

تابع محاضرات في مادة قانون الأسرة المعمق طلبة ماستر 1، تخصص قانون خاص

خامسا :الشكلية.

ستكلم في الفرع الأول عن الشاهدين ثم عن كيفية إثبات الزواج.

1-الشاهدين:

يكتسي ركن الشهادة أو شرط الشهادة بعد التعديل أهمية بالغة عند إبرام عقد الزواج ولذلك قد فرضته غالبية التشريعات المعاصرة. غير أنه يشترط في صاحب الشهادة عدة شروط وهو ما أغفل عنها المشرع الجزائري مما يتطلب منا الرجوع إلى الفقه الإسلامي.

أ.موقف الفقه الإسلامي:

تتمثل الشكلية بالنسبة للزواج في حضور الشاهدين وذلك لضمان شرعيته وإثباته بحيث أن الفقه الإسلامي لا يشترط الرسمية في عقد الزواج بل يكفي بحضور الشاهدين وعلى ذلك **فما القول لو أن هذا الشرط قد تخلف؟**

وللإجابة على ذلك تضاربت آراء الفقه الإسلامي إلى اتجاهين:

1. - **مذهب جمهور الفقهاء:** يرى أنصار هذا المذهب بضرورة الشهادة في عقد الزواج بمعنى أن إتمام عقد الزواج بدون حضور الشاهدين هو غير صحيح.

2. - **الشيعة الجعفرية:** يرون أن الزواج ينعقد صحيحا ولو بدون حضور الشاهدين وذلك بدليل أن الشهادة لو كانت لها أهمية بالغة عند إبرام عقد الزواج لما أغفل عنها القرآن الكريم.

وأمام هذين الرأيين المتضاربين نقول بأن الشريعة الإسلامية لا تعتمد على مصدر واحد متمثل في القرآن الكريم بل على مصدر ثاني رسمي المتمثل في السنة النبوية، حيث يقول عليه الصلاة والسلام "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" ، ويضيف عليه الصلاة والسلام قائلا "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة" ، ذلك مما يجعل من الشهادة شرط من شروط صحة عقد الزواج عند أهل السنة.

ولكن بالرغم من أن جمهور الفقهاء قد أجمع على حضور الشاهدين، غير أنهم قد اختلفوا في وقت حضور الشاهدين، بحيث ذهب المالكية إلى وجوب حضور الشاهدين يوم الزفاف أي يوم الدخول بحيث أن القصد من الشهادة عندهم هو الإعلان عن الزواج، ومن ثم لو تواصلوا الشاهدين بالكتمان يبطل العقد.

بينما ذهب الرأي الراجح إلى وجوب حضور الشاهدين في مجلس العقد أي يوم إبرام عقد الزواج ومن ثم فإن كتمان الشاهدين لا يؤدي إلى بطلان العقد وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بحيث قد اعتبر في المادة التاسعة من قانون الأسرة أن الشهادة شرط من شروط صحة عقد الزواج، ولكن بالرغم من أن المشرع لا زال يعترف بالزواج العرفي، فإنه يكون قد أخذ بالرأيين معا بحيث إذا تم عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق عندئذ يشترط حضور الشاهدين يوم إبرام العقد، أما إذا كان العقد عرفيا فيؤخذ في هذه الحالة بالشهادتين معا أي شهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد أو يوم الدخول.

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/03/17 بأنه "من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق. ومتى تبين، في قضية الحال، أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصدّاق، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون". وقد سبق لها أن قررت بتاريخ 1989/03/27 بأنه "من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة وحضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين". وهو ما أكدته في قرارها بتاريخ 2008/02/13 بقولها صراحة "يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة".

بأنه "من المقرر شرعا أن الشهود الذين حضروا الزفاف"، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها".
ولكن يثور السؤال هنا حول معرفة ما حكم الزواج لو تم بدون الشاهدين؟

للإجابة على هذا السؤال تنص المادة 33 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة على أنه "إذا تم الزواج بدون الشاهدين... يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل".

ويستنتج من هذا النص أن المشرع بالرغم من تكييفه للشهادة على أنها شرط صحة لعقد الزواج، فإنه مع ذلك اعتبر الزواج صحيحا بعد الدخول حتى ولو تم بدون حضور الشاهدين. بينما إذا تم الزواج بدون الشاهدين والولي، يعد زواجا فاسدا حتى ولو دخل الزوج بزوجته، وينطبق نفس الحكم إذا تم بدون الصداق والشاهدين.

ولكن لنا أن نتساءل: كيف يتسنى للطرفين إثبات الزواج العرفي بدون حضور الشاهدين؟ الحكم الذي جاء به المشرع يؤدي من جهة، إلى تشجيع جريمة الزنا، من جهة، ومن جهة أخرى إلى اختلاط الحرام بالحلال، لأنه: كيف يمكن للطرفين إثبات عقد كهذا بغير الشاهدين؟ فهل الإقرار في هذه الحالة كاف؟

ب. شروط الشاهدين:

بالرجوع إلى قانون الأسرة، نستخلص أن المشرع قد اكتفى بالتنصيص على الشاهدين في مادتين فقط، كيف في الأولى منهما أن الشاهدين شرط صحة، وفي الثانية بين الجزاء المترتب حالة إتمام الزواج بدون الشاهدين، وسكت تماما عن الشروط الواجب توافرها فيهما، مما يتطلب منا الرجوع إلى الفقه الإسلامي استنادا على المادة 222 من قانون الأسرة. وعليه، اشترط الفقه الإسلامي لكي يعقد الزواج صحيحا عدد من الشروط في الشاهدين.

غير أنه لنا أن نتساءل هل يمكن تطبيق هنا، أمام الفراغ التشريعي، المادة 33 من قانون الحالة المدنية التي نصت على أنه "يجب على الشهود المذكورين في شهادة الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس ومختارون من قبل الأشخاص المعنيين"؟

في الواقع وتماشيا مع القاعدة القائلة "الخاص يقيد العام"، فإنه لا يمكن تطبيق هذه المادة على عقد الزواج، بل يمكن أن تنصرف للعقود الأخرى ولا يعني بذلك أن أحكام عقد الزواج الصادرة سنة 1984 قد ألغت أحكام قانون الحالة المدنية الصادر سنة 1970 المعدل والمتمم، بل تقيدها وعلى ذلك فيشترط في الشاهدين الشروط التالية:

1.- الرشد والأهلية: أي أن يكون الشخص بالغاً 19 سنة ومتمتعاً بكل قواه العقلية وغير محجور عليه (المادة 86 أسرة و40 مدني).

2.- أن يكون مسلماً: وذلك إذا كان الزوج متعلقاً بمسلم، أما إذا كان الزوج غير مسلماً فشهادة غير المسلم جائزة.

3.- النصاب القانوني: وقد اختلفت آراء الفقه الإسلامي حول جواز وعدم جواز شهادة النساء في عقد الزواج حيث يرى الحنفية بجواز شهادة الرجل وامرأتين، بينما خالفه في ذلك المالكية والحنابلة والشافعية الذين اشترطوا شهادة الرجلين فقط. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بحيث قد نص في المادة 09 مكرر ق.أ.ع. أنه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية... الشاهدين"، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/08/02 بقولها "من المقرر أن النساء لا تقبل شهادتهن في الزواج".

وعليه، يشترط في الشاهدين أن تكون كل الشروط المشار إليها مجتمعة، بحيث لو انتفى شرط منها يكون الزواج غير صحيح ما لم يتبعه دخول المادة 2/33 من قانون الأسرة.

ج.- البيانات التي يحتوي عليها عقد الزواج: (المادة 73 من قانون الحالة المدنية).

* ذكر لقب واسم وتاريخ ومكان ولادة كل من الزوجين؛

* ذكر لقب واسم كل واحد من أبوي الزوجين وكل واحد من الشاهدين مع تحديد عمرهما؛

* تسمية الصداق المتفق عليه (المادة 15 أسرة)؛

* وجوب الإشارة إلى الترخيص بالزواج (زواج القاصر، زواج رجال الأمن، التابعين لوزارة الدفاع الوطني، زواج الأجانب مع الجزائريين)؛

* تدوين كل الشروط المتفق عليها من قبل الزوجين؛

* نسخة عن شهادة الإقامة (خاصة بالنسبة للأجانب فيما يتعلق بإقامتهم مدتها شهر على الأقل قبل إبرام عقد الزواج) (المادتان 71 و75 من قانون الحالة المدنية)؛

* نسخة من الحكم الناطق بالطلاق أو شهادة وفاة الزوج، أو ملخصا عن عقد الزواج أو الولادة يتضمن عبارة الطلاق أو الدفتر العائلي الذي يتضمن هذه العبارة بالنسبة للمرأة التي تريد أن تتزوج مرة ثانية (المادة 75 من قانون الحالة المدنية).

وإلى جانب ذلك، اشترطت المادة 74 من قانون الحالة المدنية على أنه ينبغي على طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم إحدى الوثائق التالية:

- مستخرج مؤرخ بأقل من ثلاثة (3) أشهر، إما لشهادة الميلاد وإما لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة،
- دفتر عائلي يتعلق بزواج سابق.
- وإذا تعذر تقديم إحدى الوثائق المذكورة أعلاه، فإنه يمكنه تقديم عقد إسهاد يحرر بدون نفقة، وذلك بعد إجراء كل التحقيقات الضرورية من قبل رئيس المحكمة حول تصحيح مؤيد يمين الطالب وثلاثة شهود أو حول تقديم الوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني كالدفتري العسكري أو بطاقة التعريف أو الدفتر العائلي للأبوين، الخ..

غير أن المشرع قد اكتفى في المادة 1/77 من قانون الحالة المدنية بتوقيع الجزاء على ضابط الحالة المدنية القائم بتحرير عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزوجين، وهي العقوبة المنصوص عليها في المادة 441 في شطرها الأول من قانون العقوبات، وهي الحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

زيادة على ذلك تنص الفقرة الثانية منها على أنه "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها فيما يتعلق بإبرام عقد الزواج إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما (تعديل 2014).

2- كيفية إثبات عقد الزواج:

بناء على المادة 72 من قانون الحالة المدنية وعلى المادة 21 من قانون الأسرة التي تحيل إلى قانون الحالة المدنية وكذلك المادة 22 من قانون الأسرة، فإن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وعليه فإن الزواج إذا تم رسمياً وكان ذلك أمام ضابط الحالة المدنية، فإن إثباته يتم بمستخرج أو بنسخة من عقد الزواج حسب ما هو مسجل في سجل الحالة المدنية.

وإذا تم أمام الموثق، فما على هذا الأخير إلا أن يبلغ كتابيا ضابط الحالة المدنية بمقتضى ملخصا عن العقد الذي قام بإبرامه في أجل ثلاثة أيام حتى يتسنى لهذا الأخير تسجيله في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترًا عائليًا مع كتابة بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين (المادة 2/72 من قانون الحالة المدنية).

أما إذا تم الزواج عرفياً (قراءة الفاتحة)، فإن تسجيله طبقاً للمادة 22 أعلاه لا يثبت إلا بحكم قضائي، بمعنى أنه ينبغي على أحد الطرفين أو كلاهما معاً أن يرفع دعوى قضائية تسمى دعوى إثبات الزواج أمام الجهة التي تم فيها إبرام العقد العرفي، بل أمام المحكمة الموجود بها موطن المدعى عليه (المادة 2/426 إجراءات). ويجب أن يشير الطرفان إلى الأشخاص الذين حضروا مجلس العقد أو الزفاف في هذه الدعوى. وأن هذا الزواج لا يمكن إثباته إلا بتوفر ما نص عليه المشرع في المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، زيادة على بعض الشروط الواردة في قانون الحالة المدنية.

وتطبيقاً لهذا الموقف القانوني، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2008/02/13 بأنه "يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة"، زيادة على ذلك "أن دعوى إثبات الزواج غير محددة المدة"، حيث تبنت هذا الموقف في قرار لها في قضية تتلخص وقائعها في أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج (محكمة عليا، 1991/04/23).

المبحث الرابع آثار عقد الزواج.

بالنسبة للآثار فهي تتمثل خاصة في حقوق وواجبات الزوجين وكذلك في الحقوق التي يتمتع بها الأطفال الناجمين عن تلك العلاقة.

المطلب الأول: حقوق وواجبات الزوجين.

هذه الحقوق تنقسم إلى نوعين: الحقوق والواجبات الشخصية والحقوق والواجبات المالية.

الفرع الأول: الحقوق والواجبات الشخصية:

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى الحقوق الزوجية الشخصية في الفصل الرابع من قانون الأسرة وقد خصص بعد تعديله لهذا القانون مادتين لهذه المسألة، بحيث قد قام في المادة 36 من قانون الأسرة المعدلة بتحديد الواجبات الملقاة على الزوجين في عقد الزواج ومن ثم تعتبر هذه الواجبات واجبات مشتركة وهي:

آ. - المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة:

فهذا الواجب يخص معاملة كل من الزوج نحو الزوج الآخر في إطار الحياة المشتركة (المادة 36/1 من قانون الأسرة)، ومن ثم يجب على الزوجين أن يعملوا ما باستطاعتهم ليجعلا الحياة الزوجية سعيدة تسودها المودة والاحترام، وأن هذا الواجب يتعلق أساسا بحسن المعاشرة وذلك لا يكون إلا على أسس التسامح والإخلاص والقول الحسن.

ب - التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم:

لقد تناول المشرع هذا الواجب في الفقرة الثالثة من ذات المادة، والمراد منها أنه يجب على الزوجين المحافظة على أفراد العائلة والمقصود بهم الأولاد خاصة فيما يتعلق بعلاقتهم مع الزوجين فينبغي على هذين الأخيرين تحقيق سعادة الأولاد وضمان لهم الاستقرار والطمأنينة، وهذا الاستقرار لا يكون قائما باستقرار الزوجين فيجب على الزوجين رعاية وتربية الأولاد تربية صالحة وهي مسؤولية تقع عليهما

معاً، وأن هذه المصلحة تتحقق كذلك من حيث نسب الأولاد تطبيقاً لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

ج- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات :

إذا كانت المادة 39 من قانون الأسرة الملغاة تنص على أنه "يجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة"، وهو ما قرره الفقه الإسلامي وذلك حتى لا يكون هناك اضطراب داخل العائلة بسبب تعدد مراكز إصدار الأوامر، على أن التعديل الذي أدخله المشرع على النص القانوني قد أصبح لا يعترف بالزوج رئيس الأسرة بل قد نص صراحة على التشاور في تسيير شؤون الأسرة. ومن ثم، فإنه لا يجوز للزوج أن ينفرد بإصدار القرارات داخل الأسرة بل ينبغي عليه أن يشاور في ذلك زوجته، وكذلك ركز المشرع في الفقرة ذاتها على اتفاق الزوجين على تباعد الولادات وذلك حتى لا تصاب الزوجة بالأضرار نتيجة للولادات المتكررة.

ح- محافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف (المادة 5,6/36 و7 من قانون الأسرة)

ويقصد بذلك من حيث القرابة المعنى الواسع لها بحيث أن هذه الأخيرة تثبت بالدم والمصاهرة والرضاع، فعلى كل من الزوجين احترام وتقدير أقارب الزوج الآخر. ومن ثم، فإنه لا يمكن للزوج أن يحرم زوجته من زيارة واستضافة والديها والأقربين لها الذين لا يجوز الزواج بهم كأبيها وعمها وحالها وأخيها وابن الأخ وابن الأخت.

الفرع الثاني: الحقوق الشخصية للزوجة وللزوج

آ- الحقوق الشخصية للزوجة

العدل بين الزوجات في حالة التعدد ويجب أن يكون في الأمور المادية ومنه يجب على الزوج أن يحسن معايشة ومعاملة كل زوجة من زوجاته معاملة شرعية وأول هذا العدل يكون في المبيت وأن هذا الأخير لا يسقط إلا بالتنازل التام من قبل الزوجة الأخرى.

