أهمية تحديد طبيعة حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الكشف والإنشاء في القانون الجزائري

The importance of determining the nature of the judge's judgment on the dissolution of the conjugal, between disclosure and creation, in Algerian Law.

د/ محمد توفيق قديري،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون- تيارت،
medtoufik.kadiri@univ-tiaret.dz

تاريخ الإرسال: 2020/01/02 تاريخ القبول:13/ 2020/05 تاريخ النشر: 28/ 2021/05

ملخص:
تختلف طبيعة حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الكشف والإنشاء حسب كل صورة من صور فك الرابطة الزوجية المحددة في قانون الأسرة الجزائري. ويؤثر هذا الاختلاف في طبيعة حكم القاضي في مسائل عديدة أولها العدة وثبوت النسب للأولاد بعد الفرقة وحق التوارث بين الزوجين في الطلاق الرجعي وإعادة الزواج بعد البينونة وأخيرا مسألة المتابعة الجزائية بخصوص جريمة الزنا.
كلمات مفتاحية: طلاق، حكم، كاشف، منشئ، آثار.

Abstract:
The nature of the judge's judgment on the dissolution of the conjugal bond between disclosure and creation varies according to each of the forms specified in the Algerian Family Law. This difference in the nature of the judge's judgment affects on a number of questions, firstly legal retirement(Idda); established children's filiations after the separation; the right of inheritance between the spouses in the

retroactive divorce; repeat marriage after irrevocable divorce; in the last the case of Criminal prosecution for Adultery.

Keywords: *divorce; judgment; disclosure; creation; affects.*

1- المؤلف المرسل: محمد توفيق قديري، الإيميل: medtoufik.kadiri@univ-tiaret.dz

مقدمة :

تختلف صور فك الرابطة الزوجية طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري تبعا لاختلاف دور إرادة طرفي عقد الزواج في ذلك فقد تتم الفرقة بإرادة الزوج المنفردة والذي سماه المشرع الطلاق بإرادة الزوج، وقد يكون الطلاق باتفاق الزوجين معا تحت مسمى الطلاق بالتراضي. ونجد بمقابل ذلك حالتي التطليق والخلع حبن لا يكون لإرادة الزوج دور في الفرقة، حيث تطلب الزوجة من القاضي تطليقها زوجها أو أن تطلب مخالعة زوجها مقابل بدل خلع تدفعه.

وطبقا للمادة 49 من قانون الأسرة فإنه الطلاق في كل هذه الصور يثبت بموجب حكم قضائي بعد المرور على إجراءات الصلح وهو ما قررته كذلك نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يفصل القاضي في دعوى فك الرابطة الزوجية باختلاف أسبابها بحكم قضائي تعتبر الزوجة بمقتضاه قد بانت من زوجها.

وقد أثارت النصوص القانونية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية بواسطة الطلاق العديد من التساؤلات عن طبيعة حكم القاضي بين الكشف والإنشاء من ناحيتين، ناحية سلطته التقديرية في مواجهة إرادة الطرفين في فك الرابطة الزوجية هل تقتصر على مجرد التصديق على إرادتيهما أم لا؟ وناحية مدى اعتبار حكمه تقريريا لواقعة الطلاق أم محدثا ومنشئا لها؟ لما يترتب عن هذا الأمر من آثار خطيرة لا سيما ما تعلق بالنسب والميراث وجواز إعادة الزواج للمرأة والرجل أيضا حال رغبته في الزواج بأخرى ربما يحرم الجمع بينها وبين طليقته؟

وعليه يمكن أن نجمع هذه التساؤلات كلها في الإشكال التالي: **ما هو الأثر المترتب على اعتبار حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية كاشفا للطلاق أم منشئا له؟**

وللإجابة على هذا التساؤلات لا بد من اتباع المنهج الوصفي التحليلي بما يسمح لنا باستقراء النصوص القانونية واستخراج مضامينها وتفسيرها إضافة إلى أقوال وآراء شراح القانون، وذلك حتى نحدد جيدا مفهوم الحكم الكاشف والحكم المنشئ وخصوصية هذا المفهوم في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية، ثم نبين موقع حكم القاضي بفك الرابطة الزوجين بين هذين النوعين من الأحكام وفق كل صورة من صور فك الرابطة الزوجية والأثر المترتب على ذلك.

