العـدّة وأسـاس التعـويض فيهـا

أ/ محمد المختار شبرو- جامعة الوادي
أ.د/ سعاد زغيشي- جامعة باتنة1
Email mokhtar3925@gmail.com
zeghichisouad@yahoo.com

تاريخ الإرسال: 2017/10/02 تاريخ المراجعة: 2017/11/02 تاريخ القبول: 2017/12/20

ملخص:

تتربص الزوجة بعد انحـلال العقـد وعـدم تزوجهـا بـآخر طيلـة فـترة معينـة بمـا يسـمى: العدة، وفي هذا المقـال أتنـاول الأسـس والأحكـام الإجرائيـة والموضـوعية المتعلقـة بالعـدّة وأحكامهـا المكرسـة والمسـتجدة وأهـم مـا تناولـه الاجتهـاد القضـائي فيهـا بـين الواقـع والتطبيق، مبرزا أهـم جانـب في الدراسـة جانـب التعويضـات فيهـا مثل مسـألة النفقـة في العدّة.

الكلمات المفتاحية: العدّة؛ الأسس؛ التعويض.

Abstract :

In this article, I address the procedural and substantive rules and provisions relating to the provisions and provisions of the devoted and new and the most important of the jurisprudence dealt with between reality and practice, highlighting the most important aspect in the study of the compensation side, such as the question of alimony In the kit.

Key words : Kit, bases, compensation.

مقدمة:

ينشئ عقد الزواج رابطة بين الرجل والمرأة وهـو المنشئ للأسـرة، والأسـرة هـي اللبنـة الأولى في بناء المجتمع، وقد عني به الشارع عناية خاصة من وقت التفكير به إلى وقت

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

إنشائه وانتهائه، والعقد قد ينحل في حالات معينة كالطلاق والخلع والتفريق والفسخ أو بموت أحد الزوجين، فإذا انحل بعد الدخول فلا تحل الزوجة لزوج أخر بمجرد انحلاله بل يتوجب عليها أن تتريث فترة معينة للتيقن من براءة رحمها، أو إذا انتهى عقد الزواج بوفاة الزوج فلا تحل الزوجة لرجل أخر بمجرد الوفاة وسواء أكان الدخول واقعاً بينهما أم لا، بل تلتزم بالتربص لمدة محددة شرعاً للتثبت من براءة رحمها وحزنا على زوجها المتوفى واحتراماً للرابطة الزوجية التي جمعتهما.

فهذه الفترة المحددة التي تتربص بها الزوجة بعد انحلال العقد وعدم تزوجها بآخر طيلة تلك الفترة وتسمى هته الفترة بـ: العدة، وبغية الإلمام بحيثياتها وأحكامها فقها وقانونا فنعرض للإشكال الآتي:

ما هي الأسس والأحكام الإجرائية والموضوعية المتعلقة بالعدّة وأحكامها المكرسة والمستجدة ؟ وما هو موقف الاجتهاد القضائي فيها ما بين الواقع والتطبيق؟.

ولأهمية موضوع العدّة وخاصة جانب الأحكام منها وكذلك مسائل أخرى: كمسألة تداخل العدد وتحولها كما سنبين ذلك في البحث وكيف تعامل القضاة – قضاة الموضوع – في هته المسائل وكذلك نتطرق إلى أهم الاجتهادات التي مست أحكام العدّة، وخاصة جانب التعويضات فيها مثل مسألة النفقة في العدّة.

ومن الصعوبات التي واجهتني في هذا البحث هو ندرة المراجع والشروح القانونية وأخص هنا بالذكر شروحا قانون الأسرة الجزائري، وبالأخص مسألة العدّة بالذات وأيضا الاجتهادات القضائية فيها.

معتمدا في بحثي هذا المنهج الوصفي في الشق الأول والمنهج التحليلي في الشق الثاني المناسب لهكذا مواضيع وأيضا مع استعمال المنهج المقارن في بعض جزئياته.

وللإجابة على هذه الإشكالية، اتبعت الخطة التالية:

-المبحث الأول: الأسس والأحكام الإجرائية والموضوعية المتعلقة بالعدّة المكرسة والمستجدة.

- المطلب الأول: الجهات القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالفصل في أحكام العدّة.

- المطلب الثاني: الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالعدّة المكرسة والمستجدة.

-المبحث الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من العدّة ما بين الواقع والتطبيق.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

- **المطلب الأول:** موقف الاجتهاد القضائي قبل التعديل وبعده.
- **المطلب الثاني:** الضوابط والأسس التي يستلزم على القاضي التقيد بها.

