إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري

صالح للنشر بمجلة الكلية

إعـداد

الأستاذ / فرجي بن سنوسي

كلية الحقوق - جامعة تلمسان - الجزائر

يخعاا ةلحا ةيالخا

يداصتقاا نمألا يف

ةيلخا ةعماب يداصتقا دلاس

دادعا

يسوسلب دلاس \ ةذتسأ

ةعماج – ةيسايسلا مولعلا ةيلك – ريزئجلا ةيلخ

إشكالية الطلاق العرفي
في قانون الأسرة الجزائري

مقدمـــــــة :

إن الباحث فى مسائل الأسرة فى الجزائر، كثيرا ما يصطدم بالإزدواجية فى القواعـد التشريعية التى تحكمها.

هذه الإزدواجية ناتجة عن مخالفة قانون الأسرة لأحكام الفقه الإسلامى فى بعـض المسائل، فيجد الفرد الجزائري نفسه حائرا بين نص القانون الذى يتضمن حكما يختلـف تماما عن الحكم المفتى به فى الفقه الإسلامى. ولعل مما يعقد هذه المشكلة أكثر ، أن المجتمع الجزائري يضفى على الزواج والطلاق الصبغة الدينية إلى درجةأنـه يوشـك أن يلحـق أحكامها بالعبادات .

وأبرز مثال على المسائل التى اعطاها المشرع حكما مخالفا لما هو ثـابت فى الفقـه الإسلامى، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج. فإذا تلفظ الـزوج بـالطلاق، فـإن الفقـه الإسلامى يلزمه بهذا الطلاق ويرتب عليه آثاره، فى حين نجد قانون الأسرة لايلزمه بهـذا الطلاق إلا من تاريخ صدور الحكم به .

إن تحديد تاريخ نفاذ الطلاق من الأهمية بمكان بحيث يترتب عليه معرفـة تـاريخ سريان آثار الطلاق كالعدة والتوارث بين الزوجين والنفقة والنسب بالنسـبة للأطفـال الخ...

ولمعالجة هذه المشاكل رأينا ان نبدأ فى النقطة الأولى بشرح موقف قانون الأسـرة من الطلاق العرفي، ثم نتولى فى النقطة الثانية تقييم موقف المشرع الجزائـرى وفى النقطـة الثالثة نقدم بعض الاقتراحات لتجاوز هذه المشاكل.

I- قانون الأسرة والطلاق العرفي :

إن مصطلح الطلاق العرفي يقصد به الطلاق الشفهي الذى يتلفظ به الزوج بدون اللجوء إلى المحكمة، سواء كان ذلك فى حضور جماعة من المسلمين وإمام المسجد أو كان فى مواجهة الزوجة وحدها دون حضور أى شخص آخر .

فالطلاق الشفهي لاتوجد أى وثيقة رسمية تثبته بخلاف الطلاق الرسمي الذى يصدر به حكم قضائي ، فمتى يقع الطلاق حسب قانون الأسرة؟

نص المشرع فى المادة 49 من قانون الأسرة على أنه : " لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضى دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر".

إن المستفاد من نص هذه المادة هو أن الطلاق الذى يتلفظ به الزوج لايكون ثابتا ولا يحتج به فى مواجهة الغير إلا إذا صدر به حكم قضائي. فالحكم الصادر بالطلاق هو الوسيلة الوحيدة لإثباته، وعليه فإن جميع الألفاظ التى تصدر عن الزوج بقصد إنهاء الرابطة الزوجية، لا أثر لها من الناحية القانونية ما لم يصدر بها حكم قضائي.

إن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق العرفي بالنسبة للوقائع الحادثة بعد صدور قانون الأسرة في 09 - جوان - سنة 1984.

فمن أراد أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة، عليه أن يتوجه إلى قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة التى يوجد بدائرة اختصاصها مسكن الزوجة، ويقدم عريضة افتتاح دعوى الطلاق، ولا تعتبر هذه الزوجة مطلقة إلا من تاريخ صدور الحكم فى هذه الدعوى.

