

الاعتراضات (الفقهية على بعض مسائل الأسرة من حيث الصياغة القانونية) - قراءة في

الدلالات والمضامين -

Jurisprudential objections to some family issues in terms of legal formulation

د/ عبد المجيد خلادي

كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، مخبر قانون الأسرة، الجزائر

Abd.khelladi@univ-alger.dz

القبول: 2024/11/28

الاستلام: 2024/09/23

Abstract : This research aims:

some articles of the Considering text Algerian Family Law as and legal largely compatible with the is that provisions of Islamic Sharia. However, subject be may texts and materials some based on to criticism and evaluation some aspect of jurisprudential and legal requires an objections, which reading of the texts, and interpretive followed by objection and be may invalidation of the provisions and contents. Is the reason for these objections a defect in terminology and the structures of words and meanings? makes us question the what This is legal formulation on the impact of this jurisprudential and contents of both texts. legislative

Keywords: objections, jurisprudence, family, drafting, legal, rulings.

ملخص:

يهدف هذا البحث؛ النظر في بعض مواد قانون الأسرة الجزائري باعتباره نصا تشريعيًا وقانونيًا يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية إلى حد كبير، ولكن بعض النصوص والمواد قد يطالها النقد والتقييم بناء على وجه من وجوه الاعتراضات الفقهية والشرعية، مما يستدعي قراءة تأويلية للنصوص، وقد يلحقها الاعتراض والإبطال في الأحكام والمضامين، فهل سبب هذه الاعتراضات الخلل في المصطلح وتراكيب الألفاظ والمعاني؟ وهذا ما نيجعلنا نستشكل أثر تلك الصياغة القانونية على مضامين النصوص الفقهية والتشريعية على حد سواء.

كلمات مفتاحية: اعتراضات، فقه، أسرة، صياغة، قانونية، أحكام.

مقدمة :

تثير الصياغة القانونية إشكالات فقهية ومنهجية في المضامين والمصطلحات، ومرد ذلك النقص الذي يعتري العقل البشري رغم أنه يشهد الصواب ويتبني الكمال قدر الإمكان. ويظهر ذلك جليا من خلال البناء اللغوي وتراكيب الألفاظ ودلالاتها النصية في الجملة لكثير من النصوص التشريعية والقانونية في باب الأحوال الشخصية، وبعضها مثاره إشكالية الترجمة للنص ونقله من لسان إلى لسان آخر، فيكتنفه الخلل، ويدخله الاعتراض والنقد والتقويم.

ولقد درج فقهاء التشريع في نظهم على أن النص القانوني يتميز بخاصية العموم والشول، فهو يهدف في صياغته المصلحة العامة، لكن الظروف الطارئة والحوادث النازلة تسبب له بعض القصور في صياغته إذ هو نص حادث، يعالج الظاهرة الإنسانية في واقع الأمر، فلذلك لا يمتاز بالثبوت والدوام، ويلحقه التغير والإبطال كلما تبدل الحال والمال.

لكن النص الشرعي المقدس له قداسته من حيث لفظه ومعناه، فزيادة على كونه مقدس عن ألفاظ البشر في ألفاظه ومعانيه، ولا يشابهها في شيء من ذلك، إذ هو إلهي المصدر، فإن بناءه وألفاظه مختلفة في دلالاتها النصية، فمنه القطعي والظني ثبوتا ودلالة، ومنه الظني دلالة وثبوتا، وهذا مجاله علم أصول الفقه الذي يحتاج إليه شراح القانون في فلسفة التشريع والقضاء.

والحكم الشرعي له مقاصد يتوخاها في التشريع يجلب بها مصالح ويدرك عنها مفسد، على نحو شامل ومطرد، فأحكامه في قضايا الأسرة والأحوال الشخصية مستقرة وثابتة في الجملة إلا ما دخله الاجتهاد واختلاف الأنظار.

