

الإشكالات الفقهية والقانونية

التي تثيرها المادتان: 49، 50 من قانون الأسرة الجزائري

سعيد بويصري

أستاذ محاضر - أ -

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري - تيزي وزو

مقدمة:

وردت طرق فك الرابطة الزوجية في المادة 48 من قانون الأسرة⁽¹⁾ الجزائري وهي: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، والطلاق بالتراضي، والطلاق بطلب من الزوجة تطليقا أو خلعا.

ونصت المادة 49 على ما يلي: ((لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين...)).

يفهم من هذه المادة أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، فإذا افترضنا تلفظ الزوج بالطلاق قبل رفع الدعوى إلى القضاء فهل يكون حكم

¹ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1409 هـ الموافق 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15، لسنة 2005.

الطلاق كاشفا عن أمر قد وقع أم هو منشى للطلاق؟
وجاء نص المادة 50 كآلآتي: ((من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد)).
نتساءل عن جدوى الرجعة أثناء محاولة الصلح إذا انتهت عدة المطلقة وقد أصبح الطلاق بائنا بينونة صغرى؟
لذلك كله فإن المادتين تثيران العديد من الإشكالات الفقهية والقانونية التي نتعرض إليها من خلال النقطتين الآتيتين:

أولاً: أنواع الطلاق

ثانياً: الصلح في الطلاق

أولاً: أنواع الطلاق

ينقسم الطلاق إلى قسمين⁽¹⁾، أولهما الطلاق الرجعي، وثانيهما الطلاق البائن.

أ- الطلاق الرجعي: يقع الطلاق رجعياً إذا طلق الزوج زوجته - بعد الدخول - طلقاً شرعية واحدة⁽¹⁾ في غير حيض ولا نفاس أو طهر بعد

¹ - انظر:

-ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1430هـ-2009م، ص106.

- رمضان علي السيد الشرنباصي، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص271 وما بعدها.

مساس.

يعد كل طلاق في حكم الطلاق الرجعي⁽²⁾ مرتبا لآثاره إلا في الحالات الآتية⁽³⁾:

1/ إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها ثلاثا وفق الكيفية الآتية: طلقها للمرة الأولى وراجعها في فترة العدة الشرعية، ثم طلقها ثانية وراجعها قبل انقضاء عدتها، ثم طلقها للمرة الثالثة، وبذلك يتحقق وصف الطلاق البائن بينونة كبرى، قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾⁽¹⁾

¹ - وهو الموافق للسنة أما إذا طلقها أكثر من مرة في مجلس واحد كان هذا الطلاق بدعيا وصاحبه آثم.

-راجع لمزيد من التفصيل شروط الطلاق السني: محمد بن محمد الأمير، الإكليل شرح مختصر خليل في الفقه المالكي، دراسة وتحقيق: أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2011، ص 408.

-محمد بن يوسف الزرقاني، شرح مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ-2002م، ص 141.

² - نصت المادة 123 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: ((كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل البناء، والطلاق بالاتفاق، والخلع المملك)) ظهير شريف صادر في 12 من ذي الحجة 1424هـ الموافق 03 فبراير 2004م، مع صيغته المحينة بتاريخ 25 يناير 2016.

³ - بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د.ت.ن، ص 358.

2/ إذا طلق الزوج زوجته بعد العقد وقبل الدخول، يكون هذا الطلاق بائنا بينونة صغرى، لا عدة للمطلة ولا رجعة للمطلق⁽²⁾.

3/ إذا وقع الطلاق على مال قبل الدخول أو بعده وُصف بالبينونة الصغرى قال الله تعالى: ﴿...فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾⁽³⁾.

يترتب عن الطلاق الرجعي جملة من الأحكام منها:

- ينقص به عدد الطلاقات.
- تستحق المطلقة النفقة بجميع مشتملاتها⁽⁴⁾.
- لا تغادر المطلقة بيت الزوجية ما دامت في عدتها، لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ

¹ - سورة البقرة، من الآية 229.

² - صدر قرار عن المجلس الأعلى عن الطلاق الواقع قبل الدخول، مما ورد فيه: ((متى كان من المقرر شرعا أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية تنحل بالطلاق، سواء قيل البناء أو بعده، فإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول وجب عليه نصف المهر)) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39022، بتاريخ 27-01-1986، المجلة القضائية، الجزائر، عدد 01، ص 105.

³ - سورة البقرة، من الآية 229.

⁴ - وردت مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة ((تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة)).

بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ
لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا⁽¹⁾.

