلاق نجد انه يعترف بالطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء ويرتب عليه آثاره.

ثانيا– إجراءات الصلح في الطّلاق العرفي:

بعد تسجيل دعوى إثبات الطلاق يقوم القاضي باستدعاء الطرفين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط أو أثناء حضورهما الجلسة لتاريخ معين لإجراء الصلح[1] أين يقوم بسماع كلّ منهما حول واقعة الطلاق المدعى بها و التأكد من إرادتهما في إيقاعه.

لكن ما جدوى إجراء الصلح في طلاق عرفي ربما تم منذ أمد بعيد وربما قد انتهت عدة الزوجة الشرعية أصلا؟ وعادة ما يكون هدف الزوجين هو توثيق هذه الإرادة وحصولهما على سند يمكن أن يحتجا به على الغير وأيضا لضمان حقوقهما وحقوق الأولاد بالخصوص، وإذا نجح فاصلح بينهما فهل يتم توثيق هذا الطلاق ثم إعادة عقد الزواج من جديد أم كيف؟ كل هذه عبارة عن اشكالات تثار في هذا المجال مع وجود فراغ قانوني بشأنها.

ويبدو لي والله أعلم أن على القاضي أن يبدأ من التحقق من واقعة الطلاق أولا وبعد ثبوتها يرى هل بانت الزوجة من زوجها أم لا، فإذا كانت في العدة وكان طلاق رجعي قام بجلسة الصلح قبل صدور الحكم، أما إذا انتهت العدة الشرعية يصدر الحكم بالطلاق، ثم يحاول إن شاء أن يعقد جلسة للصلح لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا هذا إن كان طلاقا رجيعا من منظور الشريعة الإسلامية، وهنا يراجع الزوج زوجته بعقد جديد، أما إذا كن طلاقا بائنا بينونة كبرى فلا مبرر لإجراء جلسة الصلح.

1- " يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلحت بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقا إلا إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه ، وإن فشل فإن كان الزوج هو الذي طلب الطلاق فما على القاضي سوى الحكم له به ..." قرار رقم : 57812 صادر بتاريخ : 2005/02/23 عنالمحكمةالعليا،غرفةالأحوالالشخصية،مجلةالمحكمةالعليا،عدد1سنة 275، ص: 2005

ثالثا– التحقيق من واقعة الطلاق العرفي:

لم ينص قانون الأسرة على هذا الإجراء في دعوى الطلاق لكونه لا يعترف بوقوع طلاق تم خارج ساحة القضاء، إلا أنه و مع ذلك فإن المحاكم تعمل به بإجراءات أخرى مكملة للتي تطرقنا إليها سابقا وأهم ما يضاف فيها "التحقيق في الواقعة"

و تأكيدا لهذا المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يلي : **"من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطليق فهو حق للزوجة المتضررة و ترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .**

ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق و ليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم و كذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية"[1]

الملاحظ في المحاكم أن اللجوء إلى التحقيق يكون تلقائيا دون الحاجة إلى طلبه من الأطراف ويكون ذلك وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية و تحديدا المادة 43 و ما بعدها إما بموجب أمر كتابي أو شفوي .

فأما الأمر الكتابي فهو عبارة عن حكم تحضيري بإجراء التحقيق وفي هذه الحالة يجب أن يبين فيه القاضي الوقائع المراد التحقيق فيها و يوم و ساعة الجلسة المحددة لإجرائه.

و بصدور هذا الحكم يتعين على من له مصلحة استخراج نسخة منه و تبليغها للخصوم الآخرين مع إحضار شهوده بالتاريخ الذي يحدده القاضي.

و أما الأمر الشفوي و هو المعمول به عادة فإن القاضي يحدد تاريخ جلسة إجراء التحقيق و يبلغ الأطراف به بالجلسة و يتعين عليهم إحضار شهودهم بذلك التاريخ[2].

---

[1] – قرار المحكمة العليا رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03 م ق 1989 ع 4 ص86 .

[2]– قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية - دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، 2004، الدفعة الثانية عشر، ص:36.

يقوم القاضي بالتحقيق بالتاريخ المحدد بموجب الأمر بالتحقيق و ذلك بسماع شهود الإثبات أو النفي بعد أدائهم اليمين القانونية، و يتم سماع الشهود وفقا للقواعد العامة و ذلك بأن تسمع شهادة كل واحد منهم على انفراد بعد تذكيره باسمه و لقبه و مهنته و سنه و موطنه و يؤدي اليمين بأن يقول الحق و إلا كانت شهادته باطلة في حين أن القصر يتم سماعهم على سبيل الاستدلال و دون تحليفهم اليمين، كما يجوز إعادة سماع الشهود و مواجهتهم بعضهم ببعض، و يجوز سماع شهادة جميع أقارب الزوجين في دعاوى الطلاق ما عدا الأبناء، و يدلي الشاهد بشهادته دون أن تتم مقاطعته من أحد ثم تتلى عليه أقواله و يقوم بالتوقيع عليها أو ينوه على أنه لا يحسن التوقيع أو أنه امتنع عن ذلك[1] .

و يقوم أمين الضبط بتدوين أقوال الشهود في محضره فيما يخص الدعاوى التي لا يجوز استئنافها، أما الدعاوى الجائز استئنافها فيحرر محضرا خاصا بأقـــــوال الشهود ثم يرفقه بعد التوقيع عليه من القاضي بالنسخة الأصلية للحكم، و يجب أن يتضمن بيان يوم و ساعة التحقيق وحضور الخصوم و غيابهم واسم كل شاهد ولقبه ومهنته وموطنه وبيان أداء اليمين و يثبت فيه أقوال الشهود و يشار إلى تلاوتها عليهم، و هنا يجوز للقاضي أن يصدر حكمه فور إجراء التحقيق، كما له أن يؤجل الدعوى إلى جلسة مقبلة و في هذه الحالة يصرح للأطراف بالاطلاع على التحقيق قبل المناداة على القضية من جديد في الجلسة المحددة .[2]

و تختلف طريقة إجراء التحقيق باختلاف موقف الزوجين من الطلاق و هنا ينبغي علينا أن نفرق بين ثلاث حالات.

