الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم.:القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

صور وأثار انحلال الرابطة الزوجية في القانون الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق
التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالب(ة):
عثمان فاطمة الزهرة

تحت إشراف الأستاذ
حميدي فاطمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	مجبر فاتحة	رئيسا
الأستاذ(ة)	حميدي فاطمة	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بحري أم الخير	مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/09/03

بسم الله الرحمن الرحيم

" و ما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب"

(سورة هود الآية 88)

قال الأصفهاني :

"إني رأيت أنه لا يكتب الإنسان كتابا في يومه إلا قال في غدة : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان يستحسن، و ل قدك هذا لكان أفضا، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر وهو خير دليل على إستلاء النقص على جملة البشر"

إهداء

أقدم حصيلة هذا الجهد العلي المتواضع إلى :

من أضاءت لي الطريق بكل عزم وإصرار صاحبة القلب الكبير رحمها الله

والدتي الحبيبة

رجل المواقف الشامخة والكرم الذي أنار لي دروب النجاح وكان سندا و معلمي أطال الله في عمره.

إلى من جمعتنا المسرات وعنوان الصدق والوفاء أهديهم محبتي وإخلاصي ودعائي أشقائي وشقيقي.

إلى الأصدقاء وكل من قدم لي العون والمساعدة في انجاز هذه المذكرة .

الشكر

الحمد والشكر لله على دعائمه التي لا تحصى الذي أعطى كل شيء بقدر فمنحني العلم والمعرفة و القدرة على إتمام هذا الجهد المتواضع ويسرني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم التقدير لأستاذتي " حميدي فاطمة " التي أشرفت على هذا الجهد ولم تبخل عليا بالنصح والإرشاد طيلة فترة إعداده.

ويسرني أن أتقدم بعظيم الشكر والعرفان لكافة الأساتذة الكرام أعضاء الهيئة التدريسية لجامعة عبد الحميد ابن باديس وإدارة الكلية عميدها ونوابها الأفاضل على مجهوداتهم الكبيرة ، كما و أشكر كل من أسهم في إنجاز هذا الجهد سواء بالتشجيع أو المساندة كما وأتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى إدارة الجامعة برئيسها ونوابه الأفاضل على جهدهم الكبيرة في رعاية طلبة الجامعة.

إعتبر الإسلام الزواج الوسيلة الصحيحة لتكوين الأسرة، فيه تعرف الأنساب وتحفظ، وبه تصان الأعراض و تقل الفاحشة.

خصت الشريعة الإسلامية الأسرة بوافر العناية وأحاطتها بجملة من الأحكام التي تدعم الحقوق المتبادلة وتحافظ على إستمرارها وإستقرارها، إلا أنه قد تسوء العشرة الزوجية ويشتد الخلاف بين الزوجين فيفقد الزواج معانيه السامية، ولا يبقى أمام الزوجين سوى فك الرا بطة الزوجية، ومن هذا المنطلق، أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق ولكن وفق ضوابط شرعية.

وعمل بما جاءت به الشريعة الإسلامية فقد أقر المشرع الجزائري الطلاق و نظمه بمجموعة من الأحكام الواردة في قانون الأسرة.

وبمجرد وقوع الطلاق بين الزوجين تنشأ عنه عدة آثار و التي يمكن تقسيمها إلى آثار مالية و التي تتجلى في النفقة، النزاع حول متاع البيت والتعويض. تعتبر النفقة من الإلتزامات المادية المترتبة على عقد الزواج والتي تعتبر في نفس الوقت من أهم حقوق الزوجة والنفقة لا تقتصر على الزوجة فحسب وإنما للأقارب والأولاد نصيب بسبب ا ربطة الق ا ربة و لكن المشرع أدرج النفقة ضمن آثار الطلاق يعد النزاعات حول متاع البيت من أهم الآثار المترتبة عن إنحلال الرابطة الزوجية نظرا لما يثيره هذا الموضوع من إشكالات عملية وواقعية.

بالنسبة للتعويض في المسائل المتعلقة بالطلاق تحوطه مجموعة من الإعتبارات التي تجعل له طبيعة متميزة و مضمون خاص ، مما يجعل التعويض عنها مختلف عن تعويض الأضرار الناجمة عن المسؤولية المدنية.

أما الآثار غير المالية فتتمثل في العدة والحضانة، ويكتنف العدة في قانون الأسرة الجزائري الكثير من الغموض والإبهام وعلى إثر ذلك صدرت ولاتزال تصدر عدة أحكام قضائية غير سديدة بشأنها، فيما تعد الحضانة من أهم آثار الطلاق بالنسبة للطفل، كما تعد من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة الطفل.

لهذا فقد جاء هذا البحث ليسلط الضوء على هذه الآثار، وحصر د راستنا على الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية بالطلاق باعتبار الوفاة كطريق لفك الرابطة الزوجية لاتثير الكثير من الإشكالات مقارنة بالطلاق.

كما أن الذي دفع بنا إلى معالجة هذا الموضوع الإشكالات التي يثيرها على الصعيد القضائي خاصة لتعارض بعض أحكام قانون الأسرة المنظمة له مع أحكام الشريعةالإسلامية.

ومن هنا نتساءل كيف نظم المشرع الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية؟ولمعالجة هذا الموضوع قسمنا خطتنا إلى فصلين :خصصنا الفصل الأول لدراسة الآثار المالية لفك الرابطة الزوجية ،في حين تطرقنا في الفصل الثاني إلى الآثار غير المالية لفك الرابطة الزوجية

المطلب الأول: ماهية فسخ الزواج

الفسخ هو نقض عقد الزواج وحل الرابطة الزوجية لخلل يشمل العقد، أي بسبب أمر طارئ عليه يمنع بقاءه واستمراه وقد نظم قانون الأسرة الجزائري موضوع فسخ الزواج في فصل النكاح الفاسد والباطل في المواد 32-33-34 والمادة 35 بالإضافة غلى المادة 8 مكرر 1 سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الفسخ ويشمل التعريف اللغوي والإصطلاحي والقانوني.

الفرع الأول: تعريف الفسخ

أولا: يعد الفسخ في اللغة مصدرا لفعل (فسخ) ومضارعة يفسخ وعرف بأنه منع والإزالة وهو نهى يقال فسخ الزواج أي انهاء عقد الزواج لظهور مانع يتنافى مع مقتضاته، أو القيام طارئ يمنع استمراره شرعا ومنه يمكن القول أن فسخ له دلالات متقاربة تشمل الفساد و

ثانيا: التعريف الاصطلاحي: عرف الكثير من الفقهاء فسخ عقد الزواج في اصطلاح الشرعي

1-تعريف الحنفية

" عرفه الحنفية ابن نجيم بأنه" حل الارتباط العقد.

تعريف المالكية : بأنه رفع عقد من أصله

أما تعريف الشافعية : قال الغر بن عبد السلام " تراذ بين العوضين أورد أحدهما في مقابلة قيمة الأخر".

وعؤفه السيوطي بأنه " حل ارتباط العقد".

وأما تعريف الحنابلة هو " رفع العقد من حينه"

وبعد النظر في تعريفات يلاحظ ما يلي:

1-أن المقصود بحل الارتباط هما العقدان الصحيح والفاسد أذا أن العقد الباطل لا تترتب عليه أثار الشرعية.

2-أن الطلاق لفظ الأبطال على حل العقد في لفظ الكساني غير تسديد والداعي إلى هو أن أثار الإبطال قريبة من أثار الفسخ يقول السنهوري" إن العقد غير النافذ وأما تعريف القرافي والعز بن عبد السلام فيلاحظ عليهما ما يلي:

1. إن رد واحد من العوضين لصاحبه قد يكون تقديريا ولا حقيقيا وهذا فيه إشكال حقيقي.
2. إلى رد أحد العوضين إلى صاحبه هو من أثار الفسخ وليس الفتح.
3. إن فسخ البيع يقتضي رد العوضين إلى صاحبهما، وليس كذلك النكاح لان عقد النكاح لو فسخ بعد الدخول فإنه لا يستدعي ثراء العوضين وأما تعريف المرداوي فنلاحظ عليه أنه ادخل اثر الفسخ في تعريف لأن رفع العقد من حينه أو من أصله فهو من أثار الفسخ وليس هو الفسخ داته.

وعليه فبعدما ذكر تعاريف المختلفة للفقهاء يظهر أن تعريف المختار والأولي بالترجيح هو تعريف ابن نجيم مع إضافة لفظ الصحيح ليصبح تعريف هو: حل ارتباط العقد الصحيح وذلك لأسباب

- يتناول العقد بوجه عام سواءا كان عقد لبيع أو النكاح.

- كما أنه يخرج العقد الفاسد الذي يوجب الحنفية على العاقدين فسخه.
- أنه يتفق مع الشافعية والحنابلة القائلين بعدم اعتبار الموقوف لأنه وجوده متوقف على إجازة صاحب الشأن.

وعليه فإن فسخ عقد النكاح هو نقض من عقد النكاح بسبب خلل وقع فيه وقت إنعقاده بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقاءه واستمراره.[1]

التعريف القانوني

إن المشرع الجزائري لمر يقم بتحديد معنى الفسخ أو تعريفه وإنما قام بذكره أسبابه فقط وهو ما أشار إليه في مادة 33 فقرة"02" ومادة 34 وما يمكن استنتاجه من مضمون النصوص الثابثة أن مقصود بالفسخ هو نقض والإنهاء والرفع، بسبب وجود خلل ما صاحب تكوين العقد الفاسد.

ويمكن الإشارة أيضا أن المشرع الجزائري فيميز بين نوعين من الحالات.

1- أن الفسخ يكون واجبا في بعض الحالات قبل الدخول فقط كما لو ثم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه.[2] أو ثم الزواج الثاني دون ترخيص من القاضي[3].

[1] سليم محمودي، اخكام فسخ عقود الزواج في الفقه الاسلامي ،والاثار المترتبة عليها ،اطروحة لنيل شهادة ذكتورى في العلوم الاسلامية ،تخصص فقه الاسلامي ،جامعة الجزائر 1 ،بن يوسف بن خدة ،2018،2017، ص51.

[2] مادة 33 من قانون الأسرة.

[3] مادة 34 من قانون الاسرة

2- فيكون الفسخ واجبا قبل الدخول أو بعده، كما في حالة الزواج بإحدى المحرمات[1].

وعليه فالمشرع الجزائري لم يتعرض صراحة لبعض حالات الفسخ وهي حالة حدوث أمر طارئ على الزواج مما يجعل بقاءه واستمراره مستحيلا.

الفرع الثاني: فرق بين الفسخ والطلاق

شمل هذا الفرع على أهم الفروقات بين الفسخ والطلاق على النحو الأتي:

1- الفرق بين الفسخ والطلاق من حيث المعنى

- الطلاق

- الطلاق لغة هو حل قيد مطلقا، وقيل الطلاق موضوع في الأصل لتخليه من القيد، وباقي المعاني متشبعة منه.
- الطلاق في الإصطلاح يمكن تعريفه بأنه حل قيد النكاح بألفاظ مخصوصة في حال أوفى المأل، وهو ما لا يكون إلا من زواج صحيح.

- **فسخ**

- الفسخ في اللغة يطلق على عدة معان منها ، والرفع والإزالة، يقال فسخ العقد نقض و الرفع و الإزالة.

[1] المادة 08 مكرر كل زواج بإحدى المحرمات.

- الفسخ في القانون المدني هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين إذاأخل أحدهما بالتزاماته العقدية ليتحرر المتعاقد الأخر من التزاماته التي يفرضهاعليه العقد.
- الفسخ في الاصطلاح هو حل الرابطة الزوجية عند طرود سبب الفسخ ، ويكون في العقد الصحيح والعقد الغير الصحيح.

ثانيا: الفرق بين الفسخ والطلاق من جهة السبب

الفسخ يكون بسبب أمر طارئ على العقد يمنع بناءه واستمراره كفسخ الزواج بسبب الردة الزوجية أو أن يبدر احدهما ما يوجب حرمة المصاهرة أو الفسخ لسبب المقترن بإنشاء عقد لتخلف الصداق أما الطلاق يعتبر إنهاء لعقد الزواج وغالبا ما تتمركز أسبابه من قبيل الحياة الزوجية. [1]

ثالثا: فرق بين فسخ الطلاق من جهة الأثر

1- إنهاء الرابطة الزوجية: فسخ عقد الزواج يقطع الرابطة الزوجية في الحال.

أما الطلاق فقد يكون كذلك كما في البائن، وقد لا يقطع هذه الرابطة في الحال بل بعد مضي مدة كما في الطلاق الرجعي، حيث لا تنقطع الرابطة الزوجية إلا بعد مضي العدة.

[1] بلحاج عربي،الوجيز في شرح قانون الاسرة ،الجزء الاول ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ،طبعة الرابعة ،السنة ،2005. ص206.
مذكرة لنيل شهادة ماجستار ص11. عبد الرحيم مقداش

2-وجوب مهر قبل الدخول:

- يوجب الطلاق قبل الدخول لإمرأة نصف المهر المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى استحقت المتعة.
- الفسخ قبل الدخول : لا يوجب فيه لإمرأة شتى من المهر ولا المتعة.

3-احتساب عدد الطلقات:

- الفسخ لا يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا ، فلو وقعت فرقة الفسخ بين الزوج وزوجته ثم عاد إلى الزوج من جديد، ملك عليها ثلاث طلقات.
- أما الطلاق فإنه يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا

4-وقوع طلاق ثان في عدة طلاق أول:

- إن المطلقة الرجحية يقع عليها طلاق ثان في عدة طلاق أول عند جمهور الفقهاء، وللزوج أن يواجهها إن شاء من غير مهر ولا عقد جديدين.
- أما الفسخ فإنه يقع بائنا فلا طلاق عليها في عدتها، ولا يمكن له مواجهتها.[1]

5-من حيث الأثر لرجعي:

[1] بلحاج عربي،المرجع السابق،ص200.

- الطلاق ينحل به الزواج في الحال أو المأل وليس له أثر رجعي، أي يمتد أثر الطلاق إلى ما قبل إيقاعه.
- أما الفسخ أثر رجعي، فإذا كان الفسخ ليس مقترن بإنشاء العقد، فيكون الفسخ حينئذ بأثر رجعي إلى وقت نشوء العقد أما إذا كان الفسخ ليس طارئ على العقد فيكون حينئذ الفسخ بأثر رجعي إلى وقت طرود السبب، ويكون بأثر رجعي من وقت قضاء القاضي به إذا كان متوقفا عليه.
- وعليه مكننا من ذكر أهم الفروق التي توضح الاختلاف الكبير بين الفسخ والطلاق خصوصا من جهة أثار كل منهما تبين لنا أهمية التميز بينهما[1].

المطلب الثاني: حالات فسخ عقد الزواج

عالج المشرع الجزائري موضوع الفسخ عقد الزواج في الفصل الثالث من النكاح الفاسد والباطل حيث أوجب في المادة 32 بطلان الزواج عندما يشتمل على مانع من الموانع أما المادة 33 فقد جعلت الزواج يبطل عند إخلال ركن الرضا وإذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي وهذا مقررا شرعا وذهب إلى مادة 34 إلى ما ذهب إليه الشرع إلى أنه كل زواج بإحدى الحرمات يفسخ قبل وبعد الدخول يتم فسخ الزاج واستمراره وكذلك يفسخ عقد الزواج إذا اقترن بشرط ينافيه وهذا ما نصت عليه المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: فسخ عقد الزواج بسبب الشرط المقترنة بالعقد

[1] عبد الرحيم مقداش، مذكرة لنيل شهادة الماجستار ص13.

كثيرا ما يحدث أن يشترط أحد الزوجين على الأخر شروطا يريد بها تحقيق منفعة لنفسه وحماية مصالحه أثناء سريان عقد الزواج ونفاذه وهذا نظرا للحوادث التي يسيئ فيها أحد الزوجين الأخر والتي تعتبر حافزا للتفكير في وضع الشروط ويمكن تقييم هذه الشروط الى ثلاثة أقسام:

- شروط صحيحة تتلاءم مع مقتضى العقد.
- شروط لا تكون من مقتضى العقد ولا تنافي حكما من أحكام الزواج.
- شروط فاسدة.

أولا: الشروط الصحيحة: اتفق الفقهاء على صحة الشروط التي تتلاءم ومقتضى العقد فلا إشكال فيها.

ثانيا: الشروط التي تكون من مقتضى العقد ولا تنافي حكما من أحكام الزواج : كاشتراط أن لا يتزوج عليها او أن لا يخرجها من بلدها وقد اختلف الفقهاء في هذه الشروط على النحو التالي:[1]

- الحنفية يقولون أنها شروط ملغاة والعقد الصحيح.
- المالكية يقولون أنها شروط مكروهة لا يلزم الوفاء بها بل يستحب.فقط.
- الشافعية يقولون أنها شروط باطلة أو يصح الزواج بدونها.

[1] عبد الرحيم مقداش،المرجع السابق ،ص109.

ثالثا: الشروط الفاسدة وهي الشرط التي تتنافى ومقتضى العقد مثل توقيت العقد أي الزواج المؤقت وأراء الفقهاء فيها على نحو التالي:

- الحنفية يقولون بأن شرط الفاسدة لا يفسد العقد، وإنما يلغي الشروط وحده ويصحح العقد.
- وافق الحنابلة الحنفية، غير أنهم إستثنوا بعض الشروط وجعلوها تبطل العقد مثل إشتراط الطلاق المرأة في وقت معين.
- الشافعية يقولون بأن الشرط الفاسد يفسد العقد.
- المالكية يقولون بأنه في حالة الشرط الفاسد يجب فسخ العقد ما لم يدخل الرجل بالمرأة فإن دخل بما مضى العقد وألغي الشرط وبطل المسمى، ووجب المرأة مهر المثل.

وبالرجوع قانون الأسرة الجزائري أعطى المشرع الجزائري الزوجين حق إشتراط ما بدا لهما من شروط أثناء انعقاد الزواج ما دامت ضمن إيطاره وغير خارجة عن نطاقه، وذلك في الفصل الأول تحت عنوان عقد الزواج وإثباته بموجب المادة 19 من قانون الاسرة الجزائري فبموجب هذه المادة جعل[1] المشرع الجزائري الأمثل في الشرط الجواز إلا ما خالق أو تنافى

[1] مجلة سميرة عبدون ، اشترط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري ص465.

مع هذا القانون، وتكون ملزمة الطرف الذي تحملها ومن حق المشترط مطالبته الوفاء بالشروط وإذا امتنع فله الحق المطالبة بالفسخ.[1]

فإذا اشترطت الزوجة على زوجها عند ابرام عقد الزواج ألا يخرجها من طنها أو اشترطت أن يسكنها في مسكن منفرد ومستقل عن سكن أهله أو أنها اشترطت عليه أن لا يمنعها من متابعة تقليمها أو الاستمرار في وظيفتها أو مهنتها وفي المقابل ذلك، فإن الشرط إذا كان منافيا المقتضى عقد الزواج فإنه يجعله كما جادة في مادة 32 والمادة 35 من أمر 05/02[2] ولكن ما نلاحظه على هذين المادتين هو وجود تناقض بين النصين، فقد حكم المشروع الجزائري على العقد المتمثل الشرط المنافي المقتضى على العقد ببطلان العقد دون تفريق بين حالة الدخول وبعدها نص المادة 32، ثم جاء في المادة 35 بما يعتبر مضمونه مخالفا لمضمون المادة 32، حيث حكم على العقد المقترن بشرط ينافيه بالصحة وأبطل الشرط فقط، مما يجعل الجمع بين النصين ولذا كان من الأنسب حدف عبارة (أو شرط يتناقض ومقتضيات العقد)، وعدم إدراجها ضمن المادة 32 والإكتفاء بما ورد في المادة 19 من جواز الاشتراط وتفيده بما جاء في مادة 35.

إلا أذ قصد المشرع الجزائري فسخ عقد الزواج الذي يشتمل على شرط بتنافي ومقتضيات العقد.

[1] المادة ،من قانون 05/02.

[2] المادة 32 من ق.أ

حيث يقول بلحاج عربي في عرضه الأسباب فسخ عقد الزواج والتي منها إشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد غير أن الشروع الجزائري صححه بالدخول، حيث قرر بطلان الشروط وبقاء العقد صحيحا بناءا على المادة 35 من ق.أ.

