ISSN: 2352-9806 مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة EISSN: 2588-2309
المجلد 08/العدد 01/السنة 2021/ص ص 78-93

إشكالية إثبات الطلاق العرفي للزوج في قانون الأسرة الجزائري

The problem of proving the husband's customary divorce in the Algerian family law

هشام ذبيح (*)
المركز الجامعي سي الحواس بريكة
مخبر آفاق الحوكمة للتنمية المحلية المستدامة
hichamdebih@cu-barika.dz

تاريخ الإيداع: 2020-11-02	تاريخ المراجعة:2020-12-29	تاريخ القبول:2021-01-07

ملخص:

الزواج هو اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، إذ حرص الإسلام على حمايته فوضع له مجموعة من الأحكام، فجعله عقد دائم لكنه ليس أبدي، فيمكن أن ينتهي بإحدى الطريقين، الأول حتمي لا سبيل لتفاديه وهو وفاة أحد الزوجين، والثاني يكره ولا يحب لكنه أحد حقائق الحياة وهو الطلاق على أنواعه، والذي يهمنا في الدراسة الطلاق بإرادة الزوج.

فمن خلال هذه الورقة البحثية سيتم معرفة الطلاق وأحكامه بإعتباره محوراً أساسيا في قانون الأسرة، ذو أهمية بالغة كونه يمس العلاقة الزوجية، ثم معالجة إشكالية قانونية في قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وهي إشكالية إثبات الطلاق العرفي، فسيتم الكشف عن هذه الإشكالية وإعطاء الحلول لها القانونية والقضائية بما يتوافق مع أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: طلاق؛ إثبات، قانون؛ إشكالات؛ عرف.

Abstract:

Marriage is the basic building block of society, as Islam guarded protection and set a set of rulings for it, making it a permanent contract, but it is not eternal, so it can end in one of the two ways. Of all kinds, what interests us in the bell of divorce by the will of the husband.

Through this research paper, divorce and its provisions will be known as being a fundamental axis in family law, of great importance as it affects the marital relationship, and then addressing a legal problem in the Algerian Family Law No. 84/11 amended and supplemented by Ordinance 05/02 of 27 February 2005, which is The customary divorce problem, this problem will be revealed and legal and judicial solutions to it will be given in accordance with the provisions of divorce in Islamic law.

Key words: divorce by the will of the husband; family law; Islamic law; problems.

(*) المؤلف المراسل.

www.manaraa.com

مقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع، تتكون من أفراد تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، وإن الزواج هو وسيلة إنشائها، فيه تتكون ومنه تنمو، وعلى أساسه يقوم بناؤها انطلاقاً من الرابطة القدسية بين الرجل والمرأة، وبهذه الرابطة تتكون الأسر وترتبط برباط المودة والرحمة والتعاون، ومن الأسر السليمة تتكون الأمم السليمة.

إلا أن الأسرة قد يعتريها التفكك بسبب الطلاق، وقد عالج التشريع الجزائري أحكام الطلاق في قانون الأسرة رقم 11/84 من المادة 47 إلى المادة 57 مكرر، وقد أوجدت المادة 47 إشكالية الطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء، مما قد تؤثر سلبا على العلاقة الشرعية بين الزوجين، والتي أوجدت نوعين من العدة، عدة الشرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق خارج المحكمة، وعدة قانونية التي تشترط المادة أن تبدأ من التصريح بالطلاق، وإشكالات أخرى تتعلق بها سيتم معالجتها أدناه.

وبهذا تكون الإشكالية التي يقوم عليها المقال: فيما تتمثل إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة؟، وإلى أين توصل الاجتهاد القضائي الجزائري في حلها؟.

وللإجابة على الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي والتحليلي لتفسير الموضوع والوصول لحل الاشكال.

وللإجابة على الإشكالية نتبع الخطة التالي:

المطلب الأول: أقسام الطلاق بإرادة الزوج؛

الفرع الأول: الطلاق الرجعي؛

الفرع الثاني: الطلاق البائن؛

المطلب الثاني: كيفية إثبات طلاق الزوج في الفقه والقانون؛

الفرع الأول: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية؛

الفرع الثاني: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ؛

الفرع الثالث: طبيعة الحكم بإثبات الطلاق.

المطلب الأول: أقسام الطلاق بإرادة الزوج

ستتم دراسة هذا المطلب بمعالجة أقسام الطلاق بإرادة الزوج بإعتبار الرجعة من عدمها، وهو ما اصطلح عليه الفقه بالطلاق الرجعي، والطلاق البائن بشقيه (البينونة الصغرى والكبرى) وذلك لإسقاط هذه الأنواع على إشكالية الطلاق العرفي بين الشريعة وقانون الأسرة[1]، وفق ما يلي:

الفرع الأول: الطلاق الرجعي

سنعرف معنى الطلاق الرجعي وشروط قيامه والآثار المترتبة عليه من خلال ما يلي:

1- تعريف الطلاق الرجعي:

[1] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

www.manaraa.com

أ- الرجعيُّ لغة: نسبة إلى الرجعة[1]، وهي اسم مصدر "رجع"، وهو نقيض الذهاب، ويقال: رجعته عن الشيء أي رددته.

ب- والطلاق الرجعي اصطلاحاً: هو ما يجوز معه الزوج رد زوجته في عدتها من غير استئناف عقد[2].

2-الأصل في الطلاق: والأصل في الطلاق أن يكون رجعياً، لأن في الطلاق الرجعي فرصة للزوج إن أراد استمرار الحياة الزوجية راجع زوجته فأمسكها بمعروف، فقد يطلق الزوج دون تروٍ فيندم على ما فعل، وقد يراجع الزوجان على ما بدر منهما رعاية لحق الأولاد فيرغبان في استمرار الحياة الزوجية، لكل ذلك فإن الشارع الحكيم جعل الطلاق بعد الدخول إذا كان من الزوج، طلقة واحدة أو طلقتين في مرتين حفاظاً منه على الأسرة حيث يمكن إعادة الاستقرار والطمأنينة إلى أفرادها[3].

