

إثبات الطلاق بين القانون والقضاء

أ. معامير حسبية

جامعة أدرار

ملخص

طبقاً لنص المادة 48 من ق.أ.ج فإن الطلاق هو كل ما يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، أو ما يكون بطلب من الزوجة (الخلع، حالات التطليق)، وهذه المادة على هذا النحو متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية برمتها، غير انه ما يثير الفضول هو الطلاق بإرادة الزوج المنفردة مع ما جاء في المادة 49 ق.أ.ج، حيث أن الطلاق بإرادة الزوج يكون فيه دور القاضي سلبي يتحقق فقط من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ليحكم بإثبات هذه الإرادة دون أن يكون له الحق في المناقشة إلا ما كان من اجل الصلح.

هذا التحليل نرى بأنه يتناقض مع ما جاء في نص المادة 49 ق.أ.ج، والتي اشترطت وجود حكم قضائي حتى يثبت وقوع الطلاق، بمعنى لا تعترف هذه المادة بالطلاق الواقع دون صدور حكم قضائي بشأنه (طلاق واقع خارج مجلس القضاء)، مع العلم أن الواقع العملي اثبت وجود هذه الحالات، وما كان على القضاء إلا خلق طريقة ما لإثبات هذا الطلاق، فأبدع إجراءات عرفية لإثباته.

لكن هذا ليس بحل من الناحية القانونية لذلك نناشد المشرع بضرورة النظر في المادة 49 ق.أ.ج والعمل على إيجاد طريقة ما تمكن من إثبات الطلاق العرفي والتضييق من دائرته ما أمكن، وإذا بحثنا في القانون المقارن لوجدنا أن القانون المصري والقانون المغربي تميزا في الوسيلة التي اعتمداها في تنظيم الطلاق وإثباته.

Abstract

According to the 48th article from the Algerian family law, divorce is every document signed by the husband by his freewill, or from the wife's claim (sues for divorce and its applications). Given this context, the article is considered valid and bidding from the perspective of Islamic law. However, in the case of a divorce claimed from the husband only is problematic. There is a possibility where the judge can here play a damaging role as Algerian family law gives him/her (the judge) a margin of freedom too large and too decisive that can be corescive and unconstructive if abused and manipulated. The article simply attends to this possibility from judicial point of view.

مقدمة

يُعَرَّفُ الطلاق شرعاً بأنه : « رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها »¹.

أما قانوناً فعرفت المادة 48 من ق.أ.ج الطلاق بأنه: « حل عقد الزواج يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون ».

بناءً على هذه المادة انصرف لفظ الطلاق إلى كل من الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، والى الطلاق بطلب من الزوجة (الخلع، وحالات التطلق)، وما آثار فضولنا في هذا الموضوع هو الطلاق بإرادة الزوج المنفردة باعتبار دور القاضي فيه سلبي يتحقق فقط من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ليحكم بإثبات هذه الإرادة دون أن يكون له الحق في المناقشة إلا ما كان من أجل الصلح.

هذا التحليل المبني على نص المادة السابقة والمتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، نرى بأنه يتناقض مع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة والتي نصت على أن : « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعدة عدة محاولات للصلح من طرف القاضي خلال مدة لا تزيد عن 03 أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى...الخ ».

¹ - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، (القاهرة: دار الفكر العربي)، ص 279.

هذه المادة عند قراءتها لأول ولهة نجدها مبهمة في مضمونها وان كانت صريحة في لفظها، فيفهم منها بان الحكم القضائي شرط شكلي لوقوع الطلاق، هذا معناه عدم الاعتراف بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء مع العلم أن الواقع العملي اثبت وجود هذه الحالات، وإذا تم تفسير هذه المادة على هذا النحو هذا يعني المخالفة الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية، لكن كيف تكون مخالفة للنصوص الشرعية ومصدر قانون الأسرة الشريعة الإسلامية كما يفهم من نص المادة 222 ق.أ.ج.

هذه التناقضات الموجودة في النصوص المنظمة للطلاق في قانون الأسرة الجزائري دفعت بنا إلى البحث عن معرفة موقف القاضي أمام الطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، هل يحكم بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي أم من تاريخ صدور الحكم؟ وإذا كانت الإجابة بنعم كيف يتعامل مع آثار الطلاق الرجعي مع العلم أن العدة تكون قد انقضت؟

كما دفعتنا التناقض الواقع بين المادتين 48-49 ق.أ.ج إلى البحث عن إرادة المشرع والتأكد من مدى موافقة الوسيلة التي اعتمدها في إثبات الطلاق لأحكام الشريعة الإسلامية.

وعليه سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها مما قد يطرح علينا من خلال الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: نتناول في هذا الفصل الحكم القضائي كوسيلة قانونية اعتمدها المشرع 49 ق.أ.ج لإثبات الطلاق، ونبين في الوقت ذاته موقف المشرع من هذه الوسيلة هل هي شرط شكلي لإيقاع الطلاق أم لا، وذلك من خلال تحديد موقف كل من القضاء والقانون اتجاه الطلاق العرفي، كما نشير إلى إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية هذا كله في مبحث أول، والمبحث الثاني من هذا الفصل خصصناه لدراسة الطرق والوسائل التي اعتمدها الشريعة الإسلامية لإثبات الطلاق الواقع.

أما الفصل الثاني: نعالج فيه الحكم القضائي كوسيلة إثبات فقط دون اعتباره شرط لإيقاع الطلاق، أي ننظر إلى الحكم القضائي كما هو مذكور لفظاً في المادة 49 ق.أ.ج، ونحاول معرفة مدى حجيتة كوسيلة إثبات في (مبحث أول)، كما نحلل دور الإجراءات السابقة على صدور الحكم في الحيلولة دون إثبات الطلاق العرفي في (مبحث ثاني)، ونتعرض إلى دور النيابة العامة في تسجيل حكم الطلاق (مبحث ثالث).

الفصل الأول: طرق إثبات الطلاق

سوف نحاول في هذا الفصل معرفة الوسيلة المعتمدة من قبل المشرع لإثبات الطلاق خاصة العرفي الذي سكت عن تنظيمه (في مبحث أول)، وانطلاقاً من أن قانون الأسرة الجزائري مصدره الشريعة الإسلامية بناءً على المادة 222 منه سوف نتعرف على كيفية إثبات الطلاق الواقع في الشريعة الإسلامية (في مبحث ثاني).

المبحث الأول: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

نتطرق في هذا المبحث إلى المبدأ الوارد في قانون الأسرة الذي يقضي بعدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي، وخروج القضاء عن هذا المبدأ بإثباته الطلاق العرفي بأثر رجعي (في مطلب أول)، و نبين الإشكالية التي يطرحها الطلاق العرفي على مستوى القضاء (في مطلب ثاني).

المطلب الأول: ثبوت الطلاق بحكم قضائي

طبقاً لنص المادة 49 من ق.أ.ج والسابق ذكرها والتي جاء فيها بان الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات للصلح من قبل القاضي، بناءً على هذه المادة نتساءل عن دور الحكم القضائي، هل هو وسيلة لإثبات الطلاق الواقع من الزوج بإرادته المنفردة كما هو مذكور لفظاً، أم هو شرط شكلي بوجوده يقع الطلاق ويحتسب على الزوج كما يفهم مضموناً، بمعنى آخر هل يمكن أن يقع

الطلاق خارج مجلس القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء، أم أنه لا يمكن تصور الطلاق خارج مجلس القضاء.

من خلال الفرعين التاليين سنتعرف على موقف كل من القانون والقضاء من الطلاق العرفي وكيفية التعامل معه.

الفرع الأول: موقف قانون الأسرة من الطلاق الواقع خارج مجلس القضاء

للولهة الأولى يفهم من سياق المادة 49 ق.أ.ج انه فقط مسألة الإثبات هي التي تبقى خاضعة للقضاء إلا أن وقوع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج ساحة القضاء.

