

حجية الطلاق العرفي أمام القضاء الجزائري

The Authentic of customary divorce in the Algerian judiciary

د. عماد حميدة

المركز الجامعي إيليزي (الجزائر)، emad.hamida@cuillizi.dz

تاريخ الإرسال: 2022/09/15 تاريخ القبول: 2022/09/29 تاريخ النشر: 2022/10/15

الملخص:

من المقرر شرعا أن للزوج حق إيقاع الطلاق من جانبه وحده؛ ونظرا لمقتضيات مصلحة المجتمع عامة ومصلحة الأسرة خاصة؛ اشتترطت التشريعات الحديثة مرور هذا الطلاق على القضاء وإثباته بحكم قضائي، ومن المتعارف عليه في مجتمعتنا وجل المجتمعات الإسلامية هو أن إيقاع الطلاق من قبل الزوج يكون غالبا خارج أسوار القضاء دون قيد أو شرط تجسيدا للحقيقة الشرعية للطلاق، وهذا ما بات يعرف بالطلاق العرفي، غير أنه بالرجوع إلى التشريع الجزائري سواء في قانون الأسرة أو قانون الحالة المدنية، لا نجد في طياته معالجة لمسألة الطلاق العرفي كما فعل المشرع مع الزواج العرفي وطرق إثباته، إضافة إلى أن تناول تشريع الأسرة للطلاق في المادة 49 يشوبه الكثير من الغموض، لاسيما من حيث مدى اعترافه بالطلاق العرفي الواقع خارج أسوار القضاء، هذا ما أدى بنشوب خلاف فقهي في تفسير المادة 49 من قانون الأسرة بين فريق يرى أن الطلاق العرفي ما هو إلا لغو ولا يعتد به منحازا ضمنيا في ذلك إلى المذهب الشكلي في الفقه الإسلامي، وما ينجم عنه من آثار غير مقبولة من الناحية الشرعية، وبين فريق يرى أن الحكم القاضي بالطلاق ما هو إلا حكم كاشف للطلاق الذي أوقعه الزوج قبل لجوءه إلى القضاء.

وأمام هذه التضاربات يشدنا موقف المحكمة العليا المقر بالطلاق العرفي وإلزاميته للزوج وقت التلفظ به من جهة، والاعتداد بالأعراف السائدة في حالة النزاع حول وقوع الطلاق العرفي من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: الطلاق؛ العرف؛ الحكم المنشئ للطلاق. الحكم الكاشف للطلاق.

Abstract:

It is legally in sharia law established that the husband has the right to initiate divorce on his part alone; and in view of the requirements of the interest of society in general and the interest of the family in particular; Modern legislation has stipulated that this divorce must pass through the judiciary and be proven by a court ruling, and it is common knowledge in our society and most Islamic societies that the divorce by the husband is often outside the walls of the judiciary without restriction or condition, embodying the legitimate reality of divorce, and this is what has become known as customary divorce, except that it Referring to the Algerian legislation, whether in the family law we do not find in it a treatment of the issue of customary divorce, this is what led to the outbreak of a jurisprudential dispute regarding the interpretation of Article 49 of the Family Code between a group sees that customary divorce is not recognized by law, and between a group that believes that the ruling on divorce is only a ruling that reveals the divorce that the husband signed before he resorted to the judiciary.

In the front of these inconsistencies, we are drawn to the position of the Supreme Court, which recognizes customary divorce and its obligation to the husband at the time of its utterance, on the one hand, and adherence to the prevailing customs in the event of a dispute over the occurrence of customary divorce, on the other hand.

Divorce, The Custom, The judgment establishing of :**Keywords**
divorce, Revealing judgment of divorce

مقدمة:

كما نظمت الشريعة الإسلامية الغراء الزواج وجعلته العلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة، فإنها جعلت من الطلاق السبيل لإنهاء هذا الرابط المقدس وأباحته متى احتاج إليه الناس، وارتضت أن تكون إرادة الزوج الأصل في هذه الفقرة.

