الطلاق بحكم القاضي وإشكالاته

قراءة في نص المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري المعدل بالأمر02/05

The court ruling of divorce and its problems
Read in the text of Article N°49 of the Algerian Family Code amended by Order 05/02

الدكتورة/ شهرزاد بوسطلة[1،2،3]

[1]**جامعة بسكرة، (الجزائر)**

[2]**مخبرالحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة بسكرة**

[3]**المؤلف المراسل:** c.bousetla@univ-biskra.dz

تاريخ الاستلام: 2021/08/13 تاريخ القبول للنشر: 2022/01/27 تاريخ النشر: 2022/04/28

❖❖❖❖❖❖❖

مراجعة المقال: اللغة العربية: د./ سعد مردف (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: د./ نورة أبرسيان (جامعة بومرداس)

ملخّص:

تنحلّ الرابطة الزوجية بالطلاق ويتم بإرادة الزوج كما يصدره القاضي تلبية لطلب الزوجة إذا استوفت الشروط المنصوص عليها فقها وقانونا، نص المشرع الجزائري على أنواعه ضمن المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02. وفي حكم الشريعة الإسلامية للزوج حق إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة،وللقاضي صلاحية التفريق بين الزوجين لكن ليس له أن يجبر الزوج على إمساك زوجته وهو كاره لها، وقد جاء نصّ المادة 49 ليقرر أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم فكيف يمكن الجمع بين نص المادة 49 وأحكام الفقه والقانون في الطلاق؟ وكيف يثبت الطلاق وفق نص المادة 49؟ وماهي آثاره؟

الكلمات المفتاحية: الطلاق بالإرادة المنفردة؛ إثبات؛ حكم القاضي؛ الطلاق في الشريعة الإسلامية.

Abstract:

Divorce is genrally carried out at the will of the husband, or issued by the judge at the request of the wife, if the conditions provided for, are met. The Algerian legislature states its types under the article 48 of the Algerian Family Code, as amended by the order N° 05-02. In the Islamic sharia, the husband has the right to divorce by unilateral will. The judge has the power to separate the spouses, but he cannot force the husband to hold his wife without his consent. The Article 49 states that divorce can only be established by virtue of how the text of article 49 can be combined with the provisions of the jurisprudence and the law in divorce. Therefore, how can divorce be established in accordance with article 49, and what is its major effects?

***Key words**: Divorce by unilateral will; the proof; the court judgement; divorce in the Islamic sharia.*

مقدّمة:

إنّ الأصل في عقد الزواج الذي يربط بين الرجل والمرأة هو الجمع بينهما في مودة ورحمة، بحيث يؤسس لأسرة ينشأ أفرادها في ظل الطمأنينة والسكينة ويجمعهم تحت السقف التفاهم والتقارب، فإذا غابت تلك الأسس واستحال العيش بين الزوجين بحيث يؤثر عليهما بل يتعداه إلى بقية أفراد الأسرة، كان الطلاق العلاج النهائي لما عجز الزوجين والمصلحين عن شفائه ورفع أذاه؛ فتشريع الطلاق جاء ليرفع الخلاف ويدفع الضرر،

ويكون بيد الرجل لما يتحمله من أعباء قبل وأثناء الزواج، وما يلزمه من تبعات بعد الفراق. يقول ابن قدامة: "والعبرة دالة على جوازه، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررا مجردا بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضي ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه". (ابن قدامة، 1968م، مجلد ،7 ص 363)

والطلاق كما يقع بلفظ الزوج أو وكيله يقع من جهة المرأة عن طريق القاضي، حيث تلجأ إلى القضاء لتمكينها من إنهاء العلاقة الزوجية التي لا تستطيع إنهاءها بنفسها، فيحكم لها بالتفريق بينها وبين زوجها-إن هي أثبتت الضرر الذي يلحقها من جهته-ولا يكون بيد القاضي إلا إذا طلبته المرأة في حال تضررت من زوجها، و على خلاف ذلك فإن الزوج لا يلزمه إذن القاضي في حلّ الرابطة الزوجية، فلم يرد في كتاب الله ولا سنة رسوله ما يقيد حق الزوج في طلاق زوجته بلزوم حصوله على إذن من القاضي،ولا نقل عن الصحابة ولا التابعين القول به،ثم إن جعل الطلاق بيد القاضي لا يحقق المصلحة المرجوة منه فإن هو امتنع عن إعطاء الإذن في الطلاق فإنه يلزم الزوجين بالاستمرار في الزواج لكنه لا يمنع الضرر الذي يرتبه سوء المعاشرة بين الزوجين ولا يزيل الأسباب التي دفعت الزوج إلى الطلاق. (زيدان، 1413هـ - 1993م. ج7، ص 358)

وإذا علمنا أن الزوج له حق إيقاع الطلاق بإرادة منفردة، بحكم الشريعة و بنص المادة 48 من القانون نفسه، وإذا علمنا أن القاضي له صلاحية التفريق بين الزوجين، وله أن يجبر الزوج على مفارقة زوجته لأسباب معينة ومحددة فقها وقانونا، فإنهُ في المقابل ليس له أن يجبره على إمساك زوجته وهو كاره لها.

