

بعض المآخذ على أحكام الطلاق

الواردة في قانون الأسرة

أ.د/ تشوارجيلالي

جامعة تلمسان

إن الإسلام نظام واقعي وإيجابي يتوافق مع فطرة الإنسان وتكوينه⁽¹⁾، وهو نظام لا يقوم على التطرف المانع ولا على المثالية الفارغة، إذ قال تعالى "وابتغي فيما آتاك الله الدار الآخرة، ولا تنسى نصيبك من الدنيا"⁽²⁾؛ وكذلك قوله عز وجل "يا أيها الذين آمنوا لا تحرمواطيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين"⁽³⁾، وقوله تعالى "يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها، وبث منهما رجالا كثيرا ونساء"⁽⁴⁾.

ومن رحمة الله تعالى بالإنسان وفضله عليه أباح له الطلاق، وأن هذه الإباحة لم تقتصر على الزوج، بل شملت أيضا الزوجة حيث اعترف لها الفقه الإسلامي بحق التطليق إذا ما أصبحت حياتها جحيما لا يطاق بدلا من النعيم الذي يتصف به الميثاق الغليظ⁽⁵⁾. وهذا ما هو إلا ضرب من ضروب إنسانية المرأة وأهليتها وكرامتها التي حضها بها الشرع الإسلامي⁽⁶⁾، ذلك الشرع الذي أبعد الإنسان عن كل ما يناقض حياته الأسرية، أو يحول دون أداء رسالته كاملة في المجتمع، ولهذا قرر الطلاق كلواء لمرض أصبح لا ينفعه دواء آخر سواه⁽⁷⁾.

على ضوء هذه المبادئ الإصلاحية الجذرية التي سطرها الشريعة الإسلامية، قام المشرع الأسري الجزائري بوضع النصوص القانونية التي

أ. الدكتور تشوار جيلالي..... بعض المآخذ على أحكام الطلاق...
نظم بمقتضاها مسألة الطلاق⁽⁸⁾، بيد أن هذا التأثير لم يكن كلي، حيث
جاء المشرع ببعض الأحكام الجديدة في هذا الإطار، مما نتج عن البعض
منها، حينما دخلت حيز التنفيذ، بعض المشاكل القانونية، بسبب احتوائها
على مجموعة من المآخذ التي تشكل لبسا قانونيا عند تطبيقها من قبل
القاضي. وذلك بالإضافة إلى المسائل التي أهملتها النصوص الوضعية والتي
يجب أن يتضمنها قانون الأسرة من باب أولى.

إذن، فالضعف التشريعي الذي ميز هذا القانون في باب الطلاق هو
كمي وكيفي في آن واحد، مما يدفع بالقاضي إلى التوسيع في التفسير
ويجعل منه مبدعا لحلول قضائية تحل محل النصوص التشريعية، وما
هذه بالمنهجية السليمة في وضع النصوص القانونية.

بين تلك الآمال وهذه النقائص، وما جاء به قانون الأسرة، لنا
وقف ضروري لتبيان مدى النجاعة المرجوة. لذلك، نسعى من وراء هذه
المدخلات لتقديم بعض الاقتراحات لمراجعة قانون الأسرة لينسجم النص
القانوني مع المنهجية العلمية السليمة (I) من حيث المصطلحات المستعملة
(II) أو من حيث النصوص الموضوعية المسطرة أو المغفل عنها (III).

I. - المآخذ على المنهجية المتبعة

1. - جاءت المادة الأولى من ق.أ. ناصة على ما يلي "تخضع جميع
العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون"، وكما نصت المادة 221
منه "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من

المقيمين بالجزائر...". فأما تعليقنا على هاتين المادتين يتم من جانبين وهما على النحو التالي :

فالملاحظة الأولى المتعلقة بهاتين المادتين تتمثل في أن قانون الأسرة نص في مادته الأولى على أن العلاقات بين أفراد الأسرة تخضع لهذا القانون، ثم يأتي بعد 220 مادة وينص على أن هذا القانون يطبق على جميع المواطنين...، فهذه ليست بالمنهجية السليمة من حيث صياغة النصوص القانونية إذ كان عليه أن يضع المادة 221 مباشرة بعد المادة الأولى، وذلك حتى لا يكون هناك خلل في المفاهيم ولا في تطبيق النصوص القانونية من حيث الأشخاص.

