

أثر ازدواجية المصدر التشريعي في قضايا شؤون الأسرة على الاجتهاد القضائي في مواد فك الرابطة الزوجية

The impact of legislative duplication source in family issues on jurisprudence in the articles of divorce and its effects.

د/ عليان بوزيان أستاذ محاضر "أ"
جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص بالعربية:

يتناول هذا البحث بالتحليل إشكالية الازدواجية التشريعية في تنظيم قضايا شؤون الأسرة، وأثرها على الاجتهاد القضائي في مواد الطلاق وآثاره، من حيث بيان طبيعة الطلاق بالإرادة المتفردة، بين كونه لفظيا طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية من حيث ترتيب آثاره، أم لا بد في ثبوته من صدور حكم قضائي. وهو ما انعكس سلبا على الاجتهاد القضائي في حل المنازعات الأسرية، مما أوجد تناقضا في الأحكام القضائية بين الواقع الذي يدين به الناس وبين القانون الملزم للجميع. وتنتهي الدراسة إلى ضرورة إيجاد قضاء أسري متخصص متكامل: قضاة، ومحكمة متخصصة، وإجراءات خاصة للتقاضي في مواد شؤون الأسرة نظرا لخصوصيات المنازعات الأسرية.

Summary in Arabic:

This research analyzes the problem of duplication of legislative organize family issues , and their impact on the jurisprudence in materials divorce and its effects, in terms

of the nature of the divorce voluntary , between being verbally in accordance with the provisions of Islamic law in terms of the order of effects , or to be in be proven by a court ruling. Which reflected negatively on the jurisprudence in adjudicating family disputes , which created a contradiction in judgments between the reality that owes the people and between the binding law for all. The study concludes to eliminate the need to find a specialist integrated family: the judges , and a specialized court , and special procedures for charging materials in the affairs of the family due to the peculiarities of family disputes.

مقدمة:

بالرغم من التطور النسبي الذي كرسه قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 بإعطاء صلاحيات جديدة لقاضي شؤون الأسرة مما جعله قاضيا متخصصا في قضايا شؤون الأسرة، وهي القضايا التي تضمنها الباب الأول من الكتاب الثاني وخصص له المواد من 423 إلى 499 قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08، أي ما مجموعه 77 مادة، مما يعتبر خطوة إجرائية وعملية تستحق الثمين، كونها ميزت قضايا الأسرة بخصوصيات متنوعة⁽¹⁾ موضوعية وإجرائية وعملية، خصوصا في بعض الدعاوى وطبيعة الإثبات فيها كدعوى اللعان ودعوى الحضانة وما تتطلبه من الاستماع إلى أقوالهم خاصة في مسائل الحضانة والزيارة وغير ذلك⁽²⁾. وهو ما يغني مبدئيا عن مطالبة الفقه بإنشاء محكمة خاصة ومستقلة لخصوصية مثل هذه المنازعات الأسرية⁽³⁾.

إلا أن الإشكال لازال مطروحا حول تعدد المصدر التشريعي في حل المنازعات التي تتعلق بالأسرة، وأثره على الاجتهاد القضائي فيها، فرغم احتفاظ قانون الأسرة الجزائري في تعديله لسنة 2005 بالشريعة الإسلامية كمصدر رئيس لأحكام الأسرة، فقد تأثر في تنظيم بعض مباحثه بالقانون

(1) ينظر د/ عبد الفتاح تقيه، قضايا شؤون الأسرة، منشورات ثالثة، الجزائر 2007، ص 147.

(2) رشدي شحاتة أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 الطبعة الأولى لسنة 2008، ص 36، 37.

(3) بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، نشرة القضاة، الجزء 1، سنة 2009؛ العدد 64، ص 353.

الدولي للأسرة وبقواعد القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، باعتبارهما الشريعة العامة في النظام القانوني، وهو ما ترتب عنه تناقضات بين الواقع والقانون بسبب التعددية التشريعية التي عالج بها المشرع قضايا شؤون الأسرة خصوصاً بعد مصادقة الكثير من الدول العربية مكرهة على الاتفاقيات الدولية في مجال حماية الأسرة والمرأة والطفولة، حيث راحت تحت مشرعيها على البحث عن مبرر فقهي مقنع لشعوبها من بين الاختيارات الفقهية من المذاهب الإسلامية، والذي كان من أهم نتائجه اعتبار الزواج عقد مدنياً أو شبيهاً له⁽¹⁾.

فظهر توسيع العمل بالخلع تمكيناً للزوجة من حل الرابطة الزوجية وفقاً لقاعدة المساواة وعدم التمييز، وظهرت فكرة الأذن القضائية لممارسة الحقوق الأسرية، مثل تقييد حق التعدد بالإذن القضائي؛ وغيرها من المسائل التي خلقت ازدواجية في التعامل معها بين مجارة العرف الديني والالتزام بالقانون الوضعي، وهو الانفصام الذي أوقع المتقاضين في قضايا شؤون الأسرة في الحرج الديني، بسبب التناقض الذي أوجده بعض الاجتهادات القضائية، حيث يلاحظ وجود تعارض بين مقررات الشريعة ومحكماتها التي يتعبد الناس بها، وبين مقتضيات التنظيم القانوني بسبب ازدواجية مصدر التنظيم التشريعي لأحكام الأسرة.

ولعل من أهم الإشكالات العملية التي يطرحها المصدر التشريعي المزدوج لقانون الأسرة مسألة إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة، حيث يكون دور القاضي سلبياً عليه أن يتحقق فقط من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ليحكم

(1) د/ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص 7.

بإثبات هذه الإرادة دون أن يكون له الحق في مناقشتها.

وعليه، متى وقع الطلاق بهذه الصفة وجب على الزوجة أن تعتدّ، وبانتهاء عدتها تبين من زوجها إما بينونة صغرى أو بينونة كبرى، ولكن ورغم صحة وقوع الطلاق من الناحية الشرعية، إلا أنه قد يتدخل المشرع ويقيّد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق بوجوب اللجوء إلى القضاء والتصريح به أمامه، ومن ثمّ فلا يمكن تصور وقوع الطلاق خارج إطار القضاء.

ولكن ومع ذلك فإن الواقع العملي أثبت وجود هذه الحالات وهنا يطرح التساؤل من الناحية القانونية والإجرائية: كيف يتصرف القاضي أمام هذا الموقف مع وجود نص قانوني صريح؟ هل يحكم بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي أم من تاريخ صدور الحكم؟ وهل في هذه الحال تسري آثار الطلاق خصوصا العدة، ونفقة المعتدة، وحق الرجعة وحرمتها على غيره من تاريخ الطلاق اللفظي أم من تاريخ التصريح به قضائي في ظل عدم النص على مسألة الطلاق العرفي؟

وهي الإشكالات التي يرجعها الفقه إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالطلاق، هل هي أحكام منشئة أم أنها أحكام كاشفة عن إرادة الزوج؟ وهي الإشكالية التي يرجعها بعض الفقه إلى عدم تخصيص محكمة بشؤون الأسرة في التنظيم القضائي الجزائري تراعي خصوصية قانون الأسرة وإجراءات التقاضي في شؤونها؟⁽¹⁾

أولا: طبيعة الأحكام القضائية بحل الرابطة الزوجية بين الشريعة والقانون:

(1) يقترح البعض إنشاء قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة، ينظر عبد الفتاح تقيه، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات ثالة الجزائر، 2007، ص 142.

