

محاضرات في مقياس انحلال الرابطة الزوجية لطلبة السنة الأولى ماستر قانون الأسرة -

السداسي الثاني -السنة الجامعية 2020-2019

إعداد الدكتورة: رواحة نادية

الفصل الثاني: صور انحلال الرابطة الزوجية

المبحث الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

المبحث الثاني: الطلاق بالتراضي

المبحث الثالث: انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

تنص المادة 48 من ق. أ على أنه "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق ... أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، وبالرجوع إلى المادة 53 نجد أنها تنص على التطلق (المطلب الأول)، أما المادة 54 فهي متعلقة بالخلع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التطلق بطلب من الزوجة

أجاز قانون الأسرة للمرأة المتضررة من تصرفات زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب منه فك الرابطة الزوجية، وقد عدت المادة 53 من ق. أ المعدلة الأسباب التي من أجلها تطلب المرأة التطلق، وهي أسباب في غالبها مادية تتطلب الإثبات حتى يحكم لها القاضي بالتطلق وكذلك بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق بها (المادة 53 مكرر)، وهذه الأسباب تتمثل فيما يلي:

01: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج (ف1 من

المادة 53)

أجمع أئمة الشريعة الإسلامية على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وفي حالة امتناع الزوج عن القيام بذلك فإنه يجوز للزوجة أن تطالب بالتفريق لعدم الإنفاق ويحكم لها القاضي بالتفريق إن ثبت لديه عدم الإنفاق وقد استدلوا في ذلك بقوله تعالى: " ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا "، وقوله تعالى: " فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان". وإن بقاء الزوجة مع زوجها مع عدم الإنفاق عليها قد يشكل لها ضررا أو يعرضها للخطر ولذلك أعطاهما الشرع هذا الحق.

تجب نفقة الزوجة على الزوج بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة، حسب نص المادة 74 من ق. أ، ويستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة، وما لم تكن الزوجة ناشزا، ولا يجوز للزوج الامتناع عن النفقة إلا بعذر مقبول.

ويشترط لرفع دعوى التطلاق أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يتعلق بوجود النفقة من الزوج على زوجته، غير أن ما يعاب على المشرع هو أنه لم يحدد المدة التي ينبغي على الزوجة انتظارها بعد صدور الحكم بإلزام الزوج على الإنفاق، ويمكن القياس هنا على ما نصت عليه المادة 331 من ق. ع، التي تشترط مدة شهرين في جريمة الامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها قضاء، وبناء عليه على الزوجة أن تنتظر هذه المدة أيضا بعد صدور الحكم ومضي المدة الخاصة بالتبليغ حتى ترفع دعوى التطلاق، وفي هذا الشأن هناك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/11/23 جاء فيه " إذا كان مؤدى نص المادة 331 من ق. ع الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم، فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون".

وينبغي أن يكون الحكم القاضي بإلزام الزوج بالنفقة مراعيًا لما نص عليه المشرع في المادة 78 و 79 و 80 من ق. أ، وهذا يعني أنه ينبغي أن يراعي مشتملات النفقة (المادة 78)،

ويراعي في تقديرها حال الطرفين وظروف المعاش وأن لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم (المادة 79)، وتستحق الزوجة النفقة من تاريخ رفع الدعوى بل يمكن أن يحكم لها لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى متى قدمت الإثبات (المادة 80).

يشترط أيضا أن يكون امتناع الزوج عمديا، وأن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج، لأن علمها بإعساره يعني رضاها بذلك، وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على الزوج من حيث تبيان أن الزوجة كانت عالمة بإعساره، ويمكن له إثبات ذلك بكافة الوسائل، وتجدر الإشارة إلى أن التطليق لعدم الإنفاق في جميع صورته يقع رجعا إلا أن يوجد سبب آخر للبيونة مثل وقوعه قبل الدخول أو مكملًا للثلاث، ونشير أيضا إلى أن المشرع استحدث مؤخرا صندوق خاص بالنفقة لتسديد المبالغ المستحقة للمطلقة وأبنائها في حالات معينة.

كما أن المشرع لم يفرق بين حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته على ذلك وحالة امتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته أو إعساره ولم يفرق أيضا بين الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة كما أنه لم يمنح الزوج المعسر أجلا للقيام بواجب الإنفاق وهذا عكس بعض التشريعات العربية مثل القانون التونسي الذي منحه أجل شهرين (الفصل 39) والقانون السوري (3 أشهر) بالإضافة إلى مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (المادة 115 منه منحت للزوج المعسر

المعسر	أجل	3 أشهر.
--------	-----	---------

ولذلك يجب إعادة النظر في هذه المسائل حتى تعطى فرصة للزوج المعسر حسن النية من دفع مبلغ النفقة وذلك من أجل المحافظة على الروابط الأسرية، وحتى لا يكون التطليق وسيلة ضغط بيد الزوجة تستعمله متى شاءت. وقد صدر عن المحكمة العليا عدّة قرارات تتناول فيها مسألة التطليق لعدم الإنفاق، القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 جاء فيه " متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة

الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطلق على زوجها.

وإذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا نافذا فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطبيق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي".

02: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج (المادة 2/53)

أقر الفقهاء وكذا القانون أن من حق الزوجة أن تطلب التطلق للعلل والأمراض التي يصاب بها الزوج، إذا تبين أن هذه العيوب من شأنها التأثير على الحياة الزوجية، والملاحظ في هذا الشأن أن هذه العيوب قد تتحقق في الرجل كما قد تتحقق في المرأة، غير أن القانون ذكرها على أساس وجودها في الرجل، وذلك لأنه إذا ظهرت في المرأة فللرجل أن يستعمل حقه في الطلاق، ولا يكون متعسفا في هذه الحالة، وهذه العيوب تنقسم إلى قسمين:

- عيوب جنسية تمنع من الدخول وسواء تحققت في الرجل أو في المرأة، فمن حق كل طرف أن يلجأ إلى طلب الطلاق بسببها، والقاضي في هذه الحالة عليه أن يتأكد من وجودها ومن تأثيرها على الحياة الزوجية، ويستعين في ذلك بالخبرة الطبية.

