جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المرجع: .....

قسم : القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

العدة وأثرها على الاحكام القضائية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: االحقوق التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالبة : تحت إشراف الدكتورة :

- فليتي فاطيمة الزهراة - حميدة نادية

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور	عباسة طاهر	رئيسا
الدكتورة	حميدة نادية	مشرفا مقررا
الدكتور	بن عديد نبيل	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

نوقشت يوم:**2021/09/30.**

إهـــــداء

إلى من علموني العزم و الإصرار ، إلى العاطفة الصادقة التي أنارت طريق حياتي بكل إخلاص ، إلى من شد بأزري إلى رفيق دربي الذي منحني الثقة في النفس و القوة و العزيمة ، إلى من أوصانا الله بهما وقال :" و بالوالدين إحسانا " إلى والـديا الكريمين أمد الله في عمرهما ، التي لا تستطيع كل الكلمات و الأفعال أن تعطيهـما حقهما إلى النهـر المتدفق بالعطاء و الذي أنار لي دروب العلم وشجعني وحثني داما على التعلم وحب العلم .

إلى جدتي رحمها الله و جدي وجدتي و إخوتي و أفراد العائلة الصغيرة و الكبيرة ، إلى جميع من علمني ولو حرفا وساهم في تكويني لأصل هذا اليوم.

في الأخير نرجو من الله عز وجل أن يهدينا و يرشدنا إلى ما فيه الخير و الصلاح ، وصلى اللهم وسلم على سيدنا ممد شفيع الأمة إلى يوم الدين.

مقدمة عامة

إن الإسلام شرع الزواج وجعله عقد الحياة حتى جعل التوقيت فيه مبطلا له ، و أحاطه بكل الضمانات ليستقر فيؤتي ثمراته الطيبة ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تحقق التوافق بين الطرفين و سكن كل منهما إلى صاحبه و إرتبط قلبيهما برباط المودة، وشاعت بينهما الثقة وعرف كل منهما ما للآخر من حقوق.

ولكن إذا ما ساءت العشرة بين الزوجين وتعاكست مفاهيم الحياة بينهما وصار أمرهما إلى شقاق دائم ، فالخير كل الخير أن تحل رابطة الزوجية بينهما وذلك بالطلاق حسما للشقاق الذي لم تجدر الوسائل الإصلاحية في القضاء عليه و إزالته.

فالإسلام شرعه كعلاج ينهي الخلاف، ويحسم الداء ، ويطفئ نار العداوة بين الزوجين ، ويقلل من دائرة النزاع الذي لا يلبث أن تمتد جوانبه إلى أقارب الزوجين ، فكان لابد من إيجاد باب للخلاص من هذه العلاقة التي أصبحت لا تحقق المقصود ، وذلك المخلص هو الطلاق الذي شرعه الله ليتخلص به الزوجان من المفاسد و الشرور ، التي قد تترتب على بقاء الحياة كريهة بغيضة، وليستبدل كل منهما زوجة بزوج آخر قد يأتلف معه، ويتبادل معه المودة والرحمة قال الله تعالى" وإن يتفرقان يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما" .

كذلك شرع الطلاق كحل وسط لتحقيق الرغبات، فقد يكره الزوج زوجته لكونها لا تنجب ، و مافات عليه أمينة كان يحلم بها قبل الزواج، ويطلبها بالزواج وهي الولد ، فيأخذ الزوج في ظلم زوجته، منتحلا المعاذير لفراقها ، وقد يتعدى حدود الله في ذلك ، ففتح الإسلام أمامه طريق التخلص على أحسن وجه، و أفضل مسلك بشرعية الطلاق لكي تهدأ النفوس، وتستقر القلوب ، فيبتغي الزوج امرأة أخرى ولود تنجب له ولدا تطيب به نفسه ، وتقر به عينه، يخلد ذكره و يحمل إسمة ، فنفر الإسلام من الطلاق و إتخذ من الوسائل ما يجعله في أضيق الحدود،

حتى لا يصار إليه إلا عند الحاجة و الضرورة القصوى وتفاقم الضرر و إشتداد الداء ، وحين لا يجدي علاج آخر سوى الطلاق، ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة".

وهذا كله يدل دلالة واضحة أن الطلاق إجراء إستثنائي لا يقدم عليه إلا عند الضرورة الشديدة ، فبمجرد فرقة الزوج لزوجته بأي نوع من أنواع الفرقة، ثمة آثار تترتب عليها كتربص المرأة مدة زمنية معينة لا تتزوج فيها و لاتخطب، فالعدة حق الله تعالى.

ـ أ ـ وقد نظم المشرع الجزائري العدة كأول أثر من آثار الطلاق، في الفصل الثاني من الباب الثاني بالعنوان ب " إنحلال الزواج" ، وهذا في المواد 58-59-60-61 من قانون الأسرة الجزائري الذي أخـذ برأي الـفقهاء في تحديد عـدة المطلقة، إلا أنه هنالك خلاف بين الفقه و القانون فيما يخص بداية إحتساب العدة ، فيرى الفقهاء الشريعة الإسلاميـة أنها تحتسب من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، بينما القانون نص على أنها تبدأ من يوم تصريح القاضي بالطلاق، أي من يوم صدور حكم هذا الأخير بالطلاق.

وهذا هو الإشكال الـذي يتسنى لـنا دراسته من زاوية الفقه و القانون مع تسليط الضوء عـلى ما تبديه الـممارسات القضائية بخصوص أحكامها الصادرة ميدانيا، ومنه تتفرع عدة تساؤلات منها:

ـ هل إحتساب عدة المطلقة يكون من تاريخ صدور حكم القاضي أو من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق؟

ـ هل حكم الطلاق الذي يوقعه القاضي بعد محاولة الصلح منشئ أو كاشف للطلاق؟

وعليه فإن الأهمية البالغة التي يكتسبها موضوع العدة و الإشكاليات التي يطرحها في ظل التغيرات الأسرية الراهنة و التي أصبحت تنحو منحى آخر في عصرنا الحديث، حيث أصبح يتطلب من الـمشرع وضع قيود تضمن أولا حق الله تعالى زمانا ومكانا وحقوق العباد ثانيا حفاظـا على كـيان الأسرة بإعتبارها الـلبنة الأساسية للمجتمع، دون أن يخرج عن الأسس و المبادئ المستمدة من الشرع الإسلامي.

وهذه الإعتبارات المذكورة أعلاه دفعتنا إلى إختيار هذا الموضوع المرسوم بعنوان " العـدة و أثرها عـلى الأحـكام القضائية ".

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية هذا البحث من حيث موضوعه الـمتعلق بالعدة، وهو مـوضوع في غاية الـدقة و التي أمرت الشريعـــة الإسلامية بحفظه و القانون بسن مواده حيث جعلها من النظام العام فيمن تجب في حقهم شرعا وقانونا.

أسباب إختيار الموضوع:

تعود الأسباب التي دفعتنا إلى الكتابة في هذا الموضوع إلى مايلي:

الرغبة في المساهمة في إثراء المكتبة بإضافة هذا البحث المتواضع.

النقص الذي خيم على عقول البعض من أفراد المجتمع لمعرفة أمور دينهم وتلك المتعلقة بأحوال النساء دون الحيلولة للوقوع في المحظور، إجراء مـقارنة بين ما جاء به قانـون الأسرة الجزائري من أحكـام العدة و آثارها وبين أحكام الشريعة الإسلامية في ظل التطبيقات القضائية .

صعوبات البحث:

إن الصعوبات التي واجهتنا تمثلت في ندرة الـــمراجع المتخصصة وصعوبة الإلمام بكـل جوانب الموضوع وذلك لتشعبها لذلك إستغرقنا فترة زمنية معتبرة في سبيل إنجازها هذا البحث.

الدراسات السابقة:

فيما يخص الدراسات المتعلق بموضوع العدة و أثـــرها عـلى الأحكـام القضائية لـم نجد دراسة متخصصة في هذا الموضوع أي بنفس العنوان، إلا أنه يوجد في بعض المراجع التي تناولت مواضيع متشابهة لهذا الموضوع وهي ما إستفدنا منها، ونذكر منها:

ـ الطلاق و آثاره في قانون الأسرة الجزائرية ، الدكتور المصري مبروك.

ـ عدة الطلاق الرجعي و أثرها على الأحكام القضائية ، أطروحة دكتوراه للأستاذ لمطاعي نو الدين.

إشكالية البحث:

من خلال إطلاعنا على بعض المراجع التي تهتم بمثل موضوعنا إرتأينا أن نصوغ الإشكالية على النحو التالي:

ماهي الأسس و الأحكام الإجرائية و الموضوعية المتعلقة بالعدة و أحكامها المكرسة و المستجدة؟

وما هو موقف الإجتهاد القضائي فيما ما بين الواقع و التطبيق؟

وبما أن نظام الطلاق من أسرار العائلة و الذي ينفرد به الزوج ، وما تطرحه المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بخصوصه فهل حكم الطلاق هو حكم كاشف أو منشئ ؟ ومتى يبدأ حساب العدة ، هل من تاريخ الحكم أو من تاريخ تصريح الزوج وتلفظه بالطلاق؟

وهل سلطة القاضي مطلقة أم مقيدة فيما يخص مسائل الطلاق؟ وهل يعد الصلح في هذه المسالة من النظام العام؟

كل هذه الأسئلة وغيرها سنحاول الإجابة عنها في هذه المذكرة.

إن الموضوع الـذي هو محل الدراسة يفـرض إعـتماد المنهج الوصفـي التحليلي وذلك لعرض و تحليل النصوص القانونية المتعلقة بهـذا الموضوع مع إستعمال المنهـج المقارن في بعض جزئياته لـبيان موقف الفقه من العدة على ضوء قانون الأسرة الجزائري في ظل تطبيقات الإجتهاد القضائي بإعتباره الجانب العملي للنص التشريعي، يوضحه تارة ويبين قصوره تارة أخرى، وخاصة تلك الصادرة عن غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا.

ـ ب ـ خطة البحث:

تم تقسيم البحث وفق ما يقتضيه التسلسل المنطقي لمعالجة هذا الموضوع بغية الإحاطة بمختلف العناصر الجوهرية التي يتطلبها حل الإشكال المطروح، حيث إعتمدنا التقسيم الثنائي للموضوع، فقسمنا البحث إلى فصلين وخاتمة.

حيث تناول الفصل الأول الإطار المفاهيمي للعدة، وتم تقسيمه إلى مبحثين ، حيث تناول المبحث الأول مفهوم العدة والذي يشتمل على تعريفها لغة و إصطلاحا في المطلب الأول ، أما المطلب الثاني فقد إشتمل على مشروعية العدة و الحكمة منها، ثم تناول المبحث الثاني

مقدمة عامة

أنواع العدة في مطلبين حيث خصصنا المطلب الأول لأنواع العدة من حيث المدة التي تستغرقها ، أما المطلب الثاني تناولنا فيه أنواع العدة من حيث سبب إنحلال الرابطة الزوجية.

وتناول الفصل الثاني الإطار التطبيقي للعــدة ، وتم تقسيمه إلى مبحثيــن ، حيث تناول المبحث الأول إحصاء العدة وطبيعة الأحكام الصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، وقسمناه إلى مطلبين.

خصصنا المطلب الأول لبيان كيفية إحصاء العدة أما المطلب الثاني تناولنا فيه طبيعة الأحكام الــصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية ثم تناول المبحث الثاني أثر العدة على الأحكام القضائية وقسمناه إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة و الميراث، و المطلب الثاني إقتصر دوره على بيان أثرالعدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالسكن و النسب.

وفي الخاتمة تم إستخلاص أهم النتائج و التوصيات التي توصلنا إليها.

الفصل الأول :الإطار المفاهيمي للعدة.

إن العدة واجبة على كل امرأة بعد الطلاق أو الوفاة إذا استكملت الشروط التي أقرها الشارع، لقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)[1].

وقوله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)[2].

وتعتبر العدة حقا من حقوق الزوج الذي فارق المرأة ، وحق للرجل الذي يريد الاقتران بها قبل الاقتران ، لكي لا تختلط الأنساب ولا تشتبه المياه، وفوق كونها حقا لهذا وذاك تعد حقا لله تعالى، التي لا يدرك العقل لها حكمة تشريع فينتج مجموعة من الأحكام للمرأة المطلقة خاصة بها، أكانت عدة من طلاق رجعي أو بائن تقديسا لتلك الرابطة، وتعظيما لمكانها، وإعلاء لشأنها فارتأينا بذلك تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وكل مبحث يحتوي على مطلبين حيث نتناول من خلال المبحث الأول مفهوم العدة وفي المبحث الثاني نتناول أنواع العدة.

[1] سورة البقرة الأية 234
[2] سورة البقرة الأية 234

المبحث الأول: مفهوم العدة.

ينحل عقد الزواج وتنفك العصمة أو الرابطة الزوجية بالفسخ أو الطلاق أو التطليق القضائي أو الخلع أو موت أحد الزوجين، فلا مناص ولا خيار للمرأة إلا التقيد بحق الله تعالى، فموجب تلك الفرقة المترتبة الأثر، أقرت العدة التي لا يجوز العدول عنها بأي حال من الأحوال زمانا ومكانا، ما يجعلها متوقفة على ضوابط شرعية وأدلة تفصيلية للوقوف على حقيقتها بشيء من التحليل للإحاطة بهذا الموضوع سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى توضيح معنى العدة من حيث تعريفها مع ذكر أدلة مشروعيتها والحكمة منها في المطلب الأول مع تبيان أنواع العدة وكيفية انتقالها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف العدة:

من بين الآثار الناتجة عن الزواج بالنسبة للزوجين هنالك العدة التي تخضع لها المرأة المطلقة أو المتوفى عنها الزوج، و لكي نتمكن بقدر من التحليل والتفصيل إلى تعريف العدة مرور أولا بتعريفها من حيث اللغة مع استدراج التعريف الاصطلاحي المكمل لها ثانيا.

لذا تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، إذ جعل الفرع الأول منه مخصصا الى تعريف العدة لغة، أما الفرع الثاني فجعلناه مخصصا لتعريف العدة اصطلاحا.

و لتوضيح هذه التعاريف يتوجب علينا تعريف العدة لغة في ما يلي من خلال الفرع الأول.

الفرع الاول: تعريف العدة لغة

العدة في اللغة مأخوذة من العدد، فهي مصدر سماعي لعد، بمعنى احصى تقول: عددت شيء عدا إذا أحصيته إحصاء، والمصدر القياسي العد اذ يقال: عد الشيء عداء أي كرده ردا إذا أحصاه، و تطلق العدة لغة على أيام حيض المرأة أو أيام طهرها، وهذا غير المعنى الشرعي

لأن المعنى الشرعي ليس هو نفس أيام حيض المرأة بل هو انتظار المرأة انقضاء هذه الأيام دون أن تتزوج[1].

والعدة بكسر العين، يقصد بها الجماعة، إذ تطلق على ما يعرف بالجماعة فهي جمع عدد، فيقال رأيت عدة رجال وعده نساء.[2]

كما أن العد بكسر العين، جمع عدد وهي لغة: الإحصاء ومأخوذة من العدد لاشتمالها على عدد الأقراء أو الأشهر، وغالبا ما يقال: عددت الشيء عدة، أي احصيته إحصاء.

وتطلق العدة أيضا على المعدود، يقال: عدة المرأة أي أيام أقرائها.[3]

فكلمة العدة لغة مأخوذة من العد والحساب وجمع العدة عدد كسره وسدر.

وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبا،[4] كما يطلق على العدة بوجه عام، الاستعداد للأمر أو التحوط له[5].

[1] عبد الرحمن الجزيري الفقه على المذاهب الأربعة الجزء الاول المكتبة العصرية للطباعة والنشر صيدا بيروت 2004 ص 1052-1053
[2] أبي الفضل إبن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، .2004 ص56
[3] وهبه الزحيلي الفقه الاسلامي وادلته الجزء السابع دار الفكر دمشق 1984 ص 56
[4] رمضان على السيد الشرنباسي احكام الأسرة الشريعة الإسلامية الدار الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية 2001 ص 66
[5] أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية القاهرة -مصر 2004

وفي هذا الشأن قال الله تعالى:(إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منها أربعة حرم).[1]

وعليه بالتطرق لمختلف التعاريف اللغوية لكلمة العدة ومن عدة زوايا لا يسوغ لنا إلا الالمام والتعريف بها من حيث الإصلاح.

فموجب ذلك متروك بمزيد من الإجمال والتفصيل لأقوال الفقهاء القدماء منهم أو المعاصرين، كل حسب نظرته الخاصة في كل ما تقيد به الشرع واحتاط له باعتبارها حق الله تعالى المقدس، لا تقبل العدول ولا التنازل إلا ما استثناه الشرع وبينه، فاختلافهم كان في الألفاظ والعبارات إلا أنهم أجمعوا على مدلول واحد يصب في قالب الشرعي الحنيف.

ومن استقراء النصوص الشرعية والقواعد والمبادئ الكلية للشرعية، نجد أن أحكامها تدور في فلك نوعين من الأحكام فقط، الأحكام القطعية وهي التي تثبت بالدليل ثابتة بأصلها بتغير الزمان والمكان، وأحكام ظنية يدخل في في كنفها كل ما لا نص فيه أصلا، وهذا يحكمه في بحثه طرق الاجتهاد في إطار المقاصد الكلية والقواعد العامة للتشريع[2]، باعتبار العدة أصل أصيل بخطوط حمراء لا تقبل الاجتهاد فهي من النظام العام مع التحليل والبيان فيما يلي فقها وقانونا.

الفرع الثاني: تعريف العدة اصطلاحا

للعدة عدة معان في اصطلاح الفقهاء على حسب أقوالهم، فقد عرفها كل منهم على حسب أصوله على النحو التالي:

[1] سورة التوبة الأية 36.
[2] محمد الدسوقي التجديد في الفقه الاسلامي الطبعه الاولى دار المدار الاسلامي بن غازي ليبيا 2004 ص 100

أولا: تعريف العدة عند الحنفية: قالوا لي العدة اصطلاحا تعريفان مشهوران:

أحدهما: أنها أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح أو الفراش.

وثانيهما: أنها تربص مدة معلومة تلزم المرأة بعد زوال النكاح، سواء كان النكاح صحيحا أو بشبهة إذا تأكد بالدخول أو الموت[1].

ثانيا: أما الملكية، فقال ابن عرفة: العدة مدة منع النكاح، لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه.

وقال في البدائع: العدة أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح[2].

وفي الدسوقي والعدوي: هي المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم، لفسخ النكاح أو موت الزوج او طلاقه.

وحاصلها ما قاله الدردير: مدة معينة شرعا لمنع المطلقة المدخول بها والمتوفى عنها من النكاح

ثالثا: أما الشافعية: فقد اعتبروها مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد أو لتفجيعها على زوج= فقوله تتربص أي تنتظر.

رابعا: أما الحنابلة: فعرفوا العدة أنها التربص المحدود شرعا، والمراد به المدة التي ضربها الشارع للمرأة، فلا يحل لها التزوج فيها بسبب طلاقها أو موت زوجها.[3]

كما أدرج بعض المعاصرين تعريفا للعدة بأنها الأيام التي تتربص فيها المرأة المفارقة لزوجها فلا تتزوج فيها ولا تتعرض للزواج،[4] كما اورد الاستاذ رمضان علي السيد الشرنباصي.

---

[1] عبد الرحمن الجزيري المرجع السابق ص 1053-1054

[2] محمد بشير الشفقة الفقه المالكي فقه الاحوال الشخصية كتاب الطلاق الجزء الرابع الطبعة الاولى دار القلم دمشق 2003، ص 448-449

[3] عبد الرحمن الجزيري المرجع السابق ص 1056

[4] أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، الطبعة الثامنة، دار الكتب السلفية، القاهرة- مصربدون سنه. ص 422

تعريف العدة في الاصطلاح: هي اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها[1].

كما انفرد الأستاذ داودي عبد القادر بتعريف العدة بقوله: "هي المدة التي تنتظرها المرأة التي فارقت زوجها ليحل لها الزواج من جديد[2]، فالمفارقة مقترنة بفعل إرادي من طلاق أو تلك الخارجة عن إرادته من وفاة.

وذهب البعض من الحقوقيين بتعريف وجيز لكلمة العدة: وهي تلك المدة المعلومة التي تقضيها المرأة في بيت الزوجية بعد طلاقها أو وفاة زوجها، وهي حد من حدود الله ونظامه[3]، وشريعة الله في حقها لفترة معدودة من الزمن دونتها الشريعة السمحاء لدرء شبهة أو مظنة فقد تفسد ما قيده الشرع الاغر.

ومن خلال ما سبق أن العدة في مجملها مرتبطة ارتباطا وثيقا بالطلاق بنوعيه و بوفاة مستقلة في حكمها ومدتها شرعا وقانونا.

وفي الأخير يمكن تعريف العدة بتعريف أوضح: فهي مدة حددها الشارع بعد الطلاق أو الوفاة يجب المرأة الإنتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي[4].

وما يمكن استنباطه من خلال التعريفات السالفة الذكر وإن اختلفت في بعض الألفاظ والعبارات إلا أنها تتفق من حيث المعنى، إذ مدلولها الشرعي يصب في قالب واحد بأن العدة عبارة

---

[1] رمضان على السيد الشرنباسي 2001 ص 66

[2] داودي عبد القادر احكام الاسره بين الفقه الاسلامي وقانون الاسره الجزائري دار البصائر للنشر والتوزيع الجزائر 2010، ص327

[3] العربي بختي نظام الاسره في الاسلام والشرائع والنظم القانونيه القديمه الطبعه الاولى مؤسسه كنوز الحكمه للنشر والتوزيع الابيار الجزائر 2013 ص 252

[4] وهبه الزحيلي المرجع اليابق،ص 625

عن مدة زمنية محددة تتربص فيها المرأة، أو انتظار يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه[1].

من طلاق أو وفاة ترتب عنها عنصر الإلتزام بأحكامها طوال تلك المدة.

- موقف المشرع الجزائري:

وبالرجوع إلى أحكام مواد قانون الأسرة الجزائري، لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للعدة تاركا ذلك لرجال الفقه، باعتبار القانون لم يخرج عن نطاق الفقه الإسلامي بل اكتفى بذكرها كأثر من آثار الفرقة وانحلال الرابطة الزوجية[2]، التي أحالتنا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء في فحواها ما يلي:

"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه أحكام الشريعة الإسلامية[3] "فالمشرع في قانون الأسرة نظم للعدة أحكاما، وقصر نصوصها في أربع مواد هي: 58- 59 -60- 61 من نفس القانون السالف الذكر مستنبطا إياها من أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها ثاني مصدر من مصادر القانون،

[1] حسن علي السمني الوجيز في الاحوال الشخصية في الزواج والطلاق والعدة والمتعة وما يتعلق بها من احكام المجلد الأول، د.د.ن، د.م.ن، 1998-1999 ص 514.

[2] المصري مبروك الطلاق واثاره من قانون الأسرة الجزائري دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2010 ص 420

[3] والمتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2007

هذا واعتبرت الدول العربية الاسلامية أن العدة من النظام العام لا يجوز الطعن فيها بأي طرق قانونية كانت، حيث قال تعالى:(وأحصوا العدة)[1].

قال ابن العربي: (المخاطب بأمر الإحصاء فيه ثلاثة أقوال، أحدها أنهم الأزواج، والثاني أنهم الزوجات، والثالث أنهم المسلمون تحت طائلة الحاكم لفصل الخصومة عند المنازعة فيها وهذه فوائد الإحصاء المأمور به)[2].

ومما لا شك فيه بإجماع الأمة واتفاقات الائمة أن العدة واجبة على من تجب في حقهم لا تقبل التقادم ولا الإجازة، فهي بذلك حق الشرع والولد، كما حرص الشرع والقانون على بقاء الزوجة المعتدة في منزل الزوجية سواء كانت معتدة من وفاة أم من طلاق رجعي او بائن، ودليل ذلك قوله تعالى: (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)[3].

ووجه الدلالة من الآية أن الله سبحانه وتعالى نهى عن إخراج المطلقات من بيوتهن ونهاهن عن الخروج إلا لسبب الإتيان بفاحشة، قيل انها الزنا، وقيل النشوز وبذاءة اللسان، وما دام الله سبحانه وتعالى قد منع اخراجهن ومنعهن من الخروج كان البقاء واجبا[4]، فهي بذلك إليه حماية شريعة وقانونا زمانا ومكانا، فباب الاحتياط تحكمه قواعد آمرة مدة وعددا، فهي حق لزوم، هذا ما سيتم تفصيله بالرجوع إلى النص القرآني والسنة النبوية الشريفة في تحديد مشروعية العدة والحكمة منها في المطلب الثاني.