غير أن موقف القانون من مسألة الطلاق ودور الحكم القضائي واضح من خلال المواد 48-49-50 ق.أ.ج والتناقض الواقع بينهم .

فالمادة 48 ق.أ.ج السالف ذكرها أسندت وبصريح العبارة إنهاء الرابطة الزوجية إلى الزوج بإرادته المنفردة، فبمجرد تلفظ الزوج بالطلاق يقع ويحسب عليه من عدد الطلقات التي يملكها، غير أن المادة 49 ق.أ.ج تدخلت وسلبت هذا الحق منه بوضع قيود على إرادة الزوج تتمثل في ضرورة رفع دعوى إلى القضاء يطلب من خلالها إنهاء الرابطة الزوجية بناء على رغبته، وضرورة إجراء محاولة الصلح والتي يقوم بها القاضي بحضور كاتب الضبط والطرفين، وفي الحالة التي يتوصل فيها القاضي إلى الصلح يحرر محضر بذلك يبين فيه نتائج محاولة الصلح، ولا يصدر حكم قضائي بذلك. بمعنى أن هذه المادة تؤكد على عدم الاعتراف بالطلاق العرفي، فمثلاً إذا كان الزوج طلق زوجته قبل لجوءه إلى القضاء، وأثناء محاولة الصلح تصالح معها وحرر القاضي محضر بذلك، فكيف يتم إثبات تلك الطلقة ما دام لم يصدر الحكم المثبت للطلاق والذي به يتم احتساب طلقة على الزوج من الناحية القانونية.

وما يزيد اقتناعنا بعدم اعتراف المشرع بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء ما جاء في المادة 50 ق.أ.ج: « من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد».

هذه المادة جاءت غامضة جداً ولم تفرق بين الطلاق الرجعي والبائن وجعلت من الحكم القضائي الفاصل الوحيد بينهما؛ هذا ما اضطرنا إلى طرح التساؤل التالي ما طبيعة الرجعة؟ هل يمكن اعتبارها طلقة تدخل ضمن الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج أم لا؟ بعبارة أخرى هل يفهم من ذلك بان المشرع اعترف ضمناً بالطلاق العرفي أم أن المراجعة لا تنصرف إلى الطلاق الرجعي؟ وإذا قلنا بأن الأمر كذلك فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري لا يعترف بوجود الطلاق الرجعي لأنه بصدور الحكم تبين الزوجة من زوجها؟

وحسب رأبي هذه المادة تؤكد على أن الطلاق لا يكون إلا بحكم وان الرجعة قبل الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي لا تدخل في مفهوم الرجعة التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي وهذا ما رآه أيضاً الأستاذ عمر زودة¹، لأنه إذا كان المشرع نص على الطلاق الرجعي في مادة مستقلة كان يمكن أن يفهم بان الرجعة تنصرف إليه، لكن المشرع سكت عن الطلاق الرجعي وترك المادة 49 هي المقدمة الحتمية للمادة 50، ولما قيدت المادة 49 الطلاق بضرورة صدور حكم قضائي حتى يعتبر الطلاق واقع في نظر القانون فهذا يعني أن للزوج إذا تصالحا مع زوجته قبل صدور الحكم أن يرجعها بلا عقد جديد لان الطلاق لم يتم، وما يؤكد هذا التحليل التعارض الواقع مع أحكام الشريعة الإسلامية بسبب هذه المادة فلو فرضنا وجود طلاق رجعي وان الرجعة انصرفت إليه، فهذا يؤدي إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة في حالة تلفظ الزوج بالطلاق وتأجيل رفع الدعوى أمام المحكمة لاستصدار حكم الطلاق، فيبدأ في

¹ - انظر، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، (الجزائر: منشورات اكسيكليديا، 2003)، ص32.

حساب العدة الشرعية من تاريخ الطلاق الصادر من قبل الزوج، وتبدأ العدة القانونية من تاريخ صدور حكم الطلاق، وذلك يؤدي إلى عدة إشكالات وتناقضات محتملة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة على عدة مستويات. وعليه إذا كانت نصوص قانون الأسرة لا تعترف بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء فكيف يتصرف القاضي حيال هذا الطلاق.

الفرع الثاني: موقف القضاء من الطلاق الواقع خارج مجلس القضاء

يؤكد القضاء في عدة قرارات له أن : « ليس الطلاق إلا عبارة على الإرادة المنفردة للزوج في جعل حد للحياة الزوجية وليس لقضاء الموضوع عند ثبوته إلا الإشهاد به والتصريح به... الخ»¹ ؛ وأنه : « من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه... الخ»²، فهذان القراران يؤكدان على انه بمجرد تلفظ الزوج بالطلاق يحسب عليه من عدد الطلقات التي يملكها.

كما أكد القضاء على جواز إثبات الطلاق بشهادة الشهود، حيث جاء في إحدى قراراته بأنه: «...ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاء أن يجرؤوا تحقيقا لسماع

¹ - المحكمة العليا الغرفة المدنية، 27 / 03 / 1968، النشرة السنوية، 1968، ص106، نقلا عن: بلحاج العربي: قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي و فقاً لقرارات المحكمة العليا، (الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية)،ص58.

² - المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 17 / 12 / 1984، ملف رقم 35322، المجلة القضائية، 1984، عدد 4، ص91، نقلا عن : بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي و فقاً لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 73 .

الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أمامهم،.....الخ»¹.

وكنموذج على ذلك صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس تثبت الطلاق بأثر رجعي أهمها القرار رقم 99/19 الصادر بتاريخ 1999/01/30 والذي صدر اثر استئناف حكم قضى بالإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين في شهر أوت 1996، وإلزام المدعي عليه بان يدفع مبلغ 40.000 دج عن الطلاق التعسفي، ومبلغ 10000 دج نفقة عدة، ومبلغ 1000 دج نفقة إهمال للابن تسري من تاريخ 1998/06/01 إلى غاية النطق بالحكم وإسناد حضانة الابن لأمه. وقد كان قرار المجلس بتأييد الحكم مبدئياً مع تعديله بحذف مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي.

ومما سبق فان موقف القضاء من الطلاق الواقع خارج مجلس القضاء كان ايجابياً، كما نظر إلى الحكم باعتباره أداة لإثباته لا لإيقاعه، غير انه إذا اعتبر الحكم من الناحية القانونية وسيلة فقط للإثبات كما ذهب إلى ذلك القضاء فالى أي مدى تثبت نجاعته خاصة أمام الإجراءات السابقة على صدور الحكم؟ (هذا ما سنحاول معرفته في الفصل الثاني)، أما الآن فبعد معرفة موقف كل من القانون والقضاء اتجاه الطلاق العرفي نتساءل عن الإشكالات التي يثيرها هذا الطلاق على ضوء التطبيقات القضائية لقانون الأسرة.

¹- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 03 / 12 / 1983، ملف رقم 35026، المجلة القضائية، 1989، عدد4، ص 86، نقلاً عن : العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي و وفقاً لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 64 .

المطلب الثاني: إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية

إن الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى بنا إلى مشاكل عويصة خاصة وأن المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق العرفي، فما هي أهم هذه الإشكاليات؟

الفرع الأول: حالة عدم تسجيل عقد الزواج

تنص المادة 22 من ق.أ.ج على أن: « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه ». من هذا النص يتضح بأن المشرع يعترف بوجود الزواج العرفي ويرتب عليه آثاره كاملة من إثبات النسب ووجوب النفقة... الخ، إلا أنه قد يحدث أن يقدم الزوج على طلاق زوجته عرفيا وينصرف كل منهما إلى حال سبيله، فما مصير هذا الزواج وما مصير الأولاد إن وجدوا؟

بادئ ذي بدء يجب القول أنه لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن دعوى الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج العرفي، ومن ثمة وجب أولاً رفع دعوى التسجيل الزواج أو إلحاق النسب ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، هذا طبعاً إذا سايرنا الواقع وسلمنا بقبول دعوى إثبات الطلاق العرفي والتي فرضت نفسها بشدة في الواقع العملي .