لم يعد هناك جدل في أن القاعدة القانونية الموضوعية، مهما بلغت درجة وضوحها ومعياريّتها بل وسماويتها في تقرير الحق، بقادرة لوحدها أن تحقق العدالة في المنازعات الأسرية، وإنما يجب زيادة على القاعدة الموضوعية وجود قاعدة إجرائية تمكّن من حماية الحق بالسرعة والحسم اللازمين، فتغدو القاعدتان معا الموضوعية والإجرائية، جناحان لعدالة إجرائية أسرية حقيقية تراعي مكانة الأسرة في المجتمع وتحفظ الحقوق وتحسم مادة الخلاف في اقرب الآجال، قطعاً للخصام.

ولما كان الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج شرعاً وقانوناً، فإنه يكون ملزماً بتبعاته بمجرد إعلان إرادته، مما يترتب عنه نشأة مركز قانوني جديد للزوج في مواجهة الطرف الآخر الذي لا حيلة له في مناقشة أو رفض ممارسة هذا الحق الإرادي، وهو ما عبّر عنه قانون الأسرة في المادة 48 عندما اعتبر الطلاق يتم " بإرادة الزوج". غير أن المشرع الجزائري سرعان ما تراجع عن تكييفه للحق في الطلاق عندما أوجب شرطاً إجرائياً أساسياً للاعتراف بالطلاق وهو وجوب إفراغه في شكل قانوني للاحتجاج به على الغير، فلا يقع الطلاق بدونه طبقاً للمادة 49 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 05-02 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم...".

وترتيباً على ذلك فإن إرادة الزوج تصبح عاجزة لوحدها عن ترتيب الأثر القانوني ما لم تستوف الشكل القانوني المطلوب إفراغه فيه⁽¹⁾، وهي النتيجة التي تختلف مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بوقوع الطلاق من تاريخ التلفظ به في حالة الطلاق بإرادة الزوج، وبحكم القاضي في حالة التطليق،

(1) د/ عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص

وهو ما سببته عنه أيضا إشكالات في حساب العدة. ففي القانون لا تسري العدة إلا من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، أما في الشريعة الإسلامية فتسري العدة من تاريخ تلفظ الزوج به، بحيث تصير من الناحية التطبيقية معتدة بعدتين، العدة الشرعية من تاريخ صدور الطلاق اللفظي، والعدة القانونية من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، ويرجع سبب هذا الإشكال إلى تنوع طبيعة أحكام الطلاق ما بين أحكام منشئة وأخرى كاشفة، وهو ما يستدعي التمييز بينهما بعد الفصل في طبيعة الحق في الطلاق هل هو عمل إرادي مقرر لأثره القانوني، يترتب عنه إنشاء مركز قانوني جديد، أم أنه حق يقابله التزام ويحتاج إلى قاض يفصل في النزاع⁽¹⁾.

1- الحق في الطلاق بين الإطلاق والتقييد:

اهتمت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة بالقواعد الموضوعية للطلاق من حيث كيفية انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج دون الخوض في القواعد الإجرائية اللازمة لتطبيق القواعد الموضوعية⁽²⁾. ولا شك أن للطلاق زيادة على الجانب الموضوعي الذي يشمل القواعد القانونية التي تبين كيف ينشأ الحق وكيف ينقضي، جانب إجرائي مهم يبين كيف يستعمل الحق وكيف يكون ملزما للغير، وعموما تتعلق القواعد الإجرائية للطلاق بطريقة استعمال الزوج لحقه في الطلاق. ونظرا لكونه تصرفا خطيرا يجب أن يستعمل بحذر وللحاجة والضرورة القصوى على اعتبار أن الأصل فيه عند الجمهور الحظر والمنع إلا لمبرر شرعي؛ مما يستوجب إفراغه في شكل قانوني⁽³⁾.

(1) ينظر حول هذه الإشكالية: عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، الجزائر، سنة 2003، ص 22.

(2) عمر زودة، المرجع السابق، ص 184.

(3) د/ عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة؛ مرجع سابق، ص 13.

وبالتالي فليس الزوج حرًا في إيقاع الطلاق متى شاء وأراد بل هو مقيد بقيدتين اثنتين⁽¹⁾: قيد زمني يتمثل في وجوب أن يقع في حالة طهر ولم يمسه فيها، فإذا وقع الطلاق وهي حائض أو في طهر مسها فيه كان الطلاق حراما ديانة وواقع قضاء عند الجمهور. وقيد إجرائي يتمثل في اشتراط الإشهاد على الطلاق كنوع من الشكلية القانونية بهدف تنبيه أصحاب الشأن إلى خطورة التصرف الذي يقدمون عليه كنوع من الحماية لصاحب الحق من التسرع بإعطائه فرصة لمراجعة نفسه على ما هو قادم عليه وهو قول جمهور الفقهاء المعاصرين.

وعليه يمكن تمييز مذهبين في الفقه الإجمالي حول الطلاق: المذهب الحر عملاً بمبدأ سلطان الإرادة؛ والذي بمقتضاه يقع الطلاق من الزوج دون أي قيد حتى الطلاق البدعي منه فإنه واقع قضاء مع الإثم ديانة، والمذهب الشكلي الذي يشترط لصحة الطلاق أن يقع في زمن معين وأمام شهود، ومن ثم كان لازماً علينا تحديد موقف المشرع الجزائري من المذهبين خصوصاً في ظل تعقد الحياة المدنية للمواطنين، مما يستوجب معه توثيق التصرفات الإرادية، ومن هذا المنطلق فقد اشترط المشرع ضرورة إفراغ إرادة الزوج في قالب قانوني قضائي خاص.

2- طبيعة الحكم الطلاق بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية:

الأعمال الصادرة من القضاء ليست على نمط واحد لدى فقهاء القانون، فمنها الأعمال القضائية ومنها الأحكام الولائية، باعتبار مدى وجود نزاع من عدمه⁽²⁾. فالعمل القضائي هو الوظيفة الأصلية للقضاة، ويهدف إلى فصل

(1) د/ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري؛ رسالة سابقة، ص 557.

(2) د/ عبد الناصر موسى أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون؛ دار=

الخصومات وحل النزعات. أما العمل الولائي فهو ذو طبيعة إدارية كتزويج القصر، ومن لا ولي لها؛ أو من عضل وليها، فيقوم بها القضاة تفضيلاً بحكم نيابتهم عن ولاية الأمور⁽¹⁾. فهي تضم إعطاء الأذن القضائية، وأعمال التوثيق والتصديق؛ والتي منها التصديق على الإقرار بالطلاق، إذا تم خارج المحكمة، ولذلك فهي في الحقيقة الشرعية أعمالاً أكثر منها أحكاماً⁽²⁾. ويترتب على ذلك التمييز عدم قابلية الأحكام الولائية للطعن في الأحكام وجواز سحبها وتعديلها لعدم تمتعها بحجية الشيء المقضي خلافاً للأعمال القضائية البحتة⁽³⁾.