وقد حذت معظم التشريعات العربية حذو الشريعة الإسلامية في منح الزوج حقه الأصيل في إيقاع الطلاق، وأحاطت ذلك بسياج تنظيمي باشتراط مروره على القضاء حفظا للحقوق وتوثيقها بما يضمن مصالح الأسرة والمجتمع.

ولقد تطرق المشرع الجزائري للطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة ونصت على أنه "يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

كما اشترطت المادة 49 إثبات كل طلاق بحكم قضائي بنصها على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجريها القاضي..." ، إلا أنه بالاستقراء الحرفي للمادة 49 يفهم أن إرادة المشرع اتجهت إلى تقييد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق وفقا للشكل القانوني وأن الحكم القضائي شرط جوهري لوقوع الطلاق ، ولا شك أن هذا التفسير للمادة 49 في عدم الاعتراف بكل طلاق يوقعه الزوج خار أسوار القضاء ورقابته يتعارض كلياً مع الحقيقة الشرعية للطلاق وما تعارف عليه المجتمع الجزائري ، وأن الطلاق يقع ويلزم الزوج متى تلفظ به قبل لجوءه إلى القضاء وهو ما يعرف بالطلاق العرفي ، الذي لا نجد له اعترافاً صريحاً في القانون الجزائري ، ويضعنا هذا الغموض القانوني أمام التساؤل حول مدى اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق العرفي ؟ وما قيمته القانونية أمام القاضي ؟ وإذا كان المشرع يقر بالطلاق العرفي، فما هي سبل إثباته ووضعه في إطاره القانوني الذي ارتضاه المشرع الجزائري بما لا يخالف الشرع الإسلامي ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات ومعرفة موقف المشرع من الطلاق العرفي، سنتناول بالتحليل موقف القانون من طبيعة إرادة الزوج في إيقاع الطلاق والحكم المثبت له وكذا موقف القضاء من الطلاق العرفي.

1. موقف القانون من الطلاق الواقع خارج مجلس القضاء

يعد مبدأ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الأصل العام لحل الرابطة الزوجية ، إذ هو التعبير عن الحقيقة الشرعية للطلاق وتكريسا لمبدأ العصمة بيد الزوج ، ولقد تعرض قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 منه على أنه " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون " ، غير أن المشرع الجزائري سار منحى التشريعات الحديثة التي تشترط مرور هذا الطلاق على القضاء وإثباته بحكم قضائي بعد إجراء محاولات للصلح، وهذا ما عبرت عنه المادة 49 ق.أ التي نصت على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون تتجاوز مدتها 03 أشهر، وإذا كانت المادة 48 السالفة الذكر قد أقرت بإرادة الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، إلا أنها تركت مساءل الإشراف عليه إلى القضاء لما في ذلك من جوانب إيجابية على الأسرة والمجتمع استنادا إلى القاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار¹ ، وسدا لكل ذريعة لإنكار وقوع الفرقة الزوجية، غير أنه باستقراء المادة 48 لا نجد فيها إشارة إلى الاعتراف بالطلاق الواقع خارج أسوار ورقابة القضاء والذي يعرف في مجتمعنا بالطلاق العرفي، والذي يشهد ممارسة واسعة في مجتمعنا وجل المجتمعات الإسلامية ، ولا يتصور إنكاره خاصة وأنه التعبير الحقيقي للحقيقة الشرعية للطلاق، هذا الغموض الذي اكتنف المادة 49 أدى بانقسام الفقه القانوني الجزائري حول مدى اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق العرفي، وطبيعة الحكم القضائي الصادر بشأن الطلاق.