والحكمة من عدم جواز رفع الدعوىين بموجب عريضة واحدة تكمن في اختلاف دعوى الطلاق عن دعوى إثبات الزواج هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن حكم الطلاق يكون نهائياً في حين أن حكم إثبات الزواج يكون ابتدائياً ومن ثم يمكن استئناف الحكم بإثبات الزواج، وقد يتم إلغاؤه من المجلس وهنا نكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود زواج؟

الفرع الثاني: حالة إعادة أحد الزوجين الزواج

سنتعرض لحالة كل زوج على حدة

أ- حالة إعادة الزوج الزواج

وهذه الحالة لا تطرح إشكال إلا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلاً أو الزواج بأكثر من أربعة، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقاً للشروط الواردة في السنة النبوية الشريفة، إلا أنه من الناحية القانونية يطرح إشكالا كبيرا، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواج فاسد يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب الاستبراء، ومن ثمة كان يستحسن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحاً.

ب- حالة إعادة الزوجة الزواج

هذه الحالة تطرح إشكالا كبيراً على الصعيد القضائي، ويكون ذلك في حالة المطلقة عرفياً من زواج رسمي، فهذه الأخيرة إذا أعادت الزواج عرفياً فحسب القانون الجزائري يمكن متابعتها بجريمة الزنا، ذلك لكون المشرع لا يعترف بالطلاق العرفي، ومن ثم فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد، وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية عن جريمة الزنا.

الفرع الثالث: احتساب العدة وعدد الطلقات على الزوج

في حالة احتساب العدة تثار إشكالية متى يتم بدء احتسابها، هل من يوم وقوع الطلاق العرفي أو من تاريخ التصريح به قضائياً، فإذا أخذنا بحرفية نصوص قانون الأسرة فإن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق، وبالتالي في حالة الطلاق العرفي نكون بصدد ازدواجية العدة ومن ثم تناقضات محتملة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

أما بخصوص احتساب عدد الطلقات على الزوج، فنكون بصدد المخالفة الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك متى طبق القاضي نص المادة 49 من قانون الأسرة حرفياً، فعلى سبيل المثال إذا طلق الزوج زوجته طليقة أولى عرفياً ثم رفع دعوى طلاق ليس لإثبات تلك الطليقة وإنما لإعطاء الصيغة الرسمية، وأثناء محاولة الصلح تصالحا الزوجان وفرضاً أعلم الزوج القاضي بتلك الطليقة، فالقاضي طبقاً للمادة 49 ق.أ.ج يحزر محضر الصلح ولا يبالي بتلك الطليقة مادام قانون الأسرة لم ينص على كيفية التعامل معها، ثم بعد ذلك رجع وطلق الزوج زوجته مرة ثانية، وتصالحا في جلسة الصلح وطبعاً لم يسجل القاضي هذه الطلقات على الزوج فيعتبر في نظر القانون كأنه لم يطلقها، ثم طلقها مرة ثالثة، ففرضاً توصل القاضي إلى الصلح معهما في هذه الحالة يكون قد احل لهما حراماً، أو فرضاً انه لم يتوصل إلى الصلح فيكون قد حسب على الزوج طليقة واحدة بائنة تخول له الحق في مراجعة زوجته وبهذا يحل حراماً. بناء على هذه الإشكاليات التي يطرحها الطلاق العرفي، نجد القضاء يذهب إلى إثباته بأثر رجعي استناداً على أحكام الشريعة الإسلامية والتي ورد النص بالإحالة عليها في كل ما لم يتم النص عليه في قانون الأسرة.

المبحث الثاني: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية

نظراً لسكوت المشرع عن إثبات الطلاق العرفي أدى بنا هذا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لمعرفة كيفية إثبات الطلاق، وبتساءل هل تركت الشريعة الإسلامية حق الطلاق حراً بلا قيود أم ثمة قيود يتعين على الزوج الالتزام بها حتى يقع طلاقه، وإذا تم الطلاق فما هي الطرق الشرعية المقررة لإثباته.

المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية

اختلفت آراء الفقهاء بخصوص الإشهاد على الطلاق، فمنهم من اعتبره شرط صحة في الطلاق فلا يقع الطلاق إلا به على خلاف البعض الآخر، وسنبين موقف كل من فقهاء الشيعة والسنة، وبعض آراء الفقهاء المعاصرين من خلال الآتي.

الفرع الأول: موقف فقهاء الشيعة الإمامية

يشترط فقهاء الشيعة الإمامية لصحة الطلاق الإشهاد عليه، يعني إيقاعه بحضور شاهدين عدليين ذكرين يسمعان الإنشاء سواء قال لهما اسمعا أم لا، وحتى يتحقق هذا الشرط عندهم ويقع به الطلاق فانه يشترط اتحاد مجلس الشاهدين حين سماع الإنشاء، ولا يعتد باجتماعهما في تحمل الشهادة وأدائها لو شهدا بإقراره بالطلاق، ولا يتحقق هذا الشرط كذلك إذا كان جنس كل من الشاهدين أو احدهما أنثى¹.

وما استدلوا به في اعتبار الإشهاد شرط صحة في الطلاق قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ، ذَالِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً ﴾ {الطلاق الآية-2}، ووجه الاستدلال أن الله سبحانه وتعالى أمر بالإشهاد، والأمر يقتضي الوجوب في عرف الشرع، وعليه فان حمل كل ما ظاهره الوجوب على الاستحباب يعتبر خرقاً لعرف الشرع دون إسناد إلى دليل².

¹ - انظر، السيد ضياء المرتضوي: فقه الثقلين في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الطلاق، (إيران : مطبعة مؤسسة العروج، ط1، 1422هـ)، ص129،135،136.

² - انظر، الطهطاوي أحمد عبد العال: تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2003)، ص 100.

كما استدلو على ذلك بمجموعة من الروايات منها رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر الباقر عليه السلام في حديث قال: « جاء رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين إني طقت امرأتي، قال: ألك بينة؟ قال لا، قال: أعزب » وغيرها من الروايات التي استدلو بها.

الفرع الثاني: موقف فقهاء السنة

ذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف ومن بينهم الأئمة الأربعة إلى عدم اشتراط الإشهاد على الطلاق، باعتبار أن الطلاق حق للرجل، ومن تم لا يحتاج إلى بينة عند استعماله، واستدلو على ذلك بأنه لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا على الصحابة رضي الله عنهم أن اشتراطوا الإشهاد على الطلاق حتى يقع، بمعنى لم يعتبروا الشهادة شرط صحة لوقوع الطلاق بالرغم من كثرة حوادث الطلاق التي مرت عليهم¹.

الفرع الثالث: رأي الفقه المعاصر

ذهبت بعض آراء الفقهاء المعاصرين إلى اشتراط الإشهاد على الطلاق حتى يقع، ومن بين هذه الآراء، رأي الفقيهان: احمد شاكِر، ومحمد أبو زهرة². اعتبروا هذان الشيخان بان الإشهاد شرط صحة في الطلاق والرجعة مخالفين بذلك ما ذهب إليه الشيعة الامامية، التي اقتصرت الإشهاد على الطلاق دون الرجعة.

واستدلو على ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا دَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ {الطلاق الآية-2}، حيث رأوا بأن الأمر بالشهادة جاء بعد ذكر إنشاء الطلاق وجواز الرجعة،

¹ - انظر، إمام كمال الدين، الشافعي سالم جابر عبد الهادي، مسائل الأحوال الشخصية" الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد"، (بيروت: منشورات الحلبي، 2003)، ص 407؛ أبو زهرة محمد، مرجع سابق، ص 388.

² - شاكِر أحمد، نظام الطلاق في الإسلام، (القاهرة: مكتبة السنة، ط1، 1987)، ص 92 - 93؛ أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص 369.