ويمكن الاستشهاد على ذلك ببعض قرارات المجلس الأعلى سابقاً المحكمة العليا حالياً حيث تواترت أحكامها على أن الطلاق عمل انفرادي من الزوج يستهدف وضع حد للحياة الزوجية وليس لقضاة الموضوع عند التصريح به إلا الشهادة به والحكم به دون البحث في مسألة تأسيس الوقائع المدعى بها⁽⁴⁾. فلا يطالب الزوج بتعليل إرادته أو تبريرها⁽⁵⁾ للقاعدة الشرعية: "العصمة بيد الزوج" فلا حاجة للجواب على طلبها الرامي إلى

= النفائس، الأردن، ط1، سنة 2000، ص 67.

(1) أحمد مليجي، أعمال القضاة - الأعمال القضائية، الأعمال الولائية والأعمال الإدارية؛ دار النهضة العربية، القاهرة، ص 121.

(2) د/ عبد الناصر موسى أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون؛ مرجع نفسه، ص 72.

(3) د/ محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2005، ص 78.

(4) المجلس الأعلى، م، ع، غ، م، بتاريخ 27/03/1968، م، أ، ج، ص 24/ن، س، المجلة القضائية، السنة 1968، العدد 1، ص 106.

(5) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، بتاريخ 24/03/1986، ملف رقم 41255 نشرة القضاء، العدد 44، ص 155.

ترجييعها"⁽¹⁾، فالطلاق هو حقه وحده، يحل به الزوجية متى شاء وأراد، ولا يسوغ لأحد رد قصده مهما عزم على ذلك⁽²⁾.

حيث يرى غالبية الفقه أن صدور الحكم بالطلاق القضائي ما هو إلا إثبات لواقعة الطلاق الذي هو من التصرفات الإرادية الانفرادية التي يملكها الزوج، ولا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره⁽³⁾. وبناء على التمييز السالف يثار التساؤل حول تكييف طبيعة الحكم بالطلاق، هل هو من الأحكام الولائية أم القضائية؟ إذ تنص المادة 49 من أنه "لا يثبت الطلاق إلا بموجب حكم"، فإنها مع ذلك محل نقاش فقهي حول هل يعتبر صدور حكم الطلاق شرطا لإثبات الطلاق أم شرطا للانعقاد؟ وتبعاً لذلك فإن أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة إذا أخذنا بعموم نص المادة 49 لا تقع بمجرد إعلان الزوج عن إرادته، وإنما لا بد من صدور حكم قضائي بغض النظر عن طبيعته الكاشفة أو المنشئة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد انحاز إلى المذهب الشكلي الذي يشترط لصحة الطلاق حضور شاهدي عدل هما القاضي وكاتب الضبط بطريقة غير مباشرة⁽⁴⁾. وهو المنحى الذي له مخاطره على وضعية الزوجة المطلقة عرفياً بلا حكم، وكان الأولى تخصيص المادة 49 بالخلع والتطليق حيث

- (1) محكمة عليا، غ، أ، ش، بتاريخ 30/07/1986، ملف رقم 41615 غير منشور ينظر في ذلك: د/ بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2000، ص 67.
- (2) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، بتاريخ 13/01/1986، ملف رقم 39589 غير منشور ينظر في ذلك: د/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 66.
- (3) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، بتاريخ 03/12/1983، ملف رقم 35026 المجلة القضائية السنة 1989، العدد 4، ص 86.
- (4) عمر زودة، المرجع السابق، ص 34.

الحكم فيها منشئ وليس كاشف؛ واستثناء الطلاق بالإرادة المنفردة بطلب إسهاد قضائي على الطلاق.

ولكن ليست دائماً كل أحكام الطلاق مثبتة وكاشفة، وإنما في أحيان كثيرة يكون هناك نزاع مستحکم يضطر معه القاضي إلى الحكم بالطلاق، كما في حالة طلب الزوجة للتطليق وحالة فشل الصلح وحالة الطلاق على مال، فكلها أحكام قضائية مبنية على السلطة التقديرية للقاضي مما يجعلها أحكاماً منشئة وليست كاشفة، وهو ما دعا بعض الفقه إلى المطالبة بأن تكون أحكام التطليق والخلع قابلة للاستئناف خلافاً للحكم بالطلاق الكاشف، لأن هذا الأخير ليس إلا شكلاً قرره القانون حتى تنتج الإرادة أثرها⁽¹⁾.

3- الطلاق بالإرادة المتفردة بين الحكم الكاشف والحكم المنشئ:

تبعاً للتمييز بين الأحكام القضائية والأحكام الولائية نشأ وظهر تمييز آخر بين الأحكام القضائية هما الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة، وبناءً على هذا التمييز⁽²⁾. يكتف الطلاق الكاشف بأنه من الأعمال الولائية التي يصدرها

(1) عبد الفتاح تقي، محاضرات، المرجع السابق، ص 188.

(2) يفرق الفقه القانوني بين الأحكام القضائية الكاشفة للطلاق، والأحكام القضائية المنشئة له. ففي الأولى دور القاضي كاشف لإرادة الزوج صاحب العصمة الذي ينطق بالطلاق، ولا يملك القاضي إلا تثبت هذه الإرادة بحكم قضائي، ويكون حكم القاضي كاشف في قضايا طلاق الزوج وفي الخلع وفي اللعان وفي الطلاق بالتراضي، فجميع أنواع الطلاق الإرادي حكم القاضي فيها كاشف، أما الحكم القضائي المنشئ فيكون في حالة الطلاق الذي لم يتلفظ به الزوج كالتطليق أو التفريق القضائي التنازعي، والعدة في هذا النوع من الأحكام تبدأ من تاريخ صيرورة الحكم. ومسألة ثبوت الطلاق بحكم قضائي كانت موجودة حتى قبل صدور قانون الأسرة، وهي نفس الأحكام المطبقة في كافة بلاد المسلمين ينظر بن داود عبد القادر، دار الهلال للخدمات الإعلامية، وهران، ص 114، 115.

القاضي دون أن يكون هناك نزاع بين الطرفين⁽¹⁾ حيث أن القاضي لا يواجه نزاعاً بين الزوجين، وإنما يكون تدخله لوضع إرادة الزوج المطلق في شكل قانوني يكون قادراً على إنتاج الأثر القانوني⁽²⁾.

وهذا ما يصدق على الطلاق اللفظي أو العرفي، الذي يكون بين الزوجين في البيت نتيجة شجار أو غضب أو بإرادة مقصودة، فالأصل أن الإرادة طليقة حرة عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم اعتبر المشرع الجزائري بموجب المادة 49 أن أي طلاق عرفي يقع شفهيًا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانوناً ولا ينتج به أمام الغير⁽³⁾.

ويترتب على هذا التمييز أن الطلاق الكاشف يسري من تاريخ التلفظ به، وما على القاضي إلا الإشهاد بعد التصريح به، خلافاً للحكم المنشئ الذي ينتج آثاره من تاريخ صدور الحكم به؛ وهو ما لم يظهر في الاجتهادات القضائية إلا نادراً، وغالباً بعد إجراء تحقيق قضائي حول واقعة الطلاق العرفي.

ولكن قد ترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات القانونية كاشتراط المشرع عنصر الشكلية في إنتاج إرادة الطلاق لآثارها، وهو ما عبّر عنه الأستاذ عمر زودة بالمعادلة التالية:

التعبير عن إرادة الطلاق + الشكل القانوني = الأثر القانوني

أي لا بد من اجتماع الأمرين لترتيب الأثر القانوني المعتد به قانوناً في مواجهة الغير، الأول وجود الإرادة والثاني استيفاء الشكل الذي يشترطه

(1) د/ عبد الناصر موسى أبو البصل، نظرية الحكم القضائي مرجع سابق، ص 77.