- عيوب لا تمنع من الدخول ولكنها تؤثر على الحياة الزوجية، كالأضرار المزمنة والمعدية والمنفرة كالجدام والبرص والصرع والجنون والسل والإيدز، وهذه الأمراض من شأنها التأثير على الحياة الزوجية.

ولم يحدد المشرع هذه العيوب بل ولم يعط حتى أمثلة عنها، وإنما اشترط أن تكون من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهي الأهداف المنصوص عليها في المادة 4 من ق. أ.

يشترط كذلك أن تكون هذه العيوب غير قابلة للزوال، أما إن كان العيب قابل للشفاء فيضرب له القاضي أجلا للتداوي، وهذا الذي قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/11/19م، "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 بعلاها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق".

ولم يتحدث المشرع على علم أحد الزوجين بهذه العيوب قبل الزواج أو رضاه بها، غير أن الكثير من الفقهاء لا يعطون الحق للمرأة في التطليق في هذه الحالة، وهذا الذي ذهب إليه القضاء الجزائري.

03: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر (المادة 3/53)

من بين الأسباب التي تجعل ممارسة القاضي لسلطته التقديرية مطلقة وواسعة هي التطليق بسبب هجر الزوج لزوجته في المضجع والتطليق للضرر والتطليق لارتكاب فاحشة مبينة وتكون فيها سلطة القاضي واسعة نظرا لصعوبة إثباتها من قبل الزوجة.

يقصد بالهجر في المضجع كسبب للتطليق أن يهجر الزوج فراش الزوجية بحيث لا يعامل زوجته معاملة الأزواج، وأن تزيد مدة الهجر على أربعة أشهر، دون أن يكون أي اتصال بينهما في تلك الفترة، وأن يكون الهجر عمديا أي بقصد الإضرار بالزوجة وليس من أجل تأديبها.

والهجر في الفراش هو نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته وهذا لقوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضجع"، ومتى كان الهجر

بغرض التأديب فإنه يدخل في إطار حقوق الزوج وبالتالي لا يجوز أن يضار شخص باستعمال حقه الشرعي إلا إذا تعسف في استعماله وتجاوز حدود هذا الحق المقرر له.

والهجر هو أحد الأسباب التي ورد النص عليها في المادة 3/53 ق.أ التي تجيز للزوجة طلب التطلاق متى توافرت الشروط التالية وهي: -أن يهجرها الزوج ويترك فراش الزوجية وأن يفوق هذا الهجر مدة أربعة أشهر متتالية، وأن يكون هذا الهجر عمديا، وليس له ما يبرره.

ونشير هنا إلى أن الهجر المنصوص عليه في القانون يقترب من الإيلاء المشار إليه في كتب الفقه الإسلامي بحيث عرفه كمال الدين بن الهمام: " بأنه الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القربان على ما يشق"، حيث يتفق معه في أنه يقع في حالة ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة 4 أشهر، ويتفق معه من حيث الغرض منه وهو قصد إلحاق الضرر بالزوجة، بينما يختلف عنه من حيث أن الإيلاء يمين على عدم الاقتراب من الزوجة، كذلك يختلف عنه في أن الإيلاء يحلف فيه الزوج على مدة لا تقل عن أربعة أشهر فإن قلت فلا شيء عليه، بينما الهجر في المضجع تكون المدة تفوق أربعة أشهر.

ولذلك أجاز المشرع للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطلاق بسبب هجر زوجها لها في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر ولكن بشرط إثبات ما تدعيه واقتناع القاضي به.

وفي هذا الشأن صدر حكم عن محكمة بشار بتاريخ 99/11/07 قضى فيه بالتطلاق بين الطرفين المتنازعين بسبب الهجر في المضجع فجاء في حيثياته ما يلي: " حيث أن شهادة الشهود أثبتت أن الزوج هجر مقر الزوجية وترك العائلة في إهمال منذ أكثر من 7 أشهر وأن الزوجة لحقها ضرر من جراء ذلك مما يعطيها الحق في المطالبة بالتطلاق وعليه يتعين الاستجابة لطلبها".

04: الحكم على الزوج بعقوبة جنائية أو جريمة ماسة بشرف الأسرة ويستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية (المادة 4/53).

يشترط لتحقيق هذا السبب أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، وعليه إذا صدر الحكم مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوافرا خلافا لما كان عليه النص السابق الذي كان يشترط أن تكون العقوبة مقيدة للحرية.

ولم يشترط المشرع مقدار العقوبة وإنما ينبغي في نظره أن تكون الجريمة ماسة بسمعة الأسرة، كجريمة هتك العرض، جريمة الفعل المخل بالحياء، بل كل الجرائم المخلة بالآداب تمس بسمعة الأسرة، والواقع أن كل الجرائم تمس بالسمعة، فالمشرع ربما كان يقصد من وراء العقوبة الشائنة كل الأفعال التي تنعكس آثارها على ثقة الزوجين وتنفرها من بعض، ومنها خاصة الجرائم الأخلاقية التي تمس بسمعة الأسرة وشرفها.

كما اشترط المشرع استحالة مواصلة الحياة الزوجية معها، لذلك فإذا توافرت للزوجة هذه الشروط كلها فلها الحق أن ترفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها وعلى المحكمة أن تقضي بذلك.

ولقد صدر في هذا الشأن حكما عن محكمة تيزي وزو بتاريخ 97/08/29 قضى بتطليق الزوجة لصدور حكم قضائي ضد الزوج يقيد حريته لمدة 18 شهرا حبسا نافذا، وانطلاقا من هذا الحكم قضى القاضي بالتطليق بينها وبين زوجها المحبوس.

ينبغي الإشارة في هذا المقام إلى أن الفقهاء أجازوا للزوجة أن تطلب التطليق لغياب زوجها جراء حبسه لأن الحبس يضر بالزوجة ماديا ومعنويا، خاصة إذا طالت مدته حتى وإن ترك لها مالا تنفق منه.

05: غياب الزوج لمدة تزيد عن السنة بلا عذر ولا نفقة (المادة 5/53)

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للغيبية، فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى عدم التفريق للغيبية، لعدم ما يصح أن يبنى عليه هذا التفريق، وذهب مالك وأحمد إلى جواز التفريق إذا طالت الغيبية وتضررت بها المرأة بأن خشيت على نفسها الزنا ولو كان الزوج قد ترك لها مالا تنفق منه.

