مجلة الاقتصاد والقانون
Economics and Law Journal

إشكاليات ومقترحات حول عدم توافق الشريعة والقانون الجزائري في تنظيم الطلاق بإرادة منفردة

Problems and suggestions about the incompatibility of Sharia and Algerian law in regulating divorce by unilateral will

حسين دريسية♦ جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس ، الجزائر.

الكلمات المفتاحية	الملخص
الطلاق بإرادة منفردة، الشريعة الاسلامية، القانون الجزائري	لم ينص القانون الجزائري على آلية واضحة تراعي حالات إمضاء الزوج للطلاق بإرادة منفردة قبل التقدم لساحة القضاء لاستصدار الحكم بالطلاق ، مما يجعل أن الأصل في وظيفة الحكم القضائي هاهنا وظيفة كاشفة لا منشأة لأن العصمة بيد الزوج، إلا أن القانون يجعل من تاريخ صدور الحكم القضائي بداية لترتيب الآثار القانونية للطلاق بذلك تظهر جملة تداعيات وتناقضات بين المقرر في الشريعة الإسلامية والمقرر قانونا، من حساب العدة وعدد الطلقات وطبيعة الطلاق وغير ذلك. وهو ما يستدعي مراجعة وتعديل قانون الأسرة الجزائري بما يحقق التوافق بين الشريعة الإسلامية والقانون.

Keywords	Abstract
Divorce by unilateral will, Islamic law, Algerian law	***Algerian law does not provide for a clear mechanism that takes into account cases where the husband unilaterally signs a divorce before applying to the judiciary to issue a divorce ruling, which makes the original function of the judicial ruling here to be a revealing function, not an established one, because immunity is in the hands of the husband. However, the law makes the date of issuance of the judicial ruling the beginning. To arrange the legal effects of divorce, a number of repercussions and contradictions appear between what is prescribed in Islamic law and what is prescribed by law, from calculating the waiting period, the number of divorces, the nature of divorce, and so on. This requires reviewing and amending the Algerian family law in order to achieve compatibility between Islamic law and the law.***

مقدمة

الأصل أن الطلاق بإرادة منفردة يبدأ سريانه من لحظة إمضاء الزوج له، متى كان التلفظ أو الكتابة أو الإيماء صحيحا وفق الشروط الشرعية. لذلك فمتى تلفظ به الزوج عدت زوجته طالقا كنقطة بداية لسريان آثار الطلاق بغض النظر عن تاريخ التسجيل الرسمي بسجل الحالة المدنية، إلا أن رفع الدعوى القضائية وما تتطلبه من إجراءات تأخذ وقتا يجعل بداية سريان الطلاق بموجب الحكم القضائي متراخيا على الطلاق العرفي بأسابيع أو حتى أشهر أحيانا، علاوة على أن تسجيل الطلاق يكون من تاريخ حكم القاضي لا من تاريخ إمضاء الزوج له، ولا من تاريخ تصريح الزوج كتابة بعد محاولات الصلح بين يدي القضاء. فضلا على إن الطلاق القضائي يصدر بائنا.

♦ **المؤلف المرسل:** حسين دريسية، **الإيميل**: h.dricia@univ-soukahras.dz

إن ما سبق طرحه يفرز عدة تناقضات بين المقرر في الشريعة الإسلامية والمقرر قانونا، ورغم أن للقضاء وظيفة الاجتهاد لرأب هذا الصدع إلا أن الاجتهادات المتوفرة لا تقدم إجابات لكل الإشكالات. مما يستدعي تعديل القانون لتجاوز محدودية إعمال الاجتهاد القضائي في المحاكم والمجالس.

تنصب إشكالية هذه المداخلة حول تتبع الإشكالات المتولدة عن عدم التوافق بين التنظيم القانوني للطلاق بإرادة منفردة وما يقابله في الشريعة الإسلامية على أن أحاول تقديم مقترحات أراها مجدية في التوفيق بينهما. وذلك في خطة بسيطة قائمة على أربعة محاور وهي:

أولا: إشكالية عدم التوافق وأثره على ثبوت الطلاق من عدمه

ثانيا: إشكالية عدم التوافق في طبيعة الطلاق

ثالثا: إشكالية عدم التوافق في حساب عدد الطلقات وآثاره

رابعا: إشكالية عدم التوافق في آثار الطلاق

أولا: إشكالية عدم التوافق وأثره على ثبوت الطلاق من عدمه

يُثَبت القضاء الجزائري الطلاق عند عدم نجاح جلسات الصلح، ولا يتحقق عادة من مدى إيقاع الزوج للطلاق قبل رفع الدعوى أو قبل الصلح، مع أنه يتقرر بناء على ذلك جدوى الصلح، وطبيعة الطلاق أرجعي أم بائن، رغم وجود بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تؤكد اضطلاع القضاء بإجراء التحقيق حول وقوع الطلاق العرفي من عدمه، من ذلك قرار للمحكمة العليا جاء 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 ، و أن المجلس أجرى تحقيقا و سمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا 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] مع ذلك فممارسة ذلك قاصرة على نظر ثبوت حالة الطلاق الأخيرة.

