

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في مقياس قانون الأسرة الجزائري

مقدمة لطلبة السنة الثانية حقوق L.M.D

إعداد الدكتور:

جمال غريسي

الموسم الجامعي 2017/2018

مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ونبينا وعظيمنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه رضي الله عنهم أجمعين، أما بعد:

إن نظام الأسرة يحتل مكانة عظيمة وبارزة في كل المجتمعات سواء القديمة أو الحديثة، باعتباره أحد الدعائم الأساسية الكبيرة التي يقوم عليها، ولكي تبني مجتمعا سليما يجب أن نبني الأسرة على أسس وقواعد سليمة، ولقد حرصت الشريعة الإسلامية أيما حرص على إبراز مكانة وامتانة النظام الأسري من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج باعتباره اللبنة الأولى في تكوين الأسرة

فالزواج يعتبر نظام إلهي شرعه الله لخير الإنسانية ومصلحة المجتمع في إقامة دعائم الأسرة التي هي عماد الأمة، ولما كانت للزواج هذه الأهمية فقد عنى الشارع الإسلامي به عناية خاصة لم توفر في غيره من العقود من وقت إنشائه إلى غاية انتهائه ونظم أحكامه والأسس التي تقوم عليه، ويكفي أن القرآن سماه بالميثاق الغليظ، وجعل له مقدمة من مقدمات ألا وهي الخطبة.

والمشرع الجزائري حاول تنظيم علاقات الأسرة مبرزا مكانة عقد الزواج الذي أحاطه بجملة الضمانات للحفاظ على خصوصيته عن سائر العقود الأخرى، فجعل له أركان وشروط لا بد أن يقوم عليها حتى يحقق أهدافه السامية والعظيمة معتمدا في ذلك على الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

وبما أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة مبني على الدوام والاستقرار فيرتب آثار كالحقوق بين الزوجين وإثبات النسب، وقد ينتهي هذا العقد أو ينحل بالفسخ أو الطلاق أو الوفاة، لكن الأصل فيه أن يبقى ويستمر مدى الحياة للمحافظة على النوع البشري من خلال التناسل.

والطلاق مبغوض في الشريعة لكن قد يلجأ إليه كعلاج لحل الخصام والنزاع المستمر بين الزوجين، وحتى يقع الطلاق بأي صورة من صورته لا بد أن يشتمل على مجموعة من الإجراءات المتعلقة به حتى تتم الفرقة بين الزوجين، وتترتب عليه آثار كالعدة والحضانة.

وتأتي هذه الدروس التي نقدمها وهي عبارة عن سلسلة من المحاضرات الموجهة لطلبة الحقوق في مقياس قانون الأسرة والتي أعدنا تنقيحها وتنظيمها وتوثيقها وفق البرنامج المسطر والمحدد لمواضيع هذا المقياس-الخطبة

والزواج والطلاق - وهذا حتى تُسهّل وتيسّر على الطلبة فهم الأحكام المتعلقة بالأسرة، والتي نأمل أن تفتح لهم مجالات البحث في هذه المادة، ولعلها تكون اسهاما متواضعا في قضايا وشؤون الأسرة.

وقد اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الذي يتلاءم مع مثل هذه المواضيع المتعلقة بأحكام الأسرة، وذلك بتحليل أقوال وأراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وشرح وتحليل نصوص مواد قانون الأسرة الجزائري.

وقد قسمت هذه المحاضرات إلى ثلاث فصول كالتالي:

الفصل الأول: الخطبة

الفصل الثاني: الزواج

الفصل الثالث: الطلاق

ونأمل أن نكون قد وفقنا في حسن عرض هذه المحاضرات الموجهة للطلبة، سائلين المولى عز وجل السداد والتوفيق في القول والعمل، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفصل الأول: الخطبة

يعتبر عقد الزواج أهم حدث في حياة الرجل والمرأة بالنظر لما يدخله على حياة كل منهما من تعديل وتغيير، ولأهميته البالغة وصفه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ، قال الله تعالى: " وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا " ¹.

ونظرا لخطورة عقد الزواج بسبب تعلق موضوعه بحياة الإنسانية، وهو عقد يبنى أساسه على الدوام والاستقرار لمدى الحياة، فقد كانت لمقدماته أهمية بالغة لما لهذا العقد من شأن عظيم، وجعلت لها أحكاما خاصة بها.

ولقد أقر الفقه الإسلامي والقانون القيام بهذه المقدمة قبل عقد الزواج أو ما يسمى بالخطبة فهي مرحلة تمهيدية تدع مجالا للحرية والاختيار، وتجعل كلا من الخاطب والمخطوبة يُقدم أو يُجزم عن هذا العقد، وهي فرصة ليتأكد كل منهما من صدق رغبته وصدق رغبة الآخر، ومن الامكانية الواقعية لهذا الارتباط.

وعليه سنبين مفهوم الخطبة وطبيعتها وآثار العدول عنها من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم الخطبة

سنترك في هذا المبحث إلى تعريف الخطبة شرعا وقانونا، ثم نتحدث عن أدلة مشروعيتها من الكتاب والسنة وحكمها، ثم نتطرق إلى شروطها.

المطلب الأول: تعريف الخطبة شرعا وقانونا

الفرع الأول: تعريف الخطبة شرعا

أولاً: تعريفها لغة: فالخطبة بكسر الخاء هي طلب الزواج، أما بضمها- أي الخُطبة- فهي الكلام الذي يلقي، ويقال خطب الناس وفيهم وعليهم خطابة وخطبة، أي ألقى عليهم خُطبة، وخطب فلان خطبة طلبها للزواج، ويقال: خطبها إلى أهلها طلبها منهم للزواج ².

فالخطبة في اللغة ترد بمعنى أعم وهو التماس الشيء، كما ترد بمعنى أخص وهو الدعوة إلى التزويج، قال صاحب كتاب القاموس: " خطب المرأة خطبا وخطبة.... واختطبوه دعوه إلى تزويج صاحبته " ¹.

¹ - سورة النساء، الآية 21.

² - ابن منظور، لسان العرب، ج1، فضل الخاء المعجمة، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ص ص360، 361.

ثانيا: اصطلاحا: تعددت تعريف الفقهاء للخطبة على النحو الآتي:

فقد عرّفها المالكية بأنها: "الخطبةُ بكسرِ الحاءِ فِعْلُ الخُطْبِ مِنْ كَلَامٍ وَقَصْدٍ وَاسْتِطْلَافٍ بِفِعْلٍ، أَوْ قَوْلٍ"²، وعرّفها الشافعية بأنها: "التَّمَسُّ الخَاطِبِ النِّكَاحِ مِنْ جِهَةِ المَخْطُوبَةِ"³.

كما عرّفها من الفقهاء المعاصرين وهبة الزحيلي بقوله: "هي اظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة واعلام المرأة أو وليها بذلك"⁴.

الفرع الثاني: تعريف الخطبة قانونا

جاء في المادة الخامسة (5) من قانون الأسرة الجزائري⁵ أن: "الخطبة وعد بالزواج"، يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرف الخطبة، ولكنه اكتفى ببيان طبيعتها القانونية.

وقد عرفها العربي بلحاج وهو من المختصين في قانون الأسرة بأنها: "وعد بالتزويج"⁶ وهذا في الحقيقة ليس من قبيل التعريف ولكنه بيان للصفة الشرعية والقانونية للخطبة.

فالخطبة في الحقيقة تمر بمرحلتين، مرحلة أولى تقتصر على مجرد الطلب والالتماس، ومرحلة ثانية يحدث فيها القبول والتراكن، وهي ما يمكن تعريفه بالوعد، وقد قصد المشرع تعريف الخطبة بالوعد، وهذا لأن مجرد الالتماس والطلب لا تنتظمه أحكام القانون، وعندما يكون وعد بالزواج فينتظمه حينما ينجر عنه آثار قد تلحق أحد الطرفين أو كلاهما⁷.

¹ - الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، ج1، فصل الحاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005، ص ص80، 81.

² - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج3، دار الفكر، د.م، ط3، 1992 ص407.

³ - الشريني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، د.م، ط1، 1994، ص219.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، دار الفكر، دمشق، ط4، د.ت، ص6492.

⁵ - الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة سنة 2005.

⁶ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1994، ص51.

⁷ - كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، (مذكرة مقدمة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية)، جامعة أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

2010/2009، ص ص6، 7.

المطلب الثاني: مشروعية الخطبة وحكمها

الفرع الأول: مشروعية الخطبة

أولاً: القرآن: قوله تعالى: "وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ، مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ"¹.

وقوله تعالى: " قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ انكحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ"².

فهاتان الآيتان تدلان في معناهما على مشروعية الخطبة.

ثانياً: السنة النبوية: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَظِيمٌ"³.

الفرع الثاني: حكم الخطبة

الخطبة ليست فرضاً ولا واجباً، بل هي مستحبة قبل انعقاد عقد الزواج، لأنها أحرى لدوام العشرة بتمكينها كلا من الخاطبين معرفة الآخر ومدى احتمال البقاء من عدمه، لأن عقد الزواج ميثاق غليظ وعهد قوي ومؤبد، وحتى يتبين كل من الزوجين الصفات التي يرغبها وينشدها في الآخر، ندبت له الخطبة⁴.

المطلب الثالث: شروط الخطبة

القانون لم يشترط أي شرط خاص بالخطبة، وذلك أنها لا ترقى إلى مرتبة العقد، بل هي مجرد وعد بالزواج، أما إذا رجعنا إلى الشريعة الإسلامية التي تعتبر الخطبة من مقدمات عقد الزواج فقد جعلت لها شروطاً واجبة، وأخرى مستحبة لا بد على الخاطب مراعاتها حتى يجد الراحة والسكينة عند اقباله على عقد الزواج.

الفرع الأول: الشروط الواجبة للخطبة

أولاً: أن لا تكون المرأة من المحرمات¹ على الخاطب: والمحرمات هذه قد تكون محرمات مؤقتات وقد تكون مؤقتات.

¹ - سورة البقرة، الآية 235.

² - سورة القصص، الآية 27.

³ - رواه: الترمذي، سنن الترمذي، تح: فؤاد عبد الباقي، ج3، ر.ح: 1085، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط2، 1975، ص387.

⁴ - محمده محمد، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ج1، - الخطبة والزواج-، دار الشهاب، باتنة، د.ط، د.ت، ص10.

1- **المحرمات المؤبدات:** والمقصود بها حرمة المرأة على الشخص مدى الحياة، وهذا كالمحرمات بالنسب أو بالرضاع أو بالمصاهرة، حيث يعتبر الزواج بمن ممنوع شرعا وعليه كانت خطبتهن أيضا غير جائزة باعتبار الخطبة من مقدمات عقد الزواج².

2- **المحرمات المؤقتات:** والمقصود بهذه المحرمات هي حرمان الشخص بالزواج بمن لمدة زمنية لوجود المانع الشرعي، وإذا زال المانع لأي سبب من الأسباب تزول كذلك هذه الحرمة.

وأصناف هذه الحرمة كثيرة، كالمحصنة والمعتدة والمطلقة ثلاث والجمع بين الأختين، والمشاركة.

ثانيا: أن لا تكون المرأة مخطوبة للغير: نعت الشريعة الإسلامية خطبة الرجل على خطبة أخيه إذا تم الموافقة والقبول بين الخطيبين، وذلك لمنع التعادي والتباغض بين الناس، لما روي عن بن عمر رضي الله عنهما: "أن رسول الله -صلي الله عليه وسلم- قال: لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه، إلا بإذنه"³.

هذا إذا كانت الموافقة والقبول قد تم بين الطرفين، إذ أن الإمام مالك فسر قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه" أي أن يخطب الرجل فتركن ويتفقان على صداق واحد معلوم وقد تراضيا، فهي تشترط عليه لنفسها فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه⁴.

الفرع الثاني: الشروط المستحبة للخطبة

الشريعة الإسلامية وضعت شروط مستحبة وبينت مقاييس للحصول على الزوجة الصالحة التي يمكن للإنسان أن يجد معها المودة والراحة والسكينة، وهذه الشروط هي:

أولاً: أن تكون المخطوبة ذات دين وخلق: على الرجل أن يبحث على المرأة المتدينة العفيفة المتخلقة الطاهرة، وأن لا يندفع وراء المرأة ذات الجاه والجمال والمال، فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "تُنكحُ المرأةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَا هِيَ، وَلِحَسْبِهَا وَجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا، فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ ، تَرَبَّتْ يَدَاكَ"⁵.

¹ - سنأتي إلى تفصيل المحرمات من النساء في الفصل الخاص بعقد الزواج باعتبارها من موانعه.

² - محدة محمد، المرجع السابق، ص21.

³ - رواه أحمد بن حنبل في مسنده، تح: أحمد محمد شاكر، ج5، ر.ح: 6276، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1995، ص489.

⁴ - محدة محمد، المرجع السابق، ص25.

⁵ - صهيب عبد الجبار، الجامع الصحيح للسنن والمسانيد، ج11، د.د.ن، د.م، د.ط، 2014، ص61.

فالرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث قد جعل الاعتبار الأول هو الدين مقدما على الجمال والحسب والمال، وذلك لأن هذه الصفات قد تكون مصدر شقاء ويؤس على الحياة الزوجية، وعليه بعد هذا الارشاد القويم لم يبق السعي المفرط وراء المال والجمال مسلكا سديدا أو كافيا لإقامة الزواج كما هو عليه الحال في غير البلاد الإسلامية¹.

ثانيا: أن تكون المرأة المخطوبة بكرا: وهذا لأن الفتيات الأبتكار تتوثق بمن الصلة وتدوم معهن العشرة لأنهن أعذب أفواها وأنق أرحاما كما أخبر بذلك سيد الخلق صلى الله عليه وسلم بقوله: "عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ، فَإِنَّهُنَّ أَعْدَبُ أَفْوَاهًا، وَأَنْتَقُ أَرْحَامًا، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ"².

وهذا لا يعني أن لا يتزوج الإنسان المرأة الشيب، حيث إذا اقتضت ظروف الحال أن يتزوج بها فلا ضير في زواجه، كمن توفيت له زوجته وعنده أولادا، أو يكون قد كبر في السن، ومن هنا جاء قول الرسول صلى الله عليه وسلم لجابر: "«أَتَزَوَّجَتْ؟» قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: «بِكْرًا أَمْ نَيْبًا» فَقُلْتُ: نَيْبًا قَالَ: «أَفَلَا بِكْرٌ تُلَاعِبُهَا وَتُلَاعِبُكَ»³.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَنْكِحُوا الْجَوَارِيَ الْأَبْكَارَ، فَإِنَّهُنَّ أَطْيَبُ أَفْوَاهًا، وَأَنْظَفُ أَرْحَامًا، وَأَعَزُّ أَخْلَاقًا"⁴.

فالتناسب في السن أمر جوهري في الزواج، لذا فأكبر خطأ يرتكبه المقبل على الزواج أن يختار زوجة بينه وبينها فارق سن كبير، وهذا الخطأ لا يصيب الزوجين فقط بل يمتد أثره حتى على الأولاد فيخلق لديهم عاملا مهيبا للجريمة، إذا تكامل بغيره كان الولد مجرما⁵.

ثالثا: أن تكون المرأة المخطوبة من البعيدات عن الخاطب: لأن في زواج كهذا تقل الصفات المتشابهة بين الخطيبين، بل الغالب أن تكون مختلفة، حيث تمتزج هذه الصفات فتنتج بها ثمارا أكثر اعتدالا.

¹ - محدة محمد، المرجع السابق، ص 10، 11.

² - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج3 باب تزويج الأبتكار، ر.ح: 1861، دار الرسالة العالمية، د.م، ط1، 2009، ص64.

³ - أبو داوود، سنن أبي داوود، تح: شعيب الأرنؤوط، ج3، باب تزويج الأبتكار، ر.ح: 2048، دار الرسالة العالمية، د.م، ط1، 2009، ص391.

⁴ - عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، ج6، باب نكاح الأبتكار، ر.ح: 10342، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403هـ، ص159.

⁵ - محدة محمد، المرجع السابق، ص12.

وبالعكس لو كان الزوجان من الأقارب، حيث الأوصاف المتشابهة مما يؤدي إلى التطرف في إحدى الأمرين إما الحسن أو القبح¹.

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية ناصحة بعدم الزواج من الأقارب فقال صلى الله عليه وسلم: " لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويًا"² 3.

رابعاً: أن تكون المخطوبة من أسرة ذات أخلاق وشرف: وذلك لما للأسرة من تأثير على أخلاق المرأة باعتبارها الأساس الأول في التربية، فإذا كانت الأسرة تتصف بالأخلاق والشرف والتربية فإن ذلك يظهر جلياً في تصرفات وطبائع أبنائها⁴.

ولهذا جاء تحذير النبي صلى الله عليه وسلم من المرأة التي تربت في منبت السوء بقوله: "إِيَّاكُمْ وَخَضْرَاءَ الدَّمَنِ، فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا خَضْرَاءُ الدَّمَنِ؟ قَالَ: الْمَرْأَةُ الْحَسَنَاءُ فِي الْمَنْبَتِ السُّوءِ"⁵.

هذه هي الشروط المستحبة والصفات الحميدة التي ندبت الشريعة الإسلامية الخاطب أن يراعيها عند خطبته، حتى تكتمل للزواج نعمته.

المطلب الرابع: النظر إلى المخطوبة ووقته

الفرع الأول: النظر إلى المخطوبة

لم يتكلم قانون الأسرة الجزائري عن النظر إلى المخطوبة وكيفية، بل ترك ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للأحاديث النبوية وأقوال الفقهاء.

لقد أباحَت الشريعة الإسلامية للخاطب النظر إلى المخطوبة التي ينوي الزواج بها في حدود شرعية معينة، وهذا ما كان نبي الرحمة صلى الله عليه وسلم يعلم به أصحابه قائلاً للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه

¹ - المرجع نفسه، ص12.

² - ضاويًا: أي نحيبًا لضعف الشهوة، ينظر: ابن حجر القسطلاني، ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ج8، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط7، 1323هـ، ص23.

³ - المصدر نفسه، ص23.

⁴ - محدة محمد، المرجع السابق، ص13.

⁵ - القضاء، مسند الشهاب، ج2، باب إياكم وخضراء الدمن، ر.ح: 957، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1986، ص96.

حينما جاءه فذكر له أنه خطب امرأة فقال له: " اذْهَبْ فَانظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا » قَالَ: فَذَهَبَ فَانظَرَ إِلَيْهَا فَذَكَرَ مِنْ مُوَافَقَتِهَا"¹.

وعن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ ". فخطبتُ جاريةً فكنْتُ أُتَخَبُّ لَهَا، حتَّى رأيتُ مِنْهَا مَا دَعَانِي إِلَى نِكَاحِهَا فَتَزَوَّجْتُهَا"².

في هذه الأحاديث دلالة على جواز النظر إلى المخطوبة، حتى إن لم تعجبه عدل عن رغبته وتركها من غير إيذاء، والرسول صلى الله عليه وسلم أراد بذلك التوجيه أن يكون الرجل على علم تام بالتي سيتزوجها، حتى لا ينفر منها ويسيء معاملتها بعد التزوج بها.

ورؤية المخطوبة يتم في حدود الشرع وذلك بالنظر للوجه والكفين لأنهما ليسا بعورة وما يظهر كالقدمين، وما قد يظهر من المرأة عند مجالسة الرجال، دون أن يحدث ذلك في خلوة، بل في جمع من الأسرة وفي جو من الاحترام والاحتشام³.

وأجاز المالكية النظر إلى الوجه والكفين، لأن الاقتصار عليهما معلل بأن الوجه هو مجمع المحاسن والجمال، أما الكفين فهما يدلان على صحة الجسم وخصوبته أو نحافته وامتلأته⁴، أما الحنفية فقد أجازوا النظر إلى القدمين مع الوجه والكفين، وأجاز غيرهم النظر إلى جميع البدن باستثناء السواتين⁵.

والسبب في اختلافهم أنه أجاز البعض النظر مطلقا ما عدا أماكن العورة، ومنع آخرون النظر مطلقا، ووقف قوم موقف وسطا، فأجازوا النظر لكنه مقيدا⁶.

والنظر إلى المخطوبة له أهمية كبيرة، إذ هو وسيلة لتعرف كلا الخاطبين على بعضها البعض، فيقدمان على الزواج عند تحقق الشروط التي يرغبان فيها، أو يعرضان عليه لعدم وجود التوافق.

¹ - الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، ج2، کتاب النکاح، ر.ح: 2697، دار الکتب العلمیة، بیروت، ط1، 1990، ص179

² - أبو داود، سنن أبي داود، ج3، باب الرجل ينظر إلى المرأة، ر.ح: 2082، المصدر السابق، ص424.

³ - بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 2013، ص14.

⁴ - المباركفوري، تحفة الأحوذی، ج4، دار الکتب العلمیة، بیروت، د.ط، د.ت، ص176.

⁵ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 2004، ص31.

⁶ - المصدر نفسه، ص31.

ورؤية المخطوبة لا تتحقق بالنظر إليها مباشرة فقط، بل إن الشرع أرشد إلى طريق أخرى، وهو الاستعانة بامرأة يثق فيها الخاطب فيرسلها لتتعرف على المخطوبة وتنظر إليها وتخبره بصفاتها¹، وهذا ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم عندما أراد أن يتزوج امرأة فأرسل أم سليم تنظر إلى جاريتها، فقالت: "سُمِّي عَوَارِضَهَا، وَأَنْظُرِي إِلَى عُرْفُوبَيْهَا"².

الفرع الثاني: وقت النظر

أباحت الشريعة الإسلامية لكلا الخاطبين النظر لبعضهما البعض قصد التعارف، وهذا ليس مطلقا وفي كل وقت، بل لابد أن يكون في وقت النظر وجود محرم للمخطوبة من الإناث أو الذكور حتى لا يقع الخطيبين في مساوئ الخلوة وشروورها أو دواعي النفس ومقاومتها.

وقد يقول البعض ينبغي أن تتم الخطبة بين الخطيبين وحدهما حتى يتأتى لهما التعبير عن رغباتهما صراحة، فهذه تعتبر خلوة بينهما مجلبة للشروع وتؤدي إلى المحذور شرعا، فالخلوة مجلبة للعواطف وتأجيج الغرائز التي لا تترك مجالاً لأي واحد منهما للتعرف على حقيقة الآخر، وعلى العكس فحضور طرف ثالث يكبح جماح العواطف والغرائز ويسمح لكل منهما بتركيز الملاحظة وتقييم شخصية من يعزم الارتباط به لاحقا³.

وعليه جاءت أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم مانعة للاختلاء بالمرأة وذلك عند قوله: "وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلَا يَخْلُونَ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ مِنْهَا، فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ"⁴.

المبحث الثاني: طبيعة الخطبة

سنتطرق في هذا المبحث إلى طبيعة الخطبة في الشريعة والفقه والقانون من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الطبيعة الشرعية للخطبة

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخطبة هي وعد بالزواج ولا تكتسي صبغة عقدية، وهذا لأن الشارع لم يربط عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، ومن أدلة ذلك¹:

¹ - بختي العربي، المرجع السابق، ص 14، 15.

² - أحمد بن حنبل، مسند أحمد، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج 21، ر.ح: 13424، مؤسسة الرسالة، ط 1، 2001، ص 105.

³ - محدة محمد، المرجع السابق، ص 19.

⁴ - أحمد بن حنبل، مسند أحمد، ج 23، ر.ح: 14651، المصدر السابق، ص 19.

- أنه لا يثبت بها حق من الحقوق الزوجية ولا يثبت بها نسب، ولا يكون ذلك إلا بالعقد.
- أن ما أبيض النظر إليه في الخطبة ورد استثناءاً من أصل تحريم النظر للأجنبية لقوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة حينما جاءه فذكر له أنه خطب امرأة فقال له: " اذْهَبْ فَانظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا"².

حيث قال أكثر أهل العلم -كما رأينا سابقاً- أنه يجوز النظر للوجه والكفين فقط، وهذا يدل على أن الخطبة لا ترتقي إلى مرتبة عقد الزواج.

ومما سبق ذكره يلاحظ أن الشريعة منحت الخطبة خصوصية أخرجتها من العموم فهي لا ترتقي إلى مرتبة عقد الزواج ولا ترتب آثاره، ولكنها مقدمة من مقدماته المهمة التي ترتب الألفة ودوام العشرة بعد الارتباط الحقيقي.

المطلب الثاني: الطبيعة الفقهية للخطبة

اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للخطبة، فمنهم من أفضى عليها الصبغة العقدية، ومنهم من رأى أنها لا ترتقي إلى مرتبة العقد.

الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخطبة هي عقد وليس وعد بالزواج وهذا بناء على سببين :

- حق الخاطبين في المطالبة بالزواج والتعويض في حال العدول عن الخطبة³.
- تتضمن الخطبة التعبير عن إرادتين متطابقتين، حيث تتم بإيجاب من المتقدم أو الملتمس للزواج، وقبول من المتقدم إليه أو الملتمس منه الزواج، فإذا تم الإيجاب والقبول تكون الخطبة تامة⁴.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخطبة لا ترتقي إلى مرتبة العقد بناء على سببين⁵:

- للخاطبين الحرية الشخصية في الاختيار والرضا.

¹-كاملي مراد، المرجع السابق، ص7.

²- سبق تخريجه، ص9.

³-كاملي مراد، المرجع السابق، ص7، 8.

⁴-بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري،(أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية)، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008، ص303.

⁵-كاملي مراد، المرجع السابق، ص8.

- كون الخطبة فترة اختبار لكل من الخطيبين مجردة من كل تعهد نهائي.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للخطبة

الخطبة من الناحية القانونية لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تراكنها، أو صبت في قالب رسمي وشكلي، ذلك لأن القانون لم يرق بها إلى مرتبة العقد، ولا يترتب عليها ما يترتب على العقد من التزامات وأحكام وآثار، بل أقر لها صفتها الشرعية وهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين يجوز العدول والتراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج وهذا وفقا للمادة (5) من قانون الأسرة التي تنص: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها" فهي ليست زواجا، وإنما مجرد إجراء تمهيدي ووعد بزواج لاحق قانوني¹.

فالخطبة إذن ليست عقدا وإنما هي مجرد وعد بالزواج، فهي لا تبيح للشخص ما يبيحه عقد الزواج، لأن الخطبة مقدمة له، وحيث أن الخطبة والعقد يختلفان من حيث وجودهما الشرعي ومن حيث الآثار المترتبة، فالخطبة تمنع الغير اتيانها، أما عقد الزواج فإنه تقوم به الحياة الزوجية مرتبة لجميع آثارها من معاشرة ونفقة وسكن إلى غير ذلك².

وهذه الخطبة قد تقتزن كما ذكر القانون بقراءة الفاتحة، وذلك في المادة السادسة من قانون الأسرة بنصها: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليه في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

من هذه المادة يتبين أنه لا يغير من الطبيعة القانونية للخطبة أن تقتزن بما يعرف بالفاتحة، وهي ما يُقرأُ للتبرك بعد وقوع الخطبة، إلا أنه إذا توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (9) مكرر فإنه يعتبر عقد زواج لا مجرد خطبة.

¹ - محدة محمد، المرجع السابق، ص28.

² - المرجع نفسه، ص28.

المبحث الثالث: آثار العدول عن الخطبة

لا خلاف في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في جواز العدول¹ عن الخطبة، كونها مجرد وعد لا يرقى لمرتبة العقد، وقد أفاض الفقهاء في مسألة العدول عن الخطبة وآثاره الناجمة عن تقديم المهر والهدايا والأحقية في الاسترداد بعد الفسخ من عدمه، غير أنه من المستجدات التي ينبغي الوقوف عنها مسألة التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي يلحق المعدول عنه، وذلك من خلال عرض اتجاهات الفقه المعاصر وموقف المشرع في ذلك².

وتظهر آثار العدول عن الخطبة في أمور ثلاثة هي:

المطلب الأول: الأضرار المادية والمعنوية

لا شك أن كلا من الخاطب والمخطوبة اللذان تم العدول عن خطبتهما يعانيان الأمرين من جراء الشائعات التي تلحقهما أو تعيرهما بالعيب أو غيرها من الأقوال والآثار المخلفة للضرر، فما هو نظر الفقه في التعويض عن هذه الأضرار؟³

الفرع الأول: الفقه الإسلامي القديم

لم يتعرض الفقه الإسلامي القديم لمبدأ التعويض عن الضرر عند العدول، وذلك راجع لأسباب متعددة منها⁴:

- أن مثل هذه الأمور كانت بسيطة ويسيرة، ولم تكن الخطبة تستغرق فترة طويلة.

- كما أن طبيعة الحياة الاجتماعية لهؤلاء لم تكن لتسمح بمثل هذه الدعاوى، نظرا لتمسكها بتعاليم الإسلام.

لهذا لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع، وخلافا لذلك فقد نالت هذه القضية اهتمام بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين نظرا لتطور الحياة الاجتماعية وضعف الوازع الديني، كل ذلك من شأنه أن يؤدي

¹ - التشريعات العربية في قانون الأحوال الشخصية تطلق لفظ "العدول" على التراجع عن الزواج، سواء كان من جهة الخاطب أو المخطوبة، ويعبر البعض عن التراجع من جهة الخاطب بالعدول، ومن جهة المخطوبة بالرد. أنظر: كاملي مراد، المرجع السابق، ص9

² - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 304، 305.

³ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص89.

⁴ - المرجع نفسه، ص89.

إلى الاضرار بالمخطوبة عند العدول، مما أوجب على فقهاء الشريعة ورجال القانون التفكير في مبدأ التعويض تطبيقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"¹، وعملاً بنظرية التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني: الفقه الإسلامي المعاصر

لقد انقسم الفقه الإسلامي المعاصر في مسألة تعويض الأضرار المادية والمعنوية إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: عدم التعويض

يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى رفض التعويض عن ضرر العدول في الخطبة سواء كان مادياً أو معنوياً، وقد ذهب إلى هذا كل من الشيخ محمد بن حنيت وعمر سليمان الأشقر.

ويستدل أصحاب هذا الاتجاه بعدم التعويض لأنه لا يتفق وطبيعة الخطبة، فالمفروض فيه أنه لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بعقد أو فعل ضار، والخطبة ليست بعقد بل هي وعد ولا يترتب عليها أي أثر، ولأنه من المقرر شرعاً أن العدول حق من الحقوق المكفولة للطرفين في وقت لزومه ومشروعيته، ومن المقرر أيضاً طبقاً للقاعدة الفقهية: "الجواز ينافي الضمان" أي أن من يمارس حقاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما يترتب عليه من ضرر لأن الجواز ينافي المسؤولية، وبالتالي فلا وجه للمطالبة بتعويض الضرر².