وعليه، كيف لنا الجمع بين نص المادة 49 قانون الأسرة الجزائري التي نصّ فيها على أنّ: "الطلاق لا يثبت إلا بحكم..." والتي يفهم منها أن الطلاق الذي يقع خارج المحكمة ليست له أية حجية، ولا يرتب آثار الطلاق ولا يعتد به. وبين أحكام الفقه والقانون في الطلاق؟ وكيف يثبت الطلاق وفق نص المادة 49؟ وماهي آثاره؟

للإجابة على ماسبق اعتمدنا المنهج التحليلي لأنه الأنسب لطبيعة الموضوع كما استعملنا المنهج المقارن بين اختيارات المشرع الجزائري وبين ما جاء في نصوص الشريعة الإسلامية في الموضوع على اعتبار أنها المصدر الموضوعي للقانون الأسرة الجزائري وأحال إلى أحكامها عند طلب الحكم بنص المادة 222 من القانون.

وفي سبيل ذلك قسمنا الموضوع إلى:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق ولولاية القضاء.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للطلاق بحكم القاضي وإشكالاته.

وسنتناول كل مبحث بالتفصيل في التحليل أدناه:

المبحث الأول:

الإطار المفاهيمي للطلاق ولولاية القضاء

تعدّدت صور الطلاق، واختلفت حالاته في الفقه الإسلامي تبعا لاختلاف أساسه وآثاره، بينما حصرها المشرع الجزائري في حالات محددة وهو ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري،أظهر نص المادة 49 من قانون الأسرة دور القضاء في حل الرابطة الزوجية "فلا يثبت إلا بحكم"، وعليه وجب بيان أنواع الطلاق (المطلب الأول) ثم التعرف على ولاية القضاء في الفقه الإسلامي (المطلب الثاني) قصد الوقوف على حدود صلاحية القاضي في وقوع الطلاق و ترتيب آثاره.

المطلب الأول: أنواع الطلاق

الطلاق في اصطلاح الفقهاء هو: "حل الرابطة الزوجية، أو هو حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه في الحال أو المآل." (الزحيلي، 1427هـ-2006م، ج9، ص6873) ويقصد برفع قيد النكاح رفع أحكامه وعدم استمراره لأنه مادام عقد الزواج قد وقع فلا يمكن رفعه (عامر، دت.، ص265).

فينحل الزواج في الحال بالطلاق البائن فبمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بمهر وعقد جديدين سواء كانت في العدة أو انتهت منها؛ وينحل في المآل بالطلاق الرجعي لأن قيد الزوجية لا يرتفع إلا بعد انقضاء العدة، وللزوج مراجعة زوجته من غير مهر ولا عقد جديدين (أبو زهرة، 1377 هـ-1957م، ص 279).

وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (سورة البقرة، الآية: 229) وقوله أيضا ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾. (سورةالطلاق،الآية: 1). ولما روي عن - النبي صلى الله عليه وسلم -: (عن نافع عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم - فسأل عمر بن الخطاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم - عن ذلك فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمسّ فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء). (البخاري، 1422هـ ج7 ص41) وقوله: (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)، (الشوكاني،

1413هـ/ 1993 م، ج 6، ص284) وقوله - صلى الله عليه وسلم-:(أبغض الحلال إلى الله الطلاق). (ابو داود، دت. ج2 ص181) وهو مشروع بالإجماع. (ابن قدامة م.، المغني، 1388هـ - 1968م، ج7، ص363)، والطلاق أنواع، تتعدد صوره في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) كما أن المشرع الجزائري عدّد أنواعا مختلفة للطلاق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صور الطلاق و حالاته في الفقه الإسلامي

ينقسم الطلاق في الفقه الإسلامي تبعا لعدة اعتبارات: من حيث الآثار، ومن حيث وقوعه و من حيث مشروعيته ومن حيث الصيغة ومن حيث جهة وقوعه.

أولا-من حيث الآثار يقسم إلى: طلاق رجعي وطلاق بائن.

فالطلاق الرجعي،هو الطلاق الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته مادامت في العدة،و هو الأصل في الطلاق لقوله تعالى: ﴿**الطَلاّقُ مَرتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أوْ تَسرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾ (سورة البقرة، الآية:229)، وقوله أيضا: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ وبُعُولَتُهُنَّ أحَقُ بِرَدِّهِنَّ فِي ذلِك إِنْ أَرَادُوا إِصْلاَحًا** ﴾. (سورة البقرة،الآية: 227).

