

دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة

بقلم : الدكتور علال طحطاح

أستاذ محاضر أ

جامعة الجبيلي بونعامة - خميس مليانة

تضمن المقال تحليل المادة 49 من قانون الأسرة و التعليق عليها من خلال ابراز أهم الإشكالات التي تثيرها صياغة المادة ، و يتضمن المقال عرض النقاش حول طبيعة الأحكام الصادرة بالطلاق بالإرادة المنفردة و أيضا عرض مختلف الإخلالات القانونية المرتبطة بكل رأي ، للوصول في النهاية إلى الترويج وفقا للمبادئ العلمية المقررة و من ثم اقتراح تعديل نص المادة 49 و المواد المرتبطة بها لتجاوز كل الإشكالات المثارة

Summary:

Based on the legal problems that resulted from the wording of Article 49 of the Family Code, Whether it is related to the theoretical problems that led to the difference of jurisprudence in its significance or even the practical problems that led to the instability of the judiciary around its provisions and on this we will try to highlight the problems raised by the current wording and the contradictions that it carries and the legal and legal implications involved, In the end we will arrive at suggestions to avoid these previous problems by rephrasing the article in order to achieve respect for the reference and raise the embarrassment and contradiction to the judges, in particular, the law men and the members of society in general. This necessarily requires exposure to some relevant legal texts and proposed amendments to avoid any inconsistencies between them.

مقدمة

تكتسي النصوص القانونية في عصرنا الحالي أهمية بالغة في تقويم سلوكيات الأفراد و في توجيه المجتمع، ما يحتم أن تكون هذه النصوص غاية في الدقة و النجاعة.

فعلى صعيد النجاعة فالأمر يقتضي أن تكون تلك النصوص مستمدة خصوصا من معتقدات المجتمع و من عاداته و تقاليده و ما يمكن أن يرتضيه و هذا ما يعكس أحد أهم خصائص القاعدة القانونية و هي خاصية اجتماعية القاعدة القانونية. و إلا فستقاوم تلك القواعد و يتحائل لأجل استبعادها و بذلك و عوض أن نقوم سلوك المجتمع نخلق فوضى و تدمر.

و تقنين الفقه الإسلامي يحقق الخاصية السابقة بما لا يدع مجالاً للشك ، و الحكم بالنظر إلى الغالب فيه.

غير أن استنباط الحكم و لو كان يحقق اجتماعية القاعدة القانونية فإن نجاعته تقتضي دقة و وضوح و سلامة النص القانوني في حد ذاته و كل خلل أو ثغرة أو غموض هو في الحقيقة ضعف فني ينم عن سوء صياغة القاعدة القانونية.

فصياغة القاعدة القانونية مسألة في غاية الأهمية فهو الثوب الذي تظهر به تلك القاعدة فإما ترى القبول أو الرفض و التقزز من المخاطبين و المطبقين على السواء.

فكل قاعدة قانونية ألبست صياغة سيئة ينبغي تقويمها بحسن صياغتها من جديد.

و لكن يجب التأكيد أن ليس كل صياغة فيها خلل هي في الحقيقة دليل ضعف و اضعي القاعدة القانونية و عدم احسانهم لعلم و فن الصياغة، فقد يتعمد هؤلاء وضع ثغرات أو عدم الجزم في بعض الأحكام أو إخضاع الحكم للخلاف تحقيقا

لمصالح معينة، فهنا تقويم تلك النصوص لا يكون بإعادة صياغتها بل يكون بحسن تفسيرها و تطبيقها.

بل حتى النصوص التي أسيء صياغتها لضعف في واضعيها يمكن تقويمها قبل إعادة صياغتها بحسن تفسيرها و تطبيقها، والقانون يطبق في لفظه أو فحواه كما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

فإذا كان في اللفظ اعوجاج و جب تقويمه من خلال البحث عن فحوى سليم و هذا يقتضي تفسيراً للنص المراد تطبيقه.

و المتمعن في قانون الأسرة الجزائري الذي يعد مصدره المادي هو الشريعة الإسلامية يجده يتضمن نصوصاً غاية في الخلل بما أوجد صعوبة في تطبيقها و استنباط الأحكام منها، الأمر الذي يقتضي دراستها دراسة نقدية ثم اقتراح تقويمها أو لا بحسن تفسيرها إلى غاية تقويمها بإعادة صياغتها.

وسنضع في هذه الدراسة نص المادة 49 من قانون الأسرة للتمحيص و التدقيق، وذلك من خلال محورين يتضمن الأول دراسة نقدية لنص المادة، في حين نخصص المحور الثاني لدراسة تقويمية للمادة نفسها.

المحور الأول - دراسة نقدية لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 49 على " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى"

لقد أثارَت هذه المادة بصياغتها المذكورة سلفاً عديد الإشكالات إما فيما يخص صياغتها و إما فيما يخص تناقضها و عدم انسجامها مع بعض نصوص قانون الأسرة :

أولا - الإشكالات القانونية المتعلقة بصياغة المادة 49 من قانون الأسرة:

لقد ترتب على الصياغة الحالية للمادة 49 من قانون الأسرة عديد الإشكالات القانونية نوجزها في الآتي:

1- فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق : لقد أثارَت العبارات المستعملة في المادة عديد الإشكالات فيما يتعلق بطبيعة الحكم الصادر بالطلاق هل هو حكم منشئ أو هو حكم كاشف.

حيث يمكن قراءة العبارة الأولى للمادة عدة قراءات تعطي معاني مختلفة، وهذا من شأنه جعل المادة غامضة يعترضها اللبس، فالعبارة قد تقرأ " لا يُثَبَّت " أو يمكن أن تقرأ " لا يُثَبَّت " ويمكن أن تقرأ " لا يُثَبَّت "، وهي عبارات ذات معاني مختلفة.

و الحاصل أن العبارة المستعملة ليست دقيقة ما يؤدي في النهاية إلى اضطراب في المعنى المراد بها و هذا يؤدي في النهاية إلى إختلاف الشراح و المطبقين حول مدلول المادة ما يقتضي إعادة صياغة العبارة بدقة.

و الخلاف ليس هينا في هذا الشأن بل ترتب عليه آثار في غاية الأهمية بل و الخطورة لتعلقها بالنظام العام كما سنرى في حينه إن شاء الله.

2- تاريخ حل الرابطة الزوجية: ترتب عن الإشكال الأول إشكال يتعلق بتاريخ نشوء الطلاق هل هو تاريخ صدوره من الزوج أو تاريخ الحكم به من القضاء؟

فالعبارات المستعملة غير واضحة الدلالة في سياق الإجابة على السؤال و هذا تبعاً لعدم دقة صياغة المادة.

و تحديد هذا التاريخ أيضا مسألة في غاية الأهمية لما يترتب عليها من آثار شرعية و قانونية على السواء.

فإذا أخذنا بتاريخ صدور الحكم كتاريخ لنشأة الطلاق، سنكون أمام انتهاك لأحكام الشريعة الإسلامية التي هي في الأساس المصدر المادي لأحكام الطلاق ، و سينتج عن ذلك مساس بالنظام العام ، حيث لا نعترف بطلاق موجود فعلا ، ونجيز للزوجين التلاقي رغم حرمة ذلك شرعا إذا كان الطلاق بائنا، ويثبت بهذا التلاقي المحرم شرعا النسب، ويثبت بهذا الوضع التوارث بين الزوجين، كما نفر بوجود حرمة المصاهرة قانونا مع انتفائها شرعا إذا تعلق الأمر بالحرمة المؤقتة فنحلل ما حرم الله أو نحرّم ما أحل الله.