الاتجاه الثاني: التعويض مطلقاً

يرى أصحاب هذا الاتجاه بوجوب التعويض مطلقاً، وهو ما ذهب إليه الشيخ محمود شلتوت، وفتحي الدريني، حيث يرون أنه إذا نال أحد الطرفين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر فإنه يعوض، وهذا طبقاً للمقرر في الشريعة من حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"³، والضرر يزال وطريقة إزالته التعويض⁴.

وقد سار على هذا النهج مصطفى السباعي حيث يقرر أن التعويض مبدأ عادل تقره مبادئ الشريعة

في أصليين:

¹ - مالك بن أنس، الموطأ، تح: محمد مصطفى الأعظمي، ج4، باب القضاء في المرفق، ر.ح:2758، مؤسسة زايد للأعمال الخيرية والانسانية، أبوظبي، ط1، 2004، ص1078.

² - بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص ص90، 91.

³ - سبق تخريجه، ص

⁴ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص313.

الأصل الأول: مبدأ اساءة استعمال الحق، وهو مبدأ مسلم به في الفقه الإسلامي، وقد أصبح من المبادئ المسلم بها في التشريعات المعاصرة¹.

الأصل الثاني: مبدأ الالتزام في الفقه المالكي، الذي يرى في بعض أقواله لزوم الوعد إذا ترتبت عليه آثار، وعليه فإن الوعد إذا لزم منه ارتباط الموعود بعمل ومثله ما إذا ارتبط بعقد أو قول كان سببه ذلك الوعد، ونشأ عن تخلف الواعد بتنفيذ وعده ضرر ما حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك الوعد، وهو المشهور في هذا المذهب².

الاتجاه الثالث: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العدول يستوجب تعويضا إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنوي فلا يعرض³، ويمثل هذا الاتجاه الشيخ محمد أبو زهرة حيث قال: "إن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية، لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة، وسببها الاستهواء والاستغواء ونحو ذلك لا محل له في الفقه الإسلامي"⁴.

ويشترط للتعويض في حالة وجود الضرر بسبب العدول شرطان⁵:

أولاً: أن لا يكون لمن عدل مبرر ينزع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعترى أساسا للتعويض، وذلك كأن يتوفى أحد الخطيبين حيث في هذه الحالة تنفيذ الزواج صار مستحيلا ولا دخل لإرادة الطرف الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه، أو اكتشاف مانع من موانع الزواج التي لو علمت من قبل لما تمت الخطبة.

ثانياً: أن يكون للعادل يد في إحداث الضرر الحاصل للمعدول له، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة الاستقالة من العمل ليتم العقد، ثم يعدل عنها.

بعد عرض الاتجاهات الفقهية الثلاث في مسألة التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة، فإن الاتجاه الأولى والأجدر بالاتباع هو الاتجاه الثالث القائل بالتعويض للضرر الناشئ عن العادل، لا مجرد العدول عن الخطبة وهو الذي يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

¹ - بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 94، 95.

² - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 313، 314.

³ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص 10.

⁴ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 314، 315.

⁵ - محدة محمد، المرجع السابق، ص 37.

الفرع الثالث: القانون

نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض".

من خلال بيان الطبيعة القانونية للخطبة بأنها مجرد وعد بالزواج، وأن العدول عنها مقرر لكلا الخاطبين، لكونه مباحا وجائز قانونا، ومن ثم فإن التراجع من أحد الخطيبين أمر مباح في ذاته، لأن عقد الزواج مبني على التراضي والمودة، وليس على الاكراه والضغط.

وهذا الجواز في العدول تعارضه الفقرة الثانية من نفس المادة التي رتبت التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تنتج عن العدول ذاته، وهو يتنافى أيضا مع القواعد الفقهية التي تنص على أن "الجواز ينافي الضمان"¹، ويتعارض أيضا مع المادة 124 من القانون المدني الجزائري² التي تلزم المتسبب في الضرر بالتعويض. وعليه لا يكون التعويض عن العدول ذاته باعتباره واقعة أ، تصرف أجازته القانون والشرع، وإنما يكون التعويض عما صاحب ذلك العدول من أضرار مادية ومعنوية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التعويض عند العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي على أساس المسؤولية التقصيرية كسائر الأفعال غير المشروعة الأخرى.

وإذا كان المشرع قد أحسن صنعا عندما أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالمعدول عنه، فإنه أخفق في التعويض بالنسبة للضرر المعنوي في حالة الاستهواء الجنسي الذي ينشأ عن مخالفة أحكام الشريعة والوقوع في المحرم الذي نهي عنه الشرع، بل توجب العقوبة على ذلك، لأنه لا يتفق مع مبادئ الإسلام في شيء أن يحكم للمعدول عنها بالتعويض عند وقوعها في الحرام نتيجة نزوات طائشة غير متبصرة بالعواقب، ولا متقيدة بحدود الشريعة ومبادئ الأخلاق.

ولأن الحكم بالتعويض في مثل هذه الحالات يشجع مرتكبيها على التمادي فيها، لكونها إحدى صور الضرر المعنوي ضمن اطلاق النص القانوني بالحق في التعويض³.

¹ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص316.

² - انظر المادة 124 من القانون المدني المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد44، سنة 2005.

³ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص316، 317.

وعلى ذلك كان الأجدد بالمشروع الجزائري تقييد إطلاق المادة الخامسة فيما يخص التعويض عن الضرر المعنوي بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والآداب والأخلاق العامة، وذلك بتعديل الفقرة الثانية من المادة الخامسة وذلك بإضافة جملة: "عدم مخالفة أحكام الشريعة ومبادئها"¹.

المطلب الثاني: الهدايا

من الناحية الأخلاقية لا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه إلا إذا كانت هناك مبررات مقبولة، وإذا فسخت الخطبة من الطرفين أو من أحدهما، فما حكم الهدايا المتبادلة بينهما بعد العدول ذات القيمة المتغير منها والثابت، وما مصير تلك الأموال؟

الفرع الأول: الفقه الإسلامي

لم يتفق فقهاء الشريعة في حكم استرداد الخاطب لهداياه للمخطوبة في حال العدول.

فذهب الحنابلة إلى أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه سواء كانت قائمة أو هالكة، لأن للهدية حكم الهبة، ولا يجوز عندهم الرجوع في الهبة بعد قبضها، إلا الوالد فيما أعطى ولده².

ويرى الشافعية أن للخاطب حق الرجوع في الهدية سواء أكان الرجوع من الخاطب أو من المخطوبة أو منهما معاً، وسواء كانت الهدية باقية أم هالكة بشرط أن تكون الهدية مقدمة لأجل التزوج بها أو به³، وقد أبعدهم فزال السبب الذي حمل على الإهداء، وإذا زال السبب كان له الاسترداد⁴.

ويرى الحنفية بأن ما قدمه من الهدايا يأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة جواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها كهلاك الشيء أو استهلاكه، فإذا كان ما أهداه الخاطب قائماً (كخاتم أو ساعة) فإن له أن يسترده، وإن كان قد هلك أو استهلك أو طرأ عليه تغيير فلا يحق له الاسترداد، وينطبق هذا على الخاطب والمخطوبة⁵.

¹ - المرجع نفسه، ص 317.

² - كاملي مراد، المرجع السابق، ص 11.

³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط 1، 2008، ص 41.

⁴ - عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 43. نقلاً عن: بن صغير

محفوظ، المرجع السابق، ص 306.

⁵ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 41.

وذهب المالكية إلى التفرقة بين عدول الخاطب أو المخطوبة، فإذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئاً مما أهداه إليها ولو كان موجوداً، وإذا كان العدول من المخطوبة فللخاطب أن يسترد الهدايا سواء كانت قائمة بردها أو استهلكت برد قيمتها، ما لم يكن شرط أو عرف يقتضي غير هذا فيعمل به، وهذا حتى لا يجمع الخاطب بين أئمين، ألم العدول عنه، وألم ضياع أمواله¹.

الفرع الثاني: القانون

أخذ المشرع الجزائري بتفصيل المالكية في مسألة العدول، إلا أنه عدل إلى رأي الأحناف في عدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (5) على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

يتضح من نصوص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب بإرادته ورغبته، وبين الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة بناء على رغبتها وإرادتها، كما فرق بين ما استهلك من الهدايا وما لم يستهلك منها.

فإذا عدل الخاطب لم يسترد شيئاً مما أهداه إياها، وعليه برد ما أهدته له ما لم يستهلك، فإن استهلكت رد قيمتها، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما أهداها إياها الخاطب ما لم تستهلك، فإن هلكت ردت قيمتها.

وما يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع لم يذكر صراحة الحق في استرداد ما أهدته المخطوبة للخاطب من هدايا في حال عدولها عنه.

ومما يؤخذ على المشرع أيضاً أنه لم يفرق بين ما إذا كان عدول الخاطب بسبب من أحد الطرفين يمكن أن يكون عدولاً اضطرارياً، كأن يدفع أحدهما الآخر إلى العدول فيكون المعدول عنه هو المتسبب في ذلك، وكان على المشرع ربط مسألة التعويض بسبب العدول لا بالمعدول عنه²، لأجل ذلك اقترح الأستاذ محمد

¹ - كامل مراد، المرجع السابق، ص 11.

² - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 307.

محنة-رحمه الله- أن يجرى على نص المادة تعديل على النحو الآتي: " لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهده إن كان سبب العدول منه، وإن كان سبب العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك"¹.

وهناك أمر آخر أغفله المشرع ولم يتحدث عنه، وهو مسألة العدول اللإرادي كموت أحد الخطيبين، فنرى عدم استرداد الهدايا المتبادلة بينهما، لأن الوفاة لا دخل لإرادة الانسان فيها².

المطلب الثالث: مصير المهر بعد العدول عن الخطبة

أما ما يتعلق بالمهر، فالمعلوم أن المخطوبة ليس لها الحق فيه إلا عند إبرام العقد ويتأكد ذلك بالدخول.

الفرع الأول: الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أنه لا يجب المهر إلا عند العقد أو الدخول³، وكذلك أجمعوا على استرداد الخاطب ما دفعه من مهر إلى مخطوبته إن كان موجوداً بعينه، أو قيمته إن كان قيمياً أو مثله إن كان مثلياً، أو بدله إذا ما اشترت به مسوغات أو مجوهرات، دون النظر لمن كان فسخ الخطبة من جهته.

ويطرح الاشكال في حال قيام المرأة باستعمال المهر في تهيئة جهازها ثم يقع العدول من طرف الخاطب، والأمر هنا يتنازع وجهان⁴:

الوجه الأول: حق الخاطب في استرداد المهر، لأنه لا يحق للمرأة إلا بعقد.

الوجه الثاني: انتفاء مسؤولية المخطوبة فيما طرأ على المهر من تبديل (فراش، حلي، لباس... الخ).

من أجل ذلك فإن بعض المشتغلين بعلوم الشريعة ذهبوا إلى أنه يجوز للمخطوبة أن تعطيه المهر في هذه الحال على الوضع الذي آل إليه، وذلك لأن الخطيبة لا مبرر لإجبارها على تملك هذه الأشياء التي كان الخاطب بخطبته لها دافعاً في تملكها إذ لو لا تلك الخطبة والوعد والدفع ما تصرفت هذه التصرفات⁵.

¹ - محدة محمد، المرجع السابق، ص35.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص45.

³ - ابن رشد، ج3، المصدر السابق، ص48.

⁴ - كامل مراد، المرجع السابق، ص14.

⁵ - محدة محمد، المرجع السابق، ص33.

الفرع الثاني: القانون

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة صراحة ولا ضمنا لمسألة تقديم المهر من الخاطب أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين، ذلك أن الصداق لا تستحقه المرأة إلا بالعقد الصحيح أو الدخول به، أو بوفاة الزوج¹.

والمشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة لعله يكون قد نظر إلى عادات المجتمع الجزائري المتعارف عليها، وهي أن دفع المهر يكون بعد أو أثناء العقد وليس في مرحلة الخطبة، وبالتالي لم ينص على هذه الحالة، ومع ذلك كان من المستحسن لو تعرض لهذه المسألة، فقد تكون هناك حالات معينة يتم فيها دفع المهر أثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج².

وكان الأولى على المشرع أن يضع حلا لهذه الحالة كما وضعه بالنسبة للهدايا، والحل الذي يبدو معقولا كما قال الأستاذ محمد محدة-رحمه الله- هو تحميل تبعات المهر لمن كان عادلا سواء الخاطب أو المخطوبة³.

¹ - انظر المادة 16 من ق.أ.ج.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص48.

³ - محدة محمد، المرجع السابق، ص33.

الفصل الثاني: الزواج

يعتبر عقد الزواج هو المرحلة التالية للخطبة التي تعتبر حجر تمهيدا له، وبوجوده تنتهي جميع آثارها سواء الشرعية أو القانونية، ذلك أن الغاية منها هو الوصول إليه، فإذا ما انعقد هذا الزواج رتب آثارا أخرى غي التي كانت في مرحلة الخطبة.

وعقد الزواج ذو أهمية بالغة في تكوين الخلية الأساسية للمجتمع، لذا رقى به المولى عز وجل وسماه الميثاق الغليظ، لأنه به تتحول حياة الأفراد تحولا كبيرا وتحملهم لحقوق والتزامات جمة.

وعليه سنتطرق إلى مفهوم عقد الزواج، ثم إلى تكوينه وكيفية اثباته، وأخيرا إلى الآثار المترتبة عليه من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الزواج شرعا وقانونا، ثم نتحدث عن أدلة مشروعيته من الكتاب والسنة والحكمة منه، ثم معرفة حكمه.

المطلب الأول: تعريف الزواج شرعا وقانونا

الفرع الأول: تعريف الزواج شرعا

أولا: تعريفه لغة:

يستخدم لفظ النكاح في اللغة بمعنى الضم والجمع، وسمي النكاح نكاحاً: لما فيه من ضم أحد الزوجين إلى الآخر شرعاً: إما وطئاً أو عقداً حتى صارا فيه كمصراعي باب¹.

أما الزواج فيعرف في اللغة بأنه مطلق الاقتران والارتباط، ومنه قوله تعالى: "وَرَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ"² أي قرناهم بهن، وقوله تعالى: "وَإِذَا أُلْتُفُّوسُ رُؤِّجَتْ"³ أي قرنت بأبدانها.

¹ - قاسم بن عبد الله القنوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الكتب العلمية، 2004، ص50.

² - سورة الطور، الآية 18.

³ - سورة التكوير، الآية 7.

ثانيا: اصطلاحا: عُرِّفَ عقد الزواج عدة تعاريف من بينها:

"هو عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة، بالوطء والمباشرة والتقبيل والضم وغير ذلك، إذا كانت المرأة غير محرم بنسب أو رضاع أو صهر"¹.

- وعرفه الحنفية بقولهم: "عقد يفيد ملك المتعة قصداً، أي حل استمتاع الرجل من امرأة، لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، بالقصد المباشر"².

- وعرفه المالكية بأنه: "عَقْدٌ عَلَى مُجَرَّدِ مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ بِأَدَمِيَّةٍ..."³.

- وعرف كذلك بأنه: "عقد شرعي يبنى على أساس التفاهم المتبادل بين الرجل والمرأة ليحل اقترانهما واختلاطهما، وتمتع كل منهما بالآخر بشروط شرعية، إذا لم يمنعهما من ذلك مانع شرعي"⁴.

الفرع الثاني: تعريف الزواج قانونا

الزواج هو عقد بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالا شرعيا وتكوين أسرة وتعاون في الحياة وانجاب الولد.

وشبيه بهذا التعريف نجد نص المادة 4 من قانون الأسرة تعرفه بقولها: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

من هذه المادة نفهم بأنها تضمنت تعريفا لعقد الزواج واعتبرته عقدا رضائيا، أي مبني على إرادة الطرفين وهما المرأة والرجل، وعبارة الرضائية لم تكن توجد في النص القديم للمادة 4 أعلاه⁵، بل أضافها المشرع في التعديل ليبين بأن عقد الزواج مبني أساسا على الرضا وليس على الإكراه أو الجبر، وغايات الزواج نبيلة وتتمثل في تكوين أسرة على أساس المودة والرحمة وكذا تضافر جهود الزوجين في القيام بشؤون الأسرة،

¹ - وهبة الزحيلي، ج9، المرجع السابق، ص6513.

² - المرجع نفسه، ص6514.

³ - محمد بن عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج3، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1989، ص254.

⁴ - بختي العربي، المرجع السابق، ص18.

⁵ - أنظر نص المادة 4 من ق.أ.ج قبل التعديل.

والاحصان والمحافظة على النسب، فالزوجة طرف أساسي وشريك للرجل في الحقوق والواجبات، ويتحمل الزوجان مسؤولية رعاية الأسرة وفق مقتضيات هذا القانون.¹

من التعاريف الفقهية أو القانونية السابقة نستطيع القول بأن الزواج هو تلك العلاقة الشرعية التي تنشأ بين الزوجين ويحصل بها الارتباط الشرعي وتقوم بها الحياة الزوجية مرتبة لجميع آثارها ومحففة لأسمى أغراضها وهو التناسل فيه تحصل سعادة الفرد ومصصلحة المجتمع وبه يحفظ كيان الأسرة.²

المطلب الثاني: مشروعية الزواج والحكمة منه

الفرع الأول: مشروعية الزواج

الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع

أولاً: القرآن: قال الله تعالى: "بِأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْبُتٍ وَثَلَاثَ وَرَبْعَ"³، وقوله تعالى:

"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"⁴، وقوله

تعالى: "وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ"⁵.

ثانياً: السنة النبوية: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة، فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء"⁶.

ثالثاً: الاجماع: أجمع المسلمون على أن الزواج مشروع.

¹ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهادات المجلس الأعلى والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2014، ص25.

² - محدة محمد، المرجع السابق، ص49.

³ - سورة النساء، الآية 3.

⁴ - سورة الروم، الآية 21.

⁵ - سورة النور، الآية 32.

⁶ - رواه مسلم، صحيح مسلم، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، باب استحباب النكاح، ر.ح:1400، دار احياء التراث العربي، بيروت، د.ط،

د.ت، ص1018.

الفرع الثاني: الحكمة من الزواج

تظهر الحكمة من الزواج فيما يلي¹:

-إعفاف المرء نفسه وزوجه عن الوقوع في الحرام.

-حفظ النوع الإنساني من الزوال والانقراض، بالإنبجاب والتوالد، وبقاء النسل وحفظ النسب.

-إقامة الأسرة التي بها يتم تنظيم المجتمع، وإيجاد التعاون بين أفرادها، فمن المعروف أن الزواج تعاون بين الزوجين لتحمل أعباء الحياة، وعقد مودة وتعاضد بين الجماعات، وتقوية روابط الأسر، وبه يتم الاستعانة على المصالح.

المطلب الثالث: حكم الزواج

الزواج تعتره على المشهور الأحكام الشرعية الخمسة من وجوب وحرمة وكراهة وندب وإباحة.

وفقهاء المالكية منحوا للنكاح تلك الأحكام نظرا لحال الناكح كالاتي:

أولاً: الوجوب: يكون عند مقدرة الشخص على الانفاق والخشية على نفسه من الزنا أو الوقوع فيه عند عدم الزواج²، ولأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وحت يكون الزواج واجبا لا بد من توفر الشروط التالية:

1-أن يخاف على نفسه الزنا أو الوقوع فيه.

2-أن يكون عاجزا عن الصيام الذي يكفه عن الزنا، أو يكون قادرا ولكنه لا يكفه عليه.

3-أن يكون قادرا على الزواج، والمقدرة هنا تشمل المقدرة على المعاشرة الزوجية من معاملة وجماع، والمقدرة على الصداق والانفاق.

ثانياً: الحرمة: وهو الحكم المقابل للوجوب، ويكون إذا تيقن الشخص ظلم المرأة والإضرار بها إذا تزوج، بأن كان عاجزاً عن تكاليف الزواج، أو لا يعدل إن تزوج بزوجة أخرى؛ لأن ما أدى إلى الحرام فهو حرام³.

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6515، 6516.

² - محدة محمد، المرجع السابق، ص 52.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6516.

ثالثا: الكراهة: يكره الزواج إذا خاف الشخص الوقوع في الجور والضرر خوفاً لا يصل إلى مرتبة اليقين إن تزوج، لعجزه عن الإنفاق، أو إساءة العشرة، أو فتور الرغبة في النساء¹.

رابعا: الندب: وهو الحكم السائد عند الجمهور، وهو عندما لم تكن له رغبة في الزواج مع كونه قادرا على الانفاق ولا يخشى على نفسه الوقوع في الزنا.

خامسا: الإباحة: وهي تكون في حق من ليست له رغبة في النساء مع مقدرته على الانفاق من حلال، ولم يخش به انقطاعه عن فعل الطاعات².

هذه هي أحكام الزواج بالنسبة للرجل والمرأة في جميع الأحوال سواء بسواء من وجوب إلى حرمة إلى كراهة وندب وإباحة.

المبحث الثاني: تكوين عقد الزواج وإثباته

سنتطرق في هذا البحث إلى تكوين عقد الزواج، وذلك بتوضيح أركانه وشروطه، ثم نعرض على إثباته وكيفية تسجيله وتوثيقه لأنه من العقود المدنية الخاضعة للتسجيل.

المطلب الأول: تكوين عقد الزواج

يتمثل تكوين عقد الزواج في توافر أركانه وشروطه، وعليه في البداية لا بد من تبيان معنى كل من الركن والشرط وهذا حتى نعرف رأي الفقهاء في بعض الآثار الشرعية المترتبة على الاختلاف في تحديد الركن والشرط.

الفرع الأول: أركان عقد الزواج

إذا كان الرضا ركنا جوهريا في كل العقود، فمن باب أولى أن يكون ذلك في عقد الزواج وهو رباط بالغ الأهمية، ومن ثمة جاءت نصوص الشريعة مؤسدة لركن الرضا³، ففي الحديث الشريف أن النبي صلى الله

¹ - المرجع نفسه، ص 6517.

² - محدة محمد، المرجع السابق، ص 53، 54.

³ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص 16.

عليه وسلم قال لرجل: "أترضى أن أزوجه فلانة؟ قال نعم، وقال للمرأة أترضين أن أزوجه فلانا؟ قالت نعم فزوج أحدهما صاحبه"¹.

والركن هو ما كان جزءا من حقيقة الشيء لا يوجد ذلك الشيء إلا بوجوده كالإيجاب والقبول في عقد الزواج، وأركان عقد الزواج هي أجزاؤه التي يتركب منها، ويتحقق بها وجوده وانعقاده، وهي في الغالب العاقدان والمعقود عليه والصيغة المعبر عنها بالإيجاب والقبول².

ونص قانون الأسرة الجزائري في المادة الرابعة على أن "الزواج هو عقد رضائي" كما نص في المادة (9) على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

ولما كانت آثار عقد الزواج الاجتماعية تتجاوز عادة إطار الزوجين، خاصة جانب المرأة، فقد تراوحت النصوص بين جعل الولي شريكا في الرضا، أو الاكتفاء برضا الزوجين باعتبارهما طرفا العقد الحقيقيين.

أولا: ركن الرضا في الفقه الإسلامي

يعتبر ركن الرضا من الناحية الفقهية هو الركن الوحيد المتفق عليه بين فقهاء الشريعة، فإذا انعدم هذا الركن فلا ينعقد الزواج، أما الأركان الأخرى فنجد فيها اختلافات كثيرة بين الفقهاء.

أما فيما يخص رضا الزوجين، فقد اتفق الفقهاء على اعتبار رضا الزوج هو رضاه لأنه ولي نفسه، وكذا الثيب البالغ، إلا أنهم اختلفوا في اعتبار رضا البكر البالغ، فرأى الحنفية أن الرضا هو رضاها فقط، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط رضا الولي³.

وقد استندوا فيما ذكروه على فهمهم للأحاديث، منها قوله صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها"⁴، وقوله أيضا: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن"⁵.

¹ - رواه أبو داود في سننه، ج3، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا، ر.ح: 2117، المصدر السابق، ص455.

² - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2014، ص43.

³ - انظر: - بخي العربي، المرجع السابق، ص ص28، 29.

⁴ - رواه مسلم، صحيح مسلم، ج2، باب استئذان الثيب، ر.ح: 1421، المصدر السابق، ص1037.

⁵ - رواه مسلم، المصدر نفسه، ر.ح: 1419، ص1036.

وذهب أكثر أهل العلم إلى أنه لا يصح عقد زواج البكر البالغ إلا بإذنها تمسكا بالحديث الشريف: "البكر يستأمرها أبوها"¹ وكذا حديث الفتاة الأنصارية التي زوجها أبوها فكرهت ذلك فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها².

كما قرر فقهاء الإسلام على أنه إذا وقع عضل، وهو منع الولي المرأة العاقلة من الزواج بكفئتها إذا طلبت ذلك، فإنه يكون سببا لسقوط ولاية العاضل³.

1-الصيغة في عقد الزواج فقها

الزواج من العقود الثنائية الطرف فتتم بإيجاب وقبول بين طرفي العقد، ولما كان عقد الزواج ذو أهمية بالغة فقد قصد الفقه الإسلامي التضييق في طرق التعبير عن إرادته بيانا ما لهذا العقد من خصوصية وتمييزا له عن سائر العقود.

لقد اتفق فقهاء الإسلام على أن لفظي الزواج والنكاح ينعقد بما يصاغ منهما لفظا بالإيجاب والقبول، لأنهما اللفظان الموضوعان للدلالة على هذا العقد، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة المطهرة.

وزاد المالكية في صياغة انعقاد العقد كل لفظ يدل على التملك كألفاظ المنح والهبة والتمليك بشرط اقتراحها بذكر المهر ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ.

ورأى الأحناف أن التعبير عن الإرادة في الزواج يكون بكل لفظ يفيد النكاح⁴.

وأما صيغة العقد فيشترط فيها جملة من الشروط، منها أن تكون منجزة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل، أما اشتراط التنجيز فلأن عقد الزواج يترتب عليه آثار في الحال، ولا بد أن تكون الصيغة المستعملة قاطعة في الانشاء في الحال غير منصرفة للمستقبل.

¹ - الشوكاني، نيل الأوطار، تح: عصام الدين الصباطي، ج6، باب ما جاء في الاجبار، دار الحديث، مصر، ط1، 1993، ص146.

² - رواه البخاري، صحيح البخاري، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج9، باب لا يجوز نكاح المكره، ر.ح:6945، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، ص20.

³ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص17.

⁴ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص19.

ومن الشروط أيضا أن تدل الصيغة في عقد الزواج على التأييد والدوام، لأن مقتضى العقد حل العشرة ودوامها، ويعني ذلك أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى انشاء عقد الزواج بلفظ يفيد الدوام، ولذلك فإن الفقهاء قد حكموا ببطلان نوعين من العقود لتناقضهما مع التأييد والدوام، وهما نكاح المتعة والنكاح المؤقت¹.

ومن الشروط كذلك اتصال الإيجاب بالقبول وتوافقهما من كل وجه، وأن لا يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول.

2- انعقاد الزواج بالكتابة والاشارة فقها

اتفق الفقهاء على أن الأصل في انعقاد الزواج هو الكتابة والاشارة للنطاق في حال الحضور، وهذا لأن الأصل في التعبير عن الإرادة في عقد الزواج هو اللفظ، ولا يلجأ إلى غيره إلا للضرورة.

وخالف الحنفية الجمهور في انعقاد الزواج بالكتابة أو بالرسول من الغائب عن مجلس العقد إذا حضر شاهدان عند وصول الكتاب أو الرسول، حيث قال الحنفية: "الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر"².

وينعقد زواج الأخرس بالكتابة أو الاشارة المفهومة عند سائر الفقهاء والأفضل الكتابة، وتعين الكتابة عند الحنفية إذا قدر عليها، لأن الكتابة أقوى في الدلالة على المراد وأبعد عن الاحتمال³.

3- الاشتراط في عقد الزواج فقها

اتفق الفقهاء على صحة الشروط التي تلائم مقتضى العقد، وعلى بطلان الشروط التي تنافي المقصود من الزواج أو تخالف أحكام الشريعة، واختلفوا في الشرط الي لا تكون من مقتضى العقد ولا تخالف حكما من أحكام الزواج وفيها منفعة لأحد العاقدين كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من دارها أو بلدها.

فالحنابلة يرون أنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها، والحنفية يروا أنها شروط ملغاة والعقد صحيح، والمالكية يقولون أنها شروط مكروهة لا يلزم الوفاء بها بل يستحب، والشافعية يرون أنها شروط باطلة ويصح الزواج دونها⁴.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص58.

² - كاملي مراد، المرجع السابق، ص20.

³ - المرجع نفسه، ص20.

⁴ - المرجع نفسه، ص21.

أما الشروط الفاسدة المخالفة لمقتضى العقد أو أحكام الشريعة، فالحنفية يرون أن الشرط لا يفسد العقد وإنما يلغى ويصح العقد، أما الشافعية فيرون أن الشرط الفاسد يفسد العقد، أما المالكية فيقولون أنه يجب فسخ العقد ما دام الرجل لم يدخل بالمرأة، فإن دخل بها مضى العقد وألغى الشرط وبطل المسمى ووجب للمرأة مهر المثل¹.

ثانيا: ركن الرضا في القانون

حدد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في ركن واحد وهو الرضا، بعدما كانت قبل التعديل محددة في أربعة أركان²، وهذه الأركان بعد التعديل أدرجت ضمن شروط عقد الزواج.

اعتبر المشرع رضا الزوجين هو الركن الوحيد في الزواج، حيث نصت المادة (4) من قانون الأسرة على أن: "الزواج هو عقد رضائي"، ونصت المادة (9) منه على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

وعليه إذا احتل ركن الرضا يترتب عليه البطلان، وفقا للفقرة الأولى من المادة 33 التي تنص: "يطل الزواج إذا احتل ركن الرضا".