وذلك وفق الترتيب الآتي:

1. مفهوم الحكم الكاشف والمنشئ في قضايا شؤون الأسرة
   1.1. مفهوم الحكم الكاشف والحكم المنشئ بوجه عام
   2.1. خصوصية مفهوم الكشف والإنشاء في أحكام قضايا شؤون الأسرة
2. حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الكشف والإنشاء وآثار ذلك
   1.2. في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
   2.2. في الطلاق بالتراضي
   3.2. في التطليق
   4.2. في الخلع

1. مفهوم الحكم الكاشف والمنشئ في قضايا شؤون الأسرة

نتطرق في هذا العنصر إلى التمييز بين الحكم الكاشف والحكم المنشئ من خلال تحديد مفهومهما بوجه عام ثم نتطرق لخصوصية هذا المفهوم في المسائل المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة.

1.1. مفهوم الحكم الكاشف والحكم المنشئ بوجه عام:

الحكم القضائي هو الوسيلة الفنية التي يفصل بها القاضي في النزاع القضائي المعروض عليه والذي يقتضي بالضرورة المساس بمراكز قانونية لأطراف الخصومة القضائية فيصبح أحدهما أو كلاهما محكوما له و/أو محكوما عليه حسب ظروف كل قضية، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى ترتيب حقوق والتزامات على كل منهما في مواجهة الآخر، والقاضي في ذلك كله لا ينشئ الحق أو الالتزام وإنما يقرره ويكشف عنه وهذا هو الأصل، إلا أنه في حالات أخرى يكون الحكم القضائي منشئا للحق.[1]

وعليه يفرق فقهاء القانون بين نوعين من الأحكام القضائية بخصوص التوقيت الذي يبدأ عنده أثر الحكم فالحكم الكاشف فهو الحكم الذي يظهر للوجود القانوني حقا أو مركزا قانونيا كان مختفيا أو غير ظاهر فكشف عنه الحكم القضائي أو كان هذا الحق غير مستقر لصاحبه فأكده الحكم القضائي وأقره. ولذلك يسمى الحكم الكاشف بالحكم المقرر أو التقريري ومن أمثلته الحكم المقرر لبطلان العقد بطلانا مطلقا أو الحكم لشخص ما بحق الملكية العقارية.

أما الحكم المنشئ فيقصد به الحكم الذي يظهر إلى الوجود القانوني مركزا قانونيا أو حقا لم يكن قبل الحكم موجودا، بحيث يعتبر هذا الحق أو المركز أو الوضع القانوني قد ولد مع الحكم لا قبله، و تسري آثاره من تاريخ الحكم إلا أن ينص القانون على خلاف ذلك، ويضعون لذلك مثالا الحكم بإبطال العقد والحكم بالحجر وشهر الإفلاس.[2]

وعليه تظهر أهمية التفرقة بين هذين النوعين من الأحكام في تحديد لحظة نشوء المركز القانوني وما يترتب عليه من حقوق والتزامات متبادلة بين المحكوم له والمحكوم عليه، وهو ما يظهر بشكل قوي في مسائل شؤون الأسرة لما فيها من مسائل حساسة ترتبط بالجانب الشرعي.

