

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية


كلية الحقوق - القسم الخاص -

**مطبوعة في مقياس :**

# قانون الأسرة الجزائري

**موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس**

من إعداد الأستاذة:

حوالف حليلة 

السنة الجامعية: 2018-2019

يدرك الجميع أن حجر الزاوية وعنصر القوة الوحيد الباقي في العالم الإسلامي بل الحبل المتين الذي يشد هذه الأمة إلى دينها ورسالتها إنما هو الأسرة ونظامها، فالأسرة كما بناها الإسلام بقيت تمثل حجر الزاوية في البناء الإسلامي كله وهي التي حافظت على ما بقي من عناصره، وكل ما بقي من روابط وعلاقات بين المسلمين وبهذا تصبح الأسرة الهدف المنشود والمقصود بالتنظيم، وهذا الأخير ما يعبر عنه بقانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية، ويقصد به مجموعة القواعد المنظمة لحالة الأشخاص وعلاقاتهم المالية وغير المالية مع أسرهم ومجتمعهم وقد ارتكزت الحركة التشريعية في مجال التدوين والتقنين في الوطن العربي والعالم الإسلامي على أساس الفقه المقارن لوضع قانون عام شامل يعتمد على الشريعة الإسلامية ويستقي من المذاهب المختلفة تيسيرا على الناس وتمشيا مع روح التشريع الإسلامي الذي يدعو إلى رفع الحرج ودفْع الضرر على الأسرة بعيدا عن التقليد والجمود وعدم التقيد بمذهب معين والاستفادة بالمذاهب الاجتهادية كلها.

و بالرجوع إلى المجتمع الجزائري نجد أنه كان يطبق أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية إلى غاية احتلاله سنة 1830 من قبل المستعمر الفرنسي الذي لم يعتمد مباشرة إلى إلغاء هذه الأحكام والأعراف المحلية لعلمه بمدى تعلق الشعب الجزائري بها. لكنه لم يبق مكتوف الأيدي تجاهها بل عمد إلى إلغائها عبر مراحل تمثلت أولا في تعويضها بقضاء مدني أوربي مع استمرار مجلس القضاء الشرعي بالجامع الكبير بالعاصمة فقط، واستبدال قوانين المحاكم الشرعية بنظام الجماعات الأهلية التي تتبنى أحكام العرف والتقاليد مقصية بذلك أحكام الفقه الإسلامي وبهذا راهنت فرنسا على سياسة الخطوة خطوة، ورتبت أولوياتها حسب نظرية التنصير ثم التغيير من خلال إصدارها لمجموعة من القوانين والمراسيم تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم.

ولكن الشعب الجزائري كعادته انغلق على نفسه ولم يسمح بتطبيق تلك المراسيم والقوانين، وظل يحكم أحكام الشريعة الإسلامية بعيدا عن الإدارة الفرنسية لسبب واضح وهو أن الشعب الجزائري متمسك بدينه وعقيدته.

وقد عرفت الجزائر أول قانون مكتوب بشكل منظم يتعلق بالزواج والطلاق ويهتم بتنظيم الأسرة وهو الأمر رقم 274/56 المؤرخ في 04 فيفري 1959.

وبعد الاستقلال استمر العمل بهذا القانون تطبيقا للقانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 الذي نص على ضرورة إستمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواد الإستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

1962/12/31 الذي نص على ضرورة إستمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواد الإستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

وفي 1963/06/29 صدر القانون رقم 63/224 المتعلق بتحديد سن الزواج وتسجيله، ورغم هذا لم ينل الشعب الجزائري جزءا من إستقلاله التشريعي وظل طوال مدة 21 سنة بلا قانون للأحوال الشخصية إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون للأسرة مستمدا من الشريعة الإسلامية وأصبح ساريا في

1984/06/09 وهو القانون رقم 11/84. الذي اشتمل على أربعة كتب، عالج الكتاب الأول منها عقد الزواج وانحلاله، والثاني النيابة الشرعية، والثالث الميراث، والرابع التبرعات. ليعدل بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 الذي يضم 224 مادة اعتبر قانون الأسرة القانون الوحيد الذي يستمد معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية وخير دليل على ذلك ما ورد في النص المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت على " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى الأحكام الشرعية الإسلامية" ما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري فتح باب الاجتهاد للقاضي، إذ عليه أن يأخذ بفحوى نصوص قانون الأسرة وإن لم يجد يبحث في أحكام الشريعة الإسلامية بدءا بالقرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة كما لم يقيد بأن يأخذ بمذهب معين<sup>(1)</sup>، بالرغم من أن المشرع في قانون الأسرة أخذ أغلب أحكامه من المذهب المالكي. وهذا لا يعني أنه لم يأخذ بالمذاهب الأخرى.

#### علاقة قانون الأسرة بالقوانين الأخرى:

#### علاقة بين قانون الأسرة والقانون المدني:

نصت المادة 221 ق الأسرة على أنه "يطبق قانون الأسرة على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم المقيمين في الجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني" وهذا ما يوضح أن القانون ينظم العلاقات الأسرية ومنازعتها بالاعتماد على الشريعة الإسلامية.

#### علاقة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية:

هي علاقة تكاملية ودقيقة خاصة فيما يتعلق ببيانات عقد الزواج وإثباته وتسجيله أيضا إذ نجد أن قانون الحالة المدنية يتضمن كل المسائل المتعلقة بحالة الأفراد المدنية لمعرفة الأصول فروعهم كما يتصل قانون الإجراءات المدنية بالنظام العام وهو تحت إشراف النيابة العامة.

<sup>(1)</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، الجزء الأول، العدد الأول، دار الثقافة، الجزائر، 2012، ص.27.

## العلاقة بين قانون الأسرة والإجراءات المدنية:

هناك علاقة وثيقة إذ أن المادة 03 مكرر ق. أسرة أعطت للنيابة العامة الق في أن تكون طرفا فيه وتنص المادة نفسها على ما يلي: "تعد النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون." ويقصد بالأصلي أن النيابة العامة لها مركز الخصم في أن تبدي طلباتها وحججها فلها أن تتمسك بجميع الحقوق والظعن في جميع الأحكام وقد ورد ذكرها 8 مرات ضمن مواد قانون الأسرة المادة 3 مكررو كذلك في المواد -22- 99-102-114-125-182-49. مما يعطيها دورا أساسيا في إجراءات الدعوى المتعلقة بالأسرة خاصة إذا ما تعلق الأمر بقواعد نظام العام كما هو الحال في تسجيل الزواج العربي - ممارسة الولاية - إلحاق النسب.... إلخ.

فإن تدخل قانون العقوبات وجوبيا على مستوى المحاكم إذ تبلغ كل قضايا شؤون الأسرة قبل الفصل فيها إلى وكيل الجمهورية قبل الإضطلاع على الملفات وتقديم الطلبات المنقوضة ويترتب على عدم تبليغ النيابة العامة بطلان الحكم أو القرار.

كما نجد أن المادة 49 من قانون الأسرة توجب على القاضي القيام بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق وجعلت المادة 57 من قانون الأسرة أحكام الطلاق والتطليق والخلع نهائية لا تقبل الطعن بالإستئناف ما عدا النظر في جوانبها المادية.

كما نجد أن قانون الحالة المدنية قد تضمن إجراءات خاصة يقسم شؤون الأسرة بين الإختصاصات والإجراءات وهذا في المواد من 423 إلى 499 قانون الإجراءات الجزائية.

## العلاقة بين قانون العقوبات وقانون الأسرة:

لقد إهتم المشرع الجزائري بحماية الأسرة جنائيا وهذا بتجريم بعض الأفعال التي تمس كيان الأسرة كجريمة الخيانة الزوجية في المادة 339 ق.ع والإجهاض في المادة 304 ق.ع.

ومن خلال هذه المحاضرات التي تخص قانون الأسرة الموجهة إليكم كسداسي فصلي فقط، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن نتطرق إلى كافة المواضيع المتعلقة بقانون الأسرة، نظرا لضيق الوقت، إذ ستشتمل الدراسة على أحكام عقد الزواج والطلاق . كما يتم التعرض للجانب الفقهي، مع إبراز اتجاه المشرع الجزائري في كافة الحالات المعروضة، مع انتهاج المنهج التحليلي.

## الفصل الأول: إنشاء الرابطة الزوجية وفقا لعقد

### المبحث الأول: الإجراءات القبلية لإنشاء الرابطة الزوجية وإبرام العقد

إن كل عقد من العقود المهمة ذات الشأن والخطر تسبقها مقدمات، يبين فيها كل واحد من المتعاقدين مطالبه ورغباته، فإذا ما تلاقت الرغبات أقدمتا وتفاهما فيتم العقد بتلاقي الإراديتين ووجوب الإيجاب والقبول.

و عقد الزواج هو أخطر عقد لأن موضوعه الحياة الإنسانية، إذ يعقد على نية الدوام والبقاء ما بقي كلا الزوجين على قيد الحياة. لهذا كانت مقدماته لها شأن وأهميته. وقد إختصت الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الزواج بأحكام خاصة، ولم تعن بمقدمات أي عقد من العقود سواه، وهي ما يسمى عند العرب وفي لسان الشرع الإسلامي بالخطبة<sup>(1)</sup>.

و في دراستنا لهذه المقدمات سنتطرق في مطلب أول إلى تعريف الخطبة وطبيعتها القانونية، و حكم العدول عنها وآثاره. وفي مطلب ثاني إلى الفاتحة وإقترانها بالخطبة وحكمها.

**المطلب الأول: ماهية الخطبة:**

**الفرع الأول: تعريف الخطبة:**

الخطبة هي إلتماس النكاح من المرأة المراد تزوجها وهي طلب رجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها والى ذويها لبيان، والتفاوض في أمر العقد، والمطالب الخاصة بهذا الشأن، فإذا أجب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما<sup>(2)</sup>.

وقد عرفها البعض بأنها: «عقد النية بين طالب الزواج أو المختطين على أن يجتازا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق الزواج، فيختبر فيها كل منهما الآخر تمهيدا للزواج به مع الإعداد والتجهيز خلالها لتأسيس العائلة التي تتطلبها أحكام الزواج»<sup>(3)</sup>

وقد عرفها الإمام أبو زهرة: "بأنها طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"<sup>(4)</sup>.

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد جلها تتكلم عن تقدم الرجل وطلبه يد المرأة قصد الزواج بها، بينما حقيقة ذلك التقدم أو الطلب الشرعي قد يكون منها أو من وليها، وذلك ما بينه القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

وقد أجاز الفقهاء عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح رغبة في صلاحه وإذا رغب فيها تزوجها بشروطه.

(1) - الخطبة بكسر الخاء، لأنه بضمها يتغير المعنى تماما .

(2) - بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، 2006ص50.

(3) - محمد محدة - الخطبة والزواج - الطبعة الثانية 2000، دار الشهاب، ص7.

(4) - الإمام أبو زهرة - محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، دمشق، ص7 .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه لم يعرف الخطبة، تاركاً ذلك للفقهاء والحكام العليا في العديد من قراراتها عرفت الخطبة وأكدت على التعريف الفقهي لها فقضت بأنه :

من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا<sup>(1)</sup>.

**أ- حكم الخطبة:** هي مستحبة إذ يستحب قبل عقد الزواج أن تخطب المرأة من أهلها، الخطبة طريق لتعرف كل من الخاطبين على الآخر، إذ أنهما السبيل لدراسة أخلاق وطبائع وميول الطرفين، ولكن بالقدر المسموح به شرعاً. فإذا وجد التلاقي والتجاوب أمكن إبرام عقد الزواج الذي هو رابطة دائمة في الحياة، وإطمأن الطرفان إلى أنه يمكن التعايش بينهما بسلام وأمان وسعادة ووثام، وهي غايات يحرص عليها كل الشبان والشابات والأهل من ورائهم.

## ب- أنواع الخطبة:

الخطبة بإعتبار الألفاظ التي تتم بها؛ وهي نوعان خطبة صريحة وتكون صريحة بألفاظها وعباراتها في إظهار الرغبة في الارتباط بالمرأة<sup>(2)</sup>.

وخطبة التعريض بأن تكون الخطبة كناية بأن يتلفظ الخاطب بكلام يحتمل أكثر من معنى<sup>(3)</sup>.

**د- شروط الخطبة:** لقد وضعت الشريعة الإسلامية صفات وبيّنت مقاييس للزوجة الصالحة التي يمكن أن يجد الإنسان معها الراحة والاطمئنان والسكينة وحسن إختيار المرأة له هدفين: إسعاد الرجل وتنشئة الأولاد نشأة صالحة تتميز بالاستقامة وحسن الأخلاق، لقوله صلى الله عليه وسلم: " تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم"<sup>(4)</sup>.

ومن هذه الصفات أو المستحبات نذكر ما يلي :

- أن تكون المرأة دينية، لقوله صلى الله عليه وسلم: "فعليك بذات الدين". وقوله: " .. فأظفر بذات الدين تربت يداك"<sup>(5)</sup>.

- أن تكون ولوداً، لقوله صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة".

- أن تكون بكرًا، لقوله: "فهلا بكرا تلاعبها وتلاعبك".

(1) - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 19. 11. 1984، ملف رقم 34046، مجلة قضائية لسنة 1990 العدد الأول، ص 87.

(2) - بدران ابو العنين بدران، الزواج والطلاق، دار الجامعة، الإسكندرية، 1975 ص 96.

(3) - بن شويخ رشيد، قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار الهلال، وهران، 2004.

(4) - حديث شريف صححه الحاكم عن عائشة، ورواه الحاكم وابن ماجه والبيهقي والدارقطني.

(5) - رواه الترمذي

- أن تكون من الغريبات عن الخاطب، غير ذات قرابة قريبة، وقد قيل: "إن الغرائب أنجب، وبنات العم أصبر". ولأنه لا يأمن الطلاق فينتج عنه قطيعة للرحم المأمور بصلتها. لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويًا". أي يخلق نحيفًا.

وقد أثبتت التجارب العلمية أن الزواج بين الأقارب غالبًا ما يخلق نسلا ضعيفا، حيث تشيع الأمراض الخلقية والعضوية.

- أن لا تكون المرأة مما يحرم الزواج بها سواء حرمة دائمة أو حرمة مؤقتة.

-النظر إلى الخطيبة:لقد أجاز الشرع الإسلامي النظر إلى الخطيبة، وذلك حتى يكون كل من العاقدین على علم قاطع أو ظن راجح بحال العاقد الآخر وما عليه من عادات وأخلاق، ليكون العقد على أساس صحيح. وهذا العلم يتحقق بالرؤية.

ويروى أن رسول الله قال: "إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعو إلى نكاحها فليفعل".

والقدر المباح النظر إليه هو الوجه والكفان والقدمان عند غالبية الفقهاء، ولا بد أن لا تكون رؤية الخاطب لمخطوبته في خلوة، لأن الخلوة بين الرجل والمرأة حرام ولم يرد من الشارع ما يبيحها لأجل الخطبة فيبقى النهي قائما لذلك قال صلى الله عليه وسلم: "لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان". وعليه لا بد من وجود محرم مع المخطوبة وقت النظر<sup>(1)</sup>.

وفي مجتمعنا الحاضر نجد من لا يسمح بالنظر بل تعطى للخاطب صورة شمسية للمخطوبة أو العكس، وقد تخفي الصورة عيوبها قد تكون بصاحبها. وكثيرا من لا يسمح حتى بالصور، بل تخطب الفتاة وتزوج دون أن تعرف الخاطب حتى ليلة الزفاف، مما يؤدي إلى مآسي كثيرة كالشقاق والطلاق نظرا للمعلومات المبالغ فيها عن الطرف الآخر.

و العكس نجد أسر أخرى تدعي التفتح وحرية المرأة فتسمح للفتاة بالتعرف على الشاب، وتختاره ثم تقدمه لأهلها، وتتطور العلاقات بينهما باسم التطور والتفتح فتجاوز حدود المعقول مما يؤدي إلى وقوع ما لا يحمد عقباه.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يتطرق إلى مسألة النظر إلى المخطوبة ولا يعتبر سكوته إهمالا وإنما اكتفى بالإحالة على الشريعة الإسلامية، بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة.

من شروط الخطبة ألا تكون المرأة مخطوبة للغير، طبقا لقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب أو يأذن له"

حالة جواز خطبة المخطوبة وهي ترك الخاطب الأول ورجوعه عن الخطبة

-إذن الأول للثاني-

(1) - الإمام أبو زهرة -المرجع السابق -ص 20 .

حصول مانع شرعي يمنع إتمام الزواج كالموانع المؤبدة مثل طول الغيبة والردة.

-ألا تكون المخطوبة معتدة-

**ج- الطبيعة القانونية للخطبة:** الخطبة لا تعدو أن تكون وعدا بالزواج، ولا تعتبر زواجا وهي ليست عقد، لأنها لا تتصف بأي من أوصاف العقد ولا يترتب عليها أي أثر من أثاره. وينظر إليها أنها مجرد وفاء لما تم الوعد به، وهذا ما يندرج تحت مكارم الأخلاق.

كما أن آثار عقد الزواج لا تسري على المخطوبة، إذ يعتبر الخاطبان أجنبيان عن بعضهما البعض، ولا توارث بينهما، كما يجوز العدول عن الخطبة. وهذا ما نصت عليه المادة 05 من ق. أ، ولتحديد الطبيعة القانونية يستلزم التطرق للناحية الشرعية والقانونية.

#### - من الناحية الشرعية :

الخطبة شرعا ليست عقدا، وإلا لكانت ملزمة إلزاما يستتبع حتمية عدم العدول عنها، ومن ثم فإنها تعتبر وعدا بالزواج، وهذا الوعد لا يزيد شيئا عن مرتبة الإلتزام الأدبي المطلوب للوفاء بالعهد<sup>(1)</sup>.

وذلك لأن الإلتزام بالتصرفات يجب أن يكون بحكم الشارع لأنه هو الذي يعطي القوة الإلزامية للتصرفات أو يكون التراضي كاملا على الإلتزام، وما نراه هو أن الخطبة تخلو من هذا الإلتزام، فقد كان التراضي بين الخاطب والمخطوبة وأهلها على أساس أن هذا كان تمهيدا لعقد هو عقد الحياة. وكما نعلم فالإلتزام يكون بوجود العقد لا في التمهيد له، وعليه فإنه مادام لم يتم نهائيا بين الطرفين فإنه يمكن لكل واحد من الطرفين أن يعدل عن ما وعد به.

يقول الدكتور مصطفى شليبي: "لا تخرج الخطبة عن كونها وعد بالزواج والوعد ليس عقدا فلا يكون ملزما كالعقد، فيصبح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها لأننا لو قلنا بإلزامها لحملنا الخاطبين على ما لا يريدانه وفي هذا من الضرر ما لا يخفى".

فجمهور الفقهاء متفقين على أن الخطبة ليست أكثر من وعد تمهيدي للزواج وفي هذا الصدد يقول الدكتور السهوزي: "لا يجوز أن يتقيد شخص بوعد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج بشخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام"<sup>(2)</sup>.

#### - من الناحية القانونية :

المادة الخامسة من قانون الأسرة نصت صراحة على أن: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها".

(1) - محمد محدة - المرجع السابق - ص 10 .

(2) - الإمام أبو زهرة - المرجع السابق - ص 65 .



فالخطبة من الناحية القانونية عندنا كالناحية الشرعية فهي لا تعدو أن تكون وسيلة للتعرف وفق أحكام الشرع وتحديد الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج.

إذن فالإيجاب والقبول اللذين تمت بهما الخطبة ما هما إلا مجرد إجراء تمهيدي ووعد بزواج لاحق.

ولقد كانت المادة الرابعة من الأمر الصادر في 4 فبراير 1959 تنص على أن: "الوعد بالزواج من طرف واحد أو من الطرفين لا يعتبر زواجا ولا ينشأ أي إلزام بعقد الزواج".

وفي مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية الصادرة عام 1907 نجد أن المادة الأولى منها نصت على أن: "الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة دون إجراء عقد صحيح، وكل منهما لا ينعقد به نكاح وللخاطب العدول عن خطبها، وللخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزويجها منه".

ففي هذا النص المشرع تكلم عن الوعد بالنكاح في حد ذاته مبينا بأنه لا يمكن أن يكون عقد زواج ولا ينعقد به نكاح؛ وعليه يمكننا القول أن النص أراد أن يخلع عن الخطبة صفة الزواج، لا صفة العقدية بوجه عام، مما جعل البعض يقول أن الوعد بالزواج لا يعتبر حقا عقد زواج ولكن يمكن إعتباره عقدا من نوع خاص، كأن يسمى عقد خطبة مثلا. ويجعل من مقتضياته الإلتزام ببذل عناية قصد الوصول إلى عقد الزواج، لكن إذا كان بالإمكان الأخذ بهذا القول سابقا فإنه غير ممكن حاليا في ضوء قانون الأسرة الحالي لأن نص المادة 5 تكلم عن الخطبة وإعتبرها وعدا بالزواج ولم يتكلم عن الوعد غير معتر إياه عقد زواج.

فالمادة 5 نصت على أن: "الخطبة وعد بالزواج". ولم تنص على أن: "الوعد بالزواج لا يعتبر زواجا"، كما جاء في بعض القوانين الأخرى.

و عليه نصل إلى أن الوصف القانوني للخطبة هو أنها وعد بالزواج لا أكثر. وقد ذهب المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى أن الخطبة وعد بالزواج لا أكثر.

### الفرع الثاني: العدول عن الخطبة وآثاره:

نصت المادة 05 من قانون الأسرة عن أحكام العدول عن الخطبة من قبلهما (كلاهما)، وحكمت بالتعويض للطرف المتضرر من قبل المتسبب في إلحاق الضرر به، سواء كان الضرر مادي أو معنوي.

ويقصد بالعدول عن الخطبة، تراجع أحد المخطوبين، والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر نهائيا<sup>(1)</sup>.

وهذا ما يؤدي إلى عدم تحقيق إبرام العقد الزواج لذلك فإن الخطبة لا تتمتع بأي قوة الزامية بالنسبة للطرفين معا ولو طال مدتھا.

(1) - نسرين سريقي، وكمال بوفروة، دار بلقيس، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013، ص 17.

كما أن آثار عقد الزواج لا تسري على المخطوبة إذ يعتبر المخطوبين أحنيين عن بعضهما البعض ولا توارث بينهما وقد يمكن العدول عنها كما نصت المادة 05 قانون الأسرة على ما يلي: "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته."

#### – آثار العدول عن الخطبة:

تنحصر آثار العدول عن الخطبة في ثلاث حالات هي:

–الصداق المدفوع كله أو جزء منه في فترة الخطبة.

–الهدايا المقدمة بين الطرفين

–الأضرار المترتبة جراء العدول عن الخطبة.

#### حكم الصداق المدفوع فترة الخطبة:

قد يقدم المهر في فترة الخطوبة وقد تستهلكه المخطوبة ويتم العدول عن الخطبة.

في هذه الحالة مادام عقد الزواج لم يتم بالفعل، فلا يحق للمخطوبة الاحتفاظ به تطبيقاً لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب، بذلك يسترد الخاطب قيمة الصداق إذا قدم نقداً أو يسترد مثله إذا كان المهر مثلياً<sup>(1)</sup>.

#### حكم الهدايا المقدمة فترة الخطبة:

ان الهدايا المقدمة في فترة الخطبة، يقع عليها نزاع بين الطرفين في حالة العدول عن الخطبة، وقد عالج الفقه الإسلامي هذه المسألة، فبالرغم من اتفاق الفقه على ردها (الهدايا المقدمة) إلا أنهم اختلفوا في المسائل التالية:

**1 – بالنسبة المذهب الحنفي:** ذهب الحنفية إلى أنه ما قدم للمرأة على سبيل الهدايا أو قدمت هي إليه ثم عدل أحد طرفين أو كلاهما فإن هذه الهدايا بحكم الهبة فيجوز الرجوع فيها إلا إذا وجد مانع الرجوع (الاستهلاك، النفاذ) وهذا بغض النظر إن كان العدول بسببه أو بسببها<sup>(2)</sup>.

(1) – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 127.

(2) – شوكت عليان، أحكام خطبة النكاح في الاسلام، دار الرشيد، الرياض، 1402هـ، ص152.

2 - بالنسبة المذهب الشافعي: قالوا بموجب ردها مطلقا سواءا كانت باقية أو هالكة لأنها في الحكم المهر وما دام الزواج لم يتم وجب ردها بعينها أو بقيمتها أو بمثلها سواءا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة<sup>(1)</sup>.

3-بالنسبة للمذهب الحنبلي: قال بعدم استرداد شيء من الهدايا لأنها هبة عندهم، والقبض يمنع الرجوع في الهبة، ويستوي ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، لأن الهدايا قدمت على سبيل التبرع<sup>(2)</sup>.

#### 4 - بالنسبة المذهب المالكي: ويفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة العدول من جهة الخاطب لا يسترد شيئا سواءا كان هدايا مثلية أو قيمية، وسواء كانت قائمة أو مستهلكة، إلا إذا وجد شرط بينهما، ينص على إعادة ما أخذته منه، أو كان هناك عرف قائم تعارف عليه الناس فيحكم بالعرف لأنه في حكم الشرط، المعروف عرفا كالمشروط شرطا<sup>(3)</sup>.

أما الحالة الثانية: إذا كان الرجوع من طرف المخطوبة فعلى الخاطب أن يرجع عليها بما أهدها لها من هداياه، فإن كانت قائمة استردها وإن كانت مستهلكة استرد قيمتها<sup>(4)</sup>.

بالنسبة المشرع الجزائري: في الفقرة 2، 3، 4 من المادة 5 من قانون الأسرة التي تنظم آثار العدول بالنسبة للخطبة التي تنص على ما يلي:

"الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخطب من المخطوبة شيئا مما أهدها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد ما لم يستهلك مما أهده له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمت.

من خلال هذه المادة يظهر أن المشرع الجزائري إنحاز إلى رأي المالكية وهو رأي عادل وعقلاني.

(1) - عبد الناصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1987، ص 113.

(2) - حاشية الدسوقي علي، الشرح الكبير، الجزء الثاني، ص 223، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 131.

(3) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ص 189.

(4) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 189.

## حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة:

باعتبار العدول عن الخطبة يترتب عليه أضرار مادية ومعنوية للطرف المعدول عنه، كما لو طلب الخاطب من المخطوبة (ترك الدراسة أو الاستقالة من الوظيفة) ثم عدل بعد ذلك على المخطوبة أو قد تنتظر المخطوبة فترة طويلة ثم يتم العدول عن الخطبة ما يفوت عنها فرصا أخرى، لطلب يدها أو أن يقترض الخاطب لأجل الجهاز والمهر للمخطوبة بعد ذلك يفاجئ بالعدول. وتعود للقاضي السلطة التقديرية للحكم بالتعويض متى ثبت ذلك.

ان القانون يجيز لكل من الخطيبين حق العدول عن الخطبة ومنه فالعدول ذاته لا يرتب على أي منهما تعويض لكن التعويض يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال أحدثت أضرار مادية أو معنوية بالمعدول عنه، وهذه الأضرار قد تكون ناتجة عن تصرفات غير أجنبية وقد تكون ناتجة عن تصرفات أجنبية :

أ- الأضرار التي تنتج عن تصرفات أجنبية عن الخطبة. فالمضروور منها يستحق التعويض ومنها كأن ينسب لأحد الطرفين إلى الآخر إحدى الأفعال التي تعتبر قذفا أو يفشي سرا من أسرارها وما إليه.

ب- الأضرار التي تنتج عن تصرفات غير أجنبية عن الخطبة فيوجد خلاف بين الفقهاء حول استحقاقها التعويض<sup>(1)</sup>، ويقصد بها تلك الأعمال التي يقوم بها الخاطبان أو أحدهما فيما يدور حول الخطبة أو أعمال تحضيرية لعقد الزواج ككراء الفندق استعدادا لليلة الزفاف، أو تحضير الحلويات أو إعداد بيت الزوجية على الشكل الذي طلبته الخطيبة أو ترك العمل أو الدراسة تلبية لطلب الخاطب.

أولا الضرر المادي: وهو كل ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله. ولقد نصت المادة 5 من قانون الأسرة على أنه: "إذ ترتبت عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض". فيفهم من هذا النص أن القاعدة العامة أن الخطبة ليست عقد ملزما، ولا تتضمن أي التزام، فلا تعدو أن تكون وعدا شفهيًا متبادلا بين شخصين من جنسين مختلفين أو بين عائلتين ل إبرام عقد الزواج مستقبلا. وأنه يجوز لكل واحد من الطرفين العدول عن الخطبة بمحض إرادته بسبب أو بدون سبب ولا يمكن اللجوء إلى القضاء لإجبار من يستعمل حقه في العدول أن لا يتعسف فيه وإلا جاز للطرف الآخر أن يطلب التعويض إذا ما أصابه ضرر نتيجة خطأ صاحب العدول فتقوم المسؤولية. وقد وصفها الفقهاء بأنها تغيير الطرف الآخر نشأ عنه ضرر<sup>(2)</sup>، بمعنى أنه إذا صاحب الوعد بالزواج والعدول عنه فعال مستقلة عنهما استقلالًا تاما وألحقت ضررا ماديا لأحد المتواعدين وجب التعويض باعتبارها أفعالا ضارة. وهذا ما دفع الكثير من رجال القانون إلى تأسيس مبدأ التعويض على نظرية التعسف في استعمال الحق عملا بقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" وعملا بالقاعدة الفقهية: "التغيير يوجب الضمان"

(1) - محمد محدة - المرجع السابق - ص66

(2) - عبد العزيز سعد- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. دار البحث قسنطينة 1989- الطبعة الثانية، ص89.

و الإمام مالك وتلاميذه متفقون على أن التسبب في الضرر يوجب التعويض ويعتبرون أن كل وعد كان سببا في تصرف الموعود بما ألحق به الضرر يجب ضمانه يقول الدكتور السنهوري " فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية"<sup>(1)</sup>.

إذن لكي يحصل تعويض لا بد من توافر شرطين وهما:

- ألا يكون لمن عدل مبرر يتزع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعترى أساسا للتعويض. وذلك كأن يتوفى أحد الخطيبين فيصير تنفيذ الزواج مستحيلا، ولا دخل لارادة الطرف الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه، أيضا إكتشاف مانع من موانع الزواج كان مجهولا قبل الخطبة...

- أن تكون للعادل يد في إحداث الضرر الحاصل للمعدول عنه: كالأمر بإجراء تصرف على وجهة معينة وفجأة تنقلب الموازين رأسا على عقب، فأحدث ذلك ضررا ماليا للمتصرف وفق ذلك الرأي، كأن يخبر الخاطب خطيبته بتاريخ الدخول وعليها التخلي عن عملها وبعد إستقالتها بيوم يلغي الموعد ويفسخ الخطبة، فالخاطب هو سبب الضرر، بتصرفه أما إن تخلت هي عن عملها برغبة منها فليس لها التعويض لعدم تسببه هو في هذا الضرر<sup>(2)</sup>.

ثانيا الضرر المعنوي: هو تلك الآلام التي تمس عاطفة الإنسان عن طريق الطعن في سمعته أو شرفه، فيكون على شكل شعور بالحزن وضيق الصدر وانعدام الطمأنينة.

و لم يتطرق الفقهاء سابقا للأضرار الأدبية لأنها ظهرت حديثا نتيجة لانحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة وتأثرهم بالظواهر المادية للمجتمعات الأوروبية.

مثلا: التعرف على الخطيبة الذي أصبح مألوفاً تجاوز النطاق التقليدي السليم للنظر إلى المخطوبة، وفاق الحدود حيث صار الانفراد بها واستصحابها للمحلات العامة... وما ينتج عنه. فهو يلحق بها ضرر لا محالة، فالخاطب هنا ملزم بالتعويض عن الضرر المعنوي في المادة الخامسة، ذلك لأن الخطيبة في مجتمعنا هي التي تتأذى من عدول الخاطب عنها لما يلحقها من أقوال وإشاعات بخلاف الأمر إذا ما عدلت هي عن الخطبة فالخاطب لا يتأذى مثلها.

و أغلب القوانين العربية لم تنص على التعويض عن هذه الأضرار المعنوية ولا المادية.

(1) - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول ص 827

(2) - محمد محدة - المرجع السابق ص 77

وما نلاحظه على المادة 5 أن المشرع الجزائري لم يجعل التعويض واجبا وإنما جعله جائزا لأنه ليس معقول أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر، فالمشرع كقاعدة عامة أباح العدول، فهو حق الطرفين لكنه جعل التعويض عن الضرر الذي ينتج عن استعمال هذا الحق استثناءا وجائزا.

فالمادة 5/2 نصت على أنه: "جاز الحكم بالتعويض" فالقانون هنا أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تقديم الضرر وتقديم التعويض.

فقد يكون الطرف العادل قد أراد تفادي ضرر أكبر بعدوله فهل هنا يلزم بالتعويض أيضا؟

و ما يمكننا قوله أن المشرع الجزائري عندما نص على التعويض عن الضرر المادي والمعنوي معا فهو حقق نتيجتين هما:

1- أنه ساير العصر وأعطى حكما ظلت الشريعة في عهدها الأولى مستغنية عنه لتزاهة تصرفات الأولين.

2- أنه سد الفراغ الذي كان موجودا في القانون المدني الذي لم ينص على التعويض عن الضرر المعنوي<sup>(1)</sup>.

### كيفية التعويض عن الضرر :

يخضع التعويض عن الضرر للقواعد العامة في القانون المدني، وذلك بإدخال الظروف المصاحبة للأفعال التي كانت مصدرا للضرر وثقافة الطرفين ومراكزهم الاجتماعية، وكذلك السن والوظيفة.

مثلا لو أصاب المعدول عنها ضرا ماديا كفقدانها وظيفتها، وضرر معنويا كأن جرحها في سمعتها وشرفها، فهنا تستحق التعويض عن الضررين.

فالقاضي عليه أن يتبين سبب العدول والظروف الملائمة لرفع دعوى التعويض حتى يكون اقتناعه باستحقاق المعدول عنه التعويض أو بعدم استحقاقه.

فمثلا الخاطب الذي يؤثت بيته تحضيرا للزواج بما أنه في مرحلة الخطوبة لا يعني أنه لحقته خسارة وضرر مادي إذا عدلت المخطوبة لأنه كان لا محالة سيؤثت منزله، سواء كان خاطبا أو لا، وسواء كان خاطبا هذه الفتاة أو غيرها فلا يمكنه طلب التعويض.

(1) - بداوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، مقال منشور، موسوعة الفكر القانوني، العدد الثاني، ص

### الفرع الثالث: إقتران الخطبة بالفاتحة- الزواج العرفي:-

يمكن للخطبة أن تقترب بقراءة سورة الفاتحة، لكن هذا لا يعد زواجا طبقا للمادة 6 قانون الأسرة. ولكن في الفقرة 2 إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضى، وشروط الزواج المنصوص عليه من المادة 9 مكرر من هذا القانون.

وقد نصت المادة 6 على مايلي:

"إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه وشروطه طبقا لأحكام المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون". وهذا ما يسمى بالزواج العرفي وهو عقد زواج كامل الأركان والشروط المطلوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، غير أنه لم يستوف الاجراءات الشكلية المطلوبة في نص المادة 18 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

- إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي إن الإشكالية في الزواج العرفي تنصب على مسألة تسجيله، والتسجيل يقتضي إتباع إجراءات خاصة، باختلاف مكان إنعقاد العقد وبإختلاف الفترة الزمنية التي أبرم فيها، ولذلك حاول المشرع في كل مرحلة معالجة عقود الزواج العرفية عن طريق سنه مجموعة من النصوص القانونية، والتي تلزم المواطنين المتزوجين عرفيا أن يتقدموا إلى المحاكم لإستصدار أمر أو حكم لتسجيل عقودهم في سجلات الحالة المدنية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في تلك القوانين.

بذلك فإن اجراءات تسجيل الزواج العرفي تكون برفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة، التي وقع في دائرتها ابرام عقد الزواج، ويعتمد القاضي دائما على فتح تحقيق لسماع أطراف النزاع، والولي والشهود؛ وهذا لأن هذا الزواج يثبت بكافة طرق الاثبات.

وهذا ما يسمى بالزواج العرفي، أي الزواج المقترن بالفاتحة في مجلس العقد المشار إليه في المادة 06 من ق.أ.

وقد أورد المشرع الجزائري إستثناء عن هذه القاعدة العامة أي الرسمية المتمثلة في مادة 22 من قانون الأسرة \*يثبت الزواج بمستخرج من سجل حالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة" وهذا ما بين المشرع الجزائري قد سمح بإبرام عقد الزواج العرفي أي زواج بالفاتحة مع مجلس العقد المنصوص في المادة 06 من قانون الأسرة \*إن إقتران الفاتحة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضى وشروط الزواج عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

### إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي وإثباته:

ترفع عريضة افتتاحية أمام قسم شؤون الأسرة يطلب فيها المدعي إثبات الزواج العرفي، وتسجيله . يجب أن يثبت الطرفان بأن هذا الزواج قد توافرت فيه جميع الأركان والشروط المطلوب. تطلع النيابة العامة على ملف إثبات عقد الزواج العرفي. يصدر حكم بأمر بتقييد الزواج العرفي لدى مصالح الحالة المدنية بأثر رجعي أي تاريخ الانعقاد (يلحق نسب الأطفال أن وجدوا، تسعى النيابة العامة عقد لتسجيل هذا الزواج يجوز طعن في حكم إثبات الزواج العرفي حالة وجود النزاع.

ومادامت النيابة العامة طرفا أصليا في النزاع، طبقا لنص المادة 03 مكرر من ق.أ، يمكنها أن ترفض اثبات هذا الزواج، أما إذا وافقت على اثباته، فإنها تسعى إلى استكمال اجراءاته لدى الحالة المدنية، متى كان الحكم نهائيا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه.

### **المطلب الثاني: أحكام عقد الزواج**

#### **الفرع الأول: ماهية عقد الزواج:**

#### **1-تعريف عقد الزواج:**

- أ/ تعريف الزواج لغة: هو الاقتران والاختلاط، يقول العرب " زوج فلان ابله"، أي قرن بعضها ببعض. والزوج هو كل واحد معه آخر، فيقال الرجل زوج المرأة وهي زوجه، وقد وردت عدة آيات قرآنية كريمة ذكرت مصطلح الزواج، كقوله تعالى: " اسكن أنت وزوجك الجنة" سورة التكوين الاية7، وقوله سبحانه وتعالى: " وزوجناهم بحور عين" سورة الدخان الآية 54.

هو الإقتران والإزدواج , وشاع إستعماله في إقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والإستمرار , ولقد جاء في القرآن ما يرادف هذا المعنى في قوله تعالى:" وزوجناهم بحور عين" أي قرناهم بهم، وقوله:" وإذا النفوس زوجت." " أي إقترنت بأبداها وأعمالها . أما النكاح فيعني الدخول والإختلاط والضم والعقد والوطء<sup>(1)</sup>، ومن إستعماله في الوطاء قوله صلى الله عليه وسلم:" ولدت من نكاح." أي من وطاء حلال<sup>(2)</sup>.

(1) - محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية ، شهاب، الجزائر، 2000، ص 85 .

(2) - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،



ب/ تعريف الزواج اصطلاحاً: هو عقد الرجل على امرأة تحل له شرعاً، يحفظ النوع الإنساني، ومن خلاله يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الانس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها، فهو نعمة من نعم الله تعالى على خلقه، ومن شواهد قدرته وعظمته<sup>(1)</sup>، لقوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة" سورة الروم الآية 21.

ويسمى هذا العقد بعقد الزواج ويسمى أيضاً بعقد النكاح وهو مصطلح شائع في الشريعة الإسلامية، ولدى الفقه، لقوله تعالى: " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله" سورة البقرة الآية 233.

وقد عرفت المادة 04 من قانون الأسرة عقد الزواج بأنه: " عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب."

### ج/ تعريف عقد الزواج فقهاً :

رغم إختلاف التعاريف التي جاء بها الفقهاء لعقد الزواج، فإن التباين في أغلبته لفظي مع تقارب في المعنى، وكل هذه التعاريف تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج هو: ملك المتعة أو حلها، حيث أنه في الإصطلاح الشرعي .

عقد يرد على إستمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، أو هو عقد وضعه الشارع يرد على حل المتعة على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد<sup>(2)</sup>.

ويعرفه صاحب الكتر بأنه: " عقد يرد على ملك المتعة قصداً " والتعريف على هذا النحو يشير إلى حق الرجل في الإستمتاع بزوجه دون غيره، أما المرأة فيحل لها الإستمتاع بزوجه وقد تشاركها زوجة أخرى في ذلك، لأن الشارع أباح للرجل تعدد الزوجات ومنع ذلك على النساء .

وعيب هذا التعريف أنه يكاد يجعل من الإستمتاع أساس الزواج، مع أن مقاصده كثيرة، ومنها ما يكون في الحياة الدنيا، ومنها ما يمتد إلى الآخرة.

وعرفه مصطفى شليبي بأنه: " عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة إختصاص الرجل في التمتع بإمرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحل إستمتاع المرأة به "، وهو التعريف الذي كان صاحبه يتوقع منه الإمام بخصائص عقد الزواج لكنه يعاب عليه أنه جعل المرأة محلاً للعقد، وهذا ما لا يصدق العقل فلو كانت موضوعاً للعقد، فلماذا يشترط فيها المشرع شروط طري العقد كالأهلية والحرية والعقل والإسلام .

