مجلة الاجتهاد القضائي - المجلد 14 - (العدد التسلسلي 29) – مارس 2022 (ص ص: 685 - 702)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

ضوابط الطلاق الرجعي في التشريع الجزائري والعمل القضائي

The Rights and Duties of the widow or divorced in the waiting period According to the Algerian Legislation

ط. د لعراجي رابح [1]
باحث دكتوراه
جامعة يحي فارس - المدية (الجزائر)
rlaradjinotaire@gmail.com

أ. د ولد خسال سليمان [2]
أستاذ التعليم العالي - كلية العلوم الإسلامية
جامعة الجزائر 01 (الجزائر)
Doc.soulaiman17@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
30 نوفمبر 2021	19 فيفري 2022	30 مارس 2022

الملخص:

إن واقعة فك الرابطة الزوجية تؤثر سلبا في وحدة الأسرة من حيث الزوجين أو الأولاد، حيث أن الطلاق هو إحدى صور انحلال الزواج، فمن نوعيه الطلاق الرجعي الذي يعتبر الأصل في الطلاق، أما البائن فهو الاستثناء حيث تمحورت دراستي على مفهوم الطلاق الرجعي والضوابط التي تجعل من الطلاق رجعيا وليس بائنا ببينونة صغرى أو كبرى، كالدخول الحقيقي وانعدام العوض وعدم تجاوز الحد المشروع من عدد الطلقات.كما نعرج أيضا على الأثر المترتب على الطلاق الرجعي كالملك والحل وحق الرجعة،ومدى اعتبار الحكم بالطلاق الرجعي منشئ أم كاشف وما يثار من إشكالات وتناقضات عن هذه المسائل في أحكام قانون الأسرة الجزائري وما جرى عليه العمل القضائي، حيث نبين أهم الانتقادات ونقدم بعض النتائج والتوصيات في حدود الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر أساسي لقانون الأسرة في الجزائر.

الكلمات المفتاحية: الطلاق –الرجعي – ضوابط – الرجعة – الدخول – منشئ –كاشف.

Abstract:

The dissolution of the marital bond adversely affects the family unit, particularly the spouses or children, asthe divorce per se is a form ofdissolution that fall intojust two: (i)a revocable divorce (raj'ī), which is the ground for divorce, and (ii)anirrevocable divorce (bā'in), which is the exception.The present paper focused on the concept of talaq raj'ī and the rules that make the divorce revocable and not minor or majorirrevocable divorce (talaq ba'inbaynounasughra /or kubra), such as consummation of marriage, absence of considerationand non-triple repudiation (talaq thalatha).The effect of revocable divorce -such as bond, legal marriage(hil), and recourse-, the extent to which the pronouncement ofrevocable divorce is considered constitutiveor declaratory, and the problems and contradictions raised about these issues in the provisions of the Algerian family law and what the judicial work carried out to date were revealed.The most important criticisms were highlighted and the study results and recommendations were alsopresented within the limits of Islamic Law (Sharia'a) as the main source of Family Law in Algeria.

key words: *Divorce - Revocable - Rules - Recourse - Consummation - Constitutive Declaratory.*

[1] المؤلف المرسل: ط. د لعراجي رابح ـــــــــــــ *Email: rlaradjinotaire@gmail.com*

مقدمة:

إن مسألة انحلال الرابطة الزوجية أصبحت تشكل حدثا مهما في استقرار المجتمعات، لما يخلفه من آثار وخيمة تنعكس سلبا داخل الأسرة وخارجها، فنجد أن التشريع الجزائري يسعى إلى التقليل من واقعة الطلاق بالوقوف إلى أسبابها والتعريف بأحكامها، إلا أنه وبالرجوع إلى المحاكم نجدها متشبعة بقضايا الطلاق، وعلى هذا الأساس ارتأينا أن نتطرق إلى الطلاق الرجعي باعتباره الأصل في فك الرابطة الزوجية، من خلال أحكامه وضوابطه في التشريع الجزائري وما يطبق في المحاكم والمجالس القضائية، وتكون إشكالية هذا الموضوع كالآتي:

إلى أي مدى تم الإحاطة بضوابط الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم، وما جرى عليه العمل القضائي؟

ولمعالجة هذه الإشكالية سوف نعتمد في دراستنا على المنهج التحليلي والوصفي وذلك بالوقوف على أهم الحلول المقترحة لمعرفة الضوابط الصحيحة التي تجعل من الطلاق رجعيا وما يترتب عليه من أثر،حيث تمت معالجة الموضوع تشريعيا وقضائيا وذلك في مبحثين: المبحث الأول يتناول مفهوم الطلاق الرجعي وضوابط وقوعه، أما المبحث الثاني فيتوقف عن الأثر المترتب عن الطلاق الرجعي.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق الرجعي وضوابط وقوعه

الطلاق الرجعي كصورة لفك الرابطة الزوجية يستدعي الوقوف على مفهوم هذا النوع من أنواع الطلاق (المطلب الأول)، وكذا معرفة الضوابط التي تجعل من انحلال الرابطة الزوجية في حكم الطلاق الرجعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الطلاق الرجعي

سوف نتطرق في مفهوم الطلاق الرجعي إلى التعاريف المختلفة له تشريعيا وفقهيا وقضائيا(الفرع الأول) وأدلة مشروعيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الطلاق الرجعي

- هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته ما دامت في العدة، وهذا هو الأصل في الطلاق، حيث شرع للرجل إذا طلق أن يمسك زوجته بمعروف، بأن يراجعها إليه أو يسرحها بإحسان، بأن يدعها حتى تنقضي عدتها، فتبين منه.[1]

- وهو أيضا أن يطلق الرجل زوجته المدخول بها طلاقا غير مقترن بعوض، ولا مسبوق بطلاق أو مسبوق بطلقة واحدة فقط، وهذا الطلاق لا يقطع الزوجية للتو وإنما تبقى الزوجية قائمة حكما حتى انتهاء العدة.[2]