1.1 الحكم المنشئ للطلاق

يرى جانب من الفقه أن الطلاق من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج و بمجرد تعبير الزوج عن إرادته يحدث الأثر القانوني، و هو انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج أي وقوع الطلاق، وخروجا عن القاعدة العامة أصبح يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل

القانوني حسب المادة 49، و تبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر إلا باستيفاء الشكل القانوني المحدد كون إرادته أصبحت قاصرة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني، ومرد هذا القصور يرجع إلى إرادة المشرع وليس إلى ضعف الزوج في قواه العقلية²، و تدخلت المادة 49 من قانون الأسرة ووضعت قيودا على إرادة الزوج وحقه في إيقاع الطلاق، وتتمثل هذه القيود في ضرورة استيفائه الشكل القانوني برفع دعوى إلى القضاء يطلب من خلالها الزوج إنهاء الرابطة الزوجية بناء على رغبته³، وضرورة إجراء محاولات الصلح من طرف القاضي بجمع فيها الزوجين أمامه وإقناع الزوج بالتراجع عن الطلاق، وإذا لم تنجح هذه المحاولة يعلن الزوج أو وكيله عن الطلاق في الجلسة المحددة ويعبر عن إرادته في الطلاق فيتلقي منه القاضي هذا الإعلان بحضور أمين الضبط، وباستيفاء هذه القيود والإجراءات يحدث التغير في المراكز القانونية وينشأ الطلاق⁴، أي أن المادة 49 لا تعترف بالطلاق العرفي، وأن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يقع بمجرد إعلانه عن إرادته إذ لا بد من إفراغ التصرف في الشكل القانوني المقرر لذلك، وبسكوت المشرع الجزائري يكون قد انحاز ضمنيا إلى المذهب الشكلي في الفقه الإسلامي الذي يشترط لصحة الطلاق حضور شاهدي عدل⁵، وهما في هذه الحالة القاضي و كاتب الجلسة بطريقة غير مباشرة، ومن ثم يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق و لا يعد وسيلة لإثباته، وعليه لا يمكن قبول إدعاء الزوج بوقوع الطلاق اللفظي، ما لم يقدم محررا رسمي صادر عن القاضي يثبت ذلك، فالمشرع قيد الحق في الطلاق لأنه أوجب أن يقع الطلاق أمام القاضي⁶.

لا شك أن الأخذ بهذا الرأي ينتج عنه آثار خطيرة ومتعارضة تماما مع الناحية الشرعية، ويصبح لدينا طلاق بيد القاضي لا بيد الزوج وهو ما لم يشرع نقلا ولا عقلا، كما أن الطلاق قد يقع قبل فترة طويلة من لجوء الزوج إلى القضاء و تنتهي مع هذه المدة العدة المقررة شرعا، في حين أن التطبيق الصريح لنصوص المواد قد يؤدي إلى تحليل الحرام بوقوع الرجعة أثناء محاولات الصلح التي ألزم المشرع القاضي من خلال المادة 49 بإجرائها قبل إثبات الطلاق بحكم قضائي، وذلك أن المادة 50 اعتبرت وقوع الرجعة أثناء محاولات الصلح لا تحتاج إلى عقد جديد، في حين أنه في كثير من الحالات كما ذكرناه سابقا، يكون الطلاق العرفي قد وقع قبل مدة طويلة من لجوء الزوج إلى القضاء، والأصح أن يثبت القضاء هذا الطلاق البائن بحكم قضائي، و القول بان الزوج إذا

