

إيقاع الطلاق الشفوي وإثباته بين الواقع والقانون

The verbal divorce between reality and law

د/ مراد مليكة

كلية الحقوق - جامعة الجزائر

m.merad@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2019/11/06 تاريخ القبول: 2019/12/01 تاريخ النشر: 2020/01/16

المخلص:

الطلاق الشفوي أو اللفظي في القانون الجزائري وفي الشريعة الإسلامية أمر مشروع ومقبول، خاصة إذا كان بالألفاظ المشروعة والمعروفة صراحة أو كناية في الطلاق، ويرتب جميع آثاره، ويفترض أن يتبع الزوج المطلق طلاقه الواقع لفظا بالإجراءات القانونية المحددة من طرف المشرع الجزائري، وذلك من أجل إثبات هذا الطلاق، أما إذا تحايل المطلق أو كان سيء النية تجاه مطلقة، تبقى المطلقة على ذمته إلى غاية التأشير على هذا الطلاق على هامش عقد زواجهما، مع ترتيب جميع آثار الزواج القانوني إلى غاية صدور حكم قضائي يقضي بالطلاق، وما يكون على المطلقة في حالة نكران مطلقها للطلاق اللفظي إلا اللجوء إلى رفع دعوى إثبات طلاق عرفي مع صعوبة ذلك.

الكلمات المفتاحية: الطلاق الشفوي، الطلاق العرفي، إثبات الطلاق، إنكار الزوج.

Abstract:

Verbal divorce in Algerian law and Islamic sharia is legitimate, especially if it is clearly stated in terms known as divorce or by words that have the same meaning, and have all its effects, and the divorced husband should strictly follow his divorce in accordance with the legal procedures established by the Algerian legislator to prove it, if he circumvents or has a bad faith towards to his divorcee, in this case, the divorced wife still holds the title of her divorced husband until the marking on the margin of the marriage contract, the effects of this marriage will only be erased by a Judgment, in the case of a husband's denial of verbal divorce, divorced wife only resort to filing a lawsuit for a customary divorce, which is difficult to prove.

Keywords: Verbal divorce, customary divorce, proof of divorce, husband's denial of verbal divorce.

مقدمة:

حرص الإسلام على تماسك الأسرة وعدم التسرع بفكها عن طريق الطلاق، وجعل العصمة بيد الرجل لما يعرف بطبيعته وتحكمه في مشاعره وانفعالاته، واستعماله لهذا الحق كحل أخير إن دعت إليه ضرورة ملحة كاستحالة العشرة وحلول النفرة بين الزوجين، مع مراعاة الضوابط الشرعية والقانونية إن أراد إيقاع الطلاق، لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۗ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"⁽¹⁾، وسوء استعمال هذا الحق في الواقع يرجع إما لسوء فهم حق منحه الله له واستأمنه عليه، أو بسبب ضعف الوازع الديني وتحلله من إلزام كلف به، فتختلف الأقوال مع الأفعال ويحدث الاصطدام بالأحكام التي شرع الله لأجلها الطلاق.

وحاول المشرع الجزائري تطويق وحماية بيت الزوجية بأحكام ونصوص قانونية تكفل التعايش بين الزوجين في إطار الشريعة الإسلامية، ورغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي، إلا أن المشرع قيده باللجوء إلى القضاء من أجل تسجيله، وتبعاً لذلك أصبح ترتيب الأثر القانوني للطلاق غير ممكن، إلا باستيفاء الشكل المقرر قانوناً، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق، وما يكون على المطلقة في حالة نكران مطلقها للطلاق اللفظي، حتى وإن كان قد تلفظ به عدة مرات، إلا اللجوء إلى رفع دعوى إثبات طلاق عرفي مع صعوبة ذلك، ما يجعلها تدور في دوامة بين الشرع والواقع والقانون، فقد تصبح أجنبية عليه وهي لتزال على عصمته قانوناً بسبب هذا النكران، فتبقى معلقة لا هي بالمتروجة ولا هي بالمطلقة.

ولمعالجة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

- ما هو أثر إيقاع الطلاق الشفوي في الواقع من طرف الزوج شرعاً، وكيف يتم إثبات ذلك طبقاً للقانون؟

ولإجابة على هذه الإشكالية قسمنا موضوع البحث إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول إيقاع الطلاق اللفظي شرعاً وقانوناً وإتباعه بطرد الزوجة من بيت الزوجية، وتناولنا في المبحث الثاني إثبات الطلاق اللفظي شرعاً وقانوناً.

1-سورة الطلاق، الآية 1.

المبحث الأول: إيقاع الطلاق اللفظي شرعا وقانونا وإتباعه بالطرد من بيت الزوجية

ينقسم الطلاق إلى عدة تقسيمات نظرا لإعتبارات مختلفة، فمن حيث صيغة اللفظ ودلالته على معناه واحتياجه إلى النية من عدمها ينقسم إلى طلاق صريح وطلاق بالكناية، ومن حيث وصفه الشرعي ينقسم إلى طلاق سني وطلاق بدعي، وبالنظر إلى اشتغال صيغته على التعليق على أمر مستقبل أو إضافته إلى زمن مستقبل من عدمه ينقسم إلى طلاق منجز وطلاق معلق وطلاق مضاف، ومن حيث إنهاء الرابطة الزوجية وإمكان الرجعة بعده بدون عقد من عدمه، ينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائن⁽¹⁾.