الحالة الأولى: حالة إقرار الزوجين على وقوع الطلاق

هنا لا تطرح القضية إشكالا لكونها لا تنطوي أصلا على نزاع، إذ يقوم القاضي بسماع الشهود فقط لتأكيد الواقعة وتحديدا لتأكيد التاريخ و المكان الذي وقعت فيه، فيقرر صحة قيام واقعة الطلاق بأثر رجعي وفقا للشريعة، أي بالتاريخ السابق الذي تلفظ به الزوج أو حرره، وعندما يصبح هذا الحكم نهائيا يمكن لمن له المصلحة من أطرافه أن يطلب من رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية اصدار أمر بثبوت الطلاق وصحته.

1- ينظر: المواد64، 65،66، 72 من القانون رقم 09/08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريد الرسمية للجمهورية الجزائري، العدد 21، الصادر بتاريخ 19 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م.

2 – ينظر: المواد 74،75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الحالة الثانية: حالة إنكار أحد الزوجين

في حالة ادعاء الزوجة وقوع الطلاق العرفي وإنكاره من طرف الزوج فإن القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة لكون أن المسألة تتضمن اعتداء على أحد أهم حقوق الزوج ألا و هو حقه في طلاق زوجته، و لكون أن القاضي سوف يحل محله في القول بوقوع الطلاق من عدمه خاصة وأن العصمة بيد الزوج؛ فقد اتجهت التطبيقات القضائية بمحكمة الجلفة إلى الأخذ بشهادة الشهود في إثبات الطلاق حتى في حالة إنكاره من طرف الزوج وهو الأمر الذي يتجسد من خلال الحكم رقم 2001/75 الصادر بتاريخ 2001/02/10 والذي قضى في الشكل بقبول المعارضة وفي الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه والقضاء نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين مع الأمر بالتأشير به على هامش عقدي ميلادهما وعقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية[1].

الحالة الثالثة: حالة وفاة أحد الزوجين

هنا تكون الدعوى إما مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفى أو من ورثة الزوج المتوفى ضد الزوج الباقي على قيد الحياة.

و نظرا لخطورة هذه المسألة لتعلقها غالبا بأمور الميراث أين يكون القصد منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة منه فإنه يتعين على القاضي التدقيق قدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي، فاذا قام نزاع بين الزوجين المطلقين أو بين أحدهما وورثة الآخر فلابد هنا من إقامة دعوى مدنية عادية بقصد اثبات قيام وصحة وقوعه، وبعدها يتم تسجيل منطوق هذا الحكم على هامش عقود الزواج بطلب من منْ له مصلحة.

وفي هذا المعنى صدر قرار من مجلس باتنة يوم 20-12-1982 قضى فيه بإلغاء الحكم الصادر عن محكمة أريس، ومن جديد قضى بالإشهاد للطرفين بالطلاق الواقع أمام الجماعة سنة 1977 استنادا الى شهادة الشهود الذين حضروا شخصيا واقعة الطلاق. أو اللذين سمعوا بها مباشرة ممن كانوا قد حضروها بأنفسهم[2].

هذا من الجانب القانوني، أما من الجانب الشرعي فلأصل تحري الزوجين في هذه المسالة على اساس انه إذا بانت الزوجة عن زوجها وانتهت عدتها شرعا فلا يرث احدهما الآخر.

1- قسنطيني حدة، المرجع السابق ، ص: 38.

2- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط3، دار هومة، 1996، ص: 372.

رابعا– صدور حكم القاضي بالطلاق العرفي.

بعد قيام القاضي بإجراءات التحقيق والتثبت من واقعة الطلاق، يدرج ملف دعوهما في جلسة مستقلة ويدعوهما لحضورها ثم يصدر حكمه في موضوع النزاع استنادا إلى ما توصل إليه من نتائج التحقيقات، ووفقا لاقتناعه ولما يقتضيه القانون، والطلاق بهذا المعنى طلاق بائن ونهائي لا يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف، وهذا معنى ما تضمنته المادة 57 من قانون الأسرة التي نصت على أن "**الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية...**"، وذلك اعتمادا على أن الطلاق في الاسلام لا يقبل أي تعديل أو مراجعة عندما يكون بناء على رغبة الزوج واصراره [1].

لكن هذا بالنسبة لإثبات الطلاق بالطرق العادية، فماذا عن إثبات الطلاق العرفي الذي يتم التحقق منه أولا ثم إصدار الحكم فيه باثر رجعي استنادا إلى نتائج التحقيق، فهل يمكن استئناف الحكم فيه أم يكون نهائيا هو أيضا؟ خاصة وأن دعوى إثبات الطلاق العرفي ترفع ممن له مصلحة في ذلك استصدار الحكم المثبت للطلاق، فما على القاضي إلا القيام بالتحقيق في الوقائع وسماع الشهود لإصدار الحكم المثبت للطلاق العرفي، لأن الطلاق قد وقع خارج ساحة القضاء قبل رفع الدعوى.

لم تستقر التطبيقات القضائية على مستوى محكمة الجلفة على وصف معين للحكم بإثبات الطلاق العرفي إذ نجدها تصدر أحيانا نهائية و أحيانا أخرى ابتدائية مما يعطي الفرصة للخصم لإمكانية الاستئناف، فقد جاء في منطوق الحكم رقم 03/489 الصادر بتاريخ 2003/10/25 وصف الحكم بالإشهاد على الطلاق العرفي بأنه ابتدائي في حين نجد أن هناك أحكام أخرى صدرت نهائية و مثالها الحكم رقم 2002/161 الصادر بتاريخ 2002/03/09.

