وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمة لخضر- الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في
قانون الأسرة

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس
دفعة -ج-
-السداسي الأول-

إعداد: د. عماد شريفي

السنة الجامعية : 2023/2022

فصل تمهيدي:

مقدمة في قانون الأسرة:

تنص المادة 71 من دستور 1996 المعدل والمتمم سنة 2020 في فقرتها الأولى: " تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع...". لقد حدد النص الدستوري مبدأ هاما يتمثل في حماية الدولة للأسرة، هذه الحماية التي لا يمكن تجسيدها إلا من خلال سن القوانين والنظم التي تكرس حماية الأفراد بصفة خاصة، والمجتمع الذي تشكل الأسرة أصله والعنصر الأساسي في تكوينه بصفة عامة.

إن القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية في الدولة قد تسعى لتنظيم علاقة الفرد بدولته بما تتمتع به من سيادة وامتيازات السلطة العامة وهذا ما يعرف بقواعد القانون العام، وقد تسعى هذه القواعد من جهة أخرى إلى تنظيم علاقة الأفراد فيما بينهم وهذا ما يعرف بالقانون الخاص، والذي يهتم بمجموعتين من العلاقات هما:

والقانون عند إصداره من طرف السلط التشريعية ينقسم إلى قسمين ، قانون عام وخاص فالقانون العام ينظم العلاقات بين الفرد ودولته ، والقانون الخاص الذي ينظم علاقة الفرد مع باقي أفراد المجتمع

أولا/ العلاقات ذات طابع شخصي: وهي تتعلق بالأسرة و بالأحوال الشخصية.

ثانيا/ العلاقات ذات طابع مالي المالية: وهي تتضمن نوعين من الحقوق (الحقوق الشخصية والحقوق العينية).

وقد أسس المشرع الدستوري حماية للأسرة تشريعا خاصا بها أسماه قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 هذا الأخير نظم الأسرة ككيان وكل ما يتعلق بها.

1- تعريف الأسرة: تعتبر الأسرة ظاهرة دائمة التغيير والتطور، ويمكن اعتبارها مؤسسة اجتماعية واقتصادية تبرز في المرحلة الحاضرة كمؤسسة قائمة على أساس علاقات القرابة الوثيقة الصلة، كما يمكن اعتبارها مؤسسة قائمة على أساس توزيع العمل بين الذكر (الزوج) والأنثى (الزوجة)، فالأسرة إذن جزء في المجتمع بل هي الخلية الأساسية فيه، تأثر وتتأثر بتغييراته الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. وتتكون الأسرة من أشخاص تربط بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة القائمة على وحدة الدم كما يلي:

- الزوجان (الأب والأم): والذين تجمعهما علاقة زوجية وهما رجل وامرأة قررا الارتباط في إطار عقد الزواج وفق الشروط المحددة قانونا، مع الملاحظة أن مبدأ المساواة لا يمنع من تفوق الرجل باعتباره رب الأسرة وصاحب القوامة لاعتبارات دينية وتقاليد وعادات راسخة في المجتمع الجزائري والعربي، بعد ما عرف نظام الأسرة خلال مراحل تطوره التاريخي نظامين: نظام الأمومة والنظام الأبوي السائد حاليا هذا أولا، وثانيا بعد

شيوع فكرة استقلالية الزوجين عن الأسرة الكبيرة التي كانت تجمع أكثر من جيل بين الأجداد والأبناء.

• الأبناء: يعتبر الأبناء من أهم الأسس التي تقوم عليها الأسرة (هدف الإنجاب)، فالأسرة تعتبر المجال الطبيعي لإنجاب وتربية الأطفال، والتي تكون مهمة مشتركة بين الزوجين، فيقوم الرجل بالعمل من أجل كسب المال لإشباع حاجات أبناءه بقدر الإمكان، وتقوم الأم بتربيتهم ورعايتهم نفسيا وعاطفيا.

2- تعريف قانون الأسرة :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الفرد بأسرته، بوصفه عضوا في هذا الأسرة ، تجمعه بهم علاقات نسب ومصاهرة، والمشرع الجزائري أطلق تسمية قانون رقم 11/84 الصادر في 09 جوان 1984 بقانون الأسرة ، وليس بقانون الأحوال الشخصية كما هو سائد في بعض الدول العربية[1]، الذي تطلق عليه قانون الأحوال الشخصية، والمقصود بالأحوال الشخصية : الأوضاع التي تكن بيمن الإنسان وأسرته ، وما يترتب على هذه الأوضاع من حقوق والتزامات[2]. وأول من أطلق هذا المصطلح الفقيه المصري ، محمد قدري باشا 18821-1888، وهو الذي وضع مجموعة فقهية سماها: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.[3]

والمشرع الجزائري حسن فعل بتسميته قانون الأسرة لأن التسمية تنسجم مع أحكام الشريعة التي تنظم أحكام الأسرة بصفة عامة ، بداية بالزواج والطلاق، ثم العدة والنسب والنفقة والحضانة، ثم الوصية والهبة والوقف والمواريث.

03- تطور قانون الأسرة:

مرحلة الاستعمار الفرنسي وما قبله:

في مرحلة ما قبل 1830 كانت الأسرة الجزائرية خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، وبعد سنة 1830 اول الاستعمار التدخل في قانون الأسرة الإسلامي والأعراف التي تحكم نظام العائلة الجزائرية بسن العديد من القوانين ونذكر منها: القانون 02 ماي 1930 الخاص بالخطبة وسن الزواج، والمرسوم 19 ماي 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية ، والأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944، المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي، قانون 11 جويلية 1957، التعلق بالمفقود والوصاية والحجر، وكيفية اثبات الزواج، والأمر الصادر في 1959/02/04، والمرسوم 17 سبتمبر المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله[4].

---

[1] –العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، دار هومة، الجزار، د.ط، 2013، ص 19.

[2] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 6.

[3] – انتقد المشرع الجزائري على تسميته بقانون الأسرة لأنه يحوي مسائل تتعدى علاقة الفرد بأسرته بل تتعدى إلى حالته: من ترشيد، وأحكام الغيبة والفقد، والحجر والوصاية والتقديم والكفالة والوصية والهبة والوقف، فهذه الأحوال كلها تخص الفرد كشخص لا كعضو في أرته، وهي تدخل تحت ظلة الأحوال الشخصية بما فيها أحكام الأسرة. بلحاج العربي، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص19.

[4] العربي بلحاج ، نفس المرجع، ص25-26.

مرحلة ما بعد الاستقلال:

بعد الاستقلال ولمواجهة الفراغ التشريعي أصدر القانون 157/62 الصادر في 1962/12/31، والذي يمدد العمل بالقوانين الفرنسية فيما عداه المواد الاستعمارية والعنصرية ، أو المخالفة للحقوق والحريات . وتوالت القوانين بعد ذلك بصدور القانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم الزواج واثباته، والأوامر الصادرة 23 جوان 1966، 16 سبتمبر 1969، وقد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الأمر الصادر في 05 جويلية 1973 القوانين الفرنسية ابتداء من 01 جويلية 1975[5].

مرحلة ما بعد 1984:

وفي سنة 1984 استبشر الشعب الجزائري بإصدار أول قانون أسرة في الجزائر رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984، وقد عدل هذا القانون في سنة 2005 بالقانون 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

04- مصادره:

تعتبر الشريعة الإسلامية هي مصدر قانون الأسرة الجزائري ، والناظر لمواد القانون يجد أن المشرع اعتمد بشكل كبير على المذهب المالكي باعتباره المذهب السائد في المغرب العربي، ولكن بالرغم من ذلك نجده رجع إلى المذاهب الثلاثة الأخرى الحنفية والشافعية والحنابلة، والظاهري كذلك ، واعتمد كذلك على بعض الآراء كقول ابي بكر الأصم وعثمان البتي وابن شبرمة في الأهلية، وكان للعرف نصيب كذلك في قانون الأسرة، مع الانفتاح على بعض القوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية[6].

وهو ما أكدته المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

05-موضوعات قانون الأسرة:

على اعتبار أن قانون الأسرة في الجزائر تعتمد على الشريعة الإسلامية بنص المادة 222 فإنه يعتبر فرعا مستقلا بذاته ذو طبيعة خاصة، وليس تابعا للقانون المدني كما هو معروف في الدول الغير إسلامية[7].

يشمل قانون الأسرة على 224 مادة مقسمة على أربعة كتب:

أحكام عامة

-الكتاب الأول: الزواج وانحلاله.4-80 (الزواج-الطلاق- حقوق وواجبات الزوجين-النسب والعدة والحضانة والنفقة)

-الكتاب الثاني: النيابة الشرعية 81-125(الولاية الوصاية والتقديم، والحجر ، والمفقود، والغائب.

-الكتاب الثالث: الميراث -126-183- وبه مسائل التركات والمواريث.

-الكتاب الرابع: التبرعات- م184-224- وبه مسائل الوصية والهبة والوقف.

---

[5] العربي بلحاج ، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص27.

[6] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر،2010، ص ص 11-12.

[7] نفس المرجع والصفحة.

الفصل الأول: مقدمات عقد الزواج (الخطبة)

المبحث الأول: تعريف الخطبة ومشروعيتها وتكييفها

سنتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الخطبة فقها وقانونا ، مع تبيان مشروعيتها في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وفي الاجماع، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الخطبة في اللغة والاصطلاح والقانون

الفرع الأول: تعريف الخطبة لغة:

خطب المرأة يَخْطُبُهَا خطباً وخِطْبة بكسر الخاء، أي طلبها للنكاح، وخطب المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم، ويقال خطب فلانة وأختطبها خِطْبَةً وخَطْبًا، فهو خاطِبٌ وخطيبٌ، وخطبها إلى أهلها طلبها منهم للزواج، أما الخُطبة بضم الخاء فهي المقالة أو الدرس الذي يلقى في مناسبة معينة، و وتستفتح بها المجالس مثل خطبة الجمعة والعيدين.

الفرع الثاني: تعريف الخطبة اصطلاحا:

وقد عرفها الفقهاء بتعاريف مختلفة نذكر منها:

عرّف الفقهاء الخطبة بعدة تعاريف منها:

عرفها المالكية على أنها استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة، وعرفها الحنفية على أنها طلب التزوج، وعرفها الشافعية على أنها التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة، وعرفها الحنابلة أنها خِطبة الرجل المرأة لينكحها.

ومن الفقهاء المعاصرون عرفها الشيخ أبو زهرة: "والخطبة هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج منها، و التقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله"

الفرع الثالث: تعريف الخطبة في القانون:

عرّف قانون الأسرة الجزائري في المادة 05 فقرة01 الخطبة على أنها: "الخطبة وعد بالزواج"، ويستنتج من التعريف القانوني كون الخطبة لا تعدو أن تكون إلا وعدا بالزواج، بين رجل وامرأة في المستقبل، وهي وسيلة تعارف بين الخطيبين للاتفاق على الأمور الشكلية والموضوعية للزواج، والبعض يراها وعدا من نوع خاص يخضع لشروط خاصة من حيث الشروط والآثار، وذلك حتى لا يختلط الوعد بالزواج بالوعد بالتعاقد الوارد والمنصوص عنه في المادتين 71 و72 من القانون المدني.

وعليه خلافا للقانون المدني فالخطبة وعد غير ملزم ، وإن تمت باتفاق الطرفين فلا تتبر زواجا، كذلك كون عقد الزواج يحوي أركانا وشروطا لا يتحقق بانتفائها، وعليه فكل ما كان قبل عقد الزواج ولم يتوافر على أركانه وشروطه يعتبر مقدمة له وليس زواجا تاما.

المطلب الثاني: مشروعية الخطبة وحكمها والحكمة منها:

الفرع الأول: مشروعية الخطبة :

أولا: في الكتاب الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾[8].

ووجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى أجاز التعريض بالخطبة للمعتدة في عدة الوفاة دون التصريح، وأباح الخطبة للخالية من المحرمات.

أولا: في السنة النبوية الشريفة:

عن جابر ابن عبد الله -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"[9].

الفرع الثاني: حكم الخطبة:

الخطبة مقدمة للزواج وما شرعت إلا ليتروى الخاطبان قبل الاقدام على هذا العقد الخطير، وبالرغم من كونها ليست ركنا ولا شرطا من شروط عقد الزواج إلا أن الفقهاء اختلفوا في حكمها..

فالحنابلة، و قول للشافعية، ذهبوا إلى أنها مباحة ، وتصبح محرمة في حالات منها كالتصريح لمعتدة الوفاة ، أو التعريض والتصريح لمعتدة من طلاق رجعي ، وتأخذ حكم الكراهة في أثناء الإحرام لحج أو عمرة.

أما المالكية في قول، والشافعية في قول آخر ، فهي مستحبة إلا في المواطن التي تحرم فيها أو تكره.

والراجح من الأقوال السابقة أن الخطبة مستحبة لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها.

وتنقسم الخطبة إلى نوعين: خطبة تصريح وخطبة تعريض:

-فخطبة التصريح هي: الخطبة بلفظ صريح يطلب فيها رجل يد امرأة من أهلها، قائلا : أريد الزواج من فلانة.

-أما خطبة التعريض: هو كل لفظ يحتمل الخطبة وغيرها، كالتعريض للمعتدة من وفاة أو طلاق بائن بينونة كبرى، والفقهاء يذكرون ألفاظا للتمثيل له: كأنت جميلة، ومن يجد مثلك؟ وأن الله ساق لك خيرا، رب راغب فيك، ونحو ذلك.

الفرع الثالث: الحكمة من الخطة:

وقد شرعها الله قبل الارتباط بعقد الزوجية ليعرف كل من الزوجين صاحبه، ويكون الاقدام على الزواج على هدى وبصيرة.

المطلب الثالث: تكييف الخطبة وشروطها:

الفرع الأول: تكييف الخطبة

أولا: التكييف الفقهي للخطبة: لا تعدو الخطبة أن تكون عقد زواج بل وعدا غير ملزم، وذلك باتفاق

([8]) سورة البقرة، الآية 235.

([9]) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، حديث رقم 2082، ج2، ص228.

المذاهب الإسلامية، ولو تمت باتفاق الطرفين، كون الزواج ركن الرضا فيه ركن جوهري، ولو أجبرنا الخطيبين على إتمام الزواج على أساس أن الخطبة عقد ملزم ، فمعنى هذا أننا أكرهنا الزوجين على الزواج بعقد لا يرضى به أحدهما، وهذا يتصادم مع رضائية الزواج، وعليه فالخطبة بتمامها لا تعتبرا عقدا ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من الالزام بإتمام العقد، وعلى هذا الأساس فالخطبة لا ينكن أن تبيح ما يبيحه الزواج فالمخطوبة تبقى أجنبية على الخاطب، ويحرم عليها الخلوة بالخاطب أو لمسها مما تنجر عنه عواقب وخيمة تتحملها المخطوبة وحدها نتيجة جهلها.

ثانيا: التكييف القانوني للخطبة:

جاء في المادة 05 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري المعدل [10] : "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، يستخلص من المادة القانونية أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، ولا يمكن أن تكون عقدا رسميا، ويبقى خيار العدول واردا ما لم يعقد العقد الرسمي ، وهو ما سارت عليه ومعظم نصوص قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية، على أن الخطبة وعد بالزواج.

والخطبة قد تقترن في العرف كما جاء في القانون بقراءة الفاتحة، وهو ما نصت عليه المادة السادسة من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيه:" إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا ، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرا ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

وبالتالي فالمادة 06 من قانون الأسرة ، يتجلى أن وجود الفاتحة واقترانها بالخطبة لا يغير من طبيعتها ، إلا أنه إذا توفرت أركان وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة في مجلس الخطبة مع اقترانها بالفاتحة فإنها تعد عقد زواج تام الأركان والشروط.

الفرع الثاني: شروط الخطبة

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى شروط التي وجب أن تتوفر في الخاطب والمخطوبة ، ولكن الفقهاء تطرقوا لهذه الشروط بتفاصيل دقيقة وطويلة لا يمكن حصرها في هذا البحث، ويشترط في المخطوبة أن تكون ممن تجوز خطبتها ، فلا يجوز خطبة الأصناف الآتية:

1- زوجة الغير ، فلا تجوز خطبة امرأة متزوجة.

2- كل امرأة محرمة عليه حرمة مؤبدة أو مؤقتة ومازال مانع التحريم قائما.

والتحريم المؤبد كل امرأة تحرم عليه دائما كالأمهات والأخوات والعمات والخالات،

3- كل امرأة معتدة من طلاق رجعي ، لأنها مازالت في حكم الزوجة ويجوز لزوجها مراجعتها بدون عقد ومهر جديدين، ولا يجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا.

4- كل امرأة معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، على خلاف بين الفقهاء في العريض للمطلقة في طلاق بائن بينونة كبرى.

([10]) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 1984/06/09م والمتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27م.

5- كل امرأة معتدة من وفاة لا يجوز خطبتها تصريحا ، ولكن يجوز خطبتها تعريضا باتفاق الفقهاء.

6- المرأة المخطوبة للغير، وهي من تقدم رجل لخطبتها ورضيت به ، حرمت خطبتها باتفاق الفقهاء، وهو ما جاء في حديث أبو هريرة ﷺ قوله ﷺ "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه"[11]، لأن في ذلك إثارة للعداوة والبغضاء بين المسلمين، أما إن أذن الأول للثاني فذلك جائز.

وإذا تزوج الرجل بمخطوبة الغير فزواجه صحيح عند جمهور الفقهاء، لكنه آثم.

المبحث الثاني: أحكام النظر إلى المخطوبة وأسس اختيار الخاطبين

المطلب الأول : أحكام النظر إلى المخطوبة

إذا قامت الخطبة صحيحة فهي تؤدي بإذن الله للزواج، لأن عقد الزواج عقد خطير وقد سماه الله عز وجل في كتابه بالميثاق الغليظ، وبالتالي أجاز الشرع فترة لتعرف كل خاطب على الآخر قبل الارتباط بالزواج، وعليه ولكون الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج أباح فيه الشرع بعض المسائل غير المباحة في الدين إلا لمن كان صادقا في خطبته مقدما على الزواج بجدية ، ومن هذه المسائل النظر إلى المخطوبة وحدوده ، وهي مسألة لم يتطرق لها المشرع الجزائري في قانون الأسرة تاركا الأمر للمادة 222 منه، وذلك بالرجوع للشريعة الإسلامية.

الفرع الأول : -النظر إلى المخطوبة : أجاز عامة أهل العلم النظر للمخطوبة من مالكية وهو المشهور عنهم وحنابلة وحنفية وشافعية وظاهرية وكذلك الامام الأوزاعي ، ودليلهم في ذلك حديث جابر ابن عبد الله ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ:"إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه

إلى نكاحها فليفعل" ، وحديث المغيرة بن شعبة، أنه خطب امرأة فقال النبي ﷺ:"أنظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"[12]، ومعنى قوله أحرى أن يؤدم بينكما: أحرى أن تدوم المودة بينكما.

الفرع الثاني: حدود النظر للمخطوبة: وحدود النظر عند الفقهاء لا تتجاوز الوجه والكفين فقط، ومن ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، من مالكية، وشافعية وقول للحنفية و في قول للحنابلة ، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [13]، وقد زاد بعض الفقهاء عن الوجه والكفين أماكن أخرى يمكن رؤيتها كالقدمين، وقول آخر للحنابلة يباح النظر إلى ما ينظر إليه غالبا الوجه والكفين والقدمين والرأس والرقبة والساق أو مما تظهره المرأة غالبا في منزلها، لكن القول الراجح هو الوجه والكفين ولا زيادة عنهما. ، لكونهما لا يدخلان في العورة ويجوز كشفهما في الحج، فالوجه مجمع المحاسن ومحط الرؤية، و الكفان يدلان على صحة الجسم، ونحافته أو امتلائه، ويضاف إليه إباحة النظر إلى قوام المرأة لأنه يلحق مما يظهر منها إضافة إلى الوجه والكفين[0]،

والحكمة مما سبق دوام العشرة لقوله ﷺ: "فإنه أحرى أن يؤدم بينكما" ، على أن تكون متحلية باللباس

([11]) أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، حديث رقم 1408، ج2، ص1029.

([12]) أخرجه الترمذي في سننه: كتاب النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، حديث رقم 1087، ج2، ص388.

([13]) سورة النور: الآية 31.

الشرعي، غير مبدية لمحاسنها، مخافة أن يشتهيها، لأنّ المقصود من ذلك هو إقامة السنة لا قضاء الشهوة، ولا يسبق للأذهان أنّ هذه النصوص تبيح للخاطب أن يتجاوز الحدود الشرعية في الرؤية الجسدية، إنما ذلك هو إغراء له باستشفاف الحالة النفسية لخطيبته، فقد يرى فيها من المزايا النفسية، أو الجوانب الأخرى؛ كرجاحة العقل وحسن التصرف، وجمال الأناقة وكمال الاحتشام، ما يغريه بالاقتران بها، وربط حياته بحياتها، كل هذه من حكم الإسلام الجليلة في حفظ المرأة وتحصينها من كل أسباب الفساد والانحلال.

وموقف المشرع الجزائري أنه لم يتطرق لمسألة النظر للخطوبة تاركا ذلك إلى الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 منه.

المطلب الثاني : أسس اختيار الخاطبين :

ما شرعت الخطبة إلا ليتعرف كل خاطب عن صفات الآخر، وقد رغبت الشريعة حين الخطبة حسن اختيار المخطوبة والخاطب، لأن استقرار الحياة الزوجية يكون مرهون بحسن اختيار الزوجة الصالحة، ومن أهم أسس اختيار المخطوبة والخاطب :

أولا-أسس اختيار المخطوبة:

1-**الدين**: لقد عد الإسلام الدين والايمان القوي الأساس الأول في اختيار الزوجة الصالحة، وأرشد راغبي الزواج بأن يظفروا بذات الدين لتقوم الزوجة بواجبها على الوجه الأكمل في آداء حق الزوج، وأداء حق الأولاد، وأداء حق البيت على النحو الذي أمر به الإسلام ، وحض عليه الرسول صلى الله عله وسلم ، حيث جاء في حديث أبو هريرة ﷺ عن النبي ﷺ: "تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، وجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك"[14]، وقوله: " أظفر بذات الدين" فإنك تكسب بها الداريّن، وقوله: "تربت يداك" قيل إنه دعاء في الأصل، إلا أن العرب تستعملها للإنكار والتعجب، وهي كلمة تفيد الحث والتحريض أي التصقت بالتراب من الفقر، وصار المعنى: أظفر بذات الدين ولا تلتفت إلى المال وغيره ، فالدين هو الأساس في اختيار الزوجة.

2-**حسن الخلق** : إن أجمل ما في الانسان صفاته الحميدة وأخلاقه الكريمة ، لهذا حث الإسلام على اختيار الزوجة المتصفة بحسن الخلق ، واتسام الزوجة المتدينة بالأخلاق الرفيعة، يمنعها من الفحش والثرثرة والنفاق، وقد قال بعض العرب: لا تنكحوا من النساء ستة: لا أنّانة ولا منّانة، ولا حنّانة، ولا تنكحوا حدّاقة ولا برّاقة ولا شدّاقة، أما الأنّانة فهي من تكثر الأنين والتشكي، فنكاح الممراضة والمتمارضة لا خير فيه، وأما المنّانة هي التي تمن على زوجها وتقول له: فعلت لأجلك كذا وكذا، والحنّانة التي تحن إلى زوج آخر، أو ولدها من زوج آخر، والحدّاقة التي ترمي بحدقتها إلى كل شيء وتشتهيه وتكلف الزوج شراءه، والبراقة قد تحمل معنيين إما أن تكون طول النهار في تصقيل وجهها وتزيينه، أو أن تغضب على الطعام ولا تأكل إلا وحدها، أما الشّداقة الكثيرة الكلام.

3-**الحسب**: والحسب هو شرف الآباء والأقارب، وأن تكون ن أهل بيت الدين والصلاح، مأخوذ من الحساب لأنهم كانوا إذا تفاخروا عددوا مناقبهم ومآثر آبائهم وقومهم وحسبوها، فيحكم لمن زاد عدده على غيره،

---

(14) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، حديث رقم 5090، ج 3، ص217.

وقيل المراد به الفعال الحسنة.

وقد رغب الإسلام في الزواج من المرأة النسيبة الطيبة الأصل، ليكون الولد نجيبا، فربما جاء شبيها بأهلها ونزع إليهم ، فيستحب أن تكون الزوجة من بيئة طيبة، ومن أصول كريمة معروفة بالدين والأخلاق، فما تحمله المرأة من طباع ورثتها عن آبائها وأجدادها تؤثر في الأحفاد، فعن عائشة ﵂ قالت: قال رسول الله ﷺ: "تخيّروا لنطفكم، وانكحوا الأكْفاء، وأنكحوا إليهم"[15].

4-الودود: والمرأة الودود هي التي تتودد إلى زوجها وتتحبب إليه، وتبذل وسعها في مرضاته، وتحيطه بالرعاية والمودة والحب، وتحرص على طاعته ليتحقق الهدف الأساسي من الزواج وهو السكن والمودة والرحمة.

وقد جاءت العديد من الأحاديث ترغب في مراعاة هذه الصفة في المرأة، فعن معقل ابن يسار ﵁ قال: "جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال، وإنها لا تلد أفأتزوجها؟" قال: "لا"، ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة، فقال: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"[16].

5-الولود: من أسس اختيار الزوجة أن تكون ولودا، فعن معقل ابن يسار ﵁ قال: "جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال، وإنها لا تلد أفأتزوجها؟" قال: "لا"، ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة، فقال: " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم".

فقد نهى رسول الله ﷺ عن تزوج العقيم، ولو كانت ذات منصب وجمال، وحثنا على التزوج بالولود، لأن من المقاصد الشرعية للزواج، إكثار النسل وحفظ النوع الإنساني وفخر لنبينا بأن يباهي بهذه الأمة المباركة الأمم يوم القيامة.

6- أن تكون بكرا: والبكر في اللغة هو أول كل شيء.

أما في الاصطلاح، فالبكر من النساء هي العذراء التي لم يسبق لها الزواج، عكس الثيب التي سبق لها أن تزوجت ولا خلاف في إطلاقه على الذكر والأنثى.

وقد فضل الإسلام خطبة البكر حتى تكون المحبة بينها وبين زوجها أقوى والصلة أوثق، وتدوم بها العشرة وهي مجبولة على الأنس لأول أليف لها، مما يجنب الأسرة الكثير مما ينغص عليها ويكدر صفوها.

