الإشكالات المتعلقة بالطلاق –مدى انسجام النصوص القانونية مع النصوص الشرعية في مسألة صدور الحكم بالطلاق-

Problems relating to divorce - compatibility of legal texts with - legal texts on the shareaa of divorce judgement

بوجاني عبد الحكيم، غربي صورية

[1] جامعة عين تموشنت،

abdelhakim.boudjani@univ-temouchent.edu.dz

[2] جامعة عين تموشنت،

soreya.gherbi@univ-temouchent.edu.dz

تاريخ الإرسال: 2023-04-11 تاريخ القبول: 2023-04-22 تاريخ النشر: 2023-04-26

ملخص:

إنّ مراعاة المشرع لعنصر الرسمية في الطلاق من أجل تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية؛ نتج عنه العديد من الإشكالات القانونية، فالحكم القضائي الصادر بالطلاق يعتبر منشئا له وليس كاشفا عنه، ومن هنا بدأت الإشكالات. فكان من الممكن التنسيق بين متطلبات الرسمية التي يسعى إليها المشرع ومراعاة أحكام الشريعة في نفس الوقت دون الوقوع في التعقيدات، وقد أعطينا في بحثنا هذا الكثير من الحلول التي من شانها أن تحقق الانسجام بين النصوص القانونية والنصوص الشرعية خاصة في مسألة تبوث الحكم بالطلاق.

كلمات مفتاحية: الطلاق؛ الحكم القضائي؛ إشكالات؛ قانون الأسرة.

Abstract:

The legislator's observance of the formal element of divorce in order to stabilize legal status; As a result of many legal problems, the judgement of divorce is regarded as its origin and

not as revealing, hence the problems began. It was possible to harmonize the requirements of the legislature's formality while observing sharia law without falling into complexity. In our examination, we have given many solutions that would bring legal texts into conformity with legal texts, particularly in the matter of the proclaiming of divorce.

Keywords: *divorce; Judicial judgement; problematic; Family Code..*

1- المؤلف المرسل: بوجاني عبد الحكيم، **الإيميل:** abdelhakim.boudjani@univ-temouchent.edu.dz

مقدمة :

نظرا لأنّ المشرع الجزائري جعل آثار الطلاق لا تسري إلا من تاريخ صدور الحكم به، فإنّه بذلك قد وصل إلى نتائج لا تتماشى مع الشريعة الإسلامية[1]، منها مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق (1)، وأنّ الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن (2)، والغريب أنّ المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن (3)، كما ألزم الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعا(4)، أما من حيث تبين النسب فهناك تعارض ملحوظ بين النص القانوني والنص الشرعي (5)، وعلى هذا الأساس نطرح الإشكال الآتي: **ما هي أبرز الإشكالات المتعلقة بتنظيم الطلاق في قانون الأسرة الجزائري؟ وخاصة مسألة صدور الحكم بالطلاق؟**

ومن خلال الإشكال المطروح أعلاه، فإنه يتعين علينا إتباع المنهج النقدي والتحليلي لمعالجة هذا الموضوع، وذلك بتحليل النصوص القانونية وتبيان مدى انسجامها بالنصوص الشرعية، وإبراز الثغرات الموجودة في النص القانوني وكل الإشكالات الموجودة وإعطاء الحلول لها.

وسنتولى بيان كل ذلك فيما يلي:

1. مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق:

إنّ الطلاق ينفذ على الزوج وتسري آثاره في الفقه الإسلامي من تاريخ تلفظ الزوج به[2]، أما في قانون الأسرة فإنّ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يقع إلا بحكم ولا يرتب آثاره إلا ابتداء من تاريخ صدور هذا الحكم.

والإشكال هنا هو أننا سنقع أمام نظرة مزدوجة للعلاقة بين الزوجين، فقد تكون هذه العلاقة في نظر الفقه الإسلامي غير شرعية وتعتبر محرمة، بينما تكيف في نظر قانون الأسرة على أنها علاقة شرعية، وقد يحدث العكس[3].