أما بالنسبة للملاحظة الثانية المتعلقة بالمادة الأولى خاصة، التي انفرد بها قانوننا للأسرة عن جميع قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية فتتمثل في الإشارة إلى القول أن جميع العلاقات بين أفراد الأسرة تخضع لهذا القانون، فإنه مبدئياً كان بإمكان المشرع أن يستغني عن هذا النص، غير أن ما ورد فيه هو غير صحيح من حيث أن هذه العلاقات القائمة بين أفراد الأسرة ممكن أن تكون قائمة على أساس المعاملات المدنية كالبيع والإيجار أو التجارية كالشركات أو جنائية كالسرقات، وكما هو ظاهر فإن جميع هذه العلاقات لا ينظمها قانون الأسرة.

2.- خلافاً للقانون المدني (وكذلك قانون العقوبات⁽⁹⁾) الذي حدد المصادر التي اعتنقها المشرع في المسائل المدنية في المادة الأولى منه⁽¹⁰⁾، فقام المشرع الأسري بتحديداتها في المادة 222 من ق.أ. أي في المواد الأخيرة

أ. الدكتور تشوار جيلالي بعض المآخذ على أحكام الطلاق...
منه ، وهذه ليست بالمنهجية السليمة ، إذ فإنه من الأجدر أن تتبع منهجية
موحدة في جميع القوانين الوضعية .

3. - أما المادة الثالثة فهي توضح ركائز الأسرة بقولها " تعتمد
الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة
وحسن الخلق ونبد الآفات الاجتماعية " ، غير أن هذا الشرح الذي جاءت به
هذه المادة لا يصلح كأساس لأحكام قانونية يعتمد عليها القضاة ، ولربنا
كان مثل هذا التصريح ملائماً أكثر مع لائحة سياسية أو مبدأ دستوري أو
مذكرة إضاحية مرفوقة لهذا القانون بدلا من وضعه في قلب قانوني يستعين
به القضاة .

4. - وبعد هذه الأحكام العامة ينتقل المشرع إلى تقسيم الأحكام
الخاصة بالزواج والطلاق إلى قسمين ، حيث عالج في القسم الأول المتمثل
في الباب الأول الزواج وفي القسم الثاني المتمثل في الباب الثاني انحلال
الزواج ، وقسم الباب الأول بدوره إلى خمس فصول (الخطبة والزواج ،
موانع الزواج ، النكاح الفاسد والنكاح الباطل ، حقوق وواجبات الزوجين ،
النسب) ، في حين قسم الباب الثاني إلى ثلاث فصول (الطلاق ، آثار
الطلاق والنفقة) .

ولكن ما يعاب على المشرع في تقسيمه للأحكام المتعلقة بالطلاق هو
أنه من جهة أدرج بعض العناوين بدون تبويب ، منها : العدة (م. 58) ،
الحضانة (م. 62) والنزاع في متاع البيت (م. 73) . ومن جهة ثانية ،
عنون توابع الطلاق بعبارة " آثار الطلاق " ولم يقوم بنفس المنهجية بشأن

أثار الزواج، مما دفعه إلى تحديد أحكام النفقة في باب الطلاق وتجاهلها في باب الزواج، وكذا الشأن بالنسبة للحضانة أثناء قيام العلاقة الزوجية. ومن جهة ثالثة، فقد أخفق المشرع في ترتيبه لبعض العانوين مع المواضيع المعالجة، ومن أمثلة ذلك عنون الفصل الثالث من الباب الثاني " النفقة"، وبدأ بالتنصيص على الملتمزمين بها في المواد 74-77، ولم يبين مشتملاتها إلا في المادة 78.

5.- ويعاب أيضا على المشرع بخصوص المنهجية التي اتبعها ما قام به في تحديد حالات الطلاق بمفهومه الواسع في المادة 48 من ق.أ.، ولكن دون الإحالة إلى المادة 55 التي تتحدث عن نشوز أحد الزوجين كسبب من أسباب الطلاق.

