



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي سي الحواس - بركة
معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية
قسم الحقوق



طبيعة المقياس: محاضرة
السنة: الثانية جذع مشترك

المقياس: قانون الأسرة
المستوى: ليسانس

مطبوعة في قانون الأسرة

موجهة لطلبة السنة الثانية جذع مشترك حقوق

إعداد الدكتور
هشام ذبيح

تمهيد لقانون الأسرة

1- مفهوم قانون الأحوال الشخصية: يقصد باصطلاح الأحوال الشخصية (personnel statut) هي الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار قانونية والتزامات معنوية أو مادية، ولم يُعرف الفقه الإسلامي هذه التسمية المستمد من الأنظمة الغربية إلا حديثا حيث أطلق الفقهاء اسم الأحوال الشخصية على نظام الأسرة وأحكامها الحقوقية في مقابل الأحوال المدنية أو العينية التي تحكم علاقة الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته.

فإن المراد باصطلاح الأحوال الشخصية هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات أفراد الأسرة بوصفهم أعضاء في أسرة واحدة تجمعهم علاقات النسب أو المصاهرة فهي مسائل: الزواج والطلاق وآثارهما، والولادة ونتائجها، والأهلية والنيابة الشرعية، وعقود التبرعات، والميراث.

وأول من استعمل مصطلح الأحوال الشخصية في البلاد العربية الفقيه المصري محمد قنديل باشا في أواخر القرن التاسع عشر، الذي وضع مجموعة فقهية سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" ثم كانت المحاولة الثانية من قبل الدولة العثمانية حيث أصدرت قانون حقوق العائلة عام 1917 والذي تضمن أحكام الزواج والطلاق والوصية والأهلية والحجر والميراث والهبة.

ولقد أطلق المشرع الجزائري على قانون رقم 11/84 الصادر في 9 جوان 1984 والمتعلقة بالأحوال الشخصية تسمية "قانون الأسرة"¹ بدلا من التسمية القديمة التقليدية.

2- تطور قانون الأسرة: خضعت الأسرة الجزائرية قبل الإحتلال الفرنسي لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي والمعاملات والأعراف المحلية الوطنية غير أنه ابتداء من سنة 1830 عمدت الإيديولوجية الاستعمارية إلى محاولة يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في منظومة القانون الفرنسي وجعلها تدور في دائرة أحكام قانون نابليون وفلسفته التشريعية خدمة للأغراض الاستعمارية الاستيطانية وذلك بتضييق مجال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية من جهة وتفكيك وحدة وتماسك التشريع الجزائري من جهة أخرى.

أ- المرحلة الاستعمارية:

حارب فقهاء النزعة الاستعمارية الفقه الإسلامي منذ البداية مدعين بأن نظام ديني فقط كالقانون الكنيسي والمسيحي وأنه نظام غير قابل للتطور والحركة ملؤه الجمود والتقليد والوحشية يعتمد على الفلكلور الشعبي والأعراف والأفكار الدينية لا غير وهذا ما قامت بتجسيده على أرض الواقع الغرفة الاستئنافية للمسائل الشرعية في الجزائر العاصمة بتبنيها لسياسة قانونية مكشوفة تهدف إلى القضاء على أحكام الفقه الإسلامي وإحلال محلها أحكام القانون المدني الفرنسي ومن ثمة فرض التبعية القانونية والفرنسية.

¹ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

ونتيجة لمقاومة الشعب الجزائري الباسلة، الذي كان يعتبر الأحوال الشخصية جزء من عقيدته وهويته وأصالته وثقافته وحضارته الإسلامية مما أدى إلى بقاء نظام الأسرة الجزائري أثناء فترة الاحتلال بعيدا عن التدخل الأجنبي يستمد أحكامه ومبادئه وقواعده من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية لا غير.

ب-مرحلة ما بعد الاستقلال:

بعد الاستقلال استمر القضاء وفق قواعد النظام الفرنسي وذلك سداً للفراغ التشريعي والقانوني حتى صدور قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج واثبات العلاقة الزوجية والأوامر الصادر سنة 1966، 1969، 1971 الخاصة بكيفية اثبات الزواج. وقد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الأمر الصادر في 5 جويلية 1973 القوانين الفرنسية ابتداء من 1 جويلية 1971 بعد أن قام بحركة تشريعية وطنية شاملة واسعة النطاق بهدف القضاء على التبعية القانونية وظاهرة الاقتباس من التشريعات الأجنبية .

ومن هنا جاء الأمر رقم 75/58 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل بالقانون 10/05 في 20 جوان 2005 والمتضمن القانون المدني الجزائري والذي يجعل من مادته الأولى الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للقانون الوضعي الجزائري.

ثم أصدر المشرع الجزائري قانون خاص بالأحوال الشخصية سماه بقانون الأسرة تحت رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 والذي تم تعديله سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والذي يحتوي على 224 مادة تنظم أحكام الأسرة، والذي أكد المشرع من خلال المادة 222 أن قانون الأسرة في أساسه مستمد من الشريعة الإسلامية بنصه " كل ما لم يرد في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية" والذي عززه بالمادة 223 التي نصت "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

ثم جاء في المادة 2 من دستور 1996 الصادر في 28 نوفمبر 1996 المعدل مرتين سنة 2002 وسنة 2016 لتنص صراحة دين الدولة الرسمي هو الإسلام، ومن هنا تعتبر أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية.

3-التعريف بمقياس قانون الأسرة

-وحدة سداسية: (س3)

-الحجم الساعي: 22.30 ساعة

-محاضرات: 22.30 ساعة

المعامل: 01

الرصيد: 02

4-محاور مقياس قانون الأسرة

-المحور الأول: الخطبة

-المحور الثاني: الزواج

-المحور الثالث: انحلال الزواج وآثاره.

المحور الأول: الخطبة

يعد الزواج اللبنة الأولى لبناء الأسرة وتكوينها، إلا أن هناك مجموعة من الأحكام لا بد من إتباعها قبل الزواج لإنشائه، فلا بد من خطوة أولى للوصول لإبرام عقد الزواج ألا وهي الخطبة، فمن خلال هذا المحور سنبين المقصود من الخطبة وأهم أحكامها وفق مايلي:

أولاً: تعريف الخطبة:

لغة: خِطْبَةٌ بكسر الخاء طلبها للزواج. ويقال: خطبها إلى أهلها: طلبها منهم للزواج.¹

اصطلاحاً: الخطبة بكسر الخاء هي إظهار الرجل الرغبة في التزوج بإمرأة يحل له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من وليها، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج، ولا ترقى إلى مرتبة العقد.²

فإذا تمت الخطبة بين رجل وامرأة فإنها لا تعدو أن تكون تواعدا متبادلا بينهما على عقد زواجهما في المستقبل، ويجوز للمرأة من الناحية الشرعية أن تكون هي خاطبة للرجل كما خطبة خديجة بنت خويلد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد يكون الخطبة بالتصريح أي بألفاظ تدل صراحة على الرغبة في الخطبة مثل (أريد أن أتزوجك) وقد تكون بالتعريض والتي يستعمل فيها الخاطب جمل يفهم القصد منها الخطبة مثل (أريد أن أتزوج).³

ولقد عرف المشرع الجزائري الخطبة (les fiancailles) في م 5 ق أ بأنها: (الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة)، إلا أن هذا الوعد من نوع خاص فهو غير ملزم، ولا بد من استبعاد م 72 من ق المدني التي تجعل الوعد من الناحية القانونية ملزم بإبرام عقد نهائي في حين أنه ليس من شأن الخطبة الالتزام بإنشاء عقد الزواج، فلا تكون قراءة الفاتحة زواجا، ولا تكون موافقة الفتاة أو وليها على الخطبة مبيحة شيئاً من أغراض الزواج⁴ مما تجعل الخطبة نظاما مستقلا ومتميزا عن الوعد بالتعاقد.

- إقتران الخطبة بالفاتحة:

-تعريف الفاتحة: الفاتحة وهي سورة من سور القرآن الكريم، يقال لها الفاتحة أي فاتحة الكتاب، وبها تفتتح القراءة في الصلوات، ويقال لها أيضاً أم الكتاب⁵، ولها مسميات عديدة.

فيمكن أن تقترن الخطبة بسورة الفاتحة من خلال المادة 6 ق أ وعليه يدخل في حكم الخطبة قراءة سورة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا، وأن هذا الاقتران بين الخطبة والفاتحة لا يعد زواجا بل يبقى وعداً بالزواج.

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط. (ط: 4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية، 2004)، ص 243.

² محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ج 1. (ط: 2؛ د. م: دار شهاب، 1994)، ص 6.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1 (ط: 6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010)، ص 70.

⁴ يمكن إزالت التعارض بين المادة 5 ق الأسرة، والمادة 72 ق المدني بتعريف الخطبة ب (الخطبة تمهيد بالزواج)

⁵ إسماعيل ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج 1. (ط: 11؛ مصر: المكتبة التوقيفية، 2013)، ص 17.

فمجرد قراءة سورة الفاتحة في مرحلة الخطبة لا يعتبر ذلك زواجاً، لأن الفاتحة قصد بها التبرك في مرحلة الخطبة لعل الله يتم بها زواجاً سعيداً، لذا لا يعتبر اقتران الخطبة بالفاتحة زواجاً، فهي ليست ركناً أو شرطاً في العقد¹.

-إقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد:

قد تقترن الخطبة مع الفاتحة في مجلس عقد واحد، فهل هذا يعد زواجاً؟ وهو ما سنعرفه أدناه:
-تعريف مجلس العقد: هو المجلس الذي يتم فيه إجراء العقد وتمامه، ويكون كاملاً إذا توفرت جميع أركان وشروط عقد الزواج المنصوص عنها في المادة 9 والمادة 9 مكرر من قانون الأسرة.
ويتكون مجلس العقد في الفاتحة (العقد الاحتفالي)، وفق أعراف المجتمع الجزائري من وكيلي العروسين وجماعة المسلمين، تحت إشراف وتأطير مؤسسة المسجد، وينعقد هذا الزواج بعد تبادل ممثلي العروسين الرضا بهذا الزواج وتسمية المهر²، ثم يختم إنعقاد الزواج بقراءة سورة الفاتحة والدعاء للعروسين بالخير، بعدها تنطلق الأفراح والاحتفالات، وتوزيع المأكولات والمشروبات على الحاضرين.
فإذا اقترنت الخطبة بالفاتحة وبمجلس العقد يعتبر هذا زواجاً متى توفرت أركان الزواج وشروطه من خلال م6/2 (غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجاً متى توافرت ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في م9 مكرر من هذا القانون).

ثانياً- الطبيعة القانونية للخطبة: الخطبة في الشريعة الإسلامية وعد بالزواج وليست عقداً، وهي لا تبيح لهما اختلاط الأزواج، ولو ألبس لها الخاتم أو قرأ الفاتحة، أو قدم الصداق أو الهدايا³، وهو ما أكده قانون الأسرة الجزائري في م5 ق أ بنصها (الخطبة وعد بالزواج) كما أجازت هذه المادة حق العدول عن الخطبة فإن مجرد الوعد لا ينشأ التزاماً بالزواج بخلاف م71 و72 من ق المدني أن مجرد الوعد ينشأ التزاماً.
فالخطبة من الناحية القانونية، لا تعدو أن تكون مجرد وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج في المستقبل، وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي من أن الخطبة لا تعتبر زواجاً وإنما وعد به فقط، ومن ثمة يستوجب عدم الخلط بين الخطبة وعقد الزواج، وبين المخطوبة والمعقود عليها المطلقة قبل البناء فكل منهما له أحكامه الخاصة⁴.

وبناء على هذا التكييف القانوني، فإن الخطبة ليست عقداً ملزماً وليس لها شئ من أحكامه وآثاره، ولا تعدو أن تكون مقدمة للزواج ووعداً به.

¹ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 23.

² ليلي جمعي، ضبط حقيقة الزواج بالفاتحة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 13، العدد 17، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة وهران، 2012، ص 272

³ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1980، ص 24.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 84.

ثالثاً- العدول عن الخطبة: ذكرنا سابقاً بأن الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معاً، إلا أنه في حال الضرر يترتب أحكام جراء هذا العدول من خلال ما يلي:

1-حكم الضرر المترتب عن العدول¹: قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين مادياً أو معنوياً، ومن الضرر المادي طلب الخاطب من المخطوبة الاستقالة من وظيفتها أو طالب المخطوبة بإعداد سكن في مكان معين وبشكل معين، فهذه التكاليف صاحبة الخطوبة لكنها لا تمنع من العدول، غير أن العدول التعسفي يوجب إلزام العادل بالتعويض، ما تسبب فيه من خسارة الطرف الآخر.

ومن الأضرار المعنوية: خيبة الأمل لدى الطرف الآخر، أو تفويت فرصة خاطب أفضل، ضياع فرصة الزواج بالكلية إذا استمرت الخطبة لفترة طويلة، دون نسيان ما يمس كرامة الطرف الآخر من إثارة الألسنة بالتجريح والتشهير بسمعة المخطوبة نتيجة التردد على بيتها.

وما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في م 5/3² على إمكانية التعويض عن الضرر المادي والمعنوي بقولها (إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض) وجاء في قرار للمحكمة العليا رقم 372290 أنه يحق للمطلقة في حالة الطلاق قبل الدخول بها الحصول على تعويض، من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها"

2- حكم الهدايا عند العدول:

فقها: - ذهب الحنفية إلى أن الهدايا يحق إستردادها إن كانت موجودة، فإن كانت هالكة فليس له استردادها²، أي يرد منها ما كان قائماً ولم يستهلك دون النظر إلى المتسبب في العدول عن الخطبة. -ذهب الشافعية بوجوب رد الهدايا مطلقاً سواء كانت باقية أو هالكة.

-ذهب الحنابلة؛ لا يحق للواهب أن يرجع في هبته، ولا لمهد أن يرجع في هبته، ومعنى ذلك أن الحنابلة يقولون في حالة الرجوع عن الخطبة، لا يحق للخاطب والمخطوبة استرداد الهدايا، لأنها هبة، والهبة لا يجوز الرجوع فيها لغير الأب³.

- ذهب المالكية أنه إذا كان العدول من الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئاً من الهدية، وإن كان العدول من المخطوبة فللخاطب رد جميع ما أهداه فإن تم استهلاكه عليه رد قيمته، وهو الرأي العقلائي لأنه إن كان الخاطب هو العادل فليس من اللائق مضاعفة الم المخطوبة ولعل في ترك الهدايا تخفيفاً من ألمها ومصائبها⁴. قانوناً: وقد سار قانون الأسرة الجزائري على مذهب الإمام مالك من خلال المادة 5 في الفقرتين 4 و 5 ق أ بنصها (لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 101.

² محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت)، ص 153.

³ ابن قدامة، المغنى، تحقيق: عبد الله التركي، ج5. (ط: 1؛ القاهرة: مكتبة الهجر، د. ت)، ص 621.

⁴ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 (د. ط: القاهرة: مطبعة الحلبي، د. ت)، ص 223.

لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من الخطوبة فعلها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته)، وتفصيل ذلك وفق مايلي:

أ-العدول من الخاطب: إذا تراجع الخاطب (الرجل) عن الخطبة، فإنه لا يسترد شيئاً مما أهداه لمخطوبته، وعليه أن يرد للمخطوبة ما أهدته من أشياء لم تستهلك، أو قيمة هذه الأشياء، طالما كان العدول من جانبه¹.
ب-العدول من المخطوبة: وإذا عدلت المخطوبة عن الخطبة (تراجعت عن خطبتها)، فعلها أن ترد للخاطب الأشياء التي أهداها إياها إذا كانت لم تستهلك أو ترد قيمتها².

3- حكم الصداق بعد العدول:

اتفق جمهور الفقهاء على أن الخاطب إذا أعطى للمخطوبة أو ولها شيئاً من المال على اعتبار أنه مهر، أو من المهر، فإن الخاطب يستحقه فيسترده إن كان قائماً، أو يسترد قيمته إن كان هالكاً، أو مستهلكاً³.
ويعد الصداق (la dot) في قانون الأسرة شرط من شروط صحة الزواج بموجب م9 مكرر ق أ وما دام الزواج لم يتم فعلا فلا يحق للمخطوبة الاحتفاظ به تطبيقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب مشروع، وعليه إذا دفع الزوج الصداق حال الخطبة كله أو جزئه فعلى الزوجة رده دون النظر للمتسبب في العدول لأن الصداق لا علاقة له بالخطبة.

وبهذا فالمهر فللزوجة أن يسترده سواء كان قائماً أم هالكاً أم مستهلكاً، وفي حال الهلاك أو الإستهلاك يرجع بقيمته إن كان قيمياً، وبمثله إن كان مثلياً، أيأ كان سبب العدول، من جانب الخاطب أو المخطوبة⁴، غير أنه عند الطلاق قبل البناء (بعد العقد وقبل الدخول) تستحق الزوجة نصف الصداق (م 16 ق أ)
رابعاً: إثبات الخطبة

قبل الفصل في المطالبة بالتعويض يستوجب على قضاة الموضوع التأكد أولاً من قيام الخطبة، بأن تحقق فيها شروط صحتها شرعاً وقانوناً فإن إثبات الخطبة أو نفيها يخضع لتقدير قضاة الموضوع وعلى الشخص الذي يدعي نزاعاً متعلقاً بالهدايا أو الصداق والجهاز ضرورة إثبات الخطبة أولاً بجميع الوسائل بالبينة. القرائن. الصور الفتوغرافية المأخوذة من الأجهزة الحديثة كالكاميرا والهواتف المحمولة والأجهزة الرقمية، وشهادة العيان الذين حضروا الفاتحة، فإن تبين للقاضي حقيقة ذلك يصدر حكم بإثبات الخطبة وبعد إثباتها يمكن المطالبة بالتعويض جراء الضرر الحاصل نتيجة للعدول.

¹ أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري. (د. ط: مصر: دار الكتب القانونية، 2014)، ص 22.

² المرجع والموضع نفسه.

³ أماني علي المتولى، الضوابط الشرعية والقانونية والمشكلات العملية لأنواع الحديثة للزواج والطلاق. (د. ط: القاهرة: دار الكتب الحديثة، 2009)، ص 30.

⁴ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دارالخلدونية، 2007)، ص 42.

المحور الثاني: الزواج

الزواج هو عقد رضائي بين رجل وإمرأة من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ولإنشاء هذا العقد وإعتبراره صحيحاً لابد من توفير مجموعة من الأحكام سنعالجها في هذا المحور وفق ما يلي:

الفصل الأول: تكوين عقد الزواج

إن الزواج يؤدي إلى تكوين الأسرة التي هي البنية الأولى في بناء المجتمع، فصلاح المجتمع من صلاح الأسرة، لذا أهتمت الشريعة الإسلامية به، وأحاطته بسياسات حصين، وسور متين، وحرصت على توثيقه فحدد الأركان والشروط التي لابد منها لصحة عقد الزواج ومن المحافظة على ديمومته وبقائه.

وهو الذي سنتحدث عنه في هذا المحور بمعرفة طريقة تكوين عقد الزواج من خلال أركانه وشروطه، وكذا معرفة الاجراءات الادارية لتوثيق العقد بالاضافة لآثار عقد الزواج كل هذا من خلال قانون الأسرة الجزائري، والتي عالج أحكامها في المواد من المادة 7 إلى غاية المادة 46، وسيتم توضيح ذلك وفق مايلي:

أولاً: الأركان والشروط الموضوعية

بعد انتهاء مرحلة الخطبة والتي تعد تمهيداً لعقد الزواج، تبدأ مرحلة جديدة وهي مرحلة تكوين عقد الزواج، فلقيام عقد الزواج بين زوجين ولكي تصبح علاقتهما الزوجين صحيحة لابد من توفر أركان وشروط لابد من وجودها وجوباً وإلا اعتبرت العلاقة الزوجية معيبة قد يؤدي ذلك إلى بطلانها، وقبل البدئ في الأركان والشروط لابد من معرفة معنى الزواج.

1-تعريف الزواج:

لغة: الرَّوْجُ؛ خلاف الفرد وقيل الاثنين ذكراً وأنثى، ويقال للرجل والمرأة: الرَّوْجَانِ، وزوج المرأة بَعْلُهَا. وَرَوْحُ الرَّجُلِ: امرأته، والرجلُ زَوْجُ المرأة، وهي زَوْجُهُ وزَوْجَتُهُ¹.

اصطلاحاً: الزواج هو مجموع الايجاب والقبول، فلا يكون الزواج بالايجاب وحده من غير قبول، ولا بالقبول من غير إيجاب²، ويكون هذا الايجاب والقبول بين رجل وامرأة، يوجب حل الاستمتاع ببعضهما.

قانوناً: عرف قانون الأسرة عقد الزواج في المادة 4 منه بنصها (الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب).

2-أركان عقد الزواج:

عقد الزواج كغيره من العقود، لابد لوجوده من تحقق أركانه من تحقق أركانه، وهو ركن واحد ذكره قانون الأسرة في المادة 9 بركن التراضي.

¹ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج21 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الأعلي للمطبوعات، 2005)، ص 1884-1885.

² عمر سليمان عبد الله الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. (ط: 4؛ الأردن: دارالنفائس، 2012)، ص 15.

-ركن الرضا: يعتبر عقد الزواج عقداً مدنياً ولكي ينتج آثاره، يجب توافر ركن التراضي بين الزوجين فلا ينعقد الزواج إلا بوجود طرفين أحدهما الزوج والآخر الزوجة على أن تتطابق إرادة كل واحد منهما مع الآخر وهو ما يعبر عنه في الفقه المالكي بركن الصيغة، والتي يراد بها اللفظ الدال على حصول الزواج¹.

لقد وضع المشرع الجزائري لإبرام عقد الزواج ركناً واحداً وهو توفر الرضا المتبادل بين الزوجين، وأخذ المشرع الجزائري هذا الرأي من الأحناف² الذين وضعوا ركناً واحداً وهو الإيجاب والقبول، ويقصد بالرضا هو كل ما يدل على الإيجاب والقبول بين طرفي العلاقة الزوجية، وهو ما نصت عليه المادة 9 من ق أ بنصها (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 4 ق أ بقولها (الزواج عقد رضائي بين رجل وإمرأة).

فإنه بمجرد اقتران القبول بالإيجاب في مجلس واحد يتم عقد الزواج، والإيجاب هو العرض الصادر من أحد الأطراف لإنشاء العلاقة الزوجية، أما القبول فهو الموافقة على هذا الإيجاب الصادر من الطرف الآخر.

-الصيغة اللفظية للتعبير عن الرغبة في الزواج:

ويقصد بالصيغة اللفظ الدال على توافق إرادة كل من الزوجين على الزواج، ويتم انعقاده بلفظ دال على التزويج؛ والإيجاب: هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين دالاً على رضاه بالعقد، أما القبول: هو الكلام الذي يصدر ثانياً من العاقد الآخر دالاً على موافقته ورضاه بما قاله الأول³.

-الصيغة اللفظية فقها: إتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بأحدة لفظي "الزواج" و "النكاح"، وما يشتق منها⁴، وقد زاد المالكية⁵ لفظ "الهبة"، ويرى الأحناف أن التعبير عن الإرادة في الزواج يكون بكل لفظ يفيد معنى الزواج شرعاً.

-الصيغة اللفظية في قانون الأسرة الجزائري: قد أخذ المشرع الجزائري برأي الحنفية في مسألة الصيغة اللفظية في عقد الزواج وهو ظاهر من خلال م10/1 ق أ (يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً) أي أن المشرع لم يتقيد بالألفاظ مخصوصة، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، ومن ثمة إنعقاد الزواج بكل لفظ يدل عليه شرعاً أو عرفاً من غير اشتراط أن يكون ذلك باللغة العربية، وبذلك لا بد أن يسمع المتعاقدان الصيغة الخاصة بالعقد، والجواب "نعم" ويتعين أن يكون الرضا فورياً، واضحاً وجازماً لا لبس فيه ولا غموض، وأن لا يكون مضاف إلى زمن مستقبل.

¹ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط: 1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 2009)، ص 22.

² ابن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج3. (ط: 2؛ لبنان: دار المعرفة، د.ت)، ص 87.

³ جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج. (ط: 1؛ عمان: دار الحامد، 2008)، ص 47-48.

⁴ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3. (ط: 3؛ عمان: دار المعارف، 1975)، ص 83.

⁵ أبي البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، ج2 (د. ط؛ مصر: دار المعارف، 1392هـ)، ص 351.

-انعقاد الزواج بغير الكلام: إذا كان العاقدان حاضرين مجلس العقد، تكون الصيغة بالعبارة الواضحة لأنها أقوى طرق الدلالة¹، ولا يصح العقد بالكتابة أو الإشارة إلا من تعذر عن الكلام من خلال م10 (يكون الرضا... بكل لفظ..)، أما إذا كان المتعاقدان أو أحدهما يعجز عن التعبير (كالمريض والأخرس)، فإنه يصح الإيجاب والقبول بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو شرعاً، كالكتابة أو الإشارة المعلومة، وهو ما نصت عليه م10/2² (ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة و الإشارة).

أما إذا كان الشخص ذو عاهتين، ككونه أصم أبكم، أو أعى أبكم، وتعذر عليه بسبب هاتين العاهتين التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة المختصة أن تعين له مساعداً قضائياً يساعده في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، وهو ما نصت عليه م80 ق المدني.

3-الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج: هناك شروط موضوعية أساسية فرض قانون الأسرة وجودها في عقد زواج صحيح، وهو مانصت عليه المادة 9 - 9 مكرر (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية) الأهلية (م7و9 مكرر) والفحص الطبي(م7مكرر) الصداق(م9مكرر، م15)، والولي (م9 مكرر، م11)، والشاهدين (م9مكرر)، وإنعدام الموانع الشرعية (9 مكرر م23)، ويتم تفصيل ذلك وفق ما يلي:

أولاً: أهلية الزواج

الأهلية لغة: الأهلية للأمر: صلاحيته له².

الأهلية اصطلاحاً: الصلاحية لثبوت الحقوق واستعمالها ووجوب الالتزامات ووفائها³.

أ-موقف الفقه الإسلامي: لم يحدد الفقهاء القدامى بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية المرأة والرجل قصد الزواج، وقالوا هي تظهر طبيعياً بعلامات توجد في الرجل كالاحتلام، والمرأة كالحيض ورغم هذا قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكر والأنثى، وقال المالكية إلى نهاية ثمانية عشر عاماً في الفتى والفتاة، وقال الحنفية الثامن عشر للذكر والسابع عشر للأنثى⁴.

ب-أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

1-الأصل في أهلية الزواج: نعني بأهلية الزواج هي صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، وقد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محدد بسن 21 سنة للرجل 18 للمرأة، وتم تعديل النص القانون وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين وقد حددته المادة 7 ق أ وهو 19 سنة بنصها (تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..)، وهو في ذات الوقت سن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 40 ق المدني.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 143.

² مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 32.

³ عيسى حداد، عقد الزواج. (د. ط: عناية: منشورات جامعة باجي مختار، 2006)، ص 28.

⁴ الشيخ عبد السميع الآلي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل. (ط: 2؛ لبنان: دار الفكر، 1995)، ص 97.

2-الإذن القضائي بزواج القصر (الإستثناء في أهلية الزواج): الأصل أن الرجل والمرأة لا يمكنها الزواج إلا بعد بلوغ سن الرشد القانوني وهو 19 سنة كاملة غير أن المشرع أجاز للقاضي (رئيس المحكمة) أن يرخص بالزواج قبل ذلك السن متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج وتوفرت لديه مبررات مقبولة وقوية، كالخوف من الوقوع في الزنا أو الإنزلاق إلى الفساد، وكل ذلك يخضع للسلطة التقديرية للقاضي. ومعنى ذلك أنه يشترط لإمكانية إبرام عقد زواج الفتيان والفتيات أن يبلغ كل منهما 19 سنة فما فوق، وإذا رغب أو رغب وليه في تزويجه ولم يبلغ أحدهما أو كليهما هذه السن فلا يجوز عقد زواجه إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة من رئيس المحكمة تسمح بإبرام عقد هذا الزواج، وأن رئيس المحكمة لا يمكنه منح هذه الرخصة إلا بناء على طلب ولي القاصر أو ممثله القانوني مثل وليه أو وصيه، كما لا يمكن ان يمنح رخصة الإذن بالزواج لمجرد طلبها، وإنما يتعين عليه إلى جانب ذلك أن يتحقق من وجود مصلحة أو ضرورة¹. وهو ما نصت عليه المادة 7 ق أ (... وللقاضي أن يرخص قبل ذلك السن لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على ذلك).

3-الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية: إذا تم الإذن بزواج القصر وفقاً للمادة 7/2 ق أ فإن هذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي في كل ماله علاقة بالزواج وآثاره، أي أن المشرع يكسب الزوج المرشّد الأهلية المدنية في حدود ضيقة، فيجوز للزوجة القاصرة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالنفقة، ويجوز للزوج القاصر رفع دعوى الرجوع ضد زوجته القاصرة...وقد نصت م 7/2 ق أ (يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات).

ثانياً: الصداق

الصداق يعد شرطاً من شروط عقد الزواج نصت عليه المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، فلا بد للزوج أن يدفعه للزوجة لتمام إبرام عقد الزواج، وسيتم توضيحه من خلال ما هو موضح أدناه.

1-تعريف الصداق:

لغةً: الصَّدَقَةُ والصِّدَاقُ والصِّدَاقُ: مَهْرُ الْمَرْأَةِ، وَقَدْ أَصْدَقَ الْمَرْأَةَ حِينَ تَزَوَّجَهَا، أَيَّ جَعَلَ لَهَا صَدَاقًا، وَقِيلَ أَصْدَقَهَا أَيَّ سَخَى لَهَا صَدَاقًا².

اصطلاحاً: هو المال الواجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع، إما بالتسمية أو العقد. قانوناً: عرّف قانون الأسرة الصداق في المادة 14 منه هو " ما يدفع نحلة للمرأة من نقود أو غيرها أو من كل ما هو مباح شرعاً)، وإعتبره قانون الأسرة في المادة 9 مكرر شرط من شروط عقد الزواج، كما يمكن أن يكون الصداق معجلاً أو مؤجلاً وهو مانصت عليه المادة 15 ق. أ (يحدد الصداق في العقد سواء أكان معجلاً أم مؤجلاً).

2-التكييف الشرعي للصداق:

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. (ط: 2، الجزائر: دار هومة، 2009)، ص 26.

² محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج 10، طبعة 1994، ص 2420.

يذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن المهر حكماً من أحكام عقد الزوج، وأثر من آثاره، وليس ركناً من أركان عقد الزواج، ولا شرطاً من شروط صحة العقد¹، وإستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً... ٢٣٦﴾ [البقرة: 236]. أما المالكية فيرون أن الصداق هو ركن من أركان العقد، ومعنى كونه ركناً أنه لا يصح إشتراط إسقاطه، لأنه لا يشترط تسميته عند العقد².

ولقد نص قانون الأسرة في المادة 9 مكرر ق.أ المضافة بالأمر 02/05 على أن الصداق من شروط عقد الزواج، كما قررت المادة 15 ق.أ المعدلة بنفس الأمر " وجوب تسمية الصداق في العقد سواء أكان معجلاً أم مؤجلاً"³، وهو رأي مخالف للمالكية الذين قالوا أنه ركن في عقد الزواج.

3-التكييف القانوني للصداق: نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 9 مكرر على أن الصداق شرطاً من شروط عقد الزواج، كما نص في 15 ق أ على وجوب تسمية الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً، أما في حالة عدم تحديد الصداق تأخذ الزوجة صداق المثل.

-الجزاء المترتب على تخلف شرط الصداق: إذا تخلف الصداق في عقد الزواج فسخ قبل الدخول، أما إذا تم الدخول فتستحق الزوجة مهر المثل، وبذلك أخذ المشرع برأي المالكية في ذلك ويتضح من خلال م33 ق أ (إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل).

5-أنواع الصداق: من خلال مواد قانون الأسرة يتضح أن للمهر أنواع هي كالتالي:

1- المهر المسمى: هو المهر الذي اتفق المتعاقدان على تسميته كثيراً كان أو قليلاً⁴، إذ يحدد في العقد بالتراضي بين الزوجين ويعتبر من جملة الصداق المسمى ما جرى عرف الناس عليه فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ونجد أن المشرع الجزائري أخذ بالمهر المسمى في المادة 15 من قانون الأسرة بنصها " يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً".

2- مهر المثل: هو القدر الذي يرغب به في أمثالها من النساء⁵، أي هو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها في المال والجمال والسن والعقل والدين ويطبق صداق المثل متى لم يحدد في العقد، أو أشتراط في العقد أن يكون بدون صداق وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الأسرة والتي قرنت إستحقاق الزوجة لصداق المثل متى تم الدخول بها بدون صداق.

- مقدار الصداق:

¹ محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج5 (د. ط؛ القاهرة: مطبعة السعادة، د. ت)، ص 62.

² محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية. (د. ط؛ بيروت: مطبعة النهضة، د. ت)، ص 135.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 205.

⁴ عمر سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ص 265.

⁵ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج7 (ط: 1؛ بيروت: المكتب الاسلامي، 1964)، ص 286.

إتفق الفقهاء المسلمين على أن لا حد أعلى للصداق لقوله تعالى: (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتهم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) (النساء20) في حين أنهم لم يتفقوا على الحد الأدنى للصداق فالمالكية ترى الحد الأدنى للصداق هو ربع دينار (1.25 غ ذهب) أما الحنفية فجعلوه عشرة دراهم أما الحنابلة والشافعية فيرون بأنه لا حد أدنى للمهر، ومن المتفق عليه بين الفقهاء على أنه لا ينبغي المغالات في المهور لقول الرسول صل الله عليه وسلم (إِنَّ أَعْظَمَ النِّكَاحِ بَرَكَهٌ أَيْسَرُهُ مَوْوَنَةً) وقوله (إلتمس ولو خاتم من حديد).

أما المشرع الجزائري فلم يحدد لا الحد الأدنى ولا الأعلى للصداق أخذا في ذلك بما ذهب إليه كل من المذهب الشافعي والحنبلي، وهذا الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري كان منطقياً جداً لتماشيه مع جميع طبقات المجتمع الغني والفقير.

-حالات الصداق: من خلال المادة 15 من قانون الاسرة يتضح أن للصداق حالات، كما نجد هذه الحالات لدى الفقهاء فإما أن يكون معجل كلياً أو مؤجل كلياً أو معجل في جزء ومؤجل في الجزء الآخر وتفصيل ذلك كالتالي:

1- الصداق المعجل كلياً: ويقصد بهذه الحالة أن يدفع الصداق كاملاً قبل الدخول أو بعد إبرام عقد الزواج مباشرة وهو ما جاء في نص المادة 15 من قانون الأسرة " ... سواء كان معجلاً...".

2- الصداق المؤجل كلياً: وهو أن يتفق طرفي العقد على أن يؤجل الصداق ما بعد الدخول أو إلى تاريخ محدد وإذا لم يتفق الطرفان على التاريخ فإنه يستحق بعد الطلاق مباشرة أو بعد الوفاة وفقاً لنص المادة 15 " ... أو مؤجلاً ...".

3- الصداق المؤجل في جزء منه والمعجل في الجزء الآخر: وهو الصداق الذي ينطبق على الجزء المعجل منه ما ينطبق على الصداق المعجل كلياً وينطبق على الجزء المؤجل منه ما ينطبق على الصداق المؤجل كلياً.

-حالات استحقاق الصداق:

من خلال قراءة الفقرة الثانية من المادة 15 والمادة 16 يتضح أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية والشافعية في كون أن للصداق ثلاث حالات:

1- حالة إستحقاق كامل الصداق:

أ- الدخول: إذا دخل الرجل بزوجه ووطئها فلها المهر كله إذا طلقها¹، وهذا ما نصت عليه المادة 16 ق أ وذلك بعد إبرام عقد الزواج صحيحاً ثم يتم الدخول بالزوجة، وفي هذه الحالة المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي.

ب- الوفاة: وفقاً لنص المادة 16 ق أ المشرع الجزائري أعطى للزوجة استحقاق كامل الصداق بالوفاة وبعد العقد عليها سواء دخل بها أم لم يدخل بها.

¹ عمر سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ص 266.

2- إستحقاق نصف الصداق: إذ وقع الطلاق قبل الوطاء لزم نصف المهر المسمى¹، إذ نص المشرع الجزائري على حالة إستحقاق الزوجة لنصف الصداق في نص المادة 16 ق أ وهو في حالة الطلاق قبل الدخول والطلاق سواء كان الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة.

3- إستحقاق صداق المثل: تناولها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 15 والمادة 33 من قانون الأسرة وهي حالة واحدة إذا تم الزواج دون ذكر الصداق وتحديده أو تسميته ثم تم الدخول فهنا تستحق الزوجة صداق المثل دون أن يحدد المشرع ما هو صداق المثل وماهي معايير تحديده.

- المنازعة في الصداق وفق قانون الأسرة:

إن المنازعة في الصداق تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 17 من قانون الأسرة والتي قسمت النزاعات على الصداق إلى نزعات قبل الدخول وأخرى بعد الدخول ويمكن تقسيمها إلى حالتين:

1- حالة الخلاف في الصداق قبل الدخول: لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 17 على أنه " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو وريثهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو وريثها مع اليمين... " وما يمكن إستخلاصه من هذه المادة أنه إذا لم يكن هناك دخول وثار نزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن هناك بينة للمدعي أو للمدعى عليه (شهادة الشهود) فالقول هنا للزوجة أو وريثها مع اليمين.

2- حالة الخلاف في الصداق بعد الدخول: لقد نص المشرع الجزائري أيضا على هذه الحالة في نص المادة 17 من قانون الأسرة " ... وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو وريثه مع اليمين " ويعني هذا أنه إذا كان نزاع حول الصداق بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن لأحدهما بينة فهنا القول للزوج أو وريثه مع اليمين.

-حالات سقوط جميع الصداق:

1-إذا كان العقد فاسدا²: إذا فسخ عقد الزواج قبل الدخول لسبب من أسباب الفسخ كأن تكون أخته من الرضاع أو إرتد أحد الزوجين قبل الدخول..)، أو إختلف فيه شرط من شروط العقد وهو ما نص عليه المشرع في م33/2 (إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو وولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه...)

2-إذا وقع الطلاق قبل الدخول ودون إختيار الزوج كأن تبين أن في الزوجة عيبا ، لأن الفرقة معللة والزوج لم يستمتع بزوجته بعد.

¹ عمر سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ص 271.

² المرجع نفسه، ص 272.

ثالثاً: الولي

الولي يعتبر الشرط الثالث من شروط عقد الزواج، من خلال المادة 9 مكرر، والولاية قد شرعت حفاظاً لحقوق الأشخاص ورعاية لمصالحهم من أن تضيع وتهضم، وتفصيل أحكام الولي وفق ما يلي:

1-تعريف الولاية:

-لغة: الولاية في اللغة مصدر كلمة ولي، والولاية عند اللغويين تطلق على المحبة والنصرة وتدبر الأمور على الإمارة وغيرها، فهي بالفتح بمعنى النصرة، وبالكسر بمعنى السلطان والملك¹.

-إصطلاحاً: تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، شاء ذلك الغير أم أبي²، ويقصد بالتنفيذ مباشرة التصرفات بحيث تصبح لازمة³.

-الولاية في الاصطلاح القانوني: لم يرد تعريف خاص بالولاية في قانون الأسرة واكتفي المشرع الإشارة إلى أن الولي شرط من شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر.

2-أقسام الولاية: للولاية تقسيمات باعتبارات مختلفة في الفقه الإسلامي نوجزها كالتالي:

-من حيث شمولها:

1-الولاية العامة: وتشمل ولاية الإمام والسلطان والقاضي.

2-ولاية خاصة: كولاية الأب والوصي والقيم ومتولي الوقف وغيرهم، وهي تثبت من جهتين؛ جهة النسب كالأبوة والبنوة وجهة السبب كالمالك والايصاء والتوكيل.

-من حيث سلطتها:

1-الإختيارية: وهي التي تثبت فيها للولي حق التصرف في شؤون المولى عليه بناء على إختياره ورغبته، وكتزويج الحرة البالغة العاقلة، وكالوكالة التي موضعها توكيل التصرف إلى الغير.

2-الإجبارية: هي التي فرض فيها الشرع أو القضاء أمر التصرف لمصلحة المولى عليه بالنيابة عنه إلى شخص آخر يقوم مقامه، وينعقد فيها قوله جبراً عليه، وهذه الولاية تختلف حسب أصناف النساء وفق مايلي:

أ-البكر الصغيرة: إتفق العلماء على أن لأبيها إجبارها وليس عليه أن يستأذنها.

ب-الثيب الصغيرة: ذهب الشافعية إلى أنه لا ولاية لأحد عليها، إذ لا يجوز لأبيها إجبارها ولا تزوج حتى تبلغ⁴.
وذهب الجمهور إلى أن للأب إجبارها على الزواج⁵.

¹ محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج15، طبعة 1994، ص 407.

² محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 1992)، ص 55.

³ أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. (ط: 1؛ الإسكندرية: مؤسسة الثقافة، د. ت)، ص 265.

⁴ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج3 (لا. ط؛ د. م: دار الفكر، د. ت)، ص 149.

⁵ عبد الله بن محمود الموصللي، المرجع السابق، ص 94.

ج-البكر البالغ: ذهب الجمهور أنه يحق لأبيها إجبارها ويستحب له أن يستأذنها قبل أن يعقد عليها¹، لقول الرسول صل الله عليه وسلم (والبكر تستأذن وإذنها صماتها) وذهب الحنفية أنه لا يجوز لوليها إجبارها ويجب استئذنها.

د-الثيب البالغ: لاختلاف بين الفقهاء في أن الثيب البالغة العاقلة لا يملك أحد تزويجها بغير إذنها²، لقول الرسول صل الله عليه وسلم: (الأيام أحق بنفسها من وليها...) وقوله (ليس للولي مع الثيب أمر) -من حيث تعديتها وعدمه:

1-القاصرة: وهي قدرة العاقد على إنشاء العقد بنفسه وتنفيذ أحكامه³، هي ولاية الشخص على نفسه وماله، وتثبت لكل بالغ عاقل كامل الأهلية، بحيث تحول له مباشرة التصرفات كلها، وسميت قاصرة لأن الأثر فيها لا يتعدى من يتمتع بها مثل سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد.

2-المتعدية: هي التي تخول للشخص التصرف في شؤون غيره ولو جبراً عنه مثل وهي سلطة تزويج الإنسان غيره، وهي نوعان ولاية على النفس وولاية على المال.

والذي يهمننا في الدراسة الولاية على النفس وبالضبط ولاية التزويج.

ويقصد بالولاية في الزواج، هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها وتولي ابرام عقد الزواج.