إشكالية البحث: ولعلك تجد في الصياغة القانونية لبعض مسائل الأسرة في التشريع الجزائري وجهًا من القراءة والتفسير، قد يحتاج إلى تعديل أو تصويب، وفقرات من تلك المواد القانونية؛ الاجتهاد فيها باعث على المناقشة في المضامين مما يرد إلى أصول التشريع ومقاصده، فهل سبب هذه الاعتراضات الخلل في المصطلح وتراكيب الألفاظ والمعاني؟، وهل ينتج بسبب ذلك التأويل في النصوص، أو يلحق الإلباس والاعتراض في الأحكام والمضامين؟ فهذا ما يجعلنا نستشكل أثر تلك الصياغة القانونية على مضامين النصوص الفقهية والتشريعية على حد سواء.

أهداف البحث: يهدف البحث؛ النظر في بعض مواد قانون الأسرة باعتبارها نصا تشريعيا وقانونيا يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية إلى حد كبير، ولكن بعض النصوص والمواد قد يطالها النقد والتقويم بناء على وجه من وجوه الاعتراضات الفقهية والشرعية، وسوف نحاول عرض ذلك وبسطه في تفاصيل البحث حسب ما يقتضيه المنهج العلمي ويسمح به حدود المقال.

المنهج المتبع: وقد اعتمدت على المنهج الاستقرائي الحاصر في تتبع بعض مواد قانون الأسرة مما هو محل للبحث والمناقشة، والمنهج التحليلي في تفسير المواد القانونية وتحليلية مطالبتها على نحو ما تقتضيه قواعد التفسير في مثل هذه البحوث.

هيكل البحث: وأما هيكل البحث وخطته فجعلته في ثلاثة محاور ومقدمة وخاتمة. فأما المحور الأول: في ما يتعلق بالزواج الفاسد والباطل، وأما المحور الثاني: جاء معنونا بـ: **الولاية في النكاح، وضابط الفرق بين الركن والشرط في تفسير النص.** وأما المحور الثالث: في **إثبات الطلاق فقها وقانونا.** وخاتمة جمعت أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: في ما يتعلق بالزواج الباطل والفاسد

نص المشرع في المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

تعتبر صياغة هذه المادة من حيث الإجراء المنهجي غير دقيق رغم ورودها في صدر الفصل الثالث من قانون الأسرة، كأنها أصل لما بعدها من المواد الأخرى، ورغم أنها تكلمت عن المانع، فالمقصود منه قطعاً المانع الشرعي. هذا هو المصطلح الأهم هنا في الصياغة.

والمانع في الاصطلاح الأصولي: ما يترتب على وجوده العدم، ولا يترتب على عدمه وجود الشيء ولا عدم. ولذلك يعبر عنه بالمانع لأنه يمنع حصول الحكم بوجوده، ولا يحصل من عدم وجوده وجود الحكم. بينما الشرط فهو ما يترتب من وجوده وجود الحكم، ويلزم من عدمه العدم، وهو خارج عن الماهية¹، فإذن لوجود الحكم الشرعي لا بد من تحقق سببه وانتفاء مانعه ووجود شرطه.

وأما البطلان فهو مصطلح استعمله المشرع في نص المادة، ولكن يبدو على استعماله ملاحظات:

أولاً: من حيث الدلالة: فإنه هنا يرى بطلان العقد إذا كان متضمناً لمانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، ولا يترتب عن ذلك أي أثر لهذا العقد. لكن في المادة 34 ينص على "أن كل زواج بإحدى المحرمات..". وهذا تعارض بين منطوق هذه المادة وما قبلها، فالفسخ يفارق البطلان من حيث الدلالة والحكم. فكل عقد باطل يفسخ قبل الدخول وبعده، ولا عكس. أي لا يترتب عن الفسخ بطلان. فقد يفسخ العقد ويصحح، ولكن الباطل لا يدخله التصحيح بحال من الأحوال.

ثانياً: من حيث النظر الفقهي: فإن مصطلح الفسخ ههنا غير دقيق، لأنه يفترق عن معنى الباطل في الاصطلاح الفقهي والأصولي، ولأن الفساد أضعف من البطلان حيث السبب، وكلمة قوي سبب بطلان الزواج تحقق وجوده وأثره. كما هو الحال عند انعدام ركن الرضا في المادتين 9 و 133/1 ق.أ، والمعدلتان بالأمر رقم 05/02: فالزواج الباطل هو ما انعدمت أو اختلت أركانه، أو به موانع شرعية. أما الزواج الفاسد فهو الزواج الذي انعدمت فيه شروط صحته².