طلق زوجته لا يعتد به حتى يحكم القاضي به و إلا فهو ليس بطلاق مخالف تماما لأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن ناحية أخرى فإن تجاهل الطلاق العرفي و إرادة الزوج في إيقاع الطلاق قبل اللجوء إلى الطلاق لا يتناسب مع واقع وأعراف المجتمع الجزائري فاغلب حالات الطلاق تقع قبل رفع الدعوى أمام القضاء، ومن جهة أخرى، فإن هذا التوجه يوافق ما تدعوا إليه الاتفاقيات الدولية لحقوق المرأة لاسيما اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، التي تعتبر أن استئثار الزوج بإيقاع الطلاق تمييزا وعنفا قانونيا ضد المرأة وأن مبادئ المساواة بين الرجل والمرأة ترد كل طلاق يقع في غير حضور وإشراف القضاء، وهو ما يتعارض تماما مع الشريعة الإسلامية وخصوصية قوانيننا الداخلية، ولا يتوقع أن يكون الحكم منشئا للطلاق إلا في حالة وقوعه أمام القاضي بعد رفع دعوى الطلاق أو دعوى الطلاق بالتراضي وبطلب من الزوجة بالتطبيق أو الخلع.

2.1 الحكم الكاشف للطلاق

نتيجة للغموض الذي يحيط بالمادة 49 السالفة الذكر من قانون الأسرة، ونشوب خلاف حاد في تفسيرها على المستوى الفقهي، ينبغي فك التشابك الذي تحمله الصياغة التشريعية لهذه المادة ووضعها في الإطار الذي يتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما أن هذا الغموض يتعارض مع خصائص القواعد القانونية التي يفترض فيها الوضوح.

وخلافا للرأي السابق؛ الذي يعد الأخذ به ضربا لقواعد الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن الطلاق يقع ويلزم الزوج بمجرد التلفظ به، ذهب فريق من رجال القانون إلى أن الطلاق حق للزوج يمارسه كمارسته لأي حق آخر مقيد بعدم التعسف يمارسه في كل الأحوال، ولا يمكن لأحد سواء كان القاضي أو الزوجة رد الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ولا دخل لإرادة القاضي في إنشاء هذا الحكم⁷، والقول بأن الطلاق لا يقع إلا أمام القاضي يعد خرقا وتحريفا للمادة 48 من قانون الأسرة وكذا خرق لأحكام الشريعة الإسلامية⁸.

والمصطلح الذي استعمله المشرع في المادة 49 هو "الإثبات" وليس "الوقوع"، وأن الحكم الذي يشترطه القانون الغرض منه إثبات واقعة الطلاق الذي تلفظ به الزوج ، وليس للقضاة إلا الإشهاد بذلك وإثبات واقعة الطلاق بحكم ، كما أن عبارة " لا يثبت الطلاق إلا بحكم" الواردة في المادة 49 تدل على أن الطلاق الذي يوقعه الزوج يقع بمجرد صدور اللفظ الدال على الطلاق ، والمقصود من المادة هو الإثبات فقط⁹، ودور القاضي يكمن في إثبات هذا الطلاق والكشف عنه لا غير طبقاً لنص المادة 49 ق.أ.¹⁰، وما يعزز أنصار هذا الرأي أن المصطلح الذي استعمله المشرع هو الإثبات لا الوقوع ، ففي الأحكام القضائية الكاشفة دور القاضي كاشف لإرادة الزوج صاحب العصمة الذي يتلفظ بالطلاق، و لا يملك القاضي إلا تثبته بحكم قضائي¹¹، وأن هذا الحكم ما هو إلا كاشف لنية الطلاق وهذا يتفق مع الشريعة الإسلامية و القاعدة المعروفة "إنما الأعمال بالنيات"¹².

يتضح جليا أن هذا الرأي وافق الصواب في تفسيره للمادة 49، وأن طبيعة الحكم الصادر بالطلاق ما هو إلا إثبات للطلاق العرفي الذي أوقعه الزوج ، وهو ما يستقيم مع الأسس الشرعية للطلاق وكيفية وقوعه وأن إنكاره معارضة صريحة للشريعة الإسلامية ، كما يعاب على المشرع عدم وضوح مقصوده عند نصه على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم" ومن هذا المنطلق يشدنا قول الأستاذ تشوار جيلالي حين اعتبر " أن قانون الأسرة لم يوفق في هذا النص لأنه لم يبين الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها القاضي أن يسمع دعوى إثبات الطلاق، كما أنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة، إذ كان من المستحسن على المشرع إن يستعمل كلمة لا يقع بدلا من لا يثبت"¹³.

