

إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري

confirmation of customary divorce in Algerian family law

confirmation du divorce coutumier dans le droit de la famille algérien

تاريخ قبول المقال للنشر: 2018/06/03

تاريخ إرسال المقال: 2018/05/21

بوجمعة حمد / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ملخص :

يعتبر الطلاق من أهم الطرق التي تحل بها الرابطة الزوجية بغض النظر عن مصدره سواء أكان هو الزوج نفسه وهو الأصل ، أو كان بالتراضي بين الزوجين ، أو عن طريق الخلع ، أو كان تطبيقا عن طريق القضاء ، أو عن طريق الفسخ أو اللعان.... غير أننا سنركز في موضوعنا هذا على طلاق الزوج بإرادته المنفردة والواقع بالأخص خارج ساحة القضاء ، فحتى يكون الطلاق واقعا بطريقة قانونية يفترض أن ترفع دعوى قضائية بذلك ويقوم القاضي بعقد عدة جلسات صلح ثم يُنطق بالحكم المتضمن الطلاق وهو ما نصت عليه المادة 1/49 بقولها : « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى ».

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

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

وإن كان المشرع الجزائري حقيقة لم يشر صراحة إلى مسألة إثبات الطلاق بأثر رجعي ، وهو ما يصطلح عليه اليوم بالطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء ، بل أشار إلى خلافها وهو أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي ، حتى ينسجم ذلك مع قواعد الشريعة الإسلامية وباقي النصوص القانونية في قانون الأسرة الجزائري ، وهذا الاختلاف بين النص القانوني الذي لا يجيز في ظاهره الطلاق إلا بحكم قضائي واجتهادات المحكمة العليا القاضية بخلافه هو ما أدى بالكثير من الفقهاء إلى القول بأن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي ، في حين أن فقهاء آخرين رأوا بأن قانون الأسرة اعترف بالطلاق العرفي بصفة غير مباشرة تستنتج من جمع النصوص القانونية

مع بعضها البعض ، مؤيدين رأيهم بموافقته للاجتهاد القضائي الذي اعترف بالطلاق العرفي وأثبتته بأثر رجعي في كثير من الاجتهادات ، وهو ما ذهبت إليه أكثر محاكم البلاد وهو ما نميل إليه ونرجحه خصوصا أن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لم يرد بها نص في صلب ق أ ج ، وإثبات الطلاق بأثر رجعي سكت عنه المشرع ، وطبقه القضاء وأثبتته عملا بالمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ، ولأن العرف قد استقر على العمل به ، كان ولا بد على المشرع الجزائري من تعديل للمادة 1/49 من قانون الأسرة الجزائري حتى توافق قواعد الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ، وحتى ما جرى عليه العمل في أكثر المحاكم والمجالس القضائية ، وقطعا للنزاع الحاصل في تفسيرها .

الكلمات المفتاحية : الطلاق العرفي ، إثبات الطلاق ، الرابطة الزوجية ، الأثر الرجعي .

Abstract :

Divorce is considered one of the most important ways in which a marital relationship can be resolved regardless of its source, whether it is the husband himself or the original, or by mutual consent of the couple, or by means of the judiciary, or through annulment or tenderness. However, we will focus on this issue on the divorce of the husband individually and in particular outside the court, so that the divorce is a legal situation that is supposed to file a lawsuit in this and the judge held several sessions of reconciliation and then pronounce the provision of divorce, as provided in Article 49/1, saying: "Divorce shall not be established except by virtue of a vow of attempts of conciliation made by the judge without being deflected For a period of three months from the date of the case,

Therefore, the problem of this issue is based on whether the divorce of the husband with his own will is sufficient for the divorce and its validity, or is it necessary to declare this before the judge? In other words, did the judge the divorce as a ruling, or is it a ruling for divorce?

This problem is caused by the difference in the understanding of article 49/1 of the Algerian Family Code, which provides that «a divorce shall be proved only after several conciliatory attempts by the judge without exceeding three months from the date of the case”.