---

[1] سورة الطلاق، الآية 01.
[2] محمد بشير الشقفة المرجع السابق، ص 452
[3] سورة الطلاق، الآية 01
[4] محمد سمارة احكام واثار الزوجية شرح مقارنه لقانون الاحوال الشخصية الطبعة الاولى دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2008، ص367

المطلب الثاني: مشروعية العدة والحكمة منها.

شرع الله عز وجل العدة بكيفية بينها القرآن وبينتها السنة وهي كيفية تشتمل على حكم ومصالح للعباد، فهي واجبة إذا وجد سببها من طلاق أو وفاة، ويجب الاعتناء بها[1]، قال الله تعالى: (وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ)[2]، فلا يعذر أحد بجهله لها فيمن وجبت عليهم من الزوجات دون زيادة أو نقصان، هذا ما سيتم تبيانه بشيء من الإجمال والتفصيل في الفرع الأول.

الفرع الأول: مشروعية العدة

الأصل في وجوب العدة ومشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع عند وجود سببها من فرقة بأنواعها أو وفاة وهذا ما اتفق عليه فقهاء الأمة الإسلامية.[3]

أولا: من الكتاب.

1_ في القرآن الكريم قوله جاء في عدة الطلاق والمدة التي تتربصها المطلقة قال تعالى: (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ)[4].

وقوله تعالى :(واللائي يئسن من المحيض من نسائكم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)[5]

2_ كما تعتد المرأة المتوفى عنها زوجها بصريح الآية في قوله تعالى: (ذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة وعشرا)[6].

---

[1] الصادق بن عبد الرحمن الغرياني مدونه الفقه المالكي وادلته الجزء الثالث لبنان دار ابن حزم بيروت لبنان الطبعة الاولى 2015 ص 85-86

[2] سورة الطلاق، الأية 01

العدة عند العرب في الجاهلية كانت المرأة عندهم إذ توفي زوجها دخلت خربة من أردأ البيوت و لبست شر ثيابها و لا تلمس طيبا و لا دهنا، و لا تقلم ظفرا حتى تمر بها سنة (الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع، ص 86).

[3] صالح بن عبد العزيز بن محمد ال الشيخ الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنه الطبعة الاولى دار اعلام السنه الرياض 2009 ص 317

[4] سورة البقرة، الأية 228

[5] سورة الطلاق الأية 04

[6] سورة البقرة، الأية 234

دلت الآيتين السابقتين منها الأولى على أن الله تعالى أوجب العدة في أوضح الدلالة على المرأة المطلقة وقيدها بمده تربصها وهي ثلاثة قروء.

أما الآية الثانية فمفادها أن عدة الصغيرة واليائس من المحيض هي ثلاثة أشهر وأن عدة الحامل حتى تضع حملها.

كما بينت الآية الكريمة أن المرأة المتوفى عنها زوجها تعتد عدة مقدار من الأيام شرعا وهي أربعة أشهر وعشرة أيام ما لم تكن حاملا.

ثانيا: من السنة النبوية.

وأما السنة: في حديث المسور بن محزمة رضي الله عنه:" أن سبيعة الأسلمية رضي الله عنها نفست بعد وفاة زوجها بليال فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم، فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت[1]، وفي السنة ما ورد في صحيح مسلم من فاطمة بنت قيس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لها:" اعتدي عند ابن مكتوم"[2].

وقوله للمختلعة " اعتدي بحيضة"، وغيرها من الأحاديث الدالة على حكم العدة الواجب اصلا.

وصفوة القول أن العدة من النظام العام في الإسلام بالأصل الثابت فرضا.

ثالثا: من الإجماع.

لقد أجمعت الأمة واتفق الأئمة بالوجوب على أحكام تتعلق بالعدة بنوع من التحليل والتفصيل كل يصب في قالب الشرع من باب الاحتياط دون قصور مسجل بقيود وضوابط شرعية محددة

[1] رواه البخاري برقم 5320
صالح بن عبد العزيز بن محمد أل الشيخ المرجع السابق، ص 317.
[2] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، عدد الأجزاء الأول، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012. ص 107.

على عشرين قولا مع اختلاف في العبارات والألفاظ بإسناد تحكمه قواعد على سبيل الحصر دينا وقانونا من حيث الزمان والمكان[1]، فشرعت العدة من مصدرها الأصلي بإرادة منفردة من العلي الجليل لحكمة بدليل ثابت لا تقبل الطعن بأي طريق كان يتنافى ومقتضيات أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: الحكمة من العدة.

وجبت العدة على من وجبت عليهن من النساء لحكم سامية بعد التفريق بين الزوجين، فوجب الاحتياط لضمان حق قد يضيع منها:

1_ التحقق من براءة رحم المرأة وخلوه من الأولاد، حتى لا ينسب لغيرهم لحق الأزواج الذين يريدون الزواج بهؤلاء الزوجات من بعد....

2_ إعطاء الزوج الذي فارق زوجته فرصه ليراجعها إن بدا له، فلعله فارقها تحت تأثير لم يكن في طوقه أن يدفعه عن نفسه.....[2]

قال تعالى:(وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن ارادوا إصلاحا)[3]، وقوله تعالى:(لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا)[4].

3_ التنويه بعظم شأن الزواج وإعلام الناس بأنه أمرله خطره يغاير سائر العقود لأنه عقد الحياه لا ينعقد صحيحا إلا بحضور شهود عند جماهير الفقهاء، كذلك لا ينتهي بمجرد وجود الفرقة، بل لا بد من انتظار المرأة المدخول بها قبل الفراق مده كافيه ليتروى فيها كل من

---

[1] محمد بشير الشقفة، المرجع السابق ، ص من ز 453-456

[2] محمد محي الدين عبد الحميد الاحوال الشخصيه الشريعه الاسلاميه مع الاشاره الى مقابلها في الشرائع الاخرى الطبعه الاولى دار الكتاب العربي بيروت 1984، ص 336-337

[3] سورة البقرة الأية 228

[4] سورة الطلاق، الأية 01

الزوجين.....، الزوجة المكلفة بالانتظار فهي احوج ما يكون إليه للتروي والتبصر في إنشاء زوجية أخرى لأن عصمتها بيد زوجها.

4_ تمكين الزوجة المتوفى عنها زوجها في إظهار التأثر لفقد زوجها بالمنع من التزين، وهذا ضرب من الوفاء له، ولو قبل دخوله بها[1].

وجعلت عدة المتوفى عنها رفيق حياتها بالعدد أربعة أشهر وعشر، دون الأقراء كما في الطلاق، حفظا لحق الزوج الميت، حتى لا تبقى مع هذا التحديد فرصة لقليلة الدين من النساء أن تستعجل العدة وتتلاعب بها، فتدعي أنها رأت الأقراء وهي لم تراها بخلاف الطلاق فإن الزوج موجود وله الاعتراض إذا اشتبه في أمر المرأة[2].

فالإسلام احرص الأديان على نجاح العلاقة الزوجية وتكون الأسرة المسلمة في كان في المودة والرحمة والطاعة، ذلك أن الرباط المقدس بين الرجل والمرأة وصفى القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، والعدة لا تأتي إلا بعد انقطاع هذا الرباط بحتمية الموت، أو لسبب إرادي من الزوج او الزوجة أو باتفاق كل منهما وهو ما يعرف بالطلاق أو التفريق القضائي أو الخلع أو الطلاق بالتراضي وقد يكون العارض نشأ عن العقد أو طرأ عليه مما يجعله منفسخا[3].

فالشريعة الإسلامية أحاطت بسياج منيع كل أحكام العدة، فلا مناص من دخول أحكام تمس بقواعدها الأساسية ذات الانسجام والترابط لأسباب الجنة ومختلفة، وهو ما كان محل اختلاف

[1] محمد مصطفى شلبي احكام الاسره في الاسلام دراسه مقارنه بين فقه المذاهب السنيه والمذهب الجعفري والقانون الطبعه الثانيه دار النهضه العربيه للطباعه والنشر بيروت 1977 ص 630- 631

[2] الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق ص 87.

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 107.

بين الفقهاء دون الإخلال بمدة الطلاق أو الوفاة وهو ما سار على خطاه المشرع الجزائري، فتجب العدة بواحدة من الامور المفضلة على النحو التالي:

أولا: وفاة الزوج:

ويكون ذلك بعد زواج صحيح يستوي في ذلك ما إذا كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده[1]، لقوله تعالى:(والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة وعشرا)[2]،

ونفس الاتجاه سار عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 59 منه التي تنص: (تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده)[3]، هذا ما سيتم التفصيل فيه لاحقا.

ثانيا: الطلاق والفسخ

1_ تجب العدة بالفرقة بعد الدخول من زواج صحيح أو فاسد، او بعد الخلوة الصحيحة في رأي الجمهور غير الشافعية، أكانت الفرقة في حال الحياة بسبب طلاق أو فسخ، ودليل الجمهور على وجوب العدة بالعدة بالخلوة ما رواه أحمد الأثرم عنه زرارة ابن أوفى قال:

(قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة)[4]

فاذا حصلت المفارقة قبل الدخول وما ألحق به من الخلوة فلا تجب عليها العدة بصريح الآية لقوله تعالى :(يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها)[5]

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 629.
[2] سورة البقرة، الآية 234.
[3] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.
[4] وهبة الزحيلي، المرجع السبق، ص 629.
[5] سورة الأحزاب، الآية 49.

2_ حدوث المفارقة ولو بالموت في نكاح فاسد كفقدي مثلا شرطا من شروط صحته كانعدام الشهود[1].

ومن أسباب وجوب العدة المتاركة في العقد الفاسد والولاء بشبهة، ولكنها لا تعبث بهما إلا بالدخول أو الخلوة الصحيحة، وتبتدئ العدة من وقت المتاركة في العقد الفاسد ومن آخر دخول بها في الولاء بشبهة[2].

3_ كما أوجب المالكية والحنابلة خلافا لغيرهم العدة على المزني بها كالموطوءة بشبهة، لأنه ولاء يقتضي شغل الرحم، فوجبت العدة منه كوطء الشبهة.

ولم يوجبها غير هؤلاء لأن العدة لحفظ النسب، ولا يلحق الزاني نسب بالزنا[3]، وبالإضافة إلى ما سبق تجب العدة على المرأة بسبب الوقوع بشبهة كما تزف الى غير زوجها، ويعطي الزوج خبرا انها زوجته، فيدخل بها بناءا على ذلك ثم يتبين أنها ليست زوجته فالعدة تجب على المرأة بهذا الوقاع، وتجب عند المالكية أيضا بالزنا وبخطف المرأة وسببها إذا بقيت مع الخاطف أو السابي مدة يمكن قيام الوقائع فيها[4]

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 629.
[2] محمود علي السرطاوي شرح قانون الاحوال الشخصية الطبعة الثانية دار الفكر ناشرون وموزعون عمان الأردن، 2007، 339.
[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص630.
[4] مصطفى عبد الغني شيبه احكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق واثاره دراسة مقارنه الطبعة الاولى دار الكتاب الوطنية بنغازي ليبيا 2006، ص 163.

باستقراء نصوص المواد 58-59-60-61 من قانون الأسرة الجزائري[1]، ساير المشرع الفقه الإسلامي التطرق لأنواع العدة، وهذا ما سوف نحاول تبيانه من خلال المبحث الثاني مع التحليل والتفصيل فيما يلي:

المبحث الثاني: أنواع العدة.

للعدة أنواع عدة، فهي تختلف من زوجة إلى أخرى، سواء من حيث المدة التي تستغرقها العدة في حد ذاتها، تبعا لحالة وظروف كل زوجة، أو من حيث السبب الذي من أجله انحلت الرابطة الزوجية.

لذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين إذ خصصنا المطلب الأول لتوضيح أنواع العدة من حيث المدة التي تستغرقها، أما المطلب الثاني لتبيان أنواع العدة من حيث السبب الذي من أجله انحلت الرابطة الزوجية، وهذا ما سيتم التفصيل فيه لاحقا بإيجاز مختصر، مبرزا ما توصل إليه المشرع الجزائري.

المطلب الأول: أنواع العدة من حيث مدتها.

ذهب الفقهاء إلى أنواع العدة في الشرع إلى ثلاثة:

عدة القروء، عدة الشهور وعده وضع الحمل[2].

وما يسوغ لنا في هذا السياق إلا تثبيت وتسليط الضوء على من تجب عليها العدة من النساء ما تناوله الفقهاء بقدر من التحليل والتفصيل إجمالا في ما يلي:

[1] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.
[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 69.

الفرع الأول: العدة بالقروء.

وبالرجوع إلى القرآن الكريم، نجد أن الله سبحانه وتعالى يقول :(والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)[1]

وباستقراء نص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري والتي مفادها "تعتد المطلقة المدخول بها الحامل بثلاثة قروء.....[2]

والملاحظ مما سبق نجد أن المشرع الجزائري أخذ بحرفية أحكام النص القرآني وقننه، إذا لم يولى تعريفا لمصطلح القرء، في هذا القانون، ولكن بالرجوع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء في محتواها ما يلي:

(كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)[3]، والتي هي مصدر من مصادر القانون، فتجب العدة بالأقراء على كل مفارقة لزوجها بطلاق أو فسخ بعد الدخول بها أو الخلوة الصحيحة إذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا، فالمتوفي عنها زوجها تعتد بالأشهر لا بالأقراء وكذلك الصغيرة واليائسة تعتد بالأشهر لا بالأقراء[4]، وهو ما سيتم الوقوف عليه لتوضيح ما المقصود بالقرء لغة واصطلاحا في نظر الفقهاء مع مراعاة رأي المشرع الجزائري في ذلك؟

أولا: القرء لغة: فالأقراء من القرء: وفيه لغتان: الفتح: ويجمع على: قروء و أقرء مثل: فلس، ويفلوس، وأفلس. والضم: ويجمع على: أقراء، مثل: قفل وأقفال، ويقال: قرأت المرأة، رأت

[1] سورة البقرة، الآية 228.
[2] القانون رقم 84 – 11 المرجع السابق.
[3] القانون رقم 84 – 11 المرجع نفسه.
[4] محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 341.

الدم، وأقرأت: صارت ذات قرء، وقرأت الجارية: استبرأ بالقرء[1]، فالقرء مأخوذة من الجمع يقال: رأيت الماء في الحوض، أي جمعته فيه: والرحم يجمع الدم في مدة الطهر ثم يمجه في مدة الحيض.

قال الأنباري: أن القرء مفرد يحتمل الطهر والحيض[2] وهو ما قال به أئمة اللغة: القرء يطلق على الطهر، والحيض، وبخصوص هذه المسالة أن للفقهاء رأيان في تفسير القروء ولكل حجته ودليله في ذلك من القرآن والسنة النبوية، والبيان والتفصيل على النحو التالي:

ثانيا: تعريف القرء اصطلاحا:

اختلف الفقهاء في تعريف القرء على قولين:

القول الأول: ذهب أصحاب هذا القول وهم المالكية والشافعية، وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعته، وأما من الصحابة الكرام رضي الله عنهم -فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشه أم المؤمنين، أن معنى القرء في الآية هو الطهر[3] ومن هو قول الشاعر:

أفي كل عام أنت جاشم غزوة تشد لأقصاها عزيم عزائكا

مورثة مالا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أي: لما ضاع فيها من أطهارهن بسبب الغزو[4]

[1] محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص 450.
[2] الحبيب بن الطاهر الفقه المالكي وادلته الجزء الرابع الطبعه الثانيه مؤسسه المعارف للطباعه والنشر بيروت لبنان 2005، ص188-189.
[3] التواتي بن التواتي المبسط في الفقه المالكي وادلته كتاب الاحوال الشخصيه المجلد الرابع الطبعه الاولى الوعي للنشر والتوزيع الجزائر 2009، ص677.
[4] داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 328.

القول الثاني: يرى كل من الحنفية والحنابلة (أن القرء هو الحيض، لأن الحيض معرف لبراءة الرحم وهو المقصود من العدة، فالذي يدل على براءة الرحم إنما هو الحيض لا الطهر...، ولأن المعهود في الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض[1].

يعرف الفقهاء الأحناف الحيض بأنه خروج الدم من رحم الولادة، أما الدم الذي يخرج من غير هذا المكان فلا يعتبر دم حيض، ولا يعتد به، فالدم لا يكون حيضا إلا إذا كان خروجه من الرحم[2].

أدلة الفريق الأول:

1_ **من الكتاب** قوله تعالى:(فطلقوهن لعدتهن)[3].

فقالوا اللام للوقت فالمعنى فطلقوا النساء وقت عدتهن والوقت الذي يحل التطليق فيه هو الطهر لا الحيض كما استدلوا بتأنيث لفظ العدد في" ثلاثة قروء"، فقال إن العدد ثلاثة يؤنث مع المذكر ويذكر مع المؤنث فدل ذلك على أن المعدود وهو قروء مذكرا، والطهر هو المذكر أما الحيض فمؤنث[4].

2_ **من السنة:** حدثني عن مالك وعلي بن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب، فذكر ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت: صدق عروة وقد جادلها في

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 631.
[2] حمد الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الكتاب القانونية، مصر، 2006، ص 1091.
[3] سورة الطلاق، الآية 01.
[4] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت- لبنان (د.د.س.ن) ص 458.

ذلك ناس فقالوا: إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء، فقالت عائشة صدقتم، أتدرون ما الأقراء؟ إنما الأقراء الأطهار[1].

3_ **من القياس:** وهو يقتضي أن تتأدى العدة بالطهر لا بالحيض لأن العدة لما كانت مأمور بها كانت عبادة من العبادات ، والشأن في العبادات أن الحيض ينافيها، ولا تتأدى فيه، كالصلاة والصيام والطواف، لا تصح مع الحيض[2].

أدلة الفريق الثاني:

1_ **من الكتاب** قوله تعالى:(واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن)[3].

فقد دلت الآية على أن المرأة تنتقل عند عدم الحيض إلى الأشهر فتكون الأقراء هي الحيض.

2_ **من السنة:** 331 - حدثنا أحمد بن يونس عن زهير قال: حدثنا هشام عن عروة عن عائشة قالت: قال النبي صلى الله عليه وسلم:

"إذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة، وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي".

قوله:" باب إذا رأت المستحاضة الطهر" أي تميز لها دم العرق من دم الحيض، فسمى زمن الاستحاضة طهرا لأنه كذلك بالنسبة إلى زمن الحيض، ويحتمل أن يريد به انقطاع الدم الأول أوفق للسياق.

---

[1] الحديث "54" إسناده صحيح، أخرجه الشافعي في "الأم" (209/5)، والطحاوي في شرح معاني الآثار، (61/3)، والبيهقيفي "المعرفة " (26/6)، والكبرى (415/7) عن مالك به.

[2] الإمام مالك بن أنس، الموطأ، الجزء الأول دار قصر البخاري، الجزائر، 2012، ص 364.

[3] الحبيب بن طاهر، المرجع السابق ص190

قوله: (قال ابن عباس تغتسل وتصلي ولو ساعة)، قال الداودي: معناه إذا رأت الطهر ساعة ثم عاودها دم فإنها تغتسل وتصلي والتعليق المذكور وصله ابن أبي شيبة والدارمي من طريق أنس بن سيرين عن ابن عباس: " أنه سأله عن المستحاضة فقال: أما ما رات الدم البحراني فلا تصلي، وإذا رأت الطهر ولو ساعة فلتغتسل وتصلي".

وهذا موافق الاحتمال المذكور اولا لان الدم البحراني هو دم حيض[1].

لأن العدة إنما وجبت للتعرف على براءة الرحم ودلالة الحيض على ذلك هو الأول والأنسب[2].

3_ **من المعقول:** أن العدة وجبت لتعرف براءة الرحم و العلم ببراءة الرحم يحصل بعد الحيض لا بالظهر فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر[3].

موقف المشرع الجزائري من القرء:

باستقراء نص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري لم يبين المشرع المقصود من القرء هو الحيض أم الطهر؟

فكان على المشرع رفع هذا الإشكال والنص على معنى القرء بصريح العبارة من باب الاحتياط[4].

والجدير بالذكر مما سبق أن كل مطلقة تم الدخول بها وكانت من ذوات الحيض وغير حامل، يجب عليها شرعا وقانونا أن تعتد ثلاثة قروء، بينما المطلقة التي لم يتم الدخول بها فلا

[1] الإمام الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2005 ص 382، كتاب الحيض، باب 28.
[2] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 458 – 459.
[3] رمضان على السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 421.
[4] المصري مبروك، المرجع السابق، ص 421.

عدة عليها، قال الله تعالى:(يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها)[1].

الفرع الثاني: العدة بالأشهر

بالرجوع إلى القرآن الكريم نجد أن الله سبحانه وتعالى يقول: (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن)[2].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع قد أخذ بحرفية أحكام هذا النص القرآني الكريم وقننه، إذ نص في المادة 58 منه على ما يلي: (تعتمد المطلقة المدخول بها غير حامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيط بثلاثة أشهر.....)[3]

وباستقراء نص المادة السالفة الذكر يستشف أن العدة بالأشهر يخضع لها نوعان من النساء:

أ- النوع الأول من النساء: من ليست من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة دون البلوغ، أو بلغت السن خمسة عشرة سنة ولم تحض أو كانت آيسة بلغت سن اليأس وهي خمسة وخمسون سنة على الراجح وانقطع عنها الدم ولم تكن حاملا وقت الفرقة، فإنها تعتد بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة بغير وفاة زوجها بدليل الآية الآنفة الذكر، فإن وقعت الفرقة في أول الشهر العربي اعتبرت الأشهر بالأهلة اتفاقا، ولو نقصت عن تسعين يوما ٦لان الله عز وجل أمر أن تكون العدة بالأشهر، والشهر مختلف فيه إما ثلاثون يوما او تسعة وعشرون يوما عند أبي حنيفة،

[1] سورة الأحزاب، ص49.
[2] سورة الطلاق، الآية 04.
[3] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.

وقال الصاحبان يكمل الشهر الأول الذي حصلت فيه الفرقة من الشهر الرابع، ويعتبر الشهران المتوسطان بالأهلة[1].

قال القاضي عبد الوهاب، ووجه قوله: إنما تلغي اليوم احتياطا لصعوبة ضبط الوقت الذي تبتدئ منه ومقابلته به أي من الشهر الرابع، ولأن نظائره قد فعل فيه مثل ذلك باعتبار الأربعة أيام لإقامة المسافر والعقيقة والحول في الزكاة فكذلك همنا، والأولى القياس[2].

أما عند جمهور أهل السنة والتي جاء في قولهم أن الآية أوجبت الاعتداد بالأشهر الثلاثة على من لم تحض سواء بلغت بالسن أو لم تبلغ بآخرها:" واللائي لم يحضن" وهو مطلق يبقى على إطلاقه ولا دليل يقيد هذا الإطلاق بمن بلغت بالسن، وعلى من بلغت سن اليأس "واللائي يئسن من المحيض"[3].

وأما تحديد سن اليأس وهي السن التي بلغتها المرأة لا تحيض فيها، فمختلف أمره بين الفقهاء مع التفصيل والتحليل.

الفريق الأول: وهو رأي الحنابلة حد اليأس خمسون سنة لقول عائشة:" لم ترى في بطنها ولد بعد خمسين سنة".

الفريق الثاني: وهو يرى الحنفية في المفتى به أي أن اليأس يكون ب خمسة وخمسون سنة.

الفريق الثالث: قال الشافعية أن أقصى سن اليأس للمرأة هو اثنان وستون سنة.

الفريق الرابع: وهو ما جاء على لسان قول المالكية أن سن اليأس تقدر ب بسبعين سنه[4].

---

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 460.
[2] محمد بشير الشفقه، المرجع السابق، ص 480.
[3] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 637.
[4] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 640.

النوع الثاني من النساء: يشمل المتوفى عنها الزوج في زواج صحيح فعدتها متى كانت غير حامل وقت وفاة الزوج تكون أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة، وإن كانت من ذوات الحيض كما جاء في ذلك قوله تعالى:(والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)[1].

وسائل سحنون بن قاسم: أرأيت المرأة إذا بلغها وفاة زوجها من أين تعتد أمن يوم بلغها أو من يوم مات الزوج؟ أجاب ابن القاسم: قال مالك: من يوم مات زوجها.

قال سحنون: فإن لم يبلغها حتى انقضت عدتها، أن يكون عليها من الإحداد شيء أم لا؟ قال القاسم: قال مالك: لا إحداد عليها إذا لم يبلغها إلا بعد ما تنقضي عدتها[2].