كما نفرض على الزوج نفقة إمرأة ليست زوجته شرعا و غير ذلك من الإشكالات الخطيرة التي توصلنا لمخالفة الأحكام الشرعية التي يعتبرها المجتمع الجزائري من صلب النظام العام بل أرقى و أعلى درجاته.

3- سلب الزوجة حقها في رفع دعوى إثبات الطلاق الصادر من زوجها: الثابت شرعا و حتى قانونا أن للزوجة الحق في رفع دعوى إثبات طلاقها الذي صدر من زوجها خارج القضاء.

و قد تعرض الباحثون لهذا الحق و ناقشوا أدلة الإثبات التي على الزوجة تقديمه لإثبات طلاقها و التي تظهر أساسا في البينة ، واليمين أو إقرار الزوج مع تفصيل في كل ذلك¹.

و القول بأن الحكم منشئ للطلاق يعني بالضرورة أنه ليس بإمكان الزوجة رفع دعوى إنشاء الطلاق بعيدا عن إرادة الزوج لأنها معتبرة فيه و لو لم تنشئه ، و إلا كنا أمام طلاق بطلب من الزوجة، و إذا سلمنا بأن الزوجة يمكن لها رفع الدعوى فهذا يعني أننا سلمنا بأن الدعوى تتعلق بإثبات الطلاق ما يجعل الحكم كاشفا.

ثانيا - الإشكالات المتعلقة بالتناقض أو عدم الإنسجام مع بعض نصوص قانون الأسرة:

و نلخصها في الآتي:

1- عدم انسجام المادة 49 مع المادة 48 : استعملت المادة 48 مصطلح الطلاق بمدلول واسع ليشمّل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الطلاق بطلب من الزوجة و الخلع و الطلاق بالتراضي بين الزوجين.

ثم استعملت المادة 49 مصطلح الطلاق، فهل المراد به الطلاق بالمفهوم الواسع كما هو الحال بالنسبة للمادة 48 أم المراد به الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج؟

إذا إفترضنا جدلا أن المراد بعبارة الطلاق الواردة في المادة 49 الطلاق بمفهومه الواسع سنصل بناء على ذلك إلى نتائج غير منطقية ، فلا يمكن أن نوحّد في الأحكام التفصيلية و لاسيما في إنشاء حل الرابطة الزوجية بين الطلاق بالإرادة المنفردة و الطلاق بطلب الزوجة أو الطلاق عن طريق الخلع أو حتى الطلاق بالتراضي لإختلاف طبيعة الحق في حل الرابطة الزوجية في كل حالة عن الأخرى، و لإختلاف الممارس للحق هل هو صاحب العصمة أو غير صاحب العصمة، و يؤكد ذلك الأحكام القانونية المنظمة لكل حالة، فمثلا لم يحدّد القانون للطلاق بالإرادة المنفردة أسبابا في حين حدّد للطلاق بطلب الزوجة أسباب، كما أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ألزم القاضي عند نظره في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة بالتأكد من إرادة الزوج في حين لم يلزمه و لم يطلب منه أصلا التأكد من إرادة الزوجة ، بل ألزمه أن يعاين و يكيّف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعّمة لطلب التّطليق طبقا لإحكام قانون الأسرة و يفصل في مدى تأسيس الطلب².

و عليه فإننا نعتقد أن إستعمال عبارة الطلاق بالمفهوم الواسع في نص المادة 48 ليشمّل كل من الطلاق بالإرادة المنفردة و الطلاق بالتراضي و الطلاق بطلب

الزوجة (التطليق) و الخلع هو لإعتبار تلك الحالات طلاق و ليس فسخ لما يترتب عن ذلك من آثار، و تفاديا لأي خلاف بشأن تكييفها و ليس المراد توحيد الأحكام بينها بدليل أن القانون أورد أحكاما تفصيلية تختلف من حالة لأخرى.

و إذا اعتبرنا أن المراد بالطلاق الوارد في المادة 49 هو فقط الطلاق بالإرادة المنفردة سنكون أمام عدم انسجام بين المادة 48 و المادة 49 من قانون الأسرة.

2 - إشكال متعلق بتاريخ بداية حساب العدة: حيث نشأ هذا الإشكال عن الإشكال المتعلق بطبيعة الحكم و عن الإشكال المتعلق بتاريخ نشأة الطلاق ، فهل نبدأ حساب العدة من تاريخ صدور الطلاق من الزوج أو من تاريخ صدور الحكم، هذا التاريخ الأخير من شأنه أن يؤدي إلى انتهاك صارخ لأحكام الشريعة الإسلامية و مساس خطير بالنظام العام في المجتمع.

فنجيز رجعة زوجة دون عقد جديد رغم انتهاء العدة أو نجيز المراجعة رغم وجود طلاق بائن بينونة كبرى.

و لا نحتسب طلاقات مقرر حسابها شرعا.

فالمادة 50 من قانون الأسرة ربطت في ظاهرها انتهاء العدة بإنهاء مدة الصلح و هذا عمليا سيؤدي إلى نتائج وخيمة.

فعدم التوافق في كثير من الحالات بين مدة الصلح و مدة الطلاق الرجعي، سيؤدي حتما إلى انقضاء مدة عدة الطلاق الرجعي قبل انقضاء مدة الصلح و هو الأمر الذي سيؤدي حتما إلى وقوع نتائج و خيمة، فيرتكب القاضي تبعا لذلك أخطاء جسيمة مخالفة لأحكام كل من الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة، بل و تمس حتى بأحكام النظام العام ، إذا لم يتفطن لذلك.³

3- إشكال متعلق بالمراجعة:

حيث أن ظاهر المادة 50 أنه يمكن للزوج أن يراجع زوجته بدون عقد جديد طالما لم تنتهي مدة الصلح في جميع الحالات و لو انتهت العدة و أنه إذا صدر الحكم لا بد من عقد جديد و لم تنتهي العدة ، وهذا الحكم المستنتج من حرفية النص يمس بالنظام العام.

و الأدهى من كل هذا الحرج الذي سنوقع فيه المجتمع بفرض أحكام قانونية لا يرضيها أبدا و مطلقا.

المحور الثاني : دراسة تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة

إذن لاحظنا الإشكالات الخطيرة التي ترتبت على سوء صياغة المادة السابقة، فبقى ان نقوم بتقويمها إما بحسن تفسير النص السابق إلى حين تقويمه بصياغة دقيقة. أو عن طريق إعادة صياغته في أقرب الأجال.

أولا - تفسير تقويمي لنص المادة 49 من قانون الأسرة:

الملاحظ أن الإشكال الرئيسي الذي ترتب عليه عديد الإشكالات التبعية هو الإشكال المتعلق بطبيعة الحكم الصادر بالطلاق ، هل هو حكم منشئ للطلاق أم كاشف له فقط؟

لذلك سنحاول البحث في الإجابة على هذا السؤال من خلال تفسير المادة 49 بصياغتها الحالية لذلك سنعرض للنقاش الذي يتعلق بطبيعة الحكم ، ثم نعد إلى إبراز الأدلة المدعمة لوجهة نظرنا في المسألة و من خلال تلك الأدلة نناقش مختلف الإشكالات التي تعرضنا لها سابقا.

1- عرض الخلاف حول طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة.

يجب التأكيد أن تفسير النصوص القانونية لا يكون اعتباطي بل علمي ممنهج، ولا بد من احترام أي تفسير لمناهج التفسير ومبادئه و ضوابطه.