Although the Algerian lawmaker did not expressly refer to the issue of proving divorce retroactively, which is what is now called customary divorce outside the court, but pointed out that the dispute is that the divorce is not proved only by

a judicial ruling, but judicial applications in all cases to prove And this difference between the legal text which does not permit divorce in the face of a judicial decision and the jurisprudence of the Supreme Court judge other than that is what led many scholars to say that the Algerian Family Code does not Recognizes b Customary divorce, while other jurists saw that family law recognized customary divorce as indirectly derived from the collection of legal texts with each other, in favor of their opinion of his consent to the jurisprudence that recognized customary divorce and proved retrospectively in many jurisprudence, In particular, that Article 222 of the Algerian Family Code refers the judge to the provisions of Islamic law in cases where no provision is made in the body of the CJ, and to prove the divorce retroactively was silent by the legislator, applied by the judiciary and confirmed pursuant to Article 222 of the Family Code Algerian, and because of the Arab Has settled on the work done, it must be on the Algerian legislature amendment to Article 49/1 of the Algerian Family Code until the rules of Islamic law agree and jurisprudence of the Supreme Court, and even what happened to him to work in more courts and councils, and certainly of the conflict happening in the explained.

Keywords: customary divorce, confirmation of divorce, marital bond, retroactive effect

Résumé:

Le divorce est considéré comme l'un des moyens les plus importants de résoudre une relation conjugale, quelle que soit sa source, qu'il s'agisse du mari lui-même ou de l'originale, du consentement mutuel du couple, du système judiciaire, de l'annulation ou de la tendresse. Cependant, nous allons nous concentrer sur cette question du divorce du mari individuellement et en particulier en dehors du tribunal, de sorte que le divorce est une situation juridique qui est censée engager une action en justice. Le juge a organisé plusieurs séances de réconciliation, puis a prononcé la disposition relative au divorce, comme le prévoit l'article 49/1: «Le divorce ne peut être établi qu'en vertu d'un vœu de tentatives de conciliation fait par le juge sans être écarté Pendant une période de trois mois à compter de la date de l'affaire,

Par conséquent, le problème de cette question est de savoir si le divorce du mari avec sa volonté est suffisant pour le divorce et sa validité, ou est-il nécessaire

de le déclarer devant le juge? En d'autres termes, le juge a-t-il jugé le divorce comme une décision ou s'agit-il d'une décision de divorce?

Ce problème est dû à la différence de compréhension de l'article 49/1 du Code de la famille algérien, qui dispose qu'«un divorce n'est prouvé qu'après plusieurs tentatives de conciliation du juge sans dépasser trois mois à compter de la date de l'affaire.»

Bien que le législateur algérien ne se soit pas expressément référé à la question de la preuve rétroactive du divorce, ce qui s'appelle maintenant le divorce coutumier en dehors du tribunal, il a souligné que le litige est que le divorce n'est pas prouvé seulement par une décision judiciaire, mais des demandes judiciaires dans tous les cas. Et cette différence entre le texte juridique qui n'autorise pas le divorce devant une décision de justice et la jurisprudence du juge de la Cour suprême, si ce n'est que c'est ce qui a conduit de nombreux chercheurs à dire que le Code de la famille algérien ne reconnaît le Divorce coutumier, tandis que d'autres juristes ont estimé que le droit de la famille reconnaissait le divorce coutumier comme une conséquence indirecte de la collecte réciproque de textes juridiques, en faveur de son opinion sur son consentement à la jurisprudence qui reconnaissait le divorce coutumier et se révélait rétrospectivement dans de nombreuses affaires. En particulier, l'article 222 du code de la famille algérien renvoie le juge aux dispositions de la loi islamique dans les cas où aucune disposition n'est prévue dans le corps de la CJ et prouve rétroactivement le divorce par le législateur, appliqué par le pouvoir judiciaire et confirmé conformément à l'article 222 du code de la famille. Algérien et à cause de l'arabe A réglé sur le travail effectué, il doit être sur l'amendement de législateur algérien à l'article 49/1 du Code algérien de la famille jusqu'à ce que les règles de la loi islamique sont d'accord et de la jurisprudence de la Cour suprême, et même ce qui lui est arrivé de travailler dans plusieurs tribunaux et conseils, et certainement du conflit qui se passe dans l'a expliqué.