المطلب الأول: إيقاع الطلاق اللفظي شرعا و قانونا

الطلاق هو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين⁽²⁾، أو هو إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ "ما" مع نية⁽³⁾، والطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه موجبا تكرارها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج⁽⁴⁾.

أخذا بالحسبان عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته الذي له الحق في إرجاعها دون تجديد العقد والمهر والولي شرط ألا تخرج الزوجة من عدتها، فحتى يقع الطلاق شرعا وقانونا لا بد أن يسبقه زواج شرعي وقانوني لأنه مرتبط بالزواج ويقع بعده.

ويكون الطلاق كما أقر المشرع الجزائري في قانون الأسرة إما طلاقا رجعيا، أو طلاقا بائنا بينونة صغرى أو طلاق بائنا بينونة كبرى، وجعل الله الطلاق بيد الرجل، وأعطاه حق إيقاعه مستقلا دون أن يتوقف على رضا الزوجة، ودون أن يكون أمام القاضي، ذلك أن فك الرابطة الزوجية أمر له خطره وتترتب عليه آثار لها أهميتها في حياة الجماعات والأسر، فلا بد أن يوضع بيد من يقدر هذه العواقب ويفكر في الأمور ويزنها بميزان العقل دون تأثره برغبة عارضة أو غضبة ثائرة.

1- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص ص58، 59.

2- عثمان بن حسين بري، سراج السالك، شرح أسهل المسالك، طبعة وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج2، بدون سنة نشر، ص69.

3- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3 الشرح الكبير على متن خليل، احمد الدردير، محمد عرفة، دار الفكر، بيروت، ط1، 1998، ص547.

4- الخطاب، الجليل لشرح مختصر خليل، كتاب الطلاق، دار الكتب العلمية، عمان، ص268؛ بلقاسم شتوان، ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، مطبعة المنار، سطيف، ط1، 2010، ص ص7، 8.

الفرع الأول: إيقاع الطلاق اللفظي شرعا

وقوع الطلاق شرعا، يقصد به ما يعتد به في العلاقة مع الله تعالى، ولو لم يُثبت قضاء ولم تقم به البينة الظاهرة، فلو أن امرأة مثلا على يقين أن زوجها قد بتّ طلاقها ثلاث مرات، فإنها شرعا لا تحل له حتى تتكح زوجها غيره، فيلزمها مفارقتها وعدم تمكينه من نفسها ولو لم تستطع أن تثبت ذلك أمام القضاء، ولو جدد ذلك وأقام البينة الكاذبة على خلافه.

فالطلاق هو رفع قيد النكاح باللفظ الدال عليه أو ما يقوم مقامه من الكتابة المستبينة المرسومة أو إشارة الأخرس، ويقع طلاق الزوج البالغ العاقل الراضي، فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره ولا طلاق الصغير ولو كان مميزا ولا طلاق السكران، وإذا كان لفظ الطلاق صريحا لم نحتج إلى البحث عن نية الزوج من النطق به⁽¹⁾، لأن اللفظ لا يستعمل إلا في الطلاق كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق أو أنت مطلقة أو طلقتك، كما يجوز إنشاء الإقرار، وإذا كان اللفظ يستعمل في الطلاق وغيره لم يقع الطلاق إلا بنية الرجل للطلاق.

فالطلاق الشفوي أو باللفظ، هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بنفسه صحيحا مستوفيا شروطه الشرعية⁽²⁾، ولكن لا يقوم بتوثيقه وإثباته بالطرق والوسائل المعدة للتوثيق أمام الجهات الرسمية في الدولة، وتترتب عليه آثاره الشرعية من وقت التلفظ به من قبل الزوج، فلا يقبل أي تعديل أو مراجعة عند وقوعه اعتمادا على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، وعند الإنكار من جانب الزوج تستطيع الزوجة إثباته بالوسائل الشرعية والقانونية المنصوص عليها في القانون والشريعة الإسلامية لإثبات الطلاق⁽³⁾.

الفرع الثاني: إيقاع الطلاق اللفظي قانونا

عرفت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري الطلاق بنصها ما على يلي: "الطلاق حل عقد الزواج: ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53

1-جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص120، صص154، 170.

2-أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، منشور بمكتبة السنة، القاهرة، بدون سنة نشر، صص20، 30.

3-حازم أبو الحمد حمدي الشريف، الطلاق الشفوي بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في مصر، مجلة جيل الدراسات المقارنة، مجلة علمية دولية محكمة، ديسمبر 2018، العدد3، لبنان، منشور على الموقع: www.jilrc-magazines.com، ص120.

و54 من هذا القانون"، وإذا كان الطلاق في التعريف الاصطلاحي هو حل الرابطة الزوجية، فإن الحل يجب أن يكون بنفس الطريقة التي تم بها العقد وهي الكتابة يقينا(1).

والطلاق هو إجراء ينهي العلاقة العقدية بالزواج بين الطرفين، ويتحلل كل طرف من الإلتزامات والحقوق التي عليه، والإنفصال التام في الإقامة والمعيشة(2).