وقد اتجه بعض المعاصرين إلى تعريف شامل للزواج، فعرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد لكليهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات"، ذلك أن الغرض الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظم كما يقول الإمام أبو زهرة هو: التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن

(1) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 132.

(2) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص30.

يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي وسط متاعب الحياة، لقوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة" سورة الروم، الآية 04.

وهو أسلم التعاريف لأنه يحدد الطبيعة القانونية لعقد الزواج، إذ أن جميع العقود تتداخل فيها إرادة الأطراف وتجعل لها أركاناً وشروطاً ماعدا هذا العقد الذي وضعه الله سبحانه وتعالى وهذا ما أشار إليه الإمام أبو زهرة في تعريفه: "... ويحدد لكليهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات".

لقد تنازع الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للزواج، فمنهم من إعتبره عقداً يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة وهذا الإتفاق يرتب الكثير من الآثار القانونية، وأنتقد هذا الرأي على أساس أن هذه الأخيرة تترتب على العقد بمعناه التقليدي، والتي يقوم بتحديداتها وترتيبها أطراف العلاقة طبقاً للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين".

أما الآثار المترتبة على الزواج فالقانون هو الذي يحددها بنصوص أمرة لا يجوز الإتفاق على ما يخالف حكمها، ولا يمكن الإنقاص من أهمية هذا النقد بحجة أنه توجد الكثير من العقود التي تتضمن شروطاً أساسية، ذلك أنه في مثل هذه العقود يقوم أحد الأطراف بوضع هذه الشروط، ويتعين على الطرف الآخر قبولها، أما في عقد الزواج فالقانون هو الذي يحدد آثاره وشروطه، وإعتبر أصحاب هذا النقد الزواج نظاماً قانونياً خاصاً يختلف مفهومه عن المفهوم التقليدي للعقد<sup>(1)</sup>.

ويرى الدكتور محمد كمال الدين إمام أن كلاً من النظرية التعاقدية وفكرة النظام تعتبر غير كافية، إذا أخذت كل منهما على حدى ففكرة النظام القانوني تكمل تلك النظرية التي تعتبر الزواج عقد، فالزواج بحكم كونه نظام يكشف الصفة الأمرة للقواعد القانونية التي تحكمه فهو في نفس الوقت عقد رضائي<sup>(2)</sup>. ولأن العرب تستعمل لفظ النكاح بمعنى العقد والوطء جميعاً، لكنهم إذا قالوا: نكح فلان فلانة، أو بنت فلان أو أخته، أرادوا تزوج وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح زوجته أو امرأته لم يريدوا إلا الجامعة<sup>(3)</sup>.

ولهذا اختلف الفقهاء في أيهما يكون حقيقة وفي الآخر مجازاً، وانقسموا على ثلاثة آراء:

الأول: أنه حقيقة في العقد والوطء معاً، وهو رأي للحنفية ووجه للشافعية وبه قال القاضي من الحنابلة وذلك لأن كلمة (( النكاح ورد استعمالها في كل من الوطء والعقد والأصل في الاستعمال الحقيقة فيهما على سبيل الاشتراك اللفظي<sup>(4)</sup>.

(1) - أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 36.

(2) - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 55.

(3) - الشريبي الخطيب: معنى المحتاج 123/3، الشوكاني: نيل الأوطار 108/6، ابن حجر: فتح الباري 103/9.

(4) - الكاساني: بدائع الصنائع 3 / 1416. أبو زهرة، المرجع السابق ص 325.

الثاني: أنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد وهو مذهب الحنفية ووجه للشافعية وذلك لأن الاستعمال اللغوي ورد بذلك، قال (( تناكحوا تكثروا، فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة) ولقوله: (( ملعون من نكح يده))<sup>(1)</sup>.

الثالث: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، وهو مذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم<sup>(2)</sup>، وهو أصحها وأرجحها كما جاء به القرآن الكريم والأخبار قال تعالى " فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ " \_ سورة النساء آية 25.

والوطاء لا يجوز بالإذن، ولا يرد على ذلك قوله تعالى " حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ " سورة البقرة آية 230 لأن المراد العقد والوطاء مستفاد من خير الصحيحين .

وما ذكره أصحاب الرأي الأول من أنه حقيقة فيهما على سبيل الاشتراك اللفظي مردود، بأن الاشتراك اللفظي خلاف الأصل فلا يصار إليه<sup>(3)</sup>.

واستدلال أصحاب الرأي الثاني بالاستعمال اللغوي .

قال الزمخشري وهو من علماء الحنفية: (( لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد ))<sup>(4)</sup> لأن كونه بمعنى الوطاء من باب التصريح ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة والمماسة .

وأورد عليه قوله تعالى: " الزَّانِي لَأَ يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً " سورة النور آية 3، بأن المراد الوطاء وجاء في الكفاية ((واعلم أن النكاح جاء بمعنى العقد في قوله تعالى: " وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ " سورة النساء آية 22 وبمعنى الوطاء في قوله تعالى: " الزَّانِي لَأَ يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً " وترجح هنا إرادة الوطاء بورود السنة .

وهذا مردود من وجهين .

الأول: أن ربطه حديث رفاعه بقوله تعالى " الزَّانِي لَأَ يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً " في غير محله، لأن حديث رفاعه فيه توضيح لمعنى الآية التي نزلت في قصته وهي قوله تعالى " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا

(1) - المبسوط للسرخسي 4 / 192، بدائع الصنائع 3/1408، 4/1990، 1991 .

(2) - ابن قدامة: المغني 3/7، منتهى الارادات 151/2 بتحقيق عبد الغني عبد الخالق

(3) - ابن قدامة: المغني 3/7.

(4) - الزمخشري: الكشاف 3 / 167، واستثنى ابن فارس قوله تعالى ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ . قال: فإن المراد به الحلم / أهـ

معجم مقاييس اللغة 5 / 475 . \_ هو الإمام، أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد بن عمر الخوارزمي، الزمخشري صاحب التأليف الباهرة والتصانيف الزاهرة فهو إمام في التفسير، والنحو واللغة والبيان، وكان قد سافر إلى مكة وجاور بها زماناً فصار يقال له (( جار الله )) لذلك . توفي رحمه الله ليلة عرفة سنة 538 بجرانية خوارزم .

غَيْرُهُ " سورة البقرة آية / 230 ، لا للآية المذكورة، لأنها نزلت في امرأة من الكفار خاصة، وهي بغي كانت بمكة يقال لها عناق<sup>(1)</sup>.

والوطاء مستفاد من الحديث، وأما الآية فلا يستفاد منها ذلك .

الثاني: أنه لو قلنا المراد بالنكاح في الآية المذكورة وطؤه لخرج الكلام عن الفائدة، لأن معناها حينئذ أن الزاني لا يوطأ إلا الزانية، وهو مشكل، لأن نرى أن الزاني قد يوطأ العفيفة حين يتزوجها.

ولو قلنا المراد إن الزاني لا يوطأ إلا الزانية، حين يكون وطاء زنا، فهذا الكلام لافائدة فيه ((<sup>(2)</sup>).

وقال الشافعية: (( يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد، لأن الجماع يستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله، والعقد لا يستقبح<sup>(3)</sup> أي فلا يكنى بالأفصح عن غيره، ولأنه يصح نفيه عن الوطاء فيقال: هذا سفاح وليس بنكاح ))<sup>(4)</sup>.

ويروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (( ولدت من نكاح لا من سفاح ))<sup>(5)</sup>

وبهذا يترجح مذهب الجمهور بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، ويكون المقصود به في الشرع حينئذ عند إطلاقه عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل .

(( وفائدة الخلاف تظهر فيمن زنى بامرأة، هل تحرم على ابنه وأبيه على أنه حقيقة في الوطاء أم لا تحرم إذا قلنا: إن لفظ النكاح مجاز في الوطاء حقيقة في العقد ؟

— يرى الأحناف أن من زنى بامرأة أو لمسها أو قبلها أو نظر إلى فرجها بشهوة فإنه يحرم عليه أصولها وفروعها وتحرم هي على أصوله وفروعه، إذ أن حرمة المصاهرة تثبت عندهم بالزنا، ومثله مقدماته . ويرى جمهور العلماء أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة .

#### د/ تعريف عقد الزواج قانونا :

منذ بداية القرن الحالي بدأت الدول الإسلامية تفكر في إصدار تشريع للأحوال الشخصية يلتم شتاتها ويحل مشكلاتها الفقهية والاجتماعية، ويستمد من مصادر الإسلام وآراء المذاهب على تنوعها ضمانا للتوفيق بين الفقه والواقع، فقد أبرزت الممارسة مدى الخرج الذي يمكن أن تقع فيه الأمة نتيجة الإلتزام بمذهب معين لا يجوز لها أن تتعداه.

(1) — الخطابي معالم السنن 2 / 541 بتعليق عزت عبید الدعاس

(2) — الفخر الرازي: التفسير الكبير 23 / 151

(3) — ابن حجر: فتح الباري 9 / 103، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج 3 / 123 .

(4) — ابن حجر: فتح الباري 9 / 103، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج 3 / 123

(5) — البيهقي: السنن الكبرى كما في التلخيص لابن حجر 3 / 176 .

ولقد كانت الجمهورية السورية أسبق الدول العربية لإصدار تشريع كامل للأحوال الشخصية بحيث جاء تعريف الزواج في مادته الأولى بقولها: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تخل له شرعا، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

أما التشريع العراقي فقد نقل المادة بألفاظها وإلى قريب من ذلك نص التشريع الكويتي في المادة الأولى منه على أن عقد الزواج هو: "عقد بين رجل وامرأة تخل له شرعا، غايته السكنى والإحصان وقوة الأمة". بينما نص التشريع اليمني في مادته الأولى: "الزواج هو إرتباط بين الزوجين بميثاق شرعي تخل به المرأة للرجل شرعا وينشآن معا أسرة قوامها حسن المعاشرة".

أما مشروع القانون المصري للأحوال الشخصية للمسلمين والذي أقره مجمع البحوث الإسلامية فقد فضل عدم تعريف عقد الزواج.

ونصت المادة الأولى من المدونة المغربية الصادرة سنة 1957، على أن الزواج: "ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء، غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواء الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود". وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت المادة الرابعة منه: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وأحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع ذكر طرفي عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة إحترام الشروط الشرعية، وذكر الغاية من عقد الزواج، وبذلك فإن المشرع لم يتعرض إلى موضوع عقد الزواج وآثاره القانونية لكنه ذكر الغاية منه، ولعل عذر المشرع في هذا الإغفال هو الخشية من الظن بأن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الإستمتاع فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية<sup>(1)</sup>.

أما مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية والذي أعدته لجنة خبراء مجلس وزراء العدل العرب، فقد نص في مادته الخامسة على أن الزواج: "ميثاق شرعي بين رجل وامرأة، غايته إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج على أساس التكفل بها وتحمل أعبائها بمودة ورحمة".

وميزة هذه القوانين كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، أنها إستبعدت ما شاع بين الفقهاء في أن الزوجة محل الإستمتاع وأظهرت ما للزواج من مقاصد سامية في بناء المجتمع ولكن يعاب على هذه التعاريف أنها أغفلت عن عنصر جوهرى هو موضوع العقد، ولم تتعرض لآثاره الشرعية.

أما القانون الفرنسي حسب كولين وكابيتون فقد نص: "عقد الزواج هو عقد مدني إحتفالي، والذي بواسطته يتحدى الرجل والمرأة من أجل العيش معا، ومن أجل التعاون والمساعدة تحت إشراف الزوج رئيس

(1) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 31

العائلة"<sup>(1)</sup>، كما نص القانون الحديث بأن: "الزواج يخلق جمعية بين الزوجين اللذان لهما واجبات متبادلة، وهدفه الأساسي هو خلق عائلة"<sup>(2)</sup>.

ونظرا لكون عقد الزواج العرفي هو عقد زواج كامل الأركان والشروط المطلوبة في الشريعة الإسلامية غير أنه لم يسجل فعلينا أن نتطرق إلى أركان وشروط عقد الزواج العرفي .

### ج- حكم النكاح:

الأصل في النكاح أنه مندوب، مستحب وهذا لما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: " وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم." سورة النور الآية 32.

وقوله تعالى: " يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالا كثيرا ونساء" سورة النساء الآية 01.

ومن السنة الشريفة: عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، فمن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء." وقد روى الطبري والبيهقي قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف دينه، فليتق الله في النصف الثاني."

### ثانيا: أركان عقد الزواج وشروطه:

#### 1-تحديد مفهوم الركن والشرط :

أ - الركن لغة<sup>(3)</sup>: يطلق على الجانب القوي في الشيء الذي له حيز فنقول عن زوايا البيت أركانها مناطق التقاء الجدران بعضها ببعض وبدونه لا يوجد البيت إطلاقا، كما أننا حين نطلقه على شخص من الأشخاص في المجتمع فإننا نعني به شريفا من أشرف الأمة

و اصطلاحا: ما يقوم به الشيء فهو من التقويم إن قوام الشيء بركنه لا من القيام وإلا لزم أن يكون الفاعل ركنا للفعل والجسم ركنا للعرض والموصوف للصفة وقيل ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه، وقد عرف الحنفية وبعض من الحنابلة الركن بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزئا داخلا في الماهية الحقيقية له بحيث لا يوجد العقد إلا به، فحقيقته اللفظية قائمة به وعليه وذلك كالإيجاب والقبول في العقد وعلى هذا نجدهم ذهبوا إلى تقليص أركان الزواج إلى الإيجاب والقبول فقط. أما جمهور الفقهاء فقد عرفوا الركن بأنه ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء كان

(1) - Dr /GHAOUTI BENMELLHA , éléments du droit algérien de la famille, tome premier , le mariage et sa dissolution , office de publications universitaires , publisud , Paris ,1985 , P 42 .

(2) - Déjà cité , P 42

(3) - فضيل سعد - المرجع السابق - ص 56.

جزءاً منه أو خارجاً عنه ولقد اعتمد الجمهور على الماهية الشرعية كـمعيار لتمييز الركن عن غيره لا على الماهية الحقيقية التي وضع لها اللفظ لغة فقط<sup>(1)</sup>.

- فإذا كان هذا هو الركن فما هو الشرط؟

### ب- الشرط :

**لغة:** هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه وجمعه شروط من باب ونصر<sup>2</sup> الشرط.

- أما اصطلاحاً: فقد عرف على أنه " ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولم يكن جزءاً منه بل هو في حقيقته خارجاً عنه فالإيجاب والقبول مثلاً هما ركنين بالاتفاق في عقد الزواج ولكن الرضى ركن فيه وكذلك الشهادة أمر خارج عن ماهية الزواج وحقيقته ولكن يتوقف عليها نفاذه وترتيب آثاره.

و ينقسم الشرط إلى أربعة أقسام من حيث النوع وثلاثة من حيث الأثر ذلك أن غيابها قد يؤدي إلى البطلان والفساد ومنها ما يؤدي إلى وقف التنفيذ ومنها ما يؤدي إلى عدم اللزوم وجواز الفسخ، هذا الترتيب نوعي فيه مقدار ما لكل شرط من أثر وقوة على العقد ومن ثم كان الانعقاد هو الأساس فإن تحقق ووجد ينظر في الصحة فإن توافرت يبحث في النفاذ فإن ثبت هو أيضاً يبحث هل هو لازم أم لا؟

- شروط الانعقاد: وهي تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد أثناء انعقاده وإنشائه وذلك لارتباطها ارتباطاً كلياً بالأركان المكونة للماهية كإعدام الأهلية، موافقة الإيجاب للقبول ومطابقته إياه أو كون المرأة حلالاً وما إلى ذلك وفقدان أي من هذه الشروط يؤدي إلى بطلان العقد عند كل الفقهاء.

- شروط الصحة: وهي تلك الشروط التي استلزمها الشارع لترتيب الأثر الشرعي على ذلك العقد حيث بدونها لا يعتبر العقد موجوداً وجوداً يحترمه الشارع وهذا كمن لم يدفع المهر أصلاً وفقد هذا النوع من الشروط يؤدي إلى بطلان العقد.

- شروط النفاذ: هي تلك الشروط التي تتوقف أثر العقد بعد انعقاده وصحته وعليه فإنه يلزم وجودها لترتيب آثارها .

- شروط اللزوم: وهي تلك الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد مستمراً مرتباً لجميع آثاره وعليه فمتى تخلف أحدها أصبح العقد غير لازم وجاز لمن له حق الخيار فسخه ونقضه من أساسه وأصله سواء كان أحد الزوجين أم غيره.

(1) - محمد محدة - المرجع السابق - ص 118 - 119 .

بذلك، يقصد بالركن ما كان جزءا من حقيقة لشيء أو ما يتوقف عليه الشيء وكان جزءا من ماهيته<sup>(1)</sup>، أما الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عنه وليس مؤثرا فيه.

وعقد الزواج هو كغيره من العقود، له أركان وشروط يقوم عليها ويتحقق بها، وقد حدّد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة 09 من قانون الأسرة، وحدّد شروط صحّة الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، وأيضا المادة 07 مكرر المتعلقة بالفحص الطبي والمادة 18 من قانون الأسرة المتعلقة بتسجيل عقد الزواج.

## الفرع الثاني: أركان عقد الزواج وشروط صحته

### أولا: أركان عقد الزواج

لقد اكتفى المشرع الجزائري بركن واحد لانعقاد الزواج وهو ركن الرضى، وهو ما نصت عليها المادة 09 ق أ، التي نص " ينعقد الزواج بتبادل رضى الزوجين " هنا أخذ المشرع بالمذهب الحنفي الذي يعتبر أن الزواج يقوم على الرضى المتبادل بالإيجاب والقبول.

أما المذهب المالكي فيرى أن عقد الزواج يقوم على خمسة أركان هي:

1- المحل (الزوجان) 2- الولي 3- الصيغة (إيجاب القبول) 4- الصداق 5- الشهود.

### أ-رضا الزوجين:

لما كان عقد الزواج عقدا إراديا يقوم على تراضي المتعاقدين، كان الرضا ركنا من أركانه، وهذا الرضا أو التراضي يوجد بوجود إرادتين متوافقتين ومتطابقتين متجهتين إلى إحداث أثر شرعي معين وهو حلية إستمتاع في الزواج مع تحمل باقي آثار العقد الشرعي، ومظهر ذلك كله هو الإيجاب والقبول . وقال البخاري : " لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما، كما أنه ليس للأب جبر البكر على الزواج بمن أراد إذا إمتنعت " .

وذهب المالكية إلى القول بأن المرأة لو قالت بعد العقد " ما علمت من أن صميتي إذن " بطل العقد لإعتبارهم ذلك عيبا في الرضا.

وقد جاء في المذكرة التوضيحية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية أن " عقد الزواج عقد لا بد فيه من الرضا"<sup>(2)</sup>.

ونصت المادة العاشرة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى أن : " الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا " .

(1) - بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 96.

(2) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص 115



ثم نصت فقرتها الثانية أن: " يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " .

وهذا ما يتعين معه التطرق لكل من الإيجاب والقبول وإلى صيغة كل منهما وإلى إيجاب وقبول العاجز عن الكلام.

### 1.1 - الإيجاب والقبول:

فالإيجاب: هو ما صدر من أحد العاقدين أولا دالا على ما يريده من إنشاء العقد، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا.

والقبول: هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا.

فأول الكلام إيجابا سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، وسمي إيجابا لأنه أوجد الإلتزام، ويسمى الثاني قبولا لأنه رضا بما في الأول من الإلتزام.

والأصل في تحقيق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة، في بعض صورته ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها وهو ما يعرف بصيغة عقد الزواج .

### 2.1 - الصيغة:

وقد إتفق الفقهاء على أن العقد ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتي الزواج والنكاح لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بهما، وأنه لا ينعقد بألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والرهن لأنها لا تفيد الأبدية، والزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة للزوج .

وكذلك لا ينعقد بلفظ الوصية لأنها وإن أفادت التملك إلا أنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت، والزواج يفيد التملك في الحال، وكذلك لفظ الإيجارة لأنها وإن أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها ملكية مؤقتة والزواج شرع على الدوام والتأييد، فصيغة الزواج يجب ألا تكون دالة على التأقيت، وألا يقترن بها ما يدل على هذا التأقيت صراحة، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها .

وذهب الإمام أبوزهرة إلى القول: " ولا ينعقد عقد الزواج إلا بالألفاظ الدالة عليه سواء كانت لغوية في دلالتها عليه أم كانت مجازا مشهورا وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية أم كانت مجازا وضعت فيه القرينة وإستبان المعنى حتى صار الكلام صريحا في إرادة الزواج "<sup>(1)</sup> والمادة العاشرة من قانون الأسرة أكدت ذلك بحيث جعلته بكل لفظ يفيد النكاح شرعا.

وبما أن الزواج مشروط فيه الشهادة فلا بد أن يكون اللفظ الذي يعقد به صريحا، حتى يعرف الشهود ما شهدوا عليه، فالحنفية صححوا إستعمال الألفاظ غير الصريحة مع القرينة الدالة على أن المتكلم أراد بها الزواج كذكر المهر معها وإحضار الشهود وما شابه ذلك، أما المالكية فقد أجازوا التزويج بلفظ الهبة والصدقة

(1) - الغوثي بن ملحة، محاضرات قانون الأسرة بالمعهد الوطني للقضاء، 2002. ص65.

والتمليك إذا ذكر معها الصداق ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ كأن يقول طالب الزواج: "هب لي إبتتك بمهر كذا" ويقول الآخر: "قبلت"<sup>(1)</sup>.

إن هذه الأراء تتعلق بالإيجاب فقط أما القبول فيتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا .

كما أنه ليس شرطاً أن يعبر عن الإيجاب والقبول باللغة العربية سواء كان العاقدان يجسنان اللغة أم لا، لأن المقصود هو التعبير الواضح عن الإرادة، لكن الشافعية ذهبت إلى أنه لا ينعقد الزواج بغير العربية إذا كان العاقدان يفهماها، كما أن الشيعة ذهبت إلى عدم جواز الترجمة مع القدرة على النطق بالعربية وإلى جوازها مع العذر كالأعجم<sup>(2)</sup>.

أما في إنعقاد الزواج بغير الكلام، فقد ميز الفقه بين حالتين، فإذا كان العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد وكانا قادرين على النطق، فلا يصح الزواج بينهما بالكتابة لأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة ولأن الكتابة كناية، والنكاح لا ينعقد بالكناية، أما إذا كان العاقدان غائبين، فقد ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى المنع من إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين وأجاز ذلك الحنفية، حيث يجيزون للرجل الغائب عقد الزواج بالمراسلة والتعبير عن الرضا بواسطة الرسائل المكتوبة عندما تتضمن هوية الزوجة وتتم قراءة الرسالة علانية بحضور الشهود وتعلن المرسل إليها قبولها أمامهم ولو لم تكن الرسالة قد تضمنت مقدار ونوع الصداقة<sup>(3)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد ذهب من خلال نص المادة العاشرة من قانون الأسرة إلى ما ذهب إليه المانعون من إنعقاد الزواج بالكتابة حيث حصر التعبير عن الإرادة في اللفظ ولم يستثنى الغائبين كما فعل بالنسبة للعاجز، في حين نجد أن بعض قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية قد حددت موقفها بوضوح، حيث أن القانون المصري مثلا في مادته السادسة ينص على أنه: "يجوز أن يكون الإيجاب عن الغائب بكتاب أو بواسطة رسول".

أما القانون السوري للأحوال الشخصية فقد نص في مادته السابعة على أنه: "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد العاقدين غائبا عن المجلس"<sup>(4)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الزواج لا ينعقد بواسطة الهاتف لأن الشاهدان يسمعان كلام أحد العاقدان فقط وسماعهما للإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف لصحة العقد وكذلك لو شهد إثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر لا يعتد بذلك لأن الشهادة لم تكن على كامل العقد .

(1) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 67 .

(2) - المرجع نفسه، ص 69.

(3) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 119

(4) - خالد محمود طلال حمادة ، عقد الزواج بالكتابة عن طريق الإنترنت، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2002، ص 89 .

وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال أنه ينعقد متى تأكد كل من الطرفين من شخص الآخر ومن وضوح عبارته، والتأكد من ذلك عسير لإشتباه الأصوات وإمكانية تقليدها<sup>(1)</sup>.

وأما العاجز عن الكلام كالأخرس فإن كان لا يحسن الكتابة، فيعبر عن إرادته بإشارته المعروفة لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها ولا يزوجه وليه إن كان بالغا، لأن الأخرس كالأصم لا يحجر عليه، والأخرس إذا كان يحسن الكتابة فالأرجح أن لا يقبل منه التعبير عن إرادته بالإشارة، لأن الكتابة أقوى بيانا من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة التي لا يعرفها إلا القليل، وهذا ما أخذ به القانون المصري حيث ينص في المادة 128 على أن: " إقرار الأخرس بإشارته المعهودة ولا يعتد بإقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة ... " <sup>(2)</sup>.

وقد لاحظنا أن المشرع الجزائري عندما نص في المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه: "... ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " ولم يعط الأولوية للتعبير بالكتابة عنه بالإشارة، ويفهم من ذلك أنه يمكن للأخرس التعبير عن الإرادة بالإشارة حتى ولو كان يعرف الكتابة المهم أن تكون الإشارة لديها دلالة معروفة خصوصا لدى شهود العقد .

أما عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج فقد أجاز الفقهاء ذلك بالنسبة للبكر فقد استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس للولي من الثيب أمر " وقوله: " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صممتها " .

أما عن إنعقاد الزواج بالأفعال فقد اتفق الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالأفعال، كأن تقول امرأة لرجل زوجته نفسي بمائة دينار مثلا، فيدفعها إليها من غير أن يتكلم حتى ولو كان أمام شهود فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب والزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده<sup>(3)</sup>.

وعقد الزواج من بين العقود التي يمكن أن يتولاها عاقد واحد يقوم مقام عاقدين وتقوم عبارته مقام عبارتين، وذلك يكون إذا كانت ولاية إنشاء العقد في كلا الجانبين لنفس الشخص، وتكون له الولاية من الجانبين في الحالات التالية:

- 1 - إذا كان وكيفا عن الرجل والمرأة .
- 2 - إذا كان وكيفا من جانب وأصيلا من جانب، كأن توكله المرأة في أن يزوجه من نفسه.
- 3 - أن يكون وليا من جانبين، كأن يزوج حفيدته من ابن عمها الذي هو حفيدته أيضا وكلاهما في ولايته .
- 4 - أن يكون وليا من جانب ووكيفا من جانب آخر كأن يوكله رجل آخر في أن يزوجه من ابنته التي هي في ولايته .
- 5 - أن يكون وليا من جانب وأصيلا من جانب آخر كأن يزوج نفسه من ابنة عمه التي هي في ولايته .

(1) - محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 70

(2) - المرجع نفسه، ص 65.

(3) - المرجع نفسه، ص 65. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 74

أما الوكالة في الزواج فقد أجازها الفقهاء وذلك لأن الواقع المعتاد في أكثر عقود الزواج أن لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسهما لغلبة الحياء .

كما أنه يشترط في عقد الزواج أن يكون منجزا وذلك بخلوه من التعليق على الشرط . يحتمل أن يتحقق أو لا يتحقق وصيغته غير مضافة لأجل في المستقبل، أما إذا إقترن الزواج بشرط يتمشى ومقتضيات العقد ويساير ما تأمر به الشريعة الإسلامية فهذا جائز، كاشتراط تعجيل بعض الصداق وتأجيل بعضه، وهو ما أشارت إليه المادة 19 من قانون الأسرة بقولها: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون " .

أما إذا كان الشرط مخالفا لقانون الأسرة ولأحكام التشريع الإسلامي ولا يتفق مع مقتضيات العقد فالشرط هنا باطل بإتفاق العلماء والعقد يبقى صحيحا، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأسرة بقوله: "إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينفيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا " ، وكما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: " المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا " .

### 1. 3 . شروط الرضا:

أما عن الشروط التي يجب أن تتحقق في ركن الرضا فهي كالاتي:

1 – أن لا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو ناقص الأهلية: ويعد السفهيه كامل الأهلية، ولذلك يصح وينعقد عقد زواجه إذ لا حجر عليه في الزواج وآثاره<sup>(1)</sup> .

وعلى العموم فإن تحديد السن لم يأت على إطلاقه ذلك أن المشرع لم يأخذ الناس جميعا مأخذا واحدا سواء كانوا ذكورا أو إناثا وإنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح والإذن بالزواج<sup>(2)</sup> .

2 – أن يكون الإيجاب حازما: أي ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد. بمجرد إقتران القبول به، وعلى أساس توافر هذه النية أو إنتفاءها يفرق الفقهاء بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التعاقد مع مراعاة أن القول بذلك من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا<sup>(3)</sup> .

3 – أن يكون الإيجاب كاملا: أي أن تتوفر فيه العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد العقد بمجرد إقتران القبول به<sup>(4)</sup> .

4 – أن لا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر: لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغى الإيجاب، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب ما لم يرتبط بقبوله لأن الإلتزام لا يتم قبل الإرتباط بين الإيجاب والقبول .

(1) – الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية، ص 201 .

(2) – المرجع نفسه، ص 132 .

(3) – العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، طبعة 1999 ،ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون،

الجزائر، ص 60 .

(4) – الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 23 .

وعلى العموم يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب وسقوط الإيجاب يكون:

- إما بالرفض الصادر ممن وجه إليه الإيجاب .

- وإما بإنقضاء المهلة التي إلتزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه .

- إذا كان معلقا على شرط وتختلف الشرط .

كما يسقط الإيجاب غير الملزم في التعاقد بين حاضرين إذا إنقضى مجلس العقد ولم يكن الموجب قد عدل عنه، أو إذا لم يقترن بتحديد ميعاد صريح للقبول ولم يستخلص من الظروف ميعاد ضمني لرجوع الموجب في إيجابه قبل قبوله ممن وجه إليه .

و إذا سقط الإيجاب لأي سبب من الأسباب المذكورة سابقا، ثم جاء القبول بعد ذلك فإن هذا القبول يعتبر إيجابا جديدا إذا قبله الطرف الآخر إنعقد العقد .

**5 - يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب:** ومعنى ذلك صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب، ومن ثم إذا إقترن القبول بما يزيد أو يعدل فيه إعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا .

والإمام أبو زهرة له رأي مخالف بالنسبة لضرورة مطابقة الإيجاب للقبول، حيث أنه يقول: "كأن تقول هي تزوجتك على مهر قدره 100 فيقول قبلت بـ 200 فإن العقد صحيح وتلزم المائة الثانية، وإذا قال هو تزوجتك على 100 وقالت هي قبلت على 50 صح العقد على 50"<sup>(1)</sup>، وهو ما أيده الأستاذ الغوثي بن ملحة.

**6 - أن يكون الرضا سليما من كل العيوب:** وهي الإكراه والغلط والتدليس وهناك من يضيف الإستغلال، وقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة أنه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها " .

أما إذا ورد الإكراه بمعنى المنع وليس الإكراه، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه في هذه الحالة للقاضي أن يأذن بالزواج، حيث قضت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بأنه: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون"<sup>(2)</sup>.

و السؤال يطرح بالنسبة لزواج المخطوفة أو المبعدة، حيث أنه ورد في الفقرة الأولى من المادة 326 من قانون العقوبات على أن: " كل من خطف أو أبعده، أو حاول إختطاف أو إبعاد قاصر لم يكمل الثامنة

(1) - الغوثي بن ملحة، محاضرات في قانون الأسرة، المعهد الوطني للقضاء، سنة 2002

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/03/30، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 35 .

عشر من عمره بغير عنف أو تهديد أو تحايل يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار .

وعندما تتزوج القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها أو مبعدها لا تتخذ إجراءات المتابعة ضده إلا بناء على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج " .

فالمشروع بعد أن جرم فعل الإختطاف أو الإبعاد تراجع إلى الوراء بقصد حماية مصلحة الضحية المخطوفة أو المبعدة ذلك أنه في حالة زواج القاصرة من خاطفها فلا يمكن أن تتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى ممن لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج، ثم تراجع خطوة ثانية إلى الوراء وقال لا يجوز الحكم على الخاطف إلا بعد القضاء ببطلان العقد، وكأن إعلان رغبة المخطوفة في الزواج من خاطفها وإبرام عقد الزواج بينهما عمل يزيل الصفة الجرمية<sup>(1)</sup> .

فالمتمتع في رضا الطرفين يجده معيياً، فالزوج الخاطف يعلن إجابته بالزواج بمخطوفته تهرباً من المتابعة الجزائية وربما قصد إبرام زواج مؤقت، والزوجة المخطوفة تعلن قبولها قصد التستر على نفسها، فكلا الطرفين وقعا في إكراه معنوي وزواجهما معرض للإبطال في كل لحظة .

أما في الغلط قد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه : " تعتبر الكفاءة كشرط لصحة الزواج ومعناها المساواة في المركز والأخلاق " .

ولذا اعتبرت الكفاءة في صالح المرأة، وحسب الفقهاء فإن الكفاءة تتصل بالمال والجمال بالنسبة للمرأة، والكفاءة تتصل كذلك بخلو الزوج من العيوب المخلة بمقاصد الزواج، وإذا غابت الكفاءة كان غيابها من أسباب عدم لزوم العقد لعدم وجود الرضا عند الزوجة.

إذن لإنعقاد الزواج لابد من إرادة واعية وجديّة، كما أن أساس الزواج هو الرضا والإختيار، وعليه فلا ينعقد الزواج بالإكراه المادي أو المعنوي .

### ب/ عيوب الرضى في عقد الزواج:

وتتمثل عيوب الرضا في عقد الزواج في الإكراه والغلط، والتدليس والاستغلال، وقد نص المشرع الجزائري على عيوب الرضى ضمن القانون المدني في المواد من 81 إلى 91.

الإكراه: إجبار الولي من في ولايته على الزواج.

الغلط: كأن يتجه الشخص إلى خطبة فاطمة ليتزوجها ويتفاجأ بمرأة أخرى زوجت له.

التدليس: كان يتجه الرجل إلى الزواج بامرأة على أساس عيوبها زرقاء ويتفاجأ أنها مجرد عدسات لاصقة .

الاستغلال: كأن تتزوج المرأة رجلاً يكبرها سنّاً غني من أجل جمع ثروته.

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 66 - 68.

## أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج:

ذهب جمهور الفقهاء إلى إعتبار الزواج عن غير الرضى باطلا ومنعدما لا يرتب أي أثر، سواء قبل الدخول أو بعد الدخول فإذا تم الدخول يستلزم التفرقة بينهم وإلا أعتبر زنى فلا يثبت المهر والنفقة كما أنه لا يرد الطلاق. أما إثبات النسب فقد أجمع الفقهاء عليه ماعدا الحنفية أقروا بعدم ثبوت النسب.

رأي المشرع الجزائري: يرى بأن الزواج يكون باطلا بطلان مطلق لتخلف ركن الرضى وهذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة "يبطل الزواج إذا أختل ركن الرضى".

## ثانيا: شروط صحة عقد الزواج

لقد رتب المشرع الجزائري شروطا لصحة عقد الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج" كما أضاف شروط أخرى تضمنتها المادتين 7 مكرر والمادة 18 من قانون الأسرة.

## أولا: أهلية الزواج:

يعرف عبد العزيز سعد العقد الصحيح بأنه: "العقد الذي يكون قد استوفى كل أركانه وشروط انعقاده، وتوفرت في المتعاقدين أهلية عقد الزواج"<sup>(1)</sup>.

و عليه فإن شرط أهلية الزواج يجب توافره لصحة عقد الزواج بحيث انعدامها يرتب بطلان العقد بطلانا مطلقا.

### 1-تعريف أهلية الزواج وموقف الفقه منها.

تعرف الأهلية بأنها: "صلاحية شخص لتلقي الحقوق والتحمل بالواجبات". وهذا التعريف القانوني يقترب من التعريف الفقهي إذ يعرفونها بأنها: "صلاحية شخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه"<sup>(2)</sup>. والأهلية نوعان:

**أهلية وجوب:** " وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه. " وبهذا التعريف نعلم أن كل إنسان حر هو شخص تتوافر له أهلية الوجوب. وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده بل وقبل ذلك عندما يكون جنينا في بطن أمه إلى وقت موته، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه. وهي لا تعيننا في التصرفات القانونية المرادة هنا.

(1) - عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص

(2) - عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 184

2- أهلية أداء: " وهي صلاحية الإنسان لاستعمال الحق. " ويحصل أن تتوافر للإنسان أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فيكون مستمتعا بالحق وهذه أهلية الوجوب دون أن يستطيع استعماله بنفسه وهذه هي أهلية الأداء.

ومن هنا أمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء. والأهلية التي تعيننا في هذا المجال هي أهلية الأداء، فمتى توافرت للشخص الأهلية الكاملة "بأن يكون بالغاً، عاقلاً، خالياً من الموانع الشرعية" كان صالحاً لمباشرة كافة العقود ومن بينها عقد الزواج<sup>(1)</sup>.

ولم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم فيه أهلية الفتى والفتاة للزواج. وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بين مرحلتى الطفولة والتميز. وهي تظهر طبيعياً بعلامات توجد في الفتى كالاتمام، وفي الفتاة كالحيض. ورغم هذا قدر جمهور العلماء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكور والإناث، في حين ذهب الفقه المالكي إلى أن نهايته هي ثمانية عشر عاماً في الفتى والفتاة<sup>(2)</sup>.

و على هذا فالصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارة قولاً واحداً. وأما الصبي المميز فينعقد عند أغلب الفقهاء ولكن يكون موقوفاً على اجازة وليه. على أنه متى ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية جاز له أن يعقد الزواج بنفسه، وهذا طبقاً لقوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم"<sup>(3)</sup>.

و هنا دلالة على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر.

- بالنسبة للعقل فإن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج، فيجوز عندهم أن يزوج الولي (أباً أو غيره) المجنون أو المجنونة، وكذا المعتوه أو المعتوهة. ولا فرق في الجنون بين أن يكون أصلياً أو طارئاً عند أبي حنيفة وأصحابه، وقال الإمام زفر: "إذا بلغ عاقلاً ثم طرأ عليه جنون فلا يملك أحد تزويجه". وقال الجعفري: "بل الولاية حينئذ للقاضي لا للأولياء"<sup>(4)</sup>.

و يترتب على زواج الصغير أو المجنون حق البلوغ بالنسبة للأول فيختار عند بلوغه فسخ زواجه أو إمضاؤه، ومثله خيار الإفاقة لكل من المجنون أو المعتوه.

## 2- أهلية الزواج في قانون الأسرة

إذا كان الزواج في الفقه الإسلامي لم يكن موقوفاً على سن معينة، ولا معلقاً على شرط بلوغ عدد من السنين مضبوط ومتفق عليه. فإن النصوص القانونية الوضعية تناولت المسألة بالتنظيم، باعتبارها تحافظ

(1) - جمعة سمحان الهلباوي: الأهلية وعوارضها (عين مليلة: دار الهدى للطباعة والنشر 1993)، ص 12

(2) - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة (طبعة 1999، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية) الجزء الأول، ص 60 .

(3) - سورة النساء: الآية 5.

(4) - بلحاج العربي - المرجع السابق - ص 61 .



بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع وتحميها مبررة عملها بما أثبتته الأطباء وعلماء الاجتماع من أن زواج الصغار يترتب عليه كثيرا من الأضرار الجسدية والنفسية والاجتماعية. وكم نشأت من جراء ذلك من مآسي اجتماعية وأضرار خلقية واضطرابات عائلية، وذلك لتعقد الحياة وصعوبة طرق المعيشة، فالزوج مطالب بتأمين النفقة على الأسرة الناشئة، والزوجة تنال من جسمها وصحتها العلاقة الجنسية وتبعات الزوجية، وفوق هذا وذلك فإن الزواج أبدي به تنشأ الأسرة وتكون رعاية الأولاد وكل هذه التبعات التي يفرضها عقد الزواج تفترض أن يكون المتعاقد جسديا قادرا على تحملها ومتمتعاً بقدر كاف من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج وعواقب ما هو مقدم عليه. وهذه الأمور كلها لا تكون إلا ببلوغ الشخص سنا معينة .

و لعل أهم نص نظم أهلية الزواج قبل صدور قانون الأسرة هو القانون رقم 224-63 الصادر في 1963/06/29 والمتعلق بتحديد سن الزواج حيث تضمن ستة مواد، فنص في المادة الأولى منه على أنه: "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة ولا للمرأة التي لم تكمل السادسة عشرة أن يعقدا زواجا ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة، وذلك بعد استطلاع رأي وكيل الدولة". كما نص في بقية المواد على معاقبة الأشخاص الذين يخالفون أحكام المادة الأولى، ولا يحترمون السن القانونية المحدودة<sup>(1)</sup>.