2.1. خصوصية مفهوم الكشف والإنشاء في أحكام قضايا شؤون الأسرة:

قضايا شؤون الأسرة تتعلق بالمركز القانوني للشخص داخل أسرته من حيث نشوئه والآثار المترتبة عليه، حيث تعالج نشأة الأسرة بالزواج وانحلالها بالطلاق بمختلف صوره والآثار المترتبة عن الزواج من حمل وولادة ونسب، إضافة للآثار الأخرى من ميراث وولاية وتبرعات تنتمي كلها لمسائل الأحوال الشخصية، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأسرة من الناحية الموضوعية في قانون الأسرة ونظم الجانب الإجرائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

وحين التنازع في هذه المسائل أمام القضاء فإن تحديد طبيعة حكم القاضي هل هو كاشف أم منشئ لها أهمية كبيرة جدا، لا سيما من حيث اكتساب الحقوق، لأن حكم القاضي بالحجر يؤدي لاعتبار الشخص فاقد للأهلية أو ناقص أهلية كما أن الحكم القضائي بالطلاق يرتبط بالنسب والعدة والحق في إعادة الزواج كما يرتبط أيضا بصفة الوارث، وبما أن هذه المسائل ترتبط بالجانب الشرعي وهو ما يضفي على الأمر خطورته.

وإذا كان مفهوم الكشف والإنشاء مهما في قضايا شؤون الأسرة عامة، فإنه في مسائل فك الرابطة الزوجية أشد أهمية، فكما ذكر أعلاه اعتبار الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية كاشفا أو منشئا للطلاق يؤثر على مسائل الميراث والنسب من خلال ما تعلق بحساب العدة وتاريخ من حيث بدايتها وانتهاؤها، ذلك أن المشرع الجزائري لم يصغ أحكام العدة والمسائل المرتبطة بها صياغة دقيقة ومن أمثلتها عدم الانسجام الحاصل بين أحكام المادة 132 الخاصة بشروط التوارث بين الزوجين وبين المادة 58 المتعلقة بالعدة.[4]

وإضافة إلى هذا، تظهر أهمية التمييز بين الحكم الكاشف والمنشئ فيما تعلق ببعض المسائل الجزائية، حيث أن صفة الزوجية من عدمها تؤثر على أحكام بعض الجرائم مثل جريمة الزنا في إطار الخيانة الزوجية من حيث اعتبار صفة الزوج ركنا في الجريمة وأحيانا تكون صفة الزوجية مانعا من تحريك

الدعوى العمومية دون شكوى أو سببا لقبول الصفح ووضع حد للمتابعة الجزائية.

وبهذا ننتهي من المحور الأول من البحث وننتقل إلى المحور الثاني لنتطرق إلى تحديد طبيعة حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية في صورها المختلفة والأثر المترتب على ذلك.

2. حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الكشف والإنشاء وآثار ذلك

لقد اعتبر المشرع الجزائري جميع صور فك الرابطة الزوجية طلاقا، ولم يميز بين الخلع والتطليق والطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من حيث الأثر القانوني المترتب عليها.[5]

ومع ذلك توجد بعض الفروق بين صور فك الرابطة الزوجية من حيث سلطة القاضي ونطاق تدخله في مختلف صور فك الرابطة الزوجية بين مجرد التصديق على إرادة الأطراف الراغبة في فك الرابطة الزوجية وبين توسيعها إلى رفض الطلب، وهو ما تتم مناقشته في العناصر التالية، حيث نبين طبيعة حكم القاضي في كل صورة من صور الرابطة الزوجية التي ذكرها المشرع في المادة 48 من قانون الأسرة بين الكشف والإنشاء والأثر المترتب على الطبيعة الكاشفة أو المنشئة لحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية.

1.2. في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

يقصد به طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة الجزائري فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، ويشترط فيه من الناحية الشرعية أن يكون بلفظ واحد في طهر لم يمسها فيه، وطبقا للمادة 49 فإن على القاضي أن يحكم بالطلاق بعد عقد جلسات للصلح لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وهو ما نصت عليه كذلك الأحكام الإجرائية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا سيما المواد439 إلى 443 منه.[6]

وحين النظر في الأحكام الموضوعية وكذا الأحكام الإجرائية الخاصة بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نجدها تؤكد على أن القاضي يحكم بالطلاق بعد التأكد من إرادة الزوج ورغبته في الطلاق وبعد استنفاذ محاولة الصلح التي لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وأن العدة إنما تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق، فإذا صدر الحكم القضائي بفك الرابطة الزوجية اعتبرت الزوجة قد بانت من زوجها.[7]