أما الطلاق البائن فهو على قسمين:

– **الطلاق البائن بينونة صغرى**: هو الطلاق الذي يملك الزوج فيه أن يرجع زوجته إليه بعد طلاقها ولكن بعقد ومهر جديدين سواء في العدة أو بعد انتهائها.

– **والطلاق البائن بينونة كبرى**: هو الطلاق الذي لا يملك الزوج أن يرجع فيه إلى زوجته إلا بعد أن تتزوج زوجا غيره ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة أو يموت عنها. وبعقد ومهر جديدين.

ثانيا- ومن حيث وقوعه ومشروعيته يقسم إلى طلاق سني و طلاق بدعي:

فالطلاق السني: هو الطلاق الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع؛ وهو أن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة في طهرٍ لم يمسسها فيه وهو الطلاق المشروع، ويكون بأن يطلق مرة ويراجعها، ثم مرة ثانية ويراجعها بعدها إما أن يمسكها بمعروف أو يفارقها بإحسان،لقوله تعالى: ﴿**الطَلاّقُ مَرتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أوْ تَسرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾.فإن طلقها الثالثة فلا يحل له أن يراجعها إلا بعد أن تتزوج زوجًا غيره زواجًا صحيحًا.

والطلاق البدعي: هو الطلاق المخالف للشرع كأن يطلقها ثلاثًا بكلمة واحدة، أو متفرقات بمجلس واحد، كأن يقول: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أو يطلقها اثنتين بكلمة واحدة، أو يطلقها في حيض أو نفاس أو في طهر جامعها فيه، وقد أجمع العلماء على أن الطلاق البدعي حرام وأن فاعله آثم، واختلفوا حول وقوعه من عدمه فذهب بعضهم إلى وقوعه. و البعض الآخر إلى عدم وقوعه.

ثالثا- و يقسم من **حيث الصيغة** إلى صريح و كناية:

فالطلاق الصريح : ويكون باللفظ الذي يفهم منه المطلوب ويستعمل عرفًا في الطلاق مثل (أنت طالق) و(مطلقة) و(طلقتك) وغير ذلك مما هو مشتق من لفظ الطلاق، وألفاظ الطلاق الصريحة كما جاءت في القرآن ثلاثة: الطلاق والفراق والسراح.

ويقع الطلاق بهذه الألفاظ دون حاجة إلى نية تبين المراد منه لظهور دلالته ووضوح معناه. أما **طلاق الكناية**: وهو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ولم يتعارف عليه الناس في الطلاق مثل قول الرجل لزوجته :ألحقي بأهلك أو اذهبي أو اخرجي أو أنت بائن أو أنت عليَّ حرام إلى غير ذلك. ولا يقع الطلاق بهذه الألفاظ إلا بالنية.

رابعا- وينقسم من **حيث جهة وقوعه** إلى: طلاق من الزوج وطلاق من القاضي.

والطلاق كما يقع بلفظ الزوج، أو وكيله يقع من جهة المرأة عن طريق القضاء، حيث تلجأ المرأة إلى القضاء لتمكينها من إنهاء العلاقة الزوجية التي لا تستطيع إنهاءها بنفسها، فيحُكم لها بالتفريق بينها وبين زوجها إن هي أثبتت الضرر الذي يلحقها من جهة زوجها.

فيكون الطلاق بيد القاضي في حال طلبته المرأة لأسباب تتمثل في عدم الإنفاق والإيلاء وللعيوب والغيبة بما فيها الحبس، ويلحق بذلك كله المضارة والشقاق، وكلها حالات إذا ثبتت حكم القاضي للزوجة التي تريد الانفصال عن زوجها بالطلاق، ويختلف الطلاق عن التفريق القضائي من حيث كون الطلاق يكون اختياريا من الزوج بينما التفريق القضائي يكون جبرا عن الزوج. (الزحيلي، 1427هـ-2006م، ص 7041).

الفرع الثاني: أنواع الطلاق في القانون

في التشريع الجزائري الطلاق ثلاثة أنواع، وهي الطرق الثلاث التي يقع بها: فيتم بإرادة الزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة (المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري (84-11) المعدل والمتمم بالامر 05-02). و تفصيل ذلك كما يلي:

أولا-الطلاق بإرادة الزوج

هو الطلاق المقرر شرعا، حيث أباح للزوج بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة وهي الموعظة الحسنة ومحاولة الصلح وغيرها، فإذا تعذر عليه و لم يفلح الزوج فيها جميعا أمكن له استعمال حقه في الطلاق؛ (بن شويخ، 1429 هـ 2008م، ص175) وعليه فللزوج الحق في إيقاع الطلاق مادام مراعيا لما قرره الشرع وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه، وإذا تبيّن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" المادة 52 قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا-الطلاق بتراضي الزوجين