كما لا ينظر القضاء عادة لشروط الطلاق الموضوعية، إلا أن الفقه الإسلامي يضع شروطا قد تجعل الطلاق باطلا عند بعض المذاهب والفقهاء، وبمراعاتها تتعزز وظيفة القاضي، من الصلح لمراجعة الزوج لزوجته في طلاق قد وقع، وهو ما يمثل شطرا معتبرا من حالات دعوى الطلاق، إلى الصلح لمنع وقوع الطلاق أصلا، بإثبات عدم وقوعه بداية ثم السعي لعدم إيقاعه من خلال جلسات الصلح.

سأعرج على شروط وقوع الطلاق محاولا نظر مدى أهمية وإمكانية مراعاتها من طرف القضاء، والشروط هي:

أ. **أن تكون الزوجة طاهر لم يمسسها الزوج:**

وهو ما يعرف فقها بالطلاق السني، كما يعد كذلك أن تكون المطلقة حاملاً قد استبان حمْلها؛ أو كانت يائسةً من المحيض، أو لمَّا تَحِضْ ولو جامعها[2].

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، قرار: 216850 ، 1999/02/16. ، مجلة المحكمة العليا ،العدد الخاص،2001 ، ص: 100.
[2] - حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة: 01، من 1423 - 1429 هـ، 266/05.

وقد اختلف الفقه الإسلامي في مدى وجوب اشتراط سنية الطلاق ليقع، فمنهم من يرى أن الطلاق يقع سواء أكان سنيا أو بدعيا، ومنهم من قال إن الطلاق لا يقع إلا أن يكون سنيا، والرأي الأول هو الرأي الفقهي الراجح عندي والله اعلم.

وأما علاقة هذا التفصيل بالطلاق الرسمي من طرف القاضي، فهو أن الفقه الإسلامي والمالكي تحديدا يعطي للقاضي سلطة الرقابة على سنية أو بدعية الطلاق، فإن كان الطلاق بدعيا بأن طلق الزوج زوجته وهي حائض مثلا، أُجبِر على مراجعتها إن كان الطلاق رجعياً طبعا، حتى تطهُر من حيضتين متتاليتين، ثم له أن يمسكها أو يطلقها. فإن أبى الرجعة هُدِد بالسجن، فإن أبى سجن فعلاً، فإن أبى هدد بالضرب، فإن أبى ضرب بالفعل، ويفعل ذلك كله في مجلس واحد. فإن أبى الارتجاع، ارتجاعها له القاضي، بأن يقول: ارتجعتها لك[3]. والجلي من هذا التوجه هو ليس مكافحة بدعية الطلاق فحسب بل إحقاق الضمانات الشرعية والتراتيب التي تسهم في تجنب هدم الأسرة لمجرد لفظ يطلقه الزوج.

وعليه أقترح أن ينص القانون صراحة على وجوب اجراء القاضي للتحقيق في مدى إمضاء الزوج للطلاق عرفا ومدى صحة ذلك الطلاق، مستأنسا بتقرير لجنة الصلح الأسري[4] المعتمدة قضاء للصلح بين الزوجين- والذي سأفصلها لاحقا- وبناء على التحقيق يحكم بصحة الطلاق الذي سبق وأمضاه الزوج من عدمه. كما يتحقق القاضي هل طلق الزوج زوجته طلاقا سنيا أم بدعيا، فإن كان قد طلقها في طهارة مسها فيها أو في حيض، ألزم بمراجعتها والانتظار طهرها بعد حيضتين، ثم له طلاقها أو إمساكها.

في الحقيقة فإن العادات الاجتماعية سارت في وجهة مخالفة لمقتضى الشريعة الإسلامية في مسائل عدة في شؤون الأسرة. من ذلك أن المرأة المطلقة من طلاق رجعي تعتد اليوم غالبا في مسكن أهلها، والشريعة تلزمها بالعدة في مسكن الزوجية وأن لا يمنعها زوجها ذلك، عسى أن يراجعها الزوج قبل أن يصير الزواج بائنا ببينونة صغرى. لذلك أقترح وتفعيلا لقوله تعالى " **لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا**"[5]، وتفعيلا لنص القانون القاضي بأن **"لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة "**[6]، إلزام الزوجة الاعتداد في مسكن الزوجية تحت طائلة الغرامة التهديدية على كل يوم تمتنع عن ذلك، غرامة تهديدية لها وللزوج إن منعها العدة في مسكن الزوجية، أو هجر مسكن الزوجية فترة العدة. وفق إجراءات إثبات مقررة- يتم دراستها وتحديدها وهذه المداخلة ليست محلها-. ولكن لتفعيل ذلك يتطلب كما قلت أن يصير قاضي شؤون الأسرة على مستوى كل الدوائر، أي أقرب للأسرة لاختزال الإجراءات باستغلال نظام الإدارة الالكترونية، ولكسر طابوهات التهرب من المثول أما القضاء حتى لطلب الحق.