حيث جاء في نشرة القضاة ما يلي:" حيث أنه من مقرر فقهاء وقضاء جواز إشترط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي يكون لها فائدة بشرط لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تتناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزواج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بإحدى الشروط التي تصمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة وجاء في المجلة القضائية " من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه من التحجيز لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشرعية ولها كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الزموا الزوج بالعرف يتعهد البقاء الزوجة بالعاصمة ، يكونون بقضائهم كذلك خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيد هو مخير فيه، ومن كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه.[1]

[1] سميرة عبدو، مرجع السابق، ص467.

نظرا لخطورة عقد الزواج وما يترتب عليه من حقوق التزامات فإنه يضاف اليه أركان وشروط عامة الواجب توافرها في عقد الزواج وفي حالة تخلفها يفسخ عقد الزواج ولذلك سنتطرق إليه في هذا الفرع.

الفرع الثاني: فسخ الزواج لخلق ركن من أركانه

الرضا

1-مفهوم ركن الرضا

أ- **تعريف ركن الرضا (الصيغة):** اعتبر المشرع الجزائري ركن الرضا أمر جوهريا في العقد يرتبط فيه الشخصان ارتباطا موحدا لكنه لم يأت تعريفه حيث نص في المادة 04من ق.أ.ج:" على أن " الزوج عقد رضائي" كما نص في المادة 9 مكرر على أنه " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين وجاء في المادة 10 فقرة 1 أنه: " يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين والقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ومن خلال هذه المواد نستخلص أن ركن الرضا هو اللفظ الدال على حصول الزواج وتحققه إيجابا وقبول ، والإيجاب هو التحيز الدال على رضا الصادر ممن هو أهل له ، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا، القبول هو ماصدر ثانيا من الطرف الذي صدر منه القبول قابلا.

فأول الكلام إيجاب سواء صدر من الجانب الزوجة ويسمى إيجابا لأنه أوجد الالتزام وسمي الثاني قبولا لأنه رضا بها في الأول إلزام"[1].

2-شروط التراضي

1-التمييز: أن الزوج لا يتعهد إذا كان أحدهما صغيرا أو مجنونا وهذا ما ورد في المادة 7 من ق.أ.ج شرط اكتمال أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 منه.

2-إتحاد مجلس الإيجاب والقبول: فلو فصل بين الإيجاب والقبول بكلام أجنبي أو بم يعد في العرف أعراضا فإن الزواج لا ينعقد وليس يلازم ان يكون القبول فور الإيجاب. فالمالكية يجيزون التراضي اليسير بينهما فلا بأس الفصل بين الإيجاب والقبول بما لا يعد في العرف أعراضا كالخطبية أو المشاورة.

3-إن وافق القبول الإيجاب : وذلك حتى يتلاقى على شيء واحد ويتحقق إتفاق إرادتين فإذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية لا يعهد الزواج إلا في حالة إذا كانت مخالفة فيها حيز لموجب فإنه ينعقد كان يقول زوجتك ابنتي بخمسمائة فقال: قبلت بألف الزواج ينعقد لأن القبول أشتمل على ما هو أصلح.

4-سماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه.

[1]خلاصة في أحكام الزواج والطلاق، عبد القادر بن حرز الله ، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، ط01، 2007، ص51.

3-أثر تخل الرضا

تناول المشرع الجزائري في المادتين 33 من قانون الأسرة الجزائري أثر تخلف ركن الرضا حيث نصت المادة 33 من أمر 05-02 " على أنه يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" وعليه من كان هناك خلل في الرضا كان الزواج باطلا ويفسخ الزواج حتى لو كان هناك دخول.

ثانيا: تخلف ركن الوالي في عقد الزواج

تعريف الولاية

لغة: لغة بكسر الواو وهي النصرة والمدية لقوله تعالى " من يتول الله ورسوله والذين أمنوا فإن حزب الله هم الغالبون" والولي هو الناصر والمحب والمعين، كما يأتي بمعنى قائم بأمر الشخص متولي شؤونه ، ويسمى متولي عقد وقوله تعالى أيضا:" فليملل ولية بالعدل"[1] والولي ضده العدو والوحي المالك نقول ولي يتيم أو قتيل بمعنى المالك أمرهما وولي المرأة الذي يلي عقدهما عند الزواج.

شرعا: سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة سواء كانت موضوع التصرف يخص أو كان يخص من في ولايته ممن التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن عليه بسلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة.

[1] عيش فضيل، قانون اسرة مدعم باجتهادات المحكمة ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 2 2007ص35

قانونا: وهي سلطة الشرعية تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا، وهي تشتمل سلالة الترويج والتوبة والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية[1].

شروط الولي: يشترط في الولي أربعة شروط بحيث لو فقد واحد منها لا يكون له الحق الولاية:

- أن يكون حرا، فلا يجوز ولاية العبد مطلقا.
- أن يكون بالغا، فلا يجوز ولاية الصبي المميز كان أو غير مميز.
- أن يكون عاقلا فلا يجوز ولاية المجنون.
- أن يكون مرافقا للولي عليه في الدين فلا يجوز ولاية غير المسلم[2]

مدى ضرورة اشتراط الولي

اعتبر قانون الأسرة الجزائري أن أهلية المرأة في الزواج تكتمل بتمام 18 سنة والقاضي أن يرخص[3] بالزواج إذا جاء في المادة 13 منه أنه" لا يجوز الوالي أبا كان أو غيره، أن يجير القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز أن يزوجهم بدون موافقتها" إسنادا إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها" وفي الحديث دليل على أن المرأة ليست لها ولاية في النكاح لنفسها

[1] بلحاج العربي أحكام الزواج في ظل قانون الأسرة الجديد عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص309.

[2] سورة المائدة

3 سورة البقرة

بإذن الولي ولا غيره، ولا تزوج غيرها بولاية ولا وكالة ، ولا تقبل النكاح بولاية ولا وكالة وهو قول الجمهور.

وجدير بالذكر انه في قانون القديم في يونيو1984 قبل التعديل:" لا يجوز الولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان الأصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به وغير أن الأب أن يمنع ابنته البكر إذا كان في منع مصلحة البنت.

أما بعد التعديل قانون القديم جاء في الأمر رقم 02/05 الصادر في 27 فبراير 2005 فإن المادة الجديدة جعلت المادة القديمة صالحة فقط لحالة زواج امرأة القاصر أما المرأة الراشدة بحسب النص الجديد فإنه بإمكانه أن تختار أي شخص لحضور عقد زواجها، بما فيهم والدها أو غيره إذا نصت بعد التعديل على ما يلي:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليتها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".[1]

أثر تخلف ركن الولي

نص المشرع الجزائري على أثر تخلف الولي في المادة 33 في فقرتها الثانية الصريحة في بيان أثر تخلف الولي في عقد الزواج على أنه إذا تم الزواج بدون ولي وفي حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده وعليه فالفسخ المترتب على الزواج بدون ولي في المادة 2/23 هو في حالة الزواج القدر وفي موضوع الولاية على القصر ينبغي التمييز بين فاقد الأهلية وتناقضها وبين أن يكون ذكر أو أنثى.

[1] عربي بختي، أحكام الزواج في فقه اسلامي وقانون الأسرة الجزائري ص30-31.

فالذكر أن فاقد الأهلية اعتبر عقد الزواجه، يقع باطلا يجب فسخه قبل الدخول وبعده الذكر ناقص الأهلية فإن عقد الزواج بدون وليه يكون صحيحا متى توافرت الشروط اللازمة يتوقف على إجازة وليه فإن شاء إجازة وان شاء وده فيفسخ.

وأما الأنثى سواء كانت فاقدة الأهلية أو ناقصتها فلا يجوز أن تعقد زواجها بدون وليها ومن وقع هذا الزواج كان باطلا، يفسخ قبل الدخول وهذه وعليه فحسب المادة 33 ف02 فإن أثر تخلف شرط الولي يأخذ حالتان الأولى إذا عرف ذلك قبل الدخول يترتب عنه فسخ العقد ولأن حق الزوجة الصداق أما إذا عرف بعد الدخول فإن العقد يتم صحيحا ويثبت بصداق المثل[1].

ثالثا: الصداق

مفهوم الصداق تعريف الصداق وشروطه

لغة مهر المرأة مهرا أي جعل لها مهرا وأعطاها مهرا والمهر صداق المرأة وجمع المهور والصداق مأخوذ من الصدق وهو الشديد الصلب لأنه أشد الأعراض ثبوتا فإنه لا يسقط بالتراضي.

اصطلاحا: عرف الفقهاء الصداق عدة تعريفات منها ما يلي :

الحنفية: اسم المال الذي يجب لعقد النكاح على الزواج في مقابلة إما بالتسوية أو بالعقد.

[1]عربي بختي،المرجع السابق ،ص 133.

المالكية: ما يجعل الزوجة في نظير الاستمتاع بها.

الشافعية: ما وجب بنكاح أو وطء.

الحنابلة: من المسمى في العقد النكاح أو المسمى بعده[1].

وقد نص عليه المشرع في المادة 15:" أن الصداق هو ما يدفع ....الزوجة من نقود أو غيرها من ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء" وما يلاحظ أن المشرع ركز على قيمة المالية في تعريفه الصداق وأهمل في المقابل قيمته المعنوية كرمز التعاطف والمودة التي يجبر الزوج بواسطته عن إرادته الجدية في بناء الحياة الزوجية[2] .

أنواعه: مهر مسمى: وهو المهر الذي تم الاتفاق عليه من قبل الطرفين في العقد ويسمى التسمية الصحيحة وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 18 ق أ " الصداق في العقد".

مهر مثل: وهو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من أسرة أبيها كأختها أو عمتها أو ابنة عمتها أو ابنة أختها، ولا يعتبر مهرا المثيل مهر أمها أو خالتها إذا لم تكن من قوم أبيها أما إذا لم توجد فينظر إلى من تماثلها في عائلة أو القرابة ويشترط في هذه الحالة أن تتصف المرأة بالأوصاف المماثلة المقبلة على الزواج من حيث السن، الجمال الثقافة إذا كانت بكر أو غير ذلك.

شروط الصداق

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في توجه الجديد، ص46.

[2] عربي بلحاج أحكام االزواج في قانون أسرة الجديد ص267.

1- أن يكون الممهور ذا قيمة مالية: والمقصود بذلك هو أنه لا يجوز أن يكون مهرا كل ما ليس بمال، أي كل ما هو غير متقوم شرعا بالمال كالخمر والربا، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 14 من قانون الأسرة"... من كل ما هو مباح شرعا".

2- أن يكون مقدورا على تسليمه عند العقد: وتطبيقا لهذا الشرط فإنه لا يمكن أن تتم تسمية المهر بحيث متنازع عليها، ولا عين مفقودة ولا مضمونة.

3- أن يكون معلوما: ومن تم لا يجوز أن يكون المهر مجهولا جهالة فاحشة، بل ينبغي أن يكون محددا من حيث النوع ولذلك انتقال الزوج لزوجته أن مهر عقار ولكن دون تحديد المكان ولا النوع ففي هذه الحالة يفسخ العقد قبل الدخول ويصحح بمهر المثل.[1]

أثر تخلف شرط الصداق:تعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة في مادة 32 والتي جاءت بقاعد عامة وهي فسخ عقد الزواج لعدم توفر ركن من أركانه ثم جاءت المادة 33 التي حددت على الخصوص حالة تخلف ركن الصداق قبل الدخول بأنه يترتب عليه فسخ عقد الزواج وذلك يمنحها" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي وفي حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه" وما يستنتج منها أن المشرع الجزائري رتب الفسخ على تخلف شرط الصداق قبل الدخول كما أنه فصل في مسألة وهي مسألة استحقاق الزوجة للصداق وهو ما صدر في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09/03/1987 تحت رقم

[1] محاضرات د: تشوار جيلالي ص 49-50.

45301 والتي جاء فيه:" أنه من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها، وأمر قد وقع حكم الفسخ العقد وبالطلاق.

كما تعرض المشرع الجزائري في حالة إثبات عقد الزواج في نص المادة 3/33 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت " يثبت بعد الدخول بصداق المثل:" فإذا تم الدخول بالزوجة يثبت ويكون صحيحا وتستحق الزوجة بذلك صداق المثل[1] وهذا ما نجده في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/11/17 تحت رقم 210422 الذي جاء فيه إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل[2].

رابعا: الشهادة

1-مفهوم الشهادة

تعريفها

لغة: الشهادة مشتقة من شهد، يشهد شهادة وهو بمعنى الحضور ، والشهادة، الحاضر.

اصطلاحا: إخبار عن غياب بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق الغير على أخر لشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، وتعد من وسائل الإثبات والبيانات عند الوصول التناكر والتجاهد.

قانونا: نص المشرع الجزائري على الشهادة في المادة 9 مكرر من الأمر 02/05 والتي تنص على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج شروط التالية:

[1]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص375.

[2]قرار رقم 210422 بتاريخ 1998/11/17 اجتهاد قضائي ص53.

أهلية الزواج، الولي، انعدام الموانع الشرعية للصداق، الشاهدان[1].

2- الشروط الواجب توفرها في شهود:

نص المشرع الجزائري على الإشهاد في الزواج لكنه لم يحدد الشروط التي يجب أن تتوفر في الشهود وهذا ما يجعلنا وفقا لنص المادة 222 من قانون أسرة الجزائري بالرجوع إلى الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية وأوجبوا توفرها في شهود.

شروط متفق عليها

- العقل: يجب أن يكون شاهدا عاقلا.
- البلوغ: وجد هذا الشرط لأن حضور السبب الغير البالغ في عقد الزواج لا يتناسب مع تكريم عقد الزواج وخطورته وهو أهل للولاية على نفسه.
- التعدد اتفق الفقهاء على عدم صحة عقد الزواج بشاهد واحد.
- الإسلام: اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجات يجب أن يكون الشهود مسلمين لكن اختلفوا في حالة ما إذا كانت الزوجة كتابية فجمهور فقهاء اشترطوا أن يكون الشاهدين مسلمين.
- سماع الشهود كلام المتعاقدين وفهم المراد منهم أي لا تسمح شهادة نائمين ، أو مثلا من لا يفهم اللغة العربية إذا تم العقد باللغة العربية.

شروط غير متفق عليها

[1] باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، عين ملية جزائر، 2012، ص18.

1- إعتبرها جمهور فقهاء المسلمين شرط الصحة للعقد الزواج ولا تسمع بشهادة أنثى.

2- العدالة: ذهب جمهور فقهاء أنه يشترط في الشهود للعدالة حتى ولو كانت ظاهرة فقط.

3- الحرية: اشترط جمهور فقهاء مسلمين الحرية في الشهود واعتبروا أن الشهادة العقد عدلا وثقة وهذا الشرط لو يعدل لمحل وقتنا الحالي باعتبار العبودية قد زالت .

4- البصر: هذا الشرط اشترطته الشافعية أما جمهور فقهاء فلم يأخذوا به.[1]

أثر تخلف شروط الإشهادفي عقد الزواج

تعرض المشرع الجزائري لأثر تخلف الشهادة في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري وميز بين حالتين:

إن تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج وقد تم اكتشافه قبل الدخول فهنا يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.

أما إذا تم عقد الزواج بدون شهور وتم الدخول فهنا الزواج يثبت بصداق المثل[2].

يشترط الصحة عقد الزواج إن مستوفيا لكافة شروطه ولكن هذا لا يكفي وإنها يضاف إلى ذلك ا لا يكون بين الزوجين أي مانع من موانع الزواج.

فرع الثالث

أولا: فسخ الزواج لاشتماله على موانع

[1] المادة 33

[2] وهبة الزجيلي، فقه الإسلامي وأدلته، ص75، مرجع سابق.

1-تصنيف المحرمات

محرمات تحريمها مؤبدا

أ- محرمات بسبب القرابة: وهي حرمة النسب فلا يجوز الشخص أن يعقد زواجه على أمه وهي أرضعته من وكذلك كل أنثى انتسب اليها الرجل بالولادة سواء كانت أما له أو إما لمن ولده من جميع الجهات كما تحرم عليه ابنته وهي كل أنثى انتسبت إلى الرجل بولادته أما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كالبنت ويثبت الابن وتحرم على الرجل أيضا أخته سوءا كانت أختا شقيقة أم لأب وذلك لقوله تعالى:" حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت".[1]

ب- محرمات بسبب المصاهرة: اما النسوة المحرمات بالمصاهرة على التأبيد فقد جمعتهن الآية 23 من سورة النساء وهن اسم الزوجة لقوله تعالى " وأمهات نسائكم" أي أن من تزوج امرأة فقد حرمت عليه كل أم لها من يسبب أو وضاع، وتلك بمجرد العقد على الابنة وهو قول الفقهاء الأربعة، تضاف إليها ابنتها الحكم لقوله تعالى:" وفي حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن" فالآية تحرم على الرجال بنات النساء اللاتي دخل بهن المراد بالدخول في الآية الكريمة " الوطء" في قول جمهور الفقهاء ، والمراد بالربيبة هي ابنة الزوجة من رجل أخر، وتكون مرباة في حجر الزوج وذهب الأئمة الأربعة إلى تحريم ابنة المرأة على الزوج بعد الدخول سواء كانت في حجر الرجل أو لم تكن في حجره وكذلك زوجة " ولا

[1] سورة النساء، الآية 23.

تنكحوا ما نكح إباؤهم من النساء" وزوجة الابن " وحلائل أبنائكم الذين من أصل بكم" أي تحريم زوجة ابن الرجل الذي هو من صلبه"[1]

ت- المحرمات بسبب الرضاع: وهن النساء اللاتي يطلق عليهم الفقهاء محرمات بسبب الرضاع أي هن المحرمات بسبب النسب كلام المرضعة ومن في منزلتها كأمها وجدتها وكذلك الأخت من الرضاع وذلك تابع لتحريم مؤقت وهو ما وردة في المادة 30[2] المعدلة لقوله تعالى في سورة النساء[3]:" وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة، وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب هو نفس ما ورد في نص المادة 27 ق.أ.ج أما المادة 29 فقد اشترطت أن يكون الرضاع المحرم قبل الفطام أو في العامين الأولين سواء كان حليب قليل أو كثير أما المادة 28 فقد ضيقت الرضاع في الطفل الرضيع وحده.

ث- المحرمات تحريما مؤقتا: وهن النساء اللاتي يحرم الزواج بمن حرمته مؤقتة لسبب معين وهي تشمل ما يلي:

- المطلقة ثلاثا: أي أنه لا يجوز لمن طلقها ثلاث طلقات أن يعقد عليها مرة أخرى إلا إذا تزوجت بزوج أخر ودخل بها ثم طلقها باختياره أو مات عنها وانقضت عدتها منه

[1] العربي بختي، ص 43-44.

[2] المادة 30 المعدلة.

[3] سورة النساء اية 23.

فلها حينئذ ان شاءت أن تعود إلى زوجها [1]وذلك لقوله تعالى:" فإن طلقها فلا تحل له بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليها أن يتراجعا".[2]

- أخت الزوجة: وهو ما حرم الله تعالى على الرجل أن يجمع بين الأختين سواء كانت شقيقتين أو لأب أم لأم لقوله تعالى" وأن تجمعوا بين الأختين لأن الجمع بين الأقارب يؤدي إلى القطيعة بين الأرحام وينشئ التباغض والعداوة بينهم.
- الجمع بين المرأة أ عمتها أو خالتها: أمر الرسول صل الله عليه وسلم بأن لا يجمعوا بين المرأة وخالتها وعمتها فقد قال:" ألا يجمع بين المرأة عمتها ولا بين المرأة وخالتها" وقال أيضا " لا تنكح العمة على بنت الأخ ولا ابنة الأخت على الخالة".
- المحصنة أي المتزوجة: لا يجوز المسلم أن يعقد زواجه على امرأة متزوجة من غيره حتى تطلق وتنقضي عنها وذلك لقوله تعالى:" والمحصنات من نساء".
- المرأة المعتدة من الوفاة أو الطلاق: كما يحرم على الرجل أن يتزوج معتدة من طلاق أو وفاة فتحرم عليه إمرأة غيره ما دامت في عدة من زواج سابق حتى تنقضي عدتها، لأن الله تعالى قال:" ولا تحرموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله" أي لا تعقدوا الزواج على معتدة حتى تنقضي العدة.[3]

---

[1]سورة البقرة الاية 230

[2]قرر الصادر عن محكمة عليا غرفة احوال الشخصية رقم22324بتاريخ2001/01/08 مجلة قضائية لسنة 2001 عدد1 ص261

[3]سورة البقرة الاية 11

- زواج المرأة المسلمة من غير مسلم :" لا يجوز لامرأة مسلمة أن تتزوج برجل يخالفها في العقيدة وهذا إجماع الفقهاء وتلك لقوله تعالى " ولا تنكحوا المشتركين".
- الزواج بامرأة لا تدين بدين سماوي: والمقصود بها الوثنية أو المشركة أو الملحدة ومثلها من تؤمن بالوجودية أو الشيوعية أو اللاتي ينكرن وجود الله.وذلك لقوله تعالى:" ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن".[1]

ثانيا: أثر الزواج بإحدى المحرمات

لقد نص المشرع الجزائري وعلى حكم الزواج بإحدى المحرمات في نص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائرية " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ النسب ووجوب الاستبراء.