والظاهر من هذه النصوص القانونية أن حكم القاضي في فك الرابطة الزوجية هنا كاشف لا منشئ، لأن القاضي إنما يقوم بالتصديق على إرادة الزوج الراغب في الطلاق، إضافة إلى أن المشرع أكد في المادة 58 في قانون الأسرة أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق وهو وفق الراجح لدى شارحي القانون سابق لا محالة لتاريخ الحكم القضائي بدليل اعتبار المشرع أن الحكم القضائي يبين المرأة من زوجها ولو كان أول حكم طلاق بينهما مما يؤكد توجه المشرع لاعتبار الطلاق واقعا قبل ذلك، إلا أنه تحسبا للقواعد الشرعية واحتمال أن يكون الزوج لم يتلفظ بالطلاق إلا بعد رفع الدعوى أو ربما يكون تلفظ به قبل ذلك وأعاد التلفظ به قبل انقضاء مما قد يعتبر طلقة ثانية، يرى شارحو القانون أنه يجب على القاضي أن يتحقق من هذه الواقعة.[8]

وباعتبار الحكم القضائي كاشفا لواقعة الطلاق بإرادة الزوج لا منشئا لها، يترتب عليه مجموعة من الآثار ترتبط بعدة مسائل أولها مسألة الميراث، حيث أن اعتبار صدور الحكم يبين الزوجة من زوجها يجعلهما لا يتوارثان قانونا بغض النظر عن مسألة العدة الشرعية في حالة كان طلاقهما الأول؟ مما شأنه أن يحول دون أن ترث المرأة من طليقها إلا إذا أثبتت أنه كان طلاقا للفرار من توريثها.

وثاني هذه المسائل يتعلق بإمكانية تكرار الزواج، حيث لا يحل للمرأة أن تتزوج من آخر وهي في عدتها من الزوج الأول، ومن الناحية القانونية تعتبر

بانت من الزوج ولها ذلك، بينما قد تكون من الناحية الشرعية لا تزال في العدة لا سيما في حالة الطلاق الأول.

أما بخصوص النسب، فإن المشرع أكد في المادة 43 من قانون الأسرة ثبوت النسب حال الطلاق والوفاة إذا ولد الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وفي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يثور الإشكال حول المقصود بتاريخ الانفصال، فالظاهر من النص ومن قضاء المحكمة العليا أن المقصود هو تاريخ الحكم القضائي باعتباره هو من يثبت البينونة، ولكن البينونة قد تكون تحققت شرعا قبل ذلك وقد يقع حمل ما من غير الزوج ثم ينسب إليه إذا ولد خلال المدة المنصوص عليها في المادة 43، مما يجعل الزوج أو المطلق أمام حتمية اللجوء إلى إجراءات اللعان.[9]

إضافة إلى ذلك فإن جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات يشترط لقيامها أن تتوفر في الفاعل صفة الزوجية، وبصدور الحكم القضائي بالطلاق تزول هذه الصفة قانونا رغم أنها قد لا تكون زالت بصفة شرعية لعدم انقضاء عدة الطلاق الرجعي وبالتالي تكون الجريمة قائمة فعلا وغير قائمة قانونا، والعكس صحيح أيضا إذ قد تكون العدة انقضت وصفة الزوجية زالت، ولكن دون الحكم القضائي لا أثر لهذا الزوال ويتابع الجاني بتهمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات في حال توافر بقية الشروط الموضوعية والإجرائية.[10]

2.2. الطلاق بالتراضي:

الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة، ولم يفصل المشرع الجزائري في قانون الأسرة أحكام الطلاق بالتراضي ولكن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تناول هذه الأحكام بشيء من االتفصيل حيث بيّن بأن على الزوجين الراغبين في الطلاق بالتراضي أن يتقدما بذلك إلى محكمة مقر الزوجية بعريضة مشتركة تتضمن مجموعة من