يقصد به إنهاء الرابطة الزوجية باتفاق الزوجين وبناء على رغبتهما معا، حيث أعطى القانون للزوجين حق إنهاء الرابطة الزوجية باتفاق بينهما، فيكون بناء على رغبتهما المشتركة، أو بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر من غير خصومة، وعليه فالطلاق بالتراضي يسمح للزوجين إيقاع الطلاق في مدة معقولة ويتم بتقديم الزوج، أو الزوجة عريضة مكتوبة إلى كتابة الضبط بالمحكمة بها المعلومات الكاملة عنهما، والعبارات الواضحة التي تفيد اتفاقهما على الطلاق بالتراضي، وفي حال فشل المحكمة في محاولة الصلح بينهما، تحكم بالطلاق بناء على الإرادة المشتركة لهما، ووفقا لما اتفق عليه الزوجان ما لم يخالف اتفاقهما النظام العام، أو يمس بحقوق الآخرين. (العربي، 1999م، ص 259).

ثالثا- الطلاق بطلب من الزوجة

الزوجة أيضا لها حق طلب حل الرابطة الزوجية بطلاق في التشريع الجزائري، إلا أنه حق معلق على سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 قانون أسرة، حيث جاء فيها:

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد (78 و79 و80) من هذا القانون.
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه،
7. ارتكاب فاحشة مبينة.
8. الشقاق المستمر بين الزوجين.
9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10. كل ضرر معتبر شرعا.

كما أنه يجوز لها طلب حل الرابطة الزوجية بالخلع المادة 54 قانون أسرة، يضاف إليها حالة نشوز الزوج المادة 55 قانون أسرة (عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر).

ممّا سبق يتبن لنا أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري يرجع في تحديد أنواعه إلى ما جاء في الفقه الإسلامي، فالصور الثلاثة التي أوردها المشرع الجزائري تجد سندها في الفقه الإسلامي، حيث تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق فتكون بإرادة الزوج عندما يكون من جانبه فقط، و تكون بيد القاضي في حال طلبته الزوجة إذا ثبت الضرر كما يكون باتفاقهما معا.

المطلب الثاني: ولاية القاضي وأنواعها

القضاء هو: "الفصل بين الناس في الخصومات، حسما للتداعي، وقطعا للنزاع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة" (ابن خلدون، 1417هـ. ص 24). وهو من الولايات الدينية في الإسلام، عرف تطورا على مر العصور التي مرت بها الدولة الإسلامية (الفرع الأول)، وتميز من حيث تعدد وظائفه وصوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ولاية القضاء في الإسلام

ولاية القضاء مشروعة بما جاء في كتاب الله قوله عز وجل ﴿**إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا**﴾. (سورة النساء الآية 105)

وبما روي عن النبي -صلى الله عليه و سلم- قوله: "إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر". (البخاري، 1422 هـ، ص108) وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء، والحكم بين الناس.

وهو من فروض الكفايات، لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه، فكان واجبا عليهم. (ابن قدامة 1388هـ - 1968م ج 10 ص 32)، تولى الرسول صلى الله عليه وسلم بيان كيفيته وأسسه ثم وضع الخلفاء والفقهاء من بعدهم شروطا للقاضي، تمثلت في: العقل والبلوغ والحرية وسلامة البصر والسمع اللسان، بالإضافة إلى الاجتهاد، وبينما يُقول الجمهور بالذكورة كشرط لا يرى الحنفية والظاهرية والطبري مانعا من تولي المرأة القضاء. (الماوردي، دت. ص 110).

الفرع الثاني: أنواع القضاء

لقد عُرف في الدولة الإسلامية نوعان من القضاء: القضاء العادي والذي يعني الفصل في النزاع بحكم من القاضي، والقضاء الاستثنائي تمثل في قضاء المظالم والحسبة (العبودي، 1998 م، ص276).

يتولى القضاء العادي النظر في المنازعات التي تكون بين الأفراد عادة، وتشمل مختلف أنواع الدعاوى المدنية، كاستيفاء الحقوق والفصل في المنازعات عند التناكر من ديون وغيرها، والنظر في العقود للفصل في صحتها وفسادها، كما ينظر في المنازعات التي يكون موضوعها الحقوق المتعلقة بالأملاك من شفعة وارتفاق، والجنائية من حدود وقصاص وغيرها. بينما ينظر قضاء المظالم في تظلمات الناس من جور الحكام والولاة.