بالنسبة لطبيعة الحكم الصادر بالطلاق هناك رأيان، رأي يقول أن الحكم بالطلاق منشىء و الآخر يرى أن الحكم بالطلاق كاشف.

أورد الأستاذ بلحاج العربي أن الطلاق لا يقع في الجزائر إلا لدى المحكمة و تحت اشراف القضاء⁴.

و يرى الأستاذ زودة عمر أن الطلاق لا يقع إلا بإعلان الزوج عن ارادته أمام جهة رسمية، فلا يقع الطلاق في نظره إلا ابتداء من صدور الإعلان من القاضي في حين يعتبر الطلاق الذي يصدر عن الزوج خارج مجلس القضاء غير واقع⁵.

و يقول بعض الباحثين على سبيل الإستنكار " رغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي"⁶.

في حقيقة الأمر ان أنصار هذا الرأي لم يقدموا أي حجة على رأيهم فهم يستندون إلى نص المادة 49 التي و أن أقررنا انها تحمل العديد من الغموض و تحتمل الكثير من التفسير إلى اننا نؤكد انها لم تنص مطلقا لا على اعتبار الحكم منشىء و لا اعتباره كاشف، و الأمانة العلمية و مبادئ التفسير تقضي أن لا ننسب للنص مالم ينص عليه صراحة، و إنما أراؤنا في تفسير النص هي مجرد آراء لا تعتبر عن حقيقة فحوى النص، لأنه إذا اقررنا أن النص تضمن حكما فلا يجوز لنا الإجتهد إذ لا إجتهد مع وجود نص واضح و صريح ، أما إذا اقررنا أن النص غامض فإننا نذهب إلى التفسير و المرجح بين مختلف التفسير هي الأدلة العلمية و الحجج المنطقية التي تؤيد كل رأي.

و في رأي مخالف يرى الأستاذ لمطاعي نور الدين أن المادة 48 تنص على إثبات الطلاق لا على إيقاع الطلاق، حيث يرى أن الحكم القضائي حكم كاشف للطلاق و ليس منشأ له⁷.

و كذلك يقول الأستاذ تقيّة عبد الفتاح" و عليه فالطلاق حكمه كاشف، لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف عن إرادة الزوج، الذي يكون تلفظه بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، و لكون الحكم المنشئ يرتب مركزا قانونيا جديدا، و الذي يتمثل في مركز المطلق و المطلقة"⁸.

و هذا هو المنطقي في نظرنا و الموافق للقانون ، فطالما ليس هناك نص صريح يمنع من اثبات الطلاق بأثر رجعي فهذا هو المعمول به قانونا في اثبات التصرفات القانونية، فإذا عقد عقد ما أو تصرف بالإرادة المنفردة ثم أراد المعنيين إثباته ، فيتم إثباته بأثر رجعي أي من تاريخ وجوده و ليس من يوم الحكم بإثباته ، فلماذا نريد قلب الأمر في مسألة الطلاق ، والثابت هنا هو الأصل في القانون أي إثبات التصرفات بأثر رجعي أي من يوم وجودها.

و حتى لو كان هناك نص لكنه غامض غير واضح فيجب تفسيره لمصلحة الأصل و ليس لمصلحة الإستثناء الوارد على الأصل، فالإستثناء كما هو مقرر قانونا لا يكون إلا بنص صريح و لا يجوز القياس عليه و لا التوسع في تطبيقه و تفسيره، وهي مبادئ للتفسير يجب مراعاتها ، و إلا كان التفسير باطلا.

و في رأي يعتريه التناقض يقول البعض" و خلاصة القول أن المشرع الجزائري و من استقراء نصوص قانون الأسرة يتبين لنا وأنه لا يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك ولم ينظم هذه المسألة و هذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي و الذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي استنادا إلى الشريعة الإسلامية و التي ورد النص بالإحالة عليها"⁹.

فكيف نقول أن القانون الجزائري لم ينظم مسألة ضرورة إصدار حكم لوقوع الطلاق ووجوده ثم نقول أن قانون الأسرة لا يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحات القضاء، أليس الأولى أن نترك الأمر كما هو أي ليس فيه جزم بما يترك باب الإجتهد مفتوحا، ثم أليس القول بعدم وجود نص في المسألة يقتضي و من الناحية القانونية ودون أدنى شك إلى ضرورة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية تجسيدا للمادة 222 التي نصت صراحة على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة. و أحكام الشريعة الإسلامية تنتج آثار الطلاق بإرادة الزوج من تاريخ صدوره من الزوج.

كما أن الأستاذ زودة عمر و إن كان يرى أن الحكم بالطلاق منسئ ولأن رأيه تعوزه الحجة في نظرنا فقد وقع في عديد التناقضات نورد منها مايلي:

جاء في أحد أقوال الأستاذ زودة عمر " إن الحكم لا يقع إلا بموجب حكم، فهو ليس شرطا للإثبات و إنما هو شرط للإنعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح...."¹⁰، فكيف نقول أن الحكم ليس للإثبات ثم نقول أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم، فهذا تناقض صارخ.

و يقول في فقرة أخرى " وكل ما استحدثه (أي المشرع) هو أن جعل الطلاق لا يقع إلا أمام الجهة الرسمية ، فما زال الزوج يملك الحق في الطلاق، و لم يسلبه منه ، بل ما تزال العصمة بيده...."¹¹.

و يقول في تناقض صريح " و ابتداء من تاريخ تلقي القاضي الإعلان عن الإرادة ، يترتب عليه الأثر القانوني و هو الإعلان عن إنهاء الرابطة الزوجية و نتيجة ذلك ، لا يمكن إنشاء الطلاق إلا بموجب محرر رسمي"¹².

فكيف من جهة يقول الأستاذ أنه من تاريخ تلقي القاضي الإعلان عن الإرادة يترتب الأثر، ثم يقول أن نتيجة ذلك أن إنشاء الطلاق لا يكون إلا بالمحرر الرسمي، و التاريخين مختلفين فلا يمكن أن يكون كلا التاريخين يترتب عليهما

الأثر، ذلك أن تاريخ الإعلان عن الإرادة أمام القاضي أي تاريخ رفع الدعوى أو على الأقل تاريخ الجلسة الأولى فعلياً هو غير تاريخ صدور الحكم.

و نأكد أنه ينبغي علينا كباحثين أن لا ننطلق من آراء مسبقة تلقيناها و نحن طالبة أو أرتأينا أنها صحيحة، فالمنطلق أن المادة 49 لم تنص لا على اعتبار الحكم منشىء و لا كاشف و أن الحكم في ذلك هو محض اجتهاد و تفسير ينبغي ان يؤيد بأدلة و أن يحترم مبادئ التفسير و إلا كان إما باطلا يجب استبعاده أو مرجوحا يجب تلافيه بل يجب الإنطلاق من معطيات و مبررات للوصول إلى نتيجة ما.

فالمنطلق أن المادة 49 لم تنص لا على اعتبار الحكم منشىء و لا كاشف و أن الحكم في ذلك هو محض اجتهاد و تفسير ينبغي ان يؤيد بأدلة و أن يحترم مبادئ التفسير .

و نعتقد أن الحكم الصادر بالطلاق هو حكم كاشف و ليس منشىء للطلاق، فهذا الأخير ينشىء من يوم صدوره من الزوج بشرط توفر الشروط المقررة له، و أن القاضي عليه أن يراقب مدى توفر تلك الشروط لإصدار الحكم بالطلاق، فقد يكون الزوج مجنوناً مثلاً ، فيحكم القاضي بعدم وقوع طلاقه.

