



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة الجبالي بونعامه خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.  
قسم الحقوق.

## أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين

مذكرة لنيل شهادة الماستر  
تخصص: قانون أسرة

بإشراف:  
- الدكتور رحال سمير

إعداد الطالبين:  
- بن أحمد فاطمة الزهرة  
- زيتون الهادي

لجنة المناقشة:

- 1) الاستاذة الدكتورة: جبار جميلة .رئيس.
- 2) الأستاذ: الدكتور رحال سمير مشرفا و مقرا.
- 3) الأستاذ: الدكتور طحطاح علال مقرا.

تاريخ المناقشة: 2019/06/22

السنة الجامعية: 2019/2018

# الشكر

الحمد لله حمدا طيبا مباركا فيه إذ رزقنا وألهمنا الصبر  
والمثابرة ووفقنا لإنهاء هذا العمل، ونسأله تعالى من فضله  
العظيم أن يزيدنا علما وتعلما ويسر لنا أمرنا فله الحمد  
والشكر والثني عليه الخير كله والصلاة والسلام على سيدنا  
محمد صلى الله عليه وسلم .

واعتزافا بالجميل لا يسعنا إلا أن نتوجه بجزيل الشكر وخاصة الى  
كل من مد لنا العون والمساهمة من قريب أو من بعيد لإنجاز  
هذا العمل

كما نتفضل بأحر تشكراتنا للأستاذ المحترم: " د سمير رحال".  
الذي ساهم بنصائحه ولم يبخل علينا بجهوده لإنجاز هذا العمل  
بكل موضوعية

كما نتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء اللجنة الذين قبلوا  
مناقشة هذا البحث، ومنحنا جزءا من وقتهم الثمين لتقييم هذا العمل،

نسأل الله العلي القدير أن ينفع هذا العمل قارئه، وأن يتقبله في  
ميزان الحسنات إنه سميع قريب مجيب الدعوات.

# الإهداء

السلامة والسلامة على خاتم المرسلين والأنبياء والحمد لله رب العالمين  
أهدي هذا العمل إلى :

إلى تلك الإنسانية العظيمة التي طالما تمنيت أن تفر عينيها برؤيتي في يوم كهذا إلى التي توسدتها  
التراحم قبل أن تتحقق أمنيتها إلى سر مذاخلتي واجتماعي إلى أمي رحمها الله أهدى تحنني  
ونجاحي إليها.

من أحمل اسمه بكل افتخار، إلى الذي طالما شجعني في مهواري الدراسي وانتظر ثمرة نجاحي  
طويلاً  
إليك أبي الغالي.

إلى من عمرتني بحبها وحناها ودفعها سعادتنا عربونا لسعادتي

إلى القموق التي تنير ظلمة حياتي، إخوتي

إلى من ساندوني ووقفوا بجانبني

إلى الذين بذلوا كل جهد وعطاء كي أصل إلى هذه اللحظة

زيتون الهادي

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلي:

روح أمي الطاهرة

إلى جدي الذي رباني منذ الصغر رحمه الله وأسكنه فسيه جناته

إلى خالتي التي ربنتني و احتبرتني قطعة منها و سهرت علي دراييتي منذ اصغر

إلى أخي الغالي أطال الله في عمره

إلى أختاي الغالية و ابنتها نورسين أطال الله في عمرها.

بن أحمد فاطمة الزهراء

# مقدمة

قال تعالى بسم الله الرحمن الرحيم  
 ( وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ) سورة الروم الآية 21

إن الشريعة الإسلامية جاءت بمبادئ واحكام واقية ونافعة للعباد وقد عنيت بالأسرة باعتبارها الاساس والركيزة الاولى للمجتمع فشرعت لهم الزواج وحثت عليه في معظم آيات القرآنية قال الله تعالى ( وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ) سورة الروم الآية 21 ويكون هذا الزواج من ثمراته المودة والرحمة والحفاظ على النسل وبقاء الجنس البشري يعمر الارض حتى يبلغ الكتاب اجله.

وهذه الاهداف لا تتحقق الا إذا حسنت العشرة بين الزوجين وكان الزواج صحيحا فينتج اثار وهي حق التوارث بين الزوجين في حال ما إذا توفي أحدهما اثناء قيام الرابطة الزوجية اضافة الى نفقة الزوجة وحق المصاهرة وأحيانا تنتهي هذه الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق لأسباب عديدة قد يكون هذا الطلاق بإرادة منفردة للزوج او بطلب من الزوجة او بالتراضي بينهما حسب ما يبينه القانون من احكام.

وقد يحدث بان يتوفى احد الزوجين اثناء انهاء الرابطة الزوجية بالطلاق هذه الوفاة قد تحدث بعد التلطف بالطلاق وقبل صدور حكم بذلك، كما قد تحدث بعد صدور حكم الطلاق خلال عدة المطلقة كما يمكن ان تكون الوفاة مقترنة بالطلاق في مرض الموت.  
 من هنا يتحدد موضوع بحثنا في امكانية التوارث بين الزوجين في حال انهاء الرابطة الزوجية بالطلاق.

فان وقع الطلاق فيثار الاشكال حول مدى أحقية التوارث بين الزوجين من عدمه خاصة اثناء الطلاق الرجعي وذلك إذا توفي أحد الزوجين خلالها أو اثناء العدة أو الطلاق البائن.  
 وقد يحدث الطلاق في الصحة كما يحدث الطلاق في مرض الموت وهذه الحالة خاصة ولها أحكام استثنائية ، ذلك الشخص الذي يعجز عن ممارسته لنشاطاته المعتادة و يغلب عليه الهلاك، فيمكن ان تتنابه فكرة الخطر المحقق وهو ذهاب امواله الى الورثة وبتأثير هذه الفكرة قد تتجه ارادته الى حرمان زوجته من نصيبها المفروض، ولهذا اعطى المشرع

الجزائري احكاما خاصة بمرض الموت غير احكام وتصرفات الشخص العادي ولا يخفي ما في التشريع اكتساب الملكية بالميراث من تحقيق العدالة واستمرارية في الحياة والحفاظ على ديمومة المجتمعات لان اعطاء كل ذي حق حقه في الميراث يؤدي الى ترابط بين الورثة بعد وفاة مورثهم، إذ أنه اذا لم تبينه الشريعة الاسلامية والقانون انصبة كل واحد من الورثة لعمت الفوضى والبغضاء والحقد بين الورثة وجعلهم يرجعون الى اساليب غير مشروعة لأخذ اموال مورثهم. فكان لا بد على المشرع الجزائري تنظيم حالات استحقاق الميراث بعد الطلاق، وقد نظمت هذه المسائل بالخصوص من خلال المادة المواد 49.50.51.58 من نفس القانون.

**و من هذه النقطة الاساسية مفادها تطرقنا الى طرح الاشكالية ما مدى احقية الزوجين في**

### **الميراث بينهما عند الطلاق؟**

ولهذا البحث اهمية مستمدة من اهمية موضوعه ومجاله والإطار الذي يعرض فيه. فيظهر من خلال اهمية ضبط حق كل من الزوجين في ميراث الآخر حفاظا على حقه ،ومنعا للتنازع بينه وبين الورثة الاخرين، وهو أمر حثت عليه الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائرية واعطا له اهمية بالغة بحيث خصصت لكل منهما بابا ونصوصا خاصة بهم.

واما إطار البحث فان بحث الموضوع في قانون الاسرة الجزائري مقارنة مع الشريعة الاسلامية من خلال مطالب البحث وفروعه لكسب مكانة خاصة باعتباره يحاول استيعاب احكام الموضوع في ظل الاجتهادات الفهيمية الاسلامية واختيار المشرع الجزائري قد ما يفيدنا في صهر هذه الاجتهادات ومقارنتها مع موقف المشرع الجزائري.

ويمكن اختصار الاسباب التي دفعتنا لاختيار الموضوع هذا البحث وهي اسباب وأخرى موضوعية .

فأما الأسباب الذاتية، فنتلخص في ميلنا الشديد نحو موضوعات قانون الأسرة المتعلقة بالطلاق؛ والميراث، وما يتصل بها من أحكام، وبقيننا بضرورة دراسة مختلف مواضيع الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا ماديا لقانون الأسرة، لمحاولة الوصول إلى مدى توفيق المشرع من خلال اختياراته في تحقيق أفضل الحلول لمختلف النزاعات المتعلقة بشؤون الأسرة .

وأما الأسباب الموضوعية، فتتلخص فيما يثار بشأن تطبيق حق الزوجين في التوارث في الواقع العملي من إشكالات عويصة، والتي كان أحد أسبابهما قصور المادة 132 من قانون الأسرة في تنظيم حق الميراث بين الزوجين حال وفاة أحدهما بعد الطلاق، سواء كانت الوفاة قبل صدور الحكم بالطلاق؛ وما يثار بشأن هذه الفترة من إشكالات، أو بعد صدور الحكم بالطلاق، إضافة إلى علاقة هذا الموضوع بالإشكالات الأسرية والتي تشهد عددا كبيرا من حالات الطلاق وما يترتب عليها من آثار .

كما تتأكد هذه الضرورة بالنظر إلى عدم إتفات المشرع الجزائري إلى ما يتضمنه الكتاب الثالث من قانون الأسرة من نقائص في تعديل سنة 2005 رغم ما وجه له من نقد، إلا أن التعديلات انصبت بالدرجة الأولى على المسائل التي تضمنها الكتاب الأول، من أركان الزواج وشروطه وآثاره وانحلاله .

ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا في إعداد البحث، هي ندرة الدراسات المتخصصة في الموضوع محل الدراسة، مما جعل سير بحثنا صعبا .

ولم نعثر في حدود اطلاعنا على دراستنا متخصصة حول الموضوع محل البحث أو ذات صلة به ،فهو بحث يتمحور حول الزوجية كسبب ثاني للميراث بعد سبب القرابة بعد انحلالها بالطلاق، ولجل المراجع التي تصفحناها أثناء إعداد البحث؛ تشير فقط في بضعة أسطر منها إلى أن الزوجية هي السبب الثاني للميراث، والقليل منها يشير إلى الميراث في العدة، وفي حالة مرض الموت، ورغم ذلك عثرت على مجموعة من المؤلفات العامة والخاصة التي تتناول في بعض أجزائها هذا الموضوع ، منها :

-كتاب بعنوان « الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية » للدكتورة مريم أحمد الداغستاني، والتي تعرضت إلى الميراث كأثر من الآثار المترتبة على الطلاق بعد الدخول ، وكانت دراسة فقهية؛ حيث تطرقنا إلى مواقف المذاهب الأربعة وغيرهم من الميراث بين الزوجين بعد الدخول، دون مقارنة ذلك بالقانون الوضعي - .كتاب «عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية » للدكتور نور الدين لمطاعي ،

والذي تناول من خلاله مختلف الجوانب القانونية المتعلقة بعدة الطلاق الرجعي كتاب « ميراث المرأة وقضية المساواة » للدكتور صلاح الدين سلطان.

بالإضافة إلى العديد من المؤلفات العامة في آثار الطلاق وأحكام الميراث. وعليه فإن تلك الدراسات لا تغني عن البحث في الموضوع محل الدراسة .

وتهدف هذه الدراسة إلى جملة من الأهداف يمكن تلخيصها فيما يأتي

أ - إحاطة بمسائل موضوع التوارث بين الزوجة في قانون الاسرة الجزائري مع مقارنتها بالشرعية الاسلامية

ب - محاولة دراسة النقائص والثغرات المتعلقة بالتوارث بين الزوجين بعد الطلاق في قانون الأسرة

الجزائري والمتضمنة خاصة بالمادة 132 من قانون الأسرة، وأيضا النصوص المرتبطة بالمسألة محل البحث ،بما فيها إثبات الطلاق وما يثيره الطلاق العرفي من إشكالات ومدى الاعتداد بآثاره ومنها الميراث.

ت اقتراح ما يمكن إدخاله من تعديل على النصوص المنظمة للموضوع محل الدراسة، انطلاقا مما تثيره من إشكالات في الواقع. ث الوقوف على نتيجة أعمال مبادئ الشريعة الإسلامية في أحكام الأسرة فيما لم يرد بشأنه نص ، وخاصة حالة الطلاق في مرض الموت .

وإن تصورنا للإجابة على إشكالية البحث، اقتضى منا اعتماد المنهج الاستقرائي أساسا حيث حاولنا تتبع الجزئيات والأحكام الفقهية في مختلف المذاهب، وكذا النصوص القانونية والأحكام

القضائية من أجل تحديد مدى إمكانية ثبوت حق التوارث بين الزوجين في الحالات التطبيقية.

كما استعنا بآليات المنهج التحليلي ، لتحليل النصوص والآراء الفقهية وكذا الأحكام والقرارات القضائية التي عرضها، أما آليات المنهج المقارن فسأعتمدها خاصة لبيان مواضع الاتفاق والاختلاف بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مع الإشارة إلى موقف بعض التشريعات العربية من المسائل محل الدراسة.

وللإجابة عن الإشكالية موضوع البحث ارتأينا ان نقسم هذا البحث الى فصلين حيث كان الفصل الأول تحت عنوان الطلاق الواقع في حالة صحة الزواج تناولنا فيه مدى إمكانية استحقاق ، سواء في الطلاق الرجعي و البائن أو التطليق و الخلع.

وتناولنا في الفصل ثاني إلى أثر الطلاق في مرض الموت على التوارث بين الزوجين، لكون هذه الحالة تعتبر حالة خاصة في الميراث بين الزوجين، نظرا لانتفاء الزوجية الحقيقية وكذلك الحكمية، فكان لابد من التعرض إلى مفهوم مرض الموت وكيفية إثباته من خلال مبحث أول، ثم التطرق إلى مدى أحقية الزوجين في الميراث حال الوفاة في طلاق مرض الموت من خلال مبحث ثان، .

وعليه ارتأيت تقسيم هذا البحث، وفقا للخطة الآتية والتي توضح أهم الخطوط الرئيسية له :

## خطة البحث:

الفصل الأول: الطلاق الواقع في حالة صحة الزوج.  
المبحث الأول: التوارث بين الزوجين في الطلاق الرجعي والطلاق البائن.  
المطلب الأول: تعريف الطلاق الرجعي.  
المطلب الثاني: التوارث بين الزوجين في الطلاق البائن  
المبحث الثاني: التوارث بين الزوجين في التطليق والخلع.  
المطلب الأول: ماهية التطليق و حالاته.  
المطلب الثاني: ماهية الخلع.

الفصل الثاني: التوارث بين الزوجين في الطلاق الواقع في مرض الموت.  
المبحث الأول: مفهوم مرض الموت.  
المطلب الأول: تعريف مرض الموت.  
المطلب الثاني: احكام مرض الموت.  
المبحث الثاني: اثار الطلاق في مرض الموت على التوارث بين الزوجين.  
المطلب الأول: آثار الطلاق في مرض الموت في الفقه الإسلامي.  
المطلب الثاني: آثار الطلاق في مرض الموت في القانون الوضعي.

خاتمة.

# الفصل الأول:

الطلاق الواقع في حالة صحة الزوج

أجاز الله سبحانه وتعالى الطلاق بين الزوجين وهذا في حالة استحالة الحياة الزوجية بينهما، ويستطيع الزوج ان يوقع الطلاق في أي وقت وإرادة وكما يشاء ولأصل ان يكون الطلاق في صحة الزوج وإذا طلق الزوج زوجته بإرادته المنفردة غان هذا الطلاق سمي الطلاق الرجعي كما يمكن ان ترفع دعوي فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة.

اثناء عدة الطلاق الرجعي يترتب الكثير من الاحكام والحقوق بين الزوجين، فتجب النفقة المعتدة من الطلاق الرجعي وسكناها على زوجها<sup>1</sup> وقد تحدث أن يتوفى أحد الزوجين اثناء عدة الطلاق الرجعي الواقع من الزوج كما يمكن أن تحدث وفاة اثناء الصلح في حالة رفع دعوة الطلاق أمام القضاء، كما يمكن ان تكون الوفاة اثناء العدة بعد صدور حكم قضائي بالطلاق كما يطرح اشكالا حول أحقية الزوجين في التوارث.

وإذا كان الأصل ان كل طلاق يوقعه الزوج هو طلاق رجعي فقد يقترن بما يجعله طلاقا باتا كما إذا حدث قبل الدخول أو كانا طلاقا على المال او بعد انتهاء العدة في طلاق رجعي او كان مكملا للثلاث وقد يتوفى أحد الزوجين اثناء عدة الطلاق البائن بعد صدور حطم الطلاق من طرف القاضي. وسوف نتناول في هذا الفصل مبحثين وهما بالنسبة للمبحث الأول التوارث بين الزوجين غي الطلاق الرجعي البائن اما فيما يخص مبحثنا الثاني خصصناه لتوارث فيه الزوجين في التطليق والخلع.

-المبحث الأول التوارث بين الزوجين في طلاق الرجعي و البائن.

-المبحث الثاني التوارث بين الزوجين في التطليق و الخلع.

<sup>1</sup> ينقسم الطلاق الي اقسام عدة باعتبارات مختلفة فهو من حيث صيغة ولفظية ينقسم الي صريح وكتابة ومن حيث الموافقة لسنة وعدمها في الوقت الذي ينبغي ان يوقع الزوج فيه ينقسم الي سني وبدعي ومن حيث إمكانية الرجعة الي رجعي وسياق النظري عبد الرحمن عوض الجزائري الفقه على مذاهب الأربعة. ج4 طبعة 1 دار افاق عربية مصر 2006ص 229.