6.- ومن المأخذ في المنهجية المتبعة في مسألة الطلاق، نجد أن المشرع أشار في باب الإجراءات إلى الصلح الذي يقوم به الحكمين، مع العلم فإن المكان المناسب لهذه المادة هو أنها تصاغ بعد الحديث عن الصلح الذي يقوم به القاضي أي بعد المادة 49 بدلا من المادة 56 من قانون الأسرة. إذا كانت هذه هي بعض النقائص الواردة في قانون الأسرة بشأن المنهجية التي اتبعها المشرع الجزائري في صياغته للأحكام المنظمة للطلاق، غير أن هذا القصور في التقنين لم ينحصر في المنهجية فحسب، بل يتعداها وأصبح يشمل كذلك المصطلحات المستعملة.

II.- المأخذ على المصطلحات المستعملة

أ. الدكتور تشوار جيلالي..... بعض المآخذ على أحكام الطلاق...

1. - جاء في المادة 32 من ق.أ. "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع..."، يؤخذ على هذا النص أنه عبر عن حق الزوجين في طلب إنهاء الزواج الذي انتفى منه أحد أركانه أو اشتمل على مانع بحق طلب الفسخ. مع أن الصواب هو طلب بطلان الزواج مثلما أشار إليه النص الفرنسي بقوله "Le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié"، لأن الفسخ لا يحكم به إلا في العقد الصحيح، وهو ما يقابله الطلاق في العلاقة الزوجية. وأن الزواج الذي لا يستوفي أركانه أو شرائطه لا يعتبر زواجا صحيحا حتى يكون لكل من له مصلحة الحق في طلب فسخه، وإنما هو زواج فاسد، وذلك حتى تنسجم نصوص قانون الأسرة مع المبادئ القانونية العامة⁽¹¹⁾.

2. - تنص المادة 49 من ق.أ. "لا يثبت الطلاق إلا بحكم...". (م. 40 ق.أ. يثبت النسب la filiation est établie - لا يثبت الطلاق Le divorce ne peut être établi). لست أدري كيف يفهم من هذه العبارة ما قصده واضع قانون الأسرة منها، لأن المعنى الظاهر وهو أن الطلاق لا يتم إثباته إلا بحكم قضائي، وأنه عندما يقع عرفيا، فإن القاضي يمكنه أن يعتمد على البيئة الشرعية في إثباته، وهذا المعنى فاسد، وغير صحيح، لأنه يقتضي أن الدعاوى التي تتعلق بإثبات الطلاق لا تسمع مطلقا في حالة ما إذا وقع بعد صدور قانون الأسرة، ولعل أن المشرع يقصد أن الوسيلة العادلة لإيقاع الطلاق هي الحكم الذي ينطق به القاضي.

وعليه، فبانتهاء ذلك الحكم لا يقع الطلاق إلا بصفة استثنائية بشأن الطلاق اللفظي الذي تم بين الفاتح من جويلية 1975 وتاريخ صدور قانون الأسرة⁽¹²⁾، ويمكن للقاضي حينئذ أن يقبل البيعة الشرعية في إثباته. وقانون الأسرة لم يوفق في هذا النص لأنه لم يبين ماهي الحالة الاستثنائية التي يجوز فيها للقاضي أن يسمع دعوى إثبات الطلاق. كما أنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة. ولهذا وذاك، كان من المستحسن على المشرع أن يستعمل في هذه الحالة كلمة "لا يقع" بدلا من "لا يثبت".

وأن هذا الإبهام في المصطلح أدى بالمحكمة العليا إلى إصدار قرارات متناقضة، حيث قضت في قرارها الصادر في 25 ديسمبر 1989 على أنه "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي"⁽¹³⁾؛ في حين قضت في قرارها الصادر في 16 فبراير 1999 بأنه "متى تبين، في قضية الحال، أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁴⁾.

3. - كما أن المشرع نجده أنه لم يتحكم في مصطلح "الدخول"، حيث نجد أنه قد استعمل هذا المصطلح في المواد 16⁽¹⁵⁾ و17⁽¹⁶⁾ و58⁽¹⁷⁾ (عدة الطلاق) و74⁽¹⁸⁾ من ق.أ.، بينما استعمل مصطلح "البناء" في

أ. الدكتور تشوار جيلالي بعض المآخذ على أحكام الطلاق ...