1-فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده: فإذا لم يدخل الزوج بزوجته اتفق الفقهاء أنه يجب عليهما الافتراق من تلقاء أنفسهما، وإلا فرق بينهما القاضي لفساد العقد، أما إذا تم الدخول فيفسخ العقد دون طلاق وتحكم المحكمة ببطلان الزواج تلقائيا أو بطلب من كل ذي مصلحة مما يعني أنه متى تثبيت وجود مانع بسبب الحرمة وجبت الفرقة سواء قبل الدخول أو بعده[2].

2-تبوث النسب: فكل عقد ابرم بإحدى المحرمات وتم فسخه يترتب عليه إثبات نسب الحمل أو الولد إلى الزوج وتسجيله في سجل الحالة المدنية على اللقب واسم هذا الزوج

[1] عربي بلحاج أحكام الزواج في ضوء قانون اسرة مرجع سابق ذكره، ص260.
[2] سورة نساء اية 24.

باعتباره والده شرعي، إذا كان قد ولد بين ادني وأقصى مدة الحمل، وخلال فترة ما بعد العقد[1].

3-وجوب الإستبراء فإن دخل الرجل بالمرأة وثم فسخ العقد بينهما لثبوت المانع، وجب عليها العدة من وقت الفرقة للتأكد من براءة رحمها ويضيف الفقه أنه كان الزوجان سيئا النية (بأن يحلها بأن زواجهما محرم باطل فإن الحد طبق عليهما.[2]

كما نصت المادة 32 من ق.أ.ج المعدلة والتي فيها إشارة لأسباب البطلان حيث جاء فيها " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" فإذا أشتمل الزواج على مانع سواء كان مؤقتا أو مؤبدا ، يفسخ العقد إذا تبين أمره قبل الدخول ولا ....المرأة شيئا من الصداق وفقا القاعدة القائلة " كل فسخ قبل الدخول لا مهر فيه".[3]

-

المبحث الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

قدس الإسلام الزواج وسماه ميثاقا غليظا ووضع له من القواعد ما يضمن بقاءه واستمراره ومع ذلك فقد شرع الطلاق استنادا علاجا الحياة الزوجية المضطربة، لأنه رغم قداسته هذا

[1]عبد عزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون اسرة الجزائري، ص113

[2]عبد القادر بن حرز الله ، ص163.

[3]عربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون اسرة الجديد ص261.

الميثاق الغليظ إلا أنه مراعاة الطابع الناس ما يستجد أثناء الحياة الزوجية فإنه من غير المعقول القول بعد جدوى الطلاق مادام في محله إذا استحال استمرار الحياة الزوجية.

ولكن يكون ذلك بعد استفراغ الجهد فتحكيم العقل من أجل طرح كل ما يكون سببا الوصول إلى الطلاق غير أنه ليس كل ما يتمناه المرء يتركه والقاعدة الفقهية تقول:" الضرر لا يزال والأصل أن الطلاق هو بيد الرجل وحده يوقعه بإرادته المنفردة أما فطرة الله تعالى عليه، ومع ذلك قيده الشرع بجملة من الأحكام والإجراءات التي ينبغي عليه إتباعها حتى يقع طلاقه ويعتبر صحيحا.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق

عند تنازل أي موضوع يكون ولابد من استبيان مفاهيمه الأساسية وذلك من خلال تعريفه ومعرفة جوانبه وبغية ذلك ارتأيت معالجة من المطلب تبعا لما يلي:

الفرع الأول: تعريف الطلاق

الطلاق لغة:[1] لفظ الطلاق في العربية مأخوذة من الإطلاق وهو الإرسال والترك، يقول العرب: أطلقت ألأسير إذا حللت قيده وأرسلته، كما أنه من التخلية من الوثاق: فهم يقولون أطلقت المرأة، أي خليتها فهي طالق، أي مخلاة عن حبال النكاح أي أن الطلاق هو التحلل من قيد الزواج والخروج من عصمته، ورفع العقد مطلقا، وسمي الله الطلاق سراحا فقال[2] وسرحوهن سراحا جميلا " كما سماه طلاقا، من طلق المرأة وسماه الفراق وهي ألفاظ تجمع

[1] دكتور عربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في فقه الإسلامي ص80.

[2] سورة الأحزاب الآية 49.

صريح الطلاق ومن ألفاظ الجاهلية في الطلاق: استفلحي بأمرك، أي اظفري فوزي واستبدي بأمرك كما كانوا يقولون لامرأة عند الطلاق: اذهبي فلا أنده سربك، أي لا حاجة لي بك، فتطلق بهذه الكلمة وتذهب حيث تشاء.

الطلاق اصطلاحا:[1] هو رفع قيد الزواج في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص، سواء كان هذا اللفظ مخصوصا منطوقا مكتوبا أو مشار إليه أو به كما يعرف الطلاق[2] اصطلاحا بأنه إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل بلفظ منبثق من مادة الطلاق أو معناه صراحة أو دلالة وعرفه الأستاذ بدران أبو العنين بدران:" أن الطلاق هو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بلفظ يغير ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من الكناية أو الإشارة ومعنى هذا أن الطلاق يرفع أحكام قيد الزواج الصحيح ويمنع استمراره فإذا كان الزواج غير صحيح فرفع أحكامه لا يكون والمقابل يسمى فسخا من العقد الذي وقع فاسدا، فالطلاق من الأستاذ مصطفى شلبي : هو حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو المأل.

تعريف الطلاق قانون

المشرع الجزائري عرف الطلاق في المادة 48 من ق.أ.ج من قانون 11/84 يتم بإرادة الزوج أو بالتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدودها ورد في المادتين 53-54 "

[1] دكتور عربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد، ص09.

[2] استاد حمدي حكيم مقالة حول الطلاق

من القانون واستعمل المشرع كلمة حل التي تتمثل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بإرادة المنفردة أو بالتراضي الزوجين أو بواسطة حكم القضائي.

غير أن التعديل الصادر في 2005/02/27 وفي نفس المادة تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق وعزف عن تبنيه.

الفرع الثاني: أدلة مشروعة للطلاق والحكمة من وجوده

ونستعرض في هذا الفرع إلى تحديد أدلة مشروعية الطلاق (أولا) تم تناول ثانيا الحكمة من وجوده.

أولا: أدلة مشروعية الطلاق

استمد فقهاء الشريعة على مشروعية الطلاق من الكتاب والسنة والإجماع.

من القران الكريم: يقول الله تعالى[1]:" يأيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن" الآية الكريمة جاءت للطلاق ومؤكدة على أهم أثر ينجر عنه الطلاق وهي العدة ويقول أيضا[2]:"الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان".

ويقول أيضا[3]:" الجناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسكوهن".

من السنة:

[1] سورة الطلاق اية 01

[2] سورة البقرة الاية 299

[3] سورة البقرة الاية 236

قول الرسول صل الله عليه وسلم في حديث عمر قال"[1] أبغض الحلال إلى الله عزوجل الطلاق.

قول النبي صلى الله عليه وسلم"[2]إنما الطلاق لمن أخد بالساق". رواه بن ماجة والدار قطني.

عن عمر بن الخطاب أن النبي صلى الله عليه وسلم طلقت حفصة ثم رابحها" رواه أبو داود والنسائي.

إجماع الفقهاء:[3]

أجمع المسلمون أن الطلاق جائز وأن للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب شرعي.

من القياس: كذلك لا يأبى فإن العشرة اذا فسدت بين الزوجين ولم يكن في استطاعته دوامها يكون من العيش بقاء الزواج وأساءه الزوج لزوجته وهو لا يطيق معها معاشرتها لما في هذا الإمساك من مقصود من الزواج وتضييع للمصالح المنشودة والتي شرعها الله وذلك لقوله " فإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكمها".

تعريف الطلاق واكتفى بالقول: مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود

[1]رواه أبو داود الحاكم وصححه

[2]رواه أبن ماجة

[3]رواه ابو داود

ما ورد في المادتين 54/53 من هذا القانون:[1] والأمر هنا فيه اختلاف لأن المادة 48 ق.أ.ج المعدلة لم تحط الكناية الخفيفة للطلاق وإنما أكدت إحدى صور انحلال الرابطة الزوجية وهو الطلاق ولم نتطرق حقيقة إلى تعريفه وفي ذلك محاولة من المشرع الجزائري التملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف القائل بها الفقه وترك ذلك لهذا الاخير على غرار مسائل الفقهية أخرى ضمنها في المادة 222 ق.أ.[2]

ولم يخرج المشرع الجزائري عن القاعدة التي تشكل اجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية الإسلامية الجاعلة من الطلاق حقا أراديا إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني في المادة 48 ق.أ.ج التي أشارت إلا أن الزواج يحل الطلاق أكدت صورة أعلى منه وهي إرادة الزوج النابعة أساسا من العصمة الزوجية المملوكة له شرعا، ذلك أن البارز شرعا وقانونا هو ملكية العصمة الزوجية فالإسلام ق=فوضى وحدة القيام بذلك لأنه الأحرص على بقاء العلاقة الزوجية.

ومن هنا نلاحظ أن القانون الجزائري لم يختلف بتحريض للطلاق عن تعريف الوارد في مختلف مذاهب الشريعة الإسلامية حيث يمكن الاستنتاج من خلال هذا التعريف أن الطلاق هو الذي يحل عقدة الرابطة الزوجية.

[1] قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان 1426 الموافق 9 جوان 1984 يتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] باديس ديابي أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة الجزائري دار الهدى عين مليلية الجزائر 2012 ص12.

ثانيا: الحكمة من مشروعية الطلاق

الأمثل في الحياة الزوجية أن تكون مبنية على المودة والرحمة وذلك لقوله سبحانه وتعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".

فإذا انفرطت هذه المودة والرحمة وحل محلها النشوز والشقاق واستنفذت جميع وسائل الإصلاح الكفيلة بإرجاع المياه إلى مجاريها بين الزوجين وبقيت الوحشة مستحكمة فليس هناك محل أحكم وأعدل من أن يفترقا إذ لا يعقل أن بحيث اثنان تحت سقف واحد وهما يكنان لبعضهما كل الكره والعداوة والبغضاء هذا وإن في تشريع الطلاق على صورته موجودة في تشريعاتنا السمعة حكما باهرة في طليعتها الحفاظ على المرأة من تلاعبات الزوج كان في الجاهلية هاذ إن قاربت عدتها على الانتهاء راجعها ليطلقها من جديد و هادا إضرار بها إذ يتركهاالمعلقة لاهي مطلقة ولاهي عند زوجها، فجاء الإسلام وحد من هذه التلاعبات فأعطى الزوج فرضيتين الطلاق وهذا يتضح : من أن رجلا عمد لأمرأته على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها: لا أويك ولا أدعك تحلين قالت: كيف؟ قال أطلقت فإذا أدنى مضي

عقدك راجعتك، فشكت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله تعالى:" الطلاق مرتان فإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان".

فيكون الطلاق في هذه الحال من رحمة الله بعباده إذا تخلصت المرأة من أذى زوجها وسيطرته عليها وظلمه لها، إضافة إلى ذلك قد يكشف الزوج من زوجته حياته تكون سببا في تلطيخ فراش الزوجية واختلاط الانساب فلو لم يشرع له الطلاق فإنه يعيش معها مكرها مجبرا يكن لها العداوة والبغضاء.

[1]وبهذا كان واجب ايجاد باب الخلاص من هذه الحياة التي اصبحت لا تحقق مقصودة منها التي لو ألزمت من غير رحمة لا تثمر ثمراتها ولا تحقق المراد منها ولا يكون بها عفاف ولا شرف ولا تعاون ولا صيانة ويكون الابقاء عليها وصد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة وعامل من عوامل زيغ والميل إلى المحادثات البغيضة.

حكمة من جعل الطلاق بيدالرجل

[2]حثت الشريعة الإسلامية كلا من الزوجين على التفكير والتروي قبل الإقدام على الطلاق إذ به تتهدم الأسرة ويتشتت الأولاد وكان من الحكمة أن يملك أمر الطلاق الرجل حتى يحكم العقل والمنطق تحقيقا الاستقرار، والتوفير لأسباب الراحة الزوجية إذ مما لا جدال فيه أن المرأة (بحكم وظيفتها في الحياة الاجتماعية خلقت على طباع وغرائز تجعلها اشد تأثر أو أسرع انقياد الحكم العاطفة من الرجل، ولو كان الطلاق بيدها وهي على ما وصفنا انهارت

[1]دكتور بلحاج عربي، ص211.

[2]دكتور بلحاج العربي ص215-ص216.

العلاقة الزوجية، بمجرد الخصام بين الزوجين ذلك بأنها تندفع مع العاطفة ولا تتردد مع هذا الاندفاع، ولا تبالي بما يكون وارده من نتائج ضارة أو نافعة، الأمر الذي يترتب عليه أن تصبح أسرة مهددة بالإنهيار ولأقل غضب أو لأتفه لاسباب .

فالرجل هو الذي يدفع الصداق وهو الذي ينفق على الزوجة والأولاد وهو الذي يتحمل التبعات المالية في حالة الطلاق ، فهو لا يقدم عليه إلا بعد أن يزنه بميزان العقل، غير متأثرا برغبة عارضة أو عطية ثائرة لأنه أكثر، إدراكا وتقديرا العواقب الأمور خاصة إذا كان له أولاد من زوجته.

الفرع الثالث: شروط إيقاع الطلاق

الطلاق شروط يجب توافرها جميعا بعضها يرجع إلى من يقع الطلاق منه وهو الزوج ومن ينوب عنه وبعضها يرجع إلى من يقع عليها الطلاق وهي الزوجة وبعضها يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي [1].

أولا: شروط المطلق هو الزوج المكلف فيثبت حق الطلاق الزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح

1) أن يكون زوجا أو رسولا أو وكيلا عنه فلو لم يكن المطلق واحد من هؤلاء فإنه لا يملك إيقاع الطلاق وعلى هذا لا يملك الولي إيقاع الطلاق على زوجة من له الولاية عليه ذلك إن الطلاق حق شخصي للزوج فلا يملكه غيره إلا بتوكيل منه أو إنابة

[1] بلحاج عربي، مرجع سابق، ص 225.

صريحة منه فلزوج أن يوكل غيره بالتطليق أو يفوض للمرأة بتطليق لنفسها وكل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا مكمل الثلاث (مادة 51 ق.أ) وعليه التوكيل بالطلاق يقع الطلاق واحد رجعي مهما إقترن به من عدد.[1]

2) أن يكون بالغا عاقلا: يشترط في الزوج حتى يقع طلاقة البلوغ والعقل وعليه فلو كان صبيا لم يبلغ حتى ولو كان الصبي قد بلغ سن ومثله في ذلك المعتوه والمجنون فلا يقع الطلاق لأن العقل هو أداة التفكير.[2]

3) أن يكون قاصدا الطلاق: بمعنى أن يكون مختارا غير مكره لأنه بالإكراه أصبح فاسدا الاختيار لا يقصد وقوع الطلاق وإنما يقصد رفع الأذى عن نفسه أو ماله وكدالك أيضا لا يقع طلاق السكران وذلك قول عمر بن خطاب رضي الله عنه:" ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أحجته أو وثقته أو ضربته" وقول الإمام على رضي لله عنه " لا طلاق لمكره".[3]

ثانيا: شروط المطلقة: يشترط على صحته الطلاق أن تكون زوجة محلا للطلاق، أي ممن يقع الطلاق عليها وتتحقق المحلية بأنها تكون زوجة حقيقية أو حكما الطلاق وعلى هذا لا يقع على المرأة في الحالات الآتية:[4]

---

[1] بلحاج عربي، مرجع سابق، 225-226.

[2] لقوله صلى الله عليه وسلم:" الطلاق جاهز إلا طلاق المجيب والمجنون.

[3] بلحاج عربي، مرجع سابق، ص222.

[4] بلحاج عربي مرجع سابق، ص246-247.

1) المرأة المتزوجة في عقد الزواج فاسد، لأن الطلاق إنهاء العقد الزواج الصحيح (المادة 47 و48 ق.أ) وعليه فلا طلاق في عقد الزواج الفاسد بل يجب التفريق حالا بين الزوجين وفسخ العقد بقوة القانون، سواء كان هذا الفسخ بسبب يوجب حرمة مؤبدة أم غير مؤبدة أم خلال في أركانه الأساسية (المادة 31-32-33-34 ق.أ) ولا يشترط في هذه الحالة لإعتبار المرأة أجنبية انقضاء عدتها، بل مجرد الفسخ تكون أجنبية بالنسبة الزوج.

2) المطلقة قبل الدخول بها، والخلوة، لأنها نميز بمجرد الطلاق قبل الدخول أجنبية على الزوج، ولذلك تحل الزواج بغيره مباشرة حيث لا عدة، فلا يلحقها شيء من الطلاق بعد ذلك لعدم المحل.

3) المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، أو المرأة المطلقة طلاقا مكملا الثلاث، ولو كانت معتدة(المادة 51 ق.أ) لأن البينونة الكبرى قد أنهت جميع الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، أي استفادة عدد الطلقات في هذا الزواج.

4) أن لا تكون حائضا ولا في الزوج فيه، وذلك الطلاق عن حاجة حقيقية ورغبة ملحة في الطلاق وخشية أن يكون الطلاق دليلا على شدة النفر ة ، وتعبيرا عن حالة خاصة مؤقتة سرعان ما يزول.

ثالثا: شروط الصيغة: الطلاق هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادر من أهليه وتتمثل في ثلاث نقاط وهي :

1-ألفاظ الطلاق

أ- الفظ الصريح: فالصريح هو كل لفظ صريحا لا يستعمل إلا في الطلاق غالبا يحيث يفهم السامع حين سماعه لهذا اللفظ أن الزوج طلق زوجته، مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق، أو طلقتك، أو زوجتي مطلقة.

ب- اللفظ الكنائي: فهو كل لفظ يحتمل الطلاق ولم يغب استعماله عرفا في الطلاق ، ذلك مثل أن يقول الرجل لزوجته، أنت بائن، أنت حرة، اذهبي إلى أهلك، إلى غير ذلك.[1]

2-عدد الطلقات: اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد مثل أن يقول الرجل لزوجته أنت طالق ثلاث أو إذا كرر لفظ الطلاق لقوله أنت طالق أنت طالق وقد اختلف الفقهاء في طلاق الثلاث على ثلاث أراء متباينة حيث ذهب الفقه الجعفري و بعض شيعة... إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث يعتبر لغوا فليقع الطلاق وهو باطل.

وما ذهب إليه بعض الصحابة وفقهاء الظاهرية وكذا ما أفتى به ابن قيم إن الطلاق المقترن ولا يعتبر إلا طلقة واحدة.

[1] بلحاج عربي مرجع سابق، ص249

يرى جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة التي وقع هذا الطلاق ثلاثا فإن الاقتران بالثلاث أو فكر اللفظ ثلاث مرات وقع ثلاث طلقات.[1]

3-أنواع الصيغة الطلاق

تتنوع صيغة الطلاق إلى ثلاث أنواع:

- الطلاق المنجز: هو ما قصد به إيقاع الطلاق في حال مثل إن يقول الزوج لزوجته أنت طالق وحكم هذا النوع أنه متى توفرت فيه الشروط السالفة الذكر بالمطلق فإنه يقع في الحال بمجرد اللفظ به وتترتب عليه جميع أثاره.