ولقد أنهى قانون الأسرة أي دور للولي في مسألة الرضا بغض النظر عن كونه أبا أو جدا أو غيرهما، وهو ما وضحته المادة 11 بنصها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

كما اشترط القانون لزواج القصر وفقا للمادة (7) من قانون الأسرة³ إذنا قضائيا، ومتى حصلت عليه فإن القانون يمنع الولي من إجبارها على الزواج، حيث تشترط المادة (13) موافقتها لإبرام الولي زواجها، فتتص على أنه: "لا يجوز للولي أبأ كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

¹ - المرجع نفسه، ص 21.

² - تنص المادة 9 قبل التعديل من ق.أ.ج على: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصدائق".

³ - أنظر المادة 7 من ق.أ.ج.

1-الصيغة في عقد الزواج قانونا

لقد سار المشرع الجزائري وفق مذهب الحنفية في جعل ركن الزواج الايجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة التي ينشأ بها العقد، وهي الأسلوب الذي يلجأ إليه المتعاقدان للتعبير عن رضاهما بالعقد سواء جرى ذلك بطريق اللفظ أو الكتابة أو الاشارة أو الفعل¹.

ولقد جاء في نص المادة(10) من قانون الأسرة على مايلي: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

من هذه المادة يفهم من الإيجاب يصدر من أحد الطرفين في عقد الزواج، بمعنى أنه قد يصدر من الرجل أو المرأة، واشترط القانون في الايجاب والقبول أن يكونا كل منهما بلفظ يفيد معنى النكاح شرعا، وألغى النكاح هي النكاح والزواج وما أخذ منهما من الأفعال².

2-انعقاد الزواج بالكتابة أو الاشارة قانونا

إن طرق التعبير عن الارادة في الايجاب والقبول لا تخرج عن القواعد العامة للتعبير وهي اللفظ أو الكتابة أو الاشارة أو بأي طريقة تفيد معنى النكاح شرعا³.

والزواج قد ينعقد بالكتابة والاشارة إذا كان العاقدان عاجزين عن النطق، ففي هذه الحالة تكون الاشارة في الايجاب أو القبول صحيحة، وتكون الكتابة صحيحة أيضا للعاجز عن النطق ويعرف الكتابة، ويجب أن تكون الاشارة مفهومة بأنها تدل على الزواج أو الموافقة عليه، وكذلك يتعين أن تكون الكتابة واضحة وتفيد الزواج إيجابا أو الموافقة عليه قبولاً⁴.

والمشرع الجزائري نص في الفقرة الثانية من المادة (10) على جواز انعقاد الزواج بالكتابة أو الاشارة بقوله: " ويصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الاشارة".

¹ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص327.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص50.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص57.

⁴ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص50.

من هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري اختار رأي الجمهور في انعقاد الزواج بالكتابة أو الإشارة، لكنه لم يفرق بينهما في المرتبة بل جعلهما في مرتبة واحدة، وللعاجز عن النطق الخيار بينهما.

3- الاشتراط في عقد الزواج قانونا

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، وللمتعاقدين الحق في تعديل العقد وفق ما يريانه مناسبا، لكن قد يشترط أحد المتعاقدين في عقد الزواج ما لا يتناسب مع هذا العقد.

لقد نصت المادة(19) من قانون الأسرة على مايلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

يفهم من نص هذه المادة أن المشرع فتح الباب أما الزوجين ليشترطا في عقد الزواج كل شرط يريانه ضرورة، فتحديد الشروط خاضع لإرادة طرفي عقد الزواج، والضرورة التي يشترطان من أجلها خاضعة كذلك لإرادتهما، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون، وهو ما نصت عليه المادة(32) من ق.أ.ج على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"¹

والقانون ركز على شرطين هما شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة، ولم يكتف القانون بأن تكون الشروط في عقد الزواج، وإنما أجاز لهما أن يشترطا شروطا تتعلق بالزواج بعد انعقاده، وتثبت هذه الشروط في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج².

ولقد نصت المادة(35) منه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح"، ومثال ذلك كاشتراط المرأة على الرجل عدم الانجاب بعد الزواج.

ويعتبر المشرع الشرط الذي أذن به القانون في المادة(19) ملزما للمشترط عليه، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سببا مجيزا لطلب التطليق من الزوجة.

¹ - ومثال على الشرط الذي يبطل عقد الزواج ويتنافى مع مقتضيات العقد، كشرط التأقيت في عقد الزواج.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص62.

الفرع الثاني: شروط عقد الزواج

لكي يتم إبرام عقد الزواج من الناحية القانونية استلزم توافر جملة من الشروط نصت عليها المادة(9) مكرر كما يلي: " يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية".

والشرط هو أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعا¹.

وعليه سنتطرق إلى شروط عقد الزواج وفق الترتيب الذي جاءت به المادة(9) مكرر.

أولاً: شرط الأهلية في عقد الزواج

تحتاج مباشرة التصرفات القانونية إلى أهلية معينة حتى تكون مرتبة لآثارها وترتبط هذه الأهلية بعنصري السن والعقل، وفيما يلي بيان لأهلية الزواج فقها وقانونا.

1- شرط الأهلية في الفقه الإسلامي

لم يحدد الفقه الإسلامي سنا معينة للزواج، وربطها بمرحلة البلوغ، وهي تظهر بعلامات طبيعية كالاختلام بالنسبة للفتى والحيض بالنسبة للفتاة²، ولقد تم تحديدها إجمالاً بالبلوغ لارتباط سائر التكاليف الشرعية به، استناداً للحديث النبوي الشريف: " رُفِعَ القلم عن ثلاثة: عن النَّائم حتى يستيقظَ، وعن الصَّبِيِّ حتى يَحْتَلِمَ، وعن المجنونِ حتى يَعْقِلَ"³.

ولما كان اشتراط البلوغ إنما وضع كشرط لوجوب التكاليف الشرعية لأنه يصاحبه غالباً نمو عقلي ونضج يؤهل صاحبه لتحمل المسؤولية فيشترط مع البلوغ العقل⁴.

¹ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص339.

² - انظر: بخي العربي، المرجع السابق، ص22.

³ - رواه أبي داوود، سنن أبي داوود، ج6، باب المجنون يسرق أو يصيب حداً، ر.ح:4403، المصدر السابق، ص455.

⁴ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص23.

إلا أن أغلبية الفقهاء جوزوا زواج الصغير خاصة في أحوال معينة وقيده بعضهم بشروط، وقد استدلوا بإجازة الشرع على ذلك، وهو ما يفهم من الآية الكريمة في قوله تعالى: " وَالْحَيَّ يَيْسَسَ مِّنَ الْمَحِيضِ مِّن نِّسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ بَعْدَتْهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالْحَيَّ لَمْ يَحِيضَنَّ"¹.

يفهم من الآية أن عدم الحيض إما أن يكون ليأس أو يكون لعدة أو صغر، فاعتبر النص إمكانية أن تتزوج وتطلق الصغيرة، وهي لم تبلغ سن الحيض، فدل ذلك على جواز تزويجها.

كما استدل الفقهاء بورود ذلك في السنة الفعلية، وهو ما قام به النبي صلى الله عليه وسلم عندما تزوج السيدة عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة، حيث قالت عائشة رضي الله عنها: " تَزَوَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَنَا ابْنَةُ سِتِّ سِنِينَ وَدَخَلَ عَلَيَّ، وَأَنَا بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ، وَكُنْتُ أَلْعَبُ بِالْبَنَاتِ"².

وجوز الفقهاء زواج الصغير بناء على المصلحة، أو في حالة ما تدعوا إليه الضرورة فلا تفوت بالمنع³.

2- شرط الأهلية في القانون

ويقصد بأهلية الزواج صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، ولقد بينت المادة(7) من قانون الأسرة الجزائري أن سن الزواج لكل من الرجل والمرأة محدد ب19 سنة، وهو نفسه سن الرشد المحدد في القانون المدني⁴، إذ تنص المادة(7) من ق.أ.ج على أنه: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

وقد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محددة بسن 21 للرجل وسن 18 سنة للمرأة، غير أنه وأمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص، وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني وهو 19 سنة، وبالتالي أنهى المشرع التناقض الموجود سابقا، حيث كان يجيز للمرأة الزواج في سن 18 سنة، أي دون سن الرشد في القانون المدني.

¹ - سورة الطلاق، الآية4.

² - رواه النسائي، السنن الكبرى، تح: حسن عبد المنعم شلبي، ج5، باب البناء بابة تسع، ر.ح:5543، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001، ص242.

³ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص23.

⁴ - انظر نص المادة 40 من ق.م.ج.

أما فيما يتعلق بالسن القانونية للزواج والمحددة بـ19 سنة فهو منطقي تماشيا مع سن الرشد المدني، وكون هذا السن يقترن عادة بنضج عقلي ونفسي مؤهل للزواج، كما أنه سمح بالزواج دون السن المحددة كونه راعى العادات السائدة في بعض مناطق الوطن، واحتاط لبعض الحالات التي قد تكون الضرورة فيها دافعة إلى هذا الاعفاء¹.

إلا أن الاشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية، لأن النص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يرخص به للزواج مع مراعاة المصلحة أو الضرورة، بالإضافة إلى المقدرة المادية والجسدية والقدرة على تحمل المسؤولية².

ونرى أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول عن سن 13 سنة على اعتبار أنه سن التمييز وفق ما نصت عليه المادة(42) من القانون المدني³، وهذا السن أيضا متعلق بالبلوغ الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات في الشريعة الإسلامية، ولأن القانون أيضا نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات⁴، وهو ما لم يكن موجودا قبل التعديل، إذ لا يعقل أن يمنح القاصر إذنا بالزواج ثم لا يسمح له بأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج.

ثانيا: شرط الصداق في عقد الزواج

الصداق شرط يجب توافره في عقد الزواج، فهو واجب بالزواج الصحيح، وهذا الوجوب قصد به اظهار خطر عقد الزواج ومكائنه واعزاز المرأة ورفعة لقدرها.

والصداق وإن كان واجبا في عقد الزواج باعتباره حكم من أحكامه وأثر من آثار العقد ترتب عليه، ومقتضى هذا أن الصداق يثبت بالزواج ولو لم ينص عليه في العقد⁵.

وعليه سنتطرق للصداق في الفقه الإسلامي والقانون.

¹ -كاملي مراد، المرجع السابق، ص24.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص61.

³ - انظر نص المادة 42 من ق.م.ج.

⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص61.

⁵ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص44.

1-الصداق في الفقه الإسلامي:

أ-تعريف الصداق: هو ما يعطيه الزوج للزوجة في عقد النكاح، وهو حق من حقوقها كرمز للمودة والتكريم، وسمي بالصداق¹ ليعين صدق رغبة الزوج في التزوج بالمرأة، وهو عطية أو هدية لازمة من الرجل للمرأة تكريماً لها، وليحقق بذلك نوعاً من التقارب بين القلوب².

- كما عرّف بأنه الحق المالي الذي أوجبه الشرع على الزوج لزوجته بالعقد عليها أو الدخول بها، وعرّف أيضاً بأنه ما يجعل للمرأة نظير الزواج بها.

ب-مشروعية الصداق والحكمة منه:

-مشروعية الصداق:

*القرآن الكريم: قوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"³، وأيضاً قوله تعالى: "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً"⁴.

*السنة النبوية المطهرة: قوله صلى الله عليه وسلم: "التَّحْسِنُ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ"⁵.

*الاجماع: انعقد اجماع المسلمون من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على وجوب الصداق.

-الحكمة من الصداق: هي إظهار لمكانة هذا العقد وتقديراً للمرأة، ولإشعارها بأنها موضع حبه وعطفه ورعايته، وأنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة⁶.

ج-صفة الصداق:

لقد اختلف فقهاء الشريعة في صفة الصداق، هل هو عوض لحق الاستمتاع الممنوح بالعقد، أم على سبيل الهدية؟ فظن هناك اتجاهان¹:

¹ - وله أسماء كثيرة منها: المهر، صدقة، نحلة، أجر، فريضة، حياء، عقر، علائق، طول.

² - بختي العربي، المرجع السابق، ص37.

³ - سورة النساء، الآية 4.

⁴ - سورة النساء، الآية 24.

⁵ - رواه البخاري، صحيح البخاري، ج7، باب السلطان ولي، ر.ح:5135، المصدر السابق، ص17.

⁶ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص74.

-الاتجاه الأول: ذهب إلى أن الصداق هو أجر في مقابل الاستمتاع بالمرأة استنادا لقوله تعالى: "بِمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً".

-الاتجاه الثاني: يرى بأن الصداق هو هدية وتكريم للمرأة استنادا لقوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً".

كما اختلف فقهاء الشريعة حول صفة المهر في عقد الزواج إلى اتجاهين:

-الاتجاه الأول: وهو رأي الجمهور إذ لا يعتبرون المهر ركنا ولا شرطا في عقد الزواج، بل هو أثر من آثاره فيصح الزواج عندهم سواء سمي المهر أم لم يسمى في العقد، أم نفي المهر، لأنه عند عدم التسمية أو النفي يمكن الرجوع إلى مهر المثل².

-الاتجاه الثاني: وهو رأي المذهب المالكي إذ يعتبرون المهر ركنا من أركان العقد، ورتبوا بفساد الزواج في حالة الاتفاق على اسقاط المهر ووجوب فسخه قبل الدخول، أما بعده فيمضي العقد ويجب مهر المثل³.

د- شروط الصداق وأنواعه:

-شروط الصداق: اتفق الفقهاء على بعض الشروط التي يصح بها المهر وهي⁴:

*أن يكون مال أو متقوم بمال، ويجوز أن يكون منفعة إذا كانت متقومة بمال كسكنى الدار، أو مزرعة..الخ.

*أن يكون مشروعاً وذلك لأنه لاقيمة للمحرم في نظر الشرع.

*أن يكون خاليا من الغرر الشديد وهو الغرر الذي يترتب عنه عدم المهر، كجعل المهر ثمرة لم يبد صلاحها، أو تأجيله إلى أمد بعيد كوفاة أحد الزوجين، أما الغرر اليسير فلا يضر لأن الزواج مبني على المكارمة والتسامح.

*أن يكون معلوما في حالة الصداق المسمى.

¹ -كاملي مراد، المرجع السابق، ص26.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص73.

³ -كاملي مراد، المرجع السابق، ص27.

⁴ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص ص27، 28.

*أن يكون مقدورا على تسليمه.

-أنواع الصداق: المهر نوعان وهما: المهر المسمى ومهر المثل

*المهر المسمى: وهو ما اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي.

*مهر المثل: هو الذي يراعى في تقديره عرف العصر والبلد وحال الزوج، وقد حدده الفقهاء بما يماثل قريباتها اللواتي يشابهنها في الحال والسن والجمال والعقل¹.

هـ- موجبات الصداق: اتفق الفقهاء على أن الزوجة تستحق الصداق كله أو نصفه في الحالات التالية²:

-العقد الصحيح: يجب به نصف المهر المسمى في حالة الطلاق لقوله تعالى: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ

تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ"³، لأن الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح.

-الدخول بالعقد الصحيح: تستحق المرأة المهر بمجرد اتمام العقد، ويتأكد هذا المهر بالدخول الحقيقي بالزوجة والخلوة الصحيحة معها.

-وفاة الزوج: يتأكد المهر أيضا في الزواج الصحيح بموت الزوج ولو قبل الدخول، وقبل الخلوة الصحيحة، ويصبح غير قابل للسقوط.

-النكاح الفاسد: ويكون عند الزواج بإحدى المحرمات فيجب فسخه قبل الدخول ولا مهر فيه ولو كان مسمى، أما بعد الدخول فيجب المهر المسمى.

و-تأجيل المهر وتعجيله:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المهر يجوز تعجيله كله، أو تأجيله كله أو بعضه، فإن عيّن ولم يتفق على وقت معين للدفع روعي في ذلك عادة القوم وعرفهم، فإن كان التأجيل من عادتهم أجل ولو كان الشخص موسرا، وإن كانت عادة القوم لا تقتضي ذلك ولم يتفق عليه عجل، والتأجيل الأصل فيه النظر إلى حال مرید

¹ - بخي العربي، المرجع السابق، ص41.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص77.

³ - سورة البقرة، الآية237.

الزواج فإن كانت حالته لا تسمح بدفع المهر كله، أو كون المبلغ كبير يضر بحاله إذا قدمه دفعة واحدة الشيء الذي يضطره لطلب التأجيل¹.

ح-التنازع في الصداق: وفيه حالات أهمها²:

-الحالة الأولى: التنازع في مقدار الصداق إن كان قبل الدخول فإن حلفا كلاهما فسخ العقد، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالقول قول الحالف، وإن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج.

-الحالة الثانية: التنازع في قبض الصداق إن كان قبل الدخول فالقول للزوجة، وإن كان بعده فالقول للزوج.

-الحالة الثالثة: التنازع في وقت القبض، إن كان قبل الدخول فالقول قول الزوج لأنه الغارم، أما بعد الدخول ففيه اختلاف في الرأي.

2- الصداق في القانون:

أ-صفة الصداق:

المشرع الجزائري اعتبر الصداق هدية في تعريفه له بمقتضى المادة (14) من قانون الأسرة: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما يباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

فالمشرع اعتبر الصداق شرطا من شروط العقد³، وعليه إذا تم العقد بدون صداق أو تم الاتفاق على اسقاطه مع وجود الشروط الأخرى فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل⁴.

ب-شروط الصداق:

المشرع الجزائري أشار في قانون الأسرة إلى بعض شروط للصداق، كذكره في نص المادة(14) من كونه نقود أو غيرها، وأن يكون مباحا شرعا، وذكر كذلك وجوب تحديد المهر في العقد من خلال نص المادة(15)

¹ - محدة محمد، المرجع السابق، ص98.

² - كاملي مراد، المرجع السابق، ص29.

³ - المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة كان يعتبر الصداق ركنا من أركان العقد.

⁴ - انظر المادة 33 من ق.أ.ج.

بقولها: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، وفي حالة عدم تحديده تستحق الزوجة صداق المثل، وهذا ما نصت عليه المادة(2/15): " في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل".

ج- موجبات الصداق:

المشرع الجزائري قصر الحالات التي تستحق فيها الزوجة المهر إلى ثلاث:

- حالتين تستحق فيهما الزوجة المهر كاملا وهما الدخول ووفاة الزوج لنص المادة(16) بقولها: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج...".
- حالة تستحق فيها الزوجة نصف المهر وهي عند الطلاق وقبل الدخول بما لنص المادة(16): " ...وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

د- تأجيل المهر وتعجيله:

المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور حيث أجاز تعجيل الصداق أو تأجيله بمقتضى نص المادة(15) كما يلي: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا...".

هـ- التنازع في الصداق:

المشرع الجزائري في مسألة التنازع حول الصداق فرق بين حالتين وهما قبل الدخول وبعده، وذلك بموجب المادة(17) بنصها على: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

ثالثا: الولاية في عقد الزواج

1- الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

الولاية في اللغة هي النصرة والتأييد

أما اصطلاحا فقد عرفت عدة تعريفات نذكر منها ما يلي:

-الولاية هي: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي"¹، أو هي: "سلطة شرعية تخول لصاحبها انشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء كان موضوع التصرف يخصه أو يخص من في ولايته..."².

-والولاية في عقد الزواج هي القدرة على انشاء عقد الزواج لغيره بسلطة حولها له الشارع³.

وقد اختلف الفقهاء في وجود الولي في عقد الزواج على قولين:

-**القول الأول:** وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من الصحابة ومفاده أن المرأة ليس لها أن تتولى عقد زواج نفسها أو غيرها⁴، وإنما الذي يزوجهها هو وليها، وقد استندوا في قولهم على ما يلي:

قوله تعالى: "وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ"⁵، وقوله تعالى: "وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا"⁶، فكان ذلك دليلاً على أن سلطة التزويج إليهم وليس إلى النساء.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ"⁷، قالوا وهو صريح في أن الزواج لا يصح بدون ولي، وقوله صلى الله عليه وسلم: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ لَمْ يُنْكَحْهَا الْوَلِيُّ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ"⁸، وقوله صلى الله عليه وسلم: "لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا"⁹.

-**القول الثاني:** وهو قول أبو حنيفة، أبو يوسف حيث قالوا بإثبات حف التزوج للمرأة العاقلة البالغة فلها أن تتولى عقد زواجها، كما لها أن تتولى عقد زواج غيرها¹⁰، وقد استدلووا بما يلي:

¹ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج3، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992، ص55.

² - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص365.

³ - المرجع نفسه، ص365.

⁴ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص51.

⁵ - سورة النور، الآية32.

⁶ - سورة البقرة، الآية221.

⁷ - رواه ابن ماجه في سننه، ج3، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح: 1880، المصدر السابق، ص78.

⁸ - رواه ابن ماجه في سننه، ج3، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح: 1879، المصدر السابق، ص77.

⁹ - رواه الدارقطني، سنن الدار قطني، تح: شعيب الأرنؤوط، ج4، كتاب النكاح، ر.ح: 3535، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 2004، ص325.

¹⁰ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص51.

قوله تعالى: " فَإِنِ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"¹، فقد نسبت هذه الآية التزويج للنساء.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " الثيب أحق بنفسها من وليها"²، فدل هذا الحديث على أن المرأة أحق من الولي في عقد زواجها.

والرأي الراجح الذي يتماشى مع طبيعة المجتمع هو لا بد من وجود الولي في عقد الزواج، وهذا لأنه في حقيقة الأمر لا يربط بين الزوجين فحسب، بل يربط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة، فلا يصح في عقد بهذه الأهمية أن يتغاضى فيه عن رأي الولي حفاظا على كيان ومصلحة الأسرة³.

ويعتبر جمهور الفقهاء تخلف ركن الولي سببا لبطلان عقد الزواج، أما الأحناف فالعقد عندهم صحيح لأن الولي لا يعد زكنا ولا حتى شرطا في عقد الزواج.

2-الولي في عقد الزواج في القانون:

المشروع الجزائري في قانون الأسرة نص قبل التعديل في المادة(12)⁴ على أن يتولى زواج المرأة وليها، ولم يسمح لها من أن تنفرد بإبرام العقد، أما بعد التعديل فقد نص في المادة(11) على مايلي: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، واضح من هذا النص أن المشروع قد أعطى للمرأة الحق في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره، وهو ما يفتح الباب أمام التأويل.

وهذا لأن(أو) الموجودة في النص تفيد التخيير، وبالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي إلى شخص آخر قد يكون من الغير، وهذا الأمر يعد غريبا في مجتمعا، لأنه يتناقض مع العرف الموجود⁵.

أما بالنسبة للقصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد، وهو ما نصت عليه المادة(2/11) بقولها: " يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

¹ - سورة البقرة، الآية230.

² - سبق تخرجه في صفحة 26.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص65.

⁴ - انظر المادة 12 قبل التعديل من ق.أ.ج.

⁵ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص66.

أما بالنسبة لأثر تخلف عنصر الولي على صحة عقد الزواج باعتباره شرطا وليس ركنا حيث خالف رأي الجمهور وكذلك رأي الأحناف، فإن المشرع ميز بين حالتين من خلال نص المادة (2/33) بقولها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

رابعا: شرط الاشهاد في عقد الزواج

من المتطلبات الهامة لعقد الزواج وجود الشهود، بمعنى أن يتم العقد بحضور شاهدين مستكملين لشروط الشهادة، لأن عقد الزواج له مكانته في الإسلام، فكان من الواجب إعلانه للناس وإخراجه عن حدود الكتمان، والاشهاد كان أيضا لغاية اثباته عند التجاحد وكذا لإعلان الزواج وتمييزا له عن العلاقات غير المشروعة.

1- الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

-حكم الإشهاد في عقد الزواج:

اتفق الفقهاء على وجوب الشهادة في عقد الزواج، لكنهم اختلفوا في حكمها بالنسبة للعقد كمايلي:

-ذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج فتلزم حين إجراء وقت العقد¹، وإن تم العقد بدون حضور الشهود وقع فاسدا، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: "لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ"².

-وذهب المالكية إلى أن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج سواء أكانت عند إبرام العقد أم بعده وقبل الدخول، ويستحب وقوعها عند العقد، لأن الشهادة تحمي الزوجين من التهمة وتحفظ حقوق الزوجة وأولادها

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص46.

² - رواه ابن حبان، صحيح ابن حبان، تح: شعيب الأرنؤوط، ج9، باب ذكر نفي إجازة النكاح بغير ولي، ر.ح:4075، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1988، ص386.

من الجحود¹، فإن لم يشهد في العقد ولا قبل الدخول فُسِّخَ بطلقة، كما يُفسخ زواج السر بطلقة بائنة إن دخل الزوجان، وهو الذي يوصي الزوج فيه الشهود على كتمه².

- شروط الشهود:

***التكليف:** بأن يكون الشاهد بالغاً راشداً فإن كان صبياً ولو مميزاً ما صحت شهادته، بل لا بد أن يبلغ سن الزواج، كما أن الترشيد شيء واجب للشاهد فمن بلغ وهو مجنون أو معتوه كان غير مدرك وبالتالي فلا أحقية له في الشهادة عن زواج الغير³.

***التعدد:** ويشترط لكي يصح عقد الزواج أو ليصير نافذاً أن يشهد شاهدان على العقد وفق رأي الجمهور.

***الذكورة:** وهو شرط عند الجمهور، باستثناء الحنفية الذين يجيزون شهادة المرأة في الحدود والزواج والطلاق⁴.

***العدالة:** والمقصود بها الاستقامة واتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر بأن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والانحراف، ولقد اشترط المالكية العدالة وألحوا في طلبها⁵ بناءً على حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍِّّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ"⁶.

***الإسلام:** ويشترط في الشاهدين أن يكونا مسلمين، ذلك لأن الشهادة تعتبر ولاية، والولاية على المسلم لا تكون إلا لمسلم.

2-الإشهاد في عقد الزواج في القانون:

-حكم الإشهاد في عقد الزواج بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري اعتبر الشهادة شرطاً من شروط عقد الزواج آخذاً برأي الجمهور من خلال المادة(9) مكرر، إذ أوجب أن يتوافر في عقد الزواج شاهدان يشهدان في العقد حفظاً للحقوق الت لا تتعلق بالدخول.

¹ - بختي العربي، المرجع السابق، ص33.

² - كاملي مراد، المرجع السابق، ص34.

³ - محدة محمد، المرجع السابق، ص108.

⁴ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص35.

⁵ - محدة محمد، المرجع السابق، ص109.

⁶ - سبق تخريجه في صفحة40.

والمشرع الجزائري اكتفى بذكر شاهدين دون تحديد هل من الذكور فقط أو الاناث، أم يصح من كليهما، ولعله أغفل هذا لكون الأعراف في الجزائر لا تسمح بشهادة النساء في عقود الزواج¹.

والمشرع الجزائري عاد فحد من أثر تخلف الشهادة في المادة(2/33) من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه، ويثبت بعد الدخول بصديق المثل"، وهو بهذا خالف رأي الجمهور الذين اعتمد قولهم في اشتراطه في العقد لأنهم يبطلونه دونه، وخالف رأي المالكية الذين يحكمون بالفرقة بطلقة بائنة إذا تم الدخول دون إشهاد².

-شروط الشهود في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى شروط الشهود إلا ما ذكره فقط في المادتين(9) مكرر من ق.أ. والمادة(33) من قانون الحالة المدنية.

***الأهلية:** وذلك باجتماع عنصري السن والعقل، وقد بين الأمر 20/70 المتضمن قانون الحالة المدنية في المادة(33) منه على أن سن الشاهد يجب أن لا يقل عن (21)سنة، حيث تنص هذه المادة: " يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين(21) سنة على الأقل...".

***التعدد:** وهو نصت عليه المادة(9) مكرر بلفظ "شاهدان" أي على الأقل اثنان فما فوق.

ولم يتعرض المشرع الجزائري لباقي الشروط الأخرى مما يضطرنا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما جاء في المادة(222) من ق.أ.ج التي تخيلنا إليها.

خامسا: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج

الموانع جمع مانع، والمانع هو الحائل ويقصد به الحائل الذي يمنع من تحقق ارادة شخصين من الزواج والاقتران، ذلك لأن المرأة لا تحل لكل عاقد، بل هناك من الأشخاص من تحل لهم ولكن بعد زوال المانع³.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص82.

² -كاملي مراد، المرجع السابق، ص34.

³ - محدة محمد، المرجع السابق، ص115.

ويعبر عن الموانع في الفقه الإسلامي بصور التحريم، حيث استحدث المشرع تسمية جديدة لم تجر كثيرا على ألسنة الفقهاء ولم يتعارفوا عليها كما تعارفوا على تسمية المحرمات من النساء.

وهو في هذه التسمية له جانب من الصواب، لأن القول بالمحرمات من النساء يوحي بأن التحريم مرتبط بالمرأة فقط، لكن الحقيقة أن الحرمة ليست خاصة بالمرأة دون الرجل، بل هي مشتركة في بعض الأحيان كالتحريم بالقرباة أو المصاهرة، وقد يكون متعلقا بالرجل وحده كمن يكون في عصمته أربع نسوة وأراد الزواج بأخرى فيمنع، والمنع في هذه الحالة بعيد كل البعد عن المرأة إذ هي صالحة لأن تكون محل للعقد، وإنما جرى هذا التعبير "المحرمات" لأن العادة أن يكون الرجل طالبا فيراعي هو من تحرم عليه ومن لا تحرم¹.

والمحرمات من النساء نوعان: المحرمات المؤبدات والمحرمات المؤقتات، وهو ما نصت عليه المادة 23 من قانون الأسرة بقولها: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

1- المحرمات المؤبدات: وهو التحريم المرتبط بمانع ثابت لا يزول كالأم والبنت والأخت وغيرها...

2- المحرمات المؤقتات: وهو التحريم المرتبط بمانع يحتمل الزوال كزوجة الغير، أو المعتدة وغيرها...

وبناء على ما تقدم سيتم عرض هذه الموانع على النحو التالي:

1- المحرمات المؤبدات (الموانع المؤبدة): وهي ثلاثة القرباة والرضاع والمصاهرة وهو ما نصت عليه المادة 24².

أ- المحرمات بالقرباة: وهي حرمة النسب، إذ حرمت الشريعة على الشخص سبعا من النساء تحريما

أبديا³، وقد عددتهن الآية القرآنية في قوله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ

وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ"⁴، وأعاد ذكرهن

المادة (25) من قانون الأسرة الجزائري⁵.

¹ - كامل مراد، المرجع السابق، ص 36.

² - انظر نص المادة 24 من ق.أ.ج.

³ - بخي العربي، المرجع السابق، ص 43.