ولهذا فإن الطلاق الواقع قبل اللجوء إلى القضاء، يحتاج فقط إلى إثباته وتوثيقه لدى المحكمة، ضمانا للحقوق ومنعا للتناكر الذي يهدد استقرار الأسر والمجتمع، وحكم القاضي يعد إثباتا وتوثيقا له لا غير¹⁴.

2. موقف القضاء من الطلاق العرفي ومنازعاته

بعد أن تناولنا موقف القانون من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق خارج مجلس القضاء وهو ما يعرف بالطلاق العرفي، سنتطرق في هذا المبحث إلى موقف القضاء من الطلاق العرفي والمنازعات التي قد تثار بشأنه.

1.2 الموقف القضائي من الطلاق العرفي

يلعب القاضي دورا هاما في تفسير النصوص القانونية بالاستدلال على ما تتضمنه من أحكام وتحديد المعنى الذي تتضمنها.

وأمام عدم وضوح إرادة المشرع في الاعتراف بالطلاق العرفي من جهة ، والجدل الفقهي في تفسير المادة 49 من جهة أخرى، استقر القضاء الجزائري حتى قبل صدور قانون الأسرة على المبدأ الشرعي القائل بأن العصمة بيت الزوج، ووقوع الطلاق بمجرد التلفظ به¹⁵، وأن القضاء بغير ذلك وتجاهل الطلاق العرفي مخالف تماما لأحكام الشريعة الإسلامية حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) " من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج) ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية ومتى كان خالف قضاة الاستئناف تطبيق هذا المبدأ استوجب نقض قرارهم المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار تلقائيا من المجلس الأعلى " ¹⁶.

وجاء في قرار آخر أنه " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره....ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للشريعة الإسلامية " ¹⁷.

إن موقف المحكمة العليا في هذا الصدد يؤكد الحقيقة الشرعية للطلاق المبنية على أن العصمة بيد الزوج وله حق إيقاع الطلاق دون قيد أو شرط، والقول بأن الطلاق لا يقع ولا يعتد به إلا

أمام القاضي يعد مخالفا لهذه الحقيقة الشرعية، وبذلك يقتضي نقض جميع الأحكام المخالفة لذلك.

والمقطوع به نصاً وإجماعاً أن الزوج إذا طلق زوجته بإرادته الصحيحة، وهي محل صحيح لإيقاع الطلاق، وقع طلاقها على الفور، وتعد زوجة مطلقة دون توقف هذا الحكم على شيء آخر، ولا حكم قاضي ولا انتظار زمان ولا غير ذلك¹⁸.

كما أن القول بأن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة هو قول يصح وينطبق على التشريع التونسي، الذي ذهب إلى تكريس مساواة تامة¹⁹، اعتماداً على الطلاق القضائي وحده، والتنصيب بصفة آمرة على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة²⁰، وهذا ما يعد مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية وإرضاء للاتفاقيات الدولية على رأسها اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة.

ولذلك فعلى المشرع الجزائري التدخل لإزالة اللبس عن المادة 49، والنص صراحة على الطلاق العرفي و المسائل المتعلقة به من حيث إثباته وآجال التصريح به إلى القضاء ، وتوقيع الجزاءات الرادعة في حالة التأخير عن التصريح به لمعرفة مدى إمكانية الرجعة من عدمها ، وتوثيقه أمام القضاء كما فعلت بعض التشريعات العربية²¹، لأن الحكم القضائي المثبت للطلاق جاء لتحقيق مصالح العباد وتوثيق حالات الطلاق على بينة تُحفظ معها الحقوق، ويتحرى القاضي لتحديد تاريخ وقوعه قبل رفع دعوى الطلاق لمعرفة إمكانية الرجعة من عدمها وتاريخ انتهاء العدة المقررة شرعاً، منعا لإنكاره من ضعاف النفوس فهناك من يطلق ويراجع، ويطلق ويراجع دون وضع اعتبار لعدد الطلاقات وما تحرم به الزوجة، وكذا الكشف عن المراكز القانونية الجديدة للمطلقين.