فكان المناسب أن يكون راجعاً إليهما، وإن تعليل الإشهاد بأنه يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر يرشح لذلك ويقويه، لأن حضور الشهود العدول لا يخلو من الموعظة الحسنة التي يزوجونها إلى الزوجين، فيكون لهما مخرج من الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله سبحانه وتعالى.

وما نراه نحن الأخذ بالإشهاد كشرط صحة في الطلاق وهو أرجح رأي لما فيه من فوائد أهمها :

- إن الإشهاد يؤدي إلى تضيق دائرة الطلاق.
- أنه يعتبر وسيلة للإثبات في حالة وقوع الطلاق خارج مجلس القضاء و الإنكار من أحد الزوجين.
- الدور الفعال للشاهدين في الحيلولة دون وقوع الطلاق، وذلك بمحاولة الصلح بين الزوجين قبل إيقاعه،
- إذ يمكن اعتبارهم حكمين في حالة الشقاق، ويكون دورهما الفعال متميزا خاصة وقت الغضب والانفعال.

المطلب الثاني: الطرق المقررة شرعاً لإثبات الطلاق

إن مسألة إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا تكتسي غموضاً ذلك لأنه يثبت بكافة طرق الإثبات من بيعة وإقرار وبمين.

الفرع الأول: البيعة

تمثل الشهادة إحدى أهم وسائل إثبات الحق المدعى به، فالبيعة حجة متعدية، والثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار.

وذهب جمهور الفقهاء على جواز إثبات الطلاق بشهادة رجلين، واختلفوا بخصوص شهادة النساء

منفردات أو مع رجل بين الجواز والمنع¹.

أما عن صور الشهادة لإثبات الطلاق فالأصل فيها أن تكون مباشرة أي بمعاينة الشاهد المشهود عليه بنفسه، غير انه استثناء تجوز الشهادة على الشهادة².

الفرع الثاني: الإقرار

يعرف الإقرار شرعاً، بأنه إخبار المقر بحق عليه للغير³، وكأصل عام الإقرار متى صدر بعد توافر شروطه ترتب عليه إظهار الحق وإنشائه من أول الأمر وإلزام المقر بما أقر به وإلزام القاضي الحكم بموجبه. وعليه إذا ادعت الزوجة حصول الطلاق وأقر الزوج به لزمه هذا الإقرار وثبت الطلاق، لكن إذا أقر الزوج بالطلاق وهو كاذب فيه أو مخطئ أو أقر بالطلاق وأسندته إلى زمن سابق على الإقرار، فهل يؤخذ به لإثبات الطلاق؟

البند الأول: أثر إقرار المخطئ والكاذب بالطلاق

جاء في مذهب الأحناف أنه إذا أقر شخص بشيء - الطلاق أو غيره - بعد ذلك ادعى الخطأ في إقراره لم يقبل منه، واستثنى الفقهاء حالة واحدة يصدق فيها المقر، وهي ما إذا أقر بوقوع الطلاق بناءً على فتوى المفتي ثم تبين عدم الوقوع، فإن هذا الطلاق لا يقع ديانة⁴.

¹ - انظر، الزحيلي محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، (دمشق: دار الفكر، ط2، 2002)، ص338، 343؛ ابن قدامة موفق الدين، المغني و الشرح الكبير، (بيروت: دار الكتاب العربي)، ج12، ص7.

² - انظر، ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2003)، ج8، ص225؛ ابن جزري أبو القاسم: القوانين الفقهية، (عين مليلة الجزائر: دار الهدى، 2000)، ص205.

³ - انظر، ابن عابدين محمد أمين، مرجع سابق، ج8، ص350.

⁴ - انظر، زين الدين بن ابراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر، (الرياض: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 1996)، ص245.

أما إذا أقر كاذبا بالطلاق، فإنه يصدق ديانة ولا يصدق قضاء، إلا إذا قام دليل على كذب المقر بالطلاق في إقراره كان إقراره باطلا و لا أثر له، كما إذا أقر بطلاق امرأته ليتوصل إلى الزواج بأخرى لا يجوز له شرعاً أن يجمعها مع الزوجة المذكورة في نكاح واحد¹.

البند الثاني: الإقرار بالطلاق مع إسناده إلى زمن سابق على الإقرار

إذا أقر الرجل بطلاق زوجته حين إيقاعه عليها و أشهد على ذلك رجلين فإنه تجب العدة على الزوجة من وقت وقوع الطلاق و تنقضي عدتها بمضي زمانها، أما إذا كتبه ثم أخبر به بعد مدة فإنه لا يصدق في الإسناد بل تجب العدة من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبت، ذلك لنفي تهمة المواضعة أي الاتفاق بين الزوجين على الإقرار بالطلاق وإسناده إلى زمن ماض حيث تكون فيه العدة قد انقضت ليتزوج أختها مثلاً².

الفرع الثالث: اليمين

تعد اليمين وسيلة داخلية تعتمد على الضمير وقوة الوازع الديني، وهي وسيلة ضرورية لأبد منها لأنه قد تنعدم الوسائل المادية أو قد تعجز هذه الوسائل عن إثبات كل شيء فلا يبقى على المدعى من وسيلة إلا اللجوء إلى الأمور المعنوية لإثبات ما ادعاه، وفيما يخص إثبات الطلاق الواقع ذهب جمهور الفقهاء على جواز إثباته باليمين³.

¹ - انظر، البكري عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، (دار محمود للنشر و التوزيع)، ج4، ص 185.

² - انظر، علاء الدين محمد بن علي الحصفكي، رد المحتار على الدر المختار «حاشية ابن عابدين»، تحقيق: عبد المجيد طعمة حلبي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ- 1998 م)، ج5، ص207.

³ - انظر، الزحيلي محمد، مرجع سابق، ص370.

الفصل الثاني: إجراءات إثبات الطلاق

يعتبر الحكم القضائي في نظر القانون وسيلة أو شرط شكلي لوقوع الطلاق وبدونه لا يعترف القانون بوجود طلاق، وهذا ما بيناه في الفصل الأول، غير أن الزوج إذا احتزم أحكام المادة 49 من ق.أ.ج وطلق زوجته أمام القاضي فإن الحكم القضائي يعتبر وسيلة فعالة في إثبات هذا الطلاق كما سنرى لاحقاً، كما أن الإجراءات السابقة على صدور الحكم لا تشكل أي عرقلة بل بالعكس قد يكون لها دور في الحيلولة دون وقوع الطلاق؛ لكن إذا عكسنا دور الحكم واعتبرناه وسيلة لإثبات الطلاق فقط وليس شرط شكلي لإيقاعه، أي نتبع ما هو مذكور لفظاً في المادة 49 ق.أ.ج، ونتساءل هل يصلح الحكم مع الإجراءات السابقة على صدوره لإثبات الطلاق العرفي؟ هذا ما سنعرفه من خلال الآتي.

المبحث الأول: الحكم القضائي وحجيته

من خلال هذا المبحث سنحاول أن نتعرف على مدى حجية الحكم القضائي كوسيلة إثبات، وإن كان هذا الأخير لا ينتمي إلى زمرة طرق الإثبات فالحكم لا يعتبر دليلاً كتابياً، وقبل معرفة ذلك فإنه ينبغي علينا التطرق أولاً إلى مفهوم الحكم القضائي وبيان طبيعته.

المطلب الأول: مفهوم الحكم القضائي وطبيعته

من خلال الفرعين الآتين سيتضح معنى الحكم القضائي وبيان طبيعته .