-شروط الولي: بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا نجد الشروط الواجب توفرها في ولي الزوجة، وتطبيقاً لنص المادة 222 ق.أ والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص في قانون الأسرة نوجز شروط الولي في الفقه الإسلامي⁴ في النقاط التالية:

أ-شروط الولي المتفق عليها:

1-شروط الإسلام: لا ولاية لكافر على مسلم ولا مسلم على كافر، لأن الولاية مبنية على التعصيب في الإرث، ولا توارث مع إختلاف الدين. فلا بد أن يكون الولي مسلم في الولاية فلا يزوج الكافر المسلمة ولا المسلم، لقوله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ ... ٢٨﴾ [آل عمران: 28]، وهذا لأن غير المسلم لا يؤتمن على مصلحة المسلم. فالكافر لا ولاية له على المسلم بحال بإجماع أهل العلم⁵، أما إذا تزوج مسلم كتابية فيجوز أن يكون وليها من ملتها، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي وقول للحنابلة⁶.

¹ محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 (ط: 6؛ لبنان: دار المعرفة، 1982)، ص 5.

² بدر الدين العيني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج 1 (د. ط: مصر: مصطفى الباني الحلبي، دت)، ص 196.

³ جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 207.

⁴ عبد الله بن محمود الموصلي، المرجع السابق، ص 96.

⁵ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 6 (د. ط: القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، د. ت)، ص 472.

⁶ نصر سليمان، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية. (د. ط: الجزائر: دار الهدى، 2002)، ص 112.

2-البلوغ: لا ولاية للصغير على غيره، لأنه لا ولاية له على نفسه، فلا ولاية له على غيره من باب أولى. فيجب أن يكون الولي أهلاً لذلك أي بالغاً عاقلاً، لأن الولاية تثبت لمن يقدر على تحقيق مصالح الغير، أي لا ولاية لمجنون أو معتوه أو صغير في الزواج، لأن هؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم وبالتالي لا ولاية لهم على غيرهم¹، ويكون الشخص كامل الاهلية قانوناً اذا بلغ 19 سنة وفق م40 من القانون المدني.

ب-شروط الولي المختلف فيها:

1-الذكورة: يشترط أن يكون الولي ذكراً لأن المرأة أو المرأة لا يستطيع أن تتولى زواج نفسها وقد نهى الرسول صل الله عليه وسلم عن ذلك لقول (لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها؛ فإن الزانية هي التي تنكح نفسها)، وقد قال بهذا الشرط جمهور الفقهاء، إلا أن الحنفية خالفوا ذلك وقالوا بإمكان المرأة البالغة الراشدة أن تباشر عقد زواجها بنفسها وبدون ولي لها، مع إعطاء الولي حق الاعتراض على الزواج إن كان الزوج غير كفاء.

2-العدالة: والشخص العادل هو الذي لا يرتكب كبائر الذنوب ولا يصغر عن صغائرها، فجمهور الفقهاء يرون أن الفاسق تجوز ولايته في الزواج لأن الفاسق ولي على نفسه ولمن هو في ولايته كما يمكنه ان يتولى أمر العامة، أما الشافعية في قول والحنفية في رواية فإن العدالة شرط في الولي.

-حكم الولي في عقد الزواج:

أولاً: الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي: وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية في عقد الزواج على قولين أساسيين:

-القول الأول: وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة ومفاده أنه ليس للمرأة أن تتولى عقد زواج نفسها أو غيرها، والولي ركن لأدلة أهمها:

-قال تعالى: (وأنكحوا الأيامى² منكم) (النور 32) وقوله: (ولا تُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) (البقرة 212) فالخطاب في النصين موجه للأولياء فكان دليلاً أن الزواج إليهم لا للنساء.

-وقوله صل الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي" ففيه نفي للحقيقة الشرعية للزواج في حالة عدم الولي.

-القول الثاني: وهو قول أبي حنيفة ومفاده أنه يجوز للمرأة العاقلة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها

ويستحب مباشرته من طرف الولي، فهو ليس ركناً في حق المرأة الحرة المكلفة، بل هو شرط في نكاح الصغير

والمجنون³، ومن الأدلة التي تمسكوا بها: قال صل الله عليه وسلم "الأيم أحق بنفسها من وليها"

والملاحظ أن هذه النصوص ليس فيها للحنفية متمسك، فأما الآية فإنها إنما وصفت الحال التي يتبين

متى يجوز للمطلقة ثلاثاً أن تعود لمطلقها، ولم يقصد نسبة التزويج للمرأة كما يتبادر من ظاهره، وأما

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9 (ط: 12؛ دمشق: دار الفكر، د. ت)، ص 698.

² الذين لا أزواج لهم (الحرانث)

³ أبي العباس أحمد بن عمر الديري الشافعي، أحكام الزواج على المذاهب الأربعة، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2007)، ص 118.

الحديث فوجه الدلالة تبين التمييز بين رضا البكر والثيب، فأحقية الأيم تكمن في الرضا في الزواج لا في الولاية.

-الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

يتضح منهج قانون الأسرة في التعامل مع عنصر الولي كما يلي:

1-الطبيعة القانونية للولاية في الزواج: نميز بين حالتين:

أ-قبل التعديل: في القانون رقم 11/84 جعل المشرع الجزائري الولاية ركن في عقد الزواج من خلال م 9 ق أ.
ب-بعد التعديل: نجد أن المشرع الجزائري قد قلل من دور الولي فنزل به من الركن إلى الشرط وجعل الولي شرط من شروط عقد الزواج في م 9 مكرر ، كما أن قبل التعديل نصت المادة 9 (يتولى زواج المرأة ولها) أي دور الولي قبل التعديل كان إيجابيا، أما بعد التعديل أصبح دوره شكلي فقط يتمثل في حضوره مجلس العقد بنص المادة (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها) وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد قلل من المقصد الشرعي الذي وضع من أجله الولي وهو اختيار الرجل الصالح لمولاته.

2- من حيث مباشرة العقد: ميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصرة، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها وهو ما نصت عليه م 11/1¹ "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها ..)، أما بالنسبة للقاصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد وهو ما نصت عليه م 11/2² (...يتولى زواج القصر أولياؤهم).

3-من حيث تحديد الأولياء وترتيبهم: يميز قانون الأسرة بين المرأة الراشدة والقاصرة فبالنسبة للراشدة ليس هناك ترتيب للأولياء وهو ما ورد في م 11/1¹ "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" ومن ثمة فلها أن تختار من تشاء أن يكون ولياً، وهو ما يعاب على المشرع الجزائري بعد التعديل فكيف يعقل أن تتخلى المرأة عن أقاربها وتأتي برجل بعيد عن قرابتها فيتولى زواجها وهذا لم يقله أحد من سلف الأمة ولا من خلفها، ففقهاء المالكية قالوا الأولوية للأقارب فإن لم يوجد فللحاكم ثم لعامة المسلمين كما أن المشرع كان قبل التعديل أفضل بكثير حيث قصر الولاية على الأب أو أحد الأقارب فإن لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له.

كما إستعمل المشرع في م 11 قبل تعديلها حرف الفاء الذي يفيد الترتيب، أما بعد التعديل إستعمل الأداة "أو" التي تفيد التخيير¹ لا الترتيب، وبذلك نجد أن المشرع الجزائري استغنى عن الترتيب الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، أما القاصرة فقد حدد القانون ترتيب الأولياء في الفقرة الثانية من المادة 11 بنصها "...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

¹ بن شوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. (ط: 1؛ الجزائر: دارالخلدونية، 2008). ص 66. (بتصرف).

-موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجماع والاختيار في الزواج: نجد أن المشرع الجزائري قبل التعديل أو بعده لا يجيز ولاية الإجماع بل إختار ولاية الاختيار فقبل التعديل واضح من خلال م12 الملغاة "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته على الزواج" وبعد التعديل واضح في م11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها.."
-أثر تخلف الولي في عقد الزواج: بالرجوع إلى المادة 33/2² من قانون الأسرة الجزائري التي تنص " إذا تم الزواج بدون شاهدان أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل " مما اتضح أن المشرع رتب الفسخ قبل الدخول فإن تم الدخول يصحح العقد بصداق المثل.

رابعاً: الشهود في عقد الزواج

تعتبر شهادة الشهود الشرط الرابع من شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، وتفصيل أحكامها وفق ما يلي:

-تعريف الإشهاد في الزواج:

لغة: الشهادة من الفعل شَهِدَ فهو شاهدٌ، والجمع أشهاد وشهود وشهداء وشهد¹.
إصطلاحاً: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد²، أو هو إخبار شخص بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، ويعد وسيلة من وسائل الإثبات والبيّنات عند حصول التناكر والتجاد.

-الدليل الشرعي للإشهاد: قال الرسول صل الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

-شرط الإشهاد في قانون الأسرة الجزائري: قد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور حيث إشتراط في م9 مكرر لصحة عقد الزواج حضور شاهدين في مجلس العقد أثناء تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين، وبذلك نجد أن المشرع الجزائري ساير رأي جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج ووقته يكون أثناء إبرام عقد الزواج.

-شروط الشهود: نص المشرع الجزائري على الإشهاد في الزواج لكنه لم يحدد الشروط التي يجب أن تتوافر في الشهود حتى تصح شهادتهم وهذا ما يجعلنا ووفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة بالرجوع إلى الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية وفق مايلي:

أولاً: الشروط المتفق عليها

1- العقل: يجب أن يكون الشاهد عاقلاً باعتبار أن الغاية من الشهادة الإعلان والإثبات في حالة الجحود وهذا ما لا يستطيع القيام به المجنون والقاصر الغير مميز.

2- البلوغ: فالصبي الغير البالغ ليس أهلاً للولاية على نفسه وبالتالي من الأجدران لا يكون ولياً على غيره بالشهادة، وسن البلوغ القانوني 19 سنة وفق نص م40 ق م.

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص 239.

² أحمد بن سلامة القليوبي، حاشية القليوبي، ج4. (ط: 1؛ بيروت: دارالكتب العلمية، 1998)، ص 484.

3- العدد: فلا بد من شاهدين اثنين¹، إتفق الفقهاء على عدم صحة عقد الزواج بشاهد واحد استنادا لقوله صل الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدل " واشترطت م9 مكرر شاهدين.

4- الإسلام: إتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجين مسلمين يجب أن يكون الشهود مسلمين لكن إختلفوا في حالة ما إذا كانت الزوجة كتابية فجمهور الفقهاء إشتراطوا أن يكون الشاهدين مسلمين بخلاف الحنفية أجازت أن يكون الشاهدين كتابين من ديانة الزوجية.

5- سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المراد منه: فلا ينعقد النكاح بشهادة الأصم وممن لا يعرف اللغة العربية².

ثانيا: شروط الشهود في الزواج غير المتفق عليها

1- ذكورة الشهود: إعتبرها جمهور الفقهاء المسلمين شرط صحة عقد الزواج، لاتصح شهادة الأنثى مستدلين على رأيهم هذا أنه جرت السنة على أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق في حين الحنفية أجازت شهادة رجل وإمرأتي ، أما فيما يخص التطبيقات القضائية فإن القضاء الجزائري أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في إشتراطهم الذكورة في الشهود وهو ما جسد في القرار الصادر عن محكمة العليا بتاريخ 15 ديسمبر 1988 تحت رقم 43889 الذي جاء فيه " ... والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

2- العدالة: ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه يشترط في الشهود العدالة حتى ولو كانت ظاهرة فقط في حين أبو حنيفة لم يشترطها والقضاء الجزائري من خلال القرار رقم 43889 المذكور أعلاه قد أخذ بما ذهب إليه الجمهور.

3- الحرية: إشتراط جمهور الفقهاء المسلمين الحرية في الشهود وإعتبروا أن شهادة العبد غير صحيحة، وخالفهم في ذلك الحنابلة وأجازوا شهادة العبد مستدلين في ذلك بأنه لم يثبت في الكتاب والسنة أو الإجماع نفيها خصوصا إذا ما كان العبد عدلا وثقة وهذا الشرط لم يعد له محل في وقتنا الحالي بإعتبار العبودية قد زالت.

4- البصر: ذهب بعض فقهاء الشافعية والحنفية إلى أن النكاح لا ينعقد بشهادة الأعمى لعدم قدرته على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وذهب الجمهور الفقهاء إلى جواز ذلك إذا تيقن الصوت وعلمه على وجه يشك في المتعاقدين³.

-أثر تخلف الشهادة في الزواج (حكم زواج السر):

¹ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج9 (د. ط؛ القاهرة: مطبعة الإمام، د. ت)، ص 349.

² ابن نجيم الحنفي، البحر الرقائق شرح كثر الحقائق، ج3 (ط؛ 2: بيروت، دار المعرفة، د. ت)، ص 94.

³ أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز أبادي، المهذب، ج2. (د. ط؛ مصر: عيسى البابي الحلبي، د. ت)، ص 40

فقها: يرى الحنفية والشافعية أن نكاح السر هو النكاح الذي لم يقع الإشهاد على إبرامه مطلقاً، فكل نكاح لم يشهد عليه رجلان فأكثر يفسخ في كل حال، أما نكاح السر عند المالكية هو الذي حضره الشهود وطلب منهم كتمانهم فيفسخ قبل الدخول وبعده.

قانوناً: رتب المشرع الجزائري عن تخلف شرط الشاهدين في عقد الزواج فسخ عقد الزواج قبل الدخول ويكون بدون صداق أما إن تم الدخول يثبت بصداق المثل وهو ما نصت عليه م33 ق أ (إذا تم الزواج بدون شاهدين... يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل).

قضاءً: ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا أن حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي كما أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها الشرعي ويمنع بناء الحكم عليها ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

خامساً: انعدام الموانع الشرعية للزواج

تكون المرأة محلاً للزواج بالنسبة للذي يريد أن يعقد عليها إذا كانت غير محرمة عليه مؤبداً أو مؤقتاً وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في م23 ق أ (يجب أن يكون كل من الزوجين خاليين من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة) وتفصيل ذلك وفق ما يلي:

أولاً: خلو المرأة من موانع الزواج المؤبدة: الحرمة المؤبدة؛ يقصد بها النساء اللاتي لا يجوز للرجل أن يتزوج بواحدة منهن أبداً، مهما كانت الظروف والأحوال¹، ولا يزول ولقد تناولها المشرع الجزائري بصفة عامة في نص المادة 24 من قانون الأسرة بصفة عامة ثم فصلها في المواد 25 إلى 29 ولقد أخذ برأي جمهور الفقهاء وسنتناول هذه المحرمات المؤبدة كمايلي:

أ – المحرمات بسبب القرابة: ولقد فصلها المشرع الجزائري في نص المادة 25 من قانون الأسرة وهي كالتالي:
1- الأمهات: وهي من ولدتك أو ولدت من ولدتك، ويقصد بها من له علاقة ولادة مباشرة كالأم وكأم الأم وإن علت، وأم الأب والجد.

2- البنات: وهي من ولدتها، أو ولدت من ولدتها ويقصد بهن فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلوا.

3 – فروع أبوي الشخص وفروع فروعهم: وهم الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت وإن نزلوا.

4- العمات: العمّة؛ وهي أخت الأب، ومثلها عمّة الأب، وعمّة الأم زعبر عنهن بفروع الجددين، ولا يجوز نكاحهن. والخالات: الخلة؛ وهي أخت الأم، ومثلها خالة الأم وخالة الأب، ويعبر عنهن بفروع الجددين، ولا يجوز نكاحهن.

وفي حرمة هؤلاء كلهن نزل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ... ٢٣﴾ [النساء: 23] «حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ نِكَاحَ أُمَّهَاتِكُمْ، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ الْجَدَّاتُ مِنْ جِهَةِ

¹ أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام. (ط: 9؛ دمشق: مطابع ألف باء الأديب، د. ت)، ص 67- 68.

الأب أو الأم، وبناتكم: ويشمل بنات الأولاد وإن نزلن، وأخواتكم الشقيقات أو لأب أو لأم، وعماتكم: أخوات آبائكم وأجدادكم، وخالاتكم: أخوات أمهاتكم وجداتكم، وبنات الأخ، وبنات الأخت: ويدخل في ذلك أولادهن.
ب - المحرمات بسبب المصاهرة: وهي القرابة الناشئة بسبب الزواج، ويقصد بهذا التحريم ما نتج بالزواج و
لقد نص المشرع الجزائري عليها في نص المادة 26 من قانون الأسرة وهي:

1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها: وهي أم الزوجة، من نسب أو رضاع وهذه الحالة لثبوت التحريم لا يشترط الدخول وإنما بالعقد فقط على البنت يحرم على أمها.

2- فروع الزوجة عند حصول الدخول بها: وتسمى الربيبة؛ وهي بنت امرأة الزوج من غيره، سواء كانت بنتها من نسب، أو رضاع، قريبة أو بعيدة، وهنا لا يحرم فروع الزوجة إلا إذا تم العقد وحصل الدخول (قاعدة شرعية العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات).

3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو: وهن زوجات أصول الزوج مهما علو (أي زوجة أبوه وزوجة جده وإن علو).

4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا: ويقصد بهذا من كن أزواج للفروع سواء كانوا أبناء أو أبناء الأبناء وإن نزلوا (زوجة الابن وزوجة ابن الابن..).

وفي حرمة هؤلاء كلهن نزل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ...﴾ [النساء: 23]

ج - المحرمات بسبب الرضاع: ذكر القرآن الكريم النساء المحرمة بالرضاع في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ ...﴾ [النساء: 23] ولقد تناول المشرع الجزائري المحرمات بسبب الرضاعة في المواد 27-28-29 من قانون الأسرة.

-شروط التحريم بالرضاع:

1-فقها: اختلف الفقهاء في بعض شروط ثبوت الحرمة بالرضاع ونوجزها فيما يلي:

-عند الشافعية والحنابلة: وتثبت حرمة الرضاع في ثلاثة شروط¹:

أ-أن يكون الرضيع دون الحولين، فإن بلغهما وشرب بعدهما لم يثبت التحريم.

ب-أن ترضعه خمسة رضعات، بشرط كونها متفرقات عند الشافعية، وبعدم اشتراط ذلك عند الحنابلة، فلو أرضعته أربعة مرات في الحولين، والخامسة بعدها، فلا تحريم.

ج-أن يصل اللبن في كل من الخمسة إلى جوف الرضيع، فلو لم يصل إليه لم يثبت التحريم، ولو شك في رضيع: هل رضع خمساً أو أقل، أو الحولين أو بعدهما فلا تحريم.

¹ أبي العباس أحمد بن عمر الديري الشافعي، المرجع السابق، ص 23.

-ثبوت حرمة الرضاع عند المالكية: وثبتت حرمة الرضاع عند المالكية برضعة واحدة، وصلت في جوفه، في حولين وشهرين قبل استغنائه عن الرضاع.

-ثبوت حرمة الرضاع عند أبي حنيفة: وعند أبي حنيفة برضعة واحدة أيضاً، واصلة إلى جوفه، في حولين ونصف¹.

2- في قانون الأسرة الجزائري: ومن الشروط التي يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي كما يلي:

1- يجب أن تكون المرضعة امرأة.

2- يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام وفق م 29 ق أ.

3- لا يؤخذ بعين الإعتبار كمية اللبن سواء كانت قليلاً أو كثيراً فهي وفقاً لنص المادة 29 من قانون الأسرة تحرم الزواج أخذاً في ذلك بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي الذين لا يميزان بين مقدار اللبن الكثير والقليل، والأصناف المحرمة رضاعاً جاءت محددة وفقاً لنص المادة 27 من قانون الأسرة التي جاءت مطابقة تماماً للحديث النبوي الشريف حيث قال الرسول صل الله عليه وسلم "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" ولقد خالف المشرع الجزائري جمهور الفقهاء وأخذ بالمذهب الحنبلي الذي قصر محرمات الرضاع على محرمات النسب ويمكن تحديد الأصناف المحرمة رضاعاً كما يأتي:

الأم بالرضاع مهما علت، الفروع رضاعاً، الأخت رضاعاً، بنت الأخت رضاعاً، بنت الاخ رضاعاً، الخالة رضاعاً، العممة رضاعاً، أم الأخت من الرضاع، أخت الإبن أو البنت من الرضاع.

-حدود التحريم في الرضاع: ولقد وضع المشرع شرط بأن التحريم بالرضاع لا يقع إلا على الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته من الأب والأم واعتبره ولداً للمرضعة وزوجها وأخاً لأولادها وفقاً لنص المادة 28 ق أ (يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولداً للمرضعة وزوجها).

ثانياً: خلو المرأة من موانع الزواج المؤقتة.

النساء المحرمة حرمة مؤقتة: هن اللاتي حرمن على الرجل لسبب من الأسباب، فإن زال السبب زالت الحرمة، وعاد الجِل²، ولقد نص المشرع الجزائري على موانع الزواج المؤقتة في المواد 30 و 31 ق أ:

أ – المحرمات المؤقتة المنصوص عليها في نص المادة 30 من قانون الأسرة: وهي كالتالي:

1- المحصنة: ما دامت المرأة زوجة للغير فهي محرمة على الآخرين.

2- المعتدة: وهي المرأة التي كانت زوجة للغير ثم طلقها أو توفي عنها ولا تزال في العدة فهي محرمة إلى غاية نهاية عدتها.

3- المطلقة ثلاثاً: ويقصد بها تلك المرأة التي يطلقها زوجها ثلاث طلاقات فترجع محرمة عليه مؤقتاً إلى غاية أن تنكح شخصاً آخر ثم يطلقها أو يتوفي عنها وبعد ذلك يستطيع الزواج بها، و ما يشترط في زواجها هذا أن لا

¹ أبي العباس أحمد بن عمر الديري الشافعي، المرجع السابق، ص 24.

² أماني على المتولى، المرجع السابق، ص 35.

يكون زواج تحليل قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ» ، قَالُوا: بَلَى، يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «هُوَ الْمُحَلَّلُ، لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ، وَالْمُحَلَّلَ لَهُ»

وكذا ما يجب في زواجها أيضا أن يتم الدخول بها فإن عقد عليها ثم لم يدخل عليها وطلقها أو توفي عنها فإنها لا تحل لمطلقها ثلاث.

4- الجمع بين المحارم: لقد جرى المشرع الجزائري في منعه الجمع بين المرأة وأختها أو مع عمتها أو مع خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك من أجل المحافظة على الرحم وعدم قطعه.

5-زواج المسلمة من غير المسلم: ذهب المشرع الجزائري إلى أن المسلمة محرمة مؤقتا على غير المسلم إلى غاية إسلامه، أخذنا في ذلك بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين حرّموا زواج المسلمة بغير المسلم مهما كانت ديانتها.

أما فقهاء زاد المالكية على الموانع المؤقتة مانع الإحرام بحج أو عمرة ومانع المريض مرض الموت ومانع الجمعة فيحرم الزواج إذا صعد الإمام إلى المنبر قياسا على البيع لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع" وبذلك فالموانع التي لم ينص عليها المشرع الجزائري يرجع فيها إلى الشريعة الإسلامية بموجب م222 ق أ (مثل الزواج فوق أربع نساء).

-أثر الزواج بإحدى المحرمات: لقد نص المشرع الجزائري على الآثار التي تترتب على الزواج بإحدى المحرمات في المادة 34 من قانون الأسرة وهذه الآثار تتمثل فيما يلي:

أ- فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده: وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين بعكس المذهب الحنفي الذي يبطل عقد الزواج إذا كانت الحرمة أصلية ويفسخ عقد الزواج إذا كانت الحرمة فرعية.

ب- ثبوت النسب: أي أن الأولاد الذين ينتجون عن هذه العلاقة الفاسدة يثبت نسبهم لأبيهم وأمهم.

ج- وجوب الإستبراء: أي يجب على المرأة التي تزوجت في هذا الزواج الفاسد أن تعتد حتى تستبرأ رحمها بـ 3 أشهر.

ثالثا-الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج:

الشروط الشكلية في عقد الزواج حسب قانون الأسرة هي المسائل المتعلقة بضرورة إتباع إجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية، وتوثيقه رسمياً صوناً للحقوق الناتجة عنه وتسهيلاً لإثباته، والمراد بالشكلية هنا، هي توثيق الزواج وتسجيله ضمناً للحقوق الشرعية فهي بمعنى آخر الجانب الرسمي التوثيقي للزواج الذي يفرضه القانون للإثبات.

-تسجيل عقد الزواج: من خلال تسجيل عقد الزواج بمصلحة الحالة المدنية وتوفير الوثائق اللازمة المثبتة لصحة العقد تثبت الأنساب وتحفظ حقوق الأبناء والآباء، حيث يعد عقد الزواج دليل على مشروعية العلاقة بين الرجل والمرأة، وعلى صحة نسب الذرية الناجمة عن هذا الزواج¹.

-سجلات الحالة المدنية:

إن سجلات الحالة المدنية هي سجلات رسمية، وكذا الوثائق المسجلة بها فهي عقود رسمية يثبت بها موظف أو ضابط عمومي مكلف بخدمة ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية في حدود سلطته وإختصاصه، أما ما ورد في العقد الرسمي يعتبر حجة حتى يثبت تزويره وهو نافذ في كافة التراب الوطني، وعليه فإن النسخ والملاحظات التي تستخرج عن العقود المدونة في السجلات وتحمل تاريخ إنشائها وتحريرها وخاتم وتوقيع السلطة التي حررتها تعتبر وثائق رسمية لها حجيتها ولها قوة الإثبات².

أولاً: الإجراءات الإدارية والتنظيمية السابقة للعقد: يقصد بإجراءات الزواج الترتيبات الإدارية التي تسبق العقد وكذا تلك التي يشترطها القانون في العقد ذاته بهدف تسجيله وإشهاره، وقد فرض المشرع الجزائري هذه الإجراءات الإدارية لمنع التلاعب في عقود الزواج، وعلى هذا الأساس تطبق أحكام قانون الحالة المدنية³ على إجراءات تسجيل عقد الزواج من المادة 71 إلى م77 من الأمر 20/70 المنظم لقانون الحالة المدنية وهو ما أشار إليه م21 ق الأسرة (تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج).

أولاً-الوثائق المطلوبة قانوناً في الحالة العادية: تحدد المواد 75.74. 76 قانون الحالة المدنية الجزائري الوثائق التي يتقدم بها كل من الزوجين لإجراء عقد الزواج بصفة رسمية، وهذه الوثائق هي كالتالي:

- 1-شهادة ميلاد الزوج والزوجة وإن تعذر بطاقة التعريف الوطني (م74 ق ح م)
- 2-شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للإختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية م75
- 3-وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر (م7 مكرر ق أ)
- 4-نسخة من رخصة رئيس المحكمة لمن لم يكمل سن أهلية الزواج م7 ق أ
- 5-نسخة من رخصة رئيس المحكمة لمن يرغب في الزواج بإمرأة ثانية م8 ق أ
- 6- المرأة التي سبق لها الزواج أن تقدم نسخة من حكم الطلاق الذي صار نهائياً، أو وثيقة وفاة زوجها.

-وثيقة الشهادة الطبية:

تعد الفحوصات الطبية قبل الزواج مفتاح الزواج الآمن وهي من الوسائل الوقائية الفعالة جداً في الحد من الأمراض الوراثية والمعدية والخطرة⁴.

¹ طويل شهرزاد، صالح محمد، تسجيل عقود الزواج بمصلحة الحالة المدنية، مجلة الحكمة للدراسات الاجتماعية، المجلد 05، العدد 12، مؤسسة كنوز الحكمة، 2018، ص 6.

² المرجع نفسه، ص 5.

³ الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2010.

⁴ صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج. (ط: 1: الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 88.

1-تعريف الفحص الطبي:

الفحص لغةً: شدة الطلب خلال كل شيء، فَحَصَ عنه فَحْصاً: أي بَحَثَ¹.
الطبي لغةً: من الطبِّ، بمعنى علاج الجسم والنفس².

-الفحص الطبي إصطلاحاً: معرفة حالة الإنسان الصحية كإجراء وقائي يساعد على صيانة الصحة وعلى الكشف المبكر للأمراض وهي في أطوارها الأولى³.

والفحص الطبي قبل الزواج: هو فحوصات مخبرية أو سريرية تجري لكل من الذكر والأنثى العازمين على الزواج، ويتم إجراؤها قبل عقد القران لاكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج وحتى لمعرفة إمكانية الإنجاب من عدمه بحيث يكون كلا الخطيبين عالماً بما هو مقبل عليه، ومقتنعاً به تماماً.

2- تعريف الشهادة الطبية: هي وثيقة صادرة من طبيب مختص يطلبها الخطيبان المقبلان على إبرام عقد الزواج، للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية أو المعدية الجسدية منها والنفسية، التي تؤثر على العلاقة الزوجية وصحة الزوجين والأطفال عند الإنجاب⁴.

وبذلك فهدف الفحص الطبي قبل الزواج وإحضار شهادة طبية التي تثبت إجراء الفحوصات المخبرية، هو الكشف عن عيوب النكاح التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، إذ للفحص أهداف صحية واجتماعية وإنسانية، لحماية الصحة العمومية للمجتمع؛ أي من باب الوقاية العامة، ومن علم الزوجين بهذه الأمراض وأخطارها قبل الدخول، وللزوجين الخيار إما الاستمرار في إكمال العقد أو رفض ذلك.

3-موقف قانون الأسرة الجزائري من الفحص الطبي قبل الزواج:

لقد أخذ المشرع الجزائري بإلزامية إجراء الفحوصات الطبية للمقبلين على الزواج، والتي سماها بالشهادة الطبية (الوثيقة الطبية)، حيث اعتبرها المشرع الجزائري شرطاً شكلياً من شروط إبرام عقد الزواج الإداري. وقد جاء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 بشرط الشهادة الطبية في المادة 7 مكرر بنصها (يتعين على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل يشكل خطراً يتعارض مع الزواج)، وبذلك فقد سماها بالوثيقة الطبية فهي شرط شكلي تدرج مع الوثائق الإدارية التي يلزم على الزوجين إحضارها أثناء إبرام عقد الزواج.

كما نجد أن المادة 7 مكرر أحالت أحكام الشهادة الطبية إلى التنظيم حيث نصت (...تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم)، ويقصد بالتنظيم هو المرسوم التنفيذي⁵ رقم 154-06،

¹ علي بن إسماعيل ابن سيدة، المحكم والمحيط الأعظم، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000)، ص 160-161.

² محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج30، ص2630.

³ Golden Press، الموسوعة الطبية الحديثة، ج5 (ط: 2؛ القاهرة: مؤسسة سجل العرب، 1970)، ص 1029.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 126. (بتصرف).

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 154-06 المؤرخ في 11 مايو 2006، والمتضمن: تحديد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر المتعلقة بالشهادة الطبية الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 31، السنة 42، 14 مايو 2006).

والذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر، ويتضمن ثمانية مواد متعلقة بالموضوع زيادة على نموذج الشهادة الطبية.

مما يتضح أن الشهادة الطبية دورها وقائي لا غير، لحماية القرين والأبناء، فرغم التنصيص على إلزامية الشهادة الطبية، إلا أن عقد الزواج المبرم دونها لا يعتبر باطلاً وإنما يبقى صحيحاً لأنها مجرد شرط شكلي إجرائي وقائي من باب السياسة الشرعية وليس من مقومات العقد، إلا أنه يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق أو التطلق للعيوب والأمراض، كما يجوز طلب فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص¹ (م9، م33 ق.أ، م82 ق.م²).

3-فوائد الفحص الطبي قبل الزواج: تعد الفحوصات الطبية قبل الزواج مفتاح الزواج الآمن وهي من الوسائل الوقائية الفعالة جدا في الحد من الأمراض الوراثية والمعدية والأمراض التناسلية ويتفرع عن ذلك ما يلي³:

أ-الوقاية من أمراض الدم الوراثية وعلى الأخص مرض الثلاسيميا وهو المرض الذي يحتاج المريض نقل الدم كل 3-4 أسابيع لكي ينمو الطفل بشكل صحي، والغلبة العظمى من الحالات تتوفى في العقد الثالث والرابع من عمرها.

ب-إختبار عامل الريسوس وهو من أهم الاختبارات للمرأة لأنه يؤثر على الجنين وفي حياة الذرية بعد ذلك.

ج-إن المقدمين على الزواج يكونون على علم بالأمراض الوراثية المختلفة المحتملة للذرية.

د-التحقق من وجود أمراض مزمنة مؤثرة على مواصلة الحياة الزوجية بعد الزواج.

هـ-المحافظة على سلامة الجنين في رحم المرأة من الأمراض والتشوهات والإعاقات.

5-الطبيعة القانونية للشهادة الطبية: يتضح من أحكام القانون المنظم للشهادة الطبية قبل الزواج⁴، أن دورها وقائي لا غير، لحماية القرين والأبناء من الأمراض الوراثية أو المعدية، التي تحول بينه وبين القيام بواجباته الزوجية، فإنه رغم التنصيص على إلزامية الشهادة الطبية فهي ليس شرطا من شروط إنعقاد الزواج إنما مجرد شرط شكلي لتوثيق الشهادة بالزواج، وبذلك فالعقد المبرم بدون هذه الشهادة لا يعتبر باطلاً وإنما يبقى صحيحاً، غير أنه في هذه الحالة يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق أو التطلق للعيوب والأمراض كأعراض الأجهزة التناسلية .

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 137. (بتصرف).

² الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 18، 2007).

³ صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص 88-89.

⁴ المادة 7 مكرر ق أ والمرسوم التنفيذي رقم 154/06 الذي يحدد شروط وأحكام تطبيق المادة 7 مكرر ق أ.

ثانيا- الوثائق المطلوبة في حالات خاصة: بالإضافة إلى الوثائق السابقة يمكن إضافة بعض المستندات نصت عليها نصوص مختلفة صادرة من جهات تشريعية متنوعة تجعل زواج بعض الأشخاص خاضعا لرخصة أو إذن أو موافقة مسبقة من الإدارة الخاصة وهي كالتالي:

1- الحصول على ترخيص كتابي من طرف الوالي لزواج الأجنبي: إن الأجنبي لا يجوز له إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية إلا بعد الحصول على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي، وقد نصت م31 ق أ على أنه (يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين بأحكام تنظيمية) كما أن زواج المسلمة بغير السلم ممنوع قانونا وفق م30 الفقرة الأخيرة من ق أ.

2- ضرورة الحصول على رخصة مسبقة من هيئة الدفاع المختصة إن كان أحد أفراد الجيش الوطني أو الدرك الوطني مقبل على الزواج: فإن كان العسكري أبرم عقد الزواج وقد أخفى صفته العسكرية ودون الإدلاء بالرخصة المذكورة فسيعرض نفسه إلى المتابعة الإدارية والجزائية. بالنسبة لرخصة مصالح الدفاع الوطني فقد نص على ذلك المنشورين الصادرين عن وزارة العدل المنشور الأول رقم 329 الصادر في 13/06/1967 و الثاني رقم 364 الصادر في 25/06/1968 وكذلك النصوص المتعلقة بالنظام العسكري حيث نصت على أنه "أي زواج لأفراد الجيش الوطني الشعبي لا يمكن إبرامه إلا بعد تقديم رخصة بذلك ممنوحة من مصالح الدفاع الوطني" وأن هذه الرخصة تشمل كذلك إلى جانب العسكريين رجال الدرك الوطني والمجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.

3- ضرورة الحصول على رخصة مسبقة لموظفي الأمن الوطني من الجهة التي لها سلطة التعيين قبل 3 أشهر من الإحتفال بالزواج: بالنسبة لرخصة مصالح الأمن فقد نص عليها المرسوم 83-81 الصادر في 13/08/1983 حيث تنص المادة 23 منه على أنه "لا يمكن لموظفي الأمن الوطني إبرام عقد زواجهم دون ترخيص بالزواج من الجهة التي لها سلطة التعيين وذلك خلال 03 أشهر قبل الإحتفال بالزواج حتى ولو كان الزوج الآخر جزائريا".

وتجدر الإشارة إلى أن الغرض من هذه الإجراءات التنظيمية المحافظة على النظام العام وحفظ مصلحة الأمن الوطني ومصلحة الوطن لا غير، كما أن جزاء الإخلال بعدم الحصول على الترخيص من الجهات المعنية المتابعة الإدارية التي تصل إلى حد الفصل من الوظيفة وكذا المتابعة الجزائية، أما عقد الزواج إذا تم إبرامه دون هذه المستندات الإدارية فالعقد يبقى صحيحاً متى كان قد وقع وفقاً لأركان وشروط عقد الزواج القانونية، لأن تلك الرخص مجرد رخص إدارية يتعلق أمرها بالموظف والإدارة لا غير.

3- الموظف المؤهل قانونا لتحرير العقد: نميز بين حالتين لتحرير عقد الزواج داخل الوطن وخارجة:
أ- الموظف المؤهل بتحرير عقد الزواج داخل الوطن: وقد حددت المادة 18 ق أ الموظفون المؤهلون بتحرير عقد الزواج بنصها (يتم عقد الزواج أمام موثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ما ورد في المادتين 9، 9 مكرر من هذا القانون).

1-ضابط الحالة المدنية¹: عند الرجوع إلى نص المادتين الأولى والثانية من قانون الحالة المدنية نجده يضيف صفة ضابط الحالة المدنية على أشخاص معينين، ويسند إليهم وحدهم مهمة تلقي التصريحات بالولادات والوفيات وتحريير عقود الزواج في سجلات معينة²، وضابط الحالة المدنية هو الموظف العمومي المكلف قانونا بتحريير عقود الزواج وتسجيلها وحددتهم م1 من الأمر 20/70 المنظم لقانون الحالة المدنية هم:

أ-رؤساء المجالس الشعبية البلدية

ب-نواب رؤساء المجالس الشعبية البلدية

ج-الموظفين المفوضون التابعين لبلدياتهم

2-الموثق: وهو المكلف بتحريير عقود الزواج وتوثيقها، فيمكن للموثق أن يحزر عقد الزواج شريطة أن يقوم بتسجيل وقيد العقد المبرم أمامه بدفاتر الحالة المدنية بمصالح البلدية.

ب-الموظفون المؤهلون قانونا بتحريير عقد الزواج خارج الوطن: وحددتهم م104 من ق الحالة المدنية (الأمر 20/70) وهم:

1-رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على الدوائر القنصلية

2-رؤساء المراكز القنصلية.

4- الإجراءات الواجبة بعد العقد: وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

أ-إجراءات تسجيل عقد الزواج: إذا كان الموثق هو من حرر عقد الزواج يقوم بالتأكد من توافر أركان وشروط عقد الزواج ثم يقوم بإجراءات التسجيل التالية:

-يقوم الموثق بتسجيل العقد في سجلاته.

-يقدم للزوجين نسخة تسمى "لفيد الزواج"

-يقوم بإرسال ملخص عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية في أجل 3 أيام من تاريخ تسجيل العقد.

-خلال 5 الأيام الموالية لوصول الملخص يسجل العقد في سجلات الحالة المدنية.

-يسلم للزوجين دفترا عائليا

-يكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين.

أما إذا قام ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج في البلدية المختصة محليا فإنه يسجل عقد الزواج حال اتمامه من ابرامه ويسلم للزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج.

أما إذا أبرم عقد الزواج القنصليون والدبلوماسيون يتم تسجيل عقد الزواج في سجلات القنصلية الجزائرية.

ب-تسجيل الزواج الذي لم يسبق أن أبرم أمام موثق أو البلدية: ففي هذه الحالة يستوجب على المعني رفع عريضة تتضمن طلب إثبات الزواج إلى قاضي شؤون الأسرة مدعم بالوثائق والإثباتات المادية اللازمة لإثبات

¹ أنظر المادة 1 من قانون الحالة المدنية 20/70.

² عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ج1. (ط: 3؛ الجزائر: دارهومة، 2010)، ص 67.

قيام العلاقة الزوجية (م423 ق إ م إ) ويتم ذلك بمكان وجود موطن المدعى عليه (م426 ق إ م إ) وبعد تأكد القاضي من قيام عقد الزواج بجميع أركانه وشروطه يقوم بإحالة الملف إلى السيد وكيل الجمهورية لتقديم التماساته وطلباته (م3 مكرر ق أ) ثم تحكم المحكمة في موضوع اثبات الزواج وفقا للقانون، ويجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة (م22 ق أ م348 ق م

نظام تعدد الزوجات

تعدد الزوجات كان منذ القديم، فلما أتى الإسلام هذبه ونظمه ووضع له أحكام خاصة به، إذ وضع له ضوابط شرعية لآبد على الزوج أن يراعيها قبل إقدامه على التعدد، كما أن قانون الأسرة قد عالجه في المادة 8 ووضع له مجموعة من القيود سنوضحها أدناه.

-معنى تعدد الزوجات:

التعدد لغةً: من العَدُّ: أي إحصاء الشيء¹.

إصطلاحاً: تعدد الزوجات هو زواج الرجل بأكثر من امرأة واحدة.

قانوناً: نصت المادة 8 ق.أ على أحكام تعدد الزوجات ولم تعطِ تعريفاً خاصاً بالتعدد وإنما أعطت معنى عنه بجانب الأحكام بنصها (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية...)، وبذلك فالتعدد هو زواج الرجل المتزوج بزوجة ثانية فأكثر.

ثانياً: ضوابط تعدد الزوجات شرعاً وقانوناً:

إذا رغب الزوج في الزواج بأكثر من امرأة فلا بد من التقيد بمجموعة من الضوابط، حددها الشرع الإسلامي وفيها ما قننها قانون الأسرة الجزائري نوجزها فيما يلي:

أ) الضوابط الشرعية لتعدد الزوجات:

اتفق الفقهاء والمفسرون على أنه لا بد من توفر شروط معينة لإباحة التعدد وهذه الشروط هي:

1-عدم الزيادة على أربع: قال الله تعالى: ﴿... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ...﴾ [النساء: 3]، أي أنكحوا ما شئتم من النساء سواهن إن شاء أحدكم ثنتين وإن شاء ثلاثاً، وإن شاء أربعاً². وما يؤكد ذلك من السنة ما روية أن غيلان بن سلمة أسلم وتحتة عشر نسوة، فقال له رسول الله صل الله عليه وسلم: «خُذْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا»³.

2-العدل بين الزوجات: قال الله تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: 3]، أي فإن خشيتم من تعداد النساء ألا تعدلوا بينهن فليقتصر على واحدة⁴.

¹ محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج34، ص 2832.

² إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، (ط: 11؛ مصر، المكتبة الوقفية، 2013)، ص 132.

³ أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج9 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب مسند عبد الله بن عمر، ص69، رقم الحديث (5027).

⁴ إسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج1، ص 133.

وقد أرشدت السنة إلى وجوب العدل بين الزوجات فحذرت من الجور والظلم علمين فعن النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَشَقُّهُ مَائِلٌ»¹.

-موجبات العدل بين الزوجات:

على الزوج أن يعدل بين زوجاته في ثلاثة أمور؛ القسم والنفقة والسكن.

أ-العدل بين الزوجات في القسم: أي توزيع زمان المبيت بين زوجاته بالعدل إن كانوا اثنتين فأكثر.

ب-العدل بين الزوجات في السكن: قال الجمهور بوجوب التسوية بين الزوجات في المسكن، بإعطاء كل زوجة سكن لها مثل الأخرى²، وليس على الرجل أن يجمع بين زوجاته في مسكن واحد بغير رضاهن، وخالفهم الحنابلة بعدم وجوب التسوية في المسكن لأنها مبنية على الكفاية³.