2.2 منازعات الطلاق العرفي

لم يتعرض المشرع الجزائري سواء في قانون الأسرة أو قانون الحالة المدنية صراحة إلى الطلاق العرفي وسبل إثباته، إلا أن القضاء استقر على إثباته بأثر رجعي²².

بالإضافة إلى أنه في بعض الحالات قد يثور النزاع حول وقوع الطلاق العرفي أو تاريخ وقوعه، وأن أهم إجراء يمكن أن يقوم به القاضي لحل النزاع هو سماع الشهود ، لأن الأعراف السائدة تقضي بطلاق الزوج لزوجته أمام جمع من الأشخاص، وبذلك يسترشد القاضي بشهادة هؤلاء الأشخاص للوصول إلى حل للنزاع وإعمال واسع لسلطته التقديرية للأخذ بها مع مراعاته الشروط القانونية المتعلقة بالشهادة²³، وهذا تبنته المحكمة العليا في العديد من قراراتها حيث جاء في قرار تحت رقم 35026 صادر بتاريخ 1984/12/03 "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 القضاة أن يجرؤوا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم"²⁴.

وذهبت المحكمة العليا في قرار آخر وقضت بما يلي: "من المقرر أيضا أنه تجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة كالزواج والطلاق والوفاة والولادة"²⁵.

كما قد يكون النزاع في الألفاظ غير الصريحة للطلاق التي اشتهر بها العرف خاصة إذا علمنا قانون الأسرة لم يتعرض إلى الألفاظ التي يقع بها الطلاق، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي فمن قدم العرف جعله صريحا، ومن قال: تقدم النية جعله كناية²⁶.

يقول ابن رشد: "فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ، ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية"²⁷.

ويذهب الجمهور إلى أنه متى اشتهر لفظ الطلاق، وشاع استعماله فيه بحيث لا يتبادر عند إطلاقه غير معناه كان صريحا ويقع الطلاق، حتى وإن لم يكن من الألفاظ التي تشمل على أحرف لفظ الطلاق²⁸.

وتفعيلا للمادة 222 من قانون الأسرة، يصح الطلاق باللفظ الصريح، وبالكناية، كما يصح بالكتابة، والإشارة المفهمة "بيد" أو "رأس" الدالة على معنى الطلاق متى كان صاحبها عاجزا عن

التعبير عن إرادته كالأخرس²⁹، وهذا تماشيا مع نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري التي تشير في فقرتها الأولى، إلى التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا³⁰.

الخاتمة:

من خلال ما سبق، يعد الطلاق العرفي محل إشكالات قانونية، وهذا راجع إلى أن النصوص القانونية المنظمة للطلاق توحى بأن المشرع لا يقره ولا يعترف به، وأمام هذا القصور التشريعي لعب القضاء دورا فعالا في تفسير النصوص القانونية واستقرار أحكامه على الاعتراف بالطلاق العرفي وإثباته في كل الأحوال، ولقد توصلنا من خلال دراستنا لذلك الجملة من النتائج نوجزها كالتالي:

- أن الطلاق يعد من الحقوق الإرادية للزوج يوقعه متى شاء دون قيد أو شرط طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما تعارف عليه المجتمع الجزائري وما استقر عليه العمل القضائي.
- أن عدم تعرض المشرع الجزائري للطلاق العرفي صراحة وكيفيات إثباته، يعد قصورا تشريعا ينبغي تداركه لسد النقص التشريعي ووضع حد لأي تضاربات قضائية نتيجة الاختلاف في تفسير المادة 49 من قانون الأسرة.
- أن القول بأن المشرع لا يعترف بالطلاق العرفي الواقع خارج مجلس القضاء يعد مخالفة صريحة للشريعة الإسلامية ويفتح الباب أمام الاعتراف بحالات زواج منتهية شرعا، لهذا فإن الرأي الذي يعتبر الحكم القضائي المثبت للطلاق حكما كاشفا لإرادة الزوج التي عبر عنها قبل رفع دعوى الطلاق يعد الرأي الصائب، وعلى القاضي أن يفرق بين وقوع الطلاق قبل رفع دعوى الطلاق ووقوعه أمامه بعد رفعها.
- أن الحكم المثبت للطلاق يكون منشئا له إذا وقع أمام القاضي بعد رفع دعوى الطلاق، أو في الطلاق بالتراضي أو بطلب من الزوجة بالتطبيق أو الخلع.
- أن القضاء قد استقر على إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي من تاريخ وقوعه.

ومن خلال ما تم التوصل إليه فإننا نقترح ما يلي:

- معالجة القصور التشريعي في مسألة الطلاق بالنص صراحة على أن الطلاق يقع من تاريخ تلفظ الزوج به.
- حماية الأسرة بتوقيع العقوبة في حالة التأخر عن إثبات بالطلاق العرفي أمام القضاء في مدة تتجاوز مدة الرجعة والعدة الشرعية حفضا للحقوق، وسد الباب أمام التجاحد والتناكر.
- إلزام القاضي قانونا بتحري ما إذا كان الطلاق قد وقع قبل رفع الدعوى.

الهوامش:

- 1- عبد الفتاح تقية، أحكام الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2007/2006 ص 221.
- 2- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003 ، ص 105.
- 3 - معامير حسيبة، إثبات الطلاق بين القانون والقضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 27، 2013، ص 138.
- 4- عمر زودة، المرجع السابق، ص 102.
- 5- اتفق الفقهاء على مشروعية الإشهاد على الطلاق واختلّفوا في وجوبه ، فيرى الجمهور أن الإشهاد مندوب وليس بواجب ولا أثر لتخلّفه على وقوع الطلاق وصحته ، ومن ذهب إلى وجوب الإشهاد على الطلاق وجعله شرطا لوقوعه علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومن التابعين الإمام محمد الباقر وجعفر الصادق وتبعهم في ذلك بعض أهل العلم كابن سيرين وابن حزم، وأحمد شاكِر وأبو زهرة من المعاصرين انظر في ذلك: الشوكاني، نيل الأوطار، دار الحديث مصر، ط 1 ، 1413هـ/1993م ، ص 199-

- 200/ أحمد محمد شاكر ، نظام الطلاق في الإسلام ، منشورات مكتبة السنة ، مصر ، طبعة جديدة منقحة ومزودة ، ص 80-
- 82/ جمال الدين القاسمي، الاستئناس لتصحيح أنكحة الناس، دار عمان ، الأردن ط1 ، 1406هـ/1986م، ص 51-52.
- 6- عمر زودة، المرجع السابق ، ص 31.
- 7- عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، 2014/2015 ، ص 76.
- 8- نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية ، دار فسييلة ، الجزائر ، ط2 ، 2009 ، ص 86.
- 9- أحمد نصر الجندبي، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009 ، ص 104.
- 10- نور الدين لمطاعي، المرجع السابق ، ص 59.
- 11- عبد القادر بن داود ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر ، عدد خاص، دون سنة نشر ص 114 وما بعدها / انظر أيضا مبروك المصري ، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 141.
- 12- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 122.
- 13- جيلالي تشوار، بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد 9، 2004، ص 196.
- 14- مبروك المصري، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري -دراسة وتحليل-، دار العلوم للغة العربية وآدابها والدراسات الإسلامية، العدد 33، مصر، 2009، ص 259.
- 15- وفاء ربيع، رسالة ماجستير، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013/2014، ص 12.
- 16- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 35346 قرار بتاريخ 1984/12/31، المجلة القضائية، العدد 02، 1990، ص 86.