Mots-clés: divorce coutumier, confirmation de divorce, lien conjugal, effet rétroactif .

مقدمة :

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

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

ورغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي - أي إثبات الطلاق العرفي - إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي، ونجد أن كلا من محكمة البويرة وكذا محكمة الجلفة تعملان على إثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها ، بسماع الأطراف وكذا الشهود، وقد صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس تصب في هذا الغرض وأهمها القرار رقم 99/19 الصادر بتاريخ 30/01/1999¹ ، إضافة إلى الكثير من الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في نفس السياق، وهو ما سنشير إليه لاحقا ، وعليه فالمبدأ العام - على اختلاف في تفسير النص القانوني - أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم وهو ما سنركز عليه مع بيان التطبيقات القضائية لهذا النص وتأويله حتى ينسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية وباقي النصوص القانونية وعليه سنتطرق في دراستنا لهذا الموضوع للنقاط الآتية :

1/ تعريف الطلاق العرفي

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

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

1/ تعريف الطلاق العرفي :

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

- الطلاق لغة :

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

- الطلاق شرعا :

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

- الطلاق عند الحنفية هو: « رفع قيد النكاح الصحيح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص»³
- وعند المالكية: « رفع حلية تمتع الزوج بزوجته»⁴ أو هو « صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته»⁵
- وعند الشافعية: « حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه»⁶
- وهو عند الحنابلة: « حل قيد النكاح»⁷

وجميع هذه التعاريف تؤدي معنى واحد ، مؤداه أن الطلاق يرفع حلية الاستمتاع والاستمرار في العلاقة الزوجية ، غير أن أفضل تعريف في نظري للطلاق من حيث كونه جاء جامعاً مانعاً مفصلاً لأفراد المعرف بطريقة سهلة بسيطة هو تعريف الحنفية « رفع قيد النكاح الصحيح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص».

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

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

واللفظ المخصوص الذي يقع به الطلاق يكون صريحا كما قد يكون كناية⁸.

- تعريف العرف

تعريف العرف لغة : عرفه يعرفه معرفة وعرفانا بالكسر. و العرف الريح طيبة كانت أو منتنة. و المعروف ضد المنكر و العرف ضد النكريقال: أولاه عرفا أي معروفا. و العرف أيضا الاسم من الاعتراف. وقيل: أرسلت بالعرف أي بالمعروف⁹.

تعريف العرف اصطلاحا : « العرف: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول»¹⁰.

- تعريف الطلاق العرفي :

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

2/ مدى اعتبار المشرع لإثبات الطلاق بحكم قضائي : فهم للمادة 49 على ضوء

باقي مواد قانون الأسرة وقواعد الشريعة الإسلامية .

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

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

في الحقيقة لقد أسالت هذه القضية الكثير من الحبر ، و اختلفت في تفسيرها وتأويلها الكثير من الآراء ، فمن قائل أن المشرع الجزائري لا يعتبر الطلاق ولا يعترف به إلا إذا كان قد وقع في ساحتها وصرح به الزوج أمام القاضي ، و صدر بخصوصه حكم قضائي يقضي به ، أي أن حكم القاضي منثني للطلاق ، وعلى هذا التفسير الكثير من الفقهاء الذين تصدوا لشرح هذه المسألة ، ومن بينهم بلحاج العربي الذي يرى أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة¹¹ ، وكذلك الأستاذ فضيل سعد¹² ، وكذلك الأستاذ عمرزودة الذي يرى أن الطلاق لا يقع إلا أمام

الجهة الرسمية ، وأن الطلاق لا يقع إلا بصدور حكم قضائي¹³ وغيرهم كثير من الباحثين ...