ب.- الحقوق الشخصية للزوج:

إن هذه الحقوق كان المشرع الجزائري ينص عليها صراحة قبل تعديله لقانون الأسرة وكان على رأسها حق الطاعة المستتب من أحكام الفقه الإسلامي، ومن آثار هذا الحق فإنه يجوز للزوج منع زوجته من الخروج من مسكن الزوجية إلا بعد حصولها على إذنه. كما يجوز له منعها من العمل خارج بيت الزوجية ما لم يكن اتفاقهما على خلاف ذلك يوم إبرام عقد الزواج، بحيث إذا رضي الزوج أن تعمل زوجته في الخارج يصبح مقيد بهذا الشرط ولا يجوز له مخالفته وإلا كان سببا لحقها في التطليق مع المطالبة بالتعويض.

وكذلك من أثر هذا الحق هو أن عدم امتثال الزوجة لأوامر زوجها يجعلها في حكم الزوجة الناشز وهذه الأخيرة لا تكون في هذه الحالة إلا باستصدار الزوج حكما قضائيا ويتم تبليغه عن طريق المحضر للزوجة وذلك خاصة إذا تعلق الأمر بطلب رجوع الزوجة إلى بيت زوجها، مع إتباع بعض الإجراءات الأخرى.

كذلك من حق الزوج على زوجته إرضاع الأولاد عند الاستطاعة، فهذا الحق ليس حقا خالصا للزوج بل يمكن اعتباره واجب على كلا الزوجين لأن الأم ليست مجبرة على الإرضاع شرعا إلا في حالة واحدة وهي حالة رفض الولد لكل امرأة أخرى إلا أمه فهنا تكون مجبرة على إرضاعه.

المطلب الثاني: الحقوق والواجبات المالية:

الفرع الأول: الحقوق المالية المشتركة:

آ.- الميراث

إن قيام علاقة زوجية صحيحة يترتب عليها بعض الحقوق المادية ومن بينها نجد حق الزوجين في الميراث، فهذه العلاقة تعطي لكلا الطرفين الحق في أن يرث الطرف الآخر وهذا ما نصت عليه المادتان 126 و130 من قانون الأسرة. غير أن هذا الحق لا يترتب ولا يتأكد إلا إذا توفرت في العلاقة ذاتها شروط معينة وفقا لما نصت عليه المواد 131 و132 و135 من قانون الأسرة وهي:

- أن تكون العلاقة صحيحة،

- أن تكون قائمة وقت الوفاة،
- أن تكون الزوجة معتدة من طلاق،
- وأن لا يكون هناك مانع من موانع الميراث كقتل الزوجة لزوجها.

وبتوافر هذه الشروط مجتمعة، يرث الزوج النصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها (المادة 1/144 أسرة)، ويرث الربع عند وجود الفرع الوارث لزوجته (المادة 1/145 أسرة). أما الزوجة أو الزوجات يرثن الربع عند عدم وجود الفرع الوارث للزوج (المادة 2/145 أسرة)، ويرثن الثمن عند وجود الفرع الوارث للزوج (المادة 146 أسرة) وتتقسمنه بالتساوي في حالة التعدد.

ب.- الأموال المكتسبة بعد الزواج في حالة الاتفاق على تقسمها بالتساوي، أي 50 % لكل واحد منهما (المادة 2/37 من قانون الأسرة).

الفرع الثاني: الحقوق المالية للزوجة:

هذه الحقوق تتمثل في النفقة وحرية التصرف في مالها.

آ.- النفقة الشرعية:

كانت المادة 37 في فقرتها الأولى قبل إلغائها سنة 2005 تنص صراحة على أنه "يجب على الزوج ناحية زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها". ولكن رغم إلغاء هذه المادة، فإن نفقة الزوجة تجب على الزوج بحكم المادة 74 من قانون الأسرة متى توفرت الشروط التي أوردتها المشرع من حيث إتمام الدخول بالزوجة (1.-)، وتقديرها (2.-)، وأسباب سقوطها (3.-)، مع تحديد مصير الزوج في حالة عدم الإنفاق على زوجته (4.-).

1. - إتمام الدخول بالزوجة أو بدعوتهما إليه ببينة

إن هذه النفقة تتمثل في السكن وكذلك في المأكل والملبس سواء كان الأمر يتعلق بالزوجة أو بالأولاد وكذلك سواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة وسواء كانت عاملة أو مائكة في بيتها لأن النفقة ثابتة على الزوج شرعا وقانونا.

2. - تقدير النفقة:

أما بشأن تقدير النفقة الزوجية نصت المادة 79 من قانون الأسرة على أنه "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، ونستخلص من النص أن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد أو تقدير النفقة الزوجية وينبغي عليه أن يراعي في ذلك ظروف الزوجين وكذلك مستوى المعيشة الساري به العمل في البلاد. وهذا ما أكدته المحكمة العليا (المجلس الأعلى آنذاك) في قرارها الصادر في 10/02/1986 على أنه "تقدير النفقة هو أمر موكول إلى قابل الموضوع على أساس إمكانيات الزوج المادية والاجتماعية بعد مراعاة العادة والعرف والأسعار الجارية في البلد"؛ وأن تاريخ سريان النفقة في هذه الحالة يبدأ من يوم رفع الدعوى استنادا على المادة 80 من القانون ذاته. غير أنه يمكن للقاضي أن يحكم بها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى (نفقة الإهمال).

ومن زاوية القانون، ينبغي بشأن هذه المسألة التفرقة بين أمرين:

الأمر الأول إذا كانت الزوجة غير مقتنعة بالنفقة المقدرة من القاضي هنا لها الحق في طلب الاستئناف وهو أمر جائز شريطة أن لا تكون مدة الاستئناف قد انقضت وهي شهر من يوم التبليغ.
الأمر الثاني والمتمثل في المطالبة بإعادة النظر في التقدير للنفقة في هذه الحالة لا يمكن رفع الدعوى من أجل ذلك إلا بعد مضي سنة من صدور الحكم.

3. - أسباب سقوط النفقة :

طبقا للنصوص القانونية فإن النفقة تعتبر من الديون الممتازة وليس من حق الزوج أن يتخلى عنها غير أن هناك أسباب أين يمكن للقضاء فيها بإسقاط النفقة وهي على النحو التالي:

المعقود عليه بعقد باطل أو فاسد.

- الزوجة المرتدة: تسقط النفقة عن الزوجة المرتدة عن دينها.
- المرأة المحبوسة: وذلك لفوات الوقت الموجب للنفقة.
- الزوجة المسافرة بدون إذن زوجها: الزوجة التي خرجت عن طوع زوجها.
- الزوجة الناشز: يسقط حقها في النفقة ولكن بالنشوز لا يكون إلا بحكم قضائي أي يرفع دعوى بأن هذه الزوجة تكون ناشزا، مثلا: الزوج طلب الرجوع إلى بيت الزوجية وحكم له بذلك، فقام بتبليغ الحكم للزوجة عن طريق المحضر ويكون ذلك عن طريق المعاينة.

4. - مصير الامتناع عن إنفاق الزوج على زوجته :

في حالة ما إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بدون سبب لا قانوني ولا شرع، فإن للزوجة الحق بعد استصدار حكم إلزامية الزوج بالإنفاق عليها وعلى أولادها. كما لها الحق في تقديم شكوى إلى وكيل الجمهورية من أجل تحريك دعوى عمومية وفقا لما نصت عليه المادة 331 قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة 06 أشهر إلى ثلاث 03 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تجاوز شهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعها، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/01/23 على الشروط الخاصة برفع الدعوى الجزائية وهي على النحو التالي:

ضرورة الحصول على حكم مدني صادر عن قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة والقاضي بإلزامية

الزوج بدفع النفقة لزوجته؛

أن يبلغ الحكم إلى الزوج ويمتنع رغم ذلك عن تنفيذه على أساس تقرير محضر قضائي.

أن يصبح هذا الحكم حائز على قوة الشيء المحكوم فيه.

أن لا تكون الزوجة عاملة بإعسار زوجها وقت إبرام عقد الزواج

ب. - الذمة المالية المستقلة

كمبدأ عام أخذ المشرع باستقلال ذمة الزوجة عن ذمة زوجها في الفقرة الأولى من المادة 37 المعدلة من قانون الأسرة، وذلك بالتنصيص صراحة على أن "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. وبناء على هذا المبدأ، نستخلص أن الزواج ليست له أي انعكاسات على أموال الزوجة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية أو قبلها، وأن هذه الأموال تدخل في طياتها العقارات والمنقولات، مهما كان عنصر اكتسابها لهذه الأموال، سواء عن طريق عملها أو الميراث أو الهبة، الخ.

وهو ما تؤكدته مثلا المادة 14 من قانون الأسرة بقولها أن الصداق هو ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء. كما أن لها القيام، على منوال زوجها، بجميع المعاملات التجارية وغيرها التي من شأنها تثري ذمتها المالية في المجالين العقاري والمنقول، كالبيع والشراء، بحيث لها أن تتصرف في هذه الأموال بإرادتها المنفردة ولا دخل لإرادة الزوج ولا لإذنه في ذلك، بل ورغم ذلك، فهو مجبر على الإنفاق عليها وفقا لما نصت عليه المادة 74 من قانون الأسرة.

مما لا شك فيه أن آثار الزواج لا تنحصر في الزوجين، بل تنصرف كذلك إلى الأولاد، منها خاصة النسب.

المبحث الخامس

النسب.

بالنسبة للنسب يقتضي الأمر التفرقة بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطء بشبهة (المطلب الأول)، وكذلك بالإقرار (المطلب الثاني) وبالبينة (المطلب الثالث)، كما يمكن أن تحمل الزوجة عن طريق التلقيح الاصطناعي وينجم عنه ثبوت النسب (المطلب الرابع).

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبالزواج الفاسد وبالوطء بشبهة

يثبت النسب بالزواج الصحيح إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المواد من 41 إلى 43 من قانون الأسرة (الفرع الأول)، كما يثبت النسب في حالة الزواج الفاسد بعد الدخول (الفرع الثاني)، وبالوطء بشبهة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

حدد المشرع الشروط الواجب توافرها في ثبوت النسب في حالة الزواج الصحيح، وهي كما

يلي:

آ. - إمكانية الاتصال بين الزوجين:

تنص المادة 41 من قانون الأسرة على أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، ومن ثم، فإن عدم تلاقي الزوجين لا يثبت به النسب بحيث إذا حملت الزوجة وقت وجود زوجها مثلاً في السجن لمدة أكثر من عشرة أشهر، ففي هذه الحالة لا يثبت نسب الولد لزوجها، وذلك راجع لعدم الاتصال بين الطرفين وكذلك الأمر بالنسبة للزوج المسافر. غير أن ما يعاتب على المشرع وهو أنه قد اشترط اتصال الزوجين أي المخالطة الجنسية بينهما لثبوت النسب، علماً أنه قد نص في المادة 45 مكرر من القانون ذاته على أنه "يجوز للزوجين اللجوء إلى

التلقيح الاصطناعي"، الذي لا يشترط فيه بل لا يتم فيه اتصال الجنسين خاصة إذا تعلق الأمر بأطفال الأنايب.

2. - عدم نفي الولد بالطرق المشروعة:

في حالة ما إذا نفى الزوج الحمل الموجود في رحم زوجته بالطرق المشروعة، فإن الولد، في هذه الحالة، لا ينسب إليه، وذلك بسبب اتهام الزوج زوجته بارتكابها لجريمة الزنا وأن الحمل الذي في بطنها جاء نتيجة لعلاقة غير شرعية.

ومن الجانب العملي، ذهب القضاء إلى الحكم بأنه ينبغي على الزوج، في حالة النفي، أن يرفع دعوى اللعان بمجرد العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/10/20 على أنه "من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا...". وهو ما سبق للمحكمة ذاتها أن تقضي به في قرار لها بتاريخ 1997/10/28 بأنه "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل".

وقد أضاف تعديل 2005 الفقرة الثانية من المادة 40 التي أصبحت تنص على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وهذه الطرق تتمثل أساسا في البصمة الوراثية. ولكن ما يعاتب على المشرع عند نصه في هذه الفقرة أن استعمال هذه البصمة كوسيلة لإثبات النسب فقط دون نفيه، لأن غالبا ما يثار الإشكال بالنسبة لنفي النسب بدلا من إثباته.

وتطبيقا لذلك التعديل، جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05 بأنه "ينبغي الإشارة إلى أن المادة 40 تضمنت حالتين للنسب، الحالة الأولى تتعلق بـ"إثبات النسب" في حالة العلاقة الشرعية المتمثلة في الزواج الشرعي والذي لا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان..."، وهو ما أكدته في قرار لها بتاريخ 2012/03/15 من حيث المبدأ "أن عدم قيام الزوج بنفي نسب بنته المولودة أثناء العلاقة الزوجية، بالطرق المشروعة، يحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

3.- ولادة الولد بين أدنى مدة للحمل وأقصاها:

تنص المادة 42 من قانون الأسرة على أن "أقل مدة للحمل 06 أشهر وأقصاها 10 أشهر"، وأن الحد الأدنى للمدة يبدأ من تاريخ إبرام الزواج وأن الحد الأقصى يبدأ، تنفيذاً للمادة 43 منه، من تاريخ الانفصال أي من تاريخ الحكم بالطلاق أو البطلان أو الفساد أو من تاريخ وفاة الزوج، وهو ما أكدته المادة 60 من القانون ذاته.

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالزواج الفاسد.

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على أن النسب يثبت "... بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، و33، و34 من هذا القانون"، وتنص المادة 34 على أنه "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء". ومن ثم، فإن المشرع الجزائري وحفاظاً على مصلحة الطفل، فإنه لم يفرق بين سوء نية الزوج وحسنها عند إبرام عقد الزواج، بل جاء بقاعدة عامة تطبق في جميع الحالات. ومن ثم، فإنه لم يأخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي من حيث أن زواج المسلمة بغير المسلم لا يثبت فيه النسب إذا كان هذا الأخير عالماً بالمنع، بل أكدت النصوص أعلاه أن النسب، طبقاً للمبدأ العام، يثبت في الزواج الفاسد بصرف النظر عن نية الزوج.

غير أن المحكمة العليا قد اعتبرت في قرارها الصادر في 19/05/1998 بأنه "من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر... وأن الزواج وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل، وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني،... وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني...، مع أن الزواج الثاني باطل شرعاً، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية...". هل يفهم من هذا القرار أن الزواج الباطل لا يثبت به النسب بحكم أن الحمل جاء نتيجة لارتكاب جريمة الزنا؟

الفرع الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة.

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون". ولا مناص من القول أن مصطلح "نكاح الشبهة" الذي تبناه المشرع ليس في محله، إذ كان عليه أن يفرق بين عبارة "النكاح بشبهة" وعبارة "الوطء بشبهة"، لأن استعمال مصطلح النكاح من قبله ينصرف إلى الزواج ومن ثم لا يمكن القول بأن يثبت النسب بالنكاح بشبهة لأن النكاح في هذه الحالة يعتبر فاسدا وقد نص عليه المشرع في الشطر الثالث من المادة 40 أعلاه عندما نص على أنه "...أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

ويضرب الفقه الإسلامي مثلا في هذا الصدد بالشخص الذي دخل حجرة نومه وقام بوطء المرأة الموجودة في سريره معتقدا بأنها زوجته فإذا بها غير ذلك (شبهة في المحل)، كما يمكن أن تكون الشبهة في العقد كحالة الدخول بالمطلقة ثلاثا معتقدا أنها تحل له؛ أو الشبهة في الفعل وهي الحالة التي تزف فيها للرجل امرأة قيل له أنها المعقود عليها وهي في الواقع غير ذلك. وخلافا لما كان مقرر على مستوى المحكمة العليا، جاءت في قرار لها بتاريخ 2011/05/12 بأن "الاغتصاب الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه، ويكيف بكونه نكاح شبهة".

وللتذكير أن المخالطة الجنسية في حالة الشبهة تعد واقعة مادية وأن تكييفها يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو الذي يقرر وجودها من عدمها مع التسبب الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا بدلا من الواقعة في حد ذاتها.

المطلب الثاني: ثبوت النسب بالإقرار.