(2) د/ عبد الفتاح تقيّة، محاضرات، المرجع السابق، ص 198.

(3) ينظر د/ عبد العزيز سعد؛ قانون الأسرة في ثوبه الجديد؛ دار هومة، سنة 2006، ص 119.

القانون، وهو ما يجعل الحكم بالطلاق الكاشف مجرد حكم ولائي⁽¹⁾، هدفه مجرد ترجمة إرادة الزوج في حكم ملزم للغير.

وفي الواقع يعتبر الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة مثله مثل سائر الأحكام يعتبر عملاً قضائياً صادر بعد إجراء القاضي لمحاولات الصلح وفشله في ذلك⁽²⁾ سوى أنه يتميز عنها بطبيعته الخاصة، فهو حكم كاشف من جهة كونه يكشف عن إرادة الزوج قبل أن يلجأ إلى القضاء، وهو من جهة ثانية حكم منشئ كونه يرتب ويؤسس لمركز قانوني جديد يتمثل في مركز المطلق والمطلقة، ولهذا اعتبره بعض الفقهاء حكم كاشف ومنشئ معاً.

4- الإشهاد على الطلاق بين الوجوب والاستحباب:

نظراً لعدم وضوح اتجاه المشرع الجزائي بخصوص طبيعة الطلاق كان من الواجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم الطلاق هل هو عمل انفرادي حر بلا قيود أم أنه ثم قيود يتعين على الزوج الالتزام بها حتى يقع طلاقه؟ وبتعبير دقيق، هل هو حق مطلق أم مقيد؟ مما يستوجب مناقشة مدى إلزامية الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية.

حيث اتفق الفقهاء على إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد، لأنه من الحقوق الإرادية للمطلق وقد جعله الله بيده للقاعدة "العصمة بيد الزوج"، فلا يحتاج لكي يباشر حقه إلى بيّنة، ولم يرد عن النبي ﷺ ولا عن الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد⁽³⁾. وأن التعبير عنه لا يشترط فيه أن يقع في زمن معين أو

(1) عمر زودة، المرجع السابق، ص 34.

(2) ينظر د/ عبد العزيز سعد؛ المرجع السابق؛ ص 119.

(3) عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ط 1، 1951، ص 190.

بشهادة الشهود، ومع القول باستحباب ذلك. فإن الطلاق رغم تخلف الشهود واقع قضاء وصاحبه آثم ديانة⁽¹⁾. وطبقا لهذا الرأي، فإن الحق في الطلاق هو من التصرفات الحرة التي يمارسها الزوج بنفسه؛ وله أن ينيب عنه غيره سواء كانت زوجته أم غيرها. ويكفي لترتيب الأثر القانوني أن يتم التعبير عن الإرادة بأية وسيلة كانت، بل يذهب الجمهور⁽²⁾ -على قول ابن رشد- إلى أبعد من ذلك، وهو وقوع الطلاق الواقع وقت حيض الزوجة، مع إثم الزوج ديانة⁽³⁾.

وباعتبار أن الطلاق هو من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بإرادته المنفردة، فقد قيّدت الشريعة الإسلامية بجملة من الشروط والقيود ينبغي توافرها لوقوعه، وبدونها يعتبر الطلاق بدعيا لعدم احترام الزوج لإجراءات الطلاق أو تعسفا لعدم وجود المبرر الشرعي ومن هنا جاء تقسيم الطلاق إلى سني وبدعي. فأما الطلاق السني فهو أن يوقع الزوج على زوجته المدخول بها طليقة واحدة في طهر لم يمسه فيها، فإذا طلقها وهي حائض أو في طهر مسها فيه أو أوقع عليها طليقتين متتاليتين أو ثلاث فطلاقه بدعي⁽⁴⁾. وعليه، فإن الطلاق هو حق مقرر للزوج الذي توافرت فيه الشروط الشرعية لإمكانية ممارسة هذا الحق. وذلك بأن يكون عاقلا، فلا يصح طلاق المجنون ولو كان جنونه متقطعا.

وخلافا لمذهب الجمهور، ذهب فقهاء الشيعة الامامية وغالبية الفقهاء

(1) د/ الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري؛ منشورات جامعة دمشق،

ج1، ط8، سنة 1998 ص406 ود/ عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق؛ ص52

(2) ابن رشد؛ بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ شرح وتحقيق: عبد الله العبادي، المجلد الثالث، دار السلام، ط1، 1995، ص1394.

(3) د/ عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق؛ ص41.

(4) عمر فروخ، المرجع السابق، ص173.

المعاصرين إلى اعتبار أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق، واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى: " وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَمْ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا " (1)، قال ابن العربي (2): "وهذا ظاهر في الوجوب بمطلق الأمر عند الفقهاء وبه قال أحمد في أحد قوليهِ والشافعي،... وهو موضوع للتوثق". ففائدة الإشهاد ألا يقع بينهما التجاحد، وألا يتهم في إمساكها، ولئلا يموت أحدهما فيدعي الباقي ثبوت الزوجية ليرث. وهو مذهب الإمام الشافعي في القديم من أن الإشهاد في الطلاق واجب. قال ابن رشد (3): "وإذا قلنا إن الإشهاد واجب، فمعنى ذلك أنه يكون بتركه أثماً لتضييع الفروج، وما يتعلق به من الحقوق من غير أن يكون شرطاً في صحة الطلاق والرجعة".

وقال الطاهر ابن عاشور: "أن الأمر بالإشهاد راجع إلى الطلاق والرجعة،... وظاهر صيغة الأمر الدلالة على الوجوب فيتركب من هذين أن يكون الإشهاد على المراجعة وعلى بت الطلاق واجبا على الأزواج لأن الإشهاد يرفع أشكالا من النوازل وهو قول ابن عباس وأخذ به يحيى بن بكير من المالكية والشافعي في أحد قوليهِ وابن حنبل في أحد قوليهِ وروى عن عمران بن حصين وطاووس وإبراهيم وأبي قلابة وعطاء، وقال الجمهور الإشهاد المأمور به الإشهاد على المراجعة دون بت الطلاق" (4).

وعليه يكون اعتبار الشهود في الطلاق حفاظاً على الأسرة ليس إلا من

(1) سورة الطلاق: آية 2.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، ج 4، تحقيق/ محمد بكر إسماعيل، دار المنار، القاهرة، ط 1، سنة 2002، ص 275.

(3) ابن رشد، المصدر السابق، ص 1447.

(4) الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، المجلد 28، ص 309.

باب أن الأمر إذا كثرت قيوده عزّ وجوده، ولعل قوله تعالى: "لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا"، إشارة إلى أن الذهاب لإحضار الشهود وقت الخصام قد يحدث الله أمرا آخر من مراجعة النفس ومحاسبتها والتفكير مليا بهدوء وتروّي قبل الإقدام على الطلاق، كما أن إحضار الشهود وسيلة لضمان الحقوق لمن أراد إنكارها أو التلاعب بها فكم من مطلقة ظلّت معلقة؛ لأن الزوج أنكر أنه تلفظ بكلمة الطلاق، فلا هي ذات زوج، ولا هي سرحت سراحا جميلا. وتفاديا لذلك، تنبّهت التشريعات المعاصرة إلى ضرورة أنه لا طلاق إلا بحكم، ولا نشوز إلا بحكم، ولا لعان إلا بحكم استصلاحا، وسدا لذريعة الإنكار والجحود.