وعلى صعيد آخر فإن مجلس قضاء الجلفة قضى في قراره رقم 99/88 الصادر بتاريخ 1999/07/03 برفض الاستئناف شكلا طبقا للمادة 57 من قانون الأسرة. 2

1– عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص:254

2– تتلخص وقائع القضية في قيام ورثة زوج المدعى عليها برفع دعوى إثبات الطلاق العرفي و قد استجابت المحكمة لطلباتهم مما جعل المدعى عليها ترفع استئنافا في الحكم و قد جاء في حيثيات القرار ما يلي: حيث أن الحكم المستأنف صدر بتاريخ 1998/11/7 و أن قانون الأسرة الصادر سنة 1984 قد جعل مثل هذه الأحكام نهائية لا يجوز استئنافها بالنسبة لما قضت به بشأن الطلاق ، وأن الثابت أن الحكم المستأنف صدر بعد صدور قانون الأسرة مما يتعين التصريح برفض الاستئناف شكلا".

و بخصوص تطبيق المادة 57 من ق.أ فقد جاء في قرار المحكمة العليا مايلي : "**متى كان مقررا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا فـــــــي جوانبها المادية فإن قضاة المجلس في قضية الحال بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات**"[1] .

أما طرق الطعن غير العادية هناك اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فيكون الحكم المثبت للطلاق العرفي لا يقتصر فقط على حقوق الزوج والزوجة، بل يتعداهم إلى الورثة في حالة وفاة أحد الزوجين، واضافة إلى ذلك يمكن أن يكون الحكم المثبت للطلاق محل لالتماس إعادة النظر، لأن القاضي يحقق في واقعة ويعتمد على شهادة الشهود ومستندات الخصوم.

ولهذا أميل إلى هذا الرأي وهو أنه مادام أن الحكم بإثبات الطلاق العرفي يختلف عن الحكم بالطلاق ذلك أن القاضي في الحكم بالطلاق له دور سلبي فمتى رفع أمامه طلب الطلاق من الزوج وجب عليه أن يقضي به دون أن يكون له البحث في أسبابه ، في حين أن الحكم بإثبات الطلاق العرفي يكون دور القاضي فيه إيجابيا إذ يبحث و يحقق في الواقعة ثم له أن يحكم بالطلاق في حالة اقتناعه كما له ألا يحكم به في حالة عدم ثبوت الواقعة المدعى بها و عليه فالمفروض أن تطبق عليه القواعد العامة ليكون بالتالي خاضعا للاستئناف خاصة و أنه لا يؤسس على العصمة الزوجية و بالتالي تنتفي الحكمة من جعله يصدر نهائيا[2].

وخلاصته أنه ومهما يكن من أمر، واستنادا إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة، ولما كان من الثابت فقها أن الشريعة الاسلامية تعترف بالطلاق الشفهي وتجيز إثباته بشهادة الحضور وشهادة السماع، وحيث أن مسائل الزواج والطلاق تتعلق بحالة الأشخاص وتعتبر في قوانيننا من النظام العام فإنه بإمكاننا القول أن واقعة الطلاق يمكن إثباتها بموجب حكم يصدر من المحكمة التي وقع الطلاق في دائرة اختصاصها، بناء على دعوى عادية يرفعها من له مصلحة شرعية في ذلك سواء كان المدعى هو أحد الزوجين في مواجهة الزوج الآخر أثناء حياتهما أو أحد الورثة في مواجهة من بقي من الزوجين على قيد الحياة أو من ممثل النيابة العامة[3].

---

[1] – قرار المحكمة العليا رقم 79858 الصادر بتاريخ 1991/11/26 م ق لسنة 1993 ع3 ص 86 .

[2]– قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص:42

[3]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص:372

الفرع الرابع: إثبات معاملات الأحوال الشخصية عبر وسائل الاتصال الحديثة

إن المشكلة الأساسية في استخدام الوسائل الحديثة للاتصال في مجال الأحوال الشخصية وتحديداً في إيقاع الطلاق هي مشكلة الإثبات من عدمه، وقد اتضح لنا مما سبق أن الطلاق عن وسائل الاتصال الحديثة قد يقع لفظا أو كتابة، وهنا يمكن أن نتساءل حول مدى إمكانية فسح المجال لمثل هذه الوسائل في اثبات الطلاق الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج والذي استعملها كوسيلة لذلك، أم ينغي الاقتصار على ما تم التطرق إليه سلفا وهو الشهادة والإقرار ؟

أوّلا– إثبات الطلاق الواقع مهاتفة:

إن الطلاق الذي يتم مهاتفة عن طريق الهاتف الثابت أو المحمول، وكذا عبر شبكة الانترنت بأوعيتها المختلفة يعتبر طلاقا واقعا شرعا لا شك فيه مثل ما بينا في الفصل الأول من هذا البحث، وهو بمثابة الطلاق المباشر الذي تم التلفظ به من قبل الزوج، فإذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها مهاتفة أو من خلال محاورة جرت بينهما عبر الانترنت، فإن أقر الزوج بما ادعته وقع الطلاق شرعا، وترتبت آثاره من وقت وقوعه، أما إذا أنكر طلاقها، تكلفت الزوجة بإحضار بينة على دعواها، والقول قول الزوج بيمينه، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق[1].