وقد وردت عدة أحاديث تحث على الزواج بالبكر، لقوله ﷺ :"عليكم بالأبكار، فإنهن أعذب أفواها، وأنتق أرحاما وأرضى باليسير"[17]، ومعنى أعذب أفواها أقل فحشا مع زوجها لبقاء حيائها لأنها ما خالطت زوجا غيره، وقوله أنتق أرحاما، أي أكثر أولادا، ويقال للمرأة كثيرة الولد الناتق، لأن النتق جاءت من الرمي، لأنها ترمي بالأولاد نتقا، وأرضى باليسير بما يوفر لها زوجها من مال ولا تحمله مالا يطيق،

لكن قد تقتضي الظروف التزوج بالثيب (الثيب هي المرأة التي سبق لها الزواج وتطلقت)، كحاجة إلى

([15]) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب النكاح، باب الأكفاء، حديث رقم 1968، ج1، ص633.

([16]) أخرجه أبو داود في سننه: أول كتاب النكاح، باب في تزويج الأبكار، حديث رقم 2050، ج2، ص220..

([17]) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب النكاح، باب تزويج الأبكار، حديث رقم 1861، ج1، ص 598. وحسنه الألباني. انظر، الألباني: صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط1، 1997م، ج2، ص123.

تربية الأولاد أو كبر سن، أو القيام بأسرة،

7- أن تكون المرأة من الغريبات عن الخاطب: من الأسس التي دعت إليها الشريعة الإسلامية وفضلتها في اختيار الزوجة، أن تكون بعيدة في القرابة عن الزوج، ولا تكون من قرابته القريبة، فالقرابة درجات، وذلك لحكمة، تكمن في تجنب ضعف النسل وتعرضه للأمراض والعلل، لأن توريث الأمراض و العيوب يكون من القريبة أكبر، والزواج من البعيدة فيه نجابة للطفل وقوة للبدن، فعن ابن أبي مليكة أن عمر ﷺ قال: "يا بني السائب، إنكم قد ضويتم فأنكحوا في النزائع"[18]، والنزائع النساء الغرائب من عشيرتكم، يقال هذا للنساء اللواتي تزوجن في غير عشائرهن، ومعنى **ضاويا** أي نحيفا هزيلا، وقد درست هذه الحالة قديما، فأثبتت التجارب أن زواج الأقارب غالبا ما يخلق نسلا ضعيفا، يشيع فيه الفتور وأكد هذا الطب الحديث، وكذلك لا تؤمن العداوة في زواج الأقارب التي تفضي إلى الطلاق، والذي يؤدي بدوره إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها، وهذا تحليل مقبول للزواج بالبعيدات.

وكذلك من مقاصد النكاح اتصال القبائل لأجل التعاضد والمعاونة واجتماع الكلمة.

ثانيا- أسس اختيار الخاطب:

كما من حق الرجل اختيار الزوجة المناسبة التي تتوفر فيها الصفات التي أمرتنا بها الشريعة، فمن حق المرأة كذلك اختيار الزوج الذي ستقاسمه حياتها، وتظل تحت سلطانه بقية عمرها، فيجب على الولي أن يختار لابنته أو موكلته الزوج المناسب، فلا يزوجها إلا ذا دين وخُلق، فإن توافقا عاشرها بالمعروف، وإن اختلفا سرحها بإحسان، فالاحتياط في حق المرأة أهم، لأنها رقيقة بالنكاح ولا مخلص لها، والزوج على كل حال قادر على النكاح إذا لم يتوافقا.

المبحث الثالث: العدول عن الخطبة والتعويض عن الضرر

المطلب الأول : العدول عن الخطبة وحكم الهدايا والصداق بعد العدول

مادامت الخطبة ليست بعقد وانما هي وعد بالزواج ، ومقدمة من مقدماته وبالتالي يجوز لكل من الخاطبين العدول عنها ، لكن قد يترتب عن هذا العدول آثار وهي الهدايا والصداق أو ضرر يلحق أحد الطرفين يترتب عنه تعويض ، والفقهاء اختلفوا في استحقاق هذا التعويض وهو ما سأتعرض له من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: الحق في العدول:

باعتبار ان الخطبة وعد بالزواج فهي غير ملزمه للطرفين ولكل منهما حق العدول والرجوع فيها لان الحكمة من تشريع الخطبة مجسده في التعارف بين الطرفين في حدود الشرع وكللت بالزواج هو أحسن حل لان الزواج كما سبق وبينا عقد ميثاق غليظ وبالتالي قيامه بين طرفين غير متناسبين قد يكون مضرا بهما وبالأسرة جميعا

([18]) ابن قتيبة الدينوري: عيون الأخبار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1418هـ، ج2، ص79. وجاء في غريب الحديث قول عمر: "اغتربوا ولا تضووا" أي تزوجوا الغرائب لئلا تجيء أولادكم نحافا ضعافا. انظر، الحربي: غريب الحديث، تحقيق سليمان العابد، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، ط1، 1405هـ، ج2، ص378.

وبالتالي حق جائز من الحقوق لكل الطرفين ولكل منهما استعماله متى ظهرت له فيه مصلحه .

ونصت المادة 5 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري:" الخطبة وعد بالزواج، و يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "، و بالتالي فالعدول عن الخطبة حق قرره القانون، فيبقى لكل من الخاطب و المخطوبة حق العدول عنها بإرادته المنفردة، دون رجوع إلى الطرف الثاني، و هي حقيقة كون العدول عن الخطبة مباح شرعا و مقرر قانونا و عليه فمجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عليه أي التزام، أو تعويض لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج، و لو طالت مدة الخطبة، فإن ترتب عن العدول أفعال مستقلة عنه نتج عنها ضرر مادي أو أدبي، فإنها تستوجب التعويض عن ذلك الضرر، لا عن العدول لأنه مباح.

الفرع الثاني: حكم الهدايا والصداق بعد العدول عن الخطبة

أولا- الهدايا:

أما في حكم استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة، و قبل العقد فقد اختلف الفقهاء على النحو التالي:

- الحنفية :ذهبوا إلى أن حكم الهدايا في الخطبة يأخذ حكم الهبة، و على الواهب أن يرجع في هبته، إلا إذا وجد مانعا من موانع الرجوع في الهبة، فإذا كان ما أهداه الخاطب موجودا، و لم يتصل بزيادة لا يمكن فصلها عنه، و ما لم يستهلك جاز له الرجوع في هبته.

و من الهدايا المستهلكة المأكولات، و الألبسة سواء أخيطت أو بليت، أو أهديت للغير، فكل هذه الهدايا لا تسترجع لفوات عينها أصلا، و يتساوى كل من الخاطب و المخطوبة في استرداد كل واحد ما أهداه بنفس الكيفية.

-الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أن الرجوع عن الخطبة سواء من الخاطب أو المخطوبة، هو انتفاء حقه في استرداد ما قدمه من هدية سواء كانت قائمة أو هالكة، لأنها تأخذ حكم الهبة، و الهبة لا يجوز الرجوع فيها لغير الأب.

-الشافعية: ذهب الشافعية إلى أنه للذي عدل منهما، حق استرداد الهدايا، فإن كانت قائمة بعينها أخذها و إن استهلكت فبقيمتها، و ذلك بشرط أن تكون الهدايا من أجل الزواج و تمامه، أما إذا كان القصد مجرد هدية فلا يحق له الرجوع فيها، و يرى بعض الشافعية أن الرجوع مقيد بما إذا كانت هي التي عدلت عن الخطبة، أما إذا عدل هو فلا رجوع.

-المالكية: اعتبار العرف أو الشرط إن وجد، فإن كان هناك عرف أو شرط بالاسترداد أو عدمه يعمل به، وإن لم يكن هناك اتفاق أو عرف، ينظر إلى الجهة المتضررة بالعدول عن الخطبة، فإذا كان العدول من الخاطب فليس له أن يسترد شيئا مما أهدى، و لو لم تستهلك حتى لا يجتمع على المخطوبة ألمان، ألم العدول و ألم استرجاع الهدايا، وإن كان العدول من المخطوبة فله أن يسترد كل ما أهداه، إن كان باقيا على حاله، و إن كان هالكا أو مستهلكا رجع عليه بمثله أو قيمته.

الترجيح: و الرأي الراجح من آراء الفقهاء هو رأي المالكية لما فيه من تحقيق للعدالة للطرف المضرور من العدول عن الخطبة و اعتباره للعرف.

و ضمّن المشرع الجزائري في المادة 5 الفقرة 3 من قانون الأسرة المعدل كيفية استرداد الخاطب أو

المخطوبة للهدايا بعد العدول، فنصت المادة على أنه:" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"، و قد أعطى المشرع تفصيلا في الهدايا، و ذلك لأن الخطبة في العادة مكلفة لما يهدى فيها، و بذلك رأى اعتبارها و النص عليها لأنها من شأنها أن تثير الكثير من النزاعات لإحساس الخطاب بأهمية ما دفعوه.

إلا أن الملاحظ في النص أن بدايته كانت متوافقة مع المذهب المالكي، أما في نهايته فقد خالفته، حيث نص أنه لا يقع الرد في حالة الاستهلاك، و هو رأي الحنفية الذي تأخذ الهدايا في مذهبهم حكم الهبة[19]،في حين أن العرف الجاري متوافق مع المذهب المالكي[20]، و كان على المشرع الأخذ برأي المالكية كاملا، لأنه رأي عادل

و منصف و يحمّل قدرا من المسؤولية للعادل عن الخطبة، بتحمل تبعة خسارته للهدايا المقدمة، و كذلك إرجاعه للهدايا التي أخذها، فليس من المعقول أن يعدل الخاطب أو المخطوبة، و بعد ذلك يحتفظ بالهدايا حتى إن استهلكت.

فبقاء النص القانوني على حاله في عدم رد الهدايا المستهلكة من طرف المخطوبة غير منصف، فقد تقوم المخطوبة بطلب حلي و أشياء ثمينة ثم تتصرف فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية، وبشكل صوري كالهبة أو البيع من باب التحايل، و عندما يطلب منها الخاطب إرجاعها تدعي استهلاكها، و ما جاء في النص القانوني يطالبها بإرجاع ما كان قائما تحت يدها فقط، أما ما استهلكته فلا ترده و هذا غير عادل، ولو أخذ المشرع في هذه المسألة برأي المالكية كاملا كان أفضل، فيفرض على المخطوبة إرجاع مثلها إن كانت من المثليات و قيمتها إن كانت من القيميات.

و مما يؤخذ كذلك على المشرع أنه أهمل مسألة من المسؤول عن العدول، ففي بعض الأحيان يكون أحد الخاطبين مضطرا للعدول نتيجة فرض الطرف الآخر شروطا تعجيزية، كطلب المخطوبة منزلا خاصا، أو طلب ولي المخطوبة مهرا مرتفعا، أو طلب الخاطب التعجيل بالزواج، أو إطالة مدة الخطبة، ففي هذه الأحوال يجب البحث في سبب العدول، و ليس النظر فقط في من بادر بإنهاء هذه الخطبة، و يجب تقييد التعويض كذلك بالمتسبب في العدول، و ليس بالطرف الصادر منه العدول، و يترك التحقيق في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي[21].

و كذلك عدم ذكره صراحة مصير الهدايا التي قدمتها المخطوبة للخاطب عندما يكون العدول منها، فكان على المشرع أن يوازي بينها و بين الخاطب في عدم استرداد الهدايا في حالة عدوله كذلك.

ثانيا-الصداق : للفقهاء في حكم رد قيمة الصداق أو ما اشتري به من جهاز قولان:

([19]) الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص42.

([20]) محمد محدة: الخطبة و الزواج، ص63. العربي بلحاج: أحكام الزوجية و آثارها، ص162.

([21]) محمد محدة: الخطبة و الزواج، ص64.الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص44.

القول الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه يجب على المخطوبة رد الصداق كاملا بعينه إذا كان قائما، وإذا هلك أو استهلك رد بقيمته إذا كان قيميا وبمثله إذا كان مثليا، ولا يهم إن كانت اشترت به جهازا أو لا فترجع بقيمة الجهاز، ولا يختلف الأمر إن كان العدول من الخاطب أو المخطوبة لأن في نظرهم الصداق لا يجب إلا بالعقد، أو الزواج الصحيح، ومادام لم يتم فيجب رده.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية، حيث ترجع له ما دفعه من صداق، إن كان العدول منها، وان كان منه، لا يرجع عليها مما اشترت به من جهاز إن كان أذن لها بالشراء أو تحت علمه أو جرى به عُرف.

الترجيح: نوافق ما ذهب إليه المالكية وهو وجوب التفريق بين ما إذا كان العدول من الخاطب، أو من المخطوبة، فإذا كان العدول من الخاطب، فمن الظلم إجبار المخطوبة على رد المهر نقدا، لأنها ستتضرر نتيجة شرائها الجهاز، وإعادة بيعه بثمن أقل، وبالتالي تخير المخطوبة بين إرجاعه نقدا أو ما يقابله من أعيان الجهاز الذي اشترته بالصداق أو بعضه، أما إذا كان العدول من المخطوبة، فوجب أن ترد له ما دفعه كاملا، لأنه لا ذنب له في العدول، فلا يجب أن يتحمل نتيجة عمل قامت به المخطوبة.

ويأخذ بعين الاعتبار المتسبب في العدول، فيمكن للخاطب أن يعدل عن هذه الخطبة ويسترد قيمة المهر حتى لو اشترت به جهازا، لوجود سبب مشروع للعدول، كأن يكتشف عيبا في المخطوبة لم يعلمه من قبل، ففي هذه الحالة يسترد كامل الصداق إذا كان قائما، وقيمته إذا استهلك، ومثله إذا كان مثليا، تحقيقا للعدالة لأنها هي السبب في العدول، وكذلك إذا كان العدول منها، وكانت قد اشترت بالصداق جهازا، بعد اكتشاف عيب لم تكن تعلمه في الخاطب- و هو سبب مشروع- فهنا تخير كما ذكرنا سابقا، بين رد قيمته أو إعطائه الجهاز، لأنه المتسبب في العدول.

وقانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لمسألة الصداق المقدم خلال فترة الخطبة لا في القانون 11/84 الصادر في1984/06/09، ولا في التعديل بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 لا صراحة ولا ضمنا، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام المادة 222، التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر

ان العدول عن الخطبة بين الخاطبين هو أمر جائز ولكن قد يترتب عنه ضرر يلحق واحد الطرفين ماديا ومعنويا، ومن هذه الاضرار مثلا طول فتره الخطبة، أو ان يطلب الخاطب من المخطوبة او العكس امورا لا يستطيع الاخر فعلها، كأن تطلب منه ان يشتري لها جهازا باهض الثمن ولا يستطيع توفيره ، أو يطلب منها الخاطب مثلا الاستقالة من وظيفتها، ، كل هذه الأسباب المذكورة انفا يمكن ان تكون أسبابا وجيهة ، لكن قد تكون الأسباب تعسفية والتي قد تتسبب في ضرر لأحد الطرفين.وقد يكون معنويا كأن يقول الخاطب في المخطوبة كلاما يضر سمعتها وتتعرض لحديث الناس ويفوت عنها فرص الزواج، أو ماديا كأن يجهز الخاطب بيتا للزواج وتأبى المخطوبة وتعدل عنها مسببة له خسائر مادية.

الفرع الأول: التعويض عن ضرر العدول في الفقه الإسلامي :

والتعويض عن الضرر عند العدول لم يقل به أحد من الفقهاء القدامى لجمله من الاسباب منها، أن

التعويض لا يكون إلا لسبب من الاسباب المتعلقة بالالتزام مثلا كالإخلال بعقد ، والخطبة لا ترتقي أن تكون عقدا، وبالتالي لا يترتب عنها أي أثر يذكر، وكل ما في الامر أنها وعد بين طرفين والرجوع عن هذا الوعد وإن كان في نظر الشرع قبيحا، الا أنه لا يرتب أي جزاء.

أما عند الفقهاء المعاصرون فانقسمت أقوالهم إلى ثلاثة:

القول الأول: عدم التعويض: وذهب أصحاب هذا القول بأن لا تعويض بين الخاطبين حال العدول وذلك لأن الخطبة وعد غير ملزم ، ولأن العدول حق شرعي ويعلم الطرف الآخر الضرر الذي سيلحقه إن عدل الطرف الآخر، وأن الحكم بالتعويض يفقد الخطبة مزاياها وتصبح شبه ملزمة كالزواج، وبالتالي يصبح نوع من الإكراه على أحد طرفيها بإتمام عقد زواج لا يرغب فيه.

القول الثاني: التعويض مطلقا: ويرى أصحابه أن مجرد العدول يوجب التعويض ، لأن العدول دون سبب يذكر هو تعسف في استعمال الحق، والتعسف في استعمال الحق يوجب التعويض، واستدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار" [22] ، ووجه الاستدلال من الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن إيقاع الضرر، ومن لم يلتزم بالنهي فيعاقب، وعقابه التعويض في حال الضرر بالعدول عن الخطبة .

القول الثالث: تحديد التعويض: ويرى أصحاب هذا القول وهو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء العاصرين إلى أن التعويض لا يكون بمجرد العدول عن الخطبة، إلا إذا ترتب عنه ضرر مادي أو معنوي ، فإن لم يرتب أي ضرر فلا تعويض، ويجب أن يكون الضرر متسببا فيه أحد الطرفين، بسبب عدوله عن الخطبة.

الفرع الثاني: التعويض عن ضرر العدول في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 05 فقرة 03 على: "إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض"، من خلال المادة لم يبين المشرع الجزائري الأساس القانوني الذي من خلاله في تقرير الحكم بالتعويض وهو أمر أدى إلى اختلاف شراح قانون الأسرة في الأساس الذي يستند إليه القاضي في تحديد المسؤولية، فالأستاذ العربي بلحاج ذهب إلى أن أساس الحكم بالتعويض هو قيام المسؤولية التقصيرية استنادا إلى قواعد القانون المدني، أما الأستاذ عبد العزيز سعد فذهب إلى أن الأساس الذي يستند عليه القاضي هو التعسف في استعمال الحق ويقول :" كما ان العدول بحد ذاته يعتبر حقا لكل من الخاطب والمخطوب يجوز لكل واحد منهما استعماله، متى يشاء ومن يستعمل حقه بدون تعسف لا تجوز مقاضاته ولا طلبه بالتعويض عن أي ضرر يكون قد أصاب الغير نتيجة استعمال هذا الحق ،وذلك استنادا الى قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، غير أنه استثناء من هذه القاعدة يمكن القول أنه إذا كان العدول عن الخطبة لا يعتبر مصدرا للمسؤولية التعاقدية أو التقصيرية وأن عدم القيام بإبرام عقد الزواج الموعود به لا يرتب في حد ذاته أي مطالبة بالتعويض باعتبار أن الضمان يؤثر في حرية التعاقد ويناقض ركن الرضا في عقد الزواج،

---

[22] اخرجه مالك بن أنس في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم 31، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ج2، ص745.

فإن طلب الحكم بالتعويض عن الضرر سيصبح مشروعا إذا كان العدول أو الرجوع عن الخطبة قد رافقته ونتج عنه ضرر"، وبما أن قاعدة التعسف في استعمال الحق تقوم على حديث "لا ضرر ولا ضرار" ، وهو المقرر في الشريعة الإسلامية، وبما أن هذه الأخيرة مصدر لقانون الأسرة الجزائري بنص المادة 222 ، فأساس التعويض عن الضرر الناتج عن العدول من أحد الطرفين في قانون الأسرة الجزائري، يكون على أساس التعسف في استعمال الحق، وهو رأي الأستاذ عبد العزيز سعد.

الفصل الثاني: عقد الزواج و آثاره

المبحث الأول: مفاهيم عامة حول الزواج

لخطورة عقد الزواج وتميزه عن باقي العقود الأخرى، وضعت له الشريعة الإسلامية قيودا وضوابط تضمن تماسكه واستمراره، فشُرعت الخِطبة كخطوة أولى لانتقاء الشريك المناسب، وأحيطت بضوابط عدة.

المطلب الأول: تعريف الزواج [23]

عرّف الفقهاء الزواج بتعاريف متباينة، لكنها تصب كلها في معنى واحد، أما قانون الأسرة كان له تعريف وافق في جانب منه الفقهاء، وهو ما سأبينه من خلال فرعين، مستعرضا في الأول التعريف الفقهي والقانوني للزواج، وفي الثاني مشروعية الزواج والحكمة منه.

الفرع الأول: التعريف الفقهي والقانوني للزواج

من خلال هذا الفرع أتعرّض لتعريف الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولا – التعريف الفقهي:

إذا رجعنا إلى كتب الفقه الإسلامي نجد للزواج تعاريف متعددة [0]، فقد عرّفه أحد فقهاء الحنفية الزواج بـ:"هو عقد يرد على ملك المتعة قصدا"، فملك المتعة عبارة عن ملك الانتفاع والوطء، والمراد بالملك الحل لا الملك الشرعي، واحترز بقوله قصدا، عند شراء جارية للتسري[24] فحِل المتعة يكون ضمنيا ولو قصده المشتري بالرغم من كونه ليس عقد نكاح[0]، أما المالكية فقد عرفه ابن عرفه المالكي [0]على أنه: " عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور، أو الإجماع على الآخر" ، فالتعريف معقد من حيث التركيبة اللغوية، ويستشف منه باختصار قصده العقد لاحتوائه الايجاب والقبول لأن الأصل في العقد الربط، وقوله على مجرد يقصد بها المتعة المجردة بمعنى المقصودة بغير إضافة لإخراج عقد الزواج عن عقد المنافع كالإجارة والكراء، وعلى الذوات وهو البيع، وقصد لفظ التلذذ بدل التمتع كون الأخير أعم وأشمل، ويدخل تحته التمتع الحسي والمعنوي، كالتمتع بالجاه والولاية، والتمتع بالركوب والأكل، فأخرج الأمور المعنوية بالتلذذ، وذكر آدمية لإخراج التلذذ بالطعام والشراب في هذا المقام.

ثانيا- التعريف القانوني للزواج:

جاء تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري المعدل من خلال المادة 04 على أنه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

---

[23] الزواج في اللغة من لفظ زوّج، يزوج، زواجا، فالزاء والواو والجيم أصل يدل على مقارنة شيء لشيء، من ذلك الزوج زوج المرأة، والمرأة زوج بعلها، وهو الفصيح. قال الله تعالى: ﴿وإذا النفوس زوجت﴾ سورة التكوير، الآية 07، ومعناه الاقتران. وإذا النفوس زوجت قرنت الأرواح بالأجساد، أي ردت إليها، فالتزويج أن يقرن الشيء بمثله. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1964، ج19، ص232. الزبيدي، المرجع السابق، ج6، ص23. ابن فارس، المرجع السابق، ج3، ص35.

[24] يعرف التسري بأنه الاستمتاع بالأَمَة المملوكة (ملك اليمين).

وباستقراء النص القانوني نستنتج أن المشرع الجزائري وعلى خلاف الفقهاء الذي قصروا عقد الزواج في حل الاستمتاع بين الزوجين سما به إلى أعلى المراتب، ورسم له غايات ومقاصد، تتمثل في هدف شخصي وهو إحصان النفس، وآخر ثنائي يتمثل في تكوين أسرة قوامها المودة والرحمة والتعاون والتآلف، وهدف اجتماعي يساهم في استمرار النوع الإنساني وبقاءه، فيؤدي كل من الزوجين الواجبات المنوطة بهما تجاه الأبناء من تربية وغيرها.

الفرع الثاني: مشروعية الزواج والحكمة منه

أولا- مشروعية الزواج

الزواج مشروع في الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والإجماع، وهذا ما سأتناوله فيما يلي:

أ-القرآن الكريم

- قال تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾[25].

وجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى وجه الخطاب إلى الأولياء بقوله أنكحوا أي زوّجوا النساء اللائي لكم ولايتهم، ويصح أن يكون الخطاب للأمة في مجموعها بأن سهلوا زواج الأيامى.

ب- السنة النبوية

-قال رسول الله ﷺ:"يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء"[26].

ووجه الاستدلال من الحديث أنه يحث الشباب القادر على مؤن النكاح على الزواج، ومن لم يستطع فليصم لدفع شهوته، و خص الشباب بالخطاب لأن الغالب وجود قوة الداعي فيهم إلى النكاح بخلاف الشيوخ وإن كان المعنى معتبرا إذا وجد السبب في الكهول والشيوخ أيضا.

ج- الإجماع

أجمعت الأمة الإسلامية على أن الزواج مشروع بالنقل و العقل.

ثانيا- الحكمة منه:

1- الزواج هو أساس الأول للأسرة ، وهي الوحدة الأولى لبناء المجتمع، فالأسرة هي الاستقرار العاطفي ولا استقرار للأسرة إلا باستقرار المجتمع.

2—الزواج وسيلة لحفظ النوع الإنساني صمن أطر شرعية وقانونية.

3—الزواج هو وسيلة إعفاف المرء وزوجه من الوقوع في الحرام، وهو أداة لتقوية الروابط الأسرية وتحمل للمسؤوليات.

([25]) سورة النور، الآية 32.

([26]) أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، حديث رقم 5066، ج3، ص 208. مسلم:كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، حديث رقم 1400، ج2، ص 1019.

المبحث الثاني: أركان وشروط عقد الزواج في الفقه و القانون

المطلب الأول: أركان عقد الزواج

قبل التفصيل في أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، وجب التطرق إلى تعريف الركن لغة واصطلاحا كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الركن

أولا- الركن في اللغة: الرُكن جمع أركان وأركُن، وهو الجانب الأقوى للشيء، أو هو الجانب الذي يستند إليه ويقوم به، و الركنان في الكعبة المشرفة هما الركن اليماني وركن الحجر الأسود.

ثانيا-الركن في الاصطلاح:اختلف الفقهاء في تعريف الركن في الاصطلاح الفقهي، فعند الحنفية هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلاً في حقيقته، ومثال ذلك في العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركانا للصلاة، و عند جمهور الفقهاء الركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلاً في حقيقته.

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج في القانون

نصت المادة 09 من قانون الأسرة المعدل على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ونستنج من المادة أن الرضا، أصبح الركن الوحيد في عقد الزواج، بعد أن كان أربعة أركان في المادة السابقة قبل التعديل، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اتبع المذهب الحنفي الذي يعتمد ركنا واحدا لعقد النكاح، بعد أن كان يتبع المذهب المالكي في المادة السابقة قبل التعديل التي تعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج.

ويجب أن يكون التعبير عن الرضا صحيحا تاما لا يعتريه أي عيب من عيوب الإرادة، وإلا عد ركن الرضا غير موجود، وبالتالي فعقد الزواج يعد باطلا، و هذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة "يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا"، وقد بين المشرع الجزائري طريقة التعبير عن الرضا بالإيجاب و القبول، وذلك بإعلان الزوج رغبته في الزواج من الزوجة، وتعلن الزوجة رغبتها بقبول هذا الزواج والاقتران بهذا الزوج، وهو ما نصت عليه المادة 10 من قانون الأسرة المعدل "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا."