5- أثر الازدواجية التشريعية على تعارض الاجتهاد القضائي حول طبيعة الخلع بين الرخصة والحق:

اختلف الفقهاء⁽¹⁾ في طبيعة الخلع هل هو طلاق رضائي أم فسخ؟ وهو ما انعكس أثره على الاجتهاد القضائي حيث يوجد تعارض بين قرارات المحكمة العليا حول هل الحكم بالخلع يشترط موافقة الزوج أم لا؟⁽²⁾ فتارة يرى الاجتهاد القضائي "أن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج، وعند الاختلاف في مبلغ التعويض بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، ومن ثم يكون الخلع حق للزوجة وحدها لا يشترط فيه موافقة الزوج ويكون المبدأ: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا". وعليه، فإن

(1) ابن رشد، المصدر السابق، ص 1406.

(2) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، رسالة سابقة، ص 611. و ص 621.

قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

غير أن هناك قرارات قضائية اعتبرته عقدا رضائيا لا يتم إلا بإيجاب وقبول⁽²⁾، طبقا للمشهور في الفقه الإسلامي حيث يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج وهو قول الجمهور على أنه جائز على التراضي⁽³⁾. ولا يمكن للقاضي فرضه عليه، حيث يكون حسب هذا الاتجاه: "من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع. إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق عن ذلك بين الزوجين وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي"⁽⁴⁾.

(1) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، بتاريخ 30/07/1996، ملف رقم 141262 المجلة القضائية، السنة، العدد1، ص120.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004، ص 263.

(3) ابن رشد، المصدر السابق، ص1402.

(4) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، بتاريخ 11/06/84، ملف رقم 33652 المجلة القضائية، العدد الثالث. السنة 1989، ص 38.

ومن ثم يكون الخلع دون موافقة الزوج وفقاً لهذا الاتجاه مخالفة لقواعد فقهية، فمن المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطلق، ولما لم يكن لها فيه سبب أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولاً من هذا الأخير فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع"⁽¹⁾.

وهو ما يمثل - حسب اجتهاد المحكمة العليا السابق - خطأً في تطبيق القانون، لأنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأً في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع، وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه"⁽²⁾.

وأمام هذا الاختلاف الذي يرجع إلى ازدواجية المصدر التشريعي لأحكام الخلع في قانون الأسرة، تدخل المشرع بموجب الأمر 02/05 سنة 2005

(1) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، بتاريخ 11/21/1988، ملف رقم: 51728 المجلة القضائية: السنة 1990 العدد الرابع، ص 72.

(2) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، قرار بتاريخ 04/23/1991، ملف رقم 73885 المجلة القضائية، العدد الثاني، السنة 1993.

لرفع الخلاف بإضافة عبارة: "دون موافقة الزوج" في نص المادة 54 من ق،⁽¹⁾، وواضح منها سياسة المشرع الجزائري التي تتجه نحو تقييد حق الزوج في الطلاق⁽²⁾. وبالرجوع إلى المصدر المادي لقانون الأسرة خاصة الفقه المالكي منه يلاحظ أن جمهور الفقهاء على أن الخلع جائز مع التراضي المستفاد من صيغة الخلع المعتد بها في إيقاعه عند الفقهاء، ومن صيغة المثني في دليل مشروعيته من الكتاب في قوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به".

وبالنظر إلى مقاصد الشارع الحكيم في تشريع الخلع ومن خلال تطبيقاته في الأفضية النبوية في قضية أول خلع في الإسلام "قضية زوجة ثابت بن قيس"، يلاحظ أن مقصود الخلع هو ما عبر عنه ابن رشد في قوله: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق؛ فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"⁽³⁾. فإذا كانت

(1) ويلاحظ أن تعديل 2005 بخصوص الخلع لم يشمل فقط على تغييب وإهمال إرادة الزوج في مسألة الخلع. وإنما أقر تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع. حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه إذا لم يقبل أو لم يرض الزوج بقيمة المبلغ المالي المقدم من الزوجة فلا عبرة لعدم قبوله. وأنه يجوز للقاضي في مثل هذه الحال أن يترك إرادة الزوج جانبا وأن يحكم للزوج بمبلغ لا يجوز أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، سواء رضي بالطلاق مقابل الخلع أو لم يرض، وسواء قبل بالمبلغ المعروض عليه أو لم يقبل، وفي جميع الأحوال فإن حكم الطلاق في إطار الخلع، وإن كان يقبل الطعن بالنقض فإنه لا يقبل أبدا الطعن فيه بطريقة الاستئناف وذلك تنفيذا لما نصت عليه المادة 57 المعدلة التي جاء فيها أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف. ينظر: عبد العزيز سعد، المرجع سابق، ص 130.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 356، 357.

(3) ابن رشد، المصدر السابق، ص 1403.

حكمة الشريعة قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها، وأوجبت على القاضي أن يجيها إلى طلبها بشرط أن يكون سبب يدعو إلى ذلك⁽¹⁾.

مما يمكن القول معه أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل بدل مالي تعرضه عليه⁽²⁾، أي أنه مشروع لمصلحة الزوجة في صورة رخصة شرعية لتمكينها من طلب التطلق من زوج أصبحت تبغضه، ولم تعد تحتل عشرته⁽³⁾، ومع ذلك ليس بحق خالص لكل زوجة؛ وإنما رخصة مضبوطة بالخوف من عدم إقامة حدود الله.

ثانياً: أثر الازدواجية التشريعية على الاجتهاد القضائي في إثبات

الطلاق العري:

للطلاق العري أو اللفظي خصوصية شرعية كونه صادر عمّن منحه الله حق العصمة؛ ومن ثم تترتب آثاره بقوة الشرع دون حاجة لإعمال سلطة القاضي؛ فمتى نلفظ به الزوج لزمه، ويتعين على القاضي أن يحكم بالطلاق متى رفع إليه بناء على إرادة الزوج المنفردة دون أن يكون له الحق في مناقشته، كونه ليس نزاعاً إلا في جوانبه المادية. وعليه، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يدخل الحكم بالطلاق في الوظيفة الولائية للقاضي أم في الوظيفة القضائية له؟ إن هذا الإشكال حول الحكم الصادر بالطلاق فيما إذا كان منشئاً أو مقرراً، متوقف على تحديد تفسير نص المادة 49 من قانون الأسرة هل يقصد المشرع بقوله: "انه لا

(1) د/ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب - دار الجامعة الجديدة، 1998، ص 124.

(2) د/ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1؛ 2005، ص 112.

(3) ينظر د/ عبد العزيز سعد؛ قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص 129 وما بعدها.