المادتين 17 و 51 (الطلاق الثلاث)⁽¹⁹⁾ من ذات القانون، في حين استعمل مصطلح ثالث وهو "إمكان الاتصال" في المادة 41 منه (بشأن ثبوت النسب الشرعي)⁽²⁰⁾. ولهذا فنحن نرى أنه مادام الأمر هنا يتعلق بأقدس الحقوق الأسرية أن نلغي هذا التنوع والعطلة في المصطلحات، لأن أحسن وسيلة تحمل على تنظيم ترتيب تلك الحقوق، هو أن ينص في القانون الأسري على مصطلح واحد لا يحتويه إبهام ولا غموض.

4. - ورد في المادة 57 من ق.أ. ما يلي "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية"، ويفهم من هذه العبارة الأخيرة في تفسيرها الحرفي أنه لا يمكن الطعن بالاستئناف إلا في المسائل المالية المتعلقة بتوابع الطلاق، وهذا غير صحيح، لأن ما هو جري به العمل على مستوى المحاكم⁽²¹⁾ أنه يجوز الطعن بالاستئناف في قضايا العدة والحضانة والنسب، علما أنها ليست من الماديات وإنما من الآثار الشخصية المترتبة عن الطلاق.

5. - يقول الشطر الأول من المادة 58 من ق.أ. في معرض الكلام عن العدة كتابع من توابع الطلاق "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، ..."، ولم يحدد المشرع في أي نص ما المقصود بمصطلح "القروء"⁽²²⁾، وأن عدم تفسير هذه العبارة بمقتضى نص قانوني واضح يعتبر غبنا بالنسبة للقضاء وكذلك بالنسبة لمن يعنيه الأمر بها، بل قد يعتبر كذلك منفذا لخلط الحلال بالحرام وخاصة مع الضعف الوازع الديني الذي أصبح يتحلى به مجتمعنا. ولكن أمام الإعجاز القرآني⁽²³⁾، كان على المشرع أن

يكون أكثر وضوحاً بالتنصيص صراحة على معنى القرء بدلاً من الرجوع إلى
الفقه الإسلامي لمعرفة معناه⁽²⁴⁾.

6.- تنص المادة 61 من ق.أ. بقوله "لا تخرج الزوجة المطلقة...
من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها... إلا في حالة الفاحشة البينة
". وهذا ما نجده أيضاً في نص الفقرة السابعة من المادة 53 من ق.أ. بقوله
أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق بسبب "ارتكاب فاحشة مبينة"، وهذا
النص كما نرى يصرح بأن للزوجة حق التطليق بسبب الفاحشة، غير أن
الفاحشة التي قصدها المشرع في هذا النص يمكن أن يحتوي مدلولها على
عدة معاني إذا ما أردنا الأخذ بمعناها الواسع، حيث يدخل في طياتها
الزنى، شرب الخمر، المخدرات، السرقة والسحر، الخ⁽²⁵⁾.

ويلاحظ من جهة أخرى أن هذه المادة ينقصها أيضاً حسن الصياغة
والدقة مثلما تقتضيه طبيعة القاعدة القانونية⁽²⁶⁾، وذلك راجع إلى
استعمالها مصطلح "السكن العائلي"، مع العلم أن إقرار هذا المصطلح لا
يتماشى بتاتا مع الطلاق الذي أصبح باننا بحكم المادة 50 من ق.أ.
هذه هي بعض النقائص في المصطلحات التي استعملها المشرع
الأسري، ولكن، إلى جانبها توجد نقائص أخرى متعلقة بالأحكام
الموضوعية التي نظم المشرع بمقتضاها قضايا الطلاق وما يترتب عنه من
آثار شخصية ومادية.

أ. الدكتور تشوار جيلالي..... بعض المآخذ على أحكام الطلاق...