– وتم تعريفه أيضا بأنه الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة إيقاعا مجردا على أن في مقابله مال، إذ لو كان في مقابل مال تبذله له الزوجة لكان خلعا، والخلع له أحكام أخرى تختص به، وإنما يكون للرجل حق المراجعة إذا طلقها طلقة واحدة أو اثنتين وكانت لاتزال في عدتها، فإن طلقها قبل الدخول بها أو طلقها ثلاث طلقات أو طلقها في مقابل مالي، كان الطلاق بائنا، وكذلك لو انقضت عدتها فإنها تبين منه ولا حق له في المراجعة إلا بعقد ومهر جديد إن رضيت به زوجا مرة أخرى.[3]

– وقد عرفه أيضا السيد سابق بأنه الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة، إيقاعا مجردا على أن يكون في مقابله مال، ولم يكن مسبوقا بطلقة أصلا أو كان مسبوقا بطلقة واحدة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطلاق صريحا أو كناية، فإذا لم يكن الزوج دخل بزوجته دخولا حقيقيا أو طلقها على مال، أو كان الطلاق مكملا للثلاث كان الطلاق بائنا.[4]

– أما الدكتور وهبة الزحيلي، عرفه بأنه الطلاق الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، ولو لم ترض،وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن أي إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائنا وحينئذ لابد من عقد جديد.[5]

– ومن خلال عرض هذه التعاريف المختلفة يتضح لنا بأن الطلاق الرجعي هو الذي يقع من الزوج على زوجته المدخول بها حقيقة لا حكما في حدود عدد الطلقات المسموح بها شرعا للمراجعة، وأثناء العدة ولو دون رضاها لأنها زوجته حكما أي العلاقة الزوجية تبقى قائمة وهو أحق بردها شرط أن يكون هذا الطلاق غير مقترن بعوض.

أما ما نجده في التشريع الجزائري بأن الطلاق هو سبب انحلال الرابطة الزوجية طبقا للمادة 47 من قانون الأسرة[6]، فلم يوضح المشرع الجزائري تعريفا خاصا للطلاق الرجعي وإنما يستخلص ذلك من خلال المادة 50 من قانون الأسرة أين يملك الزوج حق مراجعة زوجته بدون عقد جديد، وجعل الفاصل في ذلك صدور الحكم بالطلاق وليس العدة المنصوص عليها شرعا. حيث أن هذه المادة ربطت في ظاهرها انتهاء العدة بانتهاء مدة الصلح وهذا يؤدي الى حدوث نتائج وخيمة فقد تنقضي مدة العدة قبل مدة الصلح فيجيز حينئذ القاضي الرجعة بدون عقد ومهر جديدين بالرغم من انقضاء عدة الطلاق الرجعي مادام المدة المقررة للصلح لم تنتهي[7]، وفي هذا ذكر عبد العزيز سعد بأن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بالطلاق الشفهي الذي تعترف به وتقره الشريعة، ولا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي طلاق بائن ولا يقبل الطعن بالاستئناف.[8] والإشكال المطروح هو أنه بالرجوع إلى مفهوم

الطلاق الرجعي نجد بأن مراجعة الرجل لزوجته لا تتم بعقد ولا مهر جديدين، بل تكون مواصلة طبيعية للعشرة الزوجية والثابت في قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم حسب المادة 49 منه وأن الأحكام الصادرة في دعاوى فك الرابطة الزوجية غير قابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية حسب المادة 57 منه، وما دام الطلاق لا يثبت إلا بحكم يكون غير قابل للإستئناف، فإنه لا يمكن للرجل مراجعة زوجته دون عقد ولا مهر جديدين، فالمشرع الجزائري اكتفى في الطلاق الرجعي من حيث تمييزه عن الطلاق البائن وفق آثاره فقط.[9]

الفرع الثاني: أدلة مشروعية الطلاق الرجعي

- قوله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ..} [10] جاء في تفسير هذه الآية بأنه ثبت في الجاهلية أن الطلاق لم يكن محصورا من حيث عدد المرَّات وكانت العدة معلومة ومقدرة عندهم، وكان هذا في أول الإسلام برهة، يطلق الرجل امرأته ماشاء من الطلاق فإذا كادت تحل من طلاقه راجعها ما شاء فقال رجل لإمرأته على عهد النبي -عليه الصلاة والسلام-: لا آويك ولا أدعك تحلين، قالت: وكيف ؟ قال: أطلقك فإذا دنا مضيّ عدّتك راجعتك، فشكت المرأة ذلك إلى عائشة فذكرت ذلك للنبي-عليه الصلاة والسلام- فأنزل الله عز وجل: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ، وهذا بيانا لعدد الطلاق الذي للمرء فيه أن يرتجع دون تجديد مهر ووليّ، ونسخ ماكانوا عليه.[11]

- قوله تعالى:{ وَإِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ، فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِراراً لِتَعْتَدُوا، وَمَنْ يَفْعَلْ ذلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ..}.[12] وجاء في تفسير هذه الآية، بأن ذكر بلوغ الأجل أراد به مقاربته دون وجود نهايته وإنما ذكر مقاربته البلوغ عند الأمر بالإمساك المعروف وإن كان عليه ذلك في سائر أحوال بقاء النكاح،لأنه قرن إليه التسريح وهو انقضاء العدة،وجمعهما في الأمر والتسريح إنما له حال واحد ليس يدوم، فخص حال بلوغ الأجل بذلك لينتظم المعروف الأمرين جميعا، فالإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب لها من حق على ما تقدم من بيانه وأباح التسريح أيضا على وجه يكون معروفا بأن لا يقصد مضارتها بتطويل العدة عليها بالمراجعة.[13]

- وقوله تعالى:{ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ وَلا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحًا..}. [14] فمعنى وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنّ، أي وأزواجهن أحق بردهن، أي بإرجاعهن ما دمن في العدة ولم يستنفذ الزوج ما يملكه عليها من طلقات.[15]

- وقوله تعالى:{ يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ..}.[16]