3- شروط الرجعة:

هناك عدة شروط يجب توفرها تصح بها الرجعة، وهي:

أ – أن تكون الزوجة مدخولاً بها حقيقة: فإن لم تكن مدخولاً بها أصلاً وقع الطلاق بائناً لأن كل طلاق يلحق المرأة قبل الدخول يقع بائناً، ولأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة فيجوز للزوج مراجعتها فيه وإن لم ترض، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعياً بل بائناً.

ب – أن يكون الزواج الذي وقع فيه الطلاق زواجاً صحيحاً: فإذا كان فاسداً لم تثبت فيه الرجعة، لأن الرجعة يراد بها إدامة الزواج القائم ومنع زواله، والنكاح الفاسد واجب فيه الإزالة بحكم الشرع، فلا تجوز فيه الرجعة حتى ولو حصل فيه الدخول وجبت على المرأة العدة.

ج-أن تكون الرجعة أثناء مدة العدة: فإذا انقضت عدتها فلا يصح إرجاعها.

د- أن تكون الرجعة منجزة: فلا يصح تعليقها على شرط، أو إضافتها إلى زمن المستقبل، لأن الرجعة استدامة لعقد الزواج أو إعادة له، والزواج لا يقبل التعليق والإضافة فتأخذ الرجعة حكمه[4].

4- آثار الطلاق الرجعي: يترتب على الطلاق الرجعي باتفاق الفقهاء[5]، الآثار التالية:

أ- بقاء الزوجية كما هي: لأن الطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزواج في الحال، بل في المآل فيبقى الزوج زوجاً وله حل الاستمتاع عند جمهور الفقهاء، إلا الشافعي الذي يرى حل الوطئ إلا إذا راجع الزوج زوجته.

ب- نقص عدد الطلقات: ومن أحكام الطلاق الرجعي نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فإذا طلقها واحدة ثم راجعها بقيت له عليها طلقتان، وإذا طلقها طلاقاً آخر بعد المراجعة الأولى، لم يبقَ له إلا طلقه واحدة، وإن طلقها بعد المراجعة الثانية، فقد استكمل الثلاث التي له، ولم يبق له شيء.

ج- للزوجة على زوجها حق النفقة، وكذلك التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل انتهاء العدة، ولا يحل

[1] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط: 4، مصر، 2004، مكتبة الشروق الدولية، ص 331.
[2] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2، لا. ط، القاهرة، د. ت دار الفضيلة، ص 128- 129.
[3] محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط: 1، عمان، 2008، دار الفكر، ص 172.
[4] أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ط: 2، بيروت، 2003دار الكتب العلمية، ص 396.
[5] محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الله المنشاوي، لا. ط، القاهرة، 2005، دار الحديث، ص 183.

www.manaraa.com

مؤجل الصداق إلا بعد انقضائها، وليس للزوج أن يتزوج أحداً من محارم الزوجة كأختها، وكل ما لا يجوز الجمع بينهما وبين هذه المطلقة في عصمة واحدة، طالما لم تنتهِ العدة، لبقاء الزوجية بأحكامها كافة.

د- حق الرجعة للزوج: يكون للزوج حق إرجاع زوجته بمحض إرادته، بغير مهر جديد ودون عقد جديد، ومن دون رضاها، شرط أن يكون إرجاعها أثناء عدتها وقبل انقضائها.

ذ- انتهاء الرابطة الزوجية بإنتهاء العدة: إذا طلق الرجل طلاقاً رجعياً وانقضت العدة من غير مراجعة، بانت منه بينونة صغرى، وحينئذ يحل مؤخر الصداق.

على الزوجة أن تبقى في بيت الزوجية حتى تنتهي عدتها تشجيعاً على استئناف الحياة الزوجية[1].

الفرع الثاني: الطلاق البائن

سنعرف معنى الطلاق البائن وأنواعه والآثار المترتبة عليه من خلال مايلي:

1- تعريف الطلاق البائن.

أ- لغة: بانت منه، وعنه – بَيْناً وبُيُوناً، وبَيْنُونَةً: بَعُدَ وانفصل. ويقال بانتِ المرأَةُ عن زوجها، ومنه انفصلت بطلاق، فهي بائنٌ[2].

ب- اصطلاحاً: البائن معناه المنفصل، وهو الطلاق الذي تنفصل به الزوجة عن زوجها في الحال[3].

2- أنواع الطلاق البائن: وينقسم الطلاق البائن إلى نوعين:

النوع الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى.

أ- المقصود بالبينونة الصغرى: هو الطلاق الذي لا يملك الزوج بعده أن يرجع مطلقته إليه، إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها، ويكون عدد الطلقات طلقة أو طلقتين[4].

ب- حالات الطلاق البائن بينونة صغرى:

1 – الطلاق قبل الدخول بالزوجة: الزوجة التي طلقت قبل الدخول بها يقع طلاقها بائن بينونة صغرى، ولا عدة عليها، وبذلك المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون طلاقها رجعياً بل بائناً بينونة صغرى، فهذه المطلقة يجوز لمن طلقها أن يتقدم لها خاطباً مرة ثانية ويعقد عليها – برضاها – بعقد ومهر جديدين.

2 – الطلاق بعد الخلوة الصحيحة: إذا طلق الرجل بعد الخلوة الصحيحة، وقبل الدخول الحقيقي، فالرأي عند الجمهور بوقوع الطلاق بائن بينونة صغرى ولا عدة عليها، غير أن الأحناف قالوا بوجوب العدة عليها – بسبب الخلوة - للاحتياط[5].

3 – الطلاق على مال (الخلع): يقع الطلاق بائناً أيضاً متى اشترط الزوج في الطلاق عوضاً تدفعه إليه المرأة، ولكن

---

[1] مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق، ط: 1، لبنان، 2011، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص 102.

[2] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط: 4، مصر، 2004، مكتبة الشروق الدولية، ص 79.

[3] مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 229.

[4] محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية. ط: 1، عمان، 2008، دار الفكر، ص 173.