- **موقف قانون الأسرة من عدة الشهور**:

جاء في المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري أنه (تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق[3].

والملاحظ من نص المادة ضمن المشرع بنصه على عدة اليائس من المحيض وهي ثلاثة أشهر كاملة وحين أجحف وأغفل عدة الصغيرة لا يجوز التزويج بها من الناحية القانونية فقيدت بنص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري[4].

والجدير بالذكر فمناط ما سبق أن كل مطلقة تم الدخول بها وكانت ممن بلغن سن اليأس، أو كانت مما لم يحضن أصلا يجب عليها شرعا وقانونا أن تعتد ثلاثة أشهر قيدا بلا اطلاق.

---

[1] سورة البقرة، الآية 234.
[2] التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص 734.
[3] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.
[4] تنص المادة 07 من قانون الأسرة على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

الفرع الثالث: العدة بوضع الحمل.

بالرجوع إلى كتاب الله العزيز الحكيم، نجده سبحانه وتعالى يقول:(وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)[1].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة أخذ المشرع بأحكام هذا النص القرآني الكريم ودونه بنص المادة 60 منه بقوله (عدة الحامل وضع حملها واقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة)[2].

السؤال المطروح: هل انتهاء عدة الحامل تنتهي بوضع الحمل كاملا أو بجزء منه فقط؟ وهل المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها تنتهي عدتها بوضع حملها مباشرة أم تعتد بأبعد الأجلين وما هو موقف قانون الأسرة في ذلك؟

اتفق الفقهاء على أن الزوجة المطلقة وهي حامل لا تنقضي عدتها إلا بوضع حملها مع اختلافهم في وضعه كاملا أو بوضع جزء منه.

الفريق الأول:

الحنفية قالوا: أن ينفصل الحمل منها جميعه فإن نزل بعضه ولو ثلثه أو اسقطت قطعة من لحم لم يظهر فيها جزء إنسان فإن عدتها لا تنقضي بها[3].

[1] سورة الطلاق، الآية 04
[2] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.
[3] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 1057.

الفريق الثاني:

يرى أصحاب المذهب المالكي أن أيا ما وضعته تنقضي به عدتها سواء كان مضغة أو مستبين الخلقة وهو قول مالك رضي الله عنه[1].

الفريق الثالث:

الشافعية والحنابلة قالوا: أن يكون الحمل الذي تنقضي به العدة هو ما تبين فيه شيء من خلق الإنسان من الرأس واليد والرجل[2]، وإليه أشار الناظم رحمه الله تعالى بقوله :

وعدة الحامل وضع الحمل جميعه إن كان ذا من حل

ولو على شك فإن من يلحقه تعتد بعد الوضع كالمطلقة

وللوفاء أربع الشهور وعشرة والرق بالتشطير

لأي زوجة بأي بعمل إن لم ترب تمكث أقصى الحمل

وخمسة أعوام أقصى الحمل وسته الاشهر في الاقل[3]

موقف المشرع الجزائري وبعض القوانين العربية في عدة الحامل.

باستقراء نص المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء في محتواها ما يلي: (عدة الحامل وضع حملها، واقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة)[4]، والملاحظ من هذه المادة نص المشرع على عدة الحامل التي تكون بوضع حملها مع تبيان مدة الحمل، إلا أنه لم يضع شروط وضع الحمل لإنهاء العدة كما فعل الفقهاء، كما أغفل حالة سقوط

[1] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية الكتاب، الجزائر 1989، ص 635.
[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 635.
[3] أبي بكر الحسن ابن الحسين الكشناوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية، بدر الزوجين و تحفة الحرمين على مذهب السادة المالكية، الطبعة الأولى مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2010، ص 192.
[4] القانون رقم 84 – 11 المرجع السابق.

الحمل الشروط الاستثنائية التي يتوجب قانونا إنقاذ حياة الحامل والمحافظة على صحتها وعلى هذا المنوال صارت مدونة الأسرة المغربية عندما قضت في مادتها 133 بأن (عدة الحامل تنتهي بوضع حملها او سقوطه[1]).

ومما تجدر الإشارة إليه، والسؤال الذي يطرح نفسه بخصوص مسألة الوضع يتمثل في: ما هي عدة من توفي عنها زوجها وهي حامل، هل تعتد مدة الحمل حتى الوضع كأقصى أجل؟ أم أن عدتها تكون في أبعد الأجلين أي عدة الحمل كاملة إلى أن تضعه+ أربعة أشهر وعشرا؟

أجمع الفقهاء على أن عدة المتوفى عنها زوجها وهي حامل تنقضي عدتها بوضع الحمل، بيد أن هناك من يقول أن عدتها تكون بأبعد الأجلين، مع التحليل والتفصيل مع مراعاة أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

الفريق الأول:

ذهب جمهور الفقهاء بالقول: ان عدة الحامل المتوفى عنها زوجها أن عدتها تنقضي بوضع الحمل سواء قلت المدة أوكثرت حتى ولو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها.

الفريق الثاني:

ويرى جمهور من غير فقهاء ابن أبي ليلى وسحنون ان الحامل المتوفى عنها زوجها تعتد بأبعد الأجلين وضع الحمل أو مضي أربعة أشهر وعشرا[2].

[1] ظهير الشريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجه 1424 (03 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03 - 70 بمثابة مدونة الاسرة (مدونة الأسرة المغربية).

[2] عبد الفتاح تقيه، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة، مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنه، دار الكتاب الحديث (د.م.ن) 2012، ص 234 – 235.

أدلة الفريق الأول:

1- من الكتاب قوله تعالى: (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)[1]، فقد جاءت عامة في المطلقات وما في حكمهن والمتوفى عنها زوجها وكانت حاملا[2].

والآية مخصصة لعموم قوله تعالى: (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)[3].

2- من السنة: "ما روى عن المسور ابن مخرمة أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح فأذن لها فنكحت أخرجه مسلم _

وقيل أنها وضعت بعد وفاة زوجها بأربعين ليلة.

أدلة الفريق الثاني:

قوله تعالى :(والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)، وقوله تعالى: (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)[4]. فالجمع بين الآيتين والعمل بهما أولى من الترجيح وإعمال النصين معا خير من إهمال أحدهما[5].

وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين يريد أنها تعتد بأبعد الأجلين إما الحمل وإما انقضاء العدة عدة الموت، وروى مثل ذلك علي بن أبي طالب رضي الله عنه، والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة[6].

---

[1] سورة الطلاق، الآية 04.
[2] رمضان على السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 76.
[3] سورة البقرة، الآية 234.
[4] سورة الطلاق، الآية 04
[5] رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 77.
[6] القاضي ابي وليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي بداية المجتهد ونهاية المقتصد الطبعة الاولى دار ابن الحزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان 1999م ص 472.

والمعمول به في ديارنا (الجزائر) أنها تعتد بأبعد الأجلين لما تقتضيه سمعة المرأة المعتدة، ودرء للشبهة والمحافظة على شعور عائلة المتوفي، ووفاء للعلاقة الزوجية أن تكون عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بأبعد الأجلين[1].

والجدير بالذكر أننا نجد أن المشرع لم ينظم هذه الحالة بالنص عليها في قانون الأسرة، مما يتعين الرجوع وبالإحالة إعمالا لنص المادة 222 من نفس القانون الآنف الذكر، وباستقراء نص المادة 60 من قانون الأسرة، فقد نص على ما يلي: (عدة الحامل وضع حملها واقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة)[2] والبيان والتفصيل على النحو التالي:

- **مدة الحمل:**

أولا: أقل مدة الحمل التي لا يكون قبلها ولاده هي ستة أشهر والدليل أن الله عز وجل حدد أقصى مدة الرضاعة بحولين كاملين[3] في قوله تعالى: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين)[4]، وذكر أن حمل الولد وفصاله يكون في ثلاثين شهرا في قوله تعالى: (وفصاله ثلاثون شهرا)[5].

ثانيا: أكثر مدة الحمل: اختلف الفقهاء بخصوص هذه المسألة.

1_ فقال: الحنفية إن أكثر مدة الحمل سنتان.

2_ أما المالكية: في المشهور عندهم: أقصى مدة الحمل خمس سنين.

3_ أما الشافعية والحنابلة كان رأيهم أكثر مدة الحمل أربع سنين[6].

---

[1] التواتي بن التواتي، المرجع السابق ص 716.
[2] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.
[3] الحبيب بن طاهر، المرجع السابق ص 199.
[4] سورة البقرة، الآية 233.
[5] سورة الأحقاف، الآية 15.
[6] وهبو الزحيلي، المرجع السابق ص 636.

فكل هذه الأقوال مبنية على اجتهادات على أساس الخبرة، وما وجد في الواقع.

موقف المشرع الجزائري وبعض القوانين العربية:

نص المشرع الجزائري في المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

عدة الحامل وضع حملها واقصى مدة الحمل عشرة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة[1].

ويتضح لنا مما سبق بيانه أن هذه التقديرات لم تبن على نص من الكتاب أو السنة النبوية الشريفة وإنما على ما جرت به العادة في ولاده النساء وبما أن مسألة أقصى مدة الحمل لم يرد بشأنها نص، فيكون الرجوع في تحديدها إلى الأطباء باعتبارهم أهل الخبرة والدراية في ولادة النساء، حيث يرى الأطباء أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من المدة المعتادة والتي قدروها ب 277 يوما، وقد يمكث نادرا 300 يوم أين يقارب عشرة أشهر وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر إذا ما وجد عائق، ولقد أكدت المحكمة العليا في قراراتها إذ جاء قرار لها بتاريخ 30/ 1985/12 ملف رقم 66439 أنه "من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون ....." وهو ما أخذ به المشرع الجزائري[2].

ورجحنا ما يراه عبد الحكم الفقيه المالكي، إلى أن أقصى مدة للحمل هي سنة، مع تأكيدنا على ضرورة استشارة الطبيب الشرعي وهذا الذي خذ به القانون المصري .....[3].

---

[1] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.

[2] إبراهيم الحسيني، أثر الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة معسكر 2012/ 2013، ص 28-29.

[3] المصري مبروك، المرجع السابق، ص 422.

وهو ما قضت به مدونة الأسرة المغربية في المادة 133 والمادة 134 منهم لوضع حد لما يسمى بالحمل النائم[1].

الفرع الرابع: انتقال العدة وتغييرها.

قد تبدأ المرأة العدة على الوجه الذي بيناه، ثم يطرأ عليها قبل انتهاء العدة ما يغير حالتها وتتغير به عدتها لهذا الطارئ وصورة ذلك كالآتي[2]:

اولا: تحول العدة من الاشهر الى الاقراء.

من المتفق عليه بين الفقهاء كما ذكرنا آنفا أن الصغيرة المطلقة والتي بلغت سن اليأس، وجب عليها أن تعتد بالشهور شرعا وقانونا، فبمضي فترة من الزمن هي أثناء فترة العدة وقبل انقضائها ولو بساعة حاضت، لزمها الانتقال إلى الأقراء[3]، لأن الأشهر بدل عن الأقراء[3]، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء، وبطل ما مضى من عدتها[4]

1_ الحنفية والحنابلة، قالوا ولا تنتهي عدتها الا بثلاث حيضات كاملة.

2_ المالكية والشافعية: وقولهم في ذلك بثلاثة أطهار[5].

أما إن انقضت عدتها بالأشهر ثم حاضت بعدها ولو بلحظه لم يلزمها استئناف العدة لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتي حاضت بعد انقضائها بزمن طويل، الا في حالة ما إذا اعتدت

[1] ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر في 12 من ذي الحجه 1424(03 فبراير 2004). بتنفيذ القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة.
[2] بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الاول (الزواج والطلاق)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004، ص 374.
[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 645.
[4] رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 78.
[5] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 645.

بالشهور ثم رأت الدم كيف فتتحول عدتها إلى الأقراء عند الشافعية والحنفية في ظاهره الرواية[1].

ثانيا: تحول العدة من القروء أو الأشهر إلى عدة وضع الحمل.

إذا بدأت المرأة في العدة بالقروء أو الأشهر ثم اتضح أنها حامل من الزوج فإن العدة تتحول من عده وضع الحمل[2]، ولا عبرة بما مضى لأن وضع الحمل أقوى دلالة على براءة الرحم من آثاره الزوجية التي انتهت لأن الحامل لا تحيض[3]، قال الله تعالى :(وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)[4] وهذا ما أجمع عليه الفقهاء إلا أن اختلافهم كان في القرء أهو طهر أم حيض؟ وهو ما تم التفصيل فيه سابقا.

ثالثا: انتقال العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة.

من المسلم به شرعا وقانونا أن الزوجة المطلقة طلاقا رجعيا وخلال مرحلة عدتها مات زوجها فكان لزاما عليها أن تعتد عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى من عدتها ولها أن تستأنف عدة جديدة مصداقا قوله تعالى :(والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)[5].

ومما تجدر الاشارة إليه وخلافا لما سبق أن المطلقة طلاق بائن وهي في عدتها ثم مات عنها زوجها عدة الطلاق البائن أي تكتملها ولا تنتقل إلى عدة الوفاة إلا في حاله مريض مرض الموت وهو ما سيتم التفصيل فيه.

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 78.
[2] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 119.
[3] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 467.
[4] سورة الطلاق، الآية 04.
[5] سورة البقرة، الآية 234.

رابعا العدة بأبعد الأجلين في عدة الطلاق الفار.

1- ذهب أبو حنيفة ومحمد بالقول إن الزوج إذا طلق زوجته هربا من إرثها له وهو في مرض الموت بقصد حرمانها، فإن عدتها تتحول إلى أبعد الأجلين، وعدة الطلاق احتياطا، .... واعتبار الزوجية قائمة وقت الوفاة في حق الميراث فقط لقيام الدليل على ثبوته على خلاف القواعد، وهو معاملة الزوج بنقيض مقصودة، فيقتصر على موضعه دون أن يتعدى إلى العدة[1].

2- ذهب مالك والشافعي وأبي يوسف بالقول: أن زوجة الفار لا تعتد بطول الأجلين من عدة الوفاة، فتكمل عدة الطلاق لأن الزوجة بانت من زوجها بمجرد الوفاة..... واعتبار الزواج قائما وقت الوفاة في رأي مالك إنما هو في حق الإرث فقط لا في حق العدة لأن ما ثبت على خلاف الأصل لا يتوسع فيه[2].

ومن خلال ما ذكر إجمالا وتفصيلا لما سبق تم تبيان أنواع العدة من حيث المدة التي تستغرقها ظروف وحالة كل زوجه شرعا وقانونا وهي عدة الأقراء وعدة الشهور وعدة الحامل إلا أن هناك أنواع أخرى للعدة من حيث السبب الذي من أجله انحلت الرابطة الزوجية وهو ما سيتم التفصيل فيه وهي ثلاثة أنواع، عدة الطلاق، وعدة الوفاة وعدة الزوج المفقود.

مع البيان والتحليل وذلك من خلال المطلب الثاني

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 645-646.
[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 647.

المطلب الثاني: أنواع العدة من حيث سبب انحلال الرابطة الزوجية.

حل الرابطة الزوجية كما ذكر سابقا أنواع الفرقة سواء كانت بإرادة متداخلة بين الزوجين او ظروف خارجة عن إرادة الزوجين فكان موجب ذلك أن تعتد حسب حالة كل زوجة باعتبار العدة من النظام العام لا تسقط ولا تتقادم ولا تسري بأثر رجعي فهي بذلك شرعا وقانونا أنواع ثلاثة، عدة الطلاق، وعدة الوفاة، وعدة زوجة المفقود وهو ما سوف يتم توضيحه فيما يلي:

الفرع الأول: عدة الطلاق.

من المقرر شرعا أن العدة واجبة في من تجب في حقهم بدلائل صريحه نجد قوله سبحانه وتعالى :(والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)[1]

وباستقراء نص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أخذ بحرفية النص المستمدة من القرآن الكريم وقننها بمفهوم صريح أوجبتها حيث جاء فيما يلي:

تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيط ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق[2].

ويشترط لوجوب العدة من الطلاق أو الفسخ أحد ثلاث أمور: الخلوة، أو الوطء، أو الحمل، وهي المقصود بالدخول في قول الفقهاء (المدخول بها).

اولا: شروط الخلوة لوجوب العدة ما يلي.

أ- أن تكون خلوة يمكن فيها الوضع عادة وهو أمر مرتبط بالمدة

[1] سورة البقرة، الآية 228.
[2] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.

فلو كانت لحظة لا يسعه فيها الوطء، فلا عدة عليها من هذه الخلوة ولو قبل وعناق[1].

وفوق كل ذلك اعتبرت المحكمة العليا وجود عقد زواج مسجل مدنيا ومستوفى بكل أركانه وشروطه دليلا على وجود خلوة صحيحة ودخول تم دون احتفال مما يجعل جميع الجوانب المنجرة عن الطلاق منتجة لآثارها وأولها العدة وهو تأكيد قول المالكية والحنابلة والأحناف بصيغة الوجوب، مع تبني القضاء الجزائري هذا الاتجاه من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/06/18[2].

ب- أن تكون زوجة له عند الخلوة بها، أي عقد نكاحها مستثنيا ذلك الخلوة بالأجنبية التي لا توجد في حقها العدة

ج- أن لا يكون معها ما يمنع من الوطء كأحد محارمها، أما الموانع الشرعية غير مانعة من الخلوة، العدة واجبة والموانع غير معتبرة كالخلوة والمرأة في حالة حيض أو نفاس ونحو ذلك[3].

ثانيا: الوطء.

إن عدة الموطوءة بشبهة والموطوءة في نكاح فاسد عدتها كعدة المطلقة، بهذا قال الشافعي أن في وضع الشبهة والنكاح الفاسد شغل للرحم ولحوق النسب، في النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة[4]. فإن بدأ العدة ببدأ السبب الذي أدى إليها والوقوع في حالة الوطء بشبهة هو سبب هذه العدة، فتبدأ منه.

---

[1] محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص 485.
[2] باديس ديالي، المرجع السابق، ص 109 – 110.
[3] محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص 485.
[4] أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، (د.د.ن)، الأردن 2012، ص299.

إجماع الصحابة، فقد روى الإمام أحمد عن زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى أو أغلق بابا فقد وجب المهر ووجبت العدة، وهو ما استدل به الجمهور في رأيهم[1].

ثالثا: ظهور الحمل.

لا تجب على المرأة المطلقة عدة بغير الخلوة أو إقرارها إلا إذا ظهر بها حمل ولم ينفي زوج نسبه عنه (بلعان)، فتجب عليها العدة بوضع حملها[2]. فالرابطة الزوجية سبب حلها الطلاق حال حياة الزوجين وقد تحل نتيجة الوفاة.

الفرع :الثاني عدة الوفاة.

اتفق الفقهاء على وجوب العدة على من توفي عنها زوجها، وذلك ثابت بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أ_ في الكتاب: قال الله تعالى : (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)[3]. وقوله تعالى :(وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)[4].

من السنة: ما رواه مسلم عن أم عطية أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:" لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا".

وأما الإجماع فقد تم ذكره في إجماعات العدة.

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 649.
[2] أحمد علي جرادات، المرجع نفسه، ص 300.
[3] سورة البقرة، الآية 234.
[4] سورة الطلاق، الآية 04.

وقد أوجبوا العدة في الوفاة على الصغيرة، وعلى المدخول بها لعموم الظواهر من قوله تعالى: (ويذرون أزواجا) وقوله تعالى: (واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن).

فوجبت بثبوت عقد الزوجية على كل حال بخلاف الطلاق ولأنها أمر تعبدي بطريقها العبادة المحضة دون براءة الرحم[1]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نص المادة 58 منه على ما يلي:

تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام[2] .....

والجدير بالذكر من خلال ما سبق أن المتوفى عنها زوجها تعتد أربعة أشهر قمرية وعشرة أيام بلياليها من تاريخ الوفاة إن كانت حائلا غير حامل بالاتفاق استنادا بالآية الكريمة الآنفة الذكر، شريطة أن تكون الأشهر الأربعة والعشر فالنكاح الصحيح فقط، وبقاء النكاح صحيح الى الموت مطلقا ، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة السابقة الذكر والقانون السوري في نص المادة 123 منه[3].

قال النووي رحمه الله (شرح مسلم 3 /707) المراد عشرة أيام بلياليها هذا مذهبنا ومذهب العلماء كافة إلا ما حكى عن يحيى بن أبي كثير والأوزاعي أنها أربعة أشهر وعشر ليال وأنها تحل في اليوم العاشر وعندنا وعند الجمهور لا تحل حتى تدخل ليلة الحادي عشر[4].

---

[1] محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، 490 – 491.
[2] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.
[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 638.
تنص المادة 123 من القانون السوري على هذه العدة: "عدة المتفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام"
[4] مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الإمام مالك، الجزائر، 1997، ص 157.

تمهيدا لما سيأتي أن هناك نوع مشابه لعدة الوفاة وهي عدة زوجة المفقود، وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي مع التفصيل والبيان:

الفرع الثالث: عدة زوجة المفقود.

لقد نظم المشرع عدة زوجة المفقود بالنص عليها في قانون الأسرة من المادة 59 منه على ما يلي (تعتد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده)[1]

ومن خلال هذا النص اكتشف أن عدة زوجة المفقود جاءت موازية في نفس المرتبة مع عدة الزوجة المتوفى عنها زوجها وهو أمر مسلم به، إلا أنه ما يمكن التنبيه عليه أن عدة الوفاة تحتسب مباشرة بعد الوفاة عكس عدة زوجة المفقود، يبدأ في احتسابها ابتداءا من تاريخ صدور الحكم بالفقدان وهو ما سيتم التفصيل فيه على النحو الآتي:

ماهية المفقود لغة وشرعا:

المفقود لغة: اسم مفعول من فقدت شيء إذا اضللته المفقود والفقيد بمعنى واحد وهو إسم مفعول من فقد الشيء إذا ضاع منه، وفي اصطلاح الفقهاء غائب غيبة منقطعة لم يدري أحد أحي أم ميت.

فالمفقود متردد الحال بين الحياه والموت، كالجنين في البطن، وجاء في مبسوط السرخسي جزء 11 صفحة 38 وتفسير المفقود الرجل يخرج في سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه ولا بأسره العدو ولا يستبين موته ولا قتله.

[1] القانون رقم 84 – 11 المرجع السابق.

ولا يقضي القاضي في شيء من أمره حتى تقوم البينة على انه مات او قتله[1].

قال القاضي عبد الوهاب أن المفقود أن يغيب الرجل عن امرأته فيعمى خبره وينقطع أثره، ولا يعلم موضعه، ولا تدري حياته ولا موته، امرأته مخيرة بين أن تقيم على ما هي عليه، وبين أن تختار فراقه[2].

وقد جاء في المدونة بشأن زوجة المفقود:(امرأة المفقود تعتد أربع سنين بأمر السلطان ثم أربعة أشهر وعشرة)[3]

حكم المفقود في قانون الأسرة الجزائري:

جاء في نص المادة 59 من قانون الأسرة أنه تعتد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده[4].

وبالرجوع إلى نص المادة 109 من قانون الأسرة التي عرفت المفقود بقولها المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم[5].

إلا أنه إذا أردنا تطبيق ما جاء به المشرع في المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري نرى أنه يعتبر فيها الغائب كالمفقود، ولكن يلاحظ قصره لهذا التشبيه في ما يتعلق بأموال الغائب، ولا يمكن تمديد هذه الحالة لتشمل حالته الشخصية.

---

[1] أحمد الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 2089.
[2] محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص 514.
[3] العربي بختي، المرجع السابق، ص 241.
[4] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.
[5] القانون رقم 84 – 11، المرجع نفسه.

ما هو حكم زوجة المفقود؟

تطبق على زوجة المفقود نفس الأحكام الواردة في المادة 53 /05 من قانون الأسرة الجزائري، إذ ضم المشرع حالتي زوجة المفقود والغائب في ذات الفقرة وفقا لما هو وارد في المادة 112 من ذات القانون على أن الفرق بينهما يكمن في حرية زوجة الغائب في إثبات غيبته، أما زوجة المفقود فلا تطلب التطليق إلا بعد مضي سنة من يوم صدور الحكم بالفقد، عبارة بدون عذر، فهل يدخل في هذا الإطار الأعذار التشريعية؟ أم الأعذار الشرعية دون التشريعية؟ كتأدية الخدمة العسكرية التي تعتبر عذرا قانونيا.