على أن هناك فريقا آخر من الفقهاء والباحثين على قلتهم قالوا بأن الطلاق حق للزوج كما نصت على ذلك المادة 48 ق أ ج ، فلا يجوز للقاضي أن يصدر الطلاق نيابة عن الزوج ، ولكن دور القاضي ينحصر في الكشف عن الطلاق الواقع من طرف الزوج وإثباته من خلال حكم قضائي ، فالقاضي دوره سلبي في هذا الموضوع يتمركز في الكشف لا الإنشاء ، وهذا الرأي الأخير هو الرأي المنسجم مع بقية نصوص القانون ، كما أن هذا الرأي هو الذي درج عليه التطبيق والاجتهاد القضائي في الكثير من الأحكام وممن تبني هذا الرأي الدكتور رشيد بن الشويخ الذي يرى بأن الزوج إذا طلق زوجته بإرادته المنفردة فيكون حكم القاضي كاشفا لا منشئا وذلك حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية والنصوص القانونية¹⁴ وكذلك الدكتور لمطاعي نور الدين في أطروحته للدكتوراه¹⁵.

من خلال نص المادة 1/49 « لا يثبت الطلاق إلا بحكم» يفهم أن طلاق الزوج الذي يوقعه بإرادته خارج ساحة القضاء لا يعتد به ، ذلك أن الطلاق لا يثبت إلا إذا صدر بحكم قضائي ، فإن لم يكن صادرا بحكم قضائي فإنه لا يعتد به من حيث تاريخه ، فالقاضي لا يعتبر نائبا عن الزوج في إصدار الطلاق أبدا ، بل المصدر للطلاق هو الزوج وهو ما أكدته المادة 48 ق أ ج « ... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة ...» ، لكن تاريخ سريان هذا الطلاق هو تاريخ إثباته بحكم قضائي ، لذلك من الخطأ أن يقال أن الزوج لا يعتد بطلاقه إن كان طلاقه خارج ساحة القضاء ، ولكن تاريخ الاعتراف بتصريحه بالطلاق هو تاريخ إثباته بحكم قضائي ، ذلك أن القاضي كما يقال لا يحكم إلا بما طلب منه ، فلا يعقل أن يمتنع القاضي عن الحكم بالطلاق إذا صرح به الزوج سلفا ورفع بخصوصه دعوى قضائية ، غير أن القاضي له يتمهل في الحكم حتى يقوم بإجراء عدة جلسات صلح على أن لا تتجاوز مدتها الثلاث أشهر ، كما لا يجوز للقاضي أبدا الامتناع عن القيام بجلسات الصلح ، فإذا صدر الحكم القضائي القاضي بإثبات الطلاق الواقع من الزوج فإن تاريخ الحكم القضائي بإثبات الطلاق هو المعتبر في حساب العدة وإثبات النسب والإرث وغير ذلك ، وعلى هذا التأويل لنص المادة 1/49 سار الكثير من الشراح كما سبق بيانه ، غير أن تبني هذا الشرح وهذا التفسير لنص المادة 1/49 يؤدي إلى عدة مخالفات شرعية تتعلق باحتساب العدة والرجعة وغيرها كما يؤدي إلى تضارب واضح بين نصوص قانونية أخرى ، وأكثر من ذلك فإن الجمود على التفسير السابق يعارض الكثير من الاجتهاد والتطبيق القضائي الذي أثبت الطلاق العرفي واحتسب الطلاق من تاريخ تصريح الزوج به ، وهو ما سنبينه في ما يلي :

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

فلو أخذنا بحرفية نص المادة 1/49 واعتبرنا أن الطلاق الذي يعترف به المشرع وينتج جميع آثاره هو ذلك الطلاق الذي يصرح به الزوج أمام القاضي لا الطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء وأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم ، فإننا نجد أن الطلاق الرجعي لا يعترف به المشرع ذلك

أن نص المادة 50 يقول: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد» فلو قلنا أن الطلاق لا ينتج أثره ولا يعترف به القانون إلا إذا ثبت بحكم قضائي فإن معنى قوله من راجع زوجته لا يقصد به المعنى الاصطلاحي للمراجعة، وهي التي تكون بعد طلاق لم تنته عدته، بل المقصود هو المعنى اللغوي للمراجعة فقط، ويكون المعنى أن الطلاق لم يتم بعد مع أنه طلقها حقيقة، ذلك أنه لم يتم الحكم به، وجلسات الصلح لا زالت قائمة، فللزوج أن يراجع زوجته إذا صالحها قبل صدور الحكم بالطلاق بلا عقد جديد، لأن الطلاق لم يتم أصلا فما حاجتنا إلى عقد جديد، ويفهم منه أن المشرع الجزائري لا يفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، وهو الطلاق الذي نصت عليه المادة 51 ق أ ج.