لو فرضنا أنّ الزوج طلق زوجته بألفاظ صريحة ومضى على هذا الطلاق الشفهي زمن طويل تكون العدة الشرعية قد انتهت دون أن يتوجه الأطراف إلى المحكمة لاستصدار حكم الطلاق، ودون أن يفترقا بعد هذا الطلاق العرفي، فإنّ العلاقة بعد انتهاء العدة العرفية في الشرع تعتبر غير شرعية، لأنّ الرابطة الزوجية انتهت بانتهاء العدة في حين نجد قانون الأسرة لا يعترف بهذا الطلاق الشفهي، ويقضي طبقا للمادة 49 بأنّ هذه الرابطة الزوجية لا زالت قائمة ومنتجة لجميع آثارها ومنها شرعية المعاشرة بين الزوجين ما لم يصدر الحكم القاضي بالطلاق[4].

كما أنّه يمكن أن تتزوج المرأة زواجا عرفيا بعد انتهاء عدتها العرفية من طلاق عرفي، وفي هذه الحالة نجد أنفسنا أمام تعدد الأزواج بالنسبة لهذه المرأة.

فمن الناحية الرسمية ما زالت في عصمة الزوج الذي طلقها طلاقا شفهيا وكل الوثائق الرسمية تثبت هذه الزوجية، ومن الناحية العرفية هي في عصمة زوج آخر غير الزوج المسجل في سجلات الحالة المدنية، فإذا قمنا بتكييف العلاقة الثانية – الزواج العرفي – طبقا لما هو ثابت في الفقه الإسلامي فإنها تعتبر علاقة شرعية، لأنّ المرأة تزوجت بعد انتهاء عدتها العرفية من الزوج الأول الذي طلقها عرفيا[5].

غير أنّ هذا الزواج العرفي الذي تلا الطلاق العرفي يعتبر في نظر قانون الأسرة علاقة غير شرعية، لأنّ هذه المرأة مرتبطة بعقد زواج رسمي وبالتالي تعتبر في نظر القانون محصنة ولا يجوز العقد عليها إلا بعد صدور الحكم بالطلاق وانتهاء عدتها من هذا الطلاق الرسمي.

كما أنّه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، أنّ الطلاق في قانون الأسرة سيكون دائما طلاقا بائنا، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

2- الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن:

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية يقسّمون الطلاق إلى طلاق رجعي وهو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته دون الحاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة، و طلاق بائن لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، فإنّ المشرع قد خرج على هذه القواعد وذلك واضح من خلال المقارنة بين المادتين 49 و 50 من قانون الأسرة.

فالطلاق في الشريعة الإسلامية ينقسم إلى قسمين: أولا- الطلاق الرجعي: وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إرجاع الزوجة و هي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد جديد، والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج يكون رجعيا، وهذا في الطلقة الأولى و الثانية مادامت الزوجة المطلقة لا زالت في عدتها، لقوله تعالى: **(الطَّلاقُ مَرَّتَان فَإمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أوْ تَسْرِيحٌ بِإحْسَانْ)**[6].

إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط، حتى و لو لم تكن الزوجة راضية، فباستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة[7]؛ أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها، أو راجعها بعد انتهائها، فإننا نخرج من الطلاق الرجعي إلى القسم الثاني من الطلاق وهو الطلاق البائن[8].

ثانيا- الطلاق البائن: و هذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى:

1- **الطلاق البائن بينونة صغرى:** وهو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها وبعد انتهاء عدتها،غير أنه لا يستطيع إرجاعها إلا بعقد، لأنّ العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة، و لذلك تطلب الأمر إبرام عقد جديد، ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية فقط[9].

2- **الطلاق البائن بينونة كبرى**: و هو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث، أي طلقها للمرة الثالثة، فهو بذلك لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلا آخرا بعده، ويدخل بها، فإنّ طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول و انتهت عدتها، جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد، وذلك لقوله تعالى:(**فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أنّ يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون)**[10]؛ وهذا النوع من الطلاق يسمى الطلاق المكمل للثلاث[11].

وبالرجوع إلى المادة 49 المعدلة فإنها تنص على أنّه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."، وعليه فإنّه ما لم يصدر الحكم بالطلاق فإنّ الزوجية تكون قائمة حقيقة ولا مجال للحديث عن الطلاق الرجعي والبائن[12].