في هذه الآية نهى لهن عن الخروج فإن المطلق قد يخرجها فترغب المطلقة في الخروج لأنها تستثقل البقاء في بيت زالت عنه سيادتها فنهاهن الله عن الخروج، فإذا كان البيت مستأجر سكنته المطلقة وكرائه على المطلق وإذا انتهى أمد كرائه فعلى المطلق تجديده إلى انتهاء عدة المطلقة، فمن الحكمة في ذلك أن المطلقة الرجعية قصد إستبقاء الصلة بينهما وبين مطلقها لعله أن يتوب إليه رشده فيراجعها فلا يحتاج في مراجعتها إلى إعادة الحوار بينه وبينها أو بينه وبين أهلها.[17]

ومن خلال هذه الأدلة الشرعية يظهر أن الأصل في الطلاق هو الطلاق الرجعي أما الاستثناء هو الطلاق البائن.[18]

وفي هذا قال إبن القيم: إن الله سبحانه شرع الرجعة في كل طلاق إلا غير المدخول بها والمطلقة طلقة ثالثة بعد الأوليين، وليس في القرآن طلاق بائن قط إلا في هذين الموضعين، وأحدهما بائن غير محرم والثاني بائن محرم.[19]

المطلب الثاني: ضوابط وقوع الطلاق الرجعي

حتى يقع الطلاق الرجعي يجب أن تكون الزوجة مدخولا بها، وأن لا يكون الطلاق مقرونا بعوض (الفرع الأول) وأن لا يكون مكملا للطلاق الثلاث وأن يكون بالألفاظ التي يقع بها الطلاق رجعيا على اختلاف بين الفقهاء في هذه الألفاظ[20] (الفرع الثاني).

الفرع الأول: واقعة الدخول الحقيقي وانعدام العوض

من المعايير الأساسية التي تجعلنا نميز بأن الطلاق رجعيا يجب أن يحدث الدخول فعلا أما عن الخلوة الصحيحة بأن تحل مقام الدخول ففيه اختلاف،ضف إلى ذلك وجوب انعدام العوض.

أولا – واقعة الدخول الحقيقي:

ذكر ابن رشد أن من شروط الطلاق الرجعي أن تكون الزوجة مدخول بها، حيث ميز بين أنواع الطلاق بأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها،[21] وذكر في البدائع بأن الرجعي يكون بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث، لا نصا ولا إشارة، ولا موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشتبه بعدد أوصف تدل عليها.[22]

وفي هذا قال الدكتور عبد الحكم سيد سلمان،[23] أنه من شروط وقوع الطلاق الرجعي أن يكون الزوج قد بنى بزوجته إلى أن أوقع عليها الطلاق، لأن المطلقة قبل الدخول تبين من زوجها ولا عدة عليها لقوله تعالى:{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلا..}.[24]

أما الذي جرى عليه العمل القضائي الجزائري ما جاء في القرار المؤرخ في 1986/02/10 رقم 39463 ،من المتفق عليه فقها وقضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعته لأنه أنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه وكذلك الطلاق الذي يوقع القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج بائنا.[25] ضف إلى ذلك ما أكدته المادة 58 من قانون الأسرة بأن العدة تكون للمطلقة المدخول بها وقد تبنى المشرع الجزائري الرأي السائد عند الفقهاء والقائل بأن لا عدة للزوجة غير المدخول بها.[26]

لكن يطرح تساؤل عن مدى إمكانية حلول الخلوة الصحيحة مقام الدخول؟

فالخلوة الصحيحة هي التي تقوم على شروط أربعة وهي الخلوة الحقيقية وعدم وجود المانع الحسي أو الطبيعي أو الشرعي، فالأول للاحتراز عما إذا كان هناك شخص ثالث فليست بخلوة، وعن مكان لا يصلح للخلوة كالمسجد والطريق العام والحمام وغيرها، أما المانع الحسي وهو ما يمنع الخلوة من أصلها أو ما يمنع صحتها بعد تحققها كالمرض، والمانع أيضا صوم رمضان مثلا وهو من قبيل المانع الشرعي.[27]

فعند الحنفية والشافعية والمالكية، لا تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول بالنسبة لحق الزوج في إرجاع زوجته إذا طلقها بعد الخلوة الصحيحة دون الدخول بها حقيقة، ولهذا يقع الطلاق عندهم في هذه الحالة طلاقا بائنا. أما عند الحنابلة تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول حتى إنه لو طلقها قبل الدخول بها ولكن بعد الخلوة الصحيحة بها جاز له إرجاعها باعتبار أن طلاقه طلاق رجعي.[28]

أما عن المشرع الجزائري جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا المؤرخ في 1989/10/02 رقم 5516 بأنه من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى البيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي ما يعتبره عنه شرعا بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء يعتبر دخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها، ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه.[29] وبالتالي اعتبر القضاء الجزائري أن الخلوة الصحيحة هي بمثابة الدخول الفعلي يترتب عليها جميع آثار الدخول الحقيقي في العلاقة الزوجية. وجاء في قرار

آخر للمحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1991/06/18 رقم 74375 (منشور بالمجلة القضائية العدد 1/1993 الصفحة 59) ما يلي: المبدأ من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول.[30]

ثانيا – انعدام العوض:

جاء في المغني بأنه أجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث، بغير عوض ولا أمر يقتضي بينونتها، فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها، وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها.[31] فوجود العوض في الطلاق عند المذهب الظاهري أي الخلع لا يعتبره طلاقا بائنا وهذا مخالف لمذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي واختلفوا فقط في إلحاق الطلاق في العدة، حيث ذكر ابن حزم الظاهري بأنه ما وجد قط في دين الإسلام عن الله تعالى، ولا عن رسوله –عليه الصلاة والسلام– طلاقا بائنا لا رجعة فيه، إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التي لم يطأها، ولا مزيد وأما عدا ذلك فآراء لا حجة فيها.[32]

وذكر أيضا الكاساني الطلاق المقرون بعوض هو الخلع ببدل والطلاق على مال لأن الخلع بعوض طلاق على مال وهذا الأخير هو معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول وهو مالها، فتملك هي العوض الآخر وهو نفسها تحقيقا للمعاوضة للطلقة، ولا تملك إلا بالبائن فكان الواقع بائنا.[33] وبالتالي نقول بأن الطلاق الرجعي يجب أن يوافق ضابط انعدام العوض، وبمفهوم المخالفة كل طلاق بمال يعتبر طلاق بائن لا يملك الزوج فيه حق المراجعة، ويكون رضا المرأة في رجوعها بعقد ومهر جديدين محل اعتبار.