[5] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، لا. ط، مصر، 2004، دار الكتب القانونية، ص 154- 155. (بتصرف).

www.manaraa.com

يشترط قَبولها[1]، ويقول الأحناف أن الطلاق على المال طلاق معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول فتملك هي العوض الآخر وهي نفسها تحقيقاً للمعاوضة المطلقة، ولا تملك نفسها إلا بالبائن فكان الواقع طلاقاً بائناً[2].

4 – انقضاء العدة في الطلاق الرجعي: يكون الطلاق بائناً أيضاً إذا انقضت العدة في الطلاق الرجعي، لأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة لا بعدها، وينبني على ذلك أن الزوج إذا طلق زوجته رجعياً سواء أكانت بواحدة أم باثنتين، فما دامت في العدة فله أن يراجعها من دون عقد ومهر جديدين، ولا يشترط إرادتها ورضاها، فإذا انقضت العدة بانت منه بينونة صغرى ملكت بها عصمتها وإرادتها، فإذا أراد ردها إليه فلابد من عقد ومهر جديدين ولابد من إرادتها ورضاها[3].

5 – الطلاق باللفظ الصريح إذا وصف بما يدل على البينونة فإنه يقع بائناً بينونة صغرى ما لم يكن مكملاً للثلاث عند الحنفية، وذهب الجمهور إلى أنه يقع رجعياً، أما الطلاق باللفظ الكنائي يقع بائناً بينونة صغرى عند الحنفية ما لم يكن مكملاً للثلاث، إلا ثلاث ألفاظ فإنه يقع بها الطلاق الرجعي وهي (اعتدي، واستبرئي رَحِمَكِ، وأنت واحدة)، وإنما يقع بألفاظ الكنايات الطلاق بائناً لأنها تدل في معناها على البينونة، فيقع به الطلاق الرجعي بالشروط التي سبق بيانها.

6 – الفرقة بسبب اللعان: إذا تلاعن الزوجان أمام القاضي، فرق القاضي بينهما عند الحنفية وأحمد في رواية وتعد الفرقة طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة، وتقع الفرقة بتلاعنهما عند المالكية وأحمد في الرواية الثانية، وتحصل الفرقة بمجرد لعان الزوج عند الشافعية، وتعد الفرقة عند الجمهور فسخاً لا طلاقاً.

7 – التفريق للشقاق والنزاع عند المالكية جواز التفريق من قبل القاضي للشقاق والنزاع ويعد طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

8 – التفريق للعيوب: ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الفرقة تقع بينهما، بحكم القاضي للعيوب وتقع طلاقاً بائناً، إلا أن الحنفية يرون أن العيوب التي يفرق القاضي بسببها هي العيوب القائمة بالزوج، أما العيوب القائمة بالزوجة فلا تفريق بسببها من قبل القضاء لأن الزوج يقدر على الطلاق.

9- التفريق للغيبة والحبس والهجر: يرى المالكية أن التفريق للغيبة والحبس والهجر يقع بائناً، لأنه لا يكون إلا بطريق القاضي وكل فرقة يوقعها القاضي تقع بائنة بينونة صغرى عندهم إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق فإنه يقع بهما طلاقاً رجعياً.

10- التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته، يقع بها طلاقاً بائناً بينونة صغرى عند أبي حنيفة[4].

ج - آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الآثار التالية:

[1] محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، لا. ط، عمان، 2010، دار اليازوري العلمية، ص 230.
[2] أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ط: 2، بيروت، 1986، دار الكتب العلمية، ص 109.
[3] محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 231.
[4] محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 175= 177.

www.manaraa.com

1 – زوال الملك في الحال: بمعنى أنه تنقطع به الرابطة الزوجية، فإن المطلقة تصير أجنبية عن زوجها، وتنتهي الحقوق الزوجية لكل منهما على الآخر، سوى النفقة للزوجة ما دامت في العدة، إذا كانت حاملاً بلا خلاف، أو كانت حائلاً (أي غير حامل) ففيه خلاف.

2 – لا يملك الزوج المطلق حق مراجعتها في العدة، ولكن له أن يتزوجها بعقد جديد ومهر جديد وبإرادة جديدة دون أن تتزوج زوجاً آخر.

3 – إنقاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج: الطلاق البائن بينونة صغرى ينقص عدد الطلقات التي يملكها عليها الزوج المطلق، فإذا أعادها بعقد جديد قبل أن تتزوج زوجاً غيره، وكان قد طلقها طلقة واحدة بائنة، فإنه يملك عليها طلقتين بعد العودة إلى عصمته وإذا كان طلقها طلقتين لا يملك عليها إلا طلقة واحدة[1].

4 – يحل بالطلاق البائن موعد مؤخر الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين، الموت أو الطلاق.

5 – فلا توارث بينهما بسبب الزوجية، إلا إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت ويقصد بطلاق زوجته حرمانها من أن ترث منه، فيعامل في هذه الحالة بضد قصده[2]فترث منه عند الجمهور[3]، وقال الشافعي لا ترث[4].

النوع الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى.

أ- المقصود بالبينونة الكبرى: يقصد بالطلاق البائن بينونة كبرى ما كان مكملاً للثلاث، وهو يزيل الملك والحل معاً[5]، فلا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى بأن يعقد عليها ويرجعها إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجاً آخر نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها دون إرادة التحليل، ذلك أن نكاح التحليل حرام باتفاق فقهاء المسلمين[6]، ففي حديث عقبة بن عامر: قال رسول الله ﷺ: "أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ"، قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: "هُوَ الْمُحَلِّلُ، لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ"[7]، ودليل الطلاق البائن بينونة كبرى ما جاء في القرآن الكريم، قال الله تعالى: **[فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره...]** [البقرة 230].

ب- الحالات التي يقع بها الطلاق البائن بينونة كبرى:

1 – الطلاق المكمل للثلاث: يقع الطلاق البائن بينونة كبرى إذا كان مكملاً للطلقات الثلاث بأن يكون الزوج قد طلق زوجته طلقتين سابقتين ثم أتبعها بالطلقة الثالثة[8].