جزاء قد لا يجد نفعا لدى البعض خاصة عند علمهم بما تنص عليه المادة 22 من قانون الأسرة من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء إذا اكتملت أركانه، والأهلية كما نعلم ليست ركن بل شرط. وعلى العكس من هذا القانون ما كان يقضي به القانون رقم 224-63 في المادة الثانية التي تنص: "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية والقاضي والزوجين وممثليهما والشركاء الذين لم يراعوا شرط السن المنصوص عليها في المادة الأولى بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر وبغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين"<sup>(2)</sup>.

من بين مواد قانون الأسرة التي مسها التعديل المقترح نجد المادة 7 من قانون الأسرة. المتعلقة بأهلية الزواج، حيث تم تعديل المادة ذاتها بموجب المادة الرابعة من مشروع التعديل وكذا استحداث مادة أخرى تحت رقم 7 مكرر. وهذا بموجب المادة الخامسة منه، وهما ما سنتناولهما بالدراسة لمعرفة ما أتيا به من جديد.

فتنص المادة 7 "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

و يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

(1) - محمد محدة - المرجع السابق - ص 135

(2) - محمد محدة - مرجع السابق - 135

حيث من خلال قراءة وتحليل هذه المادة نجد أنها تتكون من فقرتين عكس ما كانت عليه . أين في الفقرة الأولى تم تحديد سن الزواج للرجل والمرأة وهو 19 سنة وكذا تم الإبقاء على صلاحية القاضي منح ترخيص للزواج قبل ذلك متى تأكدت قدرة الطرفين عليه .

أما الفقرة الثانية فتضمنت منح القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج والتزاماته، أي منحه الترشيح بقوة القانون.

وقد ورد في عرض الأسباب أن السن المقترح تم تحديده ليتطابق مع سن الرشد المدني، ويتساوى بهذا الرجل والمرأة.

أما في إطار تقييم هذه المادة نقول أنه بعد أن كان سن الزواج في القانون رقم 224-63 هو 18 سنة للفتى و16 سنة للفتاة، وهو ما يوافق سن التمييز في القانون المدني، لكي يتفادى المشرع الوقوع في حالة تصرف عديم التمييز والذي يترتب عليه البطلان المطلق. أصبح في قانون الأسرة الساري المفعول رقم 11/84 محدد ب: 18 سنة للفتاة و21 سنة للفتى. وهو ما يوافق بالنسبة للفتاة سن البلوغ عند الإمام مالك، ويتناسب بالنسبة للرجل مع انتهاء واجب الخدمة الوطنية وتفرغه لإنشاء عائلة والتكفل بالتزاماتها<sup>(1)</sup>.

أما التعديل 2005 فقد جعل سن الزواج 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة ليوحد بهذا بين سن الرشد المدني وسن الزواج وهذا ما يؤكد عرض الأسباب المرفق بالمادة، لكن نتساءل ما جدوى هذا التوحيد بين سن الرشد المدني وسن الزواج، بل أكثر من هذا ما جدوى مساواة سن الرجل بالمرأة خاصة إذا علمنا أنه :

- فيما يخص مساواة الرجل بالمرأة في سن الزواج، فإنه لا يخدم مصلحة المرأة، حيث أنه من الثابت علمياً وفقها أن المرأة تبلغ قبل الرجل وتصبح مؤهلة للزواج قبله، إضافة إلى عاداتنا وأعرافنا السائدة عندنا وفي كل الدول العربية والتي تميل كلها إلى زواج الفتاة قبل الفتى وإلى الزواج المبكر بصفة عامة لتفادي الانحرافات الأخلاقية والاجتماعية.

- وفيما يخص توحيد سن الرشد المدني مع سن الزواج، فإنه يعتبر مبالغ فيه كونه وبالنظر لأغلب بلدان العالم نجد أن سن الزواج فيها يختلف عن سن الرشد المدني، وهذا لما يتميز به عقد الزواج من خصائص عن بقية العقود حيث أنه يفترض البلوغ والعقل أكثر من الرشد، وقد أكد الفقهاء على صحة زواج المميز.

كما أنه ورد في تعديل المادة 7 من قانون الأسرة أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وهو ما يجعل إشكالية اختلاف سن الرشد عن سن الزواج غير قائمة، حيث أنه يصبح راشداً بقوة القانون في حدود عقد زواجه وما يترتب من آثار.

(1) - فضيل سعد - المرجع السابق - ص 59.

و منه يكون مشروع التعديل قد حل إشكالية اختلاف سن الزواج عن سن الرشد بمجرد نصه على الترشيد القانوني سابق الذكر، وعليه لم يكن ملزماً أن يساوي بين الرجل والمرأة من حيث سن الزواج، ولم يكن مجبراً أن يساوي بين أهلية الزواج و سن الرشد المدني. فلا يخضع تحديد سن الزواج سوى لدراسة إجتماعية للبيئة الجزائرية، يقوم بها علماء الاجتماع وأطباء وعلماء الشرع ورجال القانون وهذا للوصول إلى الأفضل وتفادي الحالات العديدة التي يلجأ فيها إلى الزواج رغم عدم توافر السن القانونية ولما يتبع ذلك من مشاكل بالنسبة لأبناء هؤلاء.

إلا أنه يمكن انتقاد للمادة 7 من قانون الأسرة التي أضاف إشكاليات أخرى، نلخصها فيما يلي :

- يصبح الاستثناء قاعدة والقاعدة استثناء، وهذا ما يجعل رئيس المحكمة وكأنه من يأذن بالزواج من خلال منحه لترخيص بصفة كبيرة.

إضافة إلى إشكالية الضرورة والمصلحة التي تقدر لمنح الترخيص والتي حتما تختلف من قاضي لآخر، فما يعتبر عند واحد ضرورة لا يعتبر كذلك عند الآخر دون الإشارة إلى اختلافها من منطقة إلى أخرى ومن عرف لآخر وبهذا نكون في مواجهة حالة من تفاوت في منح التراخيص لكي لا نقول تناقض، حيث يصدر أمر يبرر منح التراخيص، ويصدر أمر آخر في نفس الحالة في مكان آخر يبرر رفض منحه ؟

- وبالنتيجة على ازدياد طلب التراخيص بسبب رفع سن الزواج يزداد رفض منحها لأن الأسباب غالباً ما تتعلق بعرف المنطقة (خاصة الزواج المبكر للفتاة) وتزداد دعاوى تسجيل الزواج في الحالة المدنية، أين لا تشترط المادة 22 من قانون الأسرة سوى ضرورة توافر الأركان، وأهلية الزواج كما نعلم ليست كذلك.

و فيما يخص المادة 7 مكرر تنص على أنه: "يجب على طالي الزواج أن يقدم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن الشهرين تثبت خلوهما من أي مرض يتنافى مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض.

تحدد شروط و كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

و قد وردت هذه المادة التي نحن بصدد تحليلها ومناقشتها متكونة من ثلاث فقرات، حيث تضمنت الفقرة الأولى النص على شرط جديد من شروط الزواج، وهو تقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من أي مرض يتنافى مع الزواج، لا تزيد مدة إستخراجها عن شهرين. وفي الحقيقة فإن هذا الشرط ليس بجديد فعلاً عن عقود الزواج عندنا، كونه كان متوفر كشرط خاص يخص بعض الفئات الاجتماعية بالنظر إلى طبيعة وظيفتهم وهم أفراد الجيش.

و المتصفح كذلك لقانون الأحوال الشخصية السوري رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 نجده أورد هذا الشرط في الفصل السادس (معاملات الزواج الإدارية) في المادة 40: فأوردت: "... شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج. وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره"<sup>(1)</sup>. فهو من بين الشروط التي وضعها القانون السوري وسماها الدكتور عبد الرحمن الصابوني بالشروط القانونية لأن الفقهاء لم يشترطوها ولا تؤثر على صحة العقد وانعقاده، ولكنها ضرورية لتوثيق العقد وتسجيله والتأكد من شخصية الزوجين.

أما الفقرة الثانية فإنها تناولت إلقاء التزم على عاتق الموثق وضابط الحالة المدنية للتأكد من قيام الطرفين بالفحوصات، وهذا من خلال الوثيقة المقدمة وباعتبارهم المكلفين بتحرير عقود الزواج.

أما الفقرة الأخيرة فقد أحالت على التنظيم لتطبيق هذا الشرط .

و كتحقيق لهذه المادة نقول أنها أتت لتدعم شرط الأهلية الكاملة في الزواج، فأضافت شرط تقديم شهادة طبية تثبت أن الطرفين خاليان من أي مرض يتنافى مع الزواج، لأن إصابة أحد الزوجين بمرض معد ينتقل للزوج الآخر فيه من الضرر ما لا يخفى كما أن فيه تغيير للسليم منهما إذ ربما لو علم بمرض زوجه لما وافق على الزواج به.

وقد أوكل مهمة تجسيد هذا الشرط إلى الموظف المكلف بتحرير عقود الزواج وهما الموثق وضابط الحالة المدنية اللذان يعتبران أكثر الناس ضمانا لها ولتطبيقها.

وفي الأخير نشير أنه من خلال الإطلاع على مؤلف الصابوني<sup>(2)</sup> نجده قدم اقتراح أن يضيف مشرعهم إلى جانب الشهادة الطبية تقريراً يتضمن فحص دم كل من الزوجين لأن الطب الحديث بما توصل إليه المخبر من دقة في التحليل على أن فصيلة دم الزوجة إذا لم تكن على وفاق مع فصيلة دم الزوج، فقد يحصل تشويه في الجنين أو إجهاض قبل الأوان أو ينشأ الولد مريضاً إلى غير ذلك من الأمور. ولابأس من تبني اقتراحه ليضاف إلى مقترحات التعديل.

كما يكون تقدير سن الزواج وقت إبرام العقد وليس وقت الدخول وفي حالة إبرام عقد الزواج قبل اكتمال السن القانوني، فيعتبر باطلاً بطلان مطلق قبل الدخول، ونسبياً بعد الدخول أي قابل للإبطال وهذا حماية للأسرة مادام أن هذا العقد تحقق فيه ركن الرضى.

(1) - سعدي أبو حبيب، أديب إستانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية ( الطبعة 2، دمشق: المكتبة القانونية، 1990 ) ص 38.

(2) - عبد الرحمان الصابوني: قانون الأحوال الشخصية السوري (الطبعة الخامسة، دمشق: مديرية الكتب الجامعية، 1979) ص

أما بالنسبة لضابط الحالة المدنية فتوقع عليه العقوبات المنصوص عليها في المادة 441 من قانون العقوبات، وهذا طبقاً للمادة 77 من قانون الحالة المدنية؛ وعند قراءة المادتين يلاحظ أنهما غير متوافقتين على الإطلاق ووفقاً لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، فلا يقع الجزاء على ضابط الحالة المدنية.

ونطرح تساؤلاً هل يمكن للنيابة العامة إبطال عقد الزواج إذا تم دون بلوغ السن القانوني؟.

نعم، وهذا طبقاً للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة.

### 3- الاستثناء على قاعدة الأهلية:

إن لكل قاعد استثناء ويكمن في السن القانوني للزواج إستثناء إذ يمكن للقاصر أن يبرم عقد الزواج وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 07 من قانون أسرة "للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

ويتم ذلك وفقاً للإجراءات التالية:

1 - تقديم طلب ترخيص من ولي القاصر أو القاصرة من أجل إبرام عقد الزواج ويقدم إلى قاضي شؤون الأسرة

2- يتم تحديد جلسة [سرية] قاضي شؤون الأسرة والنيابة العامة والأطراف] لأجل سماع القاصر والاضطلاع على الهيئة الخارجية التي قد تؤكد قدرته على الزواج من عدمه وأيضاً التحقق من ركن الرضى.

بعد منح الموافقة يحال الملف إلى وكيل الجمهورية من أجل التأكيد على ذلك.

3- يقدم الترخيص (شهادة) لإبرام عقد الزواج الذي يسلم إلى ضابط الحالة المدنية، لاستكمال إبرام عقد الزواج.

ومن خلال هذا الترخيص يكتسب الزوج القاصر أهلية الزواج أي يرشد (في أمور الزواج فقط دون ذلك يعتبر قاصراً) أي أن تمنح له أهلية التقاضي التي حصرها المشرع الجزائري في آثار عقد الزواج فقط والمتمثلة في الحقوق والواجبات (الالتزامات).

للفقهاء المسلمين أبحاث كثيرة في الصداق من حيث كونه واجبا أو غير واجب، ومن حيث كونه ركنا من أركان عقد الزواج أو شرط صحة أو فقط أثر من آثاره، ونحن وإن كنا لا نحاول أن نستغرق في تحليل هذه الأبحاث فإننا سنكتفي بالحديث عن الصداق من جوانب قليلة تمم موضوع بحثنا ومعتمدين أساسا على أحكام قانون الأسرة .

### 1 - مفهوم الصداق وحكمته:

**الصداق لغة:** إسم مصدر لأصدق وهو بفتح الصاد مهر المرأة، وكذا الصداقة وهو يجمع على صدقات .

**الصداق اصطلاحا:** عرفه المالكية أنه ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها، وعرفه الشافعية أنه ما وجب بنكاح أو وطء، وعرفه الحنابلة أنه العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضي الطرفين أو الحاكم أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة ووطء المكرهة.

هو إسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل بمجرد إبرام عقد الزواج، فهو حق خالص للمرأة تستحقه مقابل زواجها<sup>(1)</sup>، ودليل مشروعيتها، قوله تعالى "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة" وعرفه بعض الفقهاء أنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الإقتران بها، وعرف أيضا أنه المال الذي تستحقه الزوجة على الزوج العقد عليها.

### - الصداق قانونا:

عرفته المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "ما يدفع نخله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

وعرفه الفصل 16 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية أنه: "ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لإنشاء أسرة وتثبيت أسس المودة والعشرة"<sup>(2)</sup>.

وعرفه الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنه: "كل ما كان مباحا ومقوما بمال".

وعرفته المادة 54 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: "كل ما صح إلتزامه شرعا".

(1) - بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 62.

(2) - مجلة مغاربيات، مواطنات حتى تتمتعن بحقوقكن، ص 34 .

والحكمة من الصداق هو رمز لإكرام المرأة وعربون على إظهار الرغبة في الزواج بها والبناء خلال زمن لا حق، وليس ثمنا يقدمه الزوج مقابل الزوجة أو مقابل رضاها بزواجه<sup>(1)</sup>.

وللصداق عدة أسماء منها: النحلة، المهر، الفريضة والأجر .

## 2. - طبيعة الصداق وشرعيته:

يذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن المهر هو أثر من آثار عقد الزواج، وليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروط صحة العقد<sup>(2)</sup>، واستدلوا على قوله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " أي الطلاق صحيح مع عدم تسمية المهر والطلاق لا يكون إلا بالزواج الصحيح بالتالي عدم تسمية المهر لا يمنع صحة عقد الزواج، ويجب للزوجة على زوجها مهر المثل بمجرد العقد إذا لم يسم لها مهرا وإذا سمي لها مهر في العقد فيقوم مقام مهر المثل لأنه هو المتفق عليه بالتراضي بين الزوجين .

ويذهب رأي من المالكية أن الصداق ركن من أركان العقد واستدلوا بقوله تعالى: " وأتوا النساء صدقاتهن نحلة "، أي لا يصح إشتراط إسقاطه ومنه لا يصح عقد الزواج عند النص على نفي الصداق، فلو تزوجها بشرط ألا صداق لها فقبلت، لا يصح العقد لأنه عقد معاوضة ملك متعة بملك صداق، فيفسد بشرط نفي العوض كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن.

وقول المالكية أن الصداق كالثمن في عقد البيع هو فقط لإبراز الصداق كركن من أركان العقد، بإعتبار أن عقد البيع هو عقد نموذجي في الفقه الإسلامي وليس معنى المقارنة بالبيع كما فهم بعض المستشرقين فهو رمز الوثام والمودة والشعرة<sup>(3)</sup>، ويعتبر الأستاذ الغوثي بن ملحمة الصداق كعنصر مادي في العقد<sup>(4)</sup>.

أما المشرع الجزائري فلقد نص في المادة التاسعة عن الصداق وعده شرطا، ثم أتى تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل في المادة 33 ورتب على فقدان الصداق فسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل .

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 133

(2) - لعربي بلحاج، المرجع السابق، ص 101

(3) - الإمام خليل، المختصر، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، ص 44 .

(4) - GHAOUTI BENMELHA , Déjà cité , P 64

### 3 - مقدار الصداق، أنواعه وحالاته:

لقد اختلف الفقهاء في تحديد المقدار الأدنى للمهر، لعدم ورود نص في القرآن أو السنة في ذلك وإتفق الأئمة إلى أنه كل ما صلح عليه إسم المال جاز أن يكون مهرا، بقوله تعالى: " وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتعوا بأموالكم محصنين غير مسافحين " وقوله صلى الله عليه وسلم: " إلتمس ولو خاتما من حديد " .

لقد ذهب الأحناف أن أقل مهر هو عشرة دراهم وذهب مالك أنه ربع دينار من ذهب أو ثلاثة دراهم من فضة، وذهب الشافعي وابن حنبل أن لا حد لأقله متى كان شيئا له قيمة وكل مال قل أو كثر يجوز أن يسمى صداقا.

وليس للمهر حد أعلى بإتفاق الفقهاء<sup>(1)</sup> لقوله تعالى: " وإن أردتم إستبدال زوج مكان زوج وأتيتهم إحداهن قنطارا، فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتانا وإنما مبينا " .

وعلى هذا فلم يذهب المشرع الجزائري مذهب تحديد مقدار المهر الأعلى والأدنى وإن هو أوجب ذكره وإكتفى بإباحة الإتفاق على أي شيء له قيمة مالية متى كان هذا الشيء لا تمنعه القوانين الوضعية والسموية وهذا في المادة 14 من قانون الأسرة .

والصداق نوعين أساسيين وهما: الصداق المسمى وصداق المثل .

فأما **الصداق المسمى** وهو المتفق عليه والمعين أثناء إنعقاد العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي بأوصافه وقيمته وصنفه، فإن لم يفعل ذلك كان الواجب هو صداق المثل، وهو ما جاء بالمادتين 09 و15 من قانون الأسرة على وجوب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، كأن يزوج فلان إبنته فلانة لشخص آخر بصداق يتمثل في عشرة آلاف دينار جزائري فهذا صداق مسمى لأنه حدد يوم إبرام العقد بقيمته.

أما **صداق المثل** هو صداق من يماثل الزوجة من أسرة أبيها مع مراعاة تساوي المرأتين وقت العقد من حيث السن والجمال والثقافة والبكارة والثبوبة<sup>(2)</sup>.

ويجب مهر المثل إذا:

1- خلا العقد من تسمية الصداق أو تحديده وحصل الدخول بناء على هذا العقد الفاسد .

(1) - الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة 1950، ص 172.

(2) - أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 33



2- سمي المهر في العقد تسمية فاسدة أو مبهمة فكأن المهر لم يسم وحصل الدخول وهذا ما يستشف من المادة 33 من قانون الأسرة .

فلو أبرم زواج عربي، ولم يسم الصداق فيه (أي لم يذكر الصداق ) أثناء إبرام العقد، فهنا يجب صداق المثل إذا تم الدخول فالقاضي يثبت الزواج العربي بصداق المثل .

أما حالات الصداق فهي ثلاثة فقط، كونه مؤجلا كله أو معجلا كله أو كونه مؤجلا في بعضه ومعجلا في البعض الآخر .

فيذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يشترط تعجيل المهر كله قبل الدخول، بل يجوز تأجيله كله أو بعضه إلى ما بعد الدخول أو إلى ما بعد الطلاق أو إلى ما بعد الوفاة، بشرط أن يكون معلوما، وعند عدم النص في العقد على التأجيل أو التعجيل فإن العرف الجاري في البلاد هو الذي يتبع .

كأن يتفق أثناء إبرام العقد على صداق قدره خمسون ألف دينار جزائري ولم يحدد إن كان معجلا أو مؤجلا، فإذا كان عرف المنطقة هو دفع المهر قبل الدخول فيكون المهر معجلا في هذه الحالة ويدفع قبل الدخول .

أما إذا إتفق على تاريخ معين فإن دفع المؤجل من الصداق يجب الوفاء به بحلول هذا التاريخ، وإن المادة 15 من قانون الأسرة توجب تحديد مقدار الصداق سواء أكان معجلا أو مؤجلا .

ويجوز الزيادة في الصداق إذا تراضيا بها والخط منه إذا رضيت به لقوله تعالى : " ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد فريضة ... " سورة النساء، الآية 24 وأعتبر ذلك ملحقا بأصل العقد .

#### 4 - إستحقاق الصداق وأوضاعه:

أ - وجوب كامل الصداق: تستحق الزوجة الصداق كاملا إذا كان عقد الزواج صحيحا، فإن الصداق المسمى يجب لها كاملا ويصبح حقا من حقوقها، وتستحقه بمجرد الدخول بها، أو بوفاة الزوج سواء قبل الدخول بها أو بعده حسب المادة 16.

لقد سكت قانون الأسرة على إعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كحالة من حالات إستحقاق الزوجة للصداق المسمى، فإن الفقهاء متفقون على أن الخلوة التامة والصحيحة<sup>(1)</sup> تشكل حالة من حالات إستحقاق الزوجة للصداق مثلها مثل الدخول بالزوجة .

(1) - الخلوة الصحيحة هي أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج في مكان منفردين يأمنان دخول الغير عليهم ولا يوجد بالزوجة مانع حسي أو شرعي أو طبيعي يمنع من مقاربة الزوج لها وإلا كانت الخلوة فاسدة .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها أنه: " من المقرر شرعا وقانونا إذا أبرم عقد الزواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، حتى ولو لم يقع إحتفال بالدخول ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد" (1).

وفي قرار آخر أنه: " من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجته، غير مبرر ويستوجب رفضه، ولما كان ثابتا من وقائع الدعوى أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد، والأمر الذي يتقرر به كامل الصداق ويترتب عليه توابع العصمة وبما أن قضاة المجلس إعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحا وصرحوا بالطلاق بينهما فأحكم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساسا شرعيا ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن" (2).

**ب- وجوب نصف الصداق:** تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى عند قيام عقد زواج صحيح ووقوع الطلاق قبل الدخول حسب المادة 16 من قانون الأسرة وهو ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية إستنادا لقوله تعالى " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " سورة البقرة، الآية 237

**ج - وجوب صداق المثل:** يجب صداق المثل إذا لم تقع تسمية الصداق مطلقا أو سمي تسمية فاسدة ( غير مباح أو مجهول ) وحصل الدخول حسب المادة 33 من قانون الأسرة .

فلو أبرم عقد زواج عرفي وكان الصداق فيه محل لبيع الخمر وحصل الدخول ورفعت الزوجة دعوى لإثبات زواجها العرفي فإن المحكمة تحكم بإثبات الزواج العرفي بعد التحقيق من أركانه، وبما أن الصداق سمي تسمية فاسدة فإن المحكمة تحكم لها بصداق المثل .

**د - سقوط كل المهر:** إذا وقع عقد الزواج فاسدا (بدون ولي أو شاهدين أو صداق ) يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه حسب المادة 33 من قانون الأسرة .

## **5 - النزاع حول الصداق :**

لقد نصت المادة 17 من قانون الأسرة أنه: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين " فالمرجع فرق بين حالتين وهذا ما طبقته المحكمة العليا من خلال قرارها

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 18/06/1991، مجلة قضائية 1993، العدد 01، ص 61

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 19/11/1984، مجلة قضائية، 1990، العدد 02، ص 55

المؤرخ في 198/01/12 أنه: " متى كان من المقرر شرعا أنه في حالة نشوب خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها وبعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه "(1).

**أ - حالة قيام التزاع قبل الدخول:** حول ما إذا كان الزوج أو ممثله قد دفع للزوجة الصداق كله أو بعضه وما إذا كانت قد أنكرت بأنها قد استلمته مباشرة أو بالواسطة نقداً أو بدلا . ولم يكن للزوج بينة عن ما قاله أو ما زعمه فإن القول قول الزوجة مع آدائها اليمين أمام القاضي المطروح عليه موضوع التزاع لتؤدي اليمين القانونية أهما لم تستلم الصداق لا شخصيا ولا بالواسطة ويحكم لها بالمسمى أو بالمثل .

وكذلك إذا كان هذا التزاع قد نشأ في نفس الموضوع بين الزوجة وورثة زوجها عندما يكون قد مات قبل الدخول أو بين الزوج وورثة الزوجة عندما تكون توفيت قبل الدخول .

**ب- حالة قيام التزاع بعد الدخول:** حول نفس الموضوع أو غيره مما يتعلق بالصداق وكان أحدهما ناكرا والآخر متمسكا وليس له أية بينة قانونية فإن القول هنا قول الزوج أو ورثته مع أداء اليمين على صدق ما يدعيه ويحكم القاضي الذي يوجد أمامه التزاع لصالح الزوج .

## ثالثا: الولي

### 1- تعريف الولاية :

الولاية لغة: الولاية بكسر الواو هي المحبة والنصرة ونقول ولي الرجل والرجل يليه وولي عليه وذلك إذا نصره وأعاناه أو قام بأمره وتولى شؤونه والولي الوصف منه فللولي في اللغة معنيان: أحدهما الناصر والمعين وثانيهما القائم بأمر الشخص والمتولي لشؤونه.

والولاية في الشريعة: هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذ غير موقوف على إجازة أحد(2)، أو هي حق منحه الشريعة لبعض الناس ليكتسب به صاحبه تنفيذ قول على غيره رضي ذلك الغير أو لم يرض وسببه أحد الأمرين أولهما: عجز الذي ينفذ القول عليه وثانيهما: قصور أهليته عن التصرف بنفسه(3).

ويقصد بالولاية تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه(4) والولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي، بشأن قبول أو رفض الزواج المولى عليها، ويتولى إبرام العقد.

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1987/11/12، مجلة قضائية، 1989، العدد 02، ص 97

(2) - العربي بلحاج : المرجع السابق ص 112.

(3) - رمضان علي السيد: أحكام الشريعة الإسلامية ص 101

(4) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 44.

## 2- أقسام الولاية:

يختلف تقسيم الولاية باختلاف نظرة الفقهاء إليها فهناك من قسمها إلى قسمين مثل الشيخ أبو زهرة حيث قسمها إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية وهناك من قسمها إلى ثلاث أقسام مثل الدكتور العربي وهناك من قسمها إلى ولاية على النفس، وولاية على المال وولاية على النفس والمال معاً، وهناك من ارتأى أن يجعل تقسيمها وفقاً لمنظور المذاهب الأربعة وهو ما أقدم عليه الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته - الجزء السابع - الأحوال الشخصية والدكتور محمد محدة وقد ارتأينا الأخذ بالتقسيم الأخير لأنه سيساعدنا أكثر في تحديد موقف المشرع الجزائري من الولي.

### - الولاية عند فقهاء الشريعة الإسلامية :

**1- فالولاية عند الحنفية:** على ثلاثة أقسام تتمثل في: الولاية على النفس والولاية على المال والولاية على النفس والمال معاً وما يهمننا هنا هي الولاية على النفس .

**- والولاية على النفس:** هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالترزيح والتطبيب والتعليم والتشغيل وهي تثبت للأب والجد وسائر الأولياء وهي على نوعين :

### ولاية الإجبار:

وتسمى الولاية الكاملة وهي تلك الولاية التي يكون فيها للولي حق الاستبداد بإنشاء العقد والترزيح من كانت تحت ولايته دون مشاركة له في الاختيار أو العقد، أو هي تنفيذ القول على الغير بما يشاء. وأسباب هذه الولاية أربعة هي:

- القرابة: وتعني الرابطة الدموية التي أساسها عمود النسب وحاشيته ويدخل فيها كل من يرث بالتعصيب وذلك بناءً على ذلك الأساس.

- الملك: ويعني ملك رقبة العبد أو الأمة حيث بهذا الملك يصير المملوك عاجزاً عن التصرف كما أخبر المولى سبحانه وتعالى " **كعبد مملوك لا يقدر على شيء**"، حيث المقدر المقصود هي المقدر الحكيم هي مقدر إبرام العقود والمشاركة فيها.

- الولاء: والمقصود به ولاء العتق وسبب هذه الولاية هي الإنعام بالحرية من السيد على العبد.

الإمامة: والمقصود بها هي ولاية الحاكم أو السلطان أو من يقوم مقامهما من القضاة .

- لمن تثبت هذه الولاية عند الحنفية تثبت هذه الولاية للصغر وضعف العقل المؤدي إلى العجز ومن ثم فهي تكون على الصغار القاصرين ومن في حكمهم فاقد الأهلية لجنون أو عته وهذا لعدم مقدرتهم على التصرف وعجزهم على إدراك معالم العقد المرجوة منه، فسبب ولاية الإجبار عند الأحناف هي الصغر لا

البكارة ولا الجهالة بأمر النكاح. وتثبت هذه الولاية عند الأحناف لكل العصابة وهي مرتبة حسب ترتيبهم في الميراث فيقدم الأقرب منهم على الأبعد وفق قواعد الحجب<sup>(1)</sup> وثمة أولاهم بالولاية هو الابن وابن الابن وإن نزل وإن كان هذا خاصا بالمعتوه والمعتوهة ثم يليه في المرتبة الأب والجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم أبن الأخ الشقيق ثم لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب ثم أبنائهم على الذين لأب وهكذا، فإذا تقدم العصابة من النسب على الترتيب السابق انتقلت لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب ثم بعد ذلك وعند فقدهم تثبت الولاية للأم ثم للبنات إن كانت أمها مجنونة ثم لبنات الابن ثم لبنات البنت وهكذا.

## ب- ولاية الاختيار أو ولاية الاستحباب :

وهي تلك الولاية التي تكون على البالغة العاقلة بكرا كانت أم ثيبا حيث يستحب للمرأة أن تفوض الأمر إلى وليها لئلا تنسب إلى الوقاحة، فإذا كان الحنفية أطلق للمرأة في تزويج نفسها دون إشراك الولي إلا أنه قيدها وفق شروط هي:

الكفاءة: فقد اشترط الحنفية أن يكون الزوج كفاء وأن يكون المهر مهر المثل وإلا ترتب عليه حق اعتراض الولي.

2- أما المذهب الشافعي: فقد ذهب إلى تقسيم الولاية في الزواج إلى قسمين: ولاية الإيجاب وولاية إذن واختيار .

أ- ولاية الإيجاب: وهذه الولاية تثبت في حق الذكر كما تثبت في حق الأنثى وإن اختلف المناط أو العلة في حق كل منهما حيث جعلوها في الذكر قائمة ومؤسسة على الصغر فمن كان صغيرا تثبت في حقه ولاية الاختيار أما من بلغ النكاح زالت عنه تلك الولاية وصار من حقه الزواج بنفسه وأن ينفرد بعقد الزواج لوحده أما الأنثى فلقد جعلوا علة قيام الولاية عليها هي البكارة سواء كانت المرأة صغيرة حقا أم كبيرة فما دامت المرأة بكرا تبقى ولاية الإيجاب قائمة في حقه فإن تزوجت سقطت عنها وإن طلقت وهي لا زالت صغيرة لم تستطع الزواج بعد ذلك، لسقوط ولاية الأب عليها، وأساس تزويج المطلقة الصغيرة هو أنها تنتظر حتى تبلغ ذلك أنه قد زالت عنها ولاية الإيجاب فيتولى وليها زواجها وهي أصلا لا تستطيع أن تنشئ عقد الزواج بنفسها بل لا بد لها من ذكر يتولى أمرها وهذا يكون بعد إذنها واختيارها وهي لا رأي لها في اختيار الزوج لصغرها وعلى هذا تنتظر حتى بلوغها لصالح اختيارها، كما تثبت هذه الولاية على المجانين

(1) - رمضان علي السيد: أحكام الشريعة الإسلامية ص101

والمعانيه ذكورا وإناثا وهذا متى وجدت المصلحة الداعية إلى زواجهم ولا فرق في ذلك بين الكبير منهم والصغير، الثيب والبكر وعلى هذا فإن ولاية الإجماع عند الشافعية تعود إلى واحد من الأسباب التالية<sup>(1)</sup>:

الصغر عند الذكور، البكارة في الإناث، الجنون والعتة في كليهما دون تحديد سن أو صنف لما اعتراهم من ضعف. وثبتت هذه الولاية عند الشافعية بحسب من كان مجنوناً أو معتوهاً ومن كان سليم العقل ولكن فرضت عليه ولاية الإجماع لصغر أو بكارة حيث قصرُوا ولاية الإجماع على الصغيرة والمرأة البكر في الأب والجد، وأضافوا الحاكم أو السلطان فيما يخص المجنون والمجنونة متى وجدت المصلحة ودعت إلى ذلك الحاجة وفي هذا يقول الشافعي " ولا يزوج الصغيرة التي لم تبلغ أحد غير الآباء وإن زوجها فالتزويج مفسوخ والأجداد آباء إذا لم يكن الأب يقوم مقامه الآباء في ذلك ولا يزوج المغلوب على عقلها أحد غير الآباء، فإن لم يكن الآباء رفعت إلى السلطان وعليه يعلم الزوج ما اشتهر عنده أنها مغلوبة على عقلها ".  
و يكون نكاح الولي المخير سارياً في حق المرأة أو الصغيرة متى كان الزواج بكفء فإن زوج الولي ابنته بغير كفء كأن يكون الرجل مجنون لم يمض العقد في حقها ولم يجز ذلك لأنها لو كانت بالغة ما استطاع وليها تزويجها به إلا بعد خيارها وتخيرها له.

**ب- ولاية إذن واختيار:** لقد ذهب الشافعية إلى أن ولاية الاختيار تثبت في حق من كانت ثيب كبيرة بالغة لكونها قد صارت تعرف المقصود من الزواج ولا تجهل أمر النكاح وعاقبته، أما من كانت ثيباً لكن صغيرة فلقد ثبت القول أنها لا تزوج حتى تبلغ عند الشافعية<sup>(2)</sup>.

هذه الولاية تثبت لكل العصبية فيجوز بها لأي منهم تزويج المرأة الثيب بعد إذنها ورضائها إقصار الولاية على العصبية دون سواهم من الأوصياء وذوي الأرحام راجع إلى مشاركتهم لها في العار أو الفخار إذا ما تزوجت بكفء أو غيره .

**3- والولاية في المذهب الحنبلي والمالكي:** تقسم غيرها في المذاهب الأخرى إلى ولاية إجماع وولاية إذن واختيار ولكن اختلفوا معهم فيمن تكون ولمن تكون.

**أ - ولاية الإجماع:** لقد أقام الملكية والحنابلية ولاية الإجماع على أساس الصغر للصغر ذكراً كان أم أنثى يستطيع وليه إجباره متى لم يبلغ ويزوجه دون إذنه ورضاه فإن بلغ فالذكر يملك أمر نفسه ويتزوج بمحض إرادته، أما المرأة فالبكر أيضاً كبيرة كانت أم صغيرة لوليها جبرها وتزويجها دون إذن ما لم ترشد على المشهور، والعانس فهي محل خلاف والأصح أنه يجبرها وفي رواية عن مالك أنه يجبرها وإن عنست وبلغت أكثر من أربعين سنة يتحقق علة إجبارها وهي البكارة هذا كله ما لم يزوجه من محبوب أو أبرص أو نحوهما فإن كان كذلك فلا حق له في جبرها ومن تثبتت قبل بلوغها بقي لوليها حق جبرها لاستمرار علة الصغر قائمة في

(1) - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،

1992، ص 260

(2) - الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية، ص 162

حقها، وعليه فإنه تثبت الولاية في الزواج في حق المرأة ما دامت بكرا وإن كانت بالغة ما لم ترشد وفي حق الصغيرة وإن كانت ثيبا، وإلى جانب أولئك الذين أجبروا لصغر أو بكاراة قال المالكية والحنابلة بإجبار من اتصف بجنون أو عته وذلك لقصورهم على مواجهة الحياة<sup>(1)</sup>.

- لمن تثبت هذه الولاية؟ لقد أثبت الحنابلة والمالكية للأب سلطة إجبار الصغير والبكر على الزواج سواء كان عاقلين أم لا وقصروا الأبوة على المباشرة منها فقط دون امتداد إلى الأجداد ذلك لأن الأب يختلف في كثير من الأحكام عن الجد حيث لا يتزل منزلته في الغراوين كما أنه يحجب كغيره من الوارثين بالتعصيب وما دام يحجب مثلهم فإنه يأخذ حكمهم، كما أثبتوا هذه الولاية للوصي أي وصي الأب ذلك لأن الوصي كما يقول ابن المفلح في النكاح بمثلة الوصي لأن ولاية الأب ثابتة فجازت الوصية بها كولاية المال ولأن له أن يستتبع في حياته فكذا بعد مماته كالمال فعلى هذا يجبره من ذكر أو أنثى وهذا القول مشهور عند المالكية أيضا، وروي رأي آخر للمالكية في الوصي وهو المعتمد والراجح أن الوصي لا يستطيع تزويج الصغير والصغيرة حتى يبلغا إلا إذا أمره الوصي، وعليه فإن ولاية الإجبار في الزواج تكون للأب أصلا حيث باستطاعته تزويج الصغار من أبنائه وبناته دون إذن أو استشارة عاقلين كانوا أو مجانين. كما تكون هذه الولاية أيضا لوصيه من بعده وإن قلصت قليلا وفق الراجح والمعتمد في البالغ وغير البالغة إذا لم يوصه الأب بالإجبار أو أوصاه بالإجبار سواء كان صريحا كقوله أجبرها أو ضمنيا كزوجها صغيرة فإن له حق تزويجها وجبرها قبل البلوغ ولا خيار لها بعده هذا كله بالنسبة للعاقل والعاقل، أما المجنون والمجنونة فإن كان جنوهما قائما معهما منذ الصغر واستمر حتى بعد البلوغ كان للأب والوصي إجبارهما على الزواج وإن تتيست المرأة وأنجبت الأولاد أما إن بلغ عاقلين راشدين ثم جنا فلا ولاية عليهما من طرف الأب أو وصيه لانقطاع الولاية عليهما وإنما تؤول حقيقة وحكما للحاكم.

ب- ولاية إذن واختيار: ويختص أصحاب هذه الولاية بتزويج من لهم عليهن ولاية بإذنهن ورضاهن لأنه لا حق لأصحاب ولاية الإذن والاختيار في إجبار من كن تحت ولايتهم وذلك لورود النصوص الدالة على طلب الإذن ووضوحها ومن النسوة اللاتي لا حق لأوليائهن في تزويجهن دون رضاهن واختيارهن الثيب البالغة حيث مثل هذه المرأة هي أحق بنفسها من وليها وأنه ليس له إجبارها على النكاح وإنكاحها بغير إذنها وإنما له أن يزوجه بإذنها ممن ترضى وأن تعرب في إذنها ذلك بصريح قولها، كما أن من هؤلاء النسوة البكر المرشدة حيث لا يجوز للأب تزويجها إن لم تأذن له بصريح لفظها بذلك<sup>(2)</sup> والترشيد للمرأة يكون متى حس الأب أو الوصي برجاحة عقلها وسلامته وحسن تدبيرها وتصرفها بعد بلوغها أو قبله بشرط أن تكون إرادة التزويج بعد البلوغ، وهذا الترشيح يتم بإعلان أي منهما بأنها رشيدة مرفوعا عنها الحجر وذلك كقول الأب أو الوصي

(1) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، إعادة للطبعة الثالثة، دار الفكر، سورية، 1996. ص638.

(2) - الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، ص141.

رشدتك أو أطلقت يدك أو رفعت الحجر عنك أو نحو ذلك وثبت هذا بإقرار من المرشد أو بيينة عند إنكاره.

### ثالثا - دليل شرعية الولاية في الزواج:

لقد ذهب جمهور من الشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية وأبو يوسف من الحنفية للقول بأن النكاح لا ينعقد بلفظ المرأة لأن المشرع أراد إبعادها عن كل ما يمكن أن يسيء إليها ولو تعلق هذا بزواجها محافظا بذلك على كرامتها ومانعا من التصادم بينها وبين عائلتها نتيجة لزواج قد يلحق بها وبعائلتها العار أو الفخار ودليل ذلك ما جاء في قوله تعالى: " ولا تنكح المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم " والمخاطب بهذا الكلام هو الولي. ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي " وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ثاني: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " وقال أيضا: "أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فإن الزانية التي تزوج نفسها "(1).

- أما الرأي الثاني فهو رأي أبو حنيفة الذي يرى أن المرأة البالغة العاقلة التي أصبحت لها القدرة على مباشرة وإنشاء العقد بصيغتها فلها أن تزوج نفسها بنفسها، ولها أن تولي وليها زواجها وأن يكون راضيا عنه ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره". فحسب هذه الآية أن الله تعالى قد أسند النكاح للمرأة مما يدل على جواز توليها له دون الرجوع إلى وليها، غير أنه رد على هذا القول بأن هذه الآية يحتمل أن يكون المقصود والمراد منها النكاح بمعني الوطاء لا العقد وكذلك قوله تعالى: "و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعظوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف " و من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها سكوتها ".

### أحكام الولاية في القانون أسرة الجزائري:

يعتبر الولي شرط أساسي لإبرام عقد الزواج طبقا لنص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة\*\* يجب أن يتوفر عقد الزواج الشروط الآتية

-أهلية الزواج

-الصداق

(1) - فقه الأسرة عند ابن تيمية في الزواج وآثاره 759/2، والموسوعة الفقهية 71/3.