غير أنه و بتوفر الشروط يقع الطلاق من يوم صدوره من الزوج و ما الحكم إلا إثباتاً له، و لا يمكن تسجيل الطلاق إلا بعد صدور الحكم لكن آثاره تسري من يوم صدوره من الزوج، و نستدل على رأينا بالحجج القانونية و المنطقية التالية:

الحجة الأولى: أن المادة 49 استعملت مصطلح "لا يثبت" و هي واضحة و صريحة في تعلقها بالإثبات لا الإنشاء ، فالعجب أن تحول إلى غير معناها الظاهر دون حجة أو دليل، و رغم اعترافنا بقاعدة أن العبرة ليست بالألفاظ و المباني و إنما بالمقاصد و المعاني، فإننا نلاحظ توافقاً بين اللفظ و المعنى، و المنطق يقول أنه إذا توافق المعنى و المبني كان أظهر في الاستدلال و أقوى و هو الموجود في هذا الشأن حسب رأينا.

و المتتبع لقانون الأسرة الجزائري يجده استعمل مصطلح " يثبت " مرات عديدة و الشراح و القضاة لم يثيروا اشكالا حول مدلول المصطلح إلا في المادة 49 ، فإذا كان المعنى واضحا فيجب أن يكون في كل المواد.

فمثلا تنص المادة 22 من قانون الأسرة " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي."، فلا أحد من الشراح على الأقل فيما أعلم قال أن المستخرج أو الحكم لإنشاء الزواج ، بل كلهم يعتبرون ذلك للإثبات توقفا عند مصطلح "يثبت"، فلما لم تتوقف عند ذات المصطلح في المادة 49 لا سيما أنه ليس هناك أي حجة أو ضرورة لتحويله عن معناه اللغوي ، بل الضرورة تقتضي خلاف ذلك أي التمسك بمعناه اللغوي.

و كمثل أيضا ما جاء في المادة 40 و المادة 44 حيث جاء في الأخيرة " يثبت النسب بالإقرار..."

فلا أحد يناقش أن الإقرار و غيره من الوسائل الأخرى لإثبات النسب و الكشف عليه و ليس لإنشائه" فلماذا نعطي معنيين لنفس المصطلح دون أن يكون هناك دليل أو ضرورة أو وجه علمي أو منطقي.

فالظاهر إذن أن الحكم للإثبات بصراحة نص المادة 49 و لا يمكن صرف معناها إلا لضرورة و بإعطاء الدليل و الحجة لتبرير الرأي.

بل حتى الذين يقولون أن الحكم منشئ يقرؤون المادة بصيغة أن الحكم يتعلق بالإثبات، حيث جاء في فقرة للأستاذ زودة "...، ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح...."¹³.

و يقول أيضا" و أصبح الطلاق الذي يوقعه الزوج بناء على ارادته المنفردة لا يرتب أثره إلا إذا تم إثباته في محرر رسمي".

وللأمانة العلمية فإن بعض الذين ناقشناهم في المسألة يستندون إلى النص الفرنسي لتبرير قولهم بأن الحكم منشئ ذلك أن النص بالفرنسية للمادة 49 استعمل مصطلح *établi* و هو يفيد الإنشاء

و نرد على هؤلاء أن العبرة بالنص العربي و ليس بالنص الفرنسي تطبيقاً للدستور الذي يعتبر اللغة العربية هي اللغة الوطنية و الرسمية.

ضف إلى ذلك إذا كان شبه مقبول الرجوع إلى النص الفرنسي في بعض القوانين كالقانون المدني مثلاً كون أن أصل القانون فرنسي، فإن الأمر بالنسبة لقانون الأسرة غير ذلك ، ذلك أن أصل القانون هو الشريعة الإسلامية التي نزلت و دوت و حفظت بلسان عربي مبين فلا أحد يستطيع أن يقول أن أصلها بالفرنسية.

كما أنه العبرة بالمقاصد و المعاني و ليس بالألفاظ و المباني، فحتى لو استعمل القانون مصطلح يفيد الإنشاء فإنه يغلب المعنى و الهدف على اللفظ الذي يخلق المشاكل و يمس بالنظام العام و يخالف باقي النصوص القانونية الشارحة للمادة محل النقاش.

الحجة الثانية: مستمدة من نص المادة 50 قانون أسرة ذلك أن النص القانوني يجب أن يفسر في إطار باقي النصوص التي ينتمي إليها التي تعتبر شارحة و مفسرة و مفصلة له

حيث نصت هذه المادة على " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

نلاحظ أن هذه المادة تناولت مسألة المراجعة ، و الثابت الذي لا يحتاج إلى تدليل هو أن المراجعة أثر من أثر الطلاق أو أنها لا تثار إلا إذا كان هناك طلاق، فالعجب كل العجب هو أن نقول أن القانون تناول أثر من آثار الطلاق رغم عدم وجود الطلاق.

بل المنطق يقول أن العبرة بالشيء بآثاره ، فحتى لو لم ينص القانون على وجود شيء و لكن نص على وجود آثاره فهذا دليل قاطع على وجود ذلك الشيء، فهل يتصور وجود صلح دون وجود نزاع مثلا. فإذا نظم القانون الصلح إليس في ذلك إقرار بوجود نزاع سابق له حتى و لو لم يذكر القانون ذلك صراحة.

فنطرح سؤالاً هل يمكن التكمّل عن مراجعة دون وجود طلاق؟ الأكد أن الإجابة تكون بلا.

وفي هذا المجال و تفتننا من الأستاذ زودة إلى أن إقراره بأن المادة 50 قد رتبّت الرجعة قبل صدور الحكم و الرجعة من أثر الطلاق ذهب إلى رأي غريب جدا بقوله " أن الرجعة التي تقع قبل الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي لا تدخل في مفهوم الرجعة التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي ، لأن الطلاق لم يقع بعد ، و تبعاً لذلك يستطيع الزوج أن يعيد الزوجة إلى بيت الزوجية في أي وقت ما دامت العلاقة الزوجية ما تزال قائمة¹⁴.

و نلاحظ أن هذا الرأي قد ابتدع رجعة جديدة لم تعرف من قبل، ولم يقل بها من قبله أحد.

و كيف نبرر أن المادة نفسها ميزت بين الرجعة التي قبل انتهاء مدة الصلح و التي لا تقتضي عقد جديد و الرجعة التي تقتضي عقد جديد و هي التي تقع بعد الحكم، فما المبرر للقول أن الرجعة الأولى ليست تلك التي يملكها الزوج بعد الطلاق ، بينما الرجعة الثانية هي التي يملكها الزوج بعد الطلاق مع أن المصطلح واحد فقط الوضع ليس واحداً.

و في وجهة نظرنا فإن الرجعة المقصودة في المادة سواء تلك التي تقع قبل صدور الحكم أو بعده هي التي تكون بعد الطلاق، غاية ما في الأمر أن واضع القانون قدر أن العدة في الغالب تكون لم تنتهي أثناء فترة الصلح و أن الطلاق يكون رجعي بما يمكن المراجعة دون عقد جديد، في حين أن بعد صدور الحكم فالغالب أن العدة تكون انتهت و أن الطلاق يكون بائن بما يقتضي عقد جديد.

و مع هذا فالمعلوم قانونا أن القانون يأتي مجملا و الشراح و القضاة يفصلونه ، فالمادة 50 نصت المراجعة دون عقد جديد و المنطق يقتضي ضرورة توافر شروطها و من أهمها أن يكون الطلاق رجعي و أن لا تنتهي العدة و هي شروط معتبرة قانونا تطبيقا لنص المادة 222 قانون أسرة.