والملاحظ أن المشرع الجزائري في ركن الرضا رغم تشديده عليه، إلا أنه سكت عن الطريقة التي يتم بها التعبير عن الإرادة و الرضا، حيث لم يبين هل يكون التعبير شخصيا، أو عن طريق الولي أو الوكيل.

أولا-ركن الرضا في عقد الزواج:

من جملة ما يتحقق به الإيجاب والقبول "الصيغة"، و هي المادة اللفظية التي ينعقد بها الزواج، وهي الصيغة والتي عرفها الفقهاء بالعبارة الدالة على انعقاد الزواج ، أو هي اللفظ الدال عليه ، وهذه العبارة هي الايجاب والقبول.

أ-تعريف الإيجاب والقبول

أ-1- تعريف الإيجاب:

1- الإيجاب في اللغة: وجب الشَّيْء، يجب وجوبا و معناه لزم وَثَبت وَسقط إِلَى الأَرْض، واستوجب الشيء استحقه، وأَوْجَبَ لك البيعَ وأَوْجَبَهُ هو إِيجاباً.

2- الايجاب في الاصطلاح: إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين، أو ما يقوم مقامه، سواء وقع من المملك أو المتملك. فقول العاقد الأول في الزواج هو الإيجاب.

أ-2- تعريف القبول:

1- القبول في اللغة: وجاءت من قَبِلَ الشيءَ قَبُولًا وقُبُولًا، والقبول الذي يقتضي الرضا والإثابة، وقبلتُ الشيء أي أخذته عن طيب خاطر.

2- القبول في الاصطلاح: أنه العلامة على الرضا بالشيء في العقود، كالزواج و البيع وغير ذلك، أو هو ما يصدر من المتملك كالزوج في عقد النكاح، وهو قول جمهور الفقهاء ولا يهم عندهم صدور القبول سواء أولا أو آخرا.

ب- المادة اللفظية التي ينعقد بها عقد الزواج (الصيغة) :

وهي الألفاظ التي لا يصح عقد الزواج إلا بالتعبير بها، وقد بحث الفقهاء فيما يصح من هذه الألفاظ خشية تسرب مفاهيم أخرى للزواج غير التي أرادها الشارع عن طريق تبديل الألفاظ، واتفق الفقهاء في ألفاظ واختلفوا في ألفاظ أخرى غير المتفق عليها و التي يمكن التعرض إليها كما يلي:

1-الألفاظ المتفق عليها الدالة على ما يفيد الزواج

و تنقسم إلى نوعين: ألفاظ متفق على دلالتها على ما يفيد الزواج، وألفاظ متفق على عدم دلالتها على ما يفيد الزواج وهي كما يلي:

1-1-ألفاظ متفق على دلالتها على ما يفيد الزواج: اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج ينعقد بأحد لفظي الإنكاح والتزويج، ومما يشتق منهما وذلك لورود هذين اللفظين في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[27] وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾[28].

1-2-**ألفاظ متفق على عدم دلالتها على ما يفيد الزواج:** و هي ألفاظ الإحلال، والإباحة، والإعارة، والرهن، والوصية، والإجارة، لأنها لا تفيد حل استمتاع الزوج بالزوجة، ولا تهدف إلى ما تصبو إليه الشريعة من تأبيد العلاقة بين الزوجين.

2- الألفاظ المختلف فيها الدالة على ما يفيد الزواج:

اختلف الفقهاء فيما عدا ألفاظ الإنكاح و التزويج إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو ما قال إليه الشافعية والحنابلة إلى أن النكاح لا ينعقد إلا باللفظين الواردين في الشرع، وهما لفظا الإنكاح و التزويج وما يشتق منهما.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة، من أن عقد النكاح ينعقد بكل لفظ يدل على التملك مثل

([27]) سورة النساء، الآية 3.

([28]) سورة الأحزاب، الآية 37.

لفظ الهبة، والتمليك، والصدقة، والجُعل.

القول الثالث: وهو ما قال به المالكية، إضافة للفظي الإنكاح والتزويج، أجازوا الزواج بلفظ الهبة، شرط أن يُذكر الصداق ، أما اذا لم يذكر الصداق، لا ينعقد النكاح، حتى ولو قصد النكاح، **ولا ينعقد الزواج ولو سمى لها صداقا** في كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة، "كبعت" أو "ملكت"، أو "أحللت"، أو "أعطيت"، أو "منحت"، وهل هي مثلها مثل الهبة.

ج- انعقاد الزواج بالكتابة والاشارة:

عقد الزواج لا ينعقد بالكتابة والاشارة لشخص سليم قادر على النطق، أما إذا كان عاجزا بحيث يمكن لا يمكن فهمه إلا بالإشارة أو بالكتابة كالأخرس مثلا، فإن زواجه ينعقد صحيحا ، ويشترط أن تكون الإشارة مفهومة بأن تدل على الزواج أو الموافقة عليه، وكذلك يتعين أن تكون الكتابة واضحة مستبينة، وتفيد الزواج إيجابا أو الموافقة عليه بالقبول.

المطلب الثاني: شروط عقد الزواج[29]

أولا: تعريف الشرط لغة و اصطلاحا

الشرط لغة: العلامة المميزة

أما اصطلاحا فهو: ما كان خارجا عن حقيقة الشيء، ولا يلازم من وجوده وجود المشروط، و لكن يلزم من عدم الشرط عدم المشروط كالوضوء شرط في صحة الصلاة، و الزوجية شرط في إيقاع الطلاق.

ثانيا: شروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

سنعتمد في تقسيمنا لهذه الشروط على ما أورده المشرع الجزائري، وما كان ناقصا اضفناه اعتمادا على المادة 222 من القانون رقم 84/11 التي أحالتنا على الشريعة الإسلامية، وهي : -أهلية الزواج الكاملة- تعدد الزوجات– انعدام الموانع الشرعية للزواج- خضوع الزوجين للفحوصات الطبية- الولي- الإشهاد – الصداق.

وهي على التفصيل كما يلي:

1-أهلية الزواج الكاملة:

حدد المشرع الجزائري سن الزواج للجنسين معا بتمام 19سنة، ولكن أجاز بأقل من ذلك إذا كان بترخيص القاضي، و هذا ما جاء في المادة 07 من الامر 05/02 «تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة والقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزواج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات».

[29] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 43 وما يليها.

غير أنه و تماشيا مع الأعراف و العادات، أجاز للقاضي في نفس المادة ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة، وهذا من باب السياسة الشرعية ضمانا لمصلحة الشاب، و المجتمع، وبعد مراعاة إجازة الولي لاسيما في المادة 81 إلى المادة 86 من القانون رقم 84/11.

ويشترط في أهلية الزواج العقل و البلوغ كما نصت على ذلك المادتان 81و82 من القانون رقم84/11، وللقاضي الإذن بعد مراعاة إجازة الولي بزواج المجنون و المعتوه إذا ثبت بتقرير من هيئة مختصة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه.

2-تعدد الزوجات:

أن نظام تعدد الزوجات نظام اجتماعي قديم نشأ مع المجتمعات القديمة، فشرعه ومارسه الناس قبل الإسلام دون ان قيد أو شرط و لم تكن الديانات السماوية اليهودية و المسيحية تحترمه بنصوص صريحة واضحة او تقيده بقيود او شروط الى أن جاء الإسلام فأقره و أبقاه ثم تعايش معه دون ان يلغيه أو يقيده بقيود معينة ماعدا العدد، حيث حرم ما زاد عن الزوجة الرابعة، وقيد القرابة حيث حرم الزواج بالمرأة على أختها أو عمتها ...

وزاد فحث على ضرورة مراعاة مبدأ العدل المادي عند تعدد وأعفى من العدل العاطفي، ثم نهى عن الميل الكلي[2].

أما التشريعات العربية فقد وقفت من نظام تعدد الزوجات مواقف متباينة بين من يبيحه مطلقا وبين من يقيده بقيود معينة وشروط محددة، و بين من يحرمه صراحة ويصنفه ضمن الجرائم التي تعاقب عليها القوانين، وقد انفرد ذلك المشرع التونسي.

و أما موقف قانون الأسرة الجزائري: فيلاحظ بالمقارنة بين القانون رقم 84/11 و الأمر رقم 05/02 المعدل و المتمم ما يلي:

-أن المشرع الجزائري لم يغير لا مشروعية تعدد الزوجات ولا مبررات التعدد التي كانت موجودة من قبل في المادة 08 من القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 جوان 1984، وعليه جاءت المادة 08 بعد التعديل من الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، على الشكل التالي:«يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما، و أثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية».

وهكذا أحسن المشرع الجزائري حيث أبقى على نظام تعدد الزوجات باعتبار أن مشروعيته جاءت بأدلة من القرآن و السنة و الإجماع. ثم وضع لهذا المبدأ شروطا و قيودا لضمان حسن تطبيقها وهي:

أ-ان يكون هناك مبرر شرعي وهي عادة المرض المزمن للزوجة و العقم.

ب- و ان تتوفر لديه نية العدل اي القدرة على توفير العدل المادي و الشروط الضرورية للحياة الزوجية الذي يكون بالقدرة على النفقة.

ج-ويجب إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها.
د-وأن يقدم بذلك طلبا إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية بترخيص بالزواج الذي يملك " أي رئيس المحكمة " السلطة التقديرية المطلقة.
-والنقطة الثانية تتعلق بما يمكن القيام به عند مخالفة هذه الشروط فقانون الأسرة المعدل بالأمر02/05 كان مرنا بحيث لم يرتب أي عقوبة جزائية او مدنية، وإنما اكتفى بأن منح لأي زوجة في حالة التدليس أن ترفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وهذا من خلال المادة 08 مكرر من الأمر 05/02.
والحكم بفسخ الزواج الجديد إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي قبل الدخول وهذا من خلال المادة 08 مكرر 1 من الأمر 05/02 ،ويفهم من هذه المادة نفسها أنه إذا تم البناء و الدخول فإن الزواج الجديد لا يفسخ وان لم يستصدر ترخيصا من القاضي.

3- انعدام الموانع الشرعية للزواج :

يعد هذا الشرط واحدا من الشروط التي يجب ان تتوفر في عقد الزواج كما أوضحت ذلك صراحة المادة 09 مكرر في الأمر 05/02.
وهذا الشرط يتمثل في وجوب ان يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة كما نصت بذلك المادة 23من القانون رقم 84/11. ثم جاءت باقي المواد لتفصل ما جاء مجملا في المادتين المذكورتين آنفا.
وعليه يمكن تقسيم هذه الموانع الى نوعين: أحدهما يتعلق بالمحرمات تحريما مؤبدا، والآخر يتعلق بالمحرمات تحريما مؤقتا.

- **-أما المحرمات تحريما مؤبدا:** فنعن بهن النساء اللاتي يحرمن على الرجال بحيث لا يجوز التزوج بهن أبدا، وهؤلاء حصرتهم المادة 24 من القانون84/11 في القرابة و المصاهرة و الرضاع.

أ-المحرمات بسبب القرابة:

وقد ذكرتهن المادة 25 من القانون84/11، ويمكن إرجاعهن إلى أربعة أصناف هي:
الصنف الأول: أصول الشخص وهن الأم و الجدة مهما علت سواء من جهة الأب و من جهة الأم.
الصنف الثاني: فروع الشخص وهن البنت و بنت البنت و بنت الابن مهما نزلن.
الصنف الثالث: حواشي الشخص وهن: الأخت و بنت الأخت و بنت الأخ مهما نزلن.
الصنف الرابع: نساء الدرجة الأولى من فروع الأجداد و الجدات وهن : العمة والخالة، أما نساء الدرجة الثانية فهن مثل: بنت العمة أو العم و بنت الخالة أو الخال فجائز الزواج معهن إن انعدم شرط الرضاعة.

ب- المحرمات بسبب المصاهرة:

وقد جاء الحديث عنهن في المادة 26 من القانون 84/11 وهن أربعة أصناف أيضا :
الصنف الأول: زوجة أصول الشخص مثل زوجة الأب أو زوجة الجد فما فوق سواء كان جدا للأب أو جدا للأم.
الصنف الثاني: زوجة فروع الشخص مثل زوجة الابن، و زوجة ابن الابن، وزوجة ابن البنت مهما نزلوا.

الصنف الثالث: أصول زوجة الشخص مثل أم الزوجة، وجدة الزوجة ،و أم جدة الزوجة فما فوق، وهذه تحرم بمجرد العقد على الزوجة.

الصنف الرابع: فروع زوجة الشخص وهي المعروفة بالربيبة، إن كان بدخل بأمها، أما التي عقد على أمها فقط و لم يتم الدخول فيجوز له الزواج بها.

ج- المحرمات بسبب الرضاع

جاء في نص المادة 27 من القانون 84/11 بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وهذا النص أخذ كما هو من حديث النبي صلى الله عليه وسلم (يحرم من الرضاع مايحرم من النسب)[30].

وذلك يحرم على الرجل أن يتزوج مع أمه من الرضاع أو اخته او عمته او خالته... وكل النساء اللاتي ورد ذكرهن في المادة 25 من القانون 84/11.

وحسب المادة 28 من القانون 84/11 فإن الطفل الرضيع يعد وحده دون إخوته و أخواته ولدا للرضاعة، وزوجها، وأخا لجميع اولادها و يسري التحريم عليه و على فروعه.

و أما المادة 29 من نفس القانون فقد قيدت التحريم بالرضاع بشرطين أحدهما: ان الرضاع المعتبر هو ما تم قبل الفطام أو في الحولين، والشرط الآخر يتعلق بكمية اللبن فالمشرع لا يفرق ما كان قليلا منه أو كثيرا.

وقد وقع الخلاف هل يحرم من الرضاع ما يحرم من الأصهار ؟

فذهب الأئمة الأربعة إلى أنه يحرم نظير المصاهرة بالرضاع ونازعهم في ذلك ابن تيمية وابن القيم اللذان رجحا أدلة عدم التحريم وهذا الرأي هو الذي أخذ به القانون الجزائري، وعليه يجب على القاضي عدم التوسع في هذه الحرمة، وخاصة إذا علمنا ان الحرمة بالرضاع حرمة استثنائية ولا توسع في الاستثناء.

- **وأما المحرمات تحريما مؤقتا**

فقد جمعتهن المادة 30من الأمر 05/02 وهن:

-المحصنة وهي المرأة المتزوجة.

-المعتدة من طلاق أو وفاة وهذه الحرمة متعلقا بأيام العدة فقط.

-المطلقة ثلاثا وهذه لا تحل لزوجها إلا إذا تزوجت من زوج آخر دون اتفاق على التحليل ثم طلقها أو توفي عنها.

-الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم من رضاع.

- **زواج مسلمة مع غير مسلم:**

وهذا يعني أن اي عقد زواج بين أية امرأة مسلمة و أي رجل لا يؤمن بالإسلام يعد عقدا باطلا سواء قبل الدخول أو بعده وهي مسألة يتفق فيها قانون الأحوال الشخصية في بلدان العالم الإسلامي ..

وهذا البطلان يسري حتى ولو قدم المدعي نسخة عقد زواجه مستخرجة من سجلات الحالة المدنية لأن تسجيل العقد الباطل لا يزيل عنه صفة البطلان ولا يرتب عنه أي أثر شرعي أو قانوني.

---

[30] –رواه البخاري، الجامع الصحيح، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض.

و إذا كان قد حرر العقد في بلد أجنبي فإن مصيره البطلان ولا يحتج به أمام القضاء الجزائري لإثبات الحقوق الزوجية .

لكن الملاحظ أن التعديل الجديد لقانون الأسرة جعل زواج المسلمة بغير المسلم من المحرمات تحريما مؤقتا وهذا من خلال المادة 30 من الأمر رقم 05/02 ثم حكم على هذا الزواج شأنه في ذلك شأن باقي المحرمات الأخرى تحريما مؤقتا بالفسخ أي أنه زواج فاسد وليس باطلا وهذا من خلال المادة 34 من القانون 84/11:« كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء»، وكان عليه الحكم ببطلان زواج المسلمة بغير المسلم بدل جعله فاسدا وحسب.

أما باقي المحرمات الأخرى تحريما مؤقتا فإن العقد فيها يكون فاسدا و يفسخ قبل الدخول و بعده، سواء بناء على طلب من الزوج أو الزوجة أو من غيرهما ممن له مصلحة في الطعن فيه و حتى من ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء لعلاقة مثل هذا الطلب بالنظام العام و هذا تطبيقا للمادة 34 المذكورة آنفا، وعليه فإن الآثار التي تترتب عن مثل هذا الزواج هي مثلها التي تترتب عن عقود الزواج التي يتم فسخها بعد إبرامها ولاسيما إثبات النسب ووجوب الاستبراء و اعدادها بعد الفسخ كما نصت على ذلك الفقرة 2 من المادة 34 السابقة الذكر.

4-خضوع الزوجين للفحوصات الطبية[31]:

وقد نصت على هذا الشرط المادة 07 مكرر من الأمر 05/02، وهو بذلك يعد شرطا جديدا لم يتناوله المشرع الجزائري في القانون رقم 84/11.

ويبدو عند قراءة هذه المادة أن المشرع اشترط على العاقدين المقبلين على الزواج ما يلي :

أ-تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشهر.

ب-تقديم هذه الوثيقة التي تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

وبعد ذلك يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك على عقد الزواج.

5- الولي[32]:

أ-تعريف الولي و أقسام الولاية

الولي لغة: من الولاية بكسر الواو وهي: النصرة و المحبة، أما الولاية بفتح الواو فهي تولي الأمر.

أما اصطلاحا: فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه[2]. والمراد بالغير القاصر و المجنون و البالغ.

وأما أقاسمها: فإن الفقهاء يقسمونها إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معا، وما يهمنا هنا هو الولاية على النفس وهي في مسائل أهمها الزواج.

---

[31] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 56.

[32] نفس المرجع، ص ص 57-59.

وهذه الولاية تنقسم إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار، أما ولاية الإجبار فهي تلك التي تكون على الصغار و المجانين وهذه يمنعها القانون، لكن الفقه يثبتها.

و أما ولاية الاختيار و تسمى ولاية الشركة فهي عند جمهور الفقهاء تثبت للولي على البالغة العاقلة، إذ الزواج لا ينعقد بإرادتها وحدها ولا بصيغتها بل

لابد من إرادة وليها وصيغته، وهي عند أبي حنيفة ولاية استحباب إذ يجب استئذانها أن يعقد الولي نيابة عنها[1].

ب-حكم الولي في عقد الزواج

اختلف العلماء حول الحكم الولي في عقد الزواج، فذهب المالكية في المشهور عندهم على أنه ركن، وذهب الشافعية ومالك في رواية عنه إلى أنه شرط في الصحة، أما أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري فقالوا: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز، وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب، وعده ابن القاسم من المالكية سنة وليس بفرض أي من شروط التمام وليس من شروط الصحة.

وهكذا ذهب المحققون ومنهم ابن رشد إلى أن المسألة محتملة عندما نظر في أدلة الفريقين.

كيّف قانون الأسرة الجزائري الولي بأنه شرط من الشروط وليس ركنا هذا من خلال المادة 9 مكرر من الأمر رقم 05/02، وعليه فإنه يكون بذلك قد أخذ برأي جمهور الفقهاء.

ج-التكييف القانوني للولي[33]:

جعل التعديل الجديد لقانون الأسرة من الولي شرطا لصحة عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من الأمر 05/02.

والولاية التي يعتد بها المشرع الجزائري هي ولاية الاختيار أو الشركة أي هي تلك يكون فيها الرضا والموافقة قاسما مشتركا بين الولي و موليته، حتى و إن كانت المرأة قاصرة لأن المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن التشريعات العربية الأخرى لا يعترف بولاية الإجبار، وهذا ما جاء صريحا في كل من المادة 11/01 من الأمر 05/02« تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها» و المادة 13 من الامر 05/02« لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها».

6- الإشهاد:

أ-تعريف الاشهاد: لغة الحضور والمعاينة والاخبار.

اصطلاحا : هو حضور الشاهدين رجلين أو رجل وامرأتان بغرض الاشهاد على عقد الزواج.

ب – أدلته وحكمه الشرعي:

- أدلته: عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف"[34]

---

[33] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص ص 43-55.

[34] رواه الترمذي في سننه، باب ما جاء فيما يقال للمتزوج، ج4، ص270.

- حكمه الشرعي: اتفق الفقهاء على أن الشهادة شرط في عقد الزواج ، غير أن المشهور عند الامام مالك رضي الله عنه أنه الشهادة ليست شرطا لانشاء العقد، بل الشرط لانشاء العقد العلانية، والشهادة شرط لحل الدخول.

ج- التكييف القانوني للإشهاد: الاشهاد في قانون الاسرة الجزائري شرط لصحة الزواج بص المادة 09 مكرر منه ، واذا اختل شرط الاشهاد فالزواج يكون فاسدا بنص المادة 33 فقرة 2 من قانون الاسرة الجزائري .

د- شروط الاشهاد: يشترط في الاشهاد:

- **الاسلام :** أن يكون الشاهدين مسلمين.

-**العقل والبلوغ:** وهو ما اتفق عليه الفقهاء، ونصت المادة 33 من قانون الحالة المدنية الجزائري أن يكون سن الشاهد 21 عاما على الأقل.

- **السماع والفهم ليتحقق الاخبار:** حتى يشاع خبر الزواج يجب أن يسمع الشاهدين ويفهما ما يدور في مجلس العقد وبالتالي لا يعتد بحضور الأصم أو من لا يفهم عبارات العقد.

العدالة: وقد اشترطها الحنابلة والشافعية ، والحنفية لم يشترطوها ، أما المالكية فاشترط متأخروهم أن يكون الشاهدين مستوري الحال.

7- الصداق (المهر) :

سأتعرض في هذا المطلب، إلى تعريف الصداق في الفقه و القانون، و مشروعيته، ثم مقدار الصداق بحديه الأعلى و الأدنى، و مسألة تعجيل وتأجيل الصداق، والاختلاف بين الزوجين في قبض الصداق.

أولا: تعريف الصداق ومشروعيته

أ-تعريف الصداق:

1- الصداق في اللغة: وهو المهر وجمعها مهور، وقد مهر المرأة أي أعطاها مهرها.

2- الصداق في الاصطلاح: هو " المال الذي تستحقه الزوجة على الزوج بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة".

3- الصداق في القانون:

أما المشرع الجزائري فقد عرفه في نص المادة 14 من قانون الأسرة بما يلي :"الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء "، ونلاحظ من خلال هذه المادة، أن المشرع ركز على القيمة المالية للصداق، تاركا القيمة المعنوية والرمزية له، وكان من الأجدر تجنب تقديم تعريف له، وترك ذلك لأنه من مهام القضاء و الفقه.

ب- مشروعية الصداق:

وردت أدلة كثيرة من الكتاب و السنة النبوية الشريفة على مشروعية الصداق نذكر منها:

1- القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾[35]، أي عطية من الله، والصدقات جمع صدُقة، والصدقة: مهر المرأة مشتقة من الصدق، لأنها عطية يسبقها الوعد بها فيصدقه المعطي، والنِحلة العطية بلا قصد العوض.

2-السنة النبوية:

وفي السنة النبوية الشريفة عدة أحاديث وردت عن الصداق ووجوبه و منها حديث سهل بن سعد ﷺ: أن امرأة أتت النبي ﷺ، فعرضت عليه نفسها، فقال: "ما لي اليوم في النساء من حاجة"، فقال رجل: يا رسول الله زوجنيها، قال: "ما عندك؟" قال: ما عندي شيء، قال: "أعطها ولو خاتما من حديد" قال: ما عندي شيء، قال: "فما عندك من القرآن؟" قال: كذا وكذا، قال: "فقد ملكتكها بما معك من القرآن".

3- الإجماع:

وقد أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح.

ثانيا: حد الصداق

أ- حد الصداق:

1- الحد الأعلى للصداق:

أما الحد الأعلى للصداق فقد اتفق الفقهاء المسلمون أنه ليس له حد أعلى، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾[36]، ووجه الاستدلال أن الآية دليل على جواز المغالاة في المهور، لأن الله تعالى لا يمثل إلا بمباح.

2- الحد الأدنى للصداق:

وفي حده الأدنى اختلف الفقهاء فيه، ويرجع سبب خلافهم إلى العرف، وانقسموا إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو ما ذهب إليه المالكية، إلى أن أقل ما يصلح أن يكون مهرا هو ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الفضة الخالصة.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية، بقولهم أن أقل المهر عشرة دارهم، قياسا على نصاب السرقة وهو ما تقطع به يد السارق.

القول الثالث: ذهب الشافعية والحنابلة، إلى أنه لا حد للصداق، فأي صداق اتفقوا عليه فهو جائز.

ب- حد الصداق في قانون الأسرة الجزائري:

يتبين من خلال التعرض لحد الصداق، الأثر الواضح للعرف فيه، إذ أن الشريعة الإسلامية، لم تضع حدا لأكثر الصداق، وتركت ذلك بالاتفاق في عقد الزواج بين الزوجين، وتحديده يكون بالرجوع للعرف.

و جاءت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري مطلقة، و لم تحدد مقدار الصداق، حيث نصت على :"الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها "، و هو توجه سليم يبين مدى سلامة موقف المشرع،

([35]) سورة النساء، الآية 4.

([36]) سورة النساء، الآية 20.

الذي يتماشى مع روح التشريع، في رفع الحرج، و التيسير عن الناس، رادا ذلك للعرف، والاتفاق بين الزوجين، مع مراعاة عدم المغالاة في المهور.

ثالثا: تعجيل الصداق وتأجيله

أ- تعجيل الصداق وتأجيله:

كان الصداق على عهد رسول الله ﷺ والصحابة الكرام، يقدم كاملا عند العقد معجلا، ولم يتعارفوا على تأجيله، وبعدها تعارف الناس على تعجيله و تأجيله، و لعدم ورود نص يمنع هذا الفعل ، اعتبرته الشريعة و أجازه الفقهاء، وبما أنه حق للمرأة وحدها، فمستحب دفعه عند العقد، و يجوز تركه مؤجلا، ويصح كونه معجل في جزء ومؤجل في آخر لأجل قريب أو بعيد، بحسب التفاهم بين الزوجين عند العقد، وهذا باتفاق الفقهاء.