- يمنع خطبتها في فترة العدة تصريحاً أو تلميحاً.
- يجوز للزوج أن يرجعها⁽²⁾ في فترة العدة بلا عقد ولا مهر جديدين، وهو ما أشار إليه القرار الصادر من المحكمة العليا، ومما جاء فيه: ((...حيث أن القرار المطعون فيه جاء معللاً ومؤسساً بما فيه الكفاية وذلك لأن المطعون ضده (الزوج) تمسك بالرجوع مادامت العصمة بيده، وأن الطلاق الذي صدر منه رجعي مادام تراجع عن ذلك وسعى إلى إرجاعها في خلال مدة عشرين يوماً قبل فوات مدة العدة شرعاً.

حيث إن قضاة الاستئناف طبقوا القانون تطبيقاً سليماً لما قضوا باستئناف الحياة الزوجية لأن العصمة بيد الزوج، وأن الطلاق لم يقع مما يجعل الأوجه المثارة من الطاعنة غير مؤسّسة يتعين معها رفض الطعن⁽³⁾.

¹ - سورة الطلاق، الآية 01.

² - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، 1426هـ-2005م، ص 92 وما بعدها.

³ - قرار المحكمة العليا رقم 395557 بتاريخ 09-05-2007، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2008، ص 299.

- يتحقق التوارث بينهما إذا حصلت الوفاة قبل انقضاء العدة، فيرث الحي منهما الميت.

ب- الطلاق البائن: وهو نوعان

1. الطلاق البائن بينونة صغرى:

إذا انتهت عدة المطلقة رجعياً يصبح الطلاق بائناً بينونة صغرى يترتب عن هذا الطلاق أحكام منها:

- يحل (الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة)⁽¹⁾.

- تفقد المطلقة بائنة بينونة صغرى حقها في النفقة.

- يجوز خطبتها من الغير تلميحاً أو تصريحاً.

- يجوز لمطلقها أن يعقد عليها بصدق جديد.

- لا توارث بين المطلقين فإذا مات أحدهما فلا يرث الحي منهما الميت.

وإذا وقع الطلاق بعد العقد وقبل الدخول تستحق المطلقة نصف

المهر لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ

فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾⁽²⁾.

¹ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 363.

- بلحاج بلعربي، قانون الأسرة وفق لأحدث التعديلات، ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، خلال أربع وأربعين سنة، 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 196 وما بعدها.

² - سورة البقرة، الآية 237.

2. الطلاق البائن بينونة كبرى:

وصورته أن يطلق الرجل زوجته ثم يرجعها في فترة عدتها، ثم يطلقها ثانية ويرجعها قبل مضي عدتها، ثم يطلقها للمرة الثالثة فتبين منه بينونة كبرى⁽¹⁾.

ينتج عن هذا الطلاق جميع الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة صغرى، ولا يرث الحي منهما الميت، ويستثنى من ذلك طلاق الفار الذي يطلق زوجته لقرينة حرمانها من الميراث فتورث طبقاً لقاعدة [من استعجل الأمر قبل أو أنه عوقب بحرمانه أو عوقب بعكس مقصوده]⁽²⁾، ولا يجوز لمطلقها أن يتزوجها من جديد، إلا إذا تزوجت رجلاً آخر زواجا شرعياً، وتمت الفرقة بينهما، وبعد فوات عدتها من طلاق أو وفاة، ويعقد ومهر جديدين، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَكْتَحِبَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾⁽³⁾.

¹ - انظر: محمد بن يوسف الزرقاني، شرح موطأ الإمام مالك، دار البصائر، الجزائر، 1427هـ-2006م، ص 218 وما بعدها.

² - ذهب الشافعي إلى أن الزوجة المطلقة طلاق الفار لا تستحق الميراث لزوال الزوجية باعتبارها سبباً لثبوت الميراث، وذهب أحمد إلا أنها تستحق الميراث ولو انتهت عدتها إذا لم تتزوج بغيره، وذهب مالك إلى ثبوت حق الزوجة المطلقة طلاق الفار ولو انقضت عدتها وتزوجت بغيره.

³ - سورة البقرة، الآية 230.

نصت المادة 51 من قانون الأسرة على ما يلي: ((لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء)).