وجمهور الفقهاء على أن النكاح الباطل والفساد واحد، والحنفية الفاسد عندهم؛ ما فقد شرطاً من شروط الصحة. وأنواعه: هي الزواج بغير شهود، والزواج المؤقت،... وغير ذلك مما نص عليه الكاساني من الحنفية وغيره.³

والمالكية يرون أن ما فسد من النكاح لأجل خلل في عقده، كالنكاح بغير ولي فيفسخ قبلاً وبعداً، ولا صدق فيه قبل الدخول إذا كان بالفسخ، وإذا فسخ بعد البناء ففيه المسمى (إن سمي ما يجوز، وأما إن سمي ما لا يجوز أو لم يسم شيئاً ففيه صدق المثل، وتقع به أي بالنكاح الفاسد الذي يفسخ بعد البناء وكان متفقاً على فساده (الحرمة كما تقع بالنكاح الصحيح). و معنى وقوع الحرمة به أن المرأة التي بنى بها بالنكاح الفاسد تحرم عليه أمها وابنتها، وتحرم هي على آبائه، وأبنائه كتحريم النكاح الصحيح لا أنها تحرم عليه. وأما لو فسخ النكاح الفاسد المتفق على فساده قبل البناء لم تقع به حرمة إلا أن يفعل شيئاً من مقدمات الوطء كالقبلة والمباشرة، وإنما قيدنا بالمتفق على فساده؛ لأن المختلف في فساده تقع الحرمة بعقده على ما في المختصر.⁴

وعقد النكاح المشتبه إذا وقع باطلاً قبل الدخول فإنه لا يترتب عليه أثر النكاح كالاستمتاع بالزوجة، ولا نفقة ولا ميراث بين الزوجين، لانقضاء الزوجية بينهما، وإذا دخل بها دخولاً متحققاً وكان بشبهة، فإن للزوجة المهر كاملاً، ويثبت النسب به والعدة وغيرها من الأحكام المتعلقة به..

وعليه، فما رتب المشرع من الأحكام على الفسخ كما في المادة 33 من أنه إذا تم الزواج من دون شاهدين لأن الزواج الفاسد لصدقه أو لفقد أحد شروط الصحة فإنه يفسخ قبل الدخول، وأما الفاسد لعقده أي لفقد أحد أركانه، فإنه يفسخ مطلقاً، قبل وبعد الدخول، وتستحق فيه مهر المسمى متى دخل بها الزوج. كما في المادة 16 ق أ.

يقول ابن عاصم: فما فساده يخص عقده ففسخه قيل البناء وبعده⁵

والذي وقع فيه المشرع من الخلط هو عدم تفرقه بين العقد الباطل، وفسخ العقد لوجود داعي الفسخ أو أسبابه، سواء كانت مجتمعة أو منفردة، ولذلك فإن الذي يجب تعديله هو رفع التناقض بين المادتين 32، و34 من قانون الأسرة الجزائري.

والصحيح في نص المادة 34 من ق أ: "هو أن كل زواج بإحدى المحرمات" كما ورد ذلك في النص الفرنسي (nul est déclaré)، وقد أشار إلى ذلك المشرع في المادة 05 / 32 لأن الزواج بإحدى المحرمات يعد

مانعا يترتب عليه البطلان. وهو ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا مما يستوجب رفع التناقض بين نص المادتين 32، 34 من القانون⁶.

وبعد استقراء الأحوال التي نص فيها المشرع على البطلان، كاختلال ركن الرضا، مادة 33 / 1 ق. أ وثبوت النكاح بالحرمية، مادة 34 ق. أ وخلو العقد مما زاد على شرط واحد من شروط الصحة مادة 33 / 2 ق. أ، هذا جملة ما نص عليه، ولكن هذه القسمة غير محصورة فيما نص عليه، فالردة قاضية ببطلان الزوجية ويجب التفرقة بين الزوجين إذا ارتد أحدهما عن الإسلام، وقد كان ذلك منصوصا عليه في القانون القديم، قانون الأسرة 84.