-خاتمة

المبحث الأول: الأسس والأحكام الإجرائية والموضوعية المتعلقة بالزواج الفاسد والباطل المكرسة والمستجدة

نتطرق في هذا المبحث إلى الجهات القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالفصل في أحكام العدّة ومسائل العدّة، وأيضا نتناول الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالعدّة المكرسة والمستجدة، وهذا من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الجهات القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالفصل في أحكام العدّة.

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، هما:

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

يؤول الاختصاص النوعي في حكم الزواج الفاسد والباطل إلى قسم شؤون الأسرة[1]، وهذا طبقا للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09 والتي تنص على ما يلي: " ينظ قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.

2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.

3- دعاوى إثبات الزواج النسب.

4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.

5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم".

وعلى حسب الفقرة (2) رقم (1)"... وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها..."، وكما نعلم أن العدّة من توابع انحلال الرابطة الزوجية واثر من آثارها.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

لقد ذكرت المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تسع حالات يتحدد فيها الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع، إما في موطن المدعى

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

عليه أو في موطن المدعي أو بناء على اختيار الطرفين، وبما أن حالة الزواج الفاسد والباطل لم تدرج في هذه المادة، فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة في الاختصاص.

ونص المادة 426: تكون المحكمة مختصة إقليميا:

...3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما ..."

وكما يبدو لي أن العدة لم تذكر لكن بنص المادة والفقرة (3) ذكرت موضوع الطلاق ومن مواضيع الطلاق العدّة.

المطلب الثاني: الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بأحكام العدّة المكرسة والمستجدة.

قبل أن نتطرق إلى هذه الأسس والأحكام ارتأيت أولا أن أتناول مفهوم العدّة تعريفها وحكمها ودليل مشروعيتها والحكمة منها وأنواعها، وذلك من أجل فهم الأسس والأحكام التي سار عليها المشرع الجزائري قبل التعديل وبعده، لذلك قسمت هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم العدّة.

أولا: تعريف العدّة.

1- لغة: العدة في اللغة من العدد، وهو إحصاء الشيء يقال: عدّه عدا وتعدادا وعدّة. وعدة المرأة أيام قروؤها، وجمع عدتها عدد وأصل ذلك كله من العدّ ...وعدّة المرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي ما تعده من أيام أقرائها أو أيام حملها أو أربعة أشهر وعشر ليال[2].

2- اصطلاحا: وقد عرفها السادة المالكية بعدة تعاريف أهمها:

-العدّة: تربص المرأة زمانا معلوما قدره الشارع علامة على براءة الرحم غالبا لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه أو فقده[3].

-العدّة: الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب[4].

وقد اختار شيخنا الدكتور بلقاسم شتوان تعريف ابن عرفة للعدّة [5]فقال: قال ابن عرفة:

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

-العدّة: دليل براءة الرحم عدّة واستبراء، والعدّة مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه.

وجاء في التعريف مدة منع النكاح من طلق زوجته الرابعة لأجل نكاح غيرها أو طلق أخت زوجته أو من محرم الجمع بينهما، إن قيل هو له عدّة، ومن غير شك أنه مجاز فلا ينبغي إدخاله في حقيقة العدة الشرعية لأن هذه العدة الرجل كما يقول الفقهاء وهي من باب المجاز، وأخرجنا هذا من التعريف نقول: "مدة منع المرأة النكاح".

أما الإستبراء: فهو مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق، وقد جاء في المدونة: يطلق لفظ الاستبراء على عدة مجازا، ومثاله: إذا مات الذمي عن زوجته الذمية أو طلقها بعد البناء بها فلا ينكحها مسلم إلا بعد ثلاث حيض استبراء، وأما معرفة مدة منع النكاح متوقفة على معرفة العدّة [6].

وفرق الفقهاء بين الصغيرة، وأوجبوا على التي تطيق الوطء العدة، والصغير الذي يطيق الوطء بقولهم لا عدة في وطئه لأنه لا ماء له قطعا ووطؤه كلا وطء، وقالوا: إن نفي الولد عن الصغيرة المطيقة للوطء لا يبلغ القطع فوجبت العدة للاحتياط[7].

ثانيا: حكم العدّة ومشروعيتها.

العدة واجبة شرعا، وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

1- قوله تعالى: ((وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ)) البقرة 228.

2- وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا"[8]، وقوله لفاطمة بنت قيس: "اعتدي في بيت أم مكتوم"[9].

3- وقد أجمع فقهاء الأمة الإسلامية على وجوبها[10].

ثالثا: الحكمة من العدّة.

شرعت العدة لحكم ومعان جليلة نذكر منها:

-التعرف على براءة الرحم لمنع اختلاط الأنساب .

-منح الزوج فرصة لمراجعة نفسه والتأكد من صحة قراره، لآن الزوج قد يندم بعد تطليق زوجته فجاءت العدة لتمكن الزوج من تدارك خطئه أثناء عدة زوجته.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

-تنويه بشأن الزواج لأنه عقد ليس كسائر العقود الأخرى، فهو ميثاق مقدس جعله الله سبحانه وتعالى بين الرجل والمرأة، فلا تنتهي بمجرد وجود الفرقة بل لا بد فيه من انتظار مدة محددة ليتمكن فيها كل من الزوجين من مراجعة نفسه.

-إظهار المرأة المتوفى عنها زوجها، الحزن على وفاة زوجها من باب الوفاء له والمواساة لآهل زوجها[11].

رابعا: أنواع العدّة:

وهي ثلاثة: القرء والأشهر والحمل، وأما أصحابها فمعتادة وآيسة وصغيرة ومرتابة لغير سبب أو به من رضاع أو مرض أو استحاضة، وذكر في الفقه أيضا عدة بسبب الوفاة[12].

1- الاعتداد بوضع الحمل لاختلاف بين الفقهاء في ان المرأة الحامل إذا فارقت زوجها بطلاق او خلع أو فسخ حرة كانت أو أمة مسلمة أو كتابية فعدتها وضع حملها لقوله تعالى: ((وَأُوْلاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنّ)) الطلاق 4.

2- المتوفى عنها زوجها: إذا كانت حرة عدتها أربعة أشهر وعشرا لقوله تعالى ((وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)) البقرة 234.

3- الاعتداد بالأقراء: وهي عدة كل فرقة في الحياة لا بسبب الموت إن كانت المرأة من ذوات الحيض لقوله تعالى((وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوَءٍ))البقرة228، وكلمة القرء من الألفاظ المشتركة حيث أنها تطلق على الطهر وعلى الحيض اختلف الفقهاء في المراد منها[13].

فذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية عنه إلى أن المراد بها وهي الطهر، وعلى ذلك فعدة المطلقة ثلاثة أطهار وهو مروي عن زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعائشة وجماعة من التابعين[14].

4- العدة بالأشهر: وهي ثلاثة أشهر للمرأة التي لا تحيض لصغر أو كبر قال تعالى((وَاللائِي يَئِسْنَ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدّتُهُنّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ)) الطلاق5[15].

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

الفرع الثاني: الأسس والأحكام التي اعتمدها المشرع الجزائري قبل التعديل وبعده

سنحاول دراسة أحكام المواد: 58، 59، 60، 61 من قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده مع أن هته المواد لم يشملها التعديل سنة 2005، وسنتطرق على هته المواد بالدراسة والملاحظة.

1- **المادة 58:** والتي تنص: " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق."

وتكلم المشرع هنا في هته المادة عن عدة الإقراء وموافقة للشريعة الإسلامية واقتبس كل ألفاظ المادة من النص قوله تعالى: ((وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ))البقرة 228، ولفظ القرء لفظ مشترك بين الحيض والطهر، ولا يتحقق إلا في المرأة الحائض، أي التي تعتريها العادة الشهرية.

وقد اختلف الفقهاء في تفسير لفظ القرء، فمنهم من أعتبره حيض ومنهم من أعتبره طهر ومنهم من جمع بين الحيض والطهر، ولم يوضح المشرع الجزائري في قانون الأسرة المقصود بالقرء في المادة، وتمنينا لو بين المقصود منه لأنه يؤثر في حساب العدّة، والخطأ في حساب العدة قد يؤدي إلى الوقوع في المحضور[16].

وقد نصت المادة أيضا على اليائسة من الحيض وهذا النوع من العدة يقال له العدة بالأشهر: وهنا تحتسب العدة بمدة محددة نص عليها القرآن الكريم بصورة واضحة لا تقبل زيادة ولا نقصان، وتعتد هذه ثلاثة أشهر لقوله تعالى ((وَاللائِي يَئِسْنَ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ)) الطلاق5، والنص هنا يشمل المرأة التي لا تحيض لكبر أو لصغر سنها أو لمرض فيها، وإن كانت الصغيرة لا يجوز التزويج بها من الناحية القانونية، لأن سن الزواج محدد بنص قانوني.