وقد يحصل أن يقوم مدعي الطلاق بتسجيل المكالمة الهاتفية وحفظ الصوت الذي يثبت تلفظ الزوج به، في جهاز الهاتف أو قرص صلب سواء تم ذلك عبر الانترنت أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة، أو ضمن شريط تسجيل، وغير ذلك من وسائل حفظ الاتصالات بين الأشخاص وتتيح لهم إمكانية استحضارها، حيث يستحضر ما تم حفظه من كلام أمام القاضي كدليل إثبات وقوع الطلاق، فهل يعد ذلك بيّنة شرعية تُخول للمدعي الحكم له بمقتضاها؟

الحقيقة أنه لا يمكن اعتبار ما يتحصل عليه المدعي من هذه الأجهزة أدلة صحيحة تجيز الحكم له بما ادعاه، حيث لا يصلح أن يكون واحداً منها دليلاً يحل محل البينة لعدم توفر الثقة والأمان فيها، فمن الممكن العبث بها جميعاً، فضلاً عما تتيحه التقنيات الحديثة من إمكانية الحذف والزيادة والدبلجة، وطرق التزوير والتحريف المتعددة، هذا إذا تأكدنا من أن الصوت المسجل لصاحبه، إذ أن الأصوات قد تتشابه كثيراً، كما

1_ حجاري محمد، مدى تأثير البيئة الإلكترونية على بعض عقود الأحوال الشخصية -حكم إبرامها وحجيتها، ، مجلية الدراسات الاسلامية، جامعة الاغواط -الجزائر العدد 5، 2014، ص 320

قد تتغير نبرات صوت الشخص بتغير الأحوال والظروف، لهذه الاعتبارات لا يمكننا الاعتماد على مثل تلك التسجيلات الصوتية في إثبات الطلاق.

هذا إذا كان الهاتف غير مزود بكاميرا فيديو، أو كانت الدردشة صوتية فحسب، أما إن تم تزويد ما تم تسجيله من صوت بكاميرا مرئية تتيح مشاهدة ومتابعة ما يتلفظ به الشخص بشكل واضح غير متقطع ، فأرى أن ما يتم توفيره من خلال هذه الأجهزة لا يكون في أحسن أحواله مجرد قرينة قضائية يمكن للقاضي أن يستنبطها من ظروف ووقائع الدعوى ويوجهها في خدمة الدعوى المطروحة أمامه، إذ للقاضي أن يختار واقعة معلومة من بين وقائع الدعوى ثم يستدل بها على الواقعة المراد إثباتها، أو يقوم بتفسير الواقعة الثابتة أمامه للوصول إلى الواقعة المجهولة، فيتوفر في هذه الحالة عنصري القرينة معاً، العنصر المادي: وهو الواقعة الثابتة والمعلومة لدى القاضي، والتي تثبت لديه بالصورة والصوت المسجلين، والعنصر المعنوي: وهي مهمة القاضي في استنباط الواقعة المجهولة من الواقعة الثابتة المعلومة[1].

ومن حيث حجية هذه القرينة إن وجدت، فهي حجية غير ملزمة للقاضي كما تكون قابلة دائماً لإثبات خلافها بكافة طرق الإثبات ومن ذلك قرينة مثلها، و أياً كان فهي قرينة ضعيفة لا تصلح كدليل مستقل في إثبات الطلاق، وغاية ما تقوم به أنها تنير الطريق للقاضي في الدعوى.

ثانيا– إثبات الطلاق الواقع كتابة:

تختلف حجية وسائل الاتصال الحديثة الكتابية في إثبات الطلاق، نظراً لتباين قيمة هذه الوسائل ذاتها في حفظ البيانات الصادرة منها والواردة إليها من التغيير والتبديل، وكذا ما توفره من الأمان لمستعمليها وتوفر الشروط الواجبة في الأدلة التقليدية ضمن هذه الوسائل الحديثة، فضلا عن مدى توفر شروط الكتابة اليدوية في الكتابة الناتجة عن الوسائل الحديثة. فهل يشكل، من ثمّ، غياب الكتابة اليدوية والتوقيع الخطي وعدم وجود الدعامة الورقية في الطلاق الذي يتم عبر المحمول والانترنت عقبة أمام إمكانية إثباته ومنحه حجية مطلقة أو نسبية ملائمة؟

1 – نبيل إبراهيم سعد، **الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 185.

وفي هذا السياق سوف نقتصر الحديث عن الوسائل الإلكترونية الأكثر استخداما من قبل الأفراد لنقل المعلومات والبيانات عبر الإنترنت او الخط الخلوي، وتحديداً الرسائل الإلكترونية والرسائل القصيرة الموجهة عبر المحمول، وهذا لدراسة مدى منحها حجية الكتابة في الإثبات من عدمه، فلابد من بيان الشروط التي يلزم توفرها في الدليل الكتابي، ومدى انطباق هذه الشروط عليها. فحتى تؤدي الكتابة وظيفتها لابد من توفر بعض الشروط الأساسية وهي:[1]

1. **أن تكون الكتابة مقروءة وواضحة ومفهومة.**
2. **أن تكون فيه إمكانية تحدد هوية صاحبها.**
3. **أن تكون الكتابة دائمة ومحفوظة في ظروف تحفظ سلامتها.**
4. **أن تكون الكتابة غير قابلية للتعديل.**

يتضح ممّا سبق أن الاختلاف في الأداة المستخدمة للكتابة والوسيط الذي تتم عليه يؤثران بلا شك في قيمة الكتابة المحصل عليها، فلا يمكن بذلك اعتبار البريد الإلكتروني والرسائل القصيرة عبر المحمول كدليل كتابي لعدم تحقق شروط الكتابة وأهم شرط فيها هو ثبوت نسبة الكتابة إلى صاحبها، فلا يعتد بهذه الوسائط الإلكترونية كدليل كامل، بل تصلح كدليل ناقص في إثبات الطلاق الذي يتم عبرها عند الإنكار، لعدم ثبوت أن الزوج هو مرسل الرسالة بشخصه[2].

أما في قانون الأسرة الجزائري المعدل 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، فلا نجد أي مادة تنص صراحة عن الطلاق الكنائي سواءً بالإشارة أو بالكتابة، لكن بعض الدكاترة مثل الدكتور العربي بلحاج[3] قد استنتج أن الطلاق مثله مثل الزواج، فهو تعبير عن الإرادة المأخوذ من المادة 10 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري "**ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة**"، وبما أن الطلاق هو صورة من صور التعبير عن الإرادة بنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري "**يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج** ..."، ونحن نعرف أن في القانون الجزائري التعبير عن الإرادة يتم

1- بشار طلال أحمد المومني، **مشكلات التعاقد عبر الانترنت**، اطروحة دكتوراه، جامعة المنصور كلية الحقوق، مصر، 2003، ص:102

2- حجاري محمد، المرجع السابق ص 323

3- بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 250

باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه[1].

