

القاضي وفك الرابطة الزوجية: بين الممارسات العرفية و الأحكام القضائية

قصري ناسيم

قسم الحقوق؛ كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - 06000، الجزائر

mimouplay@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019 / 01 / 15

تاريخ القبول: 2019 / 03 / 15

ملخص

تمثل العلاقات المرتبطة بالأحوال الشخصية مجالا حساسا و بالغ الأهمية؛ نظرا لارتباطه الكبير بتكوين الأسرة و استقرار المجتمع، لكن و في خضم الظروف و المستجدات التي يعيشها المجتمع الجزائري خاصة في السنوات الأخيرة و ما يرتبط منها من مشاكل و صعوبات، فإنه قد تحدث وقائع و ظروف تجعل من استمرار العلاقة بين الطرفين في غاية الصعوبة، مما يضطر بالأخير لطلب حق الطلاق.

الإشكال المرتبط في هذه الحالة هي عدم تناسق الأحكام القضائية التي تصدر في مجال فك الرابطة الزوجية و اعتبار آثارها غير عملية، بسبب سبق الزوج لممارسة حقه في الطلاق قبل رفع الدعوى أمام القضاء.

لذلك نجد أن القاضي ملزم بإقامة الصلح بين الطرفين، و قد يوفق في الإصلاح بينهما و بالتالي نكون أمام طلاق فعلي من الناحية الشرعية و استمرار لحياة الزوجية بحكم القاضي من الناحية التشريعية، لذا يجب إعادة النظر في كيفية استرشاد القاضي بالممارسة العرفية و إسقاطها على التجربة العملية، لضمان استقرار المعاملات في مجال الأحوال الشخصية.

الكلمات المفتاحية: الممارسات العرفية، القضاء، تعارض الأحكام، الطلاق، الزواج.

مقدمة

من أجل إنشاء أسرة متينة و مبنية على مقتضيات الشريعة الإسلامية اعتبر الزواج الحلقة الأساسية من أجل تحسيدها، و هذا من أجل تحقيق ما ورد في نص المادة 4 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

إلا أنه قد تحدث عدة أسباب تجعل من مواصلة هذه العلاقة عسيرة بل و مستحيلة في بعض الأحيان و بالتالي يعتبر اللجوء إلى الطلاق احسن وسيلة للطرفين من أجل إعطائهم فرصة أخرى بحيث يعيد كل واحد منهما حياتهم الجديدة.

إنّ عدم وضوح أحكام قانون الأسرة المتعلقة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق الواقع من طرف الزوج و تشعب الممارسات العرفية للأزواج و تباينها على المستوى الوطني و ذلك كنتيجة حتمية لاختلاف و خصوصية كل منطقة، أدى إلى عدم استقرار التشريع و القضاء بدرجة أقل حول المعايير أو الأحكام التي يتم تطبيقها بمناسبة القضايا المعروضة و المتعلقة بالطلاق.

بناء على ما سبق يتم طرح إشكالية كيفية تأثير الممارسات العرفية في مجال الطلاق على العمل القضائي؟

للإجابة على هذه الإشكالية يتم التطرق لتبيان الإشكالات المتعلقة بأحكام الطلاق (أولا) ثم تبيان ضرورة استمداد القضاء من العرف في مجال فك الرابطة الزوجية (ثانيا). و هذا من أجل الوصول إلى ضمان تناسق الأحكام القضائية مع مقاصد الشريعة الإسلامية و متطلبات الممارسات العرفية و تجاوزوا للإشكالات القانونية ضمن أحكام قانون الأسرة.

أولا: الإشكالات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية. تنحل الرابطة الزوجية إما بالطلاق أو بالوفاة⁽²⁾؛ إذا كان الطلاق الذي يتم بإرادة الزوجين أو بطلب من الزوجة لا يثير في العادة الكثير من الإشكالات؛ فإنه و على العكس من ذلك فإنّ الطلاق بإرادة الزوج يثير الكثير من الإشكالات القانونية و العملية، سواء ما تعلق بحكم الطلاق أو بالصلح المتصل به.

1- عدم تناسق أحكام الطلاق بين العرف و القانون:

أ- الطلاق يقع غالبا خارج مجلس القضاء: بما أن العصمة بيد الرجل فهو المخول شرعا و عرفا بإيقاع الطلاق، بشرط أن يكون موافقا للسنة و مخالفا للبدعة، و لا يمكن أن يحدّه في ذلك إلا إذا تعسف الزوج في استعمال هذا الحق، ففي هذه الحالة فقط يتدخل القاضي من أجل إقامة نوع من التوازن بين حق الزوج في الطلاق و حفظ الزوجة من الأضرار التي تلحق بها جراء هذا الطلاق.