[3] - أنظر: الخراشي، شرح مختصر خليل ، بيروت ، دار الفكر للطباعة ، بدون طبعة وبدون تاريخ ، 29/04.

[4] - هذا المسمى مقترح شخصي، واستخدمت مصطلح الأسري لتشمل كل المنازعات الأسرية حيث يمكن حلها صلحا، وإني بهذا أحاول زرع البذرة فحسب. إذ أن اختصاصاتها وتشكيلتها ومدى حجية تقاريرها وإلزامية المثول بين يديها تحتاج دراسة مستفيضة تراعي تركيبة وقيم وعادات المجتمع.

[5] - الآية: 01، سورة: الطلاق. القرآن الكريم

[6] - أنظر : المادة: 61، قانون الأسرة الجزائري

ب. **الإشهاد على الطلاق**

أي أن يُشهد الزوج لحظة إمضاء الطلاق شاهدين، وقد اختلف الفقه حول بطلان الطلاق الذي لا إشهاد فيه، ومحور الخلاف هنا حول تأويل قوله تعالى " **وأَشهِدوا ذَوَيْ عدلٍ منكم**"[7] الإشهاد على الطلاق أم على الرجعة[8].

إن الإشهاد على الطلاق كشرط من الأهمية بمكان، فهو يمثل السنة، التي يقتضي الإقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم العمل بها، لحديث عمران بن حُصين رضي الله عنه، حيث سئل عن الرجُل يطلِّقُ المرأة ثمَّ يقع بِها، ولَم يُشْهِد على طلاقِها ولا على رجْعَتِها، فقال: "**طلَّقت لغير سنَّة، ورجعتَ لغيْرِ سنَّة، أشهِدْ على طلاقِها، وعلى رجْعَتِها، ولا تعُدْ**"[9].

كما للإشهاد أساس عقلي، إذ كيف يشترط الإشهاد في بناء العقد ولا يشترط الإشهاد في هدمه، حيث يقول المحدث الألباني" **لا يرتاب عاقل في أن الطلاق بالنسبة للنكاح هو كالهدِم بالنسبة للبناء، فإنسان يبني دارا ثم يهدمها، يبني دارا ينفق عليها أموال طائلة وأوقات عديدة وو تكاليف ثم ما إذا أراد هدمها، هدمها بساعة من نهار، الهدم أصعب من البناء، لأنه يضيع على الإنسان جهود كثيرة وكثيرة جداً (...) وكلنا يعلم قول الرسول ـ صلى الله عليه وعلى آله وسلم: " لا نكاح إلا بولي وشاهِدَيْ عدل " فأي نكاح لم يتحقق فيه الشهود العدول فلا يعتبر نكاحاً شرعياً، وهو بناء، فالطلاق الذي قلنا إنه أخطر من هذا النكاح فهو كالهدم بالنسبة للبناء، العقل والنظر السليم يؤيد أن يشترط فيه الإشهاد**"[10]. لذلك يعد- وشروط أخرى- كصمام أمان لحفظ وحدة الأسرة من التفكك، إذ اشتراطه يرتب تروى الزوج قبل إمضاء الطلاق، لطول وقت استحضار الشهود أو لتدخلهم والأهل في تأجيل التلفظ به لحين محاولة الصلح بين الزوجين. كما يتوافق الإشهاد على الطلاق ومبدأ توازي الإشكال القانوني. لأن الزواج يشترط فيه الإشهاد فيقتضي المبدأ السابق اشتراط الإشهاد في الطلاق.

ورغم أن بعض الفقهاء نقلوا أن الإجماع ثابت على عدم وجوبه[11]. إلا أن اشترط الإشهاد هو مذهب بعض الصحابة وهم علي بن أبي طالب و عمران بن الحصين رضي الله عنهما. وعطاء وابن جريج وابن سيرين، وهو القول القديم للشافعي وابن حزم، وهو مذهب أهل البيت رضي الله عنهم[12].

لذلك ولأهمية تفعيل الإشهاد في الطلاق من خلال آليات الحسبة الشرعية، للتخفيف من كثرة حالات الطلاق، أقترح وضعه كشرط شكلي قبل رفع دعوى الطلاق، لمن أمضاه قبل رفع دعوى الطلاق، وترتيب غرامة مالية على كل زوج يثبت طلاقه لزوجته دون الإشهاد على ذلك في مجلس الطلاق. فهذه الإجراءات ستسهم في التخفيف من حالات الطلاق، كما يعمق جدوى جلسات الصلح القضائي.