ويلاحظ أن احتساب العدة سواء في القروء أو اليائس من الحيض يكون على المرأة المدخول بها فقط، وإلا فلا عدة لها، لقوله تعالى ((يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا)) الأحزاب 49.

وقد نص قانون الأسرة في المادة 58على هذين النوعين من العدة كما نص على حسابهما من تاريخ التصريح بالطلاق، وهو أمر غير مقبول شرعا، لآن صدور الطلاق

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

وخصوصا إذا كان خارج دائرة المحكمة يكون في وقت سابق على التصريح به، أما إذا أوقعه القاضي فلا يحتاج إلى تصريح، وإنما تحسب العدة من تاريخ الحكم.

أما إذا أوقعه الزوج ليس أمام المحكمة، فحساب العدة يكون من تاريخ التلفظ به وهذا باتفاق الفقهاء علما أن القانون لا يعتد في حقيقة الأمر إلا بصدور حكم بالطلاق فلا يثبت إلا بحكم[17].

2- **المادة 59:** والتي تنص: " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

وفي هته المادة تحدث المشرع الجزائري عن العدة بسبب الوفاة الحقيقي أو الحكمي، وهذه في العدة بسبب الوفاة الحقيقي أربعة أشهر وعشرة أيام، ويتوجب على المرأة المتوفى عنها زوجها أن تعتد مدة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة سواء حصل الدخول أو لم يحصل، ويكون لها الحق في الميراث بمجرد العقد ولو لم يحصل به دخول.

وأما الحكم بوفاته فلا يكون إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقدان إذا كانت ظروف الفقدان ترجح الوفاة، وهذا كله استنادا للمادتين 109و113من قانون الأسرة الجزائري.

ويلاحظ أن قانون الأسرة لم يحدد بعض المسائل الهامة في الموضوع وهي:

- لم يبين طريق الحساب المدة المذكورة في الآيتين بالأشهر القمرية أم الميلادية، وبدون شك فإن الحساب يختلف بينهما، والأشهر القمرية تعتمد رؤية القمر، وهي إما 29 أو30 يوما، أما الأشهر الميلادية فهي إما 30 أو 31 ما عدا شهر فيفري فهو 28 يوما وبالتالي سيختلف الحساب، وقد يؤدي إلى الوقوع في المحظور، بل وقد تضيع الحقوق .

فإذا توفي الزوج مثلا في حالة الطلاق قبل انتهاء العدة، ولو بيوم واحد كان لها الحق في الميراث، إلا إذا قصد قانون الأسرة اعتماد التقويم الميلادي المنصوص عليه في القانون المدني في مادته 03منه حيث جاء فيها: "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."، علما بأن الأشهر المذكورة في الآيات العدة هي الأشهر القمرية .

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

-ولم يبين طريقة حساب المدة في حالة الوفاة، هل هي من تاريخ الوفاة أم من تاريخ العلم بالوفاة، سواء كانت وفاة طبيعية أو وفاة حكمية [18].

3- **المادة 60:** والتي تنص: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة."

ونصت هذه المادة على العدة بوضع الحمل، وهي تمتد من يوم الطلاق إلى لحظة وضع الحمل، وقد تطول هذه المدة إذا كان الحمل في بدايته، وقد تقصر إذا كان في نهايته ولو ليوم واحد [19].

وحسنا المشرع الجزائري فعل وذكر جميع أنواع العدد إلا أنه أغفل بعض ما يتعلق بها من أحكام.

4- المادة 61: والتي تنص: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق."

وتتحدث هذه المادة عن عدم خروج الزوجة من بيت الزوجية إلا لضرورة أو عذر، سواء أكانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها، وهذا ما نصت عليه المادة وأيضا تستحق النفقة مادامت في بيتها، وهذا ما نصت عليه المادة بقولها: "ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

وكما يجب على المعتدة من وفاة شرعا الحداد أو الإحداد أي أن تترك الزينة ولا تلبس حليا ولا تمس طيبا ولا تكتحل في العدة إظهارا للأسف على وفاة زوجها أي لا تخرج من بيتها إلا لضرورة، قال صلى الله عليه وآله وسلم: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا"[20].

ولعل هذا ما يفهم من نص المادة 61المذكورة آنفا [21].