وعليه فللقاضي اختصاصات تتنوع بحسب اختلاف صلاحيات القاضي والموضوع الذي يعرض أمامه وله بذلك **الولاية العامة والولاية الخاصة، فالعامة** غير معينة في أشخاص معينين، و تشمل الفصل في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات، واستيفاء الحقوق، **والولاية الخاصة** هي الولاية التي تكون على أشخاص معينين، فتثبت الولاية في حق ناقصي الأهلية و عديميها، ويكون للقاضي بالإضافة إلى ذلك النظر في الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها و تنفيذ الوصايا، وتزويج الأيامى، والحكم بالتفريق طلاقا، أو فسخا، وإقامة للحدود.

بناء على ما سبق فعمل القاضي لا يخلو من صفتين إما أن يكون عملا قضائيا، وهو ما كان مؤسسا على وجود نزاع، أو عملا ولائيا ويكون في غير حالات النزاع، ويكون نظره وبثه في النزاع منشأ للحكم، أما في الحالة الثانية فهو مقرر للحكم وليس منشأ له، ومثال الأولى تنازع الحقوق بالتجاحد والتناكر، و مثال الثانية الولاية على القصر وتنفيذ الوصايا و تزويج الأيامى. (الماوردي، دت.، ص 136)

أما ولاية القاضي في الطلاق فهي ولاية خاصة، ذلك أن المرأة ليس لها إمضاء الطلاق بلفظها، حيث يجوز للقاضي أن يطلق الزوجة من زوجها عند طلبها في أحوال معينة، وحكم القاضي بالتفريق هو حكم إنشائي في حل الرابطة الزوجية لأن أصل النظر فيه كان وجود نزاع بين الزوج وزوجته، وافتراض إباء الزوج إيقاعه بإرادته، فتلجأ الزوجة إلى القاضي ليوقعه عليه جبرا.

أمافي حالات الخلع التي يكون النزاع فيها حول البدل، فهنا حكم القاضي يرفع النزاع حول بدل الخلع، ويقرر إرادة الزوجين، أو الزوجة وحدها في حل الرابطة الزوجية بالخلع.

المبحث الثاني:
التكييف الفقهي والقانوني للطلاق بحكم وإشكالاته

رأينا أن الحكم بالطلاق في الفقه الإسلامي يكون بناء على طلب الزوجة للفرقة؛ إذ إنها لا تملك فك الرابطة الزوجية بإرادتها، فتلجأ للقاضي ليرفع عنها قيد الزوجية إذا توافرت الأسباب والشروط؛ وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في تنظيمه للتطليق بحيث أوجب على المرأة التي تسعى لفك الرابطة الزوجية إثبات الضرر حتى يحكم لها بالتطليق، وقد بينت المادة 53 من قانون الأسرة الحالات التي يحكم فيها به. (المطلب الاول)

ثم إنّ المشرع الجزائري بنص المادة من قانون الأسرة 49 قد ربط الطلاق بمختلف صوره بحكم القاضي بما فيها الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي. والمواد التي تتضمن آثار الطلاق، وما يرتبه من حقوق والتزامات، كلها تضعنا أمام إشكال يتمثل في احتساب الطلاق و ما يرتبه من آثار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكييف الطلاق بحكم

جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة أن: "الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي بعد عدة محاولات للصلح...".

ونص المادة يجعلنا نقف عند معنى كلمة يثبت علما أن المادة 48 من القانون أقرت بوقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وجعلت الفرقة من جانب الزوجة بيد القاضي.

يفهم من المادة 49 أن الزوج قد أوقع الطلاق بإرادته المنفردة قبل الحكم، فهل الحكم كاشف لطلاق الزوج؟ أم أنه مقرر له؟ فإن كان كاشفا كما يبدو من نص المادة وتطبيقاتها، فذلك يجعل من محاولات الصلح من غير ذات فائدة (بن شويخ، 1429 هـ 2008م، ص 180)، فحكم القاضي يأتي ليثبت إرادة الزوج، بخلاف حالات الطلاق الأخرى حيث يعتبر منشئا له.

مع ملاحظة **أن** التشريعات العربية في تنظيمها لأحكام الطلاق اختلفت بين مطلق لحق الزوج في إيقاع الطلاق ومقيد له، وهو ما عرف بجعل الطلاق بيد القضاء واختلفت الآثار بعدها بالنظر إلى كون حكم القضاء في الطلاق هل يكون منشئا للطلاق أم كاشفا له؟

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ الطلاق بأنواعه لا يختلف حكمه في هذه المسألة عما جاءت به الشريعة الإسلامية إلاّ فيما يخص حق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، والقول بإثبات الطلاق بحكم فيه معنى تقييد حق الزوج في الطلاق، و لم يرد في كتاب الله ولا في سنة رسوله ما يقيد حق الزوج في طلاق زوجته بلزوم حصوله على إذن من القاضي، ولا نقل عن الصحابة ولا التابعين القول به، ثم إن جعل الطلاق بيد القاضي لا يحقق المصلحة المرجوة منه فإن هو امتنع عن إعطاء الإذن في الطلاق فإنه لن يجبر الزوج على الاستمرار في الزواج وهو كاره، و إن فعل فإن الاستمرار في الزواج لا يمنع الضرر الذي

