

ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق تثير المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري تساؤلات حول طبيعة الطلاق وقوعا وإثباتا، فهل يمكن اعتبار وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء؟ وعلى الرغم من أن المادة 49 تشير إلى ضرورة إثبات الطلاق فقط، إلا أن مواد قانون الأسرة تعتبر أن الطلاق لا يحدث إلا بموجب حكم قضائي. وتبرز مشكلة الرجعة في هذه الحالة، فهل هي طلاق من الثلاث التي يملكها الزوج أم لا؟ وهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي؟ يشير المشرع إلى مدة ثلاثة أشهر للمصالحة بين الزوجين، لكن لا يرتب جزاء على استمرارها لأكثر من هذه المدة. فقد اعتبر أن المصالحة خلال العدة لا تحتاج إلى عقد جديد، وبالتالي يُفهم اعتراف المشرع بوقوع الطلاق خارج القضاء ضمناً. ويعتقد زودة عمر أن الرجعة بعد الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي لا تدخل في مفهوم الرجعة في الطلاق الرجعي، لأن الطلاق لم يقع بعد. وخلاصة القول هي أن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن إذا أخذنا بحرفية النص، بينما إذا أخذنا بفكرة وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، فإننا نكون أمام نوعين من الطلاق: رجعي وبائن. وقد فرق المشرع بين الطلاق البائن بينونة كبرى وبينونة صغرى، وذهبت المحكمة العليا إلى التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، معتبرة أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الرجعي، بينما البائن هو الذي يقع قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة أو بناء على طلبها للدفع عن الضرر. وعبارات قانون الأسرة غامضة حول "تاريخ التصريح بالطلاق"، فهل هو تلفظ الزوج أم تصريح القاضي؟ يذهب زودة عمر إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم، فالمشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، فهو ينفي وقوع أي طلاق قبل استيفاء هذه الإجراءات. وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح و تعبير الزوج عن إرادته في الطلاق، وبذلك يُصبح المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق وليس وسيلة لإثباته. وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الفقهاء الذين يقولون بضرورة الإشهاد على الطلاق، بينما يعترف التشريع المصري بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، حيث يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية. وقد ذهبت المحاكم الجزائرية إلى إثبات الطلاق العرفي وترتيب آثاره بأثر رجعي، مما يطرح تساؤلات حول طبيعة حكم الطلاق: هل هو منشئ أم مقرر؟ وهل هو عمل قضائي أم عمل ولائي؟