و في هذا تنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽³⁾.

بالعودة للواقع العملي يتبين بأن إيقاع الطلاق يكون من طرف الزوج إذ أنه من الطبيعي أن يقوم الزوج بممارسة حقه في الطلاق و هذا بعد اقتناعه باستحالة مواصلة العلاقة الزوجية مع الزوجة و ذلك لعدة عوامل و ظروف.

أما أن يقوم الزوج برفع الدعوى أمام القضاء للمطالبة بالطلاق من زوجته فهذا أمر جد مستبعد إذ تكرر في ذهن و عرف الزوج أنه يقوم بإيقاع الطلاق قبل رفع الدعوى أمام المحكمة، هذا الحق معترف للزوج سواء بنصوص الشريعة الإسلامية أو الممارسة العرفية.

لكن بالعودة لموقف المشرع يشترط أن يصدر حكم قضائي من أجل إثبات الطلاق بعد عدة محاولات الصلح مما يؤدي إلى التساؤل هل القاضي هو الذي يطلق أم أنه مجرد تثبيت للطلاق العرفي السابق إيقاعه من طرف الزوج؟.

ب- دور القاضي في مسألة الطلاق: حكم كاشف أو منشي؟: لتحديد دور القاضي في الطلاق الواقع من طرف الزوج يتعين التمييز بين أمرين أساسيين:

*** عدم وقوع الطلاق عند رفع الدعوى:** في هذه الحالة يظهر الدور الفعلي للقاضي في مجال الطلاق؛ بحيث يقوم بتطبيق جميع الأحكام و الضوابط الواردة في قانون الأسرة سواء تعلق الأمر بإجبارية الصلح بين الزوجين أو إقامة التحكيم، و كذلك يظهر مدى فعالية دور القاضي في تفادي وقوع الطلاق بما أن الزوج لم يقيم بعد بإيقاعه، و ذلك عن طريق التأثير إيجابا عليه و إقناعه بالآثار السلبية للطلاق خاصة إذا كان هناك أطفال، و ما يؤدي إلى تشردهم و الشق المتعلق بالمصاريف التي سوف يدفعها الزوج من نفقة و بيت لممارسة الحضنة... إلخ.

فهنا يظهر أن الحكم القضائي هو حكم منشي لحالة الطلاق و يعتبر تاريخ صدور الحكم هو بداية حساب العدة.

*** وقوع الطلاق قبل رفع الدعوى:** في هذه الحالة يتصور بأن الزوج قد قام بإيقاع الطلاق خارج أروقة المحكمة و ثم قام برفع الدعوى من أجل إثباته و تسوية الأمور الإدارية فقط.

في هذه الحالة يكاد ينعدم دور القاضي من الناحية العملية، فالحكم القضائي بالطلاق في هذه الحالة هو حكم كاشف لحالة موجودة سابقا و هي الطلاق العرفي.

إلا أنه و لعدم وضوح المقصود من المادة 49 حول طبيعة الحكم، فإنه يتصور في هذا الصدد:

- إمكانية رفض القاضي الاستجابة للطلاق الذي سبق و أن تلفظ به الزوج، خاصة عند غياب الشهود أو إنكار الزوجة، مما يجعل الطلاق واقع من الناحية الشرعية مع رفضه من الناحية القانونية و القضائية.

- احتمال قوي لظهور ازدواجية العدة؛ عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، و عدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، و هذا ما يؤدي إلى تعارض بين القانون و الشريعة الإسلامية على عدة مستويات، خاصة بعد فوات العدة الشرعية و قيام العدة القانونية⁽⁴⁾

2 الإشكالات المتعلقة بالصلح بين العرف و القضاء:

نظرا لتشبت الزوج غالبا بقرار الطلاق فإنه من الصعب جدا التراجع عنه، لذلك يصبح القاضي أمام إلزامية إقامة صلح من دون نتيجة و لا فعالية فنكون أمام إقامة صلح من الناحية القانونية و عدم فعاليته من الناحية العملية.