الفرع الأول: مفهوم الحكم القضائي

« الحكم بالمعنى العام، هو كل قرار صادر في إطار القوانين الإجرائية من طرف هيئة قضائية منتظمة بصفة شرعية، من شأنه عادة أن ينهي الخصومة،

- وأن يضع حدا للنزاع؛ وبالمعنى الضيق يقصد به ما تصدره المحاكم الابتدائية وحدها من قرارات»¹ و نضيف نحن عليه ما تصدره من أحكام.
- و يتميز الحكم القضائي بالخصائص التالية:
- 1- أن مضمونه يشتمل على وجوب احترام ما قضى به بمثابة النص القانوني، وضرورة تنفيذ ما جاء فيه.
 - 2- أنه مكتوب، باعتباره من الأوراق الرسمية القابلة للتنفيذ، فإن لم يكن مكتوبا لم يكن له وجود.
 - 3- أنه صادر عن هيئة قضائية، قائمة بصفة شرعية وفي حدود اختصاصاتها القانونية.

الفرع الثاني: طبيعة الحكم القضائي

- الأحكام القضائية تنقسم إلى أحكام تفريرية وأحكام منشئة وأحكام إلزام، وكل حكم له طبيعة خاصة وأثار قانونية يتميز بها عن غيره؛ والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد، في أي نوع يندرج الحكم بالطلاق؟ للإجابة عن هذا السؤال ينبغي علينا تعريف كل واحد من الأحكام السابقة.
- 1- الحكم الملزم: مضمون هذا الحكم هو إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري، وحتى يعتبر
 - القضاء إلزام يجب أن يرد التقرير على رابطة حق يقابلها التزام².
 - 2- الحكم المقرر: الحكم المقرر هو الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو مركز قانوني دون إلزام

¹ - بكوش يحي، الأحكام القضائية و صياغتها الفنية، (المؤسسة الوطنية للكتاب، 1984)، ص 9؛ انظر، نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1993)، ص 448 - 449.

² - انظر، طاهري حسين، الإجراءات المدنية الموجزة في التشريع الجزائري، (الجزائر: شركة الأيام، ط1، 1999)، ص 140.

المحكوم عليه بأداء معين أو إحداث تغيير¹.

3 - الحكم المنشئ : الحكم المنشئ هو الذي يقضي بإنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني موضوعي،

وبمجرد الحصول على هذا القضاء تتحقق الحماية القضائية².

من هذه التعاريف يتبين لنا أن الحكم بالطلاق يختلف عن غيره من الأحكام القضائية، فهو حكم مقرر ومنشئ في الوقت ذاته، فهو مقرر لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق يكشف عن إرادة الزوج الذي تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، كما أنه حكم منشئ لمراكز قانونية جديدة هي مركز المطلق والمطلقة.

المطلب الثاني: حجية الحكم القضائي

يقصد بحجية الحكم بصفة عامة أن للشيء المحكوم به قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، إذ أن الحكم إذا صدر صحيحا من حيث الشكل والموضوع، فهو حجة على ما قضى به³.

وحجية الشيء المقضي به تلعب دورها خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم الحائز لهذه الحجية، فهي تلعب هذا الدور بالنسبة للمستقبل فلا يجوز إعادة طرح النزاع بذات عناصره على أية محكمة أخرى بعد صدور حكم قطعي في موضوعه، ولكن هذه الحجية قد تزول وتسقط بمجرد الطعن فيه، فإذا تأكد الحكم تعود الحجية عندئذ ويصبح حائزاً لقوة الأمر المقضي به، أما إذا ألغاه (أو نقضه) الاستئناف فإن الحجية تزول، لهذا تختلف الحجية عن قوة الأمر المقضي به، فقوة الأمر المقضي من النظام العام لا يمكن الطعن فيها بأي شكل

¹ - انظر، طاهري حسين، المرجع السابق، ص 140؛ عمر زودة، مرجع سابق، ص 99.

² - انظر، طاهري حسين، المرجع السابق، ص 140.

³ - انظر، عابدين محمد أحمد، الدعوى المدنية في مرحلتها الابتدائية، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1994)، ص 725-726.

من الأشكال¹، وبتطبيق ذلك على حكم الطلاق نجده يتمتع بحجية مطلقة وقاطعة، لأن حكم الطلاق لا يقبل الاستئناف، هذا ما أكدته أحكام المادة 57 من ق.أ.ج، وهذا يعني أن أحكامه هذه تتمتع بحجية الأمر المقضي به بمعنى أنه لا يقبل أي طعن عادي، وبناء على ما سبق فإننا نقول بأن الحكم بالطلاق يمثل وسيلة قانونية فعالة لإثبات الطلاق.

المبحث الثاني: الإجراءات السابقة على صدور الحكم

إذا كان الطلاق يجب أن يثبت بحكم، فهذا يعني أنه لا بد من اللجوء إلى القضاء، ولا بد من الاحتكام إلى قاضي، ولا بد من إتباع إجراءات قانونية تتمثل في رفع الدعوى وإجراء الصلح باعتباره أهم إجراء تتميز به دعاوى الطلاق، ومن خلال الأتي سنعمل على بيان هذه الإجراءات، وبيان ما تثيره من إعاقات لإثبات الطلاق.

المطلب الأول: رفع دعوى الطلاق

وترفع دعوى الطلاق إلى القضاء بطريقتين طبقاً للمادة 12 من ق.أ.م. شأته في ذلك شأن كل من يرغب في رفع دعوى مدنية، فإما أن يلجأ إلى المحكمة المختصة مرفقاً بعريضة افتتاحية للدعوى مبيناً فيها هوية الطرفين و عنوانهما ويذكر فيها كافة الوقائع والأسباب التي يبني عليها طلب الطلاق، فإذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وجب أن يوقع الطلب في النهاية من المدعي أو وكيله، ويوجه الطلب إلى السيد رئيس المحكمة (فرع شؤون الأسرة).

أما الطريقة الثانية فهي أن يتقدم صاحب المصلحة إلى المحكمة مرفقاً بعقد زواجه ويدلي بتصريح شفهي أمام كاتب الضبط المختص والمكلف بمسك العرائض، ويدلي له بكل المعلومات عن هويته الكاملة ويسرد له الأسباب التي

¹ - انظر، معوض عبد التواب، الدفوع المدنية و التجارية، (طنطا: مطبعة الانتصار لطباعة الأسفت، ط4، 2000)، ص 479 .

دفعته لطلب الطلاق، وبعد أن يحرر الكاتب مقالا حول ما تُلِي عليه يوقع المعني بالأمر على تصريحاته أو يشير الكاتب إلى أنه لا يحسن التوقيع؛ ونشير إلى أن هذه الطريقة غير معمول بها في الواقع العملي .
وحتى تقبل دعوى الطلاق ينبغي أن ترفع أمام المحكمة المختصة، علاوة على ضرورة توفر شروط الدعوى، وبعد توفر هذه الشروط ووصولها إلى المحكمة المختصة فإنه قد تطرأ على دعوى الطلاق بعض الأمور، سواء في بدايتها أو أثناء سريانها، تؤدي إلى إنهاء الخصومة قبل الفصل في الموضوع بصدور حكم بالطلاق، والذي به يثبت الطلاق. وسنتناول كل هذه المسائل من خلال الآتي.

الفرع الأول: المحكمة المختصة بدعوى الطلاق

طبقا للمادة 8 من ق.إ.م والتي نصت في فقرتها الثانية على أنه: « ترفع الطلبات المتعلقة بدعوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية » .

بناء على هذه المادة فإن المحكمة المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق هي المحكمة التي يقع بدائرتها محل الزوجية، واختصاص محكمة مقر الزوجية بنظر دعوى الطلاق ليس من النظام العام، فلا تبديه المحكمة من تلقاء نفسها، كما يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته¹، وعليه يجب على المدعى عليه أن يبديه قبل أي دفع أو دفاع آخر في الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 93 من ق.إ.م.

وإذا أشير إلى هذا الاختصاص ولم تستجب إليه المحكمة، فإن قرارها يكون معرضاً للنقض باعتبار أنها خرقت القانون.

¹ - انظر، بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، (الجزائر: دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2002)، ج1، ص 314 .