- الطلاق المضاف: وهو ما قصد به الطلاق في زمن المستقبل مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق ابتداء من الشهر القادم وحكم هذا النوع أنه يقع بمجيء الزمن الذي أضيف إليه.

- الطلاق المعلق هو ما رتب على وقوعه حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات التعليق أي أدوات الشرط مثل : إن' إذا 'متى لو 'ونحوها كأن يقول لأسرته ، إذا ذهبتي إلى المكان الفلاني، فأنت طالق ، أو إذا أخرجت دون ادني فأنت طالق[2].

الفرع الخامس: أنواع الطلاق

[1]بلحاج عربي، مرجع سابق، 251.

[2]عبد القادر حرز الله، مرجع سابق، ص239

قسم فقهاء الشريعة الطلاق إلى طلاق السني والطلاق البدعي كما ينقسم بالنظر إلى الأثار التي تترتب عليه إلى طلاق الرجعي وطلاق البائن.

أولا: الطلاق السني وطلاق بدعي

1-الطلاق السني: يقصد بالطلاق السني الطلاق الذي وافق ايقاعه أمر الله تعالى وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم أي الطلاق في الدائرة الشرعية التي رسمها الاسلام لإتباعها، فالطلاق المشروع هو ما كان مره بعد مرة بتطليقه واحدة بحيث يكون الطلاق رجعيا يملك الزوج بعد كل مرة أن يمسك زوجته بمعروف وذلك بمراجعتها وهذا لقوله تعالى" الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان".[1]

وعليه فإن الطلاق السني يكون موافق الشرع بأن يتوفر على شرطان هما:

- أن يطلق الرجل زوجته في طهر أو يمسها فيه.
- أن يطلقها طلقة واحدة، ويقع الطلاق السني بألفاظ مثل قوله " أنت طالق....."

فلو قال الرجل لإمرته المدخول بها والتي هي في حالة حيض " أنت طالق ثلاث مرات أو اثنين ...." وقع طلاقه عند كل طهر طلقة وتقع أولها لإجماع فيه أو غير مدخول بها أو التي تحيض فتقع طلقة واحدة في الحال وهي طالق منه بلا عدة لأنه طلاق قبل الدخول ولا

[1] سورة البقرة، الأية 229.

تقع طلقة ما لم يتزوجها وأما التي تحيض فتقع أخرى عند مضي الشهر وإن نوى تقع الثلاث في الحال أو عند كل شهر إدا أضحت نيته لان دالك يحتمله كلامه[1].

حكمه: حكم هذا الطلاق هو ما جاء في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد الرسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم:" مرة ثم ليمسكها حتى تطهرتم تحيض ثم إذا شاء امسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء.

وفي حديث ذلك حرمته الطلاق في الحيض فقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمر رضي الله عنها بأن يردها ولا يطلق إلا في الطهر الثاني.

ثانيا: الطلاق البدعي: الطلاق الدعي هو الطلاق المخالف للشريعة أي ما خالف فيه المطلق الطريقة التي أمر الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم بإتباعها في إيقاع الطلاق ثلاث ويكون في إحدى الحالات التالية:

- أن يطلق الزوج زوجته أكثر من طلقة واحدة.
- أن يطلق الزوج زوجته في طهر مسها فيه.
- أن يطلق الزوج زوجته أثناء الحيض أو النفاس .

[1] عربي بختي ، مرجع السابق ص16.

يقع الطلاق البدعي بألفاظ مختلفة كان يطلقها ثلاثة بكلمة واحدة أو يطلقها بثلاثة ألفاظ متفرقات في مجلس واحد كأن يقول أنت طالق أنت طالق أنت طالق بدعي منه تراجع بدعته إلى عدد من ما تراجع إلى صفة ومنه ما هو راجع إلى وقت.

فالبدعي وقت: هو أن يطلق طلقة واحدة في حال الحيض والنفاس أو في طهر وقع فيه وقاع.[1]

يدعى العدد: هو أن يطلق طلقتين أو ثلاثة في دفعة واحدة أو متفرقة في طهر واحد وقع فيه الحيض قبله.

يدعي الصفة: هو أن يطلق المدخول بها طلقة بائنة في طهر وقاع فيه وفي حيض قله.

وحكم الطلاق البدعي أن يتحمل الزوج الأثر إلا أن بعض العلماء قالوا بعدم وقوع الطلاق البدعي.

أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة أو يتناول مسألة تقييم الطلاق إلى سني وبدعي وكأنه يحيل دلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث المادة 22 من قانون الأسرة[2].

ثانيا: طلاق الرجعي والطلاق البائن

1-طلاق الرجعي: هو الطلاق الأول أو الثاني الذي يوقفه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة حيث يكون له بعده حق الإرجاع الزوجة إليه ما دامت في عدتها.

[1] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية بدون طبعة 361-362.

[2] نص المادة 222 ق.أ " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون في يرجع فيه إلى أحكام تدريبية

فالرجل أن يرجع زوجته إن طلقها طلقة واحدة أو أثنين وكانت لا تزال في عدتها ويكون الرجوع بالكلام كأن يقول لها: راجعتك، أو بالفعل كأن يقبلها أو يجامعها.

ويستحب الإشهار على الرجعة عند الجمهور الفقهاء لكنه لا يشترط[1] والطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق لقوله تعالى" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تصريح بإحسان"[2].

وحكمة منه انه ينعقد الطلاق الرجعي سببا لزوال الملك في الحال ويتم عليه عند انقضاء العدة.

فما دامت العدة لم تنقض فالزوجة قائمة حكم، فيكون للزوج حق المراجعة إذا شاء وتبقى الحقوق الزوجية ثابتة لكل واحد منهما على صاحبة ولا يمنع الثورات بينهما إذا مات أحدهما في العدة.

لكنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وبإنشاء العدة تبين منه وتسقط الحقوق وله أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين وبرضاها.

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري" من زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها يبعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد[3].

2- **الطلاق البائن:** هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بزوجته وهو نوعان :

---

[1] www.djlfa.info تاريخ المعاينة 2020/04/24 على الساعة 14:42.

[2] سورة البقرة أية 229.

[3] عربي بختي، مرجع سابق، ص95.

أ- **طلاق بائن بينونة صغرى**: مثل طلاق قبل الدخول وهو الذي يرفع الزواج في الحال، ولا يملك الرجل بعده على مطلقته حق الزوجة إلا بإذنها ورضاها في عقد المهر جديدين كأن يريد يتزوجها لأول مرة، هذا إذا لزم يكمل الطلقات الثلاث غير أنه من حق الزوج أن يعقد عليها في أي وقت، أثناء العدة أو بعدها فالمطلقة بائنا تعد أجنبية عن المطلق فليس لهما الاستمتاع أو الخلوة ولو في العدة.

فحقوق الزوج على زوجته تنقطع بمجرد حصوله ولا يبقى للزوجة إلى حق النفقة والإقامة في المسكن الزوجية في فترة العدة ولا يتم التوارث بينهما لو مات احدهما في العدة إلا إذا اعتبر الزوج فارا من الميراث ، فإن كان مريضا مرض الموت وطلقها في مرضه من غير رضاها فهي في هذه الحالة ترثه إذا وقعت الوفاة أثناء العدة.[1]

ب- **طلاق بائن بينونة كبرى**: هو الطلاق الذي يطلق فيه الزوج زوجته أخر الطلقات لثلاث التي يملكها وتنقطع به جميع الصلات بين الزوج وزوجته ولا يملك فيه المطلق مواجهته الزوجة لا في العدة ولا بعدها، ولا يحل له أن يعقد عليها عقدا أخر ويتزوجها ثانية، إلا إذا تزوجت زوجا أخر في نكاح صحيح يقصد به بناء أسرة جديدة دائمة، وهذا بعد انتهاء عدتها من الأول زواجا مقصودا لذاته ويدخل عنها بعد البناء، ثم تنتهي عدتها، وحينئذ يجوز للزوج الأول أن يتزوج منها برضاها في عقد وهر جديدين"

[1] عربي بختي اقسام اسرة في فقه اسلامي ص 97-98-99.

والأصل في ذلك قوله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يراجعها".

ت- تعريف المشرع الجزائري الطلاق بائن:

وقد أشار المشرع الجزائري إلى بعد النوع من الطلاق في قانون الأسرة الجزائري في مادة 51 منه ورجعت فيه إلى الشريعة الإسلامية إذا جاء فيها " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلاقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء".

لأن وصول الزوجين إلى الطلاق إلى الطلاق الثالث يدل على أن الحياة الزوجة قائمة على أسمى صحيحة، لا تسمح باستمرار مادام الرضا والقبول متوفرين، أما فرض بقائها بالقوة فيمكن أن يؤدي إلى وقوع جرائم أو الانحرافات.

وهذا ما أشارت اليه المحكمة العليا في قرارها مؤرخ 1984/12/17[1] تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه وأن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة"[2].

وكذلك قرار رقم " من المقرر قانونا أنه وبعد صدور الحكم بالطلاق فإن المراجعة إلا بعقد جديد".[3]

[1]قرار صادر عن محكمة عليا غرفة أحوال شخصية ملف رقم 35322 قرار بتاريخ 1448/12/17 مجلة قضائية لسنة 1989 العدد4 ص41.

[2]قرار صادر عن محكمة عليا غرفة أحوال شخصية ملف رقم 239349 بتاريخ 2000/01/22 اجتهاد قضائي عدد خاص ص107.

[3]

المطلب الثاني: طرق الطلاق

صنف قانون الأسرة الجزائري طرق فك الرابطة الزوجية إلى ثلاثة وقد سار في ذلك بعد التعديل الوارد في الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، إذ خصص الباب الثاني بعنوان انحلال الزواج وأحد في المادة 48 منه صور انحلال الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-59 منه المتمثلة في التطليق والخلع.

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

أولا: أساس الطلاق بالإرادة المنفردة

العصمة الزوجية كفلها الشارع الحكيم الزوج وحده كونه الأحرص على بقاء الزوجة التي انفق في سبيلها المال ما يحتاج إلى إنفاق مثله وبمقتضى وعقله يكون أصبر على ما يكره من المرأة فلا يسارع إلى الطلاق لكل غضبة يغضبها او سيئة منها يصعب عليه تحملها في حين تظل المرأة أسرع منه غضبا وأقل احتمالا ومبررا وليس عليها من تبعات الطلاق ونفقاته مثل ما عليه وما يؤكد على أن الزواج والطلاق بيد الرجل وهو حق أصيل له وذلك لقوله تعالى :" يأيها الذي أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن" وقوله " لا جناح عليكم ان طلقتهم النساء".

ولم يخرج قانون الأسرة الجزائري على قاعدة تشكل إجماعا بالنسبة لغالب الدول العربية والإسلامية الجاعلة من الطلاق حق إرادي أصيل له دونهما الرجوع إلى الزوج أي أن ارادتها

تنعدم أمام ارادة الزوج في المادة 48 من قانون اسرة الجزائري اشارت أن الزواج يحل بالطلاق أكدت الطريقة الأولى وهي إرادة الزوج و التابعة أساسا من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج.[1]

ثانيا: مبررات المتداولة لإيقاع الطلاق

أ- **عدم الكفاءة الجنسية:** فكل من المرأة والرجل الحق في الاستمتاع بالعلاقة الزوجية التي تشكل استقرار لدى الطرفين سواء بسواء ولذلك فإن اختلالها من جانب أي من طرف يشكل صدمة نفسية لطرف الأخر فالمعاشرة الجنسية كمبرر للطلاق أصبحت تطرح نفسها بقوة في المحاكم والطرف المتضرر أصبح لا يجد مانعا في تبيان هذا المبرر من أن يتحمل عبء المسؤولية الطلاق ومع ذلك يبقى هذا الأمر من الصعب الأمور أثباتا فإذا ما ادعي الزوج عدم كفاءته زوجته من ناحية جنسية، فالمسألة تظل صعبة الإثبات إذا أقرت الزوجة ما ادعاء الزوج اما في حالة النفي فيصعب على الطرف المتضرر إثبات ما يدعيه.

فحتى اللجوء إلى الخبرة الطبية لتأكد من عدم الكفاءة الجنسية لا تقضي إلى حقيقة مؤكدة لأن المسألة ...في الأساس وقد يكون الجانب عضوي في الزوجة سليما لكن الجانب النفسي حال دون الوصول إلى إثبات العكس.

ب- فقدان العذرية: إن الطلاق لفقدان العدرية الزوجة لايعد مبررا كافيا في إحداثه، فقد يلجأ الزوج إلى استخدام حقه في الطلاق بحجة أن زوجته ليست عذراء وفي ذلك مساس

[1] باديس ديابي صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ص18.

بالشرف والكرام، والمسألة هنا متعلقة بالعلاقة المقدمة بين الزوجين والتي لا يمكن لأي أحد خارج الزوجين معرفتها أو التأكد منها والأسر لا يتحقق إلا ب إقرار الزوجة.

فالمحكمة العليا ذهبت بعيدا في هذا الأمر حينما اعتبرت أن العذرية يجب أن تدون كشرط في عقد الزواج وأن عدم اشتراطها لا يوقع المسؤولية على عاتق الزوجة وذلك ما أوضحه في قرار " إن القرار الذي لا يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور التسبب ومقر تبين في قضية الحال- أن المطعون منه لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج فإن البناء ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحصيل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم لقصور في التسبب.

فالمحكمة في قراراها المذكور أكدت قيمة العلاقة بين الطرفين واعتبرت إثبات مسألة العذرية من عدمها عديمة الجدوى لقيام للزوج بالدخول بالزوجة والمتزامن مع عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج.[1]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 07 بموجب أمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005ونصت على ما يلي:" يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لإجراء تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي أمراض أو عوامل قد يتشكل خطرا يتعارض مع الزواج[2].

1

[2]قرار المحكمة العليا ملف رقم 243417 مؤرخ في 2000/05/23 أيتها القضائي في الأحوال الشخصية .

ت - النشوز

الأصل في العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة هو المساواة في الحقوق والواجبات لقوله تعالى:" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة".[1]

وأمام عزوف الزوجة عن القيام بواجباتها أو عدم طاعة زوجها أو امتناع عن معاشرته أو خروجهما من بيته بغير إذنه ، يعد من ناحية شرعية نشوزا ويجب النشوز مصدره في القران الكريم" والتي تخافون نشوزهن ...وأهجرهن في المضاجع وأضربهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"[2].

فالآية أعطت الكثير من الحلول أمام نشوز الزوجة بدءا بعضها وتذكريها بالله وتخويفها به وتنبيهها الواجب عليها من الطاعة من الطاعة وتحيرها من إثم في حال مخالفته به وعصيانه تم الهجر في الفراش(المضجع) ثم يقع العلاج الثاني هو الضرب الغير المبرح غير أن مسألة النشوز كمبرر يقدمه الزوج لفك الرابطة الزوجية بالطلاق ويصطدم دائما مع عبء إثباته لاسيما إذا أنكرت الزوجة[3].

فالنشوز يثبت إذا ما استصدر الزوج حكما بإلزام الزوجة بالرجوع إلى البيت الزوجية بموجب حكم نهائي ثم رفضت صراحة الامتثال الحكم ويحرر محضر امتناع فإن ذلك يعد دليلا على نشوزها ومن تم يكون الزوج قد برر وجهته نحو الطلاق غير أن ما تقدم أيضا لا

[1] قانون رقم 02/05 مؤرخ 27 فبراير 2005.

[2] سورة البقرة اية 229

[3] سورة النساء الآية 34.

يمكن الاعتماد عليه لقول بنشوز الزوجة، فالاجتهاد القضائي في الجزائر بذل مجهودات جبارة في محاولة لنفي النشوز عن الزوجة وجعله في حكم الاستثناء بدلا من القاعدة حتى ولو توافر الدليل الكتابي.[1]

فالامتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية لا يعتبر نشوز بصفة آلية حسب الاجتهاد القضائي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عديد من قراراتها منها القرار المؤرخ في 1988/05/14 والذي جاء فيها أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجة بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوز".[2]

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي

أولا: تعريف الطلاق بالتراضي

يقصد به أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أضحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب ..ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كيلاهما غير قادر على استمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متجهة من أجل إحداث أثر قانوني المتمثل في الطلاق.

فمن هذه الوهلة الأولى يتبين أن هناك اختلافا بسيطا من حيث المفهوم بين هذه الصورة والصورة الأوضح المتمثلة في الطلاق وهذا التراضي بالطلاق من شأنه أن يرفع الحرج عن

[1] بأديس ديابي، مرجع سابق، ص24.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا لغرفة أحوال الشخصية ملف رقم 189324 مؤرخ في 1998/05/19 عدد خاص ص147.

الزوجين معا، فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين ولم يتمكن من الانسجام مع بعضهما البعض بعد استنفاد جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين واتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي فلهما ذلك.

لذا يجوز للزوجين سواء بناء على طلب أحدهما وموافقة الأخر أو بناء على طلب مشترك تتضمنه عريضة مشتركة أن يلجأ إلى المحكمة بقصد طلب الطلاق ووضع حد للرابطة الزوجية وأنهما يرغبان في الفراق بإحسان مثلما تلاقيا قبل ذلك بإحسان ولكن إذا كانت المادة 49 من قانون أسرة المعدلة والمتممة توجب على القاضي المعروض عليه الدعوى الطلاق. أن يقوم بعدة محاولات الصلح.[1]

هذا ما تجلى من خلال قرارات المحكمة العليا بهذا الشأن منها القرار المؤرخ 1994/04/19 جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوفيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه :" ومن المقرر أيضا أنه ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية".

ومن خلال هذا القرار يمكن القول أن الطلاق بالتراضي هو عقد ينهي نزاعا قائما بين الطرفين ودور القاضي في تجسيد الصلح يكون بمراقبة صحته وسلامته.[2]

---

[1] باديس ديابي مرجع سابق، ص 28.

[2] قرار محكمة العليا، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية اجتهاد القضائي قرار 103637 مؤرخ في 1994/04/19 عدد خاص

ثانيا: مبررات الطلاق بالتراضي

يأخذ الطلاق مبرره الأصلي وسببه القانوني من منطق اجتماع الإرادة المشتركة الزوجين، حيث لا يجوز القاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطعان الحفاظ به سريا:

طبقا لمبادئ التي تنظم حقوق وحريات الخاصة، ورغم هذا فإن اتفاقهما يجب أن يشهر ويعلن للمحكمة ، لأن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وتحت اشراف القضاء حسب المادة 49 ق.أ.ج.[1]

وهذا وفي إيطار تبرير الطلاق بالتراضي قضاءا بقرار مجلس فضاء تلمسان في حكمه الصادر بتاريخ 06 جويلية 1967 بأنه " لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لو وضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطلقا بتراضيهما، وفقا لإرادتها المشتركة ، وأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا بل يجد جوهره وأصله في الأيات 127 و 129 من سورة النساء.

كما يذكر رئيس الغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، السيد هاشمي هويدي –حرمة أن الطلاق بالتراضي يتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين ويضيف أنه، على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي ثم بشأنها الاتفاق لأن هذا الأخير لا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد أشهاد.

[1] بلحاج عربي وجيز في تاريخ قانون اشرة ج01، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، ط04 سنة 2005، ص259.

هذا التفسير برر الهدف من استحداث صورة الطلاق بالتراضي زيادة على ذلك عن باقي الصور في قانون الأسرة، إذا لا يخلص في جملة إلى تفسير الطريق والكف عن النزاع القضائي للطويل الأمد من أجل التوصل، إلى اتفاق يخص جميع الاثار المترتبة عن الطلاق والتي تحظى بموافقة الطرفين.