أخذ المشرع هذا بالمفهوم الواسع للكلمة مهما كان العذر شرعيا أو تشريعيا ولكن كان عليه أن ينص عليها صراحة شرعا وتشريعا[1].

وتجدر الإشارة أنه ما يستشف من خلال نص المادة 59 السالف ذكرها، كان من الاجدر على المشرع أن يربط بدأ سريان عدة زوجة المفقود بتاريخ صدور الحكم بموت هذا المفقود لا بتاريخ صدور الحكم بفقده الذي لا علاقة له بالعدة، لأن الوفاة شرط لزوم العدة وليس الفقدان.

ولزوجه المفقود رفع دعوى قضائية لاستصدار حكم يقضي بموت زوجها المفقود وبصدور الحكم تأخذ حكم المتوفى عنها زوجها[2] استلحاقا بنص في المادة 59 السابقة الذكر من نفس القانون.

[1] تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية ةالتطور الاجتماعي، قانون الأسرة والتطورات العلمية، عبد الحفيظ أوسوكين، نخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ص 90 - 91.

[2] لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الاحكام القضائية، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، كليه الحقوق، جامعه الجزائر، بن يوسف بن خدة سنة 2006، ص 30.

وبمفهوم المخالفة تنص المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري على أنه (إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون)[1]. بمجرد صدور الحكم أي زوجة المفقود أربعة أشهر وعشرة أيام، مع مراعاة أحكام المواد 114 و115 من القانون. على عكس مال المفقود الذي نظم المشرع أحكامه، فإنه لم يرد نص يخص حال الزوجة، فهل تعود إلى زوجها ويفسخ عقدها الثاني؟ أم تبقى مع زوجها الثاني؟ يرى المالكية أنه في حالة رجوع المفقود تعود الزوجة لزوجها الأول إذا تم إبرام العقد ولم يتبعه دخول، أما إذا تبعه دخول فتبقى مع الزوجة الثاني، ما لم يكن عالما بوجود المفقود، أما إذا كان عالما بوجودها فإنها ترجع للزوج الأول دخل بها أولم يدخل بها مع مرور مدة الاستبراء[2].

وقال ابن تيمية: ففي المفقود المنقطع خبره إن قيل: إن امرأته تبقى إلى أن يعلم خبره، بقيت لا ايما ولا ذات الزوج إلا أن تصير عجوزا وتموت ولا تعلم خبره، والشريعة لم تأتي بمثل هذا، فلما أكملت أربع سنين ولم ينكشف خبره حكم بموته ظاهرا.

وإجمالا لما سبق، فالشخص المفقود قد يفقد في ظروف يغلب فيها حالة الهلاك أو في ظروف لا يغلب فيها الهلاك[3]، مع تقدير سلطة القاضي في ذلك، إعمالا بنص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء في فحواها في ما يلي:

---

[1] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.

[2] تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص 92.

تنص المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة"

- كما تنص المادة 115 من نفس القانون على: "لا يورث المفقود و لاتقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

[3] عبد المومن بلباقي، التعريف القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 165.

يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات[1].

وما يجب التنبيه عليه أن ليس على الرجل للرجل عدة، فيجوز له بعد الفرقة مباشرة أن يتزوج بزوجة أخرى، ما لم يوجد مانع شرعي تتزوج بمن لا يحل له الجمع بين زوجته الأولى وبين قريباتها المحارم كالأخت والعمة والخالة. وتزوج امرأة الخامسة في أثناء عدة المرأة الرابعة التي فارقها حتى تنقضي عدتها ونكاح المطلقة ثلاثا قبل التحليل[2].

وهو ما يطلق عليه بمصطلح الترمل la viduité أي الشخص الذي يموت عنه رفيق حياته، أي أحد الزوجين فمثلا في حالة وفاة الزوج تتقيد المرأة المتوفى عنها زوجها شرعا وقانونا بأربعة أشهر وعشرة أيام وبمفهوم المخالفة أن الزوج يتقيد كذلك شرعا وقانونا بنص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري أما في القانون الفرنسي فهي ثلاث مائة يوما أي 10 أشهر[3].

وخلاصة القول لكل ما تقدم ما يلي:

1_ إن العدة أنواع ثلاث: العدة بالأقراء، العدة بالأشهر، والعدة بوضع الحمل.

2_ إن العدة واجبة على المرأة لفراق زوجها نتيجة وفاة مع إضافة حالة المفقود في طيات حكم الوفاة الحقيقية.

---

[1] القانون رقم 84 – 11، المرجع السابق.
[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق،
[3] عمتوت عمر، موسوعة المصطلحات القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 179 – 180.
تنص المادة 300 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يحرم من النساء مؤقتا، المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم، أو من رضاع، زواج المسلمة من غير مسلم.

3_ إن العدة تجب على المرأة الحامل حال الحياة لفراق زوجها بسبب الطلاق.

وجدير بالذكر أن المعتدات أصناف ستة:

المعتدة من الوفاة الحامل، المعتدة من الوفاة غير الحامل، زوجة المفقود، المعتدة من طلاق الحامل، غير الحامل من ذوات الحيض المعتدة من الطلاق والآيسه من الحيض.

كما يستخلص أن العدة أكثر ونتيجة من آثار الطلاق، فهي من النظام العام أحاطها الشرع والقانون بسياج منيع مراعاة أحكامها، ضمان لحقوق قد تهدر وتضيع فيجب تقييد ما أمكن تقييده فهي حق الشرع والولد ومن تجب في حقهم والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو:

هل تحتسب العدة في يوم تلفظ الزوج بالطلاق؟ أم من يوم صدور الحكم؟

وما هي الإجراءات المتبعة في ذلك مع بيان وزن العدة في ميزان الفقه والقانون في ظل تطبيقات الاجتهاد القضائي؟

باعتبار العدة من النظام العام وأثر من آثار الطلاق، فمتى يبدأ احتسابها؟ وكيف تعاملت أروقة القضاء بخصوصها؟

مع قراءة في موقف قانون الأسرة الجزائري من العدة، وما مدى تقدير سلطة القاضي في ذلك؟

وهو ما سيتم التفصيل فيه مع البيان والتحليل لاحقا في فصل ثان.

الفصل الثاني الإطار التطبيقي للعدة:

تعتبر العدة أول أثر من آثار الطلاق، سنه المشرع الجزائري في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الأسرة والمعنون ب "انحلال الزواج"، فقد اتجه المشرع الجزائري الاتجاه الغالب في الشريعة الإسلامية في تحديد عدة كل من المطلقة الحائض والمطلقة غير الحائض، واليائس من المحيض، وكذا عدة الحامل والمتوفى عنها زوجها. وكذلك فإن العدة بمختلف حالاتها، تعتبر حجر الزاوية التي ترتكز عليها مختلف الأحكام القضائية، حيث انها تؤثر عليها تأثيرا بليغا، ولتبيان آثار العدة على مختلف الأحكام القضائية، لابد من تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول لدراسة كيفية إحصاء العدة وطبيعة الأحكام القضائية الصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، أما في المبحث الثاني منه، سنبين فيه أثر العدة على الأحكام القضائية.

المبحث الأول: إحصاء العدة وطبيعة الأحكام الصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية.

تنحل الرابطة الزوجية بين الزوجين بعدة طرق فقد تكون بإرادة الزوج المنفردة، أو بإرادة كلا الزوجين معا، أو بإرادة الزوجة، ويمكن أن تنحل كذلك بالوفاة أو الفسخ، لذا سنحاول من خلال هذا المبحث تبيان كيفية إحصاء العدة في المطلب الأول وذلك بتوضيح وقت بدايتها، كيفية حسابها ووقت نهايتها، ثم ننتقل إلى طبيعة الأحكام الصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إحصاء العدة.

باعتبار أن العدة هي تلك المدة أو المهلة التي أوجبت كل من الشريعة والقانون على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تتربص فيها، فلا يحل لها الزواج إلا بعد انتهائها،

وانقضاء الأجل المحدد شرعا وقانونا، ولأن العدة تعتبر من شرع الله عز وجل فهي حد من حدوده فيجب على كل مسلم احترامها.

حتى لا يقع في مخالفة أوامر الله عز وجل غير أن هذا الشيء هو ما يقع حاليا فنجد في الكثير من القضايا المطروحة أمام القضاء الجزائري أخطاء فادحة أدت إلى إصدار أحكام أقل ما يقال عنها أنها تعرضت مع ما شرع الله في إحصاء للعدة وبيان للوقت وإرجاع لعلاقات هي باطلة في حكم الله، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب، وذلك ببيان وقت بداية العدة ثم كيفية إحصائها وحسابها وأخيرا بيان وقت انتهائها وانقضائها.

الفرع الأول: ابتداء العدة

تبدأ العدة في الزواج الصحيح من وقت حصول الفرقة، سواء كانت بالطلاق أو بالفسخ أو الوفاة، ولا تتوقف على علم المرأة بسببها من طلاق أو موت وغيرهما[1]، وهو ما أغفله قانون الأسرة الجزائري على عكس نظيره العراقي الذي نص على ذلك في المادة 49 منه بقوله: (تبتدئ العدة فورا بعد الطلاق أو التفريق أو الموت ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت)[2].

ولو أقر الرجل أنه طلق امرأته منذ زمن مضى ولم تقم البينة على ما أقر به فالعدة تبدأ من وقت إقراره لا من الوقت المسند إليه نفيا لتهمة المواضعة[3]، وقد رأى البعض زيادة في الاحتياط لإثبات الطلاق ضرورة الإشهاد فيه، وجعله شرط صحة، مثله مثل الزواج، فلا يقع الطلاق إلا بالإشهاد، فمن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على وجه شرعي، ومن أشهد

[1] د. مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص 179.
[2] القانون رقم 188 لسنه 1959 المتضمن قانون الاحوال الشخصية العراقي المؤرخ في 1959/12/30.
[3] أحمد الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 1716.

على الرجعة فكذلك لقوله عزوجل: (وأشهدوا ذوي عدل منكم)[1]، والمصلحة هنا تقتضي ضرورة الإشهاد، والإشهاد يعتبر وسيلة للإثبات في حالة وقوع الطلاق خارج مجلس القضاء، ويستبعد الإنكار من أحد الزوجين، كما أنه من الخير وحفاظ على روابط الأسرة أن يكون الإشهاد شرطا لوقوع الطلاق، وأن يكون الشاهدين عدلين سمعا لفظ الطلاق، وبذلك يتم التخفيف من كثرة وقوع الطلاق وتضيق دائرته، الذي يكون غالبا في أوقات غضب أو عند انفعال زائل[2]، وخاصة أن الله يقول: (ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه)[3].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد ثارت إشكالية حول بداية عدة الطلاق، فقد نصت المادة 58 من قانون الأسرة على أنه (تعتد المطلقة غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق)[4]، فهل يقصد بالتصريح الوارد في هذه المادة، تصريح الزوج أم تصريح القاضي في الحكم بالطلاق.

ويجب على القاضي قبل التصريح بالطلاق أن يقوم بعدة محاولات صلح بين الزوجين، والتي يتم فيها سؤال الزوج عما إذا كان قد تلفظ بالطلاق قبل رفع الدعوى أم لا، وهو من نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة في قولها

---

[1] سورة الطلاق، الآية 02.
[2] محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ط 1، 1996، ص 232 – 233.
[3] سورة الطلاق، الآية 01.
[4] القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى)[1]، فإذا رأى القاضي أن الزوج قد تلفظ بالطلاق بتاريخ سابق لرفع الدعوى، فالحكم هنا يكون كاشف لإرادة الزوج، والعدة تبدأ من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق، فإذا تأكد القاضي خلال فترة الصلح أن العدة الشرعية قد انقضت، وتم الصلح بين الزوجين، فلا يمكن تطبيق نص المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بأنه (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد)، حيث يجب أن يتم الرجوع بعقد ومهر جديدين، لأن مدة العدة الشرعية انتهت كما قلنا سابقا، ولذلك يجب على القاضي أن يبين ذلك في حكمه إذا كان الطلاق بائنا[2].

وبالتالي عند استقرائنا لنص المادتين 49 و50 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد تناقض مع المذاهب الفقهية التي أجمعت على أن ابتداء العدة يكون من تاريخ وقوع الطلاق وليس من يوم التصريح به[3].

وإن كان الزواج فاسدا وفرقهما القاضي، فإن فرقهما قبل الدخول لا تجب العدة وكذا لو فرقا بعد الخلوة، وإن فرقا بعد الدخول وجبت عليها العدة من وقت التفريق، وكذا لو كانت الفرقة بغير قضاء إلا أن الواطئ في النكاح الفاسد إذا وطء المرأة وهي في العدة فإن وطأه هذا

[1] الأمر 05 – 02 المعدل والمتمم للقانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة.
[2] الحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة الجزائري نصا وشرحا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014، ص 73.
[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 121.

يعتبر زنا يجب به الحد، ذلك أن التفريق بينهما رفع شبهة الحد، فدرأ الحد قبل التفريق سببه العقد[1].

وإن كان الوطء بشبهة فينبغي أن تبدأ العدة من آخر الوطآت عند زوال الشبهة، بأن علم أنها ليست زوجته، وأنها لا تحل له، فقام بتركها، إذ لا عقد هنا، فلم يبقى سبب لعدة سوى الوطء المذكور[2].

ومما سبق نلاحظ أن العدة تبدأ من وقت حصول الفرقة بالموت أو الطلاق أو الفسخ، حتى ولو أن الزوج فارق زوجته بسبب من هذه الأسباب ولم تعلم هي بهذا الفراق إلا بعد أن ينقضي الزمن المحدد شرعا لانتظارها، فإن عدتها تنقضي بانقضاء وقتها وتحل للزواج عند ذلك العلم وذلك لأن السبب يؤثر أثره بغير توقف على شيء زائد على وجوده[3].

فلو ادعت المرأة أن زوجها طلقها في وقت معين وأنكر الزوج الطلاق فأقامه الزوجة البينة على دعواها وحكم القاضي لها بما ادعت فإن العدة تحتسب من الوقت الذي أثبتت البينة وقوع الطلاق فيه وليس من وقت الحكم.

أما لو ادعت أنه طلقها في وقت معين وأقر الزوج بما ادعته أو أقره هو ابتداء أنه طلقها منذ كذا ولم يقم بينة على ما ادعاه فإن لم تكن هناك تهمة فإن العدة تبدأ من الوقت الذي أسند الطلاق إليه لا من وقت الإقرار، وإن كانت هناك تهمة كأن يكون الزوج مريضا ويريد الاحتيال مع المرأة على إعطائها أكثر مما تستحق من الميراث فيتفق معها على الإقرار بطلاق سابق و انقضاء العدة حتى تصير أجنبية فتنفذ وصيته لها أو يصبح إقراره لها بدين أو يكون الزوج

---

[1] أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء، المرجع السابق، ص 244.
[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 649.
[3] أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، مرجع سابق، ص 21.

يرغب في الزواج ببنت أختها أو بأي محرم لها، فإن العدة تبدأ من وقت الإقرار لا من وقت الاستناد نفيا لتهمة المواضعة، فإن كان واقع الحال يتجافى مع هذه التهمة، أو قامت على صحه تاريخ الطلاق بينة شرعية تكون هي الدليل على الطلاق، فإنه ينبغي الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذه بدءا للطلاق[1].

الفرع الثاني: حساب العدة:

تتنوع العدد وتختلف باختلاف النساء خلالها، فإما أن تكون بالأقراء أو بالأشهر، أو بوضع الحمل كما سبق البيان، والمرأة إما أن تكون حاملا، أو حائلا، أي غير حامل، وغير الحامل إما أن تكون من ذوات الحيض أو ليست من ذوات الحيض لصغر سنها أو كبره (يائسة)، أو أنها لم ترى الحيض أصلا بعد وصولها للسن الذي تحيض فيه النساء غالبا[2]، فلكل صنف من هؤلاء عدة خاصة، ويتم حسابها بشكل خاص أيضا.

وحساب العدة سواء في القروء أو اليائس من الحيض يكون على المرأة المدخول بها فقط ولا عدة للمطلقة إذا لم يتم الدخول بها[3]، لقوله تعالى:(يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا)[4].

وهو ما جاء في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كما يلي: (العدة قبل الدخول - تزوج المرأة بعد أربعة أيام من طلاقها)، الحكم برفض طلب الفسخ ورجوع الزوجة لصحة الزواج-

---

[1] أحمد الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 1729.
[2] وهو سن الخامسة عشر غالبا.
[3] وهبة الزحيلي، فتاوى العصر في العبادات والمعاملات، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط 1، 2005، ص 169.
[4] سورة الأحزاب، الآية 49.

تطبيق صحيح للقانون (الشريعة الإسلامية) من المقرر شرعا "أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم اتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج و رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1].

أولا العدة: بالأقراء.

كل امرأة يأتيها الحيض (معتادة) إذا طلقت فإنها تعتد بثلاثة قروء لقوله تعالى: (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)[2]. فقد أوجبت الآية على المطلقة الانتظار ثلاثة قروء، ويلحق بالحكم الذي جاءت به الآية من كانت الفرقة بينهما بفسخ، فالفسخ ملحق بالطلاق، والقروء الواردة في الآية تعني عند المالكية ثلاثة اظهار - لقول عائشة رضي الله عنها صدقتم أتدرون ما الأقراء؟ إنما الأقراء الأطهار[3]، ويتم حساب الطهر الذي وقعت فيه العدة ولو كان لحظة، فإذا طلق الرجل امرأته في طهر لم يطأ فيه اعتدت بما بقي منه ثم استقبلت طهرا ثانيا

[1] قرار رقم 137571 بتاريخ 1996/06/18، المجلة القضائية، لسنة 1997، العدد 2.
[2] سورة البقرة، الآية 228.
[3] الموطأ، تحقيق محمود بن جميل، دار الإمام مالك، ط 1، 2002، باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض. ص 337.

بعد حيضة أولى ثم ثالثا بعد حيضة ثانية، فإذا رأت الدم من الحيض الثالثة حلت للأزواج وخرجت من العدة[1]، أما عند الحنفية فمكثت المعتدة غير الحامل بثلاث حيضات كوامل، وإن حصلت الفرقة أثناء الحيض فلا تحتسب من العدة، والطلاق في هذه الحالة محرما ولا يجوز، ويأثم من أوقعه لما فيه من تطويل للعدة على المرأة[2].

ثانيا : العدة بالأشهر

يتم اعتماد الأشهر القمرية في حساب العدة، وذلك مع إلغاء اليوم الذي حصل فيه الطلاق، وإضافة الأيام التي انقضت من الشهر الأول قبل الطلاق الى الشهر الرابع. (جزء من الشهر الأول ثم الشهر الثاني والثالث ثم جزء من الشهر الرابع)[3]، ويعتد بالأشهر نوعان من النساء:

1- **من ليست من ذوات الحيض:** وهن اليائسة من مجيء الحيض لكبر سنها، أو المرأة المطلقة صغيرة ولم تحيض بعد، فكلاهما تعتد إذا طلقت بثلاثة أشهر لقوله تعالى: (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن)[4] ، كما نصت المادة 58 على ذلك بقولها (تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق)[5].

[1] د. عبد القادر داودي، المرجع السابق، 329.
[2] د. مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص 166.
[3] عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 331.
[4] سورة الطلاق، الآية، 4.
[5] وهو ما سبق بيانه في هذه الرسالة، ص 28.

2- المتوفي عنها زوجها:

تعتد المرأة المتوفى عنها زوجها غير الحامل بأربعة أشهر وعشرة أيام[1] في قوله تعالى: (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)[2].

سواء كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده، فقبل الدخول ليس على المطلقة عدة إلا في حال وفاة الزوج فتجب عليها عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام[3]، وهو ما جاءت به المادة 59 من قانون الأسرة كالاتي: (تعتد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام..)، وفي حالة ما إذا شكت المرأة المدخول بها، المتوفى عنها زوجها في أنها حامل، تنتظر مجيء الحيض أو فوات تسعة أشهر، وإذا كانت في عدتها من طلاق رجعي ومات زوجها أثناء العدة فإنها تنتقل من العدة بالأقراء أو الأشهر (عدة الطلاق) إلى عدة الوفاة، أما في الطلاق البائن فلا تنتقل، لأنها ليست زوجة ولو قبل انتهاء عدتها، لأن العلاقة الزوجية قد انفصمت بعد الطلاق مباشرة[4].

ثالثا العدة بوضع الحمل:

إذا كانت المرأة حاملا، فعدتها تنقضي بوضع الحمل ولو ساعة من الفراق أو من وفاة زوجها قوله تعالى:(وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا)[5]، فيبقى اللفظ العام دالا على عمومه، وسواء كانت النساء الحوامل مطلقات او متوفي عنهن أزواجهن[6]،

---

[1] لأن عدة الحامل وضع حملها.
[2] سورة البقرة، الآية 234.
[3] وهبة الزحيلي، فتاوى العصر في العبادات والمعاملات، المرجع السابق، ص 168.
[4] عبد القادر داودي، المرجع نفسه، ص 333.
[5] سورة الطلاقة، الآية 04.
[6] أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، دار أجياد التراث العربي، بيروت الجزء الثاني، ص 191.

وذلك بدلالة السنة النبوية في قوله صلى الله عليه وسلم لسبيعة الإسلامية حين توفي زوجها وهي حامل ثم وضعت بعد أيام فقط "قد حللت فانكحي من شئت"[1].

كذلك فإن المشرع الجزائري نص في المادة 60 من قانون الأسرة على أن (عدة الحامل وضع حملها....)[2].

الفرع الثالث نهاية العدة وانقضائها:

تنقضي العدة بانتهاء أجلها، حتى وإن جهلت المرأة لحصول الفرقة من طلاق أو وفاة، وذلك لأن العدة أجل فلا يشترط العلم بمضي الأجل، سواء اعترف الرجل بالطلاق أو أنكر، فلو طلق الرجل امرأته ثم أنكر أقيمت عليه البينة، وقضى القاضي بالفرقة، فالعدة هنا تبتدئ من الوقت الذي أسند إليه الطلاق لا من وقت قضاء القاضي به[3].

فإذا كانت بالأشهر، فإن معرفة انقضائها شيء ميسور، وكذلك إذا كانت بوضع الحمل، بخلاف العدة بالقروء فإن العلم بها مختص بالمرأة فقط، وقد يحدث تجاحد أو تناكر في أمر ثبوتها بين الأطراف المعنية[4]، فإذا كانت العدة من طلاق وكانت المرأة حاملا فقد أجمع الفقهاء على أن عدتها تنقضي بوضع الحمل حتى ولو لم يبلغها خبر الطلاق أو الوفاة[5]، لقوله تعالى: (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا)[6]، حيث أن العدة شرعت لمعرفة براءة الرحم من الحمل ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه، لأنه لا خلاف في بقاء العدة

---

[1] الموطأ، كتاب الطلاق، باب عدة المتوفي عنها زوجها إذا كانت حاملا، ص 344.
[2] القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 648.
[4] عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 335.
[5] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 648.
[6] سورة الطلاق، الآية 04.

ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي العدة به[1]، ووضع الحمل يجب أن يكون بنزوله كله عند الجعفرية وبنزول أكثره عند الحنفية سواء حيا أم ميتا وإذا كان الحمل أكثر من واحد فلا تنتهي العدة إلا بنزول آخر التوائم لأن الحمل اسم لجميع ما في البطن باتفاق الحنفية والجعفرية[2]، وأقل ما تضعه الحامل مضغة[3].

وأما إذا كانت العدة بالقروء، فإنه يعمل بإخبار المرأة والقول قولها وتصدق فيها لو اعدت انقضائها في أمد تنقضي في مثله العدة عادة، أما لو ادعت انقضاءها في مدة لا تقع إلا نادرا كالشهر الواحد، فتصدق إن صدقتها النساء في رواية عن مالك، وفي رواية أخرى عنه، لا تصدق إلا في شهر ونصف.

المطلب الثاني: طبيعة الأحكام الصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية.

باعتبار أن العدة أثر من آثار الفرقة بين الزوجين، ولهذه الفرقة أنواع متعددة، فقط تكون نتيجة لاستعمال الزوج حقه الإرادي، وقد تكون نتيجة لاستعمال المرأة حقها في التطليق او في الخلع، كما قد تكون باتفاق إرادة الزوجين في فك الرابطة الزوجية، والعبرة من هذه الفرقة هي تاريخ وقوعها، فهل يكون ذلك من يوم تلفظ الزوج بالطلاق أم من تاريخ الحكم الذي يصدره القاضي، لدراسة ذلك سنبين في هذا المطلب طبيعة الأحكام الصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية.