البيانات الأساسية أهمها اسم وعنوان مقر المحكمة واسمي الزوجين وعنوانهما وعنوان مسكن الزوجية و كذا الوظيفة، إضافة إلى عرض موجز لأسباب الطلاق وكذا الأمور المتفق عليها بينهما والتي تم التوافق على الطلاق بالتراضي على أساسها. ويقدم الزوجان هذه العريضة لكتابة ضبط المحكمة المختصة، وما على القاضي إلا أن يقضي بينهما بالطلاق بالتراضي بعد عقد جلسات الصلح بينهما والتي لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر.[11]

ويظهر لنا أن حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية للطلاق بالتراضي يحتمل أن يكون كاشفا للطلاق كما يحتمل أن يكون منشئا له، وذلك لأننا سنكون أمام فرضين؛ **الفرض الأول** يقتضي أن يكون الزوج قد طلق زوجته وأمسكت العدة ومن ثم يتقدمان بالعريضة المشتركة للمحكمة من أجل إثبات واقعة الطلاق بحكم قضائي، وهنا يغلب أن تكون جلسات الصلح قليلة وربما فصل في الدعوى بسرعة، وصدر الحكم القضائي وبانت الزوجة من زوجها قانونا وقضاء ولكنها تكون لا تزال في العدة شرعا وربما تكون قد انقضت عدتها قبل أن تتفق مع الزوج على الطلاق بالتراضي فيكون الحكم هنا متأخرا جدا عن العدة؟ **والفرض الثاني** يقتضي أن لا يتلفظ الزوج بالطلاق إلا بعد الاتفاق مع الزوجة والذهاب إلى المحكمة وتثبيت الطلاق بحكم القاضي وهنا يعتبر الطلاق بائنا بحكم القضاء ولكن العدة تكون قد بدأت شرعا للتو، ما لم نذهب مع تكييف الطلاق بالتراضي على أنه طلاق القاضي الذي يعتبر بائنا[12]، ولكنه لا يعتبر كذلك لأن دور القاضي هنا لا يتعدى التأكد من إرادة الطرفين وتوثيق ما اتفقا عليه بعد أن يبذل مساعي الصلح بينهما.

وبالتالي تظهر لنا نفس الإشكالات القانونية التي سبق إثارتها في الطلاق بإرادة الزوج المنفردة حول أثر طبيعة الحكم على الحقوق الناجمة عن فك الرابطة الزوجية من نسب وإرث وتكرار الزواج ومسألة المتابعة الجزائية حول جريمة الزنا.

3.2. التطليق:

نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة على التطليق باعتباره طلاقا بطلب من الزوجية وأحال على المادة 53 من قانون الأسرة التي قام فيها المشرع بتحديد عشرة (10) أسباب تستطيع الزوجة في حالة توافر أحدها أو بعضها معا أن تطلب التطليق من القاضي.

وهذه الأحوال هي: التطليق لعدم الانفاق بشرط عدم علمها بإعساره وقت الزواج؛ والتطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الغرض من الزواج؛ والتطليق للهجر في المضجع فوق 4 أشهر؛ والطلاق لصدور حكم بعقوبة نافذة في حق الزوج في جريمة تمس بشرف الأسرة يستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية؛ والتطليق للغياب لمدة سنة دون عذر ولا نفقة؛ ومخالفة أحكام المادة 8 المتعلقة بتعدد الزوجات؛ وارتكاب فاحشة مبينة؛ والشقاق المستمر بين الزوجين؛ ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج؛ وكل ضرر معتبر شرعا.[13]

فترفع الزوجة أمرها للقاضي والذي يحكم لها بالطلاق إذا تأكد من توافر الشروط المنصوص عليها في القانون، وقد نصت المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على سلطة القاضي فيما خص التطليق حين أكدت على أن للقاضي أن يتثبت من الأسباب التي تدعيها الزوجة التي تطلب التطليق وله في سبيل ذلك الاستعانة بالوسائل القانونية المتاحة من تحقيق ومعانية وخبرة طبية.[14]