2 – طلاق الثلاث بلفظ واحد: كأن يقول الرجل لزوجته؛ أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق أنت طالق، أنت طالق،

وقد سبق الذكر على أن الفقهاء اختلفوا فيما يلزم المطلق، حيث ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة أبو حنيفة

---

[1] محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 231.
[2] المرجع نفسه، ص 232.
[3] علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ج9، ط: 1، بيروت، 2003، دار الكتب العلمية، ص 496.
[4] محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، ط: 2، بيروت، 1973، دار المعرفة، ص 254.
[5] لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون، لا. ط، بوزريعة الجزائر، 2003، دار هومة، ص 59.
[6] محمد أبو العلا، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، لا. ط، الحجار عنابة، 2001، دار العلوم، ص 46.
[7] أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، لا. ط، بيروت، د. ت، دار إحياء الكتب العربية، باب المحلل والمحلل له، ص 623.
[8] محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 233.

www.manaraa.com

ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل بوقوع الطلاق ثلاثاً وإلزام المطلق بما تلفظ به، وبالتالي لا تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره[1]، وذهب محمد بن إسحاق*، وحجاج بن أرطاة* في رواية عنهما[2]، إلى وقوع طلقة واحدة لمن تلفظ بالثلاث وأختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية من الحنابلة[3].

3 – الطلاق باللفظ الصريح: إذا نوى بها ثلاثاً عند المالكية والشافعية وأحمد في رواية.

4 – الطلاق بلفظ الكنايات: إذا قصد به الثلاث عند الحنفية والشافعية، والطلاق بألفاظ الكنايات الظاهرة عند المالكية إذا كانت الزوجة مدخولاً بها، وعند الحنابلة على الإطلاق سواء أكانت الزوجة مدخولاً بها أم لا، والطلاق بألفاظ الكنايات الخفية إذا قصد بها ثلاثاً عند المالكية والحنابلة[4].

ج - آثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

يترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى ما يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى – على ما ذُكِرَ سابقاً -، إلا أنه يزيل الملك والحل معاً فتصبح المرأة محرمة عليه تحريماً مؤقتاً، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره بالشروط التالية:

1- أن يكون الزواج الثاني صحيحاً.
2- أن لا يتزوج الثاني بقصد تحليلها للأول.
3- أن يطلقها الزوج الثاني أو يموت عنها وتنتهي عدتها في الحالين[5].

المطلب الثاني: كيفية إثبات طلاق الزوج في الفقه والقانون

سيتم دراسة هذا المطلب من خلال بيان طريقة إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية على أساس أن المادة 222 ق أ أحالت إليه في حالة الغموض، وعلى أساس أن المرجع القضائي في إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي هو الشريعة الإسلامية، ثم توضيح كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، والذي يُتطرق فيه إلى مبدأ عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم، وخروج القضاء على هذا المبدأ، والوصول لحل لإشكالية الطلاق العرفي وإثباته، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية

المعلوم في الشريعة الإسلامية أن الطلاق يقع بمجرد تفوه الزوج به، فإن أوقعه صحيحاً فهل يحتاج إلى إثبات

---

[1] محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 137.

* هو محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر، ولد في صفر 223هـ، أقام بمدينة نيسابورا إماماً ، وله تصانيف تزيد عن مئة وأربعين كتاباً، وله فقه حديث بريرة في ثلاثة أجزاء، توفي سنة 311هـ. (عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، ج3، لا. ط، مصر، د. ت، دار إحياء الكتب العربية، ص 190).

* هو حجاج بن أرطاة بن ثور النخعي، قاض من أهل الكوفة كان من رواة الحديث وحفاظه، استفتي وهو في ست عشرة سنة، وولي قضاء البصرة وتوفي بخرسان أو بالري سنة 145هـ. (خير الدين الزركلي، الأعلام، ج8، ط: 15، بيروت، 2002، دار العلم للملايين، ص 168).

[2] محمد بن على بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ط، 1، بيروت، 2002، دار المعرفة، ص 244.

[3] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، تحقيق، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، ج33، لا. ط، الرباط المغرب، د. ت، مكتبة ابن تيمية، ص 12.

[4] محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 177- 178.

[5] المرجع نفسه، ص 178.

www.manaraa.com

وكيف ذلك؟.

1- الإشهاد على الطلاق: ويقصد بالإشهاد على الطلاق، أنه بعد وقوعه يشهد على ذلك ذوو عدل، رجلان أو رجل وامرأتان، فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها، وأنكر هو، فذهب المالكية: أنه إن أتت بشاهدي عدلٍ، نفذ الطلاق، وإن أتت بشاهد واحد، حلف الزوج وبرئ، وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف، وإن لم تأتِ بشاهد، فلا شيء على الزوج وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها، وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث، فالقول قول الزوج بيمينه[1].

2-الإقرار: شرعاً هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه، وبذلك يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير[2]. كما تناول القانون المدني[3] الإقرار في المادة 341 (الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة)، أي أنه يمكن للزوج أن يقر ويعترف أمام الجهات القضائية بحقيقة وقوع الطلاق أو رغبته في ذلك، فإن اعترف بالطلاق يعد ذلك الإقرار حجة قاطعة على المقر.

3-اليمين: وهي توكيد الشيء أو الحق أو الكلام إثباتاً أو نفياً بذكر اسم الله أو صفة من صفاته[4]، واليمين طريق غير عادي يلجؤ إليه القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحتكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه، أو يوجه القاضي يميناً متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما فيه من الأدلة المقدمة من نقص، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 343 من القانون المدني، وبذلك فإذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكر الآخر، ما على القاضي إلا توجيه اليمين لمنكر الطلاق فإذا حلف بأن الطلاق لم يقع قضى برفض الدعوى، أما إذا نكل عن اليمين قضى للمدعي بطلباته، لأن النكول في حكم الإقرار بما يدعيه المدعي.