III. - المآخذ على الأحكام الموضوعية المقررة والمفعل عنها

1. - تنص المادة الثانية من ق.أ. في شطرها الثاني على أن الأسرة "...تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة". فهذا النص يبني العلاقات الأسرية على أساسين هما الزوجية والقرابة، فهذا التنظيم يعد صحيحا في حالة ما إذا اقتصرنا الحديث في هذا القانون على أصحاب الحق في الميراث وفقا لما نصت عليه المادة 126 من ق.أ.، غير أن الأخذ بهذا التفسير في سائر المسائل الأسرية التي نظمها يؤدي إلى القول أن المصاهرة ليست لها أي دخل في هذا المجال، علما أن المشرع اعتبرها في بعض الحالات مانعا من موانع الزواج⁽²⁷⁾، وكما أن الكفالة التي نظمها في المواد 116 وما بعدها من ق.أ. لا علاقة لها مع التكوين الأسري الذي جاء به المشرع في المادة 2 المشار إليها أعلاه. ومن ثم، هل من الأفضل أن نعالج مسائل غير أسرية (لا تدخل لا في الزواج ولا في الطلاق) بقانون أسرة؟
3. - والسؤال المطروح هنا يكمن في معرفة متى نكون أمام حالة الطلاق، علما أن المشرع قد نص في المادة 6 من ق.أ. على أنه "يمكن أن تقتن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام البنينة في المادة 5 أعلاه". فمن خلال هذا النص يتبين أن الفاتحة [أو الخطبة المقترنة بالفاتحة]، هي التي لا تتصف بالزواج الشرعي ولا تنطبق عليها أحكامه، ومن ثم لم يترك النص التشريعي الباب مفتوحا للاجتهاد القضائي بحيث لم يمنح للقضاء سلطة تقديرية في التحري عن صحة

الاتفاق الواقع بين المعنيين به ، أو في مدى ملاءمته للنظام الشرعي لعقد الزواج ، أو عدم ملاءمته ، أخذاً بعين الاعتبار عدة عوامل أهمها التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي طرأ على الأسرة الجزائرية ، فأحدث عادات وتقاليدها تتنافى مع النظام الشرعي لعقد القران كاختلاء الخطيب بخطيبته مراراً وتكراراً.

ومن خلال قراءتنا كذلك قراءة متأنية لهذا النص نلاحظ أنه سوى بين الخطبة والفتحة فيما يتعلق بحق العدول والآثار المترتبة عنه ، وكما أنه لم يأخذ بالمذاهب الفقهية فيما يتعلق بالآثار المترتبة على جل هذه العلاقة بحيث أضفى صبغة الخطبة على الفتحة وعدولها حق للطرفين ، وذلك على خلاف تلك المذاهب التي كيفت هذه العلاقة بالزواج.

وهذا الموقف السلبي يجعل تطبيق المادة 22 من قانون الأسرة مجرد أفكار عامة ، بل من ذلك تجريد هذا النص القانوني من قوته الإلزامية ككل . وهذا ما يدفعنا إلى القول أن المشرع قد تناقض مع نفسه ، بحيث اعتبر في المادة السادسة الفتحة خطبة ثم جاء في المادة 22 من ذات القانون ونص على "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقاً لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية" ، وهو الزواج العرفي ، أي الزواج الذي يتم أمام جماعة من المسلمين بمجرد قراءة الفتحة.

وابتعاداً عن هذا التضارب بين النصوص التشريعية حول الطبيعة القانونية للفتحة ، فالذي نراه متماشياً مع مختلف نصوص قانون

أ. الدكتور تشوار جيلالي بعض المآخذ على أحكام الطلاق...
الأسرة الأخرى وروح الشريعة الإسلامية ومتماشيا أيضا مع العادات
والتقاليد الجزائرية أن الفاتحة [الفاتحة اللاحقة للخطبة] لا تكفي،
في الميدان القانوني، على أنها خطبة، بل زواج عرفي يخضع عند انحلاله
للأحكام الواردة في المادة 47 أي إلى أحكام الطلاق بدلا من أحكام
الخطبة⁽²⁸⁾. وبذلك ليس من المعقول وليس من العدل تضييع الزوجة
وحرمان نسب المولود إذا ما اعتبرنا أن عقد القران غير حاصل وهو أمر لا
تقره الشريعة الإسلامية.