-الولي

-شاهدان

-انعدام الموانع الشرعية للزواج\*\*

كما أكدت المادة 11 من ق.أ، على ذلك إذ نصت على أن\*\*تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره\*\*

ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد وسع، في عدد الأولياء وقد جاء هذا التوسيع مطلقاً؛ ولم يقيده المشرع في حالة عدم وجود الأب، أو أولياء ذوي القربى علماً أن الشريعة الإسلامية تراعي ترتيب العصبية، فيكون الأب ثم الجد ثم الأخ ثم العم، مع مراعاة درجة القرابة وإن لم يكن هناك أحد الأقارب كان القاضي ولي لمن لا ولي له.

وهذا ما احترمه القاضي الجزائري بالنسبة لزواج القاصرة نص المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القاصر أولياؤهم، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له "

من خلال دراسة هذه المادة نجد أنها جعلت المرأة الراشدة بمفهوم هذا القانون الحق في تولي تزويج نفسها بنفسها بغض النظر لرأي الولي ومنحها حرية التنازل عن هذا الحق وتفويضه للأب ولأحد الأقارب المقربين، ما يمكن أن يستشف من الموقف الذي تبناه المشرع ما يلي:

- أنهم ذهبوا إلى ما ذهب إليه الحنفية وما أخذ به القانون المصري فيما يخص ترك حرية تزويج المرأة الراشدة بنفسها باعتبارها أصبحت عاقلة قادرة على مباشرة عقد الزواج بنفسها ومدركة لمغباته وحرية تفويض هذا الأمر لأبيها أو أقربائها، غير أنهم لم يأخذوا بموقف الحنفية على إطلاقه بل أنهم تغاضوا عن حق الولي في التدخل لإبطال الزواج في حالة كون الزوج غير كفاء أو أن المهر ليس بمهر المثل.

- الأصل أن أي تعديل يتدارك سلبيات قانون سابق له غير أنه ما يلاحظ على هذه المادة المعدلة زادت الأمر تعقيداً ذلك أنها بعيدة كل البعد عن روح مجتمعتنا بكل ثقافته فهي تولد الشقاق داخل الأسرة وذلك بخلق العداوة بين الأب وابنته وبالتالي التأثير على المجتمع مع العلم أن أي تشريع يستمد من وحي مجتمعه بتقاليد وأعرافه لكن هذه المادة بعيدة كل البعد عن عرف وتقاليد المجتمع الجزائري؟.

- كذلك الإشكالات التي يمكن أن تطرحها هذه المادة في المدى البعيد هي مشكلة الزواج العرفي وإثباته وخاصة في غياب الأهل والولي على خلاف الزواج العرفي في قانون الأسرة القديم لسنة 1984 فلو خيرنا بين إشكالات الزواج العرفي بحضور الولي في ظل التشريع القديم المعدل وبين القانون الجديد 2005 في غياب

الولي لا اخترنا الأول على الثاني، ذلك أنه في الأول تكون المرأة برعاية الأب واحترامه لها واحترام الزوج وبالتالي سهولة إثباته حتى في غياب الزوج ووفاته بعكس الثاني الذي تنفرد المرأة بتزويج نفسها وغياب وليها وأهلها وهروب الزوج وبالتالي يصعب إثباته حتى في وجوده فما هو الحال في غيابه أو وفاته؟! وهذا الأخير تنجر عليه عواقب وخيمة تكون المرأة فيه المتضرر الوحيد، فتصبح كالمعلقة فهي لا متزوجة ولا مطلة وتصبح بين مشاكل إثبات زواجها وبين إشكال الحصول على الطلاق من شخص أنكر حتى وجود هذا الزواج وبالتالي النتيجة الحتمية التي سنراها في النقطة التالية:

- إن هذه المادة لها أثر بليغ في إعطاء مفهوم آخر للأمهات العازبات تحت ستار اختيار حرية المرأة لشريك حياتها بمنأى عن أهلها وخصوصا يجعل سن الرشد في الزواج للمرأة هو 19 سنة في ظل مجتمع يكثر فيه عبید شهواتهم، وأصدق دليل على سلبات هذه المادة التجربة التي يعايشها المجتمع المصري.

وبالرجوع إلى المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة نجد أنها جاءت بجديد فيما يخص زواج القاصر حيث نصت على أنه "مع مراعاة أحكام الفقرة 2 من المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القاصر وليه وهو الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

و بالرجوع إلى المادة 7 الفقرة الثانية من قانون الاسرو نجدها تنص على " ... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة، ويتأكد من قدرتهما على ذلك"، فهذه المادة جعلت القاضي يرخص للقاصر ذكرا كان أو أنثى بالزواج فقط والمادة 11 فقرة 2 أوكلت للولي مهمة مباشرة عقد الزواج وذلك يجعله شرطا فيه.

#### رابعا - ترتيب الأقرباء حسب أولوية حصولهم على الولاية :

تكمن أهمية ترتيب أقارب المرأة المراد تزويجها في مجانية الوعود بالزواج لكل واحد يعتقد أنه صاحب الولاية عليها والانفراد بفكرة تزويجها والتأمر عليها والفصل في مسألة صاحب الكلمة في تزويج المرأة فمن هو حسب الفقه وحسب القانون؟

**1- حسب الفقه:** لقد اختلف أصحاب المذاهب الأربعة في ترتيب الأولياء فقد ذهب المالكية وبعض من الحنفية إلى اعتبار أن:

- الابن مقدم على الجميع شريطة ألا يكون من زنا لم يسبقه نكاح فإذا كان هذا الابن من زنا لم يسبقه النكاح فإن الولاية لأب باقية، وتقدم الابن على الأب قائم على أساس أنه أقوى تعصبا بدليل أنه إذا اجتمع تعصبيهما بطل تعصيب الأب وقد خرج عن هذا الشافعية والحنابلة حيث يرى هذا الأخير بأن أولى الناس وأحقهم في إنكاح المرأة هو أبوها ثم أبوه وإن علا أي الجد النسبي الذي لا تفصل بينه وبين المراد تزويجها أنثى ثم يأتي بعد ذلك الابن وهذا لأن الأب هو أكمل نظرا. وأشد شفقة على ابنته فوجب تقديمه على غيره في الولاية.

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن الابن لا يزوج أمه أصلا ذلك لأنه لا مشاركة بينه وبينها في النسب إذ انتسابها إلى أبيها وانتساب الابن إلى أبيه فمثله مثل الخال وأخ لأم ومن ثم فهو قد لا يعتني بدفع العار عن نسبها ويزوجها من غير كفاء. وقد جمع القرافي<sup>(1)</sup> أدلة الشافعية وحججهم في عدم ولاية الابن على أمه فيما يلي :

أ- قوله صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة أنكحت بغير إذن مواليتها فنكاحها باطل " والابن لا يسمى مولى

ب- أنه يدلي بها فلا يزوجها لأن تزويجه كتزويجها لنفسها ذلك لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل ولما أدلى بها صار في معناها.

ج - أنه شخص لا تصح من أبيه الولاية فلا تصح منه هو أيضا وحاله كحال ابن الخال مع الخال .

ويلي الابن في الترتيب ابنه - أي ابن الابن - وذلك لتقدمه عليه في التعصيب إذ لو وجد ابنا وابن الابن كان الميراث كله للابن ولا شيء لابن الابن.

- الأب: والمقصود به هو الأب الشرعي فإن كانت أبوته نتيجة زنا فلا ولاية له عليها ذلك أن الزنا لا يثبت به نسب ولا يكون صاحبه معصبا .

- الأخ الشقيق كان أو لأب: أما الأخ لأم فلا لأنه ليس بعاصب وأن كان هناك من فقهاء من قدم الشقيق وفق المشهور على الذي لأب لكون الأول أشد قوة في قرابته بالمولى عليها بالرغم من اتحاد الدرجة والجهة مما جعله أولى بالتعصيب منه، وتقديم المالكية للأخوة على الجد أساسه أن الجد يدلي بأبوة الأب والأخوة ببنوته ومن يدلي بالبنوة مقدم على من يدلي بالأبوة.

- ابن الأخ الشقيق كان أو لأب: حيث هم أيضا من العصبية المتعصبين بأنفسهم ويعتبرون حاشية قريبة للمولى عنها وهم مقدمون على الجد في الترتيب وإن كانت قواعد الميراث تقتضي تقديم الجد عليهما.

- الجد من النسب: وقيل جيء بكلمة من النسب تحرزا من الذي لأم وهو الجد الرحمي حيث لا ولاية له على بنت ابنته لأنه غير عاصب .

و قدم جمهور الفقهاء عن الاخوة الأشقاء أو لأب وهذا التقديم راجع إلى تقدمه عليهم في الميراث وذلك لأن جهة الأصول مقدمة على الحاشية ولو قرب .

- العم الشقيق كان أم لأب: حيث له الحق في تولي من لم يكن لها واحد مما ذكروا لأنه من العصبية وهو من يليه في المرتبة يسمون بالحاشية، البعيدة وذلك مقابلة لهم بالحاشية القريبة وهم الاخوة الأشقاء أو لأب وأبنائهم.

(1) - محمد محدة - الكتاب السابق - ص 235 .

- أبناء الأعمام: أشقاء كانوا أو لأب الأقرب منهم فالأقرب والشقيق يقدم على الذي للأب وفق القول بالتعصيب في الميراث.

- الكافل: وهو يكون في مرتبة بعد انعدام كل من ذكروا سابقا عند الملكية، ذلك أن الكفالة تلك تكون لليتيمة التي لا محرم لها ويتولى أمرها أجنبي عنها، والملكية اشترطوا لقيام الكافل بالولاية بان يكفلها مدة لا تقل عن 04 سنوات أو ما يقاربها ذلك أن مكوثها معتمدة أربع سنوات فاكثر تصير هي تعامله معاملة الأب ويعملها هو معاملة البنت مما يجعله يبحث عن مصلحتها ويريد صلاحها في تولي زواجها وذلك بحصول الشفقة عليها، وكذلك اشترطوا أن لا تكون شريفة والشرف هنا هو المال والجمال وشرف الأسرة.

- القاضي: وهو ولي من لا ولي له، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له"، فان عضل الولي من كانت تحت ولايته عن الزواج أو لم يكن لها وليا أصلا بان كانت طارئة فالقاضي من حقه أن يزوجه باعتبارها ذا ولاية عامة.

-عامة المسلمين: وهم أيضا لهم حق الولاية على المريدة للزواج إذا انعدم جميع من سبق ذكرهم من الأولياء وكانت المرأة ذنيئة ويتصور وجود هذه الحالة في المرأة التي تنزل على أهل البادية أو في أعماق الصحاري حيث لا يوجد قاضي يتولى زواجها فان أي واحد من المسلمين على حسب ما ذهب إليه الملكية له حق في تولي زواجها .

إذا كان هذا هو موقف الفقه الإسلامي من ترتيب الأولياء فما هو موقف المشرع الجزائري ؟

#### موقف المشرع الجزائري:

من خلال نص المادة 11 من قانون الأسرة رتب المشرع الأولياء ابتداء بالاب ثم أحد الاقارب، أو أي شخص تختاره. يلاحظ أن المشرع الجزائري ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي بجعل الولاية إلى عامة المسلمين.

وهناك نقطة مهمة يجدر الإشارة إليها وهي مسألة الكفيل، فالمشرع في المادة 116 من قانون الأسرة رقم 84-11 جعلها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد رسمي محققا عليه حق الولاية على الشخص الذي رباه واعتبره ولده عند زواج هذا الأخير حارما إياه من فرحة الأب بزواج ولده ولعب الدور المهم فيه في إتمام زواجه بل تحميله مشقة الحصول على إذن من القاضي وإجراءاته الطويلة ومضيعة للوقت.

## -الشروط التي يجب توافرها في الولي

لكي يكون الشخص أهلا لتولي عقد الزواج فيجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط نص عليها فقهاء الشريعة الإسلامية أغفلها المشرع الجزائري مما يتعين الرجوع إلي نص المادة 222 من قانون الأسرة وتتجلى هذه الشروط في:

- أن يتوفر على الأهلية اللازمة: أي أن يكون بالغاً السن القانونية المطلوبة في الزواج فلا تثبت للمجنون والمعتوه وغير المميز ذلك أنه ليس له الولاية على نفسه، وفي هذا يقول صاحب المعنى فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى سواء في هذا لمن لا عقل له لصغر كالطفل، ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ<sup>(1)</sup>.

- أن يكون ذكراً: ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تزويج المرأة المرأة أو المرأة نفسها وقال بأن الزانية هي التي تزوج نفسها، وهو ما أخذ به جمهور الفقهاء على عكس الحنفية الذين اثبتوا للأُم ولاية الإيجار على البنت وبنت الإبن والأخت وغيرهن من النساء، إذا لم يكن لهن عصبات من الرجال وذلك بناء على ما ذهبوا إليه من أن الولاية تكون لعامة الأقارب ذكورا وإناثا أما ولاية الإختيار فلا تثبت عندهم لأنه لا ولاية بعد البلوغ.

- أن يكون مسلماً: قال سبحانه وتعالى: " ولن يجعل الله للكافرين سبيلاً" من خلال هذه الآية نجد أنه لا يتولى عقد زواج مسلم إلا مسلماً، أما إذا كان غير مسلم فيتولاه الشخص الذي يدين بدينه لقوله تعالى: " والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ".

- بالإضافة إلى الأهلية والذكورة والإسلام يجب توفر شرط رابع هو العدالة، وقد اشترطها الكثير من الفقهاء وذلك لأن الولي مطلوب منه البحث والسعي عن مصلحة المولى عليها وغير العدل لا يوثق منه في تقصي مصلحتها وتحريرها، لكن الإمام مالك ومن وافقه من الحنفية وغيرهم ذهبوا إلى أن العدالة ليست مشروطة في الولي لعدم تصريح النص بها.

## رابعاً: الشهادة:

- الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الانسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، وتعد من ضمن وسائل الاثبات والبيئات عند حصول التناكر والتجاحد<sup>(2)</sup>.

- وللشهادة عدة حكم منها إخراج النكاح من السرية واحتياط الأبضاع وصيانة للأنكحة من الجحود وإثبات لنسب المولود وإثبات للحقوق والواجبات الزوجية .

(1) - محمد محدة: المرجع السابق- ص 246.

(2) - محمد محده، المرجع السابق، ص 284

## 1- حكم الإشهاد على الزواج :

لقد اختلف الفقهاء في الشهود وتأثيرهم على وجود العقد أو عدمه، فقال مالك أن وجودهما ضروري لنفاذ العقد وترتيب آثاره، بينما إنعقاد الزواج لا يكفي فيه مجرد وجود الشهود بل يجب إذاعة خبر الزواج، وفي حالة سكوت الشاهدين كما لو توصيا بالكتمان فإن العقد لا ينعقد لعدم توفر شرط الاعلان الذي هو الغاية من حضور الشاهدين، مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام " أعلنوا النكاح ولو بالدف " (1).

وتكون شهادة الشهود مطلوبة عند مالك لتحقيق شرط حلية المرأة للرجل، أما إنعقاد العقد فإنه لا يتم إلا بالإعلان، لذلك فإن تأخر الشهود عن مجلس العقد يجعله عقدا موقوفا لا ينتج أثره إلا بالإشهاد عليه .

فقال الحنفية أن الشهادة لإعلان العقد، فيتحقق ذبوع الخبر بمجرد حضور الشاهدين، وهذا الخلاف على ما يبدو أنه كان بسبب قوله عليه السلام " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "، وتجدد الملاحظة أن الخلاف لا يدور حول الشهادة في ذاتها وإنما اختلف الأئمة في آثار الشهادة هل مجرد حضور الشاهدين يكفي أم لا بد من الإعلان عما تم الإشهاد عليه ؟

لقد اعتبر المشرع الجزائري الشهادة في المادة التاسعة من قانون الأسرة شرطا فيعقد الزواج . ولكن لم يرتب على تخلفه أي جزاء .

## 2- شروط الشهود:

إذا كان قانون الأسرة قد جمع شروط الزواج كما سماها في نص المادة التاسعة ثم تناول عناصر تكوين الرضا في المادة العاشرة، وتناول أحكام الولاية في المادة 11 وما بعدها، ثم تناول أحكام الصداق في المادة 13 وما يليها دون أن يشير إطلاقا إلى ما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في الشهود، وقد ورد في المادة 33 من قانون الحالة المدنية أنه : " يجب أن يكون الشهود المذكورين في وثائق الحالة المدنية بالغين سن 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو من غيرهم دون تمييز من حيث الجنس ويختارهم الأشخاص المعنيون " وبالإضافة إلى هذا فإن المادة 222 من قانون الأسرة نفسه نصت على أنه : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

الحكمة من شرط الشاهدين في عقد الزواج؛ هو الإعلان عنه وإخراجه من السرية وإثبات حقوق الزوجين وورثتهما، وقد إتفق جمهور الفقهاء (2) على أن الشهادة تجب وقت إنشاء العقد ووقت النطق بالإيجاب

(1) - بدران أبو العيين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام، الطبعة الثالثة، دارالمعارف، الاسكندرية، 1966، ص 82 .

(2) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 59.

والقبول ،ويشترط في الشاهدين الإسلام والأهلية، سماع الشهود لكلام المتعاقدين، وفهمه وتعدد شهود (شاهدين إثنين) والعدالة وأن يكون الشهود رجالاً.

#### خامساً: انعدام الموانع الشرعية:

يجب أن يكون الزوجين خالين من موانع الشرعية التي تمنع نشوء عقد الزواج، واستمراره، وهذا ما نصت عليه المادة 09 المكرر والمادة 23 من قانون الأسرة يجب أن يكون كل من الزوجين خال من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة "

لقد أوردتها المواد 30 و31 من قانون الأسرة لذا سنتطرق إلى:

#### 1 خلو المرأة من المحرمات الشرعية:

من شروط إنعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلاً للعقد أي لا يكون بين الزوجين من موانع الزواج لقوله تعالى: " وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين "

والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، فهي لا تقبل التغيير ولا التبديل، وليس فيها مجال للإجتهد ولقد أوردتها المشرع في باب موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى 31 .

وحسب المادة 23 فإن المحرمات من النساء تنقسم إلى قسمين هما: المحرمات المؤبدة والمحرمات المؤقتة.

أ – المحرمات المؤبدة: هي ما كان سبب التحريم قائماً ودائماً لا يزول وتنحصر كما جاء في المادة 24 من قانون الأسرة في ثلاثة أسباب رئيسية وهي: القرابة، المصاهرة، الرضاع .

فالمحرمات بالقرابة طبقاً للمادة 25 هي: الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات الأخ وبنات الأخت .

ونصت المادة 24 على المحرمات بالمصاهرة وهم: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها وفروعها إن حصل الدخول بها وأرامل أو مطلقات أصول الزوج إن علوا وأرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا .

ب- المحرمات بالنسب أو بالقرابة: وقد نظمها المادة 25 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي \*\*  
المحرمات بالقرابة هي:

الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت. \*\*

- بالنسبة للأمهات أي الأصول وإن علا كالأم والجدة من جهة الأب والأم.

- بالنسبة للبنات أي الفروع من النساء وإن نزل كالبنت وبنت البنت وبنت الإبن.
- بالنسبة للأخوات سواء كن شقيقات للأم أو للأب وكذلك بالنسبة لبنت الأخ وبنت الأخت.
- العمات والخالات سواء كن شقيقات للأب أو للأم.

### ج- المحرمات بالمصاهرة: وقد نصت عليها المادة 26 من قانون الأسرة

#### - أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

بالنسبة لأصول الزوجة تحرم بمجرد العقد عليها إذ أن جميع أصولها يحرم من عليه.

#### - فروعها إن حصل الدخول بها.

فروع الزوجة المدخول بها كبناتها وبنات أبنائها أو بنات بناتها بشرط الدخول بها أما مجرد العقد فلا يقع التحريم.

#### - أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.

أي زوجة الأب أو الجد، وإن علا سواء كان الجد من جهة الأب أو من جهة الأم، وسواء كانت المرأة مدخول بها أم لا، أي مجرد العقد عليها والتحريم يشمل الزوجة الأصل دون فروعها.

#### - أرامل ومطلقات الفروع الزوج وإن نزلوا.

ويقصد بمن زوجة الابن، وزوجة ابن الابن، أو زوجة ابن البنت وسواء كانت المرأة مدخول بها أم لا.

د- المحرمات بالرضاع: نصت المادة 27 من قانون الأسرة \*\* يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب \*\* ويعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولدا للرضاعة وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه هو فقط.

وقد ذهب المالكية<sup>(1)</sup> إلى القول بأن كل رضاع حصل في الصغر وقبل الفطام فهو محم سواء كان قليلا أو كثيرا وهذا ما أخذ به المشرع في المادة 29 من قانون الأسرة \*\* لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليل أو كثيرا. \*\*.

(1) - محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية، القاهرة، 1995، ص 213.



**2- المحرمات المؤقتة:** وهي الحرمة التي تكون لسبب ظرفي، ومؤقت فإذا زال الظرف زال التحريم<sup>(1)</sup>، وقد حصرها المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون الأسرة فيحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة فقط، ولسبب شرعي قائم يتعلق بالزوجة، وبمجرد أن يزول السبب يجل الزواج معها وهي:

**المحصنة:** وهي المرأة التي ماتزال مرتبطة مع زوج آخر بعقد زواج رسمي وشرعي فهي محرمة على كل رجل إلى أن يطلقها الزوج الأول وبه تحل لغيره .

**المطلقة ثلاث:** وهي المرأة التي طلقها زوجها ثلاث مرات وأصبح طلاقها بائنا فإن الزواج منها يحرم مؤقتا وأنها لم تعد تحل له إلا إذا تزوجت رسميا مع رجل آخر ودخل بها ثم طلقها وإنقضت عدتها .

**المرأة التي تزيد على العدد المرخص به شرعا:** وهي المرأة التي يكون زوجها المستقبل متزوج مع أربعة نساء أخريات زواجا شرعيا ورسميا، فإن هذا الرجل يحرم عليه الزواج بها مؤقتا ولا تحل له شرعا وقانونا إلا إذا طلق إحدى زوجاته الموجودات في عصمته وإنقضت عدتها .

**المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة:** وهي المرأة التي طلقها زوجها أو توفي عنها، إن هذه المرأة لا يجوز لرجل أن يتزوج معها وتحرم عليه مؤقتا إلى أن تنقض مدة عدتها الشرعية وهي ثلاثة أشهر بالنسبة للمطلقة وأربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفي عنها زوجها .

**أخت الزوجة:** فلا يجوز للرجل أن يتزوج أخت زوجته التي في عصمته، ويحرم عليه الزواج معها إلا بعد أن تكون قد توفيت أو طلقها وإنقضت عدتها بإعتبار أنه لا يجوز الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد سواء كانت أختين شقيقتين أو أختين لأب أو لأم أو أختين من الرضاع .

**الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها:** وهو جمع يعني أن يتزوج الرجل على زوجته عمتها أو خالتها وهي لا تزال حية وفي عصمته فمثل هذا الزواج حرام مؤقتا شرعا وقانونا ولا يكون حلالا إلا بعد وفاة الزوجة الأصلية أو طلاقها.

### تحريم زواج المسلمة بغير مسلم :

لقد نصت المادة 31 من قانون الأسرة على أنه: " لايجوز زواج المسلمة بغير مسلم " وقال سبحانه وتعالى: "لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا " .

فالقانون والشرع كلاهما ينهيان زواج المسلمة بغير المسلم، فأبي عقد زواج بين امرأة مسلمة وأي رجل لا يؤمن بالإسلام يعتبر عقدا باطلا، لا يربط أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، ولقد حرم على المسلمة أن

(1) - بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 72.

تتزوج غير المسلم وذلك لما للزوج من سلطات على زوجته شرعا وعرفا وقد يحاول أن يفتنها عن دينها وقد تستجيب له ضعفا وخوفا أو خضوعا .

أما فيما يخص زواج المسلم بغير ذات الدين فنجد أنه لا يحل للمسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول الله، ولا بكتاب إلهي بأن تكون مشركة لقوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم " .

والمرتدة تأخذ حكم المشركة فلا يحل الزواج بها، أما الكتائية التي تؤمن برسل الله وتقر بالكتاب السماوي سواء كانت يهودية أو نصرانية فيحل للمسلم التزوج منها على رأي الجمهور، لقوله تعالى: "اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم، وطعامهم حل لكم، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم " .

### سادسا: شرط الشهادة الطبية:

أضاف المشرع الشهادة الطبية لإتمام عقد الزواج، الأمر الذي نصت مادة 07 مكرر من قانون الأسرة" يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج .

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير العقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمها بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا ويؤثر بذلك في عقد الزواج

تحدد شروط وكميات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم "

المشرع الجزائري قد ألزم المقبلات على الزواج، القيام بهذا الإجراء مهم كما ألزم ضابط الحالة المدنية أو الموثق بالتأكد من توافر هذه الشهادة الطبية، التي تثبت خلو الزوجان من أي مرض يعيق الحياة الزوجية، وهذا بالتأشير عليها في عقد الزواج وقد صدر 06 المرسوم التنفيذي رقم-154- المؤرخ 11 ماي 2006 حدد كيفية تطبيق هذه المادة.

### الفرع الثالث: تسجيل عقد الزواج والترخيص به في حالة التعدد

#### أ-تسجيل عقد الزواج:

يعتبر عقد الزواج الوثيقة الرسمية التي لا يعتد بسواها خاصة في الحالة التنازع بين الزوجين، هو ما نصت مادة 18 من قانون الأسرة "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المواد 9 و9 مكرر "

وأيضاً المادة 21 من قانون الأسرة "تطبيق أحكام حالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج " بذلك يعتبر الشكلية في عقد الزواج من الشروط الأساسية لكي يعتد به صحيحاً.

### ب- شروط الترخيص القضائي:

ويكون في حالتين:

حالة زواج القاصر.

حالة تعدد الزواج ؛ وهو ما نصت عليه مادة 08 من قانون الأسرة والتي حددت شروط ترخيص التعدد ونصت على ما يلي \*\* يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوافرت شروط نية والعدل.

يجب الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي تقبل على الزواج بها ويقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية. \*\*

إلا أن المشرع تخلى عن شرط الترخيص من خلال المادة 08 مكرر التي تنص على أنه \*\* في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق \*\*

وهذا يعتبر استثناء عن التقييد الذي جاء في نص المادة 08 المتعلق باستصدار الرخصة من القضاء وضرورة توافر الموافقة لكلا الزوجين.

### -تعدد الزوجات

ارتأينا أن نتناول موضوع التعدد ضمن المبحث الثاني، وهذا لورود التعدد في المادة 8 من قانون الأسرة، والتي تشترط ليطم عقد الزواج أن يتم إعلام الزوجة السابقة واللاحقة في حالة تعدد الزوجات، وبالتالي فهو بشكل أو بآخر شرط من الشروط العامة لعقد الزواج مثله مثل إشتراط أهلية الزواج وإن كانت معظم القوانين العربية لا تتناول هذه النقطة منفردة بل ضمن شرط حل المرأة للزوج بالرجل الذي يريد الإقتران بها والذي يعتبره الفقه كله من شروط صحة عقد الزواج إضافة إلى الشاهدين.

بحيث أنه عند تفصيل شرط حل المرأة للزوج بالرجل الذي يريد الإقتران بها نجد ضمن المحرمات من النساء مؤقتاً الزواج بالخامسة وعنده أربع في عصمته ولو حكماً<sup>(1)</sup>.

(1) - محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 84. وسيد سابق - المرجع السابق - 134.

و يعتبر تعدد الزوجات، وما إشرطه المشرع من شروط لجوازه من بين أهم مواضع قانون الأسرة وأكثرها جدلا، بين مؤيد ومعارض ومتحفظ في إبداء رأيه.

### أولا: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية والشرائع الأخرى والقوانين المقارنة:

إن نظام تعدد الزوجات هو شكل من أشكال الزواج، وهو أن يجمع الرجل في عصمته أكثر من زوجة واحدة.

وقد أباح الإسلام للرجل أن يتزوج أربع زوجات ليس بينهن قرابة محرمة، وحرم عليه الزواج بالخامسة حتى يطلق إحدى زوجاته وتمضي عدتها سواء أكانت العدة من طلاق رجعي أو بائن<sup>(1)</sup> وهو ما جعل مسألة تعدد الزوجات ترتبط به وكأنه من أوجدها وكرسها، وإعتبرت المنفذ لمهاجمته خاصة بعد أن ساء تطبيق هذا المبدأ.

والحقيقة أن تاريخ تعدد الزوجات قديم قدم المجتمعات وما تبنته من شرائع وقوانين مختلفة، والإسلام قام فقط بتنظيمه وتقييده. وعليه سندرسه بالتفصيل في الشريعة الإسلامية في جزء منفصل، ثم في مختلف الشرائع الأخرى والقوانين المقارنة في الجزء الآخر.

### 1- التعدد في الشريعة الإسلامية:

يحرم على الرجل أن يجمع في عصمته أكثر من أربع زوجات في وقت واحد، إذ أن في الأربع الكفاية وفي الزيادة عليها تفويت الإحسان الذي شرعه الله لصالح الحياة الزوجية.

وقد ورد ذلك في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع. ففي القرآن الكريم قوله تعالى: " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"<sup>(2)</sup>.

أما في السنة النبوية فقد وردت عدة أحاديث تمنع الرجل الزواج بما زاد على أربع زوجات، ومن ذلك أن غيلان الثقفي أسلم وله عشر نسوة أسلمن معه، فقال عليه السلام: "إمسك أربعا وفارق سائرهن".

كما إنعقد إجماع الأمة على ذلك دون خلاف منذ نزول القرآن حتى عصرنا الحاضر.

وبهذا فقد أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات، وتبدو لنا حكمة ذلك إذا عرفنا أن هذه الشريعة جاءت عامة شاملة لكل الأمم ولمختلف العصور، فكان لا بد لتشريع هذه صفاته من أن يوجد الحلول لكل أمر واقع أو متوقع ولو كانت نسبة وقوعه واحد من ألف أو مرة واحدة لكل جيل من الناس أو لقوم دون قوم في فترة من الزمان.

(1) - عبد الرحمن الصابوني - المرجع السابق - ص 138.

(2) - سورة النساء: الآية 3

و الزواج كما شرعه الله فيه سكن للنفس وراحة للضمير والقلب وإستقرار للحياة والوجدان، قد تعترضه بعض العقبات على نطاق الأفراد والجماعات، فقد تصاب الزوجة بعقم أو مرض مزمن، أو تبتلى الأمم بكوارث ونكبات تفقد فيها شبابها فيزيد عدد الإناث على الذكور<sup>(1)</sup>.

فما هو الحل لمثل هذه الحالات ؟

الأمم الأجنبية وجدت الحل الرخيص حين أباحت معاشرة النساء من دون قيد أو شرط فسدت باب التعدد وفتحت أبوابا أخرى.

أما القرآن الكريم فقد ذكر حلا واضحا حين الحاجة إليه فأباح تعدد الزوجات الذي كان معروفا لدى العرب دون قيد فجاءت حكمة التشريع الإسلامي بثلاث قيود أو شروط:

#### أ- شروط التعدد:

لقد جعل القرآن الكريم التعدد مباحا حين تدعو إليه الضرورة، فلم يجعله واجبا أو أمرا مستحبا لأن الزواج الأمثل هو الزواج المفرد، لهذا لم يترك التعدد للممارسة العشوائية، حيث وجدت القيود الشرعية الثلاث:

حصر العدد بأربع زوجات فقط: جاء في الآية الكريمة: " **مثنى وثلاث ورباع** ". فبموجب الآية الكريمة هذه يجب عدم الزيادة على الأربع، والمرأة الزائدة على الأربع هي من قبل النساء المحرمات. وهو شرط ثابت بالقرآن والسنة كما رأينا.

و في حكم من زاد على أربع قال مالك والشافعي عليه الحد إن كان عالما، وقال الزهري: يرجم إذا كان عالما، وإن كان جاهلا أدى الحدين الذي هو الجلد ولها مهرها ويفرق بينهما ولا يجتمعان أبدا<sup>(2)</sup>.

شرط العدل: من الشروط التي قيد الله سبحانه وتعالى بها إباحة التعدد هو العدالة بين الزوجات، قال تعالى: " **فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة** ".

وقد فسر أبو بكر الرازي هذه الآية في كتابه أحكام القرآن: ( أمر الله تعالى بالإقتصار على واحدة، إذا خاف الجور ومجانبة العدل، إنما إباحة للتنتين إذا شاء، وللثلاث، فإن خاف ألا يعدل إقتصر على إثنين فإن خاف ألا يعدل بينهما إقتصر على واحدة.

(1) - عبد الرحمن الصابوني - المرجع السابق - ص 138-142.

(2) - مذكرة لهامة التربص: تعدد الزوجات والتطبيقات العلمية للمادة (8) من قانون الأسرة - الدفعة العاشرة، ص 9.

و العدل المطلوب هو العدل الظاهر وهو القسم بين الزوجتين، والمساواة في الإنفاق والمساواة في المعاملة الظاهرة، وليس هو العدل في المحبة الباطنة فإن ذلك لا يستطيعه أحد ولا يكلف الله إلا ما يكون في الوسع. و كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يسوي بين أزواجه في المحبة القلبية، ولذلك كان يقول عند قسمه بين أزواجه: "اللهم إن هذا قسمي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك"<sup>(1)</sup>.

– شرط القدرة على الإنفاق: لا يجل شرعا الإقدام على الزواج سواء من واحدة أو من أكثر إلا بتوافر القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه، والاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج، لقوله صلى الله عليه وسلم: " يا معشر الشباب من استطاع منكم، الباءة فليتزوج... والباءة مؤنة النكاح"<sup>(2)</sup>.

و قد اتفق جميع العلماء على أن شرطي العدل والقدرة على الإنفاق لا بد من توافرها لكل من يرغب في الزواج. فإذا خاف الجور وعدم الوفاء بما عليه من تبعات حرم عليه أن يتزوج بأكثر من واحدة، بل إذا خاف الجور بعجزه عن القيام بحق المرأة الواحدة حرم عليه أن يتزوج حتى تتحقق له القدرة على الزواج، فبهذا التعدد ليس واجبا، ولا مندوبا، وإنما هو أمر أباحه الإسلام لمقتضيات ومبررات.

### ب- حكمة تعدد الزوجات:

إن نظام وحدة الزوجة هو الأفضل وهو الغالب. وأما تعدد الزوجات فهو إستثنائي لا يلجأ إليه إلا عند الحاجة الملحة، ولم تجبه الشريعة على أحد بل ولم ترغب فيه. وإنما أباحتها لأسباب عامة وخاصة.

### – فالأسباب العامة: تتمثل في:

– معالجة حالة قلة الرجال وكثرة النساء، سواء في الأحوال العادية بزيادة نسبة النساء كشمال أوروبا، أم في أعقاب الحروب كما حدث في ألمانيا بعد الحرب العالمية الأولى قامت النساء الألمانيات بمظاهرات يطالبن بنظام تعدد الزوجات بعد أن قتلت الحرب معظم الرجال.

وحيث يصح نظام التعدد ضرورة إجتماعية وأخلاقية تقتضيها المصلحة والرحمة وصيانة النساء عن التبدل والإنحراف، والإصابة بالأمراض الخطيرة والإيواء في ظل بيت الزوجية الذي تجد فيه المرأة الراحة والطمأنينة، بدلا من البحث عن الأصحاب الوقتيين، أو حمل لافتات في مواطن إشارات المرور يعلن فيها عن الرغبة في الإتصال الجنسي أو العرض الرخيص في واجهات بعض المحلات في الشوارع العامة<sup>(3)</sup>.

(1) – محمد أبو زهرة – المرجع السابق – ص 90.

(2) – وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 168.

(3) – وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص 169.

- إن مسلك التعدد هو مسلك الشريعة التي تخاطب كل الأجناس، وكل الأجيال، فهي تخاطب أهل أوروبا وأهل المناطق الحارة، وتخاطب المعتدل المزاج والمعتدل في شهواته، وتخاطب الحاد المفرط في شهواته، من غير أن يضيق القيد فينخلع من الربقة. إنه بلا ريب الإقتصار على واحدة هو الزواج الأمثل في الجماعة، وهو البعيد عن نطاق الظلم، ولكن لا يرضى به إلا أمثل الرجال، فهل الناس جميعا على هذا الطراز. وإنه لو أغلقنا على ذوي الشهوات الحادة باب الزواج، لفتحوا لأنفسهم باب الفساد فتهتك الستور، ويكون الأولاد الذين لا آباء لهم. ولو خيرنا بين زواج معيب وبين الزنا لإخترنا الأول إن كنا نسير على هدى العقل ونوره<sup>(1)</sup>.

- لقد كان لهذا التشريع والأخذ به في العالم الإسلامي فضل كبير في بقاءه نقيًا بعيدا عن الرذائل الاجتماعية والنقائص الخلقية التي تفتشت في المجتمعات التي لا تؤمن بالتعدد ولا تعترف به. فقد لوحظ في المجتمعات التي تحرم التعدد:

\* شيوع الفسق وإنتشار الفجور حتى زاد عدد البغايا عن عدد المتزوجات في بعض الجهات.

\* وتبع ذلك كثرة المواليد من السفاح حتى بلغت نسبتها في بعض الجهات 50% ففي الولايات المتحدة حسب إحصائيات 1959، يولد كل عام مائتي ألف ولادة غير شرعية.

\* انتشار الأمراض الخبيثة والعقد النفسية والإضطرابات العصبية.

\* تسربت عوامل الضعف والإنحلال في النفوس.

\* إنحلت عرى الصلات الوثيقة بين الزوج وزوجته وإضطربت الحياة الزوجية وإنفكت روابط الأسرة حتى لم تعد شيئا ذا قيمة، وضاعت الأنساب.

- أما الأسباب الخاصة: وأهمها هي:

- أن تكون الزوجة عقيما لا تلد أو مريضة مرضا لا يرجى شفاؤها منه وهي مع ذلك راغبة في إستمرار الحياة الزوجية، والزوج راغب في إنجاب الأولاد وفي الزوجة التي تدبر شؤون بيته.

فهل من الخير للزوج أن يرضى بهذا الواقع الأليم، فيصطحب هذه العقيم دون أو يولد له، وهذه المريضة دون أن يكون له من يدبر أمر منزلها، فيحتمل هذا الغرم كله وحده؟!... أم الخير في أن يفارقها وهي راغبة في المعاشرة فيؤذيها بالفراق?!.

(1) - محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 92.

أم يوفق بين رغبتها ورغبته فيتزوج بأخرى ويبقى عليها فتلتقي مصلحته ومصلحتها معا؟! ونعتقد أن الحل الأخير هو أجدى الحلول وأحقها بالقبول ولا يسع صاحب ضمير حي، وعاطفة نبيلة إلا أن يتقبله ويرضى به<sup>(1)</sup>.

- قد يتطلب عمل الزوج، السفر الطويل والمستمر، وهو لا يستطيع أخذ زوجته كلما سافر، وفي هذه الحالة قد تستغرق إقامته في غير بلدته شهورا لا يستطيع أن يصبر على عيشه وحيداً. وهنا إما أن يتصل بامرأة ثانية إتصالاً غير شرعي ويتحمل نتائج ذلك من مشاكل ومخاطر، وإما أن يتزوج امرأة ثانية لها حقوقها ولأولادها أيضاً، ليجنب نفسه والمجتمع المآسي والأولاد غير الشرعيين وكذا ظاهرة الإنحلال الخلقي.

و بهذا نخلص إلى أن نظام تعدد الزوجات هو علاج ووقاية في آن واحد يجنب المجتمع مشكلات لا حل لها بدونها، فمن رحمة الله بعباده أن أباحه بعد أن قيده بالقدرة على العدل وقصره على أربع لأن ثمة مقتضيات وضرورات لا يجمل بالمشرع إغفالها، ولا ينبغي له التغاضي عنها.

### ج- حق المرأة في مقابل التعدد:

- إذا كان الإسلام أباح التعدد فإنه لم يجعله واجبا ولا مندوبا، ويبقى الزواج المفرد هو الزواج الأمثل والأحسن في الإسلام.

- إذا كان الإسلام قد أباح التعدد، فإنه جعل من حق المرأة أو وليها أن يشترط ألا يتزوج الرجل عليها. فلوا شرطت الزوجة في عقد الزواج على زوجها ألا يتزوج عليها صح الشرط ولزم، وكان لها حق فسخ الزواج، إذا لم يف لها بالشرط، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته ورضيت بمخالفته.

و إلى هذا ذهب الإمام أحمد، ورجحه ابن تيمية وابن القيم. إذ الشروط في الزواج أكبر خطرا منها في البيع والإجازة ونحوهما. وقد يكون المشروط لفظا أو عرفا، فسيان بين أن يشترط بالقول عند انعقاد الزواج أو عرفا كفرض أن المرأة من بيت لا يتزوج الرجل على نسائهم ضرة، ولا يمكنونه من ذلك وعادتهم مستمرة بذلك كان المشروط لفظا.

و قد جاء في هذا المقام ما روي عن عبد الله بن أبي مليكة أن الميسور بن مخزومة حدثه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر يقول: " إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا إبنتهم من علي بن أبي طالب فلا آذن لهم، ثم لا آذن، ثم لا آذن، إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق إبنتي وينكح إبنتهم، فإنما

(1) - سيد سابق - المرجع السابق - ص 180، 181.