ج-العدل بين الزوجات في النفقة: ذهب المالكية والحنفية والشافعية⁴ إلى القول بلزوم التسوية بين الزوجات إذا كانت حالتهن واحدة من يسار وإعسار وتوسط، وذهب الحنابلة⁵ إلى أنه لا تجب التسوية بين الزوجات في النفقة، وإن كان ذلك مستحباً، بل يجب على الزوج أن يوفي لكل واحدة حقها.

-أما العدل النفسي بين الزوجات: فاتفق جمهور العلماء على أنه لا يجب على الزوج التسوية بين زوجاته في المحبة والميل القلبي والاستمتاع من الوطاء وسائر الاستمتاع؛ لأنها حالة طبيعية تنبعث بلا إرادة من الشخص، إلا أن المطلوب أن لا يكون ميل الزوج النفسي والعاطفي لإحدى زوجاته كبيراً واضحاً جلياً، إنما يحاول الزوج أن يخفيه قدر المستطاع كي لا يضر بزوجه الأخرى، وأن يحرص أن لا يكون ميله كلياً لزوجته دون الأخرى، لما روي عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائِهِ، فَيَعْدِلُ، وَيَقُولُ: «اللَّهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تَلْمُنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ»⁶، وكانت عائشة رضي الله عنها أحب نسائه إليه.

فالمحبة والود محلها القلب والإنسان غير قادر على التحكم فيها مثل التحكم في الأمور المادية، فمهما حرص الزوج أن يعدل بين زوجاتها في الميل القلبي ما استطاع إلى ذلك سبيلاً والدليل قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ...﴾ [النساء: 129]،

¹ أخرجه: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ت 275هـ، سنن أبي داود، تحقيق: محمد معي الدين عبد الحميد، ج 2 (د. ط: بيروت: المكتبة العصرية، د. ت)، باب في القسم بين النساء، ص 242، رقم الحديث (2133).

² علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، ج 9 (د. ط: بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت)، ص 584.

³ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 7 (د. ط: القاهرة: دار هجر، د. ت)، ص 242.

⁴ محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، ج 6 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1984)، ص 380.

⁵ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج 10، طبعة دار هجر، ص 242.

⁶ أخرجه: محمد بن عيسى الترمذي ت 279هـ، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 3 (ط: 2؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1975)، باب ما جاء في التسوية بين الزوجات، ص 438، رقم الحديث (1140).

أي لن تستطيعوا أيها الناس أن تساووا بين النساء من جميع الوجوه، فإنه وإن حصل القسم الصوري ليلة وليلة، فلا بد من التفاوت في المحبة والجماع¹.

(ب) الضوابط القانونية لتعدد الزوجات:

لقد أجاز قانون الأسرة حق الزوج في تعدد الزوجات، إلا أنه قد وضع له قيوداً لا بد على الزوج من إتباعها وإلا اعتبر تعدده غير مقبول قد يجيز للزوجتين الحق في طلب التطليق جراء مخالفة الزوج تلك القيود.

فالشروط التي ذكرناها سابقاً التي أتى بها الفقه الإسلامي أخذ قانون الأسرة الجزائري منها؛ كشرط العدل وعدم الزيادة فوق أربع زوجات، إلا أنه زاد عنه بعض القيود الشكلية الأخرى في المادة 8 ق. أ بنصها (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب ترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية).

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية). وسيتم توضيح هذه القيود أدناه.

الشرط الأول: التعدد في حدود الشريعة الإسلامية؛ ويقصد بها عدم جواز الزيادة فوق أربع نساء، بنصه (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية..).

الشرط الثاني: المبرر الشرعي؛ وهذا معيار مرن وشخصي وواسع، فذكره قانون الأسرة دون إعطاء مثال عنه؛ مما يجعل الأمر مسنداً لقضاة الموضوع لتحديد المقصود من هذه العبارات العامة، فنذكر على سبيل المثال بعض المسوّغات الشرعية لتعدد الزوجات كالتالي:

1- عقم الزوجة: تعتبر الزوجة العقيم التي لا تلد تعليلاً لظاهرة تعدد الزوجات²، لأن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب، وحفظ النسل البشري، وإنجاب الذرية، فالزوج الذي حُرِمَ هذه النعمة من زوجته العقيم يبيح له هذا الحرمان أن يتزوج عنها بزوجة أخرى لعلة إنجاب الذرية، وتحقيق هدف الزواج.

2- مرض الزوجة المزمن: أن تكون الزوجة لها مرضاً معدياً أو منفرأً، بحيث لا يستطيع معه الزوج أن يعاشرها معايشرة الأزواج، فالزوج هنا بين حالتين: إما أن يطلقها، وليس في ذلك شيء من الوفاء والمروءة ولا من كرم الأخلاق، وفيه الضياع والمهانة للمرأة المريضة معاً، وإما أن يتزوج عليها بأخرى ويبقيها في عصمته، لها حقوقها كزوجة، ولها الإنفاق عليها في كل ما تحتاج إليه من دواء وعلاج، ولا يشك أحد في أن هذه الحالة الثانية أكرم وأنبل، وأضمن لسعادة الزوجة المريضة وزوجها على السواء³.

¹ اسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج1، ص 274.

² راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010)، ص 246.

³ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون. (ط: 4؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1964)، ص 84-85.

3-غلبة العامل الجنسي (الشبق): يختلف الرجال في طبائعهم من حيث غرائزهم الجنسية، فمن طبيعة بعضهم أنه لا تكفيه زوجة واحدة؛ لأن مزاجه يدفعه إلى كثرة الإفضاء¹، ومهما كان الباعث معلوماً، فينبغي أن يكون العلاج بقدر العلة، فالمراد تسكين النفس، فلينظر إليه في الكثرة والقلة²، وبهذا يكون إحصان الزوج الراغب بالزواج بأخرى بالسماح له بالتعدد مع عدم إهمال الشروط الأخرى، خيراً من أن نمنعه من الطريق الشرعي وقد يختار الطريق غير الشرعي فيقع في المحذور، فيكون التعدد أخف الضررين.

-الشرط الثالث: توفر شروط ونية العدل؛ بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية وقدرته على الإنفاق وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية، مع أن المشرع لم يحدد الطريقة التي يتم من خلالها إثبات شروط العدل، وبالتالي يجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة كسند الملكية للمسكن، أو عقد الإيجار، وكشف الراتب أو السجل التجاري وغيرها، وأن يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي³.

مع أن نية العدل هو شرط شكلي أكثر منه موضوعياً، على اعتبار أن النية محلها القلب، فقد يصرح الزوج بالعدل إلا أن حقيقة نيته لا تظهر إلا بعد الدخول، وبالتالي غلب على هذا الشرط الشكلية.

الشرط الرابع: إخبار الزوجة السابقة واللاحقة؛ ويقصد بذلك أن الزوج عليه أن يعلم زوجته الأولى أنه مقبل على الزواج بالثانية، وأن يخبر أيضاً الزوجة الثانية أنه متزوج بأولى، إلا أن الملاحظ أن المشرع لم يحدد في قانون الأسرة طريقة الإخبار هل يكون شفاهياً أم كتابياً، مع أن المادة 8 الفقرة الأخير ألزمت القاضي التأكد من موافقتها دون تحديد طريقة التأكد من الموافقة، فهل طريقة التعبير عن الرضا من طرف الزوجتين تكون عن طريق الكتابة أم شفاهة؟، كل هذه المسائل لم يحددها قانون الأسرة.

لكن بالرجوع إلى التشريع في غير قانون الأسرة نجده قد حدد طريقة إعلام الزوجتين بتعدد الزوج بموجب منشور وزاري الصادر عن وزير العدل رقم 102/84 المؤرخ في 1984/12/23، والذي يحدد كيفية الإعلام وذلك بإخبار كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن حضرت أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية برغبة الزوج في إبرام عقد الزواج بثنائية، ويسجل في السجل الخاص بطلبات التعدد رضا كل منهما أو اعتراض الزوجة السابقة، ليكون ذلك حجة يرجع إليه عند التنازع، فإن تعذر حضور هذه الأخيرة يتعين إبلاغها للحضور في أجل معقول بعقد غير قضائي بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بالتاريخ والمكان الذي سيرم فيه عقد الزواج الثاني، فإن حضرت واعترضت يسجل الموثق أو ضابط الحالة المدنية اعتراضها، وإن تغيبت أثبتت غيابها وأبرم العقد، هذا في ظل قانون الأسرة قبل التعديل، أما بعد التعديل فيكون إعلام الزوجتين أمام القاضي بحضورهما والتصريح بالقبول أو الرفض⁴.

¹ راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 249.

² الغزالي أبو حامد، إحياء علوم الدين. (د. ط: بيروت: دار المعرفة، د. ت)، ص 180.

³ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 111-112. (بتصرف).

⁴ حسين شريف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة: 16، 2005-

2008، ص 14.

وهنا لا بد أن نشير بأنه على القاضي التأكد من إعلام الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها وأن يسعى جاهداً لحضور كل منهما أمامه.

الشرط الخامس: الترخيص القضائي الذي يسمح بالتعدد؛ إن نص المادة 8 ق. أ في صياغته الجديدة يفرض رقابة قضائية تسمح للقاضي بمنح الترخيص أو رفضه، بحيث يقدم الزوج طلباً لرئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاص مسكن الزوجية للتخفيف له بالتعدد، ويكون منح هذا الترخيص بعد الإستماع إلى الزوج وزوجته الأولى والثانية ومن موافقتهم، والتأكد من مبررات التعدد، وتوافر شروطه الشرعية من القدرة على الإنفاق والعدل بين الزوجات، والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

-جزء الإخلال بشروط تعدد الزوجات:

1-المطالبة بالتطليق حال التدليس: لقد ذكرنا سابقاً الشروط القانونية التي أتت بها المادة 8 من قانون الأسرة التي تسمح للزوج بالتعدد إذا تحققت كلها؛ إلا أنه إذا لم يحقق تلك الشروط يمكن للزوجة أن تطلب التطليق جراء ذلك لرفع الضرر عنها وفقاً للمادة 53 الفقرة 6.

فإذا لم يلتزم الزوج بإخبار الزوجة السابقة والزوجة الجديدة يكون قد ارتكب غشاً، ويحق آنذاك لكل من الزوجتين رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتعويض في حالة الرضا، أي الرضا بعد العلم المتأخر بالزواج الأول بالنسبة للزوجة الثانية، والعلم بالزواج الجديد من طرف الزوجة الأولى، وفي حالة عدم الرضا لكل منهن طلب التطليق¹ والتعويض معاً، لأن الغش أو الإحتيال أو التدليس، هو خطأ عمدي يستوجب التعويض²، وهذا بموجب المادة 8 مكرر بنصها (حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق).

إلا أن الذي نراه بأن الزوجة التي تزوج عنها زوجها وخاصة إذا كانت لديه الإمكانيات أن يعدل بيه وبين زوجاته، فلها أن تطلب الطلاق وهذا ليس حلاً، خاصة إذا ما كان بينهما أطفال، فبعد أن تكون زوجة محترمة ترعى هي وأبناؤها في عش الزوجية قد ترمي بنفسها في الطلاق، إذ تنزل عليها مصيبتان بدلاً من مصيبة واحدة وعليه فتحمل الضرة مع العدل أولى من الطلاق وتشرذم الأبناء³.

2-فسخ الزواج الجديد قبل الدخول لعدم الترخيص به: كما نصت المادة 8 مكرر1 على أنه (فسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في م8 أعلاه)

¹ لحسين بن الشيخ آث ملوياً، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1 (ط: 3؛ الجزائر: دارهومة، 2011)، ص 395.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1 (ط: 6؛ الجزائر: د. ن، 2008)، ص 109.

³ عمرو خليل، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 1، جامعة سعد دحلب البليدة، 2011، ص 131.

الشروط المقترنة بعقد الزواج

لقد أجاز قانون الأسرة الجزائري الحق للزوجين أثناء إبرام العقد ان يشترطا أي شرط فيه مصلحة لأحد الأطراف أو كليهما، ما لم يكن ذلك الشرط مناقضا لمقتضى عقد الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 19 ق أ (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون).

-تعريف الإشتراط في عقد الزواج:

يتخذ مصطلح الإشتراط في عقد الزواج عدة معانٍ؛ منها: الشروط المقترنة بعقد الزواج، وكذلك الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وهي تعبر عن نفس المعنى والموضوع.

-تعريف الشرط لغةً: الشَرْطُ؛ ما يوضع ليُلْتزم به في بيع أو نحوه، وفي الفقه: ما لا يتم الشيء إلا به، ولا يكون داخلا في حقيقته¹.

-الإشتراط إصطلاحاً: وهو إلزام أحد المتعاقدين للآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة، ويقصد بالشرط الذي تقيد به العقود بين المتعاقدين، ومنه قوله صل الله عليه وسلم «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»²، وقال أيضا " إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُؤَقَّى بِهِ، مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ " ³، فسائر الشروط التي تكون بين المتعاقدين يجب التقيد بها وعدم الخروج عنها.

2-حكم الإشتراط في عقد الزواج:

الإشتراط في عقد الزواج قد خاض الفقه الاسلامي فيه، وقنن قانون الأسرة بعض أحكامه، وتفصيل ذلك وفق ما يلي:

أ-موقف الفقه الإسلامي من الإشتراط في عقد الزواج:

اختلف الفقه الإسلامي في الحكم الشرعي للإشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة، وفق ما يلي:

-الرأي القائل بإباحة الإشتراط في عقد الزواج: ذهب الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁴ وبعض فقهاء المالكية إلى القول بحرية التعاقد، وبالتالي حرية الإشتراط⁵ لأن هذه الأخيرة تابعة لحرية التعاقد، وبذلك يكون للأفراد أن يبتكروا ما يشاؤون من العقود والشروط الجديدة، ما لم يثبت حرمة ذلك

¹ مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 479.

² أخرجه: علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج3 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004)، كتاب البيوع، ص 426، رقم الحديث (2892).

³ أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج28 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب حديث عقبة بن نافع، ص 536، رقم الحديث (17302).

⁴ رشدي شحاتة أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 2001)، ص 94.

⁵ نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الإتفاقية في ثوب عصري جديد. (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2003)، ص 67.

العقد أو الشرط بدليل صحيح وصریح من الكتاب أو السنة، لأن الإرادة حسيم وحدها كافية لإنشاء الإلتزامات¹.

-الرأي القائل بحظر الإشتراط في عقد الزواج: يرى أصحاب هذا الرأي من جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية، بأن الأصل في العقود والشروط الحظر والمنع حتى يقوم الدليل على الصحة والجواز من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، وعليه تكون كل الشروط باطلة ماعدا الشروط التي ورد النص بجوازها وصحتها².

فأنصار هذا الرأي تمسكوا بأن الأصل في الإشتراط الحظر والمنع، -مع إختلافهم في بعض التفاصيل- فالشروط المباحة في نظرهم هي فقط التي لا توافق مقضى عقد الزواج وتلائم أحكامه أو رد نص شرعي في إحدى مصادر التشريع يجيز ذلك الشرط، ولم يفتحوا باب الشروط إلا بقدر معين، يختلف تعدادها من مذهب لأخر وسيتم توضيحها أدناه.

ب-موقف قانون الأسرة الجزائري

أجاز قانون الأسرة من خلال المادة 19 للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج ما يشاءان من الشروط تكون فيها فائدة مادامت لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً، وما دامت لا تنافي أو تناقض مقاصد عقد الزواج، فإذا تضمن عقد الزواج شرطاً من هذه الشروط، وكان الشرط لصالح الزوجة وخالفه الزوج فيحق للزوجة أن تلجأ للقضاء للمطالبة بالتطبيق نتيجة ذلك³.

مما يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنابلة في جعل الحرية في الإشتراط للزوجين في عقد الزواج بشرط ألا تناقض أحكام قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، ويتضح حرية الإشتراط بفحوى المادة 19 ق.أ بنصها (للزوجين أن يشترطا.... كل الشروط... ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)، وهو رأي الحنابلة الذين أجازوا الإشتراط ما لم يوجد دليل على عدم إعتباره.

-أنوع الشرط المقترن بعقد الزواج:

1-الشرط المتقدم: هو ذلك الشرط الذي يشترطه المتعاقدان قبل إنعقاد العقد، غير أنهما لا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا بالنص ولا بالإشارة، ويسمى بالشرط السابق أيضاً⁴.

2-الشرط المقارن: ويسمى أيضاً بالشرط في صلب العقد أو الشرط المتفق عليه في العقد أو الشرط المقترن بالعقد، فهو الشرط الذي لا يُعلّق عليه وجود أو انعدام الشيء، وإنما هو أمر زائد يضاف إلى الشيء، بحيث يقترن بالعقد بكلمة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا، أو بشرط أن وغيرها من الكلمات، ويكون العقد

¹ يوسف مسعودي، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، قسم الحقوق، المركز الجامعي بشار، 2006-2007، ص 46.

² كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية. (د. ط: تونس: دار بوسلامة، 1983)، ص 18.

³ أحمد نصر الجندی، المرجع السابق، ص 123.

⁴ صافية بلحواس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2013-2014، ص 18.

المقترن بالشرط مقيداً به، والمقيد هنا هو حكم العقد والقيود هو الشرط الذي يلتزم به المتعاقدان ومن ثمّ فإن الشرط المقارن هو إلزام جديد زائد على أصل العقد، يضعه المتعاقدان ليزيدا أو يقويا من إلتزامات التعاقد¹.

3- الشرط المتأخر؛ ويسمى بالشرط اللاحق يقصد به الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدان بعد إبرام العقد².
- الأثار المترتبة على عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج: بالرجوع إلى المادة 19 من قانون الأسرة نجدها أجازت للزوجين أن يشترطا أي شرط أثناء إبرام عقد الزواج، أو بعد إبرامه يتم إلحاق الشرط بوثيقة رسمية تصدر من عند موثق، يكون في ذلك الشرط منفعة للحياة الزوجية واستقرارها ما لم يكن يتنافى مع الشرع حيث نصت (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم يتناف هذا الشرط مع أحكام هذا القانون).
وبذلك يمكن للزوجة أن تكون هي التي وضعت الشرط المقترن بعقد الزواج، ومن بين تلك الشروط التي ذكرتها المادة 19 على سبيل المثال لا الحصر، شرط عمل المرأة وعدم تعدد الزوجات، فإذا خالف الزوج شرط الزوجة يحق لها أن تطالب بالتطليق بموجب المادة 53 الفقرة 9 (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عنها في عقد الزواج)، ويقع على الزوجة عبء الإثبات.

كما نجد أن الإجهاد القضائي الجزائري سار على جوازية الزوجة الإشتراط في عقد الزواج، وأحقية الزوجة المطالبة بالتطليق جراء مخالفة زوجها تلك الشروط، ومن الإجهادات القضائية، "يجوز للزوجة أن تشتترط لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراماً أو تحرم حلالاً، وبشرط أن لا يناقض روح العقد"³.

ثانياً: إثبات الزواج

- تسجيل الزواج العرفي (الزواج بقراءة الفاتحة مع الإمام):

- تعريف الزواج العرفي: عقد بين رجل وامرأة أبرم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتم فيه الدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية، ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانوناً لذلك⁴، ويظهر من خلال التعريف بأن ضابط التمييز بين الزواج العرفي والزواج الرسمي هو القيد وعدمه في سجلات الحالة المدنية.

¹ رشدي شحاتة أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 2001)، ص 75-76.

² صافية بلحواس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2013-2014، ص 20.

³ رقم القرار: غير موجود، بتاريخ 1971/03/03، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1972، ص 39.

⁴ بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد: 2، 2002، ص 157.

فالزواج العرفي يبقى صحيحاً، ولو لم يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية، لأن إغفال هذا التسجيل وإن كان لا يؤثر في قيامه، فإنه يبقى لازماً لإثباته بحكم نص المادة 22 من قانون الأسرة¹.

وهذا يتضح أن الزواج العرفي هو عقد كامل وتام من ناحية الأركان والشروط المطلوبة لقيامه في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، إلا أنه لم يتم تسجيله بعد، لذا جاءت التسمية بالزواج العرفي كونه يختلف عن الرسمي بالكتابة فقط، مما يجعله صحيحاً يمكن الإعتراف به من الناحية الشرعية والقانونية.

- طرق إثبات الزواج:

1- الزواج المدني: هو الزواج المسجل في سجلات الحالة المدنية، وذلك بتسجيله من طرف ضابط الحالة المدنية في السجل الخاص بعقود الزواج، حيث يمكن إثبات هذا الزواج بإستخراج نسخة من العقد من سجل عقود الزواج، يسمى وثيقة عقد الزواج، وهو ما نصت عليه المادة 22 (يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية..).

- الزواج العرفي (الزواج غير المسجل):

إذا سبق لشخص أن أبرم عقد زواجه بالفاتحة على يد الإمام وبحضور جماعة من المسلمين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ما دام أن الزواج بالفاتحة ما يزال معمول به عرفاً في الحياة العملية فإنه ليس أمام هذا الشخص من سبيل لإثبات هذا الزواج إلا باللجوء إلى المحكمة المختصة ويكون هذا بكتابة طلب إلى وكيل الجمهورية يلتمس فيه تسجيل عقد زواجه ثم تقوم النيابة العامة بإحالة الطلب إلى رجال الضبطية لتجري صحة ما يراد تسجيله وعندها يطلب وكيل الجمهورية من رئيس المحكمة بإصدار حكم بتسجيل هذا العقد بعد التحقيق في الأدلة والحجج والتأكد من توافر أركان وشروط المادتين 9 و9 مكرر ق أ وبعد استصدار هذا الحكم القضائي يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية ليقوم هذا الأخير بتسجيل وقيدها في سجلات الحالة المدنية وبعد اتباع هذه الإجراءات المحددة في قانون الحالة المدنية، يستطيع الشخص الحصول على نسخة مستخرجة عن سجل الحالة المدنية ويثبت قانوناً قيام عقد الزواج. وهو ما نصت عليه المادة 22 ق أ (يثبت عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة).

وباعتبار الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تثبته بموجب حكم قضائي، وإذا كان الزواج يثبت في الحالات العادية بمستخرج من سجل الحالة المدنية، فإن الإشكال الذي يطرح هو كيفية إثبات الزواج حال انعقاده بطريقة عرفية بمجرد توفر الأركان والشروط، ومن طرق الإثبات المعتمدة قضاء نذكر:

¹ عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد: 1، العدد: 1، ديسمبر 2015، جامعة الوادي، ص 129.

-إثبات الزواج العرفي بالإقرار: الإقرار بوجه عام هو واقعة مادية، تنطوي على تصرف قانوني مفاده اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصده¹، وينقسم الإقرار إلى نوعين:

1-الإقرار غير القضائي: هو ذلك الإقرار الذي تم خارج ساحة القضاء، كأن يقر فلان أن فلانة زوجته.

2- الإقرار القضائي: هو إقرار الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه.

-حجيته في الإثبات: القضاء الجزائي لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز به العقد من خصوصية وطابع إجتماعي، حيث يتم اللجوء للبيئة (شهادة الشهود) بإعتباره الدليل الأنجع من حيث القوة الثبوتية².

-إثبات الزواج العرفي بالشهود:

البيّنة معنيان، معنى عام وهو الدليل أياً كان كتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإنما نقصد هنا البيّنة بهذا المعنى العام، أما المعنى الخاص، فيراد بها شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرية إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ البيّنة إلى الشهادة دون غيرها، وتوجد ثلاثة أنواع للبيّنة: أ-شهادة الرؤية (شهادة مباشرة): الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشهادة ما وقع تحت بصره أو سمعه، ويشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية لأنه رآها بعينه.

ب-الشهادة السمعية: وتسميته في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، حيث يشهد فيه الشاهد بما سمعه عن غيره، كأن يشهد شخص أمام القاضي أنه سمع شخص يروي أن فلان تزوج بفلانة.

ج-الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما يتسامعه الناس، وصاحبها لا يروي عن شخص معين يحمله مسؤولية ما سمع، ولا عن واقعة بالذات، بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة، وما شاع بين الجماهير في شأنها، كالقول: قيل أن فلان تزوج بفلانة³.

النكاح الفاسد والباطل

-تعريف الزواج الصحيح: هو ذلك العقد الذي توفر فيه جميع أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادتين 9 و9مكرر وهو ينتج آثاره الشرعية والقانونية كالنفقة والنسب والتوارث ووجوب المهر وحرمة المصاهرة..

-تعريف الزواج غير الصحيح: وهو ذلك الزواج الذي يختل فيه إحدى أركان أو شروط عقد الزواج فيصبح ذلك الزواج فاسداً وهو نوعان:

أ- تعريف الزواج الفاسد:

-الفساد لغة: نقيض الإصلاح، فسد يفسد وفساداً أو فسوداً فهو فاسد وفسيد فيها⁴.

¹ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مجلد1. (د. ط: القاهرة: دار النهضة العربية، 1982)، ص 410.

² عبد الله حاج أحمد، المرجع السابق، ص 134.

³ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 413.

⁴ بن زكريا الأنصاري، الحدود الأنثيقة والتعريفات الدقيقة. (د. ط: بيروت: دار الفكر المعاصر، 1411هـ)، ص 556.

-اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الفساد والبطلان في الزواج، فمنهم من يعتبرهما مترادفان وهو رأي الجمهور، وفرق البعض بين الفساد والبطلان وهو ما ذهب إليه الحنفية:
1- رأي الجمهور:

اعتبر جمهور الفقهاء الفساد والبطلان في النكاح بمعنى واحد لا فرق بينهما، فالزواج الفاسد والباطل هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وهو ينقسم إلى قسمين:
أ-زواج متفق على فساده:

وهو ما يكون فساده مؤبداً لا يتغير بتغير الأحوال والأزمان، وهذا القسم يتفق على تحريمه جميع الفقهاء، كالزوجات من المحرمات بالنسب أو بالمصاهرة أو بالرضاعة¹.
ب-زواج مختلف حول فساده:

وهو ما يكون فساده مؤقتاً إذا زال المانع أصبح صحيحاً، ولذلك نجد بعض الفقهاء يعتبرونه صحيحاً وبعضهم يعتبرونه فاسداً مثل نكاح المحرم ونكاح المريض.
2- رأي الحنفية:

الزواج الفاسد هو ما حصل خلل في وصف بأن كان في شرط خارج عن ماهيته وأركانه، كعدم حضور الشاهدين، أو أن تكون المرأة محرمة على من تزوجها بشرط عدم علمها وقت العقد بالحرمة².
وبالتالي فالزواج الفاسد عند الحنفية هو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده وتخلف فيه شرط من شروط الصحة، ولا فرق عند الجمهور بين الفاسد والباطل.
- تعريفه قانوناً:

لم يعرف المشرع الجزائري أيضاً الزواج الفاسد ولكن بالنظر إلى المادتين 9 مكرر و33/2 من الأمر 02-05 أمكن القول بأنه: هو كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطاً من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر وتبين أمره قبل الدخول طبقاً للمادة 33/2 من الأمر 02/05.

أ- تعريفه فقهاً: الزواج الفاسد عند الحنفية هو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده وتخلف فيه شرط من شروط الصحة، ولا فرق عند الجمهور بين الفاسد والباطل.

ب- تعريفه قانوناً: لم يعرف المشرع الجزائري أيضاً الزواج الفاسد ولكن بالنظر إلى المادتين 9 مكرر و33/2 من الأمر 02-05 أمكن القول بأنه: هو كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطاً من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر وتبين أمره قبل الدخول طبقاً للمادة 33/2 من الأمر 02-05.

ب-تعريف الزواج الباطل: الباطل هو عكس ما يدل على الصحة، فالمراد بالصحة هي اعتبار الشرع الشيء في حق حكمه وفي العقود كل ما كان سبباً لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه فهو صحيح³.

¹ مصطفى بن حمو ارشوم، النكاح صحة وفساداً وأثاراً. (ط: 1؛ عمان: مطابع النهضة، 2002)، ص 88.

² سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وأثارهما، ط: 2؛ مطابع عصر الجماهير الخمس، ليبيا، 1998، ص 138.

³ محمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، ط: 1؛ دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002، ص 46.

أما الباطل فمعناه عدم وقوعها عن المطلوب، وبقاء الذمة مشغولة به وعدم صلاحيتها لأن ينبني عليها ما شرطت له وعدم ترتيب الآثار عليه، أو وقوع الفعل غير كاف لإسقاط القضاء¹.
-عند الحنفية: هو حدوث خلل بأصل العقد بأن يتخلف ركن من أركانه أو شرط من شرائط انعقاده. ولا يترتب عليه أي أثر شرعي ويعتبر وجوده كعدمه. في حين أن الجمهور لا يفرقون بين الفاسد والباطل فهو سواء وقد سبق تقديم تعريفهم.

-أسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

1-فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي؛ والمتعلق برضا الزوجين، وهو ما نص عليه المشرع في المواد 9/4، 33 ق. أ، فإذا أُنعدم تطابق الإيجاب والقبول يعتبر العقد باطلاً؛ كما أنه لا يحق للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج وفق م13 ق. أ، ولا يجوز حتى لقضاة الموضوع إجبار المرأة الغير راضية به على إتمام إجراءات الزواج أو مراسيم الدخول بها.

2-كل زواج بإحدى المحرمات؛ لوجود موانع شرعية بين الزوجين سواء منها المؤبدة أو المؤقتة وفقاً للمواد من 23 إلى 30 ق. أ ويبطل في هذه الحالة قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء².

أولاً: تعريف الفسخ في عقد النكاح.

1- الفسخ لغة: هو النقض، ويقال فسخ البيع، والعزم فانفسخ: أي نقضه فانتقض³.

2- اصطلاحاً: هو حل رابطة العقد أو حل ارتباط العقد⁴، ويكون في الزواج الصحيح وغير الصحيح.

3- قانوناً: لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الفسخ، وترك ذلك للفقهاء.

4- الفرق بين الفسخ والبطلان: يبرز الفرق بين الفسخ والبطلان؛ في أن الفسخ لا يرد إلا على عقد ولو كان صحيحاً، لكنه إختل فيه شرطاً من شروط الصحة، أو شابه عيب من عيوب الإرادة (بإكراه أو تدليس مثلاً)، بينما البطلان يلزم عقداً ولد ميتاً، ولم يكن صحيحاً في أي وقت بعد ولادته⁵.

ثانياً: حالات الفسخ.

فالفسخ هو حل الرابطة التي تربط بين الزوجين، وقد يكون الفسخ في حالتين أولاًها بسبب طارئ على العقد يمنع بقاءه، وثانيتهما بسبب خلل وقع في العقد، وذلك كالآتي:

1- الفسخ الطارئ على العقد: فهو فسخ لا يعد نقضاً للعقد من أصله، وإنما يطرؤ عليه فيمنع بقاءه واستمراره⁶، فيكون في حالات عدة أهمها:

¹ محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج1، ط: 1؛ دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 257.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 291.

³ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص 211.

⁴ زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع. (ط: 1؛ دمشق: دار الفكر، 1983)، ص 402.

⁵ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 295.

⁶ أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية في فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع. (ط: 1؛ عمان: دار المسيرة، 2009)،

- أن يرتد أحد الزوجين عن الإسلام، أو كأن يسلم الزوج وزوجته غير كتابية فيعرض عليها الإسلام أو الدخول في دين سماوي فتأبى ذلك¹.

- ارتكاب أحد الزوجين مع أصول أو فروع الزوج الآخر ما يوجب حرمة المصاهرة.

- الفسخ للملاعنة عند أبي يوسف والمالكية والشافعية والحنابلة².

والفسخ الذي لا يعد نقضاً للعقد ينقسم إلى قسمين:

أ- فسخ مؤبد: وهو الفسخ الذي يكون بسبب حدوث تحريم بين الرجل والمرأة على وجه التأييد، كأن يقع منها لأصلها أو فرعها ما يوجب حرمة المصاهرة.

ب- فسخ مؤقت: ويكون سببه تحريماً مؤقتاً بين الزوجين كالردة واللعان³.

2- الفسخ بسبب خلل وقع في العقد: وهو فسخ يعد نقضاً للعقد من أصله وله حالات:

- الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة.

- والفسخ لعدم الكفاءة ولنقصان المهر عن المثل.

- الفسخ بعدم إجازة الولي أو تزويج ناقص الأهلية نفسه⁴.

- إذا تم العقد وتبين أن الزوجة التي عقد عليها أخته من الرضاع فسخ العقد⁵.

والفسخ الذي يكون نقضاً للعقد من أصله، يكون في أكثر أحواله محتاجاً لقضاء القاضي لأنه مبني على

أمور هي محل تقدير بين يدي القضاء، كالكفاءة ومهر المثل، أما الفسخ بحدوث ما يوجب التحريم، فإنه لا

يحتاج إلى قضاء القاضي⁶، كما إذا تبين للزوجين أنهما أخوان من الرضاع، وحينئذ يجب على الزوجين، أن

يفسخوا العقد من تلقاء أنفسهما⁷.

-الفرق بين الفسخ والطلاق.

للهولة الأولى يتضح أن للفسخ والطلاق معنًى واحداً، باعتبار أن لكليهما مقصد واحد وهو فك الرابطة

الزوجية، لكن الفروق بينهما متعددة من حيث المعنى والسبب والأثر ويُفسر ذلك كما يلي:

1- الطلاق يعد إنهاء لعقد الزواج ولا يزول الحل إلا بعد البيّنونة الكبرى، أما فسخ الزواج فقد يكون

نقضاً لعقد الزواج لخلل وافق نشوءه، أو عارض طراً على الزواج فمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحاً، أو حادث

أصاب أحد الزوجين فأعطى للأخر حق طلب الفسخ.

2- الطلاق قد يكون بائناً لا رجعة فيه، ورجعياً يجوز للزوج مراجعة زوجته مادامت في العدة أما الفسخ

¹ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2004)، ص 172.

² أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 50.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. (ط: 3؛ د. م: دار الفكر العربي، 1957)، ص 279.

⁴ أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 50.

⁵ السيد سابق، فقه السنة، ج 2. (ط: 1؛ لبنان: دار الفكر، 1977)، ص 267.

⁶ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 279.

⁷ السيد سابق، المرجع السابق، ج 3، ص 71.

فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها.

3- الفرقة التي تعد طلاقاً تنقص من عدد الطلاقات الثلاث التي يملكها الزوج، أما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها.

4- الطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح، أما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح أو غير صحيح¹.

5- الطلاق غالباً ما تكون الأسباب المؤدية إليه خفية (أسرار زوجية)، وقد تكون خارجية كضعف الوازع الديني، والعقم، وتدخل الأقارب في الشؤون الزوجية، والزواج بالإكراه من أشخاص لا رغبة فيهم، الخيانة الزوجية، زواج المصلحة....، أما الفسخ فأسبابه معلومة ظاهرة، بدلائل ملموسة وقرائن واضحة².

-الفسخ في قانون الأسرة الجزائري.

لقد عالج قانون الأسرة الجزائري مسألة الفسخ في الفصل الثالث منه تحت عنوان الزواج الفاسد والباطل في مادتين، م²/33 و م³4 ق أ وبيان ذلك في مايلي:

أولاً: أسباب الفسخ في قانون الأسرة الجزائري كالتالي:

1- إذا تم الزواج فاقداً لشرط واحد من شروط الصحة: كما لو كان العقد دون شهود، أو ولي في حالة وجوبه، أو دون صداق، أو شاب الإرادة عيب من عيوب الرضا (بإكراه أو تدليس أو غلط...)، فإنه يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء، ولا صداق فيه، ويثبت (أي يصحح) بعد البناء بصداق المثل، بموجب المادتين 17، م²/33 من ق أ، وجاء في هذه الأخيرة (إذا تم الزواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل)³.

2- إذا إشتهل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو يتعارض مع أحكام قانون الأسرة (المادة 19 و 32 ق أ). غير أن المشرع صححه بالدخول، حيث قرر ببطالان الشرط وبقاء العقد صحيح (م³5 ق أ)، فلا يحكم القاضي بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسداً، كما يستوجب على المشرع الجزائري التوفيق بين المادتين 32 و 35 من ق أ، بإعادة الإنسجام بينهما وإزالة اللبس الظاهر بينهما.

3- إذا كان الزواج دون ولي في حالة وجوبه (المادة 11 و م²/33 ق أ): فإن المرأة الراشدة التي بلغت سن الرشد القانوني لها أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

4- إذا تزوج أحد الزوجين في مرض الخوف، الذي يخشى عليه الموت بسببه: فإن عقد زواج المريض من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها (المادة 131 و 222 ق أ)، وقال المالكية بعدم جواز نكاح المريض والمريضة مرضاً "مخوفاً"، وحكمه أنه يفسخ بالطلاق قبل البناء وبعده.

5- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثاً: ويقصد هنا الطلاق البائن بينونة كبرى (م³0 و 222 ق أ)، فإذا كانت نية الزوج منصبة على مجرد تحليل المرأة لمطلقها فهو نكاح التيس المستعار (المُخَلَّلُ):

¹ سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري. (لا. ط: المحمدية الجزائر: دار طليطلة، 2010)، ص 115.

² المصري مبروك، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري. (د. ط: بوزريعة الجزائر: دار هومة، 2010)، ص 44.

³ بلجاج العربي، المرجع السابق، ص 297.

فإنه يعتبر الزواج فاسداً لعقده، قال المالكية: هو نكاح باطل يفسخ قبل الدخول وبعده¹، قال عقبة بن عامر: قال رسول الله صل الله عليه وسلم: "أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ المُسْتَعَارِ"، قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: "هُوَ المُحَلِّلُ، لَعَنَ اللَّهُ المُحَلِّلَ، وَالمُحَلَّلَ لَهُ"².

6- الزواج بإحدى المحرمات يترتب عليه فسخ عقد الزواج، حيث جاء في المادة 34 من ق أ بنصها (كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء).
ثانياً: مؤاخذات على مواد قانون الأسرة الجزائري (المواد 32، 33، 34، 35 ق أ)

في دراسة المواد التي تتناول الفسخ لا بأس من التعرّيج على أهم الإنتقادات التي وجهت لهذه المواد والمواد المتعلقة بها، وباستقراء هذه النصوص يتضح أن أغلبها متناقضاً فيما بينها وفق ما يلي:

1- تناقض في الحكم بين نص المادة 32 والمادة 35 ق أ، حيث تقضي المادة 32 ق أ ببطلان العقد في حالة كونه قد إشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين أن نص المادة 35 ق أ يقضي ببطلان الشرط وصحة العقد في حالة إشماله على شرط ينافيه، وكان من المفروض أن تكون هذه الحالة في المادة 32 ق أ.
2- تناقض بين نص المادة 32 ق أ والمادة 34 ق أ، حيث تقضي المادة 32 ق أ ببطلان العقد مع وجود المانع، في حين أن المادة 34 ق أ تقضي بفسخ العقد قبل الدخول وبعده، إذا تم الزواج بإحدى المحرمات وهو يعد من الموانع، وهناك فرق بين الفسخ والبطلان من الناحية القانونية، فالفسخ في القانون يأتي على علاقة تعاقدية صحيحة، في حين البطلان لا يعترف بهذه العلاقة أصلاً ما عدا في حالة عيوب الإرادة التي يعتبر العقد فيها صحيحاً، ويتقرر البطلان بحكم من القضاء.

3- الفقرة 2 من المادة 33 ق أ " إذا تم الزواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، هذا النص به خلط وغموض، حيث توجد كلمة "في حالة وجوبه" في إشارة إلى الولي، في حين أنه واجب في جميع الأحوال، وبالتالي لا حاجة لهذه العبارة، وكذلك الحال لموضوع الصداق فلا حاجة لذكره هنا، ولا يمكن فسخ العقد ولو قبل الدخول في حالة عدم ذكر الصداق في العقد، لأن المادة 15/2² تنص على أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل، في حين تنص المادة 33 ق أ على فسخ العقد قبل الدخول وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل³.

-آثار الفسخ: يترتب على الفسخ مجموعة من الآثار نوجزها فيما يلي:

أولاً: بالنسبة للمهر

كل فرقة حدثت بعد دخول الزوج بزوجه دخولاً حقيقياً، أو بعد الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الدخول الحقيقي، فإنها لا تنقص شيئاً من المهر سواء أكانت الفرقة من قبل الرجل كإرتداده أو إباطه الدخول

¹ بلجاج العربي، المرجع السابق، ص 297-298.

² أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1 (لا. ط: بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، باب المحلل والمحل له، ص 623.

³ ابن شوخ الرشيد، المرجع السابق، ص 99-100.

في الإسلام، أم فعله بأحد أصولها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة، أم كان سبب الفرقة من قبل المرأة كارتدادها أو إبائها الإسلام، أو فعلها بأحد أصوله أو فروعها مما يوجب حرمة المصاهرة.

فإن كانت الفرقة قبل الدخول الحقيقي وقبل الخلوة الصحيحة التي تقوم مقامه، وكانت الفرقة بين الزوجين سببها من قبل الزوجة سقط المهر كله، وإن كان سببها من قبل الرجل وجب نصف المهر، وإن كانا قد سميا وقت العقد مهراً، ووجبت المتعة إن لم يكن ذلك¹.

ثانياً: بالنسبة للعدة.

1- من فسخ عقد زواجها بسبب ينقض العقد من أساسه كالزواج الباطل، والفسخ لعدم كفاءة الزوج، أو بسبب نقصان المهر عن مهر المثل، أو بسبب ظهور أن العقد كان فاقداً لشرط من شروط صحته، فهي تصير أجنبية فور الفسخ ولا عدة عليها ما لم يكن قد دخل بها دخولاً حقيقياً.

2- المطلقة قبل الدخول بها حقيقة أو حكماً لا عدة عليها.

3- كل امرأة توفي عنها زوجها قبل أن يدخل بها إذا كان عقد زواجها غير صحيح شرعاً لا عدة لها.

4- إذا ارتد أحد الزوجين أو كليهما عن دين الإسلام، انفسخ عقد زواجهما في الحال وترتب على ذلك ما يلي:
أ- يجوز للزوجين أن يتفقا على الفسخ من تلقاء أنفسهما، وأن يفترقا عن بعضهما نتيجة ذلك.

ب- لا يستطيع الزوج أن يعيد زوجته إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين، بشرط زوال السبب الذي أدى إلى فسخ زواجهما.

ج- أن الفرقة التي هي فسخ لا تنقص عدد ما يملكه الزوج من التطليقات².

-أسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة الجزائري: وهي 3 حالات كالتالي:

1- فقدان ركن الرضا: يعتبر الرضا المتبادل بين الزوجين ركن عقد الزواج من خلال م9 ق أ فإن تم إسقاطه لا بد من إبطال عقد الزواج وهو ما نصت عليه م33¹ (يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا)

2- وجود شرط يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج: كما أن الإشتراط في عقد الزواج أجازة قانون الأسرة بموجب م19 المتعلقة بالشروط المقترنة بعقد الزواج بشرط أن لا يناقض عقد الزواج، فإن وجد شرط

يتنافى مع الزواج يبطل العقد (كإشتراط الزوجة التأقيت في الزواج) بموجب م32 (يبطل الزواج إذا إشتمل... شرط يتنافى مع مقتضيات العقد)

3- وجود مانع من موانع الزواج: إذا إشتمل عقد الزواج على إحدى الموانع المؤبدة أو المؤقتة يعد ذلك العقد باطلاً بنص م32 ق أ (يبطل الزواج إذا إشتمل على مانع...).