يثير هذا النص إشكالا في فهمه فيحتمل معنى وقوع الطلاق ثلاثا في مجلس واحد، كما يحتمل معنى وقوعه عبر مراحل تتخللها الرجعة، كأن يطلق الرجل زوجته طليقة أولى ويراجعها أثناء عدتها، ثم يطلقها طليقة ثانية ويراجعها قبل انقضاء عدتها، ثم يطلقها طليقة ثالثة بائنة بينونة كبرى، فإذا كان الفهم الثاني محل اتفاق بين الفقهاء، فإن الفهم الأول محل خلاف بينهم⁽¹⁾.

قال الإمام ابن رشد⁽²⁾: ((... جمهور فقهاء الأمصار أن الطلاق بلفظ ثلاث حكمه حكم الطليقة الثالثة، وقال أهل الظاهر وجماعة: حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك، وحجة هؤلاء قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ...﴾⁽³⁾ إلى قوله تعالى في الثالثة: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْهُ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾⁽⁴⁾ والمطلق بلفظ ثلاث مطلق واحد لا مطلق ثلاث، واحتجوا أيضا بما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس قال: (كان الطلاق على عهد الرسول

¹ - انظر: حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج5، دار ابن حزم، بيروت، 1425هـ-2004م، ص 273 وما بعدها.

² - في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 107.

³ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴ - سورة البقرة، الآية 230.

صلى الله عليه وسلّم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فأمضاه عليهم عمر...⁽¹⁾.

واحتجوا أيضا بما رواه ابن اسحاق عن عكرمة عن ابن عباس قال: (طلق ركانة زوجها ثلاثا في مجلس واحد، فحزن عليها حزنا شديدا، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلّم: كيف طلقتها؟ قال: طلقها ثلاثا في مجلس واحد، قال: إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها)⁽²⁾.

وهو ما ذهب إليه ابن تيمية⁽³⁾: (...هل فعله من فعله من الصحابة لأنه شرع لازم من النبي صلى الله عليه وسلّم أو فعله عقوبة ظهور المنكر وكثرته؟ وإذا قيل هو عقوبة: فهل موجبها دائم لا يرتفع أو يختلف باختلاف الأحوال؟... لا يجوز أن يكون شرعا لازما، ولا عقوبة اجتهادية لازمة، بل غايته أنه اجتهاد سايع مرجوح، أو عقوبة عارضة شرعية، والعقوبة إنما تكون لمن أقدم عليها عالما بالتحريم، فأما من لم يعلم بالتحريم ولما علمه تاب منه فلا يستحق العقوبة، فلا يجوز إلزام هذا بالثلاث المجموعة، بل إنما يلزم واحدة).

وقد صدرت قرارات من المحكمة العليا طبقا لمقتضى المادة 51 منها: القرار الصادر بتاريخ 17-02-1998، ومما ورد فيه: ((من المقرر

1 - أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، رقم 1472.

2 - أخرجه أحمد والبيهقي في كتاب الخلع والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة.

3 - ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، مجلد 16، دار ابن حزم، بيروت، ط4، 1432هـ-2011م، ص 194.

شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضاوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن¹.

وقد أغفل المشرع الجزائري النص على مسألة الطلاق ثلاثا أو أكثر بلفظ واحد أو متعدد في مجلس واحد، وقد عمت في زماننا مما يتطلب الحسم فيها درءا للخلاف ورفعاً للحرَج عن الناس⁽²⁾.

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 176551، بتاريخ 17-02-1998، المجلة القضائية، الجزائر، 2000، عدد 01، ص 171.

² - كما فعل المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953 - المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975، إذا نص في المادة 92 على ما يلي: ((الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً)).

وحذت حذوه تشريعات أخرى منها:

قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 90: ((الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة، والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع بهما إلا طلقة واحدة)) قانون رقم 61 لسنة 1976 المعدل بموجب القانون رقم 82 لسنة 2001..

وكذا مدونة الأسرة المغربية في المادة 92: ((الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحداً)).

ومما جاء في المدونة¹ [قال سحنون: قلت لعبد الرحمن بن القاسم: هل كان مالك يكره أن يطلق الرجل امراته ثلاث تطليقات في مجلس واحد؟ قال: نعم، كان يكرهه أشد الكراهية، ويقول: طلاق السنة ان يطلق الرجل امراته تطليقة واحدة...].

ثانيا: الصلح في الطلاق

تبنى المشرع الجزائري مبدأ الصلح عندما تعرض دعوى الطلاق أمام القاضي من خلال النص على وجوبية إجراء الصلح في قانون الإجراءات المدنية، وفي قانون الأسرة.

أ- في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾:

نص المشرع الجزائري على أحكام الصلح في مجال الأحوال الشخصية، فقد ورد في المادة 439 ما يلي: ((محاولة الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية)).