⁴ - سورة النساء، الآية 23.

⁵ - انظر المادة 25 من ق.أ.ج.

والحكمة من هذا التحريم هو في منع اختلاط الأنساب وزوال الأطماع من النفوس، حيث يؤدي عيش هؤلاء في ود ورحمة وحب خالص لا تشوبه رائحة الجنس.

كما أن هذا التحريم يتماشى مع ما تأباه الفطرة السليمة من عدم مباشرة ما كان هو جزءاً منها، أو من كانت هي جزءاً منه، أو كانا معا جزءاً¹.

ب- **المحرمات بالمصاهرة:** والتحريم بهذا النوع معناه التحريم بسبب الزواج، والزواج هذا قد يكون له أو لغيره، ولقد نص المشرع على هذه الأصناف في المادة(26) من ق.أ.ج وهذه الأصناف هي:

-أصول الزوجة(أم الزوجة) وتحرم بمجرد العقد عليها، لقوله تعالى: "وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ"².

-فروع الزوجة(بنت الزوجة) فتحرم عند الدخول بالأم، أما لو طلقت الأم قبل الدخول أو توفيت فيجوز لمن كان زوجها لها بالعقد أن يصير زوجها لابنتها، وهو ما جاء ذكره في قوله تعالى: "وَرَبَائِبُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ".

وهناك قاعدة حول هذا الأمر تقول: العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات.

-أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو(زوجة الأب) والمقصود بهن من كن زوجات لهؤلاء الأصول، والتحريم لهذا الصنف جاء ذكره في قوله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا"³، والمقصود بالنكاح مجرد العقد لا يشترط فيه الدخول، فلو عقد عليها وحصلت الفرقة قبل الدخول أو الوفاة كان ذلك سبباً من أسباب الحرمة المؤبدة⁴.

وسبب التحريم هو تكريم الأصول واحترامهم والمحافظة على الأسرة بمنع التطلع إلى زوجة الأصل في حالة الاختلاط التي تحدث عادة بين الأباء والأبناء.

¹ - محدة محمد، المرجع السابق، ص118.

² - سورة النساء، الآية23.

³ - سورة النساء، الآية22.

⁴ - محدة محمد، المرجع السابق، ص120.

-أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا (زوجة الإبن) والمقصود بهن من كن حلائل للفروع، والفروع جمع فرع وهو الإبن وابن الإبن مهما نزلوا، وهذه الحرمة تكون أيضا بمجرد العقد ولا يشترط فيها الدخول.

ولقد جاء ذكر هذا النوع من التحريم في قوله تعالى: " وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ "1

والحكمة من تحريم زوجات الأبناء على الأباء هو نزع الضغائن والأحقاد من القلوب، ومن ثم جاءت العناية الربانية محافظة على مقومات الأسرة فمنعت ما يؤدي إلى انهيارها وتفككها وكان من بين ما سنه هو عدم الزواج بحلائل الأبناء².

وحكمة التحريم بالمصاهرة، أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة فإن تزوج شخص من قوم صار كأحد منهم بعد أن كان أجنبيا عنهم.

ج- المحرمات بالرضاع: لقوله تعالى: " وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ "3، وهذه الآية صريحة في تحريم الأمهات والأخوات بسبب الرضاعة، كما أنها تشير بصورة ضمنية إلى الأصناف الأخرى، لأنها سمت التي أرضعت بالأم وأولادها بأنهم إخوة وأخوات، فدل ذلك على الرضاع يصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله، وعن الصفتين الأصل والفرع تتفرع سائر المحرمات رضاعا⁴.

ولقد جاءت السنة مؤكدة لهذا النوع من التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم: " يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ "5.

ولقد جاء نص المادة(27) من قانون الأسرة الجزائري مجسدة لهذا المعنى دون ذكر للمحرمات بالرضاع، مما يدل على أن المشرع اكتفى بالتحريم بالرضاع ما حرم بالنسب أخذا برأي في الفقه المالكي.

1- سورة النساء، الآية 23.

2- محدة محمد، المرجع السابق، ص 121.

3- سورة النساء، الآية 23.

4- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 88.

5- رواه البخاري، صحيح البخاري، ج 3، باب الشهادة على الأنساب، ر.ح: 2645، المصدر السابق، ص 170.

وهذا التحريم من الرضاع يشمل¹:

-الأم: وهي الأم المرضعة

-البنات: وهي رضيعات الزوجة

-الأخت: وهي بنت المرضعة

- العممة: وهي أخت زوج المرضعة

-الخالدة: وهي أخت المرضعة

-بنت الأخ: وهي بنت ابن المرضعة

-بنت الأخت: وهي بنت بنت المرضعة.

ولقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة أيضا، وذلك لما ثبت بأن الرضاع ينشئ صلة أمومة وبنوة بين المرضع والرضيع فتكون التي أرضعت كالتى ولدت، ولهذا يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة²، وهذا التحريم من الرضاع يشمل:

-الأم الرضاعية للزوجة وأمها وإن علت سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل بها.

-البنات الرضاعية للزوجة وبناتها وإن نزلت وبنات ابنها الرضاعي، وبناتها وإن نزلت بشرط الدخول بها.

-زوجة الإبن الرضاعي وإن نزل بمجرد العقد الصحيح.

-زوجة الأب من الرضاع (زوجة زوج المرضعة على الرضيع).

ويعتبر التحريم بالرضاع قاصرا على من رضع، لأنه حاصل بسببه فلا يتعدى إلى غير الرضيع، وهو مقتضى ما نصت عليه المادة(28) من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه"، نفهم من هذا النص أن التحريم لا يسري إلى إخوة وأخوات الرضيع بخلاف فروعه يسري عليهم التحريم.

¹-كاملي مراد، المرجع السابق، ص38.

²- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص89.

-شروط الرضاع: يشترط في الرضاع حتى يكون محرماً الشروط التالية:

* أن تكون المرضعة امرأة: ذلك أن المرأة لبنها محرم اتفاقاً سواء أكانت صغيرة أم كبيرة حية أو ميتة، فلو ماتت امرأة ودب إليها طفل ورضع ثديها وعلم أن الذي به لبنا فإنه يعتبر محرماً عند البعض، وإن كانت هذه بعيدة الوقوع، أو يفترض حصولها قولاً فقط¹.

* أن يكون الرضاع في الحولين وقبل الفطام: ومعنى هذا لو أرضع بعد الحولين ولو بشهر، أو بعد أن صار كبيراً لا تثبت به حرمة، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: " لَا رَضَاعَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ"²، أما المالكية فإنهم يلحقون بمدة الرضاع هذه الشهر والشهرين والثلاثة بعد الحولين بشرط ألا يكون قد فطم³، لقوله صلى الله عليه وسلم: " لَا يُجْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ إِلَّا مَا فَتَقَ الْأَمْعَاءَ فِي الثَّدْيِ، وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ"⁴.

* أن يصل اللبن إلى الجوف أو الحلق: وذلك عن طريق الرضاع أو الوجور (الصب في الفم) أو السعوط (من الأنف) ولو كان قطرة واحدة.

* أن لا يختلط اللبن بغيره: فإن اختلط وكان هو الغالب أو مساو لما خلط فهو محرّم، وإلا فالأرجح أن لا يحرم.

* أن يثبت الرضاع بإقرار وبينه: حتى يكون محرماً ومانعاً للزواج⁵.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة (29) من قانون الأسرة على اشتراط كون الرضاع في الحولين أو قبل الفطام سواء كان اللبن قليلاً أو كثيراً، وقد سكت النص على اشتراط كون الفطام في الحولين لأنه معلوم شرعاً، كما اقتصر على شرطين فقط، مما يدل على أنه يحيل إلى الفقه الإسلامي في تبين شروط الرضاع، وإنما ذكر هذين الشرطين ليبين اختياره الموافق للجمهور في مدة الرضاع والمرجح لرأي المالكية فيما يتعلق بقدر اللبن المحرم.

¹ - محدة محمد، المرجع السابق، ص ص 121، 122.

² - رواه البيهقي، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، ج 7، باب ما جاء في تحديد ذلك بالحولين، ر.ح: 15665، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2003، ص 761.

³ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - رواه النسائي، السنن الكبرى، ج 5، باب الرضاعة بعد الفطام قبل الحولين، ر.ح: 5441، المصدر السابق، ص 201.

⁵ - انظر محدة محمد، المرجع السابق، ص ص 122-125.

وقد زاد المالكية على التحريم المؤبد حالة الزواج بالمرأة وهي في عدتها، إذ تنتقل به من التحريم المؤقت إلى التحريم المؤبد، كما زاد الجمهور حالة الملاءنة وهي حالة نفى الزوج نسب ابن زوجته وهي في عصمته فتحرم عليه مؤبدا¹.

2-المحرمات المؤقتات (الموانع المؤقتة): والمقصود بالتحريم المؤقت ما كان سببه أمرا يحتمل الزوال، فيبقى التحريم ما بقي السبب قائما، ويحول بزوال السبب، والتحريم المؤقت نصت عليه المادة(30) من قانون الأسرة الجزائري ويكون في الحالات التالية:

أ-المحصنة(المتزوجة): لا يجوز للإنسان أن يعقد زواجه على امرأة متزوجة من غيره ولو كان غير مسلم حتى تطلق وتنقضي عدتها، وذلك لقوله تعالى: "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"².

ب-المعتدة من طلاق أو وفاة: وسواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا فتحرم الزواج بها حتى تنقضي عدتها لقوله تعالى: "وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ"³، وإن كانت الآية خاصة بالمتوفي عنها زوجها مع انقطاع الزوجية انقطاعا لا سبيل معه إلى العودة، الشيء الذي يعني أن للمطلقة وخاصة من كان طلاقها رجعيا من باب الأولى، وذلك لأنها لا زالت لها كل آثار الزوجية من نفقة وسكن وغيرها.

ج-المطلقة ثلاثا: أي المبتوتة فإنه لا يجوز لمن طلقها ثلاثا أن يعقد عليها مرة أخرى، إلا إذا تزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم طلقها باختياره أو مات عليها وانقضت عدتها منه فله حينئذ الرجوع إليها بعقد جديد⁴، وذلك لقوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا"⁵.

د-الجمع بين المرأة وأختها والمرأة وعمتها والمرأة وخالتها: منعت الشريعة الجمع بين المرأة وأختها وبينها وبين عمتها أو خالتها في الزواج، وذلك مخافة قطيعة الرحم عند جمع الضرتين في عصمة واحدة⁶، وعلاجها لهذا

¹ - كامل مراد، المرجع السابق، ص39.

² - سورة النساء، الآية24.

³ - سورة البقرة، الآية235.

⁴ - بخي العربي، المرجع السابق، ص46.

⁵ - سورة البقرة، الآية230.

⁶ - محدة محمد، المرجع السابق، ص132.

الضرر جاءت الآيات القرآنية دالة على ذلك لقوله تعالى: " وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ " ¹، وما جاءت به السنة المطهرة لقوله صلى الله عليه وسلم: " نَهَى أَنْ تَنْكَحَ الْمَرْأَةَ عَلَى عَمَّتِهَا، أَوْ عَلَى خَالَتِهَا " ².

هـ-زواج الزوجة مع غير مسلم: لا يجوز لامرأة مسلمة أن تتزوج برجل غير مسلم وهذا بإجماع الفقهاء، ولقوله تعالى: " وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا " ³، ولهذا إن تزوجت فإن زواجها لا ينعقد.

و-الخامسة فوق الرابعة: أي من كانت في عصمته أربع نسوة وأراد الزواج بأخرى فلا يجوز له ذلك حتى يخرج واحدة ممن في عصمته وتنتهي عدتها أو تتوفى، فيجوز له ذلك لأن مانع الزواج زال بزوال السبب، وذلك لقوله تعالى: " بَانَ كِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرَبْعًا " ⁴.

وقد سكت المشرع الجزائري عن حالة المشركة غير ذات دين سماوي كالوثنية أو المشركة أو الملحدة رغم صريح النص القرآني في قوله تعالى: " وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّى يُؤْمِنَ " ⁵.

3-حكم الزواج الواقع خلافا لهذه الموانع وأثره:

نصت المادة(34) من قانون الأسرة الجزائري على البطلان المطلق لكل زواج بهذه المحرمات كما يلي: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

المطلب الثاني: إثبات عقد الزواج وتسجيله

التوثيق في وقتنا الحاضر يدخل ضمن المصالح المرسله، وأي مسلم يريد توطين ابنته وابعاد ما يمكن تصوره من خصام بعد الوفاة أو الطلاق أن يوثق زواج ابنته وأن لا يتم الدخول إلا به ⁶.

وذلك أن الشرع لم يتطلب في إبرام عقد الزواج سوى اجتماع عناصر العقد، وإنما دعت ضرورة الحياة وحفظ مصالح الناس إلى ضرورة توثيق العقد لحماية الحقوق المترتبة عن عقد الزواج أو الانتهاء منه، وبالتالي

¹ - سورة النساء، الآية 23.

² - رواه أحمد، المسند، ج 6، باب ابتداء مسند أبي هريرة، ر.ح: 7133، المصدر السابق، ص 537.

³ - سورة البقرة، الآية 221.

⁴ - سورة النساء، الآية 3.

⁵ - سورة البقرة، الآية 221.

⁶ - محدة محمد، المرجع السابق، ص 111.

أصبح عقد الزواج من العقود الشكلية أو الرسمية التي لا بد فيها من التوثيق والشهود لحماية العقد وترتيب آثاره¹.

الفرع الأول: الجهات المختصة في إبرام عقد الزواج

لقد قررت المادة(18) من قانون الأسرة الجزائري أن الزواج يثبت بعقد مدني وهو عبارة عن سند توثيقي يقوم بتحريره وتسجيله ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختص بتحرير عقد الزواج، إذ تنص على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

واضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري حدد جهتين رسميتين يتم من خلالها إبرام عقود الزواج وهما الموثق باعتباره موظف عمومي يتولى إبرام العقود الرسمية بصفة عامة، بالإضافة إلى ضابط الحالة المدنية.

وهناك جهة ثالثة وهي الأهم في اعتقادي يبرم أمامها عقد الزواج الشرعي، أي ما يعبر عنه بالزواج بالفاتحة، إذ جرت العادة والعرف أن يبرم الزواج بهذه الكيفية ثم بعد ذلك يوثق أمام الجهات الرسمية، وقد تطول المدة بين الانعقاد والتسجيل وتحدث مشاكل عديدة بين الطرفين².

وهي المشكلة التي كان من المفروض أن تعالج في التعديل، حيث يتعلق الأمر بازدواجية عقد الزواج، مرة يبرم أمام إمام المسجد وهو ما يعرف بالزواج الشرعي، والثانية أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، والنص حتما يقصد إبرام العقد أمام الجهات الرسمية لأنه يحضر فيه جميع الأطراف الخاصة بإبرام عقد الزواج وفق قانون الحالة المدنية، على عكس العقد الشرعي الذي يغيب فيه طرفي العقد عن المجلس وهما الزوج والزوجة، على أن يتولى إبرام العقد وليهما³.

وكان من المفروض توحيد عقد الزواج أمام جهة واحدة مؤهلة شرعا وقانونا للقضاء على هذه الازدواجية، لأنها ترتب في بعض الأحيان الكثير من المشاكل، وخاصة العقد الشرعي الذي يرتب آثاره حالا.

¹ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص 41.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 119.

³ - المرجع نفسه: ص ص 119، 120.

وعليه يستلزم الأمر إيجاد جهة واحدة شرعية ورسمية في نفس الوقت تتولى مهمة إبرام العقود مرة واحدة، حيث تراعى فيها كل الضوابط المنصوص عليها قانونا لتحقيق مصلحة الأسرة¹.

الفرع الثاني: طرق اثبات عقد الزواج وتسجيله

تنص المادة(22) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، من هذا النص يتبين أن القانون حدد طريقتين لإثبات عقد الزواج:

الطريقة الأولى: التسجيل قبل الدخول

نصت المادة(21) من قانون الأسرة الجزائري² على أن إجراءات تسجيل الزواج خاضعة لأحكام قانون الحالة المدنية³ في مواده من 71 إلى 77 منه التي تبين الوثائق التي يقدمها الزوجان عند إبرام عقد الزواج بصفة رسمية أمام الجهات القانونية، وهي كالتالي⁴:

1- شهادة ميلاد الزوج والزوجة، إن تعذر عليهما قدمت بطاقة التعريف أو الدفتر العائلي للأبوين أو الدفتر العسكري⁵.

2- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو الموثق أو البلدية.

3- شهادة الإعفاء من السن الذي نصت عليه المادة(7) من قانون الأسرة.

4- رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري أو الجيش أو الأمن الوطني.

5- نسخة من وثيقة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق الذي صار نهائيا للمرأة التي سبق لها الزواج⁶.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص120.

² - انظر نص المادة 21 من ق.أ.ج.

³ - الصادر بالأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم.

⁴ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص42.

⁵ - انظر المادة 74 من ق.ح.م.

⁶ - انظر المادة 75 من ق.ح.م.

أما المادة(7) مكرر من قانون الأسرة فقد أوجبت على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، كما أوجبت على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من هذه المسألة قبل إبرام عقد الزواج، ويجب عليه تبصير الطرفين بكل مرض أو عامل قد يشكل خطرا على الزواج، بل عليه أن يؤشر على ذلك في عقد الزواج.

غير أن الشروط والكيفيات التي يتم بموجبها تطبيق هذه المادة(7مكرر) فهي محددة عن طريق التنظيم¹، الذي وضع بدقة طريقة التعامل في هذا المجال، إذ أنه لا بد من تحديد نوع الأمراض والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والتي تشكل خطرا على الحياة الزوجية، وإلا فإن المسألة ستكون صعبة التطبيق من الناحية العملية².

أما المادة(71) من قانون الحالة المدنية فتتص على أن ضابط الحالة المدنية أو القاضي هو المختص بتحرير عقود الزواج، وهو إما الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما، وإما الذي يوجد بدائرة اختصاصه مقر إقامة أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

وتنص المواد 76 و96 و104 من قانون الحالة المدنية على أن الزواج الذي ينعقد في الخارج يحضره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية.

أما المادة(73) من قانون الحالة المدنية فقد حددت سائر العناصر والبيانات التي يجب أن يراعيها الموثق أو الموظف المؤهل لتحرير العقد وهي:

-لقب واسم وتاريخ ومكان ولادة الزوجين.

-لقب واسم أبوي الزوجين.

-ألقاب وأسماء وأعمار الشهود.

-الإشارة إلى الترخيص أو الاعفاء من سن الزواج عند الاقتضاء.

¹ - انظر المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 2006/05/11 ، الجريدة الرسمية عدد 31، سنة 2006.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص119.

كما يجب اثبات الحالة المدنية للزوجين بتقديم شهادة ميلاد أو تسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة وكذا دفتر عائلي يتعلق بزواج سابق.

الطريقة الثانية: التسجيل بعد الدخول

وهذه الحالة متعلقة بالزواج غير الموثق وهو الزواج العرفي أو الزواج الذي يتم بالفتحة وفي الغالب يكون بواسطة الإمام أو شخص من ذوي الثقة، وهو ما نصت عليه المادة(22) من قانون الأسرة بقولها: "...وفي حالة عدم تسجيل الزواج يثبت بحكم قضائي".

وهذا الزواج عادة لا يثبت بحكم قضائي إلا بعد استدعاء الأطراف والشهود للتأكد من حصول الزواج وتاريخه إن مكن ذلك، بعد الاستماع إليهم وإلى الشهود، وبعدها يصدر القاضي حكما بثبوت الزواج وتتولى بعد ذلك النيابة العامة مهمة تسجيله في الحالة بسعي منها¹.

بينما تنص المادة(2/58) من قانون الحالة المدنية على أن يسلم ضابط الحالة المدنية إلى الزوجين دفترًا عائليًا يثبت الزواج، أما إن كان قد تم أمام موثق فيجب عليه بعد تحرير العقد في سجله أن يسلم للزوجين شهادة تثبت هذا العقد، ويرسل بعدها إلى ضابط الحالة المدنية ملخصًا عن العقد في مهلة ثلاثة أيام ليقوم بتدوين العقد في سجل عقود الزواج ويسلم للزوجين دفترًا عائليًا، ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين.

المبحث الثالث: آثار عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج من العقود التي ترتب آثار على المتعاقدين، وقد نص قانون الأسرة الجزائري على هذه الآثار في كثير من نصوصه، حيث تحدث عن الحقوق والواجبات المشتركة، كما تكلم عن تنظيم حقين مهمين أحدهما للزوجة وهو حق النفقة، والآخر للزوج وهو حق التعدد، بالإضافة إلى اهتمامه بمسألة النسب وطرق اثباته، وذلك على النحو التالي²:

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص122.

² - كاملي مراد، المرجع السابق، ص45.

المطلب الأول: الحقوق والواجبات المشتركة

مادام الزواج عقدا بين طرفين ومن أهدافه انجاب الأولاد والعيش في أسرة واحدة، فإن هذا يؤدي إلى انشاء حقوق وواجبات لهؤلاء الأفراد وعليهم، ومادام الأساس في هذه الالتزامات والحقوق هما الزوج والزوجة، فإننا سنبين الحقوق والواجبات المشتركة بينهما والتي نصت عليها المادة (36) و(37) من قانون الأسرة الجزائري¹ والتي تنقسم إلى فئات، فمنها ما يتعلق بالزوجين، ومنها ما يتعلق بالفروع، و منها ما يتعلق بالأصول²، وأخيرا ما يتعلق بإدارة الأموال المشتركة بينهما.

الفرع الأول: الحقوق والواجبات المتعلقة بالزوجين

1- المعاشرة بالمعروف: لكل من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر بمقتضى الطبيعة والحاجة البشرية ما لم يوجد مانع كالحيض أو النفاس أو المرض، وهذا واجب على الزوج ديانة أي فيما بينه وبين الله لإعفاف الزوجة وإبعادها عن التورط في الحرام متى كان قادرا على ذلك.

والمعاشرة بالمعروف من شأنها أن تدمج المودة والمحبة بين الزوجين وهما أمران تتطلبهما الحياة المستقرة الهادئة، والاستمتاع بين الزوجين أمر مطلوب من الشارع يثاب فاعله ويعاقب تاركه دون مبرر شرعي، كما أن التقصير من أحدهما قد يؤدي إلى الانزلاق والوقوع في المحذور³.

ورأى بعض العلماء أن الزوج لا يلزم بمرات معدودة بالمعاشرة وإنما يكون بمقدار ما يعفها ويبيدها عن الوقوع في الحرام، وهذا الرأي هو الصواب المطابق للواقع لأنه يحقق مقاصد الزواج والألفة والسكن والمودة والرحمة فهو حق دائم مشترك بين الزوجين.

2- حسن المعاملة والعشرة: يتوجب على كلا الزوجين أن يحسنا المعاملة والعشرة بينهما بالتعاون على الحياة المشتركة وتجاوز الخلافات والإخلاص في أداء الواجب، والتشاور في شؤون الأسرة، وهذا من شأنه أن يحافظ على الروابط الزوجية، وذلك لقوله تعالى: "وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"⁴.

¹ - انظر نص المادتين 36 و37 من ق.أ.ج.

² - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص86.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص165.

⁴ - سورة النساء، الآية19.

الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المتعلقة بالفروع

يجب على الزوجين القيام بالرعاية التامة للأولاد وحسن تربيتهم التربية الصالحة، وذلك بالاهتمام بالشؤون المادية للأولاد من توفير الغذاء واللباس والسهر على تعليمهم، بالإضافة إلى اهتمامهم بالشؤون المعنوية من تربية وحماية وحنان وعطف لهم¹، وكذا التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات، والجملة كل ما يهم الأسرة ويحقق استقرارها وطمأنيتها.

الفرع الثالث: الحقوق والواجبات المتعلقة بالأصول

أوجب الشرع الإسلامي وكذا القانون على كل من الزوجين المحافظة على الروابط الأسرية أي أقارب الزوجين معا، وذلك بحسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه مع الاحترام والتقدير الواجبين لهما، وتبادل الزيارات وتفقد أحوالهم ومساعدتهم في كل ما يحتاجون إليه²، وكذا استضافتهم بالمعروف، ويعتبر أبوي كل زوج بمثابة أبوين للزوج الآخر وكذا الشأن بالنسبة للأقارب، لأن الأسرة لا تتكون من الزوجين والأولاد فقط بل من كل الأقارب، فالجتمع الصالح لا يكون إلا بتضامن جميع أفراد الأسرة³.

الفرع الرابع: إدارة الأموال المشتركة بين الزوجين

المشرع الجزائري من خلال نص المادة(37) من قانون الأسرة أقر الذمة المستقلة لكل من الزوجين وله الحرية في التصرف في ماله الخاص، فلم تبق الزوجة تحت وصاية زوجها لأنها ليست قاصرة، لكن وتحقيقا لحسن تسيير مالية الأسرة يجوز للزوجين الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق يبرم بعد الزواج أمام الموثق بشأن تسيير الأموال المشتركة بينهما، كأن يقوموا بمشروع تجاري أو اقتصادي...، وكذا بشأن الأموال التي تدخل في الذمة المالية لكل منهما أثناء الحياة الزوجية سواء بسبب المجهود الفردي أو المشترك أو بسبب التلقي من طرف الغير كما هو الحال في الهبات أو الوصايا أو في حالة الميراث، وتحدد في العقد الرسمي النسب التي تؤول إلى كل منهما، كما يجوز أن يتفقا على تركها مشتركة فيما بينهما⁴.

¹ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص87.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص166.

³ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص87.

⁴ - المرجع نفسه، ص ص88، 89.

فالأصل في الإسلام استقلال شخصية المرأة وكذا الرجل سواء قبل الزواج أو بعده، بمعنى انفراد كل منهما بالمسؤولية الشخصية سواء أمام الله أو أمام العمل الذي تقوم به، فالذمة المالية المستقلة للزوجة مقررة بالشرع والقانون فهي كما تمتلك حق التصرف في المهر، فهي تمتلك أيضا التصرف في مالها غير المهر، وتوجهه الوجهة التي تراها ما لم يكن في غير العمل المشروع¹.

المطلب الثاني: حق الزوجة في النفقة

الفرع الأول: مفهوم النفقة

أولا: تعريف النفقة:

1- لغة: اسم من الانفاق وهو ما ينفقه الشخص أو يخرجه من مال، وجمعها نفاق ونفقات، وقيل الكلمة مأخوذة من النفوق وهو الهلاك، فقيل: نفق الطعام إذا فني، لهذا أطلقوا المال الذي ينفق على الأولاد بالنفقة، لأن الانفاق على الأولاد إهلاك للمال²، وجاء في التعريفات: أن النفقة اسم يطلق على ما يتحمله الشخص من ثقل النفقة التي ينفقها على أهله وأولاده³.

2- اصطلاحا: هي كل ما يحتاج إليه المرء لإقامة حياته من ضروريات الحياة، أما النفقة الزوجية فهي كفاية الزوج لزوجته إلى كل ما تحتاج إليه من مأكل وملبس ومسكن وعلاج... وكل ما يلزمها لإقامة حياتها⁴.

3- قانونا: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف النفقة وإنما تطرق بالتفصيل إلى مشتملاتها من خلال نص المادة (78) كما يلي: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ثانيا: أدلة مشروعية النفقة وحكمها

1- أدلة مشروعية النفقة:

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 81.

² - بختي العربي، المرجع السابق، ص 147.

³ - الجرجاني، كتاب التعريفات، باب الميم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1983، ص 196.

⁴ - بختي العربي، المرجع السابق، ص 147.

أ- من القرآن الكريم: قوله تعالى: " أَسْكِنُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وَّجْدِكُمْ"¹، وهذه الآية خاصة بالمطلقة إذ أوجب الله لها النفقة وهي في العدة بوضع الحمل، فمن باب أولى أن تكون النفقة لغير المطلقة.

ويفهم وجوب النفقة كذلك في قوله تعالى: " وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"²، وقوله تعالى: "لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا"³، فهذه الآيات تدل على طلب النفقة سواء ما كان منها عاما أو شاملا لبعض جوانبها فقط.

ب- من السنة المطهرة: ما روي عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت: " يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ"⁴

2- حكم النفقة:

هي واجبة شرعا بنصوص القرآن والسنة النبوية، وهي حق قانوني للزوجة من خلال نص المادة(74) من قانون الأسرة بقولها: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة".

ويشترط للمطالبة بالنفقة أن لا يمر على وجودها سنة، وذلك لنص المادة(80) من قانون الأسرة على أنه: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

ثالثا: سبب وجود النفقة وشروط استحقاقها

1- سبب وجود النفقة: العقد الصحيح موجب للنفقة على أي حال كانت عليها المرأة مادامت مستعدة للاحتباس بدعوتها إذا دعاها الزوج إلى ذلك، أو هي محتبسة فعلا، وهذا ما نصت عليه المادة(74) بقولها: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة"، ومن ثم فلا نفقة لمن كان زواجها فاسدا لأن

¹ - سورة الطلاق، الآية 6.

² - سورة البقرة، الآية 233.

³ - سورة الطلاق، الآية 7.

⁴ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، ج7، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة، ر.ح: 5364، المصدر السابق، ص65.

أما المشرع الجزائري فقد اتجه نفس الاتجاه في تقدير النفقة وترك أمر تقديرها للقاضي وذلك من خلال المادة(79) من قانون الأسرة التي تنص: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وتقول المحكمة العليا في هذا الشأن: "من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عمرا، ثم حال مستوى المعيشة، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية..."¹.

وبناء على ذلك فقد وضع القانون بشيء من التفصيل ضروب النفقة والمواد التي تشتمل عليها، وأخذ بمذهب الجمهور من خلال نص المادة(78) السابقة الذكر، مما يعني توفير كل ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها كتوفير ما يكفيها من الطعام والشراب والكسوة، أما المسكن فينبغي أن يكون صالحا ولائقا لإقامة الزوجة فيه بحيث تأمن فيه على نفسها ومشتملا على ما يلزم للحياة فيه من أثاث وفرش وأدوات منزلية ومرافق ضرورية².

الفرع الثالث: نفقة الأصول والفروع

من أهم الواجبات الملقاة على عاتق الزوج(الأب) القيام بما هي النفقة على أصوله وفروعه إذا لم يكن لهم مالا ينفقون منه، وهو واجب شرعي قبل أن ينص عليه القانون، فالإحسان إلى الوالدين يكون من خلال تفقد أحوالهما والانفاق عليهما ولا يجوز له تركهما وإهمالهما³.