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

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

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

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

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

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

من خلال نص المادة 58 ق أ ج والتي تنص على أنه : « تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق » يتبين أن المشرع الجزائري يعترف بالطلاق الرجعي وأن معنى قوله في المادة 50 ق أ ج « من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد » يقصد به أنها مازالت في مرحلة العدة التي هي ثلاثة أشهر مثل المدة المحددة لإجراء الصلح ، وأن الزوج له أن يراجع زوجته بدون عقد أو مهر جديدين¹⁷ ، وعليه فالقانون يعترف بالطلاق الرجعي ، ويبدأ في حساب العدة من تاريخ التصريح بالطلاق ، وهو ما نصت عليه المادة 58 السابقة الذكر بقولها « من تاريخ التصريح بالطلاق » ، والتصريح الذي يقصده المشرع هو تصريح الزوج لا تصريح القاضي بدليل أن المادة 48 قد أعطت للزوج الحق في إصدار الطلاق بإرادته المنفردة بقولها : « مع مراعاة أحكام المادة 49 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة ... » كما أن المشرع لو أراد أن الطلاق يصح به القاضي فقط لقال في المادة 58 من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ولم يقل ذلك ، فعلم أن قوله في المادة 1/49 لا يثبت الطلاق إلا بحكم : أنه لا بد من توثيقه قضائيا حتى ينتج أثره القانوني وخصوصا ما تعلق من حقوق للزوجة أو الزوج ، ولذلك قال لا يثبت ولم يقل لا ينشأ أو لا ينعقد أو لا يحدث ، والإثبات لا يكون إلا على شيء وقع ، ولذلك قال بعد ذلك : « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى » أي أن الطلاق قد وقع ، ولكن لا يثبت إلا بعد إجراء عدة محاولات للصلح ، والتي قد تثمر فيراجع الرجل زوجته المطلقة ، وهنا لا يحتاج إلى عقد جديد كما نصت عليه المادة 50 ق أ ج¹⁸ .

وقد جاء الاجتهاد القضائي مصدقا لما سبق بيانه بقوله : « فإنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق ، وذلك أن الطلاق

هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم كما فعل القاضي الأول ، وإذا ندم الزوج المطلق أو تراجع عن طلاقه فهناك قواعد فقهية تضبط الرجعة على الزوج المطلق الالتجاء إليها ، وذلك قبل انقضاء عدة المطلقة ، ولم يظهر من الملف أو عناصر الدعوى أن الزوج ارتجع زوجته في مدة قبل انقضاء عدتها ، وعليه فإن قضاة الاستئناف خرقوا قاعدة فقهية تمس بالشريعة الإسلامية في الطلاق مما يستوجب النقض لقرارهم دون إحالة»¹⁹.

ووفقا لهذا القرار فإن القضاء قد اعتبر أن الحكم القضائي كاشف للطلاق لا منثني له ، أي أن المعتبر في الطلاق هو تصريح الزوج به ولو خارج ساحة القضاء ، ويقتصر دور القاضي على إثباته في حكم ، لأجل إعطائه الصبغة القانونية ومحافظة على حقوق كل زوج وتجنباً لأي إشكالات قد تحدث بين الزوجين ، وعليه فالطلاق العرفي يعترف به القضاء متبعاً في ذلك الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأساس لقانون الأسرة .

وتأكيداً لهذا المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا أيضاً ما يلي : « من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطبيق فهو حق للزوجة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجرؤوا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية»²⁰.

وكذلك قراراً أخرجاً فيه : « من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء

ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين ، 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»²¹.