وفي هذا الاتجاه، يؤكد قضاء الأحوال الشخصية الجزائري من جانبه
مراعاة مسألة العقد العرفي الناتج عن قراءة الفاتحة. ويلاحظ أن هذا هو
أيضا موقف الفقه الإسلامي⁽²⁹⁾، إذ فكل الفقهاء متفقين على القول بعدم
وجوب الخطبة مع اعتبار العقد العرفي زواجا صحيحا يكون التزاما قانونيا
بين طرفيه.

4. - تنص المادة 33 من ق. أ. على أنه "إذا تم الزواج بدون ولي أو
شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول
بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد". في
الواقع، إننا لا نخفي استغرابنا من الحل الذي تبناه المشرع بقوله أن الزواج
يصبح صحيحا بالدخول إذا اختل أحد أركانه، وهكذا يصبح البطلان رهين
عدد الأركان غير المتوافرة⁽³⁰⁾، ومن ثم بدلا من أن يكون الزواج باطلا بسبب
انتفاء أحد أركانه، فالحقه المشرع بالزواج الصحيح، ومن ثم لا ينحل إلا
بالطلاق أو الوفاة. وبهذا الموقف خرق المشرع بعض المبادئ الأساسية التي

تقوم عليها العلاقة الزوجية، إذ العمل بهذا النص قد يؤدي في بعض الحالات إلى استبدال الحلال بالحرام.

وما ينبغي الإشارة إليه هنا أيضا هو أن استعمال كلمة "اختل" من قبل المشرع في المادة 32 من ق.أ. ليس لها أي معنى في هذا المجال، لأن هذه الكلمة يمكن تفسيرها بـ "ضعف" أو "فسد"⁽³¹⁾، وهذا غير صحيح بدوره لأنه لا يستقيم مع الجزاء المترتب على مخالفة ما جاءت به هذه المادة، إذ كيف يمكن القضاء ببطلان عقد الزواج بمجرد وجود عيب بأحد أركانه - كعيب من عيوب الإرادة، أو الصداق كانت تسميته نصفها فاسدا والآ خر صحيح - مثلما ما هو مشار إليه أعلاه في النص الفرنسي.

5. - ومن جهة أخرى، بالرغم من أن المادة 49 من ق.أ. تنص على أن "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح..."، غير أن غموض هذا النص من حيث نصوصه الموضوعية دفع بالمحكمة العليا إلى إصدار قرارات قضائية متضاربة، وذلك بارز خاصة من خلال قراراتين، إذ قضى الأول منهما بأنه "من المقرر قانونا أن محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة 49 هي إجراء جوهري في صالح الزوجين معاقصد إعطائهما فرصة تسمح باختيار العلاقة التي تربطهما"⁽³²⁾. بينما جاء في ثانيهما ما يلي "إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية"⁽³³⁾.

أ. الدكتور تشوار جيلاني بعض المآخذ على أحكام الطلاق ...

6. - وإذا كانت المادة 19 من ق.أ. قد سمحت بالزواج عن طريق الوكالة، غي أن هذا القانون لم يشر ولا في مادة من مواد عن الطلاق عن طريق الوكالة ولا عن طلاق التفويض.

7. - وكما أنه يجب إعادة النظر في المادة 52 من هذا القانون، وذلك خاصة فيما يتعلق بسكن المطلقة الحاضرة، وذلك مع حذف الشروط المتعلقة بعدد المحضونين والولي الذي يقبل إيوائها، بل يجب مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

8. - وإذا فسرنا النصوص بعضها بعضا، طبقا للمدرسة الشرح على المستون، نقول أن العيب الواحد غير كاف لتبرير الطلاق، بل يعتبر الطلاق في هذه الحالة تعسفيا، إذ أن المشرع قد استعمل صياغة الجمع بشأن سبب التطلق الوارد في الفقرة الثانية من المادة 53 من ق.أ.، والحقيقة فهذا غير صحيح.

9. - وتنص المادة 55 من ق.أ. على إمكانية المطالبة بالتعويض في حالة الطلاق بسبب النشوز، أما الفقرات الأخرى الواردة في قانون الأسرة والمتعلقة بحق الزوج في طلب الطلاق لم تشير ولا واحدة منها عن إمكانية طلب التعويض في الحالات الأخرى كالطلاق بسبب ارتكاب الزنا مثلا.