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة على صور حل عقد الزواج، ومنها الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، فيختص الزوج بإيقاع الطلاق ولا يحق للقاضي أن يطلق امرأة وهي في عصمة رجل إلا إذا طلب الزوج ذلك صراحة، إلا أنه ليس للزوج مطلق الحرية في استعمال هذا الحق، بل يخضع هذا لإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي، مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توافرها في المطلق، وصحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك وإرادة واختيار بعيدا عن التعسف أو سوء استعمال حق الطلاق، وذلك استنادا إلى أسباب شرعية وقانونية، ومنه فإن إيقاع الطلاق خارج الدوائر القضائية لا يكون معتادا به قانونا ولا يحتج به في مواجهة الغير، ولا يرتب أثارا قانونية، إلا إذا أتبعه الزوج المطلق بدعوى قضائية تثبت ذلك، وإلا فإن الزوجة تبقى على عصمة الزوج المطلق قانونا، وتكون مطلقة شرعا أي أجنبية عليه، وذلك من خلال المادة 49 من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم".

وهذا ما نجده في الكثير من القضايا في الواقع العملي عندما يتخاذل الزوج المطلق في إثبات الطلاق الذي أوقعه لفظا ولا يتبعه بإجراءات الطلاق، إما لجهله بالقانون وهذا مستبعد، وإما بسوء نية قصد معاقبة الزوجة وتركها لا بالمتزوجة ولا بالمطلقة، أو للتهرب من دفع بعض أثار الطلاق كالنفقة أو التعويض عن الطلاق التعسفي، ويظهر أثر المادة 49 من قانون الأسرة من جهة إثبات الضرر، واستحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي للمطلقة فحسب.

فالطلاق من صلاحيات الزوج وحده ولأن العصمة بيده، فلجوءه إلى القاضي يكون من أجل توثيق هذا الطلاق وإثباته، وهذا الأخير يثبت في حكمه بأن الطلاق قد أوقعه الزوج فعلا، فيكون حكمه كاشفا لواقعة الطلاق وليس منشئا له.

وقد أقر الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/12/17 أنه من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس إلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة

1- عادل حاميدي، الطلاق الشفوي بين أحكام الشرع ومقتضيات الوضع ومنطق الطبع، دراسة قانونية وفقهية مقاصدية، ص4.

2- بلقاسم شتوان، ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، مطبعة المنار، سطيف، ط1، 2010، صص45، 57.

لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا كان الثابت -في قضية الحال- أن الزوج المطلق ندم وتراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة، فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإن أراد أن يراجع زوجته كان عليه أن يراجع القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: إتباع الطلاق اللفظي بالطرد من بيت الزوجية

يوقع الزوج الطلاق لفظا بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة، ويقوم بإخراج أو طرد زوجته من مسكن الزوجية، وفي غالب الأحيان إن لم نقل جلها يطردها مع أولادها دون أن يلتفت لا إلى حكم الشرع في ذلك، وخاصة قوله تعالى: "لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ"، ولا إلى أحكام قانون الأسرة، الأمر الذي يستدعي تدخل السلطات التشريعية والقضائية لاحتواء الموقف، وتوفير الأمن لها مع اتخاذ الإجراءات الفورية من أجل إرجاعها إلى بيت الزوجية.

الفرع الأول: طرد الزوجة من بيت الزوجية

نصت المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

فالمطلقة رجعيًا لها الحق الكامل في البقاء بمسكن الزوجية وذلك طيلة مدة عدة الطلاق الرجعي، لأنها تعد زوجة حكما مثلها مثل الزوجة التي لم تطلق أصلا، لذا يكون حكمها حكم الزوجة غير المطلقة تماما⁽¹⁾، ولها الحق المطلق شرعا وقانونا في البقاء بمسكن الزوجية طيلة مدة عدة الطلاق الرجعي، إلا أننا نجد تطرد من بيت الزوجية فور النطق بالطلاق ظلما وتعديا، وقبل بداية حساب الطلاق الرجعي، إذ أن إخراجها يعد من قبل التعدي على حد من حدود الله وعلى حقها، أو خروجها فور سماعها لألفاظ الطلاق غيظة وحزنا على هذه الواقعة عليها، وسرعان ما تعود لوعيتها فتجد نفسها فاقدة لحق من حقوقها الشرعية والقانونية، وما يكون عليها إلا إتباع الإجراءات القانونية المناسبة من أجل استرجاع هذا الحق المغتصب مباشرة بعد إيقاع الطلاق والطرد من مسكن الزوجية، وذلك من أجل الرجوع إلى بيت الزوجية بأسرع وقت ممكن.

1- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط2، دار فسيلة، 2009، الجزائر، صص 260، 266.

الفرع الثاني: إجراءات العودة إلى بيت الزوجية

إن الزوجة المطلقة لها الحق شرعا وقانونا في البقاء بمسكن الزوجية طيلة مدة الطلاق الرجعي، وذلك فإن التعدي على هذا الحق وإخراجها وطردها منه يجعل قاضي الأمور المستعجلة مختصا، فيتدخل لحماية هذا الحق نظرا لتولد عنصر الاستعجال نتيجة هذا الاعتداء⁽¹⁾، طبقا لنص المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية⁽²⁾، حتى تتمكن من الرجوع إلى مسكن الزوجية في أقرب وقت ممكن، وحتى لا يمض زمن ووقت كبير من مدة عدة الطلاق الرجعي، ولا بد أن ترفع دعواها الاستعجالية في الحال ومن ساعة إلى ساعة، حتى وإن كان ذلك في أيام العطل أو خارج أوقات العمل المعهودة، وذلك استنادا إلى المادة 184 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على ما يلي: "يجوز تقديم الدعوى المستعجلة في غير الأيام والساعات المحددة لنظر القضايا المستعجلة، إذا اقتضت أحوال الإستعجال القصوى إلى القاضي المكلف بنظر القضايا المستعجلة بمقر الجهة القضائية وقبل قيد الدعوى بسجل كتابة الضبط، ويحدد القاضي فوراً تاريخ الجلسة ويمكنه في حالة الاستعجال أن يأمر الأطراف في الحال والساعة، ويجوز له الحكم في الدعوى حتى في أيام العطل".