ولقد أغفل المشرع شرط ثبوت النسب في الزواج الباطل في مادة 34 ق. أ، ومثله في الزواج المتفق على فساد، مادة 33 / 2 ق. أ، بأن يكون الزوج حسن النية، كما لو تزوج بمحرمه شرعا، دون قصد منه، وهو زواج باطل في أصله، فإذا ثبت حسن نيته تستبرئ المرأة، ويلحق نسب الأبناء، كما في مادة 34، و 40 ق. أ، ويثبت الصداق بالدخول، كما في المادة 16، و 33 ق. أ⁷.

المبحث الثاني: الولاية في النكاح، وضابط الفرق بين الركن والشرط في تفسير النص.

الولي في الشرع: من له ولاية أبوة أو كان بتعصيب أو ولاية ملك، أو بوصية أو كفالة أو كان سلطانا أو ولاية إسلام. فالولي بالتعصيب، كالابن أو الأخ الشقيق أو لاب والعم. والوصي: أي من أسند إليه الإيضاء أي كان له أن يوصي أب أو وصي. أما السلطان: يعني من تقرّر عليها نظر من السلطان وهو القاضي: وأما ولاية المسلمين من له على المرأة وهو أعم الولايات. ذكر هذا ميارة المالكي في شرح تحفة الحكام...⁸.

وأما الركن، فإنهم يعرفونه: هو الداخل في حقيقة الشيء المحقق لماهيته، وقيل هو: ما يتم به الشيء، وهو داخل فيه⁹. والمالكية قالوا: بأنه ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به، هكذا نص عليه ابن الحاجب، و خليل بن إسحاق رحمهما الله¹⁰. وأما الشرط فقد ذكرناه قبل فلا معنى لإعادته.

نص المشرع في المادة 9 مكرر على الشروط المعتبرة في عقد الزواج فمن ذلك الصداق والولي والشاهدان وانتفاء الموانع الشرعية، وأهلية الزوجين.. كما نصت المادة 11/ ق أ ج أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور ولها...." فمستطوع المادة الأولى نص على أن الولي شرط في العقد وليس بركن، وفي المادة الثانية لم يفرق المشرع بين كون المرأة بكرا أو ثيبا كما يفهم من دلالة اللفظ، ولم يبين النص في منطوقه على ضبط معنى

الولي شرعا، فهل يكون حضور الولي في العقد يفهم الإلزام والحضور وتولي العقد، أو يكون حضوره على سبيل الاختيار وسامع صيغة العقد، ولا عبرة باعتراضه، إذا لم ير في ذلك مصلحة لها. كما أن لفظة أوفي الصياغة التي ذكرها النص لا تفيد إلا معنى الاشتراك، وقد وقع في ذلك التباس في التفهيم وبيان مراتب الولاية الشرعية المعتمدة شرعا.

فأما لفظة أو في اللغة فإنها ترد بمعان كثيرة على ما جاء في أمهات الأصول: أنها للشك، وتأني بمعنى الواو العاطفة، وبمعنى التخيير، وبمعنى الإيهام، فنقول مثلا: رأيت أحمد أو محمدًا، وأنت في شك من الذي رأيت؟، وكذلك بالنسبة لإيهام الشيء فقد اسقطه إمام الحرمين الجويني ولم يعده قسما منه.. وأما مثال التخيير: فقولته تعالى: "فقدية من صيام أو صدقة أو نسك". [البقرة: 196]، على نحو ما ذكره المازري من علماء المالكية رحمه الله¹¹.

وناقض المشرع ما صرح به فيه مادة 11، حيث نص في مادة 33 / 2 ق أ على أنه إذا تم الزواج.... راجع نصه. وجاء في مادة 11 / 1، أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها....

لنا على هذه الصياغة اعتراضات: منها أن صياغة المشرع للولاية مضطربة فقها وتشريعا، فمن حيث الصياغة القانونية، لا معنى للولاية كون المرأة تختار أي شخص يتولى العقد، وذلك أن جملة "أي شخص تختاره" يقطع معنى الولاية رأسا، ولا يفيد هذا اللفظ مدلولاً للولاية سوى أن هذا الشخص يكون ممثلاً في حضوره لإبرام العقد.

ومن حيث الوضع القانوني، فإن المشرع ألغى رتب الولاية، مادام المرأة الراشدة جعل لها حرية الاختيار لأي شخص تراه أهلاً للولاية. ووجه المناقضة أن المشرع عقب بعد ذلك بقوله: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون: "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب.."