ومسألة الاختصاص هذه وإن كانت تبدو بسيطة لكنها تثير إشكالية بخصوص إثبات الطلاق، وذلك عندما يتمسك الأزواج بهذا الاختصاص ويدفعون به، والقاضي طبعاً يجد نفسه ملزماً بالاستجابة إلى دفعهم لأنها تستند على القانون، فيصدر حكماً بعدم الاختصاص .

هنا نتساءل عن فائدة الحكم لإثبات الطلاق ؟ خاصة إذا وقع خارج مجلس القضاء مسبقاً بإجراءات قد تحول دون صدور الحكم وبالتالي دون إثبات الطلاق.

لذاً يتوجب على المشرع أن يضع إجراءات خاصة بإثبات الطلاق، ولا يتركها خاضعة إلى الإجراءات العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية.

الفرع الثاني: شروط الدعوى

لقد أخضع المشرع قبول الدعوى إلى شروط، منها ما هي عامة في كل الدعاوى، ومنها ما هي خاصة بالطلاق، وكلا من هذه الشروط لها دور في قبول الدعوى أو رفضها شكلاً.

1- الشروط العامة: نصت عليها المادة 459 من ق.إ.م بقولها: « لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك... الخ ».

وعليه فالشروط العامة لقبول الدعوى هي:

1- الصفة: عرفها البعض بأنها المصلحة الشخصية المباشرة¹.

« والصفة من وجهة نظر القضاء هي صلاحية قانونية إجرائية بحتة يجب أن تتوافر فيمن يرفع الدعوى وفيمن ترفع الدعوى ضده، وهي لا تثبت إلا لصاحب الحق أو ممثله القانوني »².

¹ - انظر، رشيد الصباغ، صفة الأم في رفع الدعوى بإثبات نسب ابنها من أبيه و دعوى الإنفاق عليه، المجلة القانونية التونسية، ع1، سنة 1977، ص 56.

² - انظر، معوض عبد التواب، صيغ الدعاوى والأوراق القضائية، ص 267 .

ويستمد رافع دعوى الطلاق الصفة من العلاقة التي تربطه بالمدعى عليه، و تتمثل في الرابطة الزوجية الصحيحة؛ وما نراه نحن أن هذا الشرط يعرقل إثبات الطلاق، خاصة وأن الطلاق تقبل فيه الشهادة حسبية.

2- الأهلية: ويقصد بها أهلية التقاضي أمام المحكمة، وعليه فإنه يجب على رافع دعوى الطلاق أن يكون بالغاً سن الرشد المدني وهو سن 19 سنة من العمر وفقاً لما نصت عليه المادة 40 من ق.م.ج، ومتمتعاً بقواه العقلية غير مجنون، وغير محجور عليه، بحيث لا يجوز للمحكمة أن تقبل أية دعوى من أي شخص فاقد الأهلية، أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني.

3- المصلحة: « يقصد بها الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى »¹، ومصلحة رافع دعوى الطلاق تتمثل في إثباته للطلاق.

والمصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية، ويشترط أن تكون شخصية ومباشرة، وأن تكون قائمة و حالة؛ ونشير إلى أن الحق في الطلاق هو ملك للزوج يوقعه متى شاء، ومتى أوقعه حسب عليه دون اشتراط وجود مصلحة قائمة و حالة.

II - الشروط الخاصة: من شروط تقديم دعوى الطلاق أمام المحكمة شرط تقديم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية الموجودة بالبلدية، وهذا الشرط جاءت به المادة 5 في فقرتها الثانية من قانون رقم 224-63 الخاص بتحديد سن الزواج، وفي حالة عدم تقديمها فإن المحكمة حتماً ستحكم بعدم قبول دعواه.

وما ينبغي التنبيه إليه بخصوص شروط الدعوى أنها من النظام العام طبقاً للمادة 459 من ق.إ.م، وعند انعدام إحداها ترفض الدعوى شكلاً، هذا ما يؤكد أهمية هذه الشروط في كل دعوى قضائية، وعليه نتساءل عما إذا طلق الزوج زوجته قبل الوصول إلى مجلس القضاء وهذا غالباً ما يحدث في المجتمع

¹ - عمارة بلغيت : الوجيز في الإجراءات المدنية، (الجزائر: دار العلوم للنشر والتوزيع، 2002)، ص 47

الجزائري والعربي ككل، ما فائدة رفع الدعوى لإثبات الطلاق إذا كانت هذه الأخيرة ترفض من أول وهلة لانعدام أحد هذه الشروط؟ فكيف يثبت الطلاق بعد ذلك خاصة إذا لم يعد الزوج ليرفع دعوى طلاق من جديد.

الفرع الثالث: عوارض سير دعوى الطلاق

يقصد بعوارض الخصومة العوامل و الأحداث التي تحيد بها عن سيرها الطبيعي نحو الفصل فيها، فتؤدي إما إلى وقفها أو إلى انقضائها بغير حكم في موضوعها¹.

وسنقصر الدراسة هنا على العوارض التي تنهي الخصومة بغير حكم في موضوعها لأهميتها في إبراز توقف عملية إثبات الطلاق الذي لا يثبت إلا بصدور حكم. و تتمثل هذه العوارض في: شطب الدعوى، ترك الخصومة، سقوط الدعوى.

1- شطب دعوى الطلاق

يقصد بالشطب عدم إبقاء الدعوى بجدول القضايا أي استبعادها من جدول الجلسات، أو عدم نظرها من قبل المحكمة؛ وسبب الشطب غياب المدعي عن الجلسة الأولى رغم صحة التبليغ، وبناءا عليه يكون مضمون الحكم الذي يصدره القاضي هو الشطب لعدم حضور المدعي².

وإذا ما شطبت دعوى الطلاق أو رفضت شكلاً، فإن هذا يحول دون إثبات الطلاق الذي يحتمل وقوعه خارج مجلس القضاء، باعتبار أن الطلاق طبقاً للمادة 48 من ق.أ.ج يوقعه الزوج بإرادته المنفردة أو بتراضي الزوجين.

وعليه فإن عدم توثيق الطلاق الواقع من الزوج بإرادته المنفردة أو الواقع بتراضي الزوجين، يتعارض مع المتفق عليه من أحكام الشريعة الإسلامية، لذا

¹ - انظر، أبو الوفا أحمد، أصول المحاكمات المدنية، (بيروت: الدار الجامعية للطباعة و النشر، 1983)، ص 537.

² - انظر، سنقوقة سائح، الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، (عين مليلة الجزائر: دار الهدى، 1996)، ص 51.

فإنه ينبغي توثيق الطلاق بمجرد وقوعه ودون حاجة إلى كل هذه الإجراءات التي قد تعيق إثباته .

II - ترك الخصومة

ويقصد بها ترك المدعي الخصومة والتنازل عنها بعد قيامها، وهذا قد يحدث في الجلسة الأولى وقبل حضور المدعى عليه، بحيث بعد أن يقدم دعواه بطلب الطلاق، يرجع ويبيدي رغبته في تركها لاحتمال وقوع الصلح؛ ويترتب على ترك الخصومة زوال جميع إجراءات الدعوى¹.

وإذا ما تنازل الزوج عن دعوى الطلاق مع احتمال إيقاعه للطلاق قبل رفع الدعوى، فهذا يعتبر بمثابة تعمد منه في عدم توثيق طلاقه، والقانون يسهل له في ذلك بدلاً من فرض عقوبات رادعة لعدم إعلانه عن الطلاق الذي أوقعه. لذا فإننا نرى بضرورة توثيق الطلاق مباشرة بعد وقوعه وفرض جزاء على الممتنع عن التوثيق لمنع احتمال أو إمكانية الفرار عن التوثيق، و بالتالي الدخول في الحرومات، والجزاء يكون له دور فعال في الحيلولة دون الهروب عن التوثيق.

III - سقوط الدعوى

وهي صورة من صور انقضاء الخصومة قبل الفصل في موضوعها، ويعتبر جزاء يقع على المدعي لإهماله متابعة السير في الدعوى لمدة سنتين، وهذا ما نصت عليه المادة 220 من ق.إ.م .