و ذلك لأن الصداق عوض في معاوضة، فجاز ذلك فيه كالثمن، و ذهب المالكية إلى استحباب تقديم شيء من المهر المؤجل قبل الدخول، مع كراهتهم للتأجيل واستحبابهم للتعجيل، **واعتبروا التأجيل إلى أقرب الأجلين: الطلاق أو الموت**، أجلا مجهولا وبالتالي لا يجوز.

الصداق قبل الدخول يجب نصفه للزوجة وبعد الدخول تأخذه كاملا، أما حال وفاة الزوج تأخذه كاملا سواء تم الدخول أم لم يتم.

ب- تعجيل الصداق و تأجيله في قانون الأسرة الجز ائري:

جرى عرف الناس بتعجيل الصداق، أو جزء منه، وتأجيل الباقي، وهو أمر جائز، ووافقته الشريعة، و تجدر الإشارة إلى أن العرف في الجزائر، لا يقر بالتأجيل، إذ لا يتصور الدخول الحقيقي و البناء، دون أن تكون الزوجة قد قبضت صداقها.

ونصت المادة 15 فقرة 01 في قانون الأسرة الجزائري المعدل: "يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلاً"، وبالتالي فقانون الأسرة جعل التعجيل و التأجيل باتفاق الزوجين أو من ينوب عنهما لأن عدم الاتفاق يرجع إلى العرف، فإن كان العرف يقضي بدفع ثلثي الصداق معجل والثلث مؤخر، أو النصف حين العقد والنصف الآخر مؤجل صح ذلك، و الصداق المعجل يكون استحقاقه بعد الطلاق مباشرة أو بعد الوفاة وفقا لنص المادة 15 من قانون الأسرة.

رابعا: اختلاف الزوجين في قبض الصداق

أ-اختلاف الزوجين في قبض الصداق:

إذا وقع خلاف بين الزوجين في قبض الصداق، فتقول هي لم أقبض، و يقول الزوج أقبضتك صداقك، سواء في كله أو جزء منه، فإنه يفرق بين كون الاختلاف قبل الدخول أو بعده.

1- قبل الدخول الحقيقي :

ففي هذه المسألة اتفق الفقهاء، إذا كان الاختلاف قبل الدخول، على أن القول قول الزوجة مع اليمين، ويقع عبء الإثبات على الزوج، لأن المهر ثابت في ذمته بموجب العقد، و لا تبرأ ذمته إلا بالأداء، فإن أثبت دعواه

ببينة، أو بنكول[37] الزوجة عن اليمين، حكم له بدعواه، وإن عجز رفضت دعواه.

2-بعد الدخول الحقيقي :

أما إذا كان الاختلاف بعد الدخول، فقد اختلف الفقهاء الى قولين:

القول الأول: حيث ذهب الشافعية، والحنابلة، إلى أن القول قول الزوجة، لأن الأصل عدم القبض وبقاء الصداق.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية في المشهور، والحنفية، فالعرف هو المحكم في النزاع، فإذا كان هناك عرف منتشر، بأن الزوجة لا تدخل إلا بعد أن تستوفي صداقها أو معجله، قضي للزوج ولا يسمع لها، لأن العرف يكذبها في دعواها في عدم قبض شيء من الصداق، فالعرف إثباتٌ، مقام بينة الزوج فلا يحتاج إلى إثبات،

أما إذا لم يوجد هناك عرف، فالقول قول الزوجة مع اليمين، فإن نكلت أو جاء ببينة صحت دعواه، وإن حلفت الزوجة و عجز عن الإتيان ببينة، رفضت دعواه.

والاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما كالاختلاف بين الزوجين حال حياتهما.

ب- اختلاف الزوجين في قبض الصداق في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري أشار إلى الاختلاف في الصداق بين الزوجين بنص المادة 17 من قانون الأسرة، و التي تنص "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

فالمشرع الجزائري اتفق مع ما جاء في المذهب المالكي في المشهور ، من التفريق بين النزاع قبل الدخول أو بعده، والذي اعتبر العرف الجاري في البلد.

المطلب الثالث : شروط الزواج القانونية:

وهي الإجراءات الإدارية الواجبة لانعقاد عقد الزواج ، بالإضافة إلى لأنها سند رسمي للعقد وهو وسيلة لإثبات الرابطة الزوجية.

الفرع الأول: صفة الأشخاص المؤهلين لكتابة عقد الزواج

حصر المشرع الجزائري وظيفة وصلاحيه تحرير وتوثيق عقد الزواج في شخصين وهما الموثق وضابط الحالة المدنية المادة 18 من قانون الأسرة المعدل بموجب الامر 02/05، مع مراعاة ما ورد في المادةتين 9 و9 مكرر من ذات القانون، كما نصت المادة الثالثة من قانون الحالة المدنية الصادر في 1970 على ان ضابط الحالة المدنية هو من يقوم بتحرير عقود الزواج، كما نصت المادة 71 من قانون الحالة المدنية على أنه يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية او الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل اقامة طالبي الزواج او احدهما او المسكن الذي يقيم فيه احدهما باستمرار مدة شهر واحد على الاقل الى تاريخ الزواج . ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين.

---

[37] النكول: الامتناع، والنكول عن الحلف يعني امتنعت عن أداء اليمين.

أما إذا انعقد عقد الزواج بالخارج ، فقانون الحالة المدنية من خلال المواد 76، و96، و 104 نصت على أن العقد يحرره ، القناصلة، والموظفين والدبلوماسيون بمقر السفارة.

الفرع الثاني: تسجيل عقد الزواج الجديد

وبالتالي فلا يعد زواجا رسميا العقد غير الصادر عن الجهات المذكورة ، ولو تم هذا العقد عل يد إمام في المسجد، فالقانون الجزائري لا يحوي أي مادة قانونية تجعل من عقده يأخذ صفة الرسمية، بل أوجبت وزارة الشؤون الدينية وراسلت الأئمة على عدم ابرام العقد العرفي إلا بعد استظهار الزوج أو ولية للدفتر العائلي كدليل على إتمام العقد الرسمي الموثق.

أما الوثائق وإجراءات التسجيل فلقد نص عليها المشرع الجزائري في قانون الحالة المدنية في المواد من 71 إلى 77 ، بإحالة من المادة 21 من قانون الأسرة الجزائري ، من وثائق لازمة وإجراءات تسجيل والعقوبات المقررة على من يتولى تحرير الزواج دون احترام شروطها والعقوبات مقررة في قانون العقوبات.

الفرع الثالث: إثبات عقد الزواج:

نصت المادة 18 والمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري ان الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، بعد أن يسجل أمام موثق أو ضابط حالة مدنية .

أما تسجيل عقد الزواج الذي لم يسبق ان ابرم في المحكمة او في البلدية، فانه طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري 02/05 يستلزم وجوبا اللجوء الى المحكمة، من خلال تقديم طلب من الزوج الى وكيل الجمهورية للمحكمة التي انعقد في دائرة اختصاصها الزواج العرفي، وهو ما نصت عليه المادتين 39 و 40 من قانون الحالة المدنية، وبعد ان تنظر المحكمة الى كل الاوراق والثبوتيات المادية وشهود، وكل ما يثبت عقد الزواج العرفي و كما نصت المادة 39 تفصل بالحكم بقيام الزوجية عن طريق حكم، وبعدها تنقل منطوق الحكم وتدونه في سجلات الحالة المدنية المخصص لإثبات عقود الزواج، والمنصوص عليها في المادة 58 من قانون الحالة المدنية والمادة 22 الفقرة الثانية من قانون الأسرة.

المبحث الثالث: آثارعقد الزواج

سنتعرض في هذا المبحث إلى آثار عقد الزواج من خلال تبيان حقوق الزوجين والنفقة الزوجية ثم التعرض إلى النسب.

المطلب الأول: حقوق الزوجين

إن المشرع بعد تعديله لقانون الأسرة الجزائري 11/84، بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، اختصر الحقوق الزوجية في حقوق مشتركة فقط، وهي:

أولا- المعاشرة بالمعروف

من مظاهر الحياة الزوجية السعيدة حسن معاشرة الزوجين لبعضهما، فحسن العشرة و المعاملة

الطيبة، أمر مطلوب و لازم، لقيام حياة زوجية، قوامها المودة والمحبة و التعاون.

1- مفهوم المعاشرة بالمعروف:

1.1-المعاشرة: وهي ما يكون بين الزوجين من الألفة و الانضمام، و العشرة بالمعروف، أن يوفيها حقها من المهر، والنفقة والقسم بين الزوجات، وترك أذاها بالكلام الغليظ، والإعراض عنها، والميل إلى غيرها، وترك العبوس والقطوب في وجهها بغير ذنب، وما جرى مجرى ذلك.

2- مظاهر حسن المعاشرة بالمعروف:

- حسن خلق الزوجين، إذ يجب على الزوجين أن يضعا نصب أعينهما العلاقة الزوجية-الميثاق الغليظ- بحرصهما على المحافظة عليها، وأن يدفعا عنها كل شائبة تؤدي لاهتزاز الأسرة، ومن حسن الخلق ،حسن معاملة كل زوج للآخر، فحسن معاملة الزوجة لزوجها يعدل كثيرا من العبادات، فعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها، وحصنت فرجها، وأطاعت بعلها، دخلت من أي أبواب الجنة شاءت"[38]، وما اكتمال إيمان الرجل إلا بحسن خلقه، ومنه حسن معاملة زوجته، ومراعاة للفطرة التي خلقت عليها، وما تمتلك من طباع وسجايا، بالتصرف معها بلين ورقّة، فأكملُ المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا مع زوجه، وأحسنهم عشرة و معاملة، فقد روي عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: " أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا، وخيركم خيركم لنسائهم"[39].

- المعاملة الحسنة، فوجب على الزوجين، تبادل الكلمة الطيبة، والبشاشة في الوجه، وإصغاء كل منهما لكلام الآخر، في كل صغيرة وكبيرة وهذا من شأنه أن يؤلف بينهما، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة، فلم يكن فظا غليظا جافيا، وإنما كان رحيما، وكان صبورا يبتسم في وجه زوجاته –رضي الله عنهن- إن اشتدت عليه إحداهن في القول، أو غضبت، فيذهب ما بها، و تسترضيه ﷺ، ولم تتهمه إحداهن بتقصير أو سوء خلق.

-وأن يزيد على احتمال الأذى، مداعبة الزوجة وممازحتها، لما فيه من تطمين لقلبها، و إزاحة لما في نفسها، ويحفزها ذلك على القيام بأعمالها، على أن يكون المزاح في حدود الاعتدال، حتى لا يفسد خلقها ويجرئها عليه، فقد كان النبي ﷺ يسابق أمنا عائشة ل في العدْو فسبقته يوما، وسبقها في أيام أخرى، فقال ﷺ "هذه بتلك"[40].

-كما أنه من حسن العشرة بالمعروف، عدم إفشاء أسرارهما، وحفظ كل منهما لسر الآخر، لاشتراكه بينهما، وما إفشاء الأسرار إلا لقلة المروءة، ونكث بعهد الزوجية، وخيانة لبعضهما، وحط من مقام الأسرة، وهو من أسباب الشقاق و الفراق، ولعظم خطره فقد نهى النبي ﷺ عن ذلك، فقد روي عن أبي سعيد الخدري ﷺ

([38]) أخرجه ابن حبان في صحيحه: باب معاشرة الزوجين، ذكر إيجاب الجنة للمرأة إذا أطاعت زوجها مع إقامة الفرائض لله، حديث رقم 4163،تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1988م، ج9، ص.

([39]) أخرجه الترمذي في سننه: أبواب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 1162، ج2، ص457. وصححه الألباني. انظر، الألباني:صحيح الجامع الصغير، ج1، ص620.

([40]) أخرجه أحمد في مسنده: الملحق المستدرك من مسند الأنصار، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق ﷺ، حديث رقم 26277، ج43، ص313. أبو داود: كتاب الجهاد، باب في السبق على الرجل، حديث رقم 2578، ج3، ص29. وصححه الألباني. انظر، الألباني: صحيح سنن أبي داود، ج2، ص118.

قال: قال رسول الله ﷺ: "إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة، الرجل يفضي إلى امرأته، وتفضي إليه، ثم ينشر سرها"[41].

- تنمية الثقة المتبادلة ما بين الزوجين، بالتقليل من المبالغة في الغيرة، وأن تكون باعتدال، حتى تكون دليلا على محبة كل من الطرفين للآخر، وعدم التفريط فيها، وعدم المبالغة في إساءة الظن والتعنت وتجسس البواطن،

-ومن حسن المعاشرة أن يحافظ الزوج على حياء زوجته، وكذلك المحافظة على حقوقها الزوجية بإعطاء حقها في الفراش.

-كذلك من حسن عشرة الزوج لزوجته، أن يحترمها و يحترم شخصيتها، كما يحب هو أن تحترم شخصيته، وأن يترك لها جانبا من الحرية في التعبير عن رأيها بصراحة، ووجب عليه استشارتها ومشاورتها، وعدم الاستبداد برأيه في تسيير شؤون الأسرة و البيت، وأن يشعرها بالمسؤولية المشتركة معه، فتقوم بعملها بكل إخلاص و أمانة، وصدق ونشاط، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة و قدوة، عندما استشار زوجه أم سلمة رضي الله عنها يوم الحديبية، في أمر المسلمين عامة وليس في شؤون البيت و الأسرة فقط، عندما أمر أصحابه أن يذبحوا الهدي، ويحلقوا رؤوسهم ولم يمتثلوا، لحرصهم على زيارة بيت الله الحرام، فدخل ﷺ على أم سلمة ل فذكر لها ما لقي من الناس، فقالت أم سلمة: "يا نبي الله، أتحب ذلك، اخرج ثم لا تكلم أحدا منهم كلمة، حتى تنحر بُدنك، وتدعو حالقك فيحلقك، فخرج فلم يكلم أحدا منهم، حتى فعل ذلك نحر بُدنه، ودعا حالقه فحلقه، فلما رأوا ذلك قاموا، فنحروا وجعل بعضهم يحلق بعضا، حتى كاد بعضهم يقتل بعضا غما"[42]، فكان رأي أم سلمة ل رأيا سديدا أخذ به رسول الله ﷺ بعد أن استشارها.

3- المعاشرة بالمعروف في قانون الأسرة الجزائري:

وفي قانون الأسرة الجزائري جاءت الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 36 من بين الفقرات المتضمنة للحقوق المشتركة بين الزوجين، والملاحظ أن محتوى هاتين الفقرتين يدخل تحت المعاشرة بالمعروف في الفقه الإسلامي، فالفقرة الأولى نصت على "المحافظة على الروابط الزوجية، وواجبات الحياة المشتركة"، فالمشرع يقصد بها حق استمتاع كل زوج بالآخر، وإعطاء الزوجة حقوقها الزوجية، المتمثلة في استيفاء حقها في الفراش، لتحقيق مقاصد الزواج، وعدم امتناعها هي أيضا إلا لعذر شرعي، كحيض أو نفاس أو مرض.

ونصت الفقرة الثانية على "المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة" وهي فقرة أضافها المشرع في التعديل الأخير، وهي ترسيخ لمظاهر العشرة بالمعروف، التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، فوجب على الزوجين أن يحسن كل منهما عشرة صاحبه، و لا يفعل تجاهه ما ينكره الشرع، أو الطبع أو العرف، قولا أو عملا، وهذا من شأنه أن يضفي صفة المودة و الرحمة المطلوبة، التي تؤدي إلى المحافظة على الروابط الزوجية.

([41]) أخرجه مسلم: باب النكاح، باب تحريم إفشاء سر المرأة، حديث رقم 1437، ج43، ص313.

([42]) البخاري: كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب وكتابة الشروط، حديث رقم 2731،ج2، ص258-261.

ثانيا- المحافظة على روابط القرابة بالحسنى

أ- المحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف:

ومن المحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف، احترام كل من الزوجين لأهل الآخر، وزيارة كل منهما لأبويه واستضافته بالمعروف.

1- احترام كل من الزوجين لأهل الآخر:

لا بد أن يدرك الزوجان أن أهل الإنسان جزء لا ينفصل منه، وحبهم والتواصل معهم و إعطاؤهم حقوقهم فضلاً على أنه فرض ديني، فهو احتياج نفسي وإنساني ، فمن يريد أن يراعي شريك حياته يساعده على أداء واجباته نحو أهله و احترامهم، و من الحقوق المشتركة بين الزوجين احترام كل منهما لوالديْ الآخر، فوجب على كل زوج احترام أهل الآخر، فالعلاقة الزوجية تقوم على المشاركة والتفاهم والاحترام المتبادل، لأن الزواج ارتباط بين عائلتين، بالإضافة إلى كونه بين فردين، مما يفرض على الزوجين دورا كبيرا في التوفيق بين عائلتيهما، حفاظا على استمرار العلاقة الزوجية واستقرارها و ثبات وتوازن الحياة بينهما، بإحسان كليهما ملاطفة والدي الآخر بالكلام الطيب الذي يجلب السرور ويبرز حسن الاستقبال .

وبالمقابل يجب على الزوج احترام أهل الزوجة، وودهم وتقديرهم، فليس لها من أحد غيرهم بعد زوجها، واحترامهم من احترامها، والحطّ من شأنهم حط من شأنها،

2- زيارة كل منهما لأبويه واستضافتهم بالمعروف :

حثت الشريعة الإسلامية على صلة الرحم، و التودد للأقارب وعمل الخير لهم، وأوجبتها و حرمت مقاطعتها، لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾[43].

و عن أنس بن مالك ﷺ عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من سره أن يُبسط له في رزقه، أو ينسأ له في أثره فليصل رحمه"[44]، أي من سعى إلى أن يبارك له في رزقه فعليه بصلة رحمه، وذلك لأن صلة أقاربه صدقة ، والصدقة تُرْبي المال وتزيد فيه فينمو بها ويزكو.

و قد حذرت الشريعة الإسلامية، من قطيعة الرحم، فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: "لا يدخل الجنة قاطع"[45]، و صلة الرحم مع الوالدين من أعلى درجات صلة الرحم، ومن أهم الواجبات على الإنسان ذكرا كان أو أنثى، و لأهميتها مع الوالدين ربطها الله بعبادته وتوحيده في قوله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾[46].

ومن هنا أوجب الإسلام للزوجة حق زيارة أهلها، وعلى الزوج اعتبار ذلك من صلة الرحم، و لا يحق له أن ينسى أن زوجته قبل أن تعيش معه، كانت في كنف والديها و بين أخوتها.

([43]) سورة النساء، الآية 01.

([44]) أخرجه البخاري في صحيحه : كتاب البيوع، باب من أحب البسط في الرزق، حديث رقم 2067، ج2، ص84.

([45]) أخرجه البخاري في صحيحه : كتاب الأدب، باب إثم القاطع، حديث رقم 5984، ج3، ص512.

([46]) سورة الإسراء، الآية 23.

ب- المحافظة على روابط القرابة بالحسنى و المعروف في قانون الأسرة الجزائري:

إن من حسن المعاشرة بين الزوجين، احترام كلا الزوجين لوالدي الآخر، و هذا منبثق من الآداب والأخلاق التي درج عليها الناس، و ألفوها و تعاملوا بها، وهي راسخة و أصيلة أصالة تعجز القوانين و النظم على صناعتها وتكريسها في الواقع المعيش.

واهتم المشرع الجزائري بصلة الرحم و المحافظة على روابط القرابة، فقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 36 على "حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه واحترامهم و زيارتهم"، ونصت الفقرة السادسة على "المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف"، ونستشف من النصوص أنه يجب على كل واحد من الزوجين أن يحافظ على روابط القرابة، والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف، على أسس المودة الدائمة والاحترام المتبادل، فيجب على الزوجة احترام والدي الزوج، ويجب على الزوج احترام والدي الزوجة وإخوتها وزيارتهم محافظة على الروابط العائلية، و جعل المشرع احترام والدي كلا الزوجين من الحقوق المشتركة والمتبادلة بينهما.

أما الفقرة السابعة من المادة 36 من قانون الأسرة فتنص على: "زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه واستضافتهم بالمعروف"، وحسب الفقرة فإنه من حق كلا الزوجين زيارة أهله، وحساسية الموقف خاصة للزوجة، يوجب على الزوج أن يمكنها من زيارة أهلها، وأن لا يمنعها من ذلك سواء بذهابها إليهم، أو استقبالهم في مسكن زوجها، وهذا بالنسبة للقرابة المحرمية، أما غير المحرمية فاستقبالهم لها لا يكون الا بحضور الزوج، ويجب مراعاة الشرع في ذلك.

المطلب الثاني: النفقة الزوجية:

الفرع الأول: ماهية النفقة

سأتعرّض في هذا الفرع إلى تعريف النفقة، ثم إلى مشروعيتها، وبعدها إلى مشتملات النفقة، وتقديرها وموجبات النفقة و شروط استحقاقها، وسقوط النفقة.

أولا: تعريف النفقة

سأتناول في هذا الفرع التعريف اللغوي للنفقة، ثم في الاصطلاح الفقهي والقانوني.

أ- في اللغة: النفقة من فعل "نفق"، من نفاذ الشي وهلاكه، فيقال نفقت الدابة أي هلكت، ونفقت النقود نفدت، وما قيل فيها: "ووجدت كل ما فاءُه نونا وعينه فاء " كفعل نفد، ونفر، ونفس، ونفث، ونفض..، يكون دالا على معنى الذهاب والخروج، وإن لم يكن بالكلية قد يذهب بعضه.

ب- في الاصطلاح الفقهي: النفقة الزوجية هي ما يُفرض للزوجة على الزوج، من مال لتوفير الطعام، واللباس، والكسوة، والعلاج، وكل ما أُعتبر منها في العرف والعادة دون سرف.

ج- في القانون: عند تفحص النصوص القانونية المنظمة لأحكام النفقة في قانون الأسرة الجزائري، من المادة 74 إلى المادة 80، نجد أن المشرع لم يعرّف النفقة الزوجية، واقتصر فقط على موجباتها وأصنافها

ومشتملاتها وتقديرها.

ثانيا: مشروعية النفقة

اتفق الفقهاء على أن النفقة واجبة للزوجة على الزوج، وهي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح ومن حقوق الزوجة، سواء كانت فقيرة أو غنية، مسلمة كانت أو غير مسلمة، ودليلهم في ذلك وجوبها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع:

أ- القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً﴾ (47).

وجه الدلالة من الآية احتوائها لبيان الإنفاق وقدره، حتى ينفقْ الزوج على أسرته، وعلى قدر طاقته، وفي الآية أمرٌ بالإنفاق كل على قدر حاله، فلا يكلف الزوج ما لا طاقة له به، مع الاعتدال في الانفاق على الزوجة حتى لا تُضَيَّع.

ب - السنة النبوية الشريفة:

1- عن: "سليمان بن عمرو بن الأحوص قال: حدثني أبي، أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ فحمد الله، وأثنى عليه، وذكر ووعظ، ثم قال: (...)إن لكم من نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فأما حقكم على نسائكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن"(48)، ووجه الدلالة من الحديث الشريف هو وجوب النفقة للزوجة على زوجها، سواء كانت غذاء، أو كسوة، أو سكنا.

ثالثا: مشتملات النفقة

مشتملات النفقة هي ما تحتويه من عناصر كالطعام، والكسوة، والسكن، والعلاج، وقد وردت في قانون الأسرة الجزائري ضمن المادة 78 التي نصت: "تشمل النفقة: الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، ويظهر من خلال النص أن ما ذكره القانون جاء على سبيل المثال لا الحصر، خاصة أن الحياة الزوجية قد تختلف فيها النفقة باختلاف الزمان والمكان، وعليه سأتناول في هذا الجزء مشتملات النفقة في الفقه الإسلامي ثم في قانون الأسرة الجزائري:

أ- نفقة الغذاء:

في الفقه الإسلامي اتفق الفقهاء على نفقة الطعام والشراب، لكنهم اختلفوا في مقدار نفقة الغذاء إلى قولين، فجمهور الفقهاء (حنفية، ومالكية، وحنابلة) ، ذهبوا إلى كون مقدار نفقة الغذاء يكون بالكفاية بالمعروف (غير مقدّرة، وتقديرها يكون بالعرف حسب المكان والزمان)، أما الشافعية فقد خالفوا الجمهور واعتبروا النفقة مقدرة، فللمعسر مُد من الطعام وعلى الموسر مُدّين، وعلى متوسط الحال مُدّ ونصف من

(47) سورة الطلاق، الآية 07.

(48) أخرجه ابن ماجه في سننه : كتاب النكاح، باب حق المرأة على زوجها، حديث رقم 1851، ج1، ص594.

الحَب، والاعتبار بمُد النبي صلى الله عليه وسلم وهو مائة وثلاثة وسبعون درهما وثُلث درهم، وجنس الطعام يكون من المتعارف عليه من غالب قوت البلد من قمح أو شعير أو تمر وغيرها.

أما في قانون الأسرة الجزائري فنفقة الغذاء (الطعام) واجبة على الزوج، بنص المادة 78 من قانون الأسرة، دون تحديد لمقدارها تماشيا مع ما قاله جمهور الفقهاء.

ب- نفقة الكسوة :

اتفق الفقهاء على أن وجوب الكسوة للزوجة على الزوج، والاعتبار بالكفاية بقدر يسار واعسار الزوجين، واتفقوا بوجوبها صيفا، وشتاء لاختلاف اللباس في الفصلين، ويكون اللباس بما جرى به العرف والعادة وباختلاف الأزمنة والأمكنة، وزاد الشافعية على الملبس الأفرشة المعتادة للمسكن، وزاد المالكية للكسوة كل ما تعلق بالزينة من دهن، وكحل، وحناء، وكل ما اعتاده النساء لإزالة الشعث كالمشط والمكحلة والنضوح ، وما هو مستحدث كمستلزمات النظافة كالمعقمات والصابون وكل ذي صلة.

نفقة الكسوة واجبة على الزوج طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، حيث لم يقدرها القانون، تاركا ذلك لقاضي الموضوع ويخضع تحديدها للعرف الجاري، مع مراعاة الحالة الاجتماعية للزوجين.

ج- نفقة السكن أو أجرته:

أجمع الفقهاء على وجوب توفير الزوج للزوجة سكنا ملائما يتناسب مع حالهما معا، والمسكن هو ذلك الموضع المعدّ للسكن، والمشتمل على كل المرافق اللازمة للاستقرار فيه من مثله لمثلها، وهو المنصوص عليه في الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿اسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾[49]، وإن كانت هذه الآية مخصوصة بالمطلّقات، إلا أن من كانت في العصمة الزوجية أولى، وفي حال الطلاق على الزوج توفير سكن أو بدل إيجار ، وأقل السكن الذي يجب على الزوج توفيره لزوجته:

- أن يحوي حجرة مستقلة بمرافقها المشتملة على مطبخ ودورة مياه، وينغلق عليه باب خاص، حيث تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها، هذا إن كانا معسرين أو متوسطي الحال، أما إذا كان موسرا فله أن يسكنها بدار تليق بمقامهما .