[1] د. ليلى حسن محمد الزويعي أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، طبعة أولى، 2007، ص 49.
[2] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، الدرا الجامعية، بيروت، طبعة 1983، ص 654.
[3] وهبة الزحيلي، فتاوى العصر في العبادات والمعاملات، المرجع السابق، ص 178.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و بالتراضي.

أولا: طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

تنقسم الأحكام القضائية إلى أحكام تقريرية، أحكام منشئة وأحكام إلزام، ولذا كل حكم تقابله دعوة خاصة، فحكم الإلزام تقابله دعوى إلزام الحكم التقريري تقابله دعوة تقريرية، والحكم المنشئ تقابله الدعوة المنشئة بمعنى الحكم الصادر في أحد هذه الدعاوى إنما هو انعكاس لها[1].

ولذلك تختلف طبيعة الأحكام القضائية[2]، الأمر الذي يفرض التطرق إلى معرفة الطبيعة القانونية لحكم الطلاق، فهل حقيقة أن الطلاق في الجزائر ينشئه القاضي أم الزوج بمعنى هل هو حكم منشئ أو كاشف؟ وما هو الدليل على ذلك من خلال الآراء الفقهية والنصوص القانونية والتطبيقات القضائية؟

وسيتم مناقشة هذا الإشكال من خلال النظر الى وجهات نظر الأساتذة والباحثين الذين اختلفوا حول طبيعة الحكم القضائي - الذي يثبت الطلاق المنصوص عليه في المادة 49 من قانون الأسرة - إلى ثلاث اتجاهات، و بين من يرى بأن حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة هو حكم الكاشف، وبين من يرى بأنه حكم منشئ ، وبين من يجمع بينهما.

1- حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم الكاشف:

يعتبر أصحاب هذا الرأي، أن الطلاق حق للزوج، يمارسه كأي حق آخر غير أنه مقيد بشرط يتمثل في عدم التعسف، ويمارسه في كل الأحوال ولا يمكن لأي أحد رده عن مسعاه

[1] عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون الجزائر 2014، ص 127 وما بعدها.

[2] أولا: الحكم التقريري أو الحكم المقرر أو الكاشف: هو الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني دون إلزام، فالحق أو المركز القانوني لا يقابله أي التزام وإنما يواجهه اعتراض الذي يكفي لرده، فمجرد صدور حكم قضائي يقرر وجود هذا المركز القانوني أو الحق دون إلزام المدعى عليه بأداء معين أو إحداث تغير في هذا الحق أو المركز القانوني، فالحكم الكاشف هو ذلك الحكم الذي يظهر للوجود القانوني حق أو مركزا قانونيا كان مختفيا أو غير ظاهر فقام بإقراره وكشفه.

في حل الرابطة الزوجية و استعمال حقه في الطلاق، سواء كان القاضي أو الزوجة، كما انه بمجرد تلفظ الزوج بالطلاق فانه يحسب عليه من عدد الطلقات التي يملكها وهو ما يؤكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بقوله "من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه ..... الخ"[1].

وتظهر طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة، أنه من الأحكام التقريرية الكاشفة، ولا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم في خلق هذا الحكم، فحل الرابطة الزوجية يبقى بيد الزوج دون معقب في غير التطليق والخلع[2].

في حين أن الحكم القضائي الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة في هذه الحالة مقرر أو كاشف للطلاق لا منشئ له، وإن وقوع الطلاق أمر مستقل عن إثباته، فلكل من الأمرين حكمه الخاص به، فالزوج يوقعه، أما القاضي فيسجل تلك الإرادة ويثبتها بموجب حكم تقريري، وهذا ما تؤكده التطبيقات القضائية في عدة قرارات بأنه: (ليس الطلاق إلا عبارة عن الإرادة المنفردة للزوج في جعل حد للحياة الزوجية وليس لقضاة الموضوع عند ثبوته إلا الإشهاد به والتصريح به.... الخ)[3].

فهناك فرق شاسع بين مصطلح "لا يثبت الطلاق" ومصطلح "لا يقع الطلاق" ومصطلح "لا يثبت" يستعمل فقط للإثبات ويكون الحكم الصادر بشأنه كاشفا، أما مصطلح "لا يقع" فيقصد به إيقاع الطلاق ويكون الحكم بشأنه منشأ غير كاشف إذ لو أن القاضي حل محل الزواج

---

[1] ملف رقم 35322 بتاريخ 1984/12/17، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1984، عدد 4، ص 94، نقلا عن بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2018، ص 201.

[2] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، من منظور الفقه والتشريع، والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر 2011، ص 234.

[3] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1968/03/27، النشرة السنوية، 1968، ص 106، نقلا عن بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، ص 193.

في إيقاع الطلاق فإن هذا الطلاق يعتبر طلاقا بطلب من الزوج شأنه شأن الخلع والتطليق، وبالتالي ليس لإرادة الزوج اعتبار.

وحسب هذا الرأي فالقول بأن الطلاق لا يعتد به، إلا إذا أوقعه القاضي بالمحكمة قول لا يستقيم مع نصوص وأحكام قانون الأسرة، وإن هذا القول يصح فقط عندما ينص المشرع صراحة على أنه (لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة)[1] على غرار ما جاء به المشرع التونسي في الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية، بينما قانون الأسرة أقر بموجب أحكام المادة 48 من قانون الأسرة على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، دون تقييدها بحكم القاضي الذي ينحصر دوره في إثبات هذا الطلاق والكشف عنه لا غير، طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة[2].

وهو ما يعزز به أنصار هذا الرأي أن المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة وهو مصطلح الطلاق وليس مصطلح الحكم بالطلاق، أي بمعنى عندما يقع الطلاق في المرحلة الأولى تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم، ففي الأولى لا يتدخل القاضي كونها من صلاحيات الزوج وحده، لأن العصمة بيده وأن الزوج لما يلجأ إلى القضاء يثبت في إيقاعه حكم الطلاق، وعليه في المرحلة الأولى يكون دور القاضي دورا سلبيا إذ لا يجوز له أن يناقش سبب الطلاق أو يرفض إثبات الطلاق هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها والتي منها القرار الآتي: (من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة،

[1] الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
[2] لمطاعي نور الدين، عده الطلاق الرجعي وأثرها على الاحكام القضائية، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، المرجع السابق، ص 58 – 59.

وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في اصداره)[1]، وبتفسير عبارة نص المادة 49 من قانون الأسرة وهي لا "يثبت حكم الطلاق."، يتبين أن الحكم الذي يصدر في الدعوى يؤكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية، التي لم تعد قائمة من اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج، وأما الحكم القضائي فما هو إلا كاشف لهذه النية وهذا يتفق مع الشريعة الاسلامية والقاعدة المعروفة "انما الاعمال بالنيات"[2].

2- حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم المنشئ:

بالخروج عن القاعدة العامة فقط أصبح استعمال حق الزوج في الطلاق يخضع إلى الشكل القانوني حسب نص المادة 49 من قانون الأسرة، وتبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر إلا باستيفاء الشكل القانوني المحدد. كون إرادته أصبحت قاصرة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني ومرد هذا القصور يرجع إلى إرادة المشرع وليس الى ضعف الزوج في قواه العقلية[3].

فلا يقع الطلاق إلا بموجب حكم، إذن فهو ليس شرط للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، فإنه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي ومن ثم يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه الإداري بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه

[1] الملف رقم 35026، بتاريخ 1984/12/03، غرفة الأحوال الشخصية، المجلس الأعلى (سابقا)ن المجلة القضائية، العدد 04 لسنة 1989، ص 86.
[2] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2008، ص 122.
[3] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003، ص 105.

استيفاء إجراء الصلح، و تعبير الزوج عن إرادته في ذلك، ومن ثم يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق ولا يعد وسيلة إثباته، وعليه لا يمكن قبول ادعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررا رسميا صادر عن القاضي يثبت ذلك.

فالمشرع قيد الحق في الطلاق، باشتراطه لإيقاع الطلاق أمام القاضي، وهذا الشرط ليس سلبا لحق الزوج في الطلاق بل أمر وجوبي على الزوج إذا أراد أن يطلق أن يحترم الشكل الذي يقرره القانون، فحسب هذا الاتجاه يكون حكم القاضي منشئا للطلاق، لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم و خلال ثلاثة (03) أشهر قبل الحكم، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال خصام الزوجين، وإن المعنى الظاهر وهو أن الطلاق لا يتم إثباته إلا بحكم قضائي، وأنه عندما يقع عرفيا، فإن القاضي يمكنه أن يعتمد البينة الشرعية في إثباته، وهذا المعنى فاسد وغير صحيح لأنه يقتضي أن الدعاوى التي تتعلق بإثبات الطلاق لا تسمع مطلقا في حاله إذا وقع بعد صدور قانون الأسرة، ولعل المشرع يقصد الوسيلة العادية لإيقاع الطلاق من الحكم الذي ينطق به القاضي وأنه بانتفاء هذا الحكم لا يقع الطلاق، ويمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقبل البينة الشرعية في إثباته، وقانون الأسرة لم يوفق في صياغة نص المادة 49 لأنه لم يبين ما هي الحالة الاستثنائية التي يجوز فيها للقاضي أن يسمع دعوى إثبات الطلاق، كما أنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام المنشئة بل الكاشفة، ولهذا كان على المشرع أن يستعمل مصطلح "لا يقع" بدلا من "لا يثبت"[1].

[1] تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاق، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 74.

3- حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة كاشف ومنشئ:

باعتبار أن حكم الطلاق له طبيعة قانونية خاصة وآثار قانونية تميزه عن غيره من الاحكام[1]، اتجه جانب آخر من الفقه إلى اعتبار أن الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة هو حكم الكاشف ومنشئ في نفس الوقت، فهو حكم الكاشف باعتبار الزوج تلفظ بالطلاق شرعا، وهو يلجأ إلى القضاء من أجل إثبات هذا الطلاق قضائيا وقانونيا فقط، وهو حكم منشئ بسبب وجوب الصلح ،لأن الزوج يرفع الدعوى والقاضي يقوم بمحاولات الصلح وعلى هذا الأساس يصدر الحكم بالطلاق بعده، وعليه فالطلاق حكم كاشف لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف إرادة الزوج الذي يكون قد تلفظ بالطلاق قبل اللجوء الى القضاء وهو حكم منشئ لكونه يرتب مركزا قانونيا جديدا والذي يتمثل في مركز المطلق والمطلقة[2].

ومما تقدم بيانه من خلال الآراء السابقة الذكر يتضح جليا أن الرأي الراجح في مسألة الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر في دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة هو الاتجاه الأول الذي يعتبر الحكم كاشفا الواقعة الطلاق، وما رفع الدعوى إلا لتقريره، لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف عن إرادة الزوج الذي يكون قد تلفظ بالطلاق قبل اللجوء الى القضاء[3]، فإذا وقع الزوج البالغ العاقل غير المكره طلاق زوجته بلفظ صريح يقصده، فالطلاق واقع لا يختلف في هذا اثنان بشرط أن تكون العلاقة الزوجية صحيحة قائمة.

---

[1] عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة، الجزائر، 2007، ص 197.

[2] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، من منظور الفقه والتشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 231.

[3] عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، المرجع السابق، ص 198.

فمثل هذا الطلاق لا يحتاج الى حكم قضائي، وانما يحتاج إلى إثبات وتوثيق لدى المحكمة أو الجهة المختصة، ضمان للحقوق ومنعا للتناكر الذي قد يحصل ولا يحتاج الى فترة إصلاح لا ساعة ولا يوم ولا ثلاثة أشهر، وإنما كل ما يحتاجه هو إثباته وتوثيقه وترتيب آثار هذا الطلاق من يوم وقوعه، ولا يعد الحكم به من طرف القاضي إلا توفيقا وإثباتا له لا غير[1].

نلاحظ أن المحكمة العليا في قراراتها تؤكد دائما على اعتبار الشريعة الإسلامية معتمدا أساسيا في نقض كل الأحكام التي تخالفها عند تطبيق قضاة الموضوع، فإذا كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة خارج المحكمة فيصبح الصلح بلا فائدة، إلا إذا كان طلاق رجعيا فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق وليس تجنبا لحدوث الطلاق، ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون الحكم كاشفا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج المحكمة وليس منشئا له، حتى تنسجم المقتضيات الشرعية مع النصوص القانونية بمعنى أنه على القاضي عندما يثبت الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه، لأنه وقع من يوم تلفظ الزوج به خارج المحكمة كون القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، في المادة 48 من قانون الأسرة خولت للزوج الحق في استعمال الطلاق.

حيث جاء قرار المحكمة العليا (ليس الطلاق إلا عبارة عن الإرادة المنفردة للزوج في جعل حد للحياة الزوجية وليس لقضاة الموضوع عند ثبوته إلى الإشهاد به والتصريح به....الخ)[2].

[1] المصري مبروك، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار العلوم للغة العربية وأدابها والدراسات الإسلامية، مص 2009، 259.
[2] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1968/03/27، النشرة السنوية، 1968، ص 106، نقلا عن بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، المرجع السابق، ص 193.

إن القول أن الزوج إذا طلق زوجته لا يعتد بطلاقه حتى يحكم القاضي به وإلا فهو ليس بطلاق في نظر القانون، مخالف لكتاب الله، ولا يمكن لأحد أن يقول إن الطلاق لا يقع شرعا إلا أمام القاضي أو بعد التحكيم أو محاولة الصلح، لأنه لم يروى في سنة الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا في سنة صحابته الكرام، ولا عن أحد من سلف هذه الأمة، أنهم كانوا لا يوقعون طلاق الرجل إلا أمام القاضي وبعد التحكيم على النحو السابق، ولم يروا عن أحد منهم أنه كان ينتظر في كل طلاق التحكيم وإيقاعه أمام القاضي كما يدعي البعض[1].

وأما فيما يتعلق بالاتجاه الذي يجمع بين الحكم الكاشف والمنشئ فهو لا يستقيم مع المنطق، لأنه يجب التفريق بين المراكز القانونية والأحكام القضائية، فالحكم إما أن يكون كاشفا أو منشئ، وليس الاثنين معا، فالإرادة تخلق المركز القانوني، والحكم يأتي لإثبات ذلك المركز، فحكم الطلاق كاشف وليس منشئ ولا يكون بناء على السلطة التقديرية للقاضي، حيث يكون دور هذا الأخير سلبي يقتصر على توثيق تلك الواقعة والكشف عنه وتقريره، فتكييف الطلاق بالإرادة المنفردة يبقى كاشفا ما دام لا يملكه إلا الزوج، سواء أوقعه أو سوف يوقعه وما على القاضي إلا إثبات ذلك الطلاق الذي وقع أمامه بعد رفع الدعوى[2].

فالمشرع نظمه طلب الطلاق من أحد الزوجين من خلال نص المادة 436 إلى 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، أين أعطى الإجراءات المتبعة ودائما في إطار القانون الموضوعي المتمثل في قانون الأسرة فالزوج هنا يرفع دعوى إثبات الطلاق الذي أوقعه، أما

[1] المصري مبروك، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 263.
[2] المصري مبروك، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 264.
[3] القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 بتاريخ 23 فيفري 2008.

الزوجة فترفع إما دعوى التطليق أو دعوى الخلع، وبموجب أحكام المادة 450 من نفس القانون المذكور آنفا، يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويتحقق من أن الزوج أوقع الطلاق أم لا؟ وهل هو متمسك ومصر على طلبه؟ لأن القاضي غير مختص في إيقاع وإنشاء الطلاق لأنه حسب أحكام المادة 48 من قانون الأسرة[1] " يحل عقد الزواج بإرادة الزوج"، ولما أراد المشرع أن يتكلم عن حل عقد الزواج عن طريق الزوجة صرح بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة.

فحسب المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، فالقاضي ليس له أن يرفض الطلب حتى ولو كان الزوج متعسفا، لأن الزوج وحده المختص في فك الرابطة الزوجية لأن العصمة بيده وأنه حق مقرر له شرعا، ومن يقول عكس ذلك ليس له أي دليل أو أساس قانوني، فالقاضي يكشف عن هذا الطلاق الذي أوجده الزوج لأن دور القاضي هو سلبي يتمثل في إثبات واقعة الطلاق والكشف عن إرادة الزوج، وذلك بإصداره للحكم القضائي المتضمن إثبات واقعة الطلاق الذي أحدثته الزوج، وبالتالي فالطلاق في الجزائر مطابق للشريعة الإسلامية، كون العصمة بيد الزوج وما رفعت الدعوى إلا من أجل استصدار حكم يثبت ذلك، وما جاءت به أحكام المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دليل فعلي على حقيقة أن الطلاق واقع خارج المحكمة بالإرادة المنفردة للزوج وإلا فلماذا القاضي يتأكد منه كما يزعم البعض.

[1] أنظر المادة (48) من قانون الأسرة قبل التعديل وبعد التعديل.
[2] القانون رقم 08 – 09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

وما يعزز هذا التأكيد أيضا أنه بالرجوع إلى نص المادة 50 من قانون الأسرة، نجدها تنص على أنه (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد) فمراجعة الزوجة لا يمكن أن تكون إلا بعد وقوع واقعة الطلاق وأثناء فترة العدة لا غير، وعليه فلو كان حكم الطلاق بالإرادة المنفردة منشئا كما يزعم البعض فكيف يراجع الزوجة زوجته في فتره الصلح وهي لم تطلق بعد كون الحكم القضائي لم يصدر بعد.

وبذلك فالمشرع لم يرتب ازدواجية في الطبيعة القانونية للطلاق، طلاق تلفظ به الزوج قبل رفع الدعوى وطلاق انشئ بموجب حكم قضائي، لأنه في كل الأحوال يبقى الحكم كاشفا أو ما يسمى بالحكم المقرر صادر في دعوى تقريرية، فالأحكام المقررة أو الكاشفة لا يساهم القضاء إلا في الكشف عنها وتقريرها، كالطلاق بناء على إرادة الزوج و يتبين من ذلك أن عمل القضاء يقتصر على كشف عن إرادة أحد الخصوم ولا تتدخل الإرادة القضائية في إنشاء تلك الأحكام التقريرية، ويقتصر دور القاضي على توثيق إرادة الزوج والكشف عنها، فالسلطة التقديرية للقاضي تكون محدودة بل تنعدم في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج[1].

تظهر العلاقة بين طبيعة حكم الطلاق و العدة هنا أن الحكم الصادر بالطلاق يكون كاشفا لتاريخ الواقعة، وبالتالي فتاريخ العدة يرتبط بتاريخ واقعة الطلاق حتى يكون هناك توافق بين المدتين، فالعدة المنصوص عليها في المادة 58 من قانون الأسرة تخص عدة الطلاق الرجعي فقط، أي بمعنى آخر تتعلق بالعدة التي تتولد وتنجر عن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته

[1] عمرو خليل، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011، 312.

المنفردة، ولم يقصد بها المشرع أبدا العدد الأخرى المتمثلة في عدة الطلاق بالتراضي أو الخلع أو التطليق[1]، فالأولى يمكن للزوج أن يراجع زوجته بدون عقد جديد ما دامت العلاقة الزوجية قائمة حكما ووقع صلح بين الزوجين لأن طلاق الزوج رجعي بينما في الأنواع الأخرى فالطلاق بائن، و الطلاق الأول يتلفظ به الزوج بينما الأنواع الأخرى من طرق فك الرابطة الزوجية تكون بيد القاضي، والأول أيضا له عدة حالات أو احتمالات حسب تاريخ وقوع الطلاق و بتاريخ رفع الدعوى الذي يحدد مصير الصلح، بينما طلاق القاضي لا تثور مشكل فيما يخص العدة لأن العلاقة الزوجية لا تزال قائمة و لم تنحل بعد.

ثانيا: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بتراضي الزوجين.

بالنظر إلى النصوص القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الفرقة الواقعة في الطلاق بتراضي الزوجين تعتبر طلاق وليس فسخ، وهو ما نصت المادة 48 من قانون الأسرة بقولها (يحل عقد الزواج بالطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة....) كما عرفته المادة 427 من ق إ م بقولها: (الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة)[2]، ونظرا لأهميته فقد أصدر المشرع الجزائري 09 مواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في تنظيم هذا النوع من الطلاق، جاء من بينها المادة 427 ق إ م إ التي عرفت الطلاق بالتراضي مع تمييزه عن باقي أنواع الطلاق الأخرى بقولها:

[1] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 68.
[2] القانون رقم 08 – 09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي الى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة)[1]، وبهذا فلا يجوز للقاضي مراقبة الطلاق بالتراضي بين الزوجين، إلى أنه يجب أن يشهر من طرف المحكمة، لأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم لدى المحكمة وتحت إشراف القضاء طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري[2].

كما أن الفقه قد اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بالتراضي الزوجين.

فقد فسر الأستاذ لمطاعي نور الدين: "أن الطلاق بالتراضي لا يكون له أي أثر إلا إذا تقدم الزوجان بطلب مشترك للقاضي من أجل فك الرابطة الزوجية، ومن ثم لا يكون له وجود إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بفك الرابط الزوجية بالطلاق بالتراضي ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد، فيكون حينها إذا الحكم الصادر بشأنه حكما منشئا، على عكس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي يكون الحكم فيه كاشفا لواقعة الطلاق لا منشئا لها[3].

في حين ذهب الأستاذ فضيل سعد إلى " أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ نتيجة اتفاق الزوجين عليه يأتي تثبيتا لأمر حصل من قبل، ولم يقم إلا بدور كاشف للطلاق ومن أمثلة الحكم الكاشف أن يتفق الزوجان على الطلاق طبقا لأحكام المادة 48 من قانون الأسرة[4].

بينما يرى الأستاذ عمر زودة: "أن الطلاق بالتراضي لا وجود له في الشريعة الاسلامية وإنما هو فكرة جاء بها المشرع نتيجة تأثره بالشريعة الغربية[5]، ويرى أنه لا يوجد طلاق

---

[1] القانون رقم 08 – 09، المرجع نفسه.
[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 259.
[3] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 58 – 59.
[4] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1989، ص 339 – 340.
[5] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 114.

بالتراضي (بمفهوم تراضي الإرادتين)، وإنما يوجد طلاق يملكه الزوج كون العصمة بيده فالطلاق حق له، ولما يقرر الزوج أن يستعمله لا يحتاج إلى موافقة الزوجة، عندما يمارس الزوج حقه في الطلاق بناء على إرادته فهو حق إرادي وليس مشترك وهو حق المقرر حصرا للزوج، والزوجة تبقى الطرف الضعيف في الرابطة الزوجية وبالتالي فالزوج يطلق بناء على إرادته، وبعد الطلاق تبقى قضية توابع فك العصمة التي هي محل الاتفاق والتراضي مثلا: الحضانة، النفقة والسكن ويكون الطلاق في حد ذاته بموجب قرار ولائي وليس بواسطة حكم، لأنه ليس فيه منازعة، أما عن توابع فك العصمة تكون بموجب حكم قضائي[1].

بينما يتميز الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي بين الزوجين بعدد من الخصائص، تتمثل في أنه حكم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، وأن أجل الطعن فيه بالنقض يسري ابتداء من تاريخ النطق بالحكم وليس من تاريخ تبليغه، كما وأن الطعن فيه بالنقض لا يوقف إجراءات تنفيذه وذلك تطبيقا لما ورد النص عليه في المواد 433، 434، 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد[2].

ومن أهم إجراءات الطلاق بالتراضي الواقع تنفيذا للرغبة والإرادة المشتركة للزوجين ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 23/ 5 /2000 تحت رقم 243943 من أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إشهاد في المحكمة على رغبة

[1] عمر زودة، محاضرات ألقيت على طلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، 2013 – 2014.
[2] قانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

الزوجين في الطلاق، ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية، ولا يحق لأي أحد من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير، مما يستوجب عدم قبول الطعن شكلا[1].

كما يذكر رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا أن الطلاق بالتراضي يتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين، ويضيف أنه على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تم بشأنها الاتفاق لأن هذا الأخير لا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إشهاد[2].

إن الطلاق بالتراضي لا وجود ولا أثر له إلا من يوم صدور الحكم به، فالحكم بالطلاق بالتراضي وإنشاءه يكون من طرف القاضي وفي نفس اللحظة، ولا ننسى أن للقاضي أن يلغي ما ورد في الاتفاق إذا تعارض مع مصلحه الأولاد أو خالف النظام العام، فيكون بذلك طلاقا مقيد بشروط.