ومسألة الإحداد أو الحداد لم يتناولها المشرع الجزائري وأغفلها وهي من توابع أمر العدة ومن أحكامها.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

المبحث الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من العدّة ما بين الواقع والتطبيق

نتطرق خلال هذا المبحث إلى موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من المواد المتعلقة بالعدّة سواء قبل التعديل وبعده، وأيضا إلى الضوابط والأسس التي يستلزم على القاضي التقيد بها في أحكام العدّة، في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: موقف الاجتهاد القضائي من مواد العدّة قبل التعديل وبعده

ونتناول في هذا المطلب أهم الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، في تطبيقها للمواد المتعلقة بالعدّة من قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده، وذلك كما يلي:

العدة قبل الدخول - تزوج المرأة بعد 4 أيام من طلاقها - المطالبة بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة - الحكم برفض طلب الفسخ ورجوع الزوجة لصحة الزواج - تطبيق صحيح القانون

1- من المقرر شرعا أنه (تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة الغير مدخول بها .) ولما كان ثابتا في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول العادة الزواج ثانيا في الأسبوع الأول من طلاقها , فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي طبقوا صحيح القانون ومتى كان دلك استوجب رفض الطعن[22].

متعة.تطليق بناء على طلب الزوجة . الحكم بها. مخالفة القواعد الشرعية.

2- من المقرر شرعا أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هدا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية . لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بتطليق المطعون ضدها من الطاعن والحكم لها بمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[23].

مسؤولية الطلاق - لا يجوز الحكم بالمتعة للزوجة المتضرر من طلاق غير مبرر

3- من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتا - في قضية الحال -

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان كذلك، استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة[24].

الطلاق - المتعة - التعويض - أحكام الشريعة الإسلامية

4- إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض[25].

صداق - حدوث الخلوة الشرعية - يوجب على الزوج دفع كامل الصداق إلى زوجته - عدة دخول مسلم به - يوجب العدة ونفقتها - نفقة - دخول مسلم به - يوجب نفقة الزوجة.

5- من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي ما يعبر عنه شرعا "بإرخاء الستار" أو "خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها، ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة زفت للطاعن واختلى بها في بيته ولم ينكر إصابتها، وإن الدخول بهن مسلم به، فإن قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقها بالإضافة إلى نفقة العدة ونفقة الإهمال، فإن قضاءهم هذا يندرج ضمن المادة 16 من قانون الأسرة ومتماشيا مع المادتين 58 و74 من نفس القانون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه[26].

طلاق . إبقاء المطلقة ساكنة مع مطلقها . انتهاك القواعد الشرعية.

6- من المقرر شرعا أن إبقاء المطلقة بمنزل مطلقها يخل بمقصد من مقاصد الشرع ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الشرعية. ولما كان ثابتا.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

في قضية الحال. أن قضاة الاستئناف قضوا بإبقاء المطلقة ببيت في السكن الذي سكن فيه مطلقها وقد صارت عنه أجنبية فإنهم بقضائهم هذا خالفوا المقاصد الشرعية . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [27].

سلطة تقديرية - رفع مبالغ المتعة والنفقة والتعويض المحكوم بها - دون إيضاح الأسباب - قصور في التعليل.

7- من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف المبدأ يعد قصورا في التعليل. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه[28].

سكن زوجي - الحكم للمطلقة الحاضنة به - دون وجود سكن آخر للزوج - خرق القانون.

8- من المقرر قانونا أن المطلقة إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أنه لا يوجد أي دليل يثبت أن الطاعن يملك أكثر من سكن واحد زائد عن بيت الزوجية، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحق المطلقة بيت الزوجية يكونوا قد خرقوا القانون. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه[29].

طلاق رضائي - انقضاء ميعاد العدة -الحكم من جديد بالرجوع للحياة الزوجية - خرق لأحكام الشريعة الإسلامية

9- من المقرر شرعا أن الحكم بالطلاق الواقع برضا الزوج، والذي استغرق ميعاد العدة، لا يجوز استئناف بغرض التراجع عن الطلاق الذي ثم قبوله أمام القاضي . ولما كان من الثابت -في قضية الحال -أن المجلس القضائي لما قضى برجوع الزوجية من

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

جديد رغم أن الحكم بالطلاق الرضائي استغرق ميعاد العدة، ومرت ثلاثة أعوام، فإن القرار المنتقد قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية يستوجب نقضه[30].