أجاز القانون للمرأة إذا غاب زوجها لمدة طويلة تزيد عن السنة ولو بيوم واحد، أن تطلب التطلاق من القاضي سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان لأنها تتضرر معنويا من غياب زوجها، ولكن بشرط أن يكون غيابه بلا عذر مقبول، بل وحتى الغياب المبرر يضر بالزوجة معنويا، ولهذا أجاز لها الفقهاء طلب التطلاق لكن بعد أن يرسل إليه القاضي للعودة إلى زوجته أو يصطحبها معه، وقد استمد القانون هذه القاعدة من مذهب مالك وأحمد دفعا للضرر عن المرأة ولهذه الأخيرة الحق في طلب التطلاق إذا غاب عنها زوجها وتوفرت الشروط التالية:

-تغيب الزوج عنها لمدة سنة على الأقل وتحسب هذه المهلة ابتداء من يوم الغياب إلى يوم رفع الدعوى.

-أن يكون الغياب بدون عذر مقبول ودون سبب جدّي أي أن يكون متعمدا ويقصد الإضرار بها.

-أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه فإن ترك لها مالا تنفق منه فلا يجوز لها طلب التطلاق وهذا عكس ما ذهب إليه الفقه المالكي بحيث أجاز لها التطلاق حتى ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه.

يشترط القانون أن يكون هذا الغياب مصحوبا بعدم الإنفاق، ولا توجد ضرورة هنا للنص على عدم الإنفاق كون هذا السبب تم النص عليه في الفقرة الأولى من المادة 53.

والغائب الذي يقصده المشرع في هذه الفقرة هو الذي نص عليه في المادة 110 ق.أ. بقوله: " الغائب هو الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير".

كما أجاز القانون للزوجة أن تطلب التطلق إذا كان الزوج مفقودا، ولم يظهر عليه أي خبر بعد مرور سنة من فقدان وفقا لأحكام المادة 112 من ق. أ والتي أحالت على الفقرة 5 من المادة 53، وهذا الأمر لا يستقيم في حالة المفقود لأنه في الغالب يكون معذورا، ولا تعرف حياته من وفاته ولا يعرف مكانه، ثم إنه من الناحية القانونية لا يحكم بفقدانه إلا بعد مرور سنة من فقدته، وعليه فالأولى لو أن المشرع مدد المدة زيادة في البحث والتحري عنه، خصوصا وأنه لا يحكم بوفاته إلا بعد مرور أربع سنوات (المادة 113 من ق. أ).

06: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ق. أ (المادة 6/53)

أباح الشرع والقانون للرجل أن يتزوج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، مع وجوب إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يرغب الزواج بها وتوافقا على ذلك، وأن يستصدر ترخيصا بهذا الزواج من المحكمة (المادة 8 من ق. أ)، فإذا دلس على واحدة من الزوجتين أو خالف ضوابط وشروط التعدد جاز للزوجة المتضررة أن تطلب التطلق (المادة 8 مكرر).

07: ارتكاب فاحشة مبينة (المادة 7/53)

من حالات التطلق التي تجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة هي التطلق لارتكاب فاحشة مبينة والمنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 53 ق.أ والمقصود بالفاحشة هنا كل فعل تستكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع الإسلامي وعليه فإنه إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله أو الردة أو الاعتداء على قاصرة... فإنه يجوز للزوجة أن ترفع

أمرها إلى القاضي من أجل تطليقها لكن بشرط إثبات الفاحشة المرتكبة من طرف زوجها وذلك بتقديم للقضاء نسخة من الحكم الذي يدين به الزوج لارتكابه الفعل ولا يبقى حينئذ للقاضي سوى الحكم بالتطليق مباشرة. مع ملاحظة أن المشرع لم يبين هل يشترط إدانة الزوج أم أنه يكفي اكتشاف أمره من قبل زوجته، مع أنه من الناحية القانونية إذا كانت الجريمة هي الزنا فيجب الإثبات بوسائل محددة قانوناً.

فما يلاحظ على هذه الفقرة أن المشرع استعمل عبارة فضفاضة (فاحشة مبينة) ولم يعط أمثلة عن ذلك وترك الأمر لتقدير القاضي الأمر الذي يجعل الأحكام متذبذبة بين القضاة فقد يرى قاضي أن حالة معينة قد تشكل فاحشة مبينة في حين يرى آخر أن نفس الفعل لا يعتبر كذلك، لهذا كان على المشرع أن يعطي تعريفاً دقيقاً لهذا المصطلح أو على الأقل إعطاء أمثلة عن ذلك للقياس عليها حتى تكون الأحكام مستقرة.

08: الشقاق المستمر بين الزوجين (المادة 8/53)

إذا حصل خصام بين الزوجين واستمر لفترة طويلة وأدى ذلك إلى سوء العشرة بينهما، يجوز للزوجة المتضررة اللجوء إلى المحكمة لطلب تطليقها، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يعين حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة من أجل الإصلاح في أجل شهرين (المادة 56)، فإن لم يوفقا جاز الحكم بالتطليق بينهما.

09: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج (المادة 9/53)

أجاز الشرع والقانون لكل من الزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية بشرط أن لا تتنافى ومقتضيات عقد الزواج (المادة 19 ق. أ)، وعلى من قبل الشرط الوفاء به والسعي لتنفيذه فالمؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، فإذا كانت الزوجة هي من اشترطت ووافق الزوج عليها، لكنه بعد ذلك خالفها، فما على الزوجة

في هذه الحالة إلا المطالبة بالتنفيذ وإذا لم يحصل الدخول جاز لها طلب فسخ العقد، أما بعد الدخول فلا يبقى أمام الزوجة سوى طلب التطليق، والمطالبة بالتعويض.