إبنتي بضعة مني، يرييني ما أربها ويؤذييني ما آذاها " وفي رواية: " إن فاطمة مني وأنا أتخوف أن تفتن في دينها "

و معلوم قطعاً أنه صلى الله عليه وسلم إنما زوجه فاطمة رضي الله عنها على ألا يؤذيها ولا يرييها، ولا يؤذي أبها صلى الله عليه وسلم ولا يرييه، وإن لم يكن هذا مشترطاً في صلب العقد فإنه من المعلوم بالضرورة إنه إنما دخل عليه<sup>(1)</sup>.

- إذا كان الإسلام أباح التعدد فإن الفقهاء أجازوا للزوجة الأولى إذا تضررت بزواج زوجها أو قصر بواجبه نحوها أن تطلب الطلاق وللقاضي أن يجيئها لطلبها هذا إذا كانت لم تشتترط حين عقد الزواج ألا يتزوج زوجها عليها، وإلا لها شرطها في هذه الحالة وطلب فسخ العقد إن تزوج ثانية.

و كذلك للمرأة التي تفاجأ بأن زوجها متزوج دون أن يخبرها بذلك، فلها أن تطلب التفريق للتغيير لأنها تزوجته على أنه غير متزوج عرفاً. والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً<sup>(2)</sup>.

## 2- التعدد في الشرائع الأخرى والقوانين المقارنة

إن نظام تعدد الزوجات كان سائداً قبل ظهور الإسلام في شعوب ومجتمعات كثيرة وهذا دون قيد أو شرط، فالرجل يتزوج كما يشاء من النساء دون رقيب من تشريع أو ضمير. وأن القرآن أتى ليبقى على ما هو موجود بعد تنظيمه وتقييده، ومنه ليس صحيح ما يدعو من أن الإسلام من أتى بهذا النظام. والحقيقة أيضاً أن تعدد الزوجات لا يزال إلى الوقت الحاضر منتشرًا في عدة شعوب لا تدين بالإسلام. والحقيقة كذلك أنه لا علاقة للدين المسيحي في أصله بتحريم التعدد، ولتأكيد كل هذا نفصل هذا الجزء كما يلي:

### أ- التعدد في الأديان السماوية<sup>(3)</sup>: وهي اليهودية والمسيحية

- في الشريعة اليهودية: عند تناولنا للتعدد في الشريعة الإسلامية لاحظنا مدى ربط المستشرقين والمستغربين للأول بالثانية، وارتأينا أن نتناول التعدد في الشريعة اليهودية ونتساءل لماذا لم يرتبطا؟

فقد أباح اليهود تعدد الزوجات عند توافر مسوغ شرعي ولهذا قالوا في المادة 55 من كتاب شمعون: إذا كان الرجل في سعة من العيش ويقدر أن يعدل أو كان له مسوغ شرعي جاز له أن يتزوج بأخرى .

(1) - سيد سابق - المرجع السابق - ص 175، 176.

(2) - عبد الرحمن الصابوني - المرجع السابق - ص 143.

(3) - عبد الرحمن الصابوني - المرجع السابق - ص 209 وما يليها.

وقد يكون التعدد حكما إلزاميا كما لومات زوج دون إنجاب فتعتبر زوجته لأخيه حكما دون رضاها.

- في الشريعة المسيحية: إنه لا علاقة للدين المسيحي في أصله بتحريم التعدد، وذلك أنه لم يرد في الإنجيل نص صريح يدل على هذا التحريم. وإذا كان السابقون الأولون إلى المسيحية من أهل أوروبا قد ساروا على نظام وحدة الزوجة فما ذلك إلا لأن معظم الأمم الأوروبية الوثنية التي إنتشرت فيها المسيحية في أول الأمر - وهي شعوب اليونان والرومان - كانت تقاليدها تحرم تعدد الزوجات المعقود عليهن وقد سار أهلها - بعد إعتناقهم المسيحية- على ما وجدوا عليه آباءهم من قبل وبعدها إستقرت على هذا النظم الكنسية المستحدثة.

### ب - التعدد في مختلف المجتمعات<sup>(1)</sup>:

من بين الشعوب الكثيرة التي عرفت هذا النظام منذ القدم نذكر «**العبريون**» و«**العرب**» في الجاهلية، وشعوب «**الصقالبة** أو **السلافيون**» وهي التي تنتهي إليهم معظم أهل، البلاد التي نسميها الآن: روسيا، ليتوانيا، ليتوانيا، إستونيا، بولونيا، تشيكوسلوفاكيا، يوغسلافيا، وعند بعض الشعوب " **الجرمانية** والسكسونية" التي ينتمي إليها معظم أهل البلاد التي نسميها الآن: ألمانيا، النمسا، سويسرا، بلجيكا، هولندا، الدانمارك. ولا يزال إلى الوقت الحاضر منتشر في عدة شعوب لا تدين بالإسلام كإفريقيا التي أعلنت كنيستها الإستقلال على الكنيسة الأوروبية بسبب إباحة التعدد الذي هو معروف عندهم وفي عاداتهم منتشرا، وكذا: الهند، والصين، واليابان.

### ج- التعدد في القوانين المقارنة<sup>(2)</sup>

إذا كانت الدول الغربية قد منعت التعدد بنص صريح كفرنسا في المادة 147 من القانون المدني، وألمانيا في المادة 1326 من القانون المدني وسويسرا في المادة 101 من القانون المدني.

فإن الدول العربية نجدها إنقسمت حول هذه المسألة، فنجد أن أغلب دول المشرق والخليج تأخذ بهذا النظام دون قيد أو شرط ومثالها: الكويت، السعودية، الجمهورية اليمنية، ليبيا، السودان، ودول أخرى أخذت به مع التقييد ومثالها: المغرب، العراق، سوريا، مصر، الجزائر.

وأما المثال الوحيد للدول التي منعت التعدد نجد تونس، وهذا من خلال الفصل 18، مجلة الأحوال الشخصية التي تعاقب بسنة حبس وبغرامة قدرها 240 دينار لكل من يخالف هذا المنع.

(1) - سيد سابق - المرجع السابق - ص 183.

(2) - عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 143-146

## ثانيا: تعدد الزوجات في قانون الأسرة الساري والتعديلات المقترحة:

في الجزائر وبصدد القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري قد أحاز تعدد الزوجات وابقاه، لكن أورد عليه قيود إضافية وهذا من خلال نص المادة 8 فما هي هذه القيود؟ وماهي الإشكاليات التي تثيرها المادة 8؟ وما أضافه التعديل إليها؟

### 1- قيود إباحة التعدد في التشريع الجزائري:

نصت المادة 8 من قانون الأسرة على أنه: «يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة لغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضى».

فمن خلال دراسة هذه المادة نجد أن المشرع إلى جانب ما أقرته الشريعة من قيود لإباحة التعدد وهي: العدد، والقدرة على الإنفاق، أوجد قيود قانونية أخرى لضمان أحسن لتطبيق التعدد في إطار شرعي.

#### أ- القيود الشرعية: والمتمثلة في:

– شرط العدد: لقد نص المشرع على أنه يسمح بالزواج بأكثر من واحدة، دون أن يبين العدد، ولكنه ذكر أن يكون في حدود الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة حسمت الأمر بأربع زوجات كما سبق تفصيله.

– القدرة على الإنفاق: لم ينص المشرع الجزائري عليه صراحة في المادة 8 من قانون الأسرة، وبالتالي علينا أن نرجع إلى الشريعة الإسلامية لتفصيل هذه النقطة لأن القدرة على الإنفاق أمر واجب يقتضيه الشرع وعلى الزوج أن يوفر لزوجاته السكن اللائق وغيره.

– نية العدل: اشترط المشرع في المادة 8 من قانون الأسرة «نية العدل» بدل اشتراط العدل<sup>(1)</sup>، وبهذا يكون قد خالف الشريعة الإسلامية، وما ذهبت إليه القوانين العربية الأخرى، إذ كيف يشترط نية العدل على الرغم من أنها من خفايا النفس البشرية دون أن يبين ما إذا كان يجب توافرها قبل زمن إبرام العقد أو بعده أي أنه من ينوي العدل قبل العقد ثم يغير رأيه من بعد جائر في القانون .

لهذا كان على المشرع الاكتفاء بعبارة العدل، دون الدخول في متاهة النية خاصة أن القاضي يقدر هذا الشرط حسب الظاهر أي الجانب المادي.

(1) – عبد العزيز سعد – المرجع السابق – ص 181

**ب- القيود القانونية:** لقد تدخل المشرع لتنظيم التعدد بقواعد قانونية من أجل ضمان العدل، لهذا أوجد إلى جانب القيود الشرعية، قيود قانونية هي:

**- وجود المبرر الشرعي:** إن اشتراط المبرر الشرعي قبل الزواج بأكثر من امرأة واحدة يعني أنه ليس من الجائز للرجل أن يتزوج بأكثر من واحدة بدون توفر هذا الشرط إلى جانب بقية الشروط.

لكن ما نوع هذا المبرر الشرعي وما شكله. خاصة أنه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لا نجد لها قد وضعت مبررات لإباحة التعدد، بل كل ما هنالك مجرد مبررات وضعها الناس، في شكل قواعد قانونية وألزموا أنفسهم بتطبيقها.

ولكثرة التساؤل والغموض الذي تكتنف شرط المبرر الشرعي، أصدرت وزارة العدل منشورين لمعالجة هذه القضية، فطبقا للمنشور رقم 84-102 الذي جاء يبين كيفية تطبيق الشروط الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة، وضح بأنه على الموثق أو ضابط الحالة المدنية عند إبرام عقد الزواج بزوجة ثانية أن يتحقق من توفر شرط المبرر الشرعي، إذ يكفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب إختصاصي تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال فإذا لم يثبت هذا، رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي العقد.

وأضاف المنشور الوزاري رقم 14 المؤرخ في 1985/08/22 أنه خارج حالة المرض العضال أو عقم الزوجة الأولى يستوجب أخذ رأي القاضي في تقرير سبب الزواج الثاني سيما في حالة رفض الزوجة الأولى، وللقاضي السلطة التقديرية في الترخيص بالزواج الثاني أو رفضه بمجرد أمر على عريضة غير قابلة للطعن<sup>(1)</sup>.

ومع هذا نجد أن هاذين المنشورين بقيا طي النسيان، ولا يتم العمل بهما، ويبقى المبرر الشرعي يطرح التساؤل عن مفهومه.

**- علم الزوجة السابقة واللاحقة:** أي أنه يجب على الزوج أن يطلع زوجته الأولى عن عزمه الزواج ثانية، ويخبر زوجته الثانية عن زواجه الأول، وهذا ليس بقصد المشورة لأن لهما حق طلب التظليق فيما بعد، بل لكي لا يبقى زواجه سواء الأول أو الثاني طي الكتمان خاصة أن أغلب شهادات الميلاد يغفل ضابط الحالة المدنية أن يسجل عليها زواج صاحبها، ولنممكن كل واحدة من ممارسة حقها في طلب التظليق.

ولكنه لم يبين كيفية القيام بالإجراء، ومن يقوم به ؟

ولسد الفراغ الحاصل في المادة والذي يعطل تطبيقها تم اللجوء إلى المنشور رقم 84-102 السابق الإشارة إليه، فأوضح أن الإعلام يتم بالتبليغ الرسمي عن طريق محضر قضائي، فإذا حضرتنا سجل في صلب

(1) - مجلة الموثق، عدد 8-2002 - ص 18

العقد رضا كل منهما أو إعتراض الزوجة السابقة ليكون حجة يرجع إليه عند التنازع فإذا لم تحضر هذه الأخيرة أثبتت غيبتها وأبرم العقد.

## 2- الإشكاليات التي تثيرها المادة 8 قانون الأسرة:

إنه من خلال تحليل المادة 8 من قانون الأسرة نجد أن هذه الأخيرة تتميز بثلاث مبادئ :

- **المبدأ الأول:** هو الإبقاء على نظام تعدد الزوجات كما حددته الشريعة الإسلامية فحافظ على احترام القواعد العامة الثابتة للشريعة الإسلامية، وهو بهذا يكون قد أقر أن

للرجل حق الزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية

- **المبدأ الثاني:** هو وضعه لشروط تضمن حماية نظام التعدد وضمان حسن تطبيقه، حيث إضافة إلى القيود الشرعية وهي: نية العدل والعدد والقدرة على الإنفاق، أورد قيود القانونية وهي المبرر الشرعي وكذا إعلام الزوجة السابقة واللاحقة.

- **المبدأ الثالث:** فتضمن ما يمكن القيام به عند مخالفة أحد الشروط<sup>(1)</sup> لكن هذه المبادئ الثلاثة عند تحليلها نجد أنها تطرح إشكاليات أكثر مما تشرع أمراً، فالمشرع رغم حفاظه على نظام التعدد، فإنه وضع عراقيل في طريق ممارسته. وذلك بوضع شروط غامضة ومبهمه وهو ما نجده في النقاط التالية:

\* النص على المبرر الشرعي دون أن يحدد نوعه أو شكله، ورغم أنه صدر المنشور الوزاري رقم 14-85 ونص على حالة العقم وكذا المرض العضال لكنه نص أيضاً على أنه خارج الحالتين السابقتين يعود أمر تقدير المبرر الشرعي إلى القاضي. لنبدأ بهذا من جديد التساؤل: ما هو نوع أو شكل المبرر الشرعي وأي المقاييس يعتمدها القاضي لتقرير ذلك.

\* النص على نية العدل بدل العدل، لأن الأول يدخل في باطن النفس، وأما الثاني فيستشف من المظاهر الخارجية المادية، حيث الأول مستحيل التأكد منه والثاني يمكن التأكد منه من طرف القاضي.

ثم إن العدل يتحقق منه بعد الزواج وليس قبله، وهو بهذا لا يشكل قيوداً أو شرطاً مسبقاً للتعدد، وإنما يشكل مطلباً من مطالب ومقاصد الشريعة الإسلامية لهذا يبقى تحري العدل لإباحة التعدد أمر بين العبد وربه ولا مجال للرقابة القبلية عليه.

(1) - عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 149-150

\* إغفال المشرع لأحد الشروط المهمة التي تبيح التعدد، ألا وهو القدرة على الإنفاق رغم ما لهذا العنصر من أهمية في إباحة التعدد، حيث هو الوسيلة التي يلجأ إليها للتأكد من أحقية الرجل في إعادة الزواج وعكس العدل أو نية العدل، فإن هذا الأخير ظاهر للعيان يمكن التحقق من وجوده.

ورغم أنه إفتراضنا عودتنا للشرعية فإنه نقول أنه كان على المشرع أن يذكر شرطي، العدل والقدرة على الإنفاق معا في المادة أو يحيلنا على الشريعة فقط.

\* اشترط المشرع علم الزوجة السابقة واللاحقة متغاضيا عن كيفية الإعلام وكذا المكلف بها. وإضطر بعدها لإصدار منشورين وزاريين هما 84-102 و 85-14 ليوضح الحل، لكن التطبيق يبقى نادر

لهذا على المشرع تدارك الأمر إما بالنص في المادة على كيفية الإعلام، أو يشير إلى أن التطبيق يحدده تنظيم لاحق ليضفي عليه صفة القوة، ولا يحتاج أحد بجهد وجوده.

\* بالنسبة للمبدأ الثالث والذي نص على ضمانات المادة 8، حيث أعطت حماية قانونية لكل من الزوجة السابقة واللاحقة. وهذا للموازنة بينها وبين الرجل وحقه في التعدد، كون المرأة الأولى تزوجت على أساس أنها الوحيدة والمرأة الثانية تتزوج على أساس أنه غير متزوج عرفا، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا لهذا نصت المادة 8 من قانون الأسرة على أنه: «ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش، والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضى» فنجد أن تدخل المشرع جاء محتشما حيث إكتفى بمنح الزوجة المتزوج عليها والزوجة المتزوج بها حق الإلتجاء إلى القضاء لطلب الحكم بتطليقها في حالة الغش أو عدم الرضا. متناسيا بهذا أن يرتب على مخالف شروط المادة 8 أية عقوبة جزائية أو حتى مدنية، أو يرتب على إغفالها أو إهمالها أو فقدانها مجتمعة أي أثر، ولم يجعل منها شروط صحة للزواج الثاني، كما لم يجعل من فقدانها وعدم إحترامها سببا من أسباب الفسخ أو البطلان قبل الدخول أو بعده.

\* وفي ختام هذه المادة نشير إلى أن المشرع عند منح المرأة حق التطليق لم يبين أبسط شيء فيه وهو متى يسقط أم أنه يبقى حقا قائما تطالب به بعد شهر، سنة، عشر سنوات... من يوم العلم بالزواج الخفي أو الزواج الذي لم ترض به وهذا من شأنه أن يهدد العلاقات الأسرية القائمة.

وبهذا تكون المادة 8 من قانون الأسرة المادة الأكثر غموضا وإبهاما ولا تصمد في وجه النقاشات التي ماتفتأ أن تثور على مبدأ التعدد.

### 3 - ما أضافه التعديل 2005 المادة 8 من قانون الأسرة:

لقد كان سوء التطبيق وعدم مراعاة تعاليم الإسلام وقانون الأسرة جزء منها حجة ناهضة للذين لا يريدون تعدد الزوجات، حيث أن بعض الأفراد يسيئون فهم هذا الحق ويتعسفون في تطبيقه، وللحيلولة دون ذلك وسد الثغرات التي تشوب المادة 8 من قانون الأسرة ومن خلالها تعدد الزوجات مس تعديل قانون الأسرة المقترح المادة 8 والمتعلقة بالتعدد وهذا بموجب المادتين 6 و7. وفي هذا المقام نتساءل ماذا أضاف التعديل للمادة 8؟ وإلى أي مدى وفق في حل الإشكالات التي تطرحها؟

وللإجابة على هذا نتطرق إلى دراسة وتحليل المادة المعدلة

لقد جاء مشروع التعديل بالمواد 8، 8 مكرر، 8 مكرر 1 التي تناولت في مجملها موضوع تعدد الزوجات وعليه سندرسها معا لوجود إرتباط وثيق بينها.

فالمادة 8 تنص على أنه: « يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

وفي هذه الحالة يجب على الزوج إخبار كل من الزوجة أو الزوجات السابقة والمرأة التي يرغب في الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

و يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم أو موافقتهم واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية »

وتنص المادة 8 مكرر أنه « في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق ».

وتنص المادة 8 مكرر 1 أنه: « يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المحددة في المادة 8 أعلاه »

إنه من خلال دراسة هذه المواد نجد أن التعديل إلى جانب إحتفاظه بالقيود الشرعية والقانونية الواردة في المادة 8، وكذا الضمانات المتمثلة في حق الزوجتين في طلب التطليق عند الغش أو عدم الرضا، نجد أنه أضاف:

- شرط طلب الترخيص من رئيس المحكمة.

- كما جعل موافقة الزوجة السابقة واللاحقة تلعب دورا في منح الترخيص.

- وأسقط حق المرأة في التطليق لعدم الرضا، حيث أبقى فقط حقها في التطليق عند الغش.

- كما رتب على عدم إستصدار الترخيص، من القاضي فسخ الزواج الجديد قبل الدخول.

وهي النقاط التي سنحاول تفصيلها وتقييمها على النحو التالي:

لقد أضاف التعديل المقترح شرط طلب الترخيص من رئيس المحكمة لإباحة التعدد، واعتد بموافقة الزوجتين لمنح الترخيص، وهذه كلها تعتبر قيودا على حق الزوج في التعدد، كما أضاف التعديل المقترح ضمانات أخرى للزوجة الأولى، أين رتب على عدم استصدار الزوج لترخيص من القاضي وفق للشروط المحددة في المادة 8 عقوبة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، مع التساؤل هل إسقاط عبارة « في حالة عدم الرضى » يعني إسقاط حق المرأة في التطليق إذا أعلمها زوجها بزواجه الثاني وحصل على ترخيص من رئيس المحكمة ؟

أ- القيود الواردة على حالة التعدد: والمتمثلة في:

- شرط طلب الترخيص من رئيس المحكمة لإباحة التعدد: إن الجزائر من بين البلدان العربية التي قيدت التعدد فلم تبحه إطلاقا ولم تمنعه إطلاقا. وهذا لضمان إحترام الناس لمبدأ التعدد المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية، وكذا حسن تطبيقه. فنصت على العدل والقدرة على الإنفاق وكذا وجود المبرر الشرعي، وإعلام الزوجة السابقة واللاحقة..

- موافقة الزوجة السابقة واللاحقة ودورها في منح الترخيص: نصت الفقرة الثالثة من المادة 8 انه يمكن للقاضي منح الترخيص إذا وافقت الزوجة أو الزوجات السابقة واللاحقة على هذا التعدد وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

وبهذا تكون هذه الفقرة قد أتت لتجعل موافقة كل من الزوجة السابقة والمرأة المراد التزوج بها سببا لمنح رئيس لمحكمة للرخصة بعد التأكد من قدرة الزوج على توفير، العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

ونتساءل هنا: عن سبب وجود عبارة « وأثبت الزوج المبرر الشرعي »، وما هو محلها من الإعراب ؟

فما دام المشرع قد ذكر في الفقرة الثانية أن القاضي يمنح الترخيص بعد إخبار (وليس موافقة) الزوجة السابقة واللاحقة، والتأكد من المبرر الشرعي وباقي الشروط ثم ذكر أنه في حالة موافقة (وليس إخبار) الزوجة السابقة واللاحقة يمنح القاضي رخصة. فهذا يعني أن الموافقة تحل محل المبرر الشرعي، ولا يتأكد القاضي سوى من باقي الشروط.



## ب- الضمانات الممنوحة في حالة التعدد: والمتمثلة في:

- حق المرأة في طلب التطلق عند التدليس: نلاحظ في المادة 8 مكرر أن التعديل قد أسقط عبارة «في حالة عدم الرضى» مكتفيا بحالة الغش أي إخفاء أمر زواجه الثاني عن زوجته الأول أو إخفاء زواجه الأولى عن زوجته الثانية، أي عدم تحقق شرط العلم فترتب حق التطلق، متغاضيا بهذا عن حالة إعلام الزوجة السابقة ورفضها للزواج هنا هل يثبت لها حق التطلق؟ وإذا كان كذلك لماذا تم إنقاصها؟

وبهذا يكون التعديل المقترح قد فصل جزءا من المادة 8 من قانون الأسرة وخصص لها مادة دون تدقيق وقد كان أولى به أن يعين مدة محددة لسقوط حق المرأة في طلب التطلق بدل خلق إشكال آخر بترع حالة علم الزوجة ورفضها.

### معاينة مخالف شرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة :

المادة 8 مكرر 1 قد نصت على جزاء مخالفة شرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة وهذا لجعل المادة 8 أكثر فعالية ولكي لا نقول أكثر إلزامية فالمادة التي لا ترتب جزاء على مخالفتها نجدها أكثر عرضة للحرق.

ولهذا رتب على مخالفة شرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة وفقا للشروط المحددة في المادة 8 جزاء الفسخ للزواج الجديد لكن قبل الدخول، ونسطر على عبارة قبل الدخول، فرغم ما تهدف إليه من حماية ما ينتج عن الزواج الجديد من أولاد، فإنها تعود بنا إلى نقطة البداية قبل ترتيب الفسخ، خاصة أن عقود الزواج عندنا تتم بصفة شرعية وبعد الدخول يتم اللجوء إلى القضاء لتسجيلها، وبالتالي يتم الإفلات من عقوبة الفسخ.

لهذا كان على التعديل المقترح أن يضيف للمادة 8 مكرر 1: " أنه في حالة الدخول فإنه تفرض على الزوج المخالف ولو عقوبة مالية "، هذا إذا سلمنا بضرورة وأهمية الحصول على إذن من القاضي وإعتماد الشرط أصلا.

### المبحث الثاني: تخلف أركان وشروط عقد الزواج وآثاره :

#### المطلب الأول: تخلف أركان وشروط عقد الزواج

إن عقد الزواج يكون صحيحا إذا إستوفى أركانه وشروطه المطلوبة في المادة التاسعة من قانون الأسرة وإستكمل العاقدان فيه شروط الأهلية طبقا للمادة السابعة من قانون الأسرة، وكان كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة .

ولقد رتب المشرع على تخلف أركان وشروط عقد الزواج كلية أو بعضها إما وصف البطلان وإما وصف الفساد، متأثرا بأحكام التشريع الإسلامي فإستعمل مصطلحي الباطل والفساد وهو ما جاء في الفصل

الثالث من الباب الأول للكتاب الأول في قانون الأسرة، فلقد ذهب المشرع إلى أن البطلان أقوى من الفساد في السبب، وكلما قوى السبب كان الزواج باطلا ولكن متى يترتب جزاء البطلان وكذا الفساد على عقد الزواج ؟

بذلك، فإن عقد الزواج وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، إما أن يكون صحيحا أو غير صحيح، الذي ينقسم بدوره إلى قسمين زواج باطل وزواج فاسد. وقد نضمها المشرع الجزائري في المواد من 32 إلى 35 من ق.أ.

### الفرع الأول: الزواج الباطل

**تعريفه:** هو كل عقد زواج فقد ركنا من أركانه الأساسية، وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب عليه أثر شرعي إذ أن وجوده وعدمه سواء ويجب التفريق بين الزوجين<sup>(1)</sup>.

أ- أسباب بطلان عقد الزواج: يبطل عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري في الحالات التالية:

فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي "الرضى": المنصوص عليه مواد 4، 9، 33 من قانون الأسرة، بذلك إذا لم يتم تطابق الإيجاب والقبول يعتبر الزواج باطلا ويفرق بين الزوجين ويثبت النسب طبقا للمادة 33 الفقرة الأولى من قانون الأسرة\*\* يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضى\*\*

- كل زواج بإحدى المحرمات: المتمثلة في وجود مانع شرعي متمثلة في الموانع المؤبدة والمؤقتة فيبطل في هذه الحالة قبل الدخول وبعده ويثبت النسب ويجب الاستبراء طبقا للمادة 34 من قانون الأسرة\*\* كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء\*\* في هذه الحالة إذا لم يكن يعلم أحد طرفين إذا كان على علم يعتبر جريمة الرضى

- اشتغال العقد على الشرط يتنافى مع الغرض من الزواج: فقد نص المشرع الجزائري على بطلان عقد الزواج إذا اشتمل على مانع مؤبدة والمؤقتة أو شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج الأمر الذي تضمنته المواد 32، 35 من قانون الأسرة التي تنص\*\* إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا. \*\* وقد يقصد بالشروط المنافية كل شرط لا يتفق مع الغاية والغرض من عقد زواج لأن الزواج عقد مقدس .

### ب- الآثار المترتبة على عقد الزواج الباطل:

- لا توارث بين الزوجين حسب المادة 131 من قانون الأسرة\*\* إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين\*\*
- ثبوت النسب وهذا حفاظ على حقوق الأطفال المواد 34، 40 من قانون الأسرة
- لا تستحق الزوجة الصداق سواء أكله أو جزء منه.

(1) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 376.

- وجوب الاستبراء من المرأة المدخول بها ويقصد به حساب ثلاث حيضات أي أن المرأة تعتد بهذه الفترة.
- بطلان الزواج من النظام العام ولا يترتب أي أثر من آثار عقد الزواج، ويجوز للقاضي أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة أن يتقدم تلقائيا لإبطال عقد زواج.

### الفرع الثاني: الزواج الفاسد:

. تعريفه: كل زواج تحقق فيه ركن الرضى لكنه فقد شرطا من شروط صحته، ويكون رغم ذلك فاسدا قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل أي هذا الزواج يصحح بالدخول مادة 33 من قانون الأسرة التي نصت \*\* إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه. يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. \*\*

ومن حالات فساد الزواج تلك التي حصرتها في المادة 33 من قانون الأسرة \*\* إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه \*\*.

### آثار الزواج الفاسد:

- يفسخ قبل الدخول ويصحح بالدخول أما في الحالة زواج بدون ولي في حالة وجوبه يجوز هنا للولي أن يطلب فسخ الزواج حتى بعد الدخول الأمر الذي نص عليه مشروع الجزائري 326 من قانون العقوبات الفقرة 2.
- إذا فسخ عقد الزواج الفاسد قبل الدخول لم تستحق الزوجة الصداق في كلا الحالتين (نصف أو كله).
- إذا ثبت فساد الزواج بعد الدخول فإن الزوجة تستحق صداقها إذا كان معلوما والمثل مجهولا ويثبت النسب وتعتد الزوجة وتوارث الزوجان.
- يعتبر عقد الزواج فاسد بعد الدخول الشبهة ولا يطبق حد الزنى.
- ومن الأنكحة الباطلة في المذهب المالكي نجد نكاح الشغار، المتعة، نكاح التحليل، نكاح السر، نكاح المريض مرض الموت.

### المطلب الثاني: آثار عقد الزواج

#### الفرع الاول: حقوق وواجبات الزوجين

أهم الآثار التي تترتب عن عقد الزواج تتمثل في الحقوق والواجبات للزوجين وقد نصت المادة 36 من قانون الأسرة \*\* يجب على الزوجين

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة
- التعاون على المصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم

- التشاور في تسير شؤون الأسرة وتباعد الولادات
- حسن المعاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربهم واحترامهم وزيارتهم
- المحافظة على روابط القرابة مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف. \*\*

كما اعترف المشرع الجزائري بالذمة المالية المستقلة لكل من الزوجين في المادة 37 من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي \*\* لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في أي عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما. \*\* وهذا للفصل في التراعات كما يجوز للزوجين أن يشترط ما شاء من الشروط الغير متنافيه مع مقتضيات عقد الزواج المادة 19 من قانون الأسرة التي تنص \*\* للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في أي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريها ضرورية ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون. \*\*

#### الفرع الثاني: إثبات النسب

يقول تعالى في كتابه العزيز الحكيم: "وهو الذي خلق الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"<sup>(1)</sup>.

يعتبر النسب كأثر مترتب عن الزواج حقا أساسيا وأصليا، بواسطته تثبت للشخص جميع حقوقه الشخصية الأخرى، ذلك أن أول سؤال يطرح للطفل هو: من أنت ... ؟ أو ابن من أنت ؟، فإذا ما ثبت نسبه تثبت له سائر الحقوق الأخرى بصورة تلقائية وطبيعية وشرعية، ومنها: الاسم واللقب والموطن، أما إذا لم يثبت نسبه أو لم يعلم له نسب فإن هذه الحقوق تنقرر للطفل، ولكن على أساس آخر غير أساس ثبوت النسب، فثبتت له جنسيته مثلا على أساس المكان الذي ولد فيه، أو عثر عليه فيه، كما تثبت ديانته على أساس الدين الغالب في ذلك المكان، أما حقوقه الأسرية وغيرها من الحقوق الخاصة كالخضانة والنفقة، فتتحوّل من حقوق خاصة إلى حق اجتماعي عام تتولى الدولة تقريره للطفل المجهول نسبه، عن طريق المؤسسات التي تنشأ تحت إشرافها لهذا الغرض.

و أمام هذه الأهمية الكبرى للنسب، وسعيا للمحافظة على الأنساب والروابط الأسرية سعت الشريعة الإسلامية إلى سد جميع سبل اختلاط الأنساب بتحديداتها تحديدا دقيقا وواضحا سبل إثباته، وهو نفس النهج

(1) - الآية 54 من سورة الفرقان .

الذي سار عليه المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، وقبل التحدث على هذه الطرق وجب علينا أولا وقبل كل شيء إعطاء تعريف جامع مانع للنسب، فما هو النسب؟

عرف النسب الشرعي بأنه القرابة الناشئة من صلة الدم بالتناسل، والبنوة هي نسبة الولد إلى أبيه<sup>(1)</sup>.

وعرف أيضا: بأنه إحقاق الولد بأبيه قانونا ودينا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد، فالنسب إذن هو إحدى أهم قواعد تشريع الأحوال الشخصية لأهمية دوره في ضمان انسجام التشريع مع آثاره، وقبل أن يتصف هذا الإحقاق بأية صفة أخرى فهو إحقاق للحق وإبطال للباطل، لأنه إثبات لواقعة اللقاء الجنسي بين ذكر وأنثى كان سببا في هذا النتاج من جهة، ولأنه رفع للظلم الذي يتعرض له طفل بريء بجهد نسبه ولم يفعل ما يجلب له ظلم الظالمين<sup>(2)</sup>.

وعرف أيضا بأنه هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة وينبني عليه الميراث، وينتج عنه موانع الزواج، ويترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية، أما النسب غير الشرعي فلا يترتب عليه شيء من ذلك إطلاقا، وهو بالنسبة للأم كالشريعة لأنه ولدها<sup>(3)</sup>.

وعليه وإذا كان تعريف النسب لا يثير أي إشكالية، وهو متفق عليه في كل التشريعات، فإن الحال غير ذلك في طرق إثباته، وهو ما دعا كل التشريعات الإسلامية والدولية إلى إعطائها أهمية خاصة وتمييزة، فهل وفق المشرع الجزائري في تحديد طرق إثبات ونفي النسب؟ خاصة مع التطور العلمي المذهل الذي شهده العالم في الآونة الأخيرة؟

فمتى كانت الإجابة بلا أو بنعم إلى حد ما، فما هي الطرق المكتملة لذلك؟ ثم ما جدواها في حل الإشكالية التي يثيرها إثبات النسب ونفيه أمام القضاء؟

وذلك ما سنحاول معالجته من خلال تركيزنا على تبيان كل من طرق إثبات ونفي النسب الشرعية، وكذلك الطرق المستحدثة فيه، ومدى استفادة المشرع والقضاء منها.

### أولا: الطرق الشرعية في إثبات النسب ونفيه:

**1- طرق إثبات النسب:** تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة، وبكناح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، طبقا للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون".

(1) - عمر فروخ - المرجع السابق - ص 98.

(2) - فضيل سعد - المرجع السابق - ص 120

(3) - العربي بلحاج - المرجع السابق - ص 188

و بالتمعن في أحكام هذه المادة يمكننا تقسيم طرق إثبات النسب إلى طريقتين أو سببين: سبب منشئ، بمعنى أنه لا يحتاج إلى دليل، وهذا السبب تدخل تحت طائلته كل أنواع النكاح، وسبب كاشف له فقط، أي يعيد إدماجه إدماجاً قانونياً، وهذا الأخير يدخل تحت طائلته الإقرار والبينة وهذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

أ - الأسباب المنشئة للنسب: ينشأ النسب بالنكاح سواء كان صحيحاً أو فاسداً، وكذلك بنكاح الشبهة، وقبل التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في هذه الأنكحة والتي هي تقريباً مشتركة بينها - كما حددت ذلك المادة 41 - لا بد أن نعرف بهذه الأنكحة وذلك وفقاً لما يلي:

### \* الزواج الصحيح:

و يقصد به الزواج الذي تتوافر فيه أركان الانعقاد وشروط الصحة طبقاً لمقتضى المواد 9 و23 وما بعدها<sup>(1)</sup>.

إذن إذا كان الزواج كامل الشروط والأركان عد زواجا صحيحاً وصالحاً لإثبات النسب، دون اشتراط بينة أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسب الولد إليه، وهذا متى كان تصور مجيء الولد من هذه الزوجية القائمة ممكناً حتى يكون كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>(2)</sup>.

\* الزواج الفاسد: لقد ورد في المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: " يثبت النسب ..... وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون".

\* نكاح الشبهة: ويقصد به النكاح الذي يقع خطأ بسبب الغلط الذي يقع فيه الشخص كأن يتزوج الشخص بإحدى المحرمات عليه معتقداً أنها حل، وبعد الدخول تبين أنها أخته مثلاً. وهو زواج يقع بالخطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص فمن وطأ امرأة ظناً منه أنها حليلته، وهي حرام عليه أي جهل بالتحريم.

فإذا حملت منه فإن الحمل ينسب إليه، والشبهة نوعان شبهة عقد وشبهة فعل<sup>(3)</sup>.

شبهة عقد: هي أن يعقد على المرأة ويدخل بها فيعلم أنها محرمة عليه أو أن العقد فاسد أو باطل.

شبهة فعل: وهي أن يوطأ الرجل امرأة بغير عقد صحيح معتقداً أنها زوجته

و لكن يجب الحرص كل الحرص على ثبوت غلط الشخص فإن كان عالماً بالغلط أو الشبهة وتعمدها فالزواج باطل ولا أثر له، والولد في هذه الحالة يعتبر ولد زناً.

(1) - فضيل سعد - المرجع السابق - ص 213.

(2) - محمد محدة - المرجع السابق - ص 416.

(3) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 213.

و عليه ومتى نتج عن إحدى هذه الأنكحة ولد فان نسبه يثبت لأبيه، ولكن بتوافر ثلاث شروط أساسية وهي المحددة في المادتين 41 و42 من قانون الأسرة، وهذا بياها:

- **إمكانية الاتصال الجنسي:** أي إمكانية التلاقي الجنسي بين الزوجين بصورة فعلية، لأنه إذا ثبت أو تأكد عدم الاتصال وعدم التلاقي فلا يثبت النسب، ويتحقق هذا الشرط بالخلوة الصحيحة لأنها قرينة على تسليم المرأة نفسها لاعتبار العقد شرعياً - هذا في الزواج الصحيح - أما النكاح بشبهة والنكاح الفاسد فالدخول فيه شرط أساسي لتحقيق هذا الشرط .

- **عدم نفي الولد بالطرق الشرعية:** بمعنى أن لا ينفى الزوج عنه بالطرق المشروعة، سواء قبله قبولا ضمنيا أو صريحا، والطرق المشروعة في نفي النسب هو اللعان، وهو عبارة عن اتهام الزوج زوجته بالخيانة الزوجية أثناء قيام الرابطة الزوجية بعقد صحيح مع إمكانية الاتصال، وصورته حددها الآيات 5، 6، 7 من سورة النور.

و دعوى اللعان كما هو ثابت قضاء يجب أن تباشر في مدة لا تتجاوز 8 أيام طبقا لقرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/11/23، ملف رقم 99000، والذي جاء فيه أنه " من المقرر قانونا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة .

ومن المستقر عليه قضاء، أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز 8 أيام.

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

و أن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة، وأخطأوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>(1)</sup>.

ونفس الشيء جاء به القرار رقم 165408 المؤرخ في 1997/07/08 وأيضا القرار رقم 172379 المؤرخ في 1997/10/28.

(1) - مجلة قضائية - غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 64 و67 و70.

- **ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة للحمل:** وأقل مدة للحمل محددة بـ 6 أشهر<sup>(1)</sup>، أما أكثر مدة له فإنها محل خلاف بين الفقهاء والمسلمين، إلا أن الرأي الراجح يميل إلى الأخذ بتسعة (09) أشهر، والمشرع الجزائري وحرصا منه على اجتناب الشبهات جعلها 10 أشهر ( المادة 43 من قانون الأسرة ) .

وقد ورد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19/05/1998، ملف رقم 193825 بأنه: " من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة اشهر. ومتى تبين في قضية الحال، أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة \* الولد للفراش \* مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فأنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة"<sup>(2)</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن هذه الشروط يجب أن تكون مجتمعة ليتمكن الحكم بإثبات النسب، ومتى اختل شرط انتفى النسب، وهذا طبعا فيما يتعلق بالأسباب المنشئة للنسب، ولا شك أن هذه الأحكام تختلف في الأسباب الكاشفة للنسب فما هي أحكام هذه الأخيرة ؟ هذا ما سنحاول بيانه فيما يلي:

**ب - الأسباب الكاشفة للنسب:** إذا انتفت أسباب النشوء - المشار إليها أعلاه -، أمكن إثبات النسب إما عن طريق الإقرار أو البينة، وسنوضحهما تباعا فيما يلي:

\* **الإقرار:** اللفظة في أصلها كانت تطلق على حمل النسب على الغير فقط، واستعملت أخيرا للجمع بين ما كان إقرارا بثبوت النسب على النفس أو الغير، ومن ثمة جمعت لنا القسمين معا<sup>(3)</sup>.

وقد سماه الإمام أبو زهرة بثبوت النسب بالدعوى، بمعنى أن النسب يثبت بالإقرار وحده من غير أن يقرن به ما بين وجهه لأنه إن بين الوجه كان ذلك هو السبب دون الإقرار المجرد<sup>(4)</sup>.

والإقرار بالنسب قسمين وهما:

- **الإقرار بالنسب على النفس:** وهو ما كان يطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية اسم الإستلحاق، ويعرف بأنه ادعاء المدعي أنه أب لغيره، ومن ثمة خرج لنا ادعاء من لم يكن أباً كالأم اتفاقا<sup>(5)</sup>.

و للإقرار بالنسب على النفس شروط وهي:

(1) - طبقا للقرآن الكريم، إذ ورد النص عليها في الآية رقم 15 من سورة الأحقاف، والآية 13 من سورة لقان .

(2) - المحلة القضائية السابقة - ص 73.

(3) - محمد محدة - المرجع السابق - ص 426 .

(4) - محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 395.

(5) - لأن النسب للأب لا للأم.



- أن يولد لمثله، بأن يكون المقر في سن تسمح له بأن يكون مثل المقر له ابنا له .

- أن يكون المقر له مجهول النسب، لأنه إن كان معلوم النسب لا يصادف الإقرار محلا للتصديق فيكذب، ولأنه لا يمكن ثبوت نسب ولد من رجلين، بل لا بد أن ينتفي أحدهما، ولا يكفي مجرد الإقرار لنفي نسب الآخر.