يرتبه سوء المعاشرة بين الزوجين ولا يزيل الأسباب التي دفعت الزوج إلى الطلاق. (زيدان، 1413هـ -1993م ج 7، ص 358)

لذلك نجد من عارض فكرة جعل الطلاق عن طريق المحكمة -كما هو عند الغربيين- لما له من أضرار، وما يقتضيه من فضح أسرار الزوجية أمام المحكمة؛ و في ذلك يقول الشيخ أبو زهرة: "قد يقول قائل أن القاضي ناظر غير متحيز ولأن العقد ثنائي فلا تبطله إرادة منفردة، ولكن هذا القول لا يستقيم إلا إذا كان أمر النفوس وخفايا القلوب يمكن أن تثبت بالدليل الظاهر، ثم إن القضاء إنما ينظر فيما هو حق أو ظلم ليقر الحق ويمنع الظلم، والمسألة في الحياة الزوجية ليست مسألة ظالم ومظلوم وإنما هي صلاحيتها للبقاء بإمكان استمرار المودة، وإذا كان سبب الطلاق أمرا غير الحب والبغض فهل من المصلحة الاجتماعية أن تنشر فضائح ودخائل الأسر في دور القضاء وتسجَّل في سجلاته". (زهرة، 1377 هـ-1957م. ص 282).

ومع التقدير لقول الشيخ أبي زهرة إلا أن منع الطلاق من وقوعه في المحكمة للأسباب المذكورة لا ينتفي مع أنواع الفرقة الأخرى، بل هي أوضح، كما هو الحال في الفرقة التي تكون للعيوب أو للضرر الزوجة، أو للشقاق.

وإنما القول إن إثبات الطلاق بحكم مرتبط بالمقاصد التي يحققها الطلاق من عدمه، وهو رفع ضرر الشقاق والبغضاء، وأن الحكم بالطلاق لا يؤثر في طبيعته، بحيث يكون الطلاق بإرادة الزوج الحكم فيه مقررا و في غيره منشئا للطلاق.

هذا والتشريعات العربية قد تباينت مواقفها بين مقيد ومطلق لحق الزوج في ايقاع الطلاق بالارادة المنفردة، وتفصيل ذلك كما يلي:

ويمثل الفريق الأول المشرع التونسي: جاء في الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية النص على أنه: "لا يقع الطلاق إ لا لدى المحكمة.، وعليه فليس للزوج أن يطلق الزوجة إلا إذا كان أمام القاضي، ووفقا للقانون نفسه فهو أمر يتساوى فيه الرجل مع المرأة فقد جاء في 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).

فالمرأة كما الرجل لها الحق في طلب الطلاق، ويكون بتقديم طلب للمحكمة، يحكم به بعد جلسات الصلح، أما خارج المحكمة، فليس هناك أي اعتبار لما يصدر من الزوج لحل الرابطة الزوجية، وإن صدر فيعتبر كأن لم يكن.

هذا ويلاحظ أنّ جعل الطلاق لا يقع إلا بحكم، فيه سعي من المشرع التونسي للحدّ من ظاهرة الطلاق ولما يرتبه من آفات اجتماعية، ونفسية وتلك كانت حجته.

أما التشريعات العربية المختلفة فقد اتجهت إلى إقرار حق الزوج في الطلاق بإرادة منفردة وأبقت للقضاء وظيفة تثبيته كما فعل المشرع الجزائري.

يذكر أنّ المادة 49 قد أثارت جدلا حول وقوع الطلاق وآثاره، وإذا علمنا أن الطلاق يقع عادة خارج المحكمة، يتولى القضاء تقرير إرادة الزوج في حلّ الرابطة الزوجية بعد محاولات الصلح، وعليه فالحكم بالطلاق يعتبر كاشفا وليس منشئا، بمعنى أن ما يرتبه الطلاق من آثار لا تستوفى إلا بعد صدور الحكم وثبوتها يكون من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، وليس في ذلك تعد على حق المرأة في الحياة الزوجية استمرارا، أو حلا، فالزوج و إن كان له الحق في إيقاعه بالإرادة المنفردة إلا أنه محدد بعدد معين، والمرأة لها الحق في حل الرابطة الزوجية سواء بالتطليق في حال الضرر، أو بالخلع في غير حالة الضرر. وهو ما أكده الاجتهاد القضائي: "أن للزوج الحق في تحمل مسئولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلاف للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسئولية عنهم." (مجلة الاجتهاد القضائي. 1999م، ص 104)، والمبدأ هو: أنّ الطلاق يخضع لرقابة القضاء أما التطليق فيخضع لسلطة القضاء.