و الأمر يتعلق بالنظام العام بما يستدعي تدخل ايجابي من القاضي و هذا تطبيقا للنص و ليس تجاوزا له، فالقانون نص على الطلاق و لم ينص على شروطه كبلوغ الزوج و أن يكون عاقلا و وجود عقد زواج صحيح بينه و بين الزوجة و غير ذلك من الشروط التي يرجع في تقديرها إلى الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة 222 قانون أسرة، فإذا رفض القاضي طلاق المجنون فهل يكون قد خالف القانون لأن القانون لم يحدد شروط الطلاق؟.

الأكيد أننا نقول أن القاضي عليه أن يجسد تلك الشروط لأن القانون و المنطق يقتضيانها و أن النصوص تأتي مجملة و القواعد العامة أو باقي المصادر تفصلها.

و على هذا فإن شروط المراجعة رغم عدم ذكرها في المادة 50 فإنها واجبة التطبيق لخلو نص يحددها بما يقتضي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة 222 قانون أسرة.

و من الشروط المقررة للرجعة أي لرجوع الزوجة لزوجها دون عقد جديد حسب جمهور الفقهاء¹⁵:

* يجب أن يكون الطلاق رجعيا لا بائنا، ففي جميع الحالات التي يكون الطلاق بائنا لا بد من عقد جديد كالطلاق قبل الدخول أو بلفظ يفيد البينونة أو غير ذلك.

* يجب أن تحصل الرجعة قبل انقضاء العدة في الطلاق الرجعي ، فإن انقضت العدة بانتهى المرأة من زوجها السابق، فلا تعود له إلا بعقد جديد يستجمع كل الشروط المتطلبة شرعا.

*أن لا تكون الرجعة معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل .

*يجب أن يكون الزوج المرتجع عاقلاً.فتبطل من المجنون و المعتوه ، و تصح من السفیه ، كما تصح رجعة المريض و لو كان مرضه مخوفاً. و تصح رجعة الهازل.

و تجدر الإشارة أن الفقهاء يستعملون مصطلح الرجعة و الارتجاع إذا كانت من طلاق رجعي و يستعملون مصطلح المراجعة إذا كانت من طلاق بائن مبنية على ولي و صداق و شهود و إذن الزوجة و قبول الزوج¹⁶.

فالقانون يطبق في لفظه و فحواه، و عجبت من الشراح يذهبون إلى الفحوى رغم وضوح النص بعباراته و رغم أن تطبيقه بألفاظه لا يحقق أي مشاكل ، و يتمسكون باللفظ عندما يترتب عن تطبيق اللفظ مشاكل رغم أن القانون و المبادئ العامة فيه تقتضي في هذه الحالة على ضرورة البحث عن فحوى لتجاوز مشاكل تطبيق اللفظ، فهل نريد كشراح و قانونيين خلق مشاكل أم نريد تلافياً؟.

و عليه فإن المراجعة المقصودة في شطري المادة هي تلك التي يملكها الزوج بعد الطلاق مع اختلاف في الشروط و الكيفية.

و الرجعة دون عقد جديد يجب فيها إحترام الشروط المقررة في الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة 222 قانون أسرة ، فالقانون نص على المراجعة و لم ينص على شروطها ما يجعلنا أما خلو نص يحدد الشروط.

و نستنتج ذلك جلياً من خلال قرارات المجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً) حيث جاء في أحد قراراته" من المقرر شرعاً أن الطلاق الذي يقع صحيحاً بين الزوجين لا تتم المراجعة فيه إلا برضا و طلب الزوج و في المدة المقررة للمراجعة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"¹⁷.

و الواضح أن القانون أنشأ قرينتين فيما يخص المراجعة و هذا معروف في علم القانون ، حيث يجعل المختصون من أنواع القرائن، القرائن القانونية أي تلك التي ينشئها القانون صراحة أو ضمنا لقلب عبء الإثبات أو الإعفاء منه أصلا.

حيث إعتبر عدم انتهاء مدة الصلح قرينة على عدم انتهاء العدة لكنها قرينة بسيطة فيمكن لمن يدعي خلاف ذلك أن يثبت إنتهاء العدة، ولأن المسألة تتعلق بالنظام العام فيمكن للقاضي إثارة انتهاء العدة من تلقاء نفسه، بل و للنيابة العامة إثارته أيضا، و إذا ثبت انتهاء العدة لا بد من عقد جديد و مهر جديد، بل و لحماية النظام العام لا بد من التأشير على المراجعة في جميع الحالات سواء في حالة وجوب العقد الجديد أو بدونه على هامش عقود الزواج الأصلية و على هامش شهادات الميلاد لإحتساب الطلقات لتعلق ذلك بالنظام العام.

فالمادة 49 أنطلقت من كون حساب العدة يكون من يوم رفع الدعوى، فقدرت أن العدة على الغالب لا تنتهي إلا بعد انتهاء ثلاث أشهر المقررة للصلح.

و يجب الإشارة في تبرير هذا الرأي إلى مسألة في غاية الأهمية غفل عنها الكثيرون، و هو أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أفتوا و بوضوح تام أن إقرار الزوج بالطلاق لا يسري من تاريخ إسناده(أي من التاريخ السابق الذي يدعي الزوج أنه أوقع فيه الطلاق) بل يسري من تاريخ الإقرار مالم يدعم ببينة تثبت تاريخ ايقاعه الطلاق، و في هذا المعنى جاء في المدونة أن الإمام مالك أفتى في الرجل يكون في السفر فيزعم أنه طلق امرأته واحدة أو اثنتين منذ سنة بأنه لا يقبل قوله في العدة إلا أن يكون على أصل قوله عدول (أي بينة)فإن لم يكن له إلا قوله لم يقبل منه ، واستأنفت العدة من يوم أقر ، و إن مات وورثته ، و إن ماتت لم يرثها إذا كانت قد حاضت في ذلك ثلاث حيض من يوم أقر على نفسه و لا رجعة له عليها"

و ما عليه الفتوى في فقه الحنفية أن اسناد الطلاق إلى زمن ماض لا يكون إلا من وقت الإقرار به مطلقا ، سواء أصدقت الزوجة فيه أو كذبتة و ادعت جهلها به ، كتم الزوج طلاقها أو لم يكتم ، وعلل الفقهاء ذلك بنفي تهمة المواضعة، أي

الاتفاق بين الزوجين على الإقرار بالطلاق و اسناده إلى زمن ماض تكون العدة قد انقضت فيه بهدف التوصل إلى تصحيح المريض لها بالدين ، أو ليحل له الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها، أو أربعا سواها، و تعليل جعل المدة من وقت الإقرار بخشية تهمة المواضعة لا يقضي به إلا بانعدام بينة شرعية تثبت صحة تاريخ الطلاق فتكون هي سند الحكم به و ليس الإقرار و يعتد بالطلاق من ثم من تاريخ الاسناد لا من تاريخ الإقرار لإنتفاء تهمة المواضعة¹⁸.

و لعل واضعي قانون الأسرة أخذوا بالحسبان هذا التوجه الفقهي فربطوا حكم المادة 49 بالغالب المألوف و هو رفع الزوج دعوى الطلاق يقر من خلالها بطلاقه لزوجته دون تقديم بينة ما يقتضي أن بداية احتساب مدة العدة تكون من يوم الإقرار ، مع ضرورة مراعاة حالة تقديم البينة لإثبات تاريخ الإقرار فيجب أن تحسب العدة من يوم إيقاع الزوج الطلاق، و أيضا إذا رفعت الزوجة دعوى اثبات الطلاق و قدمت بينة على تاريخه و جب اعتماد التاريخ المثبت. وفي حالة النزاع نعتد القواعد المقررة شرعا لإثبات الطلاق لغياب نص في قانون الأسرة.