أولا: نفقة الفروع

نفقة الأولاد هي من نفقة الفروع، والفروع هم أولاد الشخص وأولاد أولاده وإن نزلوا سواء كانوا ذكورا أم إناثا، والقانون بنصه في المادة(75) من قانون الأسرة: "تجب نفقة الولد على الأب...." أخذ بقول الإمام مالك الذي حدد الأولاد بالأولاد المباشرين دون غيرهم⁴.

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 44630 الصادر بتاريخ 1987/02/29.

² - بختي العربي، المرجع السابق، ص154.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص156.

⁴ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص164.

1- شروط استحقاق الفروع للنفقة:

أ- أن يكون الولد فقيرا وعاجزا عن الكسب: يشترط لوجوب نفقة الأب على ولده أن يكون هذا الأخير فقيرا لا مال له، وأن يكون عاجزا عن الكسب، أما إذا كان قادرا على الكسب فلا تجب له النفقة على أبيه وحتى ولو لم يكن له مال، أما إذا كان عاجزا عن الكسب ولا مال له فتجب نفقته على أبيه متى كان قادرا على النفقة ليسره.

ب- قدرة الأب على الكسب: حتى ينفق الأب على أولاده يجب أن يكون موسرا وقادرا على الكسب، أما إذا كان معسرا وله القدرة على الكسب فلا يجب عليه التكسب لينفق على أولاده المعسرين ولو كان له صنة¹.

ونفقة الأب على ولده إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني وهو محدد بتسعة عشر سنة، وتستمر هذه النفقة إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو كان طالب علم يمارس الدراسة.

أما نفقة البنت فستمر على الأب إلى أن تتزوج ويدخل بها الزوج، والنفقة سواء للولد أو للبنت تسقط بالاستغناء عنها بالكسب، وهذا ما نصت عليه المادة (57) من قانون الأسرة بقولها: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، وبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

2- النفقة تجب على الأم بحكم القانون:

إذا لم يكن للأب مال ولا يستطيع الانفاق على أولاده، فإن القانون جعل نفقتهم على الأم لعجز الأب عن الانفاق عليهم، ولا تجب نفقة الأولاد على الأم إلا إذا كانت قادرة على الانفاق عليهم²، وهذا ما نصت عليه المادة (76) من قانون الأسرة بقولها: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

¹ - المرجع نفسه، ص 164.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 165.

ثانيا: نفقة الأصول

المشرع الجزائري عندما نص في المادة(77) من قانون الأسرة على نفقة الأصل ونفقة الفرع، لم يحدد الأصل ولا الفرع، والأصل هو الأب وإن علا والفرع هو الإبن وإن نزل، فالأصول عند المالكية هم الأباء والأمهات المباشرون وليس الأجداد ولا الجدات مطلقا سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم.

1-شروط استحقاق الأصل للنفقة على فرعه:

أ-أن يكون الأصل فقيرا لا مال له: وهذا باتفاق الفقهاء، ولكن شرط العجز عن الكسب فمحل خلاف، فالمالكية يقولون إذا كان الأب قادرا على الكسب تجب عليه نفقة ابنه ويجبر على الكسب حتى ينفق، أما جمهور الفقهاء فلا يشترطون أن يكون الأب عاجزا عن الكسب¹.

ب-أن يكون الفرع موسرا: ومعناه أن يكون الفرع في حالة يسر، وقادرا على الكسب حتى ينفق على أصله. ويبقى أن نشير أن المادة(77) من قانون الأسرة² تقضي بوجود النفقة من الفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة، ومضمون هذ النص يحقق الحماية الشكلية للأبوين³.

الفرع الرابع: مسقطات النفقة

تسقط النفقة على الزوج في عدة حالات وهي كالاتي:

أولاً: إعسار الزوج: الأصل أن الزوج ينفق على زوجته من تلقاء نفسه ولا يقصر في هذا الحق، لكن إذا كان الزوج معسرا وغير قادر على الانفاق فلا نفقة عليه، بل تسقط في حقه النفقة الزوجية⁴.

ثانيا: الزوجة الناشز: والنشوز معناه الخروج عن طاعة الزوج وعدم الامتثال لأوامره بون حق شرعي، فالزوجة إذا خرجت عن طاعة الزوج ولم تستجب إلى ما تقتضيه الحياة الزوجية بغير مبرر شرعي فلا تستحق النفقة،

¹ - المرجع نفسه، ص166.

² - انظر نص المادة 77 من ق.أ.ج.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص156.

⁴ - محدة محمد، المرجع السابق، ص143.

وكذلك الأمر إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية بغير مبرر شرعي وكان البيت مستوفيا للشروط الضرورية، ذلك أنها تعد قد فوتت حق الزوج بغير مسوغ شرعي¹.

وتعد الزوجة ناشزا وخارجة عن طاعة زوجها وتسقط نفقتها إذا خرجت من المسكن بغير إذن زوجها أو منعه من الدخول عليه في بيتها الذي يقيم معها فيه، أو إذا امتنعت من الفر معه إلى المكان الذي يعيش فيه، ذلك أن نفقة الزوجة تجب على الزوج من حين انتقالها إلى بيت الزوجية وهذا مقابل احتباس نفسها لمنفعة الزوج، ولزومها أوامره وعدم منعها زوجها من الاستمتاع بها، وعدم اشتغالها بما يضيع حقه كزوج بلا إذن منه².

ثالثا: الزوجة المرتدة: أي التي خرجت عن دين الإسلام، فارتدادها حسب رأي الفقهاء سواء كان قبل الدخول أو بعده يسقط نفقتها على زوجها ولو كانت مستعدة لتسليم نفسها لزوجها، لأن تركها الإسلام وانتسابها لدين آخر يجعلها في وضع المرأة الناشز، والنشوز يجرم صاحبته من نفقة زوجها³.

رابعا: الزوجة العاملة بدون رضا زوجها: إذا لم يكن الزوج راضيا عن عمل الزوجة وخرجت للعمل سقطت النفقة في حقها، لأنها ضيعت حق الاحتباس على الزوج سواء كان عملها كل اليوم أو جزءا منه فقط، لأنه ولو بهذا الأخير ينقص التسليم والاحتباس⁴، أما إذا اشترطت المرأة قبل الزواج أو بعده أن تعمل خارج البيت ورضي الزوج بذلك، فإن نفقتها لا تسقط لأنه رضي بالاحتباس الناقص، لكن يشترط أن لا تسيء الزوجة استعمال حقها في الخروج للعمل، بحيث تضر بمصلحة الأسرة، فإن أساءت فللزواج الحق أن يمنعها عن العمل، فإن لم تستجب سقطت نفقتها.

المطلب الثالث: حق الزوج في التعدد

أقرّ المشرع الجزائري مبدأ التعدد من خلال نص المادة(8) من قانون الأسرة من باب الضرورة حتى لا يترك الأمر غفلا دون نص مقتديا بما جاء في الشريعة الإسلامية التي أجازت مبدأ التعدد، وذلك في قوله تعالى:

¹ - بختي العربي، المرجع السابق، ص148.

² - المرجع نفسه، ص ص148، 149.

³ - المرجع نفسه، ص152 .

⁴ - محدة محمد، المرجع السابق، ص147.

" فَإِن كِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْبِي وَثَلَّثَ وَرَبَعَ فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ " ¹.

ويشترط للتعدد في الشريعة الإسلامية أن لا يزيد الرجل على أربع زوجات، وأن يعدل بينهم في كل الأمور، وأن يكون قادرا على نفقة زوجاته بعددهن، وهو ما يفهم من نص الآية السابقة والنصوص المحددة للواجبات الزوجية ².

أما قانون الأسرة الجزائري فنص على التعدد في المادة (8) بقولها: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

يستخلص من هذا النص أن المشرع قد سمح بالتعدد لكنه فرض جملة من الشروط والإجراءات لا يمكن الزواج إلا من خلالها، وهذه الشروط هي:

أولا: أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية (عدم تجاوز أربع زوجات، عدم الجمع بين المحارم...).

ثانيا: وجود المبرر الشرعي للتعدد: وهي عبارة عامة لم تحدد المقصود بالمبرر الشرعي، لأن المبررات الشرعية كثيرة ومختلفة، ومن بينها حالة العقم، أو الأمراض المزمنة التي تؤثر على سير الحياة الزوجية، أو لا تستطيع الزوجة اشباع رغبات الزوج الغريزية وغيرها، وفي جميع الأحوال فإن الأمر يبقى متروك للسلطة التقديرية للقاضي ³.

ثالثا: أن تتوفر شروط ونية العدل: بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية والمعنوية، كقدرته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية، أما المعنوية فقدترته على معاشرتهن.

¹ - سورة النساء، الآية 3.

² - مراد كاملي، المرجع السابق، ص 46.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 111.

وتبقى نية العدل أمر باطني ليس للقاضي أن يتطلع عليه، ولكن له أن يقدر مدى استعداد الزوج للعدل بين الزوجات حال منح الرخصة له¹.

رابعاً: يجب عليه إخبار الزوجة السابقة واللاحقة برغبته في التعدد: إذ العلم بهذا الزواج من الطرفين أمر وجوبي حتى لا تفاجيء الزوجة الأولى أو الثانية أو هما معاً، ولم يتطرق القانون إلى الكيفية التي يتم بواسطتها الإخبار، هل بشكل شفوي أم برسالة، أم تتولى الجهات المراد إبرام العقد أمامها إخبار الزوجتين بذلك².

خامساً: تقديم ما يثبت موافقة الزوجتين السابقة واللاحقة على التعدد.

سادساً: أن يحصل الزوج على ترخيص من رئيس المحكمة بعد استيفاء الشروط المذكورة سابقاً.

وفي حال التدليس من الزوج بأن أخفى على إحدى الزوجات حقيقة أمره، فيجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق وفق ما نصت عليه المادة (8) مكرر³، وكان من المفروض أن ينص أيضاً على حقها في المطالبة بالتعويض في حال حصول الضرر، لأن التدليس فعل عمدي وبالتالي أمكن التعويض⁴.

ونص القانون في المادة (8) مكرر⁵ على ضرورة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا تزوج الزوج بدون ترخيص من القاضي بناء على الشروط الواردة في المادة (8) أعلاه، وهو ما يفهم بأنه إذا حصل دخول فلا يمكن فسخ الزواج، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إذا لم تكن راضية سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها وفقاً للقواعد العامة⁶.

المطلب الرابع: النسب

من أهم مقاصد الزواج في الشريعة هو المحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها ولولاه لتفككت الأسرة وذابت أواصر الصلات بينها ولما بقي هناك أثر للحب والحنان.

¹ - مراد كاملي، المرجع السابق، ص 46.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 112.

³ - انظر نص المادة 8 مكرر من ق.أ.ج.

⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 113.

⁵ - انظر نص المادة 8 مكرر 1 من ق.أ.ج.

⁶ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 113.

ومن هنا جاء امتنان المولى سبحانه وتعالى على عباده فقال: " وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا
فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا"¹.

وعليه سنتطرق إلى مفهوم النسب وطرق ثبوته والآثار المترتبة عليه على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم النسب

أولاً: تعريف النسب

أ- لغة: النسب مفرد الأنساب، ويعني القرابة وهي صلة الدم، ويكون في الآباء خاصة².

ب- شرعاً: يطلق النسب على القرابة من جهة الأباء باعتبار أن الإنسان ينسب إلى أبيه فقط ولا ينسب إلى أمه إلا في حالي الزنا واللعان، ويعني النسب أيضا القرابة التي سببها الولادة³، والولد ينسب لأبيه كما ورد في القرآن لقوله تعالى: " أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ..."⁴، والنسب يختلف عن التبني الذي حرّمته الشريعة الإسلامية، حيث لا ينتمي إلى الأسرة من ليس من أصلها.

ج- قانوناً: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف النسب بل تحدّث عن طرق ثبوته من خلال المادة(40) منه وما يليها.

ثانياً: الحكمة من إثبات النسب

1- المحافظة على الأنساب ومنع اختلاطها.

2- المحافظة على كيان الأسرة كخلية أساسية لتكوين المجتمع.

¹ - سورة الفرقان، الآية54.

² - ابن منظور، ج1، فصل النون، المصدر السابق، ص755.

³ - بختي العربي، المرجع السابق، ص71.

⁴ - سورة الأحزاب، الآية5.

من أجل ذلك منع الزواج في العدة لقوله تعالى: " وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ
أَجَلَهُ " ¹، ولأجله أمرت المعتدة بالإقرار بما في رحمها في قوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ
فُرُوسٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِيهِمْ مِنْ أَرْحَامِهِمْ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ " ².

ومن أجل ذلك حُرِّمَ على المسلم أن يُنكِرَ نسب ابنه الذي من صلبه لقوله صلى الله عليه وسلم: " أيما
امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده
وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخريين " ³. أو أن يدعي نسب من ليس
ابن له، أو ينسب الولد نفسه إلى من هو ليس أباً له أو أما لقوله صلى الله عليه وسلم: " مَنْ ادَّعَى إِلَىٰ غَيْرِ
أَبِيهِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ، فَاجْنَتْهُ عَلَيْهِ حَرَامٌ " ⁴.

لأجل ذلك حرّم المشرع الجزائري التبنّي في قانون الأسرة من خلال المادة (46) منه ⁵، واهتم بالنسب
وطرق ثبوته وشروطه في المواد من (40) إلى (45) منه.

الفرع الثاني: طرق ثبوت النسب

نصت على هذه الطرق وعددها المادة (40) من قانون الأسرة حيث تنص: " يثبت النسب بالزواج
الصحيح أو بالإقرار أة بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد
32 و33 و34 من هذا القانون "، ويمكن بيان هذه الطرق على النحو الآتي:

أولاً: الزواج الصحيح: إن الزواج إذا كان كامل الشروط والأركان عد صحيحاً وصالحاً لإثبات النسب دون
اشتراط بينة أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسب الولد منه، وهذا متى كان تصور مجيء الولد من هذه الزوجية
القائمة ممكناً ⁶، وهذا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ " ¹، وهذا الفراش حتى يكون صالحاً
لثبوت النسب به ومجيء الولد منه لا بد من توافر الشروط التالية التي تضمنتها المادتين (41 و42) من ق.أ.ج.

¹ - سورة البقرة، الآية 235.

² - سورة البقرة، الآية 228.

³ - رواه أبو داود في سننه، ج3، باب التغليظ في الانتفاء، ر.ح: 2263، المصدر السابق، ص 575، 576.

⁴ - رواه البخاري، صحيح البخاري، ج8، باب من ادعى إلى غير أبيه، ر.ح: 6766، المصدر السابق، ص 156.

⁵ - انظر نص المادة 46 من ق.أ.ج.

⁶ - محدة محمد، المرجع السابق، ص 175.

1- أن يكون الاتصال ممكنا: أي امكانية التقاء واتصال الزوجين فعلا وعادة، فإذا كان الاتصال غير ممكن (مثلا كان أحد الزوجين غائبا في بلد بعيد امتدت إلى أكثر من مدة الحمل أو كان سجيناً فينتفي النسب دون لعان في رأي الجمهور)²، ذلك أنه لا يتصور كون المرأة فراشا للزوج إلا إذا أمكن التلاقي الجسدي بينهما والدخول الحقيقي بها، فلو أعدمتم هذه الأمور حسا وعادة ما صح نسب الولد إلى هذه الزوجية³.

2- أن لا ينفه بالطرق المشروعة: لكي يثبت نسب الولد من أبيه اشترط المشرع أن لا ينفى نسب هذا المولود بالطرق المشروعة والمتمثلة في اللعان، والذي هو انكار الزوج نسب ابن زوجته التي في عصمته متى علم به، فإن أنكره فُرق بينهما وينسب الإبن إلى أمه، وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز (8) أيام من العلم به⁴.

3- أن يكون لمدة يتصور مجيء الولد منها: ولكي ينسب الولد لأبيه لا بد أن يكون المولود قد وضعته الزوجة الحامل بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

أما أقل مدة الحمل فقد أجمع الفقهاء على ألا تقل عن ستة (6) أشهر استنتاجا من الآيتين الكريمتين في قوله تعالى: " وَحَمَلُهُ وَوَصَلُّهُ، ثَلَاثُونَ شَهْرًا"⁵، وقوله تعالى: " وَوَصَلُّهُ فِي عَامَيْنِ "⁶، فالآية الأولى حددت الحمل والفصال معا بثلاثين شهرا، والآية الثانية حددت لنا مدة الفصال بعامين، وبخصمنا مدة الفصال من الثلاثين شهرا تبقى ستة أشهر وهي أقل مدة الحمل، وهو ما نصت عليه المادة (42) من ق.أ.ج.

أما أقصى مدة الحمل فقد تضاربت الآراء الفقهية في تحديده بين (9) أشهر وامتدت إلى (7) سنوات لدى البعض، لكن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية لم تعتمد سوى على الأقوال التي تتفق مع العلم والطب الحديث الذي يؤكد استحالة بقاء الجنين في بطن أمه لمدة تزيد عن سنة كاملة⁷.

¹ - رواه البخاري، صحيح البخاري، ج8، باب الولد للفراش حرة كانت أم أمة، ر.ح:6749، المصدر السابق، ص153.

² - كامللي مراد، المرجع السابق، ص48.

³ - محدة محمد، المرجع السابق، ص176.

⁴ - انظر قرار المحكمة العليا رقم 99000 المؤرخ في 1993/11/23.

⁵ - سورة الأحقاف، الآية15.

⁶ - سورة لقمان، الآية14.

⁷ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص232.

أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادة(42) فقد أخذ بمدة أقل وهي (10) أشهر، ولا ندري هل اعتمد على رأي فقهي معين أم استند إلى الخبرة الطبية، لأنه قد تحدث متاعب صحية للمرأة فتتأخر ولادتها بعض الشيء إلى ما بعد (10) أشهر¹.

وقد قرر المشرع الجزائري ثبوت نسب الإبن من أبيه إذا ولد خلال(10) أشهر من الانفصال أو الوفاة في نص المادة(43) بقولها: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".
ثانيا: الإقرار: يعتبر الإقرار الطريق الثاني لثبوت النسب، ولذلك يقول الفقهاء أن الإقرار حجة قاصرة أي لا يسري إلا على المقر إذا تعلق الأمر بالبنوة والأبوة والأمومة، وفي غيرها لا يسري الإقرار على الغير إلا بتصديقه وهو ما نصت عليه المادتين(44و45) من قانون الأسرة الجزائري، والإقرار نوعان:

1- الإقرار بالنسب على النفس(الاستلحاق): فقهاء الشريعة كانوا يطلقون على هذا النوع اسم الاستلحاق لا الإقرار، ولقد عرّف الإقرار بالنسب على النفس أو الاستلحاق بأنه ادعاء المدعي بأنه أب لغيره²، وقد نصت المادة(44) من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

وبناء عليه فإن الإقرار على النفس يثبت بإقرار الأب أو الأم أو الابن المستلحق وهذا قصدا لحفظ الأنساب إلا أنه اشترط لذلك:

أ- أن يكون المقر له مجهول النسب، فإن كان معلوم النسب لا يعتد بالإقرار.

ب- أن لا يكذبه العقل أو العادة كفارق السن القليل الذي لا يسمح بالأبوة لمدعيها، أو العقم الذي لا يسمح بالأمومة لمدعيها.

وزاد الجمهور غير المالكية شرط تصديق المقر له على إقرار المدعي إن كان أهلا لذلك، ولم يشترط المالكية ذلك بناء على أن النسب حق للولد على الأب فثبت بإقراره دون توقف على تصديق منه-أي الإبن- إذا لم يكن هناك دليل على كذب المقر³.

¹ - المرجع نفسه، ص232.

² - محدة محمد، المرجع السابق، ص182،183.

³ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص49.

والاستلحاق بهذا المعنى خلاف التبني، لأن الاستلحاق نسب حقيقي أظهره الإقرار بخلاف التبني فهو علاقة صورية مبنية لأبوة وبنوة غير حقيقتين، ولهذا أجاز المشرع الاستلحاق ولو في مرض الموت حرصا على المحافظة على الأنساب رغم ما فيه من شبهة إدخال وارث¹، بينما منع التبني في نص المادة(46) من قانون الأسرة بقوله: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

2-الإقرار بنسب محمول على الغير: هو حمل نسب على الغير، كأن يقول شخص هذا أخي فقد حمل النسب إلى أبيه، ويشترط فيه تصديق المحمول عليه النسب لهذا الادعاء وفق ما جاء في نص المادة(45) من قانون الأسرة على أن: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

وبناء عليه فإن النسب على الغير لا يملكه المقر ولا يلزم غيره إلا بالتصديق له، كما أن آثار هذا التصديق منصرفة إلى المقر دون غيره من الأقارب، فإذا أقر شخص بأخوة مجهول النسب فلا يسري هذا الإقرار إلا عليه فقط شريطة أن يصدقه المقر له، وإذا عارض باقي إخوة المقر فلا يسري في حقهم هذا الإقرار².

ثالثا: البينة: تعتبر البينة الطريق الثالث من طرق ثبوت النسب، وهي الشهادة عند جمهور الفقهاء، ورأى بعضهم أنها كل ما تقوم به الحجة والأدلة من طرق الإثبات، وهي أقوى من الإقرار من حيث الإثبات، ذلك أنه لو أقر انسان بثبوت بنوة شخص ثم ادعى ثانيا بعد ذلك وأقام البينة ثبت نسبه بها ولو كان متأخرا، ولا يعتبر هذا فسحا للنسب الأول، إذ النسب لا يقبل الفسخ وإنما بإقامة البينة المقبولة تبين كذب المقر³.

رابعا: نكاح الشبهة: وهو دخول الشخص على امرأة لا تحل له أصلا عن غير علم، معتقدا أنها تحل له ثم تبين أمره وعلم حاله بعد ذلك، فيكون هذا الشخص وقاعه لتلك المرأة بشبهة، وهي مثبتة للنسب ومدرئة للحد.

فلو أتت امرأة بولد لستة أشهر فأكثر من تلك الفعلة عُدّ ابنا للواطئ لتأكد الحمل منه، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت منه نسب لتأكد أن الحمل حمل به قبل ذلك إلا إذا أثبتته بطريق آخر⁴.

¹ - المرجع نفسه، ص49.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص234.

³ - محدة محمد، المرجع السابق، ص186.

⁴ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص87.

وكثيرا ما يضرب الفقهاء أمثلة عن نكاح الشبهة بمن يعقد على امرأة دون رؤيتها ثم تزف إليه ثانية، أو جماع المطلقة ثلاث من مطلقها وهي في عدتها عن جهل.

خامسا: النكاح الباطل: وهو الذي حكم القانون بفسخه بعد الدخول لكون المرأة من المحرمات، أو اختل ركن الرضا، فيثبت به النسب إذا توافرت الشروط الواجب توافرها في الزواج الصحيح¹.

والملاحظ أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وجعله مثبت للنسب الناشئ عنه، واشترط لهذا التلقيح شروطا لا بد منها حددتها المادة (45 مكرر) كالتالي:

- أن يكون الزواج شرعيا.

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

- أن لا يتم التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

وقد أجاز المشرع الجزائري كذلك في قانون الأسرة من خلال المادة (40) السابقة الذكر اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، مع ملاحظة أن المشرع لم يحدد الطرق العلمية وترك أمر تحديدها للقاضي.

والطرق العلمية لإثبات النسب كثيرة ومتعددة نذكر من أهمها:

أولا: البصمة الوراثية

إن أهم اكتشاف جديد بعد أن تطورت العلوم في علم الاحياء هو البصمة الوراثية أو ما يعرف بتحليل الجينات، وهذا الاكتشاف أصبح حجة في اثبات النسب.

1-تعريف البصمة الوراثية:

-لغة: هي الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع وفق قوانين محددة.

¹-كاملي مراد، المرجع السابق، ص50.

ب-اصطلاحاً: تعرف بأنها العلامة والأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع، أي أنحال المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية¹.

-وعرّفت أيضاً بأنها: التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي ADN لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية².

- وعُرفت أيضاً بأنها: "البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان".

2- نظام البصمة الوراثية ADN:

ADN هو العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان وتساوم هذه الأخيرة في إثبات أو نفي النسب، باعتبارها تقنية ذات قوة تدليلية قطعية في ذلك، فهي موجودة على شكل صبغة واحدة في جميع مكونات الجسم أو في أي عضو من أعضائه، وهي عبارة عن بروتين يحمل مورثات تحمل مواصفات مختلفة من شخص لآخر وتبقى ثابتة مدى الحياة إلى أن تتحلل الجثة بعد الموت.

وتوصل العلماء إلى أن البصمة الوراثية ADN تعتبر طريقة علمية لإثبات النسب بصفة قطعية، لأن دقة ثبوتها تصل حسب الأطباء والخبراء إلى نسبة الخطأ فيها (ضئيلة جداً) وتقدر ب 1/200000 مرة.

3- ضوابط و ضمانات استخدام البصمة الوراثية:

أ-ضوابط إجراء تحاليل البصمة الوراثية: لا مانع شرعاً وقانوناً من الاعتماد على البصمة الوراثية، واعتبارها طريقة من الطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب بهدف الوصول إلى الحقيقة، غير أنه لا يجوز استخدامها لتعطيل الطرق الشرعية التي أشار إليها المشرع في المادة(40)، كما أنه لا يجوز استعمالها أو التلاعب بها للتشكيك في الأنساب وزعزعة الثقة القائمة بين الزوجين.

ومن ثم فإن الأخذ بنتائج تحاليل البصمة الوراثية يستوجب توافر الضوابط التالية¹:

¹ - سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية، ط1، 2001، ص25.

² - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006، ص43.

- أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء في مختبرات مختصة ومعتمدة وموثوق بها لضمان صحة النتائج وحيادها²، وهو ما أشارت إليه المادة 2/40: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

- يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية لإثبات النسب في قضايا النزاع على النسب كالإقرار والبينة

- لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أنه لا يجوز الاستغناء بها عن اللعان، لأنه الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب وفقا للمادة (41) من قانون الأسرة الجزائري.

- لا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة، فلا يجوز التلاعب بالجينات بالبيع أو الغش أو التجارة أو غير ذلك³.

- إن تقرير خبراء البصمة الوراثية بعد إجراء التحاليل هو خبرة طبية فنية، إذ يتمتع القاضي وفقا لسلطته التقديرية بحق تقدير نتائج الخبرة ومحتواها.

- لا يجوز استعمال البصمة الوراثية لغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالفرش الصحيح، لما قد يترتب عليه من سوء العشرة الزوجية وتفكك العلاقات الأسرية والاجتماعية وغير ذلك من المفاصل التي يجب دفعها وردّها⁴.

ب- ضمانات اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية: إن تحاليل واختبارات البصمة الوراثية ADN تخضع ل ضمانات قانونية لعلق باب المشاكل الناجمة عن اللجوء إلى هذا الدليل العلمي لإظهار الحقيقة البيولوجية في قضايا ومنازعات النسب، وأهم هذه الضمانات نذكر ما يلي⁵:

- لا بد من الحصول على موافقة من يخضع لهذه الخبرة الطبية استنادا إلى مبدأ حرمة الجسد البشري والحق في السلامة الجسدية وفقا للمادة (161) وما يليها من قانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها⁶.

¹ - سالمة بن عمر وآخرون، الطرق العلمية لإثبات النسب، بحث مقدم في مقياس قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014/2013، ص ص8،9.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010، ص398.

³ - المرجع نفسه، ص390.

⁴ - حسني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص83.

⁵ - انظر: سالمة بن عمر، المرجع السابق، ص10.

⁶ - القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المعدل بالقانون رقم 09/98 المؤرخ في 19/08/1998 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

- حماية المعلومات الوراثية باعتبارها حق من الحقوق الشخصية، وهي حماية قانونية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة، وعدم إفشاء السر المهني، وهذا وفقا للمادة (37) من مدونة أخلاقيات الطب¹.

- يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير العلمية والضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية والقيم الدينية والاجتماعية التي تدعها المختصة السلطات لإجراء التجارب والاختبارات والفحوصات الطبية على الإنسان.

- لا يجوز التلاعب بالبصمات الوراثية والجينات البشرية والعينات الخاضعة للفحص البيولوجي الجيني في قضايا إثبات النسب الشرعي، كما أنه لا يجوز استعمالها في المتاجرة، أو استخدامها للعبث بشخصية الإنسان أو للمساس بحقوقه وشرفه وكرامته الآدمية.

ثانيا: نظام تحليل فصائل الدم

يحمل الدم العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب والأم، حيث نجد أن الطفل يأخذ نصف الصفات من أبيه الحقيقي والنصف الآخر من أمه، وهذا عن طريق الحيوان المنوي للرجل، والبويضة للأنثى، وهي العلامات الموجودة في فصائل الدم الرئيسية².

ويعتبر هذا النظام إحدى الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال نفي النسب، ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل والأب والأم تحدد عن طريق تحليل فحص الدم، فكل طفل له خاصية جينية إما مع الأب أو مع الأم، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة.

وتوجد هناك أربعة أنظمة لعملية فحص الدم وهي:

نظام ABO، ونظام RH، ونظام MN، ونظام HLA³.

وما يمكن استخلاصه أن نظام فحص الدم لا يعطي دقة أكثر من 100 بالمئة، لذا تصنف من الطرق العلمية ذات الحجية الظنية، وقد أفرز التطور البيولوجي أن نظام فحص الدم بمثابة قرينة قاطعة في مجال نفي النسب دون إثباته⁴.

¹ - انظر المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

² - سالمة بن عمر، المرجع السابق، ص 1.

³ - انظر أكثر تفصيل هذه الأنظمة الخاصة بفحص الدم: سالمة بن عمر، المرجع السابق، ص 1-3.

⁴ - جلال الجباري، الطب الشرعي والسموم، الدار العلمية الدولية، عمان، ط 1، 2002، ص 188.

وبفعل تقدم التكنولوجيا في مجال الوراثة، فإنه أصبحت عملية فحص الدم لا تُجْدُ نفعا في إثبات النسب، لكونها أظهرت نتائج سلبية، وهذا ما جعل العلم يبحث عن وسائل أكثر صرامة ودقة في مجال إثبات النسب إلى أن توصل إلى البصمة الوراثية.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على النسب

النسب الشرعي والصحيح يلحق الإبن بأبيه مما ينتج عنه آثار من بينها:

أولاً: الميراث: التوارث واجب بين المسلمين وهو حق شرعي ثابت بالنصوص لقوله تعالى: " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي حَقِّ أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ " ¹، والميراث هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية، وبإثبات النسب الشرعي الصحيح بين الأباء والأبناء يتبين استحقاق الميراث بينهم، وإذا كان النسب مجهول أو غير ثابت لا يكون هناك توارث.