إلا أنه أحيانا قد يصل للصلح بين الزوجين و بذلك فقد يقوم الزوج بمراجعة زوجته ولكن تكون مدة 3 أشهر قد انقضت و بالتالي نكون أمام طلاق واقع من طرف الزوج و أمام إعادة الزوج لزوجته من الناحية القانونية؛ أليس هذا تناقض بأن نكون أمام حل لعلاقة محرمة؟.

فإذا طلق الزوج زوجته طلاقاً أولى و توصلنا إلى الصلح بواسطة تدخل القاضي، ثم بعد ذلك طلقها طلاقاً ثانية و توصلنا إلى الصلح و لم يسجل القاضي هذه الطلاقات على الزوج فيعتبر في نظر القانون كأنه لم يطلقها، ثم يطلقها طلاقاً ثالثة و يرفع دعوى طلاق؛ ففرضا وصل القاضي إلى الصلح معهما فيكون قد أحل لهما حراماً، أو فرضاً أنه لم يتوصل إلى الصلح فيكون قد حسب على الزوج طلاقاً واحدة بائنة يخول له الحق في مراجعتها، و بهذا يحل حراماً⁽⁵⁾

ثانياً: ضرورة استمداد القضاء من الممارسات العرفية في مجال فك الرابطة الزوجية

أمام الإشكالات و التناقضات التي تميز أحكام قانون الأسرة في مجال الطلاق و عدم استقرار التطبيقات القضائية، كان لابد من إزالة هذا الغموض و بالتالي ضمان استقرار المعاملات الأسرية و عدم انتشار الشبهات.

في هذا الصدد يتعين اتخاذ القضاء للممارسات العرفية كمصدر مباشر و انسجامها مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ ذلك كله لتجاوز النقص الحاصل في أحكام قانون الأسرة.

1- في مسألة إيقاع الطلاق: يجب على القاضي عندما تعرض عليه مسألة الطلاق التأكد من بعض الأمور و التفاصيل التي تميز الممارسة العرفية؛ خاصة:

أ- في مجال طبيعة الطلاق: فيجب على القاضي قبل أن يصدر أي حكم أن يتبين - سواء من الزوج أو من الزوجة- هل أن الطلاق قد تم وفق الشرع و السنة؟ و هل لم يدخل في مجال الطلاق البدعي؟.

فالطلاق السني هو ما كان موافقاً لكتاب الله و سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم؛ و هو أن يطلق الرجل امرأته في طهر لم يجامعها فيه، و زاد بعض أهل العلم إشهاد شاهدين؛ و أما طلاق البدعة فهو ما كان مخالفاً لكتاب الله و سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم، و صورته أن يطلق الرجل امرأته في الحيض أو في طهر جامعها فيه و لم يتبين أمرها أحملت أم لا⁽⁶⁾.

في هذا المجال نميز بين حالتين⁽⁷⁾:

- الحالة الأولى: عندما يأتي رجل يريد الطلاق أمام القاضي، فيجب أن يكون دور القاضي هو دلالة الزوج على سنة الطلاق و توضيح ذلك له و إلزامه بإيقاع الطلاق على وفق السنة و عدم تمكينه من إيقاعه على الوجه المبتدع المحرم.

- الحالة الثانية: أن يأتي رجل و قد طلق و يريد إثبات طلاقه السابق فإذا تبين أن طلاقه السابق كان على وجه البدعة في وقته، فإن السنة واضحة و صريحة في الأمر بإرجاع الزوجة و إيقاع الطلاق على السنة.

فإذا تبين للقاضي بأن الزوج قد طلق دون احترام الشروط المحددة في السنة فعليه أن يرفض النظر في الدعوى و يطالب الزوج بضرورة إيقاعه وفق السنة، و ليس التأشير مباشرة على الطلاق دون محاولة فهم طبيعة الطلاق الذي قام به الزوج.

ب- في مجال إرجاع الزوجة: لا يكفي أن يتأكد القاضي من كون الطلاق قد تم وفق أحكام الشريعة من عدمها؛ بل يجب أن يتأكد من عدم فوات مدة العدة و في هذا الصدد يتعين التمييز بين حالتين:

- عدم فوات مدة العدة: في هذه الحالة يفترض أنّ الزوج الذي سبق له الطلاق فيجب على القاضي عند النظر في الدعوى اعتماد تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق خارج مجلس القضاء من أجل تكملة احتساب مدة العدة، فإذا لم تكتمل مدة ثلاث أشهر يمكن للقاضي بأن يأذن للزوج إرجاع زوجته، و على القاضي تنبيه الزوج لأهمية المدة باعتبارها تتيح للزوج إرجاعها.