فلجوء الزوجة المطلقة إلى القضاء الاستعجالي، لدفع التعدي الحاصل على حقها في البقاء بمسكن الزوجية طيلة مدة عدة الطلاق الرجعي، سيمكنها لا محال من الرجوع بسرعة إلى هذا المسكن الذي طردت منه ظلما وتعديا، ولا يعد ذلك مساسا بأصل الحق، أو خرقا لأحكام المادة 186 من قانون الإجراءات المدنية، فالتعدي على الحق يولد عنصر الاستعجال، ومنه يصدر القاضي أمرا استعجاليا في القضية، ويكون معجل النفاذ بقوة القانون وغير قابل للمعارضة ولا للاعتراض، استنادا إلى المادة 188 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على ما يلي: "تكون الأوامر الصادرة في المواد المستعجلة معجلة النفاذ بكفالة أو بدونها، وهي غير قابلة للمعارضة ولا الاعتراض على النفاذ المعجل".

ويجب على قاضي الأمور المستعجلة في مثل هذه القضايا وقبل قيد هذا الأمر، أن يأمر بتنفيذ هذا الأخير بموجب المسودة الأصلية له، طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 188 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن: "وفي حالات الضرورة القصوى يجوز للرئيس حتى قبل قيد الأمر أن يأمر بالتنفيذ بموجب المسودة الأصلية للأمر"، كما نصت المادة 57 مكرر من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز

1- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، نفس المرجع، ص 262.

2- المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية: "في جميع أحوال الاستعجال أو عندما يقتضي البت في تدبير للحراسة القضائية أو أي تدبير تحفظي لا تسري عليه نصوص خاصة، فإن الطلب يرفع بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى....".

للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن⁽¹⁾.

وعلى الزوجة المطلقة رجعياً والتي طردت من مسكن الزوجية، اللجوء إلى المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، من أجل استصدار أمر على ذيل عريضة يقضي بإلزام المطلوب ضده (الزوج المطلق) بعدم التعرض للطالبة (الزوجة المطلقة) عند دخولها أو عودتها إلى مسكن الزوجية، مع منعه من طردها من هذا المسكن طوال فترة عدة طلاقها الرجعي، وذلك بتقديم طلب أو ما يعرف بالعريضة الافتتاحية إلى القاضي، والذي يقوم بدوره بالتأشير على الأمر في أسفل هذه العريضة، من غير حضور المطلوب ضده أو توجيه تكليف بالحضور له أو حتى علمه بهذا الأمر، فالهدف المتوخى من الأوامر على العرائض هو مباغته ومفاجئة المطلوب ضده، لذا فهو إجراء يتسم بالسرعة الفائقة، إذ لا يتعدى بضع دقائق لأجل استصداره، لذا يجب اللجوء إلى هذا الإجراء من أجل ضمان حق المطلقة بمسكن الزوجية طيلة عدة الطلاق الرجعي⁽²⁾.

المبحث الثاني: إثبات الطلاق اللفظي شرعاً وقانوناً

غالباً ما تكون أسباب الشقاق بين الزوجين خفية يصعب إثباتها، وعند تلفظ الزوج بالطلاق يجب أن يكون ناوياً وعازماً عليه وقاصداً لإيقاعه⁽³⁾، وذهب الإجتهد المصري إلى أن إقرار الزوج بطلاق زوجته مسنداً إلى تاريخ سابق لا يعد إنشاء لطلاق جديد، وحجتهم في ذلك هو حتى لا يحل له التزوج بأختها أو بأربع سواها زجراً له حيث كتم طلاقها وهو المختار، كما ورد في اجتهاد آخر أن يعامل المطلق في حق نفسه وحق الشرع بإقراره بالطلاق، وبانقضاء العدة في زمن يحتمل فيه ذلك فليس له حق مراجعة مطلقته⁽⁴⁾.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة إلى الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لكل ما لم يرد نص بشأنه في قانون الأسرة، كما نص أيضاً أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، فهو ينفي أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجالس القضاء، بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراء

1- الأمر على ذيل عريضة نظمه المشرع بموجب أحكام المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية.

2- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 260، 266.

3- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 151، ص 177.

4- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1992، ص 991، 996.

الصلح، وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إتهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح، وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك، ومن ثمة يعد المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق وليس لإثباته(1).

المطلب الأول: إثبات الطلاق اللفظي شرعا

إن إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا تكتسي غموضاً، ذلك أنه يثبت بكافة طرق الإثبات من إقرار وبينة ويمين(2)، فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو، يرى مذهب المالكية أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، وإن أتت بشاهد واحد، حلف الزوج وبرئ، وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف، وإن لم تأت بشاهد واحد فلا شيء على الزوج، وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها، وإن حلف بالطلاق وادعت بأنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه، وذكر الحنابلة أنه إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق، إلا أن يكون لها بما ادعته بينة، ولا يقبل فيه إلا عدلان، لأن الطلاق ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال في أغلب الأحوال كالحدود والقصاص، فإن لم تكن هناك بينة يستحلف الرجل(3)، لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "اليمين على من أنكر"(4).