ثانياً: موانع الزواج: وهي المحرمات من النساء اللاتي تحرم على الإنسان الزواج بهن لوجود مانع من الموانع، سواء كان مؤبداً كالقربة أو المصاهرة، أو كان مؤقتاً كالمعتدة والمحضنة وغيرها...، ولإثبات النسب الصحيح نتعرف على هذه الموانع المحرمة من الزواج، والحكمة من هذا التحريم هو في منع اختلاط الأنساب وزوال الأطماع من النفوس، حيث يؤدي عيش هؤلاء في ود ورحمة وحب خالص لا تشوبه رائحة الجنس.

ثالثاً: حقوق وواجبات أبوية وأبنوية: من خلال النسب الشرعي الثابت بين الأباء والأبناء، تكون هناك واجبات وحقوق شرعية على الأبناء تجاه الأباء كحبهم وطاعتهم وعدم معصيتهم، وكذلك تكون واجبات وحقوق شرعية على الأباء تجاه الأبناء وذلك في تربيتهم التربية الحسنة، وتعليمهم والنفقة عليهم وغيرها.

¹ - سورة النساء، الآية 11.

الفصل الثالث: الطلاق

ينقضي الزواج أو ينحل إما بالموت حقيقة أو حكماً، وإما بالفسخ كارتداد أحد الزوجين عن الإسلام، وإما بالفرقة بين الزوجين عن طريق الطلاق، ولقد نصت المادة(47) من قانون الأسرة عن سببين في انحلال الزواج وهما الطلاق والوفاة.

والطلاق كظاهرة عرفته الشعوب منذ القدم وأقرته جميع الديانات لكن كل بطريقته في إيقاعه أو تقييده، ولما جاء الإسلام فصل في الطلاق ونظّمه تنظيمًا دقيقًا، وأباحه الله عز وجل استثناءً عند الحاجة إليه، وهو أبغض الحلال عند الله لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ما أحلّ الله شيئاً أبغضَ إليه من الطلاق"¹، وهذا لكون الحياة الزوجية وصفها الله تعالى بالميثاق الغليظ، وأن هدمها وفكها شيء مبغوض، ولكن لم يجرمه لاحتمال كونه وسيلة لعلاج الحياة الزوجية المتفككة والمضطربة، وقيده بجملة من الأحكام والاجراءات التي يجب اتباعها حتى يقع الطلاق ويعتبر صحيح، وبالتالي فهو إجراء وقائي يهدف إلى حماية الأسرة والمجتمع.

ورغم هذا فإن الطلاق حقيقة اجتماعية وشرعية أضحي مع الأسف ممارسة يومية في يومنا هذا، ولقد تناول المشرع الجزائري الطلاق في قانون الأسرة في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون بانحلال الزواج. وعليه سنوضح مفهوم الطلاق وطرق إيقاعه، ثم نتطرق إلى الآثار المترتبة عليه في المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

سنتطرق في هذا البحث إلى تعريف الطلاق والحكمة منه، ثم بيان مشروعيته وحكمه، ثم نعرض على أركانه وأقسامه، وأخيرا نبين الفرق بينه وبين الفسخ.

المطلب الأول: تعريف الطلاق والحكمة منه

الفرع الأول: تعريف الطلاق

أولاً: تعريفه لغة: وردت كلمة الطلاق في اللغة بعدة معاني منها:

- طلق الوجه أي ضاحك الوجه، طلق اليدين أي سمح، كما يقال طلق اللسان أي فسيح اللسان.

¹ - رواه أبو داوود في سننه، ج3، باب في كراهية الطلاق، ر.ح:2177، المصدر السابق، ص504.

-ويقال أيضا: أطلق الأسير أي حل سبيله وحل قيده، أو أطلق الناقة من عقالها أي حل سبيلها¹.

- كما يقال طلق الرجل امرأته أي سرحها وفك الرابطة الزوجية بينهما، ويقال أيضا: هو حل القيد والرابطة حسية كانت أو معنوية.

ثانيا: تعريفه شرعا: للطلاق عدة تعاريف وهي في معظمها متماثلة:

- "الطلاق هو حل الرابطة الزوجية في الحال او المآل بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا"²، وعرفته المذاهب كما يلي: فالمالكية عرّفوه بأنه: " حل العصمة الزوجية المنعقدة بين الزوجين"³.

- وعرّفه الشافعية والحنابلة بأنه: " حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁴.

- وعرّفه الحنابلة بأنه: " رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو في المآل بالرجعي بلفظ مخصوص هو ما اشتمل على الطلاق"⁵.

ثالثا: تعريفه قانونا: لقد ورد انحلال الزواج في الفصل الأول من الباب الثاني من قانون الأسرة، حيث تطرق للطلاق وصوره وبيّن الآثار المترتبة عليه، فقد نص المشرع الجزائري في المادة(48) على أنه: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

ويفهم من هذا أن المشرع استعمل كلمة حل عقد الزواج التي تشمل طرق انحلاله وصور ايقاعه، دون أن يعطي تعريفا واضحا للطلاق تاركا ذلك كعادته للفقهاء⁶.

¹ - المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004، ص563.

² - ياغي أكرم، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية-تشريعا وفتحا وقضاء-، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2013، ص195.

³ - شتوان بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، دار الفجر، الجزائر، د.ط، 2009، ص10.

⁴ - أبو عطية السيد، الزواج والطلاق في زمن العولمة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2014، ص33.

⁵ - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009، ص81.

⁶ - ذيايي باديس، صور فك الرابطة الزوجية، على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2007، ص7.

الفرع الثاني: الحكمة من الطلاق

لما كان الإسلام ديناً عاماً يعمل حساباً لكل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان وحريصاً على وقاية الفرد والأسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الحرج والضرر والإضرار، ولم ينظر إلى عقد الزواج مع شدة تقديسه له والرفع من شأنه على أنه أبدي لا يمكن حله، بل شرع الطلاق لحكم ومقاصد سامية منها:

1- انتهاء النزاع الدائم بين الزوجين.

2- منع الضرر الغالب المستديم كحالة عسر الزوج وعجزه عن النفقة، أو حالة مرض أحدهما يستحيل معه دوام العشرة بينهما.

3- إعطاء فرصة حياة جديدة لكلا الزوجين، وهو ما أشارت إليه الآية الكريمة في قوله تعالى: "وَإِنْ يَتَّبِعَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِّنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيمًا"¹.

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق وحكمه

الفرع الأول: مشروعية الطلاق

أولاً: من القرآن الكريم

- نجد قوله تعالى: "يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّفُوهُنَّ لِعِذَّتِهِنَّ"²، وقوله تعالى: "إِطَّلَعْتُ مَرَّتَيْنِ فِي مَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنِ"³، وقوله تعالى أيضاً: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ"⁴.

¹ - سورة النساء، الآية 130.

² - سورة الطلاق، الآية 1.

³ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴ - سورة البقرة، الآية 236.

ثانيا: السنة النبوية المطهرة: توجد أحاديث كثيرة نذكر منها:

-قوله صلى الله عليه وسلم: " ما أحلَّ الله شيئا أبغضَ إليه مِنَ الطلاقِ " ¹، وفي رواية أخرى: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق"، وقوله صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدُّهنَّ جدُّ وهنَّهنَّ جدُّ: النكاحُ، والطلاقُ، والرَّجعة " ².

- وقال سيدنا عمر - رضي الله عنه -: " أن رسول الله - صَلَّى الله عليه وسلم - طَلَّقَ حفصة، ثم راجعها " ³.

ثالثا: الإجماع: أجمع المسلمون على أن الطلاق جائز من عهد النبي صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا، ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع.

الفرع الثاني: حكم الطلاق

الطلاق تعتربه الأحكام التكليفية الخمسة من وجوب وحرمة وكراهة وندب واستحباب كالاتي:

أولاً: الوجوب: يكون الطلاق واجبا في حال الشقاق المستمر الذي يستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية.

ثانيا: الحرمة: يكون الطلاق محرما إذا وقع من غير الحاجة إليه، ولما فيه من إضرار بالزوجة وتشتيتا للأسرة.

ثالثا: الكراهة: يكون الطلاق مكروها في حق الزوجة المستقيمة الحال، لأن فيه كفرا لنعمة الزواج.

رابعا: الندب: يكون الطلاق مندوبا في حق الزوجة السيئة الأخلاق ويخاف منها الوقوع في الحرام.

خامسا: المستحب: يكون الطلاق مستحبا في حال تقصير الزوج في حق زوجته وعجزه عن القيام بحقوقها.

المطلب الثالث: أركان الطلاق وأقسامه

الفرع الأول: أركان الطلاق

حتى يقع الطلاق صحيحا لابد من توفره على أركان، فبعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق وهو المطلق، وبعضها يرجع إلى من يقع عليه الطلاق وهي المطلقة، والبعض الآخر يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي الصيغة، وهذا ما سوف نتناوله بالشرح كالاتي:

¹ - سبق تخريجه في صفحة 77.

² - رواه أبو داوود في سننه، ج3، باب في الطلاق على الهزل، ر.ح:2149، المصدر السابق، ص516.

³ - رواه أبو داوود في سننه، ج3، باب في المراجعة، ر.ح:2283، المصدر السابق، ص593.

أولاً: المطلق "من يقع منه الطلاق"

المطلق هو الزوج، وهو صاحب الحق الأصيل في إيقاع الطلاق، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ"¹، فليس من غير الزوج سواء كان ولي أو وصي أن يوقع الطلاق، حتى ولو كان هو الذي تولى عقد الزواج.

وعلى الرغم من أن الشرع جعل الطلاق بعصمة الزوج، إلا أنه لم يمنحه هذا الحق مطلقاً وقيده بشروط وضوابط، وراعى أيضاً جانب الزوجة وجعل لها الحق في طلب التطليق أما القضاء عند وقوع الظلم عليها لأي سبب من أسباب التطليق، كما لها أن تفدي نفسها بمال تدفعه للزوج مقابل تركها وهو ما يسمى بالخلع².

ونظراً لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع اشترط الفقهاء توافر شروط لا بد منها في المطلق حتى يتمكن من إيقاع الطلاق وهي:

1- أن يكون المطلق زوجاً: أي أن يكون زوجاً حقيقياً للمطلقة أو مفوضاً لها، لأن التفويض هو أن يملك الزوج زوجته طلاق نفسها منه، فمن غيرهما فلا يقع الطلاق، وعلى هذا لا يملك الولي إيقاع الطلاق على زوجة ابنه لأن الطلاق حق شخصي للزوج فلا يملكه غيره³.

2- أن يكون الزوج بالغاً عاقلاً: يشترط في الزوج أن يكون بالغاً وعاقلاً حتى يقع منه الطلاق، لأنه لا طلاق من الصبي والمجنون والمعتوه، لأن العقل هو أداة التفكير وشرط أهلية التصرف، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك إلا ما روي في مذهب الإمام أحمد من جواز طلاق الصبي إذا كان يعقل معنى الطلاق⁴.

3- أن يكون قاصداً للطلاق: بمعنى أن يكون الزوج مختاراً غير مكره، بحيث يكون إقدامه على الطلاق بجرية كاملة وإرادة واعية حرة، على علم تام بكل ما يترتب على هذا القرار من نتائج وآثار.

¹ - سورة البقرة، الآية 236.

² - عبد العزيز رمضان سمك، الأحوال الشخصية، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، مركز جامعة القاهرة، مصر، د.ط، 2013، ص 190.

³ - أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، -الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 1998، ص 47.

⁴ - سليمان ولد حسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، شركة الأصالة، الجزائر، ط2، 2012، ص 139.

ثانيا: المطلقة "من يقع عليها الطلاق"

كأصل عام المرأة هي التي يقع عليها الطلاق، ويشترط فيها أن تكون:

1- أن تكون زوجة للمطلق حقيقة أو حكما: والمراد بكونها زوجة حقيقية أن تكون الزوجية قائمة فعلا بعقد صحيح، فتكون محلا للطلاق، أما الزوجية القائمة حكما فهي حالة المعتدة من طلاق رجعي¹.

2- أن تكون الزوجة في حالة طهر لم يمسه فيها، أي طاهرة من الحيض، فإذا طلقها الزوج وهي حائض كان طلاقه مخالفا للشرع واعتبر طلاقه بدعة عند الفقهاء.

3- أن تكون الزوجة المطلقة محددة ومعينة لغرض معرفة الزوجة المقصودة في حالة تعدد الزوجات².

وعليه فإن الطلاق من حيث من يقع عليه وهي المطلقة يكون موجها أساسا للزوجة التي تكون محل الزوجية من زواج صحيح.

ثالثا: الصيغة "ما يقع به الطلاق":

ويقصد بالصيغة العبارة التي ينطق بها الرجل للدلالة على إنهاء الرابطة الزوجية وحلها وإيقاعها بالفعل، سواء كانت باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، ولا يقع بمجرد النية أو حديث النفس.

ويكون الطلاق باللفظ الصريح الدال على انهاء الرابطة الزوجية (كأنت طلاق، أو طلقتك...)، ويكون أيضا باللفظ الكنائي غير الدال صراحة على الطلاق ولكن يدل عليه عن طريق الكناية (كأن يقول: أنت بائن، أو خليت سبيلك، أو اذهبي إلى بيت أهلك....)³.

وقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق بهذه الصيغة، فذهب الظاهرية إلى عدم وقوع الطلاق، أما الحنفية فاعتبروا الطلاق واقع بهذه الألفاظ بدلالة الحال أو نية الزوج.

أما المالكية والشافعية والحنابلة اعتبروا أن النية هي الأساس في بيان المقصود من هذه الألفاظ، فإذا كان المتلفظ بها يقصد الطلاق يقع، أما إذا لم يقصد بها ذلك فإنه لا يقع الطلاق¹.

¹ - عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص197.

² - تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، (أطروحة دكتوراه)، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007/2006، ص38، 39.

³ - شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص108.

ويكون الطلاق بالكتابة لغير القادر على النطق ويقع من الأخرس أو معقود اللسان، أما الطلاق بالإشارة فيكون لغير القادر على النطق أو الكتابة، وذلك بالإشارة المعلومة الواضحة التي تدل على إيقاع الطلاق في إشارة الأخرس.

ومنه فإن الطلاق يقع بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ، كما يقع بالكتابة أو الإشارة المفهومة عرفاً، وهذا ما نصت عليه المادة(10) من قانون الأسرة الجزائري².

الفرع الثاني: أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق في الشريعة الإسلامية إلى أربعة أقسام على النحو التالي³:

أولاً: الطلاق باعتبار الزمن: وينقسم هذا الطلاق إلى ثلاثة أنواع وهي:

- 1- **الطلاق المنجز:** وهو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال، كأن يقول لزوجته: أنت طالق، فبمجرد التلفظ به تترتب عليه جميع آثاره.
- 2- **الطلاق المضاف:** هو ما أضيف حدوثه إلى وقت في المستقبل، ويقع بمجيء الزمن المضاف إليه ولا يقع قبله وتبقى المرأة زوجة له إلى حلول هذا الوقت، كأن يقول لزوجته أنت طالق غداً.
- 3- **الطلاق المعلق:** وهو ما تترتب حدوثه على حصول أمر في المستقبل محتمل الوقوع أو عدمه، كأن يقول لزوجته إن خرجت من الدار بدون إذن فأنت طالق، فمتى تحقق الشرط تحقق المشروط على قول جمهور الفقهاء⁴.

ثانياً: الطلاق باعتبار اللفظ: وينقسم هذا الطلاق إلى نوعين:

- 1- **الطلاق باللفظ الصريح:** وهو الطلاق الذي يتم بلفظ صريح يدل على حل الرابطة الزوجية وإنهاءها كلفظ أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك وغيرها.

¹ - تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص150.

² - انظر المادة 10 من ق.أ.ج.

³ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص54-56.

⁴ - بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1996، ص212، 213.

2- **الطلاق بلفظ الكناية:** ويقصد به أن يكون الطلاق بلفظ غير دال صراحة على إرادة الطلاق، ولكن يدل عليه عن طريق الكناية، وذلك بأن يريد المتكلم إثبات معنى من المعاني، كأن يقول: أنت بائن، أنت مسرحة، أمر بيدك، ألحقي بأهلك¹، حبلك على غاربك، ولا يكون إلا بنية.

ثالثا: **الطلاق باعتبار موافقته للسنة من عدمها:** وينقسم هذا الطلاق إلى نوعين:

1- **الطلاق السني:** وهو الطلاق الموافق للسنة، ويجب أن تتوفر فيه الشروط الأربعة التالية:

أ- أن يكون طلقة واحدة.

ب- أن تكون المرأة في حالة طهر من غير حيض ولا نفاس.

ج- أن تكون المرأة في حالة طهر لم يمسه فيها.

د- أن لا يتبع الزوج طلاقا ثانيا وهي في عدتها من طلاق سابق.

2- **الطلاق البدعي:** وهو الطلاق المخالف للسنة، وهو الذي اختل فيه أحد شروط الطلاق السني

أو أكثر، ويختلف من حيث الحكم، فيحرم طلاق الحائض والنفساء، ويكره في باقي الحالات.

ويترتب على طلاق المرأة في غير طهر وجوب إرجاعها شرعا ما لم يستوف المطلق ثلاث تطليقات، وأصل هذا الحكم والأحكام السابقة المتعلقة بالشروط حديث ابن عمر الذي طلق زوجته وهي حائض، فذكر سدنا عمر-رضي الله عنه- ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: "مره فليرجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"².

واتفق جمهور الفقهاء على أن طلقة البدعة تقع وتحسب، والدليل من الحديث لفظ "فليرجعها"، إذ لا مراجعة إلا بطلاق.

¹ - شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص108.

² - ابن كثير، مسند الفاروق، تح: عبد المعطي قلنجي، ج1، باب كتاب النكاح، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1991، ص419.

رابعاً: الطلاق باعتبار أثره: وينقسم هذا الطلاق إلى نوعين:

1- **الطلاق الرجعي**: وهو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة دون حاجة إلى عقد جديد ولا إذن الزوجة، ويكون في الطلاق الأول أو الثاني، لقوله تعالى: "وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا"¹.

2- **الطلاق البائن**: وهو الذي يرفع قيد الزواج في الحال، ولا يجوز لمن قام به أن يعيد الحياة الزوجية إلا بعد أن يعقد عقداً جديداً ويقدم لها مهراً، ويضمن رضا الزوجة المطلقة، وهذا النوع له صورتان²:

أ- **الطلاق البائن بينونة صغرى**: وهو الذي يرفع قيد الزواج في الحال، ولا يملك الرجل بعده على مطلقته حق الرجعة إلا بإذنها ورضاها في العقد ومهر جديدين كأنه يريد تزويجها، هذا إذا لم يكمل الطلقات الثلاث، فالمطلقة بائناً تعد أجنبية عن المطلق.

ب- **الطلاق البائن بينونة كبرى**: وهو الطلاق الذي يطلق فيه الزوج زوجته آخر الطلقات الثلاث التي يملكها، وتنقطع به جميع الصلات بين الزوجين، ولا يملك فيه المطلق مراجعة الزوجة لا في العدة ولا بعدها، إلا إذا تزوجت زوجاً آخر في نكاح صحيح ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم تطلق منه على نحو طبيعي أو يموت عنها بعد البناء، وهو الذي وضحته الآية الكريمة في قوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا"³.

أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة فقد تطرق فقط إلى قسم الطلاق باعتبار أثره من خلال المادتين (50، 51) منه، حيث نص في المادة (50) على الطلاق الرجعي، حيث يستطيع الزوج أثناء محاولة الصلح إرجاع زوجته دون عقد، أما مراجعتها بعد صدور الحكم بالطلاق فيحتاج إلى عقد جديد وإذنها، وهو الطلاق البائن بينونة صغرى، وهو ما ذكرته هذه المادة بقولها: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

¹ - سورة البقرة، الآية 228.

² - بختي العربي، المرجع السابق، ص 97.

³ - سورة البقرة، الآية 230.

أما المادة(51) فقد نصت على الطلاق البائن كبرى، والذي لا يستطيع فيه المطلق مراجعة زوجته إلا بعد أن تتزوج من غيره وتطلق أو يتوفى عنها، بقولها: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

ومما يجب ملاحظته أن الطلاق الذي يحكم به القاضي بطلب من الزوجة في إحدى الحالات المذكورة في المادة(53) يعتبر بائنا بينونة صغرى، بينما الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهو طلاق رجعي لأن القاضي نزل عند رغبة الزوج، ولأن الطلاق في القانون لا يثبت إلا بحكم قضائي وفق ما نصت عليه المادة(49) من قانون الأسرة¹، بينما الطلاق بناء على عوض تدفعه المرأة لزوجها فهو بائنا بينونة صغرى، وكذا المرأة غير المدخول بها، لأن الرجعية مرتبطة بالعدة وهي لا عدة عليها.

المطلب الرابع: الفرق بين الطلاق والفسخ

إن الفرقة الزوجة إما أن تكون بالوفاة أو الفسخ² أو الطلاق، ويتجلى اختلاف الطلاق عن الفسخ في عدة أوجه على النحو التالي:

أولاً: من حيث الحقيقة

-الطلاق هو انهاء لعقد الزواج، أما الفسخ هو نقض العقد وبطلانه من أساسه.

-الطلاق قد يكون في البائن وقد لا يقطع هذه الرابطة في الحال كما في الطلاق الرجعي، أما الفسخ في عقد الزواج يكون بقطع الرابطة الزوجي في الحال³.

ثانياً: من حيث السبب

-الطلاق لا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم ويعتبر انهاء لعقد الزواج، أما الفسخ فقد يكون بسبب خلل في انشاء العقد كمانع من الموانع التي ظهرت قبل الزواج، أو بسبب أمر طارئ كارتداد أحد الزوجين عن الإسلام¹.

¹ - انظر المادة 49 من ق.أ.ج.

² - الفسخ: هو إزالة ما يترتب عن العقد من أحكام وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد، كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون الفسخ لخلل طراً على العقد بعد نشوئه. انظر: ياغي أكرم، المرجع السابق، ص194.

³ - أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص11.

ثالثا: من حيث الصحة

-الطلاق لا يكون إلا في العقد الصحيح، أما الفسخ فقد يكون في الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد.

رابعا: من حيث الأثر

-الطلاق قد يكون رجعيا يجوز للزوج مراجعة زوجته وهي في العدة، أما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها.

-الطلاق ينقص به عدد الطلقات، أما الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل، فلو وقت فرقة الفسخ بين الزوجين، يرجع الزوج إلى زوجته كمن عاد إلى الزواج من جديد².

- إذا تم الطلاق قبل الدخول فإنه يوجب نصف المهر، أما الفسخ قبل الدخول فلا يوجب شيئا للمرأة.

المبحث الثاني: طرق ايقاع الطلاق

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادة(48) على طرق ايقاع الطلاق، والمتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والطلاق بالتراضي بين الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة(التطليق أو الخلع).

المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

الأصل أن العصمة الزوجية بيد الزوج وهو من يملك انهاءها، وبالتالي فهذا النوع يصح عليه لفظ الطلاق دون تقييد، ونصوص الشريعة إنما نسبت الطلاق إلى الزوج وحده من باب التغليب لحال الإرادة المنفردة في إيقاعه³.

ويلجأ الزوج إلى هذ الطلاق حينما يجد في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها على معاشرتها، فأباح له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها بعد استنفاد جميع الوسائل التأديبية قبل الطلاق.

وعليه فإن الشريعة وإن أباحت الطلاق للزوج، فإنها جعلته في نطاق ضيق وبناء على مبررات مشروعة، وإلا اعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق، وهذا التعسف يسبب ضررا للزوجة، ومن ثم تستطيع أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقها¹، وفقا للمادة(52) من قانون الأسرة الجزائري².

¹ - بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص211.

² - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص139.

³ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص57.

الفرع الأول: الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج

1- أن الزوج بمقتضى نصوص الشريعة والقانون هو من يتحمل مسؤولية الزواج والنفقة وتبعات الطلاق، وبالتالي فهو أحق بانتهاء العلاقة الزوجية متى شاء.

2- الرجل أشد تماسكا أمام عواطفه ومشاعره حال الظروف الطارئة بينما المرأة أشد انفعالا في الغالب³.

الفرع الثاني: إجراءات ايقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

يتقدم الزوج إلى المحكمة ويطلب من القضاء إنهاء الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق استنادا إلى أسباب معينة مضمنة رفقمة الطلب في عريضة يودعها لدى كتابة الضبط بالمحكمة المختصة، وبعد المرور بالجلسة السرية للمصالحة وتعيين حكّامين لمحاولة الصلح بينهما في أجل لا يتجاوز شهرين طبقا للمادة (65) من قانون الأسرة الجزائري⁴، فإن فشل الصلح أدرج دعواهما في جلسة مستقبلية لإصدار الحكم بالطلاق.

وقد بيّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵ أن دور القاضي في هذه الحالة هو التأكد من إرادة الزوج في ايقاع هذا الطلاق، وهو ما نصت عليه المادة (450) منه على أنه: " يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق".

المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي

الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي

وهو الطلاق الذي يتم بناء على رغبة الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية بالتراضي بينهما، وهو ما ذكرته المادة (48) من قانون الأسرة الجزائري، ويجدد الزوجان الراغبان في هذا الطلاق سائر بنود الاتفاق التي تكون محل مراقبة من القضاء دون إحلال بمحاولة الصلح التي يجريها القاضي وفق ما نصت عليه المادة (49).

¹ - بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 176.

² - انظر نص المادة 52 من ق.أ.ج.

³ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص 57.

⁴ - انظر نص المادة 56 من ق.أ.ج.

⁵ - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 23/02/2008 المتضمن ق.إ.م.إ، الجريدة الرسمية عدد 21، سنة 2008.

وهذا الطلاق من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معا، فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين ولم يتمكنوا من الانسجام مع بعضهما البعض بعد استنفاد جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين واتفقا على انهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي فلهما ذلك¹.

والمشروع الجزائري تطرق إلى تعريف الطلاق بالتراضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة(427) منه بنصها على أن: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

الفرع الثاني: إجراءات ايقاع الطلاق بالتراضي

في حالة الطلاق بالتراضي، فإن على القاضي أن يسمع كل طرف على حدة، ثم يسمعهما مجتمعين حتى يتأكد من رضائهما بهذا الطلاق، وهو ما نصت عليه المادة(1/431) بقولها: "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع للزوجين على انفراد ثم مجتمعين يتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا".

ويفهم من نص هذه المادة أن الحكمة من هذا الإجراء هو التأكد من رضا الزوجين بإيقاع هذا الطلاق، وبما تضمنه هذا الاتفاق من بنود، احتياطا لما يمكن أن يكون قد وقع فيه أحد الطرفين-خاصة الزوجة- من حرج وإكراه من الطرف الآخر أو من الأهل².

وحتى في حال التأكد من رضا الطرفين ببنود هذا الاتفاق، فإن سلطة القاضي لا تمنعه من تعديل في بنود هذا الاتفاق إذا قدر أن ما تم الاتفاق عليه يخالف النظام العام أو يتعارض مع مصلحة الأولاد، وهو ما أشارت إليه المادة(2/431) بنصها: " ينظر مع الزوجين أو كلاهما في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام".

¹ - بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص176.

² - كاملي مراد، المرجع السابق، ص64.

المطلب الثالث: التطليق (الطلاق بطلب الزوجة)

إذا كان الطلاق بيد الزوج وفق مبررات وضوابط تكلم الفقه والقانون عنها، إلا أن الشريعة والقانون راعا جانب الزوجة، ومنحها الحق في طلب التطليق من زوجها إذا تضررت منه، وذلك بإثباتها لأسباب الضرر أمام القاضي، ويجب على القاضي أن يطلقها إذا تبين له صحة ما تدعيه الزوجة¹.

الفرع الأول: مفهوم التطليق

التطليق هو حق للزوجة منحها لها للتخلص من الرابطة الزوجية في نظير حق الزوج في ايقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، إلا أن التطليق يختلف عن الطلاق لكونه يحتاج إلى سبب من الأسباب التي تستحق بها المرأة الحكم القضائي بالطلاق، وعليه سنتطرق إلى تعريف التطليق وبيان مشروعيته، ثم الحكمة منه.

أولاً: تعريف التطليق

- التطليق هو "الحكم القضائي بالفرقة بين الزوجين بناء على طلب من الزوجة لأسباب معينة"².
- ويعرف التطليق أيضاً بأنه: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب من الزوجة، لوجود سبب من أسباب التطليق.

يتبين من هذين التعريفين أنه حتى يتم التطليق لا بد من توفر مجموعة من الشروط كالاتي:

- أن يكون بطلب من الزوجة.

- أن يتم في المحكمة أما القاضي.

- أن يكون بتوفر سبب من أسباب التطليق.

ثانياً: مشروعية التطليق: لا توجد أدلة من القرآن أو السنة النبوية المطهرة تدل دلالة صريحة على التطليق، وإنما توجد أدلة في معنى التفريق، والتفريق هو المقصود به التطليق.

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص112.

² - كاملي مراد، المرجع السابق، ص60.

1- من القرآن الكريم: قوله تعالى: " وَإِنْ يَتَّبِعَا يُعْنِ اللَّهُ كَلًّا مِّنْ سَعَتِهِۦ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا"¹، في هذه الآية وجود إذن صريح بالفراق إذا تعذر الصلح، ويكون الفراق حينها خيرا للزوجين من سوء العشرة، فإذا لم يتفقا باتفاقهما تدخل القاضي لرفع الخصومة وحل النزاع بالتفريق بينهما.

2- من السنة النبوية المطهرة: قوله صلى الله عليه وسلم: " لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"²، الحديث بمعناه نهي عن الضرر وإن كان لفظه الإخبار على أن لا يضر بعضكم بعضا والحديث عام، فالضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر يعتبر من جملة الضرر المنهي عنه، فتجب إزالته وفقا للقاعدة الفقهية: "الضرر يزال".