الفرع الثاني: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أما المشرع الجزائري لم ينص على الإشهاد في قانون الأسرة، ولعله أخذ برأي جمهور الفقهاء، لكن هناك من فسَّر أن الإشهاد موجود من خلال الممارسة القضائية، باعتبار أن القاضي وكاتب الضبط هم شاهدين على الطلاق، ولكن لو كان الأمر كذلك فهو منتقد من حيث شروط شاهدي العدل، كما أنه ما تفسير لو كان القاضي وكاتب الضبط من النساء؟[5].

بالنسبة للمدونة المغربية نصت على الإشهاد في الطلاق من خلال نص م138 من المدونة بنصها (يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد، بعد إذن المحكمة به، والإدلاء بمستند الزوجية)، وبهذا تكون المدونة قد أخذت برأي المالكية في الإشهاد.

نص قانون الأسرة في م49 (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الميسر المالكي، ج3، لا. ط، بيروت، 2010، دار الكلم الطيب، ص 185.

[2] عمر زودة، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، لا. ط، بن عكنون الجزائر، 2003، أنسيكلوبيديا للنشر، ص 30.

[3] الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 18، 2007).

[4] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 673.

[5] عمر زودة، المرجع السابق، ص 33. (بتصرف).

www.manaraa.com

مدته (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...) يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع يتجه إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء، أي أن الطلاق كي يعتد به قانوناً يجب أن يصدر فيه حكم قضائي، وذلك برفع الزوج دعوى الطلاق أمام الجهات القضائية، إلا أن الإشكالية تثار في هذه الحالة، في حالة إثبات الطلاق خارج ساحة القضاء بحكم قضائي وبأثر رجعي، فكيف يتم إثبات الطلاق في قانون الأسرة؟ وما مدى صحة اتجاه القضاء في هذا المجال؟.

أولا: ثبوت الطلاق بحكم قضائي وفق قانون الأسرة الجزائري.

إنه ما ينبغي الإشارة إليه أن م49 ق أ استعملت عبارة "لا يثبت" **وليس** لا ينعقد أو لا ينشؤ أو لا يقع الطلاق إلا بحكم. ولكن الإشكال يقع إلى ما يرمي إليه المشرع 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 طلاق خارج ساحة القضاء؟.

إن التفسير الحرفي لنص المادة 49 ق أ، والقول أن الطلاق لا يقع خارج ساحة القضاء يبين أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد محاولات الصلح، وأن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، ومعنى هذا أن الزوج إذا طلق امرأته، فلا يعتد بطلاقه حتى يحكم القاضي به، فإذا حكم به فذلك، وإلا ما عُدَّ ذلك طلاقاً في نظر القانون، وإذا طلق الرجل امرأته، رفع أمره إلى القاضي، يحاول القاضي الصلح بين الزوجين فإن توصل للصلح لا يحكم بالطلاق ولا تثبت طلقة في نظر القانون، إلا في حالة عدم التوصل إلى صلح بين الزوجين، هنا يحكم القاضي بالطلاق، وهذا مخالف للكتاب والسنة وإجماع المسلمين، فقد أقر إجماع الفقهاء على أن الزوج العاقل البالغ غير المكره، إذا طلق امرأته طلاق السنة، فإن الطلاق يقع من حينه، وتحسب له طلقة، ولا يحتاج إلى قضاء قاضٍ ولا غيره[1]، كما أن م49 ق أ منتقدة حيث يعاب على مدة الصلح وهي ثلاثة أشهر، إذ لم يتم تقييدها بمدة العدة الشرعية، كالمرأة الحامل، وبأنواع الطلاق كالطلاق البائن بينونة كبرى[2]، كما يعاب عليه أيضا أنه ربط الرجعة برفع الدعوى وقيدها بصدور الحكم، ومنه مدة الرجعة قد تتجاوز مدة العدة المعمول بها شرعا[3].

فإذا طلق الزوج زوجته وانتهت عدتها في نظر الشريعة الإسلامية، ولم يصدر حكم بذلك ومات أحد الزوجين، فإن الحي منهما يستطيع أن يرث الميت في نظر قانون الأسرة الجزائري، وإذا تزوجت المرأة بعد العدة في نظر الشريعة، فإن التشريع الجزائري يعتبرها زوجة الغير لأنها في الوثائق الرسمية كذلك، وكذلك العدة فإنها تبدأ في نظر القانون ابتداء من تاريخ النطق بالحكم، لا بوقت تلفظ الزوج خارج دُورِ القضاء، وهذا يطيل عدة المطلقة، بينما في نظر الشريعة الإسلامية تبدأ العدة من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، وهذا الخلاف ناتج عن عدم ثبوت الطلاق في قانون الأسرة إلا بحكم[4].

كما تجدر الإشارة إلى التحدث عن إرادة الزوج في الطلاق، فمن خلال م49 ق أ يتضح أن المشرع قد قيد هذه

---

[1] المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، لا. ط، بوزريعة الجزائر، 2010، دار هومة، ص 197. (بتصرف).

[2] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، لا. ط، المحمدية الجزائر، 2010، دار طليطلة، ص 124.

[3] أكلي نعيمة، في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 12، عدد 3، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2020، ص 175.

[4] الصادق فريوي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. (أطروحة دكتوراه في القانون)، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 1994- 1995، ص 104.

www.manaraa.com

الإرادة باللجوء إلى القضاء، وتبعاً لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة عن إحداث الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانوناً، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق.

إلا أنه هناك من رَدَّ على التعليق السابق بقوله، لابد من الإشارة إلى المعارضة التي لاقتها م49 ق أ من طرف الكثير من الناس لسوء فهمهم لها، فقالوا كيف لا يثبت الطلاق إلا بحكم؟ بينما الصحيح عندهم أن الطلاق يثبت بمجرد تلفظ الزوج به دون الحاجة إلى الحكم القضائي، وبالتالي اعتبروا هذه المادة مخالفة للشريعة الإسلامية، والحقيقة أنه لا يوجد أي مخالفة للشريعة الإسلامية لأن فقه القانون يفرق بين الأحكام القضائية الكاشفة للطلاق والأحكام القضائية المنشئة له، ففي الأول دور القاضي كاشف لإرادة الزوج صاحب العصمة الذي ينطق بالطلاق ولا يملك القاضي إلا تثبيت هذه الإرادة بحكم قضائي ويكون حكم القاضي كاشفاً 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[1].