---

[7] - الآية: 02، سورة: الطلاق. القرآن الكريم

[8] - للتفصيل انظر: أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، القاهرة، المكتبة التوفيقية، دون رقم الطبعة، 2003 م، 259/03- 273.

[9] - الألباني، صحيح سنن أبي داود، الأثر:1899، الكويت ، مؤسسة غراس، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م، 393/06.

[10] - الألباني، سلسلة الهدى والنور، الشريط: 08، إصدار مؤسسة الهدى والنور، عمان، الأردن، 1991.

[11] - أنظر: الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، المحقق: محمود إبراهيم زايد، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة : 01، 1405، 410/02.

12 - حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، 260/03.

كما أقترح نص القانون صراحة على أن يتضمن الحكم القضائي النص على التاريخ الفعلي لوقوع الطلاق كتاريخٍ لبداية سريانه وسريان آثاره، والذي كما قلت قد يكون قبل تقدم الزوج بعريضة رفع دعوى الطلاق للقضاء.

ثانيا: إشكالية عدم التوافق في طبيعة الطلاق

تنص المادة 50 من قانون الأسرة " **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد** "[13]. ماذا لو لم يطلق الزوج زوجته إلا يوم أخر جلسة للصلح، عند إمضائه محضر التمسك بالطلاق[14]، وأصدر القاضي الحكم بالطلاق والذي يعد طلاقا بائنا ببينونة صغرى، ولكن راجع الزوج زوجته في عدتها التي سيبدأ حسابها هنا من يوم آخر جلسة صلح، إعمالا لأحكام الشريعة أين يعد الطلاق رجعيا. يمكن إدراك أنه وبالنظر للقانون فلا بد من عقد جديد، أما في الشريعة الإسلامية فلا حاجة لعقد جديد، لأن عقد الزواج الأول لا زال قائما صحيحا رغم الحكم بالطلاق قضاء. كما أن العلاقة بين الرجل والمرأة بعد مراجعته لها علاقة غير شرعية قانونا فهي في حكم الزنا، في حين في الشريعة الإسلامية هي علاقة شرعية.

وعلى نحو ما سبق فقد نبهني الفقيه الجزائري مصطفى مناصرية لحالة مشابهة وهي"**حالة انتهاء العدة الشرعية والقاضي مازال يباشر إجراءات الصلح. فإذا نجح القاضي في الصلح رجعت زوجته إليه دون إبرام عقد جديد، ولكن من الناحية الشرعية يحتاج إلى عقد جديد**"[15].

إن أصل الإشكال مرده إلى أن قانون الأسرة الجزائري لا ينظم تفاصيل الطلاق الرجعي القائم بعد الحكم، لحالة إمضاء الزوج الطلاق بآخر جلسة صلح عند إمضائه والطليقة محضر عدم نجاح الصلح أي تمسكه بالطلاق، إذ جعل حُكم القاضي في دعوى الطلاق طلاق بائن، والدليل تسجيل الطلاق وترتيب وجوب إعادة إبرام العقد رسميا كشرط إجرائي لعودة العلاقة الزوجية، خلاف المقرر في الشريعة الإسلامية. رغم أن اجتهادات المحكمة العليا تقر المقرر شرعا، إذ أكدت في قرار لها سنة 1986 على أنه" **من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه مما نزل على طلب الطلاق. (...) إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية. ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا**"[16].

ومما يثير الانتباه أن الصياغة المعتمدة في إثبات الطلاق بختام جلسات الصلح أن الزوج في حال تمسكه بالطلاق يمضي على أنه مصر ومتمسك بالطلاق، فالعبارة وضعت على اعتبار أن الزوج قد سبق وأمضى الطلاق ، وما وظيفة القاضي إلا كشفة، في حين قد يتراخى الزوج عن إمضاء الطلاق لحين النظر في مسار ومنتهى القضية، اذ جاء في قرار للمحكمة العليا " يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلحت

13 - قانون الأسرة الجزائري، الصادر بموجب الأمر: 05-02، المؤرخ في: 1426/01/18هـ الموافق لـ 2005/02/27م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الجزائر، ج-ر، العدد: 15.

14 - فهو يتقدم بطلب الطلاق ولكنه لم يطلق الزوجة بعد، وهو أمر شائع أيضا، إذا يمارس الزوج سياسة عض الأصبع متمسكا بأسباب الطلاق باعتبارها مطالب أو اشتراطات، وسيرعوي عن إمضاء الطلاق إن ركنت الزوجة لها.

15 - مصطفى مناصرية، نقاش علمي بيني وبينه عبر الهاتف، بتاريخ: 2022/04/09.

16 - المحكمة العليا، وزارة العدل، الملف: 39463، قرار: 1986/02/10، المجلة القضائية، الجزائر، العدد: 01، سنة: 1989.