المطلب الثاني: الضوابط والأسس التي يستلزم على القاضي التقيد بها

إن الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين:

- عند غموض النص أو إبهامه من جهة.
- وعند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية.

ولقد قيد قانون الأسرة الجزائري في هذه الحالة القاضي بأن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي بعده فيما لم يرد فيه نص، حيث جاء في المادة 222 من قانون الأسرة على أنه: << كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية >>.

ومن المسائل والأحكام الخاصة بالعدّة التي لم يتطرق لها المشرع الجزائري في أحكام العدّة منها:

الفرع الأول: العلاقة بين العدة والرجعة

فالعلاقة بينهما بينهما متينة وقوية، وذلك لأن العدة شرط من شروط صحة الرجعة، فلا يمكن أن تتصور وجود رجعة صحيحة دون قيام العدّة لقوله تعالى((وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ))البقرة 231، أي إذا قربن انتهاء عدتهن فأرجعوهن أو فارقوهن وعليه فإن الفرق بين العدة والرجعة كالآتي:

1- العدة هي المدة التي تلزم المرأة مراعاة أحكامها عند وقوع الفرقة بينهما وبين زوجها، وأنها تتنوع إلى أنواع كثيرة حسب ما ذكرناه سابقا.

2- الرجعة هي إمساك المرأة المطلقة طلاقا رجعيا مادامت في العدة .[31]

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

الفرع الثاني: تحول العدة وأثر ذلك على الرجعة

عرفنا آنفا هناك ثلاث أنواع للعدة بحسب نوع الفرقة أو الحال المرأة، وقد يحدث أن تبدأ المعتدة عدتها بنوع من الأنواع الثلاثة ثم يطرأ عليها ما يغير ويحولها إلى نوع آخر كالآتي:

1- تحول عدة الطلاق إلى عدة وفاة:

فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم توفي عنها قبل انقضاء عدتها سواء أكانت عدتها بالقروء أم بالأشهر، فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة وتستأنف أربعة أشهر وعشرا من وقت الوفاة سواء طلقها في حال صحته أم في حال مرضه، لأن الطلاق الرجعي لا يوجب زوال الزوجية، فالرجعية زوجة يلحقها طلاق زوجها ولعانه وظهاره وترثه مادامت في العدة، وما دام لم تنفك عنها صفة الزوجية تجب عليها عدة الوفاة، لقول الدردير: "لو مات في العدة المستأنفة ورثته إذا كان الطلاق رجعيا إلا أن تشهد له ببينة بأنه طلق في الوقت الذي استند له طلاقه فلا ترثه، كما أنها لا تستأنف عدة، والمريض كالصحيح عند قيام البينة فإذا لم تكن للمريض بينة ورثته أبدا إن مات من ذلك المرض"[32].

2- تحول العدة من الأشهر إلى الأقراء

العدة بالأشهر تجب في حق الصغيرة والتي لم تحض والكبيرة التي لم ترى الحيض أصلا واليائس من المحيض، ولكن قد يحدث أن تبدأ المعتدة عدتها بالأشهر، ثم ترى دم الحيض قبل انتهاء عدتها بالأشهر، فعليها أن تستأنف عدتها بالأقراء، ولا يحسب ما مضى من الأشهر من عدتها، والدليل على ذلك أن الأشهر إنما وجبت في حقها بدلا عن الإقراء، فإذا قدرت على المبدل الذي هو الإقراء سقط البدل، لأن القدر على الأصل تمنع اعتبار البدل، كالتيمم مع وجود الماء والقدرة عليه في حق المتيمم ما لم يتم الصلاة، وكذلك اليائسة من المحيض فإن رؤيتها الدم دليل على أنها لم تكن يائسة، وأنها أخطأت الظن فقط، لأنها كانت ممتدة الطهر، أما إذا رأت دم الحيض بعد انتهاء الأشهر فلا تستأنف عدة الإقراء، لأن عدتها قد انقضت بالأشهر، وحصل المقصود بالبدل.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

3- تحول العدة من الحيض إلى الأشهر

فالمعتدة قد تكون من ذوات الحيض فتبدأ عدتها بالقرء، فتحيض حيضة أو حيضتين ثم ينقطع عنها الحيض، فإن بلغت سن اليأس فلا خلاف بين الفقهاء، أن عدتها تنتقل إلى الأشهر لأنه تعذر عليها إكمال الأصل فوجب استئناف البدل، ولا يحسب ما مضى من الحيض من عدتها.