10: كل ضرر معتبر شرعا (المادة 53/10)

بعدما عدد المشرع الأسباب التي من أجلها تطلب الزوجة التطليق، ختم نص المادة بالفقرة 10 "كل ضرر معتبر شرعا"، فمن خلال هذا النص يمكن تدارك كل الأضرار التي يسببها الزوج لزوجته، والغير منصوص عليها في الفقرات السابقة، حتى لا ترفض دعاها بحجة عدم وجود الضرر المشتكى منه ضمن المادة 53، فالسبب الأخير واسع النطاق لأن الأضرار عديدة ومتنوعة ويصعب حصرها، لذلك توسع المشرع الجزائري في مفهوم الضرر ولكن بشرط أن يكون معتبر شرعا وعرفا، مانحا بذلك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر الذي تدعيه الزوجة، مراعيًا في ذلك المجتمع وعاداته وتقاليده وأعرافه، بشرط أن تثبت الزوجة هذا الضرر.

لقد خول المشرع للزوجة حق طلب التطليق إذا لحقها ضرر سببه لها زوجها سواء بإيذائه لها بالقول أو الفعل إيذاء بليغا يجعل الحياة الزوجية جحيما لا تطاق ولا يقطع هذه الحياة البغيضة إلا التفريق بينهما وقد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 53 ق.أ بأن من أسباب التطليق كل ضرر معتبر شرعا، إلا أن المشرع لم يتفقد بضرر معين وترك للقاضي سلطة تقدير الضرر وذلك حسب نوعية القضايا فمثلا: يمكن اعتبار عدم توفير السكن اللائق الشرعي أو إساءة معاشرته الزوجة أو التهرب من الواجبات الزوجية ضرر معتبر شرعا.

فالمشرع قد أحسن صنعا عندما لم يحدد أنواعا معينة من الضرر وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي ليقدر إن كان هناك ضرر أم لا وذلك حسب ظروف كل قضية ووقائعها لأن مفهوم الضرر هو مفهوم واسع لا يمكن حصره أو تحديده وقد يختلف من قاضي إلى قاضي ومن منطقة إلى أخرى.

فإذا أثبتت الزوجة دعواها ببينة أو اعترف الزوج وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها طلاقاً بائناً وإذا عجزت عن البينة أو لم يقر زوجها رفضت دعواها بينما إذا طال أمد الخلاف وتكررت دعواها دون أن تثبت ادعاءاتها فإن على القاضي أن يعين حكّامين للتوفيق بين الزوجين المتنازعين يكون إحداهما من أهل الزوجة والثاني من أهل الزوج يحاول إصلاحاً بينهما وعلى هذين الحكّامين أن يعدا تقريراً عن مهمتهما في أجل أقصاه شهرين.

وباختلاف تقدير هذا الضرر أدى إلى ظهور عدة اجتهادات قضائية في هذا الشأن، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/05/20 : " من المقرر شرعاً أنه إذا طال أمد الخلاف بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضرر بيّن واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه " وقد جاء في قرار آخر: " متى كان من المقرر شرعاً أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطلاق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلاها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية ".

المطلب الثاني: الخلع (الطلاق مقابل مبلغ من المال)

نصت المادة 54 من ق. أ على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، انطلاقاً من هذا النص نقوم بتعريف الخلع (الفرع الأول)، ثم نبين شروطه (الفرع الثاني)، ومقابله المالي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الخلع

الخلع بفتح الخاء في اللغة النزع والإزالة، فيقال خلع فلان ثوبه أي جرده، وخلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه، وسمي ذلك الفراق خلعا.

أما الخلع في الاصطلاح هو حل عقدة الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزمه الزوجة بقبولها، كأن يقول الزوج لزوجته خالعتك على مبلغ 50000 د. ج فتقول قبلت، فإذا حصل هذا تم الخلع وترتبت عليه أحكامه.

وقد شرع الخلع للمرأة إذا كرهت عشرة زوجها والعيش معه، حيث أباح لها الإسلام أن تقدي نفسها رفعا للحرَج الذي أصابها، يقول تعالى في محكم تنزيله "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، كما دل على ذلك ما جاء في صحيح البخاري أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال صلى الله عليه وسلم أتريدن عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بإرادته المنفردة ولنفس السبب أيضا، وهو يختلف عن التطليق الوارد في المادة 53 ق. أ، وإن كانا يشتركان في أن طلب الفرقة يكون من الزوجة غير أن أسبابهما مختلفة، فالتطليق المقرر بالمادة 53 يبنى على أسباب مادية ذكرتها المادة وينبغي على الزوجة إثباتها أمام القاضي حتى يقضي لها بالطلاق، زيادة على حقها في طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة بها.

أما الخلع المقرر في المادة 54 فيبنى على أساس نفسي وهو الكراهية، ولا يتطلب الأمر وجود شقاق بين الزوجين، بل يكفي فيه أن لا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكينة، وهو الهدف الأول من الزواج، وأن تخاف المرأة ألا تقيم حدود الله فيما يجب عليها من حسن الصحبة وجميل المعاشرة.

ومن الناحية القانونية فإن الخلع قبل تعديل المادة 54 سنة 2005 كان عبارة عن عقد بين الزوجين بمقتضاه تعرض الزوجة على زوجها مبلغا من المال المعلوم والمنقوم شرعا مقابل طلاقها، وبقبول الزوج لهذا الطلب يقع الخلع أي الطلاق بينهما، وبهذا الشكل فإن الخلع هو عبارة عن رخصة للزوجة لتمكينها من التخلص من زوج تكرهه، لكن بعد التعديل أصبح بإمكان الزوجة أن تخالع نفسها حتى دون موافقة زوجها بمعنى أنه حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق.

الفرع الثاني: شروط الخلع

إذا كان الخلع حق للزوجة ويقع حتى وإن لم يوافق عليه الزوج فإنه يتم بناء على شروط تتمثل في الآتي:

- أ- الخلع لا يتم إلا في عقد الزواج الصحيح.
- ب- يتم الخلع حتى وإن لم يوافق عليه الزوج.
- ج- أن لا يكون الزوج قد أساء إلى زوجته وألحق بها أضرار، حتى يدفع بها إلى طلب الخلع ليستفيد من المقابل المالي، لأن هذه الحالة تحكمها المادة 53.
- د- يشترط أن تكون الزوجة من أهل التبرعات وأن تكون عالمة بما ستلزم به نظير افتدائها نفسها.