¹ - الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ-2005م، ص 5.

² - أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو 1966م المتضمن قانون الإجراءات المدنية - ج ر عدد 47 لسنة 1966، المعدل والمتمم بالأمر رقم 69 - 77 المؤرخ في 18-09-1969، والأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29-12-1971، والأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17-06-1975، والقانون رقم 86-01 المؤرخ في 28-01-1986، والقانون رقم 90-24 المؤرخ في 18-08-1990، والقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، 21 بتاريخ: 23-04-2008.

كما نصت المادة 443 على ما يلي: ((يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر محرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين، ويودع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً)).

كما نصت المادة 448 على ما يلي: ((إذا تم الصلح من طرف الحكّمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن)).
ب- في قانون الأسرة:

أكد المشرع على وجوب إجراء الصلح قبل إصدار القاضي لحكم الطلاق فنصت المادة 49 على ما يلي⁽¹⁾: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم، بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين...)).

الملاحظ على هذه المادة تكرار محاولات الصلح من قبل القاضي لإعطاء فرصة لمّ شمل الأسرة وإصلاح ذات البين، على أن لا تتجاوز محاولات الصلح مدة ثلاثة أشهر بدءاً من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وإذا تخلف الزوجان أو أحدهما عن حضور جلسات الصلح دون مسوغ اعتبر ذلك رفضاً للصلح، وبذلك يحرم القاضي محضراً يثبت فيه فشل إجراء الصلح، ويصدر حكمه بالطلاق عند تحقق مقتضياته، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي ورد

¹ - كان نص المادة 49 قبل التعديل الحاصل بالأمر رقم 02/05 كالتالي: ((لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر)).

فيه ما يلي: ((إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات، يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر))⁽¹⁾. ونصت المادة 50 على ما يلي: ((من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد)).

تثير المادتان 49 و 50 إشكالات فقهية وقانونية، من أهمها ما يلي:

1. لم تنص المادتان صراحة على نوعي الطلاق الرجعي والبائن، وهو ما استدركه الاجتهاد القضائي في مثل القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10-02-1986 إذ فرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ومما ورد فيه: ((من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن الحكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق.

أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقع القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها.

¹ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 174132 مؤرخ في 23-10-1997، نشرة القضاة، الجزائر، عدد 55، ص 179.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً)).

2. يمكن للزوج أن يطلق زوجته لفظاً ولا يرفع دعوى الطلاق إلا بعد مدة معينة، وقد تتعدّد جلسات الصلح بعد انقضاء العدة الشرعية التي يبدأ حسابها من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق، فإذا توصل القاضي إلى الصلح بين الزوجين، يراجع المطلق زوجته المطلقة بلا عقد جديد طبقاً للمادة 50، وهو ما يخالف الشريعة الإسلامية التي توجب عقداً ومهرًا جديدين، لأن الطلاق صار بائناً بينونة صغرى بعد نهاية العدة الشرعية.

3. قد يؤدي تطبيق المادتين 49 و 50 إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يؤدي إلى تعارض بين القانون والشريعة الإسلامية على عدة مستويات خاصة بعد فوات العدة الشرعية، وقيام العدة القانونية منها:

- لزوم المطلقة لبببب الزوجية قانوناً لا شرعاً.
- وجوب النفقة على الزوج قانوناً وعدم لزومها شرعاً.
- حلول مؤخر الصداق شرعاً لا قانوناً.
- قد يثبت النسب للولد قانوناً وينفى شرعاً.

- يجوز للزوجة المطلقة المنتهية العدة شرعا أن تتزوج برجل آخر، ولا يجوز ذلك قانونا ما لم يصدر حكم الطلاق، وقيام العدة القانونية وهو ما يمكن معه للزوج المطلق أن يتابعها جزائيا.
يمكن معالجة هذا الوضع بأحد أمرين:

أولهما: عند فشل محاولات الصلح يصدر القاضي حكم الطلاق بأثر رجعي يعود إلى التاريخ الحقيقي لتلفظ الزوج بالطلاق⁽¹⁾.

ثانيهما: ضرورة ربط محاولات الصلح بالعدة الشرعية لا بمدة زمنية (ثلاثة أشهر) وتصاغ المادة 49 كآتي: ((لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح، يجربها القاضي دون أن تتجاوز فترة العدة الشرعية)) وتصاغ المادة 50 كآتي: ((من راجع زوجته أثناء العدة الشرعية لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد انقضائها وصدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد)).