* النتائج المرتبة على عدم اعتراف المشرع بالطلاق العرفي:

إن النتائج القانونية المترتبة على عدم اعتراف المشرع بالطلاق العرفي تتمثل فى يلى:

أ- العدة لا تبدأ فى السريان إلا من تاريخ صدور الحكم بالطلاق:

العدة فى اصطلاح الفقهاء أجل ضرب لانقضاء ما بقى من آثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تنفصم عرا الزوجية من كل الوجوه بمجرد الفرقة، بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهى تلك المدة التى قدّرها الشرع[1].

1- راجع الإمام محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية دار الفكر العربي ، ص 372.

إلا أن مدة العدة لا تبدأ في الحساب حسب قانون الأسرة إلاّ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وليس من تاريخ تلفظ الزوج به.

فقد نصت المادة 58 على أن : " تعتد المرأة المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ".

فمدة ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء[1] المنصوص عليها في المادة 58 يبدأ حسابها من تاريخ حكم القاضي بالطلاق، وعليه فقبل صدورالحكم تكون العلاقة الزوجية قائمة حقيقية ومنتجة لجميع آثارها القانونية.

كما أن المشرع نص في المادة 60 من قانون الأسرة على أن عدة المطلقة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق.

استنادا إلى هذه المادة فإنّ نسب الحمل الذي تضعه المطلقة ثابت لمطلقها، ما دامت قد وضعته خلال 10 أشهر من تاريخ الطلاق الثابت بالحكم القضائي وليس من تاريخ الانفصال بين الزوجين السابق لصدور الحكم.

ب- يتوارث الزوجان إذا حدثت الوفاة قبل انتهاء العدة:

إن مما يثبت عدم اعتراف المشرع بالطلاق الشفوي، أنه اعتبر العلاقة الزوجية قائمة حقيقية حتى يصدر الحكم بالطلاق، وتنتهي العدة من هذا الطلاق وكنتيجة لذلك قضى المشرع في المادة 132 من قانون الأسرة بأنه يقع التوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت وفاة أحد الزوجين أثناء نظر دعوى الطلاق وقبل صدور الحكم ، بل وحتى بعد صدور الحكم القاضي بالطلاق إذا كانت الوفاة قبل انتهاء العدة.

ج- حق الزوجة في البقاء في السكن العائلي ما لم تنته العدة :

إذا كانت عدة المطلقة لا تبدأ إلا من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، فإنه ليس من حق الزوج أن يُخرج زوجته من مسكن الزوجية، وليس لها أن تغادره بدون عذر ، حتى يصدر الحكم وتنتهي عدتها. ولا يعتبر الطلاق الشفهي في نظر قانون الأسرة عذرا يبيح للزوج المطلق أن يخرج زوجته من مسكن الزوجية- انظر المادة 61 من قانون الأسرة.

1- القرء من الألفاظ المشتركة إذ يحتمل معنى الحيض كما يحتمل معنى الطهر، ولذلك اختلف الفقهاء في المراد منه، فقال الحنفية والحنابلة أنه الحيض، وقال الشافعية والمالكية هو الطهر، وكان على المشرع أن يفصل في هذا الخلاف بتحديد المراد من قوله ثلاثة قروء، هل هي ثلاثة حيضات أم ثلاثة أطهار وبحدد مدة القرء.

II- تقييم موقف المشرع الجزائري من الطلاق العرفي :

نعتقد أن المشرع الجزائري عندما جعل الطلاق بيد القاضي، قد اقتبس ذلك مما كان ثابتا في القانون رقم 247-59 الصادر سنة 1959 والمتعلق بالزواج والطلاق بين الجزائريين، حيث نصت المادة السادسة من هذا القانون على أنه : " لايقع الطلاق إلا لدى المحكمة ".