أمّا المادة 50 من نفس القانون فتنص على أنّ: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فالطلاق لا يكون إلا بحكم ومع ذلك بعد صدور الحكم لا يستطيع الزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد وهذا هو الطلاق البائن.

كما نلمس تناقض المشرع في تنظيمه لموضوع الرجعة، حيث نجده لا يعترف بالطلاق قبل صدور الحكم،وهذا يعني أنّه في مرحلة الصلح السابقة على صدور الحكم تكون الزوجية قائمة ولا مجال للحديث عن المراجعة، لأنّ المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي وقبل انتهاء العدة، ومع ذلك ينص المشرع على أنّ من راجع زوجته قبل صدور الحكم لا يحتاج إلى عقد جديد فكيف يراجع الزوج زوجته والزوجية قائمة[13].

كل هذه الإشكالات تدفعنا إلى القول بأنّ نص المادة 50 من قانون الأسرة معيب في الصياغة لتناقضه مع المقتضيات الشرعية.

كذلك إنّ النص في الجزء الثاني منه يقضي بأنّ المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق، فيتطلب الأمر عقدا جديدا، وهو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك وعلى أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية[14].

كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج، بحيث صار طلاق القاضي بائنا، في حين قد تكون العدة عند صدور الحكم لا زالت سارية، والحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة الزوجية إلى حين انتهاء العدة، أما الحكم القضائي فقد حول الطلاق الرجعي إلى بائن، حيث أوجب إبرام عقد جديد في حالة المراجعة حتى ولو كانت العدة سارية، في حين أنّه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد لأنها لازالت زوجته شرعا.

لقد اعتبر العديد من القانونيين أنّ المشرع لا يعترف بالطلاق الرجعي وإنما يعترف فقط بالطلاق البائن، الذي يتولد مباشرة عقب صدور الحكم المثبت للطلاق، و بالتالي فإن الطلاق لا يقع إلا أمام المحكمة، فعلى سبيل المثال يرى الأستاذ عبد العزيز سعد: "أنّ المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي هو طلاق بائن"[15]؛ كما يرى الأستاذ بلحاج العربي:"أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وبالتالي لا مجال للحديث عن الطلاق مالم يصدر الحكم القاضي بذلك"[16]؛ ويرى

الأستاذ فضيل سعد: "أن القانون لا يعترف بالطلاق إلا بوجود حكم يقضي به طبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة"[17].

ولذلك فلابد من تعديل النص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا، والصياغة التي نقترحها لنص المادة 50 هي كما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة"، وبهذه الصورة حسب اعتقادنا ينسجم النص شرعا وقانونا. كما يرى الأستاذ عمر زودة: "أن الطلاق لا يقع إلا بإعلان الزوج عن إرادته أمام الجهة الرسمية، وأنه لا يمكن إنشاء الطلاق إلا بموجب محرر رسمي، إذ لا يقع الطلاق إلا ابتداء من صدور هذا الإعلان من القاضي"[18].

ودائما في إطار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نجد نص المادة 51 من قانون الأسرة الذي يقضي بأنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".هذا النص استمِد من النص القرآني، لقوله تعالى:**(فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَه، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ)**[19].

ولكن لابد من توضيح النص بشكل يرفع اللبس، لأنّ الفقهاء اختلفوا في مدلول النص ما إذا كان الأمر يتطلب ثلاث مرات بصورة منفصلة عن بعضها أم يكفي اللفظ المتكرر ثلاث مرات لترتيب الحكم السابق، والأئمة الأربعة متفقون على أنّ اللفظ المتكرر بالعدد ثلاث مرات يقع طلاقا بائنا بينونة كبرى، بينما نجد ابن تيمية خالف المسألة واعتبر اللفظ المقترن بالعدد ثلاث مرات لا يقع إلا طلقة واحدة[20].

ومن هذا المنطلق يستحسن بالمشرع الجزائري أن يحدد المقصود من لفظ "ثلاث مرات متتالية" لرفع اللبس من جهة؛ ولترتيب الأمور الشرعية والقانونية، من جهة أخرى.

ونعتقد بأنّ القانون لا يعتد إلا بحالات الطلاق المنفصلة عن بعضها، والسبب في ذلك هو أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم، وهو ما يعني صدور ثلاثة أحكام قضائية ليصير معها الطلاق بائنا بينونة كبرى.