المادة 49 من ق أ يفهم من سياقها للوهلة الأولى، أن مسألة الإثبات تبقى خاضعة للقضاء، إلا أن الواقع العملي يوضح وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ولكن وبالرجوع إلى مواد قانون الأسرة، يتضح أنها تعتبر أن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وأن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي، حيث أن م58 من ق أ نصت "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، وأن هذا الطلاق هو طلاق بائن رغم أنه يعد انطلاقة لبداية احتساب العدة، وبالتالي فإن المراجعة تكون قبل صدور الحكم بالطلاق، أي أثناء محاولات الصلح. فما طبيعة الرجعة في هذه الحالة؟ وهل يمكن اعتبارها طلقة تدخل ضمن الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج على زوجته أم لا؟، وبعبارة أخرى هل يفهم من ذلك بأن المشرع اعترف ضمنياً بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء أم أن المراجعة لا تنصرف إلى الطلاق الرجعي؟ وإذا قيل بأن الأمر كذلك فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري لا يعترف بوجود الطلاق الرجعي لأنه بصدور الحكم تبين الزوجة من زوجها؟[2].

إجابة على هذه الأسئلة فإن المشرع قد حدد فترة زمنية تجرى خلالها محاولات الصلح، وهي ثلاثة أشهر ممنوحة للزوجين من أجل مراجعة نفسيهما، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يحكم قبل مضي هذه المدة، إلا أنه في حالة امتداد المصالحة إلى أكثر من ثلاثة أشهر فإن المشرع لم يرتب أي جزاء على ذلك. كما أن عدة الزوجة عادة ثلاثة أشهر، وعليه فقد رأى المشرع أن المراجعة خلال العدة لا تحتاج إلى عقد جديد، ومن هنا جاءت مدة الثلاثة أشهر، وبما أن الأمر كذلك فإن المشرع قد اعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ضمنياً – لأن الرجعة في العدة لا تكون إلا في الطلاق الرجعي- ويبقى الإشكال في كون أن المشرع لم يرتب جزاء عن المصالحة التي تقع بعد مضي مدة الثلاثة أشهر.

[1] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، لا. ط، الإسكندرية، 2010، دار الجامعة الجديدة، ص 280- 281.

[2] قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين نصوصه التشريعية وتطبيقاته القضائية. (مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء الدفعة الثانية عشر)، المعهد الوطني للقضاء، بن عكنون الجزائر، 2001- 2004، ص 7.

www.manaraa.com

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، هذا إذا أُخِذَ بحرفية النص، وبفكرة عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، أما إذا أخذ بالمفهوم المقابل له وهو وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء وثبوته بحكم قضائي، فيكون كما سبق البيان أمام نوعان من الطلاق؛ طلاق رجعي وآخر بائن.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد فرق بين الطلاق البائن بينونة كبرى، والطلاق البائن بينونة صغرى، وذلك بنصه في المادة 51 من ق أ على أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء[1].

وعلى صعيد آخر يتبين أن عبارات قانون الأسرة جاءت غامضة، ففي المادة 58 منه توجد عبارة "تاريخ التصريح بالطلاق" فما المقصود منها؟ هل يُقصد بها تلفظ الزوج بالطلاق أم يقصد بها تصريح القاضي به ؟.

هناك من ذهب من شراح القانون إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم، فهو ليس شرطاً للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح، فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي، بعد أن يستوفي إجراء الصلح وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح، وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك ومن ثمة يعدَّ المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق، وليس وسيلة لإثباته[2].

هذا بالنسبة للتفسير الحرفي للنص، لكن بالرجوع إلى الممارسة القضائية لَوُجِدَ كلام آخر، وخاصة ما يتعلق بإثبات الطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء، ويُوضح ذلك أدناه.

ثانيا: تدخل القضاء في إشكالية إثبات الطلاق العرفي

وتجدر الإشارة إلى أنه وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بأثر رجعي، إلا أن التطبيقات القضائية في مختلف المحاكم تعمل على إثبات الطلاق العرفي، وترتب عليه آثاره بأثر رجعي، وقد عمت هذه الظاهرة في معظم محاكم البلاد[3].

وبهذا يُتوصل من خلال استقراء نصوص الطلاق في قانون الأسرة، لمعالجة مسألة الطلاق العرفي، وعرض بعض الاجتهادات القضائية أدناه، أن هناك اختلافاً في تفسير المادة 49، إذ المادة للوهلة الأولى توحي إلى أنه لا مجال للطلاق خارج المحكمة، وهو ما أخذ به بعض شراح القانون، لكن الممارسة القضائية أثبتت خلاف ذلك؛ على أن الطلاق العرفي الذي يقع خارج ساحة المحكمة يعتد به شرعاً وقانوناً، إلا أنه تبقى مسألة إثبات هذا الطلاق أمام المحكمة لإصدار حكم قضائي بذلك، وتسجيله في سجلات الحالة المدنية كي يكون لهذا الطلاق الصبغة القانونية النظامية، وإثبات هذا الطلاق العرفي يكون بشهادة الشهود، الذين حضروا طلاق جماعة المسلمين، لأن الزوج مادام قد تلفظ

[1] قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 8- 9.
[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص 33.
[3] قسنطيني حدة، المرجع السابق، ص 10.

www.manaraa.com

بالطلاق حقيقةً، وأن جماعة من المسلمين قاموا بفك الرابطة الزوجية، على اعتبار أن الزوج قد تلفظ بالطلاق، وقد تكون فترة العدة الشرعية قد مرت، وأصبح الطلاق بائناً، هنا ما على القضاء إلا سماع الشهود وإثبات الطلاق بحكم قضائي، وأما محاولات الصلح في هذه الحالة يعطل العمل بها، فلا مجال للصلح في طلاق وقع وأنتهى، وبالتالي يتم إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، هو ما أيدته القرارات التالية:

(من المقرر شرعاً أنه **يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء**.