- أن يكون المسكن مفروشا بما يناسب العصر في حدود قدرة الزوج، فإن لم يستطع فلا يجب عليه، وعليه تزويدها ببعض أدوات الطبخ سواء التقليدية أو الآلات الحديثة لأنها ضرورية في عرف وعادات الناس.

أما **قانون الأسرة الجزائري** فقد أوجب المسكن أو أجرته بنص المادة 78 منه، دون أي يذكر الضوابط التي تنظم مسكن الزوجية، وما يشمله تاركا ذلك للعرف والعادة.

د- نفقة العلاج:

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية عدم وجوب نفقة العلاج على الزوج، بل تقع على عاتق الزوجة، أو من

(49) سورة الطلاق، الآية 06.

هو مُلزم بنفقتها ، وبالمقابل نُقلت بعض الأقوال الأخرى عن المالكية [50]توجب نفقة العلاج للزوجة على الزوج، أما الفقهاء المحدثين فجلهم ذهب إلى إلزام الزوج بنفقة علاج زوجته، والراجح وجوب نفقة علاج الزوجة على الزوج، لأن النفقة على الزوجة بكل مشتملاتها نابعة من المعاشرة بالمعروف، ومن المعاشرة بالمعروف أن ينفق عليها حال مرضها ويداويها ويعتني بصحتها، وليس من المروءة أن يمسكها حال صحتها ويردها إلى أهلها حال مرضها.

أما قانون الأسرة الجزائري، أخذ برأي الفقهاء المتأخرين وذلك بإلزام الزوج بنفقة علاج الزوجة ومصاريفها، وهو ما جاء في المادة 78 منه، حيث نصت: "...والكسوة والعلاج..."، ويدخل ضمن مصاريف التطبيب علاج كل الأمراض بأنواعها الثلاثة: الجسدية، والنفسية، والعقلية، طارئا كان المرض أو ملازما، وتتضمن المصاريف كذلك العمليات الجراحية والأدوية، والإقامة بالمستشفيات، وجميع الفحوصات، والأشعة والتحليلات، وكل ما له علاقة بالمرض وعلاجه، وكل ما رأى الطبيب أنه من الوسائل الضرورية لعلاج الزوجة .

هـ- ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة:

ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، نص يفتح المجال أمام العرف والعادة لتحديد كل ما هو ضروري لنفقة الزوجة والأولاد، حيث نصت: "...وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، لأن حصر كل مشتملات النفقة في نص قانوني يعد مستحيلا، ومن الضروريات بعض المستجدات التي قد تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، كمصاريف التمدرس وتعليم الأولاد، ومصاريف العيدين.

رابعا: تقدير النفقة:

يقصد بتقدير النفقة، هو مراعاة حال الزوجين عسرة، ويسرة حال تقدير مفروض الزوجة من النفقة، وهي مسألة اختلف فيها الفقهاء، وانعكس ذلك على قانون الأسرة، لذا سأتناول في هذا الفرع تقدير النفقة في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

أ- تقدير النفقة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في تقدير النفقة إلى قولين:

القول الأول: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة وقول للحنفية، من أن النفقة تقدّر حسب حال الزوجين معا، فيجب على الزوج الموسر لزوجته الموسرة نفقة الموسرين، وعلى المعسر للمعسرة نفقة المعسرين، وعلى الموسر للمعسرة نفقة وسط بين نفقة الموسرين والمعسرين، وعلى المعسر للموسرة نفقة وسط، كما استدلوا بحديث عائشة -رضي الله عنها-:"خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".

القول الثاني: هو ما ذهب إليه الشافعية والحنفية ،من اعتبار حال الزوج وحده سواء كان ميسور الحال أو معسرا، ، وعليه فالقول الراجح ما ذهب إليه الجمهور من اعتبار لحال الزوج والزوجة معا يسارا أو اعسارا لما فيه من تيسير على الموسر والمعسر.

ب- تقدير النفقة في قانون الأسرة الجزائري:

(50) عليش، المرجع السابق، ج4، ص392. وهو قول الفقيه ابن عبد الحكم المالكي.

سار قانون الأسرة الجزائري على مذهب جمهور الفقهاء، مراعيا في ذلك حال الطرفين ابتداء بالزوج ومدخوله، وظروف معيشته في الوسط الاجتماعي، وكذلك حال الزوجة المستحقة للنفقة، وهو ما جاء في المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش.."، وسايرت المحكمة العليا في كثير من قراراتها ما جاء في قانون الأسرة من الأخذ بعين الاعتبار حال الزوج والزوجة معا في تقدير النفقة، يبقى أن الأصل والمعوّل عليه دائما في تحديد النفقة هو النظر إلى حال الزوج ووضعه المالي، ومستوى الأسعار والوضع الاقتصادي للبلاد يوم الحُكم بالفرقة، عملا بما جاء في نص المادة 79.

بالإضافة إلى تقدير النفقة أدرجت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري، مسألة أخرى تتمثل في إمكانية مراجعة مبلغ النفقة الملزم بها الزوج، وتعديلها إما بالزيادة أو النقصان، لكن بشرط أن يمضي على الحكم مدة سنة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 79 على:"...ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، ويرجع السبب المباشر في إعادة النظر في قيمة النفقة، الوضع المالي للزوج أو تغيّر الظروف المعيشية، فقد يتحسن وضع الزوج المادي عن ما كان عليه وقت فرضها، فللزوجة حينئذ حق طلب إعادة النظر في النفقة، بما يتناسب ووضعه المادي المتيسّر، وقد يسوء وضع الزوج المالي فيَطلُب من القاضي انقاص قيمة النفقة بما يتناسب ووضعه المالي المتعسّر.

خامسا: موجبات النفقة الزوجية

المقصود بموجبات النفقة هي الأسباب التي على إثرها تجب النفقة بعد صحة العقد، وما يقابل النفقة للزوجة على الزوج، فإذا لم يقدم أحدهما للآخر ما يقابله جاز له منعه من حقه، :

- **الدخول بالزوجة:** جاء في نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري : "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة..."، من ظاهر النص يتبين أن قانون الأسرة الجزائري، اتبع جمهور الفقهاء في اعتبار موجبات النفقة بالعقد الصحيح مع الدخول والتمكين، أو دعوته للدخول وهو ما قال به المذهب المالكي، وعليه فمن فحوى المادة يُفهم أن من كان عقد زواجها صحيحا، وتم الدخول بها فلها النفقة، ولها النفقة كذلك إن لم يتم الدخول الحقيقي بها متى أثبتت قبوله، ولا يكون لها ذلك إلا بدليل اثبات، كدعوتها له بالدخول عن طريق القضاء وامتنع فحينئذ لها النفقة.

سادسا- شروط استحقاق النفقة

رغم ذكر قانون الأسرة الجزائري لأسباب وجوب النفقة، إلا أنه لم يتطرّق لشروطها، وعليه سأتطرق في هذا الفرع إلى شروط استحقاق النفقة في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

يمكن اجمال شروط استحقاق النفقة في الفقه الإسلامي إلى ثلاث:

أ- العقد الصحيح: يشترط لوجوب النفقة أن يكون عقد الزواج بين الزوجين صحيحا، فالمرأة التي عقد نكاحها فاسدا، أو متزوجة زواج شبهة لا نفقة لها، لأن النفقة مقابل الاحتباس والتسليم وهما منفيان في العقد الفاسد.

ب- أن تكون الزوجة مطيقة للوطء صالحة للمعاشرة الزوجية، ولها القدرة على القيام بشؤون البيت، أما إن كانت صغيرة فلا نفقة لها.

ج- تمكين نفسها من الزوج تمكينا تاما: شرط أن تكون سليمة من العيوب الجنسية، وهو متفق عليه بين الفقهاء مع اختلاف طفيف في مكان وزمان التمكين، وإن منعت نفسها دون مسوغ مشروع فلا نفقة لها.

سابعا: سقوط النفقة

ومن مسقطات النفقة هي نشوز الزوجة والمرأة المرتدة، وسقوط حق الولد البالغ المستغني بالكسب:

أ- النشوز: والنشوز الارتفاع، ونشزت المرأة استصعبت على زوجها، والنشوز كراهية الزوجين لبعضهما وسوء عشرة كل واحد منهما للآخر.

وصور النشوز عدّدها الفقهاء إلى أكثر من صورة، أهمها : منع الزوجة زوجها من وطئها والاستمتاع بها، والصورة الثانية من صور النشوز خروجها من بيت الزوجية أو عدم الانتقال إليه بدعوتها إليه بعد العقد، والمتفق عليه عند الفقهاء، أن خروجها من بيت الزوجية أو عدم الانتقال إليه بعد العقد، مسقط للنفقة عند انعدام الأسباب الشرعية، وعند الكلام عن الخروج وجب التفرقة بين الخروج الحقيقي والخروج الحكمي:

أ-1- الخروج الحقيقي: يعتبر خروج الزوجة من بيت بعلها دون إذنه ورضاه أو دون سبب شرعي نشوزا، فيسقط حقها في النفقة لتفويت حق الزوج ، وقد يكون خروجها بإذنه ورضاه لكن تأبى الرجوع إلى بيت الزوجية، ولا تسقط نفقتها إن كان خروجها بسبب شرعي كعدم صلاحية البيت للسكن، أو كان البيت مشغولا بالغير، أو لخلو البيت من الأدوات الضرورية اللازمة للعيش ، أو خرجت من البيت لضرورة كخروجها للقاضي لطلب النفقة.

أ-2- الخروج الحكمي: هو منع الزوجةُ زوجَها من الدخول إلى بيتها التي تملكه بعد أن أقاما فيه مدة معينة، ولم تخبره قبل منعه من إيجاد بيتٍ آخر ليسكنا فيه مع عدم إمهاله مدة زمنية، حينئذ تسقط نفقتها لأن مَنْعَهَا له من غير طلب سابق، أما إذا طلبت منه الانتقال من منزلها والبحث عن منزل آخر بالإيجار وأمهلته مدة كافية، ومنعته بعدها من دخول بيتها لا تعتبر ناشزا ولا تسقط نفقتها، وكذلك طلب انتقالها من منزلها إلى منزله إن كان له منزل فلا تسقط نفقتها في هذا الحال.

أما الامتناع عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير مبرر شرعي، أو بسبب ليس للزوج دخل فيه وكان المنزل مجهزا ومستوفيا للشروط الشرعية، وكان الزوج قد دعاها إلى الانتقال إليه ورفضت عندئذ تسقط نفقتها، إلا إذا كانت هناك مبررات شرعية وقتها تجب لها النفقة.

ويسقط حق النفقة من الزوجة الناشز لأنها فوتت حق الاحتباس والتمكين للزوج، ولم يعد عمل المرأة من النشوز خاصة إذا اشترطته في عقد الزواج بنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، وإذا لم تشترطه وخرجت دون إذنه تعتبر ناشزا وهو ما ذهب إليه أغلب الفقه المعاصر.

ب-سقوط حق النفقة للمرتدة : والزوجة المرتدة: وهي الزوجة التي ارتدت وخرجت عن دين الإسلام وبالتالي أصبحت أجنبية على الزوج حتى ولو مكنت نفسها منه.

ج-سقوط حق الولد البالغ المستغني بالكسب ، وكذلك زواج البنت، وهو ما نصت عنه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الثالث: النسب[51]

أولا-المقصود بالنسب

إن المراد بالنسب إلحاق الولد بأبيه لأن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية أو غير شرعية نسب الولد لأبيه إنما يكون بطريقة من الطرق التي نصت عليها المادة 40 و المادة 45 مكرر من الأمر 05/02، وهذه الطرق هي الزواج الصحيح والفاسد والنكاح بشبهة وفي حالات الإقرار والبيئة، كما أن الولادة التي تتم بالتلقيح الاصطناعي وبالشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من الأمر 05/02 تلحق بالزواج الصحيح، أما التبني فقد كان شائعا في الجاهلية فلما جاء الإسلام أبطله، ومنعه أيضا المشرع الجزائري من خلال نص المادة 46 من القانون 84/11،لكنه أبدله بنظام الكفالة من خلال المواد: 116 إلى 125 من القانون رقم 84/11

ثانيا-فوائد النسب

ويتجلى ذلك في نقاط عدة منها :

أ-النسب امتداد حضاري: لأن الشخص يتطلع إلى البقاء و الخلود[2]، ولا يجد بدا من الوصول إليه إلا عن طريق أبنائه، الذين سيواصلون بدورهم انجازاته و مشاريعه، فيتحقق التواصل الحضاري.

ب-النسب يحفظ الكرامة الشخصية[3]: ذلك أن الولادة غير الشرعية وإن لم يتحمل وزرها الولد إلا أنها تبقى تشكل له عقدة و هاجسا يشعر من خلالها بالذنب و بالفضيحة، هذا ما يستقرأ من الواقع، وما يستنبط من قوله تعالى على لسان مريم عليها السلام:« قالت ياليتني مت قبل هذا وكنت نسيا منسيا»[4][52]

ج-النسب إقرار بنعم الله، وجحودها خسران يوم القيامة 5: فالشخص الذي يتعرف بنسبه إنما يعبر عن إيمانه و شكره لنعم الله تعالى عليه، أما من ينكر ذلك فإنه يكون جاحدا لهذه النعمة، مستحقا للعتاب والعذاب وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(من ادعى وليا غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرفا ولا عدلا)[53].

د-النسب وسيلة شرعية للحفاظ على المجتمع من اختلاط النسب وبالتالي غلق باب العلاقات غير الشرعية، فضلا على أنه يغذي مشاعر المودة و يعزز مبدأ التكافل بين القرابة.

ثالثا-طرق إثبات النسب:

وهي بالتفصيل على الشكل التالي:

1-عن طريق الزواج الصحيح: فالنسب لا يكون إلا إذا كان الزواج صحيحا و يتحقق فيه البناء، ولقد نصت المادة 40 الفقرة 1 من الأمر 05/02 على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح، وأما البناء فالأصل فيه قوله صلى

---

[51] سليمان ولد خسال ، المرجع السابق، ص 101 وما يليها.

[52] سورة مريم، الآية:23

[53] رواه مسلم، صحيح مسلم، باب فضل المدينة ودعاء النبي صلى الله عليه وسلم فيها بالبركة وبيان تحريمها وتحريم صيدها وشجرها وبيان حدود حرمها، ج 02، ص 313

الله عليه وسلم:(الولد للفراش وللعاهر الحجر)[54] أي أن الولد ثمرة للفراش و نتيجة للزوجية، وأما العاهر الذي لا يتخذ حليلة فلا ثمرة له ولا ينسب إليه مولود، وكنى عن هذا بأن له الحجر لأنه يقال لمن خاب ولم يجن ثمرة، بيده التراب أوله الحجر.

وعليه وحتى يثبت النسب لابد من تحقق ثلاثة شروط هي:

أ-إمكانية الاتصال الجنسي: وهذا الشرط لا يتحقق إذا كان الشخص مسجونا أو مسافرا سفرا طويلا[3]، ومثل ذلك إذا ادعى الزوج أنه عقيم وأثبت ذلك بالوسائل الطبية.

وهذا الشرط قال به جمهور الفقهاء، وذهب ابن تميمة إلى اشتراط ثبوت الدخول الحقيقي، وخالفهم ابو حنيفة فلم يشترط لصحة النسب أن لا يثبت عدم اللقاء .

ب-ولادة الولد بين أدنى و أقصى مدة الحمل، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 42 من القانون 84/11 على أن أقل مدة الحمل هو ستة أشهر، أما أقصاها فأوصلها إلى عشرة أشهر.

أما عن أقل مدة فقد أجمع عليها الفقهاء[1]، أخذا من الآيتين الكريمتين: (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا)[55]و (وفصاله في عامين).[56]

ويبدو أن المشرع الجزائري بأخذه لأقصى مدة الحمل وهو عشرة أشهر قد قارب الصواب، خاصة وأن العلماء قد اختلفوا فيه إلى سبعة أقوال كما أن الطب »لم يجوز قولا من تلك الأقوال ماعدا القول الثاني» أي قول محمد بن عبد الله بن الحكم من فقهاء المالكية ، وعليه يجوز طبا في حالات نادرة أن يمتد فيها الحمل إلى أكثر من تسعة أشهر شيئا قليلا، و النسب يحتاط في إثباته بقدر الإمكان.

ج-عدم نفي الولد بالطرق الشرعية: و المتمثلة في أحكام اللعان، واللعان هو اتهام الزوج زوجته بالخيانة الزوجية، والأصل فيه ما جاء في قوله تعالى:{والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه أن كان من الكاذبين ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين}[57].

ولقد استقر الاجتهاد القضائي على أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل.

هذا ويلاحظ أن هذه الشروط متى توفرت كلها صارت تكون قرينة قانونية كافية وحدها لإثبات النسب، ولا تقبل الادعاء بإثبات العكس إلا من الأب وحده بواسطة **اللعان**[58].

---

[54] –رواه البخاري، الجامع الصحيح، باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه وقال النبي صلى الله عليه وسلم لسلمان كات وكان حرا فظلموه وباعوه وسبي عمار وصهيب وبلال وقال الله تعالى: « والله فضل بعضكم على بعض في الرزق فما الذين فضلوا برادي رزقهم على ما ملكت أيمانهم فهم فيه سواء أفبنعمة الله يجحدون»، ج 07، ص 454.

[55] سورة الأحقاف، الآية: 15.

[56] سورة لقمان، الآية:14 .

[57] سورة النور، الآية: من 05 إلى 09.

[58] فاللعان من اللعن، بمعنى الطرد والإبعاد، وفي اصطلاح الفقهاء ما يجري بين الزوجين من الشهادات والأيمان المؤكدة في حالة

ومما يلحق بطريق الزواج الصحيح في إثبات النسب ما يقوم به بعض الأزواج من اللجوء الى التلقيح الاصطناعي عندما يتعذر عليهم الإنجاب بالتلقيح الطبيعي، ولقد أجازه المشرع الجزائري في التعديل الجديد في الامر 05/02 المادة 45 مكرر على أن جواز التلقيح الاصطناعي يخضع للشروط الآتية :

أ- أن يكون الزواج شرعيا .

ب- أن يكون التلقيح برضى الزوجين و أثناء حياتهما.

ج- أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها .

وعليه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة حتى لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر وتستأجر، لأن الأمومة ليست فقط علاقة بيولوجية، بل معنى الأمومة في الحمل أساسا ولذلك قال الله تعالى: { حملته أمه وهنا على وهن }[59]. فربط القرآن الكريم بين الحمل والأمومة فالتي تحمل هي الأم و ليست من تمنح البويضة لغيرها لقاء الأجر، فتعين من باب سد الذرائع درأ المفسدة بمنع الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة.

2 -عن طريق الزواج الفاسد: إذ كيف الزواج على أنه زواج فاسد، فإن النسب يثبت به حسب المادة 40 من الأمر 05/02.

3 - عن طريق نكاح الشبهة : وهو الزواج الذي يقع بطريق الخطأ، وبالرغم من أن هذا الزواج نادرا ما يقع إلا أن المشرع الجزائري صرح به ونص على أن النسب يثبت به وهذا من خلال المادة 40 من الامر 05/02.

ويثبت نسب المولود أيضا بشرط واحد وهو إذا جاءت به بين أقل مدة الحمل و بين أكثرها، كما نصت بذلك المادة 42 من القانون 84/11.

4 -ثبوت النسب بعد الفرقة أو الوفاة :إذا ولدت المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا تخلوا من أن تكون أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر، فإن أقرت وجاء مولودها بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب المولود.

أما إن لم تقر وجاء المولود في نفس المدة ثبت النسب[2]، ولعل هذا ما يستشف من أحكام المادة 43 من القانون رقم 84/11 التي تنص بأنه (ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة).

ويجدر الإشارة إلى أن القرآن الكريم حرم على النساء أن يكتمن مافي بطونهن خصوصا وأن من حقوق الطفل حقه في نسبه الصحيح قال الله تعالى: « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر »[60].

5 -ثبوت النسب بطريق الإقرار : ينقسم الإقرار بالنسب إلى قسمين:

مخصوصة، وهي إذا رمى الزوج زوجته بالزنا، و لم تكن له بينة على ذلك، وأنكرت الزوجة ذلك.

[59] سورة لقمان، الآية: 14

[60] سورة البقرة، الآية : 228.

أ- إقرار بالنسب على نفس المقر: كأن يقول: هذا ابني، أو هذا أبي، وهذه أمي، وهذا مانصت عليه المادة 44 من القانون 84/11 (يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة)، وعليه يصح إقرار الرجل- ولو في مرض الموت - بالولد أو الوالدين إذا تحققت الشروط التالية: :

1 -أن يصدقه العقل أو العادة: وذلك بأن يولد مثل المقر له بالبنوة من مثل المقر بحيث يكون فرق السن بينهما محتملا لهذه الولادة، أو يولد من مثل المقر بالأبوة لمثل المقر له، فمن قال لطفل : هذا ابني وكان سن هذا الطفل عشر سنوات، وسن المقر عشرين سنة، لم يعتبر هذا الإقرار لأنه لا يعقل أن يولد لإنسان ولد وهو ابن عشرة سنين.

2 -أن يصدقه الشرع: وذلك بأن يكون المقر له مجهول النسب، فإن كان ثابت النسب من غير المقر كان هذا الإقرار باطلا لأن الشرع قاضي بثبوت النسب من ذلك.

ب-إقرار بنسب محمول على غير المقر: كأن يقول: هذا أخي، أو هذا عمي، وهو ما نصت عليه المادة 45 من القانون 84/11: (الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر بتصديقه) .

الفصل الثالث: انحلال الزواج و آثاره

بناء على ما جاء في أحكام الفقه الإسلامي من أن طرق انحلال الزواج يكون بطريقين، إما بالوفاة أو الطلاق، قنن المشرّع الجزائري هذه المسائل من خلال المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري، التي نصت على أن انحلال الرابطة الزوجية يكون بالطلاق أو الوفاة، وبالتالي فإن عرى العلاقة الزوجية تنحل دون تدخل من الزوجين أو من القضاء بوفاة أحدهما، حيث يتم تلقائيًا وإجباريًا إنهاء عقد الزواج القائم بينهما، بموجب القانون دون أي تدخّل من إرادتهما.

أما ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، فيعبّر عن طرق انحلال الزواج بتدخل من الزوجين، فإما أن يكون بإرادة الزوج المنفردة بالطلاق، أو بطلب من الزوجة بطريقين هما التطليق أو الخلع، أو بتراضي الزوجين، والطلاق بالإرادة المنفردة وضعته الشريعة الاسلامية بيد الزوج لحكمة بالغة، حتى لا يُحاد به عن المقصد الشرعي، وهذه المسؤولية تجعله متروّيا ومتريّثا في إيقاع الطلاق، والحديث عن الطلاق بيد الزوج، لا يجعلنا نغفل عن ما قررته الشريعة للمرأة من حق حال تضررها من الزواج، فوضعت لها عديد الطرق لحل الرابطة الزوجية عن طريق التفريق القضائي، أو ما يسمى قانونا بالتطليق، شرط تحقّق أسباب وجيهة قررها الفقه الإسلامي، وسار على خطاها القانون، كما للزوجة الحق في طلب الخلع، مقابل بدل تدفعه تخلّصا من حياة تراها بائسة بسبب كراهيتها لشريك حياتها، كما يمكن للزوجين أن يفكا عرى الزوجية تراضيا بينهما، حين يرى كل طرف أن نهاية ميثاق الزوجية حالت دون استمرارية زواجهما أسبابا مشتركة، وهو أيسر الطرق وأقلها كلفة في انحلال الرابطة الزوجية، شريطة أن لا يقع ضرر على أحدهما أو كلاهما، نتيجة الشروط المتفق عليها في عريضة إيقاع الطلاق بالتراضي.

وعليه سنتطرق إلى ماهية الطلاق في مبحث أول ، وآثار انحلال الزواج في مبحث ثان.

المبحث الأول: ماهية الطلاق

في هذا المبحث سأتطرق لتعريف الطلاق ومشروعيته و الحكمة منه في مطلب أول ، و شروط المطلق والمطلقة في مطلب ثان، وأقسام الطلاق في مطلب ثالث، وأنواعه في مطلب رابع، كالتالي:

المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته والحكمة منه

الفرع الأول: تعريف الطلاق

أتعرض في هذا الفرع إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني للطلاق كالتالي:

أولا- الطلاق لغة: وهو من : "طلق الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطرد واحد، وهو يدل على التخلية والإرسال. والطالقة من الإبل: ناقة تبعث في الحي تسرح من جنابهم حيث أرادت، ويقال: "طلق امرأته تطليقا وطلقت هي تطلق بالضم طلاقا فهي طالق".

ثانيا- الطلاق اصطلاحا: أما في اصطلاح الفقهاء فالطلاق عرفه الشيخ عبد الوهاب خلاف بأنه: "حَلُ رباط الزوجية الصحيحة، في الحال أو المآل، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة، تصدر من الزوج، أو من القاضي بناء على طلب الزوجة".

وعرّفه الأستاذ وهبة الزحيلي: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"، فحلّ الرابطة الزوجية في الحال يكون طلاقا بائنا، أما المآل فيكون طلاقا رجعيا بعد العدة إما بائنا ببينونة صغرى أو كبرى، أما اللفظ المخصوص فيكون صريحا كلفظ الطلاق، وكنائي كلفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها.

عليه يعرّف الطلاق على أنه: **رفع قيد النكاح من الزوج أو القاضي في الحال أو المآل، بألفاظ مخصوصة مشتقة من الطلاق أو فيما معناه.**

ثالثا- الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

جاء تعريف الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي : "يُحل 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"، واستعمل قانون الأسرة الجزائري لفظ "يُحَل" الذي يشمل جميع صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة عن طريق القاضي.

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق

الطلاق مشروع في الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والاجماع، ولم تضع الشريعة الإسلامية الطلاق إلا كحل لكثير من المشكلات الزوجية التي لا حل لها إلا الفُرقة.

أولا- الكتاب الكريم:

- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[61]، ووجه الاستدلال من الآية أنه خطاب مفاده يا أيها النبي قل لأمتك إذا طلّقتم نساؤكم، أي إذا ابتغيتم طلاقهن، فلا يكون إلا لعدة.