- أن لا يذكر أنه ولده من زنا لأنه الزنا لا يصلح سببا للنسب- كما ذكر قبلا- لقوله صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش "، ولأن نعمة النسب لا تثبت بجريمة الزنا.

- أن يصدق المقر له إن كان من أهل التصديق بأن كان مميزا و لا حاجة إلى التصديق إذا كان الولد غير مميز.

- **الإقرار بالنسب على الغير:** أي تحميل النسب على الغير<sup>(1)</sup> بمعنى أن الإقرار في هذا النوع لا ينسب فيه الشخص المقر له بالنسب إلى النفس، ولا ينتسب هو إلى غيره، وإنما شخص ثالث يحمل نسبه على غيره، ومن ثمة قيل بأن النسب فيه متعدد متى توافرت شروطه الأربعة.

و لكن لكي ينتج هذا النوع من الإقرار أثره فلا بد من الإضافة إلى شروط الإقرار بالنسب على النفس الشرط التالي:

- تصديق المحمول عليه النسب لهذا الادعاء، وهذا وفق ما جاء في نص المادة 45 من قانون الأسرة، ومن هذا يتضح جليا أن الإقرار بالنسب على الغير لا يملكه المقر، ولا يملك غيره إلا بالتصديق له، كما أن الآثار الناتجة عن هذا الإقرار منصرفة إليه دون غيره من الأقارب، بخلاف الإقرار بالبنوة فإنه بثبوت نسبه من أبيه تثبت الأخوة بينه وبين بقية الأبناء، ويشاركهم في الميراث من أبيهم وإن توفي أحدهم ورثه ولا يستطيع غيره رده أو منعه من ذلك .

إضافة إلى هذا فان المالكية اشترطوا لكي يتم النسب بهذا النوع أيضا شهادة شخصين عدلين أو قيام بينة فان لم يكن هذا ولا ذاك لا يثبت النسب<sup>(2)</sup> غير أن هذا الرأي غير مأخوذ به في قانون الأسرة الجزائري

و لقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 15/12/1998، ملف رقم 202430 ما يلي: " من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار -... ولزم الإقرار لحمل في بطن المرأة.... -الح .

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد .

(1) - أبو زهرة - المرجع السابق - ص 395.

(2) - محمد محدة - المرجع السابق - ص 432 .

و متى تبين في- قضية الحال - أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و 461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة .

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفء بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لان الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار .

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق.

وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق، فأنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسيب" (1).

ومن آثار الإقرار أنه حجة قاصرة على المقر دون غيره معنى ذلك أن أثر الإقرار لا يتجاوز المقر من أحكام، ولهذا كان للإقرار آثاره بالنسبة للمقر فقط دون غيره (2).

وإذا كان ثبوت النسب عن طريق الإقرار يعتبر من الأحداث الخطيرة التي يمكنها قلب الموازين وخلط الصالح بالطالح، وذلك بالحضور والادعاء أن ولدا ما ولده ولو كان ولد زنا، فإنه وجد طريق آخر أكثر موضوعية يثبت به النسب وهو البينة، كما أننا نرى أن الإمام مالك كان محقا عندما اشترط في إقرار النسب على الغير وجود بينة، فما هي البينة باعتبارها طريقا لإثبات النسب وما هي أحكامها ؟

هذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

\* البينة: ويقصد بها كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات القانونية والشرعية مما ورد النص عليها في قوانين الإجراءات أو لم يرد (3).

و عرفت أيضا بأنها: الحجة ويطلقها جمهور الفقهاء على معنى مرادف وهو الشهادة، ويعلق ابن القيم على هذا فيقول: " البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين لم يوف مسماها، ولم تأت البينة في القرآن قط مرادا بها الشهادة، وإنما أتت مرادا بها الحجة " ويكون الإثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول (4).

(1) - المحلة القضائية السابقة، ص 77 .

(2) - عبد الرحمان الصابوني - المرجع السابق - ص 175 .

(3) - عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 190 .

(4) - محمد محدة - المرجع السابق - ص 432 .

والإقرار كما أكد أغلب الفقهاء يقوم على التصديق بين المقر والمقر له بينما البينة لا يلزم لإثبات النسب بها إقرار المراد إثبات نسبه أو تصديق للمدعي .

وعليه فانه يبدو جليا من خلال ما تم عرضه أن المشرع الجزائري اعتمد قاعدة أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد منتهجا في ذلك منهج الشريعة الإسلامية السمحاء.

لكن إذا كان الحال كذلك في طرق إثبات النسب، فما هو الحال في طرق نفيه، هذا ما سنحاول توضيحه في النقطة الموالية :

## 2 - طرق نفي النسب: لقد جاء في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري: "أن الولد ينسب لأبيه

..... ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وما يهمنا في هذه المادة هو معرفة الطرق المشروعة التي يقصدها المشرع في نفي النسب خاصة أن اجتهادات أغلب الفقهاء والقانونيين استقرت على أن الطريقة الوحيدة لنفي نسب الولد هي اللعان، وهو الإتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها، فإلى أي حد يمكن اعتبار هذا الإجتهد وهذا الرأي صائبا؟ وهل يمكن الإعتماد على طرق أخرى لنفي النسب؟ وما موقف المشرع الجزائري منها؟

الراجع - كما سبق القول - لدى كل الفقهاء والقانونيين أن النسب لا يمكن نفيه إلا باللعان إلا أن الدكتور عبد الرحمن الصابوني<sup>(1)</sup> ومعه الدكتور عمر فروخ<sup>(2)</sup> لهما وجهة نظر أخرى في طرق نفي النسب نحاول تلخيصها فيما يلي:

إذ يرى الدكتور الصابوني ومن معه: "أنه إذا ثبت نسب الولد بالزواج مع توافر شروطه فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان.

أما إذا لم يستوف النسب بالزواج شروطه فحينئذ لا يعتبر النسب صحيحا كما لو ثبت عدم اللقاء بين الزوجين أو أثبت أحدهما استحالة إنجاب الآخر ولدا، وحينئذ يجوز نفي نسبه لعدم تحقق شروط إثباته.

وفي جميع هذه الحالات يجب ألا يصدر عن الزوج دلالة على الاعتراف بالنسب، لأنه يشترط لنفيه أن يكون عقب الولادة أو خلال فترة التهنئة أو حين العلم بها وأن لا يصدر عنه أي شيء يدل على رضاه بالولد، بل أن حتى سكوته خلال هذه الفترة يعتبر اعترافا بالولد، ومتى ثبت النسب فلا يجوز نفيه لأنه لا يقبل الفسخ بعد ثبوته".

وصور نفي النسب كما حددها الدكتور الصابوني وفقا للقانون السوري هي:

(1) - عبد الرحمن الصابوني - المرجع السابق - ص 182 وما يليها .

(2) - عمر فروخ - المرجع السابق - ص 101 .

أ - نفي النسب عن طريق إنكار ولادة الولد: يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته لنفي نسب الولد إذا كان يجهل أنها حامل قبل ولادتها، إذ أن علمه مع سكوته بحمل زوجته لا يتيح له نفي النسب إلا إذا ادعى عدم العلم، وإذا عجز الزوج عن إثبات ذلك فالقول قول المرأة لأن الأصل صحة النسب بصحة الولادة ما دام عقد الزواج صحيحا وشروط النسب متوفرة .

و يجوز للزوجة إثبات الولادة بشهادة القابلة أو غيرها لان شهادة المرأة الواحدة في هذه الحالة تكفي .  
ولا يجوز نفي الولادة بعد إقرار الزوج بها صراحة أو دلالة.

ب- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب: إذا صحت واقعة الولادة من الزوجة وفي عقد زواج صحيح، فلا يثبت نسب الولد إذا كان الزوج ممن لا يتصور منه حدوث الحمل سواء كان صغيرا، مراهقا أو كبيرا، عقيما أو مصابا بمرض جنسي يحول دون الإنسال، ونفي النسب في مثل هذه الحالة نفي قاطع ولو أقر الزوج أن الولد ابنه لأن من شروط الإقرار بالنسب كما ذكرنا - أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر، وما دام هناك مانع من الزوج لصغر أو مرض قرر الأطباء استحالة إنساله فان نسب الولد لا يثبت.

ج - نفي النسب لعدم مرور الفترة المحددة للحمل: للزوج نفي نسب الولد إذا جاءت به زوجته لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد أو لأكثر من سنة<sup>(1)</sup>، غير أنه في هذه الحالة يجوز للزوج الإقرار بنسب الولد.

و في جميع الحالات لا يثبت نسب الولد إذا أقر أنه ابنه من زنا.

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة حمل هي 6 أشهر يتكون الجنين ويولد حيا أي مضت 6 أشهر بتاريخ الدخول وقد أستمد ذلك من الأيتين الكريمتين<sup>(2)</sup> لقوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحملته وفصاله ثلاثون شهرا" وقوله أيضا "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهننا على وهن وفصاله في عامين".

في الآية الأولى قدرت مدة الحمل ب 30 شهرا أما الآية الثانية فقدرت ب 24 شهرا، وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الجزائري في مادة 42 من قانون الأسرة **\*\*أقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر\*\*** يبدأ من يوم الدخول الحقيقي أو من تاريخ العقد.

### أقصى مدة الحمل:

اختلف الفقهاء في تحديد أقصى تاريخ للحمل اختلافا كبيرا لانعدام النص الصريح، وأعتمد التحديد على ما جرت به العادة في ولادة النساء لذلك فإن أقصى مدة للحمل هي 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة كما

(1) - طبقا للقانون السوري، بخلاف القانون الجزائري الذي حدد أقصى مدة للحمل بـ 9 أشهر .

(2) - محمد وافي، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، 2003، ص 203.

نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه **\*\*ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.\*\***

**د - نفي النسب عن طريق اللعان :** إذا توافرت شروط النسب فان الولد يثبت من أبيه بيقين، ولا يصح نفيه إلا بعد اللعان وبحكم من القاضي في الحالات التي تجوز فيها الملاعنة بين الزوجين .

وعلى هذا يكون اللعان بين الزوج وزوجته التي جاءت بولد خلال فترة الحمل المقررة شرعا وكان الزوج ممن يتصور حدوث حمل منه وثبتت الولادة إلا أنه يشك بل يعتقد أن الولد جاء نتيجة صلة غير شرعية أو خيانة زوجية، ولهذا أجاز الشارع لمثل هذا الزوج أن يلجأ إلى اللعان إذا تعذر عليه إثبات اتهامه لزوجته .

واللعان يكون في حالتين: إذا قذف الزوج زوجته أي اتهمها بالزنا وفي حالة نفي نسب الولد منها .

والواقع أن هذه الطرق التي اعتمدها الدكتور الصابوني ومن معه في نفي النسب منطقية ومعقولة إذا ما قارناها بشروط إثبات النسب المحددة في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري وهي: - وجود عقد زواج شرعي، وإمكانية الاتصال بين الزوجين، وعدم نفيه بالطرق المشروعة.

وهذه الشروط كما بينا سابقا مرتبطة ومكملة لبعضها البعض، وعليه فان تخلف شرط منها يترتب عليها عدم ثبوت النسب، ومن ثمة وإعمالا لمفهوم المخالفة فإنه يمكن الاعتماد على انتفاء شرط من هذه الشروط لنفي النسب.

والحال غير ذلك في اللعان الذي تجتمع فيه الشروط المحددة في المادة 41 والتي بتوافرها يفترض ثبوت النسب، إلا أن الأب يتدخل بسلوك إيجابي فيقوم بنفي ذلك الولد عن طريق اللعان.

والغريب في الأمر أن المحكمة العليا اعتمدت في قراراتها على اللعان فقط في نفي النسب ضاربة بذلك عرض الحائط الحالات الأخرى، ورغم أنه يتجلى بوضوح عند قراءة حيثيات قراراتها استحالة قيام النسب بين الولد المنفي والأب المزعوم (الطاعن)، وذلك لتخلف إحدى شروط المادة 41 من قانون الأسرة، وكذا المادة 42 من نفس القانون، ولدينا في هذا الصدد قرارات كثيرة نذكر منها القرار رقم 165408 المؤرخ في 1997/07/08 والذي جاء فيه: " من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر.

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز 8 أيام .

ومتى تبين- في قضية الحال - أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة .

وإن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن<sup>(1)</sup> .

ولقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي:

" عن الوجه الثالث: - المأخوذ من مخالفة المادة 42 من قانون الأسرة بدعوى أن قضاة الموضوع عندما قضوا بإثبات نسب الولد للطاعن فقد خالفوا نص المادة المذكورة التي تقضي بأن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر، مع أن المطعون ضدها قد وضعته بعد 16 شهرا من غيبة الطاعن بفرنسا.

لكن وحيث أن المادة 42 من قانون الأسرة لا تنطبق على دعوى الحال لأن ولادة الطفل موضوع النزاع قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين والطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة، وأن دعوى الغيبة لا معنى لها طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة، التي طبقت قاعدة " الولد لفراش، وللعاهر الحجر"، وعليه فهذا الوجه، كسابقه غير مؤسس "

و أيضا القرار رقم 204821 المؤرخ في 1998/10/20<sup>(2)</sup>.

غير أنه يلاحظ من جهة أخرى أن المحكمة العليا رفضت في قرار آخر إثبات النسب على أساس عدم توافر شرط المدة وذلك في القرار رقم 210478 المؤرخ في 1998/11/17<sup>2</sup> والغريب من خلال كل ما سبق أن المحكمة العليا ترفض إثبات النسب في حالات انتفاء أحد شروط المادتين 41 و42 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه في الحالة العكسية أي الحالات التي يطلب فيها نفي النسب على أساس انتفاء الشروط المذكورة أعلاه فإنها ترفض على أساس أن الولد لم يتم نفيه باللعان . فأبي منطق هذا الذي يجعل شروط المادتين 41 و42 واجبة التحقق فقط في دعاوى إثبات النسب دون دعاوى نفي النسب ؟

و الواقع هنا أننا لا ندرك فحوى المشكل الذي قاد إلى هذا التفسير الخاطئ في أن اللعان هو الطريقة الوحيدة لنفي النسب، مع أن قانون الأسرة الجزائري الساري المفعول واضح عند وضعه شروط إثبات النسب، هذه الأخيرة التي يترتب على تخلف أحدها بالضرورة نفي النسب.

ولكن ولتجنب مثل هذه التأويلات الخاطئة للقانون فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع بتبيان طرق نفي النسب وتحديدتها تحديدا دقيقا كما فعل في طرق إثبات النسب، وحيث لو فصل المشروع التمهيدي المقترح الخاص بقانون الأسرة في هذا، لكن للأسف الشديد فقد تجاهل في مقترحاته هذه النقطة رغم أهميتها.

وعموما وإذا كان إثبات النسب بالطرق الشرعية متفق عليها في كل التشريعات خاصة منها الإسلامية، فإن الحال غير ذلك في إثبات النسب بالوسائل العلمية. فكيف ذلك ؟ هذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

(1) - المحلة القضائية السابقة - ص 67 .

(2) - المحلة القضائية السابقة - ص 82 و73.

## ثانيا: الطرق العلمية في إثبات ونفي النسب :

في طي الثورة العلمية التي شهدتها البشرية خاصة فيما يتعلق بعلم الجينات واستكمال الخريطة الوراثية التي انعكست على مواد الإثبات المدنية والجزائية، ونقلتها نقلة نوعية من غياهب طرق الإثبات التقليدية إلى الحقيقة العلمية الواضحة والدقيقة، وقد برز دورها جليا خاصة في مجال إثبات النسب ونفيه الذي استقطب كثيرا من الجدل الفقهي والقانوني بين رافض لها وآخذ بها، فما هو موقف المشرع الجزائري منها في ظل التشريع الساري المفعول؟ وهل من جديد في مشروع التعديل؟ وإن كانت الإجابة بنعم، فما قيمة هذا التعديل

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا الصدد ولكن بعد إعطاء نظرة موجزة عن أهم الوسائل العلمية المستحدثة في إثبات النسب، فما هي هذه الوسائل؟

من أهم الوسائل العلمية المستحدثة خاصة في مجال طرق إثبات ونفي النسب: طريقة تحليل الدم، طريقة الحمض النووي ADN وكذا طريقة التلقيح الإصطناعي باعتبارها من مستحدثات المشروع التمهيدي المقترح (م 45 مكرر)، وهي التي سنحاول التفصيل فيها:

**1 - إثبات النسب عن طريق تحليل الدم<sup>(1)</sup>:** أو ما يطلق عليه الفحص الدموي، ويقصد به البحث عن الزمرة الدموية لإثبات الأبوة أو نفيها .

إلا أن البحث العلمي الحديث اكتشف أن تحليل الدم وسيلة لنفي الأبوة أكثر منه وسيلة لإثباتها، إذ أن الجرم بتنافر فصائل الدم بين الابن المزعوم والأب دليل على أنه ليس ابنه.

و الملاحظ أنه باستقراء مواد قانون الأسرة المتعلقة بالنسب، نلاحظ أن المشرع لم يتطرق إطلاقا إلى إثبات أو نفي النسب عن طريق تحليل الدم، إلا أن المحكمة العليا فسرت سكوت المشرع بالرفض، وذلك طبقا للقرار الصادر عنها بتاريخ 15/06/1999، ملف رقم 222674 الذي جاء فيه: "... و من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

و متى تبين - من قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خيرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فأنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>(2)</sup>.

(1) - التحليل المعلمي عرف في صدر الإسلام في قضية جنائية: قصة الشاب الذي أتمته الفتاة بالاعتداء على شرفها، وهي مقتبسة من محاضرة أحكام استخدام الوسائل العلمية في إثبات وتقويم البيانات - للدكتور السوداني إبراهيم أحمد عثمان .

(2) - المحلة القضائية السابقة - ص 88.

وقد جاء في حيثياته خاصة الوجه المثار تلقائيا من المحكمة العليا والمأخوذ من تجاوز السلطة .

"حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسب للطاعن أم لا .

حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس " .

وعموما - وبغض النظر عن قرار المحكمة العليا - فانه قد تم الاتفاق على أن وسيلة تحليل الدم هي وسيلة لنفي النسب وليس لإثبات النسب مع احتمال نفي أبوة قد تكون فعلا صحيحة، وعليه ابتعد القضاء عن استخدام هذه الوسيلة كدليل إثبات خاصة بعد اكتشاف وسيلة علمية قاطعة هي الحمض النووي ADN

## 2- إثبات النسب عن طريق الحمض النووي(ADN)

إن تطور العلوم البيولوجية أمكن الجزم بصورة دليوية قاطعة بأن نقطة دم أو مني أو شعر أو أي خلية بيولوجية أصبح الآن من الممكن نسبتها إلى صاحبها اعتبارا أن لكل شخص صورة خاصة به من تراكيب الحمض النووي ؟. ADN باستثناء التوأم الحقيقي، فما هو الحمض النووي

الحمض النووي<sup>(1)</sup> عبارة عن مادة غير حية موجودة داخل الخلايا، وهي مورثات موجودة داخل الحامض الريبي المنقوص الأكسجين Acide Soxyrihennculigne ويرمز لها بالمختصر ADN إذ يشكل هذا الحامض المادة الأساسية المكونة للكروموزومات التي يبلغ عددها 23 زوجا في كل خلية، وتضم كل خلية أربع مجموعات كيميائية، بيولوجية لها أهمية خاصة في حياة الخلية وهي متصلة ببعضها البعض في شكل لولبي.

وتعد الثلاثة أنواع من المجموعات الأربع، وهي البروتينيات والسكريات والدهنيات بمثابة قوالب الإسمنت أو كتل الحجارة المستعملة في البناء، وتمثل المجموعة الرابعة، وهي الأحماض النووية المحتوية على الحمض الريبي المنقوص الأكسجين ADN مادة الإسمنت الرابطة بين تلك الكتل والقوالب المدعمة لقيام بناء معين، وهذا الحمض يعمل كأنه حامل استعلامات خلوية، حيث يوجد بنواة الخلية ويضبط نشاطها.

ويمثل كل حمض أميني في الحمض النووي الريبي المنقوص الأكسجين ADN عن طريق مجموعة معينة متكونة من ثلاثة أسس مزدوجة وتتم معرفة تلك المجموعات عن طريق قراءة تلك الأزواج بثلاث وثلاثين، مما يعطينا الدليل الكامل لبروتينية واحدة، وهذا الترتيب يشبه في شكله \* الأعمدة المشفرة.

(1) - مواقع عربية إسلامية على الانترنت WWW.WIDLEAST.COM , WWW.SEERV.COM



ويمثل الحمض النووي ADN الدليل الوراثي الذي يسمح للكائنات الحية بنقل خاصيتها إلى أنسائها، ومن المعروف أن الخلية البشرية تحتوي على 46 صبغيا تشكل 23 زوجا من الكروموزومات بصفة عادية، إلا أن الخلايا التناسلية المذكورة والمؤنثة ليس لها إلا نصف هذا العدد، وأنها عندما تتحد في خلية واحدة فهي تؤلف جينة جديدة ليعود العدد الأصلي للكروموزومات كما كان من قبل، أي 23 زوجا صبغيا، وتحتوي الخلايا التناسلية كسائر الخلايا البشرية الأخرى على الحامض النووي ADN وعندما تتحد الخلية الذكرية مع البويضة في خلية جديدة فإن هذه الأخيرة تتضمن شيئا من الحامض الذكري وشيئا من الحامض الأنثوي، ورغم أن التكوين الكيميائي للحمض النووي ADN كان قد تحدد سنة 1923 فإنه لم يتم الاكتشاف بأن هذا الجزئي متكون من سلكين ملفوفين على بعضها البعض في شكل لولبي إلا سنة 1953 من طرف العالم البريطاني CRICK- CHF والعالم الأمريكي WATSON- DJ .

وفي سنة 1985 قدم الدكتور ALEX-

ولا شك أن هذه التقنية أصبحت اليوم تفتح آفاقا واسعة في مادة الإثبات ذلك أن منطقة الحمض النووي للعتاد الخلوي المأخوذة من جسم متى تطابقت المنطقتان فإن ذلك يكون محققا، بل يكاد يكون مطلقا ودليلا قاطعا على أن العتاد الخلوي ناتج عن الشخص نفسه ما عدا في حالة التوأم أحادي البويضة، حيث يكون التحقق ناقصا<sup>(1)</sup>.

#### د - موقف المشرع الجزائري:

إذا كانت جل التشريعات الإسلامية والدولية تجيز الالتجاء إلى الوسائل العلمية كأدلة في إثبات النسب أو نفيه، فإن موقف المشرع الجزائري ظل غير واضح وذلك من خلال ما جاء في المادة 40 التي تنص على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون " .

وتنص فقرة ثانية: " ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " .

و بذلك يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، مع مراعاة طبعها ضرورة توفر الشروط العامة للنسب، وكل هذا يعد تسهيلا في طرق الإثبات في هذا المجال تماشيا مع التطور العلمي<sup>(2)</sup>.

بذلك يكون قد أصاب بتدخله بنص خاص يجيز اعتماد الوسائل العلمية كطرق لإثبات أو نفي النسب خاصة مع أهميتها التي أصبحت من المستحيل إنكارها أو تجاهلها، خاصة أنها تعتبر وسيلة لردع الزوجات اللاتي لا يتقين الله في بيوتهن، وبذلك يتم منع اختلاط الأنساب، وكذلك وسيلة لردع الآباء عديمي المسؤولية، وذلك

(1) - مجلة الشرطة - العدد 65 - أبريل 2001 - مقال كتبه رئيس مجلس قضاء سكيكدة.

(2) - المرزوقي عائشة، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، 2003، ص 23.

يمنع تعسفهم في نفيهم لأبنائهم، لا لمجرد شيء سوى إشباع غريزة الانتقام أو بغية التهرب من مسؤولياتهم اتجاههم.

إلا أنه ومع ذلك فإن ما يعاب على هذا هو قصوره كونه لم يبين ولم يوضح كيفية اعتماد هذه الوسائل في القضاء والإجراءات الواجب اتباعها، بل أنه لم يشر حتى إلى المخابر المتخصصة في ذلك. وفي الحقيقة فإن المقترح الجديد بشكله هذا يكون قاصراً، ويكون بذلك قد قذف بالقاضي مرة أخرى في هوة عميقة يصعب الخروج منها.

أما عن موقف الشريعة الإسلامية فإننا لا نرى أن في هذه الأحكام ما ينافيها، فالدين الإسلامي الحنيف دين صالح لكل زمان ومكان يتماشى ومقتضيات كل عصر، وبذلك وإعمالاً لمبادئ الاجتهاد فإنه طالما كانت هذه الوسائل لها فائدتها وأهميتها في المجتمع، وطالما أنها لا تتناقض ومبادئ الشريعة الإسلامية فإنه يمكن الاعتماد عليها والأخذ بها لإحقاق الحق وإزهاق الباطل.

وقد نص المشرع في المادة 45 مكرر والمحرة على النحو التالي: " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح

الاصطناعي .

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

أن يكون الزواج شرعياً.

أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

أن يتم بماء الزوج وبويضة زوجته دون غيرها.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ."

وفي الحقيقة فإن هذه المادة ما هي إلا تأكيد آخر للاتجاه نحو اعتماد وتكريس الطرق العلمية المستحدثة في مجال النسب. وبذلك فإنه يجدر بنا طرح عدة أسئلة أهمها: ما هو التلقيح الاصطناعي؟ وما هي شروطه؟ وما علاقته بالنسب؟

كل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عليها فيما يلي:

بداية فإن التلقيح الاصطناعي<sup>(1)</sup> بغية الاستيلاد (بغير الطريق الطبيعي، وهو الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة) يتم بأحد طريقتين أساسيتين: طريق التلقيح الداخلي، وذلك بحقن نطفة الرجل في الموقع المناسب من باطن المرأة، وطريق التلقيح الخارجي بين نطفة الرجل وبويضة المرأة في أنبوب اختبار في المختبرات الطبية ثم زرع البويضة الملقحة ( اللقيحة ) في رحم المرأة .

(1) - وفقاً للدراسة التي قدمها عضو مجلس الجمع الفقهي الإسلامي مصطفى أحمد الزرقاء حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب.

وقد تبين من خلال الدراسة أن الأساليب والوسائل التي يجري بها التلقيح الاصطناعي بطريقه الداخلي والخارجي لأجل الاستيلاء هي ستة أساليب بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي فيها أسلوبان، وللخارجي أربعة من الناحية الواقعية، بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعاً، وهي<sup>(1)</sup>:

#### أ - في التلقيح الاصطناعي الداخلي :

الأسلوب الأول : أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج، وتحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها، حتى تلتقي النطفة التقاء طبيعياً بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته، ويقع التلقيح بينهما ثم العلوق في جدار الرحم بإذن الله، كما في حالة الجماع، وهذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائه في المواقعة من الموضع المناسب.

الأسلوب الثاني: أن تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخلها ثم العلوق في الرحم كما في الأسلوب الأول، ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيماً، لا بذرة في مائه فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

#### ب - في التلقيح الاصطناعي الخارجي :

الأسلوب الأول: أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من مبيض زوجته، فتوضع في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة لتعلق في جداره وتنمو وتتخلق ككل جنين، ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعي تلده الزوجة طفلاً أو طفلة، وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله، ويلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عقيماً بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (قناة فالوب).

الأسلوب الثاني: أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج، وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته (يسمونها متبرعة)، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته، ويلجأون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلاً أو معطلاً، ولكن رحمها سليم قابل لعلوق اللقيحة فيه.

الأسلوب الثالث: أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة امرأة ليست زوجته له (يسميان متبرعين)، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة، ويلجأون إلى ذلك حينما تكون المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيماً بسبب تعطل مبيضها لكن حملها سليم، وزوجها أيضاً عقيم ويريدان ولداً.

(1) - المرزوقي عائشة، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المأخوذة، 200، ص 23.

الأسلوب الرابع : أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة تتطوع بحملها (ما يعرف بالأم البديلة)، ويلجأون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها، ولكن مبيضها سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفضها، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها .

هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي التي حققها العلم لمعالجة أسباب عدم الحمل .

### الضوابط القانونية لإجراء تحاليل البصمة الوراثية:

أن يكون اجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القاضي نصت عليه المادة 40 إذا يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب

كما يمكن للنيابة العامة طلب اللجوء إلى التحليل البصمة الوراثية حول قضايا نزاع النسب مثل المادة 03 مكرر **\*\*تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون. \*\*** يأخذ بالبصمة لإثبات النسب

في حالة وجود نزاع يشترط ثبوت الفراش باعتباره من الأدلة الشرعية القانونية لثبوت النسب فالشخص لإثبات نسبه بالفراش الصحيح لا يجوز إجراء البصمة الوراثية لنفسه لأنه لا ينفى في الشرع والقانون إلا باللعان طبقاً للمادة 41 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي **\*\*ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. \*\***

### الطرق الشرعية لنفي النسب

يقصد بها اللعان أو الملاعنة والتي تعني في اللغة الإبعاد أو الطرد ويوجب التحريم بين الزوجين لأن الزوج يبعد نسب الولد منه ويطرده واللعان لا يتم إلا بحكم قضائي يصدر عن القضاء بناء على طلب الزوج وهذا في حالتين<sup>(1)</sup>:

يرفع الدعوى بعد ثبوت جريمة الزنى شريطة ألا يظأ زوجته الزوج زوجته بعد ذلك

دعوى أثناء الحمل عندما يتأكد الزوج بأن الحمل الذي يبطن زوجته أو الولد الذي وضعته ليس من صلبه.

واللعان هو شهادات مؤكد بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حدّ القذف في حقه ومقام حدّ الزنى في حقها<sup>(2)</sup> قال تعالى "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين وخامسة أن لعنت الله عليه ان كان من الكاذبين ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. "

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 132.

(2) - عبد القادر الداودي، المرجع السابق، ص 363.

فقد بين الله تعالى في الآية الكريمة طريقة اللعان وهي أن يشهد الزوج 4 مرات أنه صادق فيما نسب لزوجته من فعل فاحش وفي الخامسة يلعنه الله إن كان كاذبا، ثم ترد هي بأربع شهادات بالله على أنه كاذبا وفي الخامسة تقول غضب الله علي إن كان صادقا.

ويعتبر اللعان يمين يحلفها الزوج لتأكيد ما نسب لزوجته فإن نكثت المرأة عن أداء الإيمان ولم تشهد كان ذلك دليلا على صحة دعوى الزوج وتثبت بذلك جريمة الزنى عليها.

### آثار اللعان

- وقوع الفرقة بين الزوجين بمجرد لانتهاه من اللعان.

- لا توارث بينهما إذ أن اللعان يوجب التحريم ولا تحل للملاعن أبدا وإن كان كاذبا بعد ذلك

- ينفى نسب الولد وينسب لأمه ولا توارث بين الولد والملاعن.

## الفصل الثاني: انحلال الرابطة الزوجية

لقد شرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء لقوله عز وجل: {وعاشروهن بالمعروف} ولكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق والخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سببا للائتلاف والوئام، فتصبح الرابطة الزوجية جحيما ونقمة، بعد أن كانت نعمة وسعادة، فشرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها فإن كان الزواج يهدف أساسا إلى تنظيم العلاقة الزوجية وحفظ أعراض الناس، وإثبات نسب كل مولود، فإن الزوجين يستطيعان التخلص من الرابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر شقاء، وأنه لا يمكنهما التعاشر بالمعروف، ولا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية وواجباتها وذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

والطلاق شرعاً هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية، فرفع قيد النكاح في الحال يكون بالطلاق المكمل للثلاث وفي المآل يكون بالطلاق الرجعي، واللفظ الصريح هو ما كان مشتقا من مادة " ط ل ق " والكناية هي اللفظ الذي لم يوضع لخصوص الطلاق فحسب بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق أو لمعنى آخر.

و قد جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق خاضعا لشروط تجعل إيقاعه من جانب الرجل وهو يعقد الزواج وينوي بقاءه قائما مستمرا مدى الحياة، فلا تصح مفارقة أي زوج لزوجته إلا لأسباب خطيرة يقدرها هو حسبما يملكه عليه ضميره وما توجهه العقيدة الدينية والقيم الإسلامية، فالإسلام لا يبيح استعمال حق الطلاق إلا عند الضرورة وفي الحالة التي يصعب معها إجراء وفاق بين الزوجين لوجود شقاق ونفرة بينهما.

وإذا استعمل بغير سبب أصبح بمثابة التعدي على حدود الله، كما أنه مبغوض ومكروه لقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق" وقوله أيضا: "تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتر منه العرش" وجعله الشارع الحكيم بيد الزوج يستقل بإيقاعه دون اشتراط رضی الزوجة لأن الشأن والأمر الغالب في النساء بحسب طبيعتين التي جُبِنَ عليها سرعة التأثر والإنفعال والإنقياد للعاطفة والخضوع لها أكثر من انقيادهن وخضوعهن لما يقتضيه العقل والتفكير السليم، بخلاف الرجال فإن الأمر الغالب فيهم الأناة وضبط النفس عند الغضب والتبصر في عواقب الأمور قبل الإقدام عليها فلو جُعِل الطلاق بيد الزوجة لما استقرت الحياة الزوجية وكانت معرضة لهدمها لأقل الأسباب.

ولم يشترط في الطلاق أن يكون برضى الزوجين وإتفاقهما كما في عقد الزواج إذ لو اشترط ذلك قلما يمكن إنهاء الزوجية التي لا خير في بقائها.

وبذلك قررت الشريعة الإسلامية حق الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته وطبقاً لمشيئته، إلا أنها لم تمهل حق المرأة في خلاصها من العلاقة الزوجية إذا ما جلبت لها أضراراً مادية أو معنوية بحيث تصبح لا تطيق معايشة زوجها وترى في استمرارها زيادة في البغض والكراهية، عندئذ فتح لها الشرع باباً لنوع من الطلاق تتخلص فيه من الرابطة الزوجية إذا أثبتت إضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعاً وقانوناً، وهذا ما يعرف بالتطليق أما إذا لم تستطع إثبات ذلك الضرر فتح لها باب افتداء نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه له وذلك ما يُعرف بالخلع.

وقد أقر المشرع الجزائري على غرار أحكام الشريعة الإسلامية طرق فك الرابطة الزوجية في المادتين (47-48) من قانون الأسرة اللتان تنصان على التوالي: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" والطلاق حل عقد الزواج، يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53 و54) من هذا القانون.

ويتبين من استقراءنا للمادة (47) أن الرابطة الزوجية تنحل إما لظروف خارجة عن إرادة الزوجين، تكون من صنع الله وهي الطريقة الطبيعية لانحلال العلاقة الزوجية والمتمثلة في الوفاة، وإما لظروف تتعلق بالزوجين وإرادتهما معاً أو بأحد منهما.

وعليه فإن أول طريقة ينحل بها عقد الزواج هي وفاة أحد الزوجين، فإذا توفى أحدهما فإن عقد الزواج القائم بينهما ينحل تلقائياً وبقوة القانون، فلا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله أو انقضائه، وأن سبب انحلال الزواج هذا يعتبر من صنع الله وحده ولا دخل لإرادة الزوجين فيه.

أما عند استقراءنا للمادة (48) يتضح أن المشرع قد كرس حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، طبقاً لأحكام القرآن والسنة، تحقيقاً للاستقرار وتوفيراً لأسباب الراحة الزوجية فكان من الحكمة أن يملك الرجل أمر الطلاق حين يُحكّم العقل والمنطق فهو الذي يدفع الصداق ويقوم بالإنفاق على الزوجة والأولاد ويتحمل التبعات المالية في حالة الطلاق وغير ذلك، مما يجعله يتروى كثيراً ويُحكّم التفكير قبل الإقدام على الطلاق، فلا يقدم عليه إلا بعد أن يزنه بميزان العقل غير متأثر برغبة عارضة أو غضبة تائرة لأنه أكثر إدراكاً وتقديراً لعواقب الأمور خاصة إذا كان له أولاد من زوجته.

و هناك طريق آخر منح للزوجين لفك الرابطة الزوجية طبقاً للمادة (48) المذكورة أعلاه، فسمح القانون للزوجين أن يتفقا على الطلاق وينهيان بذلك العلاقة الزوجية بينهما بإرادتهما المجتمعة وهو منطوق سليم لا يجافي الشرع ولا مقتضى العقل السليم، حيث ما أوجدته الإرادتان باتفاقهما، يمكن لهما إزالته، رغم أن الاتفاق على الزواج أسهل بكثير من الاتفاق على الطلاق، ولأن الزوجية بوصفها تلبية حاجة الطرفين تكون متوفرة لديهما

معا عند إنشاء العقد، لأن كل منهما يعمل على شاكلته لتحقيق استمرار الزواج، خلافاً للطلاق الذي هو استحالة لوضعية خاصة وتلبية لحاجة قد لا تتوفر عند الزوجين معاً.

والاتفاق على الطلاق يكون أكثر صدقاً على عدم جدوى استمرار العشرة إذ لا يتفان إلا عند قناعتها معا وفي وقت واحد على أن بقائهما معا، لم يعد يفيد شيئاً ولا يخدم مصلحتهما المشتركة، وهذا طلاق لا ظلم فيه لأحد.

ولم يهدر حق الزوجة من التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها إما بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها وتضررها من ذلك نتيجة كرهها ونفورها منه، ويكون بذلك قد فتح لها طريقين لحل تلك الرابطة الزوجية وفتح أمامها الباب للتخلص من عشرة زوجها وذلك باللجوء للقضاء لطلب التطبيق. كما فتح لها باب الافتداء بسبب كراهيتها ونفورها من زوجها، إذ فتح لها المشرع أيضاً باب الخلع لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ مالي.

### المبحث الأول: انحلال عقد الزواج بالطلاق

إن استقرار الحياة الزوجية غاية من الغايات التي يحرص عليها الإسلام، وعقد الزواج يعقد للدوام والتأبيد إلى أن تنتهي الحياة ليتسنى للزوجين أن يجعلوا من البيت مهدياً وأويان إليه وينعمان في ظلاله الوارفة وليتمكنا من تنشئة أولادهما تنشئة صالحة، ومن أجل هذا كانت الصلة من أقدس الصلات وأوثقها لذا لا ينبغي الإخلال بها ولا التهوين من شأنها، وكل أمر من شأنه أن يوهن هذه الصلة ويضعف من شأنها فهو أمر بغض إلى الإسلام، فعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"<sup>(1)</sup>.

وقد شرع الإسلام كحل واقعي علمي لما يطرأ على هذه الرابطة المقدسة من تشويش، وجعل له ضوابطه وقوانينه وجعله أبغض المباحات إلى الله تعالى وإلى نفوس العباد من ذوي الفطرة السليمة وذلك أن الإسلام دين وحدة والطلاق شرع للفرقة مما يستحق أن يصنف في خانة أبغض الحلال<sup>(2)</sup>.

و تجدر الإشارة أنه قبل التطرق إلى موضوع الطلاق والإشكاليات التي يثيرها بين القانون الساري المفعول والتعديلات المقترحة يتعين ذكر الأسباب التي تنحل بها الرابطة الزوجية.

و لعل أول سبب من أسباب انحلال عقد الزواج هو وفاة أحد الزوجين فإذا توفي الزوج أو الزوجة فإن عقد الزواج القائم بينهما سينحل تلقائياً من نفسه وبحكم القانون ولا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله وانقضائه وتترتب عليه نفس آثار كل زواج صحيح من حيث التوارث والنسب والعدة

(1) - سيد سابق - المرجع السابق - ص 261.

(2) - شمس الدين - قانون الأسرة والمقترحات البديلة شركة دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - 2003 - ص 123



واستحقاق مؤجل الصداق وغيرها<sup>(1)</sup>، وطالما هذا السبب لا يثير مشكلا أمام القضاء مثل بقية الطرق الأخرى التي تنفك بها الرابطة الزوجية ولذا سوف لن نتناوله بالدراسة والتحليل.

كما ننحل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع الذي هو عبارة عن عرض الزوجة لمبلغ من المال معلوما ومقوما شرعا إلى زوجها مقابل طلاقها، فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

وعلاوة على السبب السابق الذكر هناك سبب آخر المتمثل في الطلاق الذي يندرج ضمنه الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالتراضي.

### المطلب الأول: الطلاق :

الطلاق مأخوذ من الطلاق وهو الإرسال والترك ومعناه لغة: حل القيد سواء كان حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير، أو معنويا كقيد النكاح وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين.

ويستعمل الطلاق في حل القيد سواء حسيا أو معنويا<sup>(2)</sup>، ومن ثم فاللغة تستعمل لفظ الطلاق أو التخليق في حل عقدة النكاح، فالطلاق كانوا يستعملونه في الجاهلية في الفرقة بين الزوجين، فلما جاء الشرع اقر استعماله في هذا المعنى بخصوصه، لهذا عرف في الاصطلاح بأنه إزالة النكاح.

في الشرع: هو حل رابطة الزواج وإنهاء العلاقة الزوجية

والطلاق هو إنهاء وارد على عقد الزواج الذي يفترض فيه كأصل عام الاستمرارية، والدوام؛ غير أن الحياة الزوجية قد يطرأ عليها ما يعكس صفوها لهذا أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق كحل مناسب بالرغم من أنه شر لا بد منه.