كما أن المشرع لم يبين أحكام عدة الطلاق الذي يتم بتراضي الزوجين، ولم ينص عليه أنه طلاق بائن، الأمر الذي أدى إلى نشوء بعض الغموض حول ذلك، الأمر الذي سيؤدي إلى ارتكاب أخطاء فادحة عند الفصل في القضايا المتعلقة بالرجوع، استحقاق الإرث....الخ، وهو ما يلاحظ من خلال قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن[3].

بعد ما تم التطرق إلى مختلف الآراء الفقهية نخلص إلى القول أن حكم الطلاق بالتراضي هو حكم منشئ، إذ يقدم من خلاله الزوجين عريضة مشتركة والقاضي هو من يطلق بواسطة

---

[1] نقلا عن بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، المرجع السابق، ص 209.

[2] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 23.

[3] حيث جاء في قرار لها: "من المقرر قانونا، أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين، ولا يثبت الطلاق إلا بحكم، بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق، يحتاج إلى عقد جديد، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن قضاة الموضوع لما قضوا برجوع الزوجة، رغم ان الطلاق وقع بالتراضي بينهما، وتم اثباته بحكم، وبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه".
- ملف رقم 49858 غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، م.ق، 1992، عدد 1، ص 37، نقلا عن بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، المرجع السابق، ص 193.

الحكم القضائي وبالتالي لا يتناقض مع مبدأ العصمة بيد الزوج، وأن الطلاق بالتراضي ليس تراضي على توابع العصمة من نفقة وحضانة وإنما هو تراضي واتفاق على فك الرابطة الزوجية، وكذا آثارها وتوابعها على خلاف ما ذهب إليه جانب من الفقه إلى اعتبار أن الطلاق بالتراضي هو طلاق الزوج بإرادته طبقا للحق الإرادي[1].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالتطليق بطلب من الزوجة أو بطلب الخلع.

أولا: طبيعة الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية في التطليق بطلب من الزوجة.

استعمل المشرع الجزائري المادة 48 من قانون الأسرة للتعبير عن أنواع الفرقة، وهو ما بينه ظاهر النص، أما ما يكون بإرادة الزوجة يسمى تطليقا، وهو ما نصت عليه المادة 53 من نفس القانون والتي جاءت كما يلي: (للزوجة أن تطلب التطليق.....)[2]، مما يدل أن المشرع فرق بين مفهومي الطلاق والتطليق لاختلاف آثارهما، لا سيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما، ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما[3].

أجمع الفقه والقضاء الجزائري على أن حكم القاضي بالتطليق هو حكم منشئ لا كاشف، وذلك باعتبار حكم التطليق ينشئ مركزا قانونيا جديدا بالنسبة للزوجين، يتمثل في مركز الزوجة المطلقة بحيث لا تعتبر مطلقه ولا تنحل الرابطة الزوجية إلا بصدور الحكم القضائي القاضي بالتطليق[4].

---

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للنشر والتوزيع، 2013، ص 76.
[2] الأمر 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.
[3] منصوري نوره، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2012، ص 12 – 13.
[4] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وآثارها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر 2001، ص 107.

وباعتبار الحكم الصادر بالتطليق حكم منشئ فهو لا يطرح أي إشكال بين رجال الفقه، ففي هذا الصدد يرى الأستاذ تقية عبد الفتاح: "..... أن التطليق يجعل أمر حل الرابطة الزوجية بيد القاضي إذا كان يستند لأحد الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، فالحكم الصادر بالطلاق حكم كاشف لإرادة الزوج، أما الحكم الصادر بالتطليق فهو حكم لواقعة الطلاق، فالنوع الأول تنعدم فيه إرادة القاضي، أما النوع الثاني فتلعب إرادة القاضي في إنشائها وتكوينها دورا هاما وايجابيا، بل تعتبر إرادة القاضي العنصر الأساسي في تكوين هذا الحكم[1].

فيكون للتطليق هنا طابع إنشائي، بحيث ينشئ مراكز قانونية جديدة للزوجين، فيصبح كل من الزوجين أجنبيا عن الآخر[2].

وكذلك يرى الأستاذ لمطاعي نور الدين "إن كل من التطليق والخلع لا يكون لهما أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلبها بالتطليق، وهذا ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة "..... أو بطلب من الزوجة " ومن ثم لا يكون لهما وجود إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بالتطليق أو الخلع، ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد فيكون حينها الحكم القضائي الصادر بشأنهما حكما منشئا[3].

غير أن التساؤل الذي يطرح هل تؤثر طبيعة هذا الحكم على إجراءات الصلح أم لا؟

---

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع نفسه، ص 241.
[2] الغوثي ب ملحة، المرجع السابق، ص 121.
[3] نور الدين لمطاعي، مرجع سابق، ص 73.

يعتبر نص المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على وجوب إجراء محاولة الصلح، السند القانوني المعتمد من طرف القضاء لإجراء الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، فإذا أتينا إلى نص هذه المادة، فالمشرع لم يقصد أبدا تطبيقها على دعوى الخلع أو الطلاق قبل البناء او دعوى التطليق، لأنه ولو فرضنا أنه يمكن تطبيقها على دعاوى التطليق فإنه يصح كذلك تطبيق نص المادة 50 من نفس القانون، وهذا لا يعقل لأن هذه المادة في حد ذاتها يتحدث نصها عن من يراجع زوجته وليس من تراجع زوجها، فهل يعقل أن نقول من راجعت زوجها؟ والجواب هنا هو النفي، فالمشرع يخاطب الزوج الذي أوقع الطلاق بإرادته المنفردة، ويراجعها خلال مرحلة الصلح ولم يقل مطلقا من راجعت زوجها، وهذا يستنتج من لب نصوص قانون الأسرة، باستعمال طرق التفسير الداخلية ولاسيما موقع النصوص القانونية وطريقة ورودها منهجيا و منطقيا، وهنا نطرح سؤالا مفاده: لمن يثبت حق الرجعة للزوج أم للزوجة؟، ومتى وفي أي نوع من أنواع فك الرابطة الزوجية؟، وبالتأكيد سوف يكون الجواب أن حق الرجعة يثبت للزوج كحق خالص له وبمفرده وأثناء فترة محددة أثناء العدة في الطلاق الرجعي، وبالتالي لا علاقة للتطليق بالمواد 49 و50 و 51 و 52 لأنها تخص فقط الطلاق بالإرادة المنفرد[11].

[1] لأن الزوج يطلق بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة (48) من قانون الأسرة ثم الزمه المشرع من أجل إثبات هذا الطلاق بموجب المادة (49) من نفس القانون وعلى أن يجري القاضي من تاريخ رفع الدعوى لمدة ثلاثة (03) أشهر والتي تقابل عدة الطلاق الرجعي وبمقتضى نص المادة (50) إذ الزوج استعمل حقه في الرجعة أثناء العدة لا يحتاج إلى عقد أما بعده يحتاج إلى عقد جديد كون الزوجة زالت، ثم تعرض المشرع إلى أنه لا يجوز للرجل الذي طلق أن يراجع من طلقها ثلاث ففي كل المواد المشرع يخاطب الزوج وجاءت النصوص متوافقة ومنطقية ثم أكبر دليل جاء في المادة (52) في حالة ما إذا تبين للقاضي تعسف الزوج حكم المطلقة أي التي طلقها زوجها لا القاضي بالتعويض ثم انتهى من تنظيم الطلاق بالإرادة المنفردة وبعده مباشرة تطرق إلى طلب الزوجة للتطليق في المادة (53) من نفس القانون ثم بعدها تناول مسألة الخلع فلم يخلط المشرع بين أحكام هذه المواد ولم يعتمد نظام الإحالة

فقبل صدور الحكم العلاقة الزوجية لا تزال قائمة وإجراء الصلح هنا غير مقيد لا بمدة زمنيه ولا بعدة، ولا يوجد رجعه بمفهوم أحكام الرجعة وإنما يمكن للزوجة أن تتراجع عن طلب التطليق، في حين المقصود بالمادة 50 أن الزوج له أن يستعمل حق الرجعة في وقت سماه المشرع بفتره الصلح - أثناء محاولة الصلح- الذي هو في حقيقة الأمر فترة العدة - أي أثناء العدة - دون رضا الزوجة، أما بعد انتهاء فترة العدة سواء قبل صدور الحكم أو بعده يحتاج إلى عقد جديد حيث يستلزم رضا الزوجة في هذه الحالة وهنا نكون أمام الصلح، وهذا ما لا ينطبق على التطليق إذ لا توجد عدة إلا بعد فك الرابطة الزوجية، وهذه لا تتحقق ما دام لم يصدر القاضي حكمه.

وأمام انعدام نص صريح لإجراء الصلح في دعاوى التطليق يتعين على القاضي أن يستند إلى نص المادة 04 من قانون الاجراءات المدنية والادارية كمبدأ عام الذي يخول للقاضي بصفة عامة ولقاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة اللجوء إلى تطبيقه، أو أن يكون إجراء الصلح استنادا الى نصف المادة 439 وما يليها من نفس القانون، لأن صياغة هذه المادة جاءت عامة وتنطبق على جميع صور فك الرابطة الزوجية.

بعد أن تم توضيح الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالتطليق، سنتطرق بعد ذلك إلى طبيعة الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع.

ثانيا: طبيعة الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع.

نص القانون على مشروعية الخلع، وهو ما يتجلى من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة، وأكد على قانونيته كما نصت المادة 48 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة على أن عقد الزواج يحل بالإرادة المنفردة للزوج او بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة

وذلك في حدود ما نصت عليه المادتين 53 و 54 من نفس القانون، ومن هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري كان واضحا من الوهلة الأولى بتبيينه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقا لا فسخا، وذلك واضح من خلال ترتيب مواد قانون الأسرة[1].

ومن خصائص الطلاق عن طريق الخلع أنه يكون مقابل مبلغ من المال نقدا أو عينا، تعرضه الزوجة على زوجها بقصد التخلص منه وإنهاء العلاقة الزوجية القائمة بينهما، كذلك فالحكم بالطلاق عن طريق الخلع لا يسقط نفقة العدة، فكل مختلعة معتدة تستحق النفقة من مال مخالعها طيلة مدة عدتها، وعلى المحكمة أن تحكم بها وأن تحددها إجماليا او شهريا، إذا طلبت الزوجة ذلك ولم تتنازل عن هذا الحق[2]، كما أنه من خصائصه أنه لا يسقط حق الأطفال في النفقة على أبيهم باعتبار حق للأطفال و واجب على الأب، كما أنه من خصائص الطلاق بمقتضى الخلع أنه لا يقبل أن يكون محل مقاصة بين الزوجين، وهذا يعني أنه لا يجوز أن يتفق الزوجان على أن يكون الطلاق مقابل التنازل عن الحضانة، لأن الحضانة ليست حقا خالصا لأحد الوالدين بل هو حق قوي للأطفال لا يجوز مقايضته ولا التنازل عنه مقابل الطلاق[3].

اختلف الفقهاء على الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر بفك الرابط الزوجية عن طريق الخلع، حيث اعتبر الأستاذ فضيل سعد أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ بسبب الخلع يأتي تثبيت لأمر حصل من قبل ولم يقم الحكم إلا بالكشف عن الطلاق[4]، في حين أن الأستاذ

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 68.
[2] منصوري نورة، المرجع السابق، ص 154.
[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 87.
[4] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 339 – 340.

عمر زودة يرى أن الأحكام القضائية الصادرة بالخلع ما هي إلا قرارات ولائية تعتبر شكلا من أشكال ممارسة الحق الإرادي الذي تتمتع به الزوجة، حيث يخول لها هذا الحق إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج لقاء بدل تدفعه للزوج لا يقل عن مهر المثل وقت الحكم، وعمل القاضي فيها يدخل ضمن الوظيفة الولائية وبالتالي فهو لا يخضع للطعن بالاستئناف المقرر ضد الأحكام القضائية، لأن من صدر عن القاضي ليس الا قرارا ولائيا يخضع للتظلم فيه[1]، وكذا الأستاذ أحمد شامي الذي يرى انه: "لما كان الطلاق بيد الزوج فهو حق إرادي يملكه الزوج ومن هنا حكم القاضي يعتبر حكما كاشفا للطلاق بالإرادة المنفردة"، وهو نفس الشيء بالنسبة للخلع الذي هو اتفاق بين الزوج والزوجة على مخالتعه مقابل المال تدفعه له، وهنا يكون حكم القاضي كاشفا لإرادة الزوجة، وليس على مخالعة

زوجها مقابل مال تدفعه له، وعندها ما على القاضي إلا كشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية لتحتج بها"[2].

على خلاف ذلك يذهب الأستاذ لمطاعي إلى القول: "أن كل من التطليق والخلع لا يكون لهما أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلب التطليق لأجل ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة" ..... أو بطلب من الزوجة"، ومن ثم لا يكون لهما وجود إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بالتطليق أو الخلع، ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد فيكون حينها

[1] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية أثارها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 105.

[2] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة مصر، 2010، ص 297.

الحكم القضائي الصادر بشأنهما حكما منشئا، على عكس الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة والذي يكون فيه الحكم القضائي كاشفا لواقعة الطلاق لا منشئا لها[1].

والرأي الراجح هو اعتبار حكم القاضي بالخلع حكما منشئا، ولا يكون له أثرا إلا بصدور حكم قضائي، لأن الرابطة الزوجية تبقى قائمة.

لا يحل عقد الزواج إلا بصدور حكم من القضاء وأن المادة 48 من قانون الأسرة تنص: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"، و طبقا للمادة (451) الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعاين القاضي كذلك ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع، طبقا لأحكام قانون الأسرة ويفصل في مدى تأسيس الطلب، فالمشرع يتكلم عن طلب يرفع إلى القاضي ولم يتكلم عن طلاق بالخلع لإرادة الزوجة، فدور القاضي إيجابي في دراسة ومعاينة والفصل في مدى تأسيس الطلب، ففي الخلع العلاقة الزوجية تبقى قائمة إلى غاية استجابة القاضي إلى طلبها، وقد لا يحكم لها بالخلع إذ قد يرفض طلبها فالخلع حالة من الحالات التي تسمح للزوجة بفك الرابطة الزوجية قضائيا، دون موافقة الزوج ويقع بائنا وفقا للقاعدة الفقهية الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن.

أما فيما يخص إجراء الصلح في دعوى الخلع، لم يكن موقف المشرع الجزائري واضحا، غير أنه بموجب صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد جاءت المواد 439 منه وما بعدها التي تشير صراحة ولأول مرة إلى منح القاضي صلاحية وكيفية إجراء

[1] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 73.

محاولات الصلح بين الزوجين في جميع صور فك الرابطة الزوجية، بما فيها دعاوى الخلع، غير أن رجال القانون والفقه عمموا من نص المادة 49 من قانون الأسرة على جميع طرق فك الرابطة الزوجية.

بل وأكثر من ذلك هناك قرارات قضائية أسقطت نص المادة 50 على الرجوع في الطلاق بالخلع في حين هو ليس طلاق رجعي وإنما هو طلاق بائن ولا يكون إلا بعد صدور حكم قضائي، في حين نص هذه المادة الخاص بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة، ولأجل ذلك لا يمكن أيضا تطبيق أحكام المادة 49 و 50 على هذا النوع من طرق فك الرابطة الزوجية[1]، وخير دليل على ذلك القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، وهذا التطبيق القضائي ترسخ مع مرور الزمن في القضاء الجزائري دون أن يكون له أساس قانوني صحيح، وطالما أن الخلع ينشئه القاضي فلا يوجد حل الرابطة الزوجية قبل نطق القاضي بالخلع[2].

وبالتالي لا يطرح أي إشكال كون العلاقة الزوجية قائمة ولم تنحل الرابطة اصلا والقاضي يصدر حكما بانقضاء الخصوم بالصلح، أما في حالة ما إذا صدر الحكم تنقضي العلاقة الزوجية، وتترتب عليها عدة لكن لا تؤثر على أي شيء، حيث تعتبر المختلعة في حكم المطلقة لذا يجب عليها إن كانت مدخولا بها أن تعتد بثلاثة قروء، و اليأس من المحيض ثلاثة أشهر ابتداء من يوم التصريح بالطلاق من طرف القاضي طبقا لنص المادة 58 من قانون الأسرة وإن توفي الزوج المطلق أثناء العدة، فإنها تثبت على عدة الطلاق ولم يلزمها الانتقال

[1] نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، مرجع سابق، ص 69.
[2] حيث أن الطاعن يثير في هذا القرار ثلاث أوجه لتأسيس وتدعيم طعنه بالنقض وكان رد المحكمة العليا عن هذا الوجه.

إلى عدة الوفاة من حيث أن عدة الحامل هو وضع حملها واقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق حسب ما جاء في النص المادة 60 من قانون الأسرة[1].

ما يساهم في وقوع أخطاء جسيمة لاسيما فيما يتعلق بالرجوع فالعدة المنصوص عليها في المادة 58 من قانون الأسرة تخص عدة الطلاق الرجعي فقط ولم يقصد بها المشرع ابدا عدة المختلعة[2]، فالأولى يمكن للزوج أن يراجع زوجته بدون عقد جديد عكس العدد الأخرى لأن الطلاق الأول رجعي بينما الخلع طلاق بائن، الأول يتلفظ به الزوج بينما الأنواع الأخرى تكون بيد القاضي، وكذلك الأول يكون بموجب حكم يقرر المركز بينما في الأنواع الأخرى الحكم يعتبر منشئا فالطلاق بالخلع يقع دائما بائنا، ولا يمكن للزوج مراجعة مطلقته فيها إلا بموجب عقد جديد[3].

وخلاصة القول في مجال الحديث عن أحكام الطلاق هو أن الطلاق وهو أبغض الحلال عند الله يتمثل في ثلاث حالات هي: حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، حالة الطلاق بالتراضي بين الزوجين، وحالة الطلاق بطلب من الزوجة سواء مقابل المال (الخلع)، أو لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وترفع دعوى الطلاق إلى المحكمة بموجب عريضة تكون مستوفية للشروط القانونية لرفع الدعوى، ومبلغة نسخة منها

كما يلي: "لكن حيث انه يتبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بإجراء صلح وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة وحددت جلسة لذلك، وأن الطاعن تغيب عن الحضور رغم صحة استدعائه مما يجعل الإجراء المنصوص عليه في المادة المذكورة قد تم احترامه ويكون الفرع بذلك غير سديد، لكن حيث أنه خلافا لما ورد في الفرع فإن المادة 54 من قانون الأسرة تجيز للزوجة مخالعة نفسها بمقابل مالي دون أن يتوقف ذلك على موافقة الزوج، مما يجعل الفرع غير سديد، لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن المحكمة أوردت أسبابا كافية وسائغة تبرر ما انتهت إليه من قضاء خاصة استنادها للمادة 54 من قانون الأسرة وقضاؤها ببدل الخلع وأن غياب الطاعن عن جلسة المحكمة وجلسة الصلح لا يعد مبررا لعدم الحكم بالخلع طالما أن إجراءات التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور قد تم وفق الأشكال المقررة قانونا ويفترض بذلك علم الطاعن بمضمون التبليغ مما يجعل الوجه غير سديد، حيث تصبح الأوجه الثلاثة غير مؤسسة ويتعين معه رفض الطعن"، أنظر:
قرار رقم 0951899,، مؤرخ في 2014/07/10 غرفة شؤون الأسرة، المحكمة العليا، غير منشور.

1 لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة) دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 208.

2 نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 76.

3 نور الدين لمطاعي، المرجع نفسه، ص 75.

إلى المدعى عليه من الزوجين بواسطة المحضر القضائي وإلى النيابة العامة بصفتها طرفا أصليا في كل قضايا شؤون الأسرة، إما بواسطة المحضر القضائي أو بواسطه أمين الضبط، وتتميز عريضة رفع الدعوى في حالة طلب الطلاق من طرف الزوج أو بطلب من الزوجة، بوجوب أن تكون موقعة من المدعي، خلافا لحالة الطلاق بالتراضي التي توجب أن تكون العريضة موقعة من طرف الزوجين معا، أو بتوقيع أحدهما وبصمة من لا يحسن أو لا يستطيع التوقيع، وفي جميع الأحوال وتطبيقا لما ورد النص عليه في المادة 57 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، فإن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع لا تكون قابلة للاستئناف في ما عدا جوانبها المادية و تقبل فقط الطعن فيها بالنقض على الرغم من أن قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية لا ينص أي منهما على أنها تصدر ابتدائية نهائية[1].

المبحث الثاني: أثر العقد على الأحكام القضائية

المطلب الأول: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة والميراث.

إن للعدة بمختلف أنواعها الأثر البليغ على الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة والميراث، وهذا ما سيتم بيانه في هذا المطلب وذلك بتقسيمه الى فرعين، سنبين في الفرع الأول أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة، أما في الفرع الثاني سنخصصه لتبيان أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالميراث.

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 94.

الفرع الأول: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة.

تعتبر النفقة من حقوق الزوجة على زوجها بحسب وسعه في حالة الطلاق، إلا إذا ثبت نشوزها، وتستحقها بالدخول بها، ولها عدة أحكام سنبينها من الناحية الشرعية (أولا) ثم سنبين تأثير العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة في التشريع الجزائري.

أولا: نفقة العدة شرعا.

لما كانت المرأة في العدة محبوسة لحق الزوج والشرع، حيث لا يحل لها أن تتزوج برجل آخر ما دامت في العدة، كانت نفقة العدة واجبة على من فارقها إلى أن تنقضي عدتها، تماشيا مع القاعدة الشرعية "من حبس من أجل غيره وجبت نفقته عليه"، غير أن هذه النفقة لا تجب لكل معتدة وإنما تجب لبعضهن دون البعض الآخر، وهو ما سنفصله كالآتي:

ـ نفقة المعتدة من طلاق رجعي:

إذا طلقت المرأة طلاقا رجعيا فتكون نفقة العدة على زوجها، حيث تجب لها النفقة بأنواعها المختلفة من طعام وكسوه وسكنى، وسواء كانت المعتدة حاملا أو غير حامل، لأن المطلقة طلاقا رجعيا هي في حكم الزوجة فتجب لها النفقة أثناء العدة، كما تجب النفقة للزوجة سواء بسواء[1]. ولا لبس أو شك في موقف القضاء من نفقة العدة حيث يتضح هذا من خلال إقرار المحكمة العليا بتاريخ 22/10/ 1984 تحت رقم 34327 الذي جاء كما يلي (متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية)[2].

[1] د. مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص 169.
[2] ملفة رقم 34327، الصادر بتاريخ 1984/10/22، المجلة القضائية، العدد 03 1989، ص 69.

ـ نفقة المعتدة من طلاق بائن:

بالنسبة للمطلقة طلاقا بائنا فإن الأمر يختلف فيما إذا كانت المرأة حامل أم غير حامل فإن كانت حاملا وجبت لها النفقة بأنواعها المختلفة لقوله تعالى: (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى)[1] فالآية وردت في المطلقات طلاق بائنا، وقد ورد الأمر بالإسكان والإنفاق على الحامل الى أن تضع الحمل و تنتهي العدة بهذا الوضع، والأمر هنا للوجوب، وإن كانت غير حامل فقد ذهب المالكية والشافعية إلى القول بأن لها السكنى فقط لقوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم....)[2]، فقد أوجب لها السكنى من غير تقييد بالحمل، فدل هذا على أن المطلقة طلاق بائنا السكنى حاملا كانت أو غير حامل، ولم يجبوا لها الطعام والكسوة عملا بمفهوم الآية (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)[3]، فقد قيد وجوب الإنفاق على المطلقة طلاقا بائنا بالحمل، وهذا يدل بمفهوم المخالفة على عدم وجوب النفقة لغير الحامل.

ـ نفقة المعتدة من وفاة:

اتفق الفقهاء على أنه لا تجب للمعتدة من وفاة النفقة بأنواعها المختلفة، من طعام وكسوة وسكنى إذ لا سبيل لإيجابها على الزوج، وقد انتهت الرابطة الزوجية بالوفاة ولا سبيل لإيجابها على الورثة لأنها من آثار عقد الزواج، وعقد الزواج والعقود الشخصية التي تمتد إلى الورثة،

[1] سورة الطلاق، الآية 06.
[2] سورة الطلاق، الآية 06.
[3] سورة الطلاق، الآية 06.

غير أن الإمام مالك قال: بوجوب السكن لها مدة العدة لو كان المسكن ملكا للزوج أو أنه دفع أجرته قبل وفاته[1].