وإذا كان هذا القانون قد صدر في زمن الإستعمار الفرنسي فنحن نعتقد أن مصدر المادة السادسة المشار إليها اعلاه يعود إلى القانون المدني الفرنسي حيث نصت المادة247 منه على ما يلي :

" Le tribunal de grande instance statuant en matiere civil est seul competent pour se prononcer sur le divorce et ses consequences" .

* مخالفة المشرع الجزائري للفقه الإسلامي في جعل الطلاق بيد القاضي :

إن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يقع في الفقه الإسلامي من يوم تلفظ الزوج به وتترتب عليه آثاره من هذا التاريخ[1] . فالإسلام لم يجعل الطلاق في يد القاضي إلا إذا كان بطلب من المرأة وجعله بيد الزوج، وقداحتاط للأمر لكيلا يقع تحت تأثير غضب جامح فقيد الطلاق المشروع بطلاق السنة[2].

والمشرع الجزائري عندما جعل الطلاق يقع بأثر فوري من تاريخ صدور الحكم به، لم يخالف ما هو ثابت في الفقه الإسلامي فحسب،بل خالف أيضا أغلب تشريعات الأحوال الشخصية في الدول العربية، ما عدا المشرع التونسي - فيما نعلم- الذي نص في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه : " لايقع الطلاق إلا لدى المحكمة ".

* نتائج غير منطقية تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ الحكم :

نظرا لأن المشرع جعل آثار الطلاق لا تسري إلا من تاريخ صدور الحكم به فإنه بذلك قد وصل إلى نتائج لا تتماشى مع الشريعة الإسلامية ونتولى بيانها فيما يلي :-

---

1- احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية بقلم المرحوم أحمد إبراهيم والمستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، ص 343.طبعة سنة 1994.

2- الأحوال الشخصية للإمام محمدأبو زهرة ، دار الفكر العربي - القاهرة ، ص 282.

أولا : 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 حاجة إلا بعقد جديد ما دامت في العدة، وطلاق بائن لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلى بعقد جديد[1]، فإن المشرع قد خرج على هذه القواعد وذلك واضح من خلال المقارنة بين المادتين49 و 50 من قانون الأسرة.

فالمادة 49 تنص على أنه : " لايثبت الطلاق إلا بحكم ...." وعليه فإنه ما لم يصدر الحكم بالطلاق فإن الزوجية تكون قائمة حقيقة ولا مجال للحديث على الطلاق لا رجعي ولا بائن .

أما المادة 50 من قانون الأسرة فتنص على أن :" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لايحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". فالطلاق لايكون إلا بحكم ومع ذلك بعد صدور الحكم لا يستطيع الزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد وهذا هو الطلاق البائن.

ومن جهة أخرى نلمس تناقض المشرع في تنظيمه لموضوع الرجعة، حيث نجده من جهة لا يعترف بالطلاق قبل صدور الحكم، وهذا يعني أنه في مرحلة الصلح السابقة على صدور الحكم تكون الزوجية قائمة ولامجال للحديث عن المراجعة، لأن المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي وقبل انتهاء العدة، ومع ذلك ينص المشرع على أن من راجع زوجته قبل صدور الحكم لا يحتاج عقدجديد فكيف يراجع الزوج زوجته والزوجية قائمة.

ثانيا: المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى لووقعت 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 لأنه لا يقع إلا بحكم قضائي وبعد صدور الحكم لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، ومع ذلك فإن المشرع ينص في المادة 132 من قانون الأسرة على انه : " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث ".

1- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، ج2 ، دار الفكر، ص 63 وما بعدها.

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

إن ما ذهب إليه المشرع مخالف تماما لما هو ثابت في الفقه الإسلامي، فالثابت عند فقهاء الإسلام[1] أن من شروط التوارث بين الزوجين أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة وقت الوفاة إما حقيقة أو حكما.

فالزوجية تكون قائمة حقيقة إذا لم يطرأ عليها ما يزيلها ويرفع قيد النكاح، وتكون قائمة حكما وذلك في أثناء العدة من طلاق رجعي، حيث يستطيع الزوج مراجعة زوجته في العدة بدون رضاها وبلا 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 لايملك الزوج مراجعة زوجته ولو في العدة إلا بعقد جديد بجميع أركانه[2].