الفرع الأول: إثبات الطلاق اللفظي بالإقرار والبينة واليمين

-الإقرار: يعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر حسب المادة 1/342 من القانون المدني، والمشرع الجزائري يأخذ فقط بصورة الإقرار القضائي دون أن يتطرق للإقرار غير القضائي، وعليه فإن الإقرار القضائي متى صدر مستوفياً لشروطه أصبح حجة قاطعة على صاحبه، ويجب 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(5).

1-زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2000، 2001.

2-محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 1996، ص183.

3-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، طبعة خاصة بالجزائر، 1992، ص460.

4- عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»؛ حديث حسن، (رواه البيهقي وغيره هكذا، وبعضه في الصحيحين).

5-مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1994، ص227.

-**البينة:** هي حجة متعددة، فالثابت بها ثابت على الكافة، ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار، ونصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا تجوز الشهادة بالتسامع في الطلاق لأن الشهادة بالتسامع إنما أجازت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج وتعطيل الأحكام، وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل.

-**اليمين:** يعتبر طريق غير عادي للإثبات، يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم الدليل فيحكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه، أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص، وقد نص المشرع الجزائري على اليمين في المادة 343 وما يليها من القانون المدني، فإذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكره الآخر ولم يقدم مدعي الطلاق بيينة 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(1).

الفرع الثاني:الإشهاد على الطلاق

يستحب أن يُشهد الرجلُ على طلاقه لما فيه من حفظ الحقوق، ومنع التجاحد بين الزوجين، قال تعالى: "فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا"(2).

يتعين وجوب الإشهاد على الطلاق وتوثيقه حسماً للخلاف والنزاع، وما نسمع به ونراه مما تعج به المحاكم من قضايا شؤون الأسرة ناتج عن عدم توثيق الطلاق والإشهاد عليه، وينبغي التنبيه على أن هذا الإشهاد ليس شرطاً في صحة الطلاق وإنما كيبنة يعتمد عليها في الإثبات.

وحسب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فإن الطلاق يقع بدون إشهاد لأنه من حق الرجل، وقد جعله الله بيده ولم يجعل الله لغيره حقا فيه، لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَّوَهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"(3)، وقال ابن القيم جعل الطلاق لمن نكح لأن له الإمساك والرجعة، ولكي يباشر الزوج حقه فلا يحتاج إلى بيينة ولم يرد على النبي صلى الله عليه وسلم ولا على الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد(4).

1-محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص194.

2-سورة الطلاق، الآية02.

3-سورة الأحزاب، الآية49.

4-عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، مطبعة المكتبة العلمية، 1951، بيروت، ص190.

وقد اتجه جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد على الطلاق ليس شرطاً لوقوعه فهو مندوباً لا واجباً، وطبقاً لهذا الرأي فإن الحق في الطلاق هو من التصرفات الحرة، وكيفية ترتيب أثره القانوني أن يتم التعبير عن الإرادة بأية وسيلة كانت.

المطلب الثاني: إثبات الطلاق قانوناً

انطلاقاً من الواقع العملي للمحاكم في مجال قانون الأسرة، كل طلاق بادر به الزوج إلى المحكمة يعتبر طلاقاً تعسفياً سواء كان لسبب معقول ومبرر أو لا، سواء طالبت الزوجة بالرجوع أم سكتت على ذلك، ويحكم للزوجة بتعويض جزافي يقدره القاضي كطلاق تعسفي⁽¹⁾، وهذا ما جعل الزوج المطلق لا يبادر برفع عريضة الطلاق بالإرادة المنفردة خوفاً من الحكم عليه بالتعويض، حتى وإن كان قد تلفظ بالطلاق عدة مرات، ما يجعل الزوجة تدور في دوامة بين الشرع والواقع والقانون، فقد تصبح أجنبية عليه وهي لتزال على عصمته قانوناً بسبب هذا التصرف، فتبقى معلقة لا هي بالمتزوجة ولا هي بالمطلقة، خاصة في حالة إنكاره لهذا الطلاق فيكون أمامها إما:

- رفع دعوى رجوع: والقصد من هذه الدعوى ليس الرجوع إلى بيت الزوجية، وإنما من أجل استصدار إقرار منه بطلاقه لها أمام القاضي والحصول على إشهاد بذلك، فتكون في حالتين؛ إما يراجعها فتكون أمام خطأ شرعي بحكمها أجنبية عنه ولا تزال في عصمته قانوناً، وإما رفض إرجاعها ويقر بطلاقه لها، ما يغنيها عن البحث عن شهود من أجل رفع دعوى إثبات طلاق عرفي.

- رفع دعوى إثبات طلاق عرفي بصفة مستقلة بأثر رجعي إلى تاريخ النطق بالطلاق، وإذا سلمنا بقبول دعوى الطلاق العرفي من طرف القاضي، والتي فرضت نفسها بشدة في الواقع العملي في المحاكم، وكذا إقرار الزوج المطلق بذلك وعدم تحاييله.