فتوحيد إرادة كل من الزوج والزوجة على الطلاق وبدون عوض تدفعه الزوجة مع الموافقة على أثاره يحول القاضي إلى موثق إرادة الطرفين، في حكم يعد إشهادا لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة.[1]

الفرع الثالث: الطلاق بطلب من الزوجة

أولا: التطليق

أ- مفهوم التطليق

التطليق حق منحة المشرع الزوجة لتطلب الفرقة بينها وبين زوجها وهو الطلاق بناء على إرادة ألمنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له، طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقانون الأسرة فهو رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينهما وبين زوجها لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 59 من قانون الأسرة .

[1] مذكرة لنيل شهادة الماجستير احكام الطلاق بالتراضي والخلع.

فهو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية الزوجة وهو يؤسس على توافر الضرر الذي يصيبها من خلال تقاعس الزوج عن أداء واجباته الزوجية مما يفسخ المجال أكثر لتأسيس دعوى التطليق وهذا ما ينتج للزوجة فك الرابطة الزوجية.

يختلف التطليق عن الطلاق كون أن الطلاق يقع بإرادة الزوج وذلك لأن العصمة بيد الزوج، أما عن التطليق فيكون بطلب من الزوجة وبإرادة القاضي، ويتدخل القاضي في الحالة لأن العصمة ليست بيد الزوجة وهي لا تملك أن تطلق نفسها من زوجها لذا أجاز لها القانون والشريعة حق اللجوء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج.[1]

أسباب التطليق

أ- طلب التطليق لعدم الإنفاق

نصت الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها استنادا على ارادتها المنفردة في حالة (عدم الانفاق مع مراعاة المواد 78-79-80 من القانون المدني) وهي المواد المتعلقة بالنفقة وتقديرها واستحقاقها[2].

ومنه من خلال تحليل المادة بشكل مبسط يمكننا استخلاص الشروط، التي يجب توافرها لقيام حق الزوجية في طلب التطليق للإنفاق الزوج على زوجة وامتناعه عمدا وقصدا

[1] عربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون اسرة لجزء زواج طلاق ط01 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص273.

[2] د. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون اسرة ص296

- أن يكون قد صدر حكم من المحكمة بوجوب النفقة الزوج على الزوجة .
- يجب أن لا تكون عالمة بحالة إعساره وقت إبرام عقد الزواج .
- امتناع الزوج عن النفقة عمدا أو قصدا.
- ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسب عسره.[1]

وفي حالة امتناع الزوج عن تنفيذها الزم به بموجب حكم النفقة، حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق.

ب- طلب التطليق لعيوب

جاء في نص المادة 53 ق.ج ق.أ أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها بسبب عيب به وهي العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وحصرها الكثير من الفقهاء وهي مثل الحب والعته و الخص بالنسبة للرجل والرتق بالنسبة للمرأة والجنون البرص والجذام بالنسبة لكل منهما هي التي تعوق كما يقصد بالزواج من التمتع والتناسل.

أشار المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة لهذا العيب الذي منحت الزوجة بموجبه حق تطليق زوجها وإذا وجدته به العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.[2]

فالمشرع الجزائري لم يبين نوع العيب الذي يحول دون تحقيق هدف من الزواج هل هو عيب جنسي أو عيب غير جنسي بل اعتمد عبارة عامة ومطلقة قد تشملها معا وعلى رأي بعد رجال قانون وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا بالزوج لم يكن معلوما قبل الزواج أو

[1] بلحاج عربي الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ص277.

[2] باديس دياببي، مرجع سابق، ص40.

اطلعت على مرض حدث له قبل الزواج أو بعده ومن شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقة الجنسية مثل الخصاء أو أن يكون مرض كمن شأنه يحول دون التناسل وإنجاب الأطفال مثل العقم أو أن يكون لمرض من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها والاشمئزاز من مرضه فإن من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها إلى القضاء لوضع حد لحياتها الزوجية بطلب حكم بتطليق من زوجها لعيب والمحكمة أن تدرس هذا الأمر.[1]

وقضت المحكمة العليا في قرارها رقم 139353 أنه:" إذا كان الزوج عاجز عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب زوجها وبعد انتهائه وان لم يتحسن حكم للزوجة بالتطليق".[2]

ت- التطليق الهجرة في مضجع

جاء في مادة قانون أسرة الجزائري في مادة 53 ف 03 الهجرة من الأسباب التي الزوجة أن تطلب التطليق وإنهاء الرابطة الزوجية إلا أنه اشترط شروط أساسية لتمكينها بذلك:

1- أن يهجرها زوجها ويترك الفراش الزوجية مديرا لها ظهره ولا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج.

2- أن يدوم هذا الهجر مدة زمنية تفوق أربعة اشهر متتالية دون انقطاع بحيث لا يقع بين الشهر والأخر أي اتصال الجنسي بينهما.

[1] www.tribunald2.com تاريخ المعاينة 2020/04/28 على الساعة 15:00.

[2] قرار محكمة عليا غرفة أحوال شخصية ملف رقم 34784 قرار بتاريخ 1989/11/19 مجلة قضائية لسنة 1989 العدد 03 ص 73.

3- أن يكون الهجر عمديا وبقصد الإضرار بها وليس له ما يبرره شرع ولا قانونا.[1]

ث- التطليق لحكم بعقوبة:

نصت الفقرة 04 من مادة 53 من ق.أ على أنه يجوز أن تطلب الزوجة التطليق من زوجها في حالة الحكم عليه بعقوبة مقيدة لحرية لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتسجيل مواصلة العشرة وحياة الزوجة حيث أجاز قانون الأسرة الزوجة حق طلب التطليق من زوجها ولكن بتوافر شروط أهمها:

1- صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز قوة الشيء مقضي به ولم يعد قابلا للطعن فيه بالطرق القانونية للطعن العادية منها وغير عادية بجريمة أو أفعال شائعة ارتكبها.

2- أن تكون العقوبة تتضمن عقوبة بدنية بالسجن والحبس فإن كانت بحسب مع وقف تنفيذ أو الوضع تحت المراقبة أو الحكم بالغرامة فقط فإنه لا يجوز للزوجة في مثل هذه الحالات طلب تطليق.[2]

3- أن تكون العقوبة مما يفيد لكنه لا يجوز الزوجة أن تطلب التطليق إلا إذا كان ألحكم الذي صدر منذ زوجها يتضمن عقوبة بالسجن لمدة سنة فما فوق .

4- أن تكون العقوبة سائدة أي تعلق بأعمال شانعة منافية للأخلاق وأن تكون ماسة بشرف أسرة.

5- أن تكون هذه الأفعال المعاقبة عليها تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة للزوجة.[1]

[1] استاذ فضيل سعد، شرح قانون اسرة الجزائري، ج01، ص279-280.

[2] عبد العزيز سعد الزواج والطلاق، ص268.

ج- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر

من الحالات التي أجاز فيها القانون صراحة الزوجة أن تطلب التطليق من زوجها وهذا حسب المادة 53ق أ ف05 وحتى تتمكن الزوجة من ممارسة حقها في التطليق بسبب الغياب أوجب المشرع شروطا لابد توافرها

1- أن يتغيب عنها زوجها غيبة طويلة تفوق من يوم غيابه إلى يوم رقع الدعوى.

2- لا يكون غيابه بغير عذر مقبول ودون سبب شرعي.

3- يجب أن يكون هذا الزوج الغائب لمدة سنة كاملة وبدون عذر شرعي أو قانوني.[2]

ح- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08

يجوز للزوجة طلب التطليق الزوجة في حالة إقدام الزوج على إعادة الزواج بامرأة ثانية دون علم الزوجة الأولى:

- في حالة عدم الإنفاق عليها كما هو منوه عنه شرعا.
- في حالة عدم العدل بمناسبة الزواج بأكثر من واحدة حسب المادة 53 من ق.أ.ج.

خ- ارتكاب فاحشة مبينة

نصت الفقرة 01 من مادة 53 ق.أ.ج على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبنية.

---

[1] بلحاج عربي، أبحاث ومذكرات في الفقه والقانون ص254

[2] باديس ديابي، مرجع سابق، ص52.

وباعتبار أن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش بل الشريعة الإسلامية اعتبرتها كذلك.

وبالرجوع إلى أحكام المادة أولى من قانون المدني ....تنص على ما يلي:" يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها وفي فحواها

إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية كما نهى المشرع الجزائري جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، ولمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة ولو لمدة تقل عن سنة ولو كانت غير سالبة الحرية فيحق للزوجة أن تطلب التطليق[1].

الشقاق بين الزوجين

يعد الشقاق بين الزوجين سببا من أسباب التي تجيز للزوجة طلب التطبيق حسب المادة 53 ف08.

والشقاق هو استحكام للعداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار والضياع.

[1] www.start.news.com ارشيف الشؤون القانونية 15:43/2020/04/28.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار المؤرخ 1999/06/15" أنه من المستقر عليه قضاء أنه يجوز للزوجة تطليق لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا".[1]

مخالفة الشروط المثقف عليها في عقد الزواج

وهو ما ورد في المادة 53 فـ9 من ق.أ.ج والتي نتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن يتم ذكر عبارة أو في العقد الرسمي اللاحق.

فحسب المادة 14 من ق.أ.ج المعدلة هي الأخرى التي تنص " للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية".

وفي حالة ما إذا أخل الزوجان وعلى سبيل المثال شرط عدم تعدد الزوجات بالنسبة للزوج وأخل الزوج بالتزامه جاز الزوجة أن تلجأ إلى القاضي طالبة التطليق من هذا الزوج.

كل ضرر معتبر شرعا

المشرع الجزائري عالج مسألة حق الزوجة في طلب التطليق للضرر وأورد عبارة عامة جدا شاملة وهي عبارة " كل ضرر معتبرا شرعا" ولم يتقيد بضرر معين مما يجعل سلطة القاضي التقديرية للضرر في هذا المجال موضوعيه ومطلقة ولا يقيدها أي قيد.

[1] ملف رقم 224653 بتاريخ 1994/06/15 مجلة قضائية ص128.

وعموما يجوز للزوجة التي تزعم أن زوجها قد قام بعمل تجاهها نتج عنه ضرر لها سواء في معاملته لها، أو في إهانتها أو في عدم القيام بواجباته نحوها أن تقوم برفع دعوى أمام المحكمة لتطلب التطليق دفعا الضرر الذي يقع عليها عبء إثباته بكل الطرق.[1]

وهذا ما جاء في قرار محكمة العليا رقم: 181648 " من المقرر قانونا أنه يحق لزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبرا شرعا".[2]

ثانيا: الخلع

1-تعريف الخلع

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الخلع إلا أنه نص عليه في المادة 54 من ق.أ.ج بقوله:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم" ولذلك يتوجب علينا الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لأحكام المادة 222 ق.أ بحيث يعرف الخلع في الشريعة الإسلامية بأنه إزالة عقد النكاح المتوقفة على قولها بلفظ الخلع أو في معناه كما عرفه خليل في مختصره بأنه " الطلاق بعوض".

[1]استاذ عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون اسرة ص171.

[2]قرار محكمة العليا عن غرفة أحوال الشخصية رقم ملف 181648 بتاريخ 1997/11/23 مجلة قضائية سنة 197 العدد01، ص49.

وعرفه أستاذ عبد العزيز سعد" عقد معاوضة وقائي ثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجية، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الأخر لرغبة الزوجة، مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق للمثل وقت الحكم.[1]

2-شروط الخلع

إن المشرع لم يتعرض إلى شروط الواجب توافرها في الخلع مكتفيا بالإشارة إلى زواج الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان وفي حالة عدم اتفاقهما يحدد القاضي بها لا يتجاوز قيمة صداق مثل ولهذا يشرط لصحة الخلع يتوافر عدة شروط منها:[2]

أ- بالنسبة للزوج

يجب أن يكون راشدا عاقلا أهلا لتصرف في ماله بحيث لا يمكن للصغير والمجنون أن يخالع زوجته لأنه في حكم فاقد الأهلية بحيث يشرط فيه أن يكون بالغا 21 سنة م7 ق.أ إلا أنه يمكن القاضي أن يجيز الخلع قبل بلوغ هذا السن إذا وجدت مصلحة في ذلك وهذا أخذ المذهب المالكي القائل " من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن".

ب- بالنسبة للزوجة[3]

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، 248.

[2] الدكتور بلحاج عربي ص 265 ج01، زواج والطلاق.

[3] الدكتور خوجي بن ملحة: قانون اسرة ص185.

يشترط فيها أن تكون متمتعة بأهلية التبرع م 203 ق.أ بحيث إذا لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في مادة 40 ق.أ فلا يلزمها بدل الخلع اذا وافق على ذلك لأن الخلع بالنسبة لها هو في حكم المعارضة الشبيهة بالتبرع، ومن ثم فلا يصح للصغيرة أو المجنونة أو السفيهة أ تخالع زوجها بمال.

أما إذا خالع الأب ابنته البالغة فيقع الخلع موقوفا على إجازتها ويجوز الخلع إذا خالعها بماله.

3-قيام الرابطة الزوجية

حسب المادة 54 ق.أ فإنه يشترط لكي تخالع الزوجة زوجها لابد أن يكون هناك زواج شرعي وقانوني صحيح سواء كان قد سجل في سجل السجلات الحالة المدنية أم لم يسجل لا يقبل الحكم بالخلع إلا بعد تسجيل عقد الزواج.

والعلاقة الزوجية القائمة حقيقة فلو كانت الزوجة في عدتها من طلاق وهي فلا مانع من مخالفة نفسا من زوجها لأن الطلاق الرجعي لا الرابطة الزوجية قائمة من جهة وملكية الاستمتاع لم ترتفع من جهة أخرى.

أما في حالة ما إذا كانت الرابطة الزوجية فاسدة طبقا لنصوص المواد 32 إلى 34 ق.أ فلا يقع الخلع.

4-مقابل الخلع

مقابل الخلع هو ما تقدمه الزوجة إلى زوجها مقابل طلاقها ويجوز أن يكون المقابل الخلع بكل ما صح أن يكون صداق من النقود أو غيرها المهم أن يكون مباح شرعا (م 14، ق.أ).

وهذا المقابل يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المتداولة داخل الوطن وخارج الوطن.

وقد يكون أشياء مقومته بمال كالذهب بشرط أن يكون الشيء موجودا وقت عرضها لإيجاب وقد يكون شيء مستقبلي (م92 ق.م) ويجب أن يكون مقابل الخلع معينا و قابل التعيين م(94 ق.م) وأن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة[1](م96 ق.م ويلاحظ أنه لا يمنح بدل الخلع في حالتين:

1- إذا كان المسمى مالا غير متقوم متمثلا على أنه بدل الخلع فإن خالعها على ذلك وقع الطلاق ويثبت البدل أن المسلم ليس له أن يطالب بالخمر إذا هو في حقه غير متقوم.

2- إذا أشتمل بدل الخلع اعتداء على حق الصغير فإذا كان بدل الخلع أن يبقى الولد تحت يدها إلى أن يبلغ ولو تجاوز بين فإذا كان ذكرا لا يصح هذا البدل وإن كانت أنثى يصح لأن بقائها في يد أمها حتى تبلغ ليس فيه ضررا لها[2].

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص217.

[2] عبد العزيز عامر احوال الشخصية الاسلامية ص302، طبعة اولى 1989 دار الفكر العربي.

وعليه فإن الخلع شرع لمصلحة الزوجة بناء على عوض أحد الزوجين وقبول الأخر مقابل مال تدفعه الزوج.

وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/04/22 جاء فيه " من المقرر أنه في حالة اتفاق بين الزوجين هي مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فـإغن الأمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتباره أن تلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع.[1]

[1]المحكمة العليا: قرار بتاريخ 1985/04/22 ملف رقم 38344 نشرة قضاء عدد44، ص 190.

في معظم الحالات يمثل انحلال الرابطة الزوجية تدميرا لحياة الزوجين ولحياة الأبناء أيضا، والتأثير الأكبر يكون على الأولاد ونفسياتهم أما يشعرون به من حيرة حول ما حدث بين الوالدين، فذلك له تأثير نفسي وسلوكي ومن الممكن أن يؤدي إلى أمراض عضوية وعقلية نتيجة فقدان أحد الوالدين بسبب انحلال الرابطة بين الزوجين، وله تأثير على الدراسة والعلاقات الاجتماعية والصداقات مع الآخرين والنوم الكثير أو السهر الكثير و العصبية وكثرة الخلافات لذا من المهم التركيز على رعاية والاهتمام بالأبناء لمساعدتهم على التحامل بشكل صحيح ومنطقي في حالة حدوث فراق بين الزوجين ثم أنه من أجل ذلك وحفاظا على حقوق الأزواج والأولاد ....الإسلام أثار لفك الرابطة بين الزوجين تنجم عن حدوثه بالشكل الذي يحفظ الحقوق وينشأ الالتزامات وتتجسد هذه الآثار أساسا في الآثار المالية المتمثلة في إلزام المطلق بدفعه لمطلقة تعويضات جراء انحلال الرابطة الزوجية وهو ما يسمى بالتعويض وهناك مسألة في النزاع حول أثاث بيت الزوجية إن ثار بين المطلقين (المبحث الأول) ونقطة العدة وينشأ عن انحلال الرابطة الزوجية أثار غير مالية المتمثلة في العدة تعتدها المرأة المطلقة أو الذي فسخ عقدتها وتكون مدتها بحسب وضعهاالجسمي والإجتماعي المطلق كما أن للأولاد حقوق تتمثل في الحضانة التي تشمل الرعاية والتربية والنفقة والسكن وجميع ما تشتمل عليه ضروريات الحياة والذي سنتطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الآثار المالية للإنحلال الرابطة الزوجية.

يترتب على إنحلال الرابطة الزوجية بمختلف صوره أثار مالية منها ما يتعلق بحق المطلقة والأولاد المشتركين الناتجين عن الزواج كالنفقة بمختلف أنواعها ومنها ما هو متعلق بطرفي عقد الزواج كالتعويض عن انحلال الرابطة الزوجية الممنوح الطرف حسب الأحوال المقررة قانونا ومنها ما يكون مشترك بين الزوجين إلا أنه بوقوع الفرقة يثور نزاع حول ما يسمى بمتاع البيت.

وهو ما يمكن ملاحظته من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة لهذه الآثار أنها تنقسم إلى قسمين يتعلق الأول بالتعويض عن انحلال الرابطة الزوجية (المطلب الأول) أما الجانب الثاني فهو يتعلق بالنفقة والنزاع حول متاع البيت (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعويض عن انحلال الرابطة الزوجية.

يحق للطرف المتضرر من الطلاق طلب التعويض سواءا كان الطلاق بطلب من الزوجة أو من الزوج على حد سواء وبالتالي هو حق مقرر للزوجة وللزوج حسب ما حدده القانون وبهذا سنتطرق إلى تحديد مفهوم التعويض (الفرع الأول) وتعويض المطلقة عن انحلال الرابطة الزوجية (الفرع الثاني) ومن تم إلى تعويض المطلق عن انحلال الرابطة الزوجية الفرع الثالث.

الفرع الأول: مفهوم التعويض.

سنتطرق في هذا الفرع على تحديد مفهوم التعويض بكل جوانبه:

أولا: تعريف التعويض لغة.

مأخوذ من العوض بمعنى البدل والخلف والجمع: أعواض وعاضة بكل عوضا أعطاه إياه بدل ، فهو عائض واعتاض منه، أخذ العوض واعتاض فلانا، سأله العوض.

والعوض: مصدر قولك عاضة وعياضا ومعوضة وعوضه وأعاضه والاسم المعوضة وفي الحديث أبي هريرة رضي الله عنه:" فلما أحل الله ذلك للمسلمين" يعين الجزية- عرفوا أنه قد عاضهم أفضل مهما خافوا ولم تستقبل التعويض.[1]

ثانيا:

1-تعريف التعويض في الفقه الإسلامي:

إن الفقهاء الشريعة الإسلامية والفقهاء المتقدمين لم يستعملوا اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وعندما استعملوا اصطلاح التعويض عند الفقهاء القانون المدني وبذلك الضمان في الفقه معنيان:

المعنى الخاص: حيث استعمل جمهور المالكية والشافعية والحنابلة كلمة الضمان بمعنى الكفالة، لذا نجد في كتبهم باب الكفالة في الفقه بمعنى الضمان لما يعم ضمان المال وضمان النفس.

[1] وهيبة الزجيلي: نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دار الفكر دمشق، الطبعة 04، 2009، ص22.