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

إن الطلاق ينفذ على الزوج وتسري آثاره في الفقه الإسلامي من تاريخ تلفظ الزوج به [3]. أما في قانون الأسرة فإن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يقع إلا بحكم ولا يرتب آثاره إلا ابتداء من تاريخ صدور هذا الحكم.

وهنا نقع أمام نظرة مزدوجة للعلاقة بين الزوجين، فقد تكون هذه العلاقة في نظر الفقه الإسلامي غير شرعية وتعتبر محرّمة، بينما تكيف في نظر قانون الأسرة على أنها علاقة شرعية وقد يحدث العكس.

1- راجع أحكام التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور بدران أبو العينين بدران مؤسسة الجامعة سنة 1981، ص 83 وما بعدها .

2- استثنى فقهاء الشريعة الإسلامية ، الحكم بعدم التوارث بين الزوجين إذا زالت بالاطلاق البائن، حالة الزوج الذي يطلق زوجته طلاقا بائنا في مرض الموت بقصد حرمانها من الميراث وأعطوا للزوجة الحق في الميراث بشروط محددة.راجع الوجيز في شرح قانون الأسرة للأستاذ بلحاج العربي، ج1 ، د.م.ج، ص 244.

3- راجع كتاب الاشتراط في وثيقة الزواج للدكتور رشدي شحاته أبو زيد دار الفكر العربي، سنة 2001، ص 262

لو فرضنا أن 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 بالطلاق، ودون أن يفترقا بعد هذا الطلاق العرفي، فإن العلاقة بعد انتهاء العدة العرفية في الشرع تعتبر غير شرعية، لأن الرابطة الزوجية انتهت بانتهاء العدة في حين نجد قانون الأسرة لا يعترف بهذا الطلاق الشفهي ويقضي طبقا للمادة 49 بأن هذه الرابطة الزوجية لا زالت قائمة ومنتجة لجميع آثارها ومنها شرعية المعاشرة بين الزوجين ما لم يصدر الحكم القاضي بالطلاق.

ومن جهة أخرى قد 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، لأن المرأة تزوجت بعد انتهاء عدتها العرفية من الزوج الأول الذي طلقها عرفيا.

غير أن هذا الزواج العرفي الذي تلا الطلاق العرفي يعتبر في نظر قانون الأسرة علاقة غير شرعية لأن هذه المرأة مرتبطة بعقدزواج رسمي وبالتالي تعتبر في نظر القانون محصنة ولا يجوز العقد عليها إلا بعد صدور الحكم بالطلاق وانتهاء عدتها من هذا الطلاق الرسمي[1].

رابعا : علاقة الطرق العرفي بالنسب :

إن تحديد تاريخ بداية ترتيب الطلاق لآثاره ينعكس أيضا على ثبوت أو عدم ثبوت النسب للأطفال، ذلك لأن المشرع حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر يبدأ سريانها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وطبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة وليس من تاريخ تلفظ الزوج به.

1- راجع قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 24-02-86 ملف رقم 39362 مشار اليه في كتاب مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا للدكتور بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، ص34، حيث جاء فيه ... من المقرر قانوناً أنه يعتبر زنا الزوجة التي لم تنقض العصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت من شخص آخر بالفاتحة رغم عدم صدور الحكم بالطلاق.

وبناء عليه وما دامت الزوجية من الناحية القانونية تعتبر قائمة حتى يصدر الحكم بالطلاق فإن نسب الطفل يثبت إلى الزوج، حتى ولو كان هذا الزوج قد طلق زوجته طلاقا عرفيا ومضى على ذلك أكثر من سنة ما دام لم يصدر الحكم بالطلاق، لأن القاعدة التى تتمسك بها الزوجة من أجل ثبوت نسب الحمل إلى الزوج هى قاعدة الولد للفراش والفراش هنا هو الزوجية الصحيحة الثابتة بالعقد الرسمي والتى لم يطرأ عليها - فى نظر القانون - ما يزيلها.