يثبت الطلاق إلا بحكم. " أي لا يحتج به في مواجهة الغير إلا بحكم قضائي أم أنه لا ينشأ ولا ينعقد ولا يقع أصلا ولا يعتد به إلا بحكم. وعليه يطرح التساؤل حول ما يرمي إليه المشرع الجزائري من خلال هذه العبارة: هل يقصد أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء أم أنه لا يمكن تصور الطلاق خارج ساحة القضاء؟⁽¹⁾

1- طبيعة الطلاق العرفي ومدى حجيته في الإثبات القضائي.

تثير مسألة إثبات الطلاق العرفي الواقع خارج عن جلسة القضاء بحكم قضائي وبأثر رجعي؛ على نحو ما كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري إشكاليات عملية حول تكييف حالة المطلقة من حيث تاريخ احتساب العدة وانتهاء حق المراجعة للزوج؛ وحق المطلقة في الزواج بعد صيرورة الطلاق باثنا. فعملا بقواعد القانون الإجرائي خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة: " لا طلاق إلا بحكم " وتطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من ق. أ التي أحالت عليها في حالة الغموض، فإن الطلاق حق إرادي يسري من تاريخ التلفظ به.

وفي ظل هذه الازدواجية التشريعية يقع المحذور الشرعي بسبب مخالفة الاجتهاد القضائي للواقع الديني مما يلزم معه بحث مسألة مدى صحة وسلامة مسلك القضاء في إقرار هذه البدعة قضائية التي تتنافى مع مصدرية الشريعة للأسرة بدعوى أنها إجراء ضروري للكشف عن الطلاق والاحتجاج به في مواجهة الغير.

بالتأمل في نص المادة 49 من قانون الأسرة: " لا يثبت الطلاق إلا

(1) فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية؛ جامعة الإسكندرية، 2005، العدد 1، ص 84.

بحكم..."، يلاحظ أن المشرع استعمل عبارة "لا يثبت"، وليس "لا ينعقد" أو لا ينشأ، أو لا يقع الطلاق إلا بحكم، مما يعني أن وقوع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج جلسة القضاء، خصوصا إذا كان الزواج عرفيا والطلاق عرفيا، وبينهما أولاد بحاجة ماسة إلى الاعتراف بحقوقهم في الحضانة والنسب والنفقة؛ وهو ما يستتبع تثبيت الزواج العرفي ثم إثبات النسب ثم إثبات الطلاق ثم إسناد الحضانة وحق الزيارة. وتزداد المشكلة تعقيدا في ظل الفراغ القانوني خاصة وأن المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق العرفي⁽¹⁾.

غير أن الاجتهاد القضائي وطبقا للقانون الإجرائي الجزائري يغلب عليه عدم الاعتراف بوقوع الطلاق خارج جلسة القضاء، ومن ثم فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد؛ وفي حالة زواج المطلقة عرفيا قبل صدور الحكم بالطلاق، فانه يمكن للمطلق أن يتابع الزوجة المطلقة بجريمة الزنا، وبالتالي يحق للزوج إجرائيا تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية لمتابعتها بجريمة الزنا، وعلى صحة دفع الزوجة بوقوع الطلاق العرفي وبشرعية زواجها الثاني، وهو - ما لم يعترف به القاضي الجرح -، فمن الناحية القانونية البحتة فإن حكم القاضي الجزائري سيكون صائبا في إدانتها بالزنا لعدم اعتراف المشرع الجزائري بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء. وكان عليه أمام هذا الدفع أن يعتبر ذلك مسألة عارضة؛ ويوقف الفصل في دعوى الزنا إلى غاية إثبات الطلاق من عدمه؛ لأنه بثبوتة يقع الطلاق وتخرج من دائرة التجريم وهو ما لم يرقم به القاضي.

(1) بن حليمة يمينة؛ خصوصية إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة؛ رسالة ماجستير جامعة تيارت؛ سنة 2012؛ ص 172.

وهذا ما تواترت عليه قرارات المحكمة العليا حيث ورد في أحد قراراتها أنه: "يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في قضية المنشورة بينها وبين زوجها، والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة"⁽¹⁾، بل ذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك إذ تعتبر حالة زنا الزوجة التي أبرمت عقد الزواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائياً، وتكون بذلك قد اقترفت جريمة الزنا بكل إرادة ولا مجال لتفسير آخر⁽²⁾، ويبقى هذا الوصف مصاحباً لها ولو دفعت المتهمه بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها، وبين الشاكي قد انحلت واستشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما فادعى الزوج الشاكي أن هذا الحكم محل استئناف تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى والقضاء بإدانة المتهمه بالزنا، بعد أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصدر نهائياً بعد؛ وإلا كان قراره مخالفاً للقانون ويستوجب نقضه⁽³⁾.

وهذا من أكثر الأمثلة دلالة على الأثر السلبي لازدواجية المصدر التشريعي لقضايا شؤون الأسرة، حيث يظهر في القرارات السابقين تأثر الاجتهاد القضائي الأسري بالفقه الإسلامي من خلال تكييف واقعة زواج الزوجة التي أبرمت عقد الزواج الثاني قبل أن يصبح حكم طلاقها من الأول نهائياً زناً.

(1) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، قرار بتاريخ 13/05/1986 ملف رقم 271، غير منشور. ينظر في ذلك: د/ بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 70.

(2) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، قرار بتاريخ 06/06/1989 ملف رقم 570، غير منشور. ينظر في ذلك: د/ بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 70.

(3) أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية الطبعة الثالثة، 2001، ص 132.

2- إثبات الطلاق العرفي بحكم قضائي:

بالرجوع إلى مواد قانون الأسرة نجدتها تعتبر أن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي؛ وأن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي، وأن هذا الطلاق هو طلاق بائن⁽¹⁾. رغم أنه يعدّ بداية لاحتساب العدة؛ وبالتالي فإن المراجعة تكوم قبل صدور الحكم بالطلاق أي أثناء محاولة الصلح، المحددة قانونا بثلاثة أشهر. وبالتالي فلا يجوز للقاضي أن يحكم قبل مضي هذه المدة إلا أنه في حالة امتداد الصلح إلى أكثر من ثلاثة أشهر بسبب تعيين الحكّمين، فإن راجعها خلال ثلاثة الأشهر فلا يحتاج إلى عقد جديد؛ مما يفهم منه ضمنا إقرار المشرع بوقوع الطلاق الرجعي خارج ساحة القضاء⁽²⁾، مما يثير شكوكا حول تكييف فترة ثلاثة أشهر هل هي نفسها عدة الطلاق الرجعي - أي العدة العرفية أو الشرعية؛ أم أنها محاولة للصلح القضائي ويتعقد الإشكال عند محاولة تطبيق نص المادة 50: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد." حيث أخلط المشرع بين المفاهيم الشرعية والقانونية فباعبار أن مصطلحات قانون الأسرة مصطلحات خاصة في مصدرها الشرعي؛ فان مصطلح "راجع" مشتق من الرجعة وهي حق الزوج المطلق في مراجعة زوجته المطلقة مادّات في العدة ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر حسب حال المطلقة. وعليه، فان المراجعة التي تقع بعد التصريح بالطلاق من قبل القاضي حسب ما يفهم لا تسمى مراجعة لأنه يقع بائنا والعدة فيه لاستبراء الرحم وليس فترة للمراجعة؛ ولا تدخل في مفهوم الرجعة الشرعية

(1) فرجي بن سنوسي؛ مقال سابق، ص 87.

(2) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، سنة النشر 2009، ص 108.

التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي، وتبعاً لذلك لا يستطيع الزوج المطلق أن يعيد الزوجة إلى بيت الزوجية إلا بعقد ورضا جديدين.

كما يلاحظ أن المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري تثير مسألة: هل يحتاج الزوج في مراجعة زوجته إلى عقد جديد؟ مع العلم بأن الزوج قد يطلق زوجته ولا ترفع القضية إلى المحكمة إلا بعد فترة؛ وربما تكون العدة قد انتهت، فالطلاق يقع بمجرد التلفظ به وتحسب على الرجل طلاقاً وتبدأ المرأة بعديتها، فإذا كان الطلاق رجعياً وراجعها أثناء فترة العدة لا يكون في حاجة إلى عقد جديد؛ أما إذا انتهت عدتها فيصبح الطلاق بائناً بينونة صغرى وفي هذه الحالة لا يستطيع أن يعيدها إلى عصمته إلا بعقد جديد. وعليه، نقترح أن نعدل المادة 50 من هذا القانون وتكون على النحو الآتي: "إذا كان الطلاق رجعياً وراجع الزوج زوجته أثناء فترة العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، وفي حالة كون الطلاق بائناً بينونة صغرى ورجب الزوج في إعادة زوجته إلى عصمته ورضيت هي بذلك فيحتاج إلى عقد جديد سواء انتهت فترة عدتها أم لا".

مما يثير إشكالا عويصا هل الطلاق العرفي يقع شرعا وديانة وقانونا ويحتاج إلى إسهاد قضائي من تاريخ التلفظ به؛ أم لا يقع إلا بحكم قضائي منشئ كونه ليس شرطاً للإثبات وإنما شرط للانعقاد؟ ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي؛ وبهذا الفهم يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليمياً؛ وهي مقر مسكن الزوجية لتقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق؛ وبعد أن يستوفي القاضي إجراء الصلح ويتأكد من سلامة إرادة الزوج في الطلاق، يصدر حكمه ولا تعتبر الزوجة مطلقة إلا من

تاريخ صدور الحكم⁽¹⁾.

ومن ثم يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق وليس وسيلة للإثبات، وتبعاً لذلك تصبح إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانوناً، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق. ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يستحدث أمراً جديداً، وإنما أخذ برأي بعض الفقهاء الذين يقولون بضرورة الإشهاد على الطلاق. وقد جعل المشرع الجزائري لهذا الحكم طبيعة الإنشاء لأنه ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين ويخلق بذلك وضعاً جديداً وذلك من تاريخ تصريح القاضي به⁽²⁾.

وهذا على خلاف التشريعات العربية وعلى رأسها التشريع المصري الذي يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، حيث يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية من إقرار وبينة ويمين⁽³⁾، حيث يكون إقرار الزوج بطلاق زوجته مستندا إلى تاريخ سابق لا يعد إنشاء لطلاق جديد، وحجتهم في ذلك هو حتى لا يجل له التزوج بأختها أو بأربع سواها زجراً له حيث كتم طلاقها وهو المختار⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري رغم أنه لم ينص على إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية تميز إثبات الطلاق العرفي وترتيب عليه آثاره بأثر رجعي، على أساس أن المشرع الجزائري

(1) فرجي بن سنوسي؛ مقال سابق، ص 84.

(2) بن حلينة يمينة؛ مذكرة سابقة؛ ص 157.

(3) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996، ص 183.

(4) أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة، ص 19.

منح للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى إيداع الأسباب ودون أن يكون للقاضي فيها دورا إيجابيا، وهذا ما يفيد أنه يقع الطلاق من تاريخ إعلان عنه وليس من تاريخ تصريح القاضي به، ولكن رغم ذلك فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء للكشف عنه مما يجعله من الأعمال الولائية وليس القضائية.

3- آثار إشكاليات إثبات الطلاق العرفي:

يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة للطلاق العرفي ذلك أن المفروض أن الطلاق العرفي لا يمكن أن يكون في الزواج رسمي إذ يقع الطلاق إلا بحكم وهو ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة. أما الزواج العرفي فيصح فيه الطلاق العرفي شرعا لا قانونا لأن الزواج العرفي⁽¹⁾ يقبل القانون إثباته والإشكال يمكن في حالة وجود الأولاد، إذ ينبغي إلحاق نسبهم للزوج الأول مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق النسب الأولاد مع الإشارة إلى أن الزوجة على ذمة زوج آخر، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي، وهنا وإن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به. رغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي وذلك بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها، بسماع الأطراف وكذا الشهود وقد صدرت عدة أحكام تؤكد الإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين⁽²⁾.

(1) داود بن صالح، الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق، مجلة الموثق، 2001، العدد الأول، ص 53.

(2) ينظر إلى بعضها مذكورة بن حليلة يمينة، رسالة سابقة، ص 161.

فقد يحدث أن يقدم الزوج على طلاق زوجته عرفيا ويسمع بذلك جماعة من المسلمين، ففي هذه الحالة فلا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ما لم يكن الزواج موثقا؛ وفي حالة عدم تسجيله وجب رفع دعوى تسجيل الزواج العرفي لإلحاق النسب؛ ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، ويرى البعض أنه يجوز رفع دعوى إثبات الزواج العرفي والطلاق العرفي في نفس الدعوى⁽¹⁾. غير أن هذا الموقف قد يوصل إلى عجائب إجرائية، فمن المعلوم أن حكم إثبات الزواج العرفي يكون ابتدائيا قابلا للاستئناف، بينما يكون حكم الإشهاد على الطلاق العرفي نهائيا. ومن ثم يمكن استئناف الحكم بإثبات الزواج، وقد يتم إلغاؤه من طرف قضاة المجلس، وهنا نكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود زواج، وهذا من الغرائب القانونية التي أوجدتها ظاهرة ازدواجية المصدر التشريعي لدى الاجتهاد القضائي، فمن قال بأن الطلاق العرفي إرادي انفرادي يقع شرعا، فانه لا يقع إلا بعد زواج صحيح، ومن قال لا طلاق إلا بحكم، فانه لا زواج إلا بحكم قضائي مثبت لواقعة الزواج العرفي.

وتتعدّد إشكالية إثبات الطلاق العرفي في حالة إعادة أحد الزوجين الزواج، فمن الناحية القانونية في ظل عدم اعتراف القانون بالطلاق العرفي حيث تبقى الزوجة في عصمته القانونية وان انتهت عدتها العرفية؛ مما يترتب نتائج خطيرة نخالف مقتضى قواعد الشريعة المتفق عليها إجماعا..

(1) وقد صدر في هذا الصدد قرار عن مجلس قضاء الجلفة تحت رقم 2002/178 بتاريخ 2002/10/26 تتلخص وقائع القضية في أن الدعوى المرفوعة بين (و) والذي قضى بتأييد الحكم القاضي بالإشهاد على صحة الزواج العرفي بينهما الحاصل سنة 1994 وكذا الإشهاد على صحة الطلاق العرفي بين الطرفين 1996.