على أنه في المادة 33 / 2 نص المشرع "أن الزواج إذا تم دون شاهدين.... ويثبت بعد الدخول بصداد المثل". وهذا يفيد أن الولي شرط صحة في العقد، لذلك قال بفسخه قبل الدخول.. وهذا وجه من وجوه المناقضة في الصياغة القانونية والفقهية للنص التشريعي، فكيف يمكننا الجمع بين حالة الاختيار وحالة الوجوب، وهو تناقض منطقي صريح.

والمالكية يجعلون الولي ركنا من أركان العقد أو شرط صحة ولا يسقط بحال، ففي تحفة الحكام يقول ابن عاصم: والمهر والصيغة والزوجان ثم الولي جملة الأركان¹²

أي أن الولي والزوج هما العاقدان ينبرم بهما عقد النكاح، أما المعقود عليه، فهي الزوجة والصدّاق نضا مثل نكاح التسمية أو يكون حكما في التفويض. وهذا معنى ما ذكره التسولي في شرح التحفة.. وفي الشامل لبهرام أن هذه الأركان شروطا لا أركانا لأنها ذوات للعقد فل يصح تفسيره بالأركان، لأن ركن الشيء جزؤه الذي يقوم عليه ويتحقق وجوده به وهو داخل في ماهيته، وههنا خارجة عنه فلا يصح تفسير الولي بالركن، وإنما شرط في العقد، ورأى ابن محرز الولي والصدّاق والشهود شروطا، والزوجين ركنا للعقد، لأن الغاية من الزوجين تبين رضاهما، والرضى معنى يصح نوط النكاح به.

فمن نظر إلى أن العقد شرعا لا يصح إلا بعاقدين وولي وصدّاق وشهود عدها أركانا، ومن نظر جهة كونها خارجة عن العقد وأنها غيره لم يصح تفسيره بأنها أركانا بل عدها شروطا، ومن نظر إلى أن العقد لغة يوجد في نفسه من عاقد وهو الزوج والزوجة، لكن يشترط في صحته شرعا الولي والصيغة جعل الأولين ركنا له والثانيين شرطا له، وهذه التفاسير صحيحة في الاجتهاد الفقهي ومقتضياته.

وتحصيل ما سبق؛ فإن محققي الفقهاء والقانونيين يرون أن الخلط الذي وقع فيه المشرع منذ عام 1984 مرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشرط الصحة، فإنه يفهم من المادتين 9 و33 ق أ، المعدلتين أن التراضي هو الركن الوحيد الأساسي، وأن الشروط الواردة في المادة 9 مكرر المضافة عام 2005، إنما هي شروط صحة...وفي هذا الشأن يستوجب إضافة فقرة ثالثة ضمن المادة 33 ق أ المعدلة، مفادها: ويطل إذا اختل أكثر من ركن واحد¹³.

المبحث الثالث: في إثبات الطلاق فقها وقانونا

جاء في المادتين 49 من قانون الأسرة الجزائري ما نصه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."

وفي المادة 50 منه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح....".

فمن المقرر شرعا أن الطلاق جعله الشارع الحكيم بيد الزوج وهو فك للرابطة الزوجية إذا استحال بقاء الزوجية واستمرارها، وعليه، فإن إثبات الطلاق يرجع فيه إلى قول الزوج ولفظه.

ومذهب المالكية أن من طلق تطليقة واحدة فهي على إطلاق لفظه إلا أن ينوي أكثر من تطليقة، ويقبل قوله بغير يمين على رواية المدنيين، وابن القاسم قال أنه يقبل قوله مع يمينه، وبعض علماء المذهب منهم ابن بشير شهره بقوله: إنه جار على يمين التهمة. فلو طلق تطليقة واحدة ونواها ثلاثا لزمته الثلاث بلا خلاف في المذهب، لأن نيته أكد في إيقاع الطلاق بلفظه الذي طلق به وهو واحدة لكن النية ملزمة ومفسرة لمقصوده في الطلاق.

وهذا كما قال ابن أبي زيد في الرسالة: "ومن قال لزوجته أنت طالق فهي واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك"¹⁴.