10. - وأن المواد 58-61 من ق.أ.، لم تبين الأحكام الخاصة بعدة المطلقة غير المدخول بها ولا بعدتها بعد الخلوة⁽³⁴⁾، وكما أنها لم تشير إلى حالات تداخل العدد، بل أن المشرع، أمام كل هذه النقائص قد أباح التوارث بين الزوجين بعد أن أصبح الطلاق بائنا (م. 132 من ق.أ.)، وهذا

ما لم يقل به الفقه الإسلامي الذي ربط حق التوارث فقط بالطلاق الرجعي دون البائن، ما لم يكون الأمر يتعلق بطلاق الفار.

خاتمة

وأمام كل هذه النقائص في مسائل الطلاق، وذلك من حيث المنهجية المتبعة أو المصطلحات المستعملة أو المسائل المغفل عنها، لم يبق لنا إلا أن نتمسك بتعديل هذا القانون ولا بإلغائه كما يتمسك به البعض، وذلك مع الالتزام بالقيم الإنسانية التي أقرتها الشريعة الإسلامية والمستجدات الاجتماعية والعلمية.

وعليه فمن واجب هذا القانون أن لا يأتي بحكم تأباه الفطرة، ولا يلتزم بموقف يناقض حرية الإنسان وكرامته، فالقانون هو امرأة التقدم في المجتمع، ويجب أن تكون المرأة صافية نقية تعبر عن الحقيقة من غير تزيف.

الهوامش:

(1) انظر، الإمام الأكبر محمد شلتوت، الإسلام، دين وعقيدة، دار الشروق، 1980، 17 وما بعدها.

(2) سورة القصص، الآية 77.

(3) سورة المائدة، الآية 87.

(4) سورة النساء، الآية الأولى.

(5) انظر، د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، دار الفكر، الجزائر، 1992، ص. 345 وما بعدها.

(6) انظر، د/ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط. 5، المكتب الإسلامي، بيروت، (بدون تاريخ الطبع)،

ص. 46 وما بعدها.

أ. الدكتور تشوار جيلالي..... بعض المآخذ على أحكام الطلاق...

- (7) انظر، أبو الأعلى المودودي، حقوق الزوجين، تعريب أحمد إدريس، دار الوفاء للنشر والتوزيع، الجزائر، 1989، ص. 43-66.
- (8) راجع بشأن مسألة الطلاق في القانون الجزائري، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص. 241-322؛ د/ العربي يلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج.، 1994، ص. 205-257؛ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص. 231-320؛ د/ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج.، 2001، ص. 143 وما بعدها.
- (9) إذ تنص المادة الأولى منه على أنه "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".
- (10) تنص هذه المادة في فقرتها الثانية على أنه "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".
- (11) تنص الفقرة الأولى من المادة 119 من القانون المدني على ما يلي "في العقود المزمرة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداده المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".
- (12) حيث أنه بمقتضى القانون الصادر في 1962/12/31، استمر العمل (بصرف النظر عن القانون رقم 63-224 الصادر في 1963/06/29) بالامر رقم 59-274 الصادر في 1959/02/04 المتعلق بالزواج والطلاق، وكذلك بالمرسوم رقم 59-7082 الصادر في 1959/09/17 المتضمن اللائحة التنفيذية لهذا الأمر، إلا أن جاء الأمر الصادر سنة 1973 والذي ألغى جميع القوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي، وذلك ابتداء من أول جويلية 1975.
- (13) انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1989/12/25، ملف رقم 57812، المجلة القضائية، 1993، عدد 3، ص. 71.
- (14) انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1999/02/16، ملف رقم 216850، مجلة "دراسات قانونية"، 2003، مارس، ص. 102-106.
- (15) وذلك بقولها : تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول...::