-الآثار المترتبة على الزواج بإحدى المحارم في قانون الأسرة: وقد نصت على ذلك م34 ق أ وهي:

-فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعد الدخول بالزوجة.

¹ كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع. (ط: 1؛ القاهرة: عالم الكتب، 2001)، ص 32.

² المرجع نفسه، ص 32-33.

-ثبوت نسب الولد لأبيه.

-وجوب العدة على المرأة المدخول بها بعد فسخ عقد الزواج.

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود بمجرد إبرامه بين الزوجين تترتب آثار عن عقد الزواج، ومن آثارها حقوق

وواجبات الزوجين والنسب والنفقة، وتفصيل ذلك كالتالي:

أولاً: حقوق وواجبات الزوجين: لعقد الزواج آثاراً أولها يترتب حقوق وواجبات على الزوجين، فيثبت لكل واحد منها حقوق، ويقع عليها إلتزامات لابد لكلا الزوجين احترامها، لتحقيق المودة المرجوة من الزواج، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده قد جمع الحقوق والواجبات في مادة واحدة، وهي المادة 36، كما أنه من آثار عقد الزواج النسب والتي عالجها المشرع في المواد من 40 إلى المادة 46، وتفصيلها كالتالي:

1-الحقوق والواجبات المتبادل بين الزوجين: وهي الآثار القانونية والشرعية لعقد الزواج الصحيح وهي حقوق وواجبات لازمة لا يجوز للزوجين أو لأحدهما التنازل عنها أو التملص منها، وقد نصت عليها م36 ق أ وهي كالتالي:

-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة: معنى هذا يجب القيام بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تدعيم العلاقات الزوجية واستمرارها، واستعمال كل الوسائل المادية والمعنوية للوصول إلى هذه الغاية النبيلة.

-المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة: ويكون هذا بالتعاون على جلب الخير ورفع الشر والتسامح والإخلاص في أداء الواجبات الزوجية.

-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم: يجب على كل من الزوجين أن يساعد الزوج الآخر في كل ما يهم مصلحة أفراد الأسرة والسهر على رعاية الأولاد وحسن تربيتهم عن طريق غرس الأخلاق الحميدة فيهم.

-التشاور في تسيير شؤون الأسرة: أي أن كلا الزوجين يقدم الآراء للتشاور في كيفية تسيير الحياة اليومية للأسرة وكذا الأطفال أو تنظيم النسل.

-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه وإحترامهم وزيارتهم: فلا بد كل من الزوجين أن يحترم والدي وأهل الزوج الآخر من خلال استقبالهم أو زيارتهم والإحسان إليهم.

-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف

-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه وإستضافتهم بالمعروف: فيحق للزوجة زيارة والدها، كما يحق للزوج كذلك، ولا يحق لأي منهما منع الآخر، كما أن من واجب كل من الزوجين ضيافة والد الآخر في منزل الزوجين.

-ملاحظات قانونية على حقوق وواجبات الزوجين:

1-أغفل المشرع الجزائري خمسة حقوق لم يذكرهم في م36 وهي التوارث وثبوت النسب وحرمة المصاهرة، وإثنان من حقوق المرأة على الرجل كالنفقة وعدم التعرض لأموالها الخاصة، مع أن هذه الحقوق المذكورة في مواد متفرقة وهناك حقوق للزوج كحق إرضاع الأولاد فالمشرع أغفله مع أن م39 الملغاة كانت تنص عنه

وكذا حق الطاعة بإعتباره رب الأسرة كذلك أغفل المشرع هذا الحق مع أن م39 الملغاة كانت تنص على هذا الحق كما أن هذا الحق وارد بنصوص القرآن والسنة فلماذا يلغي المشرع هذا الحق الشرعي، قال تعالى (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم) النساء 34.

-حقوق وواجبات الزوجين فقها: لقد قررت الشريعة الإسلامية حقوق الزوجية على أساس من العدل والانصاف للطرفين، حيث تتمثل الحقوق المشتركة بين الزوجين فيما يلي¹:

-حل العشرة الزوجية بينهما؛

-حرمة المصاهرة، فإن العشرة لما حلت بين الزوجين ربطت بينهما؛

-التوارث بين الزوجين؛

-حسن المعاملة؛

-ثبوت نسب الولد للزوج.

-حقوق الزوج على الزوجة: تتمثل حقوق الزوج على زوجته في الأمور التالية؛

-حق الطاعة في كل ما هو من آثار الزواج، وما يكون حكماً من أحكامه؛

-القرار في بيت الزوجية، لأنها القائمة بشئونه المحافظة على مافيه.

-ثبوت النسب.

-القيام على شؤون البيت ورعايته.

-الانتقال إلى بيت الزوجية.

-حقوق الزوجة على زوجها²: يثبت للزوجة على زوجها حقوقاً مالية وغير مالية، تتمثل فيما يلي؛

-المهر؛

-إعداد البيت وتجهيزه على عاتق الزوج؛

-النفقة.

ثانياً-النظام المالي بين الزوجين: المقصود بالنظام المالي بين الزوجين هو مجموعة الأحكام والقواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال مدة الزواج وبعده.

فكلا الزوجين يتمتعان بأهلية قانونية كاملة، فلكل منهما الحق في التصرف في أمواله بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة وفق م37/1 ق أ (لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر) وهي القاعدة التي تضعها الشريعة الإسلامية والتي مفادها أن الزواج لا أثر له على مال الزوجين سواء كان عقارا أو منقولا، فكل واحد من الزوجين يحتفظ بأمواله فلا يحق للزوج أخذ شئ من مال الزوجة إلا إذا رضيت بذلك، فلا ولاية للزوج على مال زوجته.

¹ أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه النكاح. (ط: 1؛ عمان: دار المسيرة، 2010)، ص 211.

² المرجع نفسه، ص 216-218.

-الديون المستقلة المستحقة على كلا الزوجين: يترتب على الذمة المالية المستقلة بين الزوجين استقلال الديون المستحقة عن كل منهما عن الآخر، وكذا استقلال كل منها بوفاء ديونه تجاه الغير، واستقلال كل منها بتحمل تبعات التنفيذ الجبري على أمواله الخاصة بسبب امتناعه عن الوفاء بالديون المستحقة عليه.

-الأموال المشتركة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية: قد يكتسب الزوجين خلال فترة الزواج أموالا وهو الأمر الذي قد يطرح مشاكل خصوصا بعد الطلاق مما دفع بالمشرع الجزائري أن يجيز لهما الإتفاق في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق لتنظيم الأموال المشتركة بينهما، وذلك في حالة ما إذا تم تقديم تلك الأموال في مشروع معين فيتم تحديد نسب الأموال التي يقدمها كل من الزوجين، والغرض من ذلك أنه في حال حصول نزاع حول ذلك المشروع أو حصول طلاق بين الزوجين فلكي يتم أخذ كل من الزوجين نصيبه من المشروع يكون بأخذ كل واحد من الزوجين بقدر النسبة التي تم تحديدها قبل البداية في المشروع.

وقد نص المشرع الجزائري على طريقة التعامل مع الأموال المشتركة بين الزوجين من خلال المادة 2/37² بنصها (غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما)

ثانيا: النسب

-تعريف النسب في اللغة: مصدر نسب يقال نسبه إلى أبيه نسا من باب طلب عزوته إليه. ويقال: بينهما نسب أي قرابة.

-النسب في الاصطلاح: هو القرابة وهو الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة.
-طرق إثبات النسب:

من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 حدد طرق إثبات النسب في ستة طرق:"
يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب."
يتضح لنا ما يلي:

أولا-إثبات النسب بالزواج الصحيح: العقد الصحيح هو الذي توافرت فيه كل أركانه وشروطه وهو سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية أو العدة لقوله صل الله عليه وسلم: "الولد للفراش ..."
ويشترط فيه ما يلي: (إمكانية الإتصال بين الزوجين -وعدم نفيه بالطرق المشروعة- وأن يوضع الحمل بين أقصى مدة الحمل 10 أشهر وأدناها 6 أشهر)¹.

ثانيا-إثبات النسب بالإقرار: وهو الاعتراف والإخبار عن ثبوت حق على نفس المقر والإعتراف به ويعد طريقة من طرق إثبات النسب وفق م 40، 44 ق أ وقد قسمه المشرع إلى نوعين:

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 371-372.

¹ باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2010)، ص 64.

أ- الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة: إن هذا النوع من الإقرار يشترط فيه الشرطين التاليين:

1/- ينبغي أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب ولو في مرض الموت.

2/- أن يكون الإقرار يصدقه العقل أو العادة.

ب- الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة (يمكن أن يكون بالأخوة أو العمومة): وهو حمل نسب على الغير، كأن يقول أحد هذا أخي، بالإضافة للشروط السابقة أضاف المشرع الجزائري أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار والادعاء¹.

-إثبات النسب بالبينة: ونصت عليها المادة 40 من قانون الأسرة، وقصد المشرع بالبينة شهادة الشهود، والبينة أقوى من الإقرار في إثبات النسب والبينة عادة ما تكون مطلوبة في حالة الإنكار من الزوج أو من الآخرين فلو ادعت المرأة أمومة طفل من زوجها وأنكر ذلك كان عليها أن تأتي بالبينة .

4-ثبوت النسب بالزواج الفاسد: تنص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"، ومن ثمة فإن المشرع الجزائري رتب على الزواج بإحدى النساء المحرمات فسخ ذلك العقد وإثبات النسب فيه.

5-ثبوت النسب بالنكاح بشبهة: النكاح بشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، فإن حصل به الولد يثبت نسب المولود لوالديه إذا وضع الحمل ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، والوطأ بشبهة ثلاثة أنواع:

-شبهة في الحكم: كما لو جهل الزوج حكماً من أحكام الزواج ونشأ عنه الدخول بالمرأة.

- شبهة في العقد: كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها أخته من الرضاع.

-شبهة في الفعل: كما لو دخل شخص على امرأة ظناً منه أنها زوجته ثم تبين له أنها غير زوجته.

6-إثبات النسب بالطرق العلمية: لقد أجازت م 2/40 ق أ اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب بنصها (يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب) ومن الطرق العلمية، البصمة الوراثية (AD N) وهي من بين الوسائل التي تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد وأبيه لإثبات البنوة أو الأبوة بيولوجياً².
-تعريف البصمة الوراثية.

البصمة لغة: "أثر الختم بالإصبع"، وبصمَ بصمًا إذا ختمَ بطرف إصبعه³.

الوراثة لغة: مجموعة من الصفات الفيزيولوجية والتشريحية والعقلية المتشابهة أو المتفرقة بين الأفراد الذين تربطهم صلة قرابة، والمتوارثة من جيل إلى آخر⁴.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 391.

³ مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 60.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 405-406.

-البصمة الوراثية اصطلاحاً: يقصد بالبصمة الوراثية (ADN) هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه¹.

-دور البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه:

نجد أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة رقم 11/84 بموجب المادة 40 قد جعل البصمة الوراثية كطريق لثبوت النسب، ولم يتكلم على أنه طريق لنفي النسب وهو ماجاءت به الفقرة الأخير من المادة 40 (...ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب)، ولم يقل لنفي النسب مما يعبر أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الذي يعتمد على البصمة الوراثية كطريق لإثبات النسب لا نفيه.

كما نلاحظ من خلال المادة 40 أن طرق النسب هي (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب)، مما يتبين أن المشرع الجزائري لم يرتب طرق إثبات النسب وإنما ذكرها مع استعمال أداة "أو" التي تفيد التخيير لا الترتيب وهذا في الطرق الخمسة.

أما الطريق السادس الذي أضافه بموجب التعديل الأخير 02/05 المتمثل في الطرق العلمية والتي أقواها البصمة الوراثية، فإنه لا يجوز تقديمها على الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب التي أوردها المشرع في المادة 40¹ ق الأسرة، كما أنه لا يمكن اللجوء للبصمة الوراثية لإبطال الأبوة الثابتة بهذه الطرق الشرعية أو التشكيك فيها. وبالإضافة إلى هذا، فإن نفي النسب الثابت بالطرق الشرعية لا يكون إلا عن طريق اللعان وفقاً للمادة 41 ق.²

وقد كان الاعتماد في الفقه الإسلامي في مسألة ثبوت النسب على ما يسمى بالقيافة (بأن يعرض الولد المتنازع عليه على القائف الذي يحسن الشبه، وما يحكم به القائف يعمل به لحل التنازع على النسب)، في حال تعذر الإقرار أو الشهادة، وفي العصر الحاضر تم اكتشاف العلامات الوراثية عن طريق تحاليل الدم المخبرية، وفحوصات بصمة الحامض النووي، وهي من الوسائل العلمية الدقيقة في مجال إثبات النسب. فإن اللجوء إلى الطرق العلمية ومنها البصمة الوراثية في مجال النسب لا يتعارض في شيء مع أحكام الشريعة الإسلامية، بل هي تدعيم للقاعدة الأصلية (الولد للفراش)، ذلك أن الفقه الإسلامي قادر على مسايرة المعطيات الفقهية المعاصرة وإقامة العدل الذي يقوم عليه القضاء، عن طريق الاستعانة بالطرق العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة.

إن تحاليل البصمة الوراثية تقوم أساساً على معرفة الشبه بين الولد ووالديه، ولكن عن طريق النمط الوراثي العلمي للحامض النووي (ADN) فهي نوع من القيافة لبيان الشبه القائم على الحس والمشاهدة، وإن تميزت البصمة الوراثية بنتائجها البيولوجية اليقينية والدقيقة في المختبرات المعتمدة³.

¹ باديس ذيايي، المرجع السابق، ص 87

² قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1993/11/23، ملف رقم: 99000، م.ق. 1994، عدد 2، ص 64.

³ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 2004، عدد 17، ص 78-79

ونلاحظ بأنه فيما عدا الطرق الشرعية والقانونية لإثبات النسب المحددة في المادة 1/40¹ فإنه يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية كخبرة طبية أو كدليل علمي لإثبات البنوة أو الأبوة بيولوجيا وفقا للمادة 2/40² ق. أ المضافة سنة 2005، لحل قضايا التنازع الشائكة على النسب في عدة حالات نذكر منها:

- حالة الولد المجهول النسب أو اللقيط لمعرفة والده الحقيقي.
- حالات اختلاط الموالييد في مستشفيات الولادة، وأصحاب الجثث المفحمة.
- الاشتباه في حالة أطفال الأنايب.
- الشك في النسب للوصول إلى حقيقة نسب الولد، أو إذا دعت الضرورة الشرعية لذلك.
- حالات نسب الولد الناتج عن الوطأ بشبهة، أو من زواج فاسد كزواج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها، وكذلك حالات الزنا والاعتصاب بالإكراه لمعرفة الشخص الزاني لاستلحاق ولده من الزنا.
- الحالات التي يدعي فيها رجلان نسب الولد المتنازع عليه لمعرفة الأب الحقيقي لهذا الطفل.
- الحالة التي تدعي فيها المرأة أن مولودها يخص رجلا معيناً، لإجباره على الزواج أو طمعا في الميراث والنفقة للتأكد من النسب سلباً أو إيجاباً.
- الحالات التي يدعي فيها رجل أنه فقد ابنه لفترة طويلة، وكذا حالات اختلاط الأطفال في الحروب والكوارث والضحايا مجهولوا النسب لإثبات هوية الطفل والتحقق من نسبه الحقيقي.
- لمنع اللعان، كما لو عزم الزوج على اللعان (م 41 ق. أ) فإن البصمة الوراثية (م 2/40² ق. أ) يمكنها دفع هذا الشك والإكتفاء بنتيجتها لحل التنازع كدليل علمي قاطع¹.
- الضوابط الشرعية والقانونية لإجراء تحاليل البصمة الوراثية:
- أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء، في مختبرات مختصة ومعتمدة وموثوق بها، لضمان صحة النتائج وحيادها، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة وسرية المعلومات الطبية الوراثية، لتعاملها في الجينات البشرية، وهو ما أشارت إليه المادة 2/40² ق. أ، من أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ويمكن للنيابة العامة أيضا طلب اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في قضايا التنازع على النسب (المادة 3 مكرر ق. أ).
- 2- يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في قضايا التنازع على النسب (م 2/40² ق. أ)، شرط ثبوت الفراش باعتبارها الأدلة الشرعية والقانونية لثبوت النسب (والتي منها الإقرار والبينة والقيافة)²، فلا يجوز أن تتقدم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية التي نص القانون على ثبوت النسب بها (م 1/40¹ ق. أ)، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية والقانونية.
- إن الطرق العلمية المعاصرة (كالبصمات الوراثية، والفحوصات الجينية، وتحاليل الدم...)، التي تثبت العلاقة البيولوجية الحتمية بين الولد وأبيه، لا تثبت النسب تلقائيا لمجرد ثبوت هذه العلاقة بالفحوصات

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 397-398.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. (ط: 3. الجزائر: دار هومة، 2011)، ص 30.

الطبية؛ وإنما يجب ربطها بوجود الفراش الشرعي المبني على العقد الشرعي إذا توافرت شروطه الشرعية والقانونية الواردة في المواد 40/1 و41 و42 و43 من ق.أ.

إن الشخص الثابت نسبه بالفراش الصحيح، لا يجوز إجراء البصمة الوراثية لنفي ذلك النسب، لأنه لا ينفى في الشرع والقانون إلا باللعان (م 41 من ق.أ).

3-لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أنه لا يجوز الاستغناء بها عن اللعان؛ لأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب الثابت هو اللعان، وفقا للمادة 41 ق.أ.¹

4-لا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة²، فلا يجوز التلاعب بالجينات البشرية بالبيع أو الغش أو التجارة أو غير ذلك³.

فإنه يجب عدم نسيان المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، وكذا المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية سواء في التجارب أم في الاستعمال نفسه، بما في ذلك استخدام البصمة الوراثية والتحليل البيولوجي للجينات البشرية في مجال الطب الشرعي والنسب⁴.

5-إن تقرير خبراء البصمة الوراثية بعد إجراء التحاليل، هو خبرة طبية فنية، أي تقرير علمي صامت، إذ يتمتع القاضي وفقا لسلطته التقديرية بحق تقدير نتائج الخبرة ومحتواها، بما في ذلك الأدلة الفنية، فتكون البصمة الوراثية كقرينة من القرائن التي ستند إليها القضاء والأخذ فيه بما هو مجدياً وترك منه ما يعارض الصواب وهو ما يستقل به قضاة الموضوع⁵. فإن القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة (م 144/2 ق.إ.م.إ.)، فإذا أمر القاضي بإجراء خبرة طبية لإجراء تحاليل البصمة الوراثية تعين عليه أن يقوم بتعيين الخبير مع توضيح مهمته، التي تكتسي طابعا فنيا بحثا، وهذا كله مع مراعاة عدم لتخلي عن صلاحياته لفائدة الخبير⁶. وللقاضي مناقشة محتوى تقرير الخبرة والرد على الدفوع المثارة من قبل الأطراف وتقدير مدى ملائمة خبرة مضادة، ما دام تقرير الأدلة موكولا لقضاة الموضوع⁷. فإنه إذا تعارض أقوال خبراء البصمة الوراثية بأن تعدد الخبراء، أو تعددت المختبرات فإن الأمر في هذه الحالة راجع إلى قضاة الموضوع أيضا؛ لأن الأمر يتعلق بأمر مهم وهو النسب الشرعي.

¹ قراررقم 204821، بتاريخ 1998/10/20، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد خاص، ص 82.

² مجلة مجمع الفقهي الإسلامي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، 2003، العدد 16، ص 63.

³ بلحاج العربي، الاستنساخ الجيني البشري في الميزان الشرعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، 2002، العدد 435، ص 140.

⁴ نزيه الصادق المهدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ماي 2002، المجلد 3، ص 989.

⁵ قراررقم 81393، بتاريخ 1992/01/29، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد خاص، ص 102.

⁶ قراررقم 97774، بتاريخ 1993/07/07، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 2، لسنة 1994، ص 108.

⁷ طالب أحمد، الأخطاء الشكلية والموضوعية في الأحكام القضائية، مجلة قضائية، عدد 1، 2003، ص 30.

6-لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالفراش الصحيح (م 1/40 ق.أ)، لما قد يترتب عليه من سوء العشرة الزوجية وتفكك العلاقات الأسرية والاجتماعية، وغير ذلك من المفاسد الكثيرة التي يجب دفعها وردّها¹.

-طرق نفي النسب:

بالرجوع لأحكام الشرع الإسلامي نجدتها اعتمدت طريقاً وحيداً لنفي النسب ألا وهو اللعان، وقد اعتمد عليه المشرع الجزائري وذلك بجواز نفي النسب بالطرق المشروعة، ويعد اللعان الطريق الوحيد لنفي النسب، وسيتم توضيح معناه وأحكامه وفق ما يلي:

-التعريف باللعان:

1- اللعان لغة: المباهلة²، ويأتي بمعنى الطرد والإبعاد، يقال لعنه، أي طرده وأبعده أو سبه فهو لعين وملعون، ولعن الرجل زوجته: قذفها بالفجور³.

2- إصطلاحاً: اللعان أو الملاعنة، هو حلف الزوج بألفاظ مخصوصة على زنا زوجته، أو نفي ولدها منه، وحلف الزوجة على تكذيبه فيما قذفها به⁴.

ثانياً: محل اللعان في قانون الأسرة الجزائري.

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على اللعان في باب الطلاق كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، ولكنه أشار إليه في موضعين من قانون الأسرة:

1- في المادة 41 ق أ: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً، وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، والمعلوم أن من الطرق المشروعة لنفي النسب اللعان.

2- كما أنه ذكر اللعان في المادة 138 ق أ (يمنع من الإرث اللعان والردة)⁵.

وبذلك فقانون الأسرة الجزائري لم يأخذ باللعان كسبب للتفريق بين الزوجين في باب الطلاق، مع أنه منصوص عليه شرعاً، إلا أنه أخذ به كسبب مانع من الميراث في م 138 ق أ وكان على المشرع أن ينص عليه في باب الطلاق تحت عنوان التفريق القضائي، نظراً لما يترتب من نتائج على الزوجين، وقد تمتد هذه النتائج والآثار إلى النسب والميراث⁶.

ثالثاً: الحكمة من مشروعية اللعان.

أن الرجل قد يبطل بامرأة تفسد فراشه بالزنا، فيعظم عليه إشهاد شهود عليها وقتئذ حيث يلحقه العار

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 400.

² أبو بكر الرازي الجصاص ت 370هـ، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ج2 (لا. ط: بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص 250. (بتصرف).

³ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام. (لا. ط: الإسكندرية: دارالجماعية الجديدة، 2004)، ص 167.

⁴ كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة. (لا. ط: القاهرة: المكتبة التوفيقية، 2003)، ص 370.

⁵ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 307.

⁶ ابن شويع الرشيد، المرجع السابق، ص 216.

بذلك، وإن قذفها وليس له بينة أقيم عليه الحد، وإن سكت قد يلحقه من ذلك نسب غيره، فشرع له اللعان خُروجاً من ذلك، لهذا نزلت آية اللعان¹.

وبذلك فقد شرع اللعان لعدة حكم تعود على كلا الزوجين منها:

- 1- صيانة عرض الزوجين والمحافظة على كرامتهما.
- 2- دفع حد القذف على الزوج، وحد الزنا على الزوجة.
- 3- التمكين من نفي الولد الذي قد يكون لغير صاحب الفراش².

رابعاً-أسباب اللعان.

وسببه عند العلماء أمران وهما:

1-القذف بالزنا: قذف الرجل زوجته قذفاً بالزنا يوجب حد الزنا. وهو عند المالكية: إدعاء رؤية الزنا بشرط أن لا يطأها بعد الرؤية، فإن إدعى الزنا دون الرؤية حد للقذف، ولم يجز اللعان على المشهور عندهم خلافاً لغيرهم من الفقهاء.

2-نفي الولد: نفي الحمل أو الولد، ولو من وطئ شبهة أو نكاح فاسد، واشترط المالكية لنفي الحمل أن يدعي الزوج أنه لم يطأ زوجته لأمد يلحق به الولد، وأن يدعي الإستبراء بحيضة واحدة، وأن ينفيه قبل وضعه، فإن سكت حتى وضعته حُدَّ ولم يلاعن³.

رابعاً: أركان اللعان.

أ- ركن اللعان عند الحنفية واحد: وهو اللفظ، وهو شهادات مؤكدات باليمين، واللعن من كلا الزوجين.

ب- وذكر الجمهور للعان أربعة أركان: وهي الملاعن، والملاعنة، وسببه، ولفظه:

1-الملاعن والملاعنة: فهما الزوجان العاقلان البالغان، سواء أكانا عادلين أم فاسقين حرين أم مملوكين. واشترط المالكية الإسلام في الزوج لا في الزوجة، فإن الذميمة تلاعن لرفع العار عنها.

2-وأما سببه فهو شيئان كما تقدم.

3- وأما لفظه أو كلفيته: فهو أن يقول الزوج عند المالكية أربعة مرات في الرؤية: "أشهد بالله لقد رأيتها تزني"، ويصف الزنا كما يصفه اليهود. ويقول في نفي الحمل: "أشهد بالله لقد زنت، أو: ما هذا الحمل مني"، ويقول في الخامسة: "لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين". وتقول المرأة أربع مرات في الرؤية: "أشهد بالله ما رأني أزني"، وفي نفي الحمل: "ما زنت وإنه منه"، وتقول في الخامسة: "غضب الله عليها إن كان من الصادقين"، ويعين لفظ الشهادة، فلا يبدل بالحلف، ولا يبدل لفظ الغضب باللعن، ويجب الترتيب في تأخير اللعان، ويكون اللعان بمحضر جماعة لا ينقصون عن أربعة ويستحب أن يكون بعد العصر⁴.

¹ محمد الطيار ومحمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، ج5 (ط: 1: الرياض: مدار الوطن للنشر، 2011)، ص 141.

² أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 141.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الميسر المالكي، ج3 (لا. ط: بيروت: دار الكلم الطيب، 2010)، ص 223.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 224-225.

سادساً: شروط وقوع اللعان قضاء

ويشترط لإمكان وقوع اللعان بين الرجل والمرأة الشروط التالية:

- 1- أن يتم اللعان بناء على دعوى: وهذه الدعوى يقيمها الزوج، ويتم اللعان بواسطة حكم قضائي يصدره القضاء، ولا يجوز التوكيل أو النيابة في اللعان؛ فإنه لا يمكن نفي النسب إلا باللجوء إلى القضاء، الذي يصدر حكمه بإثبات أو نفي النسب (م40 وما يليها من ق أ).
- 2- قيام الزوجية حقيقة أو حكماً بين الزوجين: ولو كان النكاح فاسداً؛ وقت الزواج أو بعده أثناء العدة، وذلك في أقصى مدة الحمل؛ سواء أكانت عدة طلاق رجعي أم بائن، وعلى هذا يشترط للملاعنة أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين، وثابتة ومعترف بها من الزوج.
- 3- أن يكون كل من الزوجين عاقلاً بالغاً مسلماً؛ فهو مثل الطلاق، فمن يجوز طلاقه يصح لعانه، فلا يعتد بلعان الصبي والمجنون مثلاً.

- 4- ألا يتصل الزوج بزوجه بعد استقراره على ملاعنتها: وأن يكون بإستبرائها بحيضة واحدة في قول الإمام مالك، أو بثلاث حيضات في قول آخر له، وإنه ما لم يتم الإستبراء فإنه لا يجوز الحكم بنفي النسب.
- 5- التعجيل من غير تأخير في رفع دعوى اللعان: لمجرد علم الزوج بالحمل أو الولادة وأن يظل الولد حياً أثناء اللعان، بأن يسارع الزوج بنفي الولد ساعة ولادته، أي أيام التهنئة المعتادة بالولادة؛ فإن تأخر الزوج بعد علمه بالحمل، أو حصل منه وطؤ لزوجته بعد رأيته الحمل، امتنع لعانه ولحق به الولد، ولا يجوز له نفيه لأنه رَضِيَ واعترف به بسكوته وتأخيره¹، حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي: (من المبادئ الشرعية أن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، ويكون باطلاً القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوماً من علمه بوضع زوجته الحمل)².
- وجاء في قرار آخر يحدد أيضاً مدة اللعان (طبقاً للمادة 42 ق أ فإن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، أما المادة 41 ق أ فتتص على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً ولم ينفه باللعان، حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز (08) ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل المراد نفيه)³.

رابعاً: صفة اللعان

- 1- يسن للقاضي وعظ الزوجين قبل اللعان، فيرغمهما بتقوى الله، ويخوّفهما عذاب الله، وأن يكون اللعان في المسجد بحضرة جماعة من الناس، وأن يؤدي المتلاعنان الشهادات والأيمان حال القيام.
- 2- يبدؤ القاضي بالزوج فيأمره أن يقول أربع مرات: أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا، ويشير إليها، ثم يزيد في الخامسة: (... والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين) [النور 7].

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 378-379.

² قرار رقم 35934، بتاريخ 1985/02/25، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 1989، ص 83.

³ قرار رقم 172379، بتاريخ 1997/10/28، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة عدد 54، لسنة 1999، ص 103.

3- ثم يأمر القاضي الزوجة أن تقول أربع مرات: أشهد بالله إنه من الكاذبين فيما رماني به من الزنا، ثم تزيد في الخامسة: (ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) [النور 8-9].

إذا تم اللعان فرق القاضي بين الزوجين، فلا تحل لزوجها ولو بعد أن تنكح أزواجاً، وتعتد بحيضة¹.

سابعاً: آثار اللعان

تترتب على اللعان آثار عدة بمجرد وقوعه وهي كالتالي:

1- حدوث الفرقة بين الزوجين: وتقع الفرقة عند الملكية والحنابلة باللعان دون حكم الحاكم؛ لأن سبب الفرقة هو اللعان قد وجد، فتقع الفرقة عندهم به من غير حاجة إلى تفريق القاضي، وتقع الفرقة عند الشافعية بلعان الزوج وحده، ولا تتم الفرقة عند الحنفية إلا بتفريق قضائي، لقول ابن عباس في قصة هلال بن أمية المتقدمة: (ففرق النبي صل الله عليه وسلم بينهما)، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري.

2- انتفاء نسب الولد عن الرجل وإلحاقه بأمه إذا كان اللعان لنفي النسب.

3- يترتب على نفي النسب باللعان عدم التوارث، وعدم إلزام النفقة، سواء نفقة الآباء على الأبناء، أم نفقة الأبناء على الآباء.

4- سقوط حد القذف أو التعزير عن الزوج، وسقوط حد الزنا عن الزوجة: فإن لم يلعن الرجل وجب عليه عند الجمهور غير الحنفية حد القذف إن كانت الزوجة الملاعنة محصنة، والتعزير إن كانت غير محصنة، وإن لم تلاعن وجب عليها عند المالكية والشافعية حد الزنا من جلد البكرورجم المحصنة².

-التلقيح الاصطناعي:

بعد التطور التكنولوجي الذي شهده العالم في مجال الطب أحدث هذا التطور تغير في سير الأسرة، مما جعلها تواكب ذلك التطور الملحوظ، حيث استطاع الطب الحديث أن يبتكر طرقاً فعالة للقضاء على العقم وأسبابه حيث أتاح فرصاً للإنجاب عن طريق التلقيح بالمساعدة الطبية سواء أكان تلقيحاً داخلياً أم خارجياً³، وبذلك فالتلقيح الاصطناعي طريق علاجي لحصول الولد.

-تعريف التلقيح الاصطناعي اللغوي والاصطلاحي:

-لغةً: اللَّقْحُ: اسم ماء الفحل من الإبل والخيل، واللواحق من الرياح: التي تحمل الندى ثم تمجه في السحاب فإذا اجتمع في السحاب صار مطراً⁴، والملاقيح الأمهات وما في بطونها من الأجنة، يقال لقحت إذا حملت، وألقح الفحل الناقة إلقاحاً أحبلها فلقحت بالولد، وألقحت النخل إلقاحاً بمعنى أبرت¹.

¹ محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج4، ط: 1، لا. م، بيت الأفكار الدولية، 2009، باب اللعان، ص 235-236.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 231. (بتصرف).

³ هشام ذبيح، العلاقة بين التلقيح الاصطناعي واستنجاز الأرحام وأثرهما على الاستقرار الأسري، ملتقى وطني حول: تغير الأدوار الوظيفية في الأسرة الجزائرية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، منظم من طرف: مخبر التغير الاجتماعي والعلاقات العامة في الجزائر، بقاعة المحاضرات الكبرى القطب الجامعي شتمة، جامعة محمد خيضر بسكرة، يومي 6-7/12/2016، اليوم الثاني بتوقيت 15:15 دقيقة.

⁴ محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج44، ص 4058-4059.

-اصطلاحاً: التلقيح الاصطناعي L'insémination artificielle يراد به عدة عمليات مختلفة يتم بموجبها إخصاب البيضة بحيوان منوي وذلك بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي.²

وبذلك فالتلقيح الاصطناعي هو طريقة علاجية لحصول الولد، يتم اللجوء إليه في حالة استحالة الحمل بالطريق الطبيعي بين الزوجين لوجود عيب جنسي في أحد الزوجين أو كليهما، وهو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في إنجاب الذرية دون حصول الاتصال الجنسي بينهما ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية للزوج بطريق طبي، إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها ويسمى بالتلقيح الداخلي³، أو عن طريق التلقيح الخارجي⁴ الذي يتم بوضع بويضة الزوجة في أنبوب طبي مع مني الزوج لتلقيحها ثم إرجاعها إلى رحم الزوجة.

-التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري:

عالج قانون الأسرة موضوع التلقيح الاصطناعي في الفصل الخامس تحت عنوان النسب في المادة 45 مكرر حيث أن هذه المادة أضافها المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حيث جاء في المادة 45 مكرر (يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي)، إلا أنه اشترط مجموعة من الشروط لا يعتبر الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي نسبه ثابتاً به إلا بتوفرها، ذكرتها المادة 45 مكرر، وسيتم توضيحها أدناه.

-شروط التلقيح الاصطناعي:

حيث جاء في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة مجموعة من الشروط لكي يثبت النسب بالتلقيح الاصطناعي وهي كما يلي:

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

أ-أن يكون الزواج شرعياً؛ أي وجود عقد زواج صحيح بين الزوج والزوجة؛

ب-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما؛ أي موافقة كل من الزوج والزوجة، ويتم التلقيح أثناء حياتهما، أي لا تستعمل بنوك الأجنة بعد وفاة الزوج؛

¹ الفيروز أبادي محمد يعقوب، القاموس المحيط، ج 1 (د. ط؛ بيروت: دار الجيل، د. ت)، ص 256.

² عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة. (د. ط؛ القاهرة: دار النهضة، 2001)، ص 59.

³ التلقيح الداخلي (Auto insémination): هو الإخصاب بمنويات الرجل داخل رحم المرأة، ويتم ذلك عن طريق مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب. (حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 126).

⁴ التلقيح الخارجي Fécondation in vitro (أطفال الأنابيب): وهو جمع الحيوانات المنوية مع البويضات في أنبوب مختبري في وسط مهياً اصطناعياً، وبعد الالتحام تنقل البيضة الملقحة إلى الرحم. (محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية. (د. ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 2003)، ص 89).

ج-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: أي لا يجوز استعمال الأم البديلة¹، أو مني غير مني الزوج.

هذا النوع يلجؤ إليه عادة في حالة كون المانع من الحمل مصدره الطرفان الرجل والمرأة أو أحدهما مما يستدعي سحب بذرات الإنجاب منها ثم الجمع بينها في المحضنة المعدة لذلك، وتحت شروط وظروف مشابهة للوسط الطبيعي لمدة يومين ونصف تقريباً، وعندما يتم إلتحام الخليتين لتكوين خلية مخصبة تبدأ في الانشطار فيقوم الأخصائي بنقلها إلى رحم المرأة لتستكمل مراحل الخلق².



أساليب التلقيح الاصطناعي:

عملية التلقيح الاصطناعي أو ما يصطلح عليه بأطفال الأنابيب تتم بطريقتين: داخلي وخارجي.

1- التلقيح الداخلي Auto insémination:

هو الإخصاب بمنويات الرجل داخل رحم المرأة، ويتم ذلك عن طريق مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لا بد من توافرها³.

وهذا النوع من التلقيح يعتبر الأسلوب الأول ظهوراً في تقنية الإخصاب الصناعي، وفي الغالب يلجأ إليه في حالة كون العقم مستحکم في الزوج دون الزوجة، إذا تمنع أحد الأسباب التي سبق عرضها من إيصال مائه إلى الموضع الأصلي للإخصاب بالطريق الطبيعي للتكاثر، فيعمد إلى التدخل الطبي لإنجاح العملية عن طريق تولى الطبيب المختص سحب الخلايا الجنسية من الزوج، ثم حقنها في رحم الزوجة ليتم الإخصاب ونمو الجنين بالصورة المعهودة.

2- التلقيح الخارجي Fécondation in vitro (الإخصاب في الزجاج. طفل الأنابيب):

وهو جمع الحيوانات المنوية مع البيضات في أنبوب مختبري في وسط مهياً اصطناعياً، وبعد الالتحام تنقل البويضة الملقحة إلى الرحم⁴.

هذا النوع يلجأ إليه عادة في حالة كون المانع من الحمل مصدره الطرفان الرجل والمرأة أو أحدهما مما يستدعي سحب بذرات الإنجاب منها ثم الجمع بينها في المحضنة المعدة لذلك، وتحت شروط وظروف مشابهة

¹ الأم البديلة: هي المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو دون مقابل، حيث تؤخذ البويضة من المرأة المحرومة من الرحم وتخصب من قبل زوجها ثم توضع في رحم امرأة أخرى (البديلة) توافق على حمل الطفل دون أن تعطيه أي من حياتها الوراثية ثم تعيد الطفل إلى والديه الأصليين بالولادة. (سلامة زياد أحمد، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة. (د. ط: بيروت: الدار العربية للعلوم، 1996)، ص 124. (بتصرف).

² محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي. (ط: 2: الأردن: دار النفائس، 1999)، ص 78.

³ حسيني إبراهيم أحمد، المرجع السابق، ص 126.

⁴ محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 89.

للوسط الطبيعي لمدة يومين ونصف تقريبا، وعندما يتم التحام الخليتين لتكوين خلية مخصبة تبدأ في الانشطار فيقوم الأخصائي بنقلها إلى رحم المرأة لتستكمل مراحل الخلق¹.

-حكم التبني: التبني ممنوع شرعاً وقانوناً، أما شرعاً قال الله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...﴾ [الأحزاب: 5] أما قانوناً فقد نصت عليه المادة 46 ق أ (يمنع التبني شرعاً وقانوناً). أما الكفالة فهي تجوز شرعاً وقانوناً ولقد ذكرها قانون الأسرة في م116 (الكفالة إلترام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي) وقد يكون الولد معلوم النسب ولا كافل له أو مجهول النسب كالقيط.

-الاختصاص الإقليمي لدعاوى النسب: بالرجوع إلى نص المادة 490 من ق إ م إ تنص "ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعي عليه".

-الاختصاص النوعي في الدعاوى المتعلقة بالنسب: بالرجوع إلى نص المادة 423 من ق إ م إ تنص على أنه. "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: "دعاوى إثبات الزواج والنسب".

المحور الثالث: انحلال الزواج وأثاره

لقد بين المشرع الجزائري حالتين لإنحلال الزواج الأولى حتمية لا يمكن تفاديها وهي وفاة أحد الزوجين والثانية مكروهة غير مرغوب فيها ولكن إقتضتها ضرورة الحياة وهي الطلاق وهو مانصت عليه المادة 47 من قانون الأسرة (تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة)، فسيتم معالجة أحكام انحلال الزواج في فصل أول، ثم نعالج الآثار المترتبة عنه في فصل ثاني.

الفصل الأول: انحلال الزواج

الحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين، ومن أساسياتها إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، إلا أنه قد تعترضها أسباب تجعل من حياة الزوجة لا تطاق، فقد يلجأ الزوج أو الزوجة لفك الرابطة الزوجية بطريق الطلاق في مفهومه العام، والذي عالجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة من المادة 47 إلى المادة 57 مكرر، وسنوضح أحكام هذه المواد من خلال هذا الفصل والمعنون بانحلال الزواج.

-تعريف الطلاق:

أولاً: الطلاق لغة: جاء في لسان العرب: "طَلَّقْتُ الْبِلَادَ: فَارَقْتُهَا. طَلَّقْتُ الْقَوْمَ: تَرَكْتَهُمْ، وَالطَّالِقُ مِنَ الْإِبْلِ: الَّتِي طَلَّقْتُ فِي الْمَرْعى وَقِيلَ: هِيَ الَّتِي لَا قَيْدَ عَلَيْهَا. وَطَلَّاقُ النِّسَاءِ لِمَعْنِيَيْنِ: أَحَدُهُمَا حُلُّ عَقْدَةِ النِّكَاحِ، وَالْآخَرُ بِمَعْنَى التَّخْلِيَةِ وَالْإِرْسَالِ. وَيُقَالُ لِلْإِنْسَانِ إِذَا أُعْتِقَ: طَلِيقٌ أَيْ صَارَ حُرّاً. وَبِعَيْرِ طَلِيقٍ: بِغَيْرِ قَيْدٍ. وَالطَّلَاقُ: الْأَسْرَاءُ الْعَتَقَاءُ"².

¹ محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي. (ط: 2؛ الأردن: دار النفائس، 1999). ص 78.

² محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب. (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 2005). ص 2404-2405.

ثانياً: الطلاق في الاصطلاح الشرعي.

أ- الطلاق في اصطلاح الفقهاء: عرف الفقهاء الطلاق بعدة تعريفات متقاربة منها:

1- تعريف الحنفية: "رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص"¹.

2- تعريف المالكية: "صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه"².

3- تعريف الشافعية: "حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"³.

4- تعريف الحنابلة: "حل قيد النكاح"⁴.

قانوناً: قانون الأسرة لم يعرف الطلاق وإنما بين أحكامه فقد ذكر عدة أنواع في المادة 48.

-أنواع الطلاق:

النوع الأول: الطلاق بإرادة الزوج: تعتبر العصمة بيد الزوج فالزوج بمجرد تلفظه بالطلاق يقع الطلاق

بشرط أن تكون إرادة الزوج خالية من العيوب، كما أن القاضي لا يحكم بالطلاق إلا بعد محاولات صلح لا

تتجاوز فترتها 3 أشهر وفق م49 وطلاق الزوج أقسام:

أ-طلاق رجعي: هو ما يجوز معه الزوج رد زوجته في عدتها من غير استئناف عقد⁵، أي دون الحاجة لعقد

وتحسب له طلقة، ولها حق النفقة والتوارث إذا توفى الزوج في عدتها.وقد نصت عليه م50 ق أ(من راجع

زوجته أثناء محاولات الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد).