¹⁷ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 35026 قرار بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد 04، 1989 ص 86.

¹⁸ - نقلا عن مبروك المصري، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري -دراسة وتحليل-، المرجع السابق، ص 197.

¹⁹ - عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 84.

²⁰ - هاجر الميشري، حق المرأة في الطلاق، دفا تر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 10، جانفي 2004، ص 104.

²¹ - كقانون العقوبات الأردني الذي اعتبر أن التأخر عن توثيق الطلاق أمام القضاء في مدة تتجاوز 15 يوما جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 الذي نص على جريمة عدم توثيق الطلاق من قبل الزوج في المادة 281 منه ، والتي نصت على أنه" من طلق زوجته ولم يراجع القاضي أو من ينبيه عنه خلال خمسة عشرة يوماً بطلب تسجيل هذا الطلاق كما يقضي بذلك قانون حقوق العائلة يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن شهر واحد أو بغرامة لا تزيد عن خمسة عشرة دينارا" ، أنظر: وسيم ماجد إسماعيل دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة ، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، نابلس ، فلسطين ، 2011 ، ص 120.

²² - مثالا على ذلك صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس تصب في هذا، الغرض وأهمها القرار رقم 99/19 الصادر بتاريخ 1999/01/30 والذي صدر إثر استئناف حكم قضى بالإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين خلال شهر أوت من سنة 1996.

²³ - وفاء ربيع، المرجع السابق، ص 16.

²⁴ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 35026 قرار بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد 04، 1989، ص 864.

²⁵ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179557 قرار بتاريخ، 1998/03/17 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 162.

²⁶ - هشام السيد عطية، اشتها ر لفظ في الطلاق، مقال منشور على موقع شبكة الألوكة www.alukah.net

²⁷ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار ابن حزم ، مصر ، د. ط ، 1420هـ/1999م ، ص 456.

28 -الهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة ، رسالة ماجستير كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى ، السعودية ، 1423-1424هـ/2003م ، ص 178.

29- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، سوريا ، ج 7 ، ط 2 ، 1404هـ/1984م ، ص 385.

30- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 3 ، 2004 ، ص 250.

المراجع:

أولا: الكتب

- 1- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، مصر، د.ط، 1420هـ/1999م.
- 2- أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، منشورات مكتبة السنة، مصر، طبعة جديدة منقحة ومزيدة.
- 3- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009 جمال الدين القاسمي، الاستئناس لتصحيح أنكحة الناس، دار عمان، الأردن ط1، 1406هـ/1986م.
- 4- الشوكاني، نيل الأوطار، دار الحديث مصر، ط1، 1413هـ/1993م.
- 5- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، عدد خاص، دون سنة نشر.
- 6- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003.
- 7- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- 8- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 9- نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، دار فسييلة، الجزائر ط2، 2009.
- 10- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، ج7 ط2، 1404هـ/1984م.

ثانيا: مقالات المجلات العلمية

- 11- جيلالي تشوار، بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد 9، 2004.
- معامير حسبية، إثبات الطلاق بين القانون والقضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 27، 2013.
- 12- هاجر الهيشري، حق المرأة في الطلاق، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 10، جانفي 2004.

ثالثا: المذكرات والرسائل العلمية

- 13- عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015.
- 14- الهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، رسالة ماجستير كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1423-1424هـ/2003م.
- 15- وسيم ماجد إسماعيل دراغمة، الجرائم الماسة بالأسرة، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2011.
- 16- وفاء ربيع، رسالة ماجستير، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014.

رابعا: صفحات الويب

17- هشام السيد عطية، اشتهاار لفظ في الطلاق، مقال منشور على موقع شبكة الألوكة
www.alukah.net