واعتبارا لذلك فإن القاضي ليس ملزما بقبول طلب الزوجة بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق لأنه طلب مبني على أسباب محددة تدعيها الزوجة فإذا لم تتوفر هذه الأسباب أو عجزت الزوجة عن إثباتها رفض القاضي طلبها.[15]

وحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق حال قبوله طلب الزوجة هو حكم منشئ وليس كاشفا، لأن القاضي هو من يطلق على الزوج في هذه الحالة رضي أم لم يرضى الزوج بذلك، واعتبره المشرع الجزائري بائنا في جميع الأحوال المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة رغم اختلاف الفقهاء حول ما يكون منها كاشفا أو منشئا، إلا أن ذلك يمكن أن يشفع له أن المسألة خلافية بين الفقهاء وقانون الأسرة الجزائري غير مبني على مرجعية فقهية واحدة.[16]

واعتبار الحكم الصادر بالتطليق منشئا وفي نفس الوقت طلاقا بائنا يضع حدا للمنازعات التي أشرنا إليها في الطلاق بإرادة الزوج والطلاق بالتراضي، فتاريخ الفرقة ثابت لأجل حساب أقصى مدة الحمل والبينونة تمنع التوارث بين الزوجين إلا ما كان منه طلاق الفار، ويمكن لكليهما تكرار الزواج بعد الحكم، ولا تثار مسألة المتابعة الجزائية حول جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات بشأن الأفعال التي ترتكب بعد حكم التطليق.

4.2. الخلع:

نص المشرع الجزائري على الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة، بموجبها يحق للمرأة أن تخالع الرجل مقابل بدل خلع تدفعه نظير طلبها الفرقة من طرفها دون أن يكون لذلك سبب شرعي. ويتم الخلع بغض النظر عن إرادة الزوج وقبوله وإذا لم يتم الاتفاق على بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز مهر المثل.[17]

ورغم أن المشرع نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 451 منه في فقرتها الأخيرة نصت على القاضي يعاين ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع إلا أن ذلك لا يعني تدخله في إرادة الزوجة الراغبة في الخلع أو رفض الطلب وإنما يتم ذلك وفق مفهوم قانون الأسرة حيث يناقش مسألة بدل الخلع وما هو صداق المثل وقت الحكم وكيفية تقديره.

وعليه فإن القاضي يكشف عن إرادة الزوجة الراغبة في الخلع إلا أنه بالمقابل لا أثر للخلع قبل أن يفصل فيه بحكم، وبالتالي فإن حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية للخلع منشئ وليس كاشفا، وباعتبار أن المشرع الجزائري اعتبر الفقه طلاقا فإنه يعتبر طلاقا بائنا وهو ذاته قول جمهور الفقهاء الذين اعتبروا الخلع طلاقا.[18]

وعليه يطبق بخصوص آثار اعتبار الحكم منشئا ذات الأحكام التي ذكرناها في أثر الحكم بالتطليق.

الخاتمة:

من خلال هذا البحث تم التطرق إلى طبيعة حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية في صورها المتعددة التي ذكرها المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة، حيث بينا الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع، فأكدنا الطبيعة الكاشفة لحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بإرادة الزوج وما ينجر عن عدم تطابق أحكام العدة والرجعة والبينونة بين الحكم الشرعي والنص القانوني في ظل نقص تشريعي في معالجة أنواع الطلاق بإرادة الزوج وآثاره، وبيّنا أيضا أن الإشكال يتعمق في الطلاق بالتراضي أين لا يعلم متى أوقع الزوج الطلاق، وتم توضيح مدى أهمية معرفة بقاء صفة الزوجية من عدمها في النوعين الأوليين من فك الرابطة الزوجية من حيث تحديد مدة حساب أقصى مدة الحمل التي ينسب فيها الولد لأبيه بعد الفرقة، ومدى جواز التوارث بينهما لبقاء الزوجية حكما في حال الطلاق الرجعي، وكذلك مسألة تكرار الزواج التي قد يقع فيه مخالفة شرعية أو قانونية، وأخيرا مسألة جريمة الزنا التي تشترط صفة الزوجية في الفاعل أو من معه في واقعة الزنا.