المطلب الثاني: إشكالات المادة 49

صياغة المادة في قولها: "لايثبت الطلاق إلا بحكم" من حيث العموم تثير تساؤلات كثيرة، سببها ما يلاحظ من تناقض بينها وبين باقي مواد القانون، فالمادة 48 تنص على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ومحاولات الصلح المطلوبة قبل الفصل بالطلاق، والمواد التي تتضمن آثار الطلاق، وما يرتبه من حقوق والتزامات، كلها تضعنا أمام إشكال يتمثل في احتساب الطلاق، و ما يرتبه من آثار.

القول بوقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يحمل صورتين: **الأولى**، وقوع الطلاق في وقت سابق عن رفع الدعوى، **والثانية**، توقف الزوج عن الطلاق إلى حين الامتثال أمام المحكمة.

وفي الصورة الأولى: يكون الطلاق سابقا للحكم، والإشكال في احتساب الطلاق الذي يكون من يوم تلفظ الزوج -والأصل كذلك- لأن الحكم سيكون مقررا لإرادة الزوج كاشفا لها، فالعدة وأقل مدة الحمل وأقصاه والرجعة وما يرتبها من ثبوت الميراث والبينونة وغيرها، كلها مرتبطة بوقت تلفظ الزوج بالطلاق وليس بحكم القاضي فيه. لكننا رأينا المشرع يبقى على ارتباط آثار الطلاق بصدور الحكم به سعيا منه لحفظ الحقوق واستقرار الأحكام، وهو في سعيه بذلك يعارض أحكام الشرع في الطلاق وقوعا وآثارا.

حيث عدّ الطلاق رجعيا في مدة الصلح، مع احتمال كون الزوج قد طلق زوجته وبانت منه قبل الوصول لساحة المحكمة، ويكون قد أثبت حقوقا ليست لأهلها كالنسب، والميراث ومنع حقوقا ثابتة لأصحابها.

والأصل سريان الطلاق و ترتيب آثاره مرتبط بتصرف الزوج وليس بالحكم القضائي في هذه الحال (وقوع الطلاق سابقا على الدعوى)؛ وإذا علمنا أن الاجتهاد القضائي قد أقر بالطلاق العرفي وثبته بشهادة الشهود أمام القضاء (مجلة الاجتهاد القضائي، 1999، ص 100) نكون حينها أمام تناقض بين ما ينص عليه القانون وما يفرضه التطبيق، والأولى بالمشرع أن يحتسب الطلاق ويرتب آثاره وفق إقرار الزوج به ووقت وقوعه.

وفي الصورة الثانية: توقف الزوج عن الطلاق إلى حين الامتثال أمام المحكمة، فيتحقق إثبات الطلاق بالحكم ويتوقف استيفاء الحقوق عليه. وإثبات الطلاق بحكم هو وسيلة لحفظ الحقوق، وهو مما استوجبته متطلبات العصر بالتسجيل، والتوثيق ليكون حجة في مواجهة الغير عند الإنكار.

وبذلك يبقي للزوج الحق في إيقاع الطلاق دون إجبار من المحكمة، مع العلم أن القاضي حتى في هذه الحالة ليس له إجبار الزوج على العدول عن فكرة الانفصال وليس له أن يطلب منه إعطاء مبرر للطلاق، ويكتفي القاضي حين امتناع الزوج عن تسبيب رغبته في حلّ الرابطة الزوجية بالحكم التعويضي ويقرّر بأنّ ما صدر من جانب الزوج هو طلاق تعسفي.

الخاتمة:

إذا فإثبات الطلاق بحكم لا يثير إشكالا إذا رفع الزوج دعوى حلّ الرابطة الزوجية بإرادته بحيث يكون الحكم القضائي كاشفا، ومقررا لرغبة الزوج، فتسري أحكامه، وما يرتبه من آثار من يوم النطق بالحكم.

أما إذا وقع الطلاق خارج المحكمة فعلى الزوج تورعا وحفظا للأموال والأعراض والأنساب إخبار القاضي بوقت صدور الطلاق منه، وعلى القاضي تثبيت الطلاق بحكم على أن يسري بأثر رجعي بحسب من التاريخ الذي صرّح به الزوج.