ب-طلاق بائن: البائن معناه المنفصل، وهو الطلاق الذي تنفصل به الزوجة عن زوجها في الحال⁶، وهو

نوعين:

1-طلاق بائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي لا يملك الزوج بعده أن يرجع مطلقة إليه، إلا بعقد ومهر

جديدين وبرضاها، ويكون عدد الطلقات طلقة أو طلقتين⁷، وقد نصت عليه م50 (ومن راجعها بعد صدور

حكم بالطلاق يحتاج لعقد جديد ومهر جديد).

-حالات الطلاق البائن:

-الطلاق قبل الدخول بالزوجة: الزوجة التي طلقت قبل الدخول بها يقع طلاقها بائن بينونة صغرى، ولا

عدة عليها.

¹ محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص 424.

² محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1995)، ص268.

³ محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج1 (لا. ط: مصر: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ص148.

⁴ علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج8 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1998)، ص 429.

⁵ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2 (لا. ط: القاهرة: دار الفضيحة، د.ت)، ص 128-129.

⁶ مصطفى إبراهيم الزلي، المرجع السابق، ص 229.

⁷ محمود علي السرطاوي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج1 (ط: 1؛ لا. م: مكتبة المعارف، 1984)، ص 173.

-الطلاق على مال (الخلع): يقع الطلاق بائناً أيضاً متى اشترط الزوج في الطلاق عوضاً تدفعه إليه المرأة، ولكن يشترط قبولها¹.

-انقضاء العدة في الطلاق الرجعي

-التفرقة بسبب اللعان

آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

-زوال الملك في الحال

-لا يملك الزوج حق مراجعة زوجته إلا بعقد جديد ومهر جديد

-إنقاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج فإن كان قدطلقها طلقتين بقي له طلقة بعد المراجعة.

-لا توارث بينهما إذا حصل الطلاق بالبينونة.

2-طلاق بائن بينونة كبرى: يقصد بالطلاق البائن بينونة كبرى ما كان مكماً للثلاث، وهو يزيل الملك والحل معاً²، فلا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجاً آخر نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها دون إرادة التحليل، أو يموت عنها بعد البناء وقد نصت عليها م51 ق أ (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتاليات إلا بعد أن تنكح زوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء).

-حالات الطلاق البائن بينونة كبرى:

-الطلاق المكمل للثلاث: يقع الطلاق البائن بينونة كبرى إذا كان مكماً للطلقات الثلاث بأن يكون الزوج قد طلق زوجته طلقتين سابقتين ثم أتبعها بالطلقة الثالثة³.

-طلاق الثلاث بلفظ واحد: كأن يقول الرجل لزوجته: أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق أنت طالق، أنت طالق، وقد سبق الذكر على أن الفقهاء اختلفوا فيما يلزم المطلق، حيث ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل بوقوع الطلاق ثلاثاً وإلزام المطلق بما تلفظ به، وبالتالي لا تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره⁴، وذهب محمد بن إسحاق، وحجاج بن أرطاة في رواية عنهما⁵، إلى وقوع طلقة واحدة لمن تلفظ بالثلاث وأختره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية من الحنابلة⁶.

-مسألة هدم الطلقات: هذه المسألة مهمة جداً لكن قانون الأسرة لم يذكرها، ونظراً لأهميتها وخطورتها على العلاقة الزوجية فلا بأس أن نعرفها؛ إذ يقصد بالهدم هنا الأثر الذي يترتب على زواج المرأة المطلقة بزواج آخر، ثم تعود إلى زوجها الأول بزواج جديد، هل تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث واحدة أو اثنتين،

¹ محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية. (لا. ط؛ عمان: دار اليازوري العلمية، 2010)، ص 230.

² لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون. (لا. ط؛ بوزريعة الجزائر: دار هومة، 2003)، ص 59.

³ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 233.

⁴ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5 (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة، 1973)، ص 137.

⁵ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 2002)، ص 244.

⁶ أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، ج33 (لا. ط؛ الرباط

المغرب: مكتبة ابن تيمية، د. ت)، ص 12.

أم تعود إليه بحل جديد أي ثلاث تطليقات؟.

اتفق الفقهاء على أن المطلقة رجعيّاً إذا راجعها زوجها، والبائن بينونة صغرى إذا عقد عليها زوجها عقداً جديداً قبل أن تزوج بغيره، تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث واحدة أو اثنتين.

واتفق الفقهاء أيضاً على أن الزوج الثاني بعد طلاق الثلاث يهدم طلاق الزوج السابق بمعنى أن هذا الأخير إذا تزوج امرأته بعد تطليقها أو وفاة الزوج الثاني عنها تعود إليه بطلقات ثلاث، أي بحل كامل، وسبب ذلك أن وطأ الزوج الثاني يهدم الطلقات الثلاث الصادرة من الزوج الأول، فيثبت له حل جديد ويزول الحل الأول. وقد اختلف الفقهاء فيما إذا الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث تطليقات إلى رأيين:

-الرأي الأول: قال به المالكية والشافعية والحنابلة، قالوا إن الزوج الثاني لا يهدم ما صدر من الزوج الأول من طلقة واحدة أو طلقتين، بمعنى أن المطلقة إذا تزوجت بأخر قبل طلقة ثالثة من زوجها الأول، ثم عادت إليه بنكاح جديد، فإنها تعود إليه ببقية الثلاث طلقات.

-الرأي الثاني: قال به أبو حنيفة وأبو يوسف* في أشهر روایتين عندهما أن الزوج الثاني يهدم الطلقة أو الطلقتين الصادرتين من الزوج الأول، فإذا تزوجها بعد الزوج الثاني فإنها تعود إليه بطلقات ثلاث أي بحل جديد.¹

-الطلاق التعسفي:

1- التعسف لغة: يقال عَسَفَ فلاناً: أخذه بالقوّة والعنف وظلمه، وعَسَفَ السلطان: أي ظلم، وتَعَسَّفَ فلان فلاناً: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عَسُوف: إذا كان ظلوماً.²

2- اصطلاحاً: لم يتعرض علماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف؛ باعتباره نظرية ذات أركان وأسس وتطبيقات، كما لم يعرفوه لحدائته بل تعرضوا له تحت مسميات مختلفة³ إلا أن العلماء المعاصرين عرفوا التعسف بقولهم: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"⁴.

3- قانوناً: لم يعرف المشرع الجزائري التعسف حصرياً، إلا أنه جسد مظاهره في ثلاث صور⁵ في م 41 من القانون المدني (يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛

2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة، بالنسبة للضرر الناشئ للغير؛

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

4- تعريف الطلاق التعسفي: فقهاء القانون على وجه العموم سموا طلاق التعسف بهذه التسمية، لأن

¹ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما. (لا. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2004)، ص 163-164.

² الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي. (ط: 4؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994)، ص 1082.

³ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ عمان: دار فنديل، 2010)، ص 35.

⁴ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق. (ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1977)، ص 87.

⁵ باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر. (لا. ط؛ عين مليلة: دار الهدى، 2007)، ص 94.

الزوج يوقعه لغير سبب معقول مما رتب عليه القانون تعويضاً مالياً، فالزوج عند إستعماله لحق إيقاع الطلاق، ينبغي عليه أن يبرر ذلك التبرير الشرعي وإثباته قانوناً وأن لجوئه إلى الطلاق دون أن يقدم عذراً شرعياً عد متعسفاً في إستعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عند قصد وتعمد، وبالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة².

في قانون الأسرة الجزائري نص على الطلاق التعسفي في المادة 52 ق أ (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)، فنجد أن المشرع الجزائري لم يحدد معايير التعسف وإنما ترك السلطة التقديرية للقاضي لتحديدها، كما له السلطة أيضاً في تحديد قيمة التعويض الذي يقدمه المطلق للمطلقة.

ويمكن للزوج أن يتجاوز مسألة الطلاق التعسفي متى أثبت نشوز الزوجة وعدم طاعتها وهو ما نصت عليه م55 ق أ (عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر) النوع الثاني: الطلاق برضا الزوجين: وهو طلاق يكون بناء على طلب من أحد الزوجين وموافقة الآخر أو بناء على طلب مشترك بينهما عن قناعة كاملة أن استمرارية الحياة الزوجية أصبح ضرباً من المحال وقد أجازته قانون الأسرة في م48 كما قد عرفه المشرع في م427 ق إ م (الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة).

إذا حصل طلاق بالتراضي ثم رغب الزوج مراجعة زوجته بعد صدور حكم بذلك يحتاج الزوج إلى عقد جديد ومهر جديد.

النوع الثالث: الطلاق بطلب من الزوجة: فيحق للزوجة فك الرابطة الزوجية إما عن طريق التطليق وإما بالخلع وتفصيل ذلك كما يلي:

أولاً: التطليق

التطليق لغةً: أصل كلمة "تَطْلِيْق" يعود إلى طَلَّقَ تطليقاً، أي طَلَّقَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا، وتطليقُهَا مِنْهُ، بمعنى خَلَّاهَا من قيد الزواج، وتطليقُ الرجل من قومه يعني تَرْكُهُمْ وَمُفَارَقَتُهُمْ³.

رابعاً: التطليق اصطلاحاً

التطليق هو منح الزوجة حق طلب الفرقة من زوجها بناءً على إرادتها المنفردة واستناداً إلى القانون⁴، عن طريق القضاء، أو يمكن القول أيضاً أنه فك الرابطة الزوجية بناءً على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية⁵.

¹ عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 59.

² المرجع والموضع نفسه.

³ المنجد الأبجدي. (ط: 8؛ بيروت: دار المشرق، د. ت)، ص 665.

⁴ منصور نور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية. (د. ط: الجزائر: دار الهدى، 2012)، ص 11.

⁵ لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2006)، ص 96.

ويعتبر التطلاق حق من حقوق الزوجة لفك الرابطة الزوجية لوجود ضرر واقع عليها معتبر شرعاً، مع تقديم الزوج تعويضاً مادياً لها جراء هذا الضرر بعد صدور حكم بالتطلاق، وقد حدد المشرع بعض أسباب التطلاق في م 53 من ق أ والتي نصّت على أنّه: يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزّواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج.(وهي العيوب الجنسية للرجل)

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر(أي أن الزوج لا يقرب زوجته لمدة تتجاوز 4 أشهر).

4- الحكم على الزّوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزّوجية(كارتكاب الزوج جريمة مخدرات أو قتل أو جريمة إرهابية أو حكم على الزوج بالسجن لفترة طويلة تحول دون استمرار العشرة الزوجية)

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادّة 8 أعلاه(ويقصد بها مخالفة شروط تعدد الزوجات كعدم إخبارا الزوجة السابقة واللاحقة فيحق لهما رفع دعوى قضائية بالتطلاق)

7- ارتكاب فاحشة مبيّنة، (كارتكابه لجريمة الزنا)

8- الشقاق المستمر بين الزّوجين،(ويقصد به كثرة الخلافات بين الزوجين واستمرارها بشكل لم تحقق به السكينة والمودة وعجز كلا الزوجين إيجاد مخرج لذلك)

9- مخالفة الشّروط المتفق عليها في عقد الزّواج، (ويقصد بها مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزوج التي نصت عليها م19 كشرط عمل المرأة)

10- كل ضرر معتبر شرعاً. (أي أن المشرع جعل السبب الأخير للتطلاق مفتوح فكل فعل قام به الزوج يسبب ضرراً للزوجة يمكن من خلاله المطالبة بالتطلاق).

ونفصل بإيجاز بعض أحكام هذه الأسباب كما يلي:

01-التطلاق لعدم الإنفاق: يحق للزوجة المطالبة بالتطلاق بسبب عدم إنفاق زوجها عليها، لكن لا يتقرر للزوجة هذا الحق إلا بتوفر مجموعة من الشروط نوضحها أدناه.

-شروط قبول دعوى التطلاق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة:

جاء في المادة 53 الفقرة الأولى من قانون الأسرة (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون) حيث أعطت هذه الفقرة للزوجة حقها في طلب التطلاق لعدم إنفاق زوجها عليها، لكن هذا الحق لا يثبت قانوناً ولا تقبل به الدعوى قضاءً إلا بتوفر شروط حددت في نص المادة نوجزها كالتالي¹:

1- ثبوت عدم إنفاق الزوج على زوجته عمداً وقصد الإضرار، وامتناعه عن تقديم ما تحتاجه من طعام وكسوة وعلاج ومسكن؛ وهذا الذي يكون دافعاً للزوجة للتوجه للعدالة للمطالبة بالتطلاق.

2- ثم صدور حكم من المحكمة بوجوب النفقة بعد امتناع الزوج عن أدائها لإثبات هذا الامتناع وإلزامه بمبلغ النفقة، حيث يكون الحكم صادراً عن هيئة قضائية وطنية على مستوى الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية.

3- أن يكون هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه؛ ولم يعد يقبل أي طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية، أو وجود حكم قضائي صادر عن هيئة قضائية أجنبية يكون قد وقع بإضفاء الصيغة التنفيذية عليه أو وجود أي قرار قضائي آخر صادر عن جهة القضاء المستعجل أو تضمن صيغة النفاذ المعجل².

4- أن يكون الزوج قد بلغ بالحكم المسند إليه، وطلب منه تنفيذه وفقاً للقانون، وثبت امتناعه بموجب محضر رسمي يحرر المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ³.

5- أن لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره؛ لأن الزوج قد يكون موسراً كما قد يكون معسراً فإن كان معسراً لأي سبب فهنا ينتفي ظلم الزوج لزوجته لعدم الانفاق ولا يعد ظالماً لها لأن العسر لم يكن متوقفاً من الزوج ولم يكن قاصداً عدم الانفاق - مما يتطلب التكلم عن صندوق النفقة في هذه المسألة بالذات التي لم يذكرها قانون صندوق النفقة وستوضح أدناه - وأما إن كان موسراً وامتنع عن الإنفاق فهنا يكون للزوجة الحق في المطالبة بالنفقة وتطلب التطلاق لعدم الإنفاق.

6- أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج؛ لأن علمها بالإعسار هو الرضا بالعسر في النفقة، ورضاها بذلك يسقط حقها في المطالبة بالتطلاق لعسر زوجها بالنفقة استناداً للفقرة الأولى من مادة 53 ق. أ، وهذا الموقف أخذه المشرع الجزائري من مذهب الإمام ابن القيم حيث قال: أن الزوجة إذا تزوجت به عالمة بإعساره أو كان حال الزوج موسراً ثم أعسر فلا فسخ لها.

¹ سميرة معاشي، أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، أفريل 2000، ص 203. (بتصرف).

² عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. (ط: 2؛ الجزائر: دارهومة، 2014)، ص 38-39.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1(ط: 6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010)، ص 367.

ويرى جانب من شراح القانون¹ أن هذا الحكم لا يؤخذ على إطلاقه، فإذا تبين للزوجة تقاعس الزوج عن طلب الكسب دون مبرر جاز لها أن تطلب التطليق، كما أن المعطيات الاجتماعية والاقتصادية صارت تفرض نفسها على العائلة الجزائرية بسبب أزمة البطالة في سوق الشغل، فقد تقبل الزوجة بالزواج من رجل لمكانته العلمية دون النظر إلى الاعتبارات العملية، كأن يكون خريج جامعة يحمل شهادة عليا ولكنه بصدد وظيفة، وبعد الزواج طالت المدة ولم يجد وظيفة فهو بهذه الصورة في حكم المعسر، وبالتالي إذا تمسكنا بالنص فلن نستطيع الزوجة المطالبة بالتطليق لأنها تزوجته وهو معسر، بالتالي فإن القاضي سوف لن يجيها إلى طلبها. غير أنه وكما يبدو فإن الزوجة هنا قد نظرت للاعتبار العملي أولاً، أما مسألة الوظيفة فكانت تظن أنها مسألة مؤقتة سيجد خلالها الزوج وظيفة، لكن طال إنتظارها ولم يتحقق لها المراد، بل وقد يستغل الزوج هذا الموقف ويتقاعس عن البحث عن وظيفة وبالتالي فإن الزوجة سوف تتضرر كثيراً من الناحية المادية².

والذي نقوله في هذا الصدد ونراه أن الحكم الذي أتى به الفقه واضح وهو عدم جواز الزوجة المطالبة بالتطليق لعدم الانفاق لعسر الزوج وهي عالمة بإعساره، أما فكرة عدم الأخذ بهذا الحكم على إطلاقه وبالتالي جواز الزوجة المطالبة بالتطليق لتقاعس الزوج عن العمل، هو حكم لا يؤخذ على إطلاقه أيضاً، فنرى أنه يمكن العمل به إلا في حالة أن الزوجة قد إشتربت في عقد الزواج إلزامية الزوج بالعمل والسعي على حصوله وفقاً للمادة 19 ق.أ، وبالتالي يكون كدليل إثبات لها على نيتها إلى ما بعد العقد، لأن رضا الزوجة في إعسار زوجها قد يكون رضاً كاملاً به سواء أقبل العقد أم بعده.

7- وأيضاً لا بد من إعطاء الإعتبار للمواد 78 و79 و80 ق. أ وبعد هذا الشرط تكميلياً للشروط السابقة، حيث أن المادة 78 تحدد مشمولات النفقة من طعام وكسوة علاج وسكن، وأن المادة 79 ق. أ أن قيمة النفقة لا بد أن يراعي فيها القاضي الظروف المعيشية للزوج، وأنه بعد صدور الحكم بالنفقة لا يمكن المطالبة بتعديل قيمة النفقة المحكوم بها إلا بعد مرور سنة من صدور الحكم، والمادة 80 نصت على أن الزوجة المحكوم لها بالنفقة لا تأخذ إلا قيمة نفقة سنة واحدة قبل رفع الدعوى، حتى ولو كان امتناع الزوج عن سداد النفقة لسنوات طوال قبل رفع الدعوى.

فإذا توفرت هذه الشروط في الزوجة يحق لها أن تطلب التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها، لأن النفقة واجبة على الزوج بمجرد الدخول بزوجه نظير حق الاحتباس وإسقاطه لها يعطي للزوجة الحق في الفرقة لضرر الإنفاق، وما دون ذلك لا يحق لها المطالبة بهذا الحق.

02- التطليق للعيوب:

لغَةً: الْعَابُ وَالْعَيْبُ وَالْعَيْبَةُ: الْوَصْمَةُ. وَعَيْبَةُ الرَّجُلِ: مَوْضِعُ سِرِّهِ³.

¹ بن شوخي الرشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، العدد 9، المجلد 5، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، ص 236.

² بن شوخي الرشيد، المرجع السابق، ص 236.

³ محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج36، ص 3183-3184.

اصطلاحاً: العيب هو نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين أو هما معاً فيسبب ضيقاً للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة الزواج.¹

-بعض العيوب التي تخص الرجل قد تكون سبباً لمطالبة بالتطليق: وهي العيوب الجنسية التي تحول دون تحقيق الإستمتاع، والتي يمكن أن تستند عليها الزوجة للمطالبة بالتطليق، وهي كالتالي:

1-الجُبُّ: قطع الذكر كله، أو بعضه، بحيث لم يبق منه ما يطوّبه.²

2-الخصاء: من نزعت خصيتاه.³

3-الاعتراض: هو عدم انتشار الذكر.⁴

4-العنة: ومنه العينين؛ من له ذكر لا يتأتى له الجماع للطائفة والإقناع تأتي إيلاجه⁵، لكبر سنن أو سحر أو مرض⁶ لعله في الدماغ أو الكبد أو القلب تسقط الشهوة الناشئة للآلة فتمنع الجماع.

5-الشكاز: هو من ينزل قبل مخالطة المرأة ثم لا ينتشر بعد ذلك لجماعها.⁷

-العيوب المشتركة بين الزوجين:

1-الجنون: زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء.⁸

2-البرص: بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته.⁹

3-الجذام: علة تعفن منها الأعضاء وتشنجهما وتقرحهما، فيحمر منها العضو، ثم يسودّ، ثم يتقطع ويتناثر من شدة التقيح، ويتصور في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب.¹⁰

4-العديّة: التغوط أثناء الجماع وكذا التبول بخلاف الريح.¹¹

5-الناصور: قروح غائرة تحدث في المقعد، يسيل منها الصديد، ويخرج الريح والنحو بلا إرادة.¹²

6-الخنوثة: وهو من يشكل فيه أمر الذكورة والأنوثة، فله آلة لكل منهما.¹³

وهناك أمراض حديثة لم يتكلم عنها الفقهاء القدامى ومنها نذكر:

¹ سعد فوضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1. (د. ط: الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986)، ص 275.

² محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1992)، ص 117.

³ محمد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ص 117..

⁴ أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، ج2 (د. ط: بيروت: دار الفكر، د. ت)، ص 278.

⁵ محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، ج3 (ط: 2؛ لبنان: دار الفكر، 1398هـ)، ص 485.

⁶ البندي بنت عبد الله الجليل، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 102، السعودية، دار البحوث، 2014، ص 289.

⁷ عمر عيسى الفقى، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين. (د. ط: مصر: المكتب الفني للموسوعة القانونية، د. ت)، ص 39.

⁸ محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1417هـ)، ص 14.

⁹ المرجع والموضع نفسه.

¹⁰ عثمان بن علي البارعي الزيلعي، تبين الحقائق، ج3 (ط: 1؛ القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ)، ص 25.

¹¹ أحمد أبو البركات الدردير، المرجع السابق، ص 278.

¹² بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000)، ص 636.

¹³ عثمان بن علي البارعي الزيلعي، المرجع السابق، ص 214.

7-السيلان: وهو أحد الأمراض التناسلية المعدية، يصيب المسالك البولية، وينتقل عن طريق الجماع¹.

8-الإيدز: أو متلازمة نقص المناعة، وهو مرض يصيب الجهاز المناعي البشري، وينتقل عن طريق الجماع².

9-الزهري: مرض تناسلي، يصيب أعضاء الجسم وأنسجته، وهو من الأمراض المنقولة جنسياً التي تسببها الجرثومة اللولبية الشاحبة، وينتقل الزهري عن طريق الاتصال الجنسي³.

-شروط التطليق للعيوب:

لم يحدد قانون الأسرة شروط قبول الزوجة دعواها بالتطليق للعيوب، لكن يمكن أن نستخرجها كشروط مقبولة من خلال مما قدمنا، كما يلي:

1-أن يكون العيب من الزوج وليس من الزوجة.

2-أن يكون العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3-أن لا تكون الزوجة عالمة بهذا العيب وقت العقد: وهذا كان على المشرع الجزائري إضافته في الفقرة الثانية، لأن علم الزوجة بالعيب تكون قد رضيت به، مما يسقط حقها في المطالبة بالتطليق، فنفتوح أن تصبح الفقرة الثانية (... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ما لم تكن الزوجة عالمة به وقت العقد).

4-أن يكون العيب مستحكماً يستحيل البرء منه⁴: أي بعد اكتشاف العيب لا بد من منح الزوج مهلة السنة للعلاج فإن مرت السنة دون نتيجة جاز للزوجة المطالبة بالتطليق.

5-وإذا كان العيب جسدياً لا جنسياً، فلا بد أن يكون العيب منفراً لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر فعيب العرج مثلاً لا يوجب التفريق⁵.

03-التطليق للهجر في المضجع:

أ- الهجر في اللغة: الهجر ضد الوصل، والتهاجر التقاطع، يقال هجرت الشيء هجراً إذا تركته وأغفلته، والإسم الهجرة، والهجرة: الخروج من أرض إلى أخرى، وأصل المهاجرة عند العرب: خروج البدوي من باديته إلى المدن⁶.

ب- إصطلاحاً: ترك الدخول على النساء والإقامة عندهن، وهو من الهجران بمعنى البعد⁷.

-كيفية الهجر في المضجع:

¹ أحمد محمد كنعان، موسوعة المرأة الطبية. (ط: 2؛ د. م: دار النفائس، 2006)، ص 265.

² أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصر، ج 1 (ط: 1؛ د. م: عالم الكتب، 2008)، ص 143.

³ أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص 257.

⁴ عمرو عيسى الفقي، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين. (د. ط: مصر: المكتب الفني للموسوعة القانونية، د. ت)، ص 42.

⁵ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 185.

⁶ محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج 5، ص 250.

⁷ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد الدين خطيب، ج 9 (د. ط: بيروت: دار المعرفة، د. ت)،

ص 301.

لم ينص قانون الأسرة على الطريقة التي يحصل بها الهجر ويسمح للزوجة المطالبة بالتطيقمن خلالها، لكن بالرجوع للفقهاء نجد أن الفقهاء اختلفوا في كيفية الهجر في المضجع على عدة أقوال منها:

- 1- قيل يهجرها أي لا يجمعها، أي ترك الوطئ.
 - 2- وقيل يهجرها أي لا يكلمها في حال مضاجعتها إياها، لا أن يترك جماعها ومضاجعتها لأن ذلك حق مشترك بينهما، فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها، فلا يؤديها بما يضر بنفسه، ويبطل حقه.
 - 3- وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع، ويضاجع الزوجة الأخرى في حقها وقسمها.
 - 4- وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها، لا في وقت حاجته إليها لأن هذا للتأديب والزجر، فينبغي أن يؤديها لا أن يؤديه بنفسه بامتناعه عن المضاجعة في حال حاجته إليها¹.
- كما يكون تركها في المضجع على ثلاثة أوجه:

- 1- أن لا ينام في حجرتها وهذا أشد شيء؛
 - 2- أن لا ينام على فراش معها، وهذا أهون من الأول؛
 - 3- أن ينام معها في الفراش، ولكن يلقيها ظهره ولا يحدثها وهذا أهونها.
- ويبدأ بالأهون فالأهون، لأنه ما كان المقصود به المدافعة، فالواجب البدائة بالأسهل فالأسهل²، لأن العلاج يأتي بالجرعات الخفيفة، فإن لم تجد نفعاً زيد في حدتها ومفعولها.
- ومع ذلك يبقى للرجل أن يهجر زوجته الناشز بالطريقة التي يرجح أنها تردعها وتردها عن عصيانها، لأنه هو أعلم بحالها، خاصة إذا تكررت مواقف الناشوز لها، فيعلم سر كبح ذلك الناشوز وتشخيص العلاج له، فإن أدرك أحدهم أن مجرد توليتها ظهره يردعها فله أن يكتفي بذلك، وإن أدرك آخر أنه لا يردع زوجته إلا عدم مضاجعتها وعدم المبيت معها في بيت واحد وترك الحديث معها، فله ذلك بشرط أن لا تزيد مقاطعة كلامها عن ثلاثة أيام لورود النص³.

-شروط التطيق للهجر في المضجع وفق قانون الأسرة الجزائري:

لكي تقبل دعوى الزوجة بالتطيق للهجر لابد من توفر مجموعة من الشروط نوجزها كالتالي:

1-العنصر المادي وهو السلوك غير المشروع؛ والمتمثل الهجر الحقيقي دون مسوغ شرعي مقبول ومعقول، بحيث يهجر الزوجة ويترك فراش الزوجية، فلا يقوم الزوج بمباشرة زوجته أو مداعبتها فيدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج، بل ينصرف عنها ويهمل وجودها بجانبه مما يضر ضرراً فاحشاً بالزوجة، وقد أقرت المادة 53/2 ق.أ بهذا الشرط بنصها (يجوز للزوجة المطالبة بالتطيق للهجر في المضجع..).

2-العنصر الزمني؛ ويتمثل في مدة الأربعة أشهر متتالية ومتواصلة غير منقطعة، ولا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بين الزوجين، وبعد مضي الأربعة أشهر يمكن للزوجة التفكير في رفع دعوى قضائية ضد زوجها طالبة

¹ أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 2 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986)، ص 333.

² محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج 12 (ط: 1؛ الرياض: دار ابن الجوزي، 2006)، ص 442.

³ محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010)، ص 105. (بتصرف).

من القضاء الحكم لها بالتطليق، وهذا الشرط يتضح في المادة 53 التي نصت "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر" أما ما دون الأربعة أشهر لاحقاً للزوجة للتطليق فيه.

3-العنصر المعنوي؛ ويتمثل في نية الإضرار بالزوجة، وليس له نية الإصلاح والتأديب التي تعود فائدته على أحدهما أو كليهما¹، وقد يكون هذا الشرط مرتبطاً مع شرط العنصر الزمني إذ أن من أحكام الهجر لتأديب الزوجة أن تكون المدة أربعة أشهر فما زاد فوق الأربعة أشهر إنما يوضح نية الزوج السيئة بالاضرار وبذلك يكون هجره غير مشروع.

04-التطليق لإرتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة:

بالرجوع إلى المادة 53 ق أ في فقرتها 4 يتضح أن المشرع الجزائري أعطى للزوجة الحق في مطالبة التطليق في حالة الحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها إستمرار الحياة الزوجية، إلا أنه لا بد من توفر مجموعة من الشروط نذكرها كالتالي:

-الشروط الواجب توفرها للحكم للزوجة بالتطليق لإرتكاب زوجها الجريمة:

عند تمعن المادة 53 الفقرة 4 نجدها قد وضعت مجموعة من الشروط لكي يحكم للزوجة بالتطليق لصالحها نتيجة إرتكاب زوجها الجريمة المعاقب عليها قانوناً، وغياب بعض الشروط يمنع الزوجة الحكم لها بالتطليق، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1-صدور حكم بالتجريم: أي أنه لا بد أن تصدر عقوبة على جريمة إرتكابها الزوج، وهنا يجب أن يكون الفعل الذي إرتكبه الزوج مجرمًا قانوناً، أي معاقب عليه بنص القانون، فلا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص، فإذا لم يصدر حكم يجرم الزوج لا يمكن للزوجة أن تطالب بالتطليق لضرر المساس بشرف الأسرة، ومصطلح جريمة يدل على أن الفعل المرتكب لا بد أن يوصف بوصف الجريمة تصنف مع القضايا الجنائية، فإن كان الفعل جنحة أو مخالفة لا يعتد بدعوى الزوجة.

2-طبيعة الحكم: يجب أن يكون الحكم نهائياً أي أن يكون الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، استنفذ جميع طرق الطعن حتى يمكن الإحتجاج به، وعليها أن تقدم نسخة من هذا الحكم للإثبات.

3-نوع الجريمة: أي أن تكون الجريمة المحكوم بها على الزوج جريمة مشينة، أي من الجرائم التي يشتملها المجتمع ومنافية لأخلاقه²، فيجب أن تكون الجريمة المرتكبة ماسة بشرف الأسرة، حيث تشعر الزوجة بأنها مست بعرق في كرامتها وحرمتها وقيمتها الإجتماعية، وهنا المشرع عمم اللفظ إذ يصعب الإلمام وحصر الجرائم الماسة بشرف الأسرة، فشرف الأسرة يتسع لأكثر من أمر، وأنه يصعب حصرها كلها على أساس أن معظم الجرائم سواء أكانت الأخلاقية أم التي تمس بالأموال هي جرائم تمس بشرف الأسرة.

¹ اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002-2003، ص 111.

² سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، عدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017، ص 287.

4- أثر الجريمة على العلاقة الزوجية: أي يجب أن تكون الجريمة المعاقب عليها قرينة على إستحالة مواصلة العشرة الزوجية، وذلك يعني أن تتوتر العلاقة بين الزوجين بسبب هاته الجريمة، وتؤدي إلى زعزعة الثقة بين الزوجين، وتتحول المودة والرحمة بين الزوجين إلى كره وبغض وتتحول السعادة إلى شقاء وتنعدم السكنية والإطمئنان¹.

مما يتضح أن الحكم بالتطليق للزوجة بسبب إرتكاب الزوج لجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها إستمرار العشرة الزوجية، يرجع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه، فإذا تحققت الشروط السابقة الذكر رجع الأمر للقاضي للنظر فيها ثم إصدار حكم بما طلبت الزوجة ما ثبت صحة دعواها، كما يرجع للقاضي مراقبة الوقائع المقحمة من طرف الزوجة لاعتبار الجريمة ماسة بشرف الأسرة أم لا.

ولقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجموعة من القواعد، حيث نصت المادة 451 "يعاين القاضي ويعطي وصفاً للوقائع المعتمدة عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقاً لأحكام قانون الأسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب، أخذاً في عين الاعتبار الظروف التي يُقدم فيها، ويمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ناجعة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال إلى المعاينة، ويتعين على القاضي تسبب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية..".

05-التطليق بسبب غياب الزوج:

-لغَةً: الْغَيْبُ: الشُّكُّ، وجمع غياب وغيوب، وَالْغَيْبُ: كُلُّ مَا غَابَ عَنْكَ، وامرأة مُغِيْبٌ، غاب بعلها أو أحد من أهلها².

-اصطلاحاً: غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير الذي تعيش فيه، وأما الغيبة عن بيت الزوجية وعيشه في بيت آخر في نفس البلد فهو من الأحوال التي تدخل في الضرر³.

-التعريف القانوني: الغائب عالج قانون الأسرة أحكامه في الفصل السادس، وأعطى تعريفاً له في المادة 110 بنصها (الغائب هو الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود).

-شروط التطليق للغيبة في قانون الأسرة الجزائري:

باستقراء المادة 53 الفقرة الخامسة من قانون الأسرة نستخلص الشروط الواجب توافرها في السبب الذي تستند فيه الزوجة لقبول الدعوى بالتطليق للغيبة وهي كالتالي:

1-العنصر المادي: وهو مكون من فعلين:

¹ خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. (د. ط: الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015)، ص 15.

² محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج5، ص 3321-3322.

³ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام. (ط: 4؛ بيروت: الدار الجامعية، 1983)، ص 613.

أ-فعل الغيبة: أي غيبة الزوج عن أنظار زوجته فلا تراه، وهذا الفعل يحدث للزوجة ضرر الوحشة لزوجها، مما يوجب لها حق مطالبة التطليق.

ب-فعل الإمتناع عن النفقة: أي لا بد من أن تقترن الغيبة بعدم إنفاق الزوج على زوجته طيلة فترة غيابه، أما إذا أنفق عنها فلا يحق لها المطالبة بالتطليق لهذا السبب.

2--العنصر المعنوي: والمتمثل في قصد الإضرار لعدم وجود العذر، أما إن كان هذا الزوج مريضاً وسافر للعلاج أو كان ممارساً لتربص في الخارج بمناسبة العمل أو تابع تكويناً مكماً لدراسته وغيرها من الأسباب المبررة، فهنا تكون الغيبة مشروعة، وما على الزوجة إلا أن تصبر إلى غاية عودة زوجها، لأن علة الغياب واضحة ونية الإضرار غائبة، أما الغيبة الغير مسببة فهذه فيما ضرر لأن سبب غياب الزوج غير واضح يجعل صبر الزوجة ينفذ لإستمرار الزوج عن غيابه دون وجود عذرٍ يَشْفِي شوقها لفراق زوجها عنها، فيعطي للزوجة حق المطالبة بالتطليق لذلك.

3-العنصر الزمني: الغيبة في المادة 53/5⁵ ق.أ لا تكون سبباً للتطليق إلا إذا مرت مدة سنة كاملة (12 شهراً) وقد أخذ برأي المالكية في ذلك، أما الغياب الذي هو أقل من سنة، فهذا في نظر قانون الأسرة ليس سبباً للتطليق بموجب شروط المادة 53/5⁵ منه.

06-التطليق لمخالفة أحكام تعدد الزوجات المنصوص عنها في المادة 8 من قانون الأسرة:

التعدد لغةً: من العَدُّ: أي إحصاء الشيء¹.

إصطلاحاً: تعدد الزوجات هو زواج الرجل بأكثر من امرأة واحدة.

قانوناً: نصت المادة 8 ق.أ على أحكام تعدد الزوجات ولم تعطِ تعريفاً خاصاً بالتعدد وإنما أعطت معنى عنه بجانب الأحكام بنصها (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية...)، وبذلك فالتعدد هو زواج الرجل المتزوج بزوجة ثانية فأكثر.

-الضوابط القانونية لتعدد الزوجات تجعل من مخالفتها حقاً للزوجة المطالبة بالتطليق:

لقد أجاز قانون الأسرة الجزائري حق الزوج في تعدد الزوجات، إلا أنه قد وضع له قيوداً لا بد على الزوج من إتباعها وإلا اعتبر تعدده غير مقبول قد يجيز للزوجتين الحق في طلب التطليق جراء مخالفة الزوج تلك القيود.

الشرط الأول: التعدد في حدود الشريعة الإسلامية؛ ويقصد بها عدم جواز الزيادة فوق أربع نساء، بنصه (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية..).

الشرط الثاني: المبرر الشرعي؛ وهذا معيار مرن وشخصي وواسع، فذكره قانون الأسرة دون إعطاء مثال عنه؛ مما يجعل الأمر مسنداً لقضاة الموضوع لتحديد المقصود من هذه العبارات العامة، فنذكر على سبيل المثال بعض المسوّغات الشرعية لتعدد الزوجات كالتالي:

¹ محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج34، ص 2832.

1-عقم الزوجة: تعتبر الزوجة العقيم التي لا تلد تعليلاً لظاهرة تعدد الزوجات¹، لأن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب، وحفظ النسل البشري، وإنجاب الذرية، فالزوج الذي حُرِمَ هذه النعمة من زوجته العقيم يبيح له هذا الحرمان أن يتزوج عنها بزوجة أخرى لعلة إنجاب الذرية، وتحقيق هدف الزواج.

2-مرض الزوجة المزمّن: أن تكون الزوجة لها مرضاً معدياً أو منقراً، بحيث لا يستطيع معه الزوج أن يعاشرها معايشرة الأزواج، فالزوج هنا بين حالتين: إما أن يطلقها، وليس في ذلك شيء من الوفاء والمروءة ولا من كرم الأخلاق، وفيه الضياع والمهانة للمرأة المريضة معاً، وإما أن يتزوج عليها بأخرى ويبقيها في عصمته، لها حقوقها كزوجة، ولها الإنفاق عليها في كل ما تحتاج إليه من دواء وعلاج، ولا يشك أحد في أن هذه الحالة الثانية أكرم وأنبل، وأضمن لسعادة الزوجة المريضة وزوجها على السواء².

3-غلبة العامل الجنسي (الشبق): يختلف الرجال في طبائعهم من حيث غرائزهم الجنسية، فمن طبيعة بعضهم أنه لا تكفيه زوجة واحدة؛ لأن مزاجه يدفعه إلى كثرة الإفضاء³، ومهما كان الباعث معلوماً، فينبغي أن يكون العلاج بقدر العلة، فالمراد تسكين النفس، فليُنظر إليه في الكثرة والقلة⁴.

-الشرط الثالث: توفر شروط ونية العدل؛ بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية كقدرته على الإنفاق وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية، مع أن المشرع لم يحدد الطريقة التي يتم من خلالها إثبات شروط العدل، وبالتالي يجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة كسند الملكية للسكن، أو عقد الإيجار، وكشف الراتب أو السجل التجاري وغيرها، وأن يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي⁵.

مع أن نية العدل هو شرط شكلي أكثر منه موضوعياً، على إعتبار أن النية محلها القلب، فقد يصرح الزوج بالعدل إلا أن حقيقة نيته لا تظهر إلا بعد الدخول، وبالتالي غلب على هذا الشرط الشكلية.

الشرط الرابع: إخبار الزوجة السابقة واللاحقة؛ ويقصد بذلك أن الزوج عليه أن يعلم زوجته الأولى أنه مقبل على الزواج بالثانية، وأن يخبر أيضاً الزوجة الثانية أنه متزوج بأولى، إلا أن الملاحظ أن المشرع لم يحدد في قانون الأسرة طريقة الإخبار هل يكون شفاهياً أم كتابياً، مع أن المادة 8 الفقرة الأخير أُلزِمَ القاضي التأكد من موافقتها دون تحديد طريقة التأكد من الموافقة، فهل طريقة التعبير عن الرضا من طرف الزوجتين تكون عن طريق الكتابة أم شفاهة؟، كل هذه المسائل لم يحددها قانون الأسرة.

لكن بالرجوع إلى التشريع في غير قانون الأسرة نجده قد حدد طريقة إعلام الزوجتين بتعدد الزوج بموجب منشور وزاري الصادر عن وزير العدل رقم 102/84 المؤرخ في 1984/12/23، والذي يحدد كيفية الإعلام وذلك بإخبار كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن حضرت أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية برغبة الزوج

¹ راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 246.

² مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون. (ط: 4؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1964)، ص 84-85.

³ راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 249.

⁴ الغزالي أبو حامد، إحياء علوم الدين. (د. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت)، ص 180.

⁵ بن شوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 111-112. (بتصرف).

في إبرام عقد الزواج بثنائية، ويسجل في السجل الخاص بطلبات التعدد رضا كل منهما أو اعتراض الزوجة السابقة، ليكون ذلك حجة يرجع إليه عند التنازع، فإن تعذر حضور هذه الأخيرة يتعين إبلاغها للحضور في أجل معقول بعقد غير قضائي بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بالتاريخ والمكان الذي سيبرم فيه عقد الزواج الثاني، فإن حضرت واعترضت يسجل الموثق أو ضابط الحالة المدنية اعتراضها، وإن تغيبت أثبتت غيابها وأبرم العقد، هذا في ظل قانون الأسرة قبل التعديل، أما بعد التعديل فيكون إعلام الزوجتين أمام القاضي بحضورهما والتصريح بالقبول أو الرفض¹.

وهنا لا بد أن نشير بأنه على القاضي التأكد من إعلام الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها وأن يسعى جاهداً لحضور كل منهما أمامه.

الشرط الخامس: الترخيص القضائي الذي يسمح بالتعدد؛ إن نص المادة 8 ق. أ في صياغته الجديدة يفرض رقابة قضائية تسمح للقاضي بمنح الترخيص أو رفضه، بحيث يقدم الزوج طلباً لرئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاص مسكن الزوجية للتخفيف له بالتعدد، ويكون منح هذا الترخيص بعد الإستماع إلى الزوج وزوجته الأولى والثانية ومن موافقتهما، والتأكد من مبررات التعدد، وتوافر شروطه الشرعية من القدرة على الإنفاق والعدل بين الزوجات، والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

فهذه هي الشروط القانونية التي أتت بها المادة 8 من قانون الأسرة التي تسمح للزوج بالتعدد إذا تحققت كلها؛ إلا أنه إذا لم يحقق تلك الشروط يمكن للزوجة أن تطلب التطليق جراء ذلك لرفع الضرر عنها وفقاً للمادة 53 الفقرة 6.

07-التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة:

الفاحشة لغةً: فاحشة وفحش: كل شيء جاوز حده فهو فاحش². والفحش: هو القبيح الشنيع من قول أو فعل³.

اصطلاحاً: هي الخطأ المخل بالأداب، بصفة خطيرة، أو جسيمة، في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، والعرف، والضمير الاجتماعي⁴.

-معنى الفاحشة في الدين: بالرجوع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية نجد آيات وأحاديث تدل على أن الفاحشة هي فعل الزنا، حيث قال ابن الأثير: وكثيراً ما ترد الفاحشة بمعنى الزنى، ويسمى الزنى فاحشةً، قال الله تعالى: ﴿... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ...﴾ [الطلاق: 1].

-شروط التطليق لإرتكاب فاحشة مبينة:

¹ حسين شريف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة: 16، 2005-2008، ص 14.

² محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح. (د. ط: لبنان: دار المعاجم، 1989)، ص 433.

³ إبراهيم مدكور، معجم الوجيز. (ط: 1؛ مصر: دار الهندسية، 1980)، ص 305.

⁴ بلحاج العربي، المرجع سابق، ج 1، 2004، ص 305.

أعطت الفقرة 7 من م53 ق. أ إمكانية الزوجة التطلاق لإرتكاب زوجها للفاحشة الميينة، إلا أنه لا يحكم لها بالتطلاق نتيجة ذلك إلا بتوفر مجموعة من الشروط هي كالتالي:

1-نوع الفعل المرتكب: أن يكون هذا الفعل مخالفاً بالحياء والآداب العامة، أي كل فعل منافٍ لمبادئنا الإسلامية ويعتبر فاحشة ومن الكبائر مع أن المادة لم تحدد نوع الفعل وإنما أعطت له وصف الفُحْشِ والأقرب كما قلنا زنا المحارم، وسوف نوضح ذلك أكثر أدناه.

2- العلاقة الزوجية: أي يجب أن يكون هذا الفعل مرتكباً من طرف الزوج الذي يربطه بالزوجة رافعة دعوى التطلاق للفاحشة المرتكبة عقد زواج صحيح، ويكون عقداً شرعياً ورسمياً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه وقت رفع الزوجة دعوى التطلاق.

وبذلك فلا تقبل الزوجة دعواها إذا كان عقد زواجها باطلاً¹ أو إنتهت عدة طلاقها الرجعي فأصبح طلاقها بائناً، وبالتالي فهي أجنبية عن زوجها لا يحق لها المطالبة بالتطلاق لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما.

3-أن يكون الفعل المرتكب بَيِّنًا وواضحاً: أي يجب أن يكون للفاحشة المرتكبة المدعى بها من طرف الزوجة دليلٌ يثبت إرتكاب الزوج تلك الفاحشة، وبعد إكتشاف الفعل المرتكب يتم تصنيف الفعل هل هو خيانة زوجية المتمثلة في جريمة الزنا أو الجرائم الأخلاقية الأخرى؟ لذا جاء في الفقرة 7 مصطلح " ... فاحشة ميينة".

08-التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين:

-تعريف الشقاق لغةً: المُشَاقَّةُ والشِّقَاقُ: غَلَبَةُ: العُدَاوَةُ والخِلَافِ، شاقَّه مشاقَّةً وشقاقاً: خَالَفه².
-اصطلاحاً: هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة³.

-معنى الشقاق المستمر بين الزوجين: وهو الوضع الذي يسوء فيه الحال بين الزوجين ويتعذر الصلح وتستمر الخلافات دون جدوى الحل، وتكثر الشكوى من الجانبين، الرجل يدعي على الزوجة سوء العشرة والتقصير، والزوجة تدعي مضارة الزوج وتضييقه ولا بينة مع أحد منها تشهد على صحة دعواه⁴.

-قانوناً: جاء في المادة 53/8⁵ ق.أ (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين)، حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب الشقاق المستمر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة، فإذا أثبتت الزوجة صحة دعواها طلقها القاضي منه طلاقاً بائناً، فالإبقاء على الزوجية مع إساءة العشرة مجلبة للأضرار⁵، وإذا عجزت عن إثبات دعواها رفض القاضي طلبها للتطلاق، أما إذا تكررت الشكوى وعجزت الزوجة عن الإثبات اختارت المحكمة حكماً للتوفيق والإصلاح بينهما، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين

¹ نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 141.(بتصرف).

² محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج26، ص 2301.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 (ط: 2؛ سورية: دار الفكر، 1985)، ص 527.

⁴ الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة. (ط: 8؛ ليبيا: دار ابن حمودة، 2011)، ص 176. (بتصرف).

⁵ باديس ذياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري. (د. ط: الجزائر؛ دار الهدى، 2007)، ص 302.

عدلين من أهل الزوجين، وعليهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق والنزاع ويبدلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين على أن يقدما للقاضي تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين¹ وهو ما نصت عليه المادة 56 ق. أ (إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكّمين، للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكّمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين).

-حالات التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

بالرجوع إلى المادة 53 في فقرتها الثامنة لم يبين قانون الأسرة الحالات التي يستند إليها القاضي للتطليق للشقاق، مما يفسح المجال للقاضي في أعمال سلطته التقديرية في تحديد ذلك، إلا أنه قد اجتهد المتخصصون في علم النفس بوضع مجموعة من الأمارات التي تدل على الشقاق المستمر بين الزوجين وهي:

1-ظهور العداوة الصريحة وغير الصريحة في مواقف الخلافات، حيث يهاجم كل من الزوجين الآخر، ويحقّر آراءه وأفكاره، ويحطّ من شأنه، ويبرر عيوبه عند كل مشكلة تحدث بينهما؛

2-عدم نسيان كل منهما أخطاء الآخر السابقة وإثارتها عند كل خلاف يحدث بينهما؛

3-استخدام كل منهما لما لديه من معلومات عن الآخر في الإساءة إلى سمعته، أو إيدائه نفسياً أو بدنياً واجتماعياً؛

4-تكبير كل منهما المشكلة الصغيرة بطرح مشكلات سابقة ليس لها علاقة بالخلافات الراهنة، لتفجير الموقف، وتغذية الخلافات حتى تستمر أطول فترة ممكنة؛

5-الاستهانة بالمشكلة، والسلبية في مواجهتها، وتسفيه كل حالٍ لها، وتزكية خلافات مع الزوج الآخر، ورفض الصلح أو التفاوض حولها، وطلب المزيد من الشجار؛

6-العناد والخصام والهجر والتهديد بالطلاق والانفصال أو الزواج من أخرى، والتوقف عن القيام بالواجبات الزوجية نكايَةً بالطرف الآخر؛

7-المواجهة العدائية السافرة عند حدوث أية مشكلة، حيث يعتمد كل منهما أو أحدهما إلى ضرب الآخر أو سبه، أو تخريب ممتلكاته وأدواته وأعماله، أو تشويه سمعته وتكديره وتخويفه، والإصرار على عمل ما يثير غيظه وتشجيع الناس على الإساءة إليه².

09-التطليق لمخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج:

-تعريف الشرط لغةً: الشَّرْطُ؛ ما يوضع ليلتزم به في بيع أو نحوه، وفي الفقه: ما لا يتم الشيء إلا به، ولا يكون داخلاً في حقيقته³.

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط: الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010)، ص 206.

² كمال إبراهيم مرسى، العلاقة الزوجية والصحة النفسية. (ط: 2؛ الكويت: دار القلم للنشر والتوزيع، 1995)، ص 239.

³ مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 479.

-الإشتراط إصطلاحاً؛ وهو إلتزام أحد المتعاقدين للآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة، ويقصد بالشرط الذي تقيد به العقود بين المتعاقدين، ومنه قوله صل الله عليه وسلم «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»¹، وقال أيضا " إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُؤْتَى بِهِ، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ "²، فسائر الشروط التي تكون بين المتعاقدين يجب التقيد بها وعدم الخروج عنها.

-معنى الإشتراط في عقد الزواج:

قد يحدث أن يُدرج الزوجان أثناء إبرام عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق شروطاً، فيلتزمان بتنفيذها تحت مسؤوليتهما، فإذا أخل الزوج الثاني بذلك الشرط يحق للطرف الآخر المطالبة بفك الرابطة الزوجية، وبالتالي فالشروط المقترنة بعقد الزوج هي تلك الشروط التي يتم إدراجها أثناء إبرام عقد الزوج أو لاحقاً، فهي ليست من مقومات عقد الزواج ولا يقوم بها العقد ولا يعتبر عقد الزواج باطلاً أو فاسداً إذا لم يتم إدراجها في العقد.

وبالتالي فالشروط المتفق عليها في العقد جاءت لمصلحة الزوجين وحاجتهما لتقرير بعض الحقوق، وبذلك فالشروط المقترنة بعقد الزواج هي (التزام أحد الزوجين أو كليهما في عقد الزواج بأمر زائد على أصل العقد، سواء أكان مما يقتضيه عقد الزواج نفسه أم كان مؤكداً له، أو كان لا يقتضيه عقد الزواج أو لا يؤكد حكماً من أحكامه، ويحقق منفعة لمن اشترط الشرط لمصلحته)³، والذي يهمننا في الدراسة هو إشتراط الزوجة على زوجها أثناء إبرام عقد الزواج⁴.

-مدى إمكانية الزوجة المطالبة بالتطبيق لمخالفة أحكام المادة 19 ق. أ:

بالرجوع إلى المادة 19 من قانون الأسرة نجدها أجازت للزوجين أن يشترطا أي شرط أثناء إبرام عقد الزواج، أو بعد إبرامه يتم إلحاق الشرط بوثيقة رسمية تصدر من عند موثق، يكون في ذلك الشرط منفعة للحياة الزوجية واستقرارها ما لم يكن ذلك الشرط يتنافى مع الشرع حيث نصت (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم يتناف هذا الشرط مع أحكام هذا القانون).

وبذلك يمكن للزوجة أن تكون هي التي وضعت الشرط المقترن بعقد الزواج، ومن بين تلك الشروط التي ذكرتها المادة 19 على سبيل المثال لا الحصر، شرط عمل المرأة وعدم تعدد الزوجات، فإذا خالف الزوج

¹ أخرجه: علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004)، كتاب البيوع، ص 426، رقم الحديث (2892).

² أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 28 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب حديث عقبة بن نافع، ص 536، رقم الحديث (17302).

³ يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 11.

⁴ المقصود بإشتراط الزوجين في عقد الزواج: أي أن الزوجين يدونا شرطيهما في عقد الزواج الذي تم إبرامه عند موثق، لأن عقد الزواج المبرم عند ضابط الحالة المدنية لا يوجد مكان لإدراج هذا الشرط، لأن وثيقة الحالة المدنية موحدة النموذج، في حين أن الموثق له مكان يدرج فيه شرط أحد الزوجين أو كليهما، وهو الذي لم توضحه المادة 19 ق. أ.

شرط الزوجة المدرج في العقد أو في وثيقة رسمية لاحقة يحق للزوجة أن تطالب بالتطليق بموجب المادة 53 الفقرة 9 (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عنها في عقد الزواج)، ويقع على الزوجة عبء الإثبات.

كما نجد أن الإجهاد القضائي الجزائري سار على جوازية الزوجة الإشتراط في عقد الزواج، وأحقية الزوجة المطالبة بالتطليق جراء مخالفة زوجها تلك الشروط، ومن الإجهادات القضائية، "يجوز للزوجة أن تشتط لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراماً أو تحرم حلالاً، وبشرط أن لا يناقض روح العقد"¹.

10-التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً:

-الضرر لغةً: الضُّرُّ ضِدُّ النَّفْعِ، وَقِيلَ الضَّرُّ مَا تَضَرُّ بِهِ صَاحِبُكَ وَتَنْتَفِعُ أَنْتَ بِهِ، وَالضَّرَاءُ: نَقِيضُ السَّرَّاءِ².
-إصطلاحاً: يراد بالضرر ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية، كأن يؤذيها بالقول أو بالفعل، فمن الضرر ألا يكلمها، أو يحول وجهه عنها في الفراش، أو إثارة امرأة أخرى عليها، أو ضربها ضرباً مؤلماً، أو شتمها أو شتم والديها³.

-قانوناً: لم يعرف قانون الأسرة الضرر، وإنما أعطى للزوجة الحق في التطليق بسبب الضرر المعتبر شرعاً، دون تحديد معناه أو معيار معرفة ذلك الضرر، وترك للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تحديد الضرر من عدمه، وبالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني نجدها قد تحدثت عن الضرر بنصها في المادة 124 عن المسؤولية التقصيرية (كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض)، وبالتالي فالضرر هو الذي يكون نتيجة الخطأ الواقع من الغير سواء أكان عمداً أم بغير عمد، مما يلزم من كان سبباً في حدوث هذا الضرر بالتعويض للطرف المتضرر.

ثانياً: الضرر الذي يبيح للمرأة طلب فك الرابطة الزوجية

بالرجوع لقانون الأسرة لم يوضح معنى الضرر والأسباب الأخرى التي تدخل تحته، وإنما فتح المجال للقاضي في النظر في الفعل الذي وصفته الزوجة على أنه ضرر واقع عليها، إذ أن هناك أسباب كثيرة تعطي الحق للمرأة في رفع دعوى الطلاق، نذكر بعضها كالتالي:

1-السبب: فسبب الزوج إيها وشتمها، وسبب أبيها وأهلها يعد من باب الضرر، مثل: يا بنت الكلب، ويا بنت الكافر، ويا بنت الملعون، وكذلك ما يقضي العرف أنه ضرر كتجويعها، وأخذ مالها، ومنعها من زيارة والديها⁴، فالتعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها، بصفة صيرت علاقتها الزوجية أمراً مستحيلاً، هي أسباب كافية

¹ رقم القرار: غير موجود، بتاريخ 1971/03/03، صادر عن المحكمة العليا غ أش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1972، ص 39.

² محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج28، ص 2473-2572.

³ محمد بن عبد الرحمن الحطاب، المرجع السابق، ج4، ص 17. (بتصرف).

⁴ المرجع نفسه، ص 34.

لتبرير تطليقها¹، كما أن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقاً للمادة 4 ق.أ هو تطبيق سليم للقانون².

2-الضرب: فالضرب الخفيف إذا كان من غير موجب شرعي وكان مدمناً من غير انقطاع، والضرب العنيف الذي يترك عاهة، ولو كان له سبب مشروع، ومن الضرر أيضاً حلف الزوج ليضربها، وقطع كلامه عنها، وتحويل وجهه عنها في الفراش، وهجرها من غير سبب مشروع، وإيثار ضربتها عليها، وغلق الباب عليها، ووطئها وطأ محرماً، مثل وطئها في الحيض أو في دبرها، ومنعها من مزاوله حرفة داخل بيتها كخياطة أو بيع وشراء، إذا كان ذلك لا يدخل عليها فساداً، ولا يضر بحقوق الزوج وتربية أولاده³.

حيث ذهب في الكثير من الاجتهادات القضائية على أن ضرب الزوج زوجته ضرباً مبرحاً يعد سبباً من أسباب التطليق، أما الضرب الوارد شرعاً بغرض التأديب والذي لا يكون مدمناً ولا مدمياً فهو من حقوق الزوج على زوجته يستعمله في حالة نشوزها بغرض التأديب، وهذا بعد إستنفاد طرق العلاج الأخرى وهي الوعض ثم الهجر، ومن الاجتهادات القضائية نذكر "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي"⁴.

3-إكراه الزوجة على فعل المحرمات: ويكون ذلك إما بمنعها من أداء فرائض الإسلام وواجباته، كمنعها من الصلاة أو الزكاة أو الصوم أو الحج وغيرها، فمنعها من أداء ما أمرها به الإسلام يدخلها في باب التحريم والإثم، أو أن يأمرها بأفعال هي محرمة شرعاً، كإتيان الزوجة في غير موضع الحرث، لقوله تعالى: ﴿... فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ...﴾ [البقرة: 222] أو يأمرها بممارسة الدعارة أو مجالسة الرجال أو نزع الحجاب أو شرب الخمر، وهذا قال فيه رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ»⁵.

4-إتهام الزوج لزوجته تهمة تخدش كرامتها وتمس شرفها؛ وتطعن في سلوكها وأخلاقها، فإن ذلك يفسد العشرة الزوجية⁶، كأن يدعي الزوج على زوجته أنها كانت على علاقة غير شرعية مع شخص آخر.

5-ممارسة سلوكات شنيعة تمس بكرامتها وسمعة العائلة، كممارسة الشعوذة والسحر.

6-إفشاء الزوج الأسرار التي بينه وبين زوجته، وخاصة منها المتعلقة بفراش الزوجية، وتحديث الناس بها، مما يحدث ضرراً للزوجة.

ثانياً: الخلع

¹ قرار رقم 39025، بتاريخ 1986/01/13، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، غير منشور.

² قرار رقم 269594، بتاريخ 2001/07/18، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد1، لسنة 2003، ص 349.

³ محمد بن يوسف العبدري، المرجع السابق، ج4، ص 17. (بتصرف).

⁴ قرار رقم 258555، بتاريخ 2001/01/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 2002، ص 417.

⁵ أخرجه: سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني ت 360هـ، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ج 18 (ط: 2: القاهرة: مكتبة ابن تيمية، د. ت)، باب هشام بن حسان، ص 170، رقم الحديث (371).

⁶ اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 140.

1-الخلع لغةً: خَلَعَ الشَّيْءَ يَخْلَعُهُ خَلْعًا وَخَتَلَعَهُ: كَتَرَعَهُ، إِلَّا أَنْ فِي الْخَلْعِ مُهْلَةً، وَسَوَّى بَعْضُهُمْ بَيْنَ الْخَلْعِ وَالنَّزْعِ. وَخَلَعَ النَّعْلَ وَالنُّوبَ وَالرِّدَاءَ يَخْلَعُهُ خَلْعًا: جَرَّدَهُ، وَالْخَلْعَةُ مِنَ الثِّيَابِ: مَا خَلَعْتَهُ فَطَرَحْتَهُ عَلَى آخِرِ أَوْ لَمْ تَطْرَحَهُ. وَكُلُّ نُوْبٍ تَخْلَعُهُ عَنْكَ خَلْعَةٌ، وَخَلَعَ عَلَيْهِ خِلْعَةً¹.

2-الخلع اصطلاحاً: عرفه المالكية: بأنه الطلاق بعوض، وقيل هو الطلاق يعوض ولو من غير الزوجة أو بلفظ الخلع².

3-الخلع قانوناً: بالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري لوجدنا أنه لم يعط لنا تعريفاً خاصاً بالخلع، وإنما حصر موضوع الخلع في مادة واحدة وهي المادة 54 منه والتي أعطى لنا حكم الخلع فيها بنصه (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...)، ويتضح من خلال هذه المادة معنى الخلع القانوني بأنه: حل عقد النكاح من جانب الزوجة وحدها بعوض مالي تدفعه لزوجها دون انتظار من هذا الأخير قبلاً.
-مشروعية الخلع:

-من القرآن الكريم: قال الله تعالى(فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به)(البقرة229). فإن خاف الزوجين أن لا يقيما حقوق الزوجية فلا حرج على الزوجين فيما تدفعه الزوجة لزوجها مقابل طلاقها.

-من السنة: عن ابن عباس رضي الله عنه قال "جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صل الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام. فقال لها الرسول صل الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال الرسول: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

وهذه الأدلة تدل على مشروعية الخلع ولكن هذا لا يبيح الخلع مطلقاً إلا للحاجة لقول الرسول صل الله عليه وسلم (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة) وقال (المختلعات هن المنافقات).

-الخلع في قانون الأسرة الجزائري: نص قانون الأسرة في م54 على إمكانية الزوجة فك الرابطة الزوجية دون النظر لموافقة الزوج بمقابل مالي يتفق عليه الطرفين تقدمه الزوجة لزوجها (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).

-الفرق بين الخلع والتطليق والطلاق بإرادة الزوج وبرضى الزوجين:

أ-من حيث الماهية: يتميز وفق مايلي:

-الخلع والتطليق يكون بطلب من الزوجة؛

¹ محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج14، ص 1232.

² عثمان بن علي الزبيلي، تبين الحقائق شرح كثر الدقائق، ج1. (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة للنشر، د. ت)، ص 267.

-الطلاق بالإرادة المنفردة يكون بإيقاع من الزوج ورغبة منه في فراق زوجته، غير أنه قد يرتبط به عوض يبذله الزوج للمرأة إذا ثبت أن طلاقه كان طلاقاً تعسفياً جبراً للضرر الذي لحق بالمرأة؛
-الطلاق بالتراضي يكون باتفاق الزوجين على المفارقة¹.

ب- من حيث الأساس:

الخلع أساسه كراهة الزوجة لزوجها وبغضها له، بينما التطليق يكون للأسباب المحددة بنص المادة 53 ق.أ، حيث يجوز للمرأة المدخول بها أن تطلب التطليق فيها لأحد هذه الأسباب والتي ذكرناها سابقاً، بينما الطلاق بالإرادة المنفردة وبالتراضي قد يكون دافعه رفع الضرر الذي لحق بأحد الزوجين أو كليهما وقد يكون لعدم اتفاقهما.

ج- من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

-في التطليق: إذا رفعت الزوجة طلب التطليق للأسباب الواردة في نص المادة 53 ق.أ توجب عليها إمداد القضاء بالأدلة والاثباتات، وعلى القاضي تمحيص ذلك وإجراء تحقيق جدي ومعرفة مدى مطابقة الواقع للنصوص، مع الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج حتى يتسنى له الحكم بالتطليق أو برفضه ويتطلب ذلك إجراءات عديدة.

-في الخلع: يكفي للقاضي أن يتأكد من بغض المرأة لزوجها وكرهها له مع قدرتها على بذل عوض له، وهو ما لا يأخذ وقتاً طويلاً أقصاه ثلاثة أشهر بعد إنعقاد جلسات الصلح.

-في الطلاق بالتراضي والإرادة المنفردة: فالزوجان غير مجبرين على إمداد القضاء بأسباب الطلاق، والإجراءات فيهما بسيطة ولا تأخذ وقتاً طويلاً².

د-من حيث الآثار: أن الخلع يشترك مع التطليق والطلاق بالتراضي وبالارادة المنفردة في الآثار العامة الناجمة عن الطلاق بوجه عام، والمتمثلة في النفقة والحضانة والسكن وحق الزيارة.

-الطبيعة القانونية للخلع

نميز في الطبيعة القانونية للخلع لدى المشرع الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل، ثم نعالج الطبيعة القانونية للخلع في التشريعات العربية وفق مايلي:

أولاً: طبيعة الخلع في قانون الأسرة الجزائري

نص التشريع الجزائري عن أحكام الخلع في المادة 54 منه وحصر موضوعها في هذه المادة الوحيدة، حيث أصدرها بموجب القانون 11/84، فلم يكن تكييف الخلع واضحاً ما إذا كان الخلع عقداً رضائياً أم تصرفاً إنفرادياً من طرف الزوجة، ثم عدل المشرع قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، مما إتضح تكييف الخلع كالتالي:

¹ كاملة طواهرية، أحكام الخلع في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 20، العدد 39، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، السنة 2015، ص 344.

² المرجع نفسه، ص 344-345.

1-تكييف الخلع بموجب القانون 11/84:

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة التكييف القانوني للخلع أثناء صدور قانون 11/84، وإنما إكتفى بنص عام تمثل في نص المادة 54 منه، والتي نصت على أنه "يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم". وكان الغموض سيد الموقف في نص المادة 54 ق.أ قبل التعديل، كونها لم تحسم إذا كان الخلع حقاً للزوجة تستعمله متى شاءت، أم يخضع لقبول الزوج ورضاه، حيث تحدثت المادة عن إمكانية مخالعة الزوجة نفسها مقابل مبلغ من المال تقدمه لزوجها كبديل فقط، دون الخوض في مسألة موافقة الزوج من عدمها، وأمام هذا السكوت عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل شراح القانون ينهلون من آراء الفقهاء، إستناداً لنص المادة 222 ق.أ¹، وبدوره جعل التباين في الإجتهاادات القضائية وهو ماسيتم توضيحه أدناه.

2-تكييف الخلع بموجب الأمر 02/05:

يتضح من خلال نص المادة 54 ق.أ المعدلة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أن المشرع أجاز للزوجة أن تطلب إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج، فإن قبل به يتم إعتماده من القاضي، وإن لم يقبل به يتم تحديده من طرف القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، كما يفهم من نص المادة أنها لم تلزم الزوجة تقديم أسباب طلب الخلع بإيراد الوقائع المؤدية إلى إحداث الضرر الموجب للخلع، حيث إنحصر دور القاضي في تحديد قيمة المقابل المالي عند عدم الإتفاق عليه بين الزوجين².

بذلك فالخلع عقد معاوضة بين الزوجين شرع لمصلحة الزوجة لغرض إنهاء الحياة الزوجية، وإبرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج مقابل عوض أو مبلغ مالي تقدمه لزوجها³، وسيتم التفصيل أكثر في مبدأ الرضائية في المبحث الثاني المتعلق بأحكام الخلع أدناه. ويرى جانب من فقهاء القانون⁴: أن التكييف القانوني للخلع، أنه كالطلاق على مال، يعتبر يميناً في جانب الزوج، لأنه علق طلاقهما على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغاً من المال في مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه.

¹ عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 13، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، معهد الحقوق، جوان 2015، ص 109.

² محفوظ بن صغير، الإجتهااد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 611.

³ عماري نور الدين، المرجع السابق، ص 106.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط:4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005)، ص 264.

-أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق فإن المشرع الجزائري كان واضحاً بالتنبيه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقاً لا فسخاً وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة، فقد خص المشرع في الباب الأول في الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من المادة 32 إلى غاية المادة 35 من قانون الأسرة.

كما أنه ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج" وذلك في المادة 47 التي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أم بالوفاة، ثم تطرق في المادة 48 ق.أ التي تنص على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو برضى الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون¹.

ونجد أن المادة 54 التي تنص على أن الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثير الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بأن الخلع طلاقٌ لا فسخٌ، على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساساً في إختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، بينما الأمر يختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة تماماً عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق².

- أركان الخلع في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع لنص المادة 54 ق.أ لانجد المشرع قد وضع أركاناً وشروطاً تحت عنوان معين، وإنما يمكن أن نستنتجها من خلال صياغة المادة، مما يتضح أن للخلع ثلاثة أركان، الزوج، والزوجة، وبدل الخلع. 1-الزوجة: وهي المخالعة التي يربطها عقد زواج شرعي مع زوجها، والتي تعد ركناً لصحة الخلع ولا يتم هذا الأخير إلا بوجودها، فيمكن للزوجة أن تطالب بحقها في الخلع بإرادتها الحرة الكاملة المنفردة، ولم تشترط المادة تقديم أسباب أثناء طلبها.

2-الزوج: وهو الذي وقع عليه الخلع من طرف زوجته، الخلع تصرف خطير في نفسه وآثاره ونتائجه، ولهذا فهو لا يقع من كل زوج، ولا في كل حال، بل لا بد لصحة إيقاعه وجوازه شرعاً أن يكون من يصدر عنه بالغاً عاقلاً، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات، وهناك قاعدة إتفق عليها الفقهاء وهي: "كل من صح طلاقه صح خلعه"، لأن الخلع طلاق بعوض، فإذا جاز الطلاق بلا عوض، فجوازه بالعوض من باب أولى، فعلى هذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المخالعة ما يشترط في المطلق³.

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط: الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010)، ص 221-222.

² باديس ديايي، المرجع السابق، ص 69.

³ محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج 3 (د. ط: الرياض: دار عالم الكتب، 2003)، ص 441.

حيث ذكرت المادة 54 ق.أ ركن الزوج، وأضافت أن موافقة الزوج لا تؤخذ بعين الإعتبار أثناء مطالبة الزوجة حقها في الخلع، حيث نصت (... دون موافقة الزوج..).

3-المقابل المالي: وهو العوض الذي تقدمه الزوجة المخالعة لزوجها، نظير الخلع الذي أوقعته عليه، مع أن المادة تركت الحرية للزوجة في الإتفاق على مقدار العوض، وفي حالة عدم الاتفاق على عوض معين يمكن للقاضي التدخل وتحديد العوض المالي في حدود صداق المثل أثناء صدور الحكم، وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 54 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: (... إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم)، وبهذا فالعوض المالي ركن أساسي في الخلع، ونرى أن الخلع الذي يكون دون مقابل مالي لا يمكن أن نعتبره طلاق خلع لأن البديل ركن أساسي فيه، وإنما طلاق بالتراضي متى إتفق الزوجان أن يكون خلعهما دون مقابل مالي وفق فحوى المادة 48 من قانون الأسرة¹. ونص المادة 54 ق.أ لم يبين ما يصح أن يكون بدلاً للخلع وشروطه، فالمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة، وكذا الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، وما دامت المادة ذكرت مصطلح "المقابل المالي" فيمكن القول كل ما صح أن يكون صداقاً صح أن يكون مقابلاً للخلع، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع الذي تدفعه هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها، ولكن لا يجوز للزوجة أن تتنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعاً، لأن الحضانة هي حق للمحضون لا يصلح أن يكون بدلاً للخلع، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوماً ومتفقاً عليه بين الزوجين²، أي معيناً أو قابلاً للتعيين حسب نص المادة 94 من القانون المدني³، كما أن القضاء ألزم القاضي الافصاح عن قيمة بدل الخلع عند النطق بالحكم حيث جاء في القرار "لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً، سواء أكان اتفق الطرفان عليه أم اختلفا"⁴.

ثانياً: شروط الخلع

لصحة الخلع لا بد من توفر مجموعة من الشروط نوجزها فيما يلي:

- 1-أن يكون البغض من الزوجة، فإن كان الزوج هو الكاره لها، فليس له أن يأخذ منها فدية، وإنما عليه أن يصبر عليها، أو يطلقها إن خاف ضرراً.
- 2-أن لا تطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر، تخاف معها أن لا تقيم حدود الله في نفسها أو حقوق زوجها.

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 239. (بتصرف).

² المرجع نفسه، ص 240. (بتصرف).

³ حبار أمال، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جانفي 2018، ص 198.

⁴ قرار رقم 365244، بتاريخ 2006/10/11، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2007، ص 467.

3- أن لا يتعمد الزوج إيداء زوجته، حتى تخالع منه، فإن فعل فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً أبداً، والخلع ينفذ طلاقاً بائناً، فلو أراد مراجعتها لا تحل له إلا بعد عقد جديد¹.

- مبدأ الرضائية في الخلع قانوناً:

بالرجوع إلى نص المادة 54 ق.أ المتعلقة بموضوع الخلع، نجد أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع قد مر بمرحلتين، قبل التعديل وبعد التعديل، وذلك بسبب غموض النص القانوني بحيث الدلالة اللفظية للمادة لا تعطي معنى واضحاً وقطعياً فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع، وهنا وقع الإختلاف في الاجتهادات القضائية تبعاً للإختلاف في المفهوم، سنوضح ذلك أدناه:

1-مبدأ الرضائية في الخلع قبل التعديل بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984:

رجوعاً لنص المادة 54 قبل تعديلها يتبين أن المادة غير واضحة فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع، هل يقع برضا الزوجة لوحدها، أم أنه لا بد من رضا الزوج لإحداث الأثر القانوني، حيث جاء في المادة قبل التعديل " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال..."، وهذا دفع جانباً من الفقه يقول بأن الخلع يتم بموافقة الزوج، وأن إرادة الزوجة غير كافية ليحدث الخلع أثره القانوني ووقوع الفرقة بين الزوجين، مما يجعل من الخلع رخصة للزوجة للمطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية، وليست حقاً أصيلاً.

وهناك من شرح القانون الجزائري² الذي يرى أن الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف، ولا يتم إلا بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج.

-موقف الإجتهد القضائي قبل التعديل:

بما أن نص المادة 54 ق.أ لم تكن عباراته قطعية وواضحة الدلالة فيما يتعلق بإرادة الزوجين في الخلع، إختلفت قضاة المحاكم في إعتبار الخلع إما رخصة لا بد من رضا الزوج فيه (الخلع الرضائي)، أم هو حق أصيل لا دخل لإرادة الزوج (الخلع القضائي)، وإنما يخضع لرضا الزوجة وحدها، ومن تلك الإجتهدات نذكر:

أ-الإجتهدات القضائية التي قالت بأن الخلع رخصة للزوجة يحتاج لإرادة الزوج (الخلع الرضائي):

-"الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه"³.

ب-الإجتهدات القضائية التي قالت بأن الخلع حق أصيل للزوجة وحدها (الخلع غير الرضائي):

- "إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الإختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل"⁴.

¹ ربيعة إغاث، الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون وإجتهدات المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، عدد 3، جامعة الجزائر 1، 2009، ص 312.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 1، طبعة: 2005، ص 363.

³ قرار رقم 26709، بتاريخ 1982/02/08، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982، ص 258.

⁴ قرار رقم 103793، بتاريخ 1994/04/19، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد 51، لسنة 1997، ص 96.

-مبدأ الرضائية في الخلع بعد التعديل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005:

في حين بعد التعديل ونتيجة للإختلاف القضائي في تفسير المادة 54 فيما يتعلق بإرادة الزوجين في الخلع، قام المشرع الجزائري بنقل هذا الإختلاف القضائي من دائرة التفسير القضائي إلى دائرة التنصيص التشريعي، فعدّل في المادة 54 وأصبح النص واضحاً، حيث أن الخلع يتم بإرادة الزوجة وحدها، ولا أثر لإرادة الزوج فيه، وذلك بصريح العبارة الواردة في نص المادة 54 بعد التعديل "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها...". وعبارة دون موافقة الزوج نقلت الخلع بعدما كان رخصة يحق للزوجة أن تلجأ إليه بموافقة الزوج، إلى حق أصيل للزوجة وحدها دون إعتبار إرادة الزوج في إيقاع حقها في الخلع.

- موقف الإجتهد القضائي بعد التعديل:

- "الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج"¹.

- "إن الخلع ليس عقداً رضائياً، وموافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي. أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض فإنه لا يشكل مانعاً للحكم بالخلع"².

-الطلاق للنشوز:

أ- النشوز لغة: نشز الشيء - نَشَرًا، ونُشُوزًا: ارتفع، ويقال: فلانٌ علا على نَشَرٍ من الأرض، وعن مكانه: وفيه ارتفع عنه ونهض، ويقال: نشزت المرأة أو الرجل بالزوج: استعصى وأساء العشرة، ويقال: نشز به، ومنه، وعليه. فهو ناشِرٌ، وهي ناشِرٌ، وناشِرَةٌ³.

ب- اصطلاحاً: النشوز قد يكون من الزوجة أو من الزوج أو منهما معاً، والذي يهمننا في الدراسة نشوز الزوج:

1- نشوز الزوجة: يقصد به ترفع الزوجة وتعالها عن زوجها بمخالفته ومعصيته فيما فرض الله سبحانه وتعالى عليها من طاعته⁴، وقد ورد في القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾ [النساء: 34].

2- نشوز الزوج: يقصد به ترفع الزوج وتعاله عن زوجته، بأن كان يؤذي زوجته ويضربها من غير ذنب، أو يقصر في شيء من حقوقها⁵، وقد ورد في القرآن الكريم، لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ..﴾ [النساء: 128].

3- نشوز الزوجين معاً: أحياناً يسوء الحال بين الزوجين ويتعذر الصلح، وتكثر الشكوى من الجانبين، الرجل يدعي على الزوجة سوء العشرة والتقصير، والزوجة تدعي مضارة الزوج وتضييقه ولا بينة مع أحد منها تشهد

¹ قرار رقم 656259، بتاريخ 2011/09/15، صادر عن المحكمة العليا غ.ش.أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2012، ص 318.

² قرار رقم 336380، بتاريخ 2005/07/13، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، نشرة القضاة، عدد 61، لسنة 2006، ص 328.

³ مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 922.

⁴ أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ص 269.

⁵ الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، المرجع السابق، ص 175.

على صحة دعواه¹، وهذا ما يسمى بالشقاق المستمر بين الزوجين، وقد ورد الشقاق بين الزوجين في القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا﴾ [النساء: 35].

قانوناً: أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعرف الناشز ولا النشوز، وإنما ذكره من باب الأسباب التي قد يلجأ إليها الزوجين للمطالبة بالفرقة، وذلك في المادة 55 بنصها (إذا تبين للقاضي نشوز أحد الزوجين فالحكم بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر)، مما يتضح أنه إقرار بوجود النشوز الذي قد يصدر إما من الزوج أو من الزوجة.

-بعض أسباب نشوز الزوج

هناك حالات كثيرة قد يظهر فيها النشوز، ويرتكبها الزوج على زوجته وأفعال وتصرفات تصنف تحت باب الضرر بالنشوز نذكر بعضها:

1-تعدد الزوجات؛ فقد يميل الزوج إلى امرأة أخرى ويترك الأولى، وقد يضربها كأن يمنعها النفقة أو القسم في المبيت أو يضربها عن غير مبرر²، أو يقاطعها دون سبب، أو يتكلم معها باشمئزاز وترفع، أو يشتمها أو يشتم أهلها، أو إفشاء أسرارها وذكر مثاليها، أو يأمرها بمعصية، أو يظهر العبوس عند رؤيتها، أو يمنعها من زيارة أقاربها، أو ينادي عليها بما تكره من ألفاظ ففي كل هذه الحالات يعد ظالماً ومتعدياً.

2- كبر الزوجة أو مرضها؛ قد يكره الزوج امرأته لكبر أو مرض أو دمامة³ ففي حديث ابن عباس، قال: "خشيت سودة أن يطلقها رسول الله صل الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، لا تطلقني، وأمسكني واجعل يومي لعائشة ففعل، فنزلت هذه الآية: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ...﴾ [النساء: 128] فإن علمت امرأة من زوجها ترفعاً عنها، وتعالياً عليها أو انصرافاً عنها فلا إثم عليهما أن يتصالحا على ما تطيب به نفوسهما من القسمة أو النفقة، والصلح أولى وأفضل⁴.

3-المستوى المعيشي بين الزوجين: قد يحدث الفارق المادي والمعيشي بين الزوجين إلى نشوز الزوج على زوجته لتفاوت الكفاءة بينهما، مما يؤدي إلى منة الزوجة على زوجها بمالها أو حسنها فإذا كانت الزوجة صاحبة مال وزوجها فقير أو صاحبة جاه وزوجها غير ذلك، وإستعلت عليه بذلك، فإن ذلك يجعل الزوج يكرهها، مما يضيع حقوقها.

¹ الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، المرجع السابق، ص 176.

² المصري مبروك، المرجع السابق، ص 249.

³ عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 7 (د. ط: مصر: مكتبة القاهرة، د. ت)، ص 243.

⁴ أخرجه: أبو داود الطيالسي ت 204هـ، مسند أبي داود، تحقيق: ابن عبد المحسن التركي، ج 4 (ط: 1؛ مصر: دار هجر، 1999)، باب عكرمة مولى ابن عباس، ص 403، رقم الحديث (2805).

-مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لنشوز زوجها-

بالرجوع إلى نص المادة 53 الفقرة 10 نجدها قد وضعت سبباً مفتوحاً يمكن للزوجة أن تتمسك به للمطالبة بالتطليق ألا وهو كل ضرر معتبر شرعاً، والمعلوم أن نشوز الزوج على زوجته يعتبر من باب الضرر، فقد نصت عليه المادة 55 (عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر) -من خلال المادة 55 من قانون الأسرة يتضح أن الزوج يمكن أن يكون ناشزاً وذلك بعدم قيامه بالإلتزامات الزوجية، فإذا ثبت ذلك يمكن للزوجة من خلاله المطالبة بالتطليق لضرر النشوز والتعويض معاً. وبذلك يكون نشوز الزوج من باب أسباب التطليق غير المنصوص عنها في المادة 53 صراحة، والتي نعتبر أن هذا السبب تشمله الفقرة 10 من المادة 53 والتي نصت (يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق: لكل ضرر معتبر شرعاً)، ونشوز الزوج على زوجته يعتبر ضرراً معتبراً شرعاً يحق للزوجة المطالبة بالتطليق لذلك. وبذلك يُخلص إلى أن قانون الأسرة الجزائري اتجه إلى أنه، إذا إدعت الزوجة نشوز زوجها وأثبتت حالة النشوز، كان لها الحق في طلب الطلاق - التطليق المنصوص عليه في م53 بحجة كل ضرر معتبر شرعاً -، كما يكون للزوج أن يطلب الطلاق في حالة نشوز زوجته أي خروجها عن الطاعة بلا مبرر، وبذلك يكون طلاقه من غير تعسف.

ثالثاً-حالة نشوز الزوجين معاً (الشقاق المستمر بين الزوجين): ويقصد بالشقاق؛ أن يفعل كل واحد ما يشق على صاحبه، أو أن كل واحد منهما صار في شق بالعداوة فيما بينهما، ومن دون أن يعرف السبب بينهما وخيف على انفصام عرى الزوجية فلا بد من بعث الحكامين للإصلاح¹.

المقصود بالشقاق المستمر بين الزوجين كثرة الخلاف واستمراره مما استحال به استمرار العشرة الزوجية فيمكن للقاضي أن يعين حكيمين لمعالجة الشقاق، حكماً من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج على أن يقدم كل من الحكامين تقريراً عن مهمتها في أجل شهرين وهو ما نصت عليه م56/2 ق أ. نصت المادة 56 ق أ ج: (إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكيمين، للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكامين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكامين أن يقدموا تقريراً عن مهمتها في أجل شهرين).

ويعني من خلال هذه المادة أنه إذا اشتد الشقاق بين الزوجين، ولم يتحقق القاضي من الأضرار لعجز الزوجة عن الإتيان ببينة، وعدم إقرار الزوج، فإنه يرفض الدعوى فإن تكررت منها الشكوى، طالبه التفريق ولم يثبت للمحكمة صدق دعواها، عين القاضي حكيمين شرط أن يكونا رجلين عدلين راشدين لهما خبرة بحالهما، وقدرة على الإصلاح بينهما وأن يكونا من أهلها.

وعلى الحكامين أن يحاولوا الإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك وكانت الإساءة من الزوجين كليهما، أو من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، وإن كانت الإساءة من الزوجين فرقاً بينهما بالخلع، وعلى الحكامين أن

¹ رفيق محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافتراق في فقه الطلاق. (ط: 11؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011)، ص 95-96.

يرفعا إلى القاضي تقريراً في مهلة شهرين، والقاضي يحكم بمقتضاه بطلقة بائنة إذا لم يستطع الإصلاح. والملاحظ أن قانون الأسرة لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي، بل جعل الحق للقاضي بناء على اقتراحهما، وهذا فيه احتياط حيث يجعل القاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما، مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية¹.

-الاستئناف في أحكام الطلاق: الأحكام المتعلقة بالطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف في موضوعها فهي أحكام ابتدائية نهائية أو ما يتعلق بالجوانب المادية كالحضانة والنفقة والسكن فيمكن إستئنافها وفق م57 ق أ.

الفصل الثاني: آثار انحلال الزواج

كنا قد عرفنا أعلاه أن للزوجين الحق في فك الرابطة الزوجية، إلا أنه إذ حصل ووقعت الفرقة بين الزوجين تترتب عليه آثار، فسيتم من خلال هذا الفصل معرفة آثار في فك الرابطة الزوجية، والمتمثلة في العدة والحضانة والسكن وحق الزيارة، وسيتم معالجتها من خلال هذه الفصل وإبراز أهم الاشكالات التي يمكن أن ترد عليها وإيجاد حلول لها، أما النفقة فهي أثر من آثار فك الرابطة الزوجية، وباعتبارنا قد ذكرناها في الباب الأول لعدم التكرار لا نذكرها في هذا الفصل.