ـ نفقة المعتدة من زواج فاسد أو وقاع بشبه:

إذا كانت الفرقة بين الزوجين بسبب فسخ العقد طبقا للمادة 33 والمادة 34 من قانون الأسرة الجزائري.

قال الحنفية أنه لا تجب النفقة من شيء للمعتدة من زواج فاسد أو قاع بشبهة لان حال العدة يعتبر بحال الزواج، والمرأة لا تجب لها النفقة من الزواج الفاسد، فكذلك لا تجب لها في حال العدة منه، وقال المالكية إذا كانت المرأة حاملا وقد تزوجها زوج فاسدا أو اتصل بها بناءا على شبهة وجبت لها النفقة والسكنى لأنها محبوسه بسببه.

ثانيا: نفقة العدة في التشريع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 61 من قانون الأسرة على نفقة المعتدة بقوله (..... ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق)[2]. يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المعتدة من الطلاق لها الحق في النفقة أثناء فترة العدة بشرط أن تمكث في بيت الزوجية، مع مراعاة حال الزوج يسرا أو إعصارا، أما إذا خرجت من منزلها بدون مبرر شرعي تعتبر حينئذ ناشزا، ولا نفقة لها[3]، ويجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة وعلى المحكمة ان تحكم بها وتحددها إجماليا أو

[1] د. مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص 170.
[2] الأمر 05 – 02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون 84 – 11 المؤرخ في 1984/06/06، المتضمن قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2005)، المرجع السابق.
[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 377.

شهريا، لكن ما لا يلاحظ فيها أن المشرع، ذكر لفظ المطلقة بصفة عامة، دون أن يفرق بين المطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا.

فنستنتج من كل ما تقدم أن المشرع يقر بحق المطلقة في النفقة أثناء عدتها دون التمييز بين أنواع المطلقات، سواء كانت من طلاق رجعي او بائن، وعليه فقد تبنى المشرع ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية من وجوب النفقة بالنسبة للمطلقة رجعيا،

حيث أن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الاستمتاع ولا يرفع حلية المرأة لزوجها، والمطلقة رجعيا هي ما ينطبق عليها هنا نص المادة 61[1].

وعلى هذا جاء قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 تحت رقم 57752 الذي جاء فيه: "حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد وهي أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقته.

فالنفقة حق ثابت شرعا من الحقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها سواء أن طلبتها الزوجة أم لم تطلبها، ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو سمحت فيها الزوجة صراحة بالخلع والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالوجه سديد ويتعين رفضه"[2].

والنفقة واجبة على الزوج، وهي تستمر خلال فترة العدة إلى غاية إصدار الحكم بالطلاق[3].

[1] د. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 462.
[2] أ. منصوري نورة، المرجع السابق، ص 84.
[3] د. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 119.

أما المعتدة من وفاة فليس لها حق في النفقة لأنه لا وجه لجعل النفقة على الميت ولا على ورثته لأن مال الزوج انتقل الى ورثته، وزوجته واحدة من الورثة فلم يعد للزوج مال تؤخذ منه نفقة عدتها.

بعد ما بينا أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة في الفرع الأول، سنبين في أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالميراث.

الفرع الثاني: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة: بالميراث.

يعتبر الميراث من أهم الحقوق المالية التي تجب لكلا الزوجين، في حالة وفاة أحدهما، والتوارث بين الزوجين يعتبر من الحقوق المشتركة المترتبة على الزواج[1]، لكن الحياة الزوجية قد لا تكون مستمرة بين الزوجين فتتحدث الفرقة بينهما بالطلاق، في هذه الحالة حدد لنا الفقهاء ميراث كلا الزوجين إذا حدثت الوفاة أثناء العدة تبعا لقوله تعالى: (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين)[2]، وللتوضيح أكثر سوف نتطرق في هذا الفرع إلى حكم ميراث المطلقة رجعيا (أولا)، ثم إلى حكم ميراث المطلقة طلاقا بائنا (ثانيا)، موقف المشرع الجزائري في ميراث المعتدة المطلقة (ثالثا).

[1] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونه الفقه المالكي وادلته، الجزء الثالث، دار ابن حزم، بيروت – لبنان، الطبعة الاولى 2015، ص 267
[2] سورة النساء، الآية 12.

أولا: ميراث المعتدة من طلاق رجعي:

إذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا ثم توفى عنها خلال مدة العدة، يثبت لها الإرث في هذه الحالة، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا يرفع الحل ما دامت عدة الزوجة قائمة، فالمطلقة طلاقا رجعيا تعد في حكم الزوجة ما دامت لم تخرج من العدة[1]، لأنه يملك إرجاعها متى أراد من دون إذنها[2]، ولها الربع من تركة زوجها الميت إن لم يكن له ولد وإن نزل، ولها الثمن إذا كان له ولد وإن نزل، في قوله تعالى: (ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين)[3].

ثانيا: ميراث المعتدة من طلاق بائن.

إذا طلق الرجل زوجته طلاق بائن وهو صحيح ثم توفي عنها أثناء عدتها، فلا ميراث لها سواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها، وذلك الانقطاع الرابطة الزوجية القائمة بينهما[4]، لكن إذا طلق الزوج زوجته طلاق بائنا وهو مريض مرض الموت، يعتبر ذلك الطلاق فرارا من الميراث لأنها تستحق الميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض[5].

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة طلاق المريض مرض الموت، أو ما يعرف بطلاق الفار فحسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما ينص المسائل التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة الجزائري وعليه نستخلص أحكام طلاق المريض مرض الموت حسب ما تقرر في الفقه الإسلامي.

---

[1] مسعود الهلالي، احكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الاولى 2008، ص 65.
[2] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 267.
[3] سورة النساء، الآية 12.
[4] د. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص 321.
[5] د. محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 324.

ثالثا: ميراث المعتدة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري.

من بين أسباب الميراث في القانون الجزائري سبب الزوجية، حيث تطرق إلى مسألة حق الزوجين في الميراث من بعضهما البعض وهو ما جاءت به المادة 126 من قانون الأسرة بقولها (أسباب الإرث القرابة والزوجية) ولقيام الزوجية يجب توفر شرطين هما:

الشرط الأول: أن يكون عقد الزواج صحيحا، سواء دخل الزوج بزوجته أم، فإن مات أحدهما ورثه الآخر وهو ما نصت عليه المادة 130 من قانون الأسرة بقولها (يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء)، فإذا كان عقد الزواج باطلا - طبقا للمواد 32، 33 من قانون الأسرة الجزائري- فإنه لا يرتب توارثا بين الطرفين حتى ولو حدث الموت بعد الدخول[1]، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 131 من قانون الأسرة كالآتي: (إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين).

الشرط الثاني: أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث[2]، كما أنه تطرق إلى مسألة حق المعتدة من طلاق رجعي في الإرث من مطلقها إذا مات خلال فترة العدة وهو يرثها أيضا إذا ماتت خلال هذه الفترة، لأن الزوجية تبقى قائمة ما دامت العدة الشرعية لم تنقضي، وهذا ما نصت عليه المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري بقولها (إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث).

كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها، إلى أن الحي من الزوجين يستحق الإرث بعد وفاة زوجه متى كانت الوفاة قبل صدور حكم الطلاق، كما أن للزوجة نفس الحق في الميراث إذا

[1] مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 64.
[2] مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 65.

حصلت الوفاة أثناء فترة العدة من طلاقها، كما ذهبت أيضا المحكمة العليا بقولها أن الزوجة التي يطلقها زوجها ثم يموت، وهي لا زالت في فترة العدة تعتبر وكأنها لازالت زوجته، فإنها تعتد بأبعد الأجلين وتستحق نصيبها من الإرث[1].

المطلب الثاني: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالسكن والنسب:

إن للعدة الأثر البليغ على مختلف الأحكام القضائية المتعلقة بمسكن الزوجية من حيث بقاء المرأة المعتدة به، وكذلك من حيث رجوعها إليه، بالإضافة إلى أثرها على الأحكام القضائية المتعلقة بالنسب، وهذا ما سيتم تبيانه في هذا المطلب وذلك في فرعين، الفرع الأول سنبين فيه أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بمسكن الزوجية، والفرع الثاني سنوضح فيه أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنسب.

الفرع الأول: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالسكن.

أولا: البقاء بمسكن الزوجية.

إن الزوجة تبقى في محل الزوجية، غير أن الواقع العملي خاصة الأعراف تدفع المرأة إلى ترك مسكن الزوجية بمجرد وقوع الطلاق، وذلك قبل انقضاء العدة، فالمرأة بمجرد نشوب الخلاف بينها وبين زوجها وبمجرد سماعها للفظ الطلاق تسارع بمغادرة مسكن الزوجية، حيث أن هذا التصرف قد يصدر عنها بمحض إرادتها وهذا لا يعد إشكالا هنا، فالإشكال يثور عند قيام الزوج بطردها من بيت الزوجية وذلك بإخراجها رغما عنها وبدون إرادتها[2] حيث يجوز للقاضي أن يسمح لها بالإقامة خارج محل الزوجية[3].

[1] الملف رقم 101444، بتاريخ 1993/12/21، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1994، ص 6.
[2] بلحاج العربي، أحكام الزوجية آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 613.
[3] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 118.

فقد جاء القرآن الكريم ليبين أن المرأة المطلقة لا تخرج من بيت الزوجية إلا أن تأتي بفاحشة مبينة لقوله تعالى: **"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا)**[1]، وقوله تعالى أيضا **(وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ۚ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ مِن مَّعْرُوفٍ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)**[2]، حيث دلت هذه الآيات الكريمة بالإضافة إلى وجوب النفقة للزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، يجب أيضا عدم إخراجها من مسكن الزوجية إلا في حالة ارتكاب فاحشة مبينة وهي الأحكام التي اتبعها المشرع الجزائري في النص على مسألة سكن المعتدة من طلاق أو وفاة في المادة 61 من قانون الأسرة، التي جاء فيها: (لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة....)[3] فمن خلال النص القرآني الكريم وكذا النص القانوني، المشار إليهما اعلاه، يتضح جليا أن لكل من المطلقة والمتوفى عنها زوجها الحق في البقاء في مسكن الزوجية، لأنها في حكم الزوجة، ومنه لا يجوز شرعا ولا قانونا إخراجها من مسكن الزوجية بل إن إخراجها يعد من قبيل التعدي على حد من حدود الله وعلى حق من حقوق العباد، فبالنسبة للمطلقة فالحكمة من إعطاء الزوجة المطلقة الحق في البقاء بمسكن الزوجية، خلال مدة العدة،

[1] سورة الطلاق، الآية 01.
[2] سورة البقرة، الآية 240.
[3] الأمر 05 – 02، المعدل والمتمم للقانون 84 – 11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

هو إمكانية استعمال الزوج لحق الرجعة، ومن ثم لم شمل الأسرة وحمايتها من التفكك[1]، وكذلك المتوفى عنها زوجها بما أنها ممنوعة من الرجال وما زالت في فترة العدة فلها هي أيضا الحق في السكن.

ومما تقدم ذكره فللمطلقة الحق الكامل في البقاء في مسكن الزوجية خلال فترة العدة وهو ما أكدته المحكمة العليا بقولها: (إن القضاء ببقاء الزوجة في المسكن الزوجي بعد الطلاق تنفيذا لبنود عقد الزواج، هو قضاء سليم)[2].

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع سن إجراء جديدا آخر بموجب المادة 57 مكرر من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: (يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن)[3] فمن خلال هذا النص يتضح جليا أن الإجراء الجديد الذي سنه المشرع يتمثل في الأمر على العريضة.

ففي حالة ما إذا قام الزوج بطرد امرأته من مسكن الزوجية، فلها الحق في رفع الدعوى قضائية استعجالية للدفاع عن حقها في البقاء، تكون أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية الذي طردت منه لأجل استصدار أمر استعجالي يقضي بإلزام المدعى عليه (الزوج المطلق) بعدم التعرض للمدعية (الزوجة المطلقة) في الدخول إلى مسكن الزوجية، مع منعه من طردها من هذا المسكن طوال فترة العدة.

---

[1] د. لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 277.

[2] الملف رقم 253111، بتاريخ 2000/10/17، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، لسنة 2003، العدد الثاني، ص 278.

[3] الأمر 05 – 02، المعدل والمتمم للقانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

ثانيا: الرجوع إلى مسكن الزوجية

أما بالنسبة للرجعة - وهي إعادة الزوجة المطلقة طلاقا غير بائن للعصمة بلا تجديد عقد-[1] فقد حاول المشرع معالجة هذه المسألة من خلال نص المادة 50 من قانون الأسرة التي تنص على أنه (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد)[2].

فمن خلال نص هذه المادة فقد وضع المشرع خطا فاصلا بين الرجوع الذي يستدعي إبرام عقد جديد والرجوع الذي لا يستدعي إبرام عقد جديد وهو الحكم القضائي.

حيث أن المشرع حينما نص على الطلاق الرجعي بالشكل الذي جاء به في المادة 50 من قانون الأسرة، اصطدم مع النص القانوني الوارد في المادة 58 من نفس القانون الذي اعتبر أن عدة المطلقة تبدأ من يوم التصريح بالطلاق، وبالتالي فإن الإشكال يظهر هنا، فأي تصريح نأخذ به، هل هو تصريح الزوج بالطلاق، أم تصريح القاضي الذي يتجسد في الحكم القضائي الصادر بالطلاق.

لذلك فإنه حتى تكون الرجعة صحيحة، يجب ان تكون بداية سريان مدة الصلح، مطابقة تماما لتاريخ سريان حساب مدة العدة الناتجة عن تصريح الزوج بالطلاق، لأنه بهذا التطابق الحاصل بين هاتين المدتين يحصل الانسجام التطابق الحاصل بين هاتين المدتين يحصل الانسجام التام بين المواد 50، 49، 48 و 58 من قانون الأسرة، وبذلك تكون الرجعة التي تتم

[1] د. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 244.

[2] الأمر 05 – 02، المعدل والمتمم للقانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

بدون عقد جديد في أثناء مدة الصلح، قد تمت فعلا في أثناء مدة عدة الطلاق الرجعي، وبالتالي تكون صحيحة شرعا وقانونا.

ومنه فإن الأجدر على المشرع أن يقوم بالتدقيق أكثر عند سنه لهذا النص، ويبني مسألة الرجوع إلى مسكن الزوجية من عدمها، على عدة الطلاق الرجعي، لا على مدة الصلح ولا على الحكم القضائي، خاصة وأن هذا الأخير لا علاقة له بمسألة الرجوع، إذ قال يصدر بعض القضاء مدة الصلح، كما أنه قد يصدر قبل انقضائها، وفي هذه الحالة الأخيرة سيقع التناقض في المادة نفسها، أي المادة 50 من قانون الأسرة[1]،حيث أنه قد تصدر أحكام قضائية تقضي بإلزام الزوجة بالرجوع إلى مسكن الزوجية بدون عقد جديد، في حين أن مدة عدة الطلاق الرجعي تكون قد انتهت أين يتعين إبرام عقد جديد ودفع مهر جديد، كما أنه و بالمقابل توجد حالات تكون فيها مدة عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد عند تاريخ إصدار الحكم بإثبات الطلاق، غير أن المشرع يلزم الزوج بإبرام عقد جديد، ويحرمه من حقه الشرعي في الرجعة.

الفرع الثاني: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنسب:

إن أهم ما يترتب على الزواج من آثار هو إثبات نسب المولود إلى والده لذلك يمكن القول أن مسالة إثبات النسب من أهم المسائل التي كانت تشغل بال رجال الفقه والقانون، وإذا كان نسب الولد إلى أمه ثابتا بسبب الحمل المرئي والولادة المعلومة بغض النظر عن كونه ولد شرعيا أو ولد زنا، فإن نسبه الى والده ليس دائما سهلا كسوله نسبه إلى والدته[2]، فنسب الطفل إلى أبيه لا يثبت إلا عن طريق الزواج الصحيح او الفاسد أو الوطء بشبهة او الإقرار

[1] د. لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، دار فسيلة، ط 2، 2009، ص 229.
[2] د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 1989، ص 208.

بالنسب لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، أما الزنا فلا يصلح سببا لإثبات النسب.

أولا: ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح

في حال قيام الزوجية، فإن النسب يثبت بالزوجية مهما طالت مدة الزواج متى توافرت شروط ثبوت النسب، أما إذا حصلت الفرقة بين الزوجين لأي سبب كان سواء بسبب الطلاق أو الفسخ أو الوفاة فلا يثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة بعد الفرقة إلا إذا أتت به في مدة معينة، والمدة هذه تختلف تبعا لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة وعدم وجوبها، وتبعا لاختلاف الفقهاء في تقدير أقصى مدة الحمل.

فإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول والخلوة ثم أتت بولد بعد الطلاق، فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق إلا إذا أتت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الطلاق، فإن أتت به بعد مضي ستة أشهر من وقت الطلاق أو أكثر من وقت الطلاق فلا يثبت نسبه منه[1].

ثانيا: ثبوت النسب بعد الفرقة بعد زواج فاسد:

الزواج الفاسد هو الذي يفقد شرطا من شروط صحته، كالزواج بدون شهود، والنسب يثبت في الزواج الفاسد بالفراش احتياطا في إثباته إحياء للولد، وحتى لا يبقى بدون والد يربيه[2]، فإذا تمت الفرقة بين الرجل والمرأة في العقد الفاسد بعد الدخول أو الخلوة ثم أتت المرأة بالولد قبل مضي أقصى مدة الحمل من وقت الفرقة أو التفريق ثبت نسبه من الرجل، وإن جاءت به بعد مضي أقصى مدة الحمل لا يثبت نسبه منه، وأقصى مدة الحمل هي 10 عشرة أشهر من

[1] 27 طفياني مختاريه، اثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائرية والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013، ص 52.
[2] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية (3)، دار محمود للنشر والتوزيع د.س.ن.ص.

وقت الفرقة أو التفريق من الرجل الذي عقد عليها، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة على ما يلي: (ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة). قدا فاسدا، وإن جاءت به بعد أقصى مدة الحمل، فاعترف الرجل به ثبت نسبه منه بناء على إقراره، وإن أنكره لا يثبت نسبه منه[1].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري في ثبوت النسب.

أخذ قانون الأسرة الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر ودليلهم في ذلك قوله تعالى: (ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا)[2]، وقوله عز وجل أيضا: (ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالديك إلي المصير)[3]، فالفارق بين ثلاثين شهرا والعامين (24 شهرا) هو ستة أشهر وهي أقل مدة الحمل، فالآية الأولى حددت الحمل والفصال الفطام، والآية الثانية حدث الفصال فقط.

لكنه خالفها في أقصى أو أكثر مدة الحمل والتي قدرها بعشرة أشهر طبقا لأحكام المادة 42 التي جاءت فيها أن: (أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر)[4].

فإذا اعتبرنا أن المشرع الجزائري يقصد بمصطلح "الانفصال" المذكور في المادة 43 المذكورة أعلاه لفظ "الطلاق" وهو غالب الظن، استنادا إلى المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: (..... أقصى مدة الحمل عشرة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو

[1] د. مصطفى عبد الغني سيبة، المرجع السابق، ص 202.
[2] سورة الأحقاف، الآية 15.
[3] سورة لقمان، الآية 14.
[4] الأمر 05 – 02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

الوفاة)، ولكن المشكلة عند التفريق بين الطلاق الديني والطلاق القانوني، أي هل المعتبر هنا التلفظ بالطلاق من طرف الزوج؟ أم التصريح به أمام المحكمة؟

وبما أن الطلاق لا يثبت في نظر القانون إلا بحكم من القاضي[1]، ما يعني أن العبر في حساب مدة 10 أشهر هي تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وبالتالي فإنه نسب الطفل يثبت من المطلق إذا وضعته خلال 10 أشهر من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، ولكن في الحقيقة أنها أنجبته في مدة تطول عن عشرة أشهر، إذا بدأ حساب المدة من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، كما هو مقرر شرعا، فتكون الولادة قد حصلت في مدة أطول من أقصى مدة الحمل ورغم ذلك يثبت النسب، وهذا فيه يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي ترفض اختلاط الأنساب، لذلك فإن المعنى الأصح للانفصال، الذي يتماشى وأحكام النسب الشرعية هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق الذي يصدر بحكم القضائي، والذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي للزوجين والمتمثل في تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق وفراقه لزوجته.

وعلى هذا فإن الأمر يرجع إلى القاضي لتفسيره كلمه الانفصال، قياسا على القواعد العامة في إثبات النسب[2].

وقد أخذ المشرع الجزائري لمدة ستة 06 أشهر كحد أدنى للحمل في هذه المادة، وهو ما كرسه القضاء وما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17 /12/ 1984 والذي

---

[1] تنص المادة 49 من ق أ ج على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ..."

[2] بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعه الحاج لخضر، باتنة الجزائر سنة 2008 – 2009، ص 489.

مما جاء فيه:(من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الذي ولد بعد مضي مدة ستة أشهر لا يثبت نسبه لصاحب الفراش)[1].

وذهبت المحكمة العليا في هذا الشأن أيضا، إلى انه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا، أي يجب أن لا تتجاوز المدة في كل الأحوال عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة[2].

بالإضافة الى القرار المؤرخ في 17/ 11/ 1998، الذي أكد أيضا ما جاءت به المادة 42 ومما جاء فيه (من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين في قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تم في 02/05 / 1994 والولد قد ولد في 05/07 / 1994، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به، لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون)[3].

فعند استقراءنا للمادة 42 و 43 من قانون الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري قد وضع شرطا واحدا لثبوت النسب سواء في حالة الطلاق أو الوفاة وهو شرط الولادة خلال مدة عشرة أشهر وهي أقصى مدة للحمل، فإذا ولد خارج هذه الفترة لا يثبت نسبه إلى الزوج المطلق أو المتوفى إلا إذا نسبته الزوجة[4].

---

[1] المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1990، ملف رقم 35087، ص 86.
[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 373 – 374.
[3] الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص 2001 – ملف رقم 210478، ص 85.
[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 218.

الخاتمة:

وفي الأخير ومن خلال ما سبق، ومن خلال استقراء نصوص المواد 48[1] و 49[2] من قانون الأسرة الجزائري، نلاحظ ما جاء به المشرع في المادتين آنفتي الذكر، قيد لحق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وذلك بأن يكون أمام القضاء، واشترط لثبوته صدور حكم من القاضي، وبذلك فهو يستبعد أي طلاق واقع خارج المحكمة، هذا من جهة.

وأما من زاوية أخرى، فإن البحث في موضوع العدة بمختلف أنواعها هو في نظرنا مهمة عسيرة، ذلك أن معالجة موضوع كهذا يستحيل إحاطته من جميع جوانبه، نظرا لشساعة و صعوبة الخوض فيه، لأن العدة في الطلاق مرتبطة بواقعة الطلاق، وهذه الأخيرة صعبة الإثبات لأنها من أسرار البيوت، ويظلها الستر عادة وتنأى بطبيعتها عن الإعلان، لذلك فعل القاضي أن يراعي خصوصية هذه الواقعة وصعوبة إثباتها، مع إعمال قواعد الإثبات خاصة منها الشهادة، أي شهادة السماع وإن كان إعمالها يكون في حدود ضيقة من باب الاحتياط لكي لا تضيع حقوق ولا تهدر مع مراعاة أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك بتفعيل الصلح وإبراز وجوبيته باعتباره من النظام العام، وكذلك مهمة الحكمين لأنهم أدرى ببواطن الأمور والأفضل أن يكون من ذوي القرابة، لقوله تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا)[3]، وبالتالي فالإشكال الذي يفرض نفسه في هذا المجال، يكمن في تحديد تاريخ بداية

[1] تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ...)

[2] تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى).

[3] سورة النساء، الآية 35.

الخاتمة:

احتساب العدة باعتبارها من النظام العام، وهو ما له الأثر البليغ في مختلف الأحكام القضائية المترتبة عن التفريق بين الزوجين بمختلف أنواعه، وهل يكون هذا الوقت هو تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أم من تصريح القاضي به في حكم قضائي، وهل الحكم هنا يعتبر كاشفا لإرادة الزوج في طلب الطلاق أم هو منشئ لواقعة الطلاق، باعتبار أن المشرع الجزائري يبين طبيعة التصريح الذي ذكره في المادة 58 من قانون الاسرة "من تاريخ التصريح بالطلاق"[1]، فهل هو تصريح الزوج أم تصريح القاضي من خلال الحكم القضائي.