وبالرجوع إلى المادة 323 مكرر من قانون المدني الجزائري، نجد أنه اعترف بالإثبات بالكتابة مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها، وفي المادة 323 مكرر1 أصبح للإثبات بالكتابة الإلكترونية مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون الجزائري وذلك بنصه "**يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها**"، وهنا اشترط المشرع معرفة هوية الشخص مصدر الرسالة وتكون محفوظة بإمكانية الرجوع إليها[2]، وهناك عدة شروط للمحررات الإلكترونية للاعتماد عليها في الإثبات منها التوقيع الإلكتروني [3]، والذي مازال مقتصرا للإثبات به في المعاملات التجارية.

لكن لا يمكن الاخذ بهذه الوسائل إلا مرفقة بنية الزوج وعزمه على الطلاق، وعلى هذا سار المشرع الأردني عندما نص على الطلاق الكتابي في المادة 2/83 ق أ ش أ رقم 61 لسنة 1976 واشترط النية لوقوعه واعتبره طلاق كنائي وهذا الاخير لا يقع إلا بالنية، وهو ما سار عليه كذلك قانون الأحوال الشخصية السوري في المادتين 93/87 منه، وهذا ما رأيناه بالتفصيل في الفصل الأول.

وفي مجال الاجتهاد القضائي الجزائري وفي قرار المحكمة العليا سنة 1984، فقد ذهبت إلى أن "..**من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة**"[4]، ونستنتج من هذا القرار أن المشرع الجزائري لم يعترف بالطلاق بالكتابة أو الإشارة.

1- المادة 60، فقرة 01 من القانون 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالامر 07-05 المؤرخ في 2007/05/13. الصادر بالجريدة الرسمية رقم31.

2- ناجي الزهراء، "**التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية**"، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا طرابلس، ليبيا، 28-29 أكتوبر 2009، ص 11-12.

3- التوقيع الالكتروني: هو عبارة عن إشارات أو رموز أو حروف يرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، ومرتبطة ارتباطا وثيقا بالتصرف القانوني، تسمح بتمييز شخص صاحبها، وتحديد هويتهن، وتتم دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني. ينظر: الخالدي إيناس بنت خلف، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مجلة كلية الآداب، جامعة الزقازيق، مصر، العدد60، ج2، 2012، ص 454.

4- م.ع، غ أ ش، قرار رقم 32762، 1984/05/14، المجلة القضائية، 1989، العدد62، ينظر: سايس جمال: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، منشورات كليك، الجزائر، ص 251.

لكن نجد في قرار آخر للمحكمة العليا قد ذهبت إلى قبول الطلاق بالكتابة "**إن المجلس لما قرر رجوع الزوجة إلى زوجها، مع أن هذا الأخير وكّل أخاه توكيلا خاصا يطلب الطلاق، محررا في سفارة الجزائر بفرنسا في 1967/11/23 وكتب إلى القاضي الابتدائي رسالة يؤكد فيها إرادته الطلاق، وصمم الزوج في الاستئناف على ذلك. وعليه فإن المجلس لما قضى على الطاعن بإرجاع زوجته، وهو راغب عنها، وأنه طلق قد خالف الشرع والقانون، الأمر الذي يستوجب نقضه**"[1].

وعليه نلاحظ أن الاجتهاد القضائي الجزائري في أحد أحكامه حكم بصحة الطلاق بالكتابة لكن القانون لم يذكر ذلك صراحة، وبالتالي على المشرع الجزائري تدارك ذلك خاصة وأن القانون المدني الجزائري قد اعترف بالرسائل الإلكترونية في قواعد الإثبات، وما بقي له إلا أن يعترف بها في قانون الأسرة في التعديلات المقبل، أو يبعدها صراحة عن الأحوال الشخصية لكي لا تتضارب الأحكام القضائية في هذا الشأن.

[1]– م.ع، غ.ق، 1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، العدد2، ص 63. ينظر: سايس جمال: المرجع السابق، ص 106-107، بلحاج العربي: قانون الأسرة مدعم بالاجتهادات، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 199.

الخاتمة:

إنّه ومن خلال دراستنا لموضوع" **الطّلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة**" من الجانب الشرعي والذي حاولنا أنْ نستقرأ آراء العلماء القدامى والمعاصرين حول مسألة الطلاق اللفظي أو الكتابي، كما تمّ معالجة الموضوع من الجانب القانوني وتكيفه لهذه المسألة، حيث كان الدراسة تعتمد على المقارنة بين التشريعات العربية ومدى تفاعلها مع مسألة الطّلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة وبالخصوص مسألة الطلاق الكتابي وكذا نظرتها تُجاه قضية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتي تتمّ خارج مجلس القضاء، والذي اصطلح له بالطلاق العرفي.

وعليه فما تمكنّا أن نصل إليه من نتائج من خلال معالجتنا لهذ الموضوع فهي كالآتي:

1- الطلاق مسألة حساسة وخطيرة ينبغي على المشرع معالجتها بدقة، وتفادي الثغرات والتناقضات، التي يصعب الجمع بينها، بالاعتماد الكامل على الشريعة الاسلامية كمصدر أوّل في شتى قضيا الأسرة.

2- وفقا للشريعة الإسلامية فالطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة (اللفظي والكتابي) واقع إذا استوفى كامل شروطه، ويرتب آثاره من تاريخ وقوعه.

3- وفقا للتشريع الجزائري لا يوجد ما ينظم الطلاق الالكتروني لا بالاعتراف به ولا بالمنع.