المعنى العام: من ذلك ما ذكره الإمام الغزالي: الضمان هو " واجب الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة.

ونذكر الشيء على الخفيف أن ضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو التنقل الذمة بما يجب الوفاء به من المال أو عمل، والمولد ثبته فيما مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق الشرط أدائه" وعرفه مصطفى الرزق بأنه : التزام بتعويض مالي عن الضرر للغير".

ثالثا: تعريف التعويض عند فقهاء القانون:

لم يتعرض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضوح أو بوضع النصوص محددة يبين تعريفه، وبما أن معناه، واضح لا تحتاج إلى زيادة الوضوح، فنصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوث التعويض).

أي أنها تثبت الالتزام بالتعويض في ذمته كل من يسبب ضرر للغير بأفعاله، كما نصت المادة 132 من القانون المدني الجزائري (بحسب القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا بآراء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع)[1].

[1] جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتفويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون مرجع سابق، ص208.

وانطلاقا من هذا يمكن استخلاص تعريف التعويض من خلال القانون المدني الجزائري فيقال:" الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به بإرادات المالية أو العينة".[1]

وعليه يعرف التعويض بأنه:" عقوبة مالية يجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لها أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول بوجه غير مشروع.

الفرع الثاني: تفويض المطلقة عن حل الرابطة الزوجية

يحق للزوجة طلب التعويض لجبر الضرر عن حل الرابطة الزوجية وذلك في الحالات المنصوص عليها قانونا، فإذا طلق الزوج زوجته من دون مبرر شرعي يحق المطلقة طلب التعويض عن الطلاق التعسفي ، وإذا وقع الطلاق يطلب من الزوجة لضرر معتد به قانونا وشرعا تستحق التعويض.

أولا: تعويض المطلقة عن الطلاق التعسفي للزوج.

أ- تعريف الطلاق التعسفي للزوج.

يحق الزوج شرعا وقانونا إيقاع الطلاق ولكن ا يجوز له التعسف في استعمال هذا الحق، ويقصد به هو كل طلاق ثم بالإرادة المنفردة الزوج وتأذت منه المرأة.

ب- حق المطلقة في التعويض:

[1] محفوظ بن صغير قضايا الطلاق في اجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري في المعدل بالأمر 05/02 دار الوعي الجزائر، الطبعة الأولى 2012، ص103. ص118

تستحق المطلقة تعسفيا من طرف زوجها الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي أصابها وهو ما نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة.

ومن خلال الإطلاع على نصوص قانون الأسرة يتبين أن المشرع استقر على مبدأ التعويض في حالة الطلاق التعسفي، ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض ولم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري جعل تحديد قيمة التعويض عن الطلاق التعسفي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يراعي جسامة الطور الذي أصاب المطلقة وكذا المعطيات مثل من خول الزوج والظروف المعيشة وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضيناها معا، ويلتزم القاضي في حكمه، وهذا تطبيقا لأحكام المادة 277 من قانون إ.م.إ التي تنص على أنه " لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة" وبالتالي يتوجب على القاضي أن يسبب الحكم من الوقائع والقانون وإلا فإنه يعد قصورا .

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/01/18 بأنه " من المتفق عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أن أنهم ملزمين بذكر الأسباب بتحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التحليل.

ثانيا: تعريض المطلقة عن حل لرابطة الزوجية بالتطليق تأمر الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري بحسن المعاشرة بين الزوجين، والزوجة التي يسيء الزوج عشرتها بالقول أو بالفعل ويضرها بها يجوز لها أن تطلب من القاضي تطليقها وفقا للأسباب المحددة في المادة 53 من ق.أ.

للمطلقة حق في طلب التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق وفقا لأحكام المادة 53 مكرر من ق.أ التي تنص على أنه " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن ضرر اللاحق بها".

وبالتالي فإن المشرع اقر بحق الزوجة لطلب التعويض، لكن نص المادة جاء عاما لم يبين الأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير التفويض، ولا الحد الأدنى أو الأعلى له، كما لم يبين له المعيار أو الضابط الذي يميز به القاضي إن كان السبب الذي تستند اليه الزوجة في طلب التطليق يشكل ضرارا لها أم لا تاركا الاجتهاد للقاضي في هذا الصدد أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1992/12/22 الذي جاء في معرض تأسيسه.

إن الأساس القانوني التعويض هو معيار الضرر، والتعسف وفي حالة انعدام التعسف يسقط حتى التعويض.

وتجدر الملاحظة أن المشرع منح حق طلب الطلاق لكلا الطرفين في حالة نشوز أحدهما وبالتالي فإنه يحق للزوجة طلب التطليق لنشوز الزوج ويحق لها نتيجة لذلك طلب التعويض طبقا لأحكام نص لمادة 55 من ق.أ.ج.[1]

الفرع الثالث: تعويض المطلق عن انحلال الرابطة الزوجية

يحق لكل زوج متضرر من فك الرابطة الزوجية الحصول على تعويض، وسوى المشرع في ذلك بين الزوج والزوجة.

أولا" تعويض المطلق لنشوز الزوجة.

1-تعريف النشوز.

لم يعرف المشرع النشوز ، لكن الفقه تطرق إلى تعريفه اللغوي والفقهي.

أ- التعريف الفقهي النشوز:

يعرف النشوز بأنه جمع نشز ويطلق على المكان المرتفع ويقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشز وناشزة، إذا عصت عليه، وخرجت على طاعته.

ب- التعريف الفقهي للنشوز:

عرف الفقه النشوز بأنه الكراهية أحد الزوجين لأخر وامتناعه عن أداء الحق الذي أوجبه الله للأخر، وعليه فالنشوز يكون من كلا الزوجين سواءا كان بالعصيان أو بالكراهية أو بالمخالفة والنفور والجفاء والنشوز ومن يطلق على الزوج والزوجة.

[1] مذكرة منفلي كهينة، ص 7-9.

ثانيا: الأساس القانوني عن النشوز.

يحق للزوج المتضرر من النشوز طلب للتعويض وذلك وفقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة التي تنص " عند النشوز أحد الزوجين بحكم القاضي بالطلاق وبالتفويض للطرف المتضرر تجدر الإشارة إلا أنه من الناحية العملية، فإن القاضي يحكم بالطلاق ولنشوز الزوجة إذا صدر حكم يعني برجوع الزوجة إلى محل الزوجية فإذا امتنعت عن الرجوع ولم تمتثل يحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن الرجوع ويعتبر ذليل على النشوز، وعلى القاضي التأكد من صحة المحضر وأنه مستوفى لشروطه القانونية وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/09/17 وكذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2000/11/21 الذي جاء في معرض تأسيسه أن امتناع عن مساكنة أقارب الزوج وذويه لا يعتبر نشوزا من طرف الطاعنة.

ثانيا: العوض المالي الممنوع المطلق مقابل حل الرابطة بالخلع ..أعطى المشرع الجزائري للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بارادتها المنفردة عن طريق الخلع، وذلك مقابل عوض تمنحه لزوجها وفقا لأحكام الفقرة الأولى م59 من ق.أ.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع لجزائري لم يثمن أن الزوج الحق في التعويض في حالة اساءة استعمال الزوجة لحقها في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، ومن الناحية العملية فإن قضاء الجزائري اعتبر في العديد من أحكامه وقراراه أن مقابل الخلع هو تعويض للزوج وهناك عدة قرارات نذكر منها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/30 وهو

ما كرسه أيضا محكمة ....في حكمها الصادر بتاريخ 2012/03/05 تحت رقم الجدول 12/5712 الذي قضى برفض طلب المدعي عليه (الزوج) للتعويض لأن مقابل المالي المقرر للزوج في حالة فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع يعد تعويضا له لجبر الضرر، وعليه فإنه لا يجوز له قانونا التعويض في نفس الضرر مرتين.

بالنسبة لمقدار بدل الخلع فقد حسم المشرع الجزائري المسألة بموجب الفقرة الثانية للمادة 54 من قانون الاسرة التي تنص على أنه" إذا لم يتفق الزوجات على المقابل الخلع، يحكم للقاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وبالتالي فإذا اتفق الزوجات على الخلع ولم يتفقا على العوض فإن تحديد مقداره يرجع إلى القاضي المطروح أمامه النزاع فيحكم بالخلع مقابل مالا يتجاوز قيمة الصداق المثل الذي يقدم للمرأة وقت الحكم وليس وقت العقد.

المطلب الثاني: أحكام النفقة ومتاع البيت.

يعد النزاع حول أثاث بيت الزوجية والنفقة من أعقد المسائل المتداولة في المحاكم وذلك كأثر من أثار الطلاق.

فالنفقة متعلقة بحق المطلقة وكذلك المحضون.

أما النزاع حول متاع البيت يعد من الحقوق المشتركة الزوجين فأثاث بيت الزوجية هو كل ما يسعى الزوجان لشرائه واقتنائه اصطلاحا لدخول تجربة حياته وهي الزواج.

الفرع الأول: يلتزم المطلق بإنفاق على مطلقة وأولاده بعد انحلال الرابطة الزوجية وفقا للحالات المنصوص عليها .

أولا: تعريف النفقة: دليل مشروعيتها.

النفقة:

التعريف اللغوي: إن النفقة مشتقة من مادة النون والفاء والقاف وهو أصلا صحيحا بدل أحدهما على ألشيء وإغماض ومتى حصل الكلام منهما تقاربا[1].

اصطلاحا:

تعرف النفقة في الاصطلاح الفقهي بعدة مفاهيم فقهية وقانونية فقد عرفها الفقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم المالكية على أنها ما به قوام معتاد على حال دون سرف، أما الحنابلة فعرفها بأنها كفاية من يصونه خبز أو كسوة مسكن وتوابعها الحنفية فعرفها المتقدمون بأنها الطعام والكسوة والسكن والمشهور عندهم أنها في الشرع هي الإدارة على الشيء بما فيه بقاؤه أما عند الشافعية فهي طعام مقدر للزوجة وخادمها على الزواج ولغيرها من أصل وفرع ورقيق وصوان ما يكفيه.

[1] مقالة نداء ايمان تعريف النفقة وأنواعها

أما عن فقهاء القانون فنجد من بينهم بلحاج عربي الذي عرف النفقة بأنها ما يصرف للزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة وسكن وكل ما يلزم للمعيشة حسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج.[1]

التعريف القانوني:

عرفها المشرع الجزائري في المادة 72 ق.أ حيث جاء فيها " تشتمل النفقة الغداء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" ومن خلال هذا النص يتضح أنه تم تعريفها وفقا لمشتملاتها من غداء وكسوة وعلاج ويسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات أو ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وفي ذلك اقتداء بالأئمة الأربعة وهو ما ذهب إليه في نص المادة 37 ف01 ق أ" على الزوج النفقة الشرعية حسب و...إلا إذا اثبتت نشوزها".

دليل مشروعيتها:

- **من القران:**

إن أساس ثبوت حق النفقة الزوجة على زوجها هو نص قرأني الذي يحل عقد الزواج صحيح وما ينشأ عنه من المعيشة المشتركة بين الزوجين تبادلا الحقوق والواجبات بينهما، فالزوجة تستحق النفقة كواجب على الزوج إذا أدت واجباتها الزوجة كاملة مصدقا لقوله تعالى" وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف[2]".

[1] دكتور بلحاج عربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة ج01، ص169.

[2] سورة الطلاق اية 07.

وكذلك قوله تعالى " لينفق دو سعة من سعة"[1].

أما السنة النبوية الشريفة فقد على وجوب النفقة الزوجية وعلى أنها حق للمرأة على زوجها متى توافرت شروط وجوبها إذ جاء في رواية "أبي داود ومسلم من حديث جابر في خطبته عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

كما جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم أيضا" أن منذ زواجه أبي سفيان اشتكت زوجها له فقال لها، خذي من ماله" ما يكفيك ولذلك بالمعرفة، وهذا يعني أنه كان شحيحا لا ينفق وأخذها من مسألة لا يعتبر سرقة إذا لحصول على الحق لا يعد تجاوز أو عملا غير مشروع.

- **من الإجماع:**

لقد أجمعت الأمة في كل العصور على وجوب النفقة الزوجية على زوجها، ولم يخالف في ذلك أحد من أهل العلم.

ثانيا: مشتملات النفقة.

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة ما يلي:" تشمل للنفقة: للغداء، الكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

[1] سورة البقرة الاية 233.

ومن خلال المادة 78 يتبين أن النفقة تشتمل كل من الغداء والكسوة والسكن فالعلاج وإلى الضروريات التي تلزم الزوجة في العرف والعادة.

ويظهر أن تعداد مشمولات النفقة الزوجية الواردة في هذه المادة يتوافق تماما مع ما جاء في الفقه الإسلامي إلا فيما تعلق بالعلاج فإن المذاهب الأربعة لم يقولوا فيما بوجوب النفقة العلاج وقد أحسن المشرع الجزائري حين نص على استحقاق الزوجة للعلاج لأن في هذا العصر ضرورة العلاج أكد من ضرورة الطعام والكسوة[1].

وفي هذا المجال قالت دكتورة وهيبة الزحيلي:" قرار الفقهاء المذاهب الطريقة أن الزوج لا يجب عليه النفقة التداوي ويطهر أن للمداواة لم تكن في الماضي حاجة أساسية، فلا يحتاج الإنسان غالبا إلى العلاج لأنه يلزم بقواعد الصحة والوقاية فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم، أما الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغداء بل أهم لذا فإن نفقة الدواء تقع على الزوج كغيرها من النفقات الضرورية[2].

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/11/15 بقولها " يتحمل الوالد المصاريف علاج المحضون الثابتة بشهادة طبية[3].

ثالثا: أنواع النفقة:

[1]بلحاج عربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق أخر التعديلات باجتهادات المحكمة العليا ج. ج.01، ط01، دار الثقافة

[2]قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية ملف رقم 356900 بتاريخ 2006/11/15 المجلة القضائية لسنة 2006 لعدد 01 ص486.

[3]وهيبة زجلي، مرجع سابق، ص744.

نفقة الإهمال:

عادة ما يمتنع الزوج عن الانفاق على زوجته قبل النطق بالطلاق وهي ما تزال زوجته، فتسمى نفقة الإهمال وفي أغلب الأحيان تغادر الزوجة مسكن الزوجية وتبقى مدة زمنية في بيت أهلها دون الانفاق عليها من طرف الزوج، أو يغادر الزوج البيت ولا ينفق عليها، مما يترتب على ذلك وقع دعوى نفقة الاهمال والتي تطلب الزوجة بها قضاء نتيجة عدم إنفاق الزوج عليها فترة زمنية.

كما يجوز القاضي أن يحكم المطلقة بنفقة الإهمال وهذه الاخيرة بدأ سريانها أصلا من يوم وقع الدعوى إلى غاية الحكم بالطلاق غير أن المشرع قد ورد استثناء على هذه القاعدة في المادة 80 من ق.أ.ج حيث أجاز للقاضي أن يحكم باستحقاق نفقة الإهمال بناءا على بينة لمدة تتجازو السنة قبل رفع الدعوى.[1]

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى وأن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج نفقة الإهمال ابتدءا من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم.[2]

نفقة المضمون:

[1] استشارة قانونية مجانية محاماة شكل ما يتعلق بالنفقة قانون اسرة جزائري.

[2] قرار محكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 57506 بتاريخ 1989/12/25

.

من بين الأشخاص الذين يجب عليهم نفقة الزوج نجد الأبناء، فالأب ملزم .بالإنفاق على أبنائه طبقا للمادة 75 ق.أ التي تنص " تحسب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة الذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا عاهة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

فالأب ملزم بالإنفاق على أبنائه سواءا كانوا ذكور أو إناث وهذا بحسب قصورهم فبالنسبة للذكر تسقط نفقة الأب عليه ببلوغه سد .....وهو 19 والأنثى بزواجها وانتقالها إلى بيت الزوجية، غير أن الأب يبقى ملزم بالإنفاق على الابن للراشد إذا كان هو الأخير مصاب بعاهة جسدية أو عقلية أو مزاولا وتشير أن النفقة تسقط بالكسب حتى بالنسبة للبنت أي أن البنت لو كان لديها مدخول معقول يكفيها لسد حاجياتها تسقط نفقة الأب عليها.

وفي حالة ما إذا كان الاب عاجزا على الإنفاق على أبنائه بسبب مرض جسدي أو عقلي أو كان في حالة اعتبار مالي فإنه الأم تصبح ملزمة في هذه الحالة بالإنفاق على أولادها إذا كان لها مدخول مالي يسمح لها بذلك وهذا عملا بالمادة 76 من ق.أ.[1]

4- نفقة العدة:

تستحق المعتدة من طلاق بعد الدخول النفقة أثناء مدة عدتها، وتختلف أحكامها فيما إذا كان الطلاق رجعيا،او بائنا.

أ- النفقة المعتدة من طلاق رجعي:

[1]بأديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية مرجع سابق، ص154.

تجب النفقة المعتمدة في عدة الطلاق الرجعي وهو ما اتفق عليه الفقهاء ذلك لأنه في مدة العدة تبقى المطلقة بحكم الزوجة لقوله تعالى " وبعولتهن أحق بردهن".

ومن خلال استقراء أحكام قانون الأسرة يتبين أن مشرع لم ينص صراحة على الطلاق الرجعي ولكنه من خلال نص المادة 50 من ق.أ فقد أجاز الزوج أن يرجع زوجته أثناء محاولة الصلح دون عقد جديد، وعليه فإنه وأثناء سير الدعوى الطلاق وخلال فترة اجراء القاضي محاولة الصلح بين الزوجين التي لا تتجاوز مدته أشهر ابتدءا من تاريخ رفع الدعوى فالزوجة تستحق النفقة طبقا لنص المادة 44 ق.أ.

ب- نفقة المعتدة من الطلاق البائن:

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في مسألة النفقة المعتدة من الطلاق البائن فمنهم من قال بوجوب النفقة والسكن لها مثلها مثل المعتدة من الطلاق الرجعي لأنها تعتد في بيت الزوجية ومنهم من قال بوجوب المسكن المطلقة دون النفقة إلا أن تكون حاملا إلا أن الرأي الراجح هو ما ذهب اليها الفقهاء بوجوب النفقة وهو ما اخذ به المشرع الجزائري.

نص المشرع الجزائري صراحة من خلال المادة 61 من قانون الأسرة على أن الزوجة المطلقة لا تخرج ممن السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها ولها الحق في النفقة في عدة طلاقها[1].

الفرع الثاني: أثار عدم دفع النفقة.

[1] منفلي كهينة، مذكرة لنيل شهادة الماستر أثار فك الرابطة الزوجية ص20-21.

سنتطرق في هذا الفرع إلى التحدث عن الأثار المترتبة عن امتناع عن دفع النفقة المقررة قضاءا من جزاء الامتناع عن تسديد هذه الأخيرة وسنتحدث عن صندوق النفقة في حالة إعسار الزوج عن النفقة.

أولا: جزاء الامتناع عن تسديد النفقة:

إن جزاء الامتناع عن تسديد النفقة يعاقب عليه قانون العقوبات في مادته 331 " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجة أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم هذه بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

ويتضح من خلال نص المادة أنه ولتقوم جنحه عدم تسديد النفقة، لابد من توافر شروط تتمثل في الامتناع عمدا، ولمدة لا تتجاوز شهرين عن تقديم للمبالغ المقررة قضاء لإعالة اسرته رغم صدور حكم هذه يلزمه بدفع النفقة، وبالتالي فإنه بإمكان المطلقة المحكوم لها بالنفقة بموجب أحكام نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، تقديم شكوى السيد وكيل الجمهورية للجهة القضائية المختصة وهي المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة أي موطن المطلقة ويقع على هذه الأخيرة عبء اثبات صحت ادعائها وذلك بموجب محضر عن التنفيذ الذي يحرره المحضر القضائي.

ثانيا: حق المطلقة في قبض مبلغ النفقة المستحقة من صندوق النفقة.