بقيت عالقة الزوجين كما كانت سابقا إلا إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه"[17]

وعليه فالعبارة الأصح للتوافق مع شروط الطلاق أن تكون بلفظ الطلاق الممضي –أي بفعل ماضي- مثلا " أصرح أن زوجتي...فلانة... طالق" لان عبارة "أنا مصر على الطلاق" لا تعد طلاقا في الفقه الإسلامي بل تأكيد لإرادة لم يمضها بعد، إن كان لم يطلق زوجته بعد كأن يكون رفع الدعوى للمضي في الطلاق حال عدم انصياع الزوجة لمطالبه. وقد يتراجع عن الطلاق.

ثالثا: إشكالية عدم التوافق في حساب عدد الطلقات وآثاره

قد لا يتقدم الزوجان للقضاء بطلب الطلاق رغم أن الزوج سبق وطلق زوجته. سواء بطلاق رجعي بأن راجعها قبل انتهاء العدة. أو بطلاق بائن بينونة صغرى ثم أرجعها بعقد جديد والذي يكون عرفيا غالبا. ثم بموجب طلاق لاحق يتقدم الزوج للقضاء، وحيث أنه لا توجد آلية قانونية تُرَسِّم الطلاق الذي لم يتم بموجب حكم قضائي، يكون عدد الطلاقات المقررة قانونا هي التي تمت أمام القضاء، والتي تم تسجيلها لدى مصلحة الحالة المدنية، فتسجل بشهادة ميلاد الطرفين لتصبح فيما بعد دليل إثبات لعدد الطلاقات في حال أن المطلقين كان يريدان الزواج بعد استنفاذ الطلقات الثلاث.

إن هذا الأمر يطرح إشكالا بخصوص الطلاق البائن بينونة كبرى وبخصوص الصلح القضائي.

أ. **أثر عدم التوافق على الطلاق البائن بينونة كبرى:**

تظهر دراسات علم الاجتماع أن التلفظ بالطلاق ظاهرة اجتماعية شديدة الانتشار في مجتمعنا العربي، أين يفرط الزوج في التلفظ بالطلاق وقد يعلقه بأوهن الأسباب، بل لعله في مجتمعنا الجزائري وسيلة للقَسَم - أي اليمين- لاستجداء تصديق الغير للحالف بالطلاق أو لضمان تجنيب الغير هدم أسرة الحالف.

وباعتبار القضاء يقتصر اختصاصه على إثبات وتسجيل واقعة الطلاق التي بين يديه، وحيث أن القانون لا ينص على آلية تمكن القاضي من التحري عن عدد الطلقات السابقات عدى المسجلة بشكل رسمي، تظهر إشكالية بخصوص أن القاضي يحكم بالطلاق باعتباره الطلقة الأولى أو الثانية، في حين أن الطلقة الأولى الرسمية هي الطلقة الثالثة المرتبة للبينونة الكبرى، أو أن الطلقة الثانية الرسمية هي الطلقة الثالثة العرفية، أي لا يحق للمطلقين الزواج من بعضهما مجددا إلا بعد زواج المطلقة ثم طلاقها من زوجها الثاني أو وفاته شرعا وقانونا[18].

إن هذا الإشكال تتعاظم خطورته في ظل جهل بعض الأزواج بأحكام الطلاق، فضلا على وجود فئة من المتعالمين والمُتَمشْيخين، ممن يفتون بعدم وقوع الطلاق بداعي ضرورة الإبقاء على بناء الأسرة والعلاقة الزوجية، لمصلحة الأبناء، ولو كان الطلاق بائن ثابت بكل شروطه الشرعية. مما يُميّع قيمة الطلاق والطلاق البائن بينونة كبرى خصوصا.

لذلك أرى ضرورة تمكين القاضي قانونا من التصريح برقم الطلقة التي هو بصدد نظر دعواها، بعد التحقيق أثناء جلسة الصلح بين الزوجين في مدى وجود وثبوت طلقات سابقة من عدمه، من خلال إيجاد آلية قانونية تُمكِنُه من الحكم بكشف الطلقات السابقة لإعتمادها خصوصا للطلاق البائن بينونة كبرى.

[17] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، قرار رقم : 57812 ، بتاريخ : 2005/02/23 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد: 01، 2005 ، ص: 275.
[18] - أنظر المادة: 51، قانون الأسرة الجزائري.