لقد حذا المشرع الجزائري حذو الفقه الإسلامي من حيث اعترافه بثبوت النسب عن طريق الإقرار وأن هذا الأخير يختلف اختلافا جذريا عن التبني لأنه لا يتم إلا إذا كانت هناك علاقة زوجية بين الطرفين. أما التبني الذي منعه المادة 46 من قانون الأسرة هو إلحاق الطفل المكفول بلقب الكافل وهو محرم شرعا. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/03/05 على أن "إلحاق

النسب الذي لا يكون إلا في العلاقة غير الشرعية كالزنا المحض أو الإكراه على الزنا (هتك العرض) وهو ما يعبر عنه بالاغتصاب".

وتطبيقاً لهذا الاتجاه، أقر المرسوم التنفيذي 92-24 الصادر في 13/01/1992 بإمكانية تقديم طلب تغيير اللقب باسم الولد القاصر ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي (الكافل)، وذلك مع بعض الشروط من حيث أنه ينبغي أن يكون القاصر مجهول النسب من الأب، وأن تكون الأم، إذا كانت معلومة، قد وافقت على ذلك صراحة وبطريقة رسمية. ونتيجة لذلك، وبناء على المادة 5 من المرسوم ذاته "تصحح في هذه الحالة عقود الحالة المدنية لصاحب اللقب الجديد وأولاده القصر بناء على طلب وكيل الجمهورية لمحل السكن".

وبالرغم من هذا التغيير في اللقب، اشترط على أن تتم كتابة اللقب الأصلي للمكفول في ذيل عقد ميلاده، علماً أن هذا -التبني البسيط- لا يرتب الحقوق الأخرى التي يربتها عقد الزواج من حيث موانع الزواج والميراث. وبالمقابل، تنص المادة 123 من قانون الأسرة على أنه "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة".

وإذا رجعنا إلى الإقرار، نجد أن المشرع قد فرق بين نوعين من الإقرار وهما الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة (الفرع الأول)، والإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة:

وهو الإقرار الذي يقر فيه الشخص بأن الولد أبوه، أو ابنه، أو أقرت الأم بأنه ابنها أو أقر الولد بأنها أمه. وهذا النوع من الإقرار يشترط فيه كمي يرتب آثاره الشروط التالية (المادة 44 أسرة):

1. - أن يكون المقر عاقلاً (المادة 222 أسرة)

2. - أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب ولو في مرض الموت.

3. - أن يصدق العقل أو العادة، وأن الفقه الإسلامي في هذه الحالة وتفسيرها لهذا الشرط قد حدد الفرق من حيث السن بين الطرفين على أن يكون من الأمور التي يصدقها العقل، فهناك من حدد الفرق بين الأب والابن ب 11 سنة وهناك من حدده بأكثر من ذلك.

4. - ويضف الفقه الإسلامي، من جهة، أن يصدق المقر له، البالغ سن التمييز، المقر بما ادعى به، وأما إذا كان غير مميزا، فلا حاجة لتصدقه ويتقرر نسبه من المقر، ومن جهة أخرى، ألا يصرح المقر بأن الشخص، محل الإقرار، ولد نتيجة لعلاقة غير شرعية بحكم أن ابن الزنا لا ينتسب لأبيه الطبيعي. ومن زاوية التطبيق، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2015/03/12 بأنه "المطعون ضده سجل باسم مورث الطاعنين بموجب شهادة الميلاد الصادرة عن الحالة المدنية لبلدية خنشلة...، فإن ذلك يعد إقرارا بأبوته وأن ثبوت النسب بالإقرار لا يشترط فيه ثبوت العلاقة الزوجية بين مورث الطاعنين ووالدة المطعون ضده".

وهو ما أكدته في قرارها الصادر في 2016/12/07، حينما اعتبرت بأن "الإقرار بنسب البنت من طرف الزوج ولم ينف نسبه منه بالطريق الشرعي (اللعان) ومن ثم تسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية، يجعل نسب البنت ثابتا بالإقرار، ... وصار بمنأى عن أي نفي أو إبطال... طالما أنها مجهولة النسب ولم يثبت أن من سجلت باسمه قال أنها من زنا أو أنه تبناها... ومن ثم أن الحكم المؤيد بالقرار القاضي برفض دعوى إبطال النسب وإسقاطه، توفرت له الحجية وفقا لنص المادة 338 من القانون المدني ويمتنع معه إعادة طرح النزاع لا من الأب نفسه ولا من ورثته بعد وفاته ولا يجوز قبول أي دليل يدحض قرينة قوة الشيء المقضي به...".

الفرع الثاني: الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة (المادة 45 أسرة):

والمقصود بذلك، فإنه يمكن أن يكون الإقرار بالأخوة أو بالعمومة وغيرها، وزيادة على الشرطين السابقين لقد أضاف الفقه الإسلامي شرطا آخر متمثل في موافقة المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار، بمعنى إذا ادعى شخص بأن فلان أخاه يشترط في هذه الحالة حتى يرتب الإقرار أثره أن يوافق

الأب على ذلك ويقره. وإذا كان المقر له راشداً، فله الخيار أن يوافق أو لا يوافق على هذا الإقرار، وفي كل ذلك لا ينبغي ادعاء المقر بأنه مقر عليه ابن زنا.

إن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 4/64 من قانون الحالة المدنية على أن الشخص اللقيط المولود من أبوين مجهولين والذي لم ينسب له المصرح أي اسم، يمنح له ضابط الحالة المدنية مجموعة من الأسماء على أن يكون آخرها لقبه. وللإشارة أن ابن الزنا ينسب لأمه من الناحية الشرعية إذا كانت معلومة النسب، فيأخذ لقبها ويرث منها وترثه.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالبينة

إذا نص المشرع على ثبوت النسب بالزواج، وبالوطء بشبهة وبالإقرار، فإنه يثبت كذلك بالبينة وفقاً لما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة. والمقصود بالبينة هي الشهادة، ويعتد هنا بشهادة الرجلين أو شهادة رجلين وامرأتين، مع هذا الفارق إذا تعلق الأمر بإثبات الولادة، فإن شهادة امرأتين كافية في هذه الحالة، وقرر ذلك كله حماية للأنسب.

كما أن شهادة السماع يعتد بها في ثبوت النسب، بحيث من المقر شرعاً أن الزواج - ومن ثم ما ينجم عنه من آثار من حمل وغيره - يثبت بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين (مجلس أعلى 1989/03/27)، بحيث فإن قضاة الموضوع الذين أثبتوا الزواج بناء على شهادة الشهود ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الولدين باسم أيهما أثناء حياته دون أن يعترض على ذلك يكونوا قد طبقوا القانون صحيحاً (محكمة عليا، 1991/04/23).

وإلى جانب ذلك، يمكن إثبات النسب بكل الوثائق الرسمية من شهادة الميلاد، أو شهادة الحالة العائلية، الخ. كما يمكن إثباته بالطرق العلمية، منها خاصة البصمة الوراثية التي أصبح المشرع يعتد بها وفقاً لما نصت عليه المادة 40 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة.

المطلب الرابع: ثبوت النسب في حالة الحمل عن طريق التلقيح الاصطناعي

أجاز المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الناتج عنه الحمل ومن ثم النسب الشرعي، وعلق المشرع صحته في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والمادة 371 من قانون الصحة لسنة 2018 بالشروط التالية:

آ. - أن يكون الزواج شرعياً،

بمعنى يشترط في الزواج في حالة التمسك بهذه الوسيلة للحمل أن تكون العلاقة بين الرجل والمرأة علاقة زواج متوفرة على ركن الرضا وشروط الصحة المنصوص عليها في المادتين التاسعة والتاسعة مكرر من قانون الأسرة. ويستخلص من هذا الشرط، أنه لا مكان للعلاقة الحرة بين الطرفين في هذا المجال.

ب. - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

ما دام أن المشرع قد نص في المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة على أن التشاور في تسيير شؤون الأسرة، فإنه ينبغي حتماً أن يتم التلقيح إلا برضا الزوجين بحيث لا يمكن أن ينفرد الزوج باللجوء إليه دون رضا الزوجة. زيادة على ذلك، يشترط، على منوال ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، أن تتم عملية التلقيح أثناء حياة الزوجين، بمعنى لا يجوز اللجوء إلى التلقيح بعد وفاة الزوج حتى ولو زالت المرأة المطلقة في عدتها.

ج. - أن يتم التلقيح بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

والمقصود بهذا الشرط أن تدخل الغير في عملية التلقيح ممنوعة، سواء تعلق الأمر بمبي الغير أو بويضة رحم امرأة أخرى ولو كانت زوجته الثانية في حالة التعدد.

ح. - يمنع اللجوء إلى الأم البديلة،

بمعنى أن المشرع نص صراحة على أن الحمل بواسطة الغير ممنوع قانوناً وذلك حتى ولو في حالة حمل الأم البديلة بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة.

كما أجازت المادتان 370 و371 من قانون الصحة لسنة 2018، على أن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب يتم إلا في حالة العقم المؤكد طبيًا، وعن طريق تنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي.، وذلك بطلب كتابيا من الزوجين الذين ينبغي تأكده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية. وزيادة على ذلك، منعت المادة 375 من القانون ذاته كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس.

وبتوافر هذه الشروط مجتمعة ونتج عنها حمل الزوجة، فإن المولود ينتسب إلى أبيه مع كل الآثار المترتبة عنه.

الفصل الثاني انحلال الزواج بواسطة الطلاق

المبحث الأول التفرقة بين البطلان والطلاق وأنواع الطلاق

المطلب الأول: أوجه التفرقة بين الطلاق والبطلان

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 47 من قانون الأسرة على أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، غير أن الرابطة الزوجية تنحل كذلك بالبطلان الذي يختلف في عدة أمور عن الطلاق، وأن هذا الاختلاف يتمثل في النقاط التالية:

آ. - الطلاق لا يقع إلا في الزواج الصحيح، أما البطلان لا يكون إلا في عقد الزواج الذي تم مخالفا لأحكام ونصوص قانون الأسرة.

ب. - حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما البطلان فلا يعتد به ومن ثم فلا ينقص من ذلك العدد.

ج. - بطلان عقد الزواج يقطع الرابطة الزوجية في الحال ولا يترتب عليه أي أثر إذا لم يدخل بها بعد، أما في الطلاق للمرأة بعض الحقوق حتى وإن لم يدخل بها كحقها في نصف المهر قبل الدخول، بل ويتأكد لها المهر كله في حالة الخلو الصحية التي لا يعتد بها في حالة الزواج الباطل.

ح. - رفع دعوى البطلان تختلف باختلاف نوعيته فإذا كان بطلانا مطلقا فيجوز رفع الدعوى في هذه الحالة من كل من كانت له مصلحة في ذلك وكذلك من قبل القاضي من تلقاء نفسه بل يجوز للنيابة العامة التدخل في هذه المسألة، أما إذا كان بطلان نسبي فهنا حق رفع الدعوى يبقى محصور لمن قرر البطلان لمصلحته. بينما الطلاق هو حق مقرر للزوجين فقط، حيث قضى المجلس الأعلى في قرار له

بتاريخ 14/02/1983 "بأن حكم قضاة الموضوع بالطلاق بين الزوجين دون أن يطلب منهم ذلك، وبحسبه فإنهم لم يعطوا لقرارهم في جزئية الطلاق أساسا شرعيا".
خ. - في الشريعة الإسلامية لمن طلق زوجته طلاقا رجعيا أن يراجعها من دون عقد مادام عدتها لم تنته بعد، أما في البطلان فالعقد ينحل ولا يجوز للزوج أن يتزوج بها إلا بعقد جديد.

المطلب الثاني : أنواع الطلاق

الفرع الأول: الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

يقصد بالطلاق الرجعي هو أنه يجوز للزوج أن يراجع زوجته التي طلقها شريطة أن لا تكون قد انقضت عدتها وذلك بدون عقد جديد ولا مهر جديد. ويقابل الطلاق الرجعي الطلاق البائن ويكون هذا الأخير في الحالات التالية:

1- الطلاق قبل الدخول.

2- الطلاق على مال أو ما يسمى بالخلع.

3- عندما تكون الطلقة مكملة للطلقة الثالثة.

ولقد أضاف الفقه الحنفي الحالتين التاليتين بشأن الطلاق البائن:

- إذا وصفه الزوج بأنه طلاق بائن كأن يقول لها أنت مطلقة طلاقا بائنا.

- إذا قرن الطلاق بأفعال تدل على بينونة.

أما من زاوية القانون تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح"...، وتكملة لذلك، تنص المادة 50 منه على أنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، بتنسيق هذين النصين، يتضح لنا أن المشرع لم يأخذ بالطلاق الرجعي وإنما أخذ فقط بالطلاق البائن بحيث أن الطلاق لا يقع في نظره إلا بحكم قضائي، ومتى صدر ذلك الحكم، فإنه لا يمكن للزوج إرجاع زوجته إلا بعقد جديد. كما أن المادة 61 تنص على أنه "لا تخرج الزوجة المطلقة... من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها...".

وتعليلًا لهذا التفسير، جاء المشرع في المادة 60 أن "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق...". وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1999/06/15 "ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر...، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصاها مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق...". كما تبنت المحكمة ذاته هو الموقف في قرارها الصادر في 1991/02/20 حينما عبرت بأن رجوع الزوجة أثناء محاولة الصلح يختلف عنه بعد صدور الحكم بالطلاق، بحيث قضت بأنه " من المقرر قانونا أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". ولكن ما يعاتب على المشرع الجزائري وهو أنه رتب آثار الطلاق الرجعي على الطلاق البائن فيما يتعلق بالميراث، بمعنى لو طلقت المرأة بحكم قضائي، فإن لها الحق في الميراث مادامت عدته الم تنقض بعد وكذا الشأن بالنسبة للزوج (المادة 132 أسرة)

ونتيجة للحكم بالطلاق البائن، فإن يرتب عنه الآثار التالية:

- زوال الاستمتاع بين الزوجين؛
- ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج؛
- يمنع في الشريعة الإسلامية، خلافا للتشريع الجزائري، التوارث بين الزوجين حتى ولو توفي أحدهما وهي لا زالت في عدتها، علما أن المادة 132 سالفه الذكر تنص صراحة على أنه "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

الفرع الثاني: الطلاق الثلاث:

إذا نطق الزوج بالطلاق مقترنا ذلك بالثلاث قولاً أو فعلاً فهو طلاق بدعي، ولكن هل يقع به الطلاق؟ للإجابة على ذلك، فقد تضاربت آراء الفقهاء إلى ثلاث اتجاهات:

يرى بعض الشيعة الجعفرية أن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع به الطلاق لأنه غير مشروع كونه منهي عنه. بينما يرى جمهور الفقهاء بأن هذا النوع من الطلاق يقع ومن ثم إذا اقترن بلفظ الثلاث

يعتبر طلاق ثلاث. أما الرأي الثالث يرى بأن الطلاق المتكرر أو المقترن بعدد لا يقع به إلا طلاقة واحدة.

أمام هذا التضارب والتعارض في الآراء الفقهية، نص المشرع في المادة 51 من قانون الأسرة على أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". يفهم من صراحة هذا النص أنه بالتنسيق بين هذه المادة والمادة 49 سالفه الذكر أن الطلاق في نظر المشرع الجزائري لا يقع ثلاثا إلا بعد صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية، بمعنى أن يطلق الزوج زوجته في المرة الأولى ثم يراجعها ثم يطلقها في مرة ثانية ثم يراجعها ثم يطلقها في المرة الثالثة، ففي هذه الحالة نكون أمام الطلاق الثلاث. أما إذا كان الطلاق بلفظ الثلاث كأن يقول الزوج لزوجته أنت مطلقة طلاقا ثلاثا أو عن طريق الإشارة هنا لا يقع الطلاق إلا طلاقة واحدة شريطة أن يكون القاضي قد نطق به.

وهذا يستخلص كذلك من القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) بتاريخ 1985/04/08 حيث جاء فيه "الطلاق إذا كان بلفظ الثلاث، فإنه ينصرف إلى طلاقة واحدة بائة". ولكن، خلافا لهذا الموقف، قضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 1998/02/17 بأنه "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يمكن أن يراجع من طلقها مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنه بعد البناء.

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا وأنه لهذا السبب تحرم عليه إرجاعها، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن".

