إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري بين النصوص القانونية والاجتهادات القضائية

بوجمعة حمد

قسم العلوم الإسلامية جامعة محمد بوضياف المسيلة

الجزائر.

boudjemaahammad@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 15 / 01/ 2019 تاريخ القبـول: 15 /03/ 2019

ملخّص

عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع الطلاق في الباب الثاني منه ، والذي عنونه بانحلال الزواج ، وجاء هذا الباب محتويا على ثلاثة عشر مادة بدأ بالمادة 47 ، والتي نصت على طرق انحلال الرابطة الزوجية بقولها : " **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة** ".

فالطلاق يعتبر من أهم الطرق والوسائل التي تحل بها الرابطة الزوجية بغض النظر عن مُصدره سواء أكان هو الزوج نفسه وهو الأصل ، أو كان بالتراضي بين الزوجين ، أو عن طريق الخلع ، أو كان تطليقا عن طريق القضاء ، أو عن طريق الفسخ أو اللعان ....ونحن في موضوعنا هذا يهمنا طلاق الزوج بإرادته المنفردة والواقع بالأخص خارج ساحة القضاء ، أما الخلع أو التطليق أو اللعان أو الفسخ وغير ذلك لا يكون إلا من خلال القضاء ، وحتى طلاق الزوج بإرادته المنفردة أمام القاضي فهو خارج موضوع البحث ، ذلك أن كثيرا ما يقع – بل في الأغلب الأعم – أن الزوج إذا أراد تطليق زوجته بإرادته المنفردة فإنه يوقع لفظ الطلاق خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إليه

الكلمات المفتاحية: العرف، قانون الأسرة، الطلاق، الفقه، القضاء.

مقدمة

عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع الطلاق في الباب الثاني منه ، والذي عنونه بانحلال الزواج ، وجاء هذا الباب محتويا على ثلاثة عشر مادة بدأ بالمادة 47 ، والتي نصت على طرق انحلال الرابطة الزوجية بقولها : " **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة** ".

فالطلاق يعتبر من أهم الطرق والوسائل التي تحل بها الرابطة الزوجية بغض النظر عن مُصدره سواء أكان هو الزوج نفسه وهو الأصل ، أو كان بالتراضي بين الزوجين ، أو عن طريق الخلع ، أو كان تطليقا عن طريق القضاء ، أو عن طريق الفسخ أو اللعان ....ونحن في موضوعنا هذا يهمنا طلاق الزوج بإرادته المنفردة والواقع بالأخص خارج ساحة القضاء ، أما الخلع أو التطليق أو اللعان أو الفسخ وغير ذلك لا يكون إلا من خلال القضاء ، وحتى طلاق الزوج بإرادته المنفردة أمام القاضي فهو خارج موضوع البحث ، ذلك أن كثيرا ما يقع – بل في الأغلب الأعم – أن الزوج إذا أراد تطليق زوجته بإرادته المنفردة فإنه يوقع لفظ الطلاق خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إليه ، وهنا تبرز الإشكالية المراد تحريرها فحتى يكون الطلاق واقعا بطريقة قانونية يفترض أن ترفع الدعوى القضائية بذلك ويقوم القاضي بعقد عدة جلسات صلح ثم يُنطق بالحكم المتضمن الطلاق وهو ما نصت عليه المادة 1/49 ، ولما كانت هذه هي الطريقة القانونية سمي ما لم يأت على نسقها بالطريقة العرفية ، وهو ما يعرف بالطلاق العرفي ، أو ما يعرف بمسألة إثبات الطلاق بأثر رجعي.

ورغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي – أي إثبات الطلاق العرفي – إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي، ونجد أن كلا من محكمة البويرة و كذا محكمة الجلفة تعملان على إثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها ، بسماع الأطراف و كذا الشهود، و قد صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس تصب في هذا الغرض و أهمها القرار رقم 99/19 الصادر بتاريخ 1999/01/30 [1] ، إضافة إلى الكثير من الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في نفس السياق ، وهو ما سنشير إليه لا حقا ، وعليه فالمبدأ العام – على اختلاف في تفسير النص القانوني – أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم وهو ما سنركز عليه مع بيان التطبيقات القضائية لهذا النص وتأويله حتى ينسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية وباقي النصوص القانونية وعليه سنتطرق في دراستنا لهذا الموضوع للنقاط الآتية :

1/ تعريف الطلاق العرفي

2/ مدى اعتبار المشرع لإثبات الطلاق بحكم قضائي : فهم للمادة 49 على ضوء باقي مواد قانون الأسرة وقواعد الشريعة الإسلامية .