إن من آثار الخلع هو التفريق بين الزوجين المتخالعين فورا بطلقة بائنة على المشهور في المذهبين المالكي والحنفي، وأن الغاية من الخلع عندهما هو إزالة الضرر الواقع على الزوجة، ولو وقع الطلاق رجعيا لما زال الضرر خلافا للمذهب الحنبلي الذي يعتبر الخلع فسخا لا طلاقا، أما قانون الأسرة الجزائري فلم يصف الخلع بأي وصف ولم ينص لا على أنه طلاق ولا على أنه فسخ على عكس القانون المغربي [34]، الذي وصف الخلع في المادة 123 بأنه طلاق بائن في قوله: كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك.[35]

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/02/10 رقم 39463 بأن الطلاق البائن فهو الذي يقع قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقع القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها

وحسم النزاع بينها وبين زوجها، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.[36].

الفرع الثاني: انعدام الطلقة المؤدية إلى البينونة الكبرى

إذا كان الطلاق مقرونا بعدد الثلاث نصا بأن قال لها أنت طالق ثلاثا، لقوله عز وجل: {فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ..} .[37] وكذلك إذا أشار إلى عدد الثلاث بأن قال لها أنت طالق هكذا، يشير بالإبهام والسبابة والوسطى، وإن أشار بأصبع واحدة فهي واحدة يملك الرجعة، وإن أشار باثنين فهي اثنتان، لأن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام.[38]

أشار المشرع الجزائري في المادة 51 من قانون الأسرة[39]، إلى أن الطلقة الثالثة تؤدي إلى حصول البينونة الكبرى وبالتالي ينعدم حق الزوج في مراجعة زوجته، أما بالنسبة لأحكام الطلاق الثلاث في مجلس واحد، أو استعمال كلمات غير الطلاق كفارقتك وسرحتك واذهبي إلى أهلك وأنت علي حرام، والرجل الذي ينوي الطلاق ولا يتلفظ به أو يكتبه في ورقة ويحتفظ بها، هذه الأمور كلها لم يتطرق لها القانون الجزائري.[40]

وبخصوص لفظ -مرات متتالية- الوارد في المادة المذكورة أعلاه يمكن تفسيرها بأنها تعني المرة تلوى الأخرى أي مجالس متعددة ومتفرقة،وفي هذا قال ابن تيمية بأنه لا نعرف أن أحدا طلق على عهد النبي-عليه الصلاة والسلام- امرأته ثلاثا بكلمة واحدة فألزمه النبي- عليه الصلاة والسلام- بالثلاث، ولا روي في ذلك حديث صحيح ولا حسن، ولا نُقِل عن أهل الكتب المعتد عليها في ذلك شيئا،بل رويت في ذلك أحاديث كلها ضعيفة باتفاق علماء الحديث، بل موضوعة[41]. وقال الإمام محمد أبو زهرة بأن المعمول به سابقا في مصر هو مذهب أبو حنيفة الذي هو مذهب الأئمة الأربعة، وهو أن يكون الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع ثلاثا، والاثنتين تقع اثنتين بلفظ واحد، فكان هذا يدفع إلى الحرج الديني إذ يندفع الزوج في نوبة غضب جامحة فيطلق ثلاثا، ولا يجعل لنفسه من أمره يسرا، فإذا تاب إلى رشده كان إما أن يعيش مع امرأته عيشة يعتقد أنها حرام، وأنهما زانيان، وفي ذلك موت الضمير الديني، وإما أن يتحايلا بطرق لم يحلها الشارع لإعادة الحل والعقد عليها من جديد، وفي ذلك ما فيه من المفاسد فكان من المستحسن علاج هذا الحال.[42]

المبحث الثاني: أثر الطلاق الرجعي

يفقد الزوج بالطلاق الرجعي طلقة واحدة كان يملكها ضمن العدد المشروع له لكنه لايرفع قيد الزوجية ولا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت المطلقة في عدتها (المطلب الأول) وللزوج الحق في مراجعتها بدون عقد جديد(المطلب الثاني).

المطلب الأول: نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج وثبوت الملك والحل

عند حدوث الطلاق الرجعي تتناقص عدد الطلقات المشروعة التي كان يملكها (الفرع الأول) لكنه لا يزيل ملك الاستمتاع الثابت بالزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج

الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، فإن كانت الطلقة الأولى احتسبت وبقيت له طلقتان وإن كانت الثانية احتسبت وبقيت له طلقة واحدة ومراجعتها لا تمحو هذا الأمر.[43] فالزوج يملك إيقاع ثلاث طلقات على زوجته فإن طلق واحدة أو ثانية بقي له دون الثلاث،[44] لكن ماذا لو تزوجت بعد انقضاء عدتها من زوج آخر، ثم عادت إلى زوجها الأول، هل تعود إليه بما بقي من عدد الطلقات أو يعود يملك ثلاث طلقات من جديد؟.