الفرع الثالث: الطلاق السني والطلاق البدعي:

الطلاق السني هو الذي يتم وفقا للسنن النبوية، أما الطلاق البدعي هو الذي يتم مخالفا لما قرره الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يكون في الحالات التالية:

آ. - إذا طلق الزوج زوجته طلاقا ثلاثا في لفظ واحد.

ب. - إذا طلق الزوج زوجته وهي حائض أو نفساء أو في طهر واقعها فيه.
إذن، الطلاق السني هو الذي يتم في طهر المرأة قبل أن يتم الوطء بينهما وبطلقة واحدة.
ما حكم الطلاق البدعي؟

هذا النوع من الطلاق هو حرام ومن يوقعه يكون آثماً وهذا ما استقر عليه الفقه الإسلامي، ولكن هل يقع؟ يرى جمهور الفقهاء بأن هذا النوع من الطلاق يقع، بينما يرى جانب من الفقه المتمثل في الجعفرية بعدم وقوعه لأن النهي عندهم يدل على الفساد فلا يترتب عليه أثر، وأمام هذين الرأيين، فإن ما هو مستقر عليه قضاء في الجزائر أن الطلاق البدعي يقع لأن أثناء إجراءات التقاضي فالتقاضي غير مجبر بمعرفة عما إذا رفع الزوج دعوى الطلاق في طهر زوجته ولم تتم فيه المخالطة الجنسية بينهما. وهذا يستخلص من القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/03/11 بأنه "...الحيض ليس مانعاً من الحمل فالاعتماد على إبطال دعوى المطعون ضدها على أنه وقت طلاقها كانت حائضاً ليس دليلاً شرعياً على أن رحمها كان غير مشغول بجنين...". وبمفهوم المخالفة، يقتضي الأمر القول بأن الطلاق التام على المرأة الحائض يقع من جهة الاجتهاد القضائي.

المبحث الثاني

الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي

أجاز المشرع للزوج وللزوجة أن يطلب الطلاق، وذلك في حالة إنفراد الزوج بطلبه (المطلب الأول)، أو في حالة طلبه من قبل الزوجة معتمدة في ذلك على الخلع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

تنص م 48 ق.أ على أنه "مع مراعاة أحكام المادة 49 أذناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...". بناء على هذا النص، فإنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته على أساس رفع دعوى قضائية ولسبب من الأسباب التي يدعيها ويكون ذلك وفقاً للشروط التالية:

آ. - أن يتم رفع الدعوى أمام مكان وجود المسكن الزوجي (المادة 426 من ققانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ب. - أن تكون المرأة التي يقع عليها الطلاق مرتبطة بصاحب الدعوى بعقد زواج صحيح.

ج. - أن يكون الزوج راشدا وأهلا لإيقاع الطلاق، وبمعنى أدق أن يكون بالغا 19 سنة كاملة ومتمتعا بكل قواه العقلية وغير محجور عليه، والملفت للانتباه في هذه الحالة هو أن الترخيص بالزواج المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة 7 المعدلة لا يرشد الزوج من أجل رفع دعوى الطلاق. وفي هذا السياق، تنص المادة 437 من ق.إ.م.إ. على أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة".

ح. - إجراء محاولات الصلح من قبل القاضي بين الطرفين (المادتان 49 أسرة و 439 إجراءات). وللإشارة كان المشرع الجزائري ينص في المادة 49 قبل تعديلها من قانون على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح". وتطبيقا لهذا النص القانوني، كانت القرارات الصادرة عن المحكمة العليا متضاربة بعضها البعض، بحيث منها من اعتبرت محاولة الصلح ليست بالإجراء الجوهري في حالة الحكم بالطلاق، في حين ذهبت قرارات أخرى إلى عكس ذلك. وهذا يظهر بجلاء من جهة من القرار الصادر عنها بتاريخ 1985/06/03 لما قضى بأن "النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات وعدم كفاية الأسباب تأسيسا على أن محاولة الصلح لم تتم بين الطاعنة وزوجها في غير محله ويستوجب رده". ومن جهة أخرى، قضت، خلافا لذلك، في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18، "ولما كان من الثابت، في قضية الحال، أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون"، وهو ما أكدته في قرار لها بتاريخ 1994/01/18.

وأمام هذا التضارب في القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، جاء التنصيص في المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ق.إ.م.إ. على أن "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية". وفي هذه الحالة، فإنه ينبغي على القاضي القيام بتلك المحاولات في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر

ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وفي الأخير ينبغي عليه كذلك تحرير محضر يبين فيه ما قام به والنتائج المترتبة على محاولات الصلح.

والجدير بالملاحظة، فإن الزوج، طالب الطلاق، مجبر على حضور جلسة الصلح، بحيث قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/01/14 بأن "اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا الذي طلب فك الرابطة الزوجية جلسة الصلح وإبداء طلباته وفي حالة غيابه ترفض دعواه...".

وما ينبغي الإشارة إليه هو أن عدد محاولات الصلح تخضع لسلطة القاضي فهو الذي يقدر، بناء على الوقائع المستخلصة من أول جلسة، إذا كان هناك تردد بين الطرفين فيما يتعلق بفك الرابطة الزوجية، إذ قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2014/03/13 بأنه "استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا على خضوع محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه".

وتبعا للإجراءات المعمول بها في هذا المجال، فإن المحامي لا يحضر جلسة محاولة الصلح، بينما يمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح (المادة 2/440 إجراءات). وإذا تعذر على أحد الزوجين الحضور، فإنه يمكن للقاضي أن يحدد ميعاد آخر للصلح أو أن يعين قاضيا آخر لسماع الزوج المتغيب (المادة 1/441 إجراءات). وفي حالة غياب أحد الزوجين بدون مانع رغم تليغه شخصيا يحجر القاضي محضرا بذلك (المادة 2/441 إجراءات) أما إذا تم الصلح بين الزوجين، يتم تحرير محضر من قبل أمين الضبط تحت إشراف القاضي، ويعتبر نتيجة لذلك محضر الصلح سندا تنفيذيا (المادة 1/443 و3 إجراءات).

وإذا لم يفلح القاضي في إصلاح البين بين الزوجين، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى (المادة 4/443 إجراءات). غير أن هذا النوع من الطلاق يقيد سلطة القاضي، بحيث يقع حتى ولو لم يسبب الزوج دعواه أو بناها على سبب لا معنى له شرعا وقانونا، وهي الحالة التي يكون فيها الطلاق طلاقا تعسفيا. وهذا يظهر بجلاء من القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15 بقولها "الطلاق بالإرادة المنفردة دون ذكر الأسباب يعد طلاقا صحيحا".

إذن، فما على الزوجة أمام هذه الحالة إلا الامتثال لرغبة الزوج والمطالبة بالتعويض حيث تنص المادة 52 من قانون الأسرة على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، شريطة أن تطلبه الزوجة المطلقة إذ لا يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه. وأن "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاء الموضوع بها دون غيرهم" (محكمة عليا، 2006/07/12). وأن للزوجة الحق في التعويض حتى ولم يتبع الزواج دخولا، وذلك بسبب تفويت فرصة الزواج من الغير عليها (محكمة عليا، 2006/11/15).

وما يجب ملاحظته بأن "التعويض المحكوم به لصالح المطلقة (المطعون ضدها) يدخل ضمن تقديرات قاضي الموضوع وأن الخلط الذي أثاره الطاعن بشأن التعويض المحكوم به لصالح المطعون ضدها بموجب حكم جزائي عن جرم الإهمال العائلي والتعويض المحكوم به لصالحها بعد الحكم بالطلاق لا يمكن اعتباره تعويضين عن واقعة واحدة ولا يمكن المزج بينهما باعتبار أن الدعوى الجزائية مستقلة عن دعوى الطلاق التي ينجر عنها التعويض للمطلقة..." (محكمة عليا، 2006/07/12).

زيادة على ذلك، فإن الطلاق الذي يوقعه الزوج وينطق به القاضي وكان الزوج في مرض الموت، فإن الطلاق يقع ولكن لا يجرم الزوجة من حقها في الميراث، وذلك استنادا لما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/03/17 حيث جاء في إحدى حثياتها بأن "المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود".

والجدير بالملاحظة أن الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، على منوال جميع أحكام الطلاق، غير قابل للاستئناف بمقتضى المادة 57 من قانون الأسرة التي تنص بأنه "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وتكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

بينما يجوز، عملا بالمادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطعن بالنقض بناء على إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 358 من القانون ذاته، ويرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويتم تمديد هذا الأجل إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. ولكن، خلافا لما قرره المادة 361 منه، تنص المادة 452 من القانون ذاته على أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم الناطق بالطلاق، علما أن المادة 361 أعلاه تنص صراحة على أن الطعن بالنقض يترتب عنه وقف تنفيذ الحكم في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم.

المطلب الثاني : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة (الخلع)

سنقوم بطرح الإشكال الخاص بهذا النوع من الطلاق (الفرع الأول)، ثم سنتعرض إلى الشروط الواجب توافرها في الخلع (الفرع الثاني، وأخيرا، مقابل الخلع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: طرح الإشكال

تنص المادة 54 في صياغتها الجديدة من قانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، وعلى هذا الأساس، فإن الخلع، خلافا لما كان عليه في النص الأصلي، لم يصبح عقدا بين الزوجين بمقتضاه تعرض الزوجة على زوجها مبلغا من المال المعلوم والمتقوم شرعا مقابل طلاقها، وبقبول الزوج لهذا الطلب يقع الخلع أي الطلاق بينهما. وللعلم أن المادة 54 في صياغتها الأصلية كان يشوبها بعض الغموض، مما أدى إلى وجود نوع من التناقض بين الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، حيث قضت هذه الأخيرة مثلا في قرارها الصادر في 1985/12/02 على أنه "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج". في حين، وخلافا لذلك، قررت في قرار آخر بتاريخ 1992/07/21 على أنه "من المقرر قانونا بأنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون موافقته". وتأكيدا لموقفها هذا، قضت بتاريخ 1996/07/30 بأنه "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشرعية

الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا"، وفي قرار آخر بتاريخ 2005/07/13 بالقول أن "إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها...".

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في طلب الخلع

انطلاقاً مما سلف، فإن الخلع يتم بتوافر الشروط التالية :

- 1- لا يتم الخلع إلا في عقد الزواج الصحيح؛
- 2- أن يكون الزوج قد اتبعه دخولا. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/06/14 بأن "لا يمكن للزوجة أن تطالب بالخلع قبل الدخول بل يمكن لها المطالبة به فقد بعد الدخول وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية،...".
- 3- أن يتم دون موافقة الزوج، وهو ما قرره المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة وأكدته القرارات القضائية للمحكمة العليا؛
- 4- أن لا يكون الزوج، وفقا لما استقرت عليه آراء الفقه الإسلامي، قد أساء إلى زوجته وألحقها أضرار من جراء تصرفاته، ففي هذه الحالة، فإن الزوج هو الذي يرغب في أن يتخلص من زوجته ويريد من وراء ذلك الحصول على مقابل، لذلك فإنه يقع هنا الطلاق ولا يأخذ شيئا كمقابل مهما كان مهرها؛
- 5- يشترط في هذا النوع من الطلاق الأهلية الكاملة خاصة بالنسبة للزوجة التي يشترط فيها أهلية التصرف، أي أن تكون بالغة 19 سنة كاملة ومتمتعة بكامل قواها العقلية وغير محجور عليها؛
- 6- عدم مناقشة قيمة مقابل الخلع من قبل الزوج، فإنه لا يشكل مانعا للحكم بالخلع استنادا لقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2005/07/13 أعلاه؛
- 7- أن يقوم القاضي بإجراء محاولات الصلح وبحضور الطرفين. وتفسيرا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/01/14 بأنه "لما قضى قاضي أول درجة على مستوى محكمة الأغواط بالتطبيق

خلعا في قضية الحال دون إجراء محاولة الصلح بين طرفي النزاع، فإن قضاءه جاء مخالفا للقانون لما قرره المادة 49 من قانون الأسرة، ومن ثم يستوجب نقض وإبطال القرار الذي أغفل جلسة الصلح".
وللاشارة أن النيابة في جلسة الصلح غير قانونية، بل يستلزم حضور الطرفين هذه الجلسة. وهذا قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2008/01/16 بقولها "من المقرر قانونا أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولات الصلح، طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة، وأن هذا الإجراء أي محاولة الصلح بين الطرفين كاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين، ولا تصح فيه النيابة، ومتى تبين أن هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور، ويعد خطأ في تطبيق القانون، لاسيما المادة 49 من قانون الأسرة"

وتأكيدا لهذا الموقف،، قضت المحكمة ذاتها في قرار لها بتاريخ 2014/07/10 بأنه "يعد مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات القضاء بالخلع بالرغم من عدم حضور الزوجة جلسة الصلح واكتفائها بإبادة محاميها الوكيل عنها بوكالة رسمية...".، إذ أن السر "من حضور جلسات الصلح فضلا من محاولة إصلاح ذات البين هو تأكد المحكمة من إرادة الزوج في طلب حل عقد الزواج وفقا لنص المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة التأكد من أن هذه الإرادة صحيحة خالية من عيوب الإرادة وخاصة الإكراه؛"

8.- أن يعين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة (المادة 5/451 إجراءات). هل يفهم من هذا النص القانوني أنه يمكن للقاضي أن يرفض الخلع إذا تبين له أن الأسباب التي جاءت بها الزوجة تافهة ولا علاقة لها بفعالية الخلع من الناحية الشرعية؟
وإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة، على القاضي أن يحكم للزوجة بالخلع بمقابل الخلع.

الفرع الثالث: مقابل الخلع

المقصود بالمقابل هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها لقاء طلاقها ولا يمكن أن يكون هذا المقابل طبقا للمادة 54 من قانون الأسرة إلا مبلغا من المال سواء أكان من النقود أو الأوراق المالية وكذلك ينبغي أن يكون المقابل مالا معلوما ومتقوما شرعا.

غير أنه لا يجوز أن يكون مقابل الخلع حضانة الأولاد لأنه، من جهة علق المشرع على أن يكون مقابل الخلع مقابل مالي، ومن جهة أخرى، فإنه لا يجوز التصرف في حق الغير بينما يجوز أن يكون مؤجل المهر أو نفقة العدة. إذا كان الطلاق بالتراضي يسري ميعاد الطعن بالنقض من يوم النطق بالحكم م 434 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما إذا لم يتفقا الطرفان على المقابل المالي، تنص المادة 2/54 من قانون الأسرة على أنه "...يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي، فإنه ينبغي على القاضي عندما يحكم بالخلع أن يحدد في نفس الحكم قيمة المقابل المالي، ولا يجوز له الحكم بالخلع مع حفظ حق الطاعن في طلب مقابل الخلع، وهو ما قرره المحكمة العليا بتاريخ 2001/10/17 إذ اعتبرت أنه "بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع عندما قضى بالطلاق عن طريق الخلع وقضى بحفظ حق الطاعن في طلب مقابل الخلع، فإنه يكون قد جانب الصواب، لأن تحديد المبلغ مقابل الخلع هو عنصر أساسي من عناصر الطلاق بواسطة الخلع إذ يتعين في مثل هذه الحالة تدخل قاضي الموضوع في تحديد مبلغ الخلع إن لم يتفق الطرفان عليه...".

وفي قرار آخر أكدت المحكمة ذاتها بتاريخ 2006/10/11 في قضية تلخص وقائعها في أن الزوجة طلبت الخلع بناء على طلب احتياطي دون أن تعرض على زوجها بدل الخلع، واستجابت المحكمة لطلبها، على أن "القاضي ملزم بالقضاء به (مقابل الخلع) يوم النطق بالطلاق خلعا سواء اتفق الطرفان عليه أم لم يتفقا طبقا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة...".

وفي غياب النص التشريعي، يرى الفقه الإسلامي إذا خالعت المريضة مرض الموت زوجها على مال وقبلت، صح الخلع ولزمها المال. فإذا توفيت بعد انقضاء عدتها، استحق الزوج الأقل من "بدل الخلع و $\frac{1}{3}$ التركة"، أما إذا توفيت قبل انقضاء عدتها استحق الزوج الأقل من "بدل الخلع و $\frac{1}{3}$ التركة وميراثه منها".