ثم تطرقنا لحكم القاضي في التطليق والخلع، أي تبين لنا أن حكم القاضي فيهما منشئ دائما لأنه لا وجود لهما إلا بعد حكم القاضي بذلك، والأصل في

طلاق القاضي البينونة والخلع كذلك لمن رآه طلاقا، مع الإشارة إلى عدم تفرقة المشرع الجزائري بين صور فك الرابطة الزوجية في اعتبار الحكم الصادر بها مؤديا للبينونة بين الزوجين.

وعليه، وبالنظر للملاحظات المبداة آنفا، فإن على المشرع الجزائري تدارك النقص الحاصل في مسألة التمييز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن وضبط دور حكم القاضي في كل صورة من صور فك الرابطة الزوجية والإشارة إلى ذلك بنصوص صريحة واضحة تبين كيفية حساب العدة والتحقق من عدد الطلقات، وكيفية تأثير ذلك على أحكام الميراث والنسب بنصوص واضحة في مواطنها من أحكام النسب وأحكام الميراث.

التهميش و الإحالات :

[1]- أبو الوفا، أحمد، (د.س.ن)، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الإسكندرية-مصر، منشأة المعارف، ط4، ص700؛ تناغو، سمير،(2009)، مصادر الالتزام، الإسكندرية-مصر، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، ص356.

[2]- أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، نفس الموضع.

[3]- قانون الأسرة صدر بموجب القانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل والمتمم بالأمر05-02 المؤرخ في 2005/02/27، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية صدر بموجب القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/23.

[4]- لمطاعي، نور الدين،(د.س.ن)، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، الجزائر، دار فسيلة للنشر والتوزيع، ط2، ص178.

[5]- تعريفات الفقهاء للطلاق متعددة كلها يركز على أنه رفع قيد النكاح وانتفاء حلية تمتع الزوج بزوجته، وإذا أطلق لفظ الطلاق دون تقييد فالمقصود به الطلاق الذي يقع بلفظ مخصوص من الزوج يرفع به قيد النكاح، أما بقية الصور التي اعتبرها ضمن تعريف الطلاق، فالفقهاء يختلفون في تسميتها ولا يسمونها تسمية المشرع، ولكنهم يجمهون بينها في

الأثر وهو أثر الطلاق، باستثناء الخلع الذي اختلف في أقره هل هو فسخ أم طلاق واختار المشرع الجزائري له وصف الطلاق. لمزيد من التفصيلات، يرجع إلى: ذيب، أحمد، (2015)، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ص17؛ بدران أبو العينين بدران،(1961)، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مصر، مطبعة دار التأليف، ط2، ص210 وما يليها.

[6]- تقية، عبد الفتاح،(2007)، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق ببن عكنون، جامعة الجزائر1، ص44؛ آث ملويا، لحسين بن الشيخ، (2014)، قانون الأسرة نصا وشرحا، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ص57 وما يليها.

[7]- المواد 49-50-51 و58 من قانون الأسرة والمواد 439 إلى 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ ويسجل شارحو القانون هاهنا ثغرة في قانون الأسرة تتعلق بحالة نجاح القاضي في عقد الصلح بين الطرفين دون أن يتثبت من الزوجة هل انقضت عدتها شرعا أم لا؟ لأنه يغلب أن يكون الرجل قد طلقها من الناحية الشرعية وبدأت عدتها قبل رفع الدعوى واستمرت جلسات الصلح لمدة تكون فيها قد انقضت عدتها شرعا، فتكون قد بانت من زوجها ولا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين، وقانون الأسرة ينص على أن من راجع زوجته قبل الحكم بالطلاق لا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين وكأنه يفترض أن الصلح يتم قبل انتهاء العدة وهو أمر غير متأكد الوقوع دائما، أحمد ذيب، المرجع السابق، ص78؛ طحطاح، علال، (2017)، دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة، المجلد4، العدد3، ص261-292.