ثانيا- السنة النبوية الشريفة:

- عن: "عبد الله بن عمر ب، قال: قال رسول الله غ: أبغض الحلال إلى الله الطلاق".

ثالثا- الاجماع: أجمع فقهاء الأمة منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على جواز طلاق الرجل زوجته، ولم ينكر أحد هذا الصنيع، فصار هذ إجماعا.

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الطلاق

قد تستعصي الحياة الزوجية، فتكون تصرفات أحد الزوجين خلالها سببا لوقوع الآخر في الحرام، نتاج تقصير أو نفور من طرف أحدهما أو كلاهما، أو طارئ استجد، مما يدفع أحدهما إلى عدم احتمال الآخر، فيحصل التنافر والتباعد في السلوك والطباع، ويظهر الشقاق وتتولد الكراهية والبغضاء والتعنّت ويستحيل بعدها الإصلاح، فتصير الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، على إثر ذلك شرعت الشريعة الإسلامية الطلاق كعلاج، رأفة بالزوجين ورفقا بهما للخروج من عقد التزماه بإرادتهما ليسعدا في ظله، فرجع عليهما بالشقاق والشقاء والحرج، ومن ثم إلى تقصير في حق الله تعالى في عبادة من العبادات.

(61) سورة الطلاق، الآية 01.

المطلب الثاني : شروط المطلق والمطلقة

الفرع الأول - شروط الزوج المطلّق:

أ- شروط الزوج المطلّق في الفقه الإسلامي:

الشروط المتعلقة بالمطلّق وسأتناولها كالتالي:

1- أن يكون زوجا: وهو أن يكون الزوج حقيقيا للطلقة أو مفوضا لها كأن يملك الزوج زوجته الطلاق

2- الأهلية: هي الأحوال التي يكون فيها المطلّق أهلا للطلاق بالغا عاقلا، وتفصيلها كالآتي:

1.2- البلوغ: اتفق الفقهاء على أن المطلّق يجب أن يكون بالغا، وعليه فطلاق الصبي لا يقع ودليلهم في ذلك حديث: "عائشة رضي الله عنها، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال: رُفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"، وقد قال حماد: "وعن المعتوه حتى يعقل"[(62)].

2.2- العقل: الفقهاء اتفقوا على أن يكون المطلّق عاقلا ، لكن هناك خلاف في بعض ما يدخل تحت باب العقل في إيقاع الطلاق، وهو طلاق المجنون ومن يقع في دائرته، وطلاق السكران والغضبان.

3- الاختيار والقصد: من شروط المطلق أن يكون له قصد واختيار من غير إجبار، وما يدخل في باب الاختيار والقصد فطلاق المكره، وطلاق الهازل، وطلاق المخطئ، لا يقع .

ب- شروط الزوج المطلق في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط الزوج المطلّق، ولم يذكر الصفة التي يجب أن تتوفر فيه حتى يقع طلاقه، ما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بتطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني : شروط المرأة المطلقة:

للحديث على شروط المرأة المطلقة والتي تكون محلا للطلاق، أي من يقع عليها الطلاق وجب التطرق للمسألة في الفقه الإسلامي من خلال معالجة وضعين للزوجة محل الطلاق: الوضع الأول وهي الزوجة التي تكون **محلا للطلاق أي التي يقع عليها الطلاق**، والوضع الثاني الزوجة التي **لا تكون محلا للطلاق**، ثم بعد ذلك إلى شروط المطلقة في قانون الأسرة الجزائري.

أ- شروط المطلقة في الفقه الإسلامي: لتناول شروط المطلقة في الفقه الإسلامي، وجب التفرقة بين وضعين هما الزوجة التي يقع عليها الطلاق، والتي لا يقع عليها الطلاق كما يلي:

1- الزوجة التي يقع عليها الطلاق: في هذه الحالة فالزوجة الواقع عليها الطلاق إما أن تكون زوجة حقيقية أو زوجة حكمية وتبيان ذلك كما يلي:

1-1- الزوجة الحقيقية: هي أن تكون الزوجة المطلقة زوجة حقيقية بعقد صحيح، أي أن الزوجية قائمة حقيقة غير مطلقة.

1-2- الزوجة الحكمية: هي الزوجة المطلّقة المعتدّة ومازالت في عدتها من طلاق رجعي، لأنه لا ينهي عقد الزواج مادامت في العدة، وقد اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق في العدة ،

(62) أخرجه أحمد في مسنده، مسند النساء، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، حديث رقم 24694، ج41، ص224.

2- الزوجة التي لا يقع عليها الطلاق: أما حالات الزوجة التي لا يقع الطلاق عليها فنعددها في:

2-1- المتزوجة بعقد غير صحيح: ما جُعل الطلاق إلا لإنهاء العقد الصحيح، والعقد الفاسد ليس بصحيح وينجرّ عنه التفريق بين الزوجين، ومن أسباب فساد الزواج الفسخ لفقدان ركن من أركان الزواج، والزوجة في هذه الحالة تصبح أجنبية عن الزوج بمجرد فسخ عقد الزواج.

2-2- المطلقة قبل الدخول: فالمرأة المطلقة قبل الدخول هي أجنبية عن الزوج، ولا عدة لها، ولها الزواج مباشرة بعد طلاقها لانعدام المحل، وبالتالي فلا طلاق لها.

ب-شروط المطلقة في قانون الأسرة الجزائري: سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط الزوجة المطلقة، ولم يشر إليها، وهذا يعني أنه يُرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222.

المطلب الثالث: أقسام الطلاق :

الفرع الأول : من حيث اللفظ وينقسم إلى قسمين: صريح وطلاق غير صريح "كنائي" .

1- الطلاق الصريح: وعرّف اللفظ الصريح في الطلاق على أنه: "ما كان بلفظ لا يستعمل إلا في معنى الطلاق، وحل قيد النكاح، ولا يحتمل غير هذا المعنى لغة أو شرعا أو عرفا" والمعلوم لدى الفقهاء أن الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية، كقول الرجل لزوجته : أنت طالق.

2- الطلاق غير الصريح (الكناية):

هو كل طلاق تم بألفاظ غير صريحة، لم يخصصها الشرع أو العرف للطلاق، بل هي ألفاظ تستعمل للطلاق وغيره ، فلفظ الكناية لفظ لم يوضع مخصوصا للطلاق، بل هو محتمل لشيئين، إما وُضع لأمر متعلق بالطلاق، أو لأمر آخر بعيد عن معنى الطلاق، ومثال ذلك لفظُ "خلية"، فهو لفظ يحتمل إنهاء الزوجية، ويحتمل الخلو من الخير أو الشر، فإذا نوى المعنى الأول فيقع الطلاق، وإذا نوى الثاني فلا يقع الطلاق، وقد وردت ألفاظ الكنايات عند الفقهاء على اختلاف منها:

"أنتِ بائن، أنتِ عليّ حرام، خلية، بريئة، برية، بتة، أمركِ بيدكِ، اختاري، اعتدي، استبرئي رحمكِ، أنتِ واحدة، خلّيت سبيلكِ، حبلكِ على غاربكِ، فارقتكِ، خالعتكِ -ولم يذكر العوض-، لا سبيل لي عليكِ، لا ملك لي عليكِ، لا نكاح لي عليكِ، أنتِ حرة، قومي، اخرجي، اغربي، انطلقي، انتقلي، تقنعي، استتري، تزوجي، ابتغي الأزواج، الحقي بأهلكِ، وأنتِ الحرج، لعل الله يسوق إليكِ خيرا"، ونحو ذلك.

الفرع الثاني : من حيث مو افقته للسنة ومخالفتها

الطلاق السني والبدعي من تقسيم الشرع، من حيث موافقته السنة ومخالفتها،

1- فالطلاق السني : هو الطلاق الموافق للسنة، بالمواصفات الواردة في الشريعة، من طلاق الزوجة في طهر لم يمسها فيه، و طلاقها تطليقة واحدة، وقد اختلف الفقهاء في شروطه :

فعند الحنفية طلاق السنة قسمان حسن، وأحسن، فالحسن طلاق الرجل حليلته في طهر لم يمسها فيه، ثم في طهرها الذي بعده يسمعها طلقة واحدة، وفي الطهر الذي بعده واحدة، فتَبِين منه. أما الأحسن فيطلّق الرجل زوجته تطليقة، في طهر لم يجامعها فيها، إلى غاية انتهاء عدتها.

2- الطلاق البدعي: هو الطلاق المخالف لأمر الله ﷻ ولسنة النبي صلى الله عليه وسلم والذي يوقعه الزوج

في طهر مسها فيه، أو يطلقها حال حيضها أو نفاسها، أو يطلقها ثلاث طلقات دفعة واحدة، أو يطلقها في العدة، واتفق الفقهاء أن طلاق الحائض أو في طهر جامعها فيه طلاق بدعي، أما بالنسبة لغير المدخول بها، أو الحامل المستبين حملها، أو التي لا تحيض فلا بدعة لطلاقهم.

الفرع الثالث: من حيث الأثر المترتب عليه

1- الطلاق الرجعي: هو طلاق يمكن للزوج فيه إرجاع زوجته أثناء العدة من غير عقد جديد، ما لم تنقضي عدتها دون رضاها، وفي الطلقتين الأولتين فقط غير البائنتين، شرط مراجعتها قبل انقضاء العدة،

2- الطلاق البائن بينونة صغرى: إذا انقضت عدة المطلقة طلاقا رجعيا يصبح الطلاق بائنا بينونة صغرى، ولا يستطيع الزوج مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين، ويشترط رضاها.

3- الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو إذا طلق الرجل زوجته الطلقة الثالثة ؛ فلا تحل له حينئذ إلا بعد أن تنكح زوجا غيره، نكاحًا صحيحًا ، ثم يفارقها.

والمشرع الجزائري فقد تطرق فقط للطلاق الرجعي والبائن ببينونة صغرى وكبرى من خلال المواد 50 و51 فقد نصت المادة 50 على : "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

أما المادة 51 فنصت على الطلاق البائن بينونة كبرى حيث جاء فيها: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء. إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

المطلب الرابع: أنواع الطلاق

النوع الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة

وجاء في المادة 48 من قانون الأسرة : " مع مراعاة أحكام المادة 49 من قانون الأسرة أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج.' وبالتالي وخلافا للشريعة الإسلامية لم تبين المادة هل الطلاق قضائي أو لفظي ، وبالتالي لزوم قيام الزوج برفع دعوى قضائية طالبا فيها حل الرابطة الزوجية مع الزوجة ، وبالتالي ففي هذا المقام إذا أصر الزوج على هذا الطلاق فإن إرادة القاضي تصبح مقيدة أمام مطلب الزوج بإيقاع الطلاق وحتى ولو كان بلا سبب، وهو ما أطلق عليه المشرع في قانون الأسرة بالطلاق التعسفي، حيث جاء في المادة 52 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري :" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

والقاضي عند بحثه عن مدى تعسف الزوج من عدمه عليه أن يستعين ببعض المعايير يمكن أن تسهل عليه اكتشافه منها:

-أن يستعين بوكيل الجمهورية كطرف أصلي في النزاع طبقا لنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري .

-أن يستثمر جلسات الصلح التي تعقد لعدة مرات على أن لا تتجاوز مدة ثلاثة أشهر وهو ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، حيث يتبين له مدى تعسف الزوج.

- كذلك له أن يستعين بحكمين وما ينبثق عنه تقريرهما وهو المنصوص عه في المادة 56 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

وإذا فشل الحكمين على القاضي ادراج ملف الدعوى للجلسة اللاحقة .

وعلى القاضي الحكم بالتعويض للزوجة في الطلاق التعسفي نتيجة الضرر الذي أصابها من تعسف الزوج.

*** الإجراءات القانونية للطلاق بالإرادة المنفردة: :**

ويبتدأ الاجراء بقيام الزوج بإيداع عريضة في كتابة ضبط المحكمة المختصة ، وبعد استدعاء الزوجين للجلسات السرية للصلح ، واذا استلزم الأمر تعيين حكمين للتوفيق بينهما في أجل مدته شهرين حسب نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري ، وبعد ذلك يستدعي القاضي الزوجين عن طريق كتابة ضبط المحكمة، لجلسات الصلح المذكورة سابقا حسب المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري ، وبعد كل هذه الإجراءات إذا فشل القاضي في إعادة مياه الزوجين إلى مجاريها وفشل في مسعاه يدرج ملفهما في جلسة لاحقة مصدرا فيها حكمه بالطلاق، والقاضي ملزم بتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه القاضي والزوجين مع كاتب الضبط، وبعد النطق بالحكم يسجل حكم الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، وهو ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري . وأحكام الطلاق ابتدائية نهائية غير قابلة للطعن بطرق الاستئناف إلا في جوانبها المادية كمبلغ النفقة أو التعويض أو المسائل الخاصة بالمسكن.

النوع الثاني: الطلاق بتراضي الزوجين

وهو الطلاق الذي يتم بناء على رغبة الزوجين في انهاء العلاقة الزوجية بالتراضي بينهما، وهو ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري "... أو بتراضي الزوجين"، وأهم ما يميز به هذا الطلاق أنه يتم دون خصام أو نزاع تفاديا لما يؤثر على الأولاد، وقد تكون الأسباب سرية لا يريد الطرفان الادلاء بها حتى لا تمس كرامة أحدهما.

وإجراءات هذا الطلاق أن تكون العريضة مشتركة موقعة من الزوجين تودع بأمانة ضبط المحكمة، حسب المادة 423 من ق إ م إ ، وعلى القاضي أن يتأكد من إرادة الزوجين ، دون إكراه أو تهديد ، من أنهما فعلا يريدان الطلاق ، وهو ما نصت عليه المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا".

وعلى الزوجين ارفاق مع طلب الطلاق بالتراضي جميع الشروط المتفق عليها بينهما ، فيما يتعلق بالنفقة والحضانة وكل توابع الطلاق وهو ما نصت عليه المادة 429 ف 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهذا

الاتفاق المبرم بين الزوجين غير ملزم لسلطة القاضي في تعديل بنوده إذا وجد فيه ما يعارض مصلحة الأولاد أو يخالف النظام كإسناد الحضانة للأم وابقا الولاية للأب فهذا الاتفاق يخالف ما نصت عليه المادة 87 فقرة 04 من قانون الأسرة الجزائري ، وكل هذا منصوص عليه في المادة 431 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها: " القاضي ينظر مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق، وله أن يلغي أو يعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام".

النوع الثالث : التطليق

التطليق أو التفريق القضائي كما يسميه الفقهاء هو طلب الزوجة التفريق لسبب من الأسباب، بحيث يصبح من المستحيل مواصلة الحياة الزوجية وتحقق أهدافها، وقد وضعت الشريعة الإسلامية أسبابا تتمكن خلالها الزوجة من طلب التفريق نتيجة لتضررها، وقد سار على نهجها قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: مفهوم التطليق

لتبيان مفهوم التطليق وجب التطرّق لتعريفه في اللغة، وفي اصطلاح الفقهاء، وفي قانون الأسرة الجزائري.

أولا- التطليق في الفقه: التطليق هو الطلاق الذي تطلبه المرأة عن طريق القاضي لضرر أصابها من الزوج، والذي يسميه الفقهاء بـ"التفريق القضائي".

التطليق هو التسمية التي اعتمدها المشرّع الجزائري في قانون الأسرة، للتفرقة بينه وبين الطلاق الذي يوقعه الزوج بالإرادة المنفردة، أما الخُلع فهو فراقٌ باتفاق على بدلٍ تدفعه الزوجة للزوج مقابل مخالعتها، بخلاف التطليق الذي يوقعه القاضي بطلب من الزوجة لسبب من الأسباب.

فالتطليق إذن هو إبداء رغبة الزوجة في إنهاء عقد الزواج عن طريق القضاء، على اعتبار أنها لا تملك حق الطلاق، شريطة توافر سبب من الأسباب الموجبة للتطليق المنصوص عليها شرعا وقانونا.

ثانيا- التطليق في قانون الأسرة الجزائري: وهو ما أطلق عليه القانون اسم "الطلاق بطلب من الزوجة" بنص المواد 48 و53 و54 من قانون الأسرة الجزائري، ولا يقوم إلا على شروط لا بد من توفرها، منها:

- لابد أن يتم في المحكمة وأمام القاضي بعد تعذّر الصلح بين الزوجين، ويسمى حينها الطلاق بطلب من الزوجة، ويوقعه القاضي دون رضا الزوج، طالما الزوجة متضررة من بقاء الزوجية.

- لابد من تحقق الأسباب الموجبة للتطليق الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وتطلبه الزوجة لأنه حق محصور ومقيّد لها.

للقاضي في مسائل التطليق السلطة التقديرية الكاملة في النزاع المطروح أمامه، فينظر في السبب الموجب للتطليق، ويتحقّق من وجود الضرر الواقع على الزوجة من الزوج، وله أن يستعين بوسائل أخرى كالشهود والخبرة والظروف المحيطة بالنزاع، ثم يحكُم بما يراه مناسبا إما الإصلاح والرجوع أو الحُكم بالفُرقة عند عدم التوصّل إلى صلح مع استحالة استمرارية الحياة الزوجية، وأسباب التطليق في قانون الأسرة الجزائري جاءت على سبيل الحصر في المادة 53 والتي تنص على: "يجوز للزوجة أن **تطلب التطليق للأسباب الآتية:**

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78

و79و80 من هذا القانون،

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،

7- ارتكاب فاحشة مبينة،

8- الشقاق المستمر بين الزوجين،

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10- كل ضرر معتبر شرعا".

الفرع الثاني: الأسباب الموجبة للتطليق:

كما سبق ذكر الأسباب أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر ، باستثناء الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري جاءت على سبيل المثال، وتفصيل الأسباب كالتالي:

1- التطليق لعدم الانفاق:

وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، بجواز أن تطلب المرأة التطليق لعدم الانفاق ، بعد صدور حكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78، 79،80 من هذا القانون، ويظهر من خلال الفقرة أن شروط التطليق لعدم الانفاق تتمثل في:

- الامتناع العمدي للزوج عن الانفاق على الزوج رغم يساره ، والنفقة متمثلة في الغذاء واللباس والدواء، والمسكن وكل ما كان ضروريا في العرف والعادة.

- صدور حكم نهائي غير قابل للطعن من المحكمة يقضي بوجوب نفقة الزوج على زوجته، حيث أن الزوجة لا يجوز لها رفع دعوى التطليق لعدم الانفاق ، إلا بعد صدور حكم نهائي وتبليغ الزوج بشكل رسمي وعدم استجابته، والاشكال المطروح في هذا الشرط هي المدة القانونية التي تنتظرها الزوجة لرفع دعوى التطليق بعد دعوى النفقة ، وحله حسب مفهوم المادة 331 من قانون العقوبات والاجتهاد القضائي هو انتظار مدة شهرين متتابعين بعد صدور الحكم بالنفقة وعدم استجابة الزوج، هنا ترفع دعوى تطليق لعدم الانفاق. حيث نصت المادة 331 من قانون العقوبات على "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة **تتجاوز الشهرين** (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم. ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال".

-أن لا تكون عالمة بإعساره وقت ابرام عقد الزواج: والزوجة هنا عليها إثبات أنها لم تكن عالمة بإعسار

الزوج وقت ابرام العقد، ولو استطاع الزوج اثبات علمها بإعساره ووافقت الزواج منه هنا يرفض طلبها.
ويقع هذا الطلاق بائنا.

2-التطليق للعيوب التي تحول دون قيام الزواج:

أوجب الفقهاء على أن كلا الزوجين لهما الحق في طلب الطلاق إذا تبين لأحهما وجود عيب في الآخر ، وهذا العيب يؤثر في الحياة الزوجية بينهما ، وتنقسم هذه العيوب إلى نوعان :

أ- عيوب جنسية: حيث تحول هذه العيوب من قيام الزوجية، ولكلا لزوجين الحق في طلب الفراق لأنها تعتبر من الأسباب لطلب الطلاق، والقاضي لا يمكنه الحكم بالطلاق مباشرة بل يجب عليه التأكد من وجود العيب وأثره ، وله أن يستعين بالخبراء في هذا المجال.

والمقصود بالعيوب الجنسية هي عيوب الفرج لكلا الزوجين عند الفقهاء:

- فالبنسبة للزوج : الجب والخصاء والعنة[63] .
- وبالنسبة للزوجة هي: الرتق والقرن والعفل والافضاء والبخر[64].

العيوب المشتركة: العذيطة والعقم[65].

ب- العيوب الجسمية : التي لا تمنع من الدخول ، لكنها تؤثر على الحياة الزوجية كالأمراض المزمنة والمعدية كالجنون والجذام والبرص والصرع والسل.

والمشرع الجزائري لم يبين العيوب التي تتسبب في الفرقة ، لعله يقصد النوعين معا الجنسية والجسمية ، مع التأكيد على أن هذه الأمراض مؤقته أو مؤبدة ، فإذا كان المرض مؤقتا فالقاضي يؤجل القضية لمدة سنة فإن زال المرض فلا تقبل دعواها وان بقيت العلة يفرق بين الزوجين.

والتفريق للعيوب لا يمكن إن يتم إلا بتحقق شرطين وهما:

أ- عدم العلم بالعيب عن قيام الزوجية: فعدم علم الزوجة بعيب الزوج قبل الزوج يدخل في التدليس.

ب- عدم الرضا بالعيب عند العلم به فإذا رضيت الزوجة بالعيب سقط حقها في المطالبة في التطليق.

ويقع الطلاق بائنا عند التطليق للعيوب وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.

3- التطليق للهجر في المضجع:

جاء في الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري "الهجر في المضجع لمدة تزيد عن أربعة أشهر، ويجب أن يون هذا الهجر متعمدا من الزوج نكاية بالزوجة وليس له تبرير، وكان على المشرع أن يسميه

---

[63] الجب: هو الرجل الذي استأصل عضوه التناسلي. أم الخصاء من استأصلت خصيتاه، أما العنة فهو الرجل الذي لا يستطيع أن يأتي أهله(يجامع أهله).

[64] الرتق : هو انسداد موضع الجماع، القرن: هو عظم أو لحم يسد موضع الجماع فيمنع الممارسة الجنسية، العفل لحم يبرز في القبل . الافضاء: اختلاط مسلكي الدبر والقبل، والبخر هو نتن الفرج.

[65] ويقصد بالعذيطة خروج الحدث أثناء الجماع.

الايلاء كما سمته الشريعة الاسلامية حتى لا يختلط بالهجر المشروع في تأديب الزوجة واصلاحها، لأن الايلاء هدفه الاضرار بالزوجة ويكون هجرا مع القسم وبالتالي فالشرع حدد له أربعة أشهر وان تجاوزها يصبح الزوج متعمدا في الاضرار بالزوجة وهنا للزوجة الحق فيرفع دعوى تطليق ضد الزوج.

ويقع الطلاق بائنا بحجة أنه لدفع الضرر عن الزوجة وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.

4-التطليق بسبب الحكم على الزوجة بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

جاء في الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أن المرأة يجوز لها طلب التطليق إذا ارتكب الزوج جريمة فيها مساس بشرف وسمعة الأسرة وأدين بها، مما يؤدي إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية.

وحتى تتقدم الزوجة بطلب التطليق وجب أن تتحقق جملة من الشروط وهي:

أ- صدور حكم نهائي، حائز لقوة الشيء المقضي فيها يدين ازوج بجريمة فيها مساس بشرف وسمعة الأسرة.

ب- المشرع لم يبين هل العقوبة سالبة للحرية أم لا، فقد تكون غرامة مالية، وقد تكون العقوبة موقوفة التنفيذ المهم هو السبب الذي من أجله استصدر الحكم.

ج- أن تكون الجريمة سببا في عدم مواصلة الحياة الزوجية بين الزوجين لعظمها كالجرائم الاخلاقية وجرائم الخيانة الزوجية والزنا أو الاغتصاب، وكل ما تعلق بالشرف والسمعة.

ولا يمكن في هذه الحالة للقاضي أن يحكم بالطلاق بمجرد عقوبة الحبس ، بل يجب أن تتمسك الزوجة بطلب التطليق مع اثباتها أن الجريمة تمس بشرف وسمعة العائلة.

ويقع هذا الطلاق بائنا وفق ما جاء في المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري .

5- التطليق للغياب بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة:

وهو ما نصت عليه الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وهو طلب الزوجة التطليق لتضررها من غياب زوجها مدة تزيد عن السنة بلا عذر ولا نفقة ، ويشترط أن تتوفر الشروط التالية:

أ- مضي سنة أو أكثر من تاريخ غيابه.

ب-أن يكون غيابه دون عذر مقبول ، فالغياب غير المبرر يستشف منه الاضرار بالزوجة .

ج- أن يكون الغياب مع عدم الانفاق متسببا لها في ضرر مادي ومعنوي.

ويجب على القاضي إذا كان للزوج مكان معلوم أرسل اليه للرجوع إلى زوجته خلال مدة يحدها القاضي لها، والا فسيطلقها القاضي إذا رغبت الزوجة في الطلاق مع الحكم لها بالتعويض نتيجة تضررها.

والزوج المفقود ، وهو من فقد لمدة تزيد عن السنة دون ظهور أي خبر عليه ، فزوجته لها الحق في رفع دعوى تطليق بعد مرور سنة من فقدانه حسب المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري ، وهي المادة التي أحالت إلى الفقرة 5 ن المادة 53 حيث جاء في المادة 112 ما نصه: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون" .

والقانون بين أن الزوج لا يعتبر مفقودا الا بعد صدور حكم بفقدانه بنص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها: " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم" ، ولا يصدر الحكم الا بعد مرور سنة على الأقل لفقدانه بعد التحري عنه بكافة الطرق

والوسائل.

وإذا رجع المفقود حيا بعد صدور الحكم بفقدانه ووفاته، ووجد زوجته قد تزوجت غيره، فهنا إذا كانت الزوجة معقود عليها ولم يتم الدخول يستطيع مراجعتها، وان تم الدخول فلا يستطيع مراجعتها إلا إذا طلقت من الزوج الثاني أو توفي عنها، وبالنسبة لممتلكاته إن هي وزعت على الورثة بحكم أنه صدر حكم بوفاته فلا يستطيع استرداد أمواله وأملاكه، إلا التي بقت بحوزة الورثة ولم يتصرفوا فيها بيعا أو تنازلا للغير وان تصرفوا فيها فلا يستطيع حينئذ استردادها. **ويقع هذا التطليق بائنا وفق القانون.**

6- التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 المتعلقة بتعدد الزوجات:

وهو ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حيث تتضمن مخالفة الزوج الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 8 المتعلقة بتعدد الزوجات، وعلى الزوجة اثبات ضررها من التعدد ، كعدم الانفاق عليها، أو عدم العدل المادي والمعنوي بينها وبين باقي الزوجات، أو قام بالتدليس والتحايل عليها من خلال الزواج عنها خفية، أو اشترطت عليه عدم التزوج عليه وخالفه، وكل تلك المسائل تخضع للسلطة التقديرية للقاضي في مدى تضرر الزوجة ومدى احقيتها للتطليق.