ومن الجدير بالملاحظة أن الزوجة، طالبة الخلع، ليس لها الحق في التعويض ولا في نفقة الإهمال، بل أن المحكمة العليا قضت بإسقاط حقها كذلك في المهر المؤجل، حيث جاء في إحدى حيثيات

قرارها الصادر في 2017/01/04 بأنه "يتبين أن قضاة الموضوع مكنوا المطعون ضدها من مؤخر صداقها الذي أقر به الطاعن رغم أن المخالعة نفسها لا حق لها إلا في نفقة العدة مهما كان سبب الفرقة بينها وبين زوجها مما يجعل الوجه شديد ويتعين الاعتماد عليه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مؤخر الصداق...".

المطلب الثالث: الطلاق بالتراضي:

أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الطلاق ونص عليه في المادة 48 من قانون الأسرة، إذ أنه، طبقا لتسميته، يتم بموافقة الزوجين وبرضاهاما الكلي. وأهم ما يميز هذا النوع من الطلاق أنه يتم بدون خصام وبدون نزاع، تلاقيا بالإحسان وسيفترقان بالإحسان. إذن، فهو طلاق ودي بحكم أن الزوجين ظهر لهما أن مواصلة الحياة الزوجية بينهما أصبحت عسيرة لا تطاق، وبالتالي من المستحسن أن يتفقا على الفرقة بدون مشاكل وبدون مشاحنات. وأن الاعتراف به قانونا أكدته المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالتنصيص على أن "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

وقد سبق للقضاء الجزائري الأخذ به قبل صدور حتى قانون الأسرة، بحيث قضى مجلس قضاء تلمسان في قراره الصادر في 06 جويلية 1967 بأنه "لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يفترقا بتراضيها، وفقا لإرادتهما المشتركة، وأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا، بل يجد جوهره وأصله في الآيات 127 و129 من سورة النساء" (م.ج.ع.ق.إ.س.، 1968، عدد 4، ص. 1238-1242).

والجديرة بالملاحظة أن الطلاق بالتراضي قد يرجع سببه، في بعض الحالات، إلى عيب وجد في أحد الزوجين يجعل مواصلة العشرة والحياة الزوجية أمر لا يطاق وأنهما لا يردا الإعلان عنه للعامة، بل باتفاقهما على فك الرابطة الزوجية بهذه الطريقة قد يصون أخلاقهما حماية لحياتهما الخاصة وعدم تفشي أسرار علاقتهما الزوجية.

ومن المحاسن النسبية لهذا النوع من الطلاق، فإنه لا يؤثر، خلافاً للطلاق بالإرادة المنفردة، على تربية الأولاد فيما يتعلق بعلاقتهم مع والديهما، عنصر الانتقام فيه سلمي، إذ لا يمكن أن نتصور فيه من حيث المنطق تحريض الأولاد من قبل أحد الأبوين على الآخر.

وهذا النوع من الطلاق لا يقع إلا إذا توافرت فيه، زيادة على صحة عقد الزواج، الشروط

التالية:

آ.- أن يتم بناء على طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط (المادة 428 إجراءات)، مع تضمين العريضة ما نصت عليه المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب.- أن تتوفر في الزوجين الأهلية الكاملة، وعليه لا يجوز طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، وأن هذا الاختلال لا يمكن إثباته إلا بواسطة شهادة طبية صادرة عن طبيب مختص (المادة 432 إجراءات). والمقصود بذلك إذا كان أحد الزوجين فاقد الأهلية أو ناقصها ووضع تحت التقديم، فإنه لا يمكن للمقدم أن يقدم باسمه طلب الطلاق بالتراضي. ولكن هل يمكن، بمفهوم المخالفة، للولي أو الوصي أن يقدم الطلب باسمه؟

ج.- أن لا تكون إرادتهما معيبة بعيب من عيوبها كالإكراه مثلاً، لذلك ينبغي على القاضي أن يتأكد من رضائهما.

ح.- لا يشترط في هذا النوع من الطلاق أن يتم فيه تسبب الدعوى، بحيث يمكن، كما تقدم أعلاه، أن يكون أساس الطلاق وجود عيب في أحد الزوجين وهو عيب خفي، فإنه من مصلحة الزوج المريض عدم الإدلاء بذلك العيب للإطلاع عليه الخاص والعام.

خ.- أن يقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح، إذ تنص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع للزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً".

د. - أن تحتوي عريضة طلب الطلاق على الاتفاق التام بين الزوجين حول توابع الطلاق (المادة 4/429 إجراءات).

وتتوافر هذه الشروط مجتمعة، ما على القاضي إلا الاستجابة لطلب الزوجين والحكم عندئذ بالطلاق (المادة 3/431 إجراءات). غير أن سلطة القاضي فيما يتعلق بالآثار المتفق عليها من قبل الزوجين غير مقيدة، بل له أن يلغي أو يعدل في الشروط المتفق عليه إذا كانت تتنافى ومصالحة الأولاد فيما يتعلق خاصة بالحضانة أو كانت مخالفة للنظام العام كاتفاق الطرفين على أن تتم تربية الأولاد على دين أمهم المسيحية (المادة 2/431 إجراءات).

والجدير بالذكر فإنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض في حالة الطلاق بالتراضي إذ ليس هناك أي تعسف أمام موافقة الزوجين على فك الرابطة الزوجية، ولا على نفقة الإهمال، بل يبقى حق المطلقة في نفقة العدة ما لم تتنازل عنه ضمن الشروط المتفق عليه.

وفي الأخير، ونشر إلى أن الأحكام الصادرة عن المحكمة والمتعلقة بالطلاق بالتراضي هي غير قابلة للاستئناف وفقا لما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة وأكدته المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولكن يجوز فيما يتعلق به الطعن بالنقض الذي يسري أجله من تاريخ النطق بالحكم (المادة 434 إجراءات)، وأن هذا الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم (المادة 435 إجراءات). وما قلناه بالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة ينصب هنا كذلك فيما يتعلق بالتناقض القائم بين النصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث وقف تنفيذ الأحكام من عدمه.

المبحث الثالث

التطبيق

نص المشرع على أنه يجوز للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بمقتضى الطلاق (التطبيق) غير أنه قد علق طلبها هذا على سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، كما أنه يجوز لها طلب التطبيق في حالة نشوز الزوج وفقا لما قرره المادة 55 من قانون الأسرة. وأما أسباب التطبيق التي

جاء بها المشرع فهي متنوعة بحيث قد أخذ بالنظرية الواسعة التي جاء بها المذهب المالكي بشأن حق الزوجة في التطليق.

وأن هذه الأسباب أصبحت في تعديل 2005 عشر أسباب بعدما كانت في النص الأصلي للمادة 53 سبع حالات، حيث أضاف المشرع بموجبه مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة، والشقاق المستمر بين الزوجين، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. وبناء على النص المعدل سنة 2005، فإنه يجوز للزوجة طلب التطليق في الحالات التالية: عدم الإنفاق والغيبية (المطلب الأول)، وللعيب والهجر في المضجع (المطلب الثاني)، وللحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة وللفاحشة (المطلب الثالث)، وبسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة والشروط المتفق عليها (المطلب الرابع)، وأخيراً، بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين وللضرر (المطلب الخامس).

المطلب الأول: التطليق لعدم الإنفاق وللغيبية

سندرس على التوالي التطليق لعدم الإنفاق (الفرع الأول)، ثم التطليق للغيبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق

تنص الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون". يستخلص من هذا النص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب عدم إنفاق الزوج عليها أو على أبنائهما إذا توافرت الشروط التالية:

أ. - أن يكون الزوج قد امتنع عمدا عن الإنفاق على زوجته:

علما إن المشرع لم يفصح لنا عما إذا كان الزوج له أموال وتعهد عدم الإنفاق أو كان معسرا. ورغم ذلك، فهل التطبيق الحرفي للنص يوحي بأن الزوج ملزم بالإنفاق على زوجته مهما كانت حالته

المالية. غير أنه، لنا أن نتساءل ما المقصود، من زاوية القانون، من مصطلح "عمدا"، هل يعتبر الزوج متعمدا بعدم الإنفاق حتى ولو أصبح بطالا، أي تم تسريحه من العمل من المؤسسة لأسباب خاصة اقتصادية.

ب. - أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يتعلق بوجود النفقة من الزوج على زوجته:

ينبغي على الزوجة قبل رفع دعوى التطلاق بسبب عدم الإنفاق، استصدار حكم قضائي من قبل قاضي قسم شؤون الأسرة يلزم الزوج بموجبه بالإنفاق عليها، وفي غياب هذا الحكم، فلا يجوز طلب التطلاق بهذا السبب.

ولكن، فما هي المدة التي ينبغي على الزوجة انتظارها لرفع دعوى التطلاق بعد استصدار الحكم بالزامية بالإنفاق. وللإجابة على هذا التساؤل، قضت المحكمة العليا (المجلس الأعلى أندك) في قرار لها بتاريخ 1984/11/19 على أنه "متى كان مقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق لمدة تفوق شهرين متتابعين، يكون مبررا لطلب التطلاق عن زوجها، وفق ما ذكره الفقيه ابن عاصم "الزوج إذا عجز عن الإنفاق لأكثر من شهرين..."، ولما كانت ثابت المطعون ضده أدن جزائيا من محكمة الجرح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غاييا بسنة حسا نافذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة في التطلاق قد خرقوا نص المبدأ الشرعي..."، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنها، قياسا على ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات، مجبرة على انتظار مدة شهرين من يوم استصدار الحكم، بل من يوم تبليغه لرفع دعوى التطلاق.

وللتذكير أنه لا يشترط، وفقا لما قرره المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2008/05/18، استصدار حكم يقضي بإدانة الزوج من أجل ذلك، بل يكفي في هذه الحالة اعتبار الزوج ممتعا عن الإنفاق على زوجته وأولاده بعد صدور الحكم بوجوبها وليس بسماع شاهدين (محكمة عليا، 2014/09/11)، ويجوز هنا إثبات الامتناع بكل وسائل الإثبات. ولكن إذا كان صفح الضحية، في جريمة ترك الأسرة، يضع حدا للمتابعة الجزائية، هل يوقف إجراءات التقاضي المتعلقة بطلب التطلاق لعدم الإنفاق؟

ج. - أن لا تكون عاملة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه:

ويعني بذلك بمفهوم المخالفة إذا كانت الزوجة عاملة بإعسار الزوج يوم إبرام عقد الزواج فإنه لا يمكن لها طلب التطلق لعدم الإنفاق لأنها رضيت به كزوج يوم إبرام العقد وهو في حالة إعسار، وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على الزوج من حيث تبيان للقاضي بأن الزوجة كانت على علم بإعساره ويمكن له إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات.

ح. - أن يكون الحكم القاضي بإلزام الزوج بالإنفاق على زوجته مراعيًا لما نص عليه
المشرع في المواد من 78 إلى 80 من قانون الأسرة

ويعني بذلك أنه ينبغي على القاضي أن يراعي أثناء حكمه بإلزام الزوج على الإنفاق على زوجته على تحديد مشتملات النفقة المنصوص عليها في المادة 78 من قانون الأسرة، كما أنه يراعي ظروف وحالة الزوجين عند تقدير النفقة (المادة 79 أسرة)، وتستحق الزوجة النفقة من تاريخ رفع الدعوى، بل يمكن أن يحكم لها بذلك لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع دعوى النفقة (المادة 80 أسرة).
وقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 27/11/1989 على أنه "من المقرر قانوناً أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر مسكن الزوجية وتطبيق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفاً للأحكام الشرعية الإسلامية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون".

الفرع الثاني: التطلاق بسبب غياب الزوج

تنص الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة على أنه "الغيبه بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، ونستشف من هذا النص أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق إذا غاب زوجها مدة طويلة دون عذر ولم يترك لها مال تنفق منه. كما أن المادة 112 من القانون أعلاه تنص على أنه "الزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

وعليه يشترط بشأن هذا السبب لإيقاع التطلاق الشروط التالية:

1. - أن تكون الغيبة تفوق السنة ولو بيوم واحد

ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، أما إذا كانت المدة أقل من سنة، فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطلاق بسبب الغيبة ويجري حسابها بالسنة الميلادية وهذا هو المعمول به قضاءً. أما إذا كان الأمر يتعلق بزوجة المفقود، فإن مدة السنة تبدأ من تاريخ فقدان الوارد في الحكم الناطق بفقده (المادة 109 أسرة)، والفرق بينهما هو أن زوجة الغائب ليس لها أن تطلب من القاضي استصدار حكم بوفاة زوجها، ومن ثم فك الرابطة الزوجية. أما زوجة المفقود فلها الحق في ذلك وفقاً للمادة 113 من قانون الأسرة التي منحت لها الخيار بين فك الرابطة الزوجية عن الطريق التطلاق (المادة 5/53 أسرة)، أو عن طريق الحكم بوفاة زوجها بتوافر من نص عليه المشرع من شروط في المواد 113 و114 و59 من قانون الأسرة.

2. - أن يتم الغياب دون عذر مقبول

يكون مثلاً الغياب بدون عذر حالة سافر الزوج لمجرد السياحة ولم يعد، أما إذا كان غيابه لعذر مقبول شرعاً أو قانوناً كتأديته للخدمة العسكرية أو سافر للخارج من أجل العلاج من أجل الدراسة لأن في هذه الحالة الأخيرة المنفعة تعود على الأسرة بأكملها. وللإشارة أن غياب الزوج بسبب حبسه لا يعد عذراً بمفهوم القانون، حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2002/07/03، بأن "الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التطلاق للضرر لكون الزوج مسجون يعتبر حكماً سليماً ولا يخضع هذا الأمر لقبول الزوج أو حضوره".

3. - أن لا يترك لزوجته مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها

أما إذا غاب لمدة تفوق السنة ولكن ترك لها مالا تنفقه، ففي هذه الحالة لا يمكن لها أن تطلب التطلاق بناء على المادة 5/53 من قانون الأسرة.

وبناء على ما تقدم، إن الزوجة لا يمكنها طلب التطلاق بسبب غيبة زوجها إلا بتوافر الشروط المذكورة أعلاه مجتمعة. كما لها أن تطلب التطلاق للغيب وللهجر في المضجع.

المطلب الثاني: التطلاق للغيب وللهجر في المضجع

ستعرض على التوالي إلى التطلاق للغيب، ثم إلى التطلاق للهجر في المضجع.

الفرع الأول: التطلاق للغيب

لقد سمح المشرع للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب العلل والأمراض التي يصاب بها الزوج ومن صور هذه العلل: عدم قدرة الزوج على المخالطة الجنسية، الأمراض السائدة التي تنتقل من أحدهما للآخر بمجرد الاقتران كمرض السيدا، كذلك المرض الذي من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها كالبرص والجذام والعقم، ولها أيضا الحق في طلب التطلاق إذا أصبح الزوج في حالة جنون. ومن ثم فقد نص المشرع في المادة 2/53 من قانون الأسرة على أنه للزوجة الحق في طلب التطلاق "للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، وأن هذه الأهداف نصت عليها المادة الرابعة من القانون ذاته والمتمثلة في المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب. وطلب التطلاق بسبب هذا العيب يشترط فيه توافر الشروط التالية:

1. - أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

والمقصود بذلك أن يكون العيب الموجود في الزوج عائقا لتحقيق أهداف الزواج التي سطرها المشرع في المادة الرابعة من قانون الأسرة وهي "تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

2. - أن تكون العيوب غير قابلة للزوال،

أي غير قابلة للعلاج أو الشفاء، أما إذا كان العيب قابل للشفاء فينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يضرب للزوج أجل وأن تبقى الزوجة بجانب زوجها، ولذلك قد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/11/19 على أنه "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك الفترة بجانب بعلمها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق".

كما أن القضاء الجزائري، خلافا لما ذهب إليه الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، قد قضى بحق الزوجة في طلب التطليق بسبب عقم زوجها، وهو ما تبنته المحكمة العليا الصادر في 1992/12/22، حيث جاء فيه "ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقد الزوج، فإنهم وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف".