وقد صدرت قرارات من المجلس الأعلى والمحكمة العليا تؤكد بعض ما ورد في هذه الاقتراحات العلاجية، منها: ((من المقرر شرعا أن إبقاء المطلقة

¹ وهو ما أشار إليه قرار المجلس الأعلى ((توجب الشريعة الإسلامية على القاضي التصريح بفك الرابطة الزوجية عندما يطلق الزوج زوجته بإرادته المنفردة.
وعليه فإن الطلاق يمكن التصريح به بناء على طلب مقابل مقدم بمحض عريضة أو أثناء الاستئناف بمحض تقرير طلبات، ومن ثم فإنه إذا ثبت من بيانات الحكم المطعون فيه أن الزوج... ادعى أثناء الخصومة الابتدائية وأثناء الاستئناف انه كان طلقها، فلا داعي إلى محاولة الصلح)) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار مؤرخ في 05-02-1969، النشرة السنوية، 1969، ص 264.

بمنزل مطلقها يخل بمقصد من مقاصد الشرع، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الشرعية.

ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف بإبقاء المطلقة ببيت في السكن الذي سكن فيه مطلقها، وقد صارت عنه أجنبية، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا المقاصد الشرعية وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال⁽¹⁾.

كما صدر قرار آخر مفاده: ((من المقرر شرعاً - وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضاً أن الرجعة لا تعتبر شرعاً، إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت -في قضية الحال- أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة، فإن هذا لا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته كان عليه إتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة، وكان على قضاة الاستئناف التقيد بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة⁽²⁾.

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33130 - بتاريخ 14-05-1984،
المجلة القضائية، الجزائر، 1990، عدد 01، ص 57.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35322 ، قرار بتاريخ 17-12-1984،
المجلة القضائية، الجزائر، 1984، عدد 04، ص 91.

وصدر قرار آخر يؤكد على لزوم العقد الجديد مع الزوجة بعد صدور الحكم القاضي بطلاقها طبقا للمادة 53 لكونه بائنا بينونة صغرى ((من المقرر قانونا أنه بعد صدور الحكم بالطلاق فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد، ومتى تبين -من قضية الحال - أن الزوجة طلقت بسبب الضرر الحاصل من طرف الزوج طبقا للمادة 53 فقرة 6 من قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الزوجة طبقوا صحيح القانون، وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوجة بعقد جديد، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن))⁽¹⁾.

وبفهم من ذلك أن الزوج إذا تلفظ بالطلاق⁽²⁾ وقع رجعا مرتبا لآثاره الشرعية، فإذا انتهت العدة صار بائنا بينونة صغرى، ويكون حكم القاضي كاشفا للطلاق الذي صدر من الزوج لا منشئا له.

وبذلك تتسجم النصوص القانونية مع الأحكام الشرعية.

خاتمة:

يتضح من خلال ما سبق أن الإشكالات الفقهية والقانونية الناتجة عن المادتين 49 و 50 تؤدي إلى تعارضات على مستويات عدة يمكن تجاوزها بأحد الحلين أولهما قضائي والآخر تشريعي.

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 239349 قرار بتاريخ: 22-02-2000.

² - قد يكون لفظ الطلاق صريحا أو كناية ظاهرة أو محتملة، راجع: محمد سكال المجاجي، المذهب من الفقه الإسلامي، ج2، دار الوعي، الجزائر، دار القلم، دمشق، 1431هـ-2010م، ص 78-79.

يتحقق **الحل القضائي** على افتراض تلفظ الزوج بالطلاق بتاريخ 01 جانفي 2017 ورفع دعوى الطلاق بتاريخ 25 مارس 2017، وتمت جلسة الصلح بتاريخ 10 أبريل 2017 حيث توصل القاضي إلى الصلح بين المطلقين، فعليه أن يراعي نهاية العدة الشرعية (3 قروء أو 3 أشهر حسب الحالة المعروضة)، فيرشددهما إلى ضرورة إبرام العقد الشرعي بالفاتحة طبقا للمادة السادسة الفقرة الثانية، أما عقد الزواج المبرم بينهما على مستوى ضابط الحالة المدنية فلا يزال قائما لعدم صدور حكم الطلاق.

أما **الحل التشريعي** يتمثل في لزوم ربط محاولات الصلح التي يجريها القاضي بالعدة الشرعية لا بالمدة الزمنية، وبذلك يتحقق الانسجام بين النصوص القانونية والأحكام الشرعية.