وقد رأيت صور الطلاق عند المالكية، بلفظه الصريح وأحكامه، وأما ما جعله المشرع من إثبات الطلاق إلا بحكم فهذا عند القاضي بين الزوجين، ولكن المعتبر إذا كان الزوج قد طلق زوجته فإنه بطلاقه هذا يكون قد أنشأ الطلاق، ويكون حكم القاضي توكيدا لكلامه فحسب، ولكن الملاحظ على صياغة المشرع أنه أهمل طبيعة الطلاق ونوعه، وهل هو رجعي أو بائن، وكان مما استدركه الاجتهاد القاضي في مثل هذه القضايا قرار المجلس الأعلى، فإنه فرق في اجتهاده بين الطلاق البائن والرجعي، حيث جعل الطلاق المعتبر هو الصادر من الزوج بلفظه ويقع رجعيا، وأن الحكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه وقع على مطلوب المطلق، وأما البائن، فهو ما كان قبل الدخول، أو بخلع لفك الرابطة الزوجية، أو ما وقعه القاضي بسبب الضرر يكون تطليقا من القاضي على الزوج بناء على طلب الزوجة حسما للتراخ بينهما.

وإن القضاء بما يخالف هذه القواعد يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.. "ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا"¹⁵. وهذا اجتهاد مهم يوافق أحكام الشريعة الإسلامية فقها وقضاء.

إن إجراءات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة من الأهمية بمكان، وهو مطلب شرعي له محله لدفع غوائل الطلاق الذي نزل بالأسرة، وقد يكون صلح القاضي مفيدا في رأب الشقاق ورفع الطلاق مما يحقق مصلحة بقاء الرابطة الزوجية.

لذلك نص المشرع الجزائري على وجوبية الصلح في جلسة غير علنية في المادة 439 من قوانين الإجراءات المدنية. فإذا كان هذا النص إجرائيا يجب الوقوف عنده قبل الحكم بالطلاق، لأنه إذا وقع

القاضي الطلاق قبل إجرائه لمحاولة الصلح كان قضاؤه باطلا ولا يعتد به في نظر القانون، لأنه يكون خطأ في تطبيق القانون، فقد أثبت الاجتهاد القضائي كما هو المجلة القضائية¹⁶ من القرار الصادر في 18/6/1991 أن الطلاق الواقع من القضاة دون القيام بإجراء محاولة الصلح هو تجاوز لمنطوق المادة السابقة من قانون الإجراءات، وهو خطأ بين في تطبيق القانون. بل هو الرأي الوجيه الذي تقتضيه المصلحة وروح القانون.

وإن إجراء الصلح هو ما ذهبت إليه مادة 49 من قانون الأسرة، وهو ما تتفق معه أحكام الفقه الإسلامي ونصوص الشريعة الإسلامية، فإن الله تبارك وتعالى يقول: "وإن ختم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا. [النساء: 35].

ولكن يؤخذ على صياغة المشرع في مادة 49، بعض المآخذ الشرعية من حيث اعتبار العدة وعدم اعتبارها، ولم يقيد فترة الصلح والرجعة هل يكون بعقد ومهر جديد بعد انقضاء أجل العدة أو لا يكون بعقد ومهر جديدين قبل انقضاء العدة، وهل تكون المرأة في حل من زوجها بعد انقضاء عدتها بحيث يمكنها الزواج من رجل آخر قبل صدور الحكم بالطلاق وبعد استيفاء عدتها، وظاهر منطوق المادة أنه يمنع ذلك.

ويرى الأستاذ فضيل سعد رأيا وجيها في وقوع الطلاق من الناحية القانونية، وذلك أن الموثق لا يستطيع أن يعقد لها مع رجل آخر إلا بعد مرور ثلاثة أشهر على حكم الطلاق، فتحسب العدة في القانون بناء على النصوص السابقة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا هو التناقض بعينه، إذ الصحيح أن المشرع كان عليه أن يوضح ما إذا كانت العدة محسوبة من تاريخ الحكم أم من تاريخ النطق بالطلاق¹⁷.