ثالثا: الحكمة من التطبيق

- 1- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الانسانية.
- 2- تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق عليهن حيث أوصى الرسول بالنساء خيرا.
- 3- تحريم كل أساليب الإضرار والإيذاء بمختلف صورته من عدم انفاق أو عيب مستحکم أو غياب أو حبس أو فاحشة، وبالتالي تحطم طغيان الرجل عندما يعلم أن لها حق طلب التطبيق.

الفرع الثاني: أسباب التطبيق

لقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة أسباب طلب التطبيق من أحكام الشريعة الإسلامية وذكرها على سبيل في المادة (53)³، وهذه الأسباب هي:

أولا: التطبيق لعدم الإنفاق

التطبيق لعدم الإنفاق أقره جمهور الفقهاء، أما الأحناف فيرون عدم استحقاق المرأة لطلب التطبيق لعدم النفقة، والمشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء فأجاز للزوجة أن تطلب التطبيق لعدم الإنفاق متى توفرت الشروط التي نصت عليها المادة (1/53) وهي:

- 1- صدور حكم من القضاء يثبت امتناعه عن النفقة عمدا وقصدا.

¹ - سورة النساء، الآية 130.

² - رواه ابن ماجة في سننه، ج3، باب من بنى في حقه ما يضر، ر.ح: 2341، المصدر السابق، ص432.

³ - انظر نص المادة 53 من ق.أ.ج.

2- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج باعتبار أن النفقة حقها، وعلمها بإعساره رضاء منها بحاله، ورضاء بالعشرة الزوجية معه على هذه الحال¹.

3- رفع دعوى بطلب التطليق لعدم الإنفاق، وعلى القاضي أن يراعي أحكام المواد 78 و79 و80 من قانون الأسرة في شأن النفقة الزوجية، ومؤدى هذا أن استصدار حكم بالنفقة وعدم تنفيذه لا يكفي لطلب التطليق، وإنما يشترط رفع دعوى قائمة بذاتها لطلب التطليق.

وقد سكت المشرع الجزائري عن المدة التي يمكن التمسك بها لإثبات وضعية عدم الإنفاق، وقد قضى قانون العقوبات² من خلال المادة(331) بنصها بأن: " كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعها رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج".

ثانيا: التطليق للعيوب

أقر الفقهاء وكذا القانون لكلا الزوجين معا الحق في طلب الطلاق إذا تبين وجود عيب في أحد الزوجين من شأنه أن يؤثر على الحياة الزوجية، وهذه العيوب تنقسم إلى نوعين³:

1- عيوب جنسية⁴ تتمتع من الدخول، وسواء تحققت في الرجل أو المرأة فمن حق كل طرف أن يلجأ إلى طلب الطلاق بسبب تلك العيوب لأنها تعد من الأسباب الجوهرية للفرقة، والقاضي عادة لا يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب ومدى تأثيره على الحياة الزوجية.

2- عيوب مرضية لا تتمتع من الدخول لكنها تؤثر على الحياة الزوجية كالأضرار المزمنة أو المعدية أو المنفرة، كالجذام والبرص والجنون والصرع والسل ويضاف إليه أمراض الوقت كالإيدز، وهذه الأمراض دون شك تؤثر على الحياة الزوجية.

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص112.

² - قانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 84 لسنة 2006.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص193.

⁴ - العيوب هي: الجب (استئصال عضو التناسل)، والعنة (صغر الذكر)، والخنساء (قطع الخصيتين)، والاعتراض (عدم الانتصاب).

ذهب جمهور الفقهاء إلى التفريق بسبب وجود العيب، والمشرع الجزائري اعتد بهذا الرأي فأجاز للزوجة طلب التطليق إذا وجدت في زوجها عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج¹، وحسنا فعل لأنه لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر، وإنما توسع فيها مشترطا فقط تأثيرها على الحياة الزوجية وتقدير القاضي².

ويشترط الفقهاء شرطين لثبوت الحق في طلب التفريق بالعيب وهما³:

-ألا يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد أو قبله، فإن علم به قبل العقد فلا خيار له، لأنه يعد رضا منه بالعيب.

-ألا يرضى بالعيب بعد العقد حال الاطلاع عليه، فإن رضي به سقط حقه في طلب التفريق.

والظاهر أن المشرع لم يذكر شرط التطليق للعيب، يكون قد اعتمد هذين الشرطين ما دام أغلب الفقهاء اشترطوها.

أما فيما يخص نوع الطلاق الواقع بالتطليق للعيب، فالمالكية والأحناف رأوا بأنه طلاق بائن، أما الشافعية والحنابلة فعندهم فسخ للنكاح وليس طلاق⁴، أما المشرع الجزائري فلم يحدد بدقة كونه طلاقا بائنا أو رجعيًا، مما يستوجب الأخذ برأي المالكية الذي يقولون بأن التطليق للعيب هو طلاق بائن، ولا يجوز للزوج مراجعة زوجته، لأنه يفوت عليها بالمراجعة هدفها من التطليق.

ثالثا: التطليق للهجر

هجر الزوجة في المضجع أي عدم المبيت معها في الفراش، وقد أباحت الشريعة الإسلامية للزوج هجر فراش الزوجية في حالة عصيان الزوجة بهدف تأديبها وإصلاحها لا بقصد إضرارها لمدة لا تزيد عن أربعة أشهر، لكن إذا هجر الزوج زوجته ومنعها من الحصول على ما تدعو إليه من المعاشرة فوق أربعة أشهر كان ذلك

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 114، 115.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 193، 194.

³ - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 131.

⁴ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 116.

ضررا لا تستقيم به الحياة الزوجية ويعطي للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي طالبة التطليق للضرر الذي لحقها من جراء الهجر، فإذا استعملت حقها في طلب التطليق فإن الأمر يستدعي من القاضي التفريق عند ثبوته¹.

والمشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها إذا هجرها لمدة تفوق أربعة أشهر من خلال نص المادة(3/53)، والهجر المقصود لطلب التطليق إذا توفرت فيه ثلاث شروط²:

1-أن يهجرها فعلا في الفراش الزوجية(الامتناع عن الاتصال بها).

2-أن يدوم هذا الهجر مدة تفوق أربعة أشهر متتالية.

3-أن يكون هذا الترك عمدا بقصد النكاية بالزوجة والإضرار بها دون مبرر شرعي كمرض أو غيره.

وبناء عليه فإن الزوجة إذا رفعت دعوى التطليق بسبب الهجر، فإن على القاضي ألا يستجيب لدعواها إلا بعد أن يتأكد من صحة وجود الهجر بغير سبب شرعي مقبول يتجاوز مداه المحدد، فإذا لم يتأكد لديه هذه الشروط فإنه لا يجوز له أن يحكم لها بالتطليق، إلا أن القاضي يجد صعوبة في إثبات واقعة الهجر، إلا إذا كانت الزوجة بكرا أو بإقرار الزوج.

رابعا: التطليق للحكم على الزوج بجريمة

أجاز المشرع في قانون الأسرة للزوجة أن تطلب التطليق إذا حكم على الزوج بجريمة متى توفرت هذه الشروط:

1-أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة

2-استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية مع الزوج مرتكب الجريمة.

3-أن يصدر من القاضي حكم يجرم الفعل وينزل عليه العقوبة³.

غير أن الحبس الذي يبيح للزوجة طلب التطليق هو ما كان الجزاء فيه مقابل أفعال مستنكرة شرعا، فإن كان الحبس جراء أفعال أخرى فلا حق للزوجة أن تطلب التطليق عليها ولو طال المدة.

¹ - بختي العربي، المرجع السابق، ص107.

² - كاملي مراد، المرجع السابق، ص 63، 64.

³ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص117.

ولعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية الماسة بالسمعة والشرف وجرائم السرقة والاختلاس والرشوة ونحوها، هذا ويقع الاشكال في عبء اثبات أن الجريمة تمس بالسمعة العائلية على الزوجة أم القاضي. وفي جميع الأحوال فلا يقضي القاضي لمجرد عقوبة الحبس، بل لابد من تمسك الزوجة بالتطليق مع اثباتها أن الجريمة مست بكيان الأسرة والسمعة والشرف¹.

خامسا: التطليق للغيبة

إذا غاب الزوج مدة طويلة تفوق السنة عن زوجته أجاز لها بعض الفقهاء طلب الطلاق سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان، لأنها تتضرر معنويا من غياب زوجها.

وللفقهاء رأيين في التطليق إذا غاب الزوج عن زوجته²:

الرأي الأول: قال به الحنفية والشافعية أنه ليس للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب غيبة الزوج عنها.

الرأي الثاني: رأى المالكية والحنابلة جواز التطليق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها ولو ترك لها النفقة.

أما المشرع الجزائري فقد أجاز للزوجة الغائب عنها زوجها طلب التطليق وفق ما نصت عليه المادة (5/53) من قانون الأسرة الجزائري، متى توفرت الشروط التالية:

1- أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل.

2- أن تكون الغيبة بدون عذر.

3- أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة مدة غيابه.

هذا وما تجدر الإشارة إليه إلى أن التطليق للغياب يقوم على أساس الضرر، فغيابه بدون عذر يسبب ضررا للزوجة، ويفوت عنها أغراض الزواج، فيجب معاقبته بإيقاع الطلاق عليه لدفع الضرر عن الزوجة³.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 199.

² - المرجع نفسه، ص 200.

³ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 118.

والغائب الذي قصده المشرع هو الذي ذكرته المادة(110) من قانون الأسرة بقولها: " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

سادسا: التطليق لمخالفة شروط القانون عند تعدد الزوجات

أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها عند مخالفته الأحكام الواردة في المادة(8) من قانون الأسرة والتي تتعلق بالتعدد حسب الضوابط الشرعية، فإذا أخل الزوج بهذا الواجب دون عذر مقبول جاز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا بالزواج بأخرى دون ترخيص قضائي منها.

كذلك إذا لم يحترم الزوج ضوابط التعدد المنصوص عليها في القانون يجوز للزوجة طلب التطليق للضرر، ويجب عليها اثبات ما تدعيه حتى يقضي لها بالطلاق، والمسألة تبقى خاضعة لتقدير القاضي¹.

سابعا: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة

يصعب تعريف الفاحشة بدقة، ولكن يمكن استنباط مفهومها من خلال مدلولها اللغوي، فالفحش والفحشاء والفاحشة هو ما عظم من الأفعال والأقوال، والإسلام دين يهدف إلى تطهير مجتمعه من الفاحشة².

والمشرع الجزائري استنادا للمادة(7/53) من قانون الأسرة أجاز للزوجة أن تطلب من القاضي التطليق من زوجها إذا ارتكب فاحشة مبينة، وعلى القاضي أن يتحقق من ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة اعتمادا على معيار الدين والعقل السليم وإرادة المجتمع.

ومتى قام الدليل وثبت للقاضي ارتكاب الزوج للفاحشة وكان الفعل اخلاقيا جسيما وخطيرا يؤدي إلى استحالة العشرة الزوجية، فإنه يستجيب لطلبها ويقضي بالتطليق ويكون طلاقا بائنا.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص204.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص120.

ثامنا: التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين

الشقاق بين الزوجين يقصد به الشقاق الذي لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها، لما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى.

والمرجع الجزائري أجاز للزوجة أن تطلب التطلاق على زوجها للشقاق إذا استمر بينها وبين زوجها، وذلك حماية لأولادها من النشوء في جو عائلي يسوده التوتر وعدم الاستقرار، هذا فضلا عن ابقاء الصلة بين علاقة أهل الزوجين¹.

وبجرد رفع دعوى الطلاق للشقاق بينهما يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكّامين من أهل الزوجين بغية التوفيق والاصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تعيينهما.

فإذا لم يفلح الحكمان في الاصلاح بينهما بعد أن يقدمتا تقريرهما وتبين ألا فائدة ترجى من هذا الصلح قضى القاضي بالطلاق بينهما²، وهو ما نصت عليه المادة(56) من قانون الأسرة الجزائري³.

ومن خلال نص هذه المادة يبدو أن المحكمة لا تحكم بمجرد وجود شقاق وخصام بين الزوجين، بل عليها أن تثبت بأن الخصام طال أمده واستفحل بينهما وبالتالي فلا جدوى من بقاء العلاقة الزوجية.

تاسعا: التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

مما يتصل بالحقوق الزوجية الوفاء بما تضمنه عقد الزواج من شروط فيها مصلحة لأحد الطرفين، ولا تنافي مقاصد الزواج، وليس فيها ما يخالف النظام أو الآداب العامة⁴.

وأجاز المشرع الجزائري بمقتضى المادة(19) من قانون الأسرة للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطا تكون فيها فائدة لا تحل حراما أو تحرم حلالا، وما دامت لا تنافي أو تناقض مقاصد الزواج، فإذا تضمن العقد شرطا من هذه الشروط وكان الشرط لصالح الزوجة، فإن لها أن تلجأ إلى القاضي طالبة التطلاق لمخالفة الزوج للشرط بمقتضى المادة(9/53).

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، صص 120، 121.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، صص 205، 206.

³ - انظر نص المادة 56 من ق.أ.ج.

⁴ - الشماخ محمد، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1995، صص 74.

وليس مجرد وجود شرط في عقد الزواج لم يتم الزوج بتنفيذه يكون سببا مبررا لطلب الزوجة للتطليق عليه، وإنما يجب أن يكون السبب من الأسباب التي أجاز الفقهاء التطليق أو الفسخ بسببها، وتبقى هذه المسؤولية على عاتق القاضي الذي ينظر دعوى التطليق ومدى مخالفة الزوج للشرط المتفق عليه بينهما¹.

عاشرا: التطليق لكل ضرر معتبرا شرعا

أجازت الشريعة الإسلامية وكذا القانون للزوجة أن تطلب التطليق للضرر لقوله تعالى: "وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ"²، والمقصود بالضرر هو مضايقة الزوجة بما لا يجوز شرعا ولا يحتمل عادة كإيذائها بالقول أو الفعل أو إهمالها من الجانب المادي والمعنوي³.

والضرر الذي وصفه المشرع بمقتضى المادة(10/53) يدخل فيه الضرر المعنوي والضرر النفسي أي كل ما يلحق نفسية الزوجة من ألم بسبب قول غير لائق بها، أو حتى تشبيها بما لا يليق من الأمور، كما أن ترك الكلام مع الزوجة يعتبر ضررا، والقضاء الجزائي في أحكامه اعتبر من الضرر أن لا يوفر الزوج لزوجته سكنا منفردا بعد الحكم عليه وظلت فترة الخصام بين الزوجين بسبب ذلك، كما اعتبر كل الخلاف بين الزوجين لعدم الإنفاق ضررا، والضرب الواقع من الزوج على زوجته يعتبر ضررا⁴.

والضرر الذي يقع على الزوجة من طرف الزوج بسببه تطلب التطليق يجب إثباته أمام القضاء بكافة الطرق⁵، وحسنا فعل المشرع في توسعه في مفهوم الضرر، لأن الأضرار عديدة ولا يمكن حصرها، غاية ما في الأمر أنه تطلب أن يكون هذا الضرر معتبرا شرعا أو عرفا.

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص123.

² - سورة البقرة الآية 231.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص207.

⁴ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص124.

⁵ - قرار بتاريخ 1996/12/24: "متى كان من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلمها"، انظر: بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص207.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على التطليق

سبق وأن قلنا بأن التطليق الذي يكون بحكم القاضي في الحالات التي نصت عليها المادة(53) من قانون الأسرة يقع طلاقاً بائناً، وعليه تترتب الآثار الشرعية والقانونية، والمتمثلة في العدة والحضانة والنزاع في متاع البيت والنفقة والسكن إلى جانب تعويض الضرر.

أولاً: العدة: تجب على الزوجة وتختلف تبعاً لاختلاف حال المرأة أثناء الحكم بالتطليق من حيث المدة، ففي حال التطليق بالحمل تكون عدتها عند وضع حملها، وإن كانت غير حامل ومن ذوات الحيض فعدتها تنتهي بثلاثة أقرء، وإن كانت ليست من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر، وهذا ما نصت عليه المواد(58و59و60) من قانون الأسرة الجزائري¹.

ثانياً: التعويض عن الضرر: ورد في المادة(53 مكرر) من قانون الأسرة ما نصه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، يتضح من المادة أنه يجوز للقاضي عندما يحكم بالتطليق أن يردف مع ذلك حكم بالتعويض للمطلقة عما لحقها من ضرر، ويعني ذلك أن الحكم على الزوج بالتعويض لزوجته المطلقة الناتج عن الضرر الذي تعرضت له وبسببه طلبت التطليق بواسطة القاضي، وهذا الأخير له السلطة التقديرية لتحديد حجم الضرر ومنه تحديد قيمة التعويض الذي لا يمكن حصره بالاعتماد على مدخول الزوج أو وضعه المادي وإنما بالنظر إلى مقدار الضرر الذي لحق بالزوجة².

ثالثاً: نفقة وسكن المعتدة: المشرع الجزائري أعطى للمطلقة حق النفقة والسكن أثناء العدة، وذلك بمقتضى المادة(61) من قانون الأسرة بنصها: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

نلاحظ من هذه المادة أن المشرع قد نص على المطلقة بصفة عامة دون ذكر المطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً، مما يجعلنا نستنتج أنه أعطى للمطلقة حق النفقة والسكن، وهو بذلك أخذ برأي الأحناف على اعتبار أن الحكم بالتطليق الصادر عن القاضي يقع بائناً.

¹ - انظر نصوص مواد 58 و59 و60 من ق.أ.ج.

² - انظر: سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، الجزائر، د.ط، 1989، ص306.

رابعاً: الحضانة: تعتبر الحضانة من أهم الآثار الناشئة عن انحلال عقد الزواج لأنها تتعدى نطاق المطلقين إلى الأولاد استناداً إلى ما قرره الشرع والقانون بكون أن الأم أولى بحضانة ولدها.

والحضانة أساسها مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته، ونص المشرع في المادة(64) من قانون الأسرة أن: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العممة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ويتبين من هذه المادة أنها راعت مصلحة المحضون في كل الأحوال، فأعطت الأولوية للأم في حق الحضانة باعتبارها أصبر وأقدر من الأب على تربية الصغير والعناية بكل أموره وشؤونه، ورتبت على الأب المطلق وجوب نفقة المحضون وأجرة الحاضنة.

خامساً: النزاع على متاع البيت: نصت المادة(73) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال".

يتضح من هذه المادة أن النزاع في متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح صاحب البينة، أما إذا لم تكن هناك بينة فإن المتاع يكون حسب ما نصت عليه المادة(73) أعلاه.

المطلب الرابع: الخلع

الخلع هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة، حيث إذا كره الرجل العيش مع المرأة وغابت عنه السكنية دون تقصير من الزوجة جاز له أن يفارقها بإحسان، كما أباح للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة الخلع مقابل مال يتم الاتفاق عليه بينهما، وسبب إلزامها بدفع المقابل هو أن الفرقة جاءت من طرفها دون تقصير من زوجها، وبالتالي لا بد من أن تتحمل نتائج هذه الفرقة¹.

الفرع الأول: مفهوم الخلع

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الخلع وبيان مشروعيته، ثم نبين طبيعته ونوع الطلاق الواقع به.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص ص208، 209.

أولاً: تعريف الخلع

1- لغة: الخلع بفتح الخاء بمعنى النزع والإزالة، يستعمل في الأمور الحسية فيقال: خلع الرجل ثوبه خلعا، أي أزاله عن بدنه، وفي الأمور المعنوية كقولهم: خلع البيعة، أي تنصل منها، والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا، إلا أنه حقيقة في إزالة الزوجية، أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس لقوله تعالى: "هَسَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ"¹.

إلا أن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخلع بالضم في إزالة الزوجية².

2- اصطلاحا: عرّف فقهاء الشريعة الخلع بأنه: "حل لعقد الزواج في مقابل عوض تلتزم به المرأة"، وعرّفه المالكية بأنه: "طلاق بعوض"³، أي إزالة الزوجية على مال تبذله له فيصير عقد معاوضة تملك به الزوجة نفسها، وعرّف أيضا بأنه: "فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع"⁴.

3- قانونا: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتطرق إلى تعريف الخلع، وإنما أقره وجعله طريقة من طرق ايقاع الطلاق بطلب من الزوجة عند كراهيتها لزوجها، وذلك من خلال المادة (54) بنصها: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

ثانيا: مشروعية الخلع وحكمه

1- مشروعية الخلع

أ- القرآن الكريم: قوله تعالى: "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ابْتَدَتْ بِهِ"⁵.

فقد دلت الآية على مشروعية الافتداء، وإنما يكون حال الخلع إذ لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما أعطاها إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله، والمقصود هنا حقوق الزوج، فيجوز للزوجة أن تخالع زوجها بمقابل تدفعه له فيسرحها.

¹ - سورة البقرة، الآية 187.

² - كامللي مراد، المرجع السابق، ص 64، 65.

³ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 126.

⁴ - بختي العربي، المرجع السابق، ص 122.

⁵ - سورة البقرة، الآية 229.

ب-السنة النبوية المطهرة: ما رواه البخاري عن ابن عباس قال: جَاءَتْ امْرَأَةٌ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسٍ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا أَنْتُمْ (أَعْتَب) عَلَى ثَابِتٍ فِي دِينٍ وَلَا خُلُقٍ، إِلَّا أَيْ أَخَافُ الْكُفْرَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» فَقَالَتْ: نَعَمْ، فَرَدَّتْ عَلَيْهِ، وَأَمَرَهُ فَفَارَقَهَا¹، من هذا الحديث دليل على مشروعية الخلع، حيث قضى النبي صلى الله عليه وسلم بفرقتهما، لأنه أدرك أنه لا يليق بالرجل أن يمسك امرأة لا تريد العيش معه رغما عنها ففيه إضرار بها، وهذا الخلع هو أول خلع حدث في الإسلام لكنه نادر ما حدث بعد ذلك في العهود الأولى للإسلام².

2-حكم الخلع

الشرع الإسلامي أباح للزوجة التخلص من حياتها الزوجية إذا كرهت زوجها، أو نشأ بينها وبينه خلاف وخصومات، فالشقاق شرط في إيقاع الخلع، وقيل يجوز عند تضرر الزوجة.

إن عدم إقبال الزوجة على هذه الرخصة التي أعطتها الشريعة إياها إذا ما رغبت في إنهاء الحياة الزوجية أولى لها وأفضل، شأن ذلك في الطلاق الذي يريده الزوج، فالطلاق والخلع مباحان، لكنهما مكروهان يستحسن عدم اللجوء إليهما إلا عندما لا يوجد حل سواهما، أما إذا لم يوجد ما يقتضيهما فهما محرمان شرعا³.

أما رأي المالكية في الخلع فإنهم يميزونه عندما توجد عند الزوجة حالة نفسية قاهرة تؤدي إلى سوء العشرة وإلى اختلال نظام الأسرة، لكنهم يشترطون أن تكون المرأة المخالعة مختارة وغير مكرهة على الفراق⁴.

ثالثا: طبيعة الخلع ونوع الطلاق الواقع به

اختلف فقهاء الشريعة حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخا أو طلاقا، فرأى جمهور الفقهاء أن الخلع طلاق لقوله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، ولأن الزواج لا يحتمل الفسخ ما دام قد نشأ صحيحا، وقال بعضهم أنه فسخ واستدلوا بقوله تعالى: "الطلاق مرتان" ثم قال: "فلا جناح عليهما

¹ - رواه البخاري، صحيح البخاري، ج7، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ر.ح:5276، المصدر السابق، ص47.

² - بختي العربي، المرجع السابق، ص123.

³ - المرجع نفسه، ص ص123، 124.

⁴ - المرجع نفسه، ص124.

فيما افتدتت به" ثم قال: " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"، فذكر تطليقتين والخلع بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا، وقد أجمع الفقهاء على أن الزوج لا يملك فيه حق المراجعة¹.

أما المشرع الجزائري فقد عدّه طلاقا، ويحسب ضمن عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ، حيث أورد أحكامه وفق المادة(54) في الفصل المعنون بالطلاق.

الفرع الثاني: أحكام الخلع

وتتلخص هذه الأحكام في اشتراط رضا الزوج، وقيمة بدل الخلع.

أولا: اشتراط رضا الزوج: اختلف الفقهاء حول اشتراط رضا الزوج لإمكانية المخالعة، بمعنى هل يكون للخلع صفة العقد يستلزم قبول الزوج، أم هو مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم هو حق إرادي تمارس من خلاله الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة؟

اعتبره البعض عقدا ومن ذلك تعريف الدكتور محمد أبو زهرة بقوله: "عقد ينعقد بالإيجاب والقبول"، وبالتالي فإن دور القاضي ينحصر في تثبيت ما اتفق عليه الزوجان، وهو بهذا صورة من صور الطلاق بالتراضي، بينما اعتبره البعض الآخر مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي².

ومنهم من اعتبره حق إرادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ودون اشتراط رضا الزوج لكن بمقابل تدفعه للزوج، لأنها هي التي ترغب في إنهاء الحياة الزوجية، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.

ولئن لم يكن المشرع الجزائري واضحا في ظل قانون 1984 حول اشتراط رضا الزوج أو عدمه، فإن تعديل قانون الأسرة في 2005 قطع الشك باليقين صراحة على أنه لا يشترط رضا الزوج عند الخلع، إذ تنص المادة(1/54) على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

ثانيا: قيمة بدل الخلع: اتفق الفقهاء أنه إذا كان البدل مساويا لما دفع للزوجة من مهر أو أقل حل للزوج أخذه في الخلع، أما إذا كان البدل أكثر مما قدم إليها من مهر فقد اختلفوا³:

¹ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص 65، 66.

² - المرجع نفسه، ص 66.

³ - المرجع نفسه، ص 67.

-فقال بعضهم أخذ الزيادة جائز لا شيء فيه، لإطلاق الآية السابقة: " فلا جناح عليها فيما افتدت به"، ولأن الخلع معاوضة والبدل فيه يرجع إلى تراضي الطرفين.

-وقال البعض الآخر إن أخذ الزيادة مكروه لحديث النبي صلى الله عليه وسلم السابق عندما قال للمرأة: "أتردين عليه حديقته؟" فقالت: " نعم وزيادة"، فقال: " أما الزيادة فلا"، وبذلك نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الزيادة مع كون طلب الطلاق من قبلها.

أما المشرع الجزائري فقد أشار في المادة(2/54) من قانون الأسرة على أنه: " إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، يفهم من هذه المادة أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مقابل مالي حسب الاتفاق، ويمكن أن يزيد على المهر مهما بلغ، أما إذا اتفقا على الطلاق عن طريق الخلع ولم يحصل اتفاق على المقدار المالي المقابل للخلع، فإنه يلزم القاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمته قيمة صداق المثل الذي يقدم عادة للزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس أعراف كل منطقة.

الفرع الثالث: آثار الخلع

يترتب على الخلع الآثار التالية:

1- التفريق بينهما يعتبر فوراً طلقة بائنة على المشهور في المذهبين المالكي والحنفي، خلافاً للمذهب الحنبلي الذي يعتبر الخلع فسخاً لعقد الزواج لا طلاقاً.

2- الخلع يسقط كل ما نشأ قبله من حقوق بين الزوجين مثل المهر المؤجل والنفقة الواجبة، إلا حق نفقة العدة فيبقى في ذمة الزوج، لأنه نشأ بعد وقوع الطلاق بواسطة الخلع.

3- لا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع، وإذا وقع اتفاق الزوجين على أن يطلقها مقابل تنازلها عن حقها في حضانة الأولاد، فإن الخلع سيكون صحيحاً وملزماً، أما التنازل فسيكون باطلاً لأن الحضانة فيها حق للطفل وحق للحاضنة.

4- إذا اتفق الطرفان على أن يكون مقابل الخلع التزام الأم بنفقتهم لمدة محددة أو غير محددة وتم الطلاق جاز ذلك.

المبحث الثالث: آثار الطلاق

كما يترتب على عقد الزواج من آثار كالنفقة والحقوق والواجبات الزوجية وكذا اثبات النسب، يترتب كذلك على الطلاق جملة من الآثار من بينها العدة وهي خاصة بالزوجين، ومنها ما هو خاص بالأولاد كالحضانة، وعليه سنفصل في العدة والحضانة من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: العدة

العدة هي حق وواجب على المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، وهي فترة تترصد فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها حتى لا تختلط الأنساب، ولقد اهتم فقهاء الشريعة والقانون بالعدة من خلال تعريفها وأصل مشروعيتها وأحكامها.

الفرع الأول: مفهوم العدة

سننطلق في هذا الفرع إلى تعريف العدة وأصل مشروعيتها والحكمة منها، ثم نذكر أنواعها كالتالي:

أولاً: تعريف العدة

1- لغة: لفظ العدة مأخوذ من الاعتداد، إذ يقال عدت الشيء إذا أحصيته، أي معنى العدة هو العد والاحصاء والاحتساب، وهي مصدر كالعِد¹.

2- اصطلاحاً: العدة هي: "هي مدة حددها الشارع بعد الفرقة يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي المدة"²، وعُرِّفت أيضاً بأنها: "الأجل الذي أوجبه الشرع الإسلامي على الزوجة التي فارقتها زوجها أو توفي عنها لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، فلا تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها"³.

3- قانوناً: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتطرق إلى تعريف العدة، وإنما أقرها وجعلها من آثار الطلاق في الفصل الثاني منه، وتطرق إلى أنواع العدة المفروضة على المرأة بمقتضى المواد (58 و59 و60) من قانون الأسرة⁴.

¹ - بختي العربي، المرجع السابق، ص127.

² - وهبة الزحيلي، ج9، المرجع السابق، ص7166.

³ - الغندور أحمد، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1967، ص291.

⁴ - انظر نصوص المواد 58 و59 و60 من ق.أ.ج.

1- القرآن الكريم: قوله تعالى: "يَأْتِيهَا النَّجْءُ إِذَا طَلَفْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ"¹، وقوله تعالى: "وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"²، وقوله تعالى أيضا: "وَالَّذِينَ يَتُوبُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"³.

2- السنة النبوية المطهرة: ما روي عن السيدة عائشة-رضي الله عنها أنها قالت: "أُمِرْتُ بِرَيْرَةٍ أَنْ تَعْتَدَّ بِثَلَاثِ حَيْضٍ"⁴

ثالثا: الحكمة من العدة: وتظهر الحكمة من وجوب العدة على المرأة على النحو الآتي⁵:

1- معرفة استبراء الرحم حتى لا تختلط الأنساب

2- إظهار الأسف على نعمة الزواج، وإعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما وإصلاح شؤونهما بعيدا عن الانفعالات التي أدت بهما إلى الطلاق، وإرجاع الحياة الزوجية لطبيعتها.