3/ فهم للمادة من خلال التطبيقات القضائية والتي اعتدت بالطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء .

1/ تعريف الطلاق العرفي :

قبل التطرق إلى المعنى اللقبي لهذا المصطلح الحادث لا بد من تعريف الطلاق أولا من الناحية اللغوية والشرعية ، ثم نحول إعطاء تعريف لمسمى الطلاق العرفي .

- **الطلاق لغة :**

الطلاق في اللغة إزالة القيد والتخلية والطالق من الإبل: التي طلقت في المرعى، وقيل: هي التي لا قيد عليها، وكذلك الخلية. وأسير مطلق، أي حل قيده وخلي عنه ، وطلاق النساء لمعنيين: أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال.[2]

- **الطلاق شرعا :**

تنوعت تعريفات الطلاق في الفقه الإسلامي ومن بين تلكم التعاريف نجد مثلا :

- الطلاق عند الحنفية هو : " **رفع قيد النكاح الصحيح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص**"[3]
- وعند المالكية : " **رفع حلية تمتع الزوج بزوجته.**"[4] أو هو " **صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته**"[5]
- وعند الشافعية : " **حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه** "[6]
- وهو عند الحنابلة : " **حل قيد النكاح**"[7]

وجميع هذه التعاريف تؤدي معنى واحد ، مؤداه أن الطلاق يرفع حلية الاستمتاع والاستمرار في العلاقة الزوجية ، غير أن أفضل تعريف في نظري للطلاق من حيث كونه جاء جامعا مانعا مفصلا لأفراد المعرّف بطريقة سهلة بسيطة هو تعريف الحنفية " **رفع قيد النكاح الصحيح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص**".

ورفع قيد النكاح قد يكون في الحال أو المآل كما ذكر الحنفية ، ففي الحال إذا كان الطلاق بائنا ، فلو أراد الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته فلا بد من أن يعقد عليها عقدا جديدا ، ويجعل لها مهرا جديدا ، ولا بد من رضاها بذلك ، لأن قيد النكاح قد ارتفع بمجرد الطلاق البائن ، وهذا إذا كان الطلاق بائنا ببينونة صغرى لا كبرى .

ويرتفع قيد النكاح بالطلاق في المآل إذا كان الطلاق رجعيا ، فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا فلا يرتفع النكاح في الحال بل ينتظر إلى حين انقضاء العدة ، ولذا يجوز للزوج أن يراجع زوجته ما دامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض ، فإن انقضت عدتها التحق بالبائن في الحكم .

واللفظ المخصوص الذي يقع به الطلاق يكون صريحا كما قد يكون كناية[8] .

- **تعريف العرف**

تعريف العرف لغة : عرفه يعرفه معرفة وعرفانا بالكسر. و العرف الريح طيبة كانت أو منتنة. و المعروف ضد المنكر و العرف ضد النكر يقال: أولاه عرفا أي معروفا. والعرف أيضا الاسم من الاعتراف. وقيل: أرسلت بالعرف أي بالمعروف[9].

تعريف العرف اصطلاحا : " العرف: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"[10].

- **تعريف الطلاق العرفي** :

بعد تعريفنا للطلاق والعرف يمكن أن نستخلص تعريفا لهذا المصلح اللقبي الحادث ، على اعتبار أنه وإن كان الطلاق يقع بإرادة الزوج من دون تدخل القاضي كأصل عام إلا أن الدول اليوم أصبحت تصدر تشريعات وقوانين وتلزم الناس باتباعها ، فمخالفها وإن كان قد اتبع طريقة صحيحة بحسب الأصل في إيقاع الطلاق غير أنه لم يتقيد بالتشريعات والقوانين فإنه يطلق على تصرفه بأنه تصرف عرفي مثل الطلاق العرفي ، والبيع العرفي ...وعليه يمكن أن أعرف الطلاق العرفي بأنه: " **هو ذلك الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إليه** ".

2/ مدى اعتبار المشرع لإثبات الطلاق بحكم قضائي : فهم للمادة 49 على ضوء باقي مواد قانون الأسرة وقواعد الشريعة الإسلامية .