- فوات مدة العدة: في هذه الحالة يفترض أن الزوج دائماً سبق و أن صرح بالطلاق و قد تم رفع الدعوى أمام القضاء و تكون مدة العدة قد انقضت، ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يصرح مباشرة بالطلاق و لا يمكن أن يقوم بالحكم للزوج بإرجاع زوجته بسبب فوات مدة العدة.

إذن يتبين بأنه يجب على القاضي أن يعتبر و يتخذ تاريخ الطلاق العرفي الواقع خارج مجلس القضاء كمعيار للحكم بإرجاع الزوجة من عدمه، و ليس تاريخ رفع دعوى الطلاق من طرف الزوج، و هذا من أجل تفادي الحكم بإرجاع الزوجة من طرف الزوج من الناحية القانونية و من الناحية الواقعية أن الزوجين قد أصبحا أجنبيين و بالتالي يتحول القاضي من محل علاقة بين طرفين مطلقين أصلاً من الناحية الشرعية.

2- في مسألة الصلح بين الزوجين: رغم وضوح موقف المشرع من إلزامية عرض الصلح بين الزوجين قبل الفصل في دعوى الطلاق و ذلك سواء بموجب أحكام قانون الأسرة بموجب الفقرة الأولى من المادة 49 و التي تنص على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" أو بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽⁸⁾ بمقتضى المادة 439 التي تنص على أنه: " محاولات

الصلح وجوبية، و تتم في جلسة سرية" ؛ إلا أنه من الناحية العملية يتبين أن دور القاضي في أعمال الصلح يتميز بالحدودية و أحيانا عرضه على الطرفين مجرد من أية فائدة عملية.

أ- ضرورة تفعيل دور القاضي عند الصلح بين الزوجين: يبين الواقع العملي و مجال الممارسة القضائية أن أغلب إن لم نقل جميع حالات الصلح التي تعرض على الزوجين من طرف القاضي بمناسبة دعاوى الطلاق، نجد فيه دور القاضي سلبي و شكلي، بحيث يستعمل العبارة المتداولة في أروقة المحاكم " هل تقبلون بالصلح أم لا؟" دون أي إضافة. مما يختصر آلية الصلح في كونها مجرد سؤال من القاضي و جواب من طرف الزوجين.

لذلك فعلى القاضي تغيير دوره من مجرد محايد إلى متدخل بحيث يقوم بالبحث عن الأسباب التي جعلت الزوج يقرر الطلاق و يبحث عن جوهر الخلاف بين الزوجين و من ثم أمكن له أن يناقش موضع الخلاف و اقتراح حلول قد تعيد العلاقة بين الطرفين إلى ما كانت عليه⁽⁹⁾، فالتجارب بينت بأن أغلب أسباب إقدام الزوج على الطلاق هي أسباب تافهة و بسيطة ترجع أساسا إلى تغير نمط العيش بين الزوجين، و بالتالي بإمكان القاضي لو يُفعل دوره أكثر أن يصلح بين الكثير من الأزواج و تفادي حالات الطلاق و ما يترتب عنها من آثار سلبية عديدة.

ب- تفادي إجراء الصلح عند عدم الحاجة إليه: إذا كان القاضي ملزم بإقامة الصلح بين الزوجين من أجل تفادي وقوع الطلاق؛ فإنه في بعض الحالات يكون الصلح عديم الفائدة و بل مجرد تضييع للوقت و مصيره الفشل المبرمج؛ بسبب تمسك الزوج بقراره و في هذا الصدد ترجع هذه الاستحالة إلى كون سبب إقدام الزوج على الطلاق و تصميمه على ذلك هو حجم التصرف أو الخطأ الذي اقترفته الزوجة، مثل الخيانة الزوجية عبر وسائل الاتصال، أو عدم احترام تعليمات الزوج أكثر من مرة ...