وإذا ما سقطت دعوى الطلاق بسبب عدم السير فيها، وفرضاً أن الطلاق وقع خارج مجلس القضاء، فما فائدة الحكم القضائي كوسيلة لإثبات الطلاق؟ فهنا نرجع ونقول بضرورة توثيق الطلاق مباشرة دون إطالة إجراءات إثباته، لأن هذه الإطالة تؤثر سلباً على حقوق العباد وحق الله سبحانه وتعالى، وذلك بمخالفة أحكامه.

¹ - انظر، طاهري حسين، مرجع سابق، ص 55، 56.

المطلب الثاني: محاولة الصلح

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من ق.أ.ج على أنه: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات للصلح يجريها القاضي خلال مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى » .

بناءً على هذه المادة نجد المشرع الجزائري قد قرر إجراء هاماً و إجبارياً متمثلاً في وجوب إجراء محاولة الصلح قبل صدور الحكم بالطلاق، وبدون هذا الإجراء يتعرض الحكم للنقض طبقاً للمادة 233 من ق.إ.م، وهذا ما أكده القضاء الجزائري أيضاً، إذ نجده قد استقر على أن الصلح يعتبر إجراءً جوهرياً وحتماً في كل دعوى تقدم بشأن الطلاق و أنه يستوجب نقض الحكم الذي يحكم بالطلاق بين الطرفين دون إجراء الصلح.

وبعد ما بينا بأن الصلح إجراء جوهري ضروري، بدونه يصبح الحكم معرضاً للنقض، نرجع إلى تساؤلنا بخصوص إثبات الطلاق، والذي لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح طبقاً للمادة 49 من ق.أ.ج؛ و نقول في حالة ما إذا وقع الطلاق بين الزوجين خارج مجلس القضاء، ثم لجأ إلى المحكمة لإعطائه حسب نظرهما الصيغة الرسمية، وأثناء محاولة الصلح التي يجريها القاضي تصالحا، ولم يُعلَمَ القاضي بالطلاق الذي وقع، فكيف يثبت ذلك الطلاق حتى يصبح معلوماً في نظر القانون؟ مع العلم أن الطلاق شرعاً يقع بمجرد تلفظ الزوج به دون أي قيد، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

وعليه فلا نرى جدوى من إجراء الصلح، و إطالة مدة إثبات الطلاق، لتجنب احتمال وقوعه من قبل، وإن كان له دور فعال وعظيم في لمّ شمل الأسرة، نجده من جانب آخر يمسّ بأحكام الشريعة الإسلامية في عدة نواحٍ، منها على سبيل المثال إذا طلق الزوج زوجته طليقة أولى وتوصلا إلى الصلح بواسطة تدخل القاضي، ثم بعد ذلك طلقها طليقة ثانية و توصلا إلى الصلح ولم

يسجل القاضي هذه الطلقات على الزوج فيعتبر في نظر القانون كأنه لم يطلقها، ثم يطلقها طليقة ثالثة و يرفع دعوى طلاق؛ ففرضاً وصل القاضي إلى الصلح معهما فيكون قد أحل لهما حراماً، أو فرضاً أنه لم يتوصل إلى الصلح فيكون قد حسب على الزوج طليقة واحدة بائنة يخول له الحق في مراجعتها، و بهذا يُحلُّ حراماً.

وعليه فإننا نرى أنه كان على المشرع البحث عن وسيلة تكون أكثر فعالية، تمكنه من معرفة أي طلاق قد يقع، و في الوقت نفسه التضييق من دائرة الطلاق؛ و في نظرنا أن قيد الإشهاد على الطلاق كشرط صحة حل مناسب لمعرفة الطلاق الواقع، مع تفعيل دور النيابة العامة في الأحوال الشخصية، وهذا ما اعتمده الشيعة الامامية، و بهذا لا نخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث: النطق بالحكم ودور النيابة العامة في تسجيله

إن النطق بالحكم أو الإعلان عن الطلاق هو الجزء الذي يكسب الحكم حجيته، ونظراً لأهميته سنتولى شرحه بدقة (مطلب أول)، وبعد صدور الحكم والنطق به تأتي مرحلة تسجيله في سجلات الحالة المدنية، وهذا ما أصبح مع تعديل قانون الأسرة من اختصاص النيابة العامة إضافة إلى اختصاصات أخرى سنتعرف عليها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النطق بالحكم و مشتملاته

إذا أجرى القاضي جلسة الصلح عدة مرات وباعت بالفشل، فإنه بعد تحرير محضر عدم الصلح الذي يوقع عليه القاضي مع الطرفين و كاتب الضبط، تجدد القضية ضمن الجلسات العلنية، فيحدد القاضي تاريخ الجلسة القادمة للنطق بالحكم بالطلاق يحضرها كل من الزوجين، ومبدأ العلانية في التصريح بالأحكام قرره قانون الإجراءات المدنية في المواد 37، 144 .

أما عن مشتملات الحكم الصادر في الطلاق فإنه ينطوي على عدة جوانب يمكن تقسيمها إلى قسمين، جانب خاص بالطلاق بحد ذاته وجانب خاص بالآثار المترتبة على فك العصمة الزوجية، والذي يهنا هنا الجانب الخاص بالطلاق، وسنقتصر على بيان مشتملات حكم الطلاق بإرادة الزوج المنفردة فقط.

حيث أن صيغة منطوق الحكم بالطلاق في الواقع العملي كما يلي:

« حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علينا حضورياً ابتدائياً في الطلاق وابتدائياً فيما عداه بقبول الدعوى شكلاً، وفي الموضوع: القضاء بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بإرادة الزوج ».

ويلاحظ على هذه الصيغة أنها لا تبين نوع الطلاق الواقع سني أم بدعي، وحالة الزوج سكران أو مكرها... الخ، وما ينبغي الإشارة إليه أن هذه الصيغة لا تثير أي إشكال إذا وقع الطلاق أمام القاضي وقت الإعلان عن الطلاق، وإنما الإشكال الكبير يكون حينما يقع الطلاق خارج مجلس القضاء، ويرفع الزوج أو بالأحرى المطلّق دعوى طلاق، ولا يتوصل القاضي إلى الصلح، ويُعلمه الزوج بتلك الطلقة، فعلى القاضي أن يصدر حكماً قضائياً لإثبات ذلك الطلاق الواقع، وإذا كانت صيغة الحكم بالطلاق على النحو السابق لا يُعرّف نوع الطلاق الواقع، وبالتالي لا يُعرّف ما إذا كان يقع في الشرع أم لا.

المطلب الثاني: دور النيابة العامة في تسجيل حكم الطلاق وإثباته

قبل تعديل المادة 49 من ق.أ.ج فإن أحكام الطلاق كانت تسجّل في سجلات الحالة المدنية بسعي من طرف صاحب المصلحة بعد تقديمه إلى كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم محضر التبليغ وشهادة عدم الطعن بالنقض، إلا أنه بتعديلها تم تفعيل دور النيابة العامة باعتبارها الممثل الشرعي للمجتمع، فأصبح النطق بحكم الطلاق يسجل وجوباً بسعي من النيابة دون حاجة إلى طلب من الأطراف .

وما يجدر الإشارة إليه أن دور النيابة العامة بناء على التعديل الأخير الذي طرأ على قانون الأسرة، لا يقتصر فقط على تسجيل الحكم بالطلاق بعد صدوره مباشرة، وإنما يستشف من نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر رقم 02-05 أن النيابة طبقاً لهذه المادة تعتبر طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة التي يشملها قانون الأسرة، ومن ثم فنحن نرى بأن التعديل الجديد وسع مجال عمل النيابة العامة ومدته إلى القضاء المدني وهذا قد يكون له دور إيجابي وفعال إلى حد ما في إثبات الطلاق الواقع خارج مجلس القضاء بحيث يكون لها دور كما هو لها في القضاء الجزائي من تحريك الدعوى والتحري حول وقائعها، فحين تكون النيابة العامة حاضرة قد تأمر الضبطية القضائية بإجراء تحريات وتحقيق اجتماعي حول دعوى الطلاق المرفوعة، وتتأكد من وقوع طلاق قبل رفع هذه الدعوى أم لا، كما تتأكد حتى من نوع الطلاق الواقع سني، بدعي، صريح، كناية...، وحالة الزوج سكران، غضبان، مكره...، فتسد الطريق في وجه أي تحايل محتمل لحماية للمجتمع.