الفرع الثالث: مقابل الخلع (بدل الخلع أو العوض)

هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها لقاء طلاقها، والمقابل يكون مبلغا من المال سواء كان من النقود أو الأوراق المالية حسب المادة 54، لكن يمكن أن يكون أيضا أي شيء آخر يتفقان عليه بشرط أن يكون معلوما ومتقوما شرعا، غير أنه لا يجوز أن يكون مقابل الخلع

حضانة الأولاد لأنه لا يجوز التصرف في حق الغير بينما يجوز أن يكون مؤجل المهر أو نفقة العدة.

والأصل هو أن يتفق الزوجان على الخلع وعلى المقابل، لكن إذا تعنت الزوج في القبول أو فرض عليها مبلغاً من المال لا تقدر عليه فإن القانون أعطى لها الحق في اللجوء إلى القاضي وتطلب الطلاق بالخلع، فما على القاضي إلا أن يترك إرادة الزوج جانباً، وأن يحكم للزوج بمبلغ لا يجوز أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

وفي جميع الأحوال فإن حكم الطلاق في إطار الخلع وإن كان يقبل الطعن بالنقض إلا أنه لا يقبل الطعن بطريق الاستئناف حسب المادة 57.

المبحث الرابع: انحلال الرابطة الزوجية بالفسخ

هناك من يرى أن الرابطة الزوجية تتحل أيضاً بالفسخ، وهذا كلام فيه نظر، لأن الرابطة الزوجية التي يقصدها المشرع هي الناتجة عن عقد الزواج الصحيح بينما الفسخ أو البطلان يرد على عقد الزواج المخالف لأحكام وقواعد قانون الأسرة، ومن ثم فهو ليس برابطة زواج بالمعنى الحقيقي، وبناء على ما سبق نتناول تعريف الفسخ (المطلب الأول)، ثم حالات فسخ عقد الزواج (المطلب الثاني)، وبعدها الفرق بين الفسخ والطلاق (المطلب الثالث)، وأخيراً آثار الفسخ (المطلب الرابع).

المطلب الأول: تعريف الفسخ

الفسخ هو نقض عقد الزواج، وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه، وهو لا يكون إلا لأسباب قانونية وشرعية محددة، فقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد، كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون الفسخ لخلل طراً على العقد بعد نشوئه تماماً صحيحاً، فيمنع بقاءه.

المطلب الثاني: حالات فسخ عقد الزواج

يفسخ عقد الزواج في الحالات الآتية:

- 01-** إذا اختل ركن الرضا، لأنه زواج باطل (المادة 33 ف1).
- 02-** يفسخ الزواج إذا اشتمل على مانع، أي إذا تزوج الرجل بمن تحرم عليه سواء حرمة مؤبدة أو مؤقتة، سواء قبل الدخول أو بعده (المادة 32 والمادة 34).
- 03-** إذا تم الزواج دون صداق أو شاهدين أو ولي في حالة وجوبه، وتبين أمره قبل الدخول، ففي هذه الحالة يفسخ لأنه زواج فاسد (المادة 33 ف2).
- 04-** إذا ارتد الزوج بعد أن انعقد الزواج صحيحا، ففي هذه الحالة يفسخ وذلك لأن زواج الكافر بالمسلمة غير جائز وفقا لنص المادة 31، وكذلك الأمر إذا أسلم الزوج وأبت زوجته أن تسلم، وكانت مشركة فإن العقد حينئذ يفسخ، بخلاف ما إذا كانت كتابية، فإن العقد يبقى صحيحا.
- 05-** إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي للزواج الجديد في حالة التعدد، وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8، وتبين أمره قبل الدخول (المادة 8 مكرر 1).

المطلب الثالث: الفرق بين الفسخ والطلاق

- 01-** الطلاق لا يقع إلا في العقد الصحيح، بينما الفسخ يرد على عقد الزواج المخالف لأحكام قانون الأسرة.
- 02-** الطلاق ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، بينما الفسخ فلا يعتد به وبالتالي لا ينقص من عدد الطلقات، فإذا تزوج الرجل بتلك المرأة زواجا صحيحا بعد فسخ زواجهما الفاسد، فإنه يملك عليها ثلاث طلقات.
- 03-** في حالة فسخ الزواج تنقطع الرابطة الزوجية في الحال ولا يترتب عنها أي أثر إذا لم يدخل بها، بينما في الطلاق للمرأة نصف المهر.

04- في الطلاق الرجعي يجوز للرجل أن يراجع زوجته ما دامت في عدتها دون عقد جديد، بينما في حالة الفسخ ينبغي عقد زواج جديد ما لم يكن سبب الفسخ هو وجود مانع شرعي.

المطلب الرابع: آثار فسخ عقد الزواج

إذا تم فسخ عقد الزواج قبل الدخول فلا أثر له، أما إذا كان بعد الدخول فتترتب عنه بعض الآثار الشرعية والقانونية والمتمثلة في:

01- ثبوت نسب الولد الناتج عن هذا الزواج رعاية لحق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب (المادة 34 و40).

02- وإذا حصلت الفرقة ولم تكن المرأة تعلم والزوج كذلك حتى حدوثها، كان لتلك المرأة الصداق المسمى إن كان صحيحا أو مهر مثلها بسبب الدخول الحقيقي.

03- تجب فيه العدة بعد التفريق.

04- لا يثبت به توارث، ولا حق لها في المطالبة بالنفقة، ويدراً عنها الحد.

الفصل الثالث: آثار انحلال عقد الزواج

المقصود بآثار الطلاق هي النتائج الشرعية والقانونية التي تترتب على انحلال عقد الزواج وإنهاء الرابطة الزوجية، وقد ذكرها المشرع الجزائري في المواد من 58 إلى 80 من قانون الأسرة، وحصرها في العدة من المادة 58 إلى 61 (المبحث الأول)، والحضانة من المادة 62 إلى المادة 72 (المبحث الثاني)، كما استحدث المشرع في تعديله لقانون الأسرة أثرا آخر وهو وجوب إسكان المطلقة الحاضنة (المبحث الثالث)، ومن آثار الطلاق النزاع حول متاع البيت المادة 73 (المبحث الرابع)، وأخيرا النفقة من المادة 74 إلى المادة 80 وقد سبق تناوله في موضوع آثار الزواج.