إن منطوق المادتين 49، 50، معارض بما جاء في أحكام الفقه الإسلامي، ووجه المعارضة فيه أنه سلب حق الزوج في إيقاعه الطلاق في وقت كان قد طلق فيه زوجته والعبرة بقوله لا بقول غيره، فإذا اعتبرنا العدة تحتسب من يوم الحكم بالطلاق قانونا، كان ذلك خرقا لما ثبت في أحكام الشريعة في جعل الطلاق بيد الأزواج حصرا. "وهذا لم يذهب إليه المشرع الجزائري الذي أغفل توضيح ذلك، وعليه فإن النتيجة التي يجب أن ننبه عليها هو أن الزوج إذا طلق زوجته قبل طرح الموضوع على المحكمة فإن جلسة الصلح تمثل رجعة تقطع العدة وتعيد الحياة الزوجية إلى الحالة الطبيعية. وأما أن تتأكد بها المحكمة ثم تحكم بالطلاق، وفي هذه الحالة تحسب مدة العدة الشرعية من تاريخ النطق بالطلاق لا من تاريخ الحكم به، فتضاف المدة اللاحقة على الحكم

للمدة السابقة عليه، فإن أتمت العدة ثلاثة أشهر أو ثلاثة حيضات لها أن تتزوج شرعا حتى لو أن القانون يحتوي على التناقض المشار إليه، والذي يجب أن يزول، وإلا كان الحكم بالطلاق منشئا له لا كاشفا فقط¹⁸.

كما يظهر التخالف بين أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 50 من قانون الأسرة الجزائري في آثار الطلاق الرجعي والباء¹⁹، لأن الأحكام الشرعية ترتب على الرجعي قبل فوات العدة الرجعة دون احتياج إلى عقد ومهر جديد، وتحتاج إلى كل ذلك بانقضاء العدة، بينما رأى المشرع في قانون الأسرة أنه لا يحتاج إلى عقد ومهر في فترة الصلح لكن لم يفرق بين الطلاق الرجعي والباء وهو اضطراب في الصياغة كما ترى".

ويظهر اضطراب الصياغة القانونية لمضامين هاتين المادتين، في تدخل العدة إذا اعتبرنا حكم القاضي منشئا للطلاق مما يؤثر على كثير من الأحكام الشرعية، فمن ذلك فوات العدة الشرعية للزوجة، واستمرار العدة القانونية، ويترتب عن ذلك، لزوم المطلقة المكث في بيت الزوجية قانونا لا شرعا، كما أن لها الحق في النفقة ما دامت في عدة طلاقها إذا كان ذلك الطلاق رجعيا ولم تن من زوجها بينونة كبرى، طبقا للمادة 61 من قانون الأسرة الجزائري.

وينصرف القول فيما ذهبنا إليه لتعديل الصياغة القانونية والفقهية في هذه المسألة، ما ورد في قرارات المجلس الأعلى والمحكمة العليا وما نص عليه: "من المقرر شرعا أن إبقاء المطلقة بمنزل مطلقها يخل بمقصد من مقاصد الشرع، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الشرعية ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف إبقاء المطلقة ببيت في السكن الذي سكن فيه مطلقها، وقد صارت عنه أجنبية، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا المقاصد الشرعية وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال²⁰."

كما صدر قرار آخر ينص على قواعد الطلاق على نحو ما ورد في الأحكام الفقهية شرعا ونصه: "من المقرر شرعا - وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا، إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا 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 شرعا 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 برجع الزوجة إلى بيت الزوجية خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة²¹.

خاتمة :

وبعد؛ فهذا أهم ما توصل إليه البحث من نتائج خلاصتها كالآتي:

1- لم يفرق المشرع بين العقد الباطل وفسخ العقد لوجود داعي الفسخ أو أسبابه، سواء كانت مجمعة أو منفردة، ولذلك فإن الذي يجب تعديله هو رفع التناقض بين المادتين 32، و34 من قانون الأسرة الجزائري.

2- الفسخ يفارق البطلان من حيث الدلالة والحكم. فكل عقد باطل يفسخ قبل الدخول وبعده، ولا عكس. أي لا يترتب عن الفسخ بطلان. فقد يفسخ العقد ويصحح، ولكن الباطل لا يدخله التصحيح بحال من الأحوال.