وأكدته في قرار لها صادر بتاريخ 1999/02/16 في إحدى حيثياته "لكن حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه تبين من الوقائع أن هذا الزواج تم الدخول فيه بالمطعون ضدها منذ سنة 1991 وتمت معاشرتها للطاعن الذي لم ينجب أطفال طيلة هذه المدة الطويلة مما يجعل الحكم المنتقد قد طبق القانون تطبيقا سليما ولم يخالف القواعد الشرعية وأن مدة السنة المتمسك بها الطاعن قد مضت بهذه المعاشرة الزوجية الأمر الذي يجعل الأول الوحيد المثار غير وجيه ويتعين معه رفضه، ومن ثم رفض الطعن".

ولكن خلافا لكل هذه القرارات، قضت، بغير حق، محكمة ندرومة في حكمها الصادر في 2002/03/17 برفض طلب التطليق لعدم التأسيس على أساس أن الحجة التي تقدمت بها المدعية تبريرا لطلبها المتعلق بالتطليق لا تدرج ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة وأن

هذه الحجة تتمثل في أن المدعى عليه مصاب باختلالات عقلية تؤثر على حالته الطبيعية وتؤثر على صفوة الحياة الزوجية.

3. - أن تثبت الزوجة ما تدعيه بكل الوسائل القانونية:

خاصة منها الشهادات الطبية ويجوز للقاضي أن يتأكد من ذلك عن طريق طلب الخبرة الطبية. ولكن أمام كل هذه الشروط التي جاء بها المشرع في المادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة، فإنه يلاحظ أن النص القانوني لم يفرق بين المرض الذي أصيب به الزوج قبل إبرام عقد الزواج والمرض اللاحق لإبرام عقد الزواج، حيث إذا كان الزوج مصاب بالمرض قبل إبرام عقد الزواج ورغم ذلك لم يبلغ الطرف الآخر بمرضه يكون قد دلس عليه وفي هذه الحالة من المفروض أن يكون للزوج المتضرر الحق في طلب إبطال العقد، أما إذا كان المرض لاحقاً هنا يجوز.

الفرع الثاني: التطليق للهجر في المضجع

وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة، إذ يحق بموجبها للزوجة طلب التطليق بسبب "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، وأن طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع معلق على توافر الشروط التالية:

1. - أن يهجر الزوج زوجته ويترك فراش الزوجية.

بحيث أصبح لا يعاملها معاملة الأزواج، أي لا يختلط بها جنسياً.

2. - أن يدوم الهجر مدة تتجاوز أربعة أشهر متتالية،

ومعنى ذلك أنه لا يقع أثناء هذه الأشهر أي اتصال بين الزوجين. أما إذا وقع الهجر في مرات متعددة، فإنه لا يجوز لها طلب التطليق حتى ولو كانت مدته تفوق السنة. وبمعنى أدق، إذا اتصل الزوج بزوجه ثم هجرها مدة 3 أشهر ثم اتصل بها ثم هجرها شهرين، فإنه لا يمكنها طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع، لأن المدة وإن كانت تفوق الأربعة أشهر إلا أنها لم تكون متتالية.

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/02/11، بأنه "... تبين من وقائع الدعوى أن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكون هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعا..."، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذا الوجه، إلى جانب الأوجه الأخرى، غير قائم على أساس يتعين رفضه وتبعاً لذلك رفض الطعن.

3- أن يكون الهجر عمديا،

والمقصود بهذا الشرط أن يكون الزوج قد تعمد في الهجر إضرارا لزوجته. أما إذا كان لأمر خارج عن إرادته كسبب وجود هذا الأخير في البيت الزوجية من أجل العلاج الذي يمنعه من أية علاقة حميمة مع زوجته، أو مصاب بمرض مزمن ينتقل عن طريق المخالطة الجنسية وغيرها، ففي هاتين الحالتين لا يجوز لها طلب التطلاق بحجة الهجر في المضجع، لأن هذا الأخير كان لعذر مقبول شرعا وقانونا. وإذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة يجوز للزوجة رفع دعوى التطلاق للهجر في المضجع. والجدير بالملاحظة أن هذا الهجر يقترب بالإيلاء في بعض الأمور ويختلف عنه في أمور أخرى، حيث يتفق معه في أنه يقع في حالة ترك وطأ الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر، ويتفق كذلك معه من حيث الغرض منه إلحاق الضرر بالزوجة. بينما يختلف عنه من حيث أن الإيلاء يمين على عدم الاقتراب من الزوجة، وأما إذا كان المبتغى من هذا الإيلاء الإصلاح وذلك يكون في حالة ما إذا أدى الزوج يمينا بأن لا يقترب من زوجته المصابة بمرض، فهنا لا نكون أمام ما يسمى بالإيلاء، كذلك يختلف عنه في أن الإيلاء يحلف فيه الزوج على مدة لا تقل عن أربعة أشهر، فإن قلت فلا شيء عليه بينما في الهجر في المضجع يجب أن تكون تلك المدة تفوق أربعة أشهر. وإذا أدى الزوج اليمين في حالة الإيلاء، وأراد العودة لزوجته قبل انقضاء مدة الأربعة أشهر، يكون حائثا ويلتزم بالكفارة (إطعام 10 مساكين أو تحرير رقبة، فإن لم يجد فصيام 03 أيام). أما إذا انقضت المدة فما على المرأة إلا أن ترفع أمرها للقاضي ليحكم بتطبيقها عند جمهور الفقهاء، أما عند الحنفية يتم التفريق بينهما بمجرد انقضاء المدة.

المطلب الثالث: التطلاق للحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة وللفاعشة

نعالج ضمن هذا المطلب التطلاق للحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة (الفرع الأول)، ثم التطلاق للفاعشة المبينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التطلاق للحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة

أجاز المشرع في الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، وللعلم أن النص الأصلي لهذه الفقرة كان ينص، قبل تعديله سنة 2005، على "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية". ومقارنة بين النصين، نستخلص أن المشرع أصبح يكتفي بالجرم الماس بشرف الأسرة دون أن يعلق عقوبته بمدة ما.

ومن تفحص النص المعدل نستخلص أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق على أساس هذا السبب إلا بتوافر الشروط التالية:

1.- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائزا قوة الشيء المقضي به :

كان المشرع ينص في النص القديم على أنه يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج أي أدايته المحكمة بالحبس، بينما في النص الجديد أصبح المشرع لا ينص على هذا الشرط واكتفى بالقول بالحكم على الزوج بعقوبة عن جريمة...، ومن ثم إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوفرا خلافا لما كان عليه في السابق. زيادة على ذلك، ينبغي أن يكون الحكم، محل سبب طلب التطلاق، حائزا على قوة الشيء المقضي به، وهو الحكم الذي استنفذت بشأنه جميع طرق الطعن العادية وغير العادية.

2.- أن تكون الجريمة المعاقب عليها من الجرائم الماسة بشرف الأسرة

والمقصود بذلك أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج وصمة عار في جبين الأسرة، وهي الجرائم التي تمس كرامة الأسرة وزعزعت مكائنها إزاء الأقارب وغيرهم. ومن قبل هذه الجرائم ضرب وشتيم الفروع للأصول، جريمة هتك العرض، خطف الأطفال، جريمة الاختلاس، الجرائم الماسة بالشعائر الدينية، الخ. غير أن هذه الجرائم لا يمكن حصرها، بحيث أن الحالة النفسية للزوجة المتضررة من الجريمة المرتكبة والشعور بالتصرف الدنيء للزوج يختلف من زوجة لأخرى.

3.- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا

حيث يتحول الحب بين الزوجين إلى بغض وكراهية وتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، وأن هذه الواقعة المادية للزوجة إثباتها بجميع وسائل الإثبات، وأن القاضي بناء على أقوال الزوجة وما تدعيه يمكن أن يستلخص من خلال سلطته التقديرية لهذه الواقعة أن الشرط أضحى متوفرا ولا رقابة للحكمة العليا على ذلك. وأن حق الزوجة في طلب التطلاق بسبب هذه الجريمة قد اعترفت به المحكمة العليا حتى قبل أن يدخل بزوجته، حيث قضت في قرارها بتاريخ 2014/07/10 بأنه "يحق للزوجة طلب التطلاق قبل الدخول بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة واستحالة تحقيق الهدف من الزواج، بل... أن المطعون ضدها بتراجعها عن الزواج بالطاعن وإصرارها على الطلاق قبل الدخول للأسباب التي بررت بها طلب الطلاق فإن أهداف الزواج صارت منتفية وبخاصة المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة وفقا لنص المادة 36 ف 2 من قانون الأسرة".

وتتوافر هذه الشروط الثلاثة مجتمعة يمكن للزوجة طلب التطلاق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة ماسة بشرف الأسرة وأن للقاضي في ذلك سلطة تقديرية فهو الذي يقدر، كما تقدم، الوقائع المطروحة أمامه وعندئذ يقضي للزوجة بالتطلاق.

الفرع الثاني: التطليق للفاحشة المبينة

تنص الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب ارتكاب زوجها فاحشة مبينة. والواقع أن المصطلح المستعمل من قبل المشرع يسوده الإبهام والغموض إذ أن الفاحشة في حكم الفقه الإسلامي بمعناه الواسع يندرج تحت طياتها كل فعل من الكبائر كالشرك بالله وعصيان الوالدين وارتكاب الزنا... الخ. ولتعليل ذلك، يقول الله سبحانه وتعالى "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا (سورة النساء، الآية 22)، وقوله تعالى "قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ (سورة الأعراف، الآية 33)، وقوله سبحانه وتعالى "إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ" (سورة النور، الآية 19)، وقوله تعالى "وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا" (سورة آل عمران، الآية 135).

ولكن نعتقد أن المشرع لم يأخذ بهذا المعنى الواسع لكلمة الفاحشة، وإنما بحكم النصوص القانونية الواردة في مجمل محتوى المادة 53 من قانون الأسرة، فالمقصود من وراء ذلك المصطلح هو جريمة الزنا، أي أن الفاحشة الواردة في هذه المادة يعني بها ارتكاب الزوج العلاقة الجنسية مع امرأة غير زوجته: حالة الخيانة الزوجية. وفي هذا المجال، قد ورد هذا المصطلح بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى "وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَاتِ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا" (سورة الإسراء، الآية 32)، وقوله تعالى "لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ" (سورة الطلاق، الآية 1).

هذه الخيانة تعد سببا من أسباب طلق فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة، بحيث إذا أثبتت للقاضي بالوسائل المعترف بها شرعا كشهادة أربعة شهود حضروا ارتكاب الجريمة أو عن طريق محضر الجهات المخولة لها ذلك الاختصاص (الشرطة، الدرك)، فعندئذ ما على القاضي إلا أن يحكم لها بالتطليق وليس له أمام هذا الإثبات أية سلطة تقديرية، بل ينبغي عليه الحكم بفك الرابطة الزوجية ولا يدخل، خلافا للقاضي الفرنسي، في فحص الاعتبارات التي دفعت بالزوج إلى ارتكاب الجريمة.

والجدير بالملاحظة أن وسائل الإثبات المعتمدة في هذا الإطار، كما تقدم، جد محدودة ومحددة قانونا في آن واحد، وعليه رفضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/06/24 شريط الفيديو كوسيلة إثبات لارتكاب الفاحشة، حيث جاء في إحدى حيثياتها ووفقا للمبدأ الذي اعتمده بأنه "لا يشكل شريط الفيديو دليلا من الأدلة المحددة على سبيل الحصر لإثبات جريمة الزنا. حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتضح أن قضاة الموضوع لإدانة الطاعنة بتهمة المشاركة في الزنا طبقا للمادتين 339 و42 من قانون العقوبات اعتبروا شريط الفيديو كأه وسيلة إثبات كاملة، بينما شريط الفيديو ليس من الدلائل المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 341 من قانون العقوبات التي تشترط أن يكون الدليل الذي يقبل عن ارتكاب هذه الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 من نفس قانون إما محضر قضائي يجره أحد رجال الضبط القضائي وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهمه وإما بإقرار قضائي".

ولكن رغم هذا الموقف، فالمحكمة ذاتها اعتبرت في قرار لها بتاريخ 1984/03/20 بأنه "لا يشترط الوطء والجماع وإنما يكفي للعقاب مشاهدة الزاني والشريك في ظروف لا تترك مجالاً للشك في أنهما قد باشرا معا العلاقة الجنسية".

هذا من الجانب الجزائي، أما من حيث إثبات جريمة الزنا من الناحية الشرعية ومن ثم المطالبة على أساسه التطلاق، فإنه يجوز إثباتها بشهادة الشهود إذ أجمع الفقه الإسلامي على أن الزنا يثبت بالشهادة مصدقا لقوله تعالى "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ" (سورة النور، الآية 4). وجاء في حديث لرسول الله صل الله عليه وسلم أن سعد بن عبادة لعليه الصلاة والسلام " قال أرأيت لو أن وجدت مع امرأتي رجلا ، أمهله لآتي بأربعة شهداء؟ فقال رسول الله "نعم".

وأمام هذا السبب، فإنه ينبغي التفرقة بين ارتكاب الجريمة قبل إبرام عقد الزواج وبعده، فإذا ارتكبت قبل إبرام عقد الزواج، فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطلاق حسب المادة 7/53 أسرة، فلها الحق في ذلك إلا إذا ارتكبت بعد الزواج. والجدير بالملاحظة، أن السلطة التقديرية للقاضي بشأن هذه المسألة تتجلى أمام توافر الركن المادي من عدمه في البحث عن القصد الجنائي، أي عن الأهلية

لمرتكب الجريمة، فإذا كان مصاب بجنون وارتكب عندئذ جريمة الزنا، فلا يمكن للزوجة طلب التطليق بناء على المادة أعلاه.

المطلب الرابع: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة والشروط المتفق عليها
ستعرض على التوالي دراسة حق الزوجة في طلب التطليق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة (الفرع الأول)، وبسبب مخالفة الشروط المتفق عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة

لقد أحال المشرع القاضي، بمقتضى الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، إلى المادة 8 من قانون الأسرة وذلك بأنه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا لم تحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات وذلك يتجلى في حالة التدليس من طرف الزوج على زوجته بأنه غير متزوج فإذا به ظهر خلافا لذلك، وكذلك الحالة التي تم فيها استصدار الرخصة القضائية دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد والواردة في المادة 8 من قانون الأسرة من حيث العذر أو نية العدل أو ليست له القدرة الكافية لتحمل تكاليف الزواج. ففي كل هذه الحالات إضافة إلى الحالة التي ترفض فيها الزوجة التعدد مع توافر الشروط فإنه يجوز لها طلب التطليق حتى ولو وافقت على التعدد غير أن الزوج لم يكن عادلا ماديا نحو زوجاته. وتطبيقا لهذا النص، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2005/01/19 بأنه "لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، بل يجب إثبات رضاها بهذا الزواج". كما أن "عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق" (محكمة عليا 2006/07/12).

الفرع الثاني: مخالف الشروط المتفق عليها

تنص المادة 19 من قانون الأسرة صراحة على أنه يجوز لكلا الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية شريطة أن لا تخالف هذه الأخيرة أحكام قانون الأسرة، وبهذا يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التعدد، كما يجوز للمرأة أن تشترط مواصلة الدراسة أو

العمل بعد الدراسة، أو استمرارية عملها، بل لها كذلك أن تشترط عليه أي شرط تراه ضروري شريطة أن لا يتنافى مع ما جاء به المشرع في قانون الأسرة. كما للزوجة أن تشترط على زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهلها حتى ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج... (مجلس أعلى 1986/01/13).

وإذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفض الزوج أن يمثل لما وافق عليه سابقا كرفضه لعمل الزوجة، ففي هذه الحالة إذا أصرت على الاستمرار في عملها ورفضه الزوج، فلها المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق التخليق. بسبب مخالفة الشرط المتفق عليه من قبل الزوج. وأن هذا الموقف قد تبناه المجلس الأعلى قبل صدور قانون الأسرة بقوله "حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها مصلحة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حللا وبشرط أن لا تتناقض روح العقد. وحيث أن قضاة الموضوع... استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر محلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها، مما يترتب عليه فك الرابطة الزوجية، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي... (مجلس أعلى، 1971/03/03).