تنحصر إشكالية هذا الموضوع في ما إذا كان طلاق الزوج بإرادته المنفردة كافيا لوقوع الطلاق وسريانه ، أم أنه لا بد من التصريح بذلك أمام القاضي ؟ وبمعنى آخر هل حكم القاضي بالطلاق حكم كاشف أم أنه حكم منشئ للطلاق ؟

وهذه الإشكالية سببها الاختلاف في فهم نص المادة 1/49 التي تنص على أنه " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى** " .

في الحقيقة لقد أسالت هذه القضية الكثير من الحبر ، و اختلفت في تفسيرها وتأويلها الكثير من الآراء ، فمن قائل أن المشرع الجزائري لا يعتبر الطلاق ولا يعترف به إلا إذا كان قد وقع في ساحته وصرح به الزوج أمام القاضي ، وصدر بخصوصه حكم قضائي يقضي به ، أي أن حكم القاضي منشئ للطلاق ، وعلى هذا التفسير الكثير من الفقهاء الذين تصدوا لشرح هذه المسألة ، ومن بينهم بلحاج العربي الذي يرى أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة [11] ، وكذلك الأستاذ فضيل سعد [12]، وكذلك الأستاذ عمر زودة الذي يرى أن الطلاق لا يقع إلا أمام الجهة الرسمية ، وأن الطلاق لا يقع إلا بصدور حكم قضائي[13] وغيرهم كثير من الباحثين ...

على أن هناك فريقا آخر من الفقهاء والباحثين على قلتهم قالوا بأن الطلاق حق للزوج كما نصت على ذلك المادة **48** ق أ ج ، فلا يجوز للقاضي أن يصدر الطلاق نيابة عن الزوج ، ولكن دور القاضي ينحصر في الكشف عن الطلاق

الواقع من طرف الزوج وإثباته من خلال حكم قضائي ، فالقاضي دوره سلبي في هذا الموضوع يتمركز في الكشف لا الإنشاء ، وهذا الرأي الأخير هو الرأي المنسجم مع بقية نصوص القانون ، 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 [14] وكذلك الدكتور لمطاعي نور الدين في أطروحته للدكتوراه[15].

من خلال نص المادة 1/49 " **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 ، غير أن القاضي له يتمهل في الحكم حتى يقوم بإجراء عدة جلسات صلح على أن لا تتجاوز مدتها الثلاث أشهر ، كما لا يجوز للقاضي أبدا الامتناع عن القيام بجلسات الصلح ، فإذا صدر الحكم القضائي القاضي بإثبات الطلاق الواقع من الزوج فإن تاريخ الحكم القضائي بإثبات الطلاق هو المعتبر في حساب العدة وإثبات النسب والإرث وغير ذلك ، وعلى هذا التأويل لنص المادة **1/49** سار الكثير من الشراح كما سبق بيانه ، غير أن تبني هذا الشرح وهذا التفسير لنص المادة **1/49** يؤدي إلى عدة مخالفات شرعية تتعلق باحتساب العدة والرجعة وغيرها كما يؤدي إلى تضارب واضح بين نصوص قانونية أخرى ، وأكثر من ذلك فإن الجمود على التفسير السابق يعارض الكثير من الاجتهاد والتطبيق القضائي الذي أثبت الطلاق العرفي واحتسب الطلاق من تاريخ تصريح الزوج به ، وهو ما سنبينه في ما يلي :

3/ فهم المادة 1/49 على ضوء باقي نصوص ق أ ج والاجتهاد القضائي

فلو أخذنا بحرفية نص المادة **1/49** واعتبرنا أن الطلاق الذي يعترف به المشرع وينتج جميع آثاره هو ذلك الطلاق الذي يصرح به الزوج أمام القاضي لا الطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء وأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم ، فإننا نجد أن الطلاق الرجعي لا يعترف به المشرع ذلك أن نص المادة **50** يقول : "**من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد** " فلو قلنا أن الطلاق لا ينتج أثره ولا يعترف به القانون إلا أذا ثبت بحكم قضائي فإن معنى قوله من راجع زوجته لا يقصد به المعنى الاصطلاحي للمراجعة ، وهي التي تكون بعد طلاق لم تنته عدته ، بل المقصود هو المعنى اللغوي للمراجعة فقط ، ويكون المعنى أن الطلاق لم يتم بعد مع أنه طلقها حقيقة ، ذلك أنه لم يتم الحكم به ، وجلسات الصلح لا زالت قائمة ، فللزوج أن يراجع زوجته إذا صالحها قبل صدور الحكم بالطلاق بلا عقد جديد ، لأن الطلاق لم يتم أصلا فما حاجتنا إلى عقد جديد ، ويفهم

منه أن المشرع الجزائري لا يفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ، وهو الطلاق الذي نصت عليه المادة **51** ق أ ج .