## المبحث الأول:

## التوارث بين الزوجين في الطلاق الرجعي والطلاق البائن

ان وفاة أحد الزوجين اثناء الطلاق الرجعي يطرح اشكالا حول مدى أحقية الزوجين في التوارث وما هو المعيار المتخذ في تقرير هذا الحق. ومن خلال بحثنا هذا سوف نتعرض إلى التوارث بين الزوجين في الطلاق الرجعي، والطلاق البائن. لقد ارتأينا إلى تقسيم المبحث الذي خصصناه للطلاق البائن.

## المطلب الأول:

## تعريف الطلاق الرجعي

ينقسم الطلاق باعتبار إمكان المراجعة وعدم إمكانها الي طلاق رجعي ، وطلاق بائن فالطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه المطلق مراجعة مطلقة واعادتها الي الزوجية مادامت في فترة العدة<sup>1</sup>، وهو أيضا الطلاق الذي يستطيع المطلق إعادة مطلقة بدون عقد ولا مهر جديد ما دمت في العدة وكان عرضه الإصلاح ولا يحدث الي في وجود الولي<sup>2</sup>. ويكون الطلاق الرجعي في الحالات التالية: التي حددها الفقهاء بالنسبة للأحناف يكون الطلاق رجعيا عندهم إذا كان الطلاق بعد الدخول حقيقة بصريح لفظ الطلاق<sup>3</sup> فمن قال لزوجته انت طالق او الطلقة يقع به الطلاق الرجعي، ولا يقع الا واحدة وإذ نوع أكثر من ذلك ولا يفترق الي نية الطلاق بألفاظ يقع بها طلقة واحدة رجعية، إذا نوى الزوج بها الطلاق والدليل على أن هذه الالفاظ يقع بها الطلاق رجعيا بالخلاف.

## أولاً: المالكية

<sup>1</sup> د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة؛ ج1؛ الطبعة الثالثة، 2004، دم.ج، ص 314

<sup>2</sup> طارق بن أنور السلم، الواضح في احكام الطلاق، دار الايمان، الإسكندرية-مصر، 2004، ص 78

<sup>3</sup> الكساني، بدائع في ترتيب شرائع، ج4، ط2، دار العربي، بيروت لبنان، 1983، ص246

أما المالكية يرون ان الطلاق الرجعي يكون في ماعدا لموضع الطلاق الغير المدخول لها، طلاق الخلع، الطلاق بالثلاث المبارأة.

ثانيا: الشافعية والحنابلة والزيدية

يتفق قولهم مع المالكية فيما عدا المبارأة فيرون ان كل طلاق يقع رجعيا الا اذا كان قبل الدخول، او كان على المال كما في الخلع او كان مكملا للثلاث، أو مقترفا بعدد الثلاث وعلي هذا يقع عند الجمهور غير الحنفية بطلان الكنايات إلا الطلاق الرجعي ولونو بها البائن لان الصريح لا يقع به إلا الطلاق الرجعي فالكناية التي هي أضعف من الصريح. لاحتمالها الطلاق وغيره يكون الطلاق الواضع بها طلاق رجعيا<sup>1</sup>. أما المذهب الظاهرية فقد عرفوا الطلاق الرجعي على انه الطلاق الذي يكون فيه الزوج مخيرا مادامت المطلقة في العدة بين تركها لا يراجعها حتي تنقضي عدتها فتملك امرها فلا يرجعها الا ولي و رضاها و صداق<sup>2</sup>.

يترتب على الطلاق الرجعي عدة اثار تذكر منها:

- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج وهي ثلاث فان طلق زوجته ثم راجعها في العدة احتسبت عليه طلقة واحدة فلا يملك بعدها الطالقتين اثنتين [م50ق.1]

- إمكانية مراجعة في العدة [م 58.وم 60 ق.م] فان لم يرجع الزوج زوجته قبل انقضاء العدة باتت منه بانقضاء العدة وحينئذ تنتهي الرابطة الزوجية وكل مؤخر الصداق<sup>3</sup> فلا يملك رجعيته الإباء بها وبعقد جديد.

- الطلاق الرجعي لا يزال ملكا ولا حلا مادامت الزوجة في العدة فعليها ان تبقى بمنزل الحياة الزوجية ولا تخرج منه ما دمت في عدة طلاقها.

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، ج7، وزارة شؤون الإسلامية وفاق، المملكة العربية السعودية، ص298

<sup>2</sup> ابن حزم، الحلي، ج10، ادارة الطباعة ال

<sup>3</sup> د. بلحاج العربي المرجع السابق ص 316

- إذا مات أحد الزوجين اثناء العدة ورثه الاخر ميراث شرعيا.
- يحرم الاستمتاع عند الشافعية والمالكية للمرأة المطلقة طلاقا رجعيا بوطن وغيره لأنها مفرقة كالبائن ولان نكاح يبيح الاستمتاع فيحرمه الطلاق.
- يصدر حكم الطلاق إثر محاولة الصلح التي يشرف عليها القاضي سقط حق الزوج في الرجعة الا بعقد جديد.

الفرع الأول:

احتساب العدة في الطلاق الرجعي

لقد اختلف الفقهاء حول مسألة احتساب العدة فهل يكون احتسابها ابتداء من تاريخ التشريع الزوج بالطلاق أو من تاريخ رفع دعوة اثبات الطلاق او من تاريخ صدور حكم بالطلاق؟ ولمعرفة كل هذا يجب علينا أولا ان نعرف العدة لغة العدة بضم العين يقصد بها ما عدا بأمر يحدث الاهمية فيقال اعددت الامر عدته كما يطلق لفض العدة على بعض أدوات العمل ولا ما يعدو لأشخاص وقت الحاجة والعدة تكسروا العين يقصدوا بها الجماعة اذ تطلق على ما يعرف بالجماعة فهي جمع عدد الجماعة سوء قلت أو كثرت فيقال رأيت عدة رجال وعدة نساء أما اصطلاحا فهناك من عرف العدة على أنها تربص يلزم المرء عند الزواج المتأكد بدخول او ما يقوم مقامه، من الخلوة أو الموت وقد نص المشرع في م30.ق.1 ج" بأنه يحرم من النساء المؤقت من الطلاق أو الوفاة"<sup>1</sup>.

تنص م 58 من ق.أ.م على أن تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة أشهر من تاريخ تصريح بالطلاق"<sup>2</sup> من خلال هذا النص نجد أن المشرع أقرأ صراحة على أن بداية عدة الطلاق رجعي، تكون من تاريخ التصريح بالطلاق إلى أن ذلك يتعرض مع مسألة

<sup>1</sup> الطالب مطاعي نور الدين، أطروحة دكتور في دولة القانون، د. ملحة العوني، جامعة الجزائر يوسف خدة، 2008 م

<sup>2</sup> نريدين مطاعي، عدة الطلاق الرجعي، نفس المرجع ص62

الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء الذي لم تدفع بشأنه دعوة لإثباته إلى بعد مدة طويلة وإذا كانت عدة اليأس من المحيض لا تثير إشكالا في إحتساب العدة مدتها كونها محدد بثلاثة أشهر حسب المادة 58 ق.أ.ج فان المشرع لم يوضح المقصود بالقرء بالنسبة للمدخول بهل لغير الحامل اذا كان هو الطفل او الحفيد<sup>1</sup>

### أولاً: احتساب العدة في التشريع الجزائري

بالنسبة لاحتساب العدة في قانون الاسرة الجزائري، فقد ذهب أستاذ عبد العزيز سعد في حديثه عن العدة الى القول: [ان المادة 58 من ق.ا.ج تنص على ان تعتقد المطلقة مدخول لها من غير الحامل بثلاثة قروء واليأس من الحيض، بثلاث أشهر بتاريخ النطق بالطلاق<sup>2</sup> ويقول في موضوع آخر تعليقا على نفس المادة [التي جاء فيها.... من تاريخ التصريح أو نطق بحكم الطلاق]<sup>3</sup> فهو يعتبر أن بداية احتساب العدة يكون من تاريخ الحكم بالطلاق حتى أنه اعتبرت المادة 58 قد نصت صرحت على أن تاريخ النطق بالطلاق ويبدو أن هذا التفسير تحميل لنص القانوني بأكثر من مضمونه ذلك ان المادة 58 تضمنت فقط مصطلح [تاريخ تصريح بأطلاق] ولم تتضمن تاريخ النطق ، بحكم الطلاق وعلى ذلك يذهب بعض الأحزاب أن التصريح الذي يقصده المشرع .هو تصريح الزوج الذي يوقعه الطلاق بإرادته المنفردة طبقا للمادة 48 ق.أ.ج ولم يقصد به تصريح القاضي وهو تفسير منسجم مع مضمون النص القانوني فلو كان المشرع لا يقر بوجود عدة الطلاق الرجعي فلماذا لم يأتي بعبارة [من تاريخ الحكم بالطلاق] بدلا من تاريخ تصريح بالطلاق<sup>4</sup> ، كما نجد المادة 50 م.ق.ا.ج تنص على "ان من راجع زوجته أثناء محولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد". وكما هو مقرر شرعا فالمراجعة الزوج لزوجته المطلقة من غير حاجة الى عقد جديد الا اذا كان اثناء مدة عدة الطلاق الرجعي كما ان الحكمة المطلقة لم تتكرر ذلك او تخالفه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نردين مطاعي، عدة الطلاق الرجعي، نفس المرجع ص187

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.ا.ج، مرجع سابق، ص246

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.ا.ج، مرجع سابق، ص135

<sup>4</sup> نور دين مطعي، عدة الطلاق وأثرها على احكام القضاية، مرجع سابق، ص 58

<sup>5</sup> قرار عن غ.ا.ش مجلس اعلى بتاريخ 17/12/1984ملف 35322 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1989ص91

وحسب المادة 49 من ق.ا.ج فقد حدد المشرع الجزائري محاوله الصلح بثلاثة أشهر أقصى حد وهي مدة مطابق لمدة العدة المنصوص عليها في م.58 ق.ا.ج.... وليأئس من الحيض بثلاثة أشهر]. فتتولد علاقة ما بين مدة العدة ومدة الصلح بعد إيقاع لطلاق براحته المفردة ويمكن استنتاج ان المشرع اعتبر ان لزوج الحق في ايقاع الطلاق بالارادة المنفردة طبقا لنص م.48.ق.ا.ج، والذي يعتبر طلاقا رجعيا كما أن يفترض أنه يوقعه ويصرح به من تاريخ رفع الدعوة إثبات هذا الطلاق طبقا للمادة 49 ق.ا.ج وهو ما اسمح بأجراء عدة محاولات صلح خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر ولم تمثل في نفس الوقت مدة عدة الطلاق الرجعي طبقا للمادة 58 ق.ا.ج .

### ثانيا: إحتساب عدة الطلاق الرجعي عند الفقهاء.

أما إحتساب عدة الطلاق الرجعي عند الفقهاء فقد ذهب الحنفية والحنبلية إلى أن المرأة في عدة الطلاق الرجعي كالزوجة تتزين لزوجها وتتشوق له أي تضع الزينة على وجهها. قال الماوردي في الانصاف وبياح لزوجها وطؤها والخلو والسهر بها ولها أن تتشوق له وهذا المذهب يرون أن الزوجة تتزين لزوجها وأوضح من كلامهم هو جواز المشعرة الزوج لزوجته في عدتها الرجعية بالوطء وغيره.

أما المالكية فقال حليبي بن إسحاق في مختصره والرجعية كالزوجة إلى في تحريم الاستمتاع والدخول ، أما الشافعية فقد ذهب بعضهم إلى إستحباب تزيينها بما يدعو الزوج لمراجعتها إذا كانت تريد رجعته. قال الحلال في شرحه للمنهاج: قال بعضهم أي أصحاب من الثقافية والأول في تزيين إلى ما يدعو الزوج الى رجعتها<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني:

#### رأي الفقهاء في ميراث المطلقة طلاقا رجعيا

<sup>1</sup> انظر الموقع الالكتروني [WWW.ISTAM.FATIRNEEWWW.NET](http://WWW.ISTAM.FATIRNEEWWW.NET)

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الطلاق رجعياً، فمات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة ورثه الآخر<sup>1</sup> بلا خلاف سواء كان الطلاق في حال الصحة أم في حال المرض<sup>2</sup>، روي ذلك عن أبي بكر وعثمان وعلي وابن مسعود،<sup>3</sup> وذلك لكون الزوجية قائمة بينهما حكماً عند الوفاة،<sup>4</sup> فالطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح فلا يمنع التوارث.<sup>5</sup>

حيث ذهب الأحناف في تحفة الفقهاء<sup>6</sup>، أن المريض إذا طلق وهو صاحب الفراش، طلاقاً رجعياً... ثم مات من ذلك المرض، وهي في العدة: فإنها تراث.

وجاء في شرح فتح القدير<sup>7</sup>، أجمع أهل العلم أن في كل طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة .

وذهب الشافعية في المجموع شرح المذهب<sup>8</sup>، إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وقع الطلاق رجعياً، فمات وهي في العدة أو ماتت قبله في العدة، ورث أحدهما صاحبه بلا خلاف، كما جاء في شرح الرحبية أنه (يقع التوارث بينهما في عدة الطلاق الرجعي باتفاق الأئمة الأربعة).<sup>9</sup>

وذهب الحنابلة في كشف القناع<sup>10</sup>، أن الزوجين يتوارثان في طلاق رجعي ما دامت في العدة، سواء كان في المرض أو الصحة.

وجاء في المغني على مختصر الخرقى: ( وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف، وقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل

<sup>1</sup> عبد الله بن عمر بامخرمة، مشكاة المصابيح في شرح العدة والسلاح في أحكام النكاح، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2004، ص. 274.

<sup>2</sup> شوقي عبده الساهي، موسوعة أحكام الموارث، مرجع سابق، ص. 117.

<sup>3</sup> مريم أحمد الداغستان، الآثار المترتبة على الطلاق، مرجع سابق، ص. 218.

<sup>4</sup> أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، مرجع سابق، ص. 265.

<sup>5</sup> محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، مصر، 1963، ص. 105.

<sup>6</sup> علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1984، ص. 278.

<sup>7</sup> ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص. 150.

<sup>8</sup> النووي، المجموع شرح المذهب، ج 15، مرجع سابق، ص. 219.

<sup>9</sup> المارديني، شرح الرحبية، مرجع سابق، ص. 10.

<sup>10</sup> البهوتي، كشف القناع، ج 4، مرجع سابق، ص. 480.

العلم على ذلك وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وبنالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة).<sup>1</sup>

### -وجه الدلالة عند الفقهاء في توريث المطلقة رجعياً:

أن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فكانت الزوجية بعد الطلاق قبل انقضاء العدة قائمة من كل وجه؛ والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الميراث من الجانبين<sup>2</sup>، ذلك لكون الزوجية لم تنقطع وأثرها لا يزال سارياً في الطلاق الرجعي وأثناء العدة<sup>3</sup>، فالمطلقة رجعياً زوجة حكماً ولذلك يجوز التوارث بينهما إذا مات أحدهما في خلال أجل العدة الرجعية<sup>4</sup>، كما لو توفي أحدهما قبل وقوع الطلاق، وسواء في ذلك أكان الطلاق بغير رضاها أم برضاها، فإن ما رضيت به ليس بسبب البطلان النكاح حتى يكون رضا ببطلان حقها في الميراث، وسواء كانت المرأة حرة مسلمة أو مملوكة أو كتابية ثم اعتنقت أو أسلمت في العدة.<sup>5</sup>

ولأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه،<sup>6</sup> ويملك إمساكها بالرجعة من دون رضاها، ومن غير توقف على ولي ولا عقد ولا مهر جديد، ومراجعة الزوج لمطلقته رجعي أثناء عدما يعتبر امتداداً للزوجية القائمة، وما دام الزواج قائماً فإن أحكامه تبقى ومنها التوارث.<sup>7</sup>

وخالف ابن حزم الظاهري جمهور الفقهاء، وقال كما جاء في المحلى:<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، ج 7، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 315 .

<sup>2</sup> مريم أحمد الداغستاني، مرجع سابق، ص 219 .

<sup>3</sup> محمد محدة، التركات والمواريث، مرجع سابق، ص 71 .

<sup>4</sup> أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 390 .

<sup>5</sup> مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق، مرجع سابق، ص 219 .

<sup>6</sup> ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 3، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 149 .

<sup>7</sup> أحمد فراج حسين ومحمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 116 .

<sup>8</sup> ابن حزم، المحلى، ج 11، مرجع سابق، ص 573 .

وكذلك المطلقة طلاقاً رجعياً في المرض إذا لم يراجعها حتى مات فلا ميراث لها وحتى لو أقر علانية أنه إنما فعل ذلك لئلا ترثه ولا حرج عليه في ذلك، لأنه فعل ما أبيح له من الطلاق، الذي قطع الله تعالى به الموارثة بينهما، وقطع به حكم الزوجية بينهما .

والرد على ابن حزم: أن المطلقة طلاقاً رجعياً ما دامت العدة قائمة فحكم الزوجية قائم بين الزوجين، ويدل على هذا قوله جل شأنه: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾<sup>1</sup>

### الفرع الثالث:

#### ميراث المطلقة رجعياً في التشريع الجزائري .

تنص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث . " فقد نص الشرط الأول من هذه المادة على أنه في حالة وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، فإن الحي منهما يستحق نصيبه من الإرث .