و القرينة الثانية التي إعتمدت في نص المادة 49 هي إعتبار صدور الحكم قرينة على انقضاء العدة بما يجعل الطلاق بائنا، لكن هذه القرينة أيضا بسيطة فقد يصدر الحكم و مع هذا يبقى الطلاق رجعيا، كطلاق الحامل التي لم تلد رغم صدور الحكم أو أن الحكم صدر في مدة قصيرة و هو أمر نادر الوقوع عمليا، ففي هذه الحالة يمكن لمن يدعي أن الطلاق رجعي أن يثبت ذلك و من حق المحكمة أو النيابة العامة إثارة ذلك، و عليه يمكن أن يراجع الرجل زوجته دون الحاجة لعقد جديد. مع التأشير على ذلك في هامش عقد الزواج مع ملاحظة الإشكالات المرتبطة بصدور الحكم، لكن المهم في المسألة هو احتساب الطلقة التي أوقعها الزوج لتعلق ذلك بالنظام العام.

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي " من المتفق عليه فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق من الزوج هو الطلاق الرجعي و أن الحكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق"¹⁹

إذن يجب إحترام الشروط المقررة شرعا للمراجعة بما في ذلك المدة التي ترتبط بمدة العدة.

و تناول الرجعة قبل صدور حكم الطلاق دليل قاطع على ترتيب الطلاق أثره قبل صدور الحكم.

الحجة الثالثة: جاء في المادة 51 من قانون الأسرة " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

المادت نصت على إحداث الطلاق أثره بإرادة الزوج و لم تنص على من صدر في حقه ثلاث أحكام بالطلاق، بل نصت المادة على " من طلقها ثلاثا " و الهاء تعود على الزوج لا على القاضي و لا يمكن لأي كان أن يقول خلاف ذلك فاللغة العربية قد ثبتت أحكامها و استقرت فلا مجال للإجتهاد فيها.

إذن المادة رتبت الطلاق على إرادة الزوج و ليس بحكم القاضي.

و نلاحظ أيضا استعمال المادة مصطلح المراجعة فهل المراجعة هذه تختلف عن المراجعة التي هي مذكورة في المادة 50؟ الأكد لا، إلا من حيث الشروط و الكيفية لكن كل المراجعات المذكورة هي تلك التي تثار بعد الطلاق.

و الرأي القائل بأن الطلاق لا ينشأ إلا بحكم نقول له لنفترض جدلا أنه قد صدر حكمين متتالين بطلاق امرأة من رجل واحد ثم طلقها مرة ثالثة فهل يجوز للقاضي أن يقبل أن يراجعها أثناء فترة الصلح دون عقد جديد تطبيقا للمادة 50 أم أنه يحكم بعدم توفر شروط المراجعة و يحكم بطلاقها لتصبح القضية خاضعة للمادة 51.

فإذا قال أحد أنه يمكن له المراجعة أثناء فترة الصلح نقول أن هذه النتيجة التي حصلت من التمسك بحرفية النص هي في غاية الخطورة و أنها ستمس بالنظام

العام الحقيقي في المجتمع بما يفرض تلافيتها و البحث عن معنى يزيل الخطورة و يجسد النظام العام و يحافظ عليه و هذا هو دور القاضي الذي يجب عليه دائما و أبدا أن يجعل هدفه الأول هو المحافظة على النظام العام الحقيقي و الفعلي و لو على حساب قواعد قانونية ظاهرها قد يؤدي إلى المساس بالنظام العام، فيجب إجراء موازنة علمية، وإلا فالبحث عن فحوى للنص هو من صميم تطبيق النص فالنص يطبق إما في لفظه و إما في فحواه ، والإختيار بينهما يكون من منطلق النتائج المحققة و تأثيرها على المجتمع.

الحجة الرابعة: جاء في نص المادة 58 من قانون الأسرة " تعدد المطلقة المدخول بها بثلاثة قروء و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

و يعترف العديد من الشراح بغموض هذه المادة ، فيقول أحد الباحثين: "وعلى صعيد آخر نجد أن عبارات قانون الأسرة جاءت غامضة، إذ نجد في المادة 58 منه عبارة تاريخ التصريح بالطلاق فما المقصود منها ؟ هل نعني بها تلفظ الزوج بالطلاق أم نعني بها تصريح القاضي به؟"²⁰.

و إذا أقررنا غموض في النص ينبغي القول بضرورة البحث عن فحوى عن طريق تفسيره الذي يقتضي أن يكون علميا محترما لمبادئ التفسير.

و عليه فإننا نقول أن كل تفسير يجب أن يصب في مصلحة تحقيق النظام العام و ليس انتهاكه ، كما ينبغي أن يحترم ما يراه المجتمع واجب الإحترام تجسيدا لإجتماعية القاعدة القانونية التي يجب احترامها ليس فقط عند اصدار النص القانوني بل حتى عند تفسيره و تطبيقه، كما يجب أن يكون التفسير متمشيا مع المصدر المادي للفكرة محل التفسير ، وهنا يتعلق الأمر بأحكام الشريعة الإسلامية التي أستنبت منها مسألة العدة، كما ينبغي احترام المصادر الرسمية لقانون الأسرة و هي التقنين و أحكام الشريعة.

و نرى أن التفسير الذي يحقق كل ما سبق هو القول بأن التصريح يكون من الزوج و ليس من القاضي، فالقاضي يحكم و لا يصرح، وإن كان المصطلح قاصر ذلك ان الطلاق قد يكون صريحا و قد يكون بالكنائية، فكان الأولى أستعمال مصطلح "الصدور" بدل "التصريح".

كما أن قانون الأسرة عندما يريد ان يأخذ من صدور الحكم منطلقا لمسألة معينة يستعمل عبارات دقيقة في ذلك، فمثلا نص المادة 59 (و هي مادة تتعلق أيضا بالعدة) جاء فيه " تعدت المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة ايام ، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

فهل إفتقد واضع المادة 58 الوقت أو الجهد أو الفكر ليقول بالتصريح بدل الحكم.

إذن فالمادة 59 جعلت العدة تبدأ من يوم صدور الطلاق من الزوج، وهذا يحقق في نظرنا جميع المبادئ المشار إليها سابقا، فما هو الداعي إلى تجاوز حكم يحقق كل تلك المبادئ إلى حكم يحقق نقيض تلك المبادئ ، والأدهى أنه دون أي مبرر أو أي مصلحة مشروعة مرجوة؟.

الحجة الخامسة: نصت المادة 60 من قانون الأسرة على " عدة الحامل وضع حملها ، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

لا حظوا أن المادة إستعملت مصطلح تاريخ الطلاق لحساب أقصى مدة للحمل و ليس تاريخ الحكم به و الطلاق يتم من الزوج، إذن المادة تعترف بآثار الطلاق قبل صدور الحكم.

و الذي يصرف معنى الطلاق إلى صدور الحكم نلزمه أيضا بالنسبة للوفاة ان يصرفه إلى تاريخ تسجيل الوفاة، فلماذا يصرف الأول و لا يصرف الثاني ، و المعلوم قانونا أن الوفاة تنتج اثرها من وقت حصولها و ليس من وقت تسجيلها، و الأمر كذلك فلا بد من وحدة التفسير ، و الإبتعاد عن الكيل بمكيالين.