وعلى الزوج إذا أراد ان ينفى نسب الطفل الذى أنجبته زوجته بعد الطلاق العرفي بمدة طويلة ان يثبت امام القاضى عدم الاتصال بينه وبين زوجته، وإذا عجز عن ذلك لم يبق أمامه إلا طريق اللعان لنفي النسب إذا توافرت شروطه .

خامسا : إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعاً :

إذا وقع الطلاق العرفي وانتهت العدة العرفية،بانت الزوجة المطلقة من مطلقها ولم تعد زوجته فى نظر الشرع، وعليه لايصبح ملزما بالإنفاق عليها، لأن سبب وجوب النفقة وهو عقد الزواج الصحيح قد انحل وانتهى بهذا الطلاق العرفي فى نظر الشرع.

بيد أن قانون الأسرة يقضى بوجوب النفقة الشرعية للزوجة على زوجها بموجب المادة 37 منه ، 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 التى تجعل الطلاق بيد القاضى ونصوص المواد 58-59-60 التى تقضى بالبدء فى حساب العدة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق والمادة 61 التى تلزم المطلق بالإنفاق على مطلقته فى خلال مدة العدة.

إن الاختلاف بين قانون الأسرة والفقه الإسلامى واضح فى هذه الجزئية، حيث أن قانون الأسرة يلزم الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته فى نظر الشرع لأن زوجيتها انتهت بانتهاء العدة من الطلاق العرفي بينما فى نظر القانون لازالت زوجته نظرا لعدم صدور الحكم بالطلاق.

III- بعض الإقتراحات القانونية لمعالجة المشاكل السابقة :

إن المشاكل القانونية التى أشرنا إليها أعلاه، نتجت فى الواقع عن مراعاة المشرع لعنصر الرسمية فى الطلاق من أجل تحقيق الاستقرار فى المراكز القانونية، خاصة إذا تعلق الأمر بالأسرة التى هى الخلية الأساسية للمجتمع. فالحكم القضائى الصادر بالطلاق يعتبر منشئا له وليس كاشفا عنه، ومن هنا بدأت الإشكالات.

كان من الممكن التنسيق بين متطلبات الرسمية التى يسعى إليها المشرع ومراعاة أحكام الشريعة فى نفس الوقت دون الوقوع فى التعقيدات السابقة، وذلك- فى نظرنا - باتباع الخطوات الآتية:-

أ- وجوب الإشهاد على الطلاق:

الإشهاد على الطلاق وإن كان لايعتبر واجبا عندجمهور الفقهاء ولا شرطا لوقوعه إلا أنه يعتبر مندوبا. وذهب الظاهرية والشيعة الإمامية[1] إلى أن الإشهاد يعتبر شرطا لوقوع الطلاق، فالزوج إذا لم يشهد على طلاقه شاهدين فإن طلاقه لايقع واستندوا فى ذلك إلى قوله تعالى : " **فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم** " الآية رقم 2 سورة الطلاق.

والحق أن الإشهاد على الطلاق يحقق مصلحة عامة للمجتمع، فهو وسيلة قانونية قطعية فى ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به ، وبذلك يحقق استقرار الأوضاع القانونية التى يسعى إليها المشرع .

إلا ان هذا الإشهاد يجب أن يتم أمام الموثق فى حضور الزوجين والشاهدين وأن يسمع الشاهدان تلفظ الزوج بالطلاق.

ب-إثبات الطلاق بحكم من تاريخ تلفظ الزوج به :

ينبغى على الزوج استصدار حكم بالطلاق على أن يسرى من تاريخ تلفظ الزوج به وليس من تاريخ صدوره، وتعتبر وثيقة الإشهاد على الطلاق التى يمنحها الموثق للزوجين، أداة قانونية لإثبات تاريخ وقوع الطلاق، وبهذا يكون الحكم القضائى كاشفا وليس منشئا.