إن المشرع من خلال هذا النص، لم يفرق بين مختلف المراحل التي تمر بها الدعوى القضائية، فإذا استمرت القضية مثلاً إحدى عشر شهراً أمام المحكمة وقبل صدور الحكم المثبت للطلاق بأيام فقط توفي أحد الزوجين، اعتبر الحي منهما مستحقاً للإرث، وكان الطلاق لا وجود له طالما لم يصدر بشأنه حكم قضائي، فأصبح هذا الضابط الحكم هو المعيار الذي يعتمد عليه القضاة والموثقين، ويستندون إليه لمعرفة إستحقاق الزوج الحي للإرث من عدمه<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 228 .

<sup>2</sup> نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط 1، الجزائر : بن مرابط للنشر والتوزيع ،

2009 ، ص 187 .

إن هذا الضابط أو المعيار يعد معيارا غير كاف، بل ويؤدي إلى نتائج وخيمة تمس بالنظام العام. فمن خلال المادة 132؛ يتجلى أن المشرع لم يفرق بين مختلف المراحل التي تمر بها الدعوى القضائية مهما طال أمد التقاضي فيها، في حين كان عليه التمييز بين مرحلتين: المرحلة الأولى: وهي مرحلة ما قبل صدور الحكم بالطلاق وقبل إنقضاء مدة الصلح، أي خلال مدة الصلح، والمرحلة الثانية: ما قبل صدور الحكم بالطلاق و بعد إنقضاء مدة الصلح .

فإذا كان إقرار أحقية التوارث بين الزوجين أثناء محاولات الصلح لا يطرح إشكالا قانونيا، طالما أن المشرع يعتبر مدة الصلح بأنها فترة للرجعة حسب المادة 50 من قانون الأسرة<sup>1</sup>، وبالتالي فلو طلق الزوج قبل رفعه للدعوى بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة، ففي نظر المشرع أن الزوجية الحكيمة لا تزال مستمرة خلال فترة الصلح .

والمشرع عندما ربط مدة محاولة الصلح بالرجعة وحدد مدة الصلح بثلاثة أشهر، فإنه بذلك يقصد أن مدة الصلح تقابل مدة عدة الطلاق الرجعي، ومنه فإذا توفي أحد الزوجين خلال مدة الصلح استحق الحي منهما الإرث لقيام الزوجية الحكيمة، و بالرغم من ذلك يجب على القاضي التأكد من أن عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد وأكما فعلا مسايرة لمادة الصلح، لأنها قد تكون متقدمة عنها وقد تتأخر عنها في بعض الحالات<sup>2</sup>.

إلا أنه قد يحدث وأن يتوفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، ولكن هذه الوفاة قد تحدث بعدما تنتهي وتنقضي مدة الصلح، فهل يستحق الحي منهما الإرث؟ وكيف يكون حكم القاضي عندما يطرح النزاع أمام المحكمة بين الزوج الباقي على قيد الحياة و بقية الورثة؟

إن نص المادة 132 أجاز صراحة توريث أحد الزوجين إذا توفي الزوج الآخر قبل صدور الحكم بالطلاق، حتى لو كانت الوفاة بعد انقضاء مدة الصلح، إذ العبرة في نظر المشرع بتاريخ صدور الحكم بالطلاق (3) فقد سوى المشرع بين مرحلة الصلح والمرحلة التي تليها،

<sup>1</sup> تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري ... " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج

<sup>2</sup> نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 192

ومنه إذا توفي أحد الزوجين خلال المرحلة الممتدة ما بين انقضاء مدة الصلح و قبل صدور الحكم بالطلاق استحق الحي منهما الإرث، لأن الوفاة حدثت قبل صدور الحكم بالطلاق.<sup>1</sup> وكان على المشرع التفريق بين المرحلتين السابقتين عن تاريخ صدور الحكم بالطلاق ولا يدمجها في مرحلة واحدة ( مرحلة ما قبل صدور الحكم بالطلاق ) ، ليرتب عليهما نفس الأحكام.<sup>2</sup> إن المشرع بترتيبه لهذا الحكم، فهو لم يراع إمكانية انتهاء العدة قبل الحكم بالطلاق، والمقتضيات الشرعية في هذه الحالة تقتضي بأنه لا توارث بين الزوجين لانتهاء العدة قبل صدور الحكم، لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت بسببها<sup>3</sup>، ( كون أن استحقاق الميراث لا يتوقف على الحكم القضائي وإنما يتوقف على عدة الطلاق الرجعي، لأن الميراث لا يستحق إلا بوجود الزوجية<sup>4</sup>، ) والزوجية لا تكون قائمة حكما إلا في عدة الطلاق الرجعي ولا تقتضي إلا بانقضاء هذه العدة)<sup>5</sup>.

وبالرجوع إلى المادة 50 من قانون الأسرة<sup>6</sup>، (يلاحظ أن المشرع قد أغفل تنظيم الفترة الممتدة ما بين انقضاء مدة الصلح و صدور الحكم بالطلاق) ، فقد نظم الفترة السابقة عنها أي فترة الصلح، وكذلك الفترة التي تليها وهي فترة ما بعد صدور الحكم بالطلاق، فالرجوع الذي يتم أثناء محاولة الصلح لا يقتضي إبرام عقد جديد، والذي يتم بعد صدور الحكم بالطلاق يستدعي إبرام عقد جديد، غير أن نص المادة 50 سكت عن المراجعة التي تتم خلال الفترة الممتدة ما بين تاريخ انقضاء مدة الصلح و تاريخ صدور الحكم بالطلاق هل تستدعي عقدا جديدا أم لا ؟، خاصة وأن القاضي خلال هذه الفترة يكون قد حرر محضرا يبين فيه نتائج

<sup>1</sup> ويتجلى ذلك من خلال عبارة " :إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق ...استحق الحي منهما الإرث."

<sup>2</sup> نور الدين لمطاعي، مرجع سابق، ص.198

<sup>3</sup> بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، ط1 ، قسنطينة ، الجزائر : دار الخلدونية، 2008، ص 82 .

<sup>4</sup> حيث تنص المادة 126 من قانون الأسرة على أن : " أسباب الإرث: القرابة والزوجية "

<sup>5</sup> محمد باوني، عقد الزواج وآثاره، ط1 ، قسنطينة الجزائر: دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، 2009، ص 111 .

<sup>6</sup> تنص المادة 50 من قانون الأسرة أنه: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ."

ومحاولات الصلح<sup>1</sup>، وإذا كانت هذه المحاولات سلبية يذكر أن محاولات الصلح قد فشلت ويمكن أن يشير إلى أسباب فشلها<sup>2</sup>.

من خلال المادة، 50 فمن راجع زوجته أثناء محاولة الصلح<sup>3</sup> لا يحتاج إلى عقد جديد فبمفهوم المخالفة أن الذي يراجع زوجته بعد انقضاء مدة الصلح يحتاج إلى عقد جديد، ومنه تنتضي وتزول الزوجية بمجرد انقضاء مدة الصلح مباشرة، والتي تمثل في نفس الوقت عدة الطلاق الرجعي، فيتحول الطلاق من رجعي إلى طلاق بائن<sup>4</sup>.

### الفرع الرابع:

#### إشكالية إثبات الطلاق وعلاقته بميراث الطليقين:

لإثبات الطلاق أهمية كبرى في تحديد مدى أحقية الزوجين في الميراث من عدمه فإذا كان حق الزوجين ثابتاً في الميراث مطلقاً في حالة وفاة أحدهما أثناء قيام الرابطة الزوجية فإنه إذا حدث الطلاق بين الزوجين فإن هذا الحق يستمر لفترة زمنية محددة تكون خلالها الزوجية لا زالت قائمة حكماً، فإذا حدثت الوفاة خلالها استحق الحي منهما الميراث .

وإذا كان جمهور الفقهاء قد ذهبوا في مسألة إثبات الطلاق، إلى عدم اشتراط الإشهاد عليه، فيقع ويلحق المرأة ولو من غير شهادة أحد على ذلك<sup>5</sup>، وذهبوا إلى أن الشهادة مستحبة في الطلاق حتى لا يقع التجاحد بين الزوجين وألا يتهم في إمساكها، وبالتالي تترتب

<sup>1</sup> وذلك حسب ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون الأسرة: " يتعين على القاضي تحرير محضر يبين

مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 120.

<sup>3</sup> وهذه العبارة من المادة 50 ق.أ ( من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح ) كان من الأفضل لو مسها تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، حتى تتماشى مع تعديل المادة 49 ق.أ، لتصبح هذه العبارة ( من راجع زوجته أثناء محاولات الصلح)، ففي ظل القانون 84-11 كانت المادة 49 ق.أ تنص على أن: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح..."، أما بعد تعديل 2005 فأصبح نص المادة 49: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح... يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح...".

<sup>4</sup> نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 199 .

<sup>5</sup> كمال أحمد عون، الطلاق في الإسلام، مصر، دار الشعب، ص 73 .

كل آثار الطلاق بمجرد إيقاعه، ومنها أثره على الميراث بين الزوجين، فإن الإشكال يطرح على المستوى القانوني فيما يتعلق بإثبات الطلاق.

فإذا كنا قد انتهينا من خلال الفرع السابق؛ إلى أن المشرع الجزائري نظم الطلاق الرجعي من خلال الشطر الأول من المادة 50 من قانون الأسرة، واعتباره لفترة الصلح بأنها مدة للرجعة - وإن كان هذا المفهوم مخالفاً لمفهوم الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي، - إلا أنه كثيراً ما يطلق الرجل زوجته خارج دائرة المحاكم بالإرادة المنفردة، وقد لا يرفع دعوى لإثبات هذا الطلاق إلا بعد مدة تكون العدة قد انتهت خلالها، وقد يحدث أن يتوفي أحد الزوجين قبل رفع هذه الدعوى، فكيف يثبت الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وإلى أي مدى يجري الاعتراف بالطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، وبمختلف آثاره، ومنها التوارث حال وفاة أحد الزوجين؟

وقبل التطرق إلى ذلك، ينبغي الإشارة بإيجاز إلى مسألة إثبات الطلاق قبل صدور قانون الأسرة الجزائري، بدءاً بفترة الاحتلال الفرنسي لبلادنا أين كانت تطبق على المسلمين أحكام الشريعة الإسلامية، وأنشأت لهذا الغرض المحاكم الشرعية و كان قضائهما يطبقون أحكام الشريعة في مجال الزواج والطلاق والوصية والميراث... مع الميل أكثر للمذهب المالكي، لعدم وجود أي قانون مكتوب يستندون إليه في أحكامهم، وباعتبار أنه لا توجد هناك نصوص شرعية تنظم إجراءات التقاضي، باستثناء ما نص عليه مرسوم 29-12-1890 الذي نظم الأحكام الواجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي في جنوب البلاد، وما تضمنه مرسوم 12-08-1922 بشأن تطبيق التقاليد القبائلية وإنشاء ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل وأول قانون مكتوب بشكل منظم آنذاك هو الأمر 274-59، بالإضافة إلى النصوص التطبيقية له، والجدير بالذكر أنه في هذه المرحلة وإلى غاية صدور الأمر 274-59؛ كان الطلاق إجراء بسيطاً لا يتطلب أية شكلية إذ يتم بإعلان الزوج عنه لدى القاضي الشرعي ويتعين فيما بعد:

بعد الاستقلال صدر القانون رقم 63-218 في 18-05-1963 والذي ألغى ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية ولينشئ مكانه

المجلس القضائي الأعلى، كما صدر المرسوم 63-261 في 22-07-1963 فألغى المحاكم الشرعية ونقل إختصاصاتها إلى المحاكم المدنية العادية.<sup>1</sup> واستمر الحال على ما هو عليه إلى غاية صدور قانون الأسرة؛ بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984،<sup>2</sup> المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005،<sup>3</sup> حيث أصبح الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات للصلح، فحتى لو وقع الطلاق صحيحا من الناحية الشرعية خارج دائرة القضاء، إلا أن المشرع قيد إرادة الزوج في إثباته باللجوء إلى القضاء والتصريح به أمامه.

لكن ومع ذلك، فإن الواقع الاجتماعي أثبت أنه في البعض من الحالات يقع الطلاق وفقا للقواعد الشرعية خارج دائرة القضاء، وقد لا ترفع دعوى بشأنه إلا بعد فترة طويلة تكون العدة قد إنتهت خلالها .

وهنا يطرح التساؤل حول كيفية تصرف القاضي أمام هذا الموقف؛ مع وجود نص قانوني صريح يجعل من فترة محاولات الصلح بأنها فترة للرجعة، هل يحكم بإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء بأثر رجعي، أم أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم ويعتبر الفترة التي تسبقه فترة للصلح؟، وكيف يتعامل مع آثار الطلاق - بما فيها الميراث بين الزوجين إذا توفي أحدهما - والعدة يمكن أن تكون قد انقضت قبل صدور الحكم بالطلاق؛ وقبل فترة الرجعة القانونية المنصوص عليها بالمادة 50؟

إن مسألة إثبات الطلاق تتطوي على كثير من الغموض خاصة تفسير نص المادة 49 من قانون الأسرة كما سبق وأن أشرنا، إذ يثار الإشكال حول الحكم بإثبات الطلاق فيما إذا كان منشأ أو مقررا، و بتتبع التطبيقات القضائية نجد أن البعض منها يذهب إلى إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء بأثر رجعي، وهو الاتجاه الذي كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة تطبيقا لمبادئ الشريعة الإسلامية .

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1، قسنطينة، الجزائر، دار البعث، 1986 ص 11

<sup>2</sup> الجريدة الرسمية 12، يونيو 1984، عدد 24.

<sup>3</sup> الجريدة الرسمية، 27 فبراير 2005، عدد 15 .

وفي سبيل التطرق إلى مختلف الإشكالات المطروحة آنفا، ننتاول أولاً: المبدأ الوارد في إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وهو عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم واعتبار فترة الصلح كمدة | للرجعة، وثانياً: خروج القضاء عن هذا المبدأ بإثبات للطلاق بأثر رجعي .

### أولاً: ثبوت الطلاق بحكم قضائي :

تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ."

يتضح من خلال هذه المادة أن إرادة المشرع تتجه إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء، غير أن الملاحظ على المادة 49 أنما قد استعملت عبارة ( لا يثبت )، وليس ( لا ينعقد أو لا ينشأ أو لا يقع ) الطلاق إلا بحكم<sup>1</sup>، مما قد يحمل على الاعتقاد أن مسألة الإثبات فقط هي التي تبقى خاضعة للقضاء إلا أن وقوع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج ساحة القضاء، ولكن بالرجوع إلى مختلف مواد قانون الأسرة بعدها تعتبر أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي وأن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي وأن هذا الطلاق هو طلاق بائن، و بالتالي فإن المراجعة تكون قبل صدور الحكم بالطلاق أي أثناء محاولات الصلح، وذلك حسب المادة 50 من قانون الأسرة .

فمن خلال المادتين 49 و 50 من قانون الأسرة، فالمشرع لا يعترف بالطلاق وبآثاره إذا وقع خارج دائرة القضاء، إلا من تاريخ رفع دعوى بذلك، حيث تبدأ حينئذ فقط فترة الرجعة، ولا تبين الزوجة إلا من تاريخ صدور الحكم بالطلاق .

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن حيث جاء في قرار لها أنه: (من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على

<sup>1</sup>قسنطيني حدة، (إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية)، (مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004، ص.7 .

عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم التراع بينها وبين زوجها. وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً.<sup>1</sup>

ويذهب بعض شراح قانون الأسرة الجزائري إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطاً للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح، فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراء الصلح، وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إسهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح و تعبير الزوج عن إرادته في ذلك، ومن ثمة يعد المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق وليس وسيلة لإثباته.<sup>2</sup>

#### ثانياً: الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء على ضوء التطبيقات القضائية :

لم يورد المشرع الجزائري نصاً قانونياً يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي، وبترتيب مختلف الآثار على هذا الطلاق بعد إثباته، ومنها التوارث بين الزوجين، ففي كثير من الأحيان يطلق الرجل زوجته خارج دائرة القضاء وقد لا يبادر برفع دعوى للحصول على حكم بالطلاق إلا بعد مدة تكون العدة قد انقضت خلالها، فلا إثبات الطلاق أهمية كبرى في تقرير مدى أحقية الزوجين في التوارث حال وفاة أحدهما خلال هذه الفترة. وبالرغم من عدم وجود نص يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي<sup>3</sup>، إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في كثير من الأحيان إلى إثباته بأثر رجعي، بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها، بسماع الأطراف وكذا الشهود، وقد صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة على سبيل المثال؛ مؤيدة

<sup>1</sup>قرار المحكمة العليا، 1986، ملف رقم 39463، المحلة القضائية، 1989، العدد الأول، ص 115

<sup>2</sup>زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، ص 32.

<sup>3</sup> ذلك أنه حسب المادة 50 من قانون الأسرة، فالمراجعة التي تتم أثناء محاولات الصلح هي مراجعة صحيحة لا يحتاج فيها الزوج إلى عقد جديد، وذلك حتى لو انتهت العدة قبل رفع دعوى إثبات الطلاق، حسب هذا النص القانوني.