إذن، من الشروط الجائزة، نجد ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/04/12 بأن المبدأ تقيم الزوجة حيث يقيم زوجها، غير أنه يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج. غير أنه في غياب هذا الشرط، فإنه "من المقرر شرعا أن الشريعة الإسلامية تفرض على الزوجة الالتحاق بمنزل زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقاعدة مقررة شرعا" (مجلس أعلى، 1984/04/02)؛ إذ أن "المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أنه من الواجب على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه... (مجلس أعلى، 1986/01/13).

كما أن المشرع الجزائري سمح للزوجين، بناء على المادة 37 فقرة ثانية من قانون الأسرة، أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما والمكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع تحديد النسب، فإنه لا يمكن للزوج أن يقوم بتغيير أو تعديل هذا الشرط بإرادته المنفردة وإذا لم توافق الزوجة في ذلك، بحيث مثلا أراد أن تصبح نسبة حق الزوجة بشأن تلك الأموال

مقدرة بـ 20 % بدلا من نسبة 40 % المتفق عليها سابقا، ففي هذه الحالة يجوز لها طلب التطلاق مع حقها في الأموال المشتركة وفقا للنسبة الأصلية المتفق عليها وهي 40 %.

المطلب الخامس: التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين وللضرر

ستعرض في هذا المطلب إلى التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين (الفرع الأول)، ثم التطلاق للضرر المعترف شرعا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين

إذا رجعنا إلى أحكام الفقه الإسلامي، فإن الزوجة ليس لها الحق في طلب التطلاق إذا شب بينها وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة لأن ذلك ليس في نظره سبب من أسباب طلب فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة، وهذا ما دفع المشرع الجزائري في النص الأصلي لقانون الأسرة إلى عدم ذكره. ومع العلم أن المجلس الأعلى ومن بعده المحكمة العليا قد أقرت في العديد من قراراتها بأنه من حق الزوجة طلب التطلاق بسبب طول أمد النزاع، وذلك مما جاء في حيثيات إحدى قراراتها " من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق بالزوجة بذلك ضررا واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو التناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه" (مجلس أعلى، 1985/05/20؛ قرارها بتاريخ 1987/01/26).

غير أن التعديل الذي طرأ على المادة 53 من قانون الأسرة أدخله واعتبره سببا من أسباب التطلاق، بل جاء مؤكدا لما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها ومن بينها ما قضت به بتاريخ 1996/09/24 بقولها "ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون...".

وأكدته في قرار لها بتاريخ 15/06/1999 بأنه "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر... وعليه فإن قضاء الموضوع لما قضا بتطليق الزوجة لطول الخصام وتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون".

غير أن الشقاق المستمر ينبغي أن يتحقق أثناء الحياة الزوجية إذ لا يمكن الاكتفاء بوجوده يوم إجراء جلسة الصلح، "حيث... أن للمحكمة أسست حكم التطلاق على أنه ثبت لديها من خلال الحضور الشخصي وتصريحات الطرفين أنهما في حالة شقاق مستمر... وحيث إن هذا التسبب قاصر ولا يفيد احترام نص المادة 53-8 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها، وكان على المحكمة أن تبين كيف توصلت إلى حالة الشقاق المستمر، ولا يكفي ما يدور في جلسة الصلح من نقاش وخلاف بين الطاعن وبين المطعون ضدها، للحكم على ذلك بأنه شقاق مستمر لأن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية بينهما، ولا يظهر من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أشارت إلى ذلك..." (محكمة عليا، 2011/07/14).

الفرع الثاني: التطلاق للضرر المعتبر شرعا

من بين حالات تطليق الزوجة من زوجها ما جاءت به الفقرة العاشرة من المادة 53 التي نصت على أنه "كل ضرر معتبر شرعا"، وأن أول ما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بسبب واسع النطاق لأن المشرع لم يقيد حق المرأة في التطلاق لضرر معين مانحا بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقدير الأضرار التي يمكن للزوجة أن تطلب بمقتضاها التطلاق، وأن هذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

ويكون المشرع بذلك قد أخذ بعين الاعتبار العادات والتقاليد المنتشرة داخل المجتمع الجزائري، بحيث أن الضرر المعتبر لدى جماعة معينة ليس ذاته عند جماعة أخرى ويختلف كذلك الأمر ليس من مكان إلى مكان آخر ولكن كذلك من زمان إلى زمان آخر.

والواقع، فإنه كان بإمكان المشرع أن يستغني عن جميع الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة ويبقي على هذا السبب لأنه يشتملها جميعاً، ومن ثم متى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فلها أن ترفع أمرها للقاضي ولها أن تثبت له بجميع وسائل الإثبات أن الزوج لا يحسن معاملتها وعندئذ فما على القاضي في حالة اقتناعه بذلك إلا أن يستجيب لطلبها وذلك لرفع الظلم عنها. وإذا عجزت عن إثبات الضرر اللاحق بها، فإنه ينبغي على القاضي أن يقوم بتعيين حكّمين للتوفيق بينهما، حكماً من أهله وحكماً من أهلها وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً له عن مهمتهما في أجل شهرين وفقاً لما نصت عليه المادة 56 من القانون ذاته. وإذا تبين من تقرير الحكّمين أن هناك فعلاً ضرر من الزوج على زوجته وفشلاً في التوفيق بينهما، فما على القاضي عندئذ إلا الحكم بالتطليق وإلزامه بالتعويض إذا طلبته الزوجة. بينما إذا تمكن الحكّمين من إقامة الصلح بين الزوجين، فإنه يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن (المادة 448 إجراءات).

وبمقارنة المادة 56 من قانون الأسرة والمادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نستنتج أن المشرع قد وقع في تناقض فاضح، بحيث الأولى تجبر القاضي على تعيين الحكّمين في حالة عجز إثبات الضرر أثناء الخصومة، في حين أن المادة 446 إجراءات تجيز له القيام بذلك التعيين. وأن المجلس الأعلى قد تبني موقف قانون الأسرة في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25 لما قضى بأنه "...إذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

وما يلاحظ على النص الجديد، مقارنة مع النص الأصلي للفقرة السادسة من المادة 53، أن المشرع قد حذف من النص الجديد العبارات التالية "ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 والمادة 37 أعلاه". وأن هذين السببين السانحين لطلب التطليق قد أدرجهما المشرع على التوالي في تعديله لسنة 2005 ضمن الفقرتين السادسة والتاسعة مع التأكيد على طلب التطليق لعدم الإنفاق في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة.

ومهما كان الضرر الذي بنت عليه الزوجة طلب التطليق، فإنه ينبغي أن تتوفر فيه الشروط

التالية :

1. - أن يكون صاحب الضرر الزوج وليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته.
2. - أن ينتج عن الخطأ الصادر عن الزوج ضرر لاحق بالزوجة أو أحد فروعها أو أصولها(المادة 5/3/36 أسرة).

3. - أن يكون مرتكب الضرر راشداً ومتمتعاً بقوه العقلية أثناء ارتكابه للخطأ.

والجدير بالملاحظة، فإنه لا يمكن الاستجابة لطلب الزوجة بالتطليق بسبب الضرر الذي لحق بها نتيجة لممارسة الزوج حقه الشرعي كرفضه مثلاً أن تكون تربية الأولاد على ديانة أمهم المسيحية.

وتتوافر هذه الشروط مجتمعة يجوز للمرأة حينئذ طلب التطليق للضرر المعتبر شرعاً. ومن

الحالات المسببة للتطليق للضرر المعتبر شرعاً، نجد تأخر الزوج عن الدخول بزوجه (محكمة عليا، 1996/04/23)؛ ضرب الزوج زوجته وطردها (محكمة عليا، 1998/07/21)؛ التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها (مجلس أعلى، 1986/01/13)؛ تماطل الزوج في إرجاع زوجته (مجلس أعلى 1989/09/26).

كما أن هناك سبب آخر نص عليه المشرع للطلاق المبني على نشوز الزوج استناداً للمادة 55 من قانون الأسرة. ولكن لم نفهم لماذا المشرع انفرد بهذه الحالة وخصص لها مادة بكاملها، علماً أن النشوز يعدد منبعا لضرر الزوجة، ومن كان بإمكان المشرع أن يستغني عنه إذ الفقرة العاشرة من المادة 53 كافية في هذا المجال. غير أن الجديد فيها هو طلب الزوج التعويض في حالة نشوز الزوجة أما الزوجة فلها في جميع الحالات التعويض حالة نشوز الزوج.

وأخيراً، للإشارة أن المادة 57 من قانون الأسرة تنص، كما تقدم، على أنه "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"، ويستنتج من هذه المادة أن الأحكام الصادرة عن المحاكم والمتعلقة بفك الرابطة الزوجية هي غير قابلة للاستئناف بحكم أنها نهائية، ولكن مع قابليتها للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وذلك للنظر فيما إذا طبقت المحكمة الأدنى درجة النصوص القانونية تطبيقاً سليماً (المادة 349 إجراءات)، كحالة الحكم بفك الرابطة الزوجية دون إجراء محاولة الصلح، أو

عدم الاختصاص، أو مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، تناقض التسبب مع المنطوق أو قصوره أو انعدامه، الخ (المادة 358 إجراءات).

وفي حالة تقديم الطعن بالنقض، فإنه ينبغي احترام ميعاد الطعن وفقا لما نصت عليه المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه "يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصا. ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار". يمكن الطعن بالنقض في حالة ما إذا كان القاضي لم يقوم بإجراءات الصلح.

بينما إذا لم يستجيب القاضي لطلب الزوجة المتعلق بالتطبيق فلنا أن نتساءل عما إذا كان لها الحق في الاستئناف؟ فهل الحكم الرفض للتطبيق يكون قابلا للاستئناف أم لا؟

للإجابة على هذا التساؤل، نرى بأنه إذا رفضت المحكمة الحكم بالطلاق، فإنه يجوز الاستئناف فيه الذي يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة. وأن قبول الطعن بالاستئناف معلق على الأجل المحدد قانونا في المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص على أنه "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته. ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغياية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة".

وتطبيقا لذلك التساؤل، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1993/04/27، في قضية تتلخص وقائعها في أن الزوجة استأنفت في الحكم الرفض لها التطبيق رغم ما تعرضت له من قبل المستأنف عليه بالضرب الثابت بالشهادة الطبية، ف قضى المجلس ببطالان الحكم مع الحكم بالتطبيق بناء على الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، بما يلي: "فالقضاء بالتطبيق من طرف المجلس يندرج ضمن اختصاصه شرعا وقانونا، لأن المادة 57 من قانون الأسرة إذا كانت لا تجيز استئناف أحكام الطلاق إلا فيما يتعلق منها بالجوانب المادية، فلا تنطبق في قضية الحال لكون الحكم المستأنف لم يقض بالطلاق،... وبالتالي رفض الطعن".

غير أنه ما يعاتب على المشرع هو حكمه المتعلق بعدم جواز الاستئناف في الأحكام المتعلقة بالتطبيق لأن هذه الأحكام لا يصدرها القاضي إلا بعد أن يكون مقتنعا بالسبب أي أن القانون قد منح له السلطة التقديرية بالحكم في التطبيق وهو في هذه الحالة باعتباره بشر يمكنه أن يصيب كما يمكن أن يخطئ. كما أن تفحص الوقائع لا يتم أمام المحكمة العليا وإنما أمام المجالس القضائية، بينما حسن ما فعل بالتنصيص على أن الأحكام المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوجين أو بالتراضي غير قابلة للطعن بالاستئناف لأن القاضي ليست له في هذه الحالات كلها سلطة تقديرية مطلقة. وفي كل الحالات، فإنه "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

المبحث الرابع

آثار الطلاق

فالآثار التي يترتبها الحكم بالطلاق تتمثل عموما في العدة والنفقة (الفرع الأول)، والنزاع حول الصداق وحول متاع البيت (الفرع الثاني)، والتعويض (الفرع الثالث) وأخيرا في الحضانة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: العدة والنفقة

أولا. - العدة

العدة اصطلاحا المدة أو الأجل الذي حدده الشرع الإسلامي، ومن بعده المشرع الجزائري، بعد الطلاق أو الوفاة والذي تلتزم به المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، بحيث لا يجوز لها خلال تلك المدة أن ترتبط بعقد زواج من جديد وإلا كان زواجها باطلا قبل وبعد الدخول. إذن، فهي تربص المرأة حالة زوال النكاح بمختلف أنواعه: الطلاق، البطلان، الشبهة، الوفاة. وإذا كان السر منها يتجلى عموما في عدم اختلاط الأنساب من حيث التعرف من براءة رحم المرأة وخلوه من الحمل، فإنه، في حالة الوفاة، فهي زيادة على ذلك، الحداد الذي تلتزم به المتوفى عنها زوجها مع تركها بكل ما يتعلق بالزينة.

كما أنها في حالة الطلاق الرجعي الذي اعتمده الشريعة الإسلامية فرصة للزوج من إرجاع زوجته التي طلقها نتيجة لتأثير لم يتحكم فيه، وذلك دون أن يقع على كاهله إعادة إبرام عقد زواج من جديد بتوافر كل أركانه وشروط صحته. أما إذا انقضت عدتها فلا تحل له إلا بعقد جديد ما لم يكن طلاقها بات.

وعليه، فلا يجوز لها الزواج وهي معتدة استنادا للمادة 30 من قانون الأسرة، إذ "من الموانع المؤقتة لزواج المرأة هو وجودها... في عدة من طلاق أو وفاة، ومن ثم فالزواج بها ولو توافرت أركانه فهو غير صحيح لوجودها في العدة" (مجلس أعلى 1983/01/03)، وهو ما أكدته المادة 34 من قانون الأسرة.

وقد نص المشرع على أحكام العدة في المواد من 58 إلى 61 من قانون الأسرة، وحدد من خلالها المدة التي تترتب فيها المرأة المعتدة بحسب نوعية انحلال الرابطة الزوجية، وهي على النحو التالي:

- المطلقة غير المدخول بها لا عدة عليها، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1996/06/18 بقولها "من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة أ المتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها".

- المطلقة المدخول بها غير الحامل إذا كانت من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء، أما إذا كانت من اليائسات فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق (المادة 58 أسرة)؛

- عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ابتداء من تاريخ الوفاة، سواء تم الدخول بها أو لم يتم بعد (المادة 59 أسرة)؛

- عدة زوجة المفقود غير المطلقة التي انحلت زواجها بالحكم بوفاته أربعة أشهر وعشرة أيام ابتداء من تاريخ صدور الحكم بفقده (المادة 59 أسرة)؛

- عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو البطلان ((المادة 60 أسرة)؛

ومن الجدير بالذكر أن المشرع قد ألزم المطلقة والمتوفى عنها زوجها بالبقاء في البيت الزوجية ما دامت عدتها لم تنقض بعد ما لم تأت بفاحشة مبينة، إذ، بمفهوم المخالفة، إذا تم فك الرابطة الزوجية

بسبب ارتكاب المطلقة جريمة الزنا مع نفي النسب، فإنها غير مجبرة في البقاء في السكن العائلي وفقا لما نصت عليه المادة 61 من قانون الأسرة.

ثانيا. - النفقة

بعد الحكم بالطلاق بأنواعه المختلفة يتحتم على القاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة العدة وأن مدتها محددة بمدة العدة أي إذا كانت من اليائسات يحكم لها بنفقة 03 أشهر، أما إذا كانت من ذوات الحيض يحكم لها بنفقة 03 قروء، ولكن الجاري به العمل أمام المحاكم هو الحكم بنفقة 03 أشهر في كلتا الحالتين، وتكون مدة نفقة المطلقة الحامل مقدرة بمدة الحمل، وأن تقدير قيمة النفقة من اختصاص قاضي الموضوع مع أخذه بعين الاعتبار المعيار الذي حددته المادتين 78 و 79 من قانون الأسرة.

وهو قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/06/1991 حيث قضت بأنه "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبلغ... نفقة العدة يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل".