4- شرعا الطلاق حقّ للزوج فالعصمة بيده، وما عليه إلاّ أن يحسن استعمال هذا الحق ولا يتعسّف إلا أن المشرع الجزائري لا يعترف إلاّ بالطلاق الذي تم أمام القضاء، فهو لم يُنظم مسألة الطلاق الكتابي في قانون الأسرة مثلما فعلت بعض التشريعات العربية المقارنة، و لم ينظّم الطلاق العرفي على وجه عام، وبالتالي لا يعتدّ بالطّلاق الالكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة.

5- لا يُمكن أن نستنتج اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة من القانون المدني؛ وذلك من خلال مساواته بين كلّ من الكتابة الإلكترونية والعادية في المواد 323 مكرر و323 مكرر1 من القانون المدني؛ لأنّ الطلاق لا يمكن قياسه بالبيع أو بالاتزام بين الدائن والمدين،

فالطلاق ذو طبيعة خاصة وخطورة معينة تجعله مستثنى من أحكام هذه المواد، وينبغي تنظيمه بقواعد خاصّة وصريحة.

6- إنّ عدم النّص صراحة على الطلاق الالكتروني يترك المجال للقضاء للحكم في المسألة استنادا على دراسته لحيثيات الملف وتفاصيله التي يصعب حصرها، وهذا ما ذهب إليه التشريع الأردني الذي يعتبر من التشريعات الحديثة التي طالَها التّعديل سنة 2010 ورغم هذا لم ينص في قانون الأحوال الشخصية الخاص به على هذه المسألة، رغم تداولها، حيث تركها للقضاء وفق ضوابط تَمّ الاتفاق عليها.

توصيات:

1. ينبغي على المشرع الجزائري تبيان موقفه بصراحة حول مسألة الطلاق خارج مجلس القضاء، كما نقترح عليه الاعتراف بالطلاق الذي يوقعه الزّوج خارج المحكمة وترتيب آثاره من وقت ثبوته، استنادا إلى ما تقره الشريعة الإسلامية، وكذا ما يسري عليه القضاء.
2. نقترح على المشرع الجزائري الاعتراف بالطلاق بالكتابة بنص صريح لنزع اللّبس.
3. نقترح على المشرع الجزائري التضيق على توظيف وسائل الاتصال الحديثة في مسائل الطلاق، حفاظا على قدوسية العلاقة الزوجية لأنّ استخدام هذه الوسائل إضعاف لتلك العلاقة، وهو ما يتعارض مع حكمة الشّرع من هذه العلاقات من كونها ميثاقاً غليظاً.
4. إن الإشكال الجوهري في مسألة الطّلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة أو الطّلاق خارج مجلس القضاء هو **الإثبات**، وحلا لهذه لإشكالية نقترح تعديل المادة 49 من ق أج إلى النص التالي "مع مراعاة أحكام المادة (أ) " **لا يثبت الطلاق أمام المحكمة إلا بعد صدور حكم قضائي بشأنه بعد عدّة محاولات صلح خلال مدّة ممكنة أقصاها ثلاثة أشهر**

لا داعي لإجراء الصّلح من قبل القاضي إذا كان الطلاق بائنا بينونة كبرى."

مادة مقترحة (أ)" **إذا وقع الطلاق خارج المحكمة فيجب على الزّوج خلال أجل أقصاه 15 يوما القيام باستخراج شهادة إثبات الطلاق من البلدية، وتكون حجّة يرفقها مع الدّعوى".**

ختاما يمكن القول إن الطّلاق وإن كان حقا يَستأثر به الزوج، إلا أنه يعتبر أبغض الحلال إلى الله تعالى، والأصل أن لا يُقبِل إليه الزّوج إلاّ للضرورة القُصوى، وعلى هذا الأساس ينبغي على المشرع تقنينه بدقّة أكثر حفاظا على العُشّ الأسري، فالأسرة هي اللّبنة الأولى والأساسية للمجتمع و بصلاحها يصلح المجتمع، ومن ثمّ وجب أن تكون الأحكام التي تحكُمها واضحة وصريحة ولا يكتنفها أيّ غموض، كما أن القانون يُعتبر صمام أمان للحفاظ على حقوق الناس فيما بينهم، خاصة الطّرف الضعيف، وأضعف حلقة في مسألة الطّلاق على وجه العموم هي الزّوجة والأولاد.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر والمراجع باللغة العربية

❖ **القرآن الكريم (برواية ورش عن نافع)**

1) الكتب:

أ- الكتب العامة:

1. أبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، **المحلّى بالآثار**، ط 3، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت،2003.
1. بلال مروان الإسماعيل، **تعلم واحتراف الأنترنيت**، ط 1، دار مهرات للعلوم، سورية حمص، 2007.
2. أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الاندلسي، **كتاب المنتقى شرح الامام مالك**، ج5، ط1، مطبعة السعادة، مصر،1332هـ .
3. أبي البركات احمد بن محمد بن أحمد الدردير، **مقدمة كتاب الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، ج1، د ط، دار المعارف، مصر، د س ن.
4. الصنعاني، **الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير** ، ج4، د.ط، دار الجيل، بيروت، د س ن.
5. الحبيب بن طاهر، **الفقه المالكي وأدلته**، ج 4، ط 2، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2005.
6. بن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، **المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج6، ط2، دهر عالم الكتب، الرياض، 2003 .
7. محمد خليل العتاني، **مغني المحتاج**، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997
8. ابن عرفة، **شرح حدود ابن عرفة**، وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية ،المغرب،،د.س.ن.
9. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، **المغني لابن قدامة**، د ط، ج7، مكتبة القاهرة، مصر، 1968.
10. أبو بكر مسعود بن احمد الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الموسوعة الفقهية، دار الكتب العلمية، 986.
11. مسلم بن الحجاج النيسبوري ، **صحيح مسلم** ،ط1،ج2،دار طيبة،2006
12. محمد بن اسماعيل البخاري أبو عبد الله، **صحيح البخاري**،ط1،ج1، دار ابن كتير ،بيروت،2002

13. الترميذي أبو عيسى، **سنن الترميذي الجامع الكبير** ،ط1،ج4، دار الغرب الاسلامي، لبنان،1996.