كذلك لو أخذنا بحرفية نص المادة **1/49** نجد أن ابتداء احتساب العدة لا يكون إلا من اليوم الذي يثبت فيه الحكم بالطلاق ، ومن المعلوم أن الرجل قد يكون طلق زوجته قبل التصريح بالطلاق أمام القاضي ، فلو بدأنا بحساب العدة من تاريخ صدور الحكم نكون قد وقعنا في عدة مخالفات شرعية تتعلق بالنسب والإرث وغير ذلك ، هذا إذا اعتبرنا أن الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء لا يعترف به المشرع .

فلو فرضنا أن الزوج قد طلق زوجته وبعد ثلاثة أشهر – اي بعد انقضاء عدتها – رفع دعوى اثبات الطلاق ، فالقاضي يفرض عليه القانون أن يجري عدة جلسات صلح في حين أن الزوجة قد بانت من زوجها ، فلو أخذنا بحرفية النص فإن الزوج له أن يراجع زوجته وهي بائن منه ، وذلك لو وقع لكان زنى بلا ريب ، بل يجب أن يكون بعقد جديد ، والقانون لا يشترط ذلك ما دام لم يصدر حكم بإثبات الطلاق .

كذلك لو كانت المرأة حاملا وطلقها ولم يصطلح معها وصدر الحكم القضائي بالطلاق ، فالقانون يفرض على الزوج إذا أراد مراجعتها أن يتم ذلك بعقد جديد ، وكأن حكم القاضي بإثبات الطلاق منع من المراجعة وجعل الطلاق بائنا ، وهذا مخالف للشريعة الإسلامية قطعا ،فالله تعالى يقول : " **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن**"[16]، فإذا كانت الزوجة حاملا فإن عدتها تنتهي بوضع الحمل وللزوج أن يراجعها في أي وقت ، ولو حكم القاضي بالطلاق إلى أن تضع حملها ، والعكس صحيح كذلك ، فلو أن رجلا طلق زوجته وهي حامل في الشهر الثامن وبعد رفع دعوى إثبات الطلاق و قبل إكمال جلسات الصلح وضعت حملها ، فالمشرع لم يبين في مثل هذه الحالة هل للزوج الحق في المراجعة ما دام الحكم القضائي بالطلاق لم يصدر بعد أم تعتبر قد بانت من زوجها بوضعها الحمل تطبيقا لنص المادة **222** ق أ ج.

كذلك في مسألة الإرث فلو أخذنا بالطلاق الذي يقع في ساحة المحكمة فقط وبدأنا حساب العدة من يوم صدور الحكم القضائي بالطلاق فإن الزوجة التي انتهت عدتها بطلاق زوجها لها وقبل صدور حكم بالطلاق فإنها ترث ، وإن كانت قد بانت منه ، وهو مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية .

الأمر نفسه في إثبات النسب فلو طلق زوجته وبعد عدة أشهر تم رفع دعوى قضائية بإثبات الطلاق وظهر الحمل ، وادعى الزوج ان المرأة لم تعاشره منذ عدة أشهر فلمن ينسب الولد ، فلو أخذنا بنص المادة **1/49** من أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم ، فإن الولد ينسب للزوج لأنه أبوه من الناحية القانونية فالطلاق لم يقع منه لأنه طلق خارج الإطار القانوني ، الذي هو التصريح بالطلاق أمام القاضي بعد إجراء عدة محاولات صلح .

كل هذه الأمور يثيرها نص المادة **1/49** ولذلك لا بد من تعديل النص بصورة تحقق الانسجام بين الجانبين الشرعي والقانوني ،

ولذلك لا بد من فهم نص المادة **1/49** على ضوء النصوص القانونية الأخرى وعلى ضوء التطبيقات والاجتهادات القضائية ، وخصوصا إذا علمنا أن الألفاظ قد تحتمل أكثر من معنى ، فالمعنى الذي يجب ترجيحه هو المعنى المنسجم مع مصدر القانون الذي هو الشريعة الإسلامية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى القاضي هو صاحب الشأن الأول في تفسير النصوص القانونية وتأويلها ، وهو ما نجده في التطبيقات القضائية لدى المحاكم والمجالس القضائية ، وكذلك الاجتهاد القضائي لدى المحكمة العليا ، والذي من خلاله نستطيع فهم النصوص القانونية من الناحية العملية وهو ما سنشير إليه ونورده في ما يلي :