وكذلك يجوز للقاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة الإهمال وهذه الأخيرة يبدأ سريانها أصلا من يوم رفع الدعوى إلى غاية الحكم بالطلاق، غير أن المشرع قد أورد استثناء على هذه القاعدة في المادة 80 من قانون الأسرة، حيث أجاز للقاضي أن يحكم باستحقاق نفقة الإهمال بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى.

وللتذكير، نفقة العدة تبدأ من يوم صدور الحكم بالطلاق، أما نفقة الإهمال تبدأ من يوم رفع الدعوى: مثالا، إذا صدر الحكم بالطلاق في أبريل 2005، ورفعت دعوى الطلاق في جانفي 2005 يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الإهمال ابتداء من جانفي 2004.

أما المرأة المتوفى عنها زوجها ليس لها الحق في المطالبة بنفقة العدة وكذا المرأة المطلقة غير المدخول بها، فالأولى لها الحق في الميراث من تركة زوجها وإذا كانت حاملا يتحقق ذلك الحق حتى للجنين شريطة أن يولد حيا (المادة 134 أسرة)، أما الثانية فلا عدة عليها مما ينفي حقها في نفقة العدة. كما

أن المشرع الجزائري، كما تقدم، اعترف للمرأة المطلقة بحقتها في الميراث من تركة زوجها إذا توفي قبل انقضاء عدتها (المادة 132 أسرة)

الفرع الثاني : النزاع حول الصداق وحول متاع البيت

أولاً. - النزاع حول الصداق

خصص المشرع مادة واحدة لفض كل حالات النزاع المتعلقة بالصداق، حيث نص في المادة 17 من قانون الأسرة على أنه "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

نستنتج من هذا النص أن النزاع حول الصداق قد يثار في حالة الطلاق قبل الدخول أو بعده، بحيث أن المطلقة قبل الدخول لها نصف الصداق المتفق عليه، أما بعد الدخول يتأكد لها كل الصداق سواء كان الدخول حكماً أم حقيقياً عن طريق الوطاء بين الزوجين، كما يتأكد الصداق كله للمرأة المتوفى عنها زوجها حتى قبل الدخول بها (المادة 16 أسرة). وعليه، "إن طلب الصداق في حالة الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي يعتبر من متمات الطلاق ولا يعتبر طلباً جديداً" (محكمة عليا، 1986/02/10).

وتفسيرا لما تم التنصيص عليه أعلاه، فإنه "من المقرر شرعا أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية تنحل بالطلاق سواء قبل البناء أو بعده، فإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول بها وجب عليه نصف المهر. إذا أثبت المدعي دعواه بالبينة قضي له، وأن عجز عن الإثبات بالبينة يعرض اليمين على المدعى عليها، والحكم بخلاف ذلك، يستوجب نقض القرار الذي رغم عجز الزوج عن الإثبات بالبينة لدفعه كامل الصداق ولم يعرض اليمين على الزوجة..." (مجلس أعلى، 1986/01/27).

ثانياً. - النزاع حول متاع البيت

تنص المادة 73 من قانون الأسرة على أنه "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع

اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين". ومن ثم، فإنه ينبغي على القاضي أن يحدد، ولو تطلب الأمر اللجوء إلى الخبرة، ما هو المتاع المعتاد للرجال وما هو المعتاد للنساء. وعندئذ سيصدر حكمه بناء على قناعته الشخصية مما له من سلطة تقديرية في هذا المجال. وإذا تم تحديد بعض المتاع من حق المطلقة مثلا، فإنه ينبغي على هذه الأخيرة تأكيد ما تدعيه بأدائها اليمين. وهذا كله مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة التي أباح للزوجين أن يتفقا بشأن الأموال المشتركة بينهما والمكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع تحديد النسب الخاصة بكل واحد منهما.

ومن زاوية الاجتهاد القضائي، قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1987/12/07 بأنه "من المقرر شرعا وقانونا أن أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج، وللزوجة أن تثبت عكس ذلك، والحكم برفض طلب الزوج دون أن تعرف وضعيته ودون أن تتخذ في شأنه ما هو منصوص عليه فقها، ففي القضية فيه تقصير في طلب الدليل وحكم بدون سند شرعي... وعليه وبدون حاجة إلى مناقشة السبب الباقي وتوجيه اليمين بالجلسة بنقض القرار".

الفرع الثالث: التعويض:

لقد أشار المشرع الجزائري في النصوص الواردة في قانون الأسرة إلى حق أحد الزوجين في التعويض بعد الحكم بالطلاق وأنه في هذه الحالة يجوز للقاضي بطلب من المطلقة أن يحكم لها بالتعويض في حالة ما إذا تبين له تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، ويكون تعسف الزوج إذا بنا طلب الطلاق بناء على سبب تافه أو منعدم، ففي هذه الحالة يقدر القاضي التعويض على أساس الضرر اللاحق بالمطلقة استنادا للمادة 52 من قانون الأسرة. كما يجوز للزوجة طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق للأسباب التي تكون فيها إرادة الزوج محل اعتبار، كالتطليق لعدم الإنفاق، ولعدم احترام الشروط المتفق عليها، وللضرر المعتبر شرعا. إذن، في حالة التطليق يستوجب الأمر أن نفرق بين الأسباب التي علقت عليها الزوجة طلب التطليق بحيث يجب الأخذ بعين الاعتبار كل سبب على حدة، فمثلا إذا كان طلب التطليق على

أساس العيوب هنا نفرق بين العيب الطارئ بعد إبرام الزواج الذي لا يمنحها الحق في طلب التعويض، وبين العيب الموجود قبل إبرام عقد الزواج ولم يخبر به زوجته، فيتحقق لها طلب التعويض. كما لها الحق في التعويض بسبب التطليق المبني على الحكم على الزوج عن جريمة ماسة بشرف الأسرة، أو الغيبة بدون عذر ولا مال. كذلك يجوز للزوج طلب التعويض في حالة ما إذا طلب الطلاق بسبب نشوز الزوجة بناء على المادة 55 من قانون الأسرة.

غير أن المشرع لم يسمح للقاضي أن يحكم في الوقت ذاته بالتعويض والمتعة، لأن هذه الأخيرة فهي في حد ذاتها تعويض لما لحق المرأة من أضرار، والواقع أن الفقه الإسلامي قد أقر للمطلقة بحق المتعة بالنسبة للمرأة التي طلب زوجها الطلاق قبل أن يدخل بها وذلك حتى لا تهدر حقوقها لأن في هذه الحالة لها الحق فقط في نصف المهر فقط.

وخلافا لهذا الموقف التشريعي، قضت المحكمة العليا في بعض قراراتها بحق المطلقة في التعويض والمتعة في آن واحد، منها قرارها الصادر بتاريخ 1986/04/07 بأنه "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال ونفقة متعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسف...". ويظهر بجلاء أن هذا القرار جاء مخالفا لما كانت تنص عليه المادة 52 من قانون الأسرة في صياغتها الأصلية، حيث أقرت للمرأة المطلقة طلاقا تعسفيا الحق في التعويض فقط دون المتعة، وهذا ما ذهبت إليه عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا وهو ما أكدته المشرع في تعديله للمادة 52 سنة 2005.

ومن ثم، فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا في آن واحد بالتعويض والمتعة لأن التعويض في حد ذاته يحكم به القاضي عن الضرر اللاحق بالزوجة، وأن للقاضي الحكم كذلك بالتعويض حتى ولو لم يتم الدخول بالزوجة بعد، بينما لا يمكن الحكم بالتعويض في حالي الطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة، أي حالة فك الرابطة الزوجية خلعاً.

الفرع الرابع: الحضانة:

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الحضانة على أنها "...رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، ويستشف من هذا التعريف أن المشرع قد استنبط من خلال أحكامه ما جاء به الفقه الإسلامي بحيث ينبغي على المترشح لطلب الحضانة أن يقوم بكل ما هو منصوص عليه في هذه المادة والمواد الأخرى الواردة في قانون الأسرة، خاصة من حيث الشروط الواجب توافرها في الحاضن (أولا)، وأصحاب الحق في الحضانة ومدتها (ثانيا)، ومستقطات الحضانة مع عودة الحق فيها (ثالثا)، وأخيرا، نفقة المحضون (رابعا).

أولا. - الشروط الواجب توافرها في الحاضن:

يشترط في الحاضن الشروط التالية:

- أن يكون أهلا لممارسة الحضانة (المادة 62 أسرة)؛
- أن يكون بالغاً عاقلاً أي يكون بالغ سن الرشد 19 سنة ومتمتعاً بكل قواه العقلية، غير أن هذا الشرط يمكن أن نستغني عنه إذا كانت المترشحة للحضانة الأم وقد كانت قد سبق لها أن تزوجت بناء على إذن قضائي، أي قبل بلوغها السن المحددة في المادة السابعة من قانون الأسرة؛
- أن لا يكون مصاباً بأحد الأمراض العقلية كظهور عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من ممارسة الحضانة، كالجنون أو العته؛
- أن يكون قادراً على تحمل التكاليف الجسدية المتعلقة بالحضانة، أي أن تكون له القدرة المادية والجسمانية من أجل ضمان الطفل صحة وخلقا. ولهذا، فإنه لا يجوز إسناد الحضانة لشخص فاقد البصر، ولا للشخص العاجز عن المشي إما لكبر السن أو لغيره. وعموماً، فهذا الشرط يعود للسلطة التقديرية للقاضي حيث هو الذي يقدر عما إذا كان المترشح لها غير عاجز على ممارستها. واقعياً، فالمرأة البالغة 60 سنة فأكثر تكون في بعض الأحيان قادرة على ممارسة الحضانة بأحسن خلافاً للمرأة البالغة 40 سنة.

- أن يكون أمينا، أي أمين في تصرفاته نحو المحضون، فلا حضانة للمرأة الفاسدة، وللرجل الفاسق. أما بالنسبة للمرأة العاملة وخاصة إن كانت الأم، فلا تسند لها الحضانة إذا كانت غائبة طيلة اليوم عن البيت، فهي في هذه الحالة لا تمارس الحضانة بنفسها. أما إذا كان عملها لا يتعارض ومصلحة المحضون فهي الأولى بالحضانة. يرجع التقدير في كل هذه الحالات إلى سلطة القاضي والمعيار الأول والأخير الذي يستند عليه في حكمه هو تحقيق مصلحة المحضون من عدمها.

ثانيا. - أصحاب الحق في الحضانة ومدتها:

ستعرض على التوالي في نقطة أولى أصحاب الحق في الحضانة (آ)، وفي نقطة ثانية مدة الحضانة (ب).

آ. - أصحاب الحق في الحضانة

كان المشرع في النص الأصلي للمادة 64 من قانون الأسرة ينص على أنه "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". غير أنه بمقتضى التعديل الذي أدخله المشرع سنة 2005 على هذه المادة، مراعيًا في ذلك تطور المجتمع الجزائري، أصبح الترتيب على النحو التالي: الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

وما نص عليه المشرع في هذه المادة هو أنه ينبغي على القاضي أن يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة ويكون المشرع في هذا النص قد خرج عن المبادئ المستقرة قانونًا، بحيث قد ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة حتى ولو لم يطلبه بذلك أحد المتقاضين. وغالبا ما يحدد الاجتهاد القضائي هذا الحق لمن لا تسند له الحضانة، على أن يكون حق الزيارة يوم الخميس من الساعة 09 إلى الساعة 17، وكذلك الأعياد الوطنية والدينية حتى في العطل الدراسية.

ب. - مدة الحضانة:

حددت المادة 65 من قانون الأسرة مدة الحضانة بناء على جنس المحضون، بحيث "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنتى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية"، ولكن مع مراعاة حالة الحكم بإنهائها مصلحة المحضون.

وأمام هذه الرعاية التي أولها المشرع لمصلحة المحضون، لنا أن تساءل عما إذا يمكن للقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر بعد بلوغه 16 سنة إذا اقتضت مصلحته ذلك؟

ثالثاً. - مسقطات الحضانة وعودة الحق فيها

سيتم الكلام في هذه الجزئية عن مسقطات الحضانة (آ)، ثم عن عودة الحق في الحضانة (ب) وفقاً لما قرره المشرع في قانون الأسرة.

آ. - مسقطات الحضانة

تسقط الحاضنة للأسباب التالية:

- الزواج بغير قريب محرم، والمقصود بذلك هو إن تزوجت الأم مرة ثانية مع شخص لا تكون بينه وبين المحضون موانع الزواج (المادة 66 أسرة)؛
- تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة ما لم يضر بمصلحة المحضون، أي يمكن للقاضي أن يلزمها بالحضانة حتى ولو تنازلت عنها إذا كان هذا الأخير يمس مصلحة المحضون (المادة 66 أسرة)؛
- اختلال أحد الشروط الواردة في المادتين 62 و67 من قانون الأسرة؛
- عدم مطالبة الحضانة من قبل صاحبها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، أي عدم مطالبة الأم بالحضانة لمدة سنة من يوم تبليغ الحكم بدون عذر تسقط عنها (المادة 68 أسرة)؛
- تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم (المادة 70 أسرة)؛

- يسقط حق المرأة في الحضانة إذا كان عملها يتعارض مع مصلحة المحضون (المادة 2/70 و3 أسرة)؛

ب.- عوددة الحق في الحضانة:

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، أي إذا كان سبب سقوط الحضانة لأمر خارجة عن إرادة الأم أو عن باقي المترشحين للحضانة، كإصابتها بمرض وشفيت منه، هنا يعود لها الحق في الحضانة، كذلك إذا طلقت بعد زواجها الثاني بحكم أن الزواج حثت عليه الشريعة الإسلامية لما له من أهداف شخصية واجتماعية. واعتبرت المحكمة العليا الزواج بالأجنبي المسقط لحق الأم في الحضانة هو تصرف اختياري، ولذلك قضت في قرار لها بتاريخ 1990/02/05 بأنه "... فإن القاضي لما قضى بإسناد الحضانة إليها (الأم) بالرغم من أن زواجها من الأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً يكون قد خالف القانون". أما إذا أراد الشخص الذي أسندت له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، فمن صلاحية القاضي أن يسقط عنه الحضانة نتيجة لتعارضها ومصلحة المحضون أو في إثباتها له بحكم أن الاستيطان في بلد أجنبي لا يتعارض ومصلحة الطفل، بينما إذا قضى بإسناد "حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب... يعد قضاء مخالفاً للشريعة والقانون" (محكمة عليا، 1990/02/19).

رابعاً. - نفقة المحضون:

طبقاً للمبادئ العامة المنصوص عليها في قانون الأسرة أن نفقة المحضون تكون أولاً وقبل كل شيء من ماله المتحصل عليه عن طريق الميراث أو الهبة أو الوصية. وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 75 من قانون الأسرة بقوله "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكر إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

كما تنص المادة 76 من القانون ذاته على أنه "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، زيادة على ذلك، فإنه يجب على الأب في حالة الطلاق أن "... يوفر

لممارسة الحضانة سكننا ملائماً للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

ويتضح من هذه المادة أنه على الأب أن يوفر سكناً ملائماً ليس للحاضنة وإنما للمحضون، إذ "لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجزة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار" (محكمة عليا، 2007/04/11). وكذلك الذي جاء به المشرع ولا نجد في الفقه الإسلامي هو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 87 من قانون الأسرة بقولها "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، حتى ولو كانت الأم من ديانة مسيحية أو يهودية.

والجدير بالذكر، أن الاجتهاد القضائي قضى بأنه لا يجوز تجزئة الحضانة، فيجب أن تتم تربية الأطفال كلهم مع بعض، إذ "لا تجزأ الحضانة بين الأم والأب ويراعى فيها بالدرجة الأولى مصلحة المحضون" (محكمة عليا، 2002/07/31).

إذا كان الحكم الناطق بالطلاق بأنواعه المختلفة لا يجوز فيه الاستئناف، فإن التوابع المترتبة عنه يجوز الطعن بالاستئناف في الأحكام المتعلقة بها، من نفقة عدة، وإهمال، وتعويض، ويجوز الاستئناف كذلك في الأحكام الصادرة بشأن الحضانة من حيث إسنادها أو سقوطها.