فقد قال رسول (ص) "أبغض الحلال عند الله الطلاق" كما جعلت الشريعة الإسلامية آخر خطوة يتخذها الزوج عندما يشتد الخصام لقوله تعالى " وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا "سورة النساء الآية 34.

وقوله تعالى "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا "سورة النساء الآية 35.

(1) - عبد العزيز سعد - المرجع السابق - 212

(2) - عبد الرحمان الجريري - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - قسم الأحوال الشخصية - المجلد الرابع - دار الفكر ودار الكتب العلمية -

أما المشرع الجزائري فقط نص على الطلاق في مادة 47 من قانون الأسرة والتي تنص على: **\*\*تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة\*\***.

### الفرع الأول: الطلاق بالتراضي:

لقد ورد في نص المادة 48 من قانون الأسرة على أن الطلاق حل عقدة الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين وهذا يعني أنه يمكن للزوجين بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر أو بناء على رغبتهما المشتركة في حل عقد النكاح ووضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطالقا بتراضيهما ودون خصام أو نزاع ومثلما تلاقيا بالإحسان ويفترقا بالإحسان، وعندها وبكل سهولة يمكن أن يتوجه الزوج أو حتى الزوجة إلى أمانة الضبط بالمحكمة، ويقدم أو تقدم له عريضة مكتوبة تشتمل على الهوية الكاملة والعنوان الكامل لكل واحد من الزوجين وتحتوي على عبارات صريحة تفيد اتفاقهما على حل عقد الزواج بتراض منهما دون ضعف من طرف أو إكراه من الآخر ويطلبان فيه من المحكمة أن تقضي بينهما بالطلاق الرضائي وان كانت هناك شروط تتعلق بالطلاق يحسن ذكرها في العريضة ذاتها<sup>(1)</sup>.

وبعد قيام القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين يقوم فقط بالإشهاد على الطلاق بالتراضي الواقع بين الزوجين باعتبار أن دور القاضي في هذه الحالة كاشف لإرادة الزوجين.

### لماذا لا يكون الطلاق حق مشترك كالزواج؟

لو جعلنا أمر الطلاق يرجع إلى إرادة الزوجين بما وصل إلى اتفاق غالبا، لأن أحدهما يريد الفراق والآخر لا يريد، فيعمل على الكيد للآخر فتصبح الحياة جحيم لا يطاق ثم أهما غير متساوين في المسؤولية فأحدهما سيغرم نتيجة لوقوع الطلاق والآخر لا يكلف بشيء.

إنه من غير الممكن جعل الطلاق حقا مشترك بين طرف يغرم وطرف يغرم، فالطرف الذي يغرم عادة لا يريد إيقاعه والطرف الذي يغرم قد يوقعه لأتفه الأسباب، وبالتالي لن يتفقا أبدا، ومن الواضح أن الطلاق في الشريعة الإسلامية ليس حقا مشتركا لأنه يقع برضا الطرفين<sup>(2)</sup>.

وعليه فان الطلاق بالتراضي ليس معناه إجبارية أن يكون حقا مشتركا بين الزوجين ذلك أنه في حالة التراضي على الطلاق، اتفاق إرادة الزوجين على وقوعه.

ما مدى حرية الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية بناء على اتفاقهما المشترك؟

طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية فإنه يحق للزوج إنهاء العلاقة الزوجية بناء على إرادته المنفردة ولا يحتاج إلى قبول الزوجة، لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بممارسة الحق الإرادي ولا تملك الزوجة إلا الخضوع في

(1) - عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 215.

(2) - شمس الدين - المرجع السابق - ص 128.

حين يستطيع الزوجين في التشريع الغربي إنهاء العلاقة الزوجية بناء على إرادتهما المشتركة لأن هذه الشريعة لا تسمح بانتهاء العلاقة الزوجية إلا إذا أثبت أحدهما إخلال الآخر بالتزامه، ويكون من باب أولى أن يحصل الطلاق إذا وقع اتفاق بينهما.

إن المشرع عندما نص على هذه الحالة فقد تأثر بالشريعة الغربية التي تعرف هذه الصورة من صور إنهاء العلاقة الزوجية وعليه فان صور الطلاق بالتراضي غير موجودة في الشريعة الإسلامية وإن كان يتقارب في المفهوم مع الخلع من حيث وجود الاتفاق إلا أن ميزة الخلع الأساسية هو المقابل المالي الذي تفتدي به الزوجة نفسها ويدفعه إلى الزوج مقابل طلاقها.

### الفرع الثاني: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة :

لقد أوكل المشرع مصير العشرة الزوجية إلى إرادة الزوج طبقاً لأحكام القرآن ومقتضى السنة، وذلك ليس إنكاراً لحق المرأة في الفرار من جحيم الحياة الزوجية متى فسدت العشرة بين الزوجين وكرهت البقاء معه وإنما تماشياً مع طبع الرجل الذي يغلب عليه الاتزان والحكمة والتروي لأنه خشن الإحساس بطيء التأثر، صبور في مواجهة المصاعب بخلاف الزوجة التي تتأثر لأبسط الصدمات وتتسرع في اتخاذ القرارات، وإن شذ البعض منهن وقد تعصف بالحياة الزوجية، فتهد أركانها تحت تأثير أزمة عصبية يمر بها الزوجان أو تمر بها الزوجة وهي في حالة حيض أو وحم أو أزمة عابرة في العائلة<sup>(1)</sup>.

### لماذا جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل؟

إن الإسلام كي يحد من انتشار ظاهرة الطلاق وحتى يقيده جعله بيد الرجل أي الطرف الخاسر في إيقاعه. وإذا أردت أن تحافظ على أية قضية فاجعلها بيد الطرف الخاسر في ضياعها فانه يستعمل المستحيل لبقائها واستمرارها حتى لا يخسر، أو اجعلها في يد الطرف الذي تعب في إنشائها، فإنه سيحافظ عليها ولن يتلاعب بها.

إن جعل الطلاق بيد الطرف المتضرر يحد من انتشاره فالرجل عادة لا يحب الخسارة، والأصل فيه عدم التسرع واستعمال العقل خاصة وهو يعلم تكاليف هذا الطلاق.

فالحكمة في جعل الطلاق بيد الرجل هي الحد من انتشاره فالرجل ربما أنه المتضرر الأكبر، وعليه تقع كل واجبات الزواج ونفقات الطلاق وبما أن حضانة الأولاد من حق الأم فلا يوقعه إلا في حالات الضرورة القصوى. ضف إلى ذلك حتى لا يتلاعب الرجال بالطلاق الثلاث حرم الإسلام عودة المرأة لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره وليس هناك رجل يسمع هذا التشريع إلا وترتعد فرائصه، يكفي أن يتصور امرأته مع غيره، وإنه لا

(1) - فضيل سعد - المرجع السابق - ص 263.

يمكنه استردادها إلا إذا ذاق غيره عسيلتها وذاقت هي عسيلة غيره، فهل هناك رجل يملك ذرة من غيره وكرامة وعزة يتلاعب بالطلاق وهو يعلم أنه سترتب عليه ما أسلفنا.

أهناك عقوبة ومذلة للرجل أكثر من انتظار أن يذوق غيره عسيلة التي كانت امرأته؟

هذا عقاب الإسلام للذين يتلاعبون بالطلاق فما هو عقاب القوانين الوضعية؟<sup>(1)</sup>.

### شروط المطلق :

يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح، وكان الطلاق من الزوج أو من رسوله أو من وكيله ونظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع اشترط العلماء شروطا لا بد من توفرها في المطلق حتى يمكنه إيقاع الطلاق<sup>(2)</sup>.

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

**أولاً:** أن يكون زوجا أو رسولا منه أو وكيلاً عنه، وإلا فإنه لا يمكن إيقاع الطلاق، وعلى هذا لا يملك الولي إيقاع الطلاق على زوجة من له الولاية عليه وذلك أن الطلاق حق شخصي للزوج، فلا يملكه غيره إلا بتوكيل أو إنابة صريحة منه، فللزوج أن يوكل غيره بالتطبيق وأن يفوض المرأة بتطبيق نفسها.

فالتفويض عرفه الحنفية بأنه تمليك الزوج زوجته حق تطبيق نفسها أو تمليك غيرها هذا الحق بلفظ يفيد، وهذه الألفاظ ثلاث إن كان موجها للزوجة مثل: طلقني نفسك، أمرك بيدك، واختاري.

أما إن كان موجها لشخص آخر فيصح فيه أن يقول له لك أن تطلق زوجتي إن شئت، فهذا تفويض له لأنه علقه على مشيئته.

وقد فرق الأستاذ فضيل سعد بين التفويض والنيابة في الطلاق في الأحكام التالية<sup>(3)</sup>:

من حيث الرجوع فيه: فإن التفويض نهائي متى صدر منه، امتنع الرجوع فيه أو عزل المفوض إليه على خلاف الوكيل، فإنه يمكن عزله في أي وقت.

من حيث الأهلية: فإنها لا تتأثر بالتفويض متى انعدمت أهلية المفوض بخلاف الوكيل فإن وكالته تبطل متى فقد موكله أهليته بالجنون أو العته.

من حيث المدة: فإن التفويض يسقط بانفضاض المجلس الذي تم فيه التفويض إذا لم يكن مضاف إلى زمن بعيد، فإن ربطه بزمن معين بستة أشهر أخرى أو سنة أو أقل فإنه لا يسقط بانفضاض المجلس وإنما بمرور الزمن المضاف إليه التفويض، في حين أن النائب يملك أن يطلق في المجلس أو بعده ما لم يعزله موكله.

(1) - شمس الدين - المرجع السابق - ص 128.

(2) - بلحاج العربي: المرجع السابق - ص 225

(3) - فضيل سعد - المرجع السابق - ص 268-269

## موقف المشرع الجزائري:

أن يكون المطلق بالغا عاقلا، لكن هل يجوز للولي أن يطلق نيابة عن الصغير أو المجنون إذا دعت المصلحة أو الضرورة إلى ذلك. على أنه يجب أن نلاحظ أنه إذا طلبت الزوجة التفريق وكان زوجها مجنوناً أو صبيها فالقاضي يملك حق التفريق بينهما<sup>(1)</sup>.

تنص المادة 49 من قانون قانون الأسرة: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر " ومعناه أنه في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة يتقدم الزوج إلى المحكمة ويطلب من القضاء حل الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق بينه وبين زوجته استناداً إلى أسباب شرعية وقانونية، وذلك بموجب عريضة في أمانة الضبط بالمحكمة المختصة، وبعد المرور بالجلسة السرية للمصالحة وتعيين الحكّمين للتوفيق بين الزوجين خلال أجل لا يتجاوز الشهرين وفقاً للمادة 56 من قانون الأسرة يقوم القاضي بعد استدعائهما عن طريق أمانة الضبط بمحاولة ثانية للصلح بينهما على ضوء التقرير الذي قدمه الحكّمان اللذان سبق أن عينهما في إطار مجلس عائلي لإعداد تقرير عن أسباب خلاف الزوجين ونزاعهما، وإذا فشل يدرج ملف دعواتهما في جلسة مستقلة ويدعوهما لحضورها، ثم يصدر حكمه في موضوع النزاع استناداً إلى تقرير الحكّمين وإحكام القانون وضميره.

وبالرجوع إلى المادة 49 من قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري استعمل عبارة لا يثبت الطلاق ولم يستعمل عبارة لا ينشأ أو لا ينعقد أو لا يقع الطلاق إلا بحكم.

إن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم، فهو ليس شرطاً للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، تبعاً لذلك فإنه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي ومن ثمة يكون المشرع قد إنحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه الإرادي بصدور إسهام من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك ومن ثم يعد المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق، ولا يعد وسيلة بثباته، ومن ثم فلا يمكن قبول ادعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محرراً رسمياً صادراً عن القاضي يثبت ذلك<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة أن المشرع في نص المادة 50 من قانون الأسرة فرض على الزوج الذي أراد أن يراجع زوجته في عدة الطلاق - ذلك أن العدة تبدأ من يوم صدور الحكم بالطلاق - أن لا يعيدها إلا بموجب عقد جديد ومعنى هذا أن المشرع سلب من الزوج أحد حقوقه الإرادية وهو حقه في إرجاع زوجته أثناء عدة الطلاق الرجعي دون أن يحتاج إلى عقد أو مهر جديدين.

(1) - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق - ص 43

(2) - عمر زودة - طبيعة الأحكام لإنهاء الرابطة الزوجية - ص 31.

وهذا الحكم مخالف لما استقر عليه فقهاء الشريعة من أن الطلاق الذي يصدر بناء على إرادة الزوج يعد طلاقاً رجعياً يملك الزوج فيه أن يعيد الزوجة إلى عصمته بدون عقد جديد<sup>(1)</sup>.

لكن هنا نتساءل عن مدى شرعية الرجوع الذي يتمكن القاضي من إحداثه أثناء محاولة الصلح يكون خارج ميعاد العدة التي تحسب من يوم رمي الزوج لفظ الطلاق على زوجته، فمن المفروض أن يتم الرجوع خلال 3 أشهر من يوم طلاق الزوج لزوجته إلا أنه عملياً فإن الزوج يطلق زوجته في البيت وقد يرفع عريضته بعد شهر من يوم رمي الطلاق وبعد التأجيلات القضائية قد يقع الصلح بعد شهرين آخرين فتتساءل ما حكم الرجوع شرعاً الذي تم بعد انقضاء العدة، هذه أخطاء مخالفة للشريعة الإسلامية السمحاء ينبغي تداركها من قبل القضاة، على الأقل استجواب الطرفين عن وقوع الطلاق الحقيقي للتأكد من شرعية الرجوع وإلا فلا داعي لإجراء الصلح أصلاً إذا استوفت المرأة عدتها فهناك بعد كبير بما جاء في الشرع وما يجري به العمل القضائي.

فالطلاق ليس لغواً والمرأة تعدد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ رمي يمين الطلاق على الزوجة، وإن لم يتم بذلك واكتفى بالإعلان عن رغبته في الطلاق برفع عريضة أمام القضاء فالعدة يبدأ حسابها من تاريخ النطق بالحكم بالطلاق. وعلى العموم يبقى في رأينا مشكلاً مطروحاً ينبغي تداركه تفادي الوقوع في أخطاء إجراء الصلح بعد استنفاد الزوجة مدة العدة المقررة شرعاً؟

تنص المادة 49 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات للصلح من طرف القاضي خلال مدة لا تقل عن 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه وكاتب الضبط والطرفين "

في عرض الأسباب التي جاءت بها المادة هو قصد إعطاء الزوجين فرصة للتراجع عن مواقفهما وتجاوز الخلافات القائمة بينهما، فإجراء القاضي لعدة محاولات للصلح خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى.

#### –أقسام الطلاق باعتبار الوصف الشرعي:

هناك الطلاق النسبي والطلاق البدعي

الطلاق النسبي: وهو ما جاء على نحو الذي أمر به الشارع فيكون بطلقة واحدة وأن تكون المرأة في طهر لم يمسه الزوج فيه وأن تكون غير حائض<sup>(2)</sup>.

(1) – عمر زودة – المرجع السابق – ص38

(2) – محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص256.

**الطلاق البدعي:** وهو ما جاء على خلاف ما أمر به الشارع (الله) كطلاق المرأة وهي حائض أو طهر جامعها فيه أو يطلقها ثلاث بلفظ واحد أو مجلس واحد ويطلقها بطلقتين، وقد أجمع الفقهاء على وقوع في طلاق بدعي ويؤثم صاحبه<sup>(1)</sup>.

وقد إتفق الفقه أيضا على أن طلاق الجنون والغضبان والناسي والمخطئ والجاهل والمكره والسكران لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" وقوله أيضا " لا طلاق في اغلاق "أي غضب شديد.

أما طلاق الهازل فيقع إستنادا لقوله تعالى "ثلاثة جدهن جدّ وهزهن جد الطلاق والنكاح والرجعة. "

### أقسام الطلاق باعتبار الصيغة:

**الطلاق الرجعي:** هو طلاق الذي يجوز فيه للزوج مراجعة زوجته في فترة العدة دون شروط أو عقد أو مهر ويكون بطلقة واحدة<sup>(2)</sup>.

### شروط الطلاق الرجعي:

- أن تكون المرأة مدخول بها

- أن يكون الطلاق بطلقة واحدة

- انتهاء عدة المرأة فإن انتهت العدة يتحول الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن بينونة صغرى.

والمطلقة رجعيا تعتبر زوجة، ما لم تنته عدتها ويقع عليها جميع الأحكام الزوجية المترتبة في الميراث فإذا مات أحدهما في فترة العدة فإن الحي منهما يرث الميت بسبب الزوجية القائمة بينهما طبقا للمادة 132 من قانون الأسرة\*\* إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، إستحق الحي منهما الإرث.\*\*

جواز الخلوة:

الأصل أن تمكث المطلقة في بيت الزوجية ولا تغادر إلا بعد إنتهاء العدة فإذا إختلى الطرفان عد ذلك رجعة وإنقطعت العدة والطلاق.

(1) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 256.

(2) - عبد القادر الداودي، المرجع السابق، ص 360.

أيضا تراجع الزوج ولو بدون رضاها إذ أن الزوجية لا تزال قائمة فإذا صرح الرجل بالمراجعة انقطعت عدتها<sup>(1)</sup> وإن لم تُرجع لزوجها اعتبرت ناشز طبقا للمادة 55 من قانون الأسرة\*\* عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر\*\*. وقد نص المشرع على الطلاق الرجعي في المادة 50 من قانون الأسرة\*\* من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.\*\*

**الطلاق البائن بينونة صغرى:** لا يستطيع الرجل مراجعة زوجته إلا بعقد جديد وبرضاها.

### حالات الطلاق البائن بينونة صغرى:

كل طلاق رجعي انتهت فيه العدة التطلق - الخلع - الطلاق قبل الدخول.

### آثاره:

لا توارث بين الزوجين.

لا تجوز الخلوة لأنها تعتبر أجنبية عنه.

يمكن للزوج أن يتزوجها مرة ثانية بعقد ومهر جديدين وبرضاها أثناء عدتها، وله أن يدخل بها ولو في فترة العدة أما غيره من الرجال، فلا يجوز لهم ذلك كما لا يجوز لهم التصريح بخطبتها.

### الطلاق البائن بينونة كبرى:

عند طلاق المرأة ثلاث طلاقات لا يستطيع الزوج أن يراجع زوجته إلا برضاها وبعد أن تتزوج غيره ثم يطلقها الزوج الجديد أو يموت عنها وقد يكون طلاق الثلاث بجمع صعيد واحد يتلفظ بها متتابعة.

كما لو قال أنت طلاق، أنت طلاق، أنت طلاق، أو يتلفظ بالطلاق بالعدد " أنت طلاق بالثلاث"، ويتفق الأئمة الثلاث أن الطلاق بلفظ واحد يقع ثلاث وتبين به المرأة بينونة كبرى.

أما المشرع الجزائري قد نص على طلاق البائن بينونة كبرى في المادة 51 من قانون الأسرة\*\* لا يمكن أن يراجع الرجل من مطلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.\*\* ذكر المشرع أن المطلقة طلاق ثلاث تبين من زوجها بينونة كبرى ولا تحل لزوجها الأول إلا بعد زواجها بأخر.

ومما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لطلاق الواقع ثلاث بلفظ واحدة هل يعد طلقة واحدة أو طلاقات متتالية، وهناك اختلاف قائم بين الآراء الفقهية وبين القانون، إذ أن الفقه اعتبارا بمبادئ الشريعة الإسلامية يعتد

(1) - نسرين شرقي، المرجع السابق، ص 77.



بالطلاق من تاريخ التلفظ به أما بالنسبة للمشرع الجزائري يعتد بالطلاق البائن بينونة كبرى وصغرى بصدور الحكم بالطلاق.

### شروط الطلاق وأركانه:

هي الفصل بين الزوج والزوجة بصيغة اللفظ مع توافر النية في الطلاق ويشترط في الزوجين البلوغ إلا في حالة ما إذ رخص له بالزواج قبل ذلك.

كما يشترط فيه أن يكون عاقلا أما الزوجة يشترط أن تكون مدخول بما يعقد الصحيح.

كما يتم الطلاق قبل الدخول أما الصيغة هي اللفظ الدال على الطلاق وتكون بالعبرة أو الكتابة الصريحة الواضحة كما تكون بالإشارة للأخرس الذي لا يستطيع الكتابة.

الطلاق يثبت بحكم قضائي وليس باللفظ المادة 49 من قانون الأسرة\*\* لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر بين الساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.\*\*

بعد محاولة الصلح دون مدة تتجاوز 3 أشهر تسجيل الطلاق النيابة العامة هي طرف أصيل في شؤون الأسرة وليس طرف منضما.

### المطلب الثاني: الخلع

تعريفه لغة: الخلع، بفتح الخاء، هو الإزالة والترع ونقول خلع الرجل ثوبه أي أزاله عن بدنه ونقول خلع الرجل زوجته خلعا أي أزال زوجيتها وخلعت المرأة زوجها مخالعة أي افتدت نفسها منه.

و الخلع، بضم الخاء، يستعمل في الأمرين كما يستعمل في إزالة الزوجية باعتبار أن المرأة لباس للرجل والعكس صحيح كما جاء في قوله تعالى في سورة البقرة الآية 187: " هن لباس لكم وأنتم لباس هن "

وقد استقر الفقهاء على أن يستعمل الخلع، وفتح الخاء، في إزالة غير الزوجية والخلع، بضم الخاء، في إزالة الزوجية<sup>(1)</sup>.

(1) - محمد مصطفى - أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني - الدار الجامعية للطباعة والنشر - ص 552.

تعريفه شرعا: فقهاء الحنفية يرون أنه: إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلزم به الزوجة، وقد جاء في التعريفات المختلفة للخلع أنه يحمل أحيانا معنى عاما وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة وتقدمه، سواء كان بلفظ الخلع أو المبرأة<sup>(1)</sup> أو حتى بلفظ الطلاق .

وشروطه هو شرط الطلاق مع فارق هام هو أن الخلع طلاق في نظير مال تقدمه الزوجة لزوجها<sup>(2)</sup>.  
واسم الخلع أو الفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بدل المرأة العوض على طلاقها<sup>(3)</sup>.

وقد عرفه الأستاذ عبد العزيز سعد بقوله: " عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف، شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية، بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال ومقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفقا على نوعه ومقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي، بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم"<sup>(4)</sup>.

### الفرع الأول: أدلة مشروعية الخلع:

الأدلة الشرعية للخلع: ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقد وردت آيات أثبتت مشروعية الخلع منها قوله تعالى في سورة البقرة الآية: 229 " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ولا يحل أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا تعتدوها، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون " .  
فلاية الكريمة منعت بشكل صريح الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه للزوجة نظير طلاقها، إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله، حيث رفع الجناح والحرص عليهما فيما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها، فلا إثم عليها فيما أعطت، ولا إثم عليه فيما أخذ .

في السنة النبوية الشريفة: فإن أول خلع في الإسلام، هو ما كان من جميلة بنت سلول تزوجت ثابتا بن قيس، فرفعت يوما جانب الخباء، فرأته مقبلا في عدة رجال فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجها، فوقع في قلبها النفور منه، قال ابن عباس " فأتت الرسول - صلى الله عليه وسلم - فقالت والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا، فقال النبي - عليه الصلاة والسلام - أتردين عليه حديقته وكانت تلك الحديقة هي مهرها الذي أخذته منه قالت: "نعم" - فأمره الرسول صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد". الحديث رواه ابن ماجة والبخاري والنسائي .

(1) - المبارأة - من بارء المرء شريكه إذ كل واحد منهما صاحبه.

(2) - محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 329.

(3) - ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار الكتاب الإسلامية المصرية، ص 78.

(4) - عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 24

وفي الإجماع فقد ذكر الإمام القرطبي في شرح الحديث فقال: " فقال أنها كانت تبغضه أشد البغض، وكان يحبها أشد الحب، ففرق بينهما الرسول صلى الله عليه وسلم بطريق الخلع فكان أول خلع في الإسلام. وقد ورد عند الإمام مالك ابن أنس: " لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا " وهو أن الرجل إذا لم يضرب المرأة ولم يسء إليها ولم تأت من قبل، وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يأخذ كل ما افتدت به، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت . وقد خالف في ذلك بكر ابن عبد الله المزني الشافعي مستندا على الآية 20 من سورة النساء: " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتاناً وإثماً مبينا "

فقد اعتبر المزني أن آية النساء ناسخة لآية البقرة، ويرى الدكتور محمد مصطفى شليبي أن المزني لم تبلغه أحاديث الخلع لذلك تبني هذا الرأي، في الوقت الذي يكون الخلع فيه مشروعاً بالقرآن والسنة والإجماع<sup>(1)</sup>.

#### – الخلع بين اعتباره طلاقاً أو فسخاً في الفقه والقانون :

لقد أجمع الفقهاء على اعتبار الخلع من مسائل الأحوال الشخصية وليس من المعاوزات المالية التي تطبق بشأنها أحكام القانون المدني ومن ثم فهي تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية الراجع إليها تقرير ما يجب أن يتم به رضی الزوجين وكيفية الإفصاح عنه من كليهما فيما يصدر عنه من إيجاب وقبول إضافة إلى الحالات التي يحكم فيها القاضي بالخلع، وكيف يكون ذلك معتبراً شرعاً حتى تقع الفرقة ويستحق الزوج المال. فبعد أن ذكر الله تعالى في الآية 229 من سورة البقرة أن الطلاق مرتان، وعقب كل مرة إما إمساكاً بمعروف أو تسريحاً بإحسان ذكر الله تعالى أن أخذ المال من الزوجة مما أعطاها محرّم ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها، ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا ليطلقها ويسمى هذا خلعا . غير أن اختلاف الفقهاء كان في اعتبار الخلع طلاقاً أو فسخاً وعليه نتطرق للآراء الفقهية المختلفة .

#### – اعتبار الخلع طلاقاً :

هو رأي المذهب المالكي والحنفي والشافعي الجديد ومنطلقهم في ذلك أن الأصل هو اعتبار العصمة بيد الزوج وفي ذلك قال الأحناف ان الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه

و قال المالكية انه طلاق بعوض وتعريف الطلاق عندهم شمل الطلاق بأنواعه وهو الصريح والكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنية الطلاق<sup>(2)</sup>.

و قال الشافعية أن الخلع شرعاً هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض.

(1) – محمد مصطفى شليبي-المرجع السابق- ص 551

(2) – معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار الوفاء، المنصور، جمهورية مصر العربية، 1988.

و منطلق أصحاب هذا الرأي أن الأصل هو جعل العصمة بيد الزوج إلا أن يقوم الدليل على عكس ذلك ومن ثمة فما دام أن فك الرابطة الزوجية الصحيحة لا يكون دون رضا الزوج وأن الخلع يستلزم قبول الزوج فهو بمثابة طلاق معلق على مال.

و اعتبر الأحناف أنه إذا اختلعت الزوجة من زوجها فالخلع جائز وأنه تطليقة بائنة وحتتهم ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: " الخلع تطليقة بائنة " لأن النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ ما دام نشأ صحيحاً وأن الخلع لا يكون إلا بعد تمام عقد النكاح فيكون لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازاً ويرى جمهور العلماء أن الخلع طلاق بائن لأنه لو كان للزوج في العدة حق مراجعة زوجته لم يكن لافتدائها معنى.

و يرى جمهور العلماء أنه في كل موضع يبطل الخلع يقع الطلاق رجعيًا أخذًا عن رواية سعيد بن المسيّب من أن الخلع طلاق رجعي وعليه أن يرد البذل إذا راجعها بينما اعتبره الأحناف طلاقاً بائناً حتى ولو بطل الخلع وأضافوا أنه إذا خالعت الزوج زوجته بعد أن طلقها وهي في العدة فإن الخلع لا يصح<sup>(1)</sup>.

أما إذا طلقها طلاقاً رجعيًا ثم خالعتها في العدة على مال فإن الخلع يصح ويلزم المال لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح وفي مسألة الزواج الفاسد قالوا أنه إذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها فإن المهر يتقرر لها بالوطأ فإذا خالعتها على مهر فإن الخلع لا يصح لأنه فاسد إذ هو إزالة ملك النكاح والعقد الفاسد لا يترتب عنه ملك النكاح<sup>(2)</sup>.

كما يستند القائلون بأن الخلع طلاق، على رواية المحدثين من أن جميلة بنت سلول امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله لا أنا ولا ثابت ولا ما أعطاني"، فسألها النبي صلى الله عليه وسلم عما أهداها ثابت من مهر فقالت: "أهداني الحديقة"، فقال الرسول عليه الصلاة والسلام: "خذ الحديقة وطلقها تطليقة".

وجاء في اجتهاد أصحاب هذا الرأي أن ألفاظ الخلع خمسة وهي:

أولهما ما اشتق من لفظ الخلع: خالعتك-اختلعي-اخلعي نفسك-اختلعتك، ثانيهما لفظ بارتتك، ثالثهما لفظ باينتك، رابعهما لفظ فارقتك وخامسهما لفظ الطلاق على مال فإن قال لها طلقي نفسك على مائة دينار فقالت قبلت، وقع الطلاق بائناً ولزمها البذل.

اعتبار الخلع فسخاً :

هو رأي الشافعي القديم ورأي الحنابلة اللذين قالوا أن الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة هذه الأخيرة التي تنقسم إلى قسمين: صريحة في الخلع، وكناية فيه فأما الصريحة فهي: خالعت، وفسخت، وفاديت .

(1) - معوض عبد التواب، المرجع نفسه، ص 169.

(2) - عبد الرحمان الجزيري - المرجع السابق-ص 388.

فإذا استعمل الزوج الألفاظ السالف ذكرها مع ذكر العوض وقبلت الزوجة كان ذلك فسخا بائنا تملك به الزوجة نفسها ولكنه لم ينقص عدد الطلقات الثلاث .

أما الطلاق مقابل مال فإنه يقع به طلاق بائن إذا قالت له: طلقني بمائة شاة مثلا، فقال لها: طلقتك، استحق المائة وطلقت منه طلقة بائنة بشرط أن ينوي الطلاق.

والحاصل أن الخلع بألفاظه السالفة الذكر يعد فسخا إلا إذا نوى به الطلاق، فإنه يكون طلاقا بائنا ينقص عدد الطلقات بخلاف الطلاق على عوض بلفظ الطلاق فإنه يكون طلاقا بائنا بشرط النية وقبول الزوجة<sup>(1)</sup>.

وسند أصحاب هذا الرأي الآية 229 من سورة البقرة إذ أن الله تعالى ذكر أن الطلاق مرتان ثم ذكر الافتداء، ثم قال فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره. فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زواج، هو الطلاق الرابع.

إن انحلال الرابطة الزوجية بحكم القاضي قد تكون طلاقا يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته بمقتضى عقد النكاح وقد تكون فسخا ينفصل بمقتضاه الزوجان من غير أن يعد طلقة، والفرق بين الفسخ والطلاق ليس مقصور على احتساب الفرقة من عدد الطلقات وعدم احتسابها بل الفرق في حقيقتها الذي انبنى عليها ذلك<sup>(2)</sup>.

- إن حقيقة الطلاق توجب إنهاء الزواج وتقرير الحقوق السابقة وهو لا يكون إلا في الزواج الصحيح وهو من أثاره التي قررها المشرع كما ورد في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري التي اعتبرت أن الطلاق حل لعقد الزواج وهذا حتى ولو اتفق الزوجان في عقد الزواج على اشتراط ألا يطلق الزوج زوجته، كان الشرط باطلا لأنه شرط فاسد باعتباره مناف لمقتضى العقد والشريعة الإسلامية التي جعلت العصمة بيد الزوج وهو ما اقتبسه مشرعنا في المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري: " إذا اقترن الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

وقد بين المشرع الجزائري في المادة 48 من نفس القانون مفهوم الطلاق واعتبره حلا لعقد الزواج إما بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد بالمادة 53 التي وضحت أحكام التطبيق والمادة 54 التي نصت على الخلع إن حقيقة الفسخ لمنع بقاء النكاح لعيب شابه وقت إنشائه أو يكون تدارك لأمر طرأ على العقد يجعل استمراره مستحيل والمشرع الجزائري أورد أحكام الفسخ في المواد 32،33،34 من قانون الأسرة.

(1) - عبد الرحمن الجزيري - المرجع السابق - ص 392.

(2) - محمد أبو زهرة - المرجع السابق.

والفسخ ينقسم إلى أحدهما فسخ يكون كتنقص للعقد من أصله وثانيهما فسخ لا ينقض العقد من أصله.

**القسم الأول:** هو ما كان سبب الفسخ فيه أمرا يتصل بإنشاء العقد وهو الفسخ المنصوص عليه في المادتين 32،33 من نفس القانون، حيث جاء بالمادة 33 أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد فإذا ما تبين للقاضي سبب من أسباب الفساد قبل الدخول فسخ العقد بدون صداق .

**أما القسم الثاني:** فيوضحه محمد أبو زهرة في أن الفرقة التي تنقض العقد لا توجب شيئا من المهر سواء كانت من قبل الزوجة أو من قبل الزوج، لأن العقد كأنه نقض من الأصل والمهر حكم من أحكام العقد فيسقط ويكون في ذلك له نفس آثار الفسخ الواردة في القواعد العامة للقانون، أما الفرقة التي تكون فسحا لا ينقض العقد من أصله فإن كانت من قبل المرأة سقط المهر كله، وإن كانت من قبل الرجل ففيها نصف المهر.

### موقف المشرع الجزائري :

يترتب عن الخلع الطلاق ويحسب من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها فهو ليس مجرد فسخ، ذلك لأن انحلال الرابطة الزوجية أحيانا يكون طلاقا وأحيانا يكون فسحا، والطلاق هو حل عصمة الزوجية بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية ومنها الخلع، وهو إن كان بلفظ الخلع كان طلاقا صريحا، وكذا إن كان بلفظ الطلاق على مال<sup>(1)</sup>.

واتفق جمهور العلماء على أن الفرقة بين الزوجين تكون تارة طلاقا وتارة أخرى فسحا. فتكون طلاقا فيما يلي

أولا: في الطلاق الصريح وبالكناية .

ثانيا: في الفرقة بسبب الإيلاء<sup>(2)</sup>.

ثالثا: في الخلع وهو طلاق صريح .

وتكون الفرقة فسحا عند فساد العقد لسبب من الأسباب.

وقد سائر مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع واعتبره طلاقا، فبالرجوع إلى موقع النصوص المتعلقة بالفسخ نجد أحكامه واردة في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة تحت عنوان الزواج في المادة 32 وما يليها .

(1) - عبد الرحمان الجزيري-المرجع السابق-ص424.

(2) - الإيلاء: عرفه كمال الدين بن الإمام في فتح التقدير بأنه حلف بالله ألا يقرب زوجته 4 أشهر فصاعدا.

بينما أورد أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون "بأنحلال الزواج" وقد أورد حكم الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق.

فيكون مشرعنا بذلك قد اتجه إلى اعتبار الخلع طلاقاً ويكون في ذلك مصيباً لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد، بينما الخلع فيرد على علاقة زوجية صحيحة لم يرد عليها عارض يعيب العقد وإنما لورود ظروف وعناصر خارجية عن العقد مست العلاقة الزوجية والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق .

ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقاً لهذا الموقف كما سيرد بيانه فيما بعد حيث جاء قرار 1969/02/05 بما يلي "لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح" .

وفي هذا الشأن يقول الدكتور العربي بلحاج أنه "لا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة بعقد زواج فاسد لأن الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح وعليه فلا طلاق في عقد الزواج الفاسد بل يجب التفريق حالاً بين الزوجين وفسخ العقد بقوة القانون سواء كان هذا الفسخ بسبب يوجب حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة أم اختلال في أركانه الأساسية طبقاً للمواد 31. 32. 33. 34 من قانون الأسرة"<sup>(1)</sup>.

ويضيف أنه يشترط لصحة الخلع ما يشترط لصحة الطلاق.

ومما سلف ذكره عن الطلاق ينطبق على الخلع إذ هذا الأخير حسب الدكتور العربي بلحاج ما هو إلا طلاق دون نزاع.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع:

#### الخلع فقها وقانوناً:

يقول الإمام محمد أبو زهرة: "الخلع يعتبر تعليقاً للطلاق على قبول المال من جانب الرجل ومن جانب المرأة يعتبر معاوضة في حكم التبرعات، ولهذا الاعتبار اختلفت أحكامه في الرجل عند المرأة."<sup>(2)</sup>.

أما القانون الجزائري فلم يتعرض لمسألة الخلع بالتفصيل تاركاً هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

وفي هذا الشأن أجمع الفقهاء على أنه يجوز للزوجة الكارهة إذا كانت بالغه، عاقلة، راشدة أن تتفق مع زوجها أن يطلقها في مقابل تعويض فينخلع كل منهما من كل الحقوق والواجبات التي يفرضها الزواج بينهما وتفتدي الزوجة نفسها من قيد الزواج بهذا التعويض وهذا ما أجمع عليه أصحاب المذاهب الأربعة.

(1) - بلحاج العربي - المرجع السابق - ص 246، 265.

(2) - محمد أبو زهرة - المرجع السابق.

أما الأستاذ الغوثي بن ملححة فعرف الخلع على أنه " عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج وقبول الزوجة " والدكتور محمد أبو زهرة يقول أنه : " عقد ينعقد بإيجاب وقبول " .

وقد سوى المالكية في ذلك بين الخلع والطلاق على مال واعتبروا الخلع عقد على الطلاق بعوض، وحقيقة الأمر أن حالة تراضي الزوجان على الخلع لا تثير أي إشكال كون هذه الحالة لا تجد مصدرها في الطلاق بالتراضي وتخضع لأحكامه حيث قال الدكتور محمد أبو زهرة أنه يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وفي الحالة السالفة الذكر فإنه لا يوجد إشكال بالنسبة للقاضي لأن دوره ينحصر في تثبيت ما اتفق عليه الزوجان.

لكن هل يستلزم الخلع دائما رضا الزوج ؟ بمعنى آخر هل الخلع رخصة للزوجة تستلزم قبولها من الزوج أم هو حق لها يمكنها المطالبة به أمام القضاء حيث يمكن أن يحكم لها به حتى ولو لم يرضى الزوج ؟

بالرجوع إلى مذهب الإمام مالك نجد أنه يشرح الحالة التي تستطيع الزوجة الكارهة أن تلجأ فيها إلى القاضي للمطالبة بالخلع، فيبحث القاضي حكيمين للصلح بين الزوجين، فإن لم يفلحا في الصلح فرق بين الزوجين خلعا بغير رضا الزوج

بالرجوع إلى القانون المصري نجد أنه في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 أخذ برأي المالكية فأجاز للحكيم اقتراح الخلع إذا كانت الزوجة كارهة فيقضي بالطلاق مع إلزام المسيء بغرامة مالية .

ونجد ما يقابل هذه المادة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 56 التي تنص على أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما، كما جاء بالفقرة الثانية من نفس المادة أن الحكيمين يقدمان تقريرا للقاضي .

ويقول الأستاذ الغوثي بن ملححة أن الحكيمين على عاتقهما مهمة الإصلاح بين الزوجين وهما في ذلك يتصرفان كقضاة فعليين وعليهما في كل الأحوال اقتراح الحلول المناسبة لدى القاضي وأن الاجتهاد القضائي الحالي لا يمنع اللجوء إلى التحكيم<sup>(1)</sup>.

ويرى الأستاذ عمر زودة أنه يحق للقاضي أن يطلق الزوجة من زوجها رغم رفض الزوج استنادا في ذلك إلى السنة النبوية، وإلى آراء الفقهاء حيث ذهبوا إلى عدم اشتراط الكراهية من طرف الزوجة لصحة الخلع وتبعاً لذلك أصبح من حق الزوجة أن تطلب التفريق لقاء بدل تدفعه دون أن يتوقف ذلك على أي شرط،

(1) - الغوثي بن ملححة - LE DROIT ALGERIEN DE LA FAMILLE P 170



يجب أن تثبته وبالتالي أصبح حق التطليق مقابل ما تدفعه من مال، حقا إراديا تملكه الزوجة، ومن ثمة إذا تمسكت بالتفريق لقاء بدل تدفعه للزوج فلا يملك القاضي أن يرفض ذلك وليس له أية سلطة تقديرية في ذلك"<sup>(1)</sup>.

نستنتج من خلال ما سبق نقاشه من خلال الآراء الفقهية المختلفة للعلماء والأساتذة وكذا نص قانون الأسرة أنه لا بد على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في حالة إصرارها على الخلع واستحال الإصلاح بينهما، ذلك أن الخلع قد شرع لافتداء المرأة نفسها بعد كرهها وعدم تحملها لمعاشره زوجها وخشيتها عدم إقامة حدود الله، فإذا اعتبرنا الخلع في حكم الطلاق بالتراضي مقابل مال يستوجب تطابق الإرادتين فقد الخلع ميزته وخصوصيته التي هي فك الرابطة الزوجية لاستحالة المعاشرة وقيدناها بإرادة الزوج الذي غالبا ما يتعنت في تسريح زوجته انتقاما منها غير مبال بما ينجر عن ذلك من استمرار علاقة زوجية غير مرغوب فيها، الشيء الذي يحول دون تحقيق المقصود من الخلع الذي هو تجنب الوقوع بالمعاصي .