ب- الكتب المتخصصة:

1. أسامة عمر سليمان الأشقر، **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق**، ط1، دار النفائس، الأردن،2000.
2. محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية** ، دار محمود للنشر و التوزيع 1996.
3. عبد الفتاح تقية، ق**ضايا شؤون الأسرة، من منظور الفقه والتشريع والقضاء**، منشورات تالة، الأبيار الجزائر،2011.
4. عثمان التكريوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**، دار الثقافة، الاردن، 1998.
5. سمير عبد السيد تناغو، **نظرية الألتزام**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978،
6. جميل فخري محمد حانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون**، دار الحماد، الاردن،2009.
7. أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة**، دار الكتب القانونية، مصر، 2007
8. بسام فنوش الجنيد، **المسؤولية المدنية عن التعاملات التجارية عبر الأنترنت**، ط1، مركز الدراسات العربية، مصر، 2017،.
9. أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار الجامعة الجديدة 2004.
10. سليمان ولد خسال، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط2، شركة الاصالة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012.
11. محمد مصطفى الزحيلي ، **وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، ج1، ط 1، مكتبة البيان دمشق،1982.
12. محمد مصطفى الزحيلي ، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية**، ج2، ط 2، مكتبة البيان، دمشق ،1994.
13. وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي و أدلته ، الأحوال الشخصية** ، ج7، دار الفكر دمشق طبعة خاصة بالجزائر 1992.

14. مصطفى الزلمي، **مدى سلطان الارادة في الطلاق**، ج1 ، ط 1، مطبعة الغابي، بغداد، 1984.
15. عبد العزيز سعيد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996.
16. عبد العزيز سعيد، **إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام المحكمة الابتدائية**، د ط، دار هومة، الجزائر، 2013.
17. نبيل إبراهيم سعد، **الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
18. عمرو عبد المنعم سليم، **الجامع في أحكام الطلاق فقهه وأدلته**، د ط، دار الضياء، د ب ن، د س ن.
19. سليانة مراد فاروق، **مقدمة إلى الانترنت**،ط1، دار المسيرة للنشر و التوزيع،(د.ب.ن)،2001،
20. حسن علي السمني ، **الوجيز في الأحوال الشخصية**، ج 1، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة،1999
21. بن شويخ رشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، ط1، دار الخلدونية ، 2008،
22. عبد الرحمن الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية**،ط2 .م.م، دار الفكر،1986.
23. محفوظ بن صغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 الأسرة والتشريع**، دار الوعي للنشر والتوزيع،2012 .
24. ابو عطية، **الزواج والطلاق في زمن العولمة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
25. محمود علم الدين، **تكنولوجيا المعلومات وصناعة الاتصال الجماهيري**، ط 1، دار العربي، القاهرةّ، 1990م
26. فضيل العيش، **شرح وجيز لقانون الاسرة الجديد**، ط ج، مطبعة طالب، 2008،
27. مناني فراح، **العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة**، درا الهدى، د ط ، 2009.
28. يوسف القرضاوي ، **الحلال الحرام ، المكتب الإسلامي** ، غرة جماد الأول بيروت 1398 هـ
29. علي محيي الدين القره داغي، **حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة**، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، د س ن.
30. مفلح عواد القضاة، **البينات في المواد المدنية و التجارية** ، جمعية عمال المطابع التعاونية،الأردن،1994.
31. أحمد الكبيسي ، **الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون – الزواج والطلاق واثارهما**، ط.منقحة ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، 2007.
32. زينة كعبش، **الاجتهاد القضائي في مواد قانون الأسرة الجزائري**، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2013
33. محمد عبد السلام محمد ، **العلاقات الأسرية في الإسلام**، مكتبة الفلاح ، 1981

34. لحسن بن الشيخ آيت ملويا، **المنتقى في قانون الأحوال الشخصية**، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005،

35. أحمد نصر الجندي، **موسوعة الأحوال الشخصية –الزواج، الطلاق**، التفريق بين الزوجين، ج 1، دار الكتب القانونية، مصر 2006 .

36. أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في القانون السوري**، دار شتات للتسجيلات، مصر، د س ن.

37. فتحي والي، **قانون القضاء المدني**، د ط، دار النهضة العربية، 1975

38. أحمد أبو الوفاء، **إجراءات التنفيذ**، د ط، مكتبة طريق العلم ، 2015.

2) المعاجم والقواميس:

1. إبراهيم أنيس وآخرون، **المعجم الوسيط**، مكتبة الشروق الدولية، 2004.

2. محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، **لسان العرب**، د ط، ج7، دار صادر، بيروت، 1414هـ

3. سعدي أبو جيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، ط4، دار الفكر، دمشق، 1408هـ.

3) المقالات:

1. حارث علي إبراهيم، **الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في ضوء الفقه الإسلامي**، مقال منشور بمجلة كلية العلوم الاسلامية، د م، ع 38، 2014.

2. بوحادة سمية، **الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة**، مقال منشور في مجلة الحقيقة، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، أدرار، العدد38، 2016.

3. حجاري محمد، **مدى تأثير البيئة الإلكترونية على بعض عقود الأحوال الشخصية – حكم إبرامها وحجيتها**، ، مجلية الدراسات الاسلامية، جامعة الاغواط –الجزائر، ع 5، 2014

4. الخالدي إيناس بنت خلف، **حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**، مجلة كلية الآداب، جامعة الزقازيق، مصر، العدد60، ج2، 2012.

5. أمينة محمود شيت خطاب، **الطلاق الالكتروني بين الشرع والقانون**، مجلة العلوم السلامية،العدد9،د ت ن

4) الملتقيات:

1. ناجي الزهراء، **التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية**، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا طرابلس، ليبيا، 28-29 أكتوبر 2009.