ب. أثر عدم التوافق على الصلح القضائي بين الزوجين

ما جدوى الصلح بين الزوجين من طرف القاضي واشتراط القانون تعدد جلسات الصلح في حين أن الطلاق قد أمضاه الزوج صحيحا وانتهى الأمر؟

بداية فعدم جدوى جلسات الصلح جلي أمرها بالنسبة للطلاق البائن بينونة كبرى، فسواء تصالحا أو لا. إلا أن الإشكال يثار بالنسبة للطلاق البائن بينونة صغرى، فكما أشرت أنفا أن نسبة من حالات الطلاق لا تقوم جلسة الصلح فيها إلا والطلاق قد تحول من رجعي إلى بائن بينونة صغرى، مما يتطلب إذا أراد المطلقين الرجوع لأسرة واحدة إعادة إبرام عقد الزواج بكل شروطه من جديد، ولئن كانت وظيفة الصلح تظل مجدية في شقها الموضوعي المنصب على إعادة لم شمل الأسرة، فدعوى الطلاق قد رفعت أيضا لإثبات وقوع الطلاق الذي أمضاه الزوج، فإن حكم القاضي بالصلح وقد أمضى الزوج الطلاق، فالأولى إجرائيا الحكم بالطلاق البائن بينونة صغرى بداية، لحساب رقم الطلقة بشكل رسمي ولتعداد عدد الطلقات، هذا طبعا إعمالا للمعيار الشكلي، وهو المعيار غير المعتمد في القانون الجزائري. ونهاية الحكم بتثبيت الصلح كأرضية لإبرام عقد زواج جديد يعاد به لم الشمل . علما أني أرى أن تنقل سلطة الإشراف على الصلح إلى لجنة الصلح الأسري .

لذلك اقترح إحداث آلية قانونية تمكن القاضي في حال أمضى الزوج الطلاق قبل جلسة الصلح الختامية، وقد نجح الصلح، أقترح آلية لحكمه بتسجيل الطلاق، والأمر من جديد بتسجيل عقد الزواج الجديد بناءا على محضر الصلح، وفق إجراءات وأجال يلتزم بها الزوج أمام كاتب الضبط أو الموثق قبل الدخول بالزوجة، لأن القاضي شرعا وقانونا لا يُزوِج كوليٍ إلا المرأة التي لا ولي لها[19].

إن الصلح بين الزوجين من أقدس المهام التي يضطلع بها قاضي شؤون الأسرة، لذا اقترح وكما أشرت سابقا لضرورة إحداث منصب القاضي في مسائل الأسرة على المستوى الدوائر عدى البلديات الكبرى سكانيا – والأمر منوط بالدراسات الإحصائية السكانية- مما يجعله متفرغ لدراسات قضايا الأسرة وعلى رأسها الطلاق، كما أن وجوده على مستوى الدوائر يعزز احتكاكه بأهل المنطقة، ويجعله أعلم بتفاصيل المنازعات الأسرية، والتي تحتكم للعرف والعادات في شق معتبر منها، كما يخفف من حاجز الرهبة والتهرب من المثول أمام القضاء – والذي لا يزال ينظر له باعتباره فضيحة اجتماعيا. ، وكأننا أمام مبدأ جديد وهو تقريب القضاء من المواطن .

إن غالب الأزواج لا يتجه للقضاء إلا وقد حسموا وأمضوا أمر الفراق. لذلك أقترح أن تسند وظيفة الصلح بين الزوجين للجنة الصلح الأسري وهي لجنة شبه قضائية يرأسها إمام معتمد ومحلف قضائيا لمسجد محل مسكن الزوجين، لأنه وكما هو مشاهد فجلسات الصلح القضائية يعتريها قصر المدة نتيجة كثرة ملفات الطلاق التي ترهق كاهل القاضي خاصة في محاكم الولايات والدوائر ذات التعداد السكاني الكبير ، فتتحول جلسات الصلح إلى جلسات شكلية كشفية لما تمسك به الزوجين من مطالب، وهو ما يحُّت من وظيفة الصلح، إذ أن المُصلِح بين الزوجين تتيسر وظيفته وتكون مجدية متى كان على صلة بالمتصالحين، وهو الأمر الذي قد يحققه ولو نسبيا جعلُ إمام المسجد ومساعديه من يضطلعون بذلك تحت سلطة القضاء.

كما أن ذلك يعكس تفعيل نظام التحكيم الذي شرعه الله تعالى وأقره قانون الأسرة، فأما الشريعة الإسلامية فقد قال تعالى " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ

[19] - أنظر المادة: 11، قانون الأسرة الجزائري.

بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً"[20] وأما قانونا فنصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري "إذا أشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين". وهو النص غير المفعل البتة.