ومتى تبين - في قضية الحال – أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً 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].

وجاء في قرار آخر والذي يوضح أيضاً إثبات الطلاق العرفي قضاء، إذ ورد فيه: (إن "**الطلاق العرفي**"، الموقع من الزوج و"**المثبت قضائياً**"، لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية)[2]، كما جاء في قرار آخر (... يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلحت بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقاً، إلا **إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه**، وإن فشل فإن كان الزوج هو الذي طلب الطلاق فلا على القاضي سوى الحكم له به...) [3].

وجاء في قرار لاحق على جواز سماع الشهود في مسألة إثبات الطلاق العرفي حيث جاء في القرار مايلي: (يجوز في مسألة **إثبات** أو **عدم إثبات** واقعتي الزواج و**الطلاق العرفي**، **سماع الشهود**، لأول مرة على مستوى الاستئناف) [4].

وجاء في قرار آخر: (من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول **إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيظة** فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي يقضي بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية) [5].

ويشار أخيراً أن المادة 49 من ق أ حقيقة لم تتكلم عن الطلاق العرفي صراحة، مما تركت فراغاً قانونياً دفع بالممارسة القضائية إلى سده، من خلال إثبات الطلاق العرفي بحكم قضائي. غير أن ما يعمل به في بعض المحاكم لإثبات الطلاق العرفي أن القاضي يستدعي شاهدين ممن حضروا طلاق جماعة المسلمين عادة ما يكون الإمام وشخص آخر ويشهدون أن هناك طلاقاً واقع وانتهى، بعدها يثبت ذلك القاضي بإصدار حكم بالطلاق دون الحاجة

[1] قرار رقم 216850، بتاريخ 1999/02/12، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001، ص 100.
[2] قرار رقم 288322، بتاريخ 2002/09/25، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2003، ص 375.
[3] قرار رقم 57812، بتاريخ 1989/12/25، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 03، لسنة 1991، ص 71.
[4] قرار رقم 315403، بتاريخ 2005/02/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، مجلة المحكمة العليا عدد 01، لسنة 2005، ص 275.
[5] قرار رقم 35026، بتاريخ 1984/12/03، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989، ص 86.

www.manaraa.com

للصلح، لذا على المشرع الجزائري أن يعدل نص م49 ويوضح وجهته تجاه إثبات الطلاق العرفي كي يفض الخلاف القانوني الواقع، وتكون الصياغة للمادة، صياغة قانونية بأسلوب واضح خالٍ من الغموض والتعتيم، ويفصح عن واقع معاش يسايره ويحل إشكالاته المختلفة.

- موقف الفقه الإسلامي في حكم الطلاق العرفي وحجيته:

وقوع الطلاق شرعا، يقصد به ما يعتد به في العلاقة مع الله تعالى، ولو لم يثبت قضاء ولم تقم به البينة الظاهرة، فلو أن امرأة مثلا على يقين أن زوجها قد بت طلاقها ثلاث مرات، فإنها شرعا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فيلزمها مفارقته وعدم تمكينه من نفسها ولو لم تستطع أن تثبت ذلك أمام القضاء، ولو جدد ذلك وأقام البينة الكاذبة على خلافه[1].

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

الفرع الثالث: طبيعة الحكم بإثبات الطلاق

يرى غالبية فقهاء القانون أن صدور الحكم بالطلاق ما هو إلا إثبات لواقعة الطلاق الذي هو من التصرفات الإرادية الانفرادية التي يملكها الزوج، وعندها فليس لقضاة الموضوع عند التصريح به إلا الشهادة به والحكم به دون البحث في تأسيس الوقائع المدعى بها[(3)]، وتبعاً لذلك فإن أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة لا تقع بمجرد إعلان الزوج عن إرادته، وإنما لابد 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، مع أنه منتقد من جانب آخر[(4)]. وبذلك يطرح التساؤل هل حكم القاضي بالطلاق الذي يقع بإرادة الزوج كاشفاً أم منشئاً؟.

لابد من الإشارة أن طبيعة الحكم بالطلاق هو مسألة خلافية بين شراح القانون، وجدير بالذكر أن التمييز بين الأحكام الكاشفة والمنشئة، هو وليد التمييز بين الأحكام القضائية والولائية، فالقائلون بأن الطلاق حكم كاشف يعتبرونه من الأعمال الولائية التي يصدرها القاضي دون أن يكون هناك نزاع بين الطرفين، حيث أن القاضي لا يواجه نزاعاً بين الزوجين، وإنما يكون تدخله لوضع إرادة الزوج المطلق في شكل قانوني يكون قادراً على إنتاج الأثر القانوني، وهذا ما يصدق على الطلاق اللفظي الذي يكون بين الزوجين في البيت نتيجة شجار أو غضب أو بإرادة

[1] مراد مليكة، إيقاع الطلاق الشفوي وإثباته بين الواقع والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 57، عدد 1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020، ص 389.

[2] أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، القاهرة، د. ت، مكتبة السنة، ص 20- 30.

[3] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 292.

[4] زودة عمر، المرجع السابق، ص 33.

www.manaraa.com

مقصودة، فالأصل أن الإرادة طليقة حرة عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، ولكن قد يرد على هذا المبدئ بعض الاستثناءات القانونية، كاشتراط المشرع عنصر الشكلية في إنتاج إرادة الطلاق لآثاره، وهو ما عُبِّرَ عنه بالمعادلة التالية: (التعبير عن الإرادة + الشكل القانوني= الأثر القانوني)؛ أي لابد من اجتماع الأمرين لترتيب الأثر القانوني المعتد به قانوناً في مواجهة الغير، الأول وجود الإرادة، والثاني استيفاء الشكل الذي يشترطه القانون وهو ما يجعل الحكم بالطلاق الكاشف مجرد حكم ولائي[1]، لم يسبقه نزاع هدفه مجرد ترجمة إرادة الزوج في حكم ملزم للغير[2].