من خلال نص المادة **58** ق أ ج والتي تنص على أنه :" **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"** يتبين أن المشرع الجزائري يعترف بالطلاق الرجعي وأن معنى قوله في المادة **50** ق أ ج " **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد** " يقصد به أنها مازالت في مرحلة العدة التي هي ثلاثة أشهر مثل المدة المحددة لإجراء الصلح ، وأن الزوج له أن يراجع زوجته بدون عقد أو مهر جديدين[17] ، وعليه فالقانون يعترف بالطلاق الرجعي ، ويبدأ في حساب العدة من تاريخ التصريح بالطلاق ، وهو ما نصت عليه المادة **58** السابقة الذكر بقولها " **من تاريخ التصريح بالطلاق** " ، والتصريح الذي يقصده المشرع هو تصريح الزوج لا تصريح القاضي بدليل أن المادة **48** قد أعطت للزوج الحق في إصدار الطلاق بإرادته المنفردة بقولها : " **مع مراعاة أحكام المادة 49 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة** ..." كما أن المشرع لو أراد أن الطلاق يصرح به القاضي فقط لقال في المادة 58 **من تاريخ صدور الحكم بالطلاق** ولم يقل ذلك ، فعلِم أن قوله في المادة 1/49 **لا يثبت الطلاق إلا بحكم** : أنه لا بد من توثيقة قضائيا حتى ينتج أثره القانوني وخصوصا ما تعلق من حقوق للزوجة أو الزوج ، ولذاك قال لا يثبت ولم يقل لا ينشأ أو لا ينعقد أو لا يحدث ، والإثبات لا يكون إلا على شيء وقع ، ولذلك قال بعد ذلك : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم **بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى** " أي أن الطلاق قد وقع ، ولكن لا يثبت إلا بعد إجراء عدة محاولات للصلح ، والتي قد تثمر فيراجع الرجل زوجته المطلقة ، وهنا لا يحتاج إلا عقد جديد كما نصت عليه المادة **50** ق أ ج .[18]

وقد جاء **الاجتهاد القضائي** مصدقا لما سبق بيانه بقوله : " "فإنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق ، وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم كما فعل القاضي الأول ، وإذا ندم الزوج المطلق أو تراجع عن طلاقه فهناك قواعد فقهية تضبط الرجعة على الزوج المطلق الالتجاء إليها ، وذلك قبل انقضاء عدة المطلقة ، ولم يظهر من الملف أو عناصر الدعوى أن الزوج ارتجع زوجته في مدة قبل انقضاء عدتها ، وعليه فإن قضاة الاستئناف خرقوا قاعدة فقهية تمس بالشريعة الإسلامية في الطلاق مما يستوجب النقض لقرارهم دون إحالة "[19].

ووفقا لهذا القرار فإن القضاء قد اعتبر أن الحكم القضائي كاشف للطلاق لا منشئ له ، أي أن المعتبر في الطلاق هو تصريح الزوج به ولو خارج ساحة القضاء ، ويقتصر دور القاضي على إثباته في حكم ، لأجل إعطائه الصبغة القانونية

ومحافظة على حقوق كل زوج وتجنبا لأي إشكالات قد تحدث بين الزوجين ، وعليه فالطلاق العرفي يعترف به القضاء متبعا في ذلك الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأساس لقانون الأسرة .

و تأكيدا لهذا المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا أيضا 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 " .[20]

وكذلك قرار آخر جاء فيه : " من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء

ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين ، و أن المجلس أجرى تحقيقا و سمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين ، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق ، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون ".[21]

وفي قرار آخر كذلك " 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 ..."[22] وغير ذلك من القرارات التي تؤكد اعتراف القضاء بالطلاق العرفي وإثباته خارج ساحة القضاء وهذا هو الفهم الصحيح والمتفق مع الشريعة الإسلامية المصدر الأساس لقانون الأسرة ، كما أن هذا الفهم من طرف القضاء يجع نصوص ق أ ج منسجمة مع بعضها ومتفقة فيما بينها .