- (16) حيث نصت على أنه "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"
- (17) حيث تقول "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل..."
- (18) وذلك بقولها "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها..."
- (19) إذ تنص على أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".
- (20) تنص هذه المادة على أن "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال..."
- (21) راجع فيما يتعلق بهذه الطعون، (الحضانة) مجلس قضاء سكيكدة، 1990/02/13، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص. 167؛ مجلس قضاء وهران، 1996/05/27، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص. 170؛ مجلس قضاء الجزائر، 1997/10/27، المرجع السابق، ص. 173؛ (النسب) مجلس قضاء ورقلة، 05/16/1990، المرجع السابق، ص. 74.
- (22) انظر بشأن هذه المسألة، عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج. 2 الطلاق وآثاره، ط. 8، منشورات جامعة دمشق، 2000/2001، ص..
- (23) إذ يقول سبحانه وتعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء". سورة البقرة، الآية 22.
- (24) "والقروء جمع قراء، وهو يحتل في الآية الحيض أو الطهر، لأنه لغة مشترك بينهما - كما قالوا - ومن هنا اختلف فقهاء الصحابة ومن بعدهم في المراد منها، فمنهم من ذهب إلى أن المراد بها الحيض، وهو مذهب الحنفية والحنابلة، ومنهم من ذهب إلى أن المراد بها الطهر، وهو مذهب المالكية والشافعية والجعفرية". انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص. 654.
- (25) انظر، عفيف عبد الفتاح طيارة، الخطايا في نظر الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، 197، ص. 11 وما بعدها.
- (26) حيث ينبغي عند إعداد التشريع أن يتم اتباع منهج معين في الصياغة القانونية، يساعد على تطبيق القانون من الناحية العملية، باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية، للوصول إلى الفرض المنشود من قبل السياسة القانونية، حيث كلما كانت الصياغة موفقة وملاءمة زادت فرص نجاح القاعدة القانونية في التطبيق. انظر، جيلالي

أ. الدكتور تشوار جيلالي..... بعض المآخذ على أحكام الطلاق...

تشوار، مناهج العلوم القانونية، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى ليسانس، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003/2002.

(27) حيث تنص المادة 26 من ق.أ. على أن " المحرمات بالمصاهرة هي : 1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

2- فروعها إن حصل الدخول بها.

3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.

4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

(28) وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 27 مارس 1990 بأنه "من المقرر شرعا بأن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان الذي يشهد أصحابها بأنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين" انظر محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1990/03/27، المجلة القضائية 1990، عدد 3، ص. 82.

كما قضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر بتاريخ 24 سبتمبر 1984 بأنه "من المقرر فقها وقضاء بأن الزواج بقراءة الفاتحة وتحديد الصداق وحضور الشهود والولي هو زواج صحيح" (2). انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 09/24/1984، المجلة القضائية 1990، عدد 1، ص. 64.

(29) إذ أنه لا يشترط لصحة الزواج شرعا أن يكون مسجلا أو مكتوبا على يد مأذون أو موثق أو غيره، انظر، عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، ص. 17 وما بعدها.

(30) وما يجب الإشارة إليه أن تنص المادة 11 من ق.أ. على أن "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين... ويفهم من هذا التعبير أنه إذا استحالة على الفتاة الحصول على موافقة أبيها، بسبب من الأسباب كالوفاة أو فقدان أو سقوط الولاية عنها، الخ، فإن أحد أقاربها الأولين هو الذي يتولى هذا المهام. وهذا غير واضح وفيه إبهام من حيث المصطلح لأن المعروف أن الترتيب الذي جاء به الفقه الإسلامي يجب أن يحترم حماية لمصلحة الفتاة وإلا ما الفائدة من وجود الولاية إذا سمحنا للفتاة الانتقال من شخص إلى آخر من أجل الحصول على رضا الولي، هذا فيه مساس بكرمتها ومنيعا للعدوة بين الأقارب.

(31) يقال أختل الأمر أي ضعف، أو أختل عقل الرجل أي فسد. انظر، علي بن هادية، بلحسن البليش والجيلاني بن الحاج يحي، القاموس الجديد للطلاب، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص. 21.

(32) انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1993/02/23، ملف رقم 103040، غير منشور.

(33) انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1998/07/21، ملف رقم 200198، نشرة القضاة، 1999، عدد 56، ص.

[illegible]

(34) وخاصة وأن مسألة الخلوة قد اختلفت الفقه بشأنها، فمنه كالأحناف والحنابلة من أخذ بها، ومنه من لم يأخذ بها كالشافعية والمالكية.