وبما أن كل حكم أوقعه القاضي فهو طلاق بائن، ولا يمكن للزوج أن يراجع زوجته بعده إلا بعقد جديد، فإنه في هذه الحالة لا يستقيم المعنى، وهو بذلك يطرح العديد من الإشكالات حيث أن العدة الشرعية تكون قد انتهت قبل رفع الدعوى أو أثناء سريانها، لاسيما أن إجراءات التقاضي تتسم بطول المدة والتعقيد، فالمطلوب من المشرع أن يتدخل مرة أخرى، وعليه القيام بمراجعة تلك النصوص مراجعة شاملة وواعية، مع مراعاة التطورات والتحولات التي عرفها المجتمع الجزائري، وذلك بحذف ما لا يتناسب والتطور الواقعي أو إضافة ما يساعد سير الأسرة وفق متطلبات العصر، مع احترام الثوابت الشرعية.

خلاصة القول أنه لا جدال أن الإسلام قد جعل الطلاق في الأصل إلى الرجل، يوقعه حين يوقعه دون حاجة إلى القضاء، ولذا لم يسند الطلاق في القرآن إلا للرجال، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد وشرط حتى تعتبر في يد الرجل سلاح استبداد، قد يستعمل في غير موضعه، بل لها حالات وأوقات، تجردها من التعسف وتحميها من العبث، فلا يستعمل

[1] تنص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: (تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق)

الخاتمة:

الطلاق إلا في موضعه دون الحيلولة للوقوع في المحظور، وما يتناسب مع أحكام قانون الأسرة الجزائري في ظل تطبيقات الاجتهاد القضائي و مقتضيات الشريعة الإسلامية ،والتي تعتبر المرجع الأصلي لمعظم نصوصه، وعليه نناشد المشرع الجزائري بضرورة البحث عن وسيلة أخرى تمكنه من إثبات كل طلاق واقع، بحيث لا تشكل في ذات الوقت أي مساس بأحكام الشريعة الإسلامية.

وإجمالا لما سبق وبناء على المعطيات السابقة نقترح مجموعة من التوصيات أهمها:

- تعديل المادة 49 من قانون الأسرة وما يتناسب مع الثوابت الشرعية، والتي تكون في هذا الشأن كما يلي: "يقع الطلاق بمجرد تصريح الزوج به، ويجب إثباته بموجب حكم قضائي مع إسناده لتاريخ إيقاع الزوج له، يجب على القاضي أن يجري عدة محاولات صلح".

- ضرورة الفصل بين العدة الشرعية التي تبدأ من لحظة تلفظ الزوج بالطلاق، والعدة القانونية التي تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

- إلزام المطلق بتوثيق طلاقه عند الموثق المختص فور وقوعه خلال 30 يوما، كما ذهب إلى ذلك المشرع المصري.

- أن يعتنق المشرع الجزائري الرأي الفقهي القائل بضرورة وجود شاهدي عدل يسمعان الطلاق الذي يوقعه الزوج، وهو ما استند عليه المشرع المغربي من خلال نص المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء في فحواها ما يلي: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك.....".

وبهذا الرأي تضيق دائرة الطلاق، ولا يعتبر المشرع خارجا عن أحكام الشريعة الإسلامية.

الخاتمة:

-إعادة النظر في تكوين القضاة في المجال القانوني والعلوم الشرعية بصفة عامة والأحوال الشخصية بصفة خاصة.

- إسناد قضايا الأحوال إلى قضاة تتوفر فيهم شروط خاصة إلى جانب والشروط العامة التي يجب توافرها في كل قاض، منها الزواج، الخبرة في ميدان التقاضي، الأخلاق الحسنة.

- دعم الجهاز القضائي الحساس بخريجي المعاهد الإسلامية المتخصصين في العلوم الشرعية والدارسين للأحوال الشخصية.

- حتمية التريث والتباطؤ في إصدار أحكام الطلاق بعد إجراء محاولات الصلح، وإعطاء التحكيم دوره المثالي في حسم النزاع وفض الشقاق بين الأزواج، فمسألة الطلاق تستوجب التريث وعدم التسرع فيها، والتدقيق عند الفصل فيها بما يحقق مصالح الجميع.

- على قاضي شؤون الأسرة أن ينتبه إلى الطلب القضائي، لطالب فك الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة، طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، بين ما إذا تعلق الطلب بإيقاع الطلاق، أو إثبات واقعة الطلاق، لأن الآثار الناتجة تختلف.

- إرساء قواعد الإثبات على أحكام الأسرة خاصة منها شهادة السماع والقرائن القضائية وإن كان إعمالها في حدود ضيقة كي لا تهدر وتضيع بعض الحقوق باعتبار العدة أثر من آثار الطلاق شرعا ومن النظام العام قانونا، يستوجب وضع أسس إجرائية لتنظيم مسائل الطلاق وفقا ما يتماشى وقواعد الشرعية الإسلامية.

- كما نقترح على الباحثين، ورجال القانون والفقه، أن يقوموا بتنظيم دورات وورشات وأبحاث من أجل توعية المجتمع لأهمية موضع العدة لتجنب الوقوع في المحظور، وتوعية الزوجات

الخاتمة:

إلى عدم مغادرة بيت الزوجية بمجرد تلفظ الزوج بالطلاق، وهذا قصد الإبقاء على ترابط الأسرة بإعطاء فرصة للزوجين بالرجوع.

قائمه المراجع:

أولا: المصادر:

القرآن الكريم

السنة النبوية الشريفة

1 الإمام مالك بن أنس، الموطأ، الجزء الأول دار قصر البخاري، الجزائر، 2012.

2 الإمام الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المجلد الثاني كتاب الحيض، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2005.

ثانيا : المعاجم

3 أبي الفضل ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، .2004

ثالثا: الكتب

4 إبراهيم الحسيني، أثر الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة معسكر 2012/ 2013.

5 أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، الطبعة الثامنة، دار الكتب السلفية، القاهرة - مصر بدون سنة.

6 أبي بكر الحسن ابن الحسين الكشناوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية، بدر الزوجين و تحفة الحرمين على مذهب السادة المالكية، الطبعة الأولى مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2010،

قائمه المراجع:

7 أحمد الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الكتاب القانونية، مصر، 2006.

8 أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة مصر 2010

9 أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي دار أحياد التراث العربي، بيروت - الجزء الثاني.

10 أحمد نصر الجندي، أحكام العدة النساء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

11 أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية القاهرة - مصر 2004

12 باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، عدد الأجزاء الأول، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012.

13 بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان (د.س.ن).

14 بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2010

15 بلحاج العربي احكام الزوجية واثارها في قانون الأسرة الجزائري دارهم للطباعة والنشر والتوزيع 2013

16 بلحاج العربي الوديس في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الاول الزواج والطلاق الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

قائمه المراجع:

17 التواتي بن التواتي المبسط في الفقه المالكي وادلته كتاب الاحوال الشخصية المجلد الرابع الطبعة الاولى الوعي للنشر والتوزيع الجزائر 2009

18 الحبيب بن الطاهر الفقه المالكي وادلته الجزء الرابع الطبعة الثانية مؤسسه المعارف للطباعة والنشر بيروت لبنان 2005

19 حسن علي السمني الوجيز في الاحوال الشخصية في الزواج والطلاق والعدة والمتعة وما يتعلق بها من احكام المجلد الاول(د.م.ن) 1998 1999

20 الحسين بن الشيخ اس مالويا قانون الأسرة الجزائري دار الهدى والطباعة والنشر والتوزيع 2014

21 داودي عبد القادر احكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري دار البصائر للنشر والتوزيع الجزائر 2010

22 رمضان على السيد الشرنباسي احكام الأسرة الشريعة الإسلامية الدار الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية 2001

23 الصادق بن عبد الرحمن الغرياني مدونه الفقه المالكي وادلته الجزء الثالث لبنان دار ابن حزم بيروت لبنان الطبعة الاولى 2015

25 صالح بن عبد العزيز بن محمد ال الشيخ الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنه الطبعه الاولى دار اعلام السنه الرياض 2009

26 طاهر حسين الاجراءات المدنيه الموجزه في التشريع الجزائري الجزائر شركه الايام الطبعه الاولى 1999

27 طفياني مختاريه اثبات النسب في تقنين الاسره الجزائريه دار الجامعه الجديده 2013

قائمه المراجع:

28 عبد الرحمن الجزيري الفقه على المذاهب الاربعه الجزء الاول المكتبه العصريه للطباعه والنشر صيدا بيروت 2004

29 عبد العزيز سعد اجراءات ممارسه دعاوى شؤون الاسره امام اقسام المحاكم الابتدائيه دار هما للنشر والتوزيع 2013

30 عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في القانون الاسره الجزائريه الطبعه الثانيه دارهم للطباعه والنشر الجزائر 1989

31 عبد العزيز سعد قانون الاسره الجزائري في ثوبه الجديد احكام الزواج والطلاق بعد التعديل دارهم للطباعه والنشر والتوزيع الجزائر 2005

32 عبد الفتاح تقيه النصوص التشريعيه في قضايا الاحوال الشخصيه قانون الاسره مدعما باحدث الاجتهادات القضائيه والتشريعيه دراسه مقارنه دار الكتاب الحديث(د.م.ن) 2012

33 عبد الفتاح تقيه قضايا شؤون الاسره من منظور الفقه والتشريع والقضاء منشورات سلا الجزائر 2011

34 عبد الفتاح تقيه محاضرات في ماده الاحوال الشخصيه لطلبه التحضير شهاده الكفاءه المهنيه للمحاماه دار سلا للنشر 2007

35 عبد القادر بن حرز الله الخلاصه في احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الاسره الجزائري حسب اخر تعديل دار الخلدونيه الجزائر الطبعه الاولى 2007

36 عبد المؤمن بلباقي التعريف القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي دراسه مقارنه مدعمه بنصوص من قانون الاسره الجزائري دار الهدى الجزائر 2000

قائمه المراجع:

37 العربي بختي نظام الاسره في الاسلام والشرائع والنظم القانونيه القديمه الطبعه الاولى مؤسسه كنوز الحكمه للنشر والتوزيع الابيار الجزائر 2013

38 العربي بلحاج الزواج والطلاق في تقنين الاسره معلقا عليه باحكام النقض التي قررتها المحكمه العليا في اجتهاداتها القضائيه الكبرى دارهما للطباعه والنشر والتوزيع 2018

39 عم توت عمر موسوعه المصطلحات القانونيه وقواعد الشريعه الاسلاميه للطباعه والنشر والتوزيع الجزائر 2012

40 عمر جودا الاجراءات المدنيه والاداريه في ضوء اراء الفقهاء واحكام القضاء انسيكلوبيديا للنشر بن عكنون الجزائر 2014

41 عمر زوده طبيعه الاحكام بانهاء الرابطه الزوجيه واثر الطعن فيها الموسوعه للنشر الجزائر 2013

42 عمر جوده محاضرات القيت على طلبه القضاه بالمدرسه العليا للقضاء وزاره العدل الجزائر 2013 2014

43 عمرو خليل الطعن في الاحكام القضائيه الصادره بالطلاق مجله البحوث والدراسات القانونيه كليه الحقوق جامعه سعد دحلب البليده 2011

44 الغوثي بن ملحه قانون الاسره على ضوء الفقه والقضاء ديوان المطبوعات الجامعيه الجزائر 2005

45 الغوثي بن ملحه قانون الاسره على ضوء الفقه والقضاء طبعه الثانيه ديوان المطبوعات الجامعيه الجزائر 2008

قائمه المراجع:

46 فضيل سعد شرح قانون الاسره الجزائري الزواج والطلاق الجزء الاول المؤسسه الوطنيه الكتاب الجزائر 1989

47 القاضي ابي وليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي بدايه المجتهد ونهايه المقتصد الطبعه الاولى دار ابن الحزم للطباعه والنشر والتوزيع بيروت لبنان 1999

48 ليلى حسن محمد الزوبعي احكام العده في الشريعه الاسلاميه دار الكتب العلميه بيروت لبنان الطبعه الاولى 2007

49 محمد ابو زهره الاحوال الشخصيه دار الفكر العربي القاهره(د.س.ن)

50 محمد الدسوقي التجديد في الفقه الاسلامي الطبعه الاولى دار المدار الاسلامي بن غازي ليبيا 2004

51 محمد بشير الشفقه الفقه المالكي فقه الاحوال الشخصيه كتاب الطلاق الجزء الرابع الطبعه الاولى دار القلم دمشق 2003

52 محمد سماره احكام واثار الزوجيه شرح مقارنه لقانون الاحوال الشخصيه الطبعه الاولى دار الثقافه للنشر والتوزيع عمان 2008

53 محمد عزمي البكري موسوعه الفقه والقضاء في الاحوال الشخصيه ثلاثه دار محمود للنشر والتوزيع(د.ن.س)

54 محمد كمال الدين امام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المؤسسه الجامعيه للدراسات والنشر والتوزيع بيروت الطبعه الاولى 1996

55 محمد محي الدين عبد الحميد الاحوال الشخصيه الشريعه الاسلاميه مع الاشاره الى مقابلها في الشرائع الاخرى الطبعه الاولى دار الكتاب العربي بيروت 1984

قائمه المراجع:

56 محمد مصطفى شلبي احكام الاسره في الاسلام دراسه مقارنه الطبعه الرابعه الدار الجامعيه بيروت الطبعه 1983

57 محمد مصطفى شلبي احكام الاسره في الاسلام دراسه مقارنه بين فقه المذاهب السنيه والمذهب الجعفري والقانون الطبعه الثانيه دار النهضه العربيه للطباعه والنشر بيروت 1977 58 محمود علي السرطاوي شرح قانون الاحوال الشخصيه الطبعه الثانيه دار الفكر ناشرون وموزعون عمان الاردن

59 مسعود الهلالي احكام التركات والمواريث في قانون الاسره الجزائري جسور للنشر والتوزيع الجزائر الطبعه الاولى 2008

60 المصري مبروك اثبات الطلاق في قانون الاسره الجزائري دار العلوم للغه العربيه وادابها والدراسات الاسلاميه مصر 2009

61 المصري مبروك الطلاق واثاره من قانون الاسره الجزائري دارهم للطباعه والنشر والتوزيع الجزائر 2010

62 مصطفى عبد الغني شيبه احكام الاسره في الشريعه الاسلاميه الطلاق واثاره دراسه مقارنه الطبعه الاولى دار الكتاب الوطنيه بنغازي ليبيا 2006

63 منصوري نوره التطليق والخلع وفق القانون والشريعه الاسلاميه دار الهدى عين مليله الجزائر 2012

64 الموطا تحقيق محمود بن جميل دار الامام مالك باب ما جاء في الاقراء وعده الطلاق وطلاق الحائض الطبعه الاولى 2002

65 وهبه الزحيلي الفقه الاسلامي وادلته الجزء السابع دار الفكر دمشق 1984

66 وهبه الزحيلي فتاوى العصر في العبادات والمعاملات دار الخير للطباعه والنشر والتوزيع دمشق الطبعه الاولى 2005

رابعا المقالات والملتقيات

67 عبد النور النوي طبيعه الصلح ودور القاضي في ملائمه النصوص القانونيه لاحكام الشريعه من اعمال الملتقى الدولي حول الاحكام المتعلقه بالاسره بين الثوابت والمتغيرات كليه الحقوق والعلوم السياسيه جامعه خميس مليانه عين الدفلى يوم 4 و 5 ماي 2014

68 الشوار الجيلالي حق الزوجه في الطلاق قانون الاسره والتطورات العلميه مخبر القانون كليه الحقوق جامعه ابي بكر بلقايد تلمسان 2010

خامسا الرسائل والمذكرات الجامعية

69 عمر جوده طبيعه الاحكام بانهاء الرابطه الزوجيه واثارها مذكره التخرج لنيل شهاده الماجستير في القانون الخاص كليه الحقوق بن عكنون جامعه الجزائر الجزائر 2001

70 لمطاعي نور الدين عده الطلاق الرجعي واثرها على الاحكام القضائيه اطروحه الدكتوراه الدوله في القانون كليه الحقوق جامعه الجزائر بن يوسف بن خده سنه 2006

71 بن صغير محفوظ الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسره الجزائري اطروحه الدكتوراه في العلوم الإسلامية جامعه الحاج لخضر باتنه الجزائر 2008 2009

سادسا النصوص القانونية

72 الامر رقم خمسه صفر اثنين المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون 84 11 في 9 جوان 1984 و المتضمن قانون الاسره الجريده الرسميه العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005

73 القانون رقم 08 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنه 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنيه والاداريه الجريده الرسميه العدد 21 بتاريخ 23 فيفري 2008

74 الامر رقم 75 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر سنه 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

75 القانون رقم 188 لسنه 1959 المتضمن قانون الاحوال الشخصيه العراقي المؤرخ في 30 12 1959

76 الامر المؤرخ في 13 اوت 1956 المتعلق باصدار مجله الاحوال الشخصيه التونسيه

771 ظهير الشريف رقم 1.4. 22 78 الصادر في 12 من ذي الحجه 1422(03فبراير 2004) يتضمن القانون رقم 03\72 بمثابة مدونة الاسرة المغربية

سابعا القرارات القضائية

قرار رقم 253111 بتاريخ 17 اكتوبر 2000 غرفه الاحوال الشخصيه المحكمه العليا القضائيه لسنه 2003 العدد الثاني

قرار رقم 35026 بتاريخ 3 ديسمبر 1984 غرفه الاحوال الشخصيه المجلس الاعلى المجله القضائيه العدد 4 لسنه 1989

قائمه المراجع:

قرار رقم 137571 بتاريخ 18 جوان 1996 المجلة القضائية لسنه 1997 العدد 2

قرار رقم 176551 مؤرخ في 12 ابريل 2012 غرفه الاحوال الشخصية المحكمة العليا

السنه القضائية 2000

قرار رقم35026 مؤرخ في ثلاثة ديسمبر 1984 غرفه الاحوال الشخصية المحكمة العليا

المجلة القضائية عدد 4 1989 ص 86

قرار رقم 254280 مؤرخ في 21 فبراير 2001 غرفه الاحوال الشخصية المحكمة العليا

المجلة القضائية عدد 2 . 2002

قرر رقم 243943 مؤرخ في 23 ماي 2000 غرفه الاحوال الشخصية المحكمة العليا

المجلة القضائية عدد صفحه 112

قرار رقم101444 مؤرخ في 21 ديسمبر 1993 غرفه الاحوال الشخصية المحكمة العليا

المجلة القضائية العدد الاول لسنه 1994

الفهرس

الشكر	
الاهداء	
مقدمة عامة	أ
الفصل الأول :الإطار المفاهيمي للعدة.	
المبحث الأول: مفهوم العدى.	09
المطلب الأول: تعريف العدة:	09
الفرع الاول: تعريف العدة لغة	09
الفرع الثاني: تعريف العدة اصطلاحا	11
المطلب الثاني: مشروعية العدة والحكمة منها.	16
الفرع الأول: مشروعية العدة	16
أولا :من الكتاب.	16
ثانيا :من السنة النبوية.	17
ثالثا :من الإجماع.	17
الفرع الثاني: الحكمة من العدة.	18
المبحث الثاني: أنواع العدة.	22
المطلب الأول: أنواع العدة من حيث مدتها.	22
الفرع الأول: العدة بالقروء.	23
موقف المشرع الجزائري من القرء	27
الفرع الثاني: العدة بالأشهر	28
موقف قانون الأسرة من عدة الشهور	30
الفرع الثالث: العدة بوضع الحمل.	31
موقف المشرع الجزائري وبعض القوانين العربية في عدة الحامل.	32
الفرع الرابع: انتقال العدة وتغييرها.	37

اولا :تحول العدة من الاشهر الى الاقراء.	37
ثانيا :تحول العدة من القروء أو الأشهر إلى عدة وضع الحمل.	38
ثالثا: انتقال العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة.	38
رابعا العدة بأبعد الأجلين في عدة الطلاق الفار.	39
المطلب الثاني: أنواع العدة من حيث سبب انحلال الرابطة الزوجية.	40
الفرع الأول: عدة الطلاق.	40
الفرع :الثاني عدة الوفاة.	42
الفرع الثالث :عدة زوجة المفقود.	44
الفصل الثاني الإطار التطبيقي للعدة:	
المبحث الأول: إحصاء العدة وطبيعة الأحكام الصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية.	50
المطلب الأول: إحصاء العدة.	50
الفرع الأول: ابتداء العدة	51
الفرع الثاني**:** حساب العدة:	55
أولا العدة: بالاقراء.	56
ثانيا :العدة بالأشهر	57
ثالثا العدة بوضع الحمل:	58
الفرع الثالث نهاية العدة وانقضائها:	59
المطلب الثاني: طبيعة الأحكام الصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية.	60
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و بالتراضي بين الزوجين	61
أولا: طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.	61
1- حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم الكاشف:	61
2- حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم المنشئ:	64

3- حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة كاشف ومنشئ:	66
ثانيا: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بتراضي الزوجين.	71
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالتطليق بطلب من الزوجة أو بطلب الخلع.	75
أولا: طبيعة الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية في التطليق بطلب من الزوجة.	75
ثانيا: طبيعة الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع.	78
المبحث الثاني: أثر العقد على الأحكام القضائية	84
المطلب الأول: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة والميراث.	84
الفرع الأول: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة.	85
أولا :نفقة العدة شرعا .	85
ثانيا: نفقة العدة في التشريع الجزائري:	87
الفرع الثاني: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة: بالميراث.	89
أولا: ميراث المعتدة من طلاق رجعي:	90
ثانيا: ميراث المعتدة من طلاق بائن.	90
ثالثا: ميراث المعتدة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري.	91
المطلب الثاني:أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالسكن والنسب:	92
الفرع الأول: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالسكن.	92
أولا:البقاء بمسكن الزوجية.	92
ثانيا : الرجوع إلى مسكن الزوجية :	95
الفرع الثاني: أثر العدة على الأحكام القضائية المتعلقة بالنسب:	96
أولا: ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح	97
ثانيا: ثبوت النسب بعد الفرقة بعد زواج فاسد:	97
ثالثا: موقف المشرع الجزائري في ثبوت النسب.	98
الخاتمة:	101
قائمه المراجع:	106

مـلخص مذكرة الماستر

تطرقنا من خلال هذا البحث إلى موضوع العدة ، وهي تلك الفترة التي تتربص فيها المرأة بعد إنحلال الرابطة الزوجية ، سواء كان ذلك من طلاق أو وفاة أو من فسخ، فلا تتزوج بأخر خلالها، وذلك لمعرفة براءة رحمها من الحمل و تفاديا لإختلاط الأنساب ، و الذي يعتبر من المواضيع البالغة الأهمية ، لما الله من أحكام أوجبها الشرع تتعلق بحرص الإسلام على طهارة المرأة و عفتها، و لهذه الأخيرة أنواع فقد تكون بإعتبار نوع الفرقة عدة طلاق، أو وفاة . و بإعتبار مدتها تكون عدة قروء أو أشهر ، كما قد تكون أيضا بوضع الحمل للحامل.

وفي هذه الرسالة تناولنا كل هذا ، كما بينا طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في مختلف صور فلك الرابطة الزوجية، وذلك لمعرفة وقت إبتدائها، حتى نعلم تأثيرها على هذه الأحكام القضائية ، المتعلقة بالنفقة و الميراث و السكن ونسب الأولاد خلالها مع دراسة أهم ما تناوله الإجتهاد القضائي فيها بين الواقع و التطبيق.

الكلمات المفتاحية :

1- العدة 2- انحلال الرابطة الزوجية 3- إحصاء العدة 4 - أثر العدة

Abstract of The master thesis

Through this research, we touched on the subject of the waiting period, which is the period during which the woman lurks after the dissolution of the marital bond, whether it is a divorce, death or annulment, and she does not marry another during it, in order to know the innocence of her womb from pregnancy and to avoid mixing lineages, which It is considered one of the most important topics, because God has decrees made by Sharia related to Islam's keenness on the purity and chastity of women, and the latter has types, it may be considering the type of separation several divorce, or death. And considering its duration is several readings or months, and it may also be in the pregnant woman's position.

In this thesis, we dealt with all of this, as we explained the nature of judicial rulings issued in various forms of the marital bond orbit, in order to know the time of its beginning, so that we know its impact on these judicial rulings, related to alimony, inheritance, housing, and the lineage of children during it, with a study of the most important matters dealt with by the jurisprudence in it. between reality and application.

key words:

-1The waiting period 2- The dissolution of the marital bond 3- The waiting period 4- The effect of the waiting period