ويقع التطليق لمخالفة المادة 8 بائنا وفق ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري .

7-التطليق ارتكاب فاحشة مبينة:

وهو ما نصت عليه الفقرة 7 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري من التطليق قد تطلبه الزوجة نظير ارتكاب زوجها لفاحشة مبينة ، ولم تبين الفقرة ما المقصود بالفاحشة وقد تكون على الاغلب الجرائم الأخلاقية كالزنا و تعاطي المخدرات ، ولم تبين الفقرة كذلك هل يستوجب صدور حكم حتى يمكن تطليق الزوجة خاصة وأنها مطالبة بإثبات أفعال زوجها المشينة التي ارتكبها.

ويقع الطلاق نتيجة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة بائنا وفق ما نص عليه القانون.

8-التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

وهو ما نصت عليه الفقرة 8 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و لم يعرّف قانون الأسرة لفظ الشقاق، ولم يعط أصلا تعريفا للتطليق للشقاق المنصوص عليه، وكان للتطبيق القضائي دور في تعريف التطليق للشقاق حيث عرّفه على أنه: مجموعة الإجراءات التي تقوم بها المحكمة في حال استحالة استمرارية العلاقة الزوجية وتصدّعها نتيجة الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين، تطبيقا لنص المادتين 53 فقرة 8 و56 من قانون الأسرة الجزائري، والذي يتوّج إما بمواصلة الحياة الزوجية بعد صلحٍ أو انهاؤها.

أ- أسباب ومظاهر الشقاق:

الشقاق الموجب للصلح هو الشقاق المفضي إلى النزاع الشديد المتواصل الذي بيّنته الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾[66]، ومعنى الشقاق في الآية الكريمة الخلاف بين الزوجين، وسمّي هذا الخِلاف شقاقا

(66) سورة النساء، الآية35.

لأن المخَالِف يفعل ما يَشُقُّ على صاحبه، ولأن الاختلاف والتنافر بين الزوجين عادة ما يكون لأسباب لا يمكن الكشف عنها أو ذكرها تحرّجا منها، لذلك وضعت الشريعة الإسلامية حلولا لرأب الصدع بين الزوجين والكشف عن أسباب الخلاف والشقاق، فإذا لحِق الزوجة ضررٌ من الزوج جاز لها رفع أمرها للقاضي، فإن ثبت الضرر طلقها منه مباشرة، وإن لم يثبت له الضرر جاز للقاضي انتداب حكمين، حكمٌ من أهل الزوج، وآخر من أهل الزوجة، للنظر والبحث والتمحيص في أسباب وتداعيات الخلاف بين الزوجين، ويقررا إما جمعا أو تفريقا، وحتى يتّضح للحكمين الشقاق وجب أن يكونا على علم بمظاهره وأسبابه لتمييزه عن باقي الخلافات الأخرى، ومن مظاهر الشقاق -بعضها مُستنج من التطبيقات القضائية- :

1- طول أمد النزاع بين الزوجين واستمراريته، ولحوق ضرر بيّن من ذلك للزوجة، ولا يعتد بالخلافات البسيطة اليومية بين الزوجين.

2- أن يكون الشقاق كبيرا مفضيا لنزاعات شديدة يُصعب حلها، ولا يمكن تحمّله لشدته.

3- يجب أن يكون الشقاق قائمٌ دائماً، فما إن يهدأ إشكال إلا ويثور آخر.

4- تكرّر الشكوى من الزوجة، دون تبيان للضرر والعجز عن اثباته.

هذا على سبيل المثال، ويحتمل أن تكون كثير من المظاهر لا يمكن حصرُها لتعدّد الظروف والصروف، ويبقى الاشكال في صعوبة إثبات بعض مظاهر الشقاق، خاصة إن كانت معنوية غير ظاهرة متعلّقة بشيء داخلي كالنفور والكراهية.

ب- علاج الشقاق:

من حِكم الشريعة الغرّاء عند تفاقم الخلافات بين الزوجين، نتيجة تصرفات مشينة من الزوجة، كأن يرى الزوج منها خُلقاً مُنَفّراً، أو ناكرة للمعروف غير آبهةٍ بنُصحه وتوجيهِه، أو من الزوج، كأن ترى الزوجة تصرّفات غير لائقة، كنفوره منها ورفضه الكلام معها دون سبب يذكر، وعدم رضاه عن كل تصرّف صادرٍ منها، فيقع عندئذ الصدامُ الذي ينسدّ معه كل طريق للحوار، وتزداد الهوة اتساعا بينهما ليصل الأمر حد الفُرقة، وأمام هذا الحال غير الطبيعي المسمى فقها بالخلاف الشديد نتيجة النشوز وقانونا بالشقاق المستمر بين الزوجين، وحين استحكام الخلاف مع عدم ثبوت الضرر والتباس الأمر على القاضي، وضعت الشريعة الإسلامية سُبلاً لرأْب الصدْع وعلاجا رسّخه القرآن متمثلا في حل توافقي بين الزوجين، عن طريق ما يسمى فقها : **بالتحكيم** أي إرسال حكمين، حكما من جهة الزوج وآخر من جهة الزوجة، عملا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾[67].

ورد ذكر الشقاق وعلاجه من خلال المادتين 53 فقرة 8، والمادة 56 من قانون الأسرة الجزائري،

حيث نصت الأولى على التطليق بسبب : "الشقاق المستمر بين الزوجين.."، ونصت الثانية على: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حَكما من أهل الزوج، وحَكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحَكمين أن يُقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"، وجعل

(67)سورة النساء، الآية 35 .

قانون الأسرة الجزائري الشقاق سببا من أسباب التطليق، مخصّصا له فقرة واحدة ساكتا عن كل تفاصيله.

ويقع الطلاق للشقاق بائنا وفق ما نص عليه القانون.

9- التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

وهو ما نصت عليه الفقرة 9 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حيث أن الزوجة يمكنها اشتراط بعض الشروط التي لا تتنافى مع عقد الزواج، وفق ما جاء بنص المادة 19: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" ، فقد تشترط الزوجة عدم الزواج عليها أو اكمال دراستها أو اشتراط عملها أو عدم السفر بها، فهي كلها شروط جائزة في القانون ، فالزوج في هذه الحالة يجب عليه بعد الموافقة عليها أن يفي بما اشترطته عليه زوجته، فإن خالفها ، فللزوجة الحق في رفع دعوى تطليق لمخالفة الزوج ما اتفقا عليه من شروط خلال العقد، ولها حق التعويض لتضررها من هذا السبب.

ويقع هذا الطلاق ذلك بائنا وفق ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري .

10- التطليق لكل ضرر معتبر شرعا:

وهو ما نصت عليه المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري أن للمرأة جواز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ، وهذه الفقرة وضعت على سبيل المثال في حال وجود سبب للتطليق لم يذكر في باقي الفقرات السابقة ، وتمكين القاضي من اعمال سلطته التقديرية في تقدير هذا الضرر هل هو موجب للتطليق من عدمه.

وحس فعل المشرع في ذكره هذه الفقرة للتوسع في مفهوم الضرر، فالأضرار كثيرة لا يمكن حصرها ، والضابط الوحيد في الفقرة هو أن يكون الضرر معتبر شرعا.

النوع الرابع :الخلع

الفرع الأول: ماهية الخلع

سأتناول في هذا الفرع تعريف الخلع، ثم إلى مشروعيته، والحكمة منه، وطبيعته الفقهية والقانونية، ورضائيته.

أولا- تعريف الخلع: سأتعرض في هذه الجزئية إلى تعريف الخلع في اللغة، وفي الاصطلاح الشرعي، وفي القانون.

أ- الخلع في اللغة: وخلع عليه إذا نزع لباسه وطرحه عليه، أي منحه إياه لقاء صنيع له، أو هو تطليق المرأة بعوض منها أو من غيرها، والخالعُ وهي المرأة المطلقة من زوجها بفدية.

وعليه يمكن حصر المعنى اللغوي للخلع في النزع، والفصل، والازالة، والارسال، والاطلاق من القيد،والمنح، والعطاء(كأن بالمرأة منحت زوجها مالا لقاء طلاقها).

ب- الخلع في الاصطلاح الشرعي: عرّف الفقهاء المعاصرون الخلع، ومنهم الأستاذ عبد الكريم زيدان

على أنه: "إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة لزوجها بألفاظ مخصوصة".

بعد استعراض تعريفات الفقهاء، يتبين أنها تصبّ كلها في كون الخلع هو بذل الزوجة مالا للزوج بهدف فك الرابطة الزوجية بينهما.

ج- **الخلع في القانون:** سكت ولم يعرف قانون الأسرة الجزائري الخلع، ولم يعطِ له أي تفاصيل تبيّن مفهومه، وأسبابه، واجراءاته، بالرغم من كون الخلع من طُرق انحلال الزواج، وفحوى المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري جاء عاما ومختصرا في مادة واحدة رغم أهمية الخلع كطريق لإنهاء العلاقة الزوجية، ونصت على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"،

ثانيا- مشروعية الخلع

جاء دليل الخلع في القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع.

أ- **القرآن الكريم:** في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[68]،

وجه الاستدلال من الآية أنه لا إثم عليها، فيما تعطيه إياه من مال ليخلعها، والمحظور من الطلاق طلبها لغير هذا العذر، ولا إثم عليه فيما أمسك من بدل تبذله له، لأن ما اعطته برضاها واختيار منها دون إكراه منه.

ب- **السنة النبوية الشريفة:** جاءت في السنة النبوية أحاديث كثيرة تثبت مشروعية الخلع، لكن أشهرها ما جاء في رواية البخاري: "عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[69]، ووجه الدلالة من الحديث أن الخلع مشروع، وأنه يمكن للرجل أن يخالع زوجته مقابل مال تفتدي به نفسها.

ثالثا- حُكم الخلع:

كما سبق أن تطرقت في الإجماع فحُكم الخلع الإباحة إذا توافرت شروطه، لكنه بالنظر للأدلة التي شُرع بها الخلع يبقى حلا غير مرغوب فيه في الشريعة، وخاصة ما جاء في الأحاديث التي تَنُص على طلب المرأة التطليق أو الخُلع دون سبب وجيه وما ينتظرها من وعيد، فعن ثوبان قال: "قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة"[70]، فالحديث خطير في حرمانها رائحة الجنة، وهو مما يدل على أن الأصل في الخلع الحظر إلا لحاجة وضرر بيّن.

---

(68) سورة البقرة، الآية 229.

(69) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 5273، ج7، ص47.

(70) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب في الخلع، حديث رقم 2226، ج3، ص543. وقال الأرنؤوط اسناده صحيح. وروي حديث آخر: "عن ثوبان، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المختلعات هن المنافقات" أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، حديث رقم 1186، ج3، ص484. ومعنى الحديث أن التي تخالع زوجها لميلها لآخر، وبالرغم من جواز الخلع لأن بقاء الزوجية في هذا الحال يورث الكراهية والتباغض بين الزوجين إلا أنه يكون مكروها من جانب الزوجة. انظر الماوردي، المرجع السابق، ج10، ص06.

رابعا: الطبيعة القانونية للخلع: سكت ولم يبيّن قانون الأسرة الجزائري الطبيعة القانونية للخلع من كونه فسخا أو طلاقا بائنا، لكن الذي يستنتج من خلال النص القانوني في المادة 48 من أ ن الطلاق لا يثبت إلا بحُكم، وبالتالي لا اعتبار للطلاق، والتطليق، والخلع، دون حكم القاضي، وأكدت الفقرة الثانية من المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري أنه من راجع زوجته بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد، وعليه يستنتج مباشرة أن الطلاق بائن بحكم القاضي ولا رجعة فيه، وبالتالي فالخلع طلاق بائن في قانون الأسرة الجزائري .

خامسا: رضائية الخلع في قانون الأسرة الجز ائري:

يقع الخلع بحُكم أمام القضاء وجوبا في قانون الأسرة الجزائري، ولا اعتبار لوقوعه خارج دائرته بنص المادة 48، وكانت المادة 54 من نفس القانون قبل تعديله تعطي اعتبار لرضى الزوج، لكن بعد التعديل نصت المادة صراحة على أن حُكم الخُلع لا يتوقّف على موافقة الزوج دون مناقشة الأسباب التي رفعت من أجلها الزوجة الطلب، ولا يكون للقاضي التدخل إلا في حال الخلاف في العوض بين الزوجين(المبلغ المالي المقدم من الزوجة) ، حيث نصت المادة 54: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

الفرع الثاني: شروط الزوج المخالع والزوجة المختلعة

أولا- شروط الزوج المخالع والزوجة المختلعة في الفقه الإسلامي:

حتى يكون الخلع صحيحا وجب توفّر شروط من جانب الزوج المخالع، والزوجة المختلعة.

أ-الزوج المخالع: ما يشترط في الزوج المطلِّق يجب توفره في المُخَالِعْ، من أهلية، وبلوغ، وعقل فلا يصح طلاق المجنون، والمعتوه، كذلك أن يكون قاصدا غير مكره أو مخطئ، وعليه فكل من صح طلاقه صح خُلعه، وقد سبق أن تطرقت لشروط الزوج المطلّق بالتفصيل.

ب- الزوجة المختلعة: أما الشروط الواجب توفرها في الزوجة المختلعة هي قيام الزوجية بعقد صحيح أي أن تكون محلا للخلع أو في عدة طلاق رجعي فهي زوجةٌ حُكماً، ووجب أن تكون كاملة الأهلية من بلوغ، وعقل، غير معتوهة، ولا سفيهة، وغيرُ محجور عليها حتى يلزم العِوض، لأن الخلع فيه بذل عوض، لذا استوجب أن تكون ممن يصح تَبَرُعُهَا قادرة على التصرّف في مالها، أما إذا وقع الخلع مع انعدام أهلية التصرف فاختلف الفقهاء في تفاصيلها.

لم يذكر قانون الأسرة الجز ائري شروط المخالع والمختلعة.

الفرع الثالث : بدل الخلع

بدل الخلع وهو ما تدفعه الزوجة إلى زوجها مقابل حصولها على الخُلع، حسب المادة 14 من قانون الأسرة الجزائرية، وهذا البدل إما أن يكون نقودًا، وأوراق مالية من داخل الوطن، أو من خارج الوطن، أو أشياء مقومة بمال مثل الذهب؛ بشرط أن يكون الشيء موجوداً كما تَنُص المادتان 94 و96 من القانون المدني الجزائري، على أن الشيء مقابل الخُلع يجب أن يكون مُعيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً وغير مُخالف للنِظام العام والآداب. كم عدة الخُلع؟ اختلف العلماء على عدة المُختلعة في قولين:[٤] المُختلعة تعتد بحيضة واحدة. المُختلعة تعتد بثلاث قروء لعدة المطلقة، وبه قال أبو حنيفة، ومالك بن أنس، والشافعي، وأحمد بن حنبل.

المبحث الثاني: آثار انحلال الزواج

المطلب الأول: العدة

أحكام العدة في الإسلام تتضمن حِكماً ربانية، ترمي لتحقيق أهداف متعددة منها معالجتها لجانب روحي للرابطة الزوجية، من خلال صيانة مشاعر الزوجين لإظهار مدى إخلاص الزوجة لزوجها، وجانب مادي يتمثل في حفظ الأنساب من الاختلاط، بانتظار مدة معينة تتحقق فيها براءة رحم الزوجة، درءا لفساد كبير قد يصيب المجتمع والأمة، وقد أحاطت الشريعة الإسلامية العدة بضوابط، تجعل منها فترة محظور فيها على الزوجة المعتدّة الخروج والخطبة، اتقاء للفتنة وسدّا لباب الفساد والشبهة.

تطرّق قانون الأسرة الجزائري لمسألة العدة في نصوص قانونية، وسأتطرق في فرع أول ماهية العدة أتعرض فيه إلى تعريف العدة في الفقه، والقانون، ثم مشروعيتها، والحكمة منها، وأنواعها،

الفرع الأول: ماهية العدة

للتعرّض لماهية العدة سأتناول تعريفها، ثم مشروعيتها في القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والاجماع، ثم الحكمة منها، بعدها أتطرق إلى أنواع العِدد.

أولا: تعريف العدة

لتبيان معنى العدة سأتعرض لتعريفها في اللغة، والاصطلاح، والقانون.

أ- العدة في اللغة: العدة من العدّ وهو الإحصاء، وعددت الشيء أي أحصيته، وعدة المرأة هي حساب المرأة أيام أقرائها.

ب- العدة في الاصطلاح: العدة هي مدة زمنية معلومة تتربص بها المرأة بعد الطلاق والوفاة، كبيّنة على براءة رحمها.

ج- في القانون: بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري خصّ العدة بنصوص قانونية، إلا أنه لم يتعرّض لتعريفها، واكتفى بتبيان أنواعها، وأحقية السكن مدة العدة للمتوفى عنها زوجها، وذلك من خلال المواد: 58 إلى 61 من القانون،

ثانيا: مشروعية العدة

كل زوجة فارقها زوجها بوفاة أو طلاق، واجبة عليها العدة ، ودليل ذلك من الكتاب، والسنة، والاجماع.

أ- في القرآن الكريم: جاءت عدة آيات تنصّ على العدة منها:

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ﴾ [71]، ووجه الاستدلال أن الله أوجب في الآية على المطلقة العدّة وربطها بالحيض، ويُقصد بذلك المطلّقات المدخول بهن، غير الحامل واليائس من المحيض البالغة، والمعلوم أن غير المدخول بهن لا عدة عليهن.

ب- السنة النبوية الشريفة: أما في السنة النبوية فقد وردت العديد من الأحاديث بخصوص العدة منها:

- حديث "مالك، عن نافع؛ أن عبد الله بن عمر، طلق امرأته، وهي حائض، على عهد النبي صلى الله عليه

(71) سورة البقرة، الآية 228.

وسلم. فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن ذلك. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مره فليراجعها، 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"، ووجه الاستدلال من الحديث أن الزوجة المطلقة لا يفارُقها زوجها حتى تعتدّ وترى الطهر، ثم تنتظر الحيضة فتحيض، ثم تطهر، ثم إن أراد طلّقها قبل جِماعها وإن لم يُرد أمسك، وهي العدّة التي أنزلها الله وأمر أن تطلّق لها المرأة.

ج- الإجماع: وقد أجمع علماء الأمة على وجوب العدة، مع اختلافهم في بعض تفاصيلها.

ثالثا: الحكمة من العدة

تتجلى الحكمة من العدة في مظاهر أذكر منها:

- أُوجِبت العدة من الطلاق أو الوفاة أو الفسخ للتأكد من براءة الرحم، ومخافة اختلاط الأنساب، فقد جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره"[72].

- هي مدة للتعبّد وحق لله، وقد عُرفت بأنها مدة تتربص فيها المرأة للتعبّد، لبراءة الرحم والإحداد.

- فرصة للزوجين في الطلاق الرجعي، بعد تجربة فراق، قد يندم الزوج على ما فرط من سوء العشرة فيتراجعا لأن السبب في الفُرقة قد تكون نزعة غضب عابرة سرعان ما تزول، وهو ما عبّر عنه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾[73].

- أما في عدة الوفاة فهي دليل على وفاء الزوجة لزوجها وحزنها وإحدادها عليه، فهي التي عاشت معه مدة من الزمن في سكينة ومودة ورحمة، وكذلك مواساة لأهل الزوج وتعبيرها عن وقوفها إلى جانبهم في مصابهم.

- من حكمها تثبيت نسب الأولاد وإلحاقهم بآبائهم.

رابعا: أنواع العِدد

للعدة أنواع مختلفة شرعها الله لكل حالة من حالات الفرقة بين الزوجين، لحكمة يعلمها الخالق، وتنقسم إلى ثلاثة أنواع عدة بالقروء، وعدة بالأشهر، وعدة بوضع الحمل.

❶ **- العدة بالقروء:** القرء في اللغة: هو الحيض ويجمع(أقراء) مثل أفراخ و (قروء) مثل فلوس، والقرء كذلك الطهر **وهو من الأضداد، فهو يصلح للطهر والحيض،**

وهي عدة الزّوجة المدخول بها غير الحامل"الحائل" ثلاثة قروء، بنص الآية في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوَءٍ﴾[74]، وتخصيص الآية أخرج غير المدخول بها، والحامل والصغيرة والآيسة من المحيض، وتختلف باختلاف مفهوم القرء فعند من اعتبر القُرء "طهر" فهي ثلاثة أطهار تتخللها حيضتان، وعند الفقهاء الذين اعتبروا القُرء "حيض" فهي ثلاث حيضات.

---

(72) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، جماع أبواب عدة المدخول بها، باب استبراء من ملك الأمة، حديث رقم 15588، ج7، ص738.

(73) سورة الطلاق، الآية 01.

(74) سورة البقرة، الآية 228.

- **اختلاف الفقهاء في القرء:** اختلف الفقهاء في كون القرء هل هو حيض أو طُهر، وهذا الاختلاف ليس نابعاً من الجانب اللغوي من كون القُرء من الأسماء المشتركة التي تحتمل الحيض والطهر في نفس الوقت، بل نابع من أن كلّ فريق من الفقهاء اختار قولا، واحتجّ له من جهة المعنى:

1- القول الأول: القُرء هو الطُهر، وهو ما ذهب إليه المالكية ، والشافعية، ورواية لأحمد ، والظاهرية، وهو قول لعائشة وزيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم.

ودليلهم في ذلك : - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [75]، ووجه الاستدلال من الآية أن طلاق النساء يكون في زمن العدة، وهو الطُهر، لأن الطلاق في الحيض محرّم، وقد أُعْتُرض على هذا الاستدلال لأن الطلاق لا يمكن أن يكون في العدة بل يسبقها، وهي مترتبة عليه، فلا يصح أن تسبق العدة وقوع الطلاق، و"اللام" في الآية لام اختصاص، وهي اختصاص الفعل في زمن معين، مثال ذلك كأن تقول صنعت معروفا لغُرة شهر محرم يعني في بداية شهر محرم، وبالتالي فالآية تنص: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ أي في وقت استقبال عدتهن.

2- القول الثاني: القرء هو الحيض، وهو ما قال به الحنفية، والحنابلة في المشهور عنهم، ومن الصحابة أبوبكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود، وأبي موسى الأشعري ش، وجمع كثير من الصحابة والتابعين، ودليلهم في ذلك: قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ ﴾ [76]، ووجه الدلالة من الآية وجوب اعتداد المرأة بثلاثة حيض كاملة، لأن من قال أنها الأطهار لم يوجب الثلاثة، فقط يكتفي بطهرين اثنين وبعض الثالث، ولأن طلاق السنة محدده طلاق الرجل زوجته في طهر لم يمسها فيه، فكان هذا الاستنباط مخالف لظاهر النص، ومن جعل القُرء حيض أوجبها ثلاثة كاملة، فيكون مسار استنباطه موافقا لظاهر النص، وهو الصحيح ، وقد أجيب على دليلهم أن في اللغة يطلق اسم الثلاث على الاثنين وبعض الثالث، وذلك في قوله تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ﴾ [77]، وهما شهران؛ شوال وذو القعدة، وبعض من الثالث وهو ذو الحجة، فكذلك ههنا جاز أن تُحمل هذه الثلاثة على الطهرين وبعض الطهر.

- ❖ ظاهر الخلاف بين القولين في الاستدلال بهذه الآية أن من قال أنها الأطهار، تنقضي عدتها وتحل للأزواج بدخول الحيضة الثالثة (الحساب من الطهر الذي طلقها فيه)، أما من قال أنها الحيض لا تحل للأزواج إلا بانقضاء الحيضة الثالثة.

❷ - العدة بالأشهر:

أصل العدة بالأشهر، هو ما نصت عليه الآية الكريمة في صنف من النساء، قال تعالى: ﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [78]، ووجه الاستدلال من الآية أن عدة المرأة الآيسة من المحيض إن شككتم ولم تدروا ما عدتها، فعدتها ثلاثة أشهر، ونفس الحكم للشابة الصغيرة

---

(75) سورة الطلاق، الآية 01.

(76) سورة البقرة، الآية 228.

(77) سورة البقرة، الآية 197.

(78) سورة الطلاق، الآية 04.

التي لم تر الحيض، يُضاف إلى الصنفين المذكورين آنفا، عدة الوفاة لغير الحامل، بالرغم من أنها أكثر منهما مدة لكنها تصنف عدة بالأشهر، وحساب العدة يكون بالأشهر القمرية(الهجرية)، وليست بالأشهر الشمسية (الميلادية)، و اللواتي عدتهن بالأشهر هن :

أ- عدة الآيسة والصغيرة التي لم تحض:

هي عدة تكون بدلا عن الحيض فتحسب بالأشهر، وسبب وجوبها الطلاق، أما شروط وجوبها هو الصغر أو الكبر أو عدم حيض للصغيرة والكبيرة، ويضاف الدخول الحقيقي إلى شروطها وهي تنقسم إلى:

1- عدة الآيسة: الآيسة هي المرأة التي بلغت سن ينقطع عنها المحيض، بحيث تصل إلى سن لا يمكنها فيه الحمل ولا الولادة، ويسمى حينئذ سن اليأس[79]، واتفق الفقهاء على أن عدة المرأة الآيسة ثلاثة أشهر، وهو ما نصت عليه صراحة الآية سالفة الذكر.

2- عدة الصغيرة التي لم تحض:

البنت الصغيرة غير بالغة سن الحيض، قُدّر سنُّها عند جمهور الفقهاء من غير الشافعية بحد أدنى هو تسع سنين، وإن رأت الدم فهو فاسد، واختلف الفقهاء في بعض تفاصيل حُكم عدتها .

ب- عدة الوفاة لغير الحامل:

هي نوع من العدّة يجب أصلا بنفسه، معناه أنها ليست بديلا عن الحيض، وإنما أُوجبت بالنص القرآني الصريح، وقد اتفق الفقهاء على أن عدة المتوفى عنها زوجها وهي غير حامل أربعة أشهر وعشر ليال بأيامها من تاريخ الوفاة، وقد استثنيت الحامل من هذا التخصيص لوجود أدلة أخرى تخص عدتها، والأصل في وجوبها:

- **من القرآن الكريم:** قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [80].

- **من السنة النبوية الشريفة:** أما من السنة فقد استدل الفقهاء بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا"، ووجه الدلالة من الحديث، أن المرأة تعتد من وفاة الزوج أربعة أشهر وعشر، والاحداد بتجنب الزينة والطِيب مدة عدتها.