استحدث المشرع الجزائري آلية جديدة لحماية المطلقة والأطفال المحضونين في حالة امتناع الزوج المطلق عن أداء مبالغ النفقة وتتمثل في صندوق النفقة، حيث منح لهم الحق في الاستفادة من عائدات الصندوق في حال امتنع الزوج المطلق عن التنفيذ الكلي أو الجزئي الأمر أو الحكم القضائي المعدل لمبلغ النفقة الواجب دفعها وذلك وفقا لأحكام.

المادتين 2و3 من قانون 1/15 وتحل الدولة محله وتقوم بتسديد جميع المبالغ المستحقة على أن تعود بقيمتها عليه لا حقا.

ويتعين على صاحب الحق في النفقة الاستفادة من خدمات هذا الصندوق وتقديم طلب لرئيس شؤون الأسرة المختص إقليميا، والذي يفصل في الطلب بموجب أمر ولائي غير قابل لأي وطن في أجل أقصاه 05 أيام، على أن يتم صرف مستحقات عليه المادتين 4و5 من قانون 01/15 سالف الذكر.

وتستمر المصالح المختصة في صرف المستحقات المالية للمستفيد منها شهريا إلى حين سقوط حقه في الاستفادة منها طبقا لنص المادة 06 من قانون 01/15.[1]

الفرع الثالث: النزاع حول متاع بيت الزوجية.

يعتبر النزاع في متاع البيت من أهم الأثار على انحلال الرابطة الزوجية.

ورغم ما يطرحه هذا الموضوع من إشكاليات عملية وواقعية إلا المشرع الجزائري اكتفى بتنظيمه في مادة واحدة وهي مادة 73 ق.أ .

[1]قانون رقم 15-01 مؤرخ في 2015/01/04 يتضمن انشاء صندوق النفقة الجريدة الرسمية عدد01 الصادر في 07 جانفي 2015.

أولا: الإشكاليات القانونية التي تبرزها المادة 73 ت ق أ

1-قاعدة البنية على من ادعى واليمين على من أنكر:

يشترط في متاع محل النزاع أن يكون موجودا ومشاهدة الجميع بما فيها المطلقتين أو ورثتهما فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنشأ خصومة قضائية حول متاع لا يوجد أملا أو محل انكار من الخصم ففي هذه الحالة يقدم أحد المطلقين قائمة بين الأثاث وعادة ما تكون صاحبة الطلب القضائي هي المرأة باعتبار أن متابعيها متواجد بيت الزوجية الذي يكون عادة مملوكا أو مستأجر، من طرف المطلق ويطالب صاحب الدعوى تمكينه من أثاثه فهنا نكون أمام حالتين هما: [1]

- إما أن يدعي المدعي بوجود الأثاث محل الدعوى ويقر المدعي عليه بوجود كما ذكره المدعي ففي هذه الحالة يحكم لصالح المدعي ويلزم المدعي عليه دون تطبيق قاعدة الإثبات إلا أن الموضوع أضحى دون نزاع.
- إما أن يدعي المدعي بوجود المتاع بيت الزوجية وأنكر المدعي عليه هذا الأثاث فهنا نكون أمام قاعدة " البينة على من ادعي واليمين على من أنكر".

أي أن المدعي ينبغي أن يقدم الدليل الذي يثبت وجود المتاع المدعي عليه توجه بعين النفي للمدعي عليه بنكر من خلالها وجود المتاع المدعي به أصلا.[2]

[1] باديس ديابس، مرجع سابق، ص146.

[2] باديس ديابي، المرجع السابق، ص165.

وذلك ما جسدته المحكمة العليا في قراراتها منها قرار جاء فيه ما يلي:" من المقرر قانونا أنه في حالة ما أنكر وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق قاعدة العامة في الإثبات البنية على من يراعي واليمين على من أنكر".[1]

أ- مكان أداء اليمين:

من الخطأ الشائع أن يصدر حكم بأداء اليمين حول متاع بالمسجد ذلك ما أكدته المحكمة العليا التي أكدت في قراراتها لها، أن اليمين تؤدي بالجلسة وأمام القاضي.

عليه قضاء المحكمة العليا الذي أكدت في قرار ما يلي:

ب- **نكل اليمين:** أكدت المحكمة العليا والمادة 347 من ق.م" كل من وجهت له اليمين نكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين نكل عنها خسر دعواه".[2]

2-قاعدة أن تكون لأحد الزوجين بينة على المتاع:

إذا كان لأحد الزوجين بينة على أي جزء من المتاع فيقضي له لذلك سواء كان من المعتاد للرجال أو من المعتاد للنساء لأي بينة تحدث تعديلا كاملا يقدم عن صف الدليل فيمكن الزوج أن يقيم الدليل على تملكه أما هو معتاد للنساء فقد يمتلك لباسا نسائياأو موضوعا أو مواد التجميل ويقدم ما يثبت ويمكن للزوجة أن تقيم الدليل على ما يملكه للرجال أو المعتاد الان الرجل من يشار به كغرفة النوم التلفاز.

[1]قرار المحكمة العليا ملف رقم 216836 بتاريخ 199/03/16 الاجتهاد القضائي، لغرفة الاحوال الشخصية ص249.
[2]باديس ديابي، المرجع السابق، ص168-169.

ويعتد بسماع الشهود كإثبات لتملك المتاع، رغم إمكانية إقامة الدليل بالفواتير لكن غياب هذه الأخيرة تعرضها شهادة الشهود لكن المحكمة العليا أكدت في قرارها باعتماد شهادة شهود.[1]

التي جاء في قرارها ما يلي:" إن الشريعة الإسلامية تسمح بسماع الشهود ان اقتضى الحال في كل المواضيع النزاعات وذلك مهما بلغ التصرف القانوني من قيمته"[2].

ثانيا : حالات انعدام الدليل في إثبات المتاع:

إذا افتقر كل طرف لأي دليل ينبث له ادعائه نكون أمام تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة.

ولقد نصت المادة 73 من قانون الأسرة على أنه:" إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول الزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد النساء، والقول الزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

يتضح من خلال هذه المادة أن النزاع حول متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح من له بينة، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينه فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في الأشياء المعتادة

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص168

[2] قرار المحكمة العليا رقم 31851 تاريخ 1983/12/12 نشرة الفساد العدد 46

للنساء، أما إذا كانت طبيعته الشيء محل النزاع من المعتاد الرجال فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك وله أن يأخذ طالماأن الزوجة لا تمتلك البينة الكافية.

عمليا يمتنع المختصون عن مرافقة المطلقات المقترحين عليهن تسلم متاعهن مباشرة من مكاتبهم لكن الإجراء ترفضه غالبية النساء، وبين شد وجذب تتعطل عملية تنفيذ حكم التسليم لدرجة أن متاع يبقى لسنوات عدة بمنزل الزوج السابق.[1]

المبحث الثاني: الآثار الغير المالية لإنحلال الرابطة الزوجية.

ينتج عن الطلاق إضافة إلى أثار مالية المذكورة أعلاه أثار غير مالية حيث نص المشرع الجزائري عليها ونظم أحكامها بحيث يجب على طرفي العلاقة الزوجية الالتزام بها سيما في حالة المطلقة التي أنجبت أولادا لأنه في هذه الحالة يجب التطرق إلى مسألة الحضانة وما يترتب عليها من أثار غالبا ما تعود بالإيجاب والسلب على الطفل المحضون وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول بما فيها العدة حيث أه من المعلوم أن كل مطلقة أو امرأة انحل زواجها فرض عليها الامتثال لفترة العدة واحترام أجالها وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب:الحضانة

[1] نزاع حول متاع البيت محاكم ومجالس قضائية، تاريخ المعاينة 2020/03/08، 15:30 www.tribumaldz.com

تعد الحضانة من بين الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية وتعد أيضامن المسائل التي ينتشر حولها النزاع كثيرا نظرا، لأهميتها باعتبارها مرتبطة بالأطفال وسنحاول في الفرع شرح مفهوم الحصانة من مختلف الجوانب.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة.

أولا: تعريف الحضانة.

1- **لغة:** الحضانة بفتح الحاء- هي ضم الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا "تعيش الدئاب في حضن الجبل أي عمقه ونقول" حضن الطائر بيضة" دهب إليها وغطها بجناحيه، وعند الإثبات يطلق على عملية الحنان حيث تظم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه.[1]

2- **تعريف الفقهي:**

حيث وجدت عديد من التعاريف الفقهية للحضانة ورغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض في الجوانب محددة نجد أن محلها تصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا واخلاقيا.

[1] باديس ديابس، مرجع سابق، ص123.

فقد عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن قيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يثقل بأمره واتعهده بها بمصلحة ووقايته مما يؤذيه أو بضرر وتربية جسيما ونفسيا وعقليا كي يقوي على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤوليتها.

والإمام مالك يعرف الحضانة بتربية الولد وحفظه وصيانة حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء.

والشافعية عرفوها بأنها:" حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره".

وله الخيار في الإقامة عند ما يشاء عند والديه، فإن كان ذكرا له الاستفتاء عنهما ولإنفراد بنفسه وإن كانت أنثى لم يكن لها الإنفراد ا، لأنه لا يأمن من فساد أخلاقها وبالتالي إلحاق العار بأهلها فإن لم يكن لها أبا فلأهلها ووليها منها من ذلك.[1]

التعريف القانوني:

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 ق.أ والتي جاء فيها" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه....والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحته وخلقيا ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة واسببها وذلك لشمولية على أفكار أم يشملها

[1] محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في اجتهاد الفقهي في قانون اسرة الجزائري ص 281-282.

غيره من القوانين العربية، حيث أن تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.[1]

ثانيا: شروط ممارسة الحضانة.

شروط العامة للحضانة

أ- العقل: أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير.

فلا حضانة للمجنون والمعتوه لأنهما في حاجة إلى من يرعي شؤونهما فلا يحسن الواحد منها القيام بمصالحه فضلا عن قيام بمصالح غيره.[2]

ب- البلوغ: الحضانة مهمة كبيرة وصعبة وشاقة ولا يتحملها مسؤوليتها وتبعاتها إلا الكبار وليس المراهقين.

حيث يشترط في الحاضن رجلا أو إمرأة- البلوغ لأن غير البالغ عاجز عن رعاية نفسه إذ هو ممن يحتاج إلى الحضانة أصلا فالصغير ولو كان مميزا يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره، وبالتالي فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره.

ت- القدرة على التربية: لا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر في السن أو المرض، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا ، خلقيا واجتماعيا.

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 139.

[2] وهيبة الزجيلي، مرجع سسابق.

ث- الأمانة على الأخلاق : أعظم صفة ينبغي على الحاضن الاتصاف بها هي الأمانة ، يجب أن يكون أمينا على المحضون من أجل تربية المحضون من الخطر والضياع.

أما فيما يخص الأمانة على الدين أختلف فقهاء الشريعة بشأن الإسلام كشرط من شروط الحضانة حيث اشترط الشافعية والحنابلة إسلام في الحضانة أما المالكية وأحناف فقالوا تصح الحضانة غير المسلمة الكتابية أو غير الكتابية.

أما المشرع الجزائري ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون.

الشروط المتعلقة بالنساء: إن فقهاء الشريعة الإسلامية خصصوا بعض الشروط جانب النساء حتى تعطي لهم الحضانة أن تكون متزوجة من غير ذي محرم عن الصغير: يشترط في الحاضنة ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب ، غير محرم منه، وهذا بالاتفاق، خشية أن يعامل الصغير معاملة غير حسنة أو يؤدى[1].

- أن تقسيم الحاضنة في مادته 72 ق.أ عند ما نص على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما الحاضنة وان تعدو وذلك فعليه بذل الإيجار.
- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب المعسر:

[1] وهيبة الزجيلي مرجع السابق، ص726.

امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون، فعدم الامتناع بقي الشرط من شروط الحضانة فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع اجر الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربية لطفل مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة.[1]

3-الشروط المتعلقة بالرجال:

- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى.

أجمع الفقهاء على أن الحاضن للأنثى ينبغي أن يكون محرما لها، وقال الأحناف والحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمة، أما في حالة عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة فلا مانع من حضانتها .

أن يكون الحاضن من يصلح الحضانة:

اشترط المالكية أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، إذا لا قدرة ولا صبر للرجال على الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن عند الرجل من يصلح للحضانة من النساء فلا حق له في الحاضنة.[2]

الفرع الثاني:

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

[1] باديس دياببي،

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص360.

سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمع عليه المذاهب الأربعة ، المالكي، الحنفي، والشافعي وذلك وفقا للمادة 64 من ق.أ لكن ذلك قبل التعديل الوارد في 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

حيث نصت المادة 64 قبل التعديل على ما يلي" الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها، ثم الخالة ثم الأب ثم الأم لأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

أما بعد تعديل فقد أحدث المشرع الجزائري انقلابا في المادة 64 بموجب الأمر رقم 02/05 إذا نصت على ما يلي:" الأم أولى بحضانة ولدها بعد الأب، ثم الجدة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلى القاضي عبدها بحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

فالتعديل جاء في مخالفا لما سبق تبيانه في السابق وجاء مخالفا وجاء معاكسا لما أدلى به الفقهاء الشريعة الإسلامية وتظل البحث عن السبب في التعديل هذه المادة متواصلا طالما أن الأعمال التحضيرية لهذا التعديل لم تصل إلى القانونيين والمتتبعين في هذا المجال.

وعلى ذلك يمكن القول أن التعديل مادة 64 ق.أ جار معالجا للواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية، لاسيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة[1].

[1] باديس ديابي، ص 140، 149

ثانيا: أسباب سقوط الحضانة وعودتها.

أسباب سقوط الحضانة أوردها المشرع الجزائري في مواد قانون الأسرة الجزائري وهي كما يلي:

1-أسباب سقوط الحضانة.

1. زواج الحاضنة بغير قريب محرم، فإن تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم عن الصغير سقط حقها في أحضانه وانتقل الى غيرها وجاء النص على هذا في المادة 66 ق.أ التي تنص على :" يسقط الحق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".
2. سقوط الحاضنة بالتنازل عنها: وجاء النص على هذا السبب في المادة 66 ق.أ المذكور أعلاه بحيث اقرت انه للحاضنة الحق في التنازل عن الحضانة ولكن قيد هذا الحق بشرط ألا يضر ذلك التنازل بمصلحة المحضون، أما اذا كان التنازل يحدث ضرر بمصلحة المحضون وكانت الحاضنة أهلا للحضانة لم يقبل منها هذا التنازل.
3. سقوط الحق في الحضانة لعدم مطابقة بها: ونصت على هذا السبب المادة 68 ق.أ.ج التي جاء فيها:" إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنه بدون عذر سقط حقه فيها وبهذا فإن القانون نص صراحة بأن عدم المطالبة بالحضانة دون عذر مدة سنة يسقط حقه فيها ولا يفهم بمفهوم المخالفة أنه إذا

كان هناك عذرا لعدم المطالبة بالحضانة وان طالت مدة لا يكون سببا في سقوط هذا الحق.[1]

4. سقوط الحق في الحضانة بالسفر: هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومن خلال المادة يستفاد بأنه إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا قدر القاضي بأن.مصلحة المحضون تتطلب بأن يبقى مع حاضنة.[2]

2-عودة للحضانة:

إذا كان الحاضن أو الحاضنة غير أهلا لممارسة الحضانة وأسقطت عنه فإنه حقه يعود في ممارستها إذا زال السبب السقوط.

حيث نصت المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري.

غير أن المشرع الجزائري اشترط في عودة الحق الحضانة ألا يكون سبب سقوطها اختياريا، وهو بهذا يكون قد أخذ بالمذهب المالكي قلوا بعدم عودة الحضانة إذا كان سبب

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص141.

[2] عبد العزيز سعد المرجع السابق، ص142.

سقوطها إختياريا فكان من الأفضل لو أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور في مسألة بأن يعود الحق في الحضانة ...سبب سقوطها سواءا كان السبب اختياريا أو غير اختياري خصوصا إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

الفرع الثالث: أثار الحضانة.

يترتب على الحكم بالحضانة أثار تتمثل في أنه ينشيء التزام الأب بتخصيص مسكن الممارسة الحاضنة (أولا) كما يمنح الحق في الزيارة لغير الحاضن وذلك بقوة القانون.

ثانيا: دفع بذل الإيجار.

إذا تعذر على الأب تنفيذ التزامه الأصلي المتمثل في توفير السكن عينا ، فعليه دفع بذل الايجار، ومسألة تحديد قيمة بذل الايجار يخضع السلطة التقديرية للقاضي، وهي مسألة واقع يتعين عليهم مراعاة الحالة المادية المطلق وموقع لمسكن ومستوى المعيشة وغيرها.

ثالثا: حق الزيارة.

يقصد بحق الزيارة الممنوح لأحداث الوالدين الذي لم تثبت له الحضانة للطفل بزيارة ابنه القاصر، وقد جعل المشرع الحق في الزيارة مرتبط بالحضانة وهو ما يتبين من نص المادة 64 من قانون اسرة أنه" على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

وعليه فإنه يتعين على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة الى أحد الوالدين أو الى غيرهما أن يقضي حتما لمن لم تسند له الحضانة الحق في الزيارة، سواءا كانت زيارة الأب لولده وهو في حضانة النساء أو زيارة الأم لولدها اذا كان مع ابيه وبحكم بها القاضي بقوة

القانون حتى ولو لم يطلبها لمن قورت لفائدته وهو ما يخرج عن قاعدة التي مفادها " لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصم" وقد كرس حق الزيارة في عدة قرارات المحكمة العليا والدي جاء فيها" متى أوجدت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينها يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب حق الزيارة ترتيبا مرنا وفقاما تقتضيه حالة الصغار.[1]

المطلب الثاني: العدة

تعتبر لعدة من بين الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية وتعتبر هذه الأخيرة من بين الأثر المعنوية الناتجة عن الفرقة وهي أثار الخاصة بالزوجة واعتبرت هذه الاخيرة من النظام الاسلامي التي لا يجوز مخالفتها ويجب التقيد بها كما أوجبتها كل القوانين في الدول العربية باعتبارها دول اسلامية.

الفرع الأول: تعريف العدة ومشروعيتها وسبب وجودها.

يستدعي لدراسة العدة التطرق أولا إلى تعريفها (أولا)، والوقوف على دليل مشروعيتها (ثانيا).

أولا: تعريفها:

1-لغة: العدة لغة من العد والإحصاء فيقال عدد الشيء أي أحصاه إحصاء وعده عدة.

[1]قرار رقم 59789 بتاريخ 1990/04/16 مجلة قضائية سنة 1941 العدد 01 ص44.

2-اصطلاحا في اصطلح الفقهاء هو اسم عدة التي تنتظر فيها المرأة ممتنعة عن الزواج بعد وفاة زوجها أو طلاقها منه .

فإذا ما طلقت المرأة أو مات عنها زوجها، فلا يحل لها أن تتزوج بغيره حتى تنتهي المدة التي حددها الشارع الحكيم.

أما إذا فارق الرجل زوجته بطلاق ، فلا يجب الانتظار قبل أن يتزوج غيرها فله أن يتزوج مباشرة دون انتظار.

3-**قانونا**: أشار المشرع الجزائري إلى العدة في قانون الأسرة في المواد من 58-61 وعليه فإنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق تماما إلى تعريف العدة، وبما يكون مدلولها من الأمور المعلومة في الدين بالضرورة[1] بالإضافة إلى نص المادة[2] 222 من ق أ الإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي إدا لم يرد فيه نص، وبالرجوع إلى أراء الفقهاء في تعريف العدة فإنها جاءت متقاربة إلى حد كبير مما لا يستدعي الفصل فيها.

ثانيا: أدلة مشروعية العدة.

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص105.

[2] نص المادة 222 كل ما لم يود النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية.

1-من القران الكريم:

- يقول الله عز وجل "يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة"[1].
- ويقول أيضا (" واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال اجلهن أن يضعن حملهن"[2].
- ويقول أيضا والذين يتوفون منكم ويدرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن اجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير"[3].

- ويقول أيضا:" والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"[4].

3-من السنة:

جاءت في السنة أحاديث كثيرة في العدة منها:

قول النبي صلى الله عليه وسلم" لا يحل لامرأة " تؤمن بالله واليوم الأخر تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زواج أربعة أشهر وعشرا". رواه مسلم.