لذلك أوكد على إسناد مهمة الصلح بين الزوجين للجنة الصلح الأسري برئاسة إمام بلدية محل مسكن الزوجية المعتمد من طرف المحكمة المختصة إقليميا، يساعده شخصان من سكان بلدية مسكن الزوجية يتم اختيارهم وفق آليات وشرط مناسبة لمهمة الإصلاح التي سيضطلعون بها. حيث يجب على الزوج المقبل على الطلاق أو من طلق طلاقا رجعيا أو بائنا بينونة صغرى وقبل رفع الدعوى القضائية للمحكمة استصدار محضر من للجنة الصلح الاسري يقضي بإجراء الصلح . وللجنة ومن خلال جلسة الصلح طلب تفويض كلا من الزوجين حكم عنه، وأن يرتضي الزوجين ما يتوصل إليه الحكمان بمعية لجنة الصلح، على أن تُقْصر الآجال لأقصاها خاصة إن أمضى الزوج الطلاق لتجنب انقضاء العدة، وأن يُشرَط تقرير لجنة الصلح الأسري في ملف دعوى الطلاق التي يرفعها الزوج.تحت طائلة البطلان الشكلي. كما أقترح إسناد مهمة تقدير مدى صحة الطلاق الذي أمضاه الزوج وبداية حسابه للجنة الصلح الأسري، بموجب تقرير مفصل يرفع للقاضي الذي يستأنس به في نظر دعوى الطلاق. وفق إجراءات مدروسة ومحددة. كما تسند للجنة الصلح مهمة حضور وتوثيق الإشهاد على الطلاق، والإشهاد على الرجوع في الطلاق الرجعي. بمعية موظف مختص من مكتب الحالة المدنية وفق إجراءات وأجال وشكليات إدارية رسمية يتم دراستها وضبطها بتروي.

رابعا: إشكالية عدم التوافق في آثار الطلاق

قانون الأسرة الجزائري ينص في المادة: 49 " لا يثبت الطالق إلا بحكم" في حين الشريعة الإسلامية تثبت الطلاق بمجرد إمضاء الزوج له، وعليه وكما أشرت سلفا، فإن هذا الاختلاف يرتب آثارا متعددة،سأعرض بعضها:

أ. بداية حساب العدة

الأصل أن العدة شرعا يبدأ حسابها من تاريخ إمضاء الزوج للطلاق، أما قانونا فلا تحسب لاحقا للطلاق القضائي بل تسبقه لأن الطلاق القضائي بائن [21] ولأن القانون بتحديده مدة جلسات الصلح بأن لا تزيد عن 03 أشهر بنص قانون الأسرة أنه " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد غدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى**"، وكأنه يوافقها ومدة العدة، أي أنه يفترض أن الزوج قد طلق الزوجة عند تقدمه بدعوى الطلاق، وهو ما قد لا يقع ، فالزوج قد يرفع الدعوى لطلب الطلاق ولكنه لم يمضه لفظا أو كتابة، وعليه قد تنقضي العدة قبل رفع الدعوي أو أثناء جلسات الصلح أو بعد حكم القاضي بالطلاق مما يجعل الحالتين الأخيرتين تتعارض ومقتضى الطلاق البائن القضائي.

[20] - الآية: 35، سورة: النساء، القرآن الكريم.
[21] - المادة: 50، قانون الأسرة الجزائري.

ب. النسب

رجل طلق زوجته وظلت العائلة تحاول لم شمل الزوجين إلى حين انقضت العدة فرفع الدعوى وحكم القاضي بالطلاق إلا أن الطليقة صرحت أنها حامل أثناء جلسات الصلح أو بعد حكم القاضي بالطلاق. أو أنها وضعت حملها خلال الـ 10 أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق قضاء، فيثبت في الاحتمالات السابقة النسب قانونا، لنصه على أن " :ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة" [22] . ولكنه قد لا يثبت شرعا، إذ تكون المرأة قد وضعت الحمل بعد أكثر من 13 شهر كأقصى حد من تاريخ الانفصال والطلاق العرفي.

تجد هذه التمثيلات حلولا وفق أدلة الإثبات، ولكنها واجهة نزاع قضائي كان بالإمكان تجاوزه، بمجرد تصريح القاضي في الحكم القضائي بتاريخ الطلاق العرفي، كما سبق واقترحت.

الميراث

تمتد آثار اختلال بداية حساب العدة شرعا وبداية سريان الطلاق قانونا على التفصيل الذي سبق وأشرت إليه، تمتد لتولد اختلالات في مدى التوارث بين الزوجين، أعطي أمثلة .

طلق الزوج زوجته ومات بعد نجاح الصلح القضائي، ولكن لم يرجع زوجته بعقد جديد لمقتضى الشريعة بإعتبار الزوجة قد انتهت عدتها قبل الصلح، فعقد الزواج الأول القانوني ساري، ولكن شرعا قد انحل، وعليه قانونا ترثه الزوجة وشرعا لا ترثه.

أيضا حالة أن الزوج مات بعد حكم القاضي بالطلاق، ولكن الزوجة لا تزال في العدة شرعا، هنا قانونا لا ترث لأن الطلاق بائن ، في حين شرعا ترث لأنها لا تزال في العدة من طلاق رجعي.