وبعبارة أخرى، هل الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث من الطلقات كما يهدم الثلاث أو لا يهدم؟

من المتفق عليه[45] المبانة بينونة كبرى إذا تزوجت ثم طلقت وعادت إلى زوجها الأول بعد انقضاء عدتها تعود إليه بحل جديد، ويملك عليها ثلاث طلقات لأن الزوج الثاني أنهى الحل الأول، فإذا عادت بعقد جديد أنشأ هذا العقد حلا جديدا، أما في البينونة الصغرى إذا تزوجت المرأة بآخر بعد انقضاء عدتها ثم طلقت منه ورجعت إلى زوجها الأول، تكون مثل المبانة بينونة كبرى فتعود إليه بحل جديد ويملك عليها ثلاث طلقات، عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: تعود إليه بما بقي من عدد الطلقات فتكون مثل ما إذا طلقها طلاقا رجعيا أو عقد عليها عقدا جديدا بعد أن بانت منه بينونة صغرى. والمسألة مختلف فيها بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم روي عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهم مثل مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف. وروي عن عمر وأبي بن كعب وعمران ابن حصين مثل مذهب محمد وزفر.[46] ويرى المالكية والشافعية أن هذا الرجوع لا يهدم الطلقتين السابقتين بل تحتسبان عليه فلا يملك عليها إلا طلقة واحدة.[47]

ومن المادة 51 من قانون الأسرة نستنتج بأن الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، إذ أن الطلاق البائن بينونة كبرى عندما يفقد الزوج ثلاث طلقات متتالية، وجاء في قرار صادر عن المحكمة العليا[48] مضمونه من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا الطلاق البائن بناءا على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن.

فأما عن مسألة الهدم، بالنسبة للطلاق البائن بينونة كبرى فإن الزوج الثاني يهدم عدد الطلقات التي أحدثها الزوج الأول، فإن عادت بعقد جديد أنشأ هذا العقد حلا جديدا، وهذا ما بينته المادة 51 من قانون الأسرة، أما بالنسبة للمبانة بينونة صغرى لم يوضح المشرع الجزائري موقفه في مسألة الهدم، هل يتبع مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أم مذهب محمد وزفر والمالكية والشافعية.

ونحن بدورنا نرجح القول الفقهي الثاني أي إنه إذا تزوجت المرأة من زوج ثاني بعد عدة طلاقها من الزوج الأول، ثم تطلقت من الزوج الثاني وعادت إلى زوجها الأول فهذا الأخير لا يملك إلا عدد الطلقات المتبقية، حيث أن قوله تعالى: {فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ..}[49]، تعني مسألة هدم عدد الطلقات في حال البائن بينونة كبرى وليس المقصود بها البينونة الصغرى والله أعلم.

الفرع الثاني: ثبوت الملك والحل

الطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزوجية ولا يزيل ملكا ولا حلا أي أنه لا يزيل ملك الاستمتاع الثابت بالزواج ولا يجعل المطلقة محرمة بسبب من أسباب التحريم على مطلقها فيحل له الاستمتاع بها ويصير بذلك مراجعا، ولهما حق التوارث فيما بينهما في حالة وفاة أحدهما أثناء العدة، ولا يصبح المهر المؤجل مستحق الأداء إلا بانقضاء العدة، لأن العلاقة الزوجية لا تزال قائمة أثناء العدة، فالزوج له حق مراجعة زوجته، فالطلاق الرجعي ينعقد سبب للفرقة ولكن لا يترتب عليه مسببه ما دامت المطلقة في العدة، فإذا انقضت العدة من غير المراجعة ترتب أثره وبانت منه.[50]

إلا أن الشافعية قالوا بأن الطلقة الرجعية ترفع قيد النكاح كالطلاق البائن، فلا يحل للمطلق أن يطأها أو يتمتع بها قبل أن يراجعها بلفظ يشعر بالرجعة صريحا كان أو كتابة، فالصريح كقوله: رددتك إلي والكتابة كقوله: تزوجتك، أما المذاهب الأخرى المالكية والحنفية والحنابلة لا خلاف بينهم بأن الطلاق هو صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه قبل التزوج بغيره، فأما الكثير دون الحنفية والحنابلة يعتبرون بأن الرجعة بالوطء لا تتحقق إلا بالنية، فالطلاق الرجعي لا يرفع عقد النكاح بلا خلاف بينهم.[51]

من خلال المادة 30 من قانون الأسرة التي تعدد المحرمات من النساء مؤقتا ومنها المعتدة من طلاق ويدخل في هذا المعنى المعتدة من طلاق رجعي الذي يحرم على أي رجل غير زوجها بالتقدم للزواج بها، لأن الزوج لا زال يملك العصمة الزوجية والزواج قائما حكما وتحل له زوجته، وتنتج كافة آثار الزوجية ما دامت العدة لم تنقض، ولأحد الزوجين أن يرث الزوج

المتوفى إن كانت الوفاة في عدة الطلاق حسب المادة 132 من قانون الأسرة وجاء في قرار المحكمة العليا[52] من المقرر قانونا عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أن يستحق الحي منهما الإرث، وللزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها، ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها أن تعتد بأبعد الأجلين وتستحق منابها في الميراث وتعتبر وكأنها ما زالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحا.

المطلب الثاني: حق الرجعة

يثبت للزوج الحق في مراجعة زوجته أثناء العدة لأن العلاقة الزوجية قائمة حكما وبالتالي لابد من التعرف على هذا الحق (الفرع الأول)، والتعرض إلى الضوابط التي يقوم عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم حق الرجعة

إن حق الرجعة من الآثار المترتبة على وقوع الطلاق الرجعي وهو حق مشروع يثبت للزوج أثناء المدة المقررة للمراجعة.

أولا - تعريف الرجعة:

عرفها الحنابلة بأنها إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد، وأن الرجعة هي استدامة للعقد لا ابتداء له وذلك بعد دخوله أو خلوته بها في نكاح صحيح أقل من ثلاث، فله مراجعتها ما دامت في العدة[53]،وعرفها الشافعية بأنها رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص.[54]

وعرفها المالكية بأنها إعادة الزوجة للعصمة من طرف الزوج متى شاء ما لم تنقض عدتها، فإن انقضت عدتها فلا رجعة له بعد ذلك لأنها تبين منه بانقضائها وهو مضي الزمن المقرر لها شرعا[55]،فأما الحنفية فلقد عرفوها بأنها استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال، وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك.[56] وبالتالي فالرجعة هي حق الزوج، فله وحده رد زوجته إلى عصمته، أي إلى ما كانت عليه قبل طلاقه واستدامة النكاح بهذا الرد دون أن ينازعه أحد في هذا الحق أو يشاركه فيه، ودون توقف على رضا الزوجة ما دام يقع إرجاعها قبل انقضاء عدتها، ونحن بدورنا نؤيد هذا القول في حق الرجعة.[57]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجد تعريفا لحق الرجعة إلا من خلال وقت حصول الرجعة في المادة 50 منه، وقد حصر المشرع الجزائري في معيار صدور الحكم بالطلاق الذي تكون فيه حق الرجعة للزوج قبل صدوره. وينتج عن ذلك أنه يجوز للزوجة المطلقة المنتهية العدة شرعا أن تتزوج برجل آخر ولا يجوز ذلك قانونا ما لم يصدر حكم الطلاق، وقيام العدة القانونية وهو ما يمكن معه للزوج المطلق أن يتابعها جزائيا [58].