الفرع الأول: رفع دعوى إثبات طلاق عرفي

لا يعتد بالطلاق من وجهة المشرع الجزائري، إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي بذلك، أي يثبت ذلك وفقاً للمادة 49 من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

فالطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة 48 من قانون الأسرة، يجب أن يؤكد عليه صراحة في عريضة افتتاحية أمام قاضي شؤون الأسرة، وبعد جلسات الصلح الوجدانية بين

1- تنص المادة 52 من قانون الأسرة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

الزوجين، من أجل ترتيب جميع آثاره ابتداء من تاريخ النطق بالحكم، حتى ولو استغرقت القضية سنة كاملة بالمحكمة إذا لم يتلفظ الزوج بألفاظ الطلاق، إنما باشر إجراءات الطلاق دون أن التلفظ به، أما إذا سبق مباشرة الإجراءات أمام المحكمة التلفظ بألفاظ الطلاقين الثلاثة أشهر لإجراءات الطلاق يجب سريانها من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق شرعا، إذا تبين أو أقر أحد الطرفين بنطق أو تلفظ الزوج بالطلاق شفاهة قبل عرض النزاع على المحكمة، فإن لم ينطق به حتى تاريخ الحكم فإن العدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم لأنه يمثل التاريخ الفعلي للنطق بالطلاق.

أما في الحالة التي لم يبادر فيها الزوج المطلق برفع دعوى الطلاق، ما يكون على الزوجة المطلقة إلا رفع دعوى أمام قسم شؤون الأسرة، تطالب من خلالها إثبات هذا الطلاق الواقع لفظا، ورغم أن قانون الأسرة لم ينص أصلا على مسألة إثبات الطلاق العرفي، إلا أن القضاء الجزائري اتجه نحو إثباته في جميع الأحوال بالبينة، وذلك بإجراء تحقيق في الموضوع بسماع الشهود، ويتم ذلك حتى في حالة إقرار الزوج وتصديقه من طرف الزوجة، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر الإقرار هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق، ومع ذلك يتم سماع الشهود لتأكيد الواقعة أكثر، ولا نجد في القضاء الجزائري ما يفيد إثبات الطلاق العرفي باليمين، إلا أنه من الناحية العملية لا يوجد ما يمنع ذلك.

وجاء في قرار المحكمة العليا أنه: "...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، وما يكون لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية"⁽¹⁾.

كما جاء في قرار آخر أنه يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة شهود لم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحته ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض والنقص في محتواها⁽²⁾، وجاء أيضا في قرار آخر للمحكمة العليا ما يلي؛ "...ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة المسلمين وإن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام

1-قرار المحكمة العليا، رقم 35026، بتاريخ 1989/12/03، المجلة القضائية، ع4، ص86.

2-قرار المحكمة العليا، رقم 38105، المجلة القضائية، 1989، ع1، ص98.

جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إشكالات الطلاق العرفي

يثير الطلاق العرفي عدة إشكالات في التطبيقات القضائية لقانون الأسرة، إذ بالرغم من عدم وجود أي نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي، إلا أن الواقع العملي يثبت عكس ذلك، فالمحاكم تعمل على إثبات الطلاق بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها، وذلك بسماع الأطراف والشهود .

فإذا كان الزواج عرفيا، فإنه يجب أولا رفع دعوى تسجيل زواج عرفي وإلحاق نسب الأبناء بالدهم حسب نص المادة 22 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون"، والمادة 9 من قانون الأسرة التي حددت أركان الزواج، فيتضح من خلال هاتين المادتين أن المشرع الجزائري قد اعترف بوجود عقد زواج عرفي، ويرتب آثاره كاملة من إثبات النسب ووجوب النفقة والحضانة...، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، إلا أنه قد يحدث أن يقدم الزوج على طلاق زوجته لفظيا ويكون زواجهما رسميا، دون أن يبادر بتسجيل أو توثيق هذا الطلاق، وهنا تطرح الإشكالات الآتية:

أولاً-في حالة إعادة أحد الزوجين الزواج: هذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط الواردة وفقا للشريعة الإسلامية، أما من الناحية القانونية فإنه يطرح إشكالا كبيرا، فبعدم إمكانية إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب الإستبراء، ومن ثمة كان يستحسن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا، وتتعدد المسألة أكثر بوجود أبناء منه.

ثانيا-حالة إعادة الزوجة الزواج: هذه الحالة تطرح إشكالات على الصعيدين القضائي والشرعي:

أ-حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي: يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة للطلاق العرفي، ذلك أن المفروض أن الطلاق العرفي لا يمكن أن يكون في زواج رسمي، إذ لا يقع الطلاق إلا بحكم، وهو ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة، أما الزواج العرفي فيصح فيه الطلاق العرفي شرعا لا

1-قرار المحكمة العليا، رقم 216850، بتاريخ 1999/02/16، العدد الخاص، مجلة المحكمة العليا المتضمنة الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، 2001، ص100.

قانوننا⁽¹⁾، والمفروض أن هذه المسألة لا تطرح أي إشكال طالما أنه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق، إنما يكمن الإشكال في حالة وجود الأولاد، إذ ينبغي إلحاق نسبهم بالزوج الأول (والدهم)، مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسب الأولاد مع الإشارة إلى أن الزوجة تكون على ذمة زوج آخر، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي، وفي هذه الحالة حتى وإن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به.