الخاتمة

بناء على ما سبق نستنتج أن اتجاه المشرع في مسألة الطلاق هو عدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج القضاء، إلا أن غموض عباراته توحى باعترافه به ولكن لا تترتب آثاره إلا إذا صدر في شكل حكم قضائي، وهذا يؤدي إلى المساس بأحكام الشريعة على عدة مستويات، ومسألة إثبات الطلاق العرفي وإن كانت لا تجد مرجعاً قانونياً لها فهي من الناحية العملية مكرسة في أغلب محاكم الوطن.

وعليه نناشد المشرع الجزائري بضرورة البحث عن وسيلة أخرى تمكنه من إثبات كل طلاق واقع، ولا تشكل في ذات الوقت أي مساس بأحكام الشريعة الإسلامية.

بناء على هذا نقترح على المشرع حلين:

الحل الأول:

إلغاء المادة 49 من ق.أ.ج، وإلزام المطلق بتوثيق طلاقه عند الموثق المختص فور وقوع الطلاق مع فرض عقوبات صارمة ضد من يطلق ولا يوثق، كما ذهب إلى ذلك المشرع المصري، ونص على ذلك في المادة 5 مكرر المضافة بالمادة الأولى من القانون 100 لسنة 1985 إلى القانون 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أنه: « على المطلق أن يوثق طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق و تعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل. وتترب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة فلا تترب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به ». وبهذا الرأي نتجنب فكرة وجود طلاق عرفي وطلاق رسمي، كما انه لا يشكل أي قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله للزوج، وعليه نرى بأن التوثيق المباشر للطلاق وسيلة ناجعة في إثبات الطلاق وان كان لا يضيق من دائرته.

الحل الثاني:

هو أن يعتنق المشرع الجزائري الرأي الفقهي القائل بضرورة وجود شاهدي عدل يسمعان الطلاق الذي يوقعه الزوج حتى يحسب على الزوج من عدد الطلاقات التي يملكها، وقد سبقنا في هذا المشرع المغربي حيث نصت عليه المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية، والتي جاء فيها : « يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصيين لذلك ... ».

وبهذا الرأي تضيق دائرة الطلاق ولا يعتبر المشرع خارج عن أحكام الشريعة الإسلامية.

قائمة بأهم المراجع

أولاً : مراجع فقهية وأحوال الشخصية

- 1- أبو القاسم ابن جزى: القوانين الفقهية، (عين مليلة الجزائر: دار الهدى، 2000).
- 2- أحمد عبد العال الطهطاوي: تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2003).
- 3- أحمد شاكر: نظام الطلاق في الإسلام، (القاهرة: مكتبة السنة، ط1، 1987).
- 4- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم: الأشباه والنظائر، (الرياض: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 1996).
- 5- يوسف الصانعي أية الله العظمى: فقه الثقلين في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الطلاق، ط1، 1422هـ.

مستخرج من الموقع الإلكتروني :

<http://www.saanei.org/page.php?pg=books.view&id=26&iang=ar-27k>.

تاريخ الزيارة : مارس 2010

- 6- كمال الدين إمام، الشافعي سالم جابر عبد الهادي : مسائل الأحوال الشخصية « الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد»، (بيروت : منشورات الحلبي، 2003).
- 7- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، (القاهرة: دار الفكر العربي).
- 8- موفق الدين ابن قدامة : المغني و الشرح الكبير، (بيروت: دار الكتاب العربي)، ج12.
- 9- محمد الزحيلي : التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، (دمشق: دار الفكر، ط2، 2002).
- 10- محمد أمين ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2003)، ج8.
- 11- عزمي البكري: موسوعة الفقه و القضاء، (دار محمود للنشر و التوزيع)، ج4.
- 12- علاء الدين محمد بن علي الحصفكي: رد المختار على الدر المختار « حاشية ابن عابدين»، تحقيق: عبد المجيد طعمة حلي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ- 1998 م)، ج5.

ثانياً: مراجع قانونية

- 13- أحمد أبو الوفا: أصول المحاكمات المدنية، (بيروت: الدار الجامعية للطباعة و النشر، 1983).
- 14- بلغيت عمارة: الوجيز في الإجراءات المدنية، (الجزائر: دار العلوم للنشر و التوزيع، 2002).
- 15- حسين طاهري: الإجراءات المدنية الموجزة في التشريع الجزائري، (الجزائر : شركة الأيام، ط1،

(1999).

- 16- يحي بكوش: الأحكام القضائية و صياغتها الفنية، (المؤسسة الوطنية للكتاب، 1984).
- 17- محند أمقران بوبشير: قانون الإجراءات المدنية، (الجزائر: دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، 2002)، ج.1.
- 18- نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات الشرعية والقضاء في المملكة العربية السعودية، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1993).
- 19- عبد التواب معوض: الدفوع المدنية و التجارية، (طنطا: مطبعة الانتصار لطباعة الأسفت، ط4، 2000).
- 20- عمر زودة: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، (الجزائر: منشورات اكسيكلديا، 2003).
- 21- سائح سنقوقة: الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، (عين مليلة الجزائر: دار الهدى، 1996).

ثالثاً: المجالات والاجتهادات القضائية

- 22- العربي بلحاج: قانون الأسرة « مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا»، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية).
- 23- المجلة التونسية، الصادرة عن مركز الدراسات و البحوث و النشر لكلية الحقوق تونس: العدد 1 لسنة 1977.

رابعاً: النصوص القانونية (مرتبة ترتيب زمني)

أ - نصوص قانونية وطنية

- 24- القانون رقم 224 - 63 المؤرخ في 29 جوان 1963 المتضمن القانون الخاص بتحديد سن الزواج (ج.ر.ج.ج، 1963، عدد 44، ص 680 وما بعدها).
- 25- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (ج.ر.ج.ج، 1966، عدد 47، ص 582) المعدل والمتمم (آخر تعديل كان بالقانون رقم 01-05 المؤرخ في 28 صفر 1422 هـ، ج.ر.ج.ج، 2001، عدد 29، ص 5 وما بعدها).
- 26- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني (ج.ر.ج.ج، 1975، عدد 78، ص 990 وما بعدها) المعدل و المتمم (آخر تعديل كان بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج، 2005، عدد 44).

القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة (ج.ر.ج.ج، 1984، ع 24، ص 910 وما بعدها) المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (ج.ر.ج.ج، 2005، عدد 15، ص 18 وما بعدها).

ب- نصوص قانونية أجنبية

أ- نصوص قانونية مغربية

28- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004) بتنفيذ قانون رقم 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية (ج.ر.م.م، الصادرة يوم الخميس 05 فبراير 2005، عدد 5184).

ب- نصوص قانونية مصرية

29- القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض الأحوال الشخصية لمصر المعدل و المتمم بالقانون رقم 100 لسنة 1985، مستخرجين من الموقع الإلكتروني: [http:// www.arlwfir.com/advdetails.asp?id=1306](http://www.arlwfir.com/advdetails.asp?id=1306)، تاريخ الزيارة:

مارس 2010

30- القانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بتنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال لشخصية لمصر، مستخرج من الموقع الإلكتروني:

تاريخ الزيارة: مارس 2010 [http:// www.arlwfir.com/advdetails.asp?id=130](http://www.arlwfir.com/advdetails.asp?id=130)