كذلك لو مات الزوج أثناء الصلح القضائي، وقد انقضت عدة طلاق الزوجة قبل بداية جلسات الصلح، هنا قضاء ترثه الزوجة لأن القضاء لم يوقع الطلاق بعد، وشرعا لا ترثه لانتهاء العدة لطلاق رجعي.

في الأمثلة السابقة والتي تصح لو كانت الزوجة من ماتت بنفس الحيثيات، يمكن أن نلاحظ مدى أثر اختلاف الطلاق العرفي عن الطلاق الرسمي، فالطلاق العرفي يعد شرعيا بغض النظر عن ترسيمه. ورغم أن القضاء لا يوجد مانع له من ممارسته التحقق من مدى وقوع الطلاق العرفي قبل الحكم بالطلاق الرسمي لتجنب تداعيات الاختلاف في حساب العدة أو طبيعة الطلاق، إلا أن عدم تبني القانون لآلية تسجل تاريخ وصحة الطلاق العرفي والرجعة العرفية والعقد الجديد العرفي، يجعل الخلل عميق بين مقتضى تطبيق الشريعة ومقتضي الحكم القضائي بالطلاق الرسمي.

الخاتمة

إن سكوت القانون على معالجة إشكالية الفارق بين الطلاق العرفي الصادر بإرادة الزوج الانفرادية والطلاق القضائي الناشئ بناء على طلبه، ولد إشكالات قانونية غالبا ما قد يتحمل آثارها الطليقين، لذلك فقد قدمت جملة اقتراحات لتعديل قانون الأسرة، علها تسهم في معالجة بعض تلك الإشكاليات. أهمها:

النص صراحة على وجوب تحقق القاضي من مدى صحة إمضاء الزوج بالطلاق، ليحكم بصحة الطلاق السابق للرفع الدعوى. كما يتحقق القاضي هل طلق الزوج زوجته طلاقا سنيا أم بدعيا، فإن كان قد طلقها

[22] - المادة 43، قانون الأسرة الجزائري.

في طهارة مسها فيها أو في حيض، ألزم بمراجعتها والانتظار طهرها بعد حيضتين، ثم له طلاقها أو إمساكها.

إلزام الزوجة الاعتداد في مسكن الزوجية تحت طائلة الغرامة التهديدية وللزوج ذلك إن منعها العدة في مسكن الزوجية، أو هجر مسكن الزوجية فترة العدة.

تبني الإشهاد في الطلاق كشرط شكلي قبل رفع دعوى الطلاق، وترتيب غرامة مالية على كل زوج يثبت طلاقه لزوجته دون الإشهاد .

نص القاضي في الحكم القضائي للطلاق على التاريخ الفعلي لوقوعه لمراعاة بداية العدة .

إحداث آلية قانونية تمكن القاضي من تسجيل الطلاق البائن الذي وقع ولو تم الصلح قضاء .

إحداث منصب القاضي في مسائل الأسرة على المستوى الدوائر عدى البلديات الكبرى سكانيا.

إسناد مهمة الصلح بين الزوجين للجنة شبه قضائية برئاسة إمام بلدية محل مسكن الزوجية معتمد من طرف المحكمة المختصة إقليميا، يساعده شخصان يختارهما الإمام من سكان بلدية.

إسناد مهمة تقدير مدى صحة الطلاق الذي أمضاه الزوج وبداية حسابه وأسبابه وجدوى الحكمين في الصلح، للجنة الصلح الأسري، بموجب تقرير مفصل يرفع للقاضي الذي ينظر في دعوى الطلاق. وإسناده مهمة حضور وتوثيق الإشهاد على الطلاق والإشهاد على الرجوع .

المراجع

1- القرآن الكريم
2- الألباني، صحيح سنن أبي داود، الأثر:1899، الكويت ، مؤسسة غراس، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م.
3- الألباني، سلسلة الهدى والنور، الشريط: 08، إصدار مؤسسة الهدى والنور، عمان، الأردن، 1991
4- حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة: 01، من 1423 - 1429 هـ، 266/05.
5- الخراشي، شرح مختصر خليل ، بيروت ، دار الفكر للطباعة ، بدون طبعة وبدون تاريخ ..
6- الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، المحقق: محمود إبراهيم زايد، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة : 01، 1405.
7- قانون الأسرة الجزائري، الصادر بموجب الأمر: 05-02، المؤرخ في: 1426/01/18هـ الموافق لـ 2005/02/27م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الجزائر، ج-ر، العدد: 15.
8- المحكمة العليا، وزارة العدل، الملف: 39463، قرار: 1986/02/10، المجلة القضائية، الجزائر، العدد: 01، سنة: 1989.
9- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، قرار: 216850 ، 1999/02/16. ، مجلة المحكمة العليا ،العدد الخاص،2001 .
10- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، قرار رقم : 57812 ، بتاريخ : 2005/02/23 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد: 01، 2005 .