أولاً: العدة

تعتبر العدة من آثار فك الرابطة الزوجية سواء أكان بالطلاق أم التطليق أم الخلع أم بغيرهما من طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، والعدة ما شرعت إلا حفظاً لإختلاط الأنساب، وسيتم التعريف بها وذكر أحكامها وفق ما يلي:

-تعريف العدة:

-لغة: العِدَّةُ مَقْدَارُ مَا يُعَدُّ وَمَبْلَغُهُ، وَعِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: هِيَ مُدَّةٌ حَدَدَهَا الشَّرْعُ، تَقْضِيهَا الْمَرْأَةُ دُونَ زَوْاجٍ بَعْدَ طَلَاقِهَا، أَوْ وَقَافَةِ زَوْجِهَا عَنْهَا².

-إصطلاحاً: تربص يلزم المرأة عند الفرقة من نكاح صحيح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت، أو بعد وطئٍ بشبهة أو نكاح فاسد، فإذا حصلت الفرقة بأي سبب من الأسباب، فلا يحل للمرأة أن تتزوج إلا بعد أن ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لإنتظارها³.

-قانوناً: بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لانجد تعريفاً للعدة، وإنما نجده قد عالج أحكام العدة في الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق وتحت مسمية العدة، وذلك من المادة 58 إلى المادة 61 منه.

- المقاصد الشرعية من تشريع العدة:

-تعرف براءة الرحم من الحمل، على وجه يحفظ الأنساب ويمنع اختلاطها.

¹ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط: 1: القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2009)، ص 127.

² مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 587.

³ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام. (د. ط: بيروت: الدار الجامعية، 1998)، ص 209.

-التنويه بعظم شأن الزواج والاعتراف بخطره، فلا ينحل إلا بانتظار مدة يعلم بها انحلاله.

-إعطاء الزوج فرصة المراجعة، إذ لعله يندم بعد أن تهدأ ثائرته ويراجع نفسه، ويندم على تسرعه بالطلاق فيراجع زوجته بلا عقد ولا مهر إن كان قد طلقها رجعيًا وعدتها لا تزال باقية، أو يعيدها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين وهي في العدة إن كان قد طلقها طلقة بائنة وليس ذلك لأحد غيره، أما بعد العدة فهو والأجنبي سواء في طلب الزواج منها وربما فضلت الأجنبي عليه.

- إظهار التأثير لفقد الزوج بالإمتناع عن الزينة والتجمل مدة أربعة أشهر وعشرة أيام حتى تبرأ النفس من كآبة الحزن، وقطعاً للألسنة من الخوض في حق الزوجة إذا تهافت عليها الأزواج في من توفي عنها زوجها¹.

-أنواع عدة النساء:

العدة على ثلاثة أنواع وهي كالتالي:

-النوع الأول: العدة بالإقراء؛ تلتزم به المطلقة المدخول بها أو المختلي بها خلوة صحيحة سواء أكان الطلاق رجعيًا أم بائناً وكانت غير حامل، ومن ذوات الحيض ومقداره ثلاثة قروء لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... ٢٢٨﴾ [البقرة: 228] واختلف الفقهاء في تفسير القراء، ففسره الحنفية والحنبلة بالحيض، وعليه فلا تنتهي عدتها إلا بإنهاء الحيضة الثالثة، ومعنى ذلك أنه لو فارقها وهي حائض فلا تحسب تلك الحيضة من الثلاث؛ لأنها جزء حيضة وليست حيضة كاملة، ولا تنتهي عدتها إلا بعد ثلاث حيضات بعد الحيضة التي طلقها أثناءها².

-النوع الثاني: العدة بالأشهر؛ العدة بالأشهر مقداران هما ثلاثة أشهر وأربعة أشهر وعشرة أيام:

المقدار الأول: ثلاثة أشهر؛ وهو ما كانت فيه الأشهر بدلاً عن الأقراء وذلك إذا لم تكن المعتدة من ذوات الحيض، بأن كانت صغيرة لم تبلغ سن الحيض وأقله تسع على المختار في المذهب الحنفي، أو كبيرة بلغت سن اليأس: خمساً وخمسين سنة، أو بلغت بالسن خمس عشرة سنة ولم يأتها حيض، فعدة هؤلاء الثلاثة، ثلاثة أشهر، وذلك لأن أصل العدة الأقراء، وغالب أحوال النساء أن المرأة ترى العادة مرة كل شهر فلزم ثلاثة أشهر، قال تعالى: ﴿وَأَلِيَّ يَدْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ آرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللِّي لَمْ يَحِضْنَ... ٤﴾ [الطلاق: 4].

وتلزم العدة إذا كانت الفرقة بعد الدخول أو الخلوة في النكاح الصحيح، وبعد الدخول في النكاح الفاسد والوطء بشبهة³.

-قانوناً: ذكر قانون الأسرة الجزائري عدة المرأة المطلقة اليائسة من المحيض بثلاثة أشهر، حيث جاء في المادة 53 منه (... تعدد المطلقة ... اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق)، إلا أن الملاحظ في

¹ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 210-211.

² محمد بن عبد الله التمرناشي، تنوير الأبصار، ج3. (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1995)، ص 555.

³ المرجع نفسه، ص 566.

المادة أنها لم تذكر عدة المطلقة الصغيرة التي لم تبلغ بعد، وقد ذكرنا سابقاً أن عدتها ثلاثة أشهر أيضاً، لأن الصغيرة مازالت لم تحض فتكون عدتها بالأشهر لا بالحوض.

-المقدار الثاني: أربعة أشهر وعشرة أيام؛ وهو ما لا تكون الأشهر فيه بدلاً عن الإقراء، بل هي أصلٌ بنفسها، وذلك هو عدة المتوفى عنها زوجها، ولم تكن حاملاً، سواء أدخل بها زوجها أم لم يدخل صغيرة أو كبيرة، من ذوات الحيض أو لا، فهذه عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، بلا خلاف بين الفقهاء لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا... ٢٣٤﴾ [البقرة: 234] وقدرت العدة بهذه المدة حتى لا تسترسل المرأة في الحزن والإحداد على زوجها أكثر من ذلك¹.

قانوناً: في حالة وفاة الزوج عن زوجة نص قانون الأسرة في المادة 59 بأن عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، فلا يحل لها الزواج في هذه الفترة، حيث جاء في نص المادة (تعدد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام...).

-النوع الثالث: العدة بوضع الحمل؛ إذا كانت المرأة حاملاً، وصارت الفرقة بينها وبين زوجها بموت أو طلاق أو فسخ، فعليها أن تعتد حتى تضع حملها، سواء أكان هذا الحمل من زواج صحيح أم فاسد أم وطء بشبهة، فإذا وضعت الحمل إنتهت عدتها، مهما تكون الفترة بين الفرقة ووضع حملها، بشرط أن يكون ما وضعتة قد إستبان خلقه كله أو بعضه، سواء أوضعتة حياً أم ميتاً، فإن لم يستبن خلقه أو بعض خلقه، بأن كان ما أسقطته علقه أو مضغة لم تنقض عدتها بإسقاطه².

قانوناً: الزوجة إذا طلقها زوجها وكانت حاملاً فعدتها هي وضع حملها، حيث نصت المادة 60 ق.أ (عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة).

أولاً: أنواع خاصة من العدة

ذكرنا أعلاه أن عدة النساء على ثلاثة أنواع، إلا أنه هناك من النساء لأسباب معينة كالمرض أو الفقد أو الشك وغيرها جعلت عدتهم ليست كعدة المرأة الطبيعية، مما دفع بالفقهاء إلى الإجتهد ووضع العدة الشرعية لهذه الحالات الخاصة إستناداً للنصوص الشرعية، والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يعالج هذه الحالات كلها، مما سنوضح هذا وفق ما يلي:

1- عدة الزوجة التي فقدت زوجها:

إذا غاب الزوج في مكان وانقطعت أخباره بحيث يغلب على الظن أنه قد مات قال أبو حنيفة: لا يحق للزوجة طلب التفريق وعلماً بالانتظار حتى يتبين موته أو طلاقه بيقين، وذلك بمضي مدة لا يتصور بقاؤه حياً بعدها³.

¹ محمد بن عبد الله التمرثاشي، المرجع السابق، ص 560.

² قاضيخان محمود الأوزجندي، الفتاوى الخانية، ج 1. (ط: 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1986)، ص 527.

³ أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 163.

وقال مالك: تنتظر أربع سنين ثم تعد وتزوج بغيره واستدلوا بما روي عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: "أيا امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو؟، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل"¹.

قانوناً: تعد امرأة المفقود بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بالفقد، وهذا يوافق ما عليه جمهور الفقهاء حيث نصت المادة 59 ق.أ (تعد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده).

2- عدة المرأة المستحاضة: المستحاضة هي التي ينزل عليها الدم باستمرار وتسمى في عرف الفقهاء المستحاضة²، فإن ميزت بين دم الحيض ودم الاستحاضة، عملت به، وكذلك إن كانت لها عادة أنها تحيض في الشهر كذا، هذا عند جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة³.

فإن لم يكن لها مرد من تمييز أو عادة أو نسيب: فالحنفية في إحدى الروايتين عندهم أنها تعد بثلاثة أشهر، وفي الرواية الثانية وهي الراجحة في المذهب، أنها تعد بسبعة أشهر⁴. أما المالكية إن لم تكن مميزة فعدتها سنة، أما الحنابلة، فالذي عليه جمهورهم: أنها كانت ناسية لوقتها أو كانت مبتدئة، فعدتها ثلاثة أشهر كالأيسة.

أما الشافعية فعندهم قولان:

-القول الأول: أنها تعد بثلاثة أشهر؛

-القول الثاني: أنها تؤمر بالتربص إلى سن اليأس أو أربع سنين، أو تسعة أشهر، ثلاثة أقوال وهذا أخذ بالإحتياط⁵.

- عدة المتحيرة:

المرأة يرفع عنها الحيض، لا تدري ما رفعه، بعد أن كانت تحيض، فهي متحيرة في أمرها، أتعنت بالأقراء؟ أم تعدت بالأشهر؟ أم كيف تصنع؟ للفقهاء في هذه ثلاثة آراء.

الرأي الأول: يقضي بأن المرأة التي يرفع حيضها، لا تدري ما رفعه، فإنها تمكث تسعة أشهر، وهي مدة الحمل عادة، ثم تعد بثلاثة أشهر، فتكون سنة فإن لم تر الدم خلالها انقضت عدتها. فإن رأت الدم في خلال السنة انتظرت سنة ثانية من يوم رأت الدم، فإن مضت السنة من غير أن ترى الدم، انقضت عدتها، وإن

¹ أخرجه: أبو السعادات ابن الأثيرت 606هـ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، ج 11 (ط: 1؛ لبنان: مكتبة الحلواني، 1972)، باب فيما يفسخ النكاح وما لا يفسخه، ص 507، رقم الحديث (1194).

² طاهري حسين، المرجع السابق، ص 142.

³ منصور بن يونس الهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 5 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1982)، ص 419.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 376.

⁵ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ج 8، ص 396.

رأت الدم خلالها انتظرت سنة أخرى، وهكذا حتى تمضي ثلاثة أقرء أو تمضي سنة دون أن ترى فيها الدم، فتنقضي عدتها بذلك. وبهذا قال المالكية والحنابلة وقول الشافعي في القديم وهو قضاء عمر رضي الله عنه¹.
الرأي الثاني: وإليه ذهب الحنفية، والشافعي في الجديد، وهو يقضي بأن من ارتفع حيضها لا تدري مارفعه، فلا تنقضي عدتها، إلا بثلاثة أقرء، أو حتى تدخل في حد اليأس فتستأنف عدة الآيسة ثلاثة أشهر، وهذا مروى عن علي وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم².

الرأي الثالث: -وهو ما نرجحه- ويقضي أن المتحيرة تعد مرتابة وعدتها ثلاثة أشهر، لأن هذا شأنها فهي مرتابة في أمرها، وصحيح ما قاله الإمام الطبري من أن تأويل الآية في قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ...﴾ [الطلاق: 4]، بالحكم فمهن وفي عدتهن، فلم تدروا ما هن. فإن حكم عددهن إذا طلقن، وهن ممن دخل بهن أزواجهن، فعدتهن ثلاثة أشهر³.

-الجزاء المترتبة على الزواج في فترة العدة:

نصت المادة 441 من قانون العقوبات على ضابط الحالة المدنية الذي يرم عقد الزواج فيه امرأة مازالت في عدتها "يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل الى شهرين على الأكثر وبغرامة مالية من 8000 إلى 16000 دج أو باحدى هاتين العقوبتين" لكن الملاحظ أنه لا توجد مادة صريحة تنص على حالة معاقبة الزوجة التي يدخل لها زوجها الثاني ومازالت في عدة الرجل الأول، كل -حسب رأيينا- فإن هذه الزوجة تعد مرتكبة لجريمة الزنا لأنها مازالت في ذمة الزوج الأول فيمكن للزوج متابعتها قضائياً بشكوى منه تودع لدى وكيل الجمهورية.

-انتقال العدة ووقت احتسابها:

العدة كما ذكرنا سالفاً هي على عدة أنواع، لكن إذا ثبت للمرأة نوع معين قد يتغير بوجود ظرف يدعوا لذلك، فكيف يتم إنتقال العدة لدى المرأة وتحولها، وكيف يتم إحترساب وقتها، وفيما يتمثل الحكم في مسألة تداخل العدد؟

أولاً: تحول العدة من نوع إلى نوع آخر

قد يعرض للمرأة بعد بدء العدة ما يقضي تغيير نوع عدتها، فتصبح بالأشهر بدل الأقرء أو العكس.
أ-إنتقال العدة من القرء إلى الأشهر؛ فالمرأة التي تطلق وتبدأ عدتها بالإقرء فتحيض حيضة أو حيضتين ثم تياس فتتحول العدة من القرء إلى الأشهر.

¹ الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية: الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ج5. (ط: 1؛ د. م: مطبعة السعادة، 1323 هـ)، ص 108.

² أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003)، ص 195.

³ أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج14. (د. ط: د. م: دار الفكر، 1984)، ص 140.

ب-إنتقال العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة؛ فإذا كانت المرأة مطلقة تعدد بالحيض (الإقراء) وتوفي عنها زوجها أثناء العدة تحولت عدتها من الإقراء إلى الوفاة، فتستأنف العدة من جديد بأربعة أشهر وعشراً¹. أما إذا كان الطلاق بائناً فإن المرأة لا تحول عدتها إذا مات زوجها وهي مازالت في عدتها لأنها أجنبية عنه، إلا طلاق المريض مرض الموت فاراً من توريثها، وقد اختلف الفقهاء في تحول عدة هذه المرأة، حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد وأحمد بأن عدة المطلقة طلاق الفار تنتقل من عدة الطلاق إلى العدة بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق إحتياطاً، فإن لم ترفيهاً حيضاً تعدد بعدها بثلاث حيضات في رأي الحنفية والحنابلة، والراجح ما ذهب إليه الإمام الشافعي من أن زوجة الفار إذا مات زوجها وهي في العدة تعدد عدة طلاق، فلا تتحول إلى عدة وفاة؛ لأن الزوجية قد انقطعت، وثبوت الميراث كان للضرورة، ليرد عليه قصد حرمان زوجته من الميراث، فاعتبار الزوجية قائمة لأجل الميراث ضرورة لا يقتضي اعتبارها قائمة بالنسبة للعدة².

ج-إنتقال العدة من الأشهر إلى القراء؛ فإذا كانت المعتدة صغيرة لم تر الحيض أو يائسة فاعتدت بثلاثة أشهر ثم رأت الحيض أثناء العدة، تحولت عدتها إلى الإقراء فتستأنف من جديد بثلاثة قروء كاملة، ولو كانت قد قضت أكثر العدة بالأشهر، ولم يبق إلا القليل؛ لأن العدة بالأشهر كانت بدلاً عن الأقراء، فإذا أمكن الأصل زال اعتبار البديل.

ثانياً: وقت احتساب العدة

تبدأ العدة سواء أكانت من طلاق أم من وفاة من وقت حصولها، سواء أعلمت المرأة بالطلاق أم الوفاة أم لم تعلم، لأن المقصود بالعدة مضي المدة التي تنتهي بها آثار الزواج. فلو طلق الزوج الغائبة ثم أنكر، فأقيمت البينة على الطلاق فحكم القاضي بالتفريق بينهما، كان مبدأ العدة من وقت الطلاق لا من وقت حكم القاضي³.

وتنتهي العدة بالإقراء إذا أقرت المرأة بأن الأقراء الثلاثة قد انتهت؛ لأن هذا أمر لا يعرف إلا من قبلها، وما جاء عن الفقهاء في أقل مدة العدة لا يمثل قاعدة عامة، وهو غالباً يعبر عن الحالات النادرة، ومن ثم لا ينبغي أن يبني عليه تشريع تتعلق به حقوق الناس، وما دام ماجاء عن الفقهاء في أقل مدة العدة لا يمثل قاعدة عامة فإنه ينبغي ألا تصدق المرأة التي ادعت أن عدتها قد انقضت إلا بعد مضي المدة التي يغلب انتهاء العدة فيها، وهي ثلاثة أشهر، فإذا ادعت المرأة أنها لا ترى الدم كل شهر، وإنما تراه كل شهرين أو ثلاثة؛ فإن هذه المرأة تعد في حكم من اضطرب حيضها أو المرتابة، وتنقضي عدتها بعد ثلاثة أشهر من وقت فراق زوجها⁴. وأما إذا كانت المرأة تعدد بالأشهر، والمعتبر فيها الأشهر القمري؛ والشهر القمري ثلاثون أو تسعة وعشرون يوماً، فإذا صادفت إبتداء العدة أو الشهر انقضت العدة بظهور هلال الشهر الرابع، وإن كان إبتداء العدة في

¹ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 237.

² محمد أبو زهرة، الشافعي. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، د. ت)، ص 379.

³ أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 162-163.

⁴ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 235.

بعض الشهر اعتبرت العدة بالأيام أي بعد لكل شهر ثلاثون يوماً؛ وذلك للإحتياط، وبهذا تنقضي العدة بعد تسعين يوماً من وقت الفراق¹.
-وقت إحتساب العدة قانوناً:

ذكر قانون الأسرة وقت احتساب عدة المرأة حسب الحالة، حيث جاء في المادة 58 أن عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء، واليائسة ثلاثة أشهر، ووقت احتساب العدة تبدأ من تاريخ التصريح بحكم الطلاق، ثم ذكرت المادة 59 عدة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالفقد، وعدة المتوفى عنها زوجها تبدأ من تاريخ وفاة الزوج، وعدة المرأة الحامل تبدأ من تاريخ الطلاق أو وفاة الزوج.

ومما يؤخذ على المشرع الجزائري حينما ابتداء حساب العدة من تاريخ التصريح بالطلاق هذا لا يصح، لأن الفقهاء أجمعوا على أن ابتداء العدة يكون من تاريخ وقوع الطلاق متى تيقن ذلك وكان الزوج حاضراً وعلمت به المرأة.

وإنما اختلفوا في الغائب أو المطلق الذي يخفي على زوجته الطلاق، حيث قال بعض الفقهاء تبدأ العدة من وقت الإقرار نفيًا لتهمة المواضعة، وقال بعضهم في حالة الغيبة أن العدة تبدأ من وقت العلم بموجها (الوفاة أو الطلاق) لأنها عبادة ولا بد النية فيها. ولم يقل أحد أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بها².

والذي يبدو لي أن هذا الحكم مربوط بوقوع الطلاق نفسه لأن القانون لا يعتد بالطلاق إلا بعد الحكم به، ولا يحكم به إلا بعد مدة معينة، وهي فترة محاولة الإصلاح فإذا فشل في الإصلاح حكم بالطلاق، ومدة الإصلاح قد تصل إلى ثلاثة أشهر كما ينص عليها القانون، ومعنى هذا أن بعض النساء تبدأ العدة القانونية بعد أن تنتهي العدة الشرعية التي يبدأ إحتسابها من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، مع علمها بوقت وقوع الطلاق، وهذا الحكم غريب جداً لأنه فضلاً عن مخالفته للشرع لا يحقق أدنى مصلحة لأي من الزوجين.

ثانياً: الحضانة

من أهم الآثار القانونية لانحلال الرابطة الشرعي بين الزوجين هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به ورعاية شؤونه والإشراف عليها، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية، إذ بها تكفل التربية الصحيحة والأخلاق السليمة وبه يتحقق نوع من الإستقرار النفسي الذي فقده بعد إفتراق والديه.

-تعريف الحضانة:

لغةً: الحضانة مصدر الحاضن والحاضنة: والمحاضن المواضع التي تحضن فيها الحمامة على بيضها، وحضن الصبي يحضنه حضناً: رباه³، وعلية فالحضانة لغوياً تفيد معنى ضم الشيء وحفظه والحنان عليه.

¹ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 236.

² المصري مبروك، المرجع السابق، ص 422-423.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص 911.

إصطلاحاً؛ هي القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأموره، ووقايته مما يؤذيه ويضره، واعداده جسمياً وعقلياً ونفسياً كي يقوى على النهوض بتبعيات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها¹. قانوناً: عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة انطلاقاً من أهدافها في نص المادة 62 حيث نصت "الحضانة رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه والسهير على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، وبذلك فالحضانة هي رعاية وعاطفة تجاه الولد فلا بد من توفير هذا الجو، لأن الحضانة تكون نتيجةً للطلاق وأثراً من آثاره، فلا بد منض & حماية الطفل بعد حصول الفرقة بين الزوجين، فعمد المشرع إلى تشريع الحضانة في قانون الأسرة الجزائري².

-سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية لتحديد وتقدير مصلحة الطفل المحضون، وهذه الصلاحية الواسعة قد تؤثر في تقدير تلك المصلحة، وحتى يتمكن القاضي من تقديرها بصفة دقيقة له أن يلجأ لعدة وسائل ومنها:

أولاً: التحقيق

للقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع وتحديد أهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له في ذلك الإعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون³.

ثانياً: الإنتقال للمعاينة؛ وهذا بالإنتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، كضيق السكن أو اتساعه، كذلك حالة العي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة وبعده، فهذا كله يدخلها القاضي في الحسابان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها مراعاة لمصلحة المحضون.

ثالثاً: الإستماع إلى أطراف العائلة؛ للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصحابه أو زوج أحد الخصوم، بالإضافة إلى إخوة أو أخوات وأبناء عمومة الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه.

رابعاً: الاستعانة بتقارير الخبرة؛ يمكن للقاضي الاسترشاد بتقارير أهل الخبرة في تقدير مصلحة المحضون، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري إذا أخذ بتقرير المرشدة الإجتماعية في تقرير مصلحة المحضون⁴.

¹ السيد سابق، المرجع السابق، ص 288.

² هشام ذبيح، حماية الطفل في قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري على ضوء أحكام الحضانة، مجلة جيل حقوق الانسان، العدد 14، بيروت، 2016، ص 58-59.

³ بجاق محمد، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 17، جامعة الوادي، شتاء 2014، ص 191.

⁴ المرجع نفسه، ص 192.

-شروط ممارسة الحضانة ومدتها:

لممارسة الحضانة لا بد من توفر مجموعة من الشروط، كما أنه لا بد أن تكون الحضانة في مدة معينة، فما هي شروط الحضانة؟، وفيما تكمن مدة ممارستها؟.

أولاً: شروط ممارسة الحضانة

قانون الأسرة الجزائري فقد وضع بعض الشروط في المادة 62 من قانون الأسرة، ولكن تلك الشروط كانت مقتضبة جاءت تحت باب تعريف الحضانة ولم يأت بشروط خاصة¹ حيث جاء في المادة (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويجب أن يكون الحاضن أهلاً لممارسة الحضانة)، فمن بين الشروط نذكر:

- رعاية الولد؛ وعدم ترك الصبي من خلال الرعاية بجميع أنواعها؛

-تعليم الولد وتربيته على دين أبيه، وكان على المشرع أن يسقط الحضانة إذا كانت الأم غير مسلمة، لأن الولد يتأثر بأمه لأنه كثيراً ما يلازمها، فمن باب أولى الحفاظ على دين الطفل أولى من الحفاظ على حضانة الأم الكافرة، وهو الموقف الذي نجده عند الحنفية كما ذكرنا سابقاً؛

-الحفاظ على الولد صحة وخلقاً؛

- الأهلية، فيكون الحاضن بالغاً راشداً، فلا حضانة لقاصر ولا مجنون.

ثانياً: مدة الحضانة

حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء أوجبه القانون، حيث حددت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري انتهاء مدة ممارسة الحضانة، فبالنسبة للذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج أي تسعة عشر سنة كما نص على إمكانية تمديدتها بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمّاً لم تتزوج بعد، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون²، وقد لخص المشرع الجزائري مدة الحضانة في المادة 65 بنصها " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّاً لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهاءها مصلحة المحضون".

-أولى الناس بالحضانة ومسقطاتها وحق الرجوع فيها:

الحضانة تعد رعاية للطفل المحضون، وقد أولى لها الشرع الاسلامي إهتماماً كبيراً، لمراعاة تلك الرعاية ومصصلحة المحضون في ذلك، وقد حذا حذوه المشرع الجزائري حينما ضبط أحق الناس بحضانة الولد وإسناد الحضانة لمستحقيها، وكما أعطى لهؤلاء الحاضنين الحق في ممارسة الحضانة أسقط لهم الحق فيها إذا لم يولوا للحضانة إهتماماً أو خالفوا أحكام ممارستها، ومن جهة أخرى أجاز حق الرجوع في ممارستها بعد

¹ هشام ذبيح، حماية الطفل في قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري على ضوء أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص 61.

² بن شوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. المرجع السابق، ص 258.

إسقاطها في بعض الحالات وهو ما سنعرفه أدناه.

بعد حصول الفرقة بين الزوج والزوجة سواء أكان بطريق التطليق أم الخلع، فلا بد أن تسند الحضانة لأصحابها، فمن أولى الناس بحضانة الأولاد؟ وما هو ترتيب المحضونين؟. شرعاً: لقد جعلت الشريعة الإسلامية السمحاء المطابقة لمقتضيات العقل والفترة السليمة حق حضانة الصغير أولاً لمحارمه من النساء، وجعلت أحق النساء المحارم بحضانة الصغير أمه، وجعلت قرابة الأم مقدمة في استحقاق الحضانة على قرابة الأب والجد¹.

قانوناً: لقد أعطى قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم، الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 بنصها "الأم أولى بحضانة ولدها..". إدراكاً من المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه، فالأم أشفق الناس على طفلها، وأرفقهم به وأكثرهم صبراً على تحمل مشاق العناية به².

وبالرجوع الى نص المادة 64 نجد ترتيب الحواضن وفق ما يلي "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك" فإذا تبين أن الحاضن الأول ليس أهلاً للحضانة انتقلت الحضانة إلى الحاضن الثاني وهكذا³، وذلك بإعطاء أوليات في الحضانة، والأكثر من ذلك ذكر في آخر المادة" مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك" أي أنه زاد من تركيز الحماية للطفل المحضون، فإن كان من مصلحة المحضون بقاؤه مع الخالة سقطت الحضانة عن الآخرين، وهذا نوع من الحماية للطفل، من الإساءة العاطفية والنفسية التي قد يعترض لها، فنتيجة أن الولد المحضون ليس راغباً في بقائه مع أحد المحضونين ورغب في خالته، فمن مصلحة الطفل المحضون بقاؤه مع خالته، والقاضي له السلطة التقديرية في إسناد الحضانة أو إسقاطها، مع بقاء معيار مصلحة المحضون دائماً.

ثانياً: مسقطات الحضانة

لممارسة الحضانة من طرف الحاضن لا بد عليه من توفر مجموعة من الشروط، سواء أثناء ممارسة الحضانة أم شروط تتعلق بالحاضن، وإن أخل بالالتزام من الالتزامات المرمية على عاتقه أو فقد شرطاً من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها منه، وبهذا نجد أن قانون الأسرة وفر الحماية للطفل، وذلك بتشريع مسقطات الحضانة، فأى إساءة للطفل المحضون تسقط حق الحاضن في ممارسة الحضانة مباشرة، وكل من له مصلحة في ذلك له الحق في المطالبة بإسقاط الحضانة قضاء، ومن مسقطات الحضانة التي عالجهها قانون الأسرة من المادة 66 إلى المادة 70 نذكر أسبابها كالتالي:

1- سقوط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم: لقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم"، أي أن من شروط الحضانة أن لا تكون الأم الحاضنة

¹ محمد معي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. (د. ط: بيروت: المكتبة العلمية، 2007)، ص 406.

² أحمد شامي، المرجع السابق، ص 304.

³ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 256.

متزوجة من أجنبي¹، ويعني بالأجنبي أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي، وأسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة بقوة القانون، وهذا بمجرد زواجها أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون، وعلّة الإسقاط أن هذا الشخص ليس من أقارب الطفل المحضون، فقد يسيء للطفل أثناء بقاءه مع أمه في بيت هذا الشخص، لأنه ليس من صلبه، والمعلوم أن الحضانة هي رعاية، فزواج الأم الحاضنة برجل ليس من أقارب الولد المحضون يهمل هذه الرعاية، فحماية للطفل المحضون من أي إساءة قد تصدر من هذا الزوج غير القريب للطفل لآبد من إسقاط الحضانة عن هذه الأم، أما إذا تزوجت هذه الأم مثلاً بعم الولد المحضون فلا تسقط هذه الحضانة عن تلك الأم، لأن عم الطفل من أقاربه، وبالتالي سيعطف عن ابن أخيه، وهذه هي الحماية بذاتها التي رغب المشرع في وضعها، لرد الإساءات للطفل سواء أكانت النفسية أم الجسمية أم غيرها.

2- سقوط حق الحضانة بانتفاء أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن: لقد أورد المشرع في نص المادة 67 من قانون الأسرة على أنه " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، ونستشف من هذه المادة أن المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة وضع مجموعة من الشروط في الحاضن لممارسة الحضانة، فإن اختل أحد تلك الشروط، سقط حقه في الحضانة، ومن تلك الشروط "رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لممارسة الحضانة"، فإذا كانت الحاضنة هي الأم وأخلت بالتزاماتها وبواجبها تجاه المحضون، والمتمثلة في الرعاية والتربية والحماية والحفظ، فإنه باستطاعة القاضي أن يسقط حضانتها، وفي جميع الحالات يراعي القاضي مصلحة المحضون².

3-تسقط بالتنازل: إذا تنازل صاحب الحق في الحضانة سقط حقه فيها وفق م66 ق أ (يسقط حق الحضانة بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون).

4-سقوط حق الحضانة بعد مرور سنة: جاء في نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري أنه " إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة دون عذر سقط حقه فيها"، وبهذا فإذا أسندت الحضانة لصاحبها، ومريت سنة كاملة ولم يمارس تلك الحضانة على الولد المحضون تسقط حقه فيها بقوة القانون.

فترك الطفل دون حضانة نوع من الإساءة للطفل، فإذا تعرض الطفل المحضون لهذه الإساءة، ولم يطلب من هو أولى الناس بالحضانة لممارستها لمدة سنة، سقط حقه فيها، وتنتقل الحضانة مباشرة للحاضن الذي يليه في الترتيب لغرض حماية الطفل، وعدم تركه دون حاضن يراعاه ويحميه، من مختلف الانتهاكات التي قد تمسه.

¹ أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 154.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصحا وشرحا، المرجع السابق، ص 77.

وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية وكفالة خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلب أحدهم حقه في حضانة الطفل، ومضى على ذلك سنة فأكثر، فإن حق الحضانة يسقط¹، بتسبيب أن هؤلاء غير مهتمين بالطفل فمن باب أولى إسقاط الحضانة عنهم حماية للطفل.

5- سقوط حق الحضانة بالمساكنة: جاء في نص المادة 70 من قانون الأسرة: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، ومعنى هذا أن الخالة أو الجدة التي أسندت لها الحضانة إذا كانت تسكن مع أم الطفل المحضون، وكانت هذه الأم متزوجة بشخص لا تربطه قرابة بالولد المحضون، سقط الحق في الحضانة لهذه الخالة التي أسندت لها الحضانة، أو الجدة إن كانت هي الحاضنة، وهذا كله حماية للطفل وتجنب الإساءات التي قد تصدر من هذا الشخص غير القريب للولد المحضون.

6- الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي: ورد في نص المادة 69 قانون الأسرة الجزائري "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ... " فالمرجع لم يجعل الحضانة تسقط بمجرد سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي، بل اشترط نية الاستيطان به في بلد أجنبي وهذا ما يعني الإقامة الدائمة أو لمدة غير محددة، أما الإقامة المؤقتة غير الطويلة لا تسقط الحضانة.

-حق الرجوع في الحضانة:

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على عودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، ، حيث نصت المادة 71 " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري "، بمعنى أن عودة الحضانة تكون بزوال المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضنة فيه، كأن يكون الحاضن غير قادر على تربية الولد المحضون وحمايته ثم بعد إسقاط الحضانة منه توفر له ظروف الحضانة الكاملة يمكن أن يطالب الحق في الحضانة، أما الذي إرادته لها دخل في وجود المانع، فإذا زال هذا المانع لا تعود الحضانة بزواله، والمالكية يعتبرون زواج الأم الحاضنة مانعاً اختيارياً، للحاضنة دخل فيه فيمنع من عودة الحضانة ولوزال هذا المانع بالطلاق أو الفراق².

-سكن الحضانة:

إذا حصل وفُكَّت الرابطة الزوجية بين الزوجين، إما بطريق الطلاق أو التطليق أو الخلع، ثم أسندت الحضانة للأم فمن حقها المطالبة بسكن تمارس فيه حضانة الولد.

-التعريف بسكن ممارسة الحضانة:

-التعريف اللغوي للسكن: السَّكَنُ: والمَسْكَنُ هو كلُّ ما سكنتَ إليه واستأنست به، والسَّكَنُ: أهل الدار

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 142.

² أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 158.

وسكانها، والمسكن: مكان السكّن، وتساكنوا في الدار: سكنوا فيها جميعاً¹.

-التعريف الاصطلاحي للسكن: هو المكان الذي يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفرش ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة، وتُراعى في ذلك حالة الزوج من يسار وإعسار ووضعها الاجتماعي².
-الطبيعة القانونية للحق في سكن الحضانة:

حق المحضون في السكن باعتباره مقرراً له قانوناً يستفيد منه بموجب حكم قضائي بقرار اسناده إياه يعتبر حقاً شخصياً وليس حقاً عينياً، نظراً لأن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على شيء محل الحق دون وساطة أحد، فالأب إذا كان مالكاً للمسكن المخصص لممارسة الحضانة له الحق في بيعه دون إعتراض من القائم بالحضانة³، وعلى هذا الأخير أن يرفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار شريطة أن لا يكون البيع الهدف منه حرمان المحضون من حقه.

-مواصفات مسكن ممارسة الحضانة:

يجب أن تتوفر في المسكن الشرعي المواصفات والشروط التالية:

1- أن يكون المسكن المهيباً مناسباً لحال الزوج المادية؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ...﴾ [الطلاق: 6]، وبناء على هذا ينبغي أن يكون المسكن مناسباً لحال الزوج، حسب قدراته المادية وأوضاعه الاجتماعية، بحيث يستطيع الزوج معايشة زوجته فيه بالوجه الشرعي، وتأمين فيه الزوجة على نفسها ومتاعها، هذا في حالة المسكن الزوجي⁴، ونفس الحكم ينطبق على مسكن ممارسة الحضانة، بأن يكون مسكناً مهيباً حسب يسر وعسر الزوج.

2- أن يكون المسكن يحتوي باباً له غلق، وأن يكون محتوياً المنافع الضرورية، وأن يشمل كل اللوازم الشرعية للسكنى من مرافق وأثاث وفرش وأدوات منزلية، تطلبيها مقتضيات السكن، وذلك حسب حال الزوج. ومما تجدر الإشارة إليه: أن المسكن ينبغي أن يكون له مرافق ضرورية وهي التي تلزم للسكنى، بأن تتوافر فيه كل ما يحتاج إليه من فرش وأثاث ومرافق أخرى، وإذا كان حال الزوج فقيراً لا يساعده دخله على مسكن منفرد يجوز أن يكون المسكن شرعياً من غرفة واحدة مع مرافقها ولا يشاركه فيها أحد، ولا يعتبر المسكن شرعياً إذا كان منقطعاً عن الناس أو مخيفاً ولو توافرت فيه جميع الشروط إلا إذا أحضر لها الزوج مؤنس كخادم أو امرأة كبيرة⁵.

3- أن لا يسكن المسكن أحد من أهله وولده وغيرها، إلا إذا كان طفلاً غير مميز، وعليه أن يسكنها في دار منفردة، ليس فيها أحد من أهله، إلا أن تختار ذلك، وإن كان له ولد من غيرها، بحيث يفهم الجماع، فليس

¹ مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 440.

² محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 455.

³ عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، رسالة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010-2011، ص 41.

⁴ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج1 و2 (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 287.

⁵ أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج1. (ط: 3؛ سوريا: المكتبة القانونية، 1994)، ص 198.

له أن يسكن معها¹.

4- يشترط في المسكن أن يكون له جيران، والبيت الذي ليس له جيران ليس مسكناً شرعياً، فإذا أسكنها في بيت له وحشة لبعده، أو لخلوه من الساكنين، ولم يكن عندها من يدافع عنها إذا خشيت من اللصوص أو أهل الفساد أو سواهم، فيلزم الزوج عند ذلك أن يأتيها بامرأة تؤنسها.

5- إذا كان للزوج دار بها بيوت، وكان للزوجة أحد هذه البيوت ما يتحقق معه استقلالها، وكان يعيش في البيوت الأخرى والدًا الزوج فليس لها الإمتناع عن العيش معهما، إلا إذا تحقق الإيذاء².

-موقف المشرع الجزائري:

أقر قانون الأسرة الجزائري بالزامية الزوج توفير سكن ملائم للطفل المحضون لممارسة الحضانة، سواء أكان هذا السكن ملكاً له كسكن مستقل، فإن تعذر عليه ذلك يدفع بدل الإيجار، ويسري بدل الإيجار من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة، والملاحظ أن قانون الأسرة لم يحدد مواصفات السكن الملائم مما يؤدي في بعض الأحيان إلى إشكالات في التنفيذ، حيث نصت المادة 72 ق.أ (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار...)، ويلاحظ من المادة أن نفقة المحضون يدخل فيها توفير سكن للطفل لممارسة الحضانة عليه، ويجب ذلك على الأب.

-الشروط القانونية لإستحقاق الحاضنة سكن ممارسة الحضانة:

من فحوى المادة 72 تتضح مجموعة من الشروط التي لا بد من توفرها لتطبيق المادة تطبيقاً سليماً نوجزها فيما يلي³:

1- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها، بقطع النظر عن كون المحضون واحداً أو أكثر؛

2- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هو الجدة أو العمة مثلاً لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحضانة.

3- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقاته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها ومثلها⁴.

¹ عبد الغني الغنيبي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج3 (ط: 4؛ مصر: مطابع دار الكتاب العربي، 1961)، ص 95.

² محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية. (ط: 3؛ عمان: دار الثقافة، 2010)، ص 255.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 145.

⁴ المرجع نفسه، ص 146.

- متاع البيت: قد يحصل الخلاف بين الزوجين حول متاع البيت سواء أكان خلال الحياة الزوجية أم بعد الطلاق، فيدعي كل واحد منهما ملكية ذلك المتاع، سواء أكانت لهما بينة أم لا، فيثور الإشكال حيال ذلك في مدى أحقية الزوجية في متاع البيت.

أولاً: تحديد معنى متاع البيت

-المتاع لغةً: كل ما انتفع به فهو متاع¹، كالطعام وأثاث البيت والسلعة، والأداة، والمال، وأمتع الرجل مطلقته: أعطاه المتعة بعد الطلاق².

-المتاع إصطلاحاً: هو ما يجب على الزوج أن يوفره لزوجته من متاع البيت، وما ينتفع به في بيت الزوجية، ويشمل المتاع أثاث البيت والأدوات المنزلية التي يحتاجها الزوجين في حياتهما اليومية.

قانوناً: إن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف "متاع البيت" تعريفاً صحيحاً وواضحاً، وأن الفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا في بلادنا ما تزال شحيحة وغير مستقرة في هذا المجال، ومع ذلك فإن هذا لا يمنعنا من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا، فنقول: أن "متاع البيت" هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة، مثل الأغذية والأفرشة وجهاز التلفزيون والبراد والكراسي والأرائك، وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل، وقاعة الجلوس، وغرفة النوم، وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك³.

أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك، ويخص الزوجة وحدها مثل المصوغات، والملبوسات الشخصية، وأدوات الزينة، أو يخص الزوج وحده مثل الكتب والأدوات المستعملة لممارسة مهنة الطب والهندسة...، ومثل بندقية الصيد والسيارة لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى ولو كانت موجودة في بيت الزوجية، وبالتالي فإنه لا يجوز تطبيق المادة 73 ق.أ بشأنها، وإنما يجب الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني.

-شروط تطبيق المادة 73 ق.أ:

أولاً: أن يكون محل النزاع بين الزوجين هو متاع البيت؛

ثانياً: أن يكون سبب النزاع منصباً على حق إحداها في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له؛
ثالثاً: لا يكون لأحدهما حجة كتابية لإثبات ما يدعيه⁴.

-طريق العمل باليمين قضاء: تناول القانون المدني اليمين الحاسمة في المادة 343 وما يليها، وسميت بالحاسمة لأنها تحسم النزاع، ويجوز لكل من الخصمين توجيهها إلى الخصم الآخر، غير أنه من حق القاضي

¹ محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج46، ص 4127.

² مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 852.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 148.

⁴ طاهري حسين، المرجع السابق، ص 159.

منع توجيهها إذ تبين له تعسف الخصم في ذلك، ولمن وجهة إليه اليمين أن يردّها إلا إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان¹.

كما لا يجوز توجيه اليمين في واقعة مخالفة للنظام العام، ويجوز أن توجه للمرة الأولى في الاستئناف وهو ما ذكرته المادة 343 من القانون المدني، ولا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها، الرجوع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين، كما لا يجوز للخصم إثبات ما يخالف اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو رُدّت عليه.

أما عند ثبوت كذب اليمين بحكم جزائي، فللخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض، دون إخلال بحقه في الطعن في الحكم الصادر ضده بناء على اليمين الكاذبة، وهو ما ذكرته المادة 345 ق.م، كما يجوز توجيه اليمين في كافة النزاعات الواردة على المطالبة بالحقوق الممكن التخلي عنها، ومن بينها حالة إنكار الزوج لوجود متاع زوجته عنده².

وإذا وجه أحد المتخاصمين اليمين إلى خصمه فلهذا الأخير إتخاذ أحد المواقف الثلاث:

1- إما أن يحلف اليمين الموجهة إليه ويربح دعواه؛

2- إما أن يرفضها ويعد هذا الرفض بمثابة إقرار قضائي، ويستفيد منه المتقاضي الذي وجه اليمين إلى خصمه؛

3- يمكن أن يتبنى موقفاً ثالثاً بأن يرد اليمين على المتقاضي الذي وجهها إليه، وبإستطاعة هذا الأخير إما أن يحلف اليمين ويربح دعواه، أو يرفضها ويخسر دعواه.