أما إذا كانت المعتدة التي انقطع عنها دم الحيض ولم تبلغ سن اليأس، أي كانت في سن الحيض، فقد اختلف الفقهاء في عدتها هل هي بالإقراء أو أنها تعتد بالأشهر قال الدردير: "فالمطلقة الآيسة من الحيض كبنت سبعين سنة أو التي لم تحض أصلا لصغرها او تكون عادتها عدم الحيض وتسمى في عرف الفقهاء بالبغلة ثلاثة أشهر[33].

4- تحول العدة من الإقراء أو الأشهر إلى وضع الحمل

فإذا ظهر بالمعتدة حمل من زوجها أثناء عدة الإقراء أو الأشهر، فإن عدتها تتحول إلى العدة بوضع الحمل ويسقط ما مضى من عدتها بالأشهر أو الأقراء، لأن وضع الحمل أقوى دلالة على براءة الرحم من غيره[34].

الفرع الثالث: تداخل العدد وأثر ذلك في الرجعة

قد يحدث ان تجب على المرأة عدتان بسببين مختلفين، فهل تتداخل العدتان في هذه الحالة، فتدخل إحداهما في الأخرى، ويكون انقضائه وانقضاء للعدتين، أو أنه يجب على المعتدة قضاء كل عدة على حدا؟، وكما هو معلوم أن هاتين العدتين قد تجبان لحق شخص واحد او لحق شخصين معا على النحو التالي:

1- أن تكون العدتان لشخص واحد[35]

وذلك إذا وطئت المعتدة من زوجها المطلق لها وطء شبهة، كما إذا ظنها زوجته الأخرى فتلزم المرأة عدة أخرى لهذا الوطء ولكنها تتداخل مع العدة الأولى إذا كانت من جنس واحد كالشهور أو الأقراء، فإذا وطأها بعد مرور قرء واحد من عدتها فإنها تكمل القرأين الباقيين عن العدتين، ثم تتم قرءا رابعا عن العدة الثانية، ويكون لزوجها حق الرجعة في القرأين المشتركين فقط لكونهما تابعين لعدة الطلاق الرجعي بخلاف القرء الرابع فلا رجعة فيه لكونه تابع لعدة وطء الشبهة، وهذا باتفاق.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

أما إذا كانت العدتان من جنسين مختلفين، بأن كانت إحداهما حملا والأخرى أقراء كما إذا طلقها وهي حامل ثم وطئها وطء شبهة، أو طلقها بدون حمل، ثم وطأها وطء شبهة فأحبلها، فتتداخل العدتان أيضا وتنقضيان جميعا بوضع الحمل، وله مراجعتها قبل الوضع.

2- أن تكون العدتان لشخصين

وذلك كما إذا كانت المرأة في عدة زواج أو عدة في وطء شبهة، والوطء غير صاحب العدة الأولى، أو أنها وطئت بعد نكاح فاسد، كما إذا تزوجت في عدتها بآخر، فلا تداخل بين العدتين، فيجب عليها أن تكمل العدة الأولى، وعند فراغها تستأنف العدة الثانية.

هذا إذا لم يكن إحدى العدتين حملا، فإذا كان إحداهما حملا قدمت عدة الحمل سواء أكان من الأول أو من الثاني، لأن الحمل لا يقبل التأخير، فإذا كان الحمل من المطلق أنقضت عدتها بوضع الحمل، ثم تعتد عن وطء الشبهة وله الرجعة قبل وضع الحمل فقط، أما إن كان الحمل من وطء شبهة أو نكاح فاسد في العدة، انقضت العدة الثانية بوضع الحمل، وتكمل بقية العدة الأولى بعد الوضع، وللمطلق رجعتها في تلك البقية بعد الوضع لا قبله لأنها قبل الوضع كانت في عدة غيره واستدلوا بما يروى عن ابن عمر قال: "أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطبا من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم اعتدت من الأخر، لم ينكحها أبدا."[36]، ولأنّ العدّتين حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينيين[37].

خـاتـمـة:

ومن خلال ما سبق عرضه نخلص إلى أنّ:

أحكام العدّو ذكرها المشرع في قانون الأسرة على إجمالها وترك الفسحة للاجتهاد القضائي بما تقتضيه نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه .

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

ومنه فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة كما قلنا في ثنايا بحثنا أنه ذكر الكل وأهمل الجزء وترك بعض المسائل الهامة التي لم يذكرها وهي مهمة منها:

- حساب العدّة كما أشرنا يكون حسابها بالأشهر القمرية خلافا لما ذكر قانون المدني في مادته 03.
- العلاقة بين العدّة والرجعة .
- مسألة تحول العدد وأثر ذلك على الرجعة .
- تداخل العدد وأثر ذلك أيضا على الرجعة

الهوامش:

(1)- بربارة، عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والتوزيع، الرويبة، الجزائر، ط: 2009، ص328.

(2)- ابن منظور، لسان العرب، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج4/702، 703.

(3)- الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج2/31.

(4)- النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ط: مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، ج3/1055.

(5)- شتوان، بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، قسنطينة، الجزائر، ص268.

(6)- شتوان بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، نفس المرجع السابق، ص269.

(7)- الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبأسفله التاج والإكليل للمواق، ط: 1 سنة 1416هـ/1995م، دار الكتب العلمية لبنان، ج5/471، 472.

(8)- البخاري، صحيح الجامع، تحقيق وتخريج أحمد زهوة، وأحمد عناية، ط1، سنة 1425هـ/2004م، دار الكتاب العربي (كتاب الطلاق، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ص1119، رقم الحديث: 5334).

(9)- مسلم، صحيح مسلم، تحقيق وتخريج أحمد زهوة، وأحمد عناية، ط1، سنة 1425هـ/2004م، دار الكتاب العربي(كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ص607، رقم الحديث: 3697).

(10)- دقيق العيد، تقي الدين أبو الفتح، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، وهو ما أملاه على الشيخ عماد الدين القاضي بن الأثير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج3/60.

(11)- شتوان بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص270.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

(12)- الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير لأحمد الدردير، ط: 1، سنة1415هـ/1995م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج3/319، 320.

(13)- طاهري، حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط: 1، سنة1430هـ/2009م، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، ص141.

(14)- طاهري، حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص141.

(15)- ولد خسال، سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط: 1، سنة1432هـ/2010م، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، ص147.

(16)- بن شويخ، الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط: 1 1429ه/2008م، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، ص224.

(17)- بن شويخ، الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص225.

(18)- بن شويخ، الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص226.

(19)- بن شويخ، الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص227.

(20)- تم تخريجه أنظر ص6 من هذا البحث.

(21)- ولد خسال، سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص149.

(22)- المجلة القضائية العدد2 سنة97 قرار رقم 137571 بتاريخ 1996/06/18 .

(23)- المجلة القضائية العدد 4 سنة 90 ملف رقم: 561614 قرار بتاريخ 1988/11/21 .

(24)- المجلة القضائية العدد4 سنة 1993 ملف رقم 39731 بتاريخ 1986/01/27.

(25)- المجلة القضائية العدد 1 سنة 1989 ملف رقم 35912 قرار بتاريخ 1985/04/08.

(26)- المجلة القضائية العدد 1 السنة 1991 ملف رقم 55116 بتاريخ 1989/10/02.

(27)- مجلة القضائية العدد 1 السنة 1990 ملف رقم: 33130 قرار بتاريخ 14 ماي 1984.

(28)- المجلة القضائية العدد 2سنة 1994ملف رقم 75029 قرار بتاريخ 1991/06/18.

(29)- المجلة القضائية العدد 1 سنة 1994 ملف رقم 73949 قرار بتاريخ 1991/04/23.

(30)- ملف رقم 41100 قرار بتاريخ 1986/04/21.

(31)- شتوان، بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص285.

(32)- شتوان، بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، المرج نفسه، ص286، وانظر الدردير، الشرح الصغير، ج2/198.

(33)- شتوان، بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص287، أنظر، الدردير، الشرح الصغير، ج2/195.

(34)- شتوان، بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، المرجع نفسه، ص287.

(35)- المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، مطبوع مع مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط: دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج4/176.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368

(36)- مالك ابن أنس، الموطأ، برواية يحي بن يحي الليثي الأندلسي، ط: 11، سنة 1410هـ/1990م، إعداد: أحمد راتب عرموش، دار النفائس، الأردن، (كتاب النكاح، جامع ما لا يعجز من النكاح رقم الحديث: 1127، ص364).

(37)- شتوان، بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص289.

ISSN: 2352-975X– http://elbahith.univ-batna.dz – EISSN: 2588-2368