ب- حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل: عندما تعيد المطلقة عرفيا الزواج، يكون عقد الزواج الأول لا يزال مسجلا وغير مؤشر عليه في الهامش بالطلاق، وبالتالي يمكن متابعة الزوجة بجريمة الزنا حسب القانون الجزائري في هذه الحالة، وذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، ومن ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع قانونا بعد، وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى بزنا الزوجة أمام النيابة أو وكيل الجمهورية.

وهنا يبرز الإشكال إذ نجد أن الزوجة مطلقة شرعا، وقد انتهت عدتها الشرعية لوقوع الطلاق عرفيا أو لفظا دون توثيقه وصحة زواجها الثاني، وهو الأمر الذي لا يمكن إثباته أمام قاضي الجرح في قضية الزنا المتابعة بها هذه الزوجة بإعادة زواجها، وبالتالي يتوجب عليها في هذه الحالة إثبات طلاقها الواقع شفاهة أو لفظا (عرفيا) بأثر رجعي مع صعوبة ذلك، من أجل إثبات براءتها لزواجها الثاني، لأنه بثبوت وقوع الطلاق تخرج من دائرة التجريم، هذا من الناحية العملية الواقعية، إلا أنه من الناحية القانونية فإن القاضي الجزائري بإدانته لهذه الزوجة يكون مطبقا للقانون لعدم تسجيل الطلاق، أو بالأحرى عدم إثباته بحكم قضائي، إذ ورد في أحد قرارات المحكمة العليا، أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها، وجاء في قرار للمحكمة العليا أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد الزواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا، وورد في قرار آخر أنه إذا دفعت المتهمه بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها وبين الشاكي قد انحلت واستشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما، فادعى الزوج أن هذا الحكم محل استئناف تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى والقضاء بإدانة المتهمه بالزنا، أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصبح نهائيا بعد وإلا كان قراره مخالفا للقانون ويستوجب نقضه.

1- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية، الطبعة الثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، الجزائر، ص 132.

المطلب الثالث: دور النيابة في إثبات الطلاق

أصبح للنيابة العامة دورا مهما وفعالاً في قضايا شؤون الأسرة، بموجب المادة 3 مكرر من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

وفي ظل وجود النصوص القانونية الحالية والتطبيقات الميدانية السيئة لها، فيما يخص إصدار أحكام قضائية تتعلق بشطب دعاوى الطلاق الرجعي، فإنه أضحى من الضروري على النيابة العامة، بل ومن واجبها أن تتدخل وتعارض في أول جلسة على شطب دعوى إثبات الطلاق لأن ذلك يمس بأحكام النظام العام.

ويجب على النيابة العامة إذا رأت أن قاضي شؤون الأسرة مصمم على شطب دعوى إثبات الطلاق التي رفعها الزوج، أن تطلب من القاضي إثبات هذا الطلاق الذي أوقعه الزوج ليحتسب من عدد الطلاقات التي يملكها هذا الأخير، لأن قضايا الطلاق تعد من النظام العام، لذا يجب على القاضي تثبيت هذا الطلاق بطلب من النيابة العامة، وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على النيابة العامة أن تسعى وتحرص على تسجيل هذا الطلاق في الحالة المدنية، وذلك تطبيقاً لنص المادة 3/49 من قانون الأسرة، أما بالنسبة للإجراءات المتعلقة بترك الخصومة، فإنه يجب على النيابة العامة أن تعترض على الطلب الذي يقدمه الزوج المدعي لأجل ترك الخصومة، كون أن هذا الإجراء من النظام العام.

وتظهر أهمية هذه الإجراءات الحتمية، خاصة عندما يرفع الزوج الدعوى من جديد، إذ يتبين للقاضي بسهولة نوع الطلاق الذي هو بصدد النظر فيه، فيما إذا كان طلاق بائن بينونة صغرى أم طلاق بائن بينونة كبرى، وعدد الطلاقات التي تمت، ومنه نوع العدة المترتبة عن هذا الطلاق، نظراً لأهمية الآثار التي تتجر عنها.

كما يتعين على النيابة العامة أن تتدخل في كل القضايا المتعلقة بإثبات الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادتين 48 و49 من قانون الأسرة، لتعارض على دفع المدعى عليها المتعلق بعدم الاختصاص المحلي، لأن الحكم بعدم الاختصاص المحلي سيؤدي إلى نتائج وخيمة (ما يتعلق منه بوفاة الزوج قبل الحكم بالطلاق، وما يتعلق بالميراث وعدة الطلاق الرجعي)، وأن ذلك يمس بأحكام النظام العام لذا واجب على النيابة العامة أن تتدخل وتعارض على هذا الدفع، بل أكثر من ذلك تطلب من قاضي شؤون الأسرة أن يقوم بإثبات الطلاق الذي أوقعه الزوج وذلك بموجب الحكم القضائي المنتظر، ليسجل في الحالة المدنية بسعي منها حتى يحتسب من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج.

إن عدم تدخل النيابة سينجر عنه حتما عدم السهر والحرص على إثبات هذا الطلاق بموجب حكم قضائي، وبذلك يتم خرق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة، لأن الطلاق إذا وقع الزوج بإرادته المنفردة، خرج الأمر من يده وأصبح يتعلق ويخص كل المجتمع، ومنه يجب إثباته بموجب حكم قضائي، ولذا من الواجب على النيابة العامة أن تطلب من تلقاء نفسها تثبيت هذا الطلاق بموجب الحكم الذي سيصدر بشأن هذه القضية، وأن تسعى كذلك في تسجيله في الحالة المدنية وأن تحرص على ذلك باعتبار أن الأمر يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾.