1- الفقه المقارن للأحوال الشخصية للدكتور بدران أو العينين بدران، دار النهضة العربية، بيروت ، ص 378 وما بعدها.

وهذا الاقتراح الذى نطالب به هو الذى كانت تتجه إليه المحكمة العليا حيث جاء فى قرارها الصادر بتاريه 03-12-84 : " من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر إلا أثناء قيام العدة ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.."[1].

المستفاد من هذا القرار أن الطلاق يسرى من تاريخ تلفظ الزوج به وأن العدة تبدأ فى الحساب من هذا التاريخ ومن ثم فإن إمكانية المراجعة من عدمها متوقفة على انتهاء العدة أو بقائها، والمحكمة العليا تؤكد على أن القضاء بخلاف هذا يعدخرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وعليه فإننا نقترح تعديل المادة 50 من قانون الأسرة المتعلقة بالمراجعة على النحو الآتى :

" - من راجع زوجته قبل انتهاء العدة لا يحتاج الى عقد جديد.

- إذا انتهت العدة فلا تتم المراجعة إلا بعقد جديد.

- تتم المراجعة سواء كانت بعقد أو بدونه أمام الموظف المختص ".

فإذا كانت العدة تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق الثابت فى وثيقة الإشهاد فإن إمكانية المراجعة متوقفة على عدم انتهاء هذه العدة.

ولتحقيق الاستقرار فى المراكز القانونية، لا بد من أن تتم هذه المراجعة أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية،ويمكن لهؤلاء معرفة قيام العدة أوانتهائها من خلال التاريخ الثابت فى وثيقة الإشهاد، على أنه ينبغى التأكيد على تحديد المشرع لمدة القرء بنص قانوني.

فإذا لاحظ الموظف المختص أن العدة ما تزال قائمة[2]، فإنه يؤشر بالمراجعة فى سجلات الحالة المدنية، وإذا لاحظ انتهاء العدة فإنه يعقد لهما عقدا جديدا إذا توافرت أركانه وشروط صحته، وهذه البيانات يتم التأشير بها على هامش وثائق الحالة المدنية الخاصة بالزوجين .

1- منشور بالمجلة القضائية العدد الرابع السنة 1989 ، ص 104.

2- إما من تاريخ الإشهاد على الخلاف الثابت رسمياً أو من خلال المادة التى تحدد مدة القرء.

ويمكن تقرير عقوبة بالحبس والغرامة بالنسبة لكل من يراجع زوجته دون وثيقة رسمية، كما يمكن تقرير نفس العقوبة على كل شخص يمتنع عن توثيق إشهاد طلاقه خلال مدة محددة[1].

ومما يرتبط بهذا الموضوع تحديد متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا، فإن قانون الأسرة جاء خاليا من النص على تحديد الطلاق الرجعي والبائن، بل إننا استنتجنا من خلال تحليل النصوص أن الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن. لهذا فإننا نقترح أن يورد المشرع نصا يقضي بأن كل طلاق يقع رجعيا، ما عدا الطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، والطلاق الذي يحكم به القاضي بناء على طلب الزوجة والطلاق المكمل للثلاث.

ج- بالنسبة للتوارث بين الزوجين :

نقترح تعديل المادة 132 من قانون الأسرة بحيث تكون صياغتها على النحو الآتي:

"يتوارث الزوجان ما دامت الزوجية قائمة حقيقية أو حكما ".

لقد انتهينا من خلال الاقتراحات السابقة إلى أن آثار الطلاق تنفذ من تاريخ تلفظ الزوج به ، وهذا التاريخ يكون ثابتا في وثيقة الإشهاد على الطلاق. وعليه فإن العدة الشرعية تبدأ في الحساب ابتداء من هذا التاريخ، ومن ثم فإن ثبوت التوارث بين الزوجين يكون إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة، أما اذا انتهت العدة فإن الزوجة تبين من زوجها بينونة صغرى، إذ لا يملك مراجعتها إلا بعقد جديد، وما دام أن الطلاق البائن يرفع قيد النكاح في الحال، فلا يتوارث الزوجان لزوال سبب الميراث يستوى أن تكون الوفاة في أثناء قيام العدة أو بعد إنتهائها.وبهذه 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.