3- تبين لنا من خلال البحث؛ أن المختصين من الفقهاء والقانونيين أدركوا الخلط الذي وقع فيه المشرع ومرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشرط الصحة في عقد الزواج، فإنه يفهم من المادتين، 9 و33 ق أ، المعدلتين أن التراضي هو الركن الوحيد الأساسي، وأن الشروط الواردة في المادة 9 مكرر المضافة، إنما هي شروط صحة... وفي هذا الشأن يستوجب إضافة فقرة ثالثة ضمن المادة 33 ق أ المعدلة، مفادها: ويطل إذا اختل أكثر من ركن واحد.

4- إعادة النظر في المادة 50 دون تقييد الرجعة بفترات الصلح، ولا بإصدار الحكم بالطلاق، ويمكن تعديلها كما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ما لم تنته العدة الشرعية، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد إذا انتهت العدة الشرعية.

ومن خلال تتبعنا لمواد قانون الأسرة في نصوصه رغم توافقه مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة إلى حد كبير، إلا أننا نرى عليه من الاعتراضات الفقهية بسبب الصياغة القانونية، من حيث استعمال المصطلح، أو اعتبار دلالات تلك الألفاظ على المعاني وأحكامها الشرعية تحقيق بالمباحثة الفقهية والمراجعة القانونية، ولقد فصلنا في تفاصيل هذه الورقات بعض المسائل التي كانت ولا تزال محل أنظار وتعقبات لدى

الدارسين والمختصين إلى يومنا هذا. بل ونؤكد على الاهتمام بالمصطلح الشرعي والقانوني في أحكام الصياغة القانونية دفعا للالتباس والتعارض بين النصوص.

وزيادة على ما بحثناه من مسائل هنا فبا تعلق بموضوع الزواج الفاسد والباطل وما يترتب عن ذلك من الأحكام، وموضوع الولي ومحلّه في العقد، والطلاق في مواده التي ترد عليها إشكالات في بعض مواده، فإن البحث داع لمزيد بيان كما في الإشكالات المتعلقة بالخلع، وإثبات النسب في ظل التطور العلمي والتكنولوجي، وقضايا التنزيل في الميراث كنزير ابن البنت، وتعديل ما جاء في الوارثين من الرجال في باب الميراث، وحق الحضنة للجدة بعد الأم وغير ذلك من المسائل التي سبيلها الاستقراء والحصر. هذا ما أمكن عرضه واستحضاره قدر الاستطاعة والجهد، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

هوامش المقال:

- 1 راجع في هذا حاشية البناني على جمع الجوامع: 22/1، 23، بتصرف.
- 2 الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، ص 290.
- 3 بدائع الصنائع، 2/ 335، مختصر الطحاوي ص 174.
- 4 حاشية العدوي على الكفاية في شرح الرسالة، 2/ 56.
- 5 الهجة في شرح التحفة، 1/ 280.
- 6 الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 302.
- 7 راجع مقترحات الدكتور العربي بلحاج وتعليقاته على مسائل هذا الباب.. الوجيز، ص 301 وما بعدها.
- 8 الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام، لأي عبد الله ميارة الفاسي، 1/ 161.
- 9 كشف الأسرار شرح أصول البزدوي 3/ 1063.
- 10 الهجة في شرح التحفة، التسولي، 1/ 377.
- 11 راجع في هذا الصدد: إيضاح المحصول، للمازري، ص 176.
- 12 الهجة في شرح التحفة، التسولي، 1/ 377.
- 13 الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، بلحاج العربي، ص 302.
- 14 شرح ابن ناجي على الرسالة: 2/ 53.
- 15 المجلة القضائية، ص 115، عدد 1، سنة 1989، ملف رقم 39463، قرار بتاريخ 10/2/1986.
- 16 المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1993، ص 65، ملف رقم 75141، قرار بتاريخ 18/6/1991. بتصرف يسير في صياغته.

-
- 17 شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، ص 327.
- 18 شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، ص 327.
- 19 أنظر، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، محفوظ بن صغير، ص 552.
- 20 المجلة القضائية عدد 1، 1990، ص 57، ملف رقم 33130، بتاريخ 14/ 5/ 1984.
- 21 المجلة القضائية عدد 4، 1984، ص 91، ملف رقم 35322 قرار بتاريخ 17/ 12/ 1984.