بقرار من المجلس تصب في هذا الغرض، ومنها القرار 99/19 الصادر بتاريخ 30/01/1999 والذي صدر إثر استئناف حكم قضى بالإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين خلال شهر أوت 1996 وإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ 40.000 دج عن الطلاق التعسفي ومبلغ 10.000 دج نفقة عدة ومبلغ 1.000 دج نفقة إهمال للابن تسري من تاريخ 01/06/1998 إلى غاية النطق بالحكم وإسناد حضانة الابن الأمه<sup>1</sup> ، وقد كان قرار المجلس بتأييد الحكم مبدئياً مع تعديله بحذف مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي .

### المطلب الثاني:

#### التوارث بين الزوجين في الطلاق البائن:

إذا كان الاصل ان الطلاق يوقعه الزوج على أنه طلاق رجعي، فقد يقترن لما يجعله طلاقاً بائناً إذا حدث قبل الدخول أو كان طلاق عله المال أو كامل لثلاث وبعد إنقضاء العدة من الطلاق الرجعي الواقع خارج دائرة القضاء، كما يمكن ان تكون الوفاة أثناء العدة بعد صدور الحكم بالطلاق، ومن خلال هذا المطلب سوف نتناول التوارث بين الزوجين في الطلاق البائن فالطلاق البائن هو الطلاق الذي لا يملك فيه الطلق مراجعة مطلقته، إلا بعقد جديد وكأنه يتزوجها لأول مرة وهو نوعان الطلاق البائن بينونة صغرة والطلاق البائن بينونة كبيرة<sup>2</sup>.

#### الفرع الأول:

#### تعريف الطلاق البائن

الطلاق البائن نوعان بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى

أولاً : تعريف الطلاق البائن بينونة صغرى:

<sup>1</sup> قسنطيني حدة، إثبات الطلاق، مرجع سابق، ص 13.

<sup>2</sup> الدكتور بالحاج العربي الوحيد في قانون الاسرة ج بمرجع السابق ص 327

- يقع الطلاق البائن بينونة الصغرى في حالات التالية:
- في الطلاق الرجعي الذي مضت فيه العدة ولم يراجع زوجته ما لم مكملًا لثلاث اذ ان المطلق يملك هنا ان يعيد زوجته اليه بعقد جديد<sup>1</sup>
  - الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو كان بعد الخلوة يكون بائنا لأنه حيث لا توجد العدة لا تكون مراجعة
  - الطلاق على المال كالخلع مثلا: يكون بائنا لقوله تعالى [فان خفتم الا يقيم حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به]<sup>2</sup>
  - الطلاق الذي يوقعه القاضي بنا على طلب الزوجة، وفقا للمادة 53 ق.ا.ج وينجر عن الطلاق البائن بينونة صغرة أحكام تترتب فيما يلي فالطلاق البائن بينونة صغرى ويزيل الملك ولا يرفع الحل فتنتقطع حقوق الزوج على زوجته بمجرد حصوله ولا يحل لاحد الزوجين الاستمتاع بالأخرى ولا يبقى لزوجة الحق في النفقة لزمن العدة.

يحل بمؤخر الصدق إذا كان مؤجلا لأقرب لأجلين [الطلاق او الوفاة]، لأنه به يتم لانفصال [المادة 16ق.ا.ج] لا يرث أحدهما الاخر ولو حدث وفات قبل انقضاء العدة إلا في حالة فرار الزوج من الإرث إذا كان مكمل لثلاث أزال الملك والحل لم ين مكملًا لثلاث يحتسب عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته<sup>3</sup>.

ثانيا: تعريف الطلاق البائن بينونة الكبرى

هو الطلاق الذي يطلق منه الزوج زوجته آخر الطلقات الثلاث التي يملكها شرعا وقانونا فهو لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته في العدة كالطلاق الرجعي ولا استئناف الحياة الزوجية

<sup>1</sup> الدكتور بالحاج العربي نفس المرجع ص329

<sup>2</sup> سورة البقرة الآية 228

<sup>3</sup> الدكتور بالحاج العربي المرجع السابق ص 331

بينهما بعقد و الصداق جديد ين كالطلاق البائن بينونة صغرى بل تحرم عليه الزوجة حرمة مؤقتة لا تنتهي الا اذا تزوجت زوجا اخر زواجا شرعيا لبناء اسرة ثم طلقها او مات عنها وانتهت عدتها<sup>1</sup>، ومن بين الحالتين التي يكون فيها الطلاق بائنا بينونة كبرى نجد: الطلاق المكمل لثلاث : فإذا طلق الرجل زوجته طليقة واحدة و راجعها ، ثم طلقها مرة أخرى ورجعها ثم طلقها المرة الثالثة يكون هذا الطلاق مكملا لثلاث<sup>2</sup> وسميت بالبائن بينونة كبرى لان الله تعالى رتب على الطلاق في المرة الثالثة نفي الحل بتحريم المرأة على مطلقها تحريما مؤقتا ، ولا تحل له حتى تتزوج برجل اخر ويدخل لها ويطلقها ان شاء ، وتنتهي عدتها من بعدها تزول الزوجية<sup>3</sup>.

ونجد ان للطلاق البائن بينونة كبرى أحكام نلخصها فيما يلي: الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل الملك والحل في الحال المجرد وقوعه، ولا يبقى له سوى العدة ومل يتعلق بها فيمنع به التوارث بين الزوجين لانقطاع الرابطة الزوجية ، وهي سبب التوارث الا ان يكون المطلق فارا من توريث زوجته فيعامل بتتقيص قصده ، و يحل هذا من الطلاق مؤجل الصداق إلى الطلاق أو الوفاة وأهم ما يترتب على هذا النوع من الطلاق هو تحريم المطلقة على مطلقها تحريما مؤقتا، بحيث لا تحل له حتى تتزوج برجل اخر زواجا صحيحا ويدخل لها دخولا حقيقيا ، اذ يكون بمجرد العقد ثم يطلقها او يموت عنها وتنقضي عدتها منه بعدها يكون مطلقها الأول العقد عليها ان رضت بذلك، و إذا زاد المطلق طليقة أخرى في عدة مطلقتها ثلاث فان هذه الطليقة لا تجد محلا.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري في عدة الطلاق البائن:

إذا كان الطلاق البائن عند الفقهاء هو أنه لا يستطيع المطلق بعد إيقاعه أن يعيد مطلقة إلى بيت الزوجية إلا بمهر و عقد جديدين، فيما إذا كان طلاق بائنا بينونة صغرى، و لا يعد أن

<sup>1</sup> د بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 331

<sup>2</sup> قانون رقم 187/11/184 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بأمر رقم 05، 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

<sup>3</sup> الدكتور مصطفى عبد الغني، شبية جامعة سيينا، طبعة أولى، 2006، صفحة 59

تتزوج غيره ثم يفارقها بطلاقها أو يموت عنها و تنقض عدتها فيما إذا كان بائن بينونة كبرى بحيث إذا توفي أحد الزوجين أثناء العدة فلا تستحق للآخر في ميراثه<sup>1</sup> و القانون الجزائري لم يتطرق إلى الطلاق البائن إلا بالرجوع في بعض نصوصه نجدها تقول أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي حسب المادة 49 ق.أ و أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق بالمادة 58 ق.أ، و حسب المادة 50 ق.أ جاءت بوضوح و اعتبرت أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد و المراجعة لا تكون إلا بعقد و مهر جديدين، في الطلاق البائن<sup>2</sup> و قد عرف المشرع الجزائري بين الطلاق البائن بينونة صغرى و الطلاق البائن بينونة كبرى من خلال المادة 51 ق.أ " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء " و إذا كان قانون الأسرة يعتبر أن كل طلاق صدر حكم بشأنه أنه طلاق بائنا خلال مادة 116 ، و التي تنص على أنه "إذا طلق الرجل زوجته بنكاح صحيح قبل مفارقتها يقع الطلاق بائنا و كذا يقع بائنا بالألفاظ التي تفيد البينونة و إذا طلقها على عوض " كما تنص المادة 117 على الطلاق البائن بينونة كبرى و التي جاء فيها "..... وتحصل البينونة القطعية بعد الطلاق الثلاث"<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني:

#### ميراث المطلقة البائن:

إذا طلق الرجل زوجته طلاقا بائنا أو باننت منه بانقضاء عدتها من طلاق رجعي، فإن كان ذلك في حال الصحة، فمات أحدهم - ولو في العدة - لم يرثه صاحبه، سواء كان

<sup>1</sup> قسنطينة حدة. اثبات الطلاق بين النصوص شرعية. مذكرة نهاية تخرج النيل اجازة المعهد الوطني للقضاء الجزائري

2004 ص8

<sup>2</sup> قانون رقم 11/89 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، صفحة

الطلاق برضاها أو بغير رضاها، وهذا باتفاق الفقهاء ، وأيضا إذا حدث الطلاق في حال المرض ولم يتهم بالفرار من إرثها .

ذهب الأحناف في تحفة الفقهاء، في بيان أحكام الطلاق البائن، أنه إن كان واحدا يزول به ملك النكاح، وتبقى المرأة محلا للنكاح بطلاقين، حتى لا يحل له الاستمتاع بها، ولا يصح الظهار والإيلاء، ولا يجري التوارث.

وسبب ذلك أن الطلاق البائن ينهي الزواج، ومن ثم لا توارث، لأن الزوجية هي سبب التوارث بين الزوجين، والطلاق البائن ينهي الزوجية.

### تنظيم التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن في قانون الأسرة

يعتبر الطلاق البائن بنوعيه بينونة صغرى وبينونة كبرى مانعا من الميراث، لانقطاع العلاقة الزوجية بين الطرفين بعد انتهاء العدة في حالة البائن بينونة صغرى، أما في حالة البينونة الكبرى فتتقطع العلاقة بينهما بمجرد الطلاق دون حاجة لانتظار العدة، وبالتالي لا توارث بينهما، والعدة ما تقررت فقط إلا للتأكد من براءة الرحم.<sup>1</sup>

وقد نصت المادة 132 من قانون الأسرة على أنه: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث ."  
يتضح من نص المادة 132 من قانون الأسرة، أن المشرع ربط استحقاق الميراث في حالة وفاة أحد الزوجين عند الطلاق بالحكم القضائي .

إن الشطر الثاني من المادة 132 من قانون الأسرة... " :أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث "، يثير الكثير من الغموض لعدم وضوحه، فقبل صدور الحكم بالطلاق اعتبر العلاقة قائمة، وبالتالي يثبت التوارث وهذا لا جدال فيه، لكن شريطة أن لا يكون الزوج قد طلق بالإرادة المنفردة قبل رفع دعوى الطلاق، لأن العدة تحتسب شرعا من تاريخ التلفظ بالطلاق، أما إذا كان الزوج قد طلق وانتهت العدة قبل رفع الدعوى أو أثناء سير الدعوى وإجراء الصلح، فإنه في هذه الحالة لا ميراث لأحد من الزوجين في حالة الوفاة

<sup>1</sup> بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 90 .

ولو قبل صدور الحكم بالطلاق من القاضي،<sup>1</sup> وهو ما لم يلتفت إليه هذا النص القانوني، إذ العبرة بحكم الطلاق كما هو واضح من المادة 49، حيث لا يثبت الطلاق إلا بحكم، وهي مسألة بالغة الدقة والأهمية، بحيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى توريث مطلقة قد بانت بانقضاء عدتها من الزوج المتوفي؛ أو العكس .

كذلك نجد أن المادة 132 أشارت إلى لفظ الطلاق دون تمييز بين ما إذا كان طلاقاً للمرة الأولى أو الثانية، أو طلاقاً مكملًا للثالث، ففي هذه الحالة الأخيرة لا توارث بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما، ولو كانت في مرحلة العدة، على عكس لو كان الطلاق غير مكمل للثالث فهنا يستحق الحي منهما الإرث من الآخر.<sup>2</sup>

إن الشطر الثاني من المادة 132 يمكن أن يفسر على أن الإرث يستحق حتى في الطلاق البائن ( أي بعد صدور الحكم بالطلاق )، وفي كثير من الأحيان يصدر القضاة أحكامهم وقراراتهم على ضوء هذا التفسير، فقد جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء الجزائر<sup>3</sup>، ما يلي: ( حيث ثبت من الملف والأطراف أن المرحوم (ب.ع) كان تزوج بالمستأنف عليها (ب.م) بموجب عقد رسمي مسجل بالبلدية .

حيث ثبت أيضاً وأن المستأنف عليها قد طلقت من المرحوم (ب.ع) بموجب حكم صادر عن محكمة باب الوادي بتاريخ الثاني فيفري 1999. ) حيث ثبت وأن مورث الأطراف (ب.ع) قد توفي بتاريخ 20 فيفري 1999 حسب شهادة وفاته وبالتالي فقد توفي بعد ثمانية عشر (18) يوماً من تاريخ النطق بحكم الطلاق .

حيث وأن طبقاً للمادة 58 المشار إليها أعلاه، فإن العدة تحتسب من تاريخ التصريح بالطلاق وليس من تاريخ رفع الدعوى، وعليه فإن دفع المستأنفات غير مؤسسة وتعين لأجل ذلك تأييد الحكم المستأنف.

<sup>1</sup> فشار عطاء الله، أحكام الميراث، في قانون الأسرة الجزائرية، الجزائر: دار الخلدونية، 2008، ص.20

<sup>2</sup> بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 91.

<sup>3</sup> قرار غير منشور، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء الجزائر، بتاريخ 2003/07/08 تحت رقم:

1701/02 نقلاً عن: نورالدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص.220

والملاحظ على هذا القرار، أن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون ولم يحسنوا إسقاط أحكام المادة 132 ق.أ على هذه القضية، عندما قضا بتوريث المستأنف عليها (ب.م)، إذ أهم ورثوها على أساس أنها ما زالت في فترة العدة عند وفاة (ب.ع)، (وأخذوا بأن العدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق).<sup>1</sup>

غير أن هذا الأمر يعتبر مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولأحكام قانون الأسرة، إذ أنه شرعا وقانونا يشرع في حساب عدة الطلاق من تاريخ إيقاع الطلاق وهو تاريخ تصريح الزوج بالطلاق طبقا لنص المادة 58<sup>2</sup> ق.أ، وهو الثابت على الأقل عند تاريخ رفع دعوى الطلاق، لأن الحكم بالإشهاد على حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقا للمادة 48<sup>3</sup> من قانون الأسرة يعتبر حكما كاشفا لواقعة الطلاق وليس منشئا لها .

كما أنه بالنظر إلى المادة 126 من قانون الأسرة، فهي تنص صراحة على أن :  
"أسباب الإرث: القرابة والزوجية ."

كما تنص المادة 128 من قانون الأسرة، على أنه: " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث ". وتنص المادة 130 من نفس القانون: " يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء ."

من هذه المواد فإن سبب<sup>4</sup> الإرث هو الزوجية، فإن تخلفت تخلف الإرث، بل حتى وإن وجد النكاح ولكن ثبت بطلانه؛ فإنه لا توارث بين الزوجين حسب المادة 131 من قانون

<sup>1</sup> نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 222

<sup>2</sup> حيث تنص المادة 58 من قانون الأسرة: " تعدد المطلقة المدخول بما غير الحامل بثلاثة قروء واليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

<sup>3</sup> "حيث تنص المادة 48 من قانون الأسرة ... : "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...."

<sup>4</sup> والسبب: هو كل شيء يتوصل به إلى غيره. أنظر : المعجم الوسيط، عن مجمع اللغة العربية ، مصر ، / مطبعة الشروق الدولية ، ط4 ، 2004 ، ص 411 .

الأسرة<sup>1</sup>، أي أنه لاستحقاق الميراث بين الزوجين لا بد أن تكون الرابطة الزوجية قائمة ولا يتم ذلك إلا إذا وجد عقد زواج صحيح، سواء وقع بناء أم لم يقع<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى المادة 48 من قانون الأسرة نجدها تنص: " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ". ...

كما أن المادة 50 من قانون الأسرة تنص على أن: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ".

فمن خلال هذين النصين، فإنه بعد صدور الحكم بالطلاق فلا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، فالطلاق في هذه الحالة يكون بائنا، فلا بد للزوج إن أراد مراجعة زوجته أن يبرم عقدا جديدا وفقا لنص المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، ففي هذه الحالة فإن الزوجية تكون منعدمة، وحسب المادة 126 فإن سبب الإرث يتمثل في الزوجية، وما دامت الزوجية منعدمة إذ تخلفت؛ فهذا بالضرورة سيؤدي إلى انعدام و تخلف المسبب وهو الإرث، فكيف يمكن توريثه إذن<sup>3</sup>، والطلاق بائن بنص القانون<sup>4</sup>، فهنا نجد أن المشرع قد رتب آثار الطلاق الرجعي على الطلاق البائن وهو مخالف للشريعة الإسلامية، لأنه شرعا في الطلاق البائن لا توارث بين الزوجين<sup>5</sup>، بل إن الأمر أبعد من ذلك؛ فرافع الدعوى في هذه الحالة يكون مفتقدا حتى لصفة التقاضي طبقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>6</sup>، والتي يترتب على انعدامها ضرورة الحكم بعدم قبول الدعوى .

<sup>1</sup> تنص المادة 131 من قانون الأسرة " :إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين) ."

<sup>2</sup> نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 224 .

<sup>3</sup> نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 225 .

<sup>4</sup> بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق ، ص 225 .

<sup>5</sup> مقال مأخوذ عن الموقع الإلكتروني: [www.droit-tlemcen.over-blog.com](http://www.droit-tlemcen.over-blog.com)

<sup>6</sup> حيث تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون ."