المبحث الأول: العدة

تعتبر العدة أثر من آثار انحلال عقد الزواج، وتقتصر على الزوجة دون الزوج، والهدف الأساسي منها معرفة براءة الرحم، ولمعرفة الأحكام الشرعية والقانونية للعدة نتطرق إلى تعريفها (المطلب الأول)، وحكمها وحكمة مشروعيتها (المطلب الثاني)، ثم أنواعها (المطلب الثالث)، وأخيرا أحكامها (المطلب الرابع).

المطلب الأول: تعريف العدة

العدة في اللغة الإحصاء، ويقال عدت الشيء عدة أي أحصيته إحصاء، ومنه قوله تعالى "وَإِنْ تَعَدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لَا تَحْصُوهَا"¹ وقوله أيضا "إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ"².

أما العدة في الاصطلاح الشرعي فهي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقتها زوجها لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق، أو هي تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها، ولها الحق في النفقة والسكنى، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 30 ق. أ على أنه "يحرم من النساء مؤقتا المعتدة من طلاق أو وفاة".

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للعدة والحكمة من تشريعها

لقد أوجبت الشريعة الإسلامية العدة على الزوجة عند الافتراق بينها وبين زوجها، سواء وقعت الفرقة بالطلاق (بعد الدخول الحقيقي أو الحكمي في الزواج الصحيح)، أو الوفاة أو

¹ - سورة إبراهيم، الآية 34.

² - سورة التوبة، الآية 36.

الفسخ، فالعدة واجبة شرعا بالكتاب والسنة والإجماع، وهي من النظام العام فلا يجوز مخالفة أحكامها أو إسقاطها أو التنازل عنها.

أما حكمة مشروعيتها فهي معرفة براء الرحم حتى لا تختلط الأنساب، وكذلك إعطاء الزوج المطلق فرصة لمراجعة زوجته ما دامت معتدة في الطلاق الرجعي، بالإضافة إلى حداد الزوجة على زوجها المتوفي وفاء له وحزنا عليه.

المطلب الثالث: أنواع العدة

تتنوع العدة التي تجب على المرأة تبعا لاختلاف حالها، فقد تكون عدة طلاق أو فسخ وقد تكون عدة وفاة، ثم هي مع ذلك قد تكون حاملا وقد تكون حائلا، وإذا لم تكن حاملا فإما أن تكون ممن ترى الحيض أو تكون ممن يئسن من المحيض، وعليه فإن العدة أربعة أنواع، عدة الحامل (الفرع الأول)، عدة المطلقة غير الحامل (الفرع الثاني)، عدة المتوفي عنها زوجها (الفرع الثالث)، وأخيرا عدة زوجة المفقود (الفرع الرابع).

الفرع الأول: عدة الحامل

إذا كانت المطلقة حاملا فعدتها وضع حملها، لقوله تعالى "وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"³، فالحامل تعتد بوضع الحمل سواء أكانت عدة طلاق أو فسخ أو وفاة أو حتى بعد زواج فاسد، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 60 من ق. أ "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"، ويلحق بالوضع إسقاط الحمل إذا جاء مستبينا ببعض أعضائه.

وإذا توفي الزوج وزوجته حامل ووضعت بعد وفاته بيوم واحد فإن عدتها تنتهي في ذلك اليوم الذي بدأت فيه حسب نص المادة 60 ق. أ، وهو رأي جمهور الفقهاء استنادا إلى الآية

³- سورة الطلاق، الآية 4.

السابقة، في حين روى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين أي أبعد الأجلين وحجتهم أن هذا الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة.

الفرع الثاني: عدة المطلقة غير الحامل

إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق أو فسخ كانت عدتها بمضي ثلاثة أقرء، التي فسرت بثلاث حيضات وهناك من فسرها بثلاث أطهار، وهذا إذا كانت المرأة ممن يحضن، ودليل ذلك قوله سبحانه وتعالى "وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"⁴، وذلك سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً، وهو ما أشارت إليه المادة 58 ق. أ بنصها "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء".

أما إذا كانت المرأة لا تحيض سواء أكانت صغيرة دون البلوغ أو يائس فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى "وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ"⁵، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 58 ق. أ "تعدت اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، والحساب في العدة يكون بالأشهر القمرية.

أما بالنسبة لعدة المرأة المطلقة طلاق الفرار فهي تعدت بأبعد الأجلين الإقرء أو الأشهر، لأنه يمكن أن تطول أقرؤها أكثر من أربعة أشهر وعشرة أيام، وهذا حتى ترث من زوجها، وفي ذلك معاملة لنقيض قصد الزوج الذي رغب في منعها من الميراث بطلاقه لها في مرض الموت.

الفرع الثالث: عدة المتوفي عنها زوجها

⁴- سورة البقرة، الآية 227.

⁵- سورة الطلاق، الآية 3.

إذا كانت المرأة غير حامل معتدة من وفاة بعد زواج صحيح فإن عدتها تكون أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى "وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"⁶، وهو الحكم الذي جاءت به المادة 59 ق. أ "تعنت المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام..."، وسبب هذه العدة الوفاة سواء حصلت الوفاة قبل الدخول أو بعده، بخلاف بقية أنواع العدة فإنها لا تجب إلا بعد الدخول.

أما إذا كان الزواج فاسدا ومات الزوج قبل الدخول فلا عدة فيه لأنه لا أثر لعقد الزواج الفاسد قبل الدخول، أما إذا كان بعد الدخول كانت عدة المرأة بثلاثة أقرأ بالنسبة للحائض أو ثلاثة أشهر لمن لا تحيض.

الفرع الرابع: عدة زوجة المفقود

تنص المادة 59 ق. أ على أنه "تعنت المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، من خلال هذا النص فإن عدة زوجة المفقود هي أربعة أشهر وعشرة أيام مثل زوجة المتوفي عنها زوجها غير أنهما يختلفان من حيث بداية حساب العدة، التي تبدأ من يوم الوفاة بالنسبة للمتوفي عنها زوجها، بينما زوجة المفقود يبتدىء حسابها من يوم صدور الحكم بوفاة (م113 ق. أ).