خاتمة:

لم يرد في الفقه الإسلامي ولا في النصوص الشرعية ما يجعل الطلاق موقوفاً على توثيقه في الأوراق والسجلات الرسمية، أو حتى كتابته عرفياً، مع الأخذ بعين الاعتبار أن توثيق الطلاق ذو فائدة كبيرة، فهو يحفظ الحقوق ويمنع النزاع فيما يتعلق بحقوق الزوجين، وإثبات وقوع الطلاق بينهما.

كما إنه في الواقع لا إشكال لدى عامة الفقهاء فيما يتعلق بإيقاع الطلاق الشفوي، بل الأصل في الطلاق عندهم أن يكون شفهيًا، لأنه قرار يتخذه الزوج في سياق حياته العادية، فالغالب أن يكون شفويًا، كما قد يكون كتابة عبر مختلف وسائل وطرق الكتابة.

ووقوع الطلاق الشفوي المستوفي أركانه وشروطه، والصادر من الزوج عن أهلية وإرادة واعية وبالألفاظ الشرعية الدالة على الطلاق، هو ما استقر عليه المسلمون منذ عهد النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دون اشتراط إظهار أو توثيق.

وعلى المطلِّق أن يبادر بتوثيق هذا الطلاق فور وقوعه، حفاظاً على حقوق المطلِّقة وأبنائها، وعلى المشرع أن يتخذ ما يلزم من إجراءات لسن تشريع يكفل توقيع عقوبة رادعة على كل من امتنع عن التوثيق أو ماطل فيه، لأن في ذلك إضراراً بالمرأة وبحقوقها الشرعية.

إن تسجيل الطلاق لإنهاء العلاقة الزوجية أمر إجرائي إداري رسمي في الدولة، وعدم تسجيله أو توثيقه أو كتابته لا يمنع من وقوعه، والإشهاد عليه في بعض المذاهب مستحب لتسهيل تقريب الواقعة خاصة أنها قد تقع دائماً بين الزوجين وحدهما ولا يمكن إثبات ذلك أمام إنكار الزوج.

كما يجب أن تكون المرأة على وعي بأن طلاقها يكون بمجرد نطق زوجها بذلك، وأن عدتها تبدأ من ذلك اليوم مهما كان التاريخ الذي يصدر فيه حكم إثبات الطلاق من العدالة، حتى لا تسمح لمطلقها

1- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 269، 274.

أن يعتدي على حقوقها، وتقييد إيقاع الطلاق الشفويّ بتوثيقه لدى محكمة مختصة حسب المشرع الجزائري هو إجحاف في حق المطلقة خاصة أمام إنكار الزوج لتهربه من تطبيق القانون، وإنما كان يجب على المشرع قبول إثباته بكل الطرق.

-إن توثيق الطلاق بحكم في القانون الأسرة الجزائري هو شرط لإثبات الطلاق، ولا يمنع من وقوع الطلاق الشفوي، والاعتداد به شرعا وقانونا، ويقع على المدعي عبء الإثبات بالوسائل الشرعية والقانونية في ذلك.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: قائمة المصادر

- النصوص القانونية:

-القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

ثانياً: قائمة المراجع

أ- الكتب

- 1-أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، منشور بمكتبة السنة، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 2-أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1992.
- 3-أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية، الطبعة الثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2001.
- 4-الحطاب، الجليل لشرح مختصر خليل، كتاب الطلاق، دار الكتب العلمية، عمان.
- 5-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3الشرح الكبير على متن خليل، احمد الدردير، محمد عرفة، دار الفكر، بيروت، ط1، 1998.
- 6-بلقاسم شتوان، ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، ط1، مطبعة المنار، سطيف، 2010.
- 7-جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 8-زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، رسالة ماجستير، الجزائر، 2000، 2001.
- 9-عثمان بن حسين بري، سراج السالك، شرح أسهل المسالك، طبعة وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج2، بدون سنة نشر.
- 10- عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، مطبعة المكتبة العلمية، بيروت، 1951.
- 11- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط2، دار فسيحة، الجزائر، 2009.

- 12- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي، الجزائر، 2012.
- 13- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 1996.
- 14- مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1994.
- 15- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، طبعة خاصة بالجزائر، 1992.

ج- الاجتهاد والقرارات القضائية

- 1- قرار المحكمة العليا، رقم 35026، بتاريخ 1989/12/03، المجلة القضائية، ع4.
- 2- قرار المحكمة العليا، رقم 38105، المجلة القضائية، 1989، ع1.
- 3- قرار المحكمة العليا، رقم 216850، بتاريخ 1999/02/16، العدد الخاص، مجلة المحكمة العليا المتضمنة الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، 2001.

د- المقالات:

- 1- حازم أبو الحمد حمدي الشريف، الطلاق الشفوي بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في مصر، مجلة جيل الدراسات المقارنة، مجلة علمية دولية محكمة، ديسمبر 2018، العدد 8، لبنان، ص 105، 123؛ منشور على الموقع: www.jilrc-magazines.com، آخر زيارة 2019/09/19، الساعة 23:30.
- 2- عادل حاميدي، الطلاق الشفوي بين أحكام الشرع ومقتضيات الوضع ومنطق الطبع، دراسة قانونية وفقهية مقاصدية، ص 1، 12. تاريخ آخر زيارة 2019/09/19، الساعة 23.