وكان على المشرع توضيح أن الإرث لا يستحق إلا في خلال عدة الطلاق الرجعي ، إلا إذا كنا بصدد طلاق الفار ، كما سنراه لاحقاً، فلا بد أن يتدخل المشرع بتعديل المادة 132 من قانون الأسرة لإزالة الغموض وتوضيح الأحكام . ذلك أن الأحكام القضائية المتعلقة بالتوارث بين الزوجين بعد إيقاع الطلاق، تتأثر في حقيقة الأمر بعدة الطلاق الرجعي لا بالحكم القضائي المثبت للطلاق .

### المبحث الثاني:

#### التوارث بين الزوجين في التطليق والخلع:

لقد ذكرنا سابقاً أن الطلاق يكون بإرادة المنفردة للزوج غير أن الزوجة يمكنها إذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية أن ترفع للقاضي دعوة ليفرق بينها وبين زوجها وهو ما يسمى بالتطليق وهذا الأخير يتم بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة وقد نص المشرع الجزائري على التطليق<sup>1</sup> في المادة 53 ق.أ.ج<sup>2</sup> التي بينت الحالات التي يتم فيها وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطالبين خصصنا المطلب الأول للتطليق أما المطلب الثاني خصصناه للخلع.

#### المطلب الأول:

#### تعريف التطليق وذكر حالاته:

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق بل اقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 ق.أ.ج وتعود كلمة تطليق إلى طلق أي طلقت المرأة زوجها ، وهو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستناداً إلى القانون<sup>3</sup> وسوف يبين حالات التطليق في الفرع الأول.

<sup>1</sup> الدكتور بلحاج العربي. الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ط3، 2004، ديوان مطبوعات ج الساحة المركزية - عينون الجزائر، ص 273

<sup>2</sup> قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون أسرة المعدل والمتمم بأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المادة 53 ق.أ.ج

<sup>3</sup> انظر الموقع الإلكتروني [www.dz.com.threads](http://www.dz.com.threads) 2 جوان 2013.

## الفرع الأول:

## حالات التطلق:

لقد نصت المادة 53 من ق.أ.ج على الحالات التي يكون فيها التطلق نستعرضها كل واحدة على حدي.

## أولاً: التطلق لعدم الانفاق:

النفقة واجبة على الزوجة من زوجها بموجب العقد الذي يجمع بينهما ويتأكد هذا الواجب بالدخول والانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ويستمر، هذا الواجب، مادامت الحياة الزوجية قائمة بينهما. إلا أن النص تطلب في حالة امتناع الزوج عن اتفاق على زوجته أن تقاضيه في المحكمة، ويصدر حكم في حقه وهذا الحكم هو إلزام الزوج بدفع النفقة لزوجته وإلا على الزوجة في حالة امتناع أن تطلب التطبيق، بناء على هذا الأساس<sup>1</sup> وتشمل النفقة الغذاء والكسوة، العلاج، والسكن وهو ما يعتبر ضروريا للمادة 78 ق.أ.ج كما أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 02 نوفمبر 1982 بأنه إذا كان مؤدى النص الحكم جزائيا حسب والغرامة المالية على كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه.<sup>2</sup>

## ثانياً: التطلق للعيوب:

نص المشرع الجزائري في المادة 53/ق 2 بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق في حالة العيوب التي تحول دون الهدف من الزواج و عليه فالمقصود بالعيوب هنا، هي العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية و التي يمكن معها المقام إلا بضرر<sup>3</sup> و العيوب الجنسية لمنع من الدخول سواء تحققت في الرجل

<sup>1</sup> د. بنشويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل. دار الخلدونية ط 2008 ص 189.

<sup>2</sup> قرار صادر عن المحكمة العليا. غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ 23 نوفمبر 1982

<sup>3</sup> د. الدكتور بلحاج العربي. الوجيز في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق ص 280

أو في المرأة فمن حق كل طرف أن يلجأ إلى طلب الطلاق بسبب تلك العيوب لأنها تعد سببا من الأسباب الجوهرية للفرقة و القاضي، عادة لا يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب و مدى تأثيره على الحياة الزوجية كما قد يستعين بالخبرة العلمية في هذا المجال<sup>1</sup> و هناك عيوب لا تمنع من الدخول و لكنها تؤثر على الحياة الزوجية كالأضرار المزمنة و المعدية كالجنون و الصرع و يضاف إليه في الوقت الحاضر، مرض الايدز، و فقدان المناعة المكتسبة و هذه الأمراض تؤثر بشكل أو باخر على سيرورة الحياة الزوجية فإذا كانت هذه العيوب من الزوج فمن حق الزوجة طلب الطلاق و ما على القاضي سوى التأكد مما تدعيه الزوجة فإن وجد ما تدعيه صحيحا قضي بالطلاق بينهما<sup>2</sup> ، و المشرع الجزائري لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر و إنما توسع فيها مشروطا فقط تأثيرها على حياة الزوجية تأثيرا بالغا و تبقى السلطة التقديرية في الأخير للقاضي.

ثالثا: التطلاق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

في البداية يجب علينا التفريق بين نوعين من الهجرة المنصوص عليها في القرآن الكريم. فالأول جاء بغرض التأديب لقوله تعالى: {الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۖ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۗ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۗ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا} (34)<sup>3</sup>

أما الثاني جاء بغرض الإيلاء و هو الهجر المصحوب بالقسم يعني أن لرجل يهجر زوجته عن الفراش لمدة زمنية معينة و المشار في قوله تعالى: {لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۗ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (227) } 4 و نجد أن هذا النص قد سوى بين الهجرة و الإيلاء فالهجرة هو الابتعاد

<sup>1</sup> د. بنشويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل، المرجع السابق ص 193

<sup>2</sup> د. بنشويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل، نفس المرجع ص 193

<sup>3</sup> الآية رقم 34 من سورة النساء

<sup>4</sup> الآية 226-227 من سورة البقرة

عن الزوجة لمدة زمنية غير محددة بهدف التأديب أما الإيلاء فهو إضرار بالزوجة لأن مدة أربعة أشهر تمس بكرامة الزوجة و تجعلها تطلب التطلق<sup>1</sup> وانطلاقا من هذه الدلالات فن الزوجة إذا رفعت دعوى تطلق للهجر فإن القاضي لا يجب عليه سماعها و لا الاستجابة لها إلا بعد أن يتجاوز هذا الهجر أربعة أشهر و بعد مراعاة العنصر المعنوي المتمثل في نية الإضرار بالزوجة مما يستوجب عليه البحث في سبب الهجر و نية الزوج الحقيقية، هذا و المشرع الجزائري لم يورد نصا متعلق بالإيلاء الذي يتفق في الأحكام مع الهجر في المضجع و الإيلاء في الحقيقة الفهمية هو حلف زوج الله تعالى بأن لا يقرب الزوجة فوق أربعة أشهر قصدا عدا كأن يقول "والله لا أفرك أبدا أو لمدة ستة أشهر"<sup>2</sup> يرى بعض شراح قانون الأسرة أن المشرع أهمل الإيلاء لأنه رآه يمينا معلقا على شرط فأبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع و هذا الرأي صائب باعتبار أن الإيلاء من الطلاق المعلق على شرط.<sup>3</sup>

رابعا: الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

طبقا لنص المادة 53 من ق.أ.ج و الفقرة الرابعة منه نصت على أن الزوجة تستطيع أن تطلب التطلق في حالة الحكم على زوجها بجريمة فيها مساس بشرف العائلة و سمعتها و تستحيل مواصلة الحياة الزوجية بينهما لقد قصد المشرع الجرائم الأخلاقية مثل: السرقة، التعدي على قاصر أو السرقة و الاختلاس، و قد نص القانون المغربي في المادة 106 على أنه إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاثة (03) سنوات سجنا أو حبسا، جاز للزوجة أن تطلب الطلاق بعد مرور سنة من اعتقاله والواضح أن القانون المغربي اتجه إلى تحديد المدة بغض النظر عن الجريمة المرتكبة<sup>4</sup> ، و الزوجة تطلب التطلق في هذه الحالة يتوفر شروط:

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج جائز لقوة الشيء المقضي به.

<sup>1</sup>الدكتور . بنشويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل، المرجع السابق ص 198

<sup>2</sup> الأستاذ عبد العزيز سعد. مرجع سابق ص 232

<sup>3</sup> ابن تيمية. فتاوي ج3-ص20 ابن حزم المحص ص 213

<sup>4</sup> الدكتور . بنشويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل، المرجع السابق ص 199

- أن تكون الجريمة فيها مساس بأسرة.
- أن تجعل الجريمة مواصلة الحياة الزوجية مستحيلة بين الزوجين حيث يتحول الحب الى كره وبغضاء ويجمع هذه الشروط القاضي الذي تبقى له السلطة التقديرية بعد أن يجري صلح وإذا لم ينفع الصلح وهنا قضى القاضي بتطليق الزوجة.

مما سبق ذكره يتضح لنا أن المشرع قد أحسن صيغا، عند ما نص على أن الجرائم المقصودة في هذا الشأن هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة وكرامتها وبغير هذا الوصف، لا تكون العقوبة شائكة ولا يجوز للزوجة بالتالي أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بالتطليق<sup>1</sup> ولقد قاس واضعو القانون المغربي حال حبس على حال الغياب لأنه غياب فعلا لم يتكلموا إلا على حالة الغياب لمدة تزيد عن سنة بلا عذر مقبول المادة 57. ق.مغربي كما أن القانون المصري لسنة 1929 في مادة 14 نص بأنه لزوجة المحبوسة المحكمة عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية تزيد عن ثلاثة سنوات، أن تطلب من القاضي بعد سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإتفاق منه<sup>2</sup>.

خامسا: التطليق للغياب:

إذا غاب الزوج لمدة طويلة تفوق السنة عن زوجته، أجاز لها بعض الفقهاء أن تطلب التطليق سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان لأنها تتضرر معنويا من غيابه<sup>3</sup> وتشتترط التطليق في هذه الحالة:

- أن تمضي سنة فأكثر على غياب ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم الدعوة عليه هذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبية من سنة إلى ثلاثة (03) سنوات.

<sup>1</sup> الدكتور بلحاج العربي. الوجيز في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق ص 296

<sup>2</sup> محكمة الاستئناف القاهرة 26 ديسمبر 1959 ق.أ ش ص 189 محكمة الاستئناف المنصورة 2 مارس 1962 ق.أ.ج

ص 189

<sup>3</sup> الدكتور. بن شويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل، المرجع السابق ص 200

- أن يكون الغياب لغير عذر مقبول ودون سبب شرعي، إذ يكون ذلك متعمدا اضرارها والإيذاء لها، ولهذا فقد نص الفقه المالكي على ضرورة اعلام الزوج، وانذاره بالعودة وإلا طلقت زوجته إذا كان معلوم المكان ولم يجب طلق القاضي عليه بلا أعمار المادة 2/47 ق.المغربي المادة 13 ق.المصري المادة 137 ق.الكويتي وعلى هذا المذهب فإن مناط التطلق بين الزوجين. للغياب هو الضرر الذي يصيب الزوجة من جراء ذلك، اما إذا كان الغياب لعذر مقبول كما لو كان الزوج غائبا لطلب العيش فلا تجوز طلب التطلق<sup>1</sup>

سادسا: التطلق للشقاق المستمر بين الزوجين:

للزوجة الحق في طلب التطلق إذا نشب بينها و بين زوجها شقاق، بصفة مستمرة و المحكمة العليا استقرت في العديد من قراراتها على هذه الأسباب و جعلها موجبة للتطلق<sup>2</sup> و من بينها : ما قضت به في قرار صادر عن المجلس الأعلى، سابقا الصادر بتاريخ 1985/05/20 الذي جاء فيه من "المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين و لحق بالزوجة ضرر ذلك ضرر اقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه لا سبيل من حل إلا فك الرابطة الزوجية"<sup>3</sup> و بمجرد رفع الدعوى القضائية أمام القاضي يتعين عليه تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق و الإصلاح بينهما. و يقدمان تقريرهما ، في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما. ويقول الله تعالى في الآية الكريمة: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (35)}.

سابعا: مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد:

<sup>1</sup> د. الدكتور بلحاج العربي. الوجيز في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق ص 298

<sup>2</sup> بن هبري عبد الحكيم. أحكام الصلح في شؤون الأسرة، دار هومة ص 170

<sup>3</sup> انظر المجلس الاعلى سابقا. غرفة أحوال الشخصية قرار رقم 36414 المؤرخ في 1985/05/20 المحلية قضائية عدد

إذا تضمن عقد الزواج شروط كانت الزوجة قد اشترطتها في عقد الزواج يتوجب على الزوج أن يفي بها، ويسعى لتنفيذها، فإن خالفها جاز للزوجة أن تطلب فسخ العقد قبل الدخول أما بعد الدخول فلا يبقى لها سوى المطالبة بالتطبيق إذا رأت ضرورة لذلك مع الاحتفاظ بحقها في طلب التعويض والمسألة التقديرية للقاضي في ذلك.

ثامنا: كل ضرر معتبر شرعا:

أجاز قانون الأسرة أن تطلب الزوجة التطلق للضرر لقوله تعالى: { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۗ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۗ وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (231) }<sup>1</sup> و المقصود بالضرر هنا هو التضيق على الزوجة و ايدائها بالقول أو إهمالها من الجانب المادي و المعنوي و قد توسع المشرع في مفهوم الضرر لأن الأضرار عديدة و يصعب حصرها غاية ما في الامرات تطلب أن يكون هذا الضرر معتبر شرعا أو عرفا. وفي الأخير نجد أن الحكم بالتطبيق جبر ألا يجوز قانونا ولا شرعا وإذا كان غير قائما على أحد الأسباب الموجبة لإثبات شرعا فلا يمكن للزوجة أن تلجأ إلى طلب التطلق إلا إذا ثبت الضرر خطير ومستمر لها من طرف الزوج.

<sup>1</sup> الآية 231 من سورة البقرة.

الفرع الثاني:

أثار التطلق

من خلال دراسة أسباب التطلق الواردة في المادة 53 ق.أ.ج نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اهتم بحقوق الزوجة و لم يهمل حقها في الطلاق، إذا لم تجد سعادتها كان لها أن تدفع دعوى قضائية أمام القاضي مع إثبات احد الأسباب المذكورة سابقا و يكون للقاضي السلطة التقديرية في التفريق بين الزوجين<sup>1</sup> و نلاحظ أن الحكم بالتطلق جبرا لا يجوز قانونا و لا شرعا إذا كان غير قائما على أحد الأسباب الموجبة لإثباته شرعا<sup>2</sup> فلا يسوغ قانونا أن تطلب الزوجة التطلق أو تحصل عليه، إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير و المستمر الذي لحقها من زوجها. ومن هنا لا يجوز الحكم بالتطلق إذا لم يكون للزوجة سكن منفرد حالا أو ادعائها بعجز زوجها جنسيا، دون إثبات ذلك أو قولها بالضرر الواقع من الزوج دون تقديم الشهادة الشرعية الطبية على ذلك<sup>3</sup>.

وفي حالة الحكم بالتطبيق فإن الحكم بالتعويض معه فهو فهم خاطئ للقانون المادة 52 ق.أ.

### المطلب الثاني:

#### الخلع.

لقد ثبتت مشروعية الخلع في كل من الكتاب والسنة النبوية الشريفة وقد تم الإجماع على مشروعيته. والمشرع الجزائري أوجد كمقابل لحق الزوجة في الطلاق آلية الخلع كحق للزوجة للتخلص من الحياة الزوجية التي تعكر صفوها لسبب من الأسباب مما يجعل أمل استمرارها بين الزوجين أمر عسيرا ومن خلال هذا المطلب سوف نعرف الخلع ونبين أثاره وشروطه.

<sup>1</sup>الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق ص 307

<sup>2</sup> المحكمة العليا غ.أ.ش 17 ديسمبر 1984 م.ق. 1990، ص 82

<sup>3</sup> المحكمة العليا غ.أ.ش 14 ماي 1984 م.ق. 1990، ص 2 ص 75

الفرع الأول:

مفهوم الخلع:

اختلف الفقهاء وكذا شرح قانون الأسرة حول تحديد مفهوم الخلع حيث وضع كل منهم تعريفا له إلا أنهم اتفقوا على مشروعيته مع بعض الاختلاف في آليات تطبيقه.

فالخلع لغة: هو لفظ مشتق من الفعل خَلَعَ معناه النزع والإزالة ويقصد به نزع الشيء الذي كان يرتديه سواء كان ثيابا أو حذاء<sup>1</sup>، وقد أصدر الله به أمر إلى نبيه موسى عليه السلام في سورة طه ﴿إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ ۖ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى (12)﴾<sup>2</sup>

أولاً: تعريف الخلع لغة:

الخلع بفتح الخاء هو النزع والإزالة فنقول نزع فلان ثوبه أي خلعه، وبضم الخاء هو طلاق المرأة من زوجها مقابل مبلغ مالي.