وفي قرار آخر كذلك « 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 فما على القاضي سوى الحكم له به...»²² وغير ذلك من القرارات التي تؤكد اعتراف القضاء بالطلاق العرفي وإثباته خارج ساحة القضاء وهذا هو الفهم الصحيح والمتفق مع الشريعة الإسلامية المصدر الأساس لقانون الأسرة.

كما أن هذا الفهم من طرف القضاء يجع نصوص ق أ ج منسجمة مع بعضها ومتفقة فيما بينها. غير أن قضاء شؤون الأسرة وإن كان قد أخذ بالطلاق العرفي ولم يجمد على حرفية النص القانوني مراعيًا في ذلك العرف المعمول به وقواعد الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها بنص القانون نفسه عند وجود فراغ قانوني « المادة 222 » ، فإنه لا بد من وجود انسجام بين القضاء الخاص بشؤون الأسرة وبين النيابة العامة وكذلك قضاء العقوبات ويظهر ذلك جليا في حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل مثلا، ونكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا .

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

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

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها في هذا الصدد ، حيث ورد في أحد قراراتها أنه يعتبر زنى حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها ، بل ذهبت المحكمة العليا أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا ، وقد ورد في قرار آخر أنه إذا دفعت المتهممة 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 المتهممة بالزنا ، أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصير نهائيا بعد وإلا كان قراره مخالفا للقانون ويستوجب نقضه.²³

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

الخاتمة :

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

الهوامش :

- 1 قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية - دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة -، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، سنة 2004، ص: 13.
- 2 أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية - بيروت (د ت ن) 376/2. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ، ج 226/10. علي بن محمد الشريف الجرجاني، التعريفات، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1983 م. ص: 141.
- 3 ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، ج 352/3. محمد بن علي الحصكفي الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، طبعة: الأولى، 2002 م، ص: 205.
- 4 أحمد بن محمد الخلوئي الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، ج 542/2.
- 5 محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، 1989 م، ج 42/4.
- 6 محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط 1، 1994 م، ج 455/4.
- 7 موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، نشر مكتبة القاهرة، 1968، ج 363/7. علاء الدين علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، 1375 هـ، ج 429/8.
- 8 محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بإشراف: محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، دار السلام، مصر، الطبعة الأولى، 2006، ج 502-501/2.
- 9 أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة الخامسة، 1999، ص: 206. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ج 404/2.
- 10 علي بن محمد الشريف الجرجاني، مرجع سابق، 149.

إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري

- 12 فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 ، ج 1/326.
- 13 عمرزودة ، طبعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، بن عكنون ، الجزائر ، انسيكلوبيديا للنشر ، 2003 ، ص: 33.
- 14 رشيد بن الشويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2008 ، ص: 180.
- 15 لمطاعي نور الدين ، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية ، أطروحة دكتوراه ، الجزائر ، كلية الحقوق ، سنة 2006 ، ص: 51.
- 16 سورة الطلاق ، آية رقم : 4
- 17 رشيد بن الشويخ ، مرجع سابق ، ص: 177.
- 18 لمطاعي نور الدين ، مرجع سابق ، ص: 60-61.
- 19 قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى سابقا " المحكمة العليا حاليا " بتاريخ 17/12/1984 ، ملف رقم 35322 ، والمنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989 ، عدد رقم 4 ، ص: 91.
- 20 قرار رقم 35026 ، صادر بتاريخ 03/12/1984 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، عدد 04 ، سنة 1989 ، ص : 86 ،
- 21 قرار المحكمة العليا رقم 216850 الصادر بتاريخ 16/02/1999. العدد الخاص ، مجلة المحكمة العليا المتضمنة الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، سنة 2001 ، ص: 100.
- 22 قرار رقم: 57812 صادر بتاريخ: 23/02/2005 عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة المحكمة العليا ، عدد 1 سنة 2005 ، ص: 275.
- 23 قسنطيني حدة ، مرجع سابق ، ص : 15-16. أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، الطبعة الثالثة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 . ص: 132 .