المطلب الرابع: أحكام العدة

إذا كانت العدة واجبة على المرأة ومن النظام العام، لا يجوز مخالفة أحكامها، كما أن فيها جانب تعبدية، فإن لها أحكاما قانونية وشرعية ينبغي التزامها وعدم مخالفتها وتتمثل فيما يأتي:

⁶ - سورة البقرة، الآية 234.

- 01-توجب العدة التوارث بين الزوجين (132 ق. أ) إذا كان الطلاق رجعياً، ولا تترث المعتدة من طلاق بائن إلا إذا اعتبر الزوج فاراً من الميراث.
- 02-ثبوت نسب الولد الذي تلده المعتدة في أثناء العدة من زوجها السابق، إذا وضعته بين أقل وأقصى مدة الحمل (م43 ق. أ).
- 03-على المعتدة أن تبقى وتعتد في البيت الذي تسكنه إلى وقت الفرقة، ولا تخرج منه إلا لضرورة أو عذر، ولا تخرج منه إلا في حالة الفاحشة المبينة (المادة 61 ق. أ).
- 04-تستحق المطلقة نفقة العدة ما دامت في منزل الزوجية (م61 ق. أ)، ويراعى فيها حال الزوج بشرط عدم خروجها من منزلها.
- 05-لا يجوز لزوج المعتدة أن يتزوج أختها أو خالتها أو عمته أثناء عدتها، ولا خامسة وهي في العدة، ولا تحل المعتدة للزواج، ولا تجوز خطبتها إلا تلميحا بالنسبة للمتوفي عنها زوجها فقط دون الباقي.
- 06-يجب على المعتدة من وفاة شرعا الحداد أو الإحداد أي ترك الزينة، فلا تلبس حلياً ولا تمس طيباً ولا تكتحل فيها ولا تخرج من بيتها إلا للضرورة.

المبحث الثاني: الحضانة

الحضانة هي أثر من آثار انحلال عقد الزواج بأي طريق كان، وهي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة، وللتفصيل في موضوع الحضانة نتطرق إلى تعريفها (المطلب الأول)، وأصحاب الحق فيها (المطلب الثاني)، ثم شروط الحاضن (المطلب الثالث)، وبعدها مدة الحضانة (المطلب الرابع)، وأخيراً سقوط الحضانة وعودتها (المطلب الخامس).

المبحث الأول: تعريف الحضانة

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن بكسر الحاء، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل الصدر والعضدان وما بينهما، وتطلق على ضم الولد وتربيته، كالمراة إذا حضنت ولدها، وتسمى المرأة حاضنة.

وتعرف الحضانة في الاصطلاح الشرعي على أنها "تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها"، مع أن النزاع المتعلق بالحضانة يطرح بعد الفرقة، ويمكن تعريفها بأنها تربية الولد وحفظه ورعاية شؤونه لمن له حق الحضانة حتى يبلغ سنا معيناً ويستطيع أن يستقل بأموره.

كما عرفت المادة 62 من ق. أ بأنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

الحضانة حق مشترك للحاضن وللصغير، وهي من الولاية على النفس، تثبت للحاضن صيانة للصغير وتربيته ورعايته، والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته في المرحلة الأولى من عمره، وهي المرحلة التي لا يستغني فيها عن النساء.

ومن خلال المادة 64 من ق. أ فإن أول صاحب حق في حضانة الولد هي الأم ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، ثم أضافت المادة حكماً آخر متعلق بحق الزيارة "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ويكون المشرع في هذا النص قد خرج عن المبادئ القانونية المستقرة، بحيث ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة حتى وإن لم يطلبه المتقاضين، والزيارة تكون في العطل الأسبوعية والسبوعية وفي الأعياد الدينية والوطنية.

فالمشروع من خلال تعديل نص المادة سنة 2005م، جاء بترتيب جديد لأصحاب الحق في الحضانة خلافا لما كان عليه النص القديم، حيث قدموا حق الأب على حق الجدة لأم وعلى الخالة أخت الأم، ثم احتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار ومن شأنها أن تغير ترتيب الحاضنين، بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحيا وأخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا، لأن الحضانة إنما شرعت لمصلحة الولد، لذلك نجد أن الترتيب ليس إلزاميا إنما يحكمه ضابط مصلحة المحضون.

والملاحظ على نص المادة 64 من ق. أ أن أصحاب الحق في الحضانة يغلب عليهم جانب النساء، لكونهن أعرف وأقدر وأصبر وأحن من الرجال على تربية الطفل، وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة تعدد مستحقي الحضانة من درجة واحدة كالأخالات والعمات، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقاً، فإن تساوا كان أولاهم أكبرهم سناً، وقد خول القانون للقاضي حق اختيار الأصلح على أساس مصلحة المحضون.

المطلب الثالث: شروط الحاضن

يشترط في الحاضن أهلية الحضانة سواء في النساء أو في الرجال، وهو ما نص عليه المشروع الجزائري في المادة 2/62 ق. أ "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، والمشروع لم يوضح المقصود هنا بالأهلية وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن هذه الشروط تتمثل فيما يأتي:

01: شرط العقل

فلا حضانة لمجنون ولا معتوه، وذلك لأن الحضانة ولاية، وغير العاقل لا ولاية له، فهو مولى عليه ويحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى شؤون غيره (81 ق. أ).

02: شرط البلوغ

لأن الصغير لا يستطيع أن يقوم برعاية نفسه فلا يصح لرعاية غيره، وسن البلوغ في القانون الجزائري 19 سنة (م40 ق. م).

03: شرط القدرة

وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانتة في خلقه وصحته، أي بمعنى أن تكون الحاضنة صحيحة الجسم قادرة على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو عاهة أو شلل أو فاقدة لبصرها أو شيخوخة... لم تكن أهلا للحضانة، لعدم قدرتها على القيام بأعبائها من حماية المحضون وحفظ صحته.

04: شرط الأمانة والاستقامة

أي أمينا في تصرفاته نحو المحضون، فلا حضانة للمرأة الفاسدة التي لا تقيم للأخلاق الفاضلة وزنا، ولا للمرأة المهملة الضائعة، وقد اتفق معظم فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم صحة حضانة الفاسق.

05: شرط كون الحاضنة قريبة للولد وذات رحم محرم منه

فلا حضانة لغير القريبة، ومن هنا يشترط في المرأة ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، وألا تكون في بيت فيه من يبغض الصغير، كزوج الأم والأجنبي عنه، وهذا ضمانا لحسن رعايته وكمال العناية به.