ثانياً: اصطلاحاً:

أخذ مفهوم الخلع عدة تعريف تعددت واختلفت بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك فقهاء القانون.<sup>3</sup>

فبالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية تعددت هاته المفاهيم ، حيث عرفه فقهاء المالكية على أنه «الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي وبعبارة أخرى هو أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل ما لا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقها لها عليه فتقع به طلاقه بئنة فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد القادر بن حرز الله، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة حسب آخر تعديلات له قانون رقم 05/02 دار خلد ونية 2007 ص 265

<sup>2</sup> الآية 12 من سورة طه

<sup>3</sup> فضيل سعد. شرح قانون الاسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الج 1 مؤسسة الوطنية للكتاب ص304

<sup>4</sup> عبد القادر بن حرز الله المرجع السابق ص 265

وعرفه الأحناف أنه إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة أو هو إزالة الزوجة بلفظ الخلع أو بما في معناه مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها.<sup>1</sup>

وعرفه الشافعية بأنه اللفظ الدال على الطلاق بين الزوجين، بعوض متوفرة فيه الشروط فكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كتابة يكون خالعا يقع به الطلاق البائن.<sup>2</sup> كما عرفه الحنابلة أنه فراق الزوج زوجته بعوض يأخذه الزوج من زوجته أو غيرها بألفاظ مخصوصة لذلك.

كما عرفه فقهاء القانون أنه عقد معاوضة رضائي وثنائي بناء على طلب الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية، بحكم قضائي بناء على طلب من الزوجة مقابل مبلغ من المال تدفعه الزوجة فينتقان على نوعه أو مقداره في جلسة حكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم.<sup>3</sup> وقد نصت المادة 54 ق.أ "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على مقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم.<sup>4</sup>

من خلال التعريفات السابقة نجدها اختلفت في اعطاء تعريف الخلع إلا أنها اتفقت في أن الخلع هو الفرقة بين الزوجين وبرضاها بعوض تدفعه الزوجة لزوجها وهو ذلك يختلف عن الطلاق الذي يكون بإرادة المنفردة للزوج دون عوض.

ثالثا: حكم الخلع:

قد تعدم المحبة بين الزوجين ويحل محلها الكراهية فتكثر المشاكل بينهما وتزداد الشرور، وتتضاعف ويكثر الخلاف وتظهر عيوب كل منهما وحينها لا بد لذلك من مخرج وفي سبيل ذلك رخص الله تعالى لكل من الزوجين طريقا للعلاج، فجعل للزوج حق الطلاق وجعل

<sup>1</sup> عبد القادر بن حرز الله المرجع السابق ص 266

<sup>2</sup> عبد الرحمان الجزائري. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. دار جزم لبنان 2001 ص 1023

<sup>3</sup> باديس ديابيج، صور فك الرباط الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر. دار الهدى الجزائر ص 58.

<sup>4</sup> قانون رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر رقم 02/05 المؤرخ في

27 فيفري 2005 م 4 ق.أ

للزوجة حق الخلع مما يعين المرأة على التخلص من الزوج على وجه لا يمكن معه الرجعة إليها إلا برضاها وعقد جديد بينهما.<sup>1</sup>

والخلع يعتبر طلاق بائنا لا يجوز مراجعة مخالطته في العدة إلا برضاها ويعقد جديد ويقول الإمام الإباضية: " الخلع طلاق وليس بفسخ خلافا للشافعي وذلك بدليل أن الزوج أخذ عوضا على ارسال ما يملكه والذي يملك الطلاق دون الفسخ ووجه آخر أن كل فرقة يصح ابقاء النكاح مع الموجب لها وأنها طلاق كالفرقة العشية والمعسر بالنفقة.<sup>2</sup> كذلك لا يجوز للزوجة أن تطلب الخلع إلا للأسباب التالية:

- أن يكون زوجها وتخاف ألا توفيه حقه.
- أن تخاف أن يعيقها فلا يوافيها حقها، ولا يجوز أن يكون الخلع بإرادة منفردة لأحد الزوجين بل لابد من تطابق إرادتين على الخلع فإن كان الايجاب صادر من الزوجة فلا بد من القبول يكون صادر من الزوج ولا يجوز إجبارهما على الخلع وهكذا بعد أن يأخذ الزوج العوض من طرف الزوجة فإنها تخرج عن ملكه وتصبح أجنبية عنه وبالتالي ليس باستطاعته أن يراجعها في العدة فتكون أمام الطلاق البائن.<sup>3</sup>

الفرع الثاني:

أثار الخلع:

من بين الآثار التي تنتج عن الخلع تقصد النتائج المادية كالنفقة للأطفال ونفقة الإهمال وهناك خصوصية بالنسبة للزوجة المختلعة لما يجب عليها من عدة استبراء لرحمها بما يترتب عن ذلك عدم قدرتها أثناءها على الزواج من أجنبي (غير الزوج) وكذلك الشأن

<sup>1</sup> دكتورة سامية نبيوه - الخلع في الإسلام WWW.ALUKAH.NET اطلع عليه بتاريخ 2019/01/30 بتصرف

<sup>2</sup> الاستاذ لحسن بن شيخ آت ملويا - رسالة في طلاق الخلع، الطبعة 2015-2016 دار هومة ص 125

<sup>3</sup> الدكتور . بن شويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل، طبعة 1، 1429 هـ - 2008 م دار خلدونية القبة الجزائر،

بخصوص اعتبار الخلع طلاق تاما ينقص عدد الطلاقات الزوج<sup>1</sup> إذا تم الاتفاق على الخلع ترتب عنه الأحكام التالية:

- أن يقع به الطلاق البائن عند جمهر الفقهاء، وما جرى عليه العمل في القضاء العربي يشترط أن يكون الزوج أهلا لوقوع الطلاق وذلك بأن تتوفر فيه شرط المطلق.
- أن يكون قد خلع المرأة طلب لها من غير اضرار أو إكراه يسقط الخلع كما نشأ قبله من حقوق الزوجين مثل الصداق المؤجل والنفقة الزوجية إلا حق النفقة المتعلقة بالعدة لأنه حق قد يكون قد نشأ بعد حدوث الطلاق وهو حق يبقى في ذمة الزوج كما لا يمكن أن تكون الحضانة في مقابل الخلع وأن التنازل عنها يكون باطلا<sup>2</sup>.
- أن يكون الخلع على المال يصح فيه سواء كان نقدا أو منفعة<sup>3</sup>.

كذلك يرى بعض الفقهاء أن آثار الخلع تتمثل في نفقة العدة ونفقة الإهمال حق الحضانة طلب السكن لممارسة حضانة الأولاد فيما يخص نفقة العدة فهي مدة التي منحهاريعة الاسلامية وكذا القانون للزوجة المطلقة أن تترصد لها ولا يمكن لها أن تتزوج خلال هذه المدة إلا بعد انتهائها وقد نص المشرع في المادة 58 ق.أ على أن تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق والهدف منها هو استبراء الرحم.

كذلك لدينا الحضانة نص عليها المشرع في المادة 62 ق.أ.ج هي رعاية الولد وتعليمه<sup>4</sup> والقيام بتربيته وتعليمه على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا وجعل المشرع الحضانة من شؤون نساء طبقا للمادة 64 ق.أ.ج.

<sup>1</sup> الدكتور. بن شويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل، مرجع سابق، ص 208

<sup>2</sup> استاذ لحسن بن شيخ آت ملويا - مرجع سابق ص 70

<sup>3</sup> دكتورة سامية نبيوه - الخلع في الإسلام، 2013، ص 195

<sup>4</sup> الأستاذة زودة عمر المرجع السابق، ص 117

## الفرع الثالث:

## التوارث بين الزوجين في الخلع:

يرى المالكية أن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره ولو كان الطلاق برضاها واجتيازها ولا يرثها هو إذا ماتت لأنه هو الذي فوت على نفسه حظه في الميراث. ولو علق الرجل الطلاق زوجته على الدخول الدار و كان صحيحا وقت التعليق فأخشته في مرض الموت فإنها ترثه دونه و لو خرجت من العدة<sup>1</sup> أما إذا ماتت هي المطلقة في مرض الموت فإنه لا يرثها إذا كان موتها بعد انقضاء عدتها و إلا ورثها لأنها طلقة رجعية هذا هو المشهور، و قول مالك أن حقها في الإرث لا ينقطع و لو تزوجت بغيره فهو يرى أن الاثم مردود على صاحبه و إذا قامت قرئن المتبقية له و قد قصد حرمانها فيرد عليه سوء قصده و يرى المالكية أن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت مطلقا سواء كان برضاها أم اختيارها و لو خلعها في مرض الموت ثم مات في مرضه ورثته و لو خرجت من العدة و تزوجت غيره و لو أزواجاً<sup>2</sup> و جاء في الموطأ قال مالك: {و إن طلقها و هو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق و لها الميراث و لا عدة عليها. وإن دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث البكر والثيب في هذا عندنا سواء}<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أحمد الغندور - مرجع سابق، ص 181

<sup>2</sup> علال ياسين، أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين في الفقه والقانون - دار الجامعة الجديدة اسكندرية 2017، ص 97.

<sup>3</sup> مالك بن أنس - الموطأ، المجلد الثالث، كتاب الطلاق، ص 264.

# الفصل الثاني:

التوارث بين الزوجين في الطلاق الواقع في مرض  
الموت

يعتبر الطلاق في مرض الموت حالة خاصة لما له من أحكام خاصة نظرا الى الخصوصية الفترة التي يتم فيها اقع الطلاق في مرض الموت. وان كان من عوارض الاهلية التي يجب ان تقتضي تغيير في بعض الاحكام فانه لا يتلاقى أهلية الوجوب أي إلزامه بالواجبات الشرعية سواء اكانت حقوق من عند الله تعالى: كالصلاة والزكاة او من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأولاد كما ان الاقوال التي تصدر من المريض مرض الموت يؤخذ بها بغض النظر عن لزومها ونفادها لأنه لا يحل بالعقل ولا يمنعه من استعماله حتى صح زواج المريض مرض الموت وطلاقه وانعدت جميع تصرفاته<sup>1</sup> من هنا تتجلى أهمية هذا الفصل والذي سنحاول ان أوضح من خلاله اثر الطلاق في مرض الموت. لذلك ارتأينا ان نقسم هذا الفصل الى مبحثين تناولنا في المبحث الأول: مفهوم مرض الموت؛ وفي المبحث الثاني: آثار الطلاق في مرض الموت على التوارث.

<sup>1</sup> نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2008

## المبحث الأول:

## مفهوم مرض الموت

لكي نتطرق الى مفهوم مرض الموت يجب علينا ان نستعرض أولاً تعريف مرض الموت واحكام مرض الموت وهذا ما سوف نراه في مطالبنا الآتية:

## المطلب الأول:

## تعريف مرض الموت:

لتحديد مرض الموت يقتضي علينا تعريفه في الشريعة الإسلامية وتعريفه في القانون الفرع الأول:

## تعريف مرض الموت في الشريعة الإسلامية

لقد اختلف الفقهاء في تعريفهم لمرض الموت الا انهم اتفقوا على ان مرض الموت، يجب ان يتحقق فيه امران ان يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به، ان يحدث منه الموت غالباً.

## أ- أولاً: مرض الموت في المذهب المالكي:

يرى المالكية ان مرض الموت هو كل مرض ينشأ عنه الموت عادة وان لم يغلب<sup>1</sup> وهو المرض الذي يؤكد فيه الأطباء بانه يكثر فيه الموت من مثله مثل: السل فمرض الموت عند المالكية هو الذي يخاف فيه الموت على المريض عادة فكل مرض، يقعد صاحبه عن الدخول والخروج فهم لا يحكمون على الشخص انه مريض مرض الموت الا بتشخيص طبي وهذا الطبيب هو اذني يعلن بانته هذا المرض هو مرض الموت<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الدردي، الشرح الصغير، الجزء 3، دار المعارف، ص 399.

<sup>2</sup> علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 7، دار الكتب العلمية، لبنان، ص

ثانيا: مرض الموت في المذهب الحنفي

مرض الموت عند الأحناف هو المرض الذي يعجز فيه المريض عن القيام بأمره بمفرده ويكون ملزم الفراش، او يكون مريضا بعيدا عن الفراش وقال المصلي، ان مرض الموت هو المرض الذي أعجزه عن القيام بحوائجه جاء في رد المختار. لابن العابدين ،انه ينبغي ان يكون المراد العجز على النحو الاتيتان الى المسجد او الدكان لقات المصالح القريبة في حق الكل اذ لو كان محترفا في حرفة شاقة كما لو كان حمالا على الخروج الى المسجد او السوق لا يكون مريضا<sup>1</sup>.

ثالثا: مرض الموت عند المذهب الحنبلي

هو كل ما كان سببا صالحا للموت من الامراض كما يرون انه المرض الذي يحصل فيه الموت ويرى أصحاب هذا المذهب انه مرض الموت هو كل مرض اتصل بالموت، والذي مات المريض بسببه<sup>2</sup> وعرفه الفقهاء المعاصرون بانه المرض الذي يعجز المريض عن ممارسة اعماله المعتادة خارج البيت والمرأة تعجز عن ممارسة اعمالها المعتادة، ويسبب فيه الهلاك ويستمر به الموت دون ان يستمر سنة كاملة وعرفه البعض بانه المرض المتصل بالموت فعلا سواء لوقع لسببه او لسبب آخر خارجي كالغرق والقتل<sup>3</sup>.

من التعريفات السابقة يمكننا استخلاص ان مرض الموت، هو المرض الذي يعجز فيه الانسان عن ممارسة اعماله المعتادة خارج المنزل او داخله ويغلب عليه الهلاك كمرض السرطان الايدز السل، ويتصل به المرض مباشرة ودون ان يستمر سنة كاملة.

<sup>1</sup> الزعلی، تثبیت الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء 2، المطبعة الاميرية ببلاط، مصر، 1313 هـ، ص 248.

<sup>2</sup> الستولي، البهجة شرح التحفة، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1951، ص 241.

<sup>3</sup> مصطفى السيوطي، مطالب أولى النهي شرح غاية المنتهي، ج6، المكتب الإسلامي، دمشق-سوريا، 1961، ص 152.

## الفرع الثاني:

## تعريف مرض الموت في القانون

بعدما تبين تعريف مرض الموت في الفقه سوف نراه في القانون الجزائري.

## أولاً: تعريف مرض الموت في القانون المدني

المشرع الجزائري لم يعرض تعريفاً لمرض الموت في القانون المدني بل أشار إليه في أحكام البيع في مرض الموت وهذا من خلال نص م 408 ق.م.ج التي تنص "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون جائزاً" "إلا إذا اقره باقي الورثة" أما إذا تم البيع للغير في نفس الفروق. فإنه يعتبر غير مصادق عليه من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال" ولقد نصت المادة 409 من ق.م.ج "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حق عينياً على الشيء المبيع" والمادة 776 ق.م.ج المادة 1 "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد الشرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت الشخصية التي تعطى إلى هذا التصرف".

## ثانياً: تعريف مرض الموت في قانون الأسرة

إن المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت في قانون الأسرة الجزائرية ، وإنما أشار إليه في المادة 204 في ق.أ.ج. والتي تنص "الهبه في مرض الموت والأمراض والحالات المخفية تعتبر وصية كما ذكر الإقرار بالتبيين في المادة 44 من ق.أ.ج والتي تنص بتثبيت التبيين بالإقرار والبنوة أو الأبوة أو الامومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت التي صدقه العقل أو العادة" وأشار إليه في الوقف في المادة 215 والتي تنص "يشترط في الوقف والموقوف ما شرط في الواهب والموهوب طبقاً للمادتين 204 و205 من هذا القانون"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المادة 204 من ق أ ج المعدل والمتمم لأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005

## المطلب الثاني: احكام مرض الموت:

لكي نبين احكام مرض الموت يجب ان نتطرق الى شروط تحقق مرض الموت والى اثبات مرض الموت وهذا ما سوف نتطرق اليه في الفرعين الآتيين:  
الفرع الاول:

## شروط تحقق مرض الموت

هناك ثلاثة شروط لكي يكون المريض مرض الموت وهي:  
أولاً: ان يقعد المريض عن أداء مصالحه:

ومعناه ان المريض يجب ان يلزم الفراش ويقعد عن أداء حوائجه واعماله بنفسه فان كان المريض رجلاً يعجزه المرض عن القيام بواجباته خارج المنزل والمرآه ويعجزها عن القيام بعملها داخل المنزل كالطبخ والغسيل والتنظيف وهناك حالات يكون فيها المريض عاجزاً غير قادر عن أداء مهامه وهذا لكبر السن او الشيخوخة فهنا لا يكون مريضاً مرض الموت<sup>1</sup>

ثانياً: ان يغلب في المرض خوف الموت

إذا كان المرض مرضاً خطيراً فيجب على المريض ان يغلب عليه الخوف الموت وحالة مرض الموت مشروطة شرعاً بان يكون المرض، مما يغلب فيه الهلاك حيث ان المرض بدا بسيطاً ثم اخذ يتطور الى ان أصبح حالة المريض سيئة جداً، ويرجع في تقدير غلبة الهلاك الى رأي الاطباء ولكن يبقى للقاضي السلطة التقديرية فيما اذا كان المريض يغلب فيه الهلاك ويؤدي بصاحبه الى الموت ام لا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عجة جيلالي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية قانون في التقليد والحداثة) (د. ط. ت) (د.م.ج)، 2009، ص 605.

<sup>2</sup> حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، ص 111.