إلا أنّ الإشكال يكمن من الناحية الشرعية، وهذا في حالة ما إذا تبين بأنّ الزوج قد طلق مرتين بالإرادة المنفردة وراجع زوجته خلالهما دون أن يلجأ إلى القضاء، وفي المرة الثالثة عندما طلقها يعتبر الطلاق هنا شرعا بائنا بينونة كبرى، لأنّه صدر من الزوج للمرة الثالثة.

وهنا لابد له من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالطلاق، وحتما سيتعامل معه القانون والقاضي على أنّه طلاق للمرة الأولى، لأنّه لا توجد أحكام لحالات الطلاق السابقة التي وقعت بالإرادة المنفردة، وبالتالي سوف يطبق القاضي أحكام المادة 50 من قانون الأسرة باستعمال المراجعة في حالة نجاح الصلح، أو المراجعة بعقد جديد بعد الحكم بالطلاق.

في حين أنّ الشرع يقتضي أن يعتبر هذا الطلاق بائنا بينونة كبرى، فلا تجوز المراجعة هنا وإنما يتطـلب الأمر زواج المرأة برجل آخر زواجا شرعيا صحيحا، فإذا طلقها أو مات عنها بعد الدخول الحقيقي جاز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد[21].

و الإشكال أنّ القاضي إذا كان غير متخصص في الموضوع، فقد لا يتفطن لمثل هذه الأمور، وبالتالي كان على المشرع توضيح الأمر بصورة دقيقة.

ولـن يتحقق هذا إلا بإلـزام الزوجين تسجيل حالات الطلاق التي تحدث بالإرادة المنفردة خارج المحكمة و تواريخ المراجعة لأنها شرعا تنقص من عدد

الطلقات التي يملكها الزوج، أو أننا نمنع الزوج من إيقاع الطلاق خارج المحكمة، وهي مسألة صعبة.

ولذلك، فمن الأفضل أن يضيف المشرع فقرات أخرى للمادة 51، وهذه الفقرات هي: فقرة 02: "ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة".

فقرة 03: " الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي"[22].

فقرة 04: "إذا تبين للقاضي أنّ الزواج الثاني للمرأة قصد منه التحليل للزوج الأول بطل هذا النكاح".

والحقيقة أنّه تم اقتراح الفقرة الرابعة أيضا لمنع كل تحايل على أحكام الشرع والقانون، لأنّ الفقهاء قد تحدثوا أيضا عن هذا الموضوع وقرروا إبطال الزواج في هذه الحالة، حتى أنّه سمي عندهم بزواج المحلل، لثبوت النهي عنه في السنة النبوية الشريفة[23]، وهذا الأمر يتطلب الإثبات طبعا بكافة الطرق.

ومهما يكن، فإننا حاولنا اقتراح كل ما من شأنه أن يرفع الغموض واللبس في الموضوع بطريقة موضوعية تستوعب أغلب الحالات الممكنة.

كما أنّه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، أنّ المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

3- المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن:

إذا كنا قد توصلنا من خلال التحليل السابق إلى أن الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن، ذلك لأنّه لا يقع إلا بحكم قضائي وبعد صدور الحكم لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، ومع ذلك فإنّ المشرع ينص في المادة 132 من قانون الأسرة على أنّه :" إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

فالعدة حسب المشرع لا تبدأ في الاحتساب إلا بعد صدور الحكم بالطلاق وإذا كان صدور هذا الحكم يرفع الزوجية في الحال بحيث لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، فكيف يتم التوارث بين شخصين مع انعدام سبب الميراث؟

لأنّ ما ذهب إليه المشرع مخالف تماما لما هو ثابت في الفقه الإسلامي، فالثابت عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن من شروط التوارث بين الزوجين أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة وقت الوفاة إما حقيقة أو حكما[24].

فالزوجية تكون قائمة حقيقة إذا لم يطرأ عليها ما يزيلها ويرفع قيد النكاح، وتكون قائمة

حكما و ذلك في أثناء العدة من طلاق رجعي، حيث يستطيع الزوج مراجعة زوجته في العدة بدون عقد جديد.