ونلتمس أيضا من خلال قرار المحكمة العليا[59] الذي جاء فيه المبدأ التالي مراجعة الزوج زوجته خلال فترة العدة جائزة شرعا وقانونا ما دامت العصمة بيده. ومن خلال هذا القرار نقول بأن العمل القضائي وافق المالكية في تعريف حق الرجعة واعتبر في ذلك وقت ممارسة هذا الحق وهو عدم انقضاء العدة، والعدة تعتبر من النظام العام لما ينتج عنها من آثار على العلاقة الزوجية، حسب ما ورد في القرار الصادر من المحكمة العليا رقم 358348 المؤرخ في 2006/07/12 القاضي بالمبدأ لا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة عنها ما دامت العدة من النظام العام.[60]

ثانيا - أدلة مشروعية الرجعة:

قوله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ..}.[61] فمعنى قوله فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أي إرجاع المطلقة وإيفاؤها حقوقها الشرعية.[62] وقوله تعالى: {وَإِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ، فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِراراً لِتَعْتَدُوا، وَمَنْ يَفْعَلْ ذلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ..}.[63] فالإمساك بالمعروف المقصود به الرجعة قبل انقضاء العدة والقيام بما يجب لها من حق[64]. وقوله تعالى: {.. وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحًا.. }[65] أي أجمع العلماء على أن الحر إذا طلق زوجته الحرة، وكانت مدخولا بها تطليقة أو تطليقتين، أنه أحق برجعتها ما لم تنقض عدتها وإن كرهت المرأة، فإن لم يراجعها المطلق حتى انقضت عدتها فهي أحق بنفسها وتصير أجنبية منه، لا تحل له إلا بخطبته ونكاح مستأنف بولي وإشهاد ليس على سنة المراجعة.[66]

الفرع الثاني: ضوابط حق الرجعة

الرجعة حق للزوج ولايمكنه إسقاط ذلك الحق وعليه أن يبين إرادته في إرجاع زوجته دون التوقف على رضاها.

أولا - حق الرجعة غير قابل للإسقاط:

الرجعة هي حق للزوج، وهذا الحق أثبته الشارع له ولهذا لا يملك إسقاطه، فلو قال لا رجعة لي، كان له حق الرجوع عنه وحق مراجعتها.[67] وقيل أيضا بأن كلامه هذا لغوا من القول ولا يسقط حقه في مراجعتها، إلا إذا طلقها في العدة طلقة بائنة، فلا يكون له بعد هذه الطلقة حق مراجعتها، بسبب ابتدائها عدة الطلاق البائن.[68]

ثانيا - لا يقتضي ممارسة حق الرجعة رضى الزوجة:

أثناء العدة تكون للزوج سلطة إرجاع زوجته دون رضاها، لأن العلاقة الزوجية ما زالت قائمة حكما، لكن إذا انقضت العدة ولم يمارس الزوج حقه المقرر شرعا زالت له هذه السلطة ويستدعي ذلك رضاها حتى تعود إليه بنكاح جديد، وتصير أجنبية عليه بعد مرور العدة.

وبالتالي فإرادتها محل اعتبار. وقال الماوردي: أن الرجعة تصح بغير علم الزوجة، لأن رضاها غير معتبر بخلاف النكاح، لأنه رفع تحريم طرأ على عقد النكاح فلم يعتبر رضاها في رفعه كالظهار والإحرام، وإن لم يكن رضاها معتبرا بما ذكرنا فعلمها غير معتبر كالطلاق، لأن إعلانها مقصود بها الرضا فثبت بذلك أن الرجعة بعلمها وغير علمها، ومعه حضورها وغيبتها جائزة.[69]

طبقا للقرار الصادر عن المحكمة العليا القاضي في حيثياته عن الأوجه المثارة بأنه حيث أن القرار المطعون فيه جاء معللا ومؤسسا بما فيه الكفاية وذلك لأن المطعون ضده (الزوج) تمسك بالرجوع ما دامت العصمة بيده وأن الطلاق الذي صدر منه رجعي ما دام أنه تراجع عن ذلك وسعى إلى إرجاعها خلال مدة عشرين يوما قبل فوات مدة العدة شرعا.[70]

ثالثا - مسألة الإشهاد على الرجعة:

قوله تعالى: {فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ...} [71] فجاء في تفسير الرازي وأشهدوا ذوي عدل منكم أي أمروا أن يشهدوا عند الطلاق وعند الرجعة ذوى عدل وهذا الإشهاد مندوب إليه عند أبي حنيفة كما في قوله (وأشهدوا إذا تبايعتم)وعند الشافعي هو واجب في الرجعة مندوب إليه في الفرقة فقيل فائدة الإشهاد أن لا يقع بينهما التجاحد وأن لا يتهم في إمساكها ولئلا يموت أحدهما فيدعي الباقي ثبوت الزوجية ليرث وقيل الإشهاد إنما أمروا به للاحتياط مخافة أن تنكر المرأة المراجعة فتنقضي العدة فتنكح زوجا.[72]

والمذاهب الفقهية اختلفوا في مسألة الإشهاد على الرجعة من حيث الوجوب أو الاستحباب والندب، ولكل حجته وأدلته حيث جاء في المفصل بعد التحليل بأن الإشهاد على الرجعة شرط لصحتها واعتبارها وهو واجب على الزوج المطلق إذا أراد إرجاعها، وأن الإشهاد على الرجعة وما ينتج عنه عادة من شيوع الرجعة يمنع المرأة من إنكار وقوع الرجعة وفي هذا وقاية لها من الوقوع في الحرام بأن تتزوج بعد انتهاء عدتها بحجة عدم ارتجاع زوجها لها.[73] ونحن نميل إلى هذا القول ونحتج بأن عدم الإشهاد على الرجعة من شأنه وقوع مخاطر ومفاسد لا يحمد عقباها.