[8]- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص59؛ لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص280.

[9]- نجيمي، جمال،(2016)، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ص102 حيث أشار إلى قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث رقم 330464 الصادر بتاريخ 2005/03/23 منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2005، العدد1، حيث نص هذا القرار على مبدأ يقضي

بأنه ينسب الولد لأبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق.

[10]- هنان، مليكة وبواب، بن عامر، (2017)، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على أحكام جريمة الزنا، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، المجلد10، العدد04، ص399- 414.

[11]- سعد، عبد العزيز،(2013)، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ص72-ص74.

[12]- يرى الفقهاء أن أي طلاق من طرف القاضي يعتبر طلاقا بائنا ببينونة صغرى ما عدا طلاق الإيلاء وطلاق القاضي لعدم الإنفاق، لمزيد التفصيل ينظر: أحمد ذيب، المرجع السابق، ص142 وما يليها.

[13]- هذه الأسباب كانت سبعة فقط في ظل القانون 84-11 قبل أن يضيف إليها المشرع سنة 2005 بموجب الأمر05-02 حيث أضيف لها الشقاق المستمر بين الزوجين وتم تأكيد حق الزوجة في التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة وحقها في التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها مع الزوج في العقد؛ لمزيد من التفصيل في هذه الأسباب ينظر: بن شويخ، الرشيد، (2008)، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الجزائر، دار الخلدونية للطباة والنشر والتوزيع، ط1،ص189-ص207.

[14]- المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها:(يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة.

ويفصل في مدى تأسيس الطلب، آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها.

يمكن للقاضي أن يتخذ كافة التدابير التي يراها ملائمة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة. يتعين على القاضي تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية.

يعاين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكم قانون الأسرة).

[15]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص82.

[16]- ينظر في طبيعة كل صورة من صور التطليق هل هي طلاق بائن أم طلاق رجعي: ولد خسال، سليمان، (2012)،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، الأصالة للنشر والتوزيع، ط2، ص154-ص167.

[17]- ينظر في تفصيل أحكام الخلع ذلك: بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص209 وما يليها؛ ولد خسال سليمان، المرجع السابق، ص169 وما يليها.

[18]- بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص261.

قائمة المراجع:

- **المؤلفات**:

1.أبو الوفا، أحمد، (د.س.ن)، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الإسكندرية-مصر، منشأة المعارف، ط4.

2. آث ملويا، لحسين بن الشيخ، (2014)، قانون الأسرة نصا وشرحا، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط.

3. بدران أبو العينين بدران،(1961)، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مصر، مطبعة دار التأليف، ط2.

4. بن شويخ، الرشيد، (2008)، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الجزائر، دار الخلدونية للطباة والنشر والتوزيع، ط1.

5. تناغو، سمير،(2009)، مصادر الالتزام، الإسكندرية- مصر، مكتبة الوفاء القانونية، ط1.

6. ذيب، أحمد، (2015)، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط.

7. سعد، عبد العزيز،(2013)، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط.

8. لمطاعي، نور الدين،(د.س.ن)، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، الجزائر، دار فسيلة للنشر والتوزيع، ط2.

9. نجيمي، جمال،(2016)، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط.
10. ولد خسال، سليمان، (2012)،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، الأصالة للنشر والتوزيع، ط2.

- **الأطروحات**:

1. تقية، عبد الفتاح،(2007)، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق ببن عكنون، جامعة الجزائر1

- **المقالات**:

1. طحطاح، علال، (2017)، دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة، المجلد4، العدد3، ص261-292.
2. هنان، مليكة وبواب، بن عامر، (2017)، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على أحكام جريمة الزنا، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، المجلد10، العدد04، ص399- 414.