عن المسور بن محزمة:" إن سبيعة الاسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم فإستأدنته تنكح فادن لها فنكحت" رواه البخاري.

---

[1] سورة الطلاق01.

[2] سورة الطلاق 04

[3] سورة البقرة 234

[4] سورة البقرة ص 228

4-من الإجماع:

انعقد الإجماع على وجوب العدة من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى وقتنا الحاضر ولم يقل بخلاف ذلك أحد من الفقهاء".[1]

الفرع الثاني أنواع العدة.

تتنوع العدة سواء من حيث السبب الذي من أجله انحلت الرابطة الزوجية أو من حيث المدة التي تستغرقها العدة في حد ذاتها الحالة والظروف كل معتدة، إلى ثلاثة أنواع العدة بالإقراء (أولا) العدة بالأشهر(ثانيا) والعدة بوضع الحمل.

أولا: العدة بالإقراء:

تثبت عدة القروء لنوع من النساء وهي المطلقة المدخول بها من ذوات الحيض وغير الحامل وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة ويتوجب عليها قانونا أن تعتد ثلاثة قروء كم ذكر الله سبحانه وتعالى وفي الآية الكريمة " والمطلقات يتربصن ثلاثة قروء[2]".

بينما المطلقة التي لم يتم الدخول بها فلا عدة عليها :" يأيها الذين أمنوا إذا أنكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تموسهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعهن

[1] محمد حسام رحيمة، العدة الشرعية وإحكامها في الفقه الإسلامي ، ط01، دار الإعلام دمشق، سوريا، 1995، ص12.
[2] سورة البقرة اية 228.

وسرحوهن سراحا جميلا"[1] ولم يوضع قانون الأسرة الجزائري المقصود بالقرء في المادة 58 التي تنص في مادة 58 " تعتد المطلقة المدخول بها الغير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر.[2]

ثانيا: عدة بالأشهر:

وهي واجبة على من فارقها زوجها بعد الدخول بسبب من الأسباب الفرقة غير الوفاة وكانت لا تحيض إما لصغر السن وإما لعدم رؤية الدم الحيض بعد بلوغها وإما لأنها يائس فالمطلقة تكون عدتها ثلاثة أشهر قمرية في هذه الحالات الثلاثة عملا بالآية القرآنية قال الله تعالى واللاتي يئس من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن".

تثبت المرأة المتوفى عنها زوجها بعد الزواج الصحيح سواء كانت الوفاة قبل الدخول أم بعده وسواء كانت تحيض أم لا بشترط أن لا تكون حاملا، ومدتها أربعة اشهر وعشرة أيام عملا بأحكام المادة 59 من ق.أ وبقوله تعالى " والدين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن.[3]

ثالثا: العدة بوضع الحمل:

[1] سورة اقرأ اية 49.

[2] باديس دياببي،

[3] سورة البقرة اية 234.

إذا حدثت الفرقة بين الزوجين وكانت المرأة حاملا فإن عدتها تكون بوضع حملها ولو وضعته بيوم من الوفاة زوجها مصدقا لقوله تعالى: وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن".[1]

ولا ينظر إلى الحمل إن كان حيا أو ميتا تام الخلقة أو ناقصا نفخت فيه الروح أم لم تنفخ.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 60 من قانون الأسرة على أن العدة الحامل وضع حملها وأقصى الحمل عشرة اشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 193825" من المقرر شرعا أن الزواج في العدة الباطل ومن المقرر قانونا أن أجل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر".[2]

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري أنه نص على عدة الحامل وضع حملها مع تبيان مدة الحمل إلا أنه لم يذكر حالته سقوط الحمل كما فعلت التشريعات العربية الأخرى[3].

الفرع الثالث: انتقال العدة وتحويلها.

- انتقال من عدة بالأشهر إلى عدة بالقروء.

[1] سورة الطلاق اية 04.

[2] قرار المحكمة العليا غرفة احوال الشخصية تحت رقم 193825 بتاريخ 1998/05/19

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص116.

- انتقال من عدة بالقروء الى عدة بالأشهر.
- انتقال من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة.

أولا: انتقال من العدة بالأشهر إلى العدة بالقروء: فالصغيرة التي لا تحيض أو البالغ التي لاتحيضن بعد فإن طلقت وبدأت عدتها بالأشهر وفي أثنائها رأت الدم فتستأنف عدتها بالقراء لأن الشهور في حقها بدل عن الإقراء والقدرة على المبدل قبل الحصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالقدرة على الوضوء في حق المتيمم فإذا أجاضت فقد ثبتت القدرة على المبدل وهو الحيض فيبطل حكم الأشهر وكذلك من ظنت أنها يائسة فبدأت الحيض العدة بالأشهر ثم رأت الدم.

ثانيا: انتقال بالعدة من الإقراء إلى الشهور: فالمرأة التي تبلغ سن اليأس تطلق وتبدأ عدتها بإقراء بأن تحيض حيضة أو حيضتين تم اليأس فتنتقل عدتها من الإقراء إلى الأشهر تستأنف عدتها بالأشهر لأنها لما يئست فقد صارت عدتها بالأشهر[1].

قال تعالى:" واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر".[2]

ثالثا: انتقال العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة:

إذا طلق الرجل امرأته طلاقا يملك رجعتها ثم مات تقبل انقضائها عدتها فقد أجمع الفقهاء على أنه عليهما الانتقال من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة وأنها ترثه.

[1] مصري مبروك، الطلاق وأقاره في قانون الاسرة الجزائري ص414.-415

[2] سورة الطلاق اية 04.

إما اذا كان الطلاق بائنا فلا تنتقل العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة إن مات وهي في العدة، إلا إذا كان الزواج فار حيث يطلقها في مرض الموت لئلا ترثه.

خاتمة:

حدد المشرع الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية، حيث ساير في بعض الأحيان ماتقضي به أحكام الشريعة الإسلامية بإعتبارها مصدر من مصادر قانون الأسرة.

إلا أنه من خلال دراستنا لموضوع آثار فك الرابطة الزوجية يتضح لنا أن هناك العديدمن المسائل التي أهملها المشرع ولم يتطرق إليها رغم أهميتها، ونقاط أخرى أتت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية والتي أدى تطبيقها إلى إشكالات عديدة، مما يمكننا من إبداءبعض الملاحظات الأتية:

-يتبين من خلال نص المادة من قانون الأسرة أنه لاوجود للطلاق مالم يصدر حكم قضائي به، مما يعني أن المشرع لا يعترف بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج المحكمة، وهوأمر غير منطقي، إذ أنه من جهة ينص على منح الزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة ،ومن جهة أخرى لا يعترف بالطلاق ما لم يصدر حكم قضائي، والتسليم بهذا يؤدي إلى إشكالات عديدة سواء من حيث إزدواجية العدة الشرعية والقانونية ، وإللزام الزوج الإنفاق على إمراة لم تعد زوجته من الناحية الشرعية، وثبوت الحق في التوارث رغم عدم صحته من الناحية الشرعية إلى غيرها من الإشكالات التي يجب على المشرع أن يتداركها بالتنسيق بينما متطلبات الرسمية في الطلاق ومراعاة أحكام الشريعة في نفس الوقت.

-إن تحديد المشرع لمقابل الخلع بموجب نص المادة من قانون الأسرة بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل فيه إجحاف في حق الزوج، خصوصا إذا دفع الزوج صداق يفوق بكثيرصداق المثل، وهو أمر مخالف لأحكام الشريعة التي تقضي بأنه على الزوجة أن ترد لزوجها ما أصدقها مما يستوجب على المشرع إعادة النظر في هذه المسأل

-يتبين من خلال نص المادة من قانون الأسرة أن المشرع أجاز مراجعة مبلغ النفقة و لكنه قيده بشرط يتمثل في مرور سنة من الحكم به، غير انه خلال هذه الفترة قد يطرا على صاحب الحق في النفقة ظروف إستثنائية كأن يصاب بالمرض مثلا، فيحتاج بذلك إلىرفع مبلغ النفقة و هو لم يجزه المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي الذي جعل الحق في مراجعة مبلغ النفقة مرتبط بالظروف المستجدة على صاحب الحق، مما يتعين عليه إعادة النظر في هذا الموضوع يعاب على المشرع فيما يتعلق بالحضانة أنه لم يحدد الشروط الواجب توفرها في الحاضن رغم أهميتها، وإكتفائه بعبارة أن يكون أهلا لذلك، كما أنه ميز

بين الذكر والأنثى في سن سقوط الحضانة و جعلها سنوات يمكن تمديدها من الأم الحاضنة فقط إلى سنة، دون أن يبين ماهو مصير الذكر إذا بلغ سنوات ولم تطلب الأم تمديد سنة الحضانة إلى سنة، بينما إعتبر الحضانة لا تنقضي بالنسبة للأنثى إلا ببلوغها سن الزواج وهو سنة، كما لم يحدد مكان الزيارة ووقتها و لا حالات سقوطها.

-إقتصر المشرع على مادة واحدة لتنظيم النزاع حول متاع البيت وهي المادة من قانون الأسرة إذ نص من خلالها على بعض الحل، و ليس كل النزاعات مما يتعين على المشرع إضافة مواد أخرى تنظيمية لمسألة النزاع حول متاع البيت نظرا لأهمية الموضوع والصعوبات التي يثيرها أمام القضاء في الأخير ندعو المشرع إلى ضرورة تعديل نص وص قانون الأسرة و تدارك النقائص الموجودة بما يتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية

1-الكتب:

1. باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري. دار الهدى، عين مليلية الجزائر، 2012.
2. عربي بختي ، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في فقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، الأبيار الجزائر، 2013.
3. عربي بختي أحكام الأسرة في فقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، 2014.
4. باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية دار الهدى، عين مليلية، الجزائر، 2012.
5. ، مقالة أستاد حمدي حكيم مقالة حول الطلاق.
6. بلحاج العربي وجيز في شرح قانون الأسرة، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط04 سنة 2005 (زواج والطلاق).
7. عبد القادر حرز الله، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، ط01، 2007.
8. عيش فضيل، شرح قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
9. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط03، دار هومه، الجزائر، 1996.
10. بلحاج عربي، أبحاث ومذكرات في فقه الإسلامي والقانون عن مدونة القانون ....
11. عبد العزيز عامر، أحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى دار الفكر العربي.
12. وهيبة زجيلي: نظرية الضمان وأقدام المسؤولية المدنية والجنائية في فقه الإسلامي دار النشر، ط04، 2004.

13. جميل فخري محمد غانم، منحة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ط01، حامد للنشر والتوزيع ط01، 2007.
14. محفوظ بن صغير قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي والقانون الاسرة الجزائري المعدل بأمر 05/02 دار الوعي الجزائر، ط01، 2012.
15. بلحاج عربي، أحكام الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد وفق أخر التعديلات اجتهادات المحكمة العليا ط01 دار الثقافة عمان، أردن 2012.
16. محمد حسام رحيمة، العدة الشرعية وأحكامها في الفقه الاسلاميط01، دار الإعلام، دمشق ، سوريا، 1945.
17. محمود سيروك الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة دار الهومه، بوزريعة الجزائر، 2010.
18. محمود علي سرطاوي، في كلية الشريعة جامعة الأردنية، ط03، 2010.
19. عيش فوضيل ، قانون الأسرة مدعم اجتهادات المحكمة عليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 02، بن عكنون الجزائر، 2007.
20. محاضرات استاد تشوار جيلالي.
21. وهبة لزجيلي في الفقه الإسلامي وأدلته، ج01، إعادة التاسعة، ط04، 1997، دار الفكر دمشق، 1427، 2006.

2-الاجتهادات قضائية:

1. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1998/11/17 ملف رقم 210422 إجتهاد قضائي.
2. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/11/08 ملف رقم 22324 مجلة قضائية، عدد01، سنة 2001.
3. قرار صادر عن محكمة عليا بتاريخ 1984/12/17 ملف رقم 35322 قرار مجلة قضائية لسنة 1989 العدد4 .

4. قرار صادر عن محكمة عليا بتاريخ 2000/01/22 ملف رقم 239349 اجتهاد قضائي عدد خاص.
5. قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2000/05/23 ملف رقم 243417 اجتهاد قضائي.
6. قرار صادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/05/19 ملف رقم 189324 عدد خاص.
7. قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 19 /1994/04 ملف رقم 103637 احتهاد قضائي عدد خاص.
8. قرار صادر عن محكمة عليا ملف رقم 34784 الصادر بتاريخ 1989/11/19 مجلة قضائية لسنة 1989 العدد 03.
9. قرار صادر عن المحكمة العليا ملف رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15 مجلة القضائية.
10. قرار صادر عن المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1997/11/23 ملف رقم 181648 مجلة قضائية لسنة 1997، العدد01.
11. قرار صادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ، 1985/09/22 ملف رقم 38344 نشرة القضاء، عدد44.
12. قرار صادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/11/15 ملف رقم 356900 المجلة القضائية لسنة 2006، العدد 01.
13. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 مملف رقم 57506 مجلة قضائية 1991 العدد03.
14. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/03/13، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد01.
15. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216821 الاجتهاد القضائي.

16. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1983/12/12 ملف رقم 31851 نشرة القضاء العدد 46.

17. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/04/16 ملف رقم 59784 مجلة قضائية لسنة 1991 العدد01.

18. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/05/19 ملف رقم 193825.

3-القوانين:

1. قانون رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون 23/06 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم أيضا لقانون رقم 01/14 المؤرخ في 04 افريل 2014، جريدة الرسمية عدد07، الصادرة في 16 افريل 2014.
2. قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان 1426 الموافق 9 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. جريدة رسمية العدد44، صادرة في 27 فيفري 2005.
3. قانون رقم 01/15 مؤرخ في 4 جانفي 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة جريدة رسمية، عدد 01 صادرة في 07 جانفي 2015.

4-الرسائل والمذكرات:

1. سليم محمودي، أحكام الفسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه إسلامي، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، 2017-2018.
2. منقلتي كهينة، أثار فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون جامعة مولود معمري ، تيزيوزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2017.

3. مقداش عبد الرحيم، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة) جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية والعلوم السياسية، 2013.

5-مجلات:

مجلة سميرة عبدون ،مجلة الإحياء، اشترط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري. جامعة باتنة، العدد 14.

6-مقالات:

1. منتدى الجلفة، استاد حميدي مقالة حول الطلاق
2. منتدى ستار تايمز، أرشيف الشؤون القانونية
3. استشارة قانونية مجانية مشتملات النفقة
4. نداء ايمان مقالة حول النفقة.

7-مواقع الالكترونية:

1. www.djlfa.info تاريخ المعاينة 2020/04/24 على الساعة 14:42.
2. www.startimes.comتاريخ المعاينة 2020/04/28 على الساعة :1543.
3. marde3.comتاريخ المعاينة 2020/05/08 على الساعة 18:05.
4. www.tribunaldz.com تاريخ المعاينة 2020/05/08 على الساعة 15:30.

الإهداء

الشكر

مقدمة.....01

الفصل الأول: صور إنحلال الرابطة الزوجية.....03

المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالفسخ.....03

المطلب الأول: ماهية الفسخ الزواج.....03

الفرع الأول: تعريف الفسخ.....03

أولا: تعريف الفسخ لغة.....04

ثانيا: تعريف الفسخ اصطلاحا.....04

ثالثا: تعريف الفسخ قانونا.....04

الفرع الثاني: تطور التاريخي لفسخ الزواج.....05

أولا: فسخ الزواج عند اليونان.....06

ثانيا: فسخ الزواج عند الرومان.....06

ثالثا: فسخ الزواج عند اليهود.....07

رابعا فسخ الزواج عند المسحيين.....07

خامسا فسخ الزواج في الجاهلية.....07

سادسا: فسخ الزواج في المجتمعات الاسلامية.....08

الفرع الثالث: فرق بين الطلاق والفسخ.....08

أولا: من حيث المعنى.....08

ثانيا: من حيث جهة السبب.....08

ثالثا: من حيث الأثر.....08

المطلب الثاني: حالات فسخ عقد الزواج.....09

الفرع الأول: فسخ عقد الزواج بسبب الشروط المفتوحة بعقد.....09

الفرع الثاني: فسخ الزواج لتخلف ركن من أركانه.....14
أولا: ركن الرضا.....15
مفهوم ركن الرضا.....15
أثر تخلف ركن الرضا.....15
ثانيا: الولي.....16
اولا-مدى ضرورة إشراط الولي.....16
ثانيا-أثر تخلف ركن الولي.....16
ثالثا: الصداق.....19
1-مفهوم الصداق.....19
2-أنواعه.....21
3-أثر تخلف الصداق.....22
رابعا: الشهادة.....22
1-مفهوم الشهادة 23
2-شروط الشهادة.....24
3-أثر تخلف الشهادة.....24
الفرع الثالث: فسخ الزواج لإنتماله على موانع.....25
أولا: تصنيف المحرمات.....26
ثانيا: أثر الزواج بإحدى المحرمات.....26
المبحث الثاني: إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.....29
المطلب الأول: مفهوم الطلاق.....29
الفرع الأول: تعريف الطلاق.....30
أولا: لغة.....30

ثانيا: اصطلاحا.....31
ثالثا قانونا.....31
الفرع الثاني: أدلة مشروعية الطلاق والحكمة منه.....32
أولا: أدلة مشروعية الطلاق.....32
ثانيا: الحكمة من مشروعية الطلاق.....35
الفرع الثالث: شروط الطلاق.....37
أولا: شروط المطلق.....38
ثانيا: شروط المطلقة.....38
ثالثا: شروط الصيغة.....39
الفرع الرابع: موانع إيقاع الطلاق.....40
الفرع الخامس: أنواع الطلاق.....40
المطلب الثاني طرق الطلاق.....48
الفرع الأول: طلاق بإرادة المنفردة بالزوج.....48
أولا: أساس الطلاق بإرادة المنفردة.....48
ثانيا: مبررات المتداولة لإيقاع الطلاق.....49
الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي.....49
أولا: تعريفه.....50
ثانيا: مبررات الطلاق بالتراضي.....50
الفرع الثالث: الطلاق بطلب من الزوجة 55
أولا: التطليق.....55
ثانيا: الخلع.....65
الفصل الثاني: أثار انحلال الرابطة الزوجية.....69
المبحث الأول: أثار المالية لإنحلال الرابطة الزوجية.....69

المطلب الأول: التفويض عن إنحلال الرابطة الزوجية.....69
الفرع الأول: مفهوم التفويض.....69
أولا: تعريف لغوي.....69
ثانيا: اصطلاحا.....69
ثالثا: قانونا.....70
فرع الثاني: تعريف المطلقة.....70
أولا: تعريف المطلقة عن الطلاق النصفي للزوج.....70
ثانيا: تعريف المطلقة عن حل الرابطة الزوجية بالتطليق.....70
فرع الثالث: تفويض للمطلق عن انحلال للرابطة الزوجية.....71
أولا: لا تفويض لنشوز الزوجة.....75
ثانيا: تفويض لحل الرابطة الزوجية بالخلع.....75
مطلب الثاني: أقدام النفقة وشاع البيت.....76
الفرع الأول: أحكام النفقة.....76
أولا: تعريف النفقة.....76
ثانيا: مشتملات النفقة.....77
ثالثا: أنواع النفقة.....77
الفرع الثاني: أثار عدم دفع النفقة.....78
الفرع الثالث: النزاع حول متاع البيت.....79
المبحث الثاني: أثار الغير المالية لإنحلال الرابطة الزوجية.....91
المطلب الأول: الحضانة.....91
فرع الأول: مفهوم الحضانة.....92
أولا: تعريفها.....93

ثانيا: شروط ممارسة الحضانة.....95
فرع ثاني: أصحاب الحق في الحضانة وأسباب سقوطها.....96

أولا: أصحاب حق في الحضانة.....96
ثانيا: أسباب سقوطها.....97
فرع الثالث: أثار الحضانة.....97
أولا: دفع بدل الإيجار.....97
ثانيا: حق الزيارة.....98
مطلب الثاني: العدة 100
الفرع الأول: تعريفها.....101
الفرع الثاني : أنواعها.....101
الفرع الثالث: إنتقال العدة وتحولاتها. 103
خاتمة.....107
قائمة المراجع.....109