وجاء في قرار رقم 45867 المؤرخ في 1987/06/01 الصادر عن المحكمة العليا (والمنشور بالمجلة القضائية العدد 4/1992 الصفحة 54) بأن المبدأ من المقرر شرعا أن الطلاق الذي يقع صحيحا بين الزوجين لا تتم المراجعة فيه إلا برضا وطلب من الزوج وفي المدة المقررة للمراجعة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعن ينكر حضور المراجعة بعد الطلاق، وأن الشهود الذين قدمتهم المطعون ضدها لم يقل أي واحد منهم أنه حضر المراجعة أو شهدها، فإن قضاة الموضوع الذين

أمروا بتحرير عقد الزواج بناءا على استنتاج وتفسير خاطئين يكونوا قد خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.[74] وبالتالي فالقضاء الجزائري أخذ موقف إيجابي في مسألة الإشهاد على الرجعة، وهذا خلافا للمذهب المالكي الذي يعتبر أن الرجعة لا تستدعي قبول الزوجة وبالنتيجة لا يستوجب الإشهاد على الرجعة، ونحن نرى بأن مسألة الإشهاد هي مسألة ضرورية وهي عملية وقائية من الوقوع في تدليس زوج على الآخر.

رابعا - صيغة الرجعة (القول أو الفعل):

المقصود بها هو ما تقع وتحصل به الرجعة، وهو ما يصدر عن الزوج المطلق من قول أو فعل يدل على إرادته إرجاع زوجته التي طلقها طلاقا رجعيا، والأصل أن تكون الرجعة بالقول وقد تكون الرجعة بفعل.[75]

فالمشرع الجزائري في المادة 50 من قانون الأسرة لم يبين كيفية الرجعة سواء كانت بالقول أو بالفعل، فاستعمل مصطلح من راجع زوجته أي ضمنيا يفهم بأن الزوج له أن يراجع زوجته بالفعل أو القول، وبالتالي نرجع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تعيننا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإن أخذنا بأحكام المذهب السائد في بلاد المغرب العربي نقول إن المالكية تعتبر صيغة الرجعة بلفظ صريح أو كتابة ظاهرة أو فعل كوطء أو مباشرة بنية ارتجاعها[76]، ولم نجد في بحثنا المتواضع حكم قضائي يبين صيغة الرجعة وإنما يتحدث عن المراجعة بمصطلح مجرد فقط، دون الخوض في الصيغة المتبعة.

خاتمة:

إن المشرع الجزائري عند سنه لمختلف القوانين المرتبطة بالأسرة يسعى جاهدا بالدرجة الأولى إلى الحفاظ على روابط الأسرة وكيانها، بداية من الزواج وقدسيته من شروطه وأركانه وتبيان آثاره لاسيما الحقوق المادية والمعنوية للزوجين إلا أنه خلال وأثناء مسار الحياة الزوجية يكثر الخصام والنزاع بين الزوجين الذي قد يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية بشتى أنواع الطلاق، وما يهمنا الطلاق الرجعي الذي جاءت أحكامه في قانون الأسرة وتطبيقاته في العمل القضائي، أين توصلنا إلى النتائج التالية:

- المشرع الجزائري لم يبين حقيقة الطلاق الرجعي وأخلط بين المصطلحات، حيث ذكر مصطلح "الطلاق" بمفهومه الموسع خاصة في المواد 47 و48 من قانون الأسرة.
- أيضا لم يعط معايير التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن بنوعيه بينونة صغرى أو كبرى.

- اعتبر حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكما منشئا وهذا على حد اعتبار بعض الآراء الفقهية المؤيدة التي اتجهت بتفسير المادة 48 من قانون الأسرة على ذلك المعنى دون مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية التي هي مصدر أساسي لقانون الأسرة

- لم يعط أهمية لمفهوم العدة في تحديد حق الرجعة وإنما ربط هذا الأخير بصدور الحكم بالطلاق على حسب ما ورد في المادة 50 من قانون الأسرة، ولم يتطرق إلى أحكام حق الرجعة كالصيغة والإشهاد التي نجدها في الفقه الإسلامي بأحكام تفصيلية معمقة.

- وجدنا العمل القضائي في معظم قراراته وأحكامه يوضح الكثير من المسائل الغامضة في التشريع الأسري كالعدة والرجعة والتمييز بين الطلاق الرجعي والبائن.

فأما عن التوصيات، فنوصي بمايلي:

- ضرورة إعادة صياغة المواد 47 ومايليها المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية، صياغة تزيل الإبهام والغموض وإعطاء شرح دقيق للمصطلحات لاسيما الطلاق الرجعي، العدة، حق الرجعة، الطلاق البائن ببينونة صغرى وكبرى.

- ضرورة توضيح مسألة إثبات الطلاق، وأنه هناك فرق بين إثبات وإيقاع الطلاق فبعض المفسرين يعتبرون أن حكم الطلاق هو منشئ وأن القاضي هو الذي يوقع الطلاق، وما قبل ذلك يعتبر لغو ولا يعتد به، وهذا مناقض لأحكام الشريعة الإسلامية.

أما إثبات الطلاق يعني إثبات واقعة حدثت قبل الحكم به، وما على القاضي إلا التحقق من تلفظ الزوج في إيقاع الطلاق قبل رفع الدعوى.