أ- ازدواجية العدة على المطلقة عرفياً:

عملاً بالقواعد الشرعية العامة تعدّ المطلقة من تاريخ وقوع الطلاق اللفظي، فالعدة الشرعية التي تعبد الله بها المطلقة تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج المطلق بها مع استحباب حضرة شاهدين؛ وعدة قانونية ثانية تحسب من تاريخ صدور الحكم بالطلاق طبقاً للمادتين 58 من ق أ" من تاريخ التصريح بالطلاق" و60: "...وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق". فإذا افترضنا عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، فإن المطلقة تترى بعدتتين عرفية شرعية، وقانونية قضائية، نظراً للاختلاف في تاريخ بداية حساب مدة أقصى الحمل 10 أشهر. فعلى القول باحتسابها من تاريخ الحكم، تكون الولادة في حالة الحمل قد حصلت في مدة أطول من العشرة أشهر كون أن الأصل أن العدة تحتسب من تاريخ التلفظ لا من تاريخ الحكم الذي يتراخى لأشهر عن تاريخ التلفظ. ومن ثم يرى البعض أن عبارة "تاريخ التصريح بالطلاق" جاءت غامضة لأنها لم تحدد بيان المقصود بالتصريح بالطلاق هل هو من تاريخ رفع الدعوى أو من تاريخ تصريح الزوج به أو بتاريخ صدور الحكم؟

في الواقع يكون المقصود به هو الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء؛ ومن ثمة لا يمكن اعتبار أن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق في مسألة الطلاق العرفي، وإنما ينبغي على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة. ويترتب على هذه الازدواجية في العدة آثار كثيرة على الزوجين والغير خاصة منها: طول نفقة العدة؛ وثبوت النسب قانوناً قبل التصريح القضائي بالطلاق إلى حده الأقصى 10 أشهر؛ واعتبار زواج المطلقة بعد انتهاء عدتها الشرعية في حالة زنا وخيانة زوجية⁽¹⁾. وطبقاً للمادة 132 من قانون الأسرة، فمن حق الزوجة

(1) بن حليلة يمينه، رسالة سابقة، ص 167.

المطالبة به في أي وقت شاءت متى لم يصدر الحكم بالطلاق⁽¹⁾.

ب- موقف قاضي شؤون الأسرة من دعوى إثبات الطلاق العرفي:

مما سبق تكون دعوى إثبات الطلاق العرفي وليدة اجتهاد العمل القضائي دون أن تستند إلى أية مرجعية قانونية. وعليه فإذا تأكد القاضي من وجود الطلاق العرفي بتاريخ سابق، خصوصاً مع إصرار الزوجين عليه، فإنه لا يبقى أمامه إلا الحكم به متى صح إثباته بشهادة الشهود. لكن يثور الإشكال في حالة الزوج الذي يطلق زوجته بدون إشهاد؛ فإن أقروا طلاقه خالفوا الآية الكريمة التي تدعو إلى الإشهاد على الطلاق وإن رفضوا إقراره سمحوا له بالاستمرار في معاشره امرأة أجنبية عنه ديانة باعتبارها مطلقة بائناً في علم الله⁽²⁾.

فمن المعلوم أن مسألة إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا تكتسي غموضاً ذلك أنه يثبت بكافة طرق الإثبات من إقرار وبينه ويمين، فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر، فإن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، وإن لم تأت بشاهد فلا شيء على الزوج وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها، وإن حلف بالطلاق وادعت أنه أنكر 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⁽³⁾.

وفي قانون الأسرة الجزائري لم ينص على مسألة طرق إثبات الطلاق العرفي، ومع ذلك فإن اتجاه القضاء الجزائري ذهب إلى إثبات الطلاق العرفي في

(1) فرجي بن سنوسي، مرجع سابق، ص 85.

(2) محمد عزة دروزة، المرأة في القرآن والسنة، منشورات المكتبة العصرية بيروت، ص 100.

(3) د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، - الأحوال الشخصية-، دار الفكر دمشق، طبعة خاصة بالجزائر 1992، ص 460.

جميع الأحوال بالبينة وذلك بإجراء تحقيق في الموضوع بسماع الشهود، ويتم ذلك حتى في حالة إقرار الزوج وتصديقه من الزوجة، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر الإقرار هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق ومع ذلك يتم سماع الشهود لتأكيد الواقعة أكثر⁽¹⁾.

وتأكيدا لهذا المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا -المجلس الأعلى سابقا- ما يلي: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره.... ولما كانت الشريعة تحول 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 ولهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاة يعد مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية"⁽²⁾.

كما جاء في قرار آخر أنه يستوجب نقض القرار الذي أعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة شهود لم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحة ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض والنقص في محتواها⁽³⁾. وفي قرار لاحق اعترفت المحكمة العليا بالطلاق العرفي من خلال قرارها الصادر بتاريخ 16/2/1999 والذي جاء في المبدأ الثاني منه أنه: "من المقرر شرعا أنه

(1) بن حليمة يمينة، رسالة سابقة؛ ص 174.

(2) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، قرار بتاريخ 03/12/1984 ملف رقم 35026، المجلة القضائية 1989، العدد الرابع، ص 86.

(3) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، رقم الملف 38105، المجلة القضائية 1989، العدد الأول، ص 98.

يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء. ومتى تبين 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 من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾.

(1) محكمة عليا، غ، أ، ش، م، بتاريخ 16/2/1999، رقم الملف 216850، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، سنة 2001، عدد خاص، ص 100.

الخاتمة:

يبوأ الإسلام الأسرة أعلى المنازل ليقدم أنموذجا إنسانيا عالميا لما يجب أن تكون عليه العلاقة الزوجية من معاشرة بالحسنى واحترام متبادل؛ تحافظ فيه المرأة على ذاتيتها، غير أن وجود مصدر تشريعي منافس للشريعة الإسلامية يسعى إلى منازعتها في مركزيتها ودورها المحوري في تنظيم قضايا شؤون الأسرة جعل النظام الأسري في الدول العربية مهددا في ذاتيته، وخصوصيته، حيث يظهر مما سبق الأثر السلبي لازدواجية المصدر التشريعي لقضايا شؤون الأسرة على الاجتهاد القضائي فيها، حيث تولد عنها غرائب قضائية وإشكاليات قانونية خصوصا في ظل عدم الاعتراف القانوني بالطلاق العرفي، وكذا إشكالية توسيع حق الخلع بدون رضا الزوج، مما يمثل تهديدا واضحا لأمن الأسرة المسلمة، ومخالفة أحكام الشريعة الغراء، وتفويت مقاصدها الأسرية، بل يعد عدوانا على خصوصيتها في البناء الاجتماعي الايجابي بدلا من الدور الموعود لها من خلال تمكين المرأة قانونيا وقضائيا في صراعها مع الرجل بإلغاء قوامة الزوج للأسرة، بقصد إعادة ترتيب الأدوار داخل الأسرة.

وعليه يعوّل الفقه كثيرا على الاجتهاد القضائي المبني على الاستصلاحي والاجتهاد والمقاصدي لتكملة النص القانوني الناقص أو المعيب، ومن ثم توحيد العمل القضائي في مجال حل المنازعات الأسرية، على غرار مشكلة تسجيل واثبات الطلاق العرفي.

وعليه نقترح من خلال هذا البحث ضرورة تكوين قضاة في مادة الأحوال الشخصية تكويننا خاصا شرعيا وقانونيا، وتخصيص قانون للإجراءات في مجال مواد الأحوال الشخصية.