أما بالنسبة للرجل فيشترط لاستحقاقه الحضانة أن يكون عصبه للصغير على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً، فلا حضانة لابن العم مثلاً بالنسبة للصغيرة، وله الحضانة بالنسبة للصبي.

المطلب الرابع: مدة الحضانة

يتضح من خلال الاطلاع على نص المادة 65 من ق. أ أن مدة الحضانة بالنسبة إلى الذكر تنتهي ببلوغه سن العاشرة (10) من عمره، وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن أهلية الزواج وهو 19 سنة، مع ملاحظة أنه إذا كان الولد قد بلغ سن العاشرة (10) وتبين أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنه أو حاضنته إذا كانت أما ولم تتزوج ثانية، فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمراً على عريضة بتمديد هذه الحضانة من 10 إلى 16 سنة إذا كان ذلك بناء على طلب الحاضن نفسه، بشرط أن يكون التمديد في مصلحة المحضون.

أما بالنسبة إلى العبارة الأخيرة من المادة 65 التي مفادها أن على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون عند الحكم بانتهاء الحضانة، فيرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن انتهاء الحضانة يقع تلقائياً ببلوغ الذكر سن العاشرة أو السادسة عشر بعد التمديد، وببلوغ الأنثى سن أهلية الزواج، ولا يحتاج الأمر إلى استصدار حكم قضائي ولا إلى حكم ولائي لإثبات انقضاء مدة الحضانة.

المطلب الخامس: سقوط حق الحضانة وعودته

إن أسباب سقوط حق الحضانة نص عليها قانون الأسرة في عدة مواد ما بين 66 إلى 70، ونص عن سبب عودة حق الحضانة في المادة 71، وهذه الأسباب تتمثل فيما يأتي:

أ-زواج الحاضنة بغير قريب محرم (المادة 66 ق. أ) وهو المطبق على المستوى القضائي، فحالة الإسقاط تفرض على القاضي، مما يجعل سلطته مقيدة وليس له إلا أن يحكم بالإسقاط

متى تأكد تزوج الحاضنة بغير قريب محرم، وهناك من يرى بأنه إذا كانت الحاضنة هي الأم وتزوجت مع غير القريب المحرم وكانت مصلحة المحضون تتعلق بأمه، فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحته مع أمه.

ب-تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة كما جاء في المادة 66، وهذا إذا كان تنازل الحاضن عن حقه لا يؤثر على مصالح المحضون، ويشترط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة.

ج-اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62، وهي على ما يظهر عجز الحاضن أو المحكوم له بحق الحضانة عن توفير الرعاية والتربية، وافتقاره للقدرة على تربيته على دين أبيه، وحفظ صحته وخلقه حسب المادة 67 ف1، وللمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون، وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان مقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها، وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

أما بالنسبة لعمل المرأة فقد صرحت المادة 67 ف2-3 على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة، ومع ذلك لا بد من مراعاة مصلحة المحضون دائما، أي أنه يجوز إسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.

د-يسقط حق الحضانة إذا لم يطلب من له الحق في ممارستها مدة تزيد عن سنة بدون عذر حسب المادة 68 ق. أ، وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجود في رعاية خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلب أحدهم حقه في حضانة الطفل، ومضى على ذلك سنة فأكثر ولم يكن له عذر مقبول فإن حق الحضانة يسقط حتما.

وهناك من يرى بأن القاضي هو من يقدر من الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تنازل عنها أم لم يتنازل، وهذه السلطة استمدت بالخصوص من عبارة "بدون عذر" التي توسع سلطة القاضي، ولهذا لا يمكن القول بأن حق الحاضن سيسقط بقوة القانون إذا لم يطال بالحضانة في أجل قدره سنة، وذلك كله صيانة لحقوق المحضون وحماية لمصالحه".

هـ- يسقط الحق في الحضانة أيضا بالسفر، أي إذا أراد الشخص الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه (المادة 69 ق. أ).

و- تسقط حضانة الجدة والخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم (المادة 70 ق. أ).

أما عن عودة الحضانة فإن المادة 71 من ق. أ تنص على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرفات الحاضن بناء على رغبته واختياره، فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة السابق لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه.

المبحث الثالث: وجوب إسكان المطلقة الحاضنة كأثر من آثار الطلاق

نصت المادة 72 من ق. أ على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لمن حكم لها القضاء بحق الحضانة سكنا ملائما لتمارس فيه حق الحضانة مع المحضون، وإن تعذر عليه توفير السكن فعليه دفع بدل الإيجار، ومعنى هذا الكلام أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما يجب توفر الشروط الآتية:

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها،

-أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون،

-أن يكون للأب مسكنا ملائما يمكن أن يمنحه لمطلقاته لتمارس فيه حق الحضانة، وإذا لم يكون بمقدوره ذلك فعليه أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها ولمثلها.

حماية لحق الولد في السكن مع أمه الحاضنة قرر المشرع حكما في غاية الأهمية تضمنته الفقرة الثانية من المادة، حيث أوجب على الحاضنة أن تبقى في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

المبحث الرابع: النزاع في متاع البيت

متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، والمخصصة للاستعمال المشترك بين الزوجين، مثل الأفرشة والأغطية، والأجهزة الكهرومنزلية وأثاث غرفتي الجلوس والنوم، وهذه الأشياء منها ما تحضره الزوجة يوم زفافها كجهاز لها، ومنها ما يقتنيه الزوج بمناسبة زواجه، وقد يشترئانه معا خلال حياتهما الزوجية.

وكثيرا ما يحدث النزاع بين الزوجين حول ملكية هذه الأشياء عند الطلاق، أو وراثتهما في حالة وفاتهما أو وفاة أحدهما، بسبب انعدام الدليل على ذلك.

ومن أجل حل مثل هذه النزاعات وضع المشرع قاعدة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي منصوص عليها في المادة 73 ق. أ، مفادها أنه في حالة وقوع النزاع حول متاع البيت بين الزوجين أو وراثتهما، ولم يكن لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو وراثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو وراثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات يقسمانها مع اليمين.