ثالثا: نهاية المرض بالموت

هو شرط أساسي فلا يكفي ان يعجز الانسان عن أداء واجباته بل لابد ان يتصل الموت بالمرض مباشرة ويمنع المريض من القيام بشؤونه ويؤدي بصاحبه الى الهلاك فاذا انتهى المرض بالموت تثبت ان التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت فلا يجوز الطعن فيه من الورثة ولكن يجوز على رأي السنهوري لمن صدر منه التصرف نفسه ان يطعن في تصرفاته بالغلط في الباعث وهذا أحد عيوب الرضا بان يثبت انه انما تصرف وهو معتقد انه في مرض الموت ولو اعتقد انه سيستغني ما كان ليتصرف في هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف ان يبطله لهذا العيب<sup>1</sup>. ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية وفات المريضة قبل سنة من بدا المرض واذا تجاوزت هذه المدة فلا يعتبر مرض الموت، ولو كان من الامراض المزمنة لان القاعدة: ان هذه الامراض لا تعتبر مرض الموت الا اذا طال دون ان تشتد لكن اذا اشتدت، وساءت حالة المريض وانتهت بالموت فعلا فيعتبر مرض الموت من الوقت المشدد حتى ولو بقي مشتدا اكثر<sup>2</sup>.

الفرع الثاني:

اثبات مرض الموت

يعد اثبات مرض الموت من الأمور المهمة وهذا من اجل حماية ورثة المريض والموصي له وهذا الشرط يقع على عاتق ورثة المريض لان الإرث هنا يتضرر من تصرفات المريض ومرض الموت يعد واقعة مادية. يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات من بينة وقرائن ويثبت بالشهادة الطبية وشهادة الشهود، وهذا ما نصت عليه م 776 ق م ج " على ورثة المتصرف ان يثبتوا ان التصرف قانوني قد صدر عن مورثهم. وهو في مرض الموت، ولهو اثبات ذلك

<sup>1</sup> السنهوري، الوسط، الجزء 4، مرجع سابق، ص 318.

<sup>2</sup> طايب حنان، حماية الورثة من الوصية المستترة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحلي محند ويحاح بويرة الجزائر، 2013، ص 25.

بجميع طرق الاثبات ذلك ان مرض موت من الأمور التي يجب الرجوع فيها الى اهل الخبرة.

إذا توافرات شروط تحقق مرض الموت اعتبر هذا الموت واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الثبات وعبئ الاثبات يقع على الورثة.<sup>1</sup>

أولاً: مرض الموت واقعة مادية:

يعتبر مرض الموت واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات القانونية وأكثر ما يثبت هذا المرض هو الشهادة الطبية، التي تعتبر دليلاً قوياً ومن القرائن على صدور التصرف غير مرض الموت نجد: تنازل المريض على كل ما يملك وقت اشتداد المرض عليه-تحرير العقد قبل وفاة المورث بأيام قليلة إذا وجدت دلائل تثبت وفاة المورث فجأة. قرب تاريخ البيع من تاريخ الوفاة لا يثبت ان البائع كان مريضاً وقت البيع.<sup>2</sup>

ثانياً: وقوع عبئ الاثبات على الورثة:

يقع عبئ الاثبات مرض الموت على من يدعي وجوده فالورثة الذين يزعمون بان مورثهم تصرف في اعبائه، وهو مريض مرض الموت عليهم اثبات ذلك، ولما كان من المستقر عليه قانوناً ان الوارث خلف عام المورثة فانه يتقيد في اثبات التصرف المطعون فيه بما تقرر بين مورثه والمتصرف اليه، فان كان التصرف مكتوباً وجب ان يثبت مزاعمه بالكتابة غير ان الاثبات الواقعة المادية لمرض الوت فقط دون تاريخ التصرف، قرر المصلحة الوارث الذي استعمل كافة ادلة الاثبات.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 61.

<sup>3</sup> محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 40.

## المبحث الثاني:

## آثار الطلاق في مرض الموت على التوارث بين الزوجين

من خلال ما رأيناه سابقا ان مرض الموت هو المرض الذي يقعد صاحبه الفراش ويعجز عن قضاء حوائجه ويغلب فيه خوف الموت وينتهي بعد مدة بالموت فعلا فان كان المريض قد طلق طلاق بائنا فارا من ميراث زوجته، فانه يثار التساؤل حول طلاقه وإبانه لزوجته على حقها في الميراث، وقد يحدث فرارا من الزوجة أيضا ان كانت هي المريضة، وبالإضافة الى حالة الفرار من الإرث بالطلاق في مرض الموت فانه يتصور حدوث العكس من هذا المريض بان يتزوج وهو في مرض الموت فينتهم بإدخال وارث جديد وهو هنا يفر من الميراث ورثته الأصليين<sup>1</sup> ارتأينا ان نقسم مبحثنا هذا الى مطلبين تناولنا في المطلب الأول: آثار الطلاق في مرض الموت في الفقه الإسلامي اما المطلب الثاني خصصناه لآثار الطلاق في مرض الموت في القانون الوضعي.

## المطلب الأول:

## آثار الطلاق في مرض الموت في الفقه الإسلامي

اتفق فقهاء الإسلام ان الطلاق الواقع في مرض الموت يعتبر تصرفا صحيحا، الا انهم اختلفوا في مسألة ارث الزوجة المطلقة طلاقا بائنا، ذلك انه لم يثبت في الكتاب ولا في السنة حكم الطلاق المريض مرض الموت الا انه ثبت عن الصحابة ان سيدنا عبد الرحمن بن عوف " طلق زوجته طلاقا مكملا للثلاث في مرضه ، الذي مات فيه فحكم لها سيدنا عثمان بميراثها منه وقد اختلف الفقهاء في طلاق المريض مريض الموت<sup>2</sup>."

<sup>1</sup> علي احمد الطهطاوي، تنبيه الابرار، دار الكتاب العلمية، ص 117.

<sup>2</sup> علي احمد الطهطاوي، نفس المرجع، ص 117.

## الفرع الأول:

## راي الحنفية

يرون أصحاب هذا المذهب ان المريض الذي يطلق امرأته طلاقاً بائناً وبلا رضاها ويموت في مرضه وزوجته، لا تزال في العدة فالطلاق البائن هنا يقع على زوجته وهنا ترثه، مع الملاحظ ان الطلاق البائن يمنع الميراث الا في حالة واحدة لقصد الفرار من توريثها ولكن ترثه مطلقة وهي في العدة بشرط ان تكون اهلاً لا ورثة من وقت ابانتها الى وقت موته<sup>1</sup>.

اما لو طلقها طلاقاً رجعيًا وهو مريض مرض الموت وهي في العدة ترثه مطلقاً سواء كان صحيحاً ام مريضاً لان المرأة في عدة الطلاق الرجعي تكون زوجته حكماً. وترثه، اذا مات وكذلك يرثها اذا ماتت وهي في العدة، ولا ترثه اذا قام بينهما مانع من موانع الإرث سواء كانت قبل الابانة ام قبل الموت فاستمرار الاهلية للإرث من وقت الطلاق الى الموت شرط لإرثها، والمعاملة بالمثل اذا كانت الزوجة قد فرت من توريث زوجها بان حصل بسبب الفرقة من قبلها وهي مريضة مرض الموت او ملحقة به، كان اختارت نفسها بالبلوغ او فعلت مع احد اصوله او فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة وماتت وهي في العدة، فإنها تعتبر فارة وهاربة من الميراث لذا يرثها الزوج، ليرد عليها قصدها السيء<sup>2</sup>.

هذا ويراعى ان طلاق المريض مرض الموت لا يكون بائناً الا إذا كان مكملًا للثلاث وكانت الزوجة مدخولاً بها: اما لو طلقها بائناً على المال فان هذا يكون برضاها ولا يعتبر فاراً ويمكن تصوره إذا فعل الزوج وهو مريض مرض الموت ما يوجب التفريق كاختياره نفسه بالبلوغ او يتصور فيما إذا فعل بأصولها، او فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة وهو مريض ولكنه بعيد فتبقى حالة الطلاق المكمل للثلاث اما لو آلى في صحته وبات منه في مرضه فإنها لا ترثه.

<sup>1</sup> على احمد الطهطاوي، نفس المرجع، ص 119.

<sup>2</sup> أحمد الغندور، الطلاق، المرجع السابق، ص 104

## الفرع الثاني:

## راي بن حزم الظاهري

يرى ابن حزم الظاهري في كتابه المحلى (... وطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق بين من مات في مرضه او لم يمت في ذلك) فان كان طلاق المريض ثلاث او آخر ثلاث او قبل ان يطأها فمات او ماتت قبل تمام العدة او بعدها او كان الطلاق رجعيا، فلم يراجعها حتى مات او ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها هو أيضا، وكذلك طلاق الصحيح للمريضة وطلاق المريض للصحيحة ولا فرق بينهما وكذلك طلاق الموقوف للقتل وهذا ما كان اختلاف الناس فيه<sup>1</sup>.

وامتاز ابن حزم بانه يذكر راي الفقيه بادلته التي استند عليها ويذكر القائلين من الصحابة والتابعين وتابعي التابعين.

ومما يعطي هذه المسألة فكرة جيدة ويدعو الناس الى بحثها على ضوء ما ذكره وذكر اراء عدة في طلاق المريض مرض الموت وبعدهما انتهى من تبيان اراء مختلفة، اخذ يرد عليهم حيث بدا رده بقوله (احتج من راي بتوريث المبتوتة في المرض بان قالوا: فر بذلك عما اوجب الله تعالى لها في كتابه في الميراث فوجب ان يقضي عليه بالميراث لئلا يكون ذريعة الى منع الحقوق<sup>2</sup>).

ويرد على هذا بقوله (ما فر قط من كتاب الله تعالى بل اخذ بكتاب الله واتبعه، لان الله تعالى اباح الطلاق وقطع بالثلاث، وبالطلاق قبل الوطء جميع حقوق الزوجية من النفقة، واباحة الوطء والتوارث فاين هذا الفرار من كتاب الله تعالى؟ انما كان يفر عن كتاب الله تعالى لو قال: "لا ترث مني شيئا دون ان يطلقها، بل الفرار من كتاب الله هو توريث من ليست زوجته ولا اما ولا جدة ولا ابنة ولا اختا ولكن اجنبية لم يجعل لها الله تعالى قط ميراث وكيف ترث من حل لها زواج غيره او هي زوجة لغيره).

<sup>1</sup> أحمد الغندور، الطلاق، المرجع السابق، ص 108

<sup>2</sup> أحمد الغندور، الطلاق، المرجع السابق، ص 108

ومما سبق ذكره يمكن استنتاج ان الفقهاء المسلمين اتفقوا على صحة الطلاق المريض مرض الموت ولكنهم اختلفوا في مسألة الإرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً فهناك قول يمنع ميراثها ويقابله رأي بانها ترث اثناء العدة، ومن هذه الآراء المختلفة نلاحظ ان بعض الكتاب المحدثين قد اخذ بان تأييد اتجاه الذي يورث المبنوثة بقوله (الرأي الذي يميل اليه هو الرأي الذي يقضي بتوريث المبنوثة ما لم تتزوج)<sup>1</sup> ويشترط:

- ان يكون الطلاق في مرض الموت وفي حالة يغلب عليها الهلاك.

- ان يكون الطلاق قد تم فعلاً.

- ان يتم الدخول بها.

- ان لا تتزوج غيره قبل وفاته (الزوج).

- ان يموت الزوج بهذا المرض.

والرأي الذي يبدو اكثر منطقياً هو الرأي الذي اخذ به أصحاب المذهب الحنابلة حين قالوا بتوريث الزوجة في مرض الموت حتى ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج، مع ضرورة اثبات ان هذا الطلاق بائن في مرض الموت كان هدف ونية الزوج منه حرمان الزوجة من الميراث وقد يحدث هذا الطلاق ولا يكون الهدف من قراره الفرار من الميراث، كأن تتسبب الزوجة في ايقاعه، فالواقع كل مسألة يجب ان تبحث بتجريد فاذا ثبت ان الزوج طلق زوجته لأسباب معقولة ولو في مرض الموت لا فرارا من ميراثها فان المرأة لا ترث لان العدة من توريثها قد انتفت والحكم يدور مع العلة وجوداً<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى إبراهيم الزلي-مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض-ج2-مطبعة العاني-بغداد-العراق، سنة 1984، ص 73.

<sup>2</sup> قس عبد الوهاب-الحيالي-، ميراث المرأة، الطبعة الأولى، 2008، دار الجامد للنشر والتوزيع، شارع العرب مقابل جامعة العلوم التطبيقية، ص 249.

## المطلب الثاني:

## آثار الطلاق في مرض الموت في القانون الوضعي

أمام اختلاف الفقه الإسلامي وتعدد آراءه في مسألة الميراث بين الزوجين عند الطلاق في مرض الموت اختلفت القوانين العربية في تنظيمها لهذه المسألة.

الفرع الأول:

## آثار الطلاق في مرض الموت في القانون المقارن

ان المشرع نص على المادة 183 من قانون الأحوال الشخصية المصري التي تقضي بالرجوع المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت بالشروط الموضوعية من قبل المذهب الحنفي وتوريث الرجل من زوجته الفارة من ميراثه<sup>1</sup> اما في القانون العراقي لا مجال للمناقشة في هذه الحالة اذ ان المشرع العراقي لم يوقع الطلاق في مرض الموت وهو بذلك اتجه الى ذكر سببين<sup>2</sup>:

- انه خالف الفقه الإسلامي بفقهاء السني والجعفري فلم يذهب أي راي من آراء الى عدم وقوع الطلاق.

- أن الطلاق مسألة شخصية لسيقة بالشخص وان أراد الشخص في مرض الموت ومن ثم فان عدم إيقاع الطلاق وخالف للقواعد العامة اما بالنسبة للمرأة الفارة من ميراث زوجها فالرجل يرثها طبقاً للمادة 90 من قانون الأحوال الشخصية العراقية بالشروط الموضوعية من قبل المذهب السني، أو الجعفري بحسب المذهب المتوفي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قيس عبد الوهاب الحياي، التبرأة، صفحة 251.

<sup>2</sup> ذلك حسب المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية العراقية.

<sup>3</sup> قيس عبد الوهاب الحياي، مرجع سابق، صفحة 251.

اما المشرع المصري فقد اخذ في مسالة توريث المطلقة طلاقا بائنا في طلاق الفار براي الحنفية بنص م 11 من قانون المواريث المصري رقم 77 سنة 1943 اذ جاء فيها "وتعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترضى بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته وقد وافق المشرع المصر لأي الصواب بالتطرق الى هذه المسالة منعا للاجتهادات المتضاربة في قرارات المحاكم اما بالنسبة للمرأة الفارة من الميراث زوجها فالمشرع المصري لم يتطرق اليها<sup>1</sup>."

الفرع الثاني:

آثار الطلاق في مرض الموت في لتشريع للجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري الى طلاق مريض مرض الموت ولكن بالرجوع الى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ. حيث يرى الجمهور ام من طلق زوجته في مرض الموت فالطلاق نافذ ويثبت لها الميراث وهو الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا في احد قراراتها اذ يعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها ان تعتد بأبعد الاجلين وتستحق منابها في الميراث وتعتبر كأنها مازالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحا، واما اذا طلقها وهو مريض مرض الموت ولو كان طلاقا بائنا ومات اثناء عدتها وثبت انه قصد حرمانها من الميراث فإنها تعتد بأطول الاجلين الطلاق و الوفاة فقد اعتبر الزواج قائما حكما وقت الوفاة في حق الميراث فقط لقيام الدليل على ثبوته على خلاف القواعد وهو معاملة الزوج بنقيض مقصوده<sup>2</sup>.

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا ان المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق والطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث فان حق الطاعة

<sup>1</sup> لصقر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية، مرجع سابق، ص 218.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1993/12/2 ملف رقم 101444 م ق 1996م عدد 2، ص 73

فيه، ثابت شرعا اذا طلقت في مرض الموت لاحتمال ان طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث وعملا بالقاعدة المعاملة بنقيض المقصود<sup>1</sup>.

إذا قامت قرينته على ان الزوج يقصد حرمان الزوجة من الميراث فإنها عند الجمهور تترث منه إذا مات في العدة وهو ما اخذ القضاء الجزائري وكذا بعد العدة وان تتزوج عند المالكية معاملة له بنقيض مقصوده<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة ان المشرع الجزائري قد حمى الورثة من التصرفات التبرعية التي قد يتم بها المريض مرض الموت كالوصية و الهبة، وهذا حفاظا على مصلحة الورثة وقد نظم المشرع الجزائري هذه التصرفات في المادة 776 من قانون المدني الجزائري فبالنسبة للوصية يمكننا التفريق بين الوصية لا في الوصية لوارث، فأما الأولى لم يختلف الفقهاء المسلمين في وصية مريض مرض الموت لأجنبي من حيث صحتها وجوازها بشرط عدم زيادة مقدارها عن الثلث يقتضي هنا إجازة في حالة وجود وارث وإذا كان القدار يزيد عن الثلث يقتضي إجازة باقي الورثة<sup>3</sup>.

اما فيما يخص الوصية لوارث: جرى الاختلاف في جواز هذه الوصية، بين الفقهاء المسلمين فانقسموا الى قسمين:

" القول الأول: قال انها لا تصح وان الوصية لوارث باطلة بطلانا مطلقا سواء اجازها الورثة او لم يجزها، وسندهم يعود لما روى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث<sup>4</sup>."