و ما قيل بشأن المحافظة على مبادئ التفسير في الحجة السابقة يقال بالنسبة لهذه الحجة.

ونشير أخيرا أنه في ظل تطبيق المادة 49 قانون أسرة يمكن للزوجة أن ترفع دعوى إثبات الطلاق الذي صدر من زوجها، وعليها ان تثبته بوسائل الإثبات المقررة لذلك كشهادة الشهود و الإقرار و غير ذلك من وسائل الإثبات، فلا يقتصر تطبيق المادة على طلب الزوج.

الحجة السادسة: ونرى أن هذه الحجة فاصلة ذلك أنها مستمدة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وهو قانون صدر لاحقا لقانون الأسرة ، والمعلوم قانونا أن النص اللاحق قد يكون مقيد و قد يكون استثناءا على النص السابق و قد يكون خاص بالنسبة له و قد يغنيه صراحة أو ضمنا ، وقد يكون مفسرا أو شارحا أو موضحا له.مع مراعاة أن قانون الإجراءات المدنية نص إجرائي و قانون الأسرة نص موضوعي و لكن هناك تداخل بينهما.

و هذا ما نراه بالنسبة لنص المادة 450 قانون إجراءات مدنية وإدارية الصادر في سنة 2008. حيث جاء فيه " يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق.....".

إذن العبرة في الطلاق بإرادة الزوج و ليس برأي أو حكم القاضي بإرادة الزوج هي التي تنتج الطلاق، وإذا كانت إرادته تنتج الطلاق أمام القاضي و القاضي لا دور له إلا في التأكد من وجودها أي إثبات وجودها فإن القاضي يتأكد أيضا من تاريخ وجود تلك الإرادة فقد تكون الدعوى فقط لإثبات طلاق سابق، كما أنه ليس هناك ما يمنع أن تكون دعوى اثبات الطلاق من الزوجة و يبقى دور القاضي فيها هو التأكد من وجود إرادة الزوج في الطلاق.

و يؤيد هذا القول ما جاء في نص المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية بشأن التطبيق أي الطلاق بطلب من الزوجة، حيث نصت هذه المادة على "

يعاين القاضي و كيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلاق طبقا لإحكام قانون الأسرة

و يفصل في مدى تأسيس الطلب ،أخذا بعين الإعتبار الظروف التي قدم فيها. "

فالقاضي في التطلاق كيف و يعاين و يتأكد من التأسيس فدوره إيجابي منشئ للتطلاق ، في حين يتأكد فقط في الطلاق من إرادة الزوج ، فدوره كاشف، فهل يجوز منطقا و عقلا أن نسوي بين حكم يعاين فيه القاضي و كيف الوقائع المدعمة للطلب ثم يفصل إما بالقبول أو الرفض بحسب التأسيس من عدمه و حكم لا دور للقاضي فيه إلا بالتأكد من وجود إرادة الزوج؟! فالأكيد أن هناك فرق بين طبيعة كل حكم.

الحجة السابعة: نص المادة 48 جاء فيه " مع مراعاة المادة 49 أدناه ، 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"

المادة نصت صراحة على أن إنحلال الزواج يتم بإرادة الزوج أي أن الإرادة هي المنشئة له ، بينما في التطلاق فينشأ بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة، ولا أحد يمكن أن يقول أن مجرد الطلب من الزوجة ينشئ التطلاق.

فالمادة واضحة جدا و يقتضي الأمر الرجوع إليها عند تفسير المادة 49 لجلاء الغموض الذي يكتنفها.

و بشأن التطلاق فإن نص المادة 53 مكرر يؤكد أنه ينشئ بالحكم و ليس بمجرد الطلب ، حيث نصت هذه المادة على " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق....."، و هناك حجتين من خلال هذه المادة ، أولهما هي أن المادة استعملت عبارة **الحكم بالتطلاق** و ليس عبارة **الحكم بإثبات التطلاق**، و العبارة الثانية هي عبارة في حالة الحكم بالتطلاق، و هنا يتعلق الأمر بمدلول مصطلح في حالة التي تعني بمفهوم المخالفة أن هناك حالة أخرى و هي عدم حكم

القاضي بالتطبيق أي في حالة رفض طلب الزوجة و هذا يعني أن للقاضي سلطة بالرفض أو القبول بما يؤكد أن حكمه منثى.

الحجة الثامنة: تتعلق بأحكام القضاء الجزائري في الطلاق و رأيه في المسألة

فقد أقر القضاء الجزائري في عديد أحكامه أن الطلاق يقع بإرادة الزوج ، كما أقر حساب العدة من يوم الطلاق و ليس من يوم الحكم بالطلاق و من ذلك:

- قرار المحكمة العليا و الذي جاء فيه ما يلي : من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، و من ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله .

ومتى تبين - في قضية الحال - أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرص أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم .

و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون²¹.

- ويقول بعض الشراح رغم انه يرى أن الحكم بالطلاق منثى" رغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي، فنجد أن كلا من محكمة البويرة و كذا محكمة الجلفة تعملان على إثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها ، بسماع الأطراف و كذا الشهود، و قد صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس تصب في هذا الغرض و أهمها 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 1996 و إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ 40.000 دج عن الطلاق التعسفي و مبلغ 10000 دج نفقة عدة و مبلغ 1000 دج نفقة إهمال للابن

تسري من تاريخ 1998/06/01 إلى غاية النطق بالحكم و إسناد حضانة الابن لأمه.

وقد كان قرار المجلس بتأييد الحكم مبدئياً مع تعديله بحذف مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي²².

و جاء في قرار للمجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً) من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره²³.

الحجة التاسعة: و تتعلق بإثبات الطلاق بعد وفاة الزوج، فalcضاء يقبل دعوى اثبات الطلاق بعد وفاة الزوج، و هنا لا أحد يمكنه أن يقول أن الحكم منشئ و إلا إعتبرنا أن الطلاق قد وقع من يوم الحكم و الزوج ميت.

ثانيا - تفويم صياغة المادة 49 و ما يرتبط بها من مواد:

يرى بعض الباحثين أنه يتعين تعديل نص المادة 49 قانون أسرة ليجعل الطلاق لا يُنبت إلا بحكم بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين مع النص على أن يسري الطلاق من تاريخ تلفظ الزوج به²⁴.

و نحن نوافقه الرأي ونقترح صياغة تفويمية كالتالي:

المادة 49 " لا يتم إثبات الطلاق إلا بناء على حكم يصدره القاضي بعد عدة محاولات صلح لا تتجاوز مدتها 3 أشهر

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيها مساعي و نتائج محاولات الصلح و معوقات حصوله أو إجرائه، ويوقع المحضر مع كاتب الضبط و الطرفين

عند النزاع حول وقوع الطلاق و/ أو تاريخه و جب البينة و إلا القول قول الزوج مع يمينه.

الإقرار بالطلاق يوقع أثره من يوم الإقرار لا من تاريخ الإسناد ما لم يؤكد بينة.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

لقد إقترحنا النص صراحة أن الحكم للإثبات تجاوزا للخلل الذي يترتب على إعتبار الحكم للإنشاء.

و ذكرنا حالة النزاع التي تقتضي إثبات الطلاق بحسب المدعي فإن ادعى الزوج أنه طلق زوجته قبل اللجوء إلى المحكمة و انكرت هي فعليه البينة و إلا اليمين، و إذا ادعت الزوجة أنه طلقها و أنكر هو فعليها البينة و إلا القول قوله مع يمينه. و اعتبرنا أن الإقرار ينتج أثره من يوم وقوعه (الإقرار) لا من تاريخ اسناده ما لم توجد بينة تمثيا مع الفقه الإسلامي.