أما غالبية فقهاء القانون فيعتبرون الحكم بالطلاق مثله مثل سائر الأحكام، عمل قضائي صادر بعد إجراء القاضي لمحاولات الصلح وفشله في ذلك، غير أنه يتميز عنها بطبيعته الخاصة فهو حكم كاشف من جهة[3]، لأن القاضي عندما ينطق بالحكم فهو يكشف عن إرادة الزوج الذي يكون قد تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، وهو من جهة ثانية حكم منشؤ كونه يرتب ويؤسس لمركز قانوني جديد، يتمثل في مركز المطلق والمطلقة[4]، إذن فهو حكم كاشف ومنشؤٌ في نفس الوقت وهذا الرأي الأرجح.

-خاتمة:

من خلال ما سبق نصل لنتائج التالية:

-يتضح أن المادة 49 من قانون الأسرة قد أوجدت إشكالية الطلاق العرفي (الشفوي)، كونها لم تتكلم عن مسألة إثبات الطلاق العرفي الذي وقع خارج ساحة القضاء.

- لو أخذنا بحرفية نص المادة 49،50 لكانتا مخالفتان لأحكام العدة الشرعية، إلا أن الاجتهاد القضائي قد سد الفراغ التشريعي، بإثبات الطلاق الشفوي قضاء.

-الطريقة التي يثبت بها الطلاق العرفي أنه؛ يمكن للزوج موقع الطلاق إحضار شاهدين من جماعة المسلمين ممن حضروا الطلاق، وإثبات ذلك الطلاق العرفي بالتصريح بالشهادة أمام القاضي، ثم يصدر بشأنه حكماً قضائياً بإثبات الطلاق دون الحاجة إلى الصلح، لأن الطلاق وقع وإنتهى، إلا أن هذا الإجتهاد قد لا يعمل به في كل المحاكم، لأنه لم يستقر عليه القضاء مجتمعا.

-اقتراحات:

- نقترح على المشرع الجزائري أن يعدل المادة 49 على النحو التالي (لا يثبت الطلاق إلا بحكم ..... وفي حالة الطلاق العرفي يمكن إثباته قضاء بشهادة الشهود أو بأقوال الزوجين بعد أداء اليمين، ويتم حساب العدة من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق)، وبهذه المادة يمكن أن نبني أحكام العدة الشرعية، بما يتوافق مع العدة الموجودة في المادة 49 من قانون الأسرة.

[1] عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، لا. ط، الأبيار الجزائر، 2000، منشورات ثالة، ص 198.
[2] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 293.
[3] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 293.
[4] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، لا. ط، الأبيار الجزائر، منشورات ثالة، 2010، ص 177.

www.manaraa.com

-المراجع:

أولا: القوانين

-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

-الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 18، 2007).

ثانيا: الكتب

-أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، القاهرة، د. ت، مكتبة السنة.

-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ط: 2، بيروت، 1986، دار الكتب العلمية.

-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ط: 2، بيروت، 2003، دار الكتب العلمية.

-أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، ج33، لا. ط؛ الرباط المغرب، د.ت، مكتبة ابن تيمية.

-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، لا. ط، الإسكندرية، 2010، دار الجامعة الجديدة.

-أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، لا. ط، مصر، 2004،دار الكتب القانونية.

-خير الدين الزركلي، الأعلام، ج8، ط: 15، بيروت، 2002، دار العلم للملايين.

-سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، لا. ط، المحمدية الجزائر، 2010دار طليطلة.

-عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، لا. ط، الأبيار الجزائر، 2010، منشورات ثالة.

-عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، لا. ط، الأبيار الجزائر، منشورات ثالة، 2000.

-عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، ج3، لا. ط؛ مصر، د. ت، دار إحياء الكتب العربية.

-علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ج9، ط: 1، بيروت، 2003، دار الكتب العلمية.

-عمر زودة، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، د. ط، بن عكنون الجزائر، 2003، أنسيكلوبيديا للنشر.

-لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون، لا. ط، بوزريعة الجزائر، 2003،دار هومة.

-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط: 4، مصر، 2004، مكتبة الشروق الدولية.

-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط: 4؛ مصر، 2004، مكتبة الشروق الدولية.

-محمد أبو العلا، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، لا. ط، الحجار عنابة، 2001، دار العلوم.

www.manaraa.com

-محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الله المنشاوي، لا. ط؛ القاهرة، 2005، دار الحديث.

-محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، ط: 2، بيروت، 1973، دار المعرفة.

-محمد بن على بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ط: 1، بيروت، د. ت، دار المعرفة.

-محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، لا. ط، بيروت، د. ت دار إحياء الكتب العربية.

-محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، لا. ط، عمان، 2010، دار اليازوري العلمية.

-محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2، لا. ط، القاهرة، د. ت، دار الفضيلة.

-محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط: 1، عمان، 2008، دار الفكر.

-مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق، ط: 1، لبنان، 2011، المؤسسة الحديثة للكتاب.

- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، لا. ط؛ بوزريعة الجزائر، 2010، دار هومة.

- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط: 1؛ عمان، 2008، دار الفكر.

-وهبة الزحيلي، الفقه الميسر المالكي، ج3، لا. ط، بيروت، 2010، دار الكلم الطيب.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

-الصادق فريوي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. (أطروحة دكتوراه في القانون)، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 1994- 1995.

-قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين نصوصه التشريعية وتطبيقاته القضائية. (مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء الدفعة الثانية عشر)، المعهد الوطني للقضاء، بن عكنون الجزائر، 2001- 2004.

رابعا: المقالات

- أكلي نعيمة، في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 12، عدد 3، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2020.

-مراد مليكة، إيقاع الطلاق الشفوي وإثباته بين الواقع والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، عدد1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020.

خامسا: المجلات القضائية

- المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989.

-المجلة القضائية عدد 03، لسنة 1991.

-المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001.

-المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2003.

- مجلة المحكمة العليا عدد 01، لسنة 2005.

www.manaraa.com