لكن إذا طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا فلا توارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة،لأن الطلاق البائن ينهي العلاقة الزوجية في الحال، إذ لا يملك الزوج مراجعة زوجته ولو في العدة إلا بعقد جديد بجميع أركان[25].

ولهذا نقترح تعديل المادة 132 من قانون الأسرة بحيث تكون صياغتها على النحو الآتي: "يتوارث الزوجان مادامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكما"، ويجب الإشهاد على الطلاق ليكون وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، وعليه فإنّ العدة الشرعية تبدأ في الحساب ابتداء من هذا التاريخ، ومن ثم فإنّ ثبوت التوارث بين الزوجين يكون إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة، أما إذا انتهت العدة فإنّ الزوجة تبين من زوجها بينونة صغرى، إذ لا يملك مراجعتها إلا بعقد جديد، و ما دام أنّ الطلاق البائن يرفع قيد النكاح في الحال، فلا يتوارث الزوجان لزوال سبب الميراث ويستوي أن تكون الوفاة في أثناء قيام العدة أو بعد انتهائها، و بهذه الطريقة نرفع التعارض الذي تضمنته

المادة 132 من قانون الأسرة مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث أنها تجيز التوارث بين الزوجين حتى في حالة الطلاق البائن إذا وقعت الوفاة في العدة[26].

كما أنّه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، أنّه سيتم إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعا، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

4 – إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعا:

إذا وقع الطلاق العرفي و انتهت العدة الشرعية، بانت الزوجة المطلقة من مطلقها ولم تعد زوجته في نظر الشرع، و عليه لا يصبح ملزما بالإنفاق عليها، لأنّ سبب وجوب النفقة وهو عقد الزواج الصحيح قد انحل وانتهى بهذا الطلاق العرفي في نظر الشرع.[27]

بيد أنّ قانون الأسرة يقضي بوجوب النفقة الشرعية للزوجة على زوجها، ويستمر وجوب إنفاق الزوج على زوجته حتى بعد صدور الحكم بالطلاق إلى أن تنته العدة، وهذا مستفاد من خلال الجمع بين نص المادة 49 من قانون الأسرة التي تجعل الطلاق بيد القاضي،ونصوص المواد 58-59-60 التي تقضي بالبدء في حساب العدة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق[28]، و المادة 61 التي تلزم المطلق بالإنفاق على مطلقته في خلال مدة العدة[29].

إنّ الاختلاف بين قانون الأسرة و الفقه الإسلامي واضح في هذه الجزئية، حيث أنّ قانون الأسرة يلزم الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته في نظر الشرع لأنّ زوجيتها انتهت بانتهاء العدة من الطلاق العرفي، بينما في نظر القانون لازالت زوجته نظرا لعدم صدور حكم بالطلاق[30].

كما أنّه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، هي تعارض النص القانوني مع النص الشرعي من حيث تبين النسب، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

5- تعارض النص القانوني مع النص الشرعي من حيث تبين النسب:

إنّ تحديد تاريخ بداية ترتيب الطلاق لآثاره ينعكس أيضا على ثبوت أو عدم ثبوت النسب للأطفال، ذلك لأنّ المشرع حدّد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر طبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري[31]، يبدأ سريانها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وليس من تاريخ تلفظ الزوج به.

وبناء عليه ومادامت الزوجية من الناحية القانونية تعتبر قائمة حتى يصدر الحكم بالطلاق فإنّ نسب الطفل يثبت إلى الزوج، حتى و لو كان هذا الزوج قد طلق زوجته طلاقا عرفيا ومضى على ذلك أكثر من سنة مادام لم يصدر الحكم بالطلاق، لأنّ القاعدة التي تتمسك بها الزوجة من أجل ثبوت نسب الحمل إلى الزوج هي قاعدة الولد للفراش، و الفراش هنا هو الزوجية الصحيحة الثابتة بالعقد الرسمي والتي لم يطرأ عليها في نظر القانون ما يزيلها[32].

وعلى الزوج إذا أراد أن ينفي نسب الطفل الذي أنجبته زوجته بعد الطلاق العرفي بمدة طويلة أن يثبت أمام القاضي عدم الاتصال بينه وبين زوجته، وإذا عجز عن ذلك لم يبق أمامه إلا طريق اللعان لنفي النسب إذا توافرت شروطه.