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 17/03/1998م ملف رقم 179696 إ.ق . غ.أ.ش عدد خاص ص 99 (جمال ياسين،

الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص 1032).

<sup>2</sup> وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، المرجع السابق، ص 6977.

<sup>3</sup> محمد جواد معنية، الفقه الإسلامي على المذاهب الخمسة، الطبعة الأخيرة، دار الجواد لبنان، 2000، ص 470.

<sup>4</sup> محمد بن عيسى الترميذي، الجامع الكبير، المجلد 3، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1996، ص 617.

"القول الثاني: تصح لما روي بن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث الا بإجازة الورثة<sup>1</sup> أي انها صحيحة إذا كانت هي في حدود الثلث واجازها الورثة وأيضا يشترط في صحة الاجازة ان يكون المحيز اهلا للتبرع."

أما فيما يخص الهبة فهي عقد يتم حال الحياة لأنها تنتج اثارها في حياة الواهب على خلاف الوصية التي تنتج اثارها بعد وفاة الموصي تطبيقا بنص م 776 ق.م.ج، التي تنص ان كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال الموت يقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت، ويسري على احكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف "وكذلك نص م 204 ق.أ.ج" الهبة في مرض الموت والامراض والحالات المخيفة تعتبر وصية: ومن خلال هاتين المادتين نجد ان المشرع الجزائري قد نص صراحة سريان احكام الوصية على هبة في مرض الموت فالهبة تأخذ حكم الوصية في مرض الموت<sup>2</sup>.

اما ما ذهب اليه القضاء الجزائري فهي احد قرارات المحكمة العليا نص على ان الهبة في مرض الموت تأخذ حكم الوصية وان القضاء بخلاف هذا يعد مخالفا للقانون ومضمون القرار ان المسمى (ح.ع) قد طلب نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 25 افريل 1998، القاضي برفع دعوى الطاعن، حيث استند الطاعن في طلبه على وجه وحيد للنقض المأخوذ من مخالفة المادتين 204 ق.أ.ج والمادة 776 ق.م.ج الدعوى ان قضاة الموضوع قد قضاوا بصحة الهبة المؤرخة في 1-8 وفي 14-09-1996 مع ان الواهب (ل.م) المتوفي في 23-09-1996 كان في مرض الموت رغم الشهادة الطبية وشهادة الشهود وشهادة الموثق نفسه في عقد الهبة ودعوى الطاعن رامية الى جعل الهبة بمثابة وصية وقضاة الموضوع رفضوا الدعوى، على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن ابطاله الا في حالة الطعن بالتزوير مع ان الدعوى ليست ضد الشكلية في العقد بل ضد التصرف الذي قم به الواهب والطاعن اثبت ان الهبة موضوع النزاع قد وقعت في مرض

<sup>1</sup> محمد بن عيسى الترميذي، المرجع السابق، ص 621.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قرار رقم 219907 مؤرخ في 16/03/1999 قضية (ح.ع) ضد

(ح.ف) المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص-ص 287-288.

الموت سواء من الملاحظة الموثق نفسه فيعقد الهبة او من التقرير الطبي المؤرخ في 1997/04/12 حيث كان على قضاة الموضوع تطبيق المادة 185 من ق.أ.ج وعليه فالوجه مؤسسة الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وعليه قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو واحالة القضية والطرفين لنفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى.

ومن هنا نجد ان قضاة الموضوع قد أقروا بصحة الهبة مع ان الواهب المتوفي كان في مرض الموت وهذا رغما من الشهادات الطبية وشهادة الشهود وشهادة الموثق ودعوى الطاعن الى جعل الهبة بمثابة وصية وعليه قررت المحكمة العليا نقض القرار المطعون فيه واحالة القضية لنفس المجلس ولكن بهيئة أخرى.

خاتمة

خاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على الرسول الأمين وبعد فبتوفيق الله سبحانه وتعالى أشرفنا على انتهاء من هذا البحث وقد توصلت من خلاله الى النتائج التالية:

- إذا كان الأصل التوارث بين الزوجين يكون حال وفاة أحدهما اثناء قيام الرابطة الزوجية فانه يمكنه ان يستمر هذا الحق بعد حصول الطلاق الرجعي إذا توفي أحد الزوجين خلالهما.

- الطلاق البائن إذا كان في مرض الموت فان الحق الزوجة في الميراث يستمر أيضا.

- اختلف قانون الأسرة الجزائري في تنظيمه للتوارث بين الزوجين بعد الطلاق عن الفقه الإسلامي فهناك حالات يثبت فيها هذا الحق في قانون الاسرة الجزائري دون الشريعة الإسلامية فيما يخص اثبات الطلاق غير الفقه الإسلامي ذهب الفقهاء الى عدم الاشهاد عليه أي دون ان يصدر حكم قضائي اما في قانون الاسرة الجزائري فان الطلاق لا يثبت الا بحكم قضائي.

- اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الطلاق رجعيا ومات أحد الزوجين قبل العدة ورثه الآخر.

- إذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او بانة منه بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي فاذا كان ذلك في حال الصحة فمات أحدهما ولو في العدة لم يرثه صاحبه سواء كان الطلاق برضاها او بغير رضاها.

- اما في قانون الاسرة الجزائري فيما ان الطلاق لا يثبت الا بحكم قضائي وبالتالي متى صدر هذا الحكم أصبح الطلاق بائنا لان المراجعة تحتاج الى عقد جديد.

- إذا كان الطلاق البائن يمنع من التوارث بين الزوجين الا انه إذا وقع في مرض الموت استحققت الزوجة الميراث لو جرد لهمة الفرار من ميراثها فمعاملة المطلق بنقيض قصده ترثه حسب قول الجمهور.
- وفي نفس الامر إذا فرت الزوجة وهي مريضة من ميراث زوجها فتتعامل بنقيض قصدها ويرثها اما إذا كانت قد خالعتة وهي غير مرض الموت فيستحق اقل ميراث او ثلث المال او العوض.
- اختلف الفقهاء في مسألة الزواج في مرض الموت وأثره على الميراث.
- لم ينص قانون الأسرة الجزائري على الميراث في طلاق مرض الموت أو الزواج في نفس الحالة، فأخذ القضاء بما ذهب إليه الفقهاء تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة .
- كما لا يفوتنا إدراج بعض التوصيات التي نراها مهمة.
- ضرورة تعديل نص المادة 132 من قانون الأسرة بكيفية تحقق الانسجام بين المقتضيات الشرعية والقانونية فيما يتعلق بالميراث في عدة الطلاق الرجعي، وفي عدة الطلاق البائن وذلك بالنص فيها على أن الميراث بين الزوجين، يكون مستحقا في عدة الطلاق الرجعي وعدم استحقاق الميراث في عدة الطلاق البائن، وذلك لكون الأحكام المتعلقة بالميراث تتأثر بانتهاء عدة الطلاق الرجعي من عدمه وليس بصدور الحكم بالطلاق كما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري.
- كما نرى أنه من الأحسن الإبقاء على حالة الطلاق في مرض الموت غير منصوص عليها وعدم توضيح توجه محدد ينبغي إتباعه من بين الآراء الفقهية المختلفة في هذه المسألة، فمن الأفضل ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي، ليتخير الحكم المناسب

من بين الآراء الفقهية تطبيقاً لنص المادة 222 وذلك حسب ما تطرحه كل قضية من وقائع ومن خصوصية.

وأخيراً نسأل الله عز وجل أن نكون قد وفقنا لما يحبه ويرضاه، ونستغفره عما أبدينا من تجاوز أو نقصان، ونسأله أن يوفق الناس جميعاً لما فيه خير الأسرة والمجتمع، إنه ولي ذلك والقادر عليه، والحمد لله رب العالمين .

# قائمة المصادر و المراجع

## قائمة المصادر والمراجع

### القرآن الكريم

#### أولا: القوانين :

- 1- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون أسرة المعدل والمتمم بأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المادة 53 ق.أ.ج

#### القرارات :

- 1- المحكمة العليا غ.أ.ش 14 ماي 1984 م.ق. 1990 .
- 2- المحكمة العليا غ.أ.ش 17 ديسمبر 1984 م.ق. 1990 .
- 3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قرار رقم 219907 مؤرخ في 16/03/1999 قضية (ح.ع) ضد (ح.ف) المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
- 4- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1993/12/2 ملف رقم 101444 م ق 1996 م عدد 2، ص 73
- 5- قرار المحكمة العليا، 1986، ملف رقم 39463، المحلة القضائية، 1989، العدد الأول.
- 6- قرار صادر عن المحكمة العليا. غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ 23 نوفمبر 1982
- 7- قرار عن غ.أ.ش مجلس اعلى بتاريخ 1984/12/17 ملف 35322 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1989.

#### ثانيا: الكتب

- 1- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 2- ابن تيمية. فتاوي ج 3-ص 20 ابن حزم المحص .
- 3- ابن حزم، المحلي، ج 10، ادارة الطباعة للنشر ،لبنان ، 1978 .
- 4- ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، ج ، 3 ط ، 1 دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1994.

- 5- ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقى، ج 7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- 6- ابن قدامة، المغني، ج7، وزارة شؤون الإسلامية وفاق، المملكة العربية السعودية.
- 7- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- 8- أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 9- باديس دياييج، صور فك الرباط الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر. دار الهدى الجزائر .
- 10- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، ط1 ، قسنطينة ، الجزائر : دار الخلدونية، 2008.
- 11- بن شويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل، طبعة 1، 1429 هـ - 2008 م دار خلدونية القبة جزائر.
- 12- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة. دار هومة.
- 13- التولي، البهجة شرح تحفة، الجزء 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1951.
- 14- حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع.
- 15- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة؛ ج1؛ الطبعة الثالثة، 2004، د.م.ج.
- 16- د.ب نشويخ رشيد. شرح قانون الأسرة جزائري المعدل. دار الخلدونية ط 2008.
- 17- الدكتور بلحاج العربي. الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ط3، 2004، ديوان مطبوعات ج الساحة المركزية - بن عكنون الجزائر.
- 18- الدكتور مصطفى عبد الغني، شبية جامعة سيبا، طبعة أولى، 2006.
- 19- الزعلی، تثبيت الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء 2، المطبعة الاميرية ببولاق، مصر، 1313 هـ.
- 20- زودة عمر ، طبعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية .
- 21- سامية نبيوه - الخلع في الإسلام، 2013.

- 22- الستولي، البهجة شرح التحفة، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1951.
- 23- طارق بن أنور السلم، الواضح في احكام الطلاق، دار الايمان، الإسكندرية-مصر، 2004.
- 24- عبد الرحمان الجزائري. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. دار جزم لبنان 2001.
- 25- عبد الرحمن عوض الجزائري الفقه على مذاهب الأربعة. ج4 طبعة 1 دار افاق عربية مصر 2006.
- 26- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1 ، قسنطينة، الجزائر، دار البعث، 1986 .
- 27- عبد القادر بن حرز الله، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة حسب آخر تعديلات له قانون رقم 05/02 دار خلد ونية 2007 .
- 28- عبد الله بن عمر بامخرمة، مشكاة المصابيح في شرح العدة والسلاح في أحكام النكاح ، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2004 ،
- 29- عجة جيلالي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية قانون في التقليد والحداثة) (د. ط. ت) (د.م.ج)، 2009.
- 30- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 7، دار الكتب العلمية، لبنان.
- 31- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء ، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1984.
- 32- علال ياسين، أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين في الفقه والقانون - دار الجامعة الجديدة اسكندرية 2017.
- 33- علي احمد الطهطاوي، تنبيه الابرار، دار الكتاب العلمية.
- 34- فشار عطاء الله، أحكام الميراث، في قانون الأسرة الجزائرية، الجزائر: دار الخلدونية، 2008.
- 35- فضيل سعد. شرح قانون الاسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الج 1 مؤسسة الوطنية للكتاب.

- 36- قس عبد الوهاب-الحيالي-، ميراث المرأة، الطبعة الأولى، 2008، دار الجامد للنشر والتوزيع، شارع العرب مقابل جامعة العلوم التطبيقية.
- 37- الكساني، بدائع في ترتيب شرائع، ج4، ط2، دار العربي، بيروت لبنان، 1983.
- 38- كمال أحمد عون، الطلاق في الإسلام، مصر، دار الشعب .
- 39- لحسن بن شيخ آت ملويا - رسالة في طلاق الخلع، الطبعة 2015-2016 دار هومة .
- 40- مالك بن أنس - الموطأ، المجلد الثالث، كتاب الطلاق.
- 41- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، مصر. ، 1963 ،
- 42- محمد باوني، عقد الزواج وآثاره، ط1 ، قسنطينة الجزائر: دار بهاء الدين للنشر والتوزيع ، 2009 .
- 43- محمد بن عيسى الترميذي، الجامع الكبير، المجلد 3، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1996.
- 44- محمد جواد معنية، الفقه الإسلامي على المذاهب الخمسة، الطبعة الأخيرة، دار الجواد لبنان، 2000.
- 45- مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق، مرجع سابق.
- 46- مصطفى إبراهيم الزلي- مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض-ج2-مطبعة العاني-بغداد-العراق، سنة 1984.
- 47- مصطفى السيفوي، مطالب أولى النهي شرح غاية المنتهى، ج 6، المكتب الإسلامي، دمشق - سوريا، 1961.
- 48- مصطفى السيوطي، مطالب أولى النهي شرح غاية المنتهى، ج6، المكتب الإسلامي، دمشق-سوريا، 1961.
- 49- المعجم الوسيط، عن مجمع اللغة العربية ، مصر ، / مطبعة الشروق الدولية ، ط4 ، 2004
- 50- نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط1 ، الجزائر : بن مرابط للنشر والتوزيع ، 2009 .

### ثالثا: المذكرات ورسائل :

- 1- لمطاعي نور الين، أطروحة دكتور في دولة القانون، د. ملحة العوني، جامعة الجزائر يوسف خدة، 2008 م .
- 2- طايب حنان، حماية الورثة من الوصية المستترة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحلي محند وباح بوييرة الجزائر، 2013.
- 3- قسنطيني حدة. اثبات الطلاق بين النصوص شرعية. مذكرة نهاية تخرج النيل اجازة المعهد الوطني للقضاء الجزائري 2004 .
- 4- قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة. الطبعة الأولى 2008. دار الجامد للنشر و التوزيع شارع العرب مقابل جامعة العلوم التطبيقية.

### رابعا: المواقع الإلكترونية :

- 1- الموقع الإلكتروني [WWW.ISTAM.FATIRNEE.NET](http://WWW.ISTAM.FATIRNEE.NET)
- 2- انظر الموقع الإلكتروني [www.dz.com.threads](http://www.dz.com.threads) 2 جوان 2013.
- 3- سامية نبيوه - الخلع في الإسلام [WWW.ALUKAH.NET](http://WWW.ALUKAH.NET) اطلع عليه بتاريخ 2019/01/30 بتصرف

## فهرس المحتويات

.....	الشكر
.....	الأهداء
01.....	مقدمة
<b>الفصل الأول: الطلاق الواقع في حالة صحة الزوج</b>	
09.....	المبحث الأول: التوارث بين الزوجين في الطلاق الرجعي والطلاق البائن
09.....	المطلب الأول: تعريف الطلاق الرجعي
11.....	الفرع الأول: احتساب العدة في الطلاق الرجعي
14.....	الفرع الثاني: رأي الفقهاء في ميراث المطلقة طلاقا رجعيا
16.....	الفرع الثالث: ميراث المطلقة رجعيا في التشريع الجزائري
19.....	الفرع الرابع: إشكالية إثبات الطلاق وعلاقته بميراث الطليقين
24.....	المطلب الثاني: التوارث بين الزوجين في الطلاق البائن
24.....	الفرع الأول: تعريف الطلاق البائن
27.....	الفرع الثاني: ميراث المطلقة البائن
32.....	المبحث الثاني: التوارث بين الزوجين في التطليق والخلع
32.....	المطلب الأول: تعريف التطليق وذكر حالاته
33.....	الفرع الأول: حالات التطليق
38.....	الفرع الثاني: آثار التطليق
39.....	المطلب الثاني: الخلع
39.....	الفرع الأول: مفهوم الخلع
42.....	الفرع الثاني: آثار الخلع

43	الفرع الثالث: التوارث بين الزوجين في الخلع:.....
	<b>الفصل الثاني: التوارث بين الزوجين في الطلاق الواقع في مرض الموت</b>
47	المبحث الأول: مفهوم مرض الموت.....
47	المطلب الأول: تعريف مرض الموت.....
47	الفرع الأول: تعريف مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....
49	الفرع الثاني: تعريف مرض الموت في القانون.....
50	المطلب الثاني: احكام مرض الموت:.....
50	الفرع الاول: شروط تحقق مرض الموت.....
51	الفرع الثاني: اثبات مرض الموت.....
53	المبحث الثاني: آثار الطلاق في مرض الموت على التوارث بين الزوجين.....
53	المطلب الأول: آثار الطلاق في مرض الموت في الفقه الإسلامي.....
54	الفرع الأول: رأي الحنفية.....
55	الفرع الثاني: رأي بن حزم الظاهري.....
57	المطلب الثاني: آثار الطلاق في مرض الموت في القانون الوضعي.....
57	الفرع الأول: آثار الطلاق في مرض الموت في القانون المقارن.....
58	الفرع الثاني: آثار الطلاق في مرض الموت في لتشريع للجزائري.....
62	خاتمة.....
67	قائمة المصادر و المراجع.....