1- تنص المادة 23 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 100 لسنة 1985 على أنه : " يعاقب المطلق بالحبس مدة لاتتجاوز ستة أشهر وبغرامة لاتتجاوزمائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها في المادة 5 مكرر من هذا القانون ".

وتنص المادة 5 من القانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه : " على المطلق ان يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق " .

الخاتمـــة :

إن الإسلام جعل الطلاق بيد الزوج نظرا لاعتبارات معينة أساسها الاختلاف بين طبيعة الرجل وطبيعة المرأة، فالمرأة تطغى عليها العاطفة وتلك مزيّتها التى تتماشى مع وظيفتها فى الحياة، وطبيعة الرجل التثبت ووزن الأمور بميزان العقل والحكمة.ومن ثم فإنه لايعقل أن يخضع أمر الطلاق - نظرا لخطره - إلى الأهواء والعواطف.

ضف إلى ذلك أن الزوج إذا طلق فإنه هو الذى سيتحمل الأعباء المالية التى تنجر عن الطلاق، ولذلك فإنه يفترض فيه أن لا يلجأ إلى الطلاق إلا إذا دعت إلى ذلك أسباب جدية.

وقد راعى الإسلام وجوب المحافظة على أسرار الزوجين فلم يطالب الزوج بشرح الأسباب التى دفعته إلى الطلاق، لأن فى ذلك نشر لأسرار زوجته على الملأ،وهذا ما يحدث فى المحاكم ، فعندما جعل المشرع الطلاق بيد القاضى، فإن ذلك يعنى أنه على الزوج أن يشرح للقاضى الأسباب التى دفعته إلى الطلاق، بل إن الزوج قد يبالغ فى إظهار عيوب زوجته حتى يتحصل على حكم بالطلاق بخطأ الزوجة تفاديا للحكم عليه بالتعويض، وهذا مخالف لما تقضى به الأخلاق الحميدة والطباع السليمة من وجوب المحافظة على أسرار الزوجية.

ثم إن دور القاضى هو إثبات وقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج،ولايملك من الناحية القانونية إجبار الزوج على البقاء مع زوجته ومنعه من طلاقها، فكل ما يملكه القاضى هو إجراء محاولة الصلح بين الزوجين. لذلك ينبغى أن يكون حكم القاضى كاشفا وليس منشئا للطلاق، بمعنى ينبغى أن يثبت القاضى الطلاق بأثر رجعى يعود إلى تاريخ تلفظ الزوج به والذى يكون ثابتا فى وثيقة الإشهاد.

وبهذا نعتقد أننا نكون قد قدمنا خطوة متواضعة نحو إزالة التعارض بين أحكام الفقه الإسلامى وقانون الأسرة فى هذا الموضوع.

مراجع البحث :

1- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق 09 جوان 1984 يتضمن قانون الاسرة.

2- أمر مؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق 13 أوت 1956 متعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

3- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد- دار الفكر للطباعة والنشر.

4- الأحوال الشخصية - للإمام محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة.

5- الفقه المقارن للحوال الشخصية للدكتور بدران أبو العينين بدران - دار النهضة العربية - بيروت .

6- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون بقلم الشيخ أحمد إبراهيم والمستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم سنة 1994 بدون جهة نشر.

7- الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دكتور رشدي شحاته أبو زيد - دار الفكر العربي - القاهرة - سنة 2001.

8- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الدكتور بلحاج العربي ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر.

9- أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة للأستاذ سعيد بويزري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر سنة 1995.

10- أحكام التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون- الدكتور بدران أبو العينين بدران - مؤسسة الجامعة سنة 1981.

11- المجلة القضائية العدد الرابع سنة 1989.

رقم الايداع ٣٠١