ج- عدة من أرتفع عنها الحيض(المرتابة) بسبب أو دون سبب:

المرتابة أو المتحيّرة هي المرأة التي ارتفع حيضها، يعني التي كانت تحيض بشكل عادي ثم انقطع حيضها، ويمكن أن يكون بسبب معلوم أو دون سبب معلوم.

ج-1- عدة المرتابة بسبب معلوم: إن المطلقة إذا ارتفع حيضها، وعرفت ما رَفَعَهُ من رضاع أو علة أو نفاس، فعليها الانتظار حتى يزول السبب ويعود لها الدم وإن طال الزمن، حتى بلوغها سن اليأس فتعتد حينئذ عدة الآيسات ثلاثة أشهر، هذا ما قال به جمهور الفقهاء من حنفية، وشافعية، وحنابلة في الصحيح، أما عند

---

(79)سن اليأس هو مرحلة تمر بها المرأة في متوسط عمرها، وتتميز بتغيرات نفسية وفيسيولوجية، قد يصاحبها انفعالات وتوترات وقلق، وتصاحبه انخفاض في الدورة الشهرية إلى غاية انقطاعها .

(80) سورة البقرة، الآية 234.

المالكية ففي المرضِع فقط ، لأن الإرضاع هو السبب الذي جعل الحيض يتأخر، فلو فطمت الطفل رجع لها الحيض، ولو تأخّر الحيض بعد فطامه سنة خرجت من العدة، وأصبح بإمكانها النكاح

ج-2- عدة المرتابة بسبب غير معلوم: المرتابة بسبب غير معلوم، من جاءها الحيض ولو مرّة، لكنه ارتفع عند الطلاق من غير سبب (لا مرض ولا نفاس ولا رضاع)، واختلف الفقهاء في حُكمها على النحو التالي:

القول الأول: وهو ما قال به المالكية، والشافعي ، والحنابلة ،أن المرتابة من غير سبب معروف تنقضي عدتها بسنة حيث تتربص تسعة أشهر وهي مدة الحمل، لأن مدة الحمل في الغالب لا تزيد عن هذه المدة، ثم تعتدّ بثلاثة أشهر عدة الآيسات، وبانقضاء المدّة تكون سنة تنقضي بها العدة.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية، والشافعي، أن المرأة إن حاضت حيضة أو حيضتين ثم طُلقت وارتفع حيضها، فتنتظر الحيض وإلا تبقى حتى سن اليأس فتعتد بالأشهر.

مع التطوّر التكنولوجي في المجال الطبي فليس من الممكن أن تظل المطلّقة في عدةٍ مدة طويلة(سنة كاملة)، فمن السهل معرفة حملها من عدمه، ويكفيها فقط أن تعتد ثلاثة أشهر عدة طلاق إن اكتشفت أنها غير حامل، وإن تبين حملها فعدتها وضعه.

❸ - عدة الحامل:

إلى جانب العدة بالقروء والعدة بالأشهر، يوجد نوع ثالث من أنواع العدّة، وهو العدّة بوضع الحمل للحامل، على ما جاء في النص القرآني في قوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْراً﴾[81]، وقد اتفق الفقهاء على أن عدة كل من الحامل المطلّقة والحامل المتوفى عنها زوجها وضعُ حَمْلِهَا ولو بعد مدة وجيزة من الطلاق أو الوفاة.

أ- الدليل على عدة الحامل:

- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[82]، ووجه الاستدلال من الآية أنها جاءت عامة في المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن، فمتى كانت إحداهن حاملا فعدتها تنتهي وضع حملها .

(81) سورة الطلاق، الآية 04.

(82) سورة الطلاق، الآية 04.

المطلب الثاني : الحضانة

من الآثار الشرعية والقانونية لانحلال الزواج الحضانة، وهي أن تسند رعاية الأبناء لأحد الأبوين المحكوم له، أي الأقدر والأكفأ على الاعتناء بهم والقيام بمصالحهم، فالحضانة حق مرتبط بالأبناء، بهدف حفظهم، وصيانتهم، وتربيتهم تربية سوية، وسليمة، وتأديبهم وحفظا لتعليمهم، خوفا على ضياعهم نتيجة انفصال الأبوين، والحضانة مسؤولية ملقاة على عاتق الحاضن، من خلالها نضمن تنشئة أخلاقية، وصحية، ودراسية قويمة تصل بالمحضون إلى برِّ الأمان، سأتطرق في فرع أول إلى ماهية الحضانة من مفهوم، وحُكم، ومشروعيةُ وفي فرع ثان تحديد لمراتب الحاضنين في الفقه والقانون، وشروط الحاضن في فرع ثالث ، وحق الزيارة في فرع رابع.

الفرع الأول: ماهية الحضانة

للتطرق لماهية الحضانة وجب عرض تعريفها، ثم طبيعتها كحق للطفل أو حق للحاضن، ثم إلى حكمها، وسندها الشرعي في الكتاب والسنة.

أولا: تعريف الحضانة

سأتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الحضانة في اللغة، والاصطلاح، والقانون.

أ- الحضانة في اللغة: الحضانة من فعل حضن وحفظ الشيء وصانه، منها حضن الطائر بيضه أي ضمه تحت جناحه.

ب- الحضانة في الاصطلاح: أنها تربية الطفل الصغير الذي لا يستطيع تدبير شؤونه بنفسه، والاهتمام به ورعايته وحفظه مما قد يهلكه أو يضره إلى غاية البلوغ، وأُوكل أمر رعايته في طفولته لأمه لأنها هي من تحسن تربيته ورعايته.

ج- الحضانة في القانون: جاء تعريف الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، ويلاحظ على التعريف أنه احتوى على أهداف الحضانة وأسبابها فهو ليس مجرد تعريف بسيط، بل يعتبر من التعاريف المميّزة التي اشتملت على كثير من حاجيات المحضون من رعاية، وتربية، وصحة، وحماية، وحفظ خلق.

ثانيا : حُكم الحضانة وسندها الشرعي

أ- حُكم الحضانة: لأهمية الحضانة اجتهد الفقهاء في تبيان حُكمها واختلفوا فمنهم من رآها:

1- فرض عين: وهو الوجوب وهو ما قال به الحنفية، والحنابلة، ودليلهم أن الحضانة حق للولد وبالتالي لا حق للأم التنازل عنها لأنه يهلك بتركه، يقول ابن همام : "واختاره أبو الليث والهندواني من مشايخنا لأن ذلك حق الولد، قال تعالى {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين}[83] والمراد الأمر وهو الوجوب".

(83) سورة البقرة، الآية 233.

2- فرض كفاية: وهو أن الحضانة فرض كفاية، إذا ما ألتزم به أحد سقط عن الباقين، إلا في حَوْلَي الرضاع فهو فرض عين على الأم لاحتياجه لرضاعها، وهو ما قال به المالكية، والشافعية.

ب- السند الشرعي للحضانة: الحضانة بالمفاهيم المذكورة آنفا تجد مشروعيتها في الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة.

1- القرآن الكريم: وردت عدة آيات في القرآن الكريم تحُضّ على العناية بالطفل وتربيته والقيام بمصالحه المادية والمعنوية.

- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ [84]، ووجه الاستدلال من الآية أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الفطام، وبيّنت الآية كيفية التعامل بين الأزواج من المعاشرة بالمعروف وتربية الأطفال، لأن أحكام الرضاعة من أحكام البيوت.

2- السنة النبوية الشريفة:

1- عن: "عبد الله بن عمرو، أن امرأة، قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي"[85]، ووجه الدلالة من الحديث، أن الأم أحق بحضانة ولدها من غيرها، وفيه دليل آخر على أن الأم لها أولوية الحضانة من الأب، ما لم يقم مانع من ذلك بالزواج، وهو دليل من الأدلة الواضحة البيّنة على مشروعية الحضانة.

ثالثا- الاجماع: أجمع علماء الأمة على أنه إن حدث طلاق بين الزوجين، ولهما ولد فأمه أحق بحضانته، ونُقل الاجماع على ذلك.

الفرع الثاني: مراتب أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 64 المعدلة على : "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.."، وكان قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل واضعا ترتيبا آخر، حيث نصت المادة السابقة: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة..."،

من خلال تحليل النص القانوني، يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

أ- أول ما يلاحظ على نص المادة أنه بعد التعديل غيّر قانون الأسرة الجزائري مرتبة الحاضنين، فبعد أن كان الأب في المرتبة الرابعة تم تقديمه ليصبح في المرتبة الثانية، وتقهقرت مرتبة الجدة لأم للمرتبة الثالثة، بعد أن كانت الثانية بعد ابنتها، وتم تقديم الجدة لأب مرتبة، بعد أن كانت في الخامسة أصبحت في المرتبة الرابعة

([84]) سورة البقرة، الآية 233.

([85]) أخرجة البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته، حديث رقم 15763، ج8، ص7.

بعد الجدة لأم، والخالة تغيّرت مرتبتها بعد أن كانت في المرتبة الثالثة، أصبحت في المرتبة الخامسة، ويعود سبب تغيير مراتب الحاضنين إلى المشاكل العملية التي صاحبت إسناد الحضانة في حال انعدام الأم إلى الجدة وإلى طبيعة المجتمع الجزائري في معيشته، فأكثر الأزواج يقيمون مع والدي الزوج وبالتالي تكون علاقته بجدته لأمه وأبيه وطيدة، وتقديم جهة النساء على جهة الرجال في الحضانة هو توجه شرعي أقرّه الفقهاء، من خلال أحقية الأم في الحضانة، وبعدها أمها.

لعل توجّه قانون الأسرة الجزائري في جعل الأب في المرتبة الثانية قبل أم الأم، قد يفسّر هو المشاكل العملية التي نتجت على اسناد الولد إلى خالته مثلا عند انعدام الجدة لأم حسب النص قبل التعديل، والولد في حاجة ماسّة لأبيه ماديا ومعنويا.

ب- وضع مصلحة المحضون فوق كل اعتبار للترتيب المنصوص عليه في المادة 64 المعدلة، فقد يضطر القاضي إلى إسناد الحضانة إلى من هو أدنى مرتبة عمن هو أعلى، ومثال ذلك كإسناد الحضانة للخالة عوض الأم أو الأب أو الجدة، التي تكون أصلح للمحضون وأشفق وأكثر عناية به.

الفرع الثالث : شروط الحاضن

بهدف حماية المحضون وتربيته تربية سوية، وجب أن تتوفر في الحاضن شروطا من خلالها يمكن أن يقوم بممارسة الحضانة على أكمل وجه، وقد اشترط الفقه الإسلامي شروطا في الحاضن، سأوردها مع تبيان ذلك في قانون الأسرة الجزائري.

أولا- شروط الحاضن في الفقه الإسلامي:

الهدف من الحضانة حفظ المحضون وصيانته، وهذا لا يمكن أن يتحقق حتى يكون الحاضن أو الحاضنة أهلا لذلك، لذا أقرت الشريعة شروطا في الحاضنة أو الحاضن، يمكن تقسيمها إلى قسمين شروط عامة في الرجال والنساء وأخرى خاصة، بكل واحد منهما .

أ- الشروط العامة: تتمثل في البلوغ والعقل، والرشد، والأمانة، والقدرة، والإسلام، وتفصيلها كالتالي:

1- البلوغ والعقل: هو شرط متفق عليه عند الفقهاء، من أن يكون المكلّف بالحضانة بالغا عاقلا، فلا يمكن أن تسند الحضانة إلى صبي ولو كان مميزا، كونه عاجزا حتى على رعاية نفسه، ولا إلى مجنون، ولا معتوه لأن هؤلاء عاجزين عن القيام بشؤونهم.

2- الرشد: هو شرط انفرد به المالكية، والشافعية، فلا يمكن أن يكون الحاضن سفيها لأنه لا يصون مال المحضون فيتلفه.

3- الأمانة والأخلاق: وجب أن يكون الحاضن أمينا غير فاسق ذو عدالة ظاهرة، وقد اتفق الفقهاء على أن فسق الحاضن وفجوره سبب مُسقط للحضانة كالسكّير مثلا، لأن بقاء المحضون معه قد يتسبب في فساد أخلاقه وتربيته، إلا أن بعض متأخري الحنفية لم يشترطوا الأمانة في حضانة الولد يقول ابن القيم: في ذلك: "ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم(...) ولو كان الفسق ينافي الحضانة لكان من زنى أو شرب خمرا أو أتى كبيرة فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره"، لكن الراجح أن الأمانة والعدالة الظاهرة شرط في الحاضن ولا حضانة لفاسق فاسد الأخلاق.

4- القدرة على الحضانة: الحضانة جُعلت للقيام بشؤون المحضون والعناية به، وتربيته ورعاية مصالحه، وهذا يتنافى مع عدم القدرة على ذلك ومن المسلّم به اشتراط ذلك، فإذا كانت الحاضنة أو الحاضن عاجزا عن مباشرة الحضانة بسبب الكِبَر أو المرض، وزاد بعض الفقهاء الصمم والخرس، إلا إذا كان مع الحاضن العاجز من يقوم بخدمته تحت رأيه ومشورته باستثناء العمى، ولا يمكن كذلك أن يباشر الحضانة من كان مريضا مرضا مضرا بالمحضون ضررا ماديا أو معنويا، ومن أمثلة الأمراض الجذام[86] أو الإيدز حديثا، كما لا يُستثنى من ذلك الأمراض النفسية، والأمراض المعدية، وكل ذلك يبقى تحت السلطة التقديرية للقاضي في اسناد الحضانة، والأولى أن تُسند الحضانة لمن هو بعد الحاضن المريض في المرتبة، إلا إذا كان مرضا يرجى شفاؤه في مدة يسيرة فإنه لا حرج في ذلك.

5- الإسلام: اشترط بعض فقهاء المالكية ، والشافعية، والحنابلة، عدم ثبوت الحضانة لكافر على مسلم لأن الحضانة ولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم، ويقول ابن القيم : أن لا حضانة لكافر على مسلم من جهتين: **الأولى:** الحاضن حريص على نشأة المحضون على دينه، فيربيه عليه، فإذا كبُر وعقُل فمن الصعب تحويله على ما جُبل عليه، فعن : "أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه..." [87]، وإن رُد على أن الحديث جاء في الوالدين خاصة، فالردُ يكون أن: "الحديث خرج مخرج الغالب، إذ الغالب المعتاد نشوء الطفل بين أبويه، فإن فُقِد الأبوان أو أحدهما قام وليُّ الطِّفل من أقاربه مقامَهما".

أما الثانية: هو : "أن الله سبحانه قطع الموالاة بين المسلمين والكفار، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم من بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالاة التي قطعها الله بين الفريقين" .

أما المشهور عند المالكية، والحنفية)، فلا يشترطون الإسلام في الحاضنة الأنثى، وزاد الحنفية إلا أن تكون مرتدّة فلا حضانة لها، لأنها تُحبس وبحبسها يتضرر المحضون، أما حضانة الكتابية فهي كالمسلمة ثابتة إذا كان الصبي صغيرا ولا يعقل الدين، وإن كان يعقل الدين أو بلغ سن التمييز وخشي عليه أن تُعلمه دينها، نُزع منها ولو كانت أمه، والظاهرية كذلك أوجبوا الحضانة للكافرة حال صغر المحضون، فإذا بلغ سن الاستغناء فلا حضانة لها.

ب- الشروط الخاصة: وتنقسم الشروط الخاصة بالحاضن، إلى شروط خاصة بالنساء، وشروط خاصة بالرجال.

1- شروط خاصة بالنساء:

1-1- أن تكون الحاضنة من محارم المحضون الذكر، وهم أمه وأخته وجدته، ولا تثبت لابنة العم والعمة، وبنات الخال والخالة، لانعدام المحرمية، أما الأنثى فجائز عند الحنفية.

---

(86) الجذام : مرض معد مزمن يتسبب عن عدوى بميكروب يسمى باسيل الجذام، وقد يؤدي إلى تشوهات. انظر محمد نصار وآخرون، الموسوعة العربية الميسرة، المكتبة العصرية، لبنان، ط1، 2010، ج3، 1171.

(87) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، حديث رقم 1385، ج2، ص100.

2-1- لا حق للحاضنة في حضانة ابنها إن تزوجت بأجنبي أو قريب غير محرم، باتفاق الفقهاء، والدليل واضح من حديث رسول الله: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، ومعناه ما لم تكن تزوّجت من ذي رحم محرم للمحضون، فإن تزوجت أجنبيا سقطت نفقتها ، فتُمسِكُ الطفل المحضون عند رجل أجنبي، فيتعرّض لنظرات القسوة والبغض والأذى من زوج أمه، أما إن كان ذو رحم منه كأن تكون الحاضنة خالته وزوجها عم الطفل، فَشفقتُهُ تَحملُهُ على رعايته، ففي هذه الحالة لا يكون تزوّج الحاضنة مسقطا لحقها في الحضانة.

3-1- ألا تمكث الحاضنة بالمحضون في مسكن من يكرهه ويمقتُهُ، كسكنى الجدة لأم الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، فعندئذ تسقط حضانة الجدة ، لأنها قد تتهم بإسناد الحضانة لها من أجل السكنى مع ابنتها أم المحضون.

2- شروط خاصة بالرجال:

2-1- أن يكون الحاضن مَحْرَماً للمحضونة الأنثى، ولا حضانة لابن العم لها إن كانت أقل من سن التمييز لأنه ليس محرما لها، وإن كانت صغيرة جدا ولم تبلغ حد الشهوة، فلا خوف عليها وله حضانتها، وإن كانت مشتهاة قريبة من البلوغ فلا يؤتمن عليها، فتُسند حضانتها لامرأة أمينةٍ باختيار ابن عمها، وهو ما قال به الشافعية والحنابلة، أم الحنفية فيرون أن القاضي يبقيها عند ابن عمها إن لم يكن لها من يحضنها إن كان مؤتمنا عليها، وقد أجاز الشافعية حضانة ابن العم إن كانت معه ابنته أو اخته ثقة، أما عند المالكية فتسقط الحضانة لغير المحرم مطلقاً.

قد ينتفي إشكال المحرمية بإرضاع زوجة الحاضن للبنت المحضونة، أو أمه، أو أخته، أو زوجة أخيه، فيزول الإشكال ويصبح محرما لها، هذا إن كانت رضيعة، أما إن كانت أكبر من سن الرضاع، فتُحَدّدُ مدة الحضانة في هذه الحالة ببلوغ سن الاشتهاء وتسقط الحضانة بعده.

2-2- اشترط المالكية على وجوب أن يكون للحاضن الرجل من أب أو غيره، من يقوم بخدمة الولد المحضون ورعايته من النساء زوجة كانت أو ابنة أو أخت، مُستأجَرَةٌ لذلك أو متبرِعة؛ لأن الرجال لا طاقة لهم ولا صبر على أحوال الأطفال، من تنظيف، وغسل، وعطف، وحنان، فإن لم يكن معه من النساء ممن سبق ذكرهم سقط حقه في الحضانة .

ثانيا- شروط الحاضن في قانون الأسرة الجزائري:

سكت قانون الأسرة الجزائري عن شروط الحاضن ولم يتعرّض لها صراحة، بالرغم من أن الفقرة الثانية من المادة 62 قد نصّت: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"، وبالتالي فالمادة ذكرت توفّر الشروط في الحاضن لكن لم تفصّل فيها.

الفرع الرابع: حق زيارة المحضون

ينشأ حق زيارة المحضون من خلال الحُكم بالحضانة لأحد الأبوين دون الآخر، بهدف بقاء الطرف غير الحاضن على علاقة بالمحضون سواء كان ابنه أو حفيده أو حتى قريبه، لأهمية متابعة غير الحاضن لحال المحضون من تربية، وتعليم، ورعاية، صحة وخلقا، وكذلك لتجنب الجفاء في العلاقة بين المحضون وغير الحاضن، وخوفا من حرمانه من أحد والديه مما يؤثر سلبا على نفسية المحضون وتكوين شخصيته مما قد

يدفعه للانحراف مستقبلا، وقد قرّر قانون الأسرة الجزائري حق الزيارة حتى يسمح للطرف غير الحاضن بالبقاء على اتصال بالمحضون، تلافيا لكل ضرر مادي أو معنوي قد يصيب الولد المحضون عند حاضنه، ولتبيان أحكام زيارة المحضون نستعرض في هذا البند أولا حق الزيارة في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري

أ- حق زيارة المحضون في الفقه الإسلامي: أعطى الفقه تسمية أخرى لزيارة المحضون وهي حق الرؤية، أو رؤية المحضون، واتفق الفقهاء على أن حق الرؤية والزيارة لوالدي المحضون ثابتة، لكن على خلاف في بعض التفاصيل [88]:

- **الحنفية:** لا يحق لأحد الزوجين منع الآخر من رؤية المحضون، وللحاضن إخراج ولده كل يوم حتى يبصره الآخر إن كان قريبا، ولا يجبر الحاضن على إرسال المحضون لمكان إقامة صاحب الحق في الرؤية، بل على هذا الأخير التنقل لرؤية المحضون شرط أن لا يُمنع، ولا تسقط حضانته.

- **المالكية:** إذا كان الابن في حضانة أمه فلا تمنعه من الذهاب لأبيه ليعلّمه، ولا يبيت إلا عندها، على أن يتعهّد الأب بإعانته على طلب العلم وتأديبه، أو تعليمه حرفة يستغني بها، وإن كان المحضون عند الأب فلوالدته الحق في رؤيته في بيتها لتطمئن عليه وتتفقده.

- **الشافعية:** فرّق الشافعية بين الذكر والأنثى في الزيارة، إن كانت الحضانة لأمه فالذكر له زيارة والده ويكون نهارا عنده وليلا عندها، وفي حال العكس وكان عند أبيه فلا يمنعه من زيارة أمه لئلا يكون ساعيا في العقوق وقطع الرحم، ولا يمنع الأب الأم من زيارة أبنائها في بيته، وأن يخْلي لها حجرة، وإن كره أخرجهم إليها، وإن كانت أنثى وعند أمها فلا خروج لها، وتكون عند أمها ليلا ونهارا وله زيارتها في بيتها دون خلوة إن أذن زوجها إن كانت متزوجة، وإن لم يأذن له أُخرجت إليه ليراها، ويتفقد حالها والقيام بتأديبها وتعليمها وتحمّل نفقتها، ويخصص له وقت الزيارة يوماً في الأسبوع لا كل يوم، إلا إن كان بيتها قريباً فله رؤيتها كل يوم.

- **الحنابلة:** نفس الأحكام التي قررها الشافعية، وزاد الحنابلة إن مرض المحضون وكان عند أبيه فلأمه الحق في تمريضه في بيتها، لأنه في حاجة لمن يقوم بشئونه، وإن مرض أحد الوالدين، والولد عند الآخر، فله عيادته ولا يُمنع، لأن المريض عاجز ومشي الولد إلى والده أولى.

المستخلص من قول الفقهاء أنهم اتفقوا على عدم منع كل واحد منهما الآخر من زيارة المحضون إن كانت له الحضانة، ولغير الحاضن استزارة ولده ورؤيته، والزيارة للذكر ليست كالأنثى، فالذكر يكون له الخروج دون الأنثى لسترها، ومكان الزيارة يختلف باختلاف الظروف في البيت أو أي مكان يتفقان عليه، شرط عدم الخلوة وعدم الاضرار بالمحضون.

ب- حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لأحكام حق زيارة المحضون، بشكل مفصّل ودقيق ولم يعرّفه وذكره بشكل مقتضب، وربطه بحق اسناد حضانة المحضون، وهو ما يستنتج من المادة 64 والتي تنص: "...وعلى

([88]) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، المرجع السابق، ج17، ص317. داليا علي أبوبكر علي، رؤية المحضون في حالة تنازع الأبوين، دراسة مقارنة، رسالة تندرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، 2018، ص ص35-36.

القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أ ن يحكم بحق الزيارة"، والمُستنتج من النص القانوني أن قانون الأسرة الجزائري، منح حق الزيارة لمن لم تسند له الحضانة والولاية، وهذا لا يعني انتفاء واجب الطرف الآخر المنزوع الحضانة في رقابة المحضون وتربيته، والقانون الجزائري أعطى حق زيارة المحضون للطرف الثاني غير الحاضن، وهو حق منصوص عليه في التشريعات والنصوص والمواثيق الدولية قبل الوطنية، حيث نصت المادة التاسعة فقرة 3 من اتفاقية حقوق الطفل على: "تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى"[89].

كان لقرارات غرفة شؤون الأسرة في المحكمة العليا الفضل في تحديد مفهوم حق الزيارة، وتبيان معالمه حيث جاء في قرار : "حيث من المعلوم أن المادة 64 من قانون الأسرة أوجبت على القاضي حين يقضي بإسناد حضانة الأبناء إلى أمهم، أن يمنح للأب حق الزيارة بأن يتفقد أبناءه ويراقبهم ويحميهم من أي خطر يراه محدقا بهم، وتتطلب تلك الحماية أن يكون قريبا منهم، وكان على القاضي أن يرتب زيارة مرنة تقتضيها حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه مرة في الأسبوع على الأقل لتعهدهم بما يحتاجون والتعاطف معهم،..."[90]، وهذا القرار فصّل في حق الزيارة من خلال تفقد الأب لأولاده ومتابعة دراستهم، وحمايتهم من كل خطر محدق بهم، سواء من خلال ظروف حضانتهم مع أمهم أو أي خطر خارجي يتهدّدهم مع الحاضنة، وكذلك تطرق القرار لمسألة المرونة في تحديد الزيارة، من خلال الأخذ بعين الاعتبار مكان تواجد المحضون، مقارنة بسكن والده غير الحاضن، وكذلك تحديد زمن الحضانة، من خلال مدة الزيارة وتكرارها في الأسبوع.

يُحسب لقانون الأسرة الجزائري أنه نظم مسألة التدابير المؤقتة حال الاستعجال، من خلال المادة 57 مكرر حيث نصت: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"، وهي مادة تتيح لأحد الزوجين طلب الحكم على وجه الاستعجال، بزيارة المحضون في الفترة الواقعة بين رفع دعوى الفُرقة سواء كانت طلاقا أو تطليقا أو خلعا حتى صدور الحكم النهائي، خوفا على مصلحة المحضون وتأكيدا على الرقابة والمتابعة والحماية خلال مدة سير الدعوى.

([89]) اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني نوفمبر 1989 تاريخ بدء النفاذ: 2 أيلول سبتمبر 1990، انظر موقع اليونيسيف:
https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text تاريخ التصفح : 2021/03/09.

(90)المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 59784، 1990/04/16، م ق، 1991، ع 04، ص 128.