2. عماد شـــريفي و لعمـــــارة عبد الرزاق، **الطلاق عبر الوسائل الحديثة**، الملتقى الوطني الثاني حول الزواج و الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في الفقه و القانون، الإربعاء 21 ماي 2014.

5) الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. بشار طلال أحمد المومني، **مشكلات التعاقد عبر الانترنت**، اطروحة دكتوراه، جامعة المنصور كلية الحقوق، مصر، 2003

2. عبد الله محمد خليل إبراهيم، **صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية**، مذكرة ماجستير، تخصص الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الـــوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2010.

3. عمر زودة، **طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها**، رسالة ماجستير- العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001،

4. بركات رابح، **ازدواجية الطلاق وأثره في احتساب العدة**، مدكرة ماستر، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة،2015،

5. ابتسام محاتفي، **الطلاق واشكالاته في قانون الأسرة الجزائري**، شهادة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017،

6. قسنطيني حدة، **إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية – دراســـة تطبيقيـــة بمجلـــس قضـــاء الجلفـــة**، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، 2004، الدفعة الثانية عشر.

6) النصوص القانونية:

1- القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق لـــ 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005،الجريدة الرسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

2- لقانون 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر 07-05 المؤرخ في 25 ربيع التاني 1428هـــ الموافق 13 ماي 2007 ،الجريدة الرسمية عدد 31.

3- القانون 09/08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريد الرسمية للجمهورية الجزائري، العدد 21، الصادر بتاريخ 19 صفر 1429هـــ الموافق لـــ 25 فبراير 2008م.

7) القرارات القضائية:

1- قرار المحكمة العليا رقم35322، الصادر بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية، العدد4، لسنة 1984.

2- قرار المحكمة العليا رقم 32762، الصادر بتاريخ 1984/05/14، المجلة القضائية، العدد62، لسنة1989.

3- قرار المحكمة العليا رقم 35026 الصادر بتاريخ 1984/12/03 المجلة القضائية ، العدد4، لسنة 1989.

4- قرار المحكمة العليا رقم 79858 الصادر بتاريخ 1991/11/26، المجلة القضائية، العدد3، لسنة 1993.

5- قرار المحكمة العليا رقم:223019 الصادر بتاريخ 1999/08/15، عدد خاص، لسنة 2001.

6- قرار المحكمة العليا رقم: 57812 الصادر بتاريخ 2005/02/23، مجلة المحكمة العليا، العدد1، لسنة 2005.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

1-Jean Michel Cedro ; **Le multimédia** : éditions milan : décembre 1995 France P09.

ثالثا: المصادر والمراجع الإلكترونية

1. **موقع المكتبة الشاملة** **http://shamela.ws/**
2. مقال –جزايرس، **فتوى بجواز الطلاق بالهاتف تثير غضباً واسعاً في الهند**، تاريخ النشر**1/05/2019** https://www.djazairess.com/akhbarelyoum/13047
3. **موقع** جريدة الدستور، **الطلاق الالكتروني يقع بشروط**، تاريخ النشر 2019/05/08

. https://www.addustour.com/articles/645573

فهرس المحتويات

الموضوع **رقم الصفحة**

شكر و عرفان .....

إهداء.....

قائمة أهم المختصرات.....

ملخص.....

مقدمة .....أ–د

الفصل الأول: مفهوم الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة ومشروعيته ....

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وأركانه.....12

المطلب الأول: تعريف الطلاق و مشروعيته وأقسامه.....12

الفرع الأول: تعريف الطلاق 12

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق.....14

الفرع الثالث: أقسام الطلاق.....15

المطلب الثاني: أركان الطلاق وشروطه. 19

الفرع الأول: ركن الزوج وشروطه. 19

الفرع الثاني: ركن الزوجة وشروطه.....22

الفرع الثالث: الصيغة وشروطها. 23

المبحث الثاني: صورالطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة ومشروعيته.....24

المطلب الأول: مفهوم الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة وصوره.....25

الفرع الأول: تعريف وسائل الاتصال الحديثة.....25

الفرع الثاني : مفهوم الطلاق باللفظ عبر وسائل الاتصال الحديثة وصوره 26

الفرع الثالث: مفهوم الطلاق بالكتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة وصوره. 27

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة. 29

الفرع الأول: الحكم الشرعي للطلاق باللفظ عبر وسائل الاتصال الحديثة 29

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للطلاق بالكتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة 31

المطلب الثالث: التكييف القانوني للطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة 37

الفصل الثاني: لطبيعة القانونية لواقعة الطلاق خارج إطار القضاء وطرق إثباته.. ..

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لواقعة الطلاق خارج اطار القضاء.....41

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لدى التشريعات العربية المقارنة 41

الفرع الأول: التشريعات التي تعترف بالطلاق خارج إطار القضاء.....41

الفرع الثاني : التشريعات التي لا تعترف بالطلاق خارج إطار القضاء.....43

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لدى المشرع الجزائري 45

الفرع الأول: مصدر الحق الإرادي. 45

الفرع الثاني: طريقة استعمال الحق الإرادي لإحداث أثر قانوني 46

الفرع الثالث: طبيعة حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج. 46

المبحث الثاني: إجراءات استصدار الحكم بالطلاق. 49

المطلب الأول: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.....49

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القاضي الجزائري 49

الفرع الثاني: إجراءات الصلح والتحكيم 50

الفرع الثالث: صدور الحكم بالطلاق.....52

المطلب الثاني: طرق إثبات الطلاق العرفي أمام القاضي الجزائري. 53

الفرع الأوّل: مفهوم إثبات الطلاق العرفي.....54

الفرع الثّاني: وسائل إثبات الطلاق. 55

الفرع الثالث: إجراءات إثبات الطلاق العرفي أمام القضاء الجزائري. 60

الفرع الرابع: إثبات معاملات الأحوال الشخصية عبر وسائل الاتصال الحديثة ...68

الخاتمة: **73**

قائمة المصادر والمراجع.....**66**

فهرس المحتويات.....**72**