وعلى كل يمكن استخلاص النتائج التالية:

1. شرع الله سبحانه الطلاق ليرفع الضرر عن الزوجين أو أحدهما، وبناء عليه أعطى لكليهما كما لكل واحد منهما الحق في حلّ الرابطة الزوجية بناء على إرادتهما.
2. القضاء ولاية دينية الغاية منها رفع التنازع وحفظ الحقوق.
3. الطلاق يكون من جانب الزوج بالإرادة من المنفردة، ومن جهة الزوجة بحكم قضائي.
4. نصت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بعد عدة محاولات للصلح..." وظاهرها أن الطلاق الذي يقع خارج المحكمة ليست له أية حجية.
5. الطلاق بإرادة الزوج دون توقف على حكم قضائي هو الأصل في أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما أقرته المادة 48.
6. الطلاق بالارادة المنفردة هو مظنة اشكالات إثبات الطلاق بحكم، أما غيره من أنواع الطلاق فلا يتم إلا بحكم القاضي كدعوى التطليق مثلا.
7. تثبيت الطلاق بحكم من مقتضيات العصر، لكثرة النزاع، وقلّة الوازع الديني،وبه تحفظ الحقوق.
8. القول بإثبات الطلاق بحكم ليس فيه معنى سلب الزوج حقه في الطلاق، ولا إجباره من باب أولى على الاستمرار في الزواج وهو كاره، إنما يوقف فقط ترتيب آثاره إلى حين تسجيله فما جرى عليه العمل في القضاء أن القاضي في حال امتنع الزوج عن تقديم مبرر للطلاق يكتفي بالحكم عليه بالتعويض كونه متعسفا.

9. القول بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم لا يثير إشكالا إذا رفع الزوج دعوى حل الرابطة الزوجية بإرادته بحيث يكون الحكم القضائي كاشفا، ومقررا لرغبة الزوج، و تسري أحكامه، وما يرتبه من آثار من يوم النطق بالحكم.

10. في حال وقوع الطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، فإن نص المادة يقرر أنّ آثار الطلاق لا تسري إلا بعد صدور الحكم، و في ذلك مناقضة لحكم الشرع في الطلاق الذي يربط بين وقت التلفظ بالطلاق هو ترتيب آثاره (العدة و النسب والميراث...).

11. الأولى بالمشرع التأكيد على أن آثار الطلاق تسري من وقت تلفظ الزوج بالطلاق سواء كان ذلك سابقا للدعوى أو أثناءها، ويبقى استيفاؤها معلقا على الحكم ليكون حجة تحفظ لكل الأطراف حقوقها، وعلى الزوج التورع، والصدق في التصريح بالطلاق، حفاظا للدين والمال و العرض والنسب.

الإحالات والمراجع:

1. القرآن الكريم.
2. سليمان بن الأشعث بن إسحاق أبو داود، سنن أبي داود. (كتاب الطلاق.) ج2. خلاصة حكم المحدث: جاء في الهامش قال المنذري: أخرجه ابن ماجة والمشهور فيه مرسل وهو غريب المكتبة العصرية، بيروت، دت.
3. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري.(كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: يا أيها النبي إذا طلقتم النساء...ج7) ط1، تحقيق : محمد زهير بن ناصر الناصر. دار طوق النجاة. بيروت . 1422هـ.
4. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار.(كتاب الطلاق باب ما جاء في طلاق العبد، حديث رقم: 2865ج) 6 دار الحديث، القاهرة، 1413هـ/ 1993م. وهو حديث رواه ابن ماجة والدارقطني وذكر الشوكاني في تعليقه على الحديث ضعفه راجع الحاشية في الصفحة نفسها.
5. قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافقق لـ 09 جوان 1984م المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ بالتاريخ 27 فيفري 2005 الصادر بجريدة الرسمية والمتضمن قانون الأسرة، العدد 15.
6. مجلة الأحوال الشخصية التونسية 1956 أمر على مؤرخ في 6 محرم 1376هـ (13 أوت 1956م).
7. أبو الحسن علي الماوردي، الأحكام السلطانية. دار الحديث، القاهرة دت.
8. الرشيد ابن شويخ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية الجزائر 1429هـ 2008م.
9. عباس العبودي، تاريخ القانون. مكتبة دار الثقافة الأردن 1998 م.
10. عبد الرحمن ابن خلدون، مزيل الملام عن حكام الانام (ابن خلدون ورسالته للقضاة). تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، ط1، دار الوطن الرياض 1417هـ

11. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء -الزواج- ط1، دار الفكر العربي القاهرة، دت.
12. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم. ج7. ط1، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1413هـ - 1993م.
13. العربي، بلحاج،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ج1-الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر1999م.
14. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1377 هـ-1957م.
15. موفق الدين ابن قدامة، المغني ج7، مكتبة القاهرة د. ط.1388 هـ - 1968م.
16. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج9 ط9، دار الفكر المعاصر، دمشق1427هـ، 2006م.
17. مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية (عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2001 م طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية). ملف رقم 223019 قرار بتاريخ 1999/06/15.
18. مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 1999/02/16، ملف رقم 216850.