الخاتمة:

وفي الأخير، فإنّ كل الإشكالات القانونية التي أشرنا إليها أعلاه، نتجت في الواقع عن مراعاة المشرع لعنصر الرسمية في الطلاق من أجل تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية خاصة إذا تعلق الأمر بالأسرة التي هي الخلية الأساسية للمجتمع، فالحكم القضائي الصادر بالطلاق يعتبر منشئا له وليس كاشفا عنه، ومن هنا بدأت الإشكالات.

فكان من الممكن التنسيق بين متطلبات الرسمية التي يسعى إليها المشرع ومراعاة أحكام الشريعة في نفس الوقت دون الوقوع في التعقيدات السابقة، وذلك بأن يحذو حذو المشرع المغربي في وجوب الإشهاد على الطلاق[33]، مما يحقق مصلحة عامة للمجتمع، فهو وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من

يوم تلفظ الزوج به، إلا أنّ هذا الإشهاد يجب أن يتم أمام الموثق في حضور الزوجين والشاهدين وأن يسمع الشاهدان تلفظ الزوج بالطلاق، كما يجب إثبات الطلاق بحكم من تاريخ تلفظ الزوج به، وأنّ وثيقة الإشهاد على الطلاق التي يمنحها الموثق للزوجين أداة قانونية لإثبات تاريخ وقوع الطلاق، وبهذا يكون الحكم القضائي كاشفا وليس منشئا.

كما يجب تحديد متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا، لأنّ قانون الأسرة جاء خاليا من النص على تحديد الطلاق الرجعي والطلاق البائن، بل أننا استنتجنا من خلال تحليل النصوص أنّ الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن.

ومن التوصيات التي نوصي بها، لابد من تعديل هذه النصوص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا، وهي كالآتي:

- يستحسن تعديل نص المادة 50 من قانون الأسرة بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا، والصياغة التي نقترحها لنص المادة 50 هي كما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة"، وبهذه الصورة حسب اعتقادنا ينسجم النص شرعا وقانونا.

- يستحسن بالمشرع الجزائري أن يحدد في المادة 51 من قانون الأسرة المقصود من لفظ "ثلاث مرات متتالية" لرفع اللبس من جهة؛ ولترتيب الأمور الشرعية والقانونية، من جهة أخرى.

- نقترح إلزام الزوجين تسجيل حالات الطلاق التي تحدث بالإرادة المنفردة خارج المحكمة و تواريخ المراجعة لأنها شرعا تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أو أننا نمنع الزوج من إيقاع الطلاق خارج المحكمة، وهي مسألة

صعبة. ولذلك، فمن الأفضل أن يضيف المشرع فقرات أخرى للمادة 51، و هذه الفقرات هي: فقرة 02: "ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة".

فقرة 03: " الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي"[34].

فقرة 04: "إذا تبين للقاضي أنّ الزواج الثاني للمرأة قصد منه التحليل للزوج الأول بطل هذا النكاح".

والحقيقة أنّه تم اقتراح الفقرة الرابعة أيضا لمنع كل تحايل على أحكام الشرع والقانون، لأنّ الفقهاء قد تحدثوا أيضا عن هذا الموضوع وقرروا إبطال الزواج في هذه الحالة، حتى أنّه سمي عندهم بزواج المحلل، لثبوت النهي عنه في السنة النبوية الشريفة، وهذا الأمر يتطلب الإثبات طبعا بكافة الطرق.

ومهما يكن، فإننا حاولنا اقتراح كل ما من شأنه أن يرفع الغموض واللبس في الموضوع بطريقة موضوعية تستوعب أغلب الحالات الممكنة.

- نقترح تعديل المادة 132 من قانون الأسرة بحيث تكون صياغتها على النحو الآتي: "يتوارث الزوجان مادامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكما"، ويجب الإشهاد على الطلاق ليكون وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، وعليه فإنّ العدة الشرعية تبدأ في الحساب ابتداء من هذا التاريخ، ومن ثم فإنّ ثبوت التوارث بين الزوجين يكون إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة، أما إذا انتهت العدة فإنّ الزوجة تبين من زوجها بينونة صغرى، إذ لا يملك مراجعتها إلا بعقد جديد، و ما دام أنّ الطلاق البائن يرفع قيد النكاح في الحال، فلا يتوارث الزوجان لزوال سبب الميراث ويستوي أن تكون الوفاة في أثناء قيام العدة أو بعد انتهائها، و بهذه الطريقة نرفع التعارض الذي تضمنته المادة 132 من قانون الأسرة مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث أنها تجيز التوارث بين الزوجين حتى في حالة الطلاق البائن إذا وقعت الوفاة في العدة.