مع العلم أن اليمين الحاسمة لا يوجهها القاضي إلى المتخاصمين، بل أحدهما إلى الآخر، وتعتبر اليمين الحاسمة ملزمة للقاضي وتملي على القاضي في حالة أدائها ذلك الحل الواجب اتباعه.

والملاحظ أن قانون الأسرة سكت عن مكان وكيفية توجيه اليمين في حالة النزاع بين الزوجين مما أدى ذلك إلى تباين الإجهادات القضائية في ذلك، فمنهم من يصدر حكماً لا يشير إلى مقرر الحكم الآخر وخالياً من صيغة اليمين، والصحيح أن يؤدي اليمين بالجلسة وبحضور الخصم الآخر بعد تبليغه بتاريخ ومكان الجلسة وأن تحدد صيغة اليمين.

-موقف القضاء وقانون الأسرة في مسألة النزاع في متاع البيت:

إذا وقع النزاع بين الزوجين أثناء قيام الزوجية، أو بعد التطلاق أو الخلع حول أمتعة البيت الزوجي (كالأثاث والأفرشة والأغطية والأدوات المنزلية والتجهيزات وغيرها...)، فإن المحكمة العيا إستقر إجهادها على أنه في هذه الحالة يجب الرجوع في الفصل بينهما للقواعد العامة للإثبات، فعلى من يدعي من الزوجين ملكية شيء من الأشياء داخل بيت الزوجية أو خارجه أن يثبت تلك الملكية بكافة الوسائل المقررة شرعاً (كالكتابة

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 587.

² المرجع والموضع نفسه.

وشهادة الشهود وإقرار الطرف الآخر والنكول عن اليمين وغيرها...) ¹، وفقاً للحديث النبوي الشريف "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر، إلا في القسامة" ².

وأما إذا اختلف الزوجان في ملكية متاع البيت، فإدعى كل واحد منهما لنفسه ولا بينة لأحدهما، يجب إعمال قرينة بسيطة نصت عليها المادة 73 من ق.أ وهي ما للرجال عادة يأخذه الزوج بيمينه (كملايس الرجال وبنديقية الصيد ومستلزمات عمله أو حرفته...)، وما للنساء عادة تأخذه الزوجة بيمينها (كملايس النساء والحلي وأدوات الزينة، وما يخص عملها أو وظيفتها إن كانت تعمل...) ³، أو من الأشياء التي جلبتها معها إلى بيت الزوجية وكانت قد إشترتها من مالها الخاص، أو أنها تشكل جزءاً من جهازها الذي حملته معها من بيت أبيها إلى بيت زوجها وليس لها دليل كافٍ لملكيتها له فإنها تحلف اليمين القانونية وتأخذه، وأما المشتركات بين الزوجين، فإنها تقسم بينهما بالتساوي، بعد يمينهما عيناً كانت أو نقداً (كالمفروشات والأدوات والأسرة والأواني وغيرها...).

- حق الزيارة:

بعد صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية يحكم القاضي بالحق في الحضانة لأحد الزوجين أو لغيرهما، وبالمقابل يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر، والزيارة تمثل حقاً شديداً الأهمية لما له من دور في حياة كل من المحضون وصاحب الحق في حضانته، لذا قد نظم قانون الأسرة الجزائري بعض أحكامه، لأنها تجعل حياة الطفل مستقرة إجتماعياً وعاطفياً، مما يحقق له الديمومة والإندماج في المجتمع.

-تعريف الزيارة لغةً: الزيارة في اللغة القصد، وزاره زيارة وزوراً: قصده، فهو زائر ومزور، وفي العرف: قصد المزور إكراماً له، واستثناساً به.

-الزيارة اصطلاحاً: زيارة المحضون: أي قصد المحضون من حاضنه لرؤيته، والاطمئنان عليه، والاستثناس به مدة محددة ⁴.

- حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري لم يعرّف الزيارة، وإكتفى بعبارة واحدة تلزم القاضي بإسناد الزيارة لأحد الوالدين، إذ نصت المادة 64 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية (على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)، وعليه فإن القاضي عندما يحكم بالطلاق، فإنه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائياً للأب بحق زيارة المحضون، وذلك في أوقات، وأماكن محددة، وإذا حكم

¹ بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد. (د. ط: الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2014)، ص 177.

² أخرجه: ابن حبان في صحيحه ت 739هـ، تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله بن عبد العزيز بن ناصر الخباني، ج 4 (ط: 1: الرياض: أضواء السلف، 2007)، باب إذا انتقل الذمي إلى دين، ص 508، رقم الحديث (2937).

³ بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد. المرجع السابق، ص 178.

⁴ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ، ص 7.

بإسناد الحضانة للأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة، وفي أوقات، وأماكن محددة.

-تنظيم حق الزيارة وتنفيذ رؤية المحضون:

إن حق الزيارة إنما شرع لمصلحة المحضون، وحتى تتحقق هذه المصلحة لابد من تنظيم الزيارة من حيث أوقاتها بتحديد مدتها وزمانها بالتوقيت الزمني وتحديد اليوم الذي تتم فيه الزيارة، كما أنه لابد من تحديد مكان للزيارة كي يحس الطفل المحضون بنوع من الإستقرار، فلا يتأذى الطفل ولا الوالدين فتستقر حياة الطفل المحضون بالتقليل من أثر الفرقة من خلال تنظيم الحضانة، وهو ما سنوضحه أكثر أدناه.

1- طريقة تنظيم الزيارة

يتم تنظيم الزيارة بطريقتين إثنيين، إما ودياً بالإتفاق بين والدي الطفل المحضون، وفي حالة الإختلاف يتم تنظيمها قضاء وفق مايلي:

أ-تنظيم حق الزيارة ودياً:

لما كان عقد الزواج من العقود الرضائية فإنه بالمقابل في حالة الطلاق فإنه متى اتفق صاحب حق الزيارة مع الحاضن على تنظيم حق الزيارة بطريقة ودية مراعاة لمصلحة المحضون، فإنه لا يبقى سوى تنفيذ هذا الإتفاق وبالتأكيد أن هذا الأمر يتم تحت رقابة قاضي شؤون الأسرة، فيتم تنظيم هذا الأمر من حيث مكان إلتقاء صاحب حق الزيارة بالمحضون وكذلك من حيث الزمان بتحديد الوقت، وكذلك إمكانية المبيت من عدمه، فمن شأن هذه الطريقة أن تمنح المحضون جواً أقرب إلى ما كان عليه ولو أن والديه منفصلان¹.

ب-تنظيم الزيارة قضائياً:

متى لم يتفق الحاضن وصاحب الزيارة في الأمور المتعلقة بحق الزيارة ودياً، فإن قاضي شؤون الأسرة يتدخل وينظمها بنفسه وفقاً لسلطته التقديرية التي تتم بناء على مصلحة المحضون، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع حينما تناول مصطلح مصلحة المحضون فإنه لم يُعرّفه بل ترك أمر تقديرها لسلطة القضاء، فلا يوجد نص صريح يتناول كيفية تنظيم حق الزيارة وإنما توجد قرارات للمحكمة العليا التي جرى العرف على إتباعها².

2- تنفيذ رؤية المحضون

يتم تنفيذ رؤية المحضون من خلال تحديد زمان الزيارة ومكانها، ليتمكن صاحب حق الزيارة من تنفيذ رؤية المحضون، وذلك وفق مايلي:

أ- أوقات الزيارة: الأصل في أوقات رؤية وزيارة الولد المحضون مسألة مبنية على المرونة والتوسعة بين أصحاب الشأن بما يحقق مصلحة الصغير، وبعد تحقق ذلك يصير الأمر إلى يد القاضي الذي خوله المشرع

¹ بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 3، عدد 2، سبتمبر 2019، جامعة عمارثليجي الأغواط، ص 287.

² المرجع والموضع نفسه.

الفصل في جميع المسائل المتعلقة بالزيارة، ويستعين في ذلك بما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية لغياب النص القانوني في الموضوع، كما هو منصوص عليه في المادة 222 من قانون الأسرة¹.

وتتم الزيارة في المعتاد مرة في كل أسبوع للأبوين وأقل من ذلك بالنسبة لغيرهما، ولا يحق إعطاء الحق في الزيارة لأحد الأبوين لأقل من مرة في الأسبوع لأنه فيه إضراراً بمصلحة المحضون، حيث جاء في القرار القضائي "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بالزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"².

أما بالنسبة للأقارب، فإن لهم الحق في زيارة الطفل المحضون، لكن الزيارة تختلف في المدة عن زيارة الوالدين، كأن يكون مرة كل شهر، هذا ويجب أن تكون الزيارة في أوقات مناسبة، فلا تكون ليلاً أو في أوقات متأخرة، لأن الليل وقت سكون وراحة.

وتجدر الإشارة إلى أن مدة الزيارة وزمانها يختلفان باختلاف سن المحضون وحالته الصحية، بحيث لو كان مميزاً كان من الجائز له المبيت عند كلا أبويه وزيارتهما، ولا يُمنع من ذلك لأن فيه تحريضاً على العقوق وقطيعة الرحم وهو الأمر المحظور شرعاً³.

ب- مكان الزيارة: مكان الحضانة يجب أن يكون ملائماً لا مضرة فيه على الولد أو نفسيته⁴، كما يجب كذلك أن يكون قريباً، لأن الزيارة إذا لم تحقق غرض رقابة الولي على الصغير، فقد تكون سبباً لإسقاط الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، والمسافة التي تعد حائلة دون تحقيق الزيارة للرقابة قدرتها المحكمة العليا بسة برود، أي ما يعادل 1000 كلم بين مقر الحضانة وولي المحضون⁵، وهذه المسافة كبيرة تضر بمصلحة المحضون، إذ قد تجعل من له الحق في الزيارة يبعد فترة الزيارة لبعد المسافة ومشقة السفر كل أسبوع ومصاريف التنقل، وهذا فيه إضرار للطفل المحضون، وبالتالي المسافة لا بد أن تكون أقل من ذلك.

ومن شروط تحديد مكان الزيارة لا بد أن لا يكون فيه تضيق وتقييد مما قد يضر بمصلحة الطفل المحضون والوالدين، حيث جاء في قرار المحكمة العليا "من المستقر عليه فقهاً وقضياً أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر إستعماله على النحو الذي يراه دون تضيق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع والقانون لا يبني الأشياء

¹ نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 2، جامعة زيان عاشور الجلفة، جوان 2018، ص 492.

² قرار رقم 59784، بتاريخ 16/04/1990، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد4، لسنة 1991، ص 126.

³ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضياً. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 1984)، ص 425.

⁴ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، المرجع السابق، ص 27.

⁵ قرار رقم 43594، بتاريخ 22/09/1986، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، الإجهاد القضائي، عدد4، لسنة 1992، ص 41.

على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحالة- أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لإبنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز إختصاصه وقيود حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه¹، وبهذا فلا بد أن يكون تحديد مكان الزيارة بالتوافق بين الوالدين مع مراعاة مصلحة المحضون ومما يحقق له الإستقرار العاطفي والمعيشي. كما أن من شروط تحديد مكان الزيارة أن لا تكون في المسكن الذي تقيم فيه المطلقة، لأنها أصبحت أجنبية عن طليقها فلا يحق أن يقرها بأي شكل من أشكال التقرب، لأن ذلك قد يدفع الريبة والشك وقد يؤدي بالوقوع في المحذور، حيث جاء في قرار عن المحكمة العليا يمنع ذلك "من المقرر شرعاً أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة، ومتى تبين -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون، لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو لساعات محددة، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة"²، إلا أنه وإعمالاً لمصلحة المحضون فيمكن إجازة زيارة المحضون إستثناءً بمسكن الحضانة، مراعاة لمصلحة المحضون متى كان ممن يصعب نقله عند الزيارة كأن يكون صغير السن، لا يستطيع الإستغناء عن أمه ولا يحتمل إبعاده عنها، كحال الرضيع³، أو يكون الطفل المحضون به حالة مرضية تجعله عاجزاً عن التنقل إلى مكان الزيارة البعيد عن مكان ممارسة الحضانة، أو كانت ظروفه الصحية لا تسمح بذلك، فكل هذه الأسباب وغيرها تجعل إمكانية أن يكون مكان الزيارة في مسكن ممارسة الحضانة، مع التحلي بالضوابط الشرعية أثناء الزيارة، كحضور محرم للأم الحاضنة أثناء زيارة أب الطفل المحضون.

ثالثاً: النفقة

1-تعريف النفقة لغةً: يقال استنق الشيء: أنفقه. أي استنق المأل على عياله. والإنفاق: أي بذل المأل ونحوه في وجه من وجوه الخير⁴. اصطلاحاً: هي إخراج مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز، وكسوة، ومسكن، ودهن، ومصباح، ونحو ذلك⁵. ومن تجب عليه النفقة الزوجية هو الزوج، ومن تجب له النفقة من الزوج هو الزوجة الثابتة بالعقد. وبذلك

¹ قرار رقم 79891، بتاريخ 1990/04/30، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد1، لسنة 1992، ص 55.

² قرار رقم 214290، بتاريخ 1998/12/15، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، إجتهاد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 194.

³ نوال بنت عبد العزيز، حقوق المحضون، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برباطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ، ص 40.

⁴ مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 942.

⁵ عبد الرحمن الجزيري، مذاهب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3 (ط: 1: مصر، دار المنار، 1999)، ص 553.

فالنفقة الزوجية هي توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام، ومسكن، وخدمة، ودواء وإن كانت غنية¹، وبمعنى كل ما يخرجها الزوج ويقدمه لزوجته في شكل حاجيات لإشباع حاجة مادية أو معنوية.

2-شروط وجوب النفقة:

النفقة تجب من الزوج على زوجته كما تجب من الأصل على الفرع وكذا الفرع على الأصل وتفصيل ذلك كالتالي:

أ-شروط وجوب نفقة الأصول على الفروع: لكي تجب نفقة الأصل على الفرع لابد من توفر الشروط التالية:

-أن يكون الأصل فقيراً لا مال له أو معسراً محتاجاً للنفقة، فإن كان موسراً له مال فنفقته في ماله².

-أن يكون الأصل عاجزاً عن الكسب، فإن كان قادراً على الكسب يجبر عليه، ولا تجب نفقته على غيره، فلا يلزم فرعه بالإنفاق عليه مادام قادراً على الكسب³.

-أن يكون الفرع موسراً أو مكتسباً وهذا مذهب الجمهور.

أن يكون المنفق وارثاً فتجب نفقة الأصل على فرعه إذا كان وارثاً له⁴.

ب-شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول: يشترط لوجوب نفقة الفروع على الأصول مايلي:

-أن يكون الأصل موسراً بماله، أو قادراً على الإنفاق باكتسابه أو قدرته على الإكتساب في مذهب الجمهور⁵.

-أن يكون الولد فقيراً لا مال له، وعاجزاً عن الكسب لصغره أو بسبب الأنوثة، أو بسبب مرض أو عاهة، أو لطلب العلم.

ج-شروط وجوب النفقة للزوجة: بإستقراء مواد قانون الأسرة يتضح نفقة الزوجة على زوجها تجب بتوفر الشروط التالية:

1-العقد الصحيح: يجب أن يكون الزواج صحيحاً شرعاً، استوفى أركانه طبقاً للمادة 9 و9 مكرر ق.أ، وليس هذا فحسب بل بشرط وجوب الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له، ولهذا كان المعقود عليها عقداً فاسداً أو باطلاً لا يحق لها نفقةً زوجيةً، وعليه فإن المعتدة بعد عقد صحيح تجب لها النفقة أما عدة المدخول بها بعد زواج فاسد فلا تجب.

2-الدخول بالزوجة: وهو ما اشترطه المشرع بموجب المادة 74 ق. أ بأن النفقة لا تجب بالعقد على الزوجة فقط بل تجب بدخول الزوج بزوجه لبيت الزوجية؛ أي بمعنى الخلوة الصحيحة بالزوجة، سواء أتمت المخالطة الجنسية فعلاً أم لم تتم، متى كان العجز على المخالطة يعود لضعف جنسي في الزوج، ذلك أن عدم حصول المخالطة برفض الزوجة للزوج ومقاومتها له يعتبر نشوزاً منها، وبالتالي يسقط حقها في النفقة.

¹ السيد سابق، المرجع السابق، دار الفكر، ص 147.

² إبراهيم بن عبد الله الشيرازي، المذهب، ج2. (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت)، ص 166.

³ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج1. (ط: 1؛ بيروت: دارالكتب العلمية، 1984)، ص 164.

⁴ أبي القاسم محمد ابن أحمد جزئ، القوانين الفقهية في تخلص مذهب المالكية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي. (د. ط: الكويت: د. ن، د. ت)، ص 222.

⁵ أحمد محمد علي داي، الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 111.

3-دعوة الزوج زوجته للدخول بها: أي أن نفقة الزوجة تجب أيضاً على زوجها إذا دعاها للدخول ووجد ما يثبت ذلك كشهادة الشهود لأن الدعوة للدخول هو استعداد له، كأن يقوم الزوج بتحديد تاريخ الدخول بالزوجة لبيت الزوجية، فالفترة بين اليوم الذي حدد فيه تاريخ الدخول إلى غاية وصول اليوم المحدد لذلك كلها تجب فيها النفقة على الزوج، لأنه قد دعاها للدخول في تلك المدة وهي مستعدة لذلك فقد احتبسها لنفسه، فيجب عليه النفقة فيها، وهو ما ذكرته المادة 74 بنصها (..أو بدعوتهما إليه ببينة).

-أدلة مشروعية النفقة:

أ-من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: (... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...) (البقرة 233)، وقوله أيضاً: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْنَّ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَانْفِقُوا عَلَيْنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...) الطلاق 6 وهذه الآية تدل على أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج فيجب على الزوج الإحسان إلى زوجته وإطعامها وكسوتها وإسكانها على قدر إمكانه واستطاعته وسعته¹.

ب-من السنة النبوية:

- أن هند أم معاوية جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سرّاً وهو لا يعلم فهل عليّ في ذلك شيء؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف».

-موجبات استحقاق النفقة:

1-الدخول بالزوجة: تجب نفقة الزوجة عن زوجها بالدخول بها أي بالخلوة الصحيحة وهو ما نصت عليه م74 ق أ.

2-العقد الصحيح: أن يكون عقد الزواج شرعياً استوفى جميع أركانه وشروطه فإن كان فاسداً لا نفقة للزوجة فيه، فالشافعية قالوا تجب النفقة بمجرد العقد الصحيح وقال المالكية تجب الدخول وهو ما نصت عليه م74 ق أ وبذلك لاستحقاق الزوجة النفقة أن كون العقد صحيحاً ويتم الدخول حقيقة.

3-القرباة: فنجد أن المشرع في م75 ق أ فرض نفقة الأب على أولاده القصر بقولها (تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال)، كما نجد أن المشرع في م77 أوجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب درجة القرباة (تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرباة في الإرث).

-مشمولات النفقة: وتشمل النفقة وفق المادة 78 ق أ العناصر التالية:

1-نفقة الغذاء والكسوة والعلاج: وتعتبر هذه النفقات هي الأهم من حيث الدرجة، ولهذا فقد أوردها المشرع الجزائري في القائمة الأولى التي تشملها النفقة والتي تعتبر من أساسيات الحياة، فعلى الزوج أن يوفرها

¹ محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص22.

لزوجته بقدر وسعه وحسب ما هو متعارف في المجتمع، ويدخل في الكسوة الواجبة على الزوج، الزينة وأدواتها التي تتضرر المرأة بتركها، مثل الكحل والحناء والدهن والمكياج وغيرها، مما تقتضيه العشرة الزوجية بالمعروف وبما جرى به عرف الناس¹.

2- نفقة السكن وأجرته: اعتبر المشرع الجزائري السكن من مشتملات النفقة الزوجية، فيجب على الزوج أن يوفره لها، ويشترط فيه أن يكون السكن ملائماً شرعاً².

3- ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة: بمعنى أنه يضاف إلى العناصر السابقة كل شيء يعتبر ضرورياً في عرف الناس وعاداتهم، وأعراف وعادات المجتمع الجزائري تختلف من مكان إلى آخر.
-مدة النفقة: ونميز بين ثلاث حالات:

1-بالنسبة للزوجة: تستمر النفقة مادام عقد الزواج قائماً وتسقط بالنشوز أو الطلاق بالبينونة.

2-بالنسبة للولد الذكر: فالطفل تستمر نفقته من ولادته إلى بلوغه سن الرشد وهو 19 سنة، ويمكن أن تستمر النفقة ما إذا كان الولد عاجزاً لمرض أو إعاقة أو مزاوياً للدراسة وفق م75 ق أ.

3-بالنسبة للأنثى: تستمر نفقتها إلى غاية دخولها إلى بيت الزوجية وفق م75 ق أ.

-مقدار النفقة:

فقها: اختلف الفقهاء في تقدير النفقة على أقوال:

القول الأول: ما ذهب إليه جمهور العلماء أن النفقة مقدرة بالكفاية تختلف باختلاف من تجب له النفقة بمقدارها واستدلوا بقوله تعالى: ﴿... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ [البقرة: 233]، والله تعالى أطلق كتابة الرزق وشرط في ذلك المعروف، والرزق شيء غير محدد، وإنما هو لبيان الكفاية والوفاء، فالقول بالتحديد زيادة على النص، والزيادة عليه أمر غير جائز شرعاً، ولو كان سبحانه يريد تحديد النفقة، لبينه سبحانه، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة³.

القول الثاني: ذهب الشافعي في الجديد، والقاضي أبو يعلى من الحنابلة إلى أنها مقدرة بمقدار محدد، فقال القاضي أبو يعلى: أن المقدار الواجب هو رطلان من الخبز في كل يوم إعتباراً بالكفارات، أما الشافعية فقدروها بمد، ومد ونصف، ومدين على حسب حال الزوج يسراً وعسراً، وتوسطاً بين الأمرين.

قانوناً: قد راعى المشرع الجزائري ظروف الزوج لتقدير النفقة بموجب م79 ق أ (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش)، أما إذا عجز الأب تسند النفقة للأم إذا كانت قادرة كأن تكون عاملة، وهو ما نصت عليه م76 ق أ (وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك).

-تاريخ استحقاق النفقة: إذا قدم طالب النفقة إثباتاً على أن الملتزم بها لم يؤدها له لعدة سنوات قبل رفع الدعوى فإن القاضي لا يحكم له إلا بالنفقة لمدة السنة السابقة لرفع الدعوى، أما إذا لم يقدم دليلاً على

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 347.

² أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 54.

³ محمد يعقوب، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية. (د. ط: مصر: دار الفضيلة، 1425هـ)، ص 45.

عدم دفع النفقة للفترة السابقة لرفع الدعوى فإن القاضي لا يحكم إلا بالنفقة المستحقة من يوم رفع الدعوى، من خلال م80(تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة من تاريخ رفع الدعوى)، ويحكم القاضي بالنفقة الوقتية خلال 3 أيام من رفع الدعوى بموجب تدبير استعجالي ويزول مفعوله بصدور حكم نهائي في الموضوع وفق نص م57 مكرر(يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منه بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن)

-مراجعة النفقة: بعد صدور حكم قضائي يوجب النفقة فلا يمكن لمن له حق النفقة أن يطلب الزيادة فيها ما لم تمر فترة سنة من صدور الحكم وهو ما نصت عليه م79 (... ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم).

-آثار الإمتناع عن أداء النفقة: إذا امتنع المحكوم عليه بأداء نفقة زوجته أو نفقة أولاده، فإن كان موسرا وله مال ظاهر باع القاضي من أمواله وأعطى المحكوم لها بذلك ما تنفق منه على نفسها وأولادها وإن كانت معسرا جاز للزوجة أن تطلب من القاضي أن يحبس المدين بالنفقة ليحمله على أدائها، ونص المشرع في م331 ق ع كل من إمتنع عن أداء نفقة الاسرة لمدة تتجاوز شهرين يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب التفسير

- أبو بكر الرازي الجصاص ت 370هـ، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ج 2 (لا. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994).

- إسماعيل ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج 1. (ط: 11؛ مصر: المكتبة التوقيفية، 2013).

ثالثاً: كتب تخریج الحديث

- ابن حبان في صحيحه ت 739هـ، تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله بن عبد العزيز بن ناصر الخباني، ج 4 (ط: 1؛ الرياض: أضواء السلف، 2007).

- أبو السعادات ابن الأثير ت 606هـ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرنبوط، ج 11 (ط: 1؛ لبنان: مكتبة الحلواني، 1972).

- أبو داود الطيالسي ت 204هـ، مسند أبي داود، تحقيق: ابن عبد المحسن التركي، ج 4 (ط: 1؛ مصر: دار هجر، 1999).

- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ت 275هـ، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج 2 (د. ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، د. ت).

- أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنبوط، ج 9 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001).

- أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنبوط، ج 28 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001).

- سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني ت 360هـ، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ج 18 (ط: 2؛ القاهرة: مكتبة ابن تيمية، د. ت).

- علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنبوط، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004).

- محمد بن عيسى الترمذي ت 279هـ، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 3 (ط: 2؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1975).

- محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1 (لا. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت).

رابعاً: الكتب

- إبراهيم بن عبد الله الشيرازي، المذهب، ج 2. (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت).

- ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله التركي، ج 5. (ط: 1؛ القاهرة: مكتبة الهجر، د. ت).

- ابن نجيم الحنفي، البحر الرقائق شرح كنز الحقائق، ج 3 (ط: 2؛ بيروت، دار المعرفة، د. ت).

- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 3. (ط: 2؛ لبنان: دار المعرفة، د. ت).

- أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي، المذهب، ج 2. (د. ط؛ مصر: عيسى البابي الحلبي، د. ت).

- أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 2 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986).

- أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 3 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003).

- أبي البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، ج2 (د. ط؛ مصر: دار المعارف، 1392هـ).
- أبي العباس أحمد بن عمر الديري الشافعي، أحكام الزواج على المذاهب الأربعة، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. (ط؛ 2: بيروت: دار الكتب العلمية، 2007).
- أبي القاسم محمد ابن أحمد جزئ، القوانين الفقهية في تخلص مذهب المالكية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي. (د. ط؛ الكويت: د. ن، د. ت).
- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج14. (د. ط؛ د. م: دار الفكر، 1984).
- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج7 (ط: 1؛ بيروت: المكتب الاسلامي، 1964).
- أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، ج2 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت).
- أحمد بن سلامة القليوبي، حاشية القليوبي، ج4. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1998).
- أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، ج33 (لا. ط؛ الرباط المغرب: مكتبة ابن تيمية، د. ت).
- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد الدين خطيب، ج9 (د. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت).
- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010).
- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010).
- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام. (د. ط؛ بيروت: الدار الجامعية، 1998).
- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام. (لا. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2004).
- أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. (ط: 1؛ الإسكندرية: مؤسسة الثقافة، د. ت).
- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه النكاح. (ط: 1؛ عمان: دار المسيرة، 2010).
- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية في فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع. (ط: 1؛ عمان: دار المسيرة، 2009).
- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج2 و1 (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009).
- أحمد محمد علي داي، الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009).
- أحمد محمد كنعان، موسوعة المرأة الطبية. (ط: 2؛ د. م: دار النفائس، 2006).
- أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام. (ط: 9؛ دمشق: مطابع ألف باء الأديب، د. ت).
- أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2014).
- أحمد نصر الجندی، الطلاق والتطليق وآثارهما. (لا. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2004).
- أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج1. (ط: 3؛ سوريا: المكتبة القانونية، 1994).
- الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية: الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ج5. (ط: 1؛ د. م: مطبعة السعادة، 1323 هـ).
- السيد سابق، فقه السنة، ج2. (ط: 1؛ لبنان: دار الفكر، 1977).
- الشيخ عبد السمیع الآلي الأزهری، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل. (ط: 2؛ لبنان: دار الفكر، 1995).
- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة. (ط: 8؛ ليبيا: دار ابن حمودة، 2011).
- الغزالي أبو حامد، إحياء علوم الدين. (د. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت).

- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري. (د. ط: بوزريعة الجزائر: دارهومة، 2010).
- أماني علي المتولي، الضوابط الشرعية والقانونية والمشكلات العملية لأنواع الحديثة للزواج والطلاق. (د. ط: القاهرة: دار الكتب الحديثة، 2009).
- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر. (لا. ط: عين مليلة: دار الهدى، 2007).
- باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري. (د. ط: الجزائر: دار الهدى، 2010).
- بدر الدين العيني، البنية شرح الهداية، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000).
- بدر الدين العيني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج1 (د. ط: مصر: مصطفى الباي الحلبي، د.ت).
- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية. (د. ط: بيروت: دار النهضة العربية، 1980).
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1 (ط: 6؛ الجزائر: د. ن، 2008).
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط: 4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005).
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط: 6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010).
- بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد. (د. ط: الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2014).
- بن زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة. (د.ط: بيروت: دار الفكر المعاصر، 1411هـ).
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. (ط: 1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 2008).
- جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج. (ط: 1؛ عمان: دار الحامد، 2008).
- حسين شريف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة: 16، 2005-2008.
- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. (د. ط: الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015).
- راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010).
- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ عمان: دار قنديل، 2010).
- رشدي شحاتة أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 2001).
- رشدي شحاتة أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 2001).
- رفيق محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافتراق في فقه الطلاق. (ط: 11؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011).
- زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع. (ط: 1؛ دمشق: دار الفكر، 1983).
- سعد فوضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1. (د. ط: الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986).
- سعيد محمد الجلدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما. (ط: 2؛ مطابع عصر الجماهير الخمس، ليبيا، 1998).
- سلامة زياد أحمد، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة. (د. ط: بيروت: الدار العربية للعلوم، 1996).
- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري. (لا. ط: المحمدية الجزائر: دار طليطلة، 2010).
- صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009).
- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط: 1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 2009).

- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2009).
- عبد الرحمن الجزيري، مذاهب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3 (ط: 1؛ مصر، دار المنار، 1999).
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مجلد1. (د. ط: القاهرة: دار النهضة العربية، 1982).
- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2014).
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. (ط: 2، الجزائر: دار هومة، 2009).
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. (ط: 3، الجزائر: دار هومة، 2011).
- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ج1. (ط: 3؛ الجزائر: دار هومة، 2010).
- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 1984).
- عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج3 (ط: 4؛ مصر: مطابع دار الكتاب العربي، 1961).
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2007).
- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج7 (د. ط: القاهرة: دار هجر، د. ت).
- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج6 (د. ط: القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، د. ت).
- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج9 (د. ط: القاهرة: مطبعة الإمام، د. ت).
- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج7 (د. ط: مصر: مكتبة القاهرة، د. ت).
- عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، ج3. (ط: 3؛ عمان: دار المعارف، 1975).
- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2004).
- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009).
- عثمان بن علي البارعي الزيلعي، تبين الحقائق، ج3 (ط: 1؛ القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ).
- عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كثر الدقائق، ج1. (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة للنشر، د. ت).
- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة. (د. ط: القاهرة: دار النهضة، 2001).
- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج1. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1984).
- علي بن إسماعيل ابن سيدة، المحكم والمحيط الأعظم، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000).
- علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج8 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1998).
- علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، ج9 (د. ط: بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت).
- عمر سليمان عبد الله الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. (ط: 4؛ الأردن: دارالنفائس، 2012).
- عمر عيسى الفقى، التطبيق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين. (د. ط: مصر: المكتب الفني للموسوعة القانونية، د. ت).
- عيسى حداد، عقد الزواج. (د. ط: عنابة: منشورات جامعة باجي مختار، 2006).
- الغزالي أبو حامد، إحياء علوم الدين. (د. ط: بيروت: دار المعرفة، د. ت).
- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق. (ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1977).
- قاضيخان محمود الأوزجندي، الفتاوى الخانية، ج1. (ط: 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1986).
- كمال إبراهيم مرسي، العلاقة الزوجية والصحة النفسية. (ط: 2؛ الكويت: دار القلم للنشر والتوزيع، 1995).
- كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة. (لا. ط: القاهرة: المكتبة التوفيقية، 2003).

- كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع. (ط: 1؛ القاهرة: عالم الكتب، 2001).
- كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية. (د. ط: تونس: دار بوسلامة، 1983).
- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1 (ط: 3؛ الجزائر: دار هومة، 2011).
- لحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون. (لا. ط: بوزريعة الجزائر: دار هومة، 2003).
- لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2006).
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. (ط: 3؛ د. م: دار الفكر العربي، 1957).
- محمد أبو زهرة، الشافعي. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، د. ت).
- محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010).
- محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 1 (لا. ط: مصر: دار إحياء الكتب العربية، د. ت).
- محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1417هـ).
- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 3 (لا. ط: د. م: دار الفكر، د. ت).
- محمد الطيار ومحمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، ج 5 (ط: 1؛ الرياض: مدار الوطن للنشر، 2011).
- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 1992).
- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994).
- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج 3 (د. ط: الرياض: دار عالم الكتب، 2003).
- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 3 (ط: 2؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت).
- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 3 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1992).
- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوبجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج 4، ط: 1، لا. م، بيت الأفكار الدولية، 2009.
- محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، ج 6 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1984).
- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج 5 (د. ط: القاهرة: مطبعة السعادة، د. ت).
- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 (ط: 6؛ لبنان: دار المعرفة، 1982).
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2 (د. ط: القاهرة: مطبعة الحلبي، د. ت).
- محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية. (د. ط: بيروت: مطبعة النهضة، د. ت).
- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 5 (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة، 1973).
- محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه. (ج 1، ط: 1؛ دار الكتب العلمية، بيروت، 2000).
- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج 12 (ط: 1؛ الرياض: دار ابن الجوزي، 2006).
- محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج 1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1995).
- محمد بن عبد الله التمرثاشي، تنوير الأبصار، ج 3. (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1995).
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 2002).
- محمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه. (ط: 1؛ دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002).
- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب. (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 2005).
- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج 21 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 2005).
- محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، ج 3 (ط: 2؛ لبنان: دار الفكر، 1398هـ).

- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي. (ط: 2؛ الأردن: دار النفائس، 1999).
- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية. (لا. ط: عمان: دار اليازوري العلمية، 2010).
- محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية. (د. ط: الأردن: دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2010).
- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية. (ط: 3؛ عمان: دار الثقافة، 2010).
- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ج1. (ط: 2؛ د. م: دار شهاب، 1994).
- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. (د. ط: بيروت: المكتبة العلمية، 2007).
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام. (ط: 4؛ بيروت: الدار الجامعية، 1983).
- محمد يعقوب، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية. (د. ط: مصر: دار الفضيلة، 1425هـ).
- محمود علي السرطاوي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج1 (ط: 1؛ لا. م: مكتبة المعارف، 1984).
- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية. (د. ط: الإسكندرية: منشأة المعارف، 2003).
- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون. (ط: 4؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1964).
- مصطفى بن حمو ارشوم، النكاح صحة وفسادا وآثارا. (ط: 1؛ عمان: مطابع النهضة، 2002).
- منصور بن يونس الهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1982).
- منصوري نورة، التطلاق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية. (د. ط: الجزائر: دار الهدى، 2012).
- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الإتفاقيه في ثوب عصري جديد. (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2003).
- نصر سليمان، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية. (د. ط: الجزائر: دار الهدى، 2002).
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 (ط: 2؛ سورية: دار الفكر، 1985).
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9 (ط: 12؛ دمشق: دار الفكر، د. ت).
- وهبة الزحيلي، الفقه الميسر المالكي، ج3 (لا. ط: بيروت: دار الكلم الطيب، 2010).
- Golden Press، الموسوعة الطبية الحديثة، ج5 (ط: 2؛ القاهرة: مؤسسة سجل العرب، 1970).

خامسا: أبحاث ومقالات

- البندري بنت عبد الله الجليل، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 102، السعودية، دار البحوث، 2014.
- بجاق محمد، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 17، جامعة الوادي، شتاء 2014.
- بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد: 2، 2002.
- بلحاج العربي، الاستنساخ الجيني البشري في الميزان الشرعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 435، 2002.
- بن شويخ الرشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، العدد 9، المجلد 5، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004.
- بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 3، عدد 2، جامعة عمارتليجي الأغواط، سبتمبر 2019.
- حبار أمال، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، جانفي 2018.
- ربيحة إلفات، الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون وإجتهادات المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، عدد 3، جامعة الجزائر 1، 2009.

-سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، أبريل 2000.

-سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، عدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017.

-طالب أحمد، الأخطاء الشكلية والموضوعية في الأحكام القضائية، مجلة قضائية، عدد 1، 2003.

-طويل شهرزاد، صالح محمد، تسجيل عقود الزواج بمصلحة الحالة المدنية، مجلة الحكمة للدراسات الاجتماعية، المجلد 05، العدد 12، مؤسسة كنوز الحكمة، 2018.

-عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد: 1، العدد: 1، ديسمبر 2015، جامعة الوادي.

-عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 13، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، معهد الحقوق، جوان 2015.

-عمرو خليل، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 1، جامعة سعد دحلب البليدة، 2011.

-كاملة طواهرية، أحكام الخلع في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 20، العدد 39، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، السنة 2015.

-ليلي جمعي، ضبط حقيقة الزواج بالفاتحة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 13، العدد 17، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة وهران، 2012.

-مجلة مجمع الفقهي الإسلامي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، العدد 16، 2003.

-نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 17، 2004.

-نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 2، جامعة زيان عاشور الجلفة، جوان 2018.

-هشام ذبيح، حماية الطفل في قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري على ضوء أحكام الحضارة، مجلة جيل حقوق الانسان، العدد 14، بيروت، 2016.

سادسا: الملتقيات والندوات

-عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضارة والزيارة، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضارة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ.

-نزيه الصادق المهدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المجلد 3، ماي 2002.

-نوال بنت عبد العزيز، حقوق المحضون، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضارة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ.

-هشام ذبيح، العلاقة بين التلقيح الاصطناعي واستئجار الأرحام وأثرهما على الاستقرار الأسري، ملتقى وطني حول: تغير الأدوار الوظيفية في الأسرة الجزائرية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، منظم من طرف: مخبر التغير الاجتماعي والعلاقات العامة في الجزائر، بقاعة المحاضرات الكبرى القطب الجامعي شتمة، جامعة محمد خيضر بسكرة، يومي 6-7/12/2016، اليوم الثاني بتوقيت 15:15 دقيقة.

سابعا: رسائل جامعية

1-الأطروحات

-حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.

-محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.

2-الرسائل والمذكرات

-اليزيد عيسات، التطبيق يطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002-2003.

-أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

-حسين شريف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة: 16، 2005-2008.

-صافية بلحواس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2013-2014.

-صافية بلحواس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2013-2014.

-عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد القضائي، رسالة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010-2011.

-نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.

-يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، قسم الحقوق، المركز الجامعي بشار، 2006-2007.

ثامنا: معاجم لغوية

-إبراهيم مذكور، معجم الوجيز. (ط: 1؛ مصر: دار الهندسية، 1980).

-أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصر، ج 1 (ط: 1؛ د. م: عالم الكتب، 2008).

-الفيروز أبادي محمد يعقوب، القاموس المحيط، ج 1 (د. ط: بيروت: دار الجيل، د. ت).

-الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي. (ط: 4؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994).

-المنجد الأبجدي. (ط: 8؛ بيروت: دار المشرق، د. ت).

-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط. (ط: 4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية، 2004).

-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح. (د. ط: لبنان: دار المعاجم، 1989).

-محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج 2 (لا. ط: القاهرة: دار الفضيلة، د. ت).

تاسعا: القوانين والأوامر

أولا: القوانين

-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

ثانيا: الأوامر والمراسيم

-الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2010.

-الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07/05 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 18، 2007).

-المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو 2006، والمتضمن: تحديد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر المتعلقة بالشهادة الطبية (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 31، السنة 42، 14 مايو 2006).

عاشرا: الاجتهادات القضائية

-المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1972.

-نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982.

-المجلة القضائية عدد 01، لسنة 1989.

-المجلة القضائية، عدد4، لسنة 1991.

-المجلة القضائية عدد خاص، 1992.

-المجلة القضائية، عدد1، لسنة 1992.

-الإجتهاد القضائي، عدد4، لسنة 1992.

-المجلة القضائية، عدد 2، 1994.

-نشرة القضاة، عدد51، لسنة 1997.

-المجلة القضائية عدد خاص، 1998.

-نشرة القضاة عدد 54، لسنة 1999.

-إجتهاد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001.

-المجلة القضائية، عدد2، لسنة 2002.

-المجلة القضائية، عدد1، لسنة 2003.

-نشرة القضاة، عدد 61، لسنة 2006.

-مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2007.

-مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2012.

فهرس الموضوعات	
الصفحة	العنوان
01	تمهيد لقانون الأسرة
03	المحور الأول: الخطبة
03	تعريف الخطبة
04	الطبيعة القانونية للخطبة
05	العدول عن الخطبة
06	إثبات الخطبة
07	المحور الثاني: الزواج
07	الفصل الأول: تكوين عقد الزواج
07	الأركان والشروط الموضوعية
08	ركن الرضا
09	الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج
09	أهلية الزواج
10	الصداق
14	الولي
18	الشهود في عقد الزواج
20	انعدام الموانع الشرعية للزواج
23	الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج
24	تسجيل عقد الزواج
24	الإجراءات الإدارية والتنظيمية السابقة للعقد
24	وثيقة الشهادة الطبية
29	نظام تعدد الزوجات
29	ضوابط تعدد الزوجات شرعاً وقانوناً
34	الشروط المقترنة بعقد الزواج
36	إثبات الزواج
38	النكاح الفاسد والباطل
45	الفصل الثاني: آثار عقد الزواج
45	حقوق وواجبات الزوجين
46	النظام المالي بين الزوجين
47	النسب
47	طرق إثبات النسب
52	طرق نفي النسب
55	التلقيح الاصطناعي
58	المحور الثالث: انحلال الزواج وآثاره
58	الفصل الأول: انحلال الزواج
59	أنواع الطلاق

59	الطلاق بإرادة الزوج
62	الطلاق برضا الزوجين
62	الطلاق بطلب من الزوجة
62	التطليق
78	الخلع
85	الطلاق للنشوز
88	الفصل الثاني: آثار انحلال الزواج
88	العدة
88	أنواع عدة النساء
92	انتقال العدة ووقت احتسابها
94	الحضانة
96	شروط ممارسة الحضانة ومدتها
96	أولى الناس بالحضانة
97	مسقطات الحضانة
99	حق الرجوع في الحضانة
99	سكن الحضانة
102	متاع البيت
104	حق الزيارة
105	تنفيذ رؤية المحضون
107	النفقة
108	شروط وجوب النفقة
109	موجبات استحقاق النفقة
110	تاريخ استحقاق النفقة
111	مراجعة النفقة
111	آثار الإمتناع عن أداء النفقة
112	قائمة المصادر والمراجع
121	فهرس الموضوعات