و في تفصيل حالة نكول الزوج و ما يترتب عليها من أحكام يرجع لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 قانون أسرة.

و أضفنا عبارة معوقا لحصول الصلح أو إجرائه ذلك أن القاضي قد يتعذر عليه بل و يمنع عليه إجراء صلح، فقد يكون الطلاق تم للمرة الثالثة ، و عند محاولة إجراء الصلح تبين للقاضي الوضع فعليه أن يمتنع عن إجراء الصلح لأن الزوجة لا تحل لزوجها إلا بعد أن تتكح زوجا غيره، ويشير القاضي أن الصلح متعذر لأن إجراؤه يمس بالنظام العام.

كما نقترح صياغة للمادة 50 " من راجع زوجته من طلاق رجعي قبل انتهاء العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، وفي الطلاق البائن بينونة صغرى لا بد من عقد جديد.

و في الحالتين يجب التأشير بالمراجعة على هامش عقد الزواج الأصلي و شهادة الميلاد بسعي من النيابة العامة

يسعى كل واحد من الزوجين لتسجيل المراجعة الواقعة خارج القضاء في الحالة المدنية كما هو مبين في الفقرة السابقة تحت طائلة العقوبات المقررة قانوناً"

و نقترح إدراج عقوبة على تماطل الزوجين في التأشير على المراجعة لأن الأمر يتعلق بحساب عدد الطلقات المقررة شرعاً و قانوناً، و النص يكون إما في قانون الأسرة أو في قانون الحالة المدنية مع تضمين الحكم المتعلق بوجوب تسجيل المراجعة في ذلك القانون.

حيث أن المعيار هو طبيعة الطلاق هل هو رجعي أم بائن و ليس مدة الصلح للقول بالمراجعة بعقد أو بدونه.

كما اننا اقترحنا التسجيل للتسهيل على القاضي في حساب عدد الطلقات و للمحافظة على النظام العام و الإبتعاد عن التحايل.

نقترح تعديل المادة 58 كما يلي " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ إيقاع الطلاق من الزوج".

و ذلك لتفادي غموض عبارة " التصريح بالطلاق"

خاتمة

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في بناء المجتمعات ، والمحافظة عليها هو محافظة على كيان المجتمع و الدولة على السواء، لذلك كان من الضروري إحاطتها بأحكام غاية في الدقة و السلامة، وكل ضعف في الأحكام المتعلقة بها سينعكس سلبا على الأسرة في حد ذاتها.

لذلك ينبغي أن نستمد الأحكام من معتقدات المجتمع و عاداته و تقاليده المشروعة.

و بذلك يكون تقنين الفقه الإسلامي في هذا الإطار مسألة في غاية الأهمية ، وسيأتي نتائج إيجابية لا محال شرط أن يصاغ التقنين بعبارات سلسة و سليمة ودقيقة بعيدا عن التعقيد و الغموض و الخلل.

و لأن التقنين من وضع البشر فإنه لا يخلو من خلل و هي طبيعة بشرية لا فرار منها ، المهم بذل الجهد الكافي و إسناد الأمر لأهله.

و مع وجود أي خلل يجب التقويم، الذي يقتضي تعديل النص الذي يعتريه الخلل، ولكن قبل ذلك يجب تقويم النص بحسن تفسيره و تطبيقه، فالتفسير السليم هو عملية تقويم للنص من طرف المفسرين و القضاة، وهو عمل في غاية الأهمية، يؤدي على تقويم النص و إلى تنوير المقنن.

لذلك على المفسرين أن يحترموا مبادئ التفسير و ان يفسرو النص لمصلحة مجتمعهم و قيمه، فإذا احتمل النص تفسيران و جب إعتداد الأفضل و الأنجع.

و ندعو إلى مراجعة دقيقة لمختلف نصوص قانون الأسرة و فقا لإحترام المرجعية الدينية و احتراماً لمتطلبات النظام العام.

الهوامش:

- 1- أنظر في ذلك: محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الزواج و الطلاق و آثارهما، دراسة فقهية قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي و القانونيين المصري و الجزائري،

- أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، قسم الشريعة الإسلامية،
1428هـ/ 2007م، ص 282 و ما بعدها
- 2 - أنظر المادتين 450 و 451 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
- 3- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي و أثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2006 ص 110 و 111.
- 4- بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، بن عكنون الجزائر، العدد الثالث، 1990، ص 588.
- 5- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون الجزائر، 2003، ص 33 و 34..
- 6- حدة قسنطيني، اثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2004/2001، ص 13.
- 7- لمطاعي نور الدين، مرجع سابق ، ص 83
- 8- تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2006/2007 ص 231
- 9- حدة قسنطيني، مرجع سابق، ص 16.
- 10- زودة عمر، مرجع سابق ، ص 31 .
- 11- زودة عمر ، المرجع نفسه، ص 33 .
- 12- زودة عمر ، المرجع نفسه، ص 33 .
- 13- زودة عمر، مرجع سابق ، ص 31 .
- 14 - زودة عمر، مرجع سابق، ص 35.
- 15 - أنظر في هذه الشروط ، د محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني ، انحلال ميثاق الزوجية و آثاره، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1430/ (2009م، ص 255 و ما بعدها
- 16- د محمد الكشور، مرجع سابق، ص 254
- 17 - قرار رقم 45867، عن غرفة الأحوال الشخصية، في 01/06/1987، المجلة القضائية العدد الرابع ، سنة 1992، ص 54
- 18- عن محمد حجازي، مرجع سابق ، ص 290 .
- 19 - قرار رقم 39463، في 10/02/1986، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، العدد 01، ص 115
- 20- حدة قسنطيني ، مرجع سابق ، ص 9.

- 21 - قرار رقم 223019 في 15/06/1999 ، المجلة القضائية المتعلقة بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، عدد خاص في مادة الأحوال الشخصية لسنة 2001.
- 22 - أنظر حدة قسنطيني ، مرجع سابق ، ص 13.
- 23- قرار المجلس الأعلى(المحكمة العليا حاليا) ، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في 03/12/1984 ملف رقم 35026، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989، ص 86.
- 24 - عبد النور زيدان، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية و الفقهية و في الإجتهد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق ، 2007/2006 ، ص 135.
- قائمة المراجع (حسب أسبقية ورودها في البحث)**
- * محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الزواج و الطلاق و آثارهما، دراسة فقهية قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي و القانونيين المصري و الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، قسم الشريعة الإسلامية، 1428هـ/ 2007م.
- * لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي و أثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2006 .
- * بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية، بن عكنون الجزائر، العدد الثالث، 1990، ص 588
- * - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون الجزائر، 2003.
- * حدة قسنطيني، اثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدورة الثانية عشر، 2004/2001.
- * تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الإجتهد القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2007/2006 .
- * د محمد الكشيور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني ، انحلال ميثاق الزوجية و آثاره، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2009/(1430)م.
- * المجلة القضائية العدد الرابع ، سنة 1992.
- * المجلة القضائية ، العدد 01، .
- * المجلة القضائية المتعلقة بالإجتهد القضائي للمحكمة العليا، عدد خاص في مادة الأحوال الشخصية لسنة 2001.

*المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989.
* - عبد النور زيدان، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية و الفقهية
و في الإجتهد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق ،
2007/2006 .