التهميش والإحالات :

[1]- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013-2014، ص.164.
[2]- أنظر، رشدي شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، لبنان، 2001، ص.262.
[3]- فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.88.
[4]- فرجي بن سنوسي، المرجع نفسه، ص.89.
[5]- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.165.
[6]- سورة البقرة، الآية 229،
[7]- أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961، ص.241.
[8]- أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.177.
[9]- أنظر، أماني علي متولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1430هـ - 2010مـ، ص.228؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.221.
[10]- سورة البقرة، الآية 230.
[11]- أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.221؛ أحمد محمد المومني واسماعيل أمين نواهضة، فقه الطلاق والفسخ والتفريق و الخلع، ط.1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1430هـ-2009م، ص.34؛ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، 1428هـ-2007م، ص.238؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.178.
[12]- فرجي بن سنوسي، المرجع السابق، ص.87.
[13]- فرجي بن سنوسي، المرجع السابق، ص.87.
[14]- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.165-166.

[15]- أنظر،عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص.316.
[16]- أنظر، بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1994، المرجع السابق، ص.239.
[17]- أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.326.
[18]- أنظر، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص.33-34.
[19]- سورة البقرة، الآية 230.
[20]- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.220؛ عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، مصر،د.س.ن،ص.95، محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.319-320.
[21]- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، المرجع السابق، ص.38.
[22]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.186-187.
[23]- فعن أبي هريرة: أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لعن الله المحلِّل والمحلَّل له". رواه أحمد بسند حسن، وعن عبد الله بن مسعود قال: "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلِّل والمحلَّل له". رواه الترمذي، وقال هذا حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم من غير وجه، وعن قبة بن عامر: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألا أخبركم بالتيس المستعار"، قالوا : بلى يا رسول الله، قال:"هو المحلِّل، لعن الله المحلِّل و المحلَّل له ". رواه ابن ماجة والحكام، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "طلق رجل امرأته ثلاثا، فتزوجها رجل، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فأراد زوجها الأول أن يتزوجها، فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال:" لا، حتى يذوق الآخر من عُسيلتها ماذاق الأول"؛ متفق عليه واللفظ لمسلم؛ أنظر، عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث و سنة خاتم الأنبياء والمرسلين، المرجع السابق، ص.354.
[24]- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.171؛ أنظر، أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي، دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار العاصمة لننشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1426هـ - 2005 م، ص.180.
[25]- فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.88.

[26]- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.172.
[27]- فرجي بن سنوسي، المرجع السابق، ص.90.
[28]- تنص المادة 58 من قانون الأسرة على ما يلي: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، و تنص المادة 59 من نفس القانون على ما يلي: "تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، وتنص المادة 60 من نفس القانون على ما يلي: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".
[29]- تنص المادة 61 من قانون الأسرة على ما يلي:" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".
[30]- فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.90.
[31]- تنص المادة 43 من قانون الأسرة على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ".
[32]- فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.89-90؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.173-174.
[33]- تنص المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية،أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب".
[34]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.186-187.

قائمة المراجع:

1- الكتب:

1- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي، دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار العاصمة لننشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1426هـ - 2005 م.

2- أحمد محمد المومني واسماعيل أمين نواهضة، فقه الطلاق والفسخ والتفريق و الخلع، ط.1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1430هـ-2009م
3-أماني علي متولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1430هـ - 2010م.
4- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، .1961
5- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 . 5-رشدي شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، لبنان، .2001
6-عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، 1428هـ-2007م.
7- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، مصر،د.س.ن.
8- عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين، ط.1، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1398 هـ - 1978 مـ.

الرسائل الجامعية:

1- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

المقالات:

1- فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.س، رقم 301.