- إن العدة وآثارها من النظام العام، كونها لها تأثير كبير بالحقوق الناتجة بعد الطلاق لاسيما النسب والميراث والرجعة، خاصة وأن انقضائها في الطلاق الرجعي يتحول بائن سواء كانت صغرى أو كبرى ولكل من هذه الأنواع أحكامه وآثاره الخاصة.

- لابد من التأشير على سجلات الحالة المدنية في دعاوى الطلاق عندما يتعلق بالطلاق اللفظي، ويتم الصلح بين الزوجين سواء أمام القضاء أو خارج مجالس القضاء.

الهوامش:

[1] – الشيخ علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 180.

[2] – محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن القانون الأحوال الشخصية)، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 298.

[3] – محمد بكر إسماعيل، الفقه الواضح، دار المنار، القاهرة، 1997، ص 113.

[4] – السيد سابق، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ج 02، بدون سنة نشر، ص 176.

[5] – وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 2006، ص 143.

[6] – انظر المادة 47 من القانون رقم 11/84، الصادر بتاريخ 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 24، 1984.

[7] – علال طحطاح، "دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة"، مجلة صوت القانون، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، المجلد04، العدد03، 2017، ص 267.

[8] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 03، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 316.

[9] – باديس بوقرة، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص 120.

[10] – سورة البقرة، الآية 229.

[11] – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 03، دار عالم الكتب، الرياض،2003، ص 126.

[12] – سورة البقرة، الآية 231.

[13] – أبي بكر أحمد بن علي الرازي الحصاص، أحكام القرآن، ج 02،دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992، ص 98.

[14] – سورة البقرة، الآية 228.

[15] – عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 08،مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص07.

[16] – سورة الطلاق، الآية 01.

[17] – محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج 02، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ص 304.

[18] – عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 08.

[19] – ابن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، دار علم الفوائد، السعودية، (691-751)، ص 508.

[20] – عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 08، ص 08.

[21] – ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ط 06،دار المعرفة، بيروت،، 1982، ص 60.

[22] – الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 04، ط 02، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص 240.

[23] – عبد الحكم سيد سلمان، الموسوعة العلمية في الأحوال الشخصية، ج 02، دار عماد، بدون بلد النشر، 2020، ص 632.

[24] – سورة الأحزاب، الآية 49.

[25] – نبيل صقر، الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى، الجزائر، 2015، ص 24.

[26] – باديس بوقرة، المرجع السابق، ص 108.

[27] – ابن عابدين، رد المختار على الدار المختار، ج 04، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص 249، 253.

[28] – عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 08، ص 09.

[29] – لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 83، 84.

[30] – نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 49.

[31] – ابن قدامة، المغنى، ج 10، ط 03، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص 553.

[32] – ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، ج 09، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 518، 519.

[33] – الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج 04، ص 241.

[34] – القانون رقم 70.03، الصادر بتاريخ14 ذو الحجة عام 1424 الموافق 05 فبراير 2004، المتضمن مدونة الأسرة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5184، 2004.

[35] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 252.

[36] – نبيل صقر، المرجع السابق، ص 24.

[37] – سورة البقرة، الآية 230.

[38] – الكاساني، المرجع السابق، ج 04، ص 241.

[39] – انظر المادة 51 من القانون رقم 11/84، الصادر بتاريخ 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 24، 1984.

[40] – نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 130.

[41] – ابن تيمية الحراني، مجموعة الفتاوى لشيخ الإسلام، ج 33، ط 03، دار الوفاء، المنصورة، 2005، ص 10، 11.

[42] – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 02، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 306.

[43] – السيد سابق، المرجع السابق، ص 179.

[44] – عبد الحكيم سيد سلمان، المرجع السابق، ص 634.

[45] – السيد سابق، المرجع السابق، ص 180.

[46] – الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج 04، ص 279.

[47] – محمد بكر إسماعيل، المرجع السابق، ص 116.

[48] – قرار رقم 176551 مؤرخ في 1998/02/17، المجلة القضائية لسنة 2000، العدد 01 عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص171.

[49] – سورة البقرة، الآية 230.

[50] – عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، 1990، ص 144.

[51] – عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، ط 02، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 248، 249.

[52] – قرار رقم 101444 المؤرخ في 1993/12/21، المجلة القضائية لسنة 1996 العدد 02، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 73.

[53] – البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج 05، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص 341.

[54] – الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص 439.

[55] – الجعلي المالكي، شرح السالك شرح أسهل المالك، ج 02، ط 01، دار صادر، بيروت، 1994، ص 332.

[56] – الكاساني، المرجع السابق، ج 04، ص 391.

[57] – عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 08، ص 17.

[58]- سعيد بويزري، "الإشكالات الفقهية والقانونية التي تثيرها المادتان:49، 50 من قانون الأسرة الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، المجلد12، العدد01، 2017، ص58.

[59]- قرار رقم 395557 المؤرخ في 2007/05/09، المجلة القضائية لسنة 2008 العدد 02، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 299.

[60]- نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 169.

[61]- سورة البقرة، الآية 229.

[62]- القرطبي،المرجع السابق، ص 127.

[63]- سورة البقرة، الآية 231.

[64]- الجصاص، أحكام القرآن، ج 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992، ص 98.

[65]- سورة البقرة، الآية 228.

[66]- القرطبي، المرجع السابق، ص 120.

[67]- السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ج 02، ص 178.

[68]- الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 195.

[69]- الماوردي، الحاوي الكبير، ج 10، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 315.

[70]- قرار رقم 395557 المؤرخ في 2007/05/09، المجلة القضائية لسنة 2008، العدد 02، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 301، 302.

[71]- سورة الطلاق، الآية 02.

[72]- محمد الرازي فخر الدين، مفاتيح الغيب، ج 30، دار الفكر، بدون بلد النشر، 1981، ص 34.

[73]- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 08، ص 30 وما يليها.

[74]- نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 129.

[75]- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 08، ص 36.

[76]- الجعلي المالكي، المرجع السابق، ج 02، ص 331.