3- صون سمعة المرأة وكرامتها.

4- تمكين الزوجة المتوفى عنها زوجها من إظهار التأثير لفقد زوجها، وهذا ضرب من الوفاء له.

رابعا: أنواع العدة

تختلف العدة تبعا لاختلاف حال المرأة أثناء الحكم بالطلاق، وتجب العدة على المرأة وقد بين الشرع والقانون أنواعها وهي عدة الإقراء وعدة الأشهر وعدة وضع الحمل.

1- عدة الإقراء: تكون إذا كانت المرأة ممن تبيض، وكانت الفرقة في زواج صحيح بعد الدخول حقيقة أو في زواج فاسد بعد الدخول، والقرء لفظ مشترك يطلق على الحيض و الطهر، ولا يتحقق إلا في المرأة الحائض أي

¹ - سورة الطلاق، الآية 1.

² - سورة البقرة، الآية 228.

³ - سورة البقرة، الآية 234.

⁴ - رواه ابن ماجه في سننه، ج3، باب خيار الأمة إذا أعتقت، ر.ح:2077، المصدر السابق، ص224.

⁵ - انظر:- أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الأربعة، م2، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، ط1، 1985، ص410.

- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص224.

التي تعترها العادة الشهرية، والدليل على هذه العدة الآية السابقة في قوله تعالى: "وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ".

والمشرع الجزائري أشار إلى عدة القروء في المادة(58) من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء..."

2- عدة الأشهر: وتحتسب العدة هنا بمدة محددة بصورة واضحة، وتعد بالأشهر من النساء:

أ- من ليست من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة ولم تر الحيض مطلقاً، أو الكبيرة التي يئست من الحيض وهي ثلاثة أشهر لقوله تعالى: "وَالجَّ يَبْسُ مِنَ الْمَحِيضِ مَن نَّسَأَبِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ بَعْدَئِهِنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالجَّ لَمْ يَحِضْ"¹، وبلوغ سن اليأس عند الفقهاء يكون ببلوغ(55) سنة.

والمشرع الجزائري أشار إلى عدة اليأس من الحيض بمقتضى المادة(58) من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: ".. واليأس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، أما الصغيرة فلا يجوز التزوج بها من الناحية القانونية إلا للضرورة أو المصلحة، لأن سن الزواج محدد بنص قانوني².

ب- المتوفي عنها زوجها في زواج صحيح، فإن عدتها متى كانت غير حامل وقت وفاة زوجها تكون أربعة أشهر وعشرة أيام، وإن كانت من ذوات الحيض، والدليل قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يُتَوَقَّؤْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"³. وأضاف المالكية أن عدة المتوفي عنها زوجها إذا كانت مستحاضة سنة، سواء علمت دم حيضها من دم استحاضتها، وميزت ذلك أو لم تميزه، وذلك منها تسعة أشهر استبراء من ماء الزوج، وثلاثة أشهر عدة⁴.

والمشرع الجزائري أقر عدة المتوفي عنها زوجها وكذا زوجة المفقود بمقتضى المادة(59) من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: "تعد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

¹ - سورة الطلاق، الآية 4.

² - انظر المادة 7 من ق.أ.ج.

³ - سورة البقرة، الآية 234.

⁴ - بختي العربي، المرجع السابق، ص129.

ج- عدة المرأة التي غاب عنها زوجها (زوجة المفقود) وكان مصيره مجهولان فهذه تنتظر مدة أقصاها أربع سنوات ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج.

د- عدة المطلقة التي تحيض وانقطع حيضها، وهذا ان انقطع حيضها لسبب معروف، فإنها تنتظر عودة الحيض وتعتد به، وإن كان لسبب غير معروف اعتدت بسنة، ووضح العلماء ذلك بقولهم أنها تنتظر سنة من يوم طلقها زوجها تسعة أشهر مدة الحمل وثلاثة أشهر للعدة¹.

ه- عدة المستحاضة والمقصود بها المرأة التي لا يفارقها الدم، فهي إن رأت أن دمها مختلف عن دم الاستحاضة فإنها تعتد بالإقراء، وإن رأت أن دمها غير مميز اعتدت بالأشهر².

3- عدة وضع الحمل: تعتد بها المرأة التي وقعت الفرقة بينها وبين زوجها وهي حامل، سواء كانت الفرقة هذه الفرقة بالطلاق أو الوفاة، وذلك لقوله تعالى: "وَأَوْلَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلَهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"³، ومعناه أن النساء الحوامل عند الفرقة تكون عدتهن ما بقي من مدة الحمل.

والمشرع الجزائري أشار إلى هذه العدة بمقتضى المادة(60) من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

خامسا: تحول العدة

قد تتغير عدة المرأة أثناء فترة عدتها من عدة إلى أخرى على النحو التالي:

1- إذا وجبت العدة بالأشهر بغير وفاة كالصغيرة أو اليائسة ثم جاءها الحيض قبل انقضاء الأشهر الثلاثة وجب عليها أن تستأنف عدة جديدة بثلاث قروء وهو الأصل، أما إذا جاءها الحيض بعد تمام الأشهر فلا يجب عليها الاعتداد بالحيض لأن العدة انتهت، ولكن يلاحظ هنا أن المرأة أصبحت من ذوات الحيض فلو وجبت عليها عدة أخرى اعتدت بالحيض لا بالأشهر.

2- المرأة التي كانت من ذوات الحيض فابتدأت عدتها به، وحاضت مرة أو مرتين ثم بلغت سن اليأس تحولت عدتها إلى الأشهر فتستأنف عدة جديدة بثلاثة أشهر كاملة.

¹ - المرجع نفسه، ص129.

² - بختي العربي، المرجع السابق، ص130.

³ - سورة الطلاق، الآية4.

3- من طلقها زوجها طلاقاً رجعياً ثم مات عليها وهي في العدة، تتحول العدة من عدة طلاق سواء كانت بالقرء أو بالأشهر إلى عدة وفاة تبدأ من وقت الوفاة.

الفرع الثاني: أحكام المرأة المعتدة

للرأة أحكام مختلفة بعضها حقوق وبعضها واجبات تجب عليها شرعاً ومن هذه الأحكام:

أولاً: الحقوق: للمرأة المعتدة عدة حقوق وهي فترة العدة¹:

1- ثبوت نسب الولد الذي تلده إلى أبيه خلال فترة العدة.

2- ثبوت الميراث بينها وبين زوجها السابق وهي في فترة العدة إذا كان الطلاق رجعياً، أما إذا كان بائناً فلا ميراث بينهما، إلا إذا كان الزوج فاراً من الميراث.

3- لزوم النفقة على المرأة المعتدة من طلاق.

ثانياً: الواجبات: إذا كان للمرأة المعتدة أثناء فترة العدة حقوق مختلفة، فإن عليها واجبات عديدة لا بد من الالتزام بها وهي²:

1- عدم حل زواجها أو خطبتها أثناء فترة العدة.

2- وجوب لزومها بيت الزوجية حتى تنقي العدة ولا تخرج منه إلا لقضاء حاجة مشروعة ثم تعود إليه.

3- حدادها على زوجها إذا كانت العدة لوفاته بالحزن عليه، وهذا ضرب من ضروب الوفاء له ولأهله.

المطلب الثاني: الحضانة

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لما تخلفه من آثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع، لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة ومن خلال الأسرة المجتمع.

¹ - بختي العربي، المرجع السابق، ص 130.

² - بختي العربي، المرجع السابق، ص 130.

ونظرا لأهمية للحضانة في حياة الصغير من خلال تربيته ورعاية جميع شؤونه، سنتطرق إلى مفهوم الحضانة وأصحاب الحق فيها وترتيبهم وحق الزيارة وأحكام الحضانة، وأسباب سقوطها وعودتها إلى مستحقيها.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الحضانة ، وكذا شروطها، ثم نتطرق إلى أصحاب الحق في الحضانة والحكم بحق الزيارة.

أولا: تعريف الحضانة

1- لغة: الحضانة لغة من حَضَنَ الصغير حَضَنًا وحضانة، جعله في حضنه، والحضن هو ما دون الإبط، واحتضنت الشيء جعلته في حضني¹.

والحاضن والحاضنة هما اللذان يريان الولد، والكلمة مأخوذة من حضن الطائر بيضه إلى نفسه، أي جعله تحت جناحه².

2- اصطلاحا: الحضانة في الاصطلاح الشرعي تربية الطفل والقيام بشؤونه في فترة معينة من عمره، ودفع الأذى عنه حتى يبلغ سنا معينة، وعرفها الدردير بأنها: "الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه"³.

وعرّفت الحضانة بأنها: "هي تربية الصغير والقيام بشؤونه خلال مدة معينة ممن له الحق في التربية والرعاية"⁴.

3- قانونا: المشرع الجزائري في قانون الأسرة تطرق إلى تعريف الحضانة بمقتضى المادة(62) التي تنص على أن: "الحضانة هي رعاية الولد الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

ثانيا: شروط الحضانة

المتتبع لأحكام الشريعة الإسلامية يجد أن الفقه قد رعى فيها مقدرة كل من الأبوين على القيام بهذه المهمة وبالتناوب بينهما، أما الشروط التي يجب أن تتوفر في الشخص الحاضن حسب فقهاء المسلمين فهي:

¹ - الفيومي، المصباح المنير، ج1، باب (حضن)، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت، ص140.

² - قاسم بن عبد الله القنوي، باب الحضانة، المصدر السابق، ص59.

³ - ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، د.م، د.ط، د.ت، ص526.

⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص255.

- 1- أن يكون شخصا عاقلا: لأنه لا يمكن اسنادها إلى مجنون أو معتوه ولو كان ممن يستحقونها ويطلبونها.
- 2- أن يكون شخصا راشدا: لأنه لا يمكن اسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى عناية.
- 3- أن يكون شخصا قادرا: ونعني هنا القدرة المادية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان حفظه صحة وخلقا وضمان السهر على تربيته وتعليمه.
- 4- أن يكون شخصا أمينا ومسلما: أي أن يكون الحاضن أمينا على المحضون في خلقه وسلوكه وأمينا في الاهتمام به ورعاية مصالحه، وأن يكون مسلما لأنه لا يجوز أن تسند الحضانة لغير المسلم.
- 5- أن يكون الحاضن قريب للطفل: أي ذات محرم منه.

المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يفرد فصلا محمدا عن شروط الحضانة وأشار فقط في المادة (2/62) بنصها إلى: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، أي أن يكون قادرا ماديا وقانونيا على توفير كل الأمور لمصلحة المحضون.

ثالثا: مراتب الحاضنين (أصحاب الحق في الحضانة)

إن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة والقانون أشخاص عديدون لهم مراتب ودرجات محددة في الشريعة والقانون، وتقدم جهة النساء على الرجال في الحضانة هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى للصغار¹.

والحكمة في تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير، لأنها أحن قلبا عليه، وأكثر قدرة على احتمالها، إذا توافرت فيها شروط الحضانة، وهذا استنادا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي رواه أبو داود من: "أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "أنت أحق به ما لم

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 255.

تنكحي"¹، لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الطفل وتلبية احتياجاته المتنوعة في هذا السن².

وفيما يتعلق بمراتب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع أعطى الأولوية للأم لأنها أكثر عطفًا ورحمة بالطفل، وذلك بمقتضى المادة (64) بنصها: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

من هذه المادة يتضح أن الأم أولى الحاضنات لأنها أشفق وأحن من غيرها على صغيرها، ثم يليها الأب في الحضانة، وبعده يأتي دور الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة، ثم الأقربين درجة.

وتبقى مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، فمصلحة الصغير قد تغير ترتيب المستحقين للحضانة الوارد ترتيبهم في المادة (64)، إذ يشترط النص مراعاة مصلحته قبل مراعاة ترتيب الحواضن، إذ نصت نفس المادة: "مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

وعليه فالحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين أعلاه حسب الترتيب الذي وضعهم فيه، فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة وليس من النظام العام.

رابعاً: حق الزيارة:

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطاً بأبويه، إلا أن حق الزيارة كثيراً ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف، حيث يذهب الأولاد المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات³.

فبالرغم من المشرع قد منح لكل طرف الحق الزيارة في العطل والأعياد، إلا أنه كان عيه أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة القصيرة، وحتى أيضاً حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية، وهذا حتى يتعود الأطفال العيش مع الأبوين بصورة تجعلهم لا يفرقون بينهما.

¹ - رواه أبو داود في سننه، ج3، باب من أحق بالولد، ر.ح:2276، المصدر السابق، ص588.

² - بخي العربي، المرجع السابق، ص134.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص258.

زيادة على أن الأب قد يكون متعذر عليه في بعض الحالات زيارة الأبناء كل أسبوع بل كل شهر بسبب ظروف العمل في مكان بعيد عن سكن الصغار المحضونين، وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية لفترة العطلة حتى يتمكن من الاطلاع بشكل سليم على أحوالهم وأمورهم¹.

الفرع الثاني: أحكام الحضانة

سنتطرق في هذا الفرع إلى مدة الحضانة، ثم إلى نفقة المحضون وسكناه على النحو التالي:

أولاً: مدة الحضانة:

المشعر الجزائري في نص المادة(65)² حدّد مدة حضانة الذكر ببلوغه سن العاشرة من عمره، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وهو طبقاً لنص المادة(7) تسعة عشر سنة، وأجاز القانون أن يمدد حضانة الذكر إلى 16 سنة بشرط أن تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، وهذا مؤداه أن مجرد زواج الأم مرة ثانية كاف لعدم تمديد حضانتها بالنسبة لولدها إلى سن السادسة عشر، وهذا هو الراجح عند مذهب المالكية إذ يقولون: لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق، أو موت زوجها أو بعد فسخ النكاح الفاسد³.

وحكم القاضي بانتهاء مدة الحضانة مقيد بمصلحة المحضون استناداً للفقرة الثانية من المادة(65) التي تنص: "على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

ثانياً: نفقة المحضون وسكناه

عند انفصال الزوجين فإن نفقة المحضون تكون واجبة على أبيه أو على من تلزمه نفقته وتستمر النفقة على الأنثى حتى تتزوج⁴.

المشعر الجزائري لم يتحدّث على نفقة المحضون، لكنه ركز على وجوب توفير السكن الملائم للحاضنة لضرورته ولأنه يأوي الأبناء وأمهم، وفي حقيقة الأمر فالنفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسؤول عنهم.

¹ - المرجع نفسه، ص259.

² - انظر نص المادة 65 من ق.أ.ج.

³ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص154.

⁴ - بختي العربي، المرجع السابق، ص137.

ولقد نصت المادة(72) من قانون الأسرة على أن: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"، بالنظر للنص نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير السكن يتوجب عليه دفع بدل الإيجار للممارسة الحضانة، وهذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل تنفق على نفسها به، لأن توفير السكن يحقق النفع للصغار، والنفقة قد تكون لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة المطلقة التي ليس لها الحق في النفقة من طرف الأب¹.

أما الفقرة الثانية من المادة(72) من قانون الأسرة فقد نصت على أنه: " تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، يتضح من هذه الفقرة أن هذا الإجراء استحدثه المشرع لدفع الزوج إلى تنفيذ الالتزام بتوفير السكن لممارسة الحضانة، خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة وبعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو مؤقتا ريثما يوفر الزوج مسكن الحضانة.

الفرع الثالث: أسباب سقوط الحضانة وعودتها إلى مستحقيها

تسقط الحضانة لأسباب محددة في القانون، وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها

أولا: أسباب سقوط الحضانة

تسقط الحضانة بقوة القانون، كما تسقط إراديا على النحو التالي:

1- سقوط الحضانة بقوة القانون:

أ-يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير غريب محرم وفقا للمادة (66) من قانون الأسرة الجزائري ، ومؤدى هذا أن الحاضنة إذا كانت متزوجة بأجنبي فلا حق لها في الحضانة وسبب ذلك أن الزواج أسقط حقها للحضانة، وهذه الأخيرة شرعت لمصلحة المحضون، وزواجها يشغلها عنه².

ب-تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط الحضانة وفقا للمادة (67) من قانون الأسرة الجزائري، وهذه الشروط هي³:

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص260.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص154، 155.

³ - المرجع نفسه، ص155.

- القدرة على الحضانة، أي القدرة على رعاية المحضون وتعليمه والقيام على تربيته، لأن عدم القدرة فيها ضياع له وعدم رعايته.

- أن تكون الحاضنة متوافرة فيها شروط تربية المحضون على دين أبيه.

- القدرة على السهر على حماية المحضون وحفظه صحيا وخلقيا.

ج- تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم وفقا للمادة 70 من قانون الأسرة الجزائري.

د- تسقط حق الحضانة بتقدير القاضي ومراعاة لمصلحة المحضون إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي وفقا للمادة (69) من قانون الأسرة الجزائري.

هـ- تسقط الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر وفقا للمادة (68) من قانون الأسرة الجزائري، ومؤدى هذا أن الحضانة إذا استحققت وسكت صاحب الحق عن طلبها، فإن حقه في الحضانة يسقط.

2- سقوط الحضانة إراديا:

- تسقط الحضانة بالتنازل عنها من طرف الحاضن وفقا للمادة (66) من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: عودة الحضانة إلى مستحقيها

لقد أقر المشرع الجزائري بعودة الحضانة إلى مستحقيها في حال سقوط السبب القانوني ، وذلك بمقتضى المادة (71) من قانون الأسرة بنصها على أن: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، يفهم من هذا النص أنه إذا كان لشخص ما الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية، فإن هذا الحق سيعود إليه حتما إذا زال السبب.

أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف من مستحق الحضانة وبناء على رغبته واختياره فإن حق الحضانة سوف لا يعود إليه أبدا بعد سقوطه إذا كان السقوط مترتب عن تنازله الصريح الطوعي أو مترتب عن اهماله لحقه في الحضانة لمدة أكثر من عام لأن مصلحة المحضون متوفرة لدى غيره.

خاتمة:

بعد عرضنا لهذه المحاضرات المتعلقة بالخطبة والزواج والطلاق والتي لها أهمية كبيرة ضمن المحاور التي يدرسها قانون الأسرة الجزائري، حيث حرصنا فيها قدر الإمكان على الإيجاز وسهولة العبارة في تقديم المادة العلمية حتى يسهل فهمها من طرف الطلبة.

ونخلص من هذه الدروس أن عقد الزواج كسائر العقود وإن كان يتميز بطابعه الخصوصي، فهو من أهم العقود لهدفه السامي الذي ينطوي تحته الحفاظ على التكاثر والنسل والنوع البشري، وهو مبني على أسس ومبادئ تحفظ ديمومته واستمراره، ولأهمية العظمى سبق بمرحلة تمهيدية تسمى الخطبة.

ولكن هذا العقد قد تشوبه حالات من عدم التوافق بين الزوجين ولا يستقيم فيها معنى التعاون على مصاعب الحياة، فتقلب المودة إلى كراهية وبغضاء فيصّل الشقاق والخلاف بينهما إلى حد يستحيل معه الصلح، فيضطر الزوجان إلى انهاء الرابطة الزوجية بالطلاق الذي شرّعه الله استثناء كوسيلة لعلاج الحياة الزوجية المتفككة والمضطربة، فهو إجراء وقائي يهدف إلى حماية الأسرة والمجتمع.

فيتضح من هذا أن المشرع الجزائري الذي عالج هذه المواضيع في قانون الأسرة وبالرغم من أنه استمد جل نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية يبقى يعتريه القصور والنقصان، حيث يجب عليه تعديل القانون في بعض المواد أو إضافة فقرات موضحة لها حتى تسير وتواكب التطور الموجود في المجتمع، بشرط أن يكون هذا التعديل أو التغيير لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية .

والرجاء بهذا أن أكون قد وفقت في بلوغ بعض ما ابتغي، وما توفيقني إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم برواية ورش

أولاً: المصادر

-كتب الحديث وعلومه:

- 1-أبو داوود، سنن أبي داوود، تح: شعيب الأرنؤوط، ج3، دار الرسالة العالمية، دم، ط1، 2009.
- 2- أحمد بن حنبل، المسند، تح: أحمد محمد شاكر، ج5، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1995.
- 3- ابن حبان، صحيح ابن حبان، تح: شعيب الأرنؤوط، ج9، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1988.
- 4-ابن حجر القسطلاني، ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ج8، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط7، 1323هـ.
- 5- ابن كثير، مسند الفاروق، تح: عبد المعطي قلعجي، ج1، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1991.
- 6-ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج3، دار الرسالة العالمية، دم، ط1، 2009.
- 7- البخاري، صحيح البخاري، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج9، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
- 8- البيهقي، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003.
- 9- الترمذي، سنن الترمذي، تح: فؤاد عبد الباقي، ج3، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط2، 1975.
- 10- الحاكم، المستدرک على الصحيحين، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990.
- 11- الدارقطني، سنن الدار قطني، تح: شعيب الأرنؤوط، ج4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 2004.

12- مالك بن أنس، الموطأ، تح: محمد مصطفى الأعظمي، ج4، مؤسسة زايد للأعمال الخيرية والانسانية، أبو ظبي، ط1، 2004.

13- المباركفوري، تحفة الأحوزي، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

14- مسلم، صحيح مسلم، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، دار احياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

15- النسائي، السنن الكبرى، تح: حسن عبد المنعم شلبي، ج5، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001.

16- عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، ج6، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403هـ.

17- القضاعي، مسند الشهاب، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1986.

18- الشوكاني، نيل الأوطار، تح: عصام الدين الصباطي، ج6، دار الحديث، مصر، ط1، 1993.

- كتب الفقه:

1- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 2004.

2- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992.

3- ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، د.م، د.ط، د.ت.

4- الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج3، دار الفكر، د.م، ط3، 1992.

5- محمد بن عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج3، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1989.

6- محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج5، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.

7- الشريني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، د.م، ط1، 1994.

-المعاجم اللغوية:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، ج1، فصل الخاء المعجمة، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
- 2- الجرجاني، كتاب التعريفات، باب الميم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1983.
- 3- المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004.
- 4- الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، ج1، فصل الخاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005.
- 5- الفيومي، المصباح المنير، ج1، باب (حضن)، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.
- 6- قاسم بن عبد الله القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الكتب العلمية، 2004.

ثانيا: المراجع

-الكتب:

- 1- أبو عطية السيد، الزواج والطلاق في زمن العولمة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2014.
- 2- أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الأربعة، م2، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، ط1، 1985.
- 3- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2014.
- 4- أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام،-الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 1998.
- 5- بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 2013.
- 6- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007.

- 7- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007.
- 8- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، 2008.
- 9- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1996.
- 10- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1994.
- 11- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010.
- 12- جلال الجباري، الطب الشرعي والسموم، الدار العلمية الدولية، عمان، ط1، 2002.
- 13- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006.
- 14- ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية، على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2007.
- 15- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009.
- 16- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهادات المجلس الأعلى والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2014.
- 17- محده محمد، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ج1، - الخطبة والزواج-، دار الشهاب، باتنة، د.ط، د.ت.
- 18- صهيب عبد الجبار، الجامع الصحيح للسنن والمسانيد، ج11، د.د.ن، د.م، د.ط، 2014.

19- عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

20- عبد العزيز رمضان سمك، الأحوال الشخصية، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، مركز جامعة القاهرة، مصر، د.ط، 2013.

21- الغندور أحمد، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1967.

22- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، شركة الأصالة، الجزائر، ط2، 2012.

23- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية، ط1، 2001.

24- شتوان بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، دار الفجر، الجزائر، د.ط، 2009.

25- الشماع محمد، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1995.

26- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، دار الفكر، دمشق، ط4، د.ت.

27- ياغي أكرم، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية-تشريعا وفقها وقضاء-، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2013.

-الرسائل الجامعية والمذكرات:

1- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية)، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.

2- تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، (أطروحة دكتوراه)، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007/2006.

3- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، (مذكرة مقدمة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية)، جامعة أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010/2009.

4- سالمة بن عمر وآخرون، الطرق العلمية لإثبات النسب، بحث مقدم في مقياس قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014/2013.

-النصوص والوثائق الرسمية:

1-القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المعدل بالقانون رقم 09/98 المؤرخ في 19/08/1998 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

2- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005، المعدل للقانون المدني الصادر بالجريدة الرسمية عدد 44، سنة 2005.

3-القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة سنة 2005.

4- قانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 84 لسنة 2006.

5- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم.

6- المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

7- المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11/05/2006، الجريدة الرسمية عدد 31، سنة 2006.

8- قرار المحكمة العليا رقم 44630 الصادر بتاريخ 29/02/1987.

9- قرار المحكمة العليا رقم 99000 المؤرخ في 23/11/1993.

الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
03	الفصل الأول: الخطبة
03	المبحث الأول: مفهوم الخطبة
03	المطلب الأول: تعريف الخطبة شرعا وقانونا
03	الفرع الأول: تعريف الخطبة شرعا
04	الفرع الثاني: تعريف الخطبة قانونا
05	المطلب الثاني: مشروعية الخطبة وحكمها
05	الفرع الأول: مشروعية الخطبة
05	الفرع الثاني: حكم الخطبة
05	المطلب الثالث: شروط الخطبة
05	الفرع الأول: الشروط الواجبة للخطبة
06	الفرع الثاني: الشروط المستحبة للخطبة
08	المطلب الرابع: النظر إلى المخطوبة ووقته
08	الفرع الأول: النظر إلى المخطوبة
10	الفرع الثاني: وقت النظر
10	المبحث الثاني: طبيعة الخطبة
10	المطلب الأول: الطبيعة الشرعية للخطبة
11	المطلب الثاني: الطبيعة الفقهية للخطبة
12	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للخطبة
13	المبحث الثالث: آثار العدول عن الخطبة
13	المطلب الأول: الأضرار المادية والمعنوية
13	الفرع الأول: الفقه الإسلامي القديم
14	الفرع الثاني: الفقه الإسلامي المعاصر
16	الفرع الثالث: القانون
17	المطلب الثاني: الهدايا

17	الفرع الأول: الفقه الإسلامي
18	الفرع الثاني: القانون
19	المطلب الثالث: مصير المهر بعد العدول عن الخطبة
19	الفرع الأول: الفقه الإسلامي
20	الفرع الثاني: القانون
21	الفصل الثاني: الزواج
21	المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج
21	المطلب الأول: تعريف الزواج شرعا وقانونا
21	الفرع الأول: تعريف الزواج شرعا
22	الفرع الثاني: تعريف الزواج قانونا
23	المطلب الثاني: مشروعية الزواج والحكمة منه
23	الفرع الأول: مشروعية الزواج
24	الفرع الثاني: الحكمة من الزواج
24	المطلب الثالث: حكم الزواج
25	المبحث الثاني: تكوين عقد الزواج وإثباته
25	المطلب الأول: تكوين عقد الزواج
25	الفرع الأول: أركان عقد الزواج
26	أولا: ركن الرضا في الفقه الإسلامي
29	ثانيا: ركن الرضا في القانون
32	الفرع الثاني: شروط عقد الزواج
32	أولا: شرط الأهلية في عقد الزواج
34	ثانيا: شرط الصداق في عقد الزواج
39	ثالثا: الولاية في عقد الزواج
42	رابعا: شرط الاشهاد في عقد الزواج
44	خامسا: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج
51	المطلب الثاني: إثبات عقد الزواج وتسجيله
52	الفرع الأول: الجهات المختصة في إبرام عقد الزواج
53	الفرع الثاني: طرق اثبات عقد الزواج وتسجيله

55	المبحث الثالث: آثار عقد الزواج
56	المطلب الأول: الحقوق والواجبات المشتركة
56	الفرع الأول: الحقوق والواجبات المتعلقة بالزوجين
57	الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المتعلقة بالفروع
57	الفرع الثالث: الحقوق والواجبات المتعلقة بالأصول
57	الفرع الرابع: إدارة الأموال المشتركة بين الزوجين
58	المطلب الثاني: حق الزوجة في النفقة
58	الفرع الأول: مفهوم النفقة
60	الفرع الثاني: تقدير النفقة
61	الفرع الثالث: نفقة الأصول والفروع
63	الفرع الرابع: مسقطات النفقة
64	المطلب الثالث: حق الزوج في التعدد
66	المطلب الرابع: النسب
67	الفرع الأول: مفهوم النسب
68	الفرع الثاني: طرق ثبوت النسب
76	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على النسب
77	الفصل الثالث: الطلاق
77	المبحث الأول: مفهوم الطلاق
77	المطلب الأول: تعريف الطلاق والحكمة منه
77	الفرع الأول: تعريف الطلاق
79	الفرع الثاني: الحكمة من الطلاق
79	المطلب الثاني: مشروعية الطلاق وحكمه
79	الفرع الأول: مشروعية الطلاق
80	الفرع الثاني: حكم الطلاق
80	المطلب الثالث: أركان الطلاق وأقسامه
80	الفرع الأول: أركان الطلاق
83	الفرع الثاني: أقسام الطلاق
86	المطلب الرابع: الفرق بين الطلاق والفسخ

87	المبحث الثاني: طرق ايقاع الطلاق
87	المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
88	الفرع الأول: الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج
88	الفرع الثاني: إجراءات ايقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
88	المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي
88	الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي
89	الفرع الثاني: إجراءات ايقاع الطلاق بالتراضي
90	المطلب الثالث: التطليق (الطلاق بطلب الزوجة)
90	الفرع الأول: مفهوم التطليق
91	الفرع الثاني: أسباب التطليق
99	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على التطليق
100	المطلب الرابع: الخلع
100	الفرع الأول: مفهوم الخلع
103	الفرع الثاني: أحكام الخلع
104	الفرع الثالث: آثار الخلع
105	المبحث الثالث: آثار الطلاق
105	المطلب الأول: العدة
105	الفرع الأول: مفهوم العدة
109	الفرع الثاني: أحكام المرأة المعتدة
109	المطلب الثاني: الحضانة
110	الفرع الأول: مفهوم الحضانة
113	الفرع الثاني: أحكام الحضانة
114	الفرع الثالث: أسباب سقوط الحضانة وعودتها إلى مستحقيها
116	خاتمة
117	قائمة المصادر والمراجع
123	الفهرس