غير أن قضاء شؤون الأسرة وإن كان قد أخذ بالطلاق العرفي ولم يجمد على حرفية النص القانوني مراعيا في ذلك العرف المعمول به وقواعد الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها بنص القانون نفسه عند وجود فراغ قانوني " المادة 222" ، فإنه لا بد من وجود انسجام بين القضاء الخاص بشؤون الأسرة وبين النيابة العامة وكذلك قضاء العقوبات ويظهر ذلك جليا في حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل مثلا، و نكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا .

و تجدر الملاحظة أنه يمكن في هذه الحالة حسب قانون العقوبات الجزائري متابعة الزوجة بجريمة الزنى، وذلك لكون المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء – حسب ظاهر نص المادة 1/49 – ومن ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد، و بالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية، وفعلا حدث ذلك بمحكمة الجلفة قسم الجنح حيث أدينت المطلقة عرفيا التي أعادت الزواج عرفيا بجريمة الزنى.

وهنا يبرز التناقض الكبير بين أحكام الجهة القضائية الواحدة إذ من جهة نجد أن الزوجة دفعت بوقوع طلاق عرفي و بشرعية زواجها الثاني ، و هو الأمر الذي لم يعترف به قاضي الجنح، ومن جهة أخرى فإن محكمة الأحوال الشخصية تسير في اتجاه إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي ، ومن ثمة كان ينبغي على القاضي أن يعتبر ذلك مسألة عارضة و يوقف الفصل في دعوى إثبات الطلاق لأنه بثبوت وقوع الطلاق نخرج من دائرة التجريم ، هذا طبعا من الناحية الواقعية العملية ، إلا أنه من الناحية القانونية البحتة فإن حكم القاضي الجزائي جاء صائبا و في محله لعدم اعتراف المشرع الجزائري بوقوع الطلاق خارج ساحة القضـاء .

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها في هذا الصدد ، حيث ورد في أحد قراراتها أنه يعتبر زنى حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها ، بل ذهبت المحكمة العليا أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا ، وقد ورد في قرار آخر أنه إذا دفعت المتهمة بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها وبين الشاكي قد انحلت و استشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما فادعى الزوج الشاكي أن هذا الحكم محل استئناف تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى و القضاء بإدانة المتهمة بالزنا ، أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصر نهائيا بعد و إلا كان قراره مخالفا للقانون و يستوجب نقضه.[23]

وهذا كله لأن لا وجود لأي تنسيق بين القضاة في الأحوال الشخصية وبين النيابة العامة وأن كل جانب له اجتهاداته الخاصة .

والخلاصة التي انتهينا إليها في البحث حول إشكالية الطلاق العرفي في ق أ ج بين النصوص القانونية والتطبيقات القضائية هو أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى مسألة إثبات الطلاق بأثر رجعي ،و هو ما يصطلح عليه اليوم بالطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء ، بل أشار إلى خلافها وهو أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي ، وهو ما أدى بالكثير من الفقهاء إلى القول بأن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي ، في حين أن فقهاء آخرين رأوا بأن قانون الأسرة اعترف بالطلاق العرفي بصفة غير مباشرة تستنتج من جمع النصوص القانونية مع بعضها البعض ، مؤيدين رأيهم بموافقته للاجتهاد القضائي الذي اعترف بالطلاق العرفي وأثبته بأثر رجعي في كثر من الاجتهادات ، وهو ما ذهبت إليه أكثر محاكم البلاد وعلى رأسها محكمة الجلفة ، وهو ما نميل إليه ونرجحه خصوصا أن المادة **222** ق أ ج تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لم يرد بها نص في صلب ق أ ج ، وإثبات الطلاق بأثر رجعي سكت عنه المشرع ، وطبقه القضاء وأثبته عملا بالمادة **222** ولأن العرف استقر على العمل به ، هذا ولا بد على المشرع من تعديل للمادة 1/49 حتى توافق قواعد الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي ، وقطعا للنزاع الحاصل في تفسرها ، والحمد لله رب العالمين.

التهميش:

[1] قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية – دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة – ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، سنة 2004 ، ص: 13 .

[2] أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية – بيروت (د ت ن) 376/2. ، ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة: الثالثة – 1414 هـ، ج 226/10. علي بن محمد الشريف الجرجاني ، التعريفات ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر ، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان ، الطبعة الأولى ، 1983م. ص: 141.

[3] ابن نجيم المصري ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة: الثانية ، ج352/3. محمد بن علي الحصكفي الحنفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، تحقيق : عبد المنعم خليل إبراهيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، لطبعة: الأولى، 2002م ، ص : 205.