بالتالي فعلى القاضي قبل إجراء الصلح، معرفة الأسباب التي أدت بالزوج إلى إيقاع الطلاق، فإذا كانت من الأسباب التي لا يتصور معها إعادة بعث العلاقة الزوجية فلا داعي لمحاولة الصلح من طرف القاضي، و في هذا الشأن يستحسن من المشرع تحديد أو على الأقل وضع معايير يستطيع من خلالها القاضي الحالات التي تستلزم إجراء الصلح و الحالات التي لا تستلزم معها الصلح، و هذا أسوة بما تم تحديده من حالات التطليق الواردة في قانون الأسرة.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة يتبين بأن فك الرابطة الزوجية عن طريق إرادة الزوج و إن كانت صريحة وواضحة في أحكام الشريعة الإسلامية، فإنها و على النقيض نجدها غامضة و مبهمة في أحكام قانون الأسرة رغم التعديل الذي مسه سنة 2005، إلا أنه لا يزال يحمل الكثير من الإشكالات التي أرقّت كثيرا من عمل القضاة و المختصين في مجال الأحوال الشخصية أنفسهم، بحيث لا يعقل أن لا تكون النصوص القانونية واضحة خاصة في مجال حساس و مؤثر على مستقبل الأسرة الجزائرية، بحيث نجد هناك تناقض بين أحكام المواد 48 إلى 51 من قانون الأسرة.

الإشكال الكبير يظهر خاصة في التناقض الصارخ و الصريح بين نص المادة 49 من قانون الأسرة و أحكام الشريعة الإسلامية من عدة مستويات:

* أنّ الطلاق المعتد حسب هذه المادة هو الذي يقع بحكم القاضي في حين أنه يمكن أن يكون ذلك الحكم كاشف و ليس منشئ لأن الطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج.

* فيما يخص العدة فقد يصبح الزوجان أجنبيان من الناحية الشرعية لفوات مدة العدة و ذلك قبل رفع دعوى الطلاق أو أثناء محاولة الصلح.

* الطامة الكبرى هو إمكانية إرجاع الزوج لزوجته بدون عقد جديد أثناء محاولة الصلح من طرف القاضي و في الحقيقة شرعا العلاقة محرمة بينهما.

في هذا الصدد يتعين النص على بعض التوصيات التي توضح بعض الغموض و تزيل بعض الإشكالات و ذلك كما يلي:

- إعادة النظر في المواد المنظمة للطلاق لاسيما المواد 49-50-51.
- النص صراحة على الاعتراف بالطلاق العرفي الواقع خارج المحاكم.
- وضع حالات يستعين بها القاضي لتقدير إقامة الصلح من عدمه.
- الاعتماد على الأعراف و إجراء تحقيقات من طرف القاضي لمعرفة طبيعة الطلاق الواقع من طرف الزوج (سني أو بدعي).
- اتخاذ القاضي لتاريخ الطلاق العرفي من أجل احتساب عدة الزوجة و ليس من تاريخ صدور الحكم القضائي بالطلاق.
- تعديل المواد الخاصة بالصلح و تفعيلها مع مقتضيات الممارسات العرفية.
- تكوين قضاة متخصصين في مجال الأحوال الشخصية عموما و مسائل الطلاق على وجه الخصوص.
- إصدار مدونة خاصة تجمع المختصين بالأحوال الشخصية من جميع الأطراف (قضاة، أئمة، فقهاء الشرع، رجال القانون)
- تكوين أشخاص متخصصين في مجال الصلح بين الأزواج.
- اعتبار العرف مصدر مباشر و أساسي و إلزامي قبل الفصل في دعوى الطلاق من طرف القاضي.

التهميش:

- ¹ - تنص المادة 4 من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005. على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب"
- ² - المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري.
- ³ - تم تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، السابق الذكر.
- ⁴ - سعيد بويصري، الإشكالات الفقهية و القانونية التي تثيرها المادتان: 50،49 من قانون الأسرة الجزائري، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، مجلد 1، عدد 1، 2017، ص57.
- ⁵ - معامير حسنية، إثبات الطلاق بين القانون و القضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، عدد 27، 2013، ص ص 159-160.
- ⁶ - مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1988، ص13.
- ⁷ - سليمان بن إبراهيم الأصق، دور القاضي في إثبات الطلاق، مجلة العدل، عدد 26، رجب 1426هـ. ص ص 168-171.
- ⁸ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ج ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 افريل 2008.
- ⁹ - يفترض أن يظهر القاضي كقائم بالصلح بين الطرفين و على هذا الأساس يجب عليه التحلي عن مركزه كقاضي حكم و يتحول لشخص بسيط يحاول فهم المشاكل التي اعتادت عليها أعراف كل من الزوج و الزوجة و ذلك بالاستئناس بأحد الأطراف، و هذا ما يتفق أيضا مع محتوى أحكام الفقرة الثانية من المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، التي تنص على أنه: " و يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة و المشاركة في محاولة الصلح".