[4] أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف ، ج542/2.

[5] محمد بن أحمد بن محمد عليش ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر – بيروت- ، 1989م ، ج42/4.

[6] محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، ط/1 ، 1994م ، ج455/4.

[7] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968 ،ج363/7. علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق : محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، 1375هـ ، ج429/8.

[8] محمد قدري باشا ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، تحقيق : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بإشراف : محمد أحمد سراج و علي جمعة محمد ، دار السلام ، مصر ، الطبعة الأولى ، 2006. ، ج2/ 501-502.

[9] أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، مختار الصحاح ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد ، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة الخامسة ، 1999، ص : 206 . أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، مرجع سابق ، 404/2.

[10] علي بن محمد الشريف الجرجاني ، مرجع سابق، 149.

[11] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، بن عكنون ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية 1994 ، ج239/1

[12] فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 ، ج326/1.

[13] عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، بن عكنون ، الجزائر ، انسيكلوبيديا للنشر ، 2003 ، ص: 33.

[14] رشيد بن الشويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2008، ص :180.

[15] لمطاعي نور الدين ، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية ، أطروحة دكتوراه ، الجزائر ،كلية الحقوق ، سنة 2006، ص: 51.

[16] سورة الطلاق ، آية رقم : 4

[17] رشيد بن الشويخ ، مرجع سابق ، ص :177.

[18] لمطاعي نور الدين ، مرجع سابق ، ص: 60-61.

[19] قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى سابقا " المحكمة العليا حاليا" بتاريخ 1984/12/17 ، ملف رقم 35322 ، والمنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989 ، عدد رقم 4 ، ص :91.

[20] قرار رقم 35026 ، صادر بتاريخ 1984/12/03 المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، عدد 04 ، سنة 1989 ، ص : 86

[21] – قرار المحكمة العليا رقم 216850 الصادر بتاريخ 1999/02/16.العدد الخاص ، مجلة المحكمة العليا المتضمنة الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، سنة2001 ، ص100.

[22] قرار رقم : 57812 صادر بتاريخ : 2005/02/23 عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة المحكمة العليا ، عدد1 سنة 2005 ، ص: 275.

[23] – قسنطيني حدة ، مرجع سابق ، ص : 15-16. أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، الطبعة الثالثة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 . ص:132 .

المراجع :

- **القرآن الكريم**

1/ المعاجم

- **أحمد بن محمد بن علي الفيومي** ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية – بيروت (د ت ن)
- **علي بن محمد الشريف الجرجاني** ، التعريفات ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر ، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان ، الطبعة الأولى ، 1983م.
- **محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي** ، مختار الصحاح ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد ، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة الخامسة ، 1999.
- **ابن منظور** ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة: الثالثة – 1414 هـ،.

2/ مراجع عامة في الفقه والقانون

- **أحسن بوسقيعة** ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، الطبعة الثالثة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.
- **أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي** ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف .
- **بلحاج العربي** ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، بن عكنون ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية 1994 .
- **رشيد بن الشويخ** ، شرح قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2008.
- **علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الحنبلي**، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق : محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، 1375هـ .

- **عمر زودة** ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، بن عكنون ، الجزائر ، انسيكلوبيديا للنشر ، 2003 .
- **فضيل سعد** ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 .
- **قسنطيني حدة** ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية – دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة – ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، سنة 2004 .
- **لمطاعي نور الدين** ، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية ، أطروحة دكتوراه ، الجزائر ، كلية الحقوق ، سنة 2006.
- **محمد بن أحمد بن محمد عليش** ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر – بيروت- ، 1989م .
- **محمد بن علي الحصكفي الحنفي** ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، تحقيق : عبد المنعم خليل إبراهيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، لطبعة: الأولى، 2002م.
- **محمد بن أحمد الخطيب الشربيني** ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، ط/1 ، 1994م .
- **محمد قدري باشا** ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، تحقيق : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بإشراف : محمد أحمد سراج و علي جمعة محمد ، دار السلام ، مصر ، الطبعة الأولى ، 2006.
- **موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة** ، المغني ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968 .
- **ابن نجيم المصري** ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة: الثانية.

3/ المجلات القضائية

- **المجلة القضائية سنة 1989 ، عدد 4**
- **المجلة القضائية سنة 2001 ، عدد خاص**
- **المجلة القضائية سنة 2005 ، عدد 1.**