ويكون الخلع طلاقا بالتراضي في حالة كون الإيجاب من الزوج والقبول من الزوجة كون الزوج له حق الطلاق بالإرادة المنفردة فحقه في فك الرابطة الزوجية هو حق إرادي له أن يستعمله دون مقابل وله أن يعرض على زوجته مقابل مالي تقبله الزوجة ويكون الخلع في هذه الحالة طلاقا بالتراضي لتوافق الإرادتين أو في حكم الطلاق مقابل مال لاستفاء الشرط الذي هو قبول الزوجة الإلزام بدفع العوض .

وقد اتفق الفقهاء على أن افتداء المرأة لنفسها هو حق شرع لها مقابل حق الرجل في الطلاق بإرادته المنفردة في حالة عدم قدرته في مواصلة العشرة الزوجية فكذلك الخلع حق للزوجة في حالة كرهها زوجها وعدم قدرتها على مواصلة معاشرته كما للزوج حق تطليق زوجته مقابل أن يدفع لها مستحقاتها المالية.

للزوجة كذلك حق مخالعة زوجها مقابل أن تدفع له مستحقاته المالية ويكون تقدير المستحقات المالية إما باتفاق الطرفين أو بتقدير من القاضي فسلطة القاضي حسب المادة 54 من قانون الأسرة هو في تحديد بدل الخلع في حالة الاختلاف فيه وهذا لا يمس الخلع وإنما هو مجرد أمر غير جوهري لأنه أثر من آثار الخلع يتشابه إلى حد ما بسلطة القاضي في تقدير النفقة الناجمة عن الطلاق في حالة عدم رضا الزوجة بمقدار النفقة المعروضة من الزوج، الأمر الذي بدأ يتجسد من خلال الأحكام وقرارات المحكمة العليا، عرفت نقلة نوعية في مجال الاعتراف بحق الزوجة في الخلع، دون موافقة الزوج، ذلك أن الاجتهاد القضائي كان يستوجب موافقة الزوج كما جاء في قرار المحكمة العليا يقول: "من المقرر قانونا وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس

(1) - عمر زودة - المرجع السابق ص 75.

للقاضي سلطة مخالعة الزوجة دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لأحكام الفقه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلبت التطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون ان يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع، يعد مخالفة للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة<sup>(1)</sup> وقد تأكد خيار الاعتداد برضا الزوج من خلال مشروع القانون العربي الموحد الذي لم يدخل حيز التنفيذ لاعتبارات كثيرة حيث جاء في المادة 99 منه والخاصة بالمخالعة أنه "للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع".

### آثاره:

لا رجعة بين الزوجين

يجوز للزوج أن يتزوجها من جديد في العدة وبعدها بعقد جديد ورضاها ما لم تكن بائنة بينونة كبرى ينقص عدد الطلاق

ونصت عليه المادة 54 من القانون الأسرة\*\*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.\*\*

من خلال هذه المادة فإن المشرع الجزائري قد أخذ بالفقه المالكي فيما يتعلق بالخلع، وأعطى المرأة الحق في مخالعة نفسها من زوجها ولو بدون رضاه، وذلك بدفع مبلغ مالي متفق عليه. أما إذا وقع خلاف بشأن المقدار المالي يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

(1) - قرار المحكمة العليا - ملف رقم 1728 بتاريخ 1988.11.21 المجلة القضائية لسنة 1990 - العدد الثالث، ص 73.72

## المبحث الثاني: التطليق

### المطلب الأول: ماهية التطليق

### الفرع الأول: تعريف التطليق

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق واقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وبالرجوع إلى معناه في اللغة نجد أصل كلمة "تطليق" يعود إلى (طلق-تطليقا) أي طلقت المرأة زوجها، وتطليقتها منه، بمعنى خلاها من قيد الزواج، وتطليق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم<sup>(1)</sup>.

أما في الإصطلاح فهو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة وإستنادا إلى القانون.

فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة ورد النص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة، وهذه الحالات هي عدم الإنفاق، العيوب، الهجر في المضجع، الغياب، الضرر، الحكم بعقوبة شائنة وارتكاب فاحشة. وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء، وبموجب دعوى قضائية، وفي حالة الإستجابة لطلبها تنتج عنه آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة، وثبوت نسب الأولاد وحضانتهم وغيرها من الآثار.

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التطليق" في المادة (53) من قانون الأسرة للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل (53) وما بعده من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، خلافا للمشرع السوري الذي استعمل مصطلح "التفريق" في المادة (105) من قانون الأحوال الشخصية، أما المشرع التونسي فلم يورد هذين المصطلحين بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناء على رغبة الزوجة، وبالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية، فلم يرد فيها إلا كلمة "الطلاق" سواء كان طلب حل عقد الزواج صادرا عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا.

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل في المادة (48)<sup>(2)</sup> منه، مصطلح الطلاق للتعبير على كل أنواع الفُرق، وهذا اعتمادا على ظاهر النص، غير أنه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا وذلك

(1) - المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة-دار المشرق-بيروت-لبنان- توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر- صفحة 665.

(2) - نصت المادة 48 من قانون الأسرة على أن "الطلاق حل عقد الزواج"، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون.

إستنادا إلى أحكام المادة (53) من نفس القانون والتي جاء فيها "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق..." مما يدل على أن المشرع فرّق بين مدلوي الطلاق والتطليق لاختلاف آثارهما، لاسيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما وهو ما سنتكلم عنه في حينه عند التطرق لآثار التطليق.

### الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق

لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرّع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين، يُلجأ إليه عند الحاجة ومع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه وأخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته، رغم مشروعيته.

ويعتبر الكتاب والسنة والإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل وعليه سنتناول سند ودليل مشروعية التطليق من خلالهم فيما يأتي:

من الكتاب :

قوله تعالى: {وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا} (1).

وقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا} (2).

وهو خطاب عام موجه للرسول -صلى الله عليه وسلم- في الأصل ولجميع أمته.

ويقول أيضا في كتابه العزيز: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} (3).

وهذه الآية الكريمة فيها تنظيم الطلاق ودليل مشروعيته في آن واحد ويقول تعالى: {لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ} (4) فهذه الآية تنفي الجناح والإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية.

(1) - سورة النساء الآية 130

(2) - سورة الطلاق الآية 1

(3) - سورة البقرة الآية 229

(4) - سورة البقرة الآية 236.

من السنة:

روى حميد ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- "يقول أحدكم لإمرأته قد طلقته قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين تُطلق المرأة من قبل عدتها"

وهذا التنظيم عن رسول الله للطلاق والتفرقة بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم هو دليل مشروعية الطلاق.

وروى محارب بندثار عن بن عمر أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه- وروى أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "ثلاث جدُّهن جد وهن جد النكاح والطلاق والعتاق"

و رُوي عنه أنه طلق حفصة ثم راجعها، وما ورد عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام.

من الإجماع:

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول -صلى الله عليه وسلم- حتى اليوم على جواز الفرقة، وهي محضرة أصلاً ولا تباح إلا للحاجة أو ضرورة، وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة.

و خلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه<sup>(1)</sup>.

- طبيعة التطليق

يعتبر التطليق مكنة منحها المشرع للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها استناداً لأسباب محددة، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها، وعليه يطرح التساؤل حول طبيعة التطليق، هل هو فسخ أم طلاق؟

إتفق الفقهاء على أن الحياة الزوجية تنتهي بالطلاق أو بالفسخ ولكنهم اختلفوا حول ما يندرج ضمن كل منهما، كما تختلف الآثار المترتبة عنهما، فالطلاق يعد إنهاء لعقد الزواج الصحيح، في حين الفسخ هو نقض له لخلل رافق نشوءه أو عارض طراً على الزواج منع بقاءه بعد نشوئه صحيحاً أو لحادث أصاب أحد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب الفسخ، هذا من حيث الماهية، أما من حيث الأسباب فالطلاق لا يكون إلا بناء

(1) - الدكتور "محمد كمال إمام" - الطلاق عند المسلمين -دراسة فقهية وقانونية- دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية- طبعة 1997 صفحة

على عقد صحيح لازم وهو من حقوق الزوج يوقعه بإرادته المنفردة، أما الفسخ فيما أن يكون بتراضي الزوجين أو بواسطة القاضي.

ومن حيث الآثار المترتبة عنه، فالفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما الطلاق يحدث هذا الأثر. كما يجدر بنا القول أن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، وإن لم يكن استحققت المتعة<sup>(1)</sup>.

و ترتيباً على ذلك يرى الأحناف أن كل فرقة من جانب الزوج هي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء مثلاً، وكل فرقة من قبل الزوجة هي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته، وبناءً على ذلك فإن أهم الفرق التي تُعد طلاقاً عند الأحناف هي تطليق الزوج بسبب الإيلاء أو الخلع أو اللعان، والتفريق لعيب جنسي أو التفريق بسبب أباة الزوج الإسلام.

أما الفرق التي تعد عندهم فسخاً فهي: التفريق لردة أحد الزوجين ولفساد الزواج أو التفريق لعدم كفاءة الزوج لزوجته أو الفرقة بسبب حُرمة المصاهرة.

في حين يرى الحنابلة والشافعية أن الفرق التي تقع بين الزوجين تعتبر طلاق إذا وقعها الزوج أو نائبه وما عدا ذلك تعتبر فسخاً والفرق التي تعد عندهم طلاقاً هي:

تطليق الزوج والخلع وتطليق القاضي إن امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء، أما الفرق التي تعد عندهم فسخاً هي:

التفريق لعيب في أحد الزوجين أو بسبب إعسار الزوج أو فساد العقد أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته.

بينما ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الموجب للفرقة، فإن كانت فرقة من زواج صحيح وكان سببها لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، سواء كانت من الزوج أو من يقوم مقامه، أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عدت طلاقاً، وأما إذا كانت ناتجة عن زواج فاسد فيُعد ذلك فسخاً.

وتُعد عندهم الفرق التالية طلاقاً :

تطليق الزوج بسبب الخلع، أو لعيب في أحدهما أو إعسار الزوج عن نفقة زوجته أو التفريق للضرر أو بسبب الإيلاء أو عدم الكفاءة.

وما يُعد عندهم فسخاً:

(1) - الدكتور "رمضان علي السيد الشرنباصي" - أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية - منشورات الحلبي الحقوقية صفحة 226-227.

التفريق بسبب اللعان أو بسبب فساد عقد الزواج أو بسبب أباء أحد الزوجين الإسلام.

أما الظاهرية فيعتبرون كل فرقة تمت بين زوجين طلاقاً إلا في الحالات التالية فهي فسحاً: التفريق باللعان أو التفريق لاختلاف الدين.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد عرّف الطلاق في المادة (48) منه على أنه: حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون، كما أنه استعمل في نص المادة (57) مصطلح "الطلاق" الذي يدل على أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطلق طلاقاً لا فسحاً، وقد ذكر الفسخ وأحكامه في المواد (32-33-34) من قانون الأسرة. كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل.

ويعاب عليه أنه خالف مفهوم البطلان في القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (101-102) من القانون المدني وذلك عندما نص في قانون الأسرة على أن البطلان هو اختلال ركنين في العقد، لكن يترتب البطلان في القواعد العامة باختلال ركن واحد من أركان العقد وكيفت هذه الحالة في قانون الأسرة على أنها فسح.

بعدما عرفنا التطلق، وتطرقتنا لدليل مشروعيته والحكمة منه وتناولنا طبيعته، ننتقل الآن إلى عرض أسبابه بالتفصيل كون المشرع اشترط لقبول دعوى التطلق تأسيسها على أحد الأسباب الوارد ذكرها في المادة (53) من قانون الأسرة وذلك على النحو التالي:

### الفرع الثاني: أسباب التطلق

هو رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية لأسباب المحصورة في قانون الأسرة طبقاً للمادة 53 من هذا القانون  
\*يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية:

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

العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

الحكم على الزوج عن الجريمة فيها مماس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

ارتكاب فاحشة مبينة.  
الشقاق المستمر بين الزوجين  
مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزوج  
كل ضرر معتبر شرعا. \*\*

لقد حصر المشرع الجزائري الأسباب التي يمكن للمرأة أن تطلب التطلاق على أساسها وهي:

1- التطلاق بسبب عدم الإنفاق وقد نصت عليه فقرة 1 من المادة 53 \*\* عدم الإنفاق بعد صدور بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون. \*\* فإن عدم الإنفاق على الزوجة يوجب التفريق بينهما بطلب منها متى ثبت ذلك وهذا هو المتفق عليه عند كل من المالكية والشافعية والحنابلة ولا بد من استيفاء الشروط الشكلية لكي تطلب دعوى التطلاق تأسيسا على فقرة 53/1.

أن ترفع الزوجة دعوى استعجالية أو أمام قسم شؤون الأسرة طلب النفقة أو بموجب أمر تطلب النفقة ومستلزماتها طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي \*\* تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة. \*\*

عند صدور حكم نفقة الزوجة يبلغ الزوج وإذا امتنع الزوج عن تسديدها يجرر محضر عدم تسديد النفقة مادة 80 من قانون الأسرة \*\*يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم. \*\* على أساسه ترفع الزوجة دعوى ثانية لقسم شؤون الأسرة \*\*

ملاحظة: يجب ألا يكون الامتناع عن تسديد النفقة ناتج عن إعسار الزوج العاملة به الزوجة.

2- العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج ويستوي في العيوب أن تكون عقلية أو نفسية أو جسمية وحتى يعتبر العيب مبررا للتطلاق يجب توافر شرطين هما:

- أن يكون العيب في الزوج لا الزوجة .
- أن يكون العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج وترك تحديده للسلطة التقديرية للقاضي.
- أن يكون العيب من الزوج بعد إبرام العقد، أما أن إذا كان العيب قبل الزواج، فيكون هذا تدليس وقعت فيه الزوجة، تطلب من خلال الزوجة إبطال عقد الزواج.
- أن يكون العيب غير قابل للشفاء أما إذا ثبت طبيا أن هذا المرض يتماثل للشفاء، فلا يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق.



ويكون إثبات ذلك من خلال الشهادات الطبية التي تعتبر دليلاً على وجود هذا العيب، وبالرغم من ذلك فإن القاضي يعرض الزوج على خبير طبي لفحصه وتحديد نوع المرض الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

- المجر في المضجع فوق 04 أشهر ويعتبر هذا السبب من الأسباب التي تشترط أن يكون المجر قد تجاوز 4 أشهر كاملة دون انقطاع للمدة، وعدم وقوع أي اتصال جنسي وأن يكون المجر عمدياً وليس له ما يبرره.

**3- الحكم على الزوج في جريمة فيها ماس بشرف الأسرة ويستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ولكي تبني الزوجة طلب تطليقها على هذا السبب يشترط:**

أن يصدر حكم قضائي حائز على قوة بشيء المقضي به.

ب- أن تكون الجريمة المقترفة من طرف الزوج فيها مساس بشرف العائلة والتي لا يمكن فيها مواصلة العشرة كجرم الاغتصاب أو فعل مخل بالحياة أو ضرب والسبب وشتم الأصول وجريمة الاختطاف.

**4- الغيبة بعد مرور سنة بدون العذر ولا نفقة ويشترط ما يلي:**

- أن تطول الغيبة لمدة سنة كاملة.

- عدم وجود مبرر شرعي لغيابه.

- أن يكون مكان الزوج معلوماً أو مجهولاً.

- عدم الإنفاق.

- ويجب أن تُثبت الزوجة الغياب وأيضاً عدم الإنفاق بكافة طرق الإثبات.

**5- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة وتحليل نص المادة 8 مكرر من نفس القانون\*\* في حالة تدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.\*\***

**6- ارتكاب فاحشة مبينة ويقصد بها المشرع جريمة الزنى أو جريمة الفواحش ضد أحد المحرمات.**

**7- الشقاق المستمر بين الزوجين:** يجوز طلب التطليق إذا تضررت الزوجة من شدة الشقاق المستمر ويكون عليها، أن تثبت ذلك في غالب الأحيان تثبته كالطلاق الرجعي يطلقها ثم يرجعها ثم يستمر الشقاق والخصام، إذ يمكن للزوجة أن تأسس دعواها على ذلك.

أو في حالة ما اشتد الخصام، وتم اللجوء للحكمين من أهله وأهلها ولم يتم الصلح بينهما، هذا ما نصت عليه مادة 56 من قانون الأسرة\*\* إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين.\*\*

مخالفة الشروط المتفق عليه في عقد الزواج، إذا تم الاتفاق بين الزوجين في عقد الزواج، على شروط تضمنتها أحكام قانون الأسرة. كما لو اشترط عدم التعدد وعمل المرأة، طبقا للمادة 19 من قانون الأسرة أو الاتفاق على الجانب المالي بينهما مادة 37 قانون الأسرة والتي شرع الاشرط في عقد الزواج فإذا خالف الزوج هذه الشروط المكتوبة يجوز للزوجة طلب التطليق.

**8- كل ضرر معتبر شرعا:** لم يوضح لنا المشرع المقصود بالضرر الذي جاء بمفهوم واسع الذي يستلزم أن تثبت المرأة ومثال على ذلك: يكون كجرمة القتل، الضرب، الجرح أو قذف ضد الزوجة الثابت بالحكم القضائي أو إثبات الزوجة لجرمة الإهمال العائلي طبقا للمادة 330 من قانون العقوبات. أحكام الطلاق والخلع نائية لا يجوز استئنافها طبقا للمادة 57 من قانون الأسرة\*\* تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المالية.

**تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف.\*\***

ما عدا الجوانب المادية (النفقة، الحضانة، مسكن، نفقة العدة، تعويض عن الطلاق) يجوز الاستئناف فيها. ويجوز للقاضي أن يحكم للمرأة بالتعويض وبالنفقة الغذائية والنفقة الإهمال و نفقة العدة السكن الصداق.

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذها بالقول، وهذه مبادئ قررها الإسلام، فقد قال عز وجل: { وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ }<sup>(1)</sup>، وقوله كذلك: { وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }<sup>(2)</sup>.

لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله ولاية تأديبها إذا خالفته ولم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا، ولكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة ويؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل بأن كان يضربها ضربا مبرحا، أو يشتمها أو يحملها على فعل غير مباح شرعا، فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطليق في مثل هذه الأحوال؟

(1) - سورة البقرة الآية 228.

(2) - سورة النساء الآية 19.

ذلك ما سنتناوله تفصيلاً متعرضين لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، لنمر بعدها إلى موقف المشرع منها، وننتهي في الأخير إلى ما توصل إليه الإجتهد القضائي بشأنها. لكن قبل ذلك وجب علينا معرفة المقصود بالضرر، وما هي المعايير المعتمدة لتقديره؟

الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، وهو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعاً، ولا تقدر الزوجة الصبر عليه، ويستحيل معه دوام العشرة الزوجية.

أما معيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من امرأة لأخرى، باختلاف البيئة والثقافة والعمل والوسط الإجتماعي، ولا يشترط تكراره، إذ يكفي أن يتسبب فيه الزوج ولو لمرة واحدة، وكل ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع.

### أولاً: الموقف الفقهي:

انقسم بهذا الشأن إلى اتجاهين نعرضهما فيما يأتي:

#### الرأي الأول:

يرى الحنفية والجعفرية والشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية ورواية للحنابلة أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطليق من زوجها حتى ولو طلبت ذلك بسبب إيذائها بالقول أو بالفعل ومعاملتها بما لا يُستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وعلى القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة، فإن لم يمثل عاقبه تعزيراً بحسب ما يراه كافياً لزرجه حتى يمسكها بالمعروف، وقد بنوا رأيهم هذا على ما فهموه من قوله تعالى: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }<sup>(1)</sup>.

فالضرر الحاصل للزوجة يمكن تداركه وإزالته بتعزيز الزوج، وعدم إجبارها على طاعته، فلا يعد الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله طريقاً لإزالة الضرر عنها، فلا يلجأ إليه.

#### الرأي الثاني:

يرى المالكية أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب ونحوه كالإكراه على فعل أمر حرام، أو كان يضارها بالهجر أو الشتم ورفعت أمرها للقاضي وأثبتت تعدّيه، كان لها أن تطلب منه تأديبه وزجره للكف عن إيذائها وذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تمتنع عن طاعته بأن يعظه إن رأى القاضي ذلك مجدياً، فإن لم تجد العظة أمرها بهجره، فإن لم تفد ضربه، هذا إن اختارت البقاء معه<sup>(2)</sup> وإذا ادعت الضرر وتكررت شكواها وعجزت عن إثبات دعواها عين لها القاضي حَكَمًا من أهلها، وحَكَمًا من أهله، يسعيان للإصلاح

(1) - سورة النساء الآية 35.

(2) - الدكتور "رمضان علي السيد الشرنباصي" كمرجع سابق صفحة 364.

بينهما، فإن عجزا عن ذلك، فأكثر فقهاء المالكية يجيزون طلاق الزوجة نظير مال تدفعه لزوجها، أما البقية فيجيزون تطليقها دون عوض.

فالضرر عند المالكية هو كل ما لا يجوز شرعا، ويثبت بالبينة التي يكفي فيها مجرد سماع الشاهد من بين النساء والرجال في أن الزوج يضار زوجته، كما يثبت أيضا بالإقرار، ومنهم من يعتمد فقط على قرائن الأحوال<sup>(1)</sup>.

#### -الموقف التشريعي:

إذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق، فقد جاء في نص المادة (53) أن للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: كل ضرر معتبر شرعا.

وبذلك يكون المشرع قد أورد عبارة عامة وشاملة: "كل ضرر معتبر شرعا" ولم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تضطلع برقابة مسائل القانون دون الواقع، وحسنا ما فعل لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما، قد لا يكون كذلك في زمن آخر وبالنسبة لجماعة أخرى، خاصة أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر، وبذلك أمكن القول أن المشرع اعتمد معيارا شخصيا لتحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها.

فضلا عن ذلك فإن عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" واسعة يمكنها أن تستغرق كل الأسباب التي تضمنتها المادة (53) من قانون الأسرة كما يعتبر نشوز الزوج المنصوص عليه بالمادة (55)<sup>(2)</sup> من قانون الأسرة سببا لطلب الزوجة التطليق، وذلك ما يدعمه القرار الصادر عن المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- تحت رقم 648/181 بتاريخ 1997/12/23 جاء فيه: "و من المقرر أيضا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه: في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر، وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة (55) من قانون الأسرة، قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>(3)</sup>.

(1) - قال الشيخ "النفراوي" في فواكه الدواني في شرح رسالة ابن زيد القيرواني للمرأة التطليق بالضرر الثابت ولو بقول الأحوال.

(2) - تنص المادة (55) من قانون الأسرة على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وبالتعويض للطرف المتضرر"

(3) - القرار الصادر بتاريخ 1997/12/23 تحت رقم 181648 المجلة القضائية لسنة 1997 - العدد الأول - صفحة 49

## كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر:

لقد اعتنق المشرع الجزائري بهذا الشأن المذهب المالكي، ويتجلى ذلك من خلال إتاحتها للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة، لاسيما البنية والإقرار، فإن عجزت عن إثبات ذلك، وعجز القاضي عن الصلح، عين للزوجين حكمين واحد من أهله والآخر من أهلها للإصلاح بينهما، وهو ما نصت عليه المادة (56) من قانون الأسرة إذ جاء فيها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين".

وفي ذلك صدر قرار عن المحكمة العليا تاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906 -غرفة الأحوال الشخصية- جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أن الشخص لا يقوم بإجراء لينتفع به غيره، وأن القاضي ملزم بالإعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه، ويمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته، وإلا كان حكمه قد بناه على أمر غيبي وغير شرعي، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا للقانون.

ولما كان من الثابت في -قضية الحال- أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته الرجوع إلى بيت الزوجية فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم والقاضي برفض دعوى الطاعن، وقبول طلب الزوجة المتعلق بالتطليق، والحكم بتطليقها فإنهم بقضائهم كما فعلوا انتهكوا القانون وتجاوزوا سلطتهم، فدعوى الرجوع إذا لم ينتفع بها صاحبها لا تنقلب ضده، إلا في مسألة التعويض إذا كانت ظالمة، منتهكا بذلك قواعد التقاضي وخرج من العلم بالظاهر ودخل إلى العلم بالغيبي، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>(1)</sup>.

وقد صدرت عن المحكمة العليا أيضا عدة قرارات في شأن التطليق للضرر نذكر منها:

- القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 تحت رقم 75588، جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثارها منه

(1) - القرار الصادر بتاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906 -المجلة القضائية لسنة 1991- العدد الأول- صفحة 52

واستحالت الحياة الزوجية، فإن القضاة لما حكموا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"<sup>(1)</sup>.

- القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353 والذي جاء فيه:

"من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا.

و لما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الصدد صدر حكم عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2004/08/10 قضى بتطبيق المدعية من المدعى عليه بسبب الضرر اللاحق بها وفقا للفقرة السادسة من المادة (53) من قانون الأسرة، ألزم المدعى عليه بأدائه لها نفقة عدة قدرها عشرة آلاف دينار جزائري (10 000 دج)، نفقة متعة قدرها ثلاثون ألف (30 000) دينار جزائري، ونفقة إهمال شهرية قدرها ثلاثة آلاف (3000) دينار جزائري يبدأ حسابها من تاريخ 2004/04/12 ولغاية تاريخ النطق بالحكم، كما قضى بإسناد حضانة الولد "عز الدين" لأمه، جاء في حيثياته ما يلي:

حيث أنه بتاريخ 2004/04/27 سعت المحكمة لإصلاح ذات البين غير أن الزوجة أصرت على طلب التطبيق.

وحيث ثبت للمحكمة أن المدعى أُحيل على محكمة الجنايات بتهمة محاولة القتل العمدي على المدعى عليها وأن القضية هي أمام غرفة الإتهام حاليا وكان المدعى عليه قد أقر بجلسة الصلح باعتدائه على المدعى عليه بالخنجر بسبب رفضها الرجوع إلى البيت.

وحيث ثبت للمحكمة إستحالة مواصلة العشرة الزوجية في هذه الظروف وقد ثبت اعتداء المدعى على المدعى عليها وهو ما يُعد ضررا معتبرا شرعا يُخول الحق في طلب التطبيق.

**المطلب الثاني: آثار الطلاق:**

**الفرع الأول: العدة والنفقة**

**أولا: العدة**

العدة في اللغة هي مصدر للفعل "عدّ" يعنى "أحصى" "يحصي" ووردت بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى: {وَإِنْ تَعَدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا إِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ رَحِيمٌ} <sup>(1)</sup> وقد تفيد مجمل عدد الشيء في قوله

(1) - القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 ملف رقم 75588 المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الرابع صفحة 78

(2) - القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني صفحة 66.

تعالى: { إِنْ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ فَلَا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ أَنْفُسَكُمْ وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ } {36} (2).

أما اصطلاحاً فهي "مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيها، وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم" (3).

و أجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى: {وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ } {228} (4).

وقوله -صلى الله عليه وسلم- لفاطمة بنت قيس: "اعتدي في بيت أم مكتوم" والحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم لتفادي اختلاط الأنساب من جهة وإعطاء الزوج متسع من الوقت ليتمكن خلاله من التفكير في مراجعة معتدته من جهة أخرى، كما أشار الله سبحانه تعالى لذلك بقوله: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا } {1} (5).

وقوله عز وجل: {وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ } {228} (6).

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة (58) نصت على أن تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائسة من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، أما المطلقة الغير المدخول بها فلا توجب عليها العدة وهذا ما جاء في القرار رقم 137571 المؤرخ في 18 جوان 1996: "من المقرر شرعاً أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تُستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المطعون ضدها طُلق من زوجها الأول قبل الدخول، وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من

(1) - سورة النحل الآية 18

(2) - سورة التوبة الآية 36

(3) - دكتور محمد كمال إمام- كمرجع سابق- صفحة 144

(4) - سورة البقرة الآية 228

(5) - سورة الطلاق الآية 1

(6) - سورة البقرة الآية 228

طلاقها فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى بيت الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن<sup>(1)</sup>.

وأضافت المادة (60) من قانون الأسرة على أن "عدة الحامل هو وضع حملها وأقصر مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق".

ويبدأ حساب مدة العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق في الشريعة الإسلامية، وجاء نص المادة (58) المذكورة أعلاه مخالفا لهذه الأخيرة بحيث أنها قضت بأن العدة يبدأ احتسابها من تاريخ التصريح بالطلاق والذي لا يثبت إلا بحكم قضائي وفقا للمادة (49) من قانون الأسرة.

وإذا صدر الحكم بالطلاق تدخل المطلقة في عدتها ابتداء من تلك اللحظة وتقع عليها الالتزامات الآتية:

ملازمة بيت الزوجية حيث تبقى في بيت زوجها مدة عدتها مصداقا لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاللَّهُ رَبُّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا }<sup>(2)</sup> وهو ما جاءت به المادة (61) قانون الأسرة.

لكن ما يجري به العمل بين الناس خلاف ذلك إذ أن المطلقة تأخذ أغراضها وتلتحق بأهلها لتقضي عدتها هناك.

- امتناع الزوجة عن الزواج في فترة العدة برجل أجنبي.

#### ثانيا: النفقة :

تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطبيق وتشمل نفقة العدة ونفقة الإهمال.

#### نفقة العدة:

تستحق المعتدة نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هذه المدة وتحددها المحكمة إجماليا أو شهريا وهذا ما نصت عليه المادة (61) من قانون الأسرة<sup>(3)</sup>، ويسقط هذا الحق شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشز.

و في هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات منها :

(1) - القرار الصادر بتاريخ 18/06/1996 تحت رقم 137571-المجلة القضائية لسنة 1997 -العدد الثاني صفحة 93

(2) - سورة الطلاق الآية 1

(3) - نصت المادة 61 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"



القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 تحت رقم 34327 والذي قضى بأنه: "متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

- إذا كان من الثابت أن قضاة الإستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيه قضى به ومن ذلك تقرير عدة الزوجة فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"

القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 تحت رقم 57752 الذي جاء فيه: "حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد وهي أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقة بعد

فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أم لم يطلبها، ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع، والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالوجه شديد ويتعين رفضه"<sup>(1)</sup>.

### نفقة الإهمال:

لقد أقرت المادة (74) من قانون الأسرة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها، فإذا لم يقيم بالإنفاق عليها يحق لها طلب نفقة إهمال تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم التطبيق وللقاضي سلطة تقدير مبلغ هذه النفقة شهريا مراعيًا في ذلك حال الزوجين.

### ثالثا: حق السكن أو دفع أجرته

لقد ورد النص على إسكان الزوجة المطلقة وعلى شروطه في المادة (52) الفقرة 2 من قانون الأسرة<sup>(2)</sup> ومن تحليلها يتضح لنا أنه حتى يمكن للمطلقة الحكم بإسكانها أو إبقائها في مسكن الزوجية توافر ثلاثة شروط:

◀ أن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة قل عدد المحضونين أو أكثر.

◀ ألا يكون لها ولي يستقبلها ويؤمن لها المسكن.

(1) - القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 57752 المحلة القضائية لسنة 1991 العدد 1 صفحة 68

(2) - نصت المادة 2/52 قانون أسرة على أنه "...و إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار من السكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو يكون انحرافها."

◀ أن يكون في استطاعة الزوج توفير السكن.

و قد صدر في هذا المنوال القرار رقم 223834 بتاريخ 15/06/1999 جاء فيه "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ إحدى عشر سنة، أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وأن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكن آخر، وعليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس في حق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون"

كما صدر أيضا القرار رقم 105366 بتاريخ 27/04/1993 جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه إذا كانت الأم حاضنة، ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها فعلى الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في المسكن مع محضونيتها، وأن نفقة المحضون وسكنها من مال إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيء له مسكنا وإن تعذر فعليه أجرته، ولما ثبت في قضية الحال، أن للزوج مسكن آخر بنفس البلدية حسب اعترافه فإن قضاة المجلس قد أخطؤوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعنة بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه لا سيما وأن احتمال عدم وجود ولي يقبل إيوائها مع محضونيتها قائما ومتى كان كذلك استوجب نقض قرارهم جزئيا"<sup>(1)</sup>.

ونصت المادة (467) من القانون المدني على أنه "ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر وفي حالة الطلاق، يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزواج من أجل حضانة الأولاد خاصة".

ويتضح من هذه المادة أنها أعطت الحق للقاضي أن يعين من يستفيد من مسكن الزوجية في حالة الطلاق.

#### رابعا: التعويض:

في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وبدون أن يبرر أسبابه يعتبر حين إذن طلاق تعسفا، يجوز للمرأة أن تطلب التعويض.

كما منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للأسباب التي أوردتها المادة (53) من قانون الأسرة وإستنادا لأحدها يحكم لها القاضي بالتطليق.

فهل يُعد هذا الحكم في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصابها، أم أنها تستحق تعويضا إلى جانب ذلك؟

(1) - القرار رقم 105366 الصادر بتاريخ 27/04/1993 المحلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني صفحة 88.

في غياب النص القانوني حول هذه المسألة، وبالرجوع إلى الواقع العملي نجد تطبيقات مختلفة فهناك من يعتبر أن الحكم بالتطليق في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة، فلا يمكن الحكم لها بالتعويض إلى جانب ذلك، ومنهم من يعتبر أنها تستحق التعويض بعد الحكم لها بالتطليق، وتدعيما لمن يحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالتطليق صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات من أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 تحت رقم 135435 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض إستنادا على وجود ضرر معتبر شرعا، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج كامل الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزواجه لمدة خمس (05) سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن"<sup>(1)</sup>.

- القرار رقم 181648 الصادر بتاريخ 1997/12/23 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة مبالغ فيه ومتعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لحبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة (55) قانون الأسرة، قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>(2)</sup>.

و تجدر الإشارة أنه يدق التشابه بين مصطلحي التعويض، والمتعة، هذه الأخيرة هي ما يعطيه الزوج لزوجته جبرا لخاظرها وتعويضا لها عما لحقها من ضرر وهي واجبة لها كلما تحقق هذا السبب "الضرر" وذلك عملا بقوله تعالى: { وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ }<sup>(3)</sup> {241} وقوله أيضا: { لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ }<sup>(4)</sup> {226} وقوله أيضا: { يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إِذا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِناتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِن عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا }<sup>(5)</sup> {49}.

(1) - قرار رقم 135435 الصادر بتاريخ 1996/04/23 المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الأول ص 129

(2) - قرار رقم 181648 الصادر بتاريخ 97/12/23 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول ص 49

(3) - سورة البقرة الآية 241

(4) - سورة البقرة الآية 236

(5) - سورة الأحزاب الآية 49

باستقراءنا لهذه الآيات يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية أوجبت على الرجل تمتيع مطلقة، وذلك بتعويضها جراء ما أصابها بسبب فك الرابطة الزوجية مستعملة لمصطلح "المتعة" في حين أن القوانين الوضعية أوجبت على القاضي إلزام الزوج بدفع مبلغ من المال نقداً أو عيناً يخضع لسلطته التقديرية تحت تسمية "التعويض".

وقد ورد في كتاب الموطأ للإمام مالك في رواية "أبو يحيى الليثي" له قال: بلغني عن "مالك" عن "أبي شهاب" أنه قال: لكل مطلقة متعة وقد بلغني عن ابن القاسم ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها أو كثيرها".

و في الحقيقة أن المصدر الشرعي لمصطلح التعويض هو كلمة متعة حيث طغى استعمال المصطلح الأول على الثاني في القوانين الوضعية<sup>(1)</sup> وبالتالي يمكن القول أن التعويض والمتعة وجهان لعملة واحدة وعليه لا يمكن للقاضي الحكم بهما تطبيقاً لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد.

### 1- النفقة الزوجية: نصت مادة 74 من هذا القانون\*\*تجب نفقة الزوجة على الزوج بالدخول بها أو

دعوتها إليه بيته مع مراعاة أحكام المواد 78،79،80 من هذا القانون. \*\*

إذ تستحق الزوجة النفقة بعد الدخول بها أو في حالة دعوتها إليه بيته وتسقط عنها في الحالة نشوز مادة 55 من قانون الأسرة\*\*عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر\*\* ويعتبر الزوج الزوجة نشازاً في حالة امتناع عن إستئناف الحياة الزوجية بعد صدور الحكم بذلك.

كما أن المطلقة الحامل والمطلقة رجعيًا تستحق النفقة.

### 2- النفقة على الفروع: نص المشرع الجزائري مادة 75 من قانون الأسرة\*\*تجب نفقة الولد على الأب

ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى دخول وتستمر في حالة ما إذ كان الولد عاجزاً بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.\*\* وفي حالة وجود المال للأبناء بميراث أو الهبة أو العمل وحتى لو قبل البلوغ تسقط النفقة في هذه الحالة.

كما تقضي المادة 76 من قانون الأسرة\*\* في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك. \*\*

### 3- نفقة الأقارب: مثلما أوجب المشرع نفقة الآباء على الأبناء أو ج نفقة الأبناء على الآباء في العجز

وعدم كفاية حاجاتهم وتكون بحسب يسر الأبناء ودرجة القرابة في الإرث المادة 77 من قانون الأسرة \*\* تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة الاحتياج ودرجة القرابة في الإرث. \*\*

(1) - المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري

يعود تقديرها للقاضي الذي يراعي في ذلك الطرفين والظروف المعاشي للأمر المنصوص عليه<sup>(1)</sup>، في المادة 79 من قانون الأسرة\*\*يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين والظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم. \*\* وتستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى سواء دعوى النفقة أو الطلاق وفي حالة إثبات الزوجة عدم إنفاق الزوج عليها قبل رفع الدعوى، يجوز للقاضي أن يحكم باستحقاقها لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى المادة 80 من قانون الأسرة\*\*تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.\*

الآثار المترتبة عن الامتناع النفقة:

في حالة صدور حكم حائز لقوة الأمر المقضي فيه من قسم شؤون الأسرة، أو القسم الاستعجالي، الذي يقضي بالنفقة ويبلغ هذا الحكم ويتمنع الزوج عن الإنفاق، فإن الزوجة تقدم شكوى أمام وكيل الجمهورية المختص، الأمر الذي تضمنته المادة 331 من قانون العقوبات التي تنص على أنه\*\*يعاقب بالحبس 6 أشهر إلى سنة وبغرامة 500000 إلى 30 00000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز 2 شهر عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه...\*\*

إضافة إلى ذلك نجد أن المشرع الجزائري وحماية للمطلقة الحاضنة أنشأ جهازا خاصة سمي بصندوق النفقة بموجب 01-15-01-المؤرخ في 04 يناير 2015 إذ يقوم هذا الصندوق بتسديد مبالغ النفقة للمطلقة الحاضنة في حالة الامتناع الكلي أو الجزئي من تسديدها لحالة المدين ويطلب الاستفادة من نفقات الصندوق إلى قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا مرفقا بالوثائق التالية:

- 1- طلب الاستفادة وفقا للنموذج الموضوع تحت تصرف المستفيد إلكترونيا.
- 2- الحكم القضائي بالطلاق وإسناد الطلاق والنفقة.
- 3- محضر الامتناع الكلي أو الجزئي عن تسديد مبلغ النفقة.
- 4- صك بريدي مشطوب أو بنكي.

ويجب أن يفصل القاضي في الطلب في مدة 5 أيام بموجب الأمر ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن وتتولى تبليغه أمانة الضبط إلى كل من الدائن والمدين للمصالح الولائية التابعة لنشاط الاجتماعي في أجل 48 ساعة من صدوره وتتولى مديرية النشاط الاجتماعي للولاية التابعة لوزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة دفع مبلغ النفقة المحدد في الأمر الولائي الصادر عن القاضي في أجل أقصاه 25 يوم من تاريخ تبليغها.

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 213.

وإذا تكفل الصندوق بدفع هذه المبالغ فإنه سيحول دون متابعة المدين لها جزائيا طبقا للمادة 331 من قانون العقوبات.

## الفرع الثاني: النزاع حول متاع البيت والحضانة

### أولا: النزاع حول متاع البيت

قد يتنازع الزوجان في بعض متاع<sup>(1)</sup> البيت أو كله، بأن يزعم أحدهما أن المتاع ملكا له، بينما ينكر الطرف الثاني هذه الملكية.

وقد نصت المادة (73) من قانون الأسرة على أنه "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

يتضح من خلال هذه المادة أن النزاع حول متاع البيت وأثاته ينتهي لصالح من له بينة، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال، فإن الزوج يُكلف بأداء اليمين كذلك، وله أن يأخذ طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية.

وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات نذكر منها:

- القرار الصادر بتاريخ 1983/01/14 جاء فيه :

"إذا اختلف الزوجان على متاع البيت، وكان مما يصلح عادة للنساء يُقضى بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين، وعليه يستوجب نقض القرار الذي فصل في نزاع متعلق بالبيت خاص بالنزاع وحكم على الزوج بتأدية اليمين"<sup>(2)</sup>

- القرار الصادر بتاريخ 1989/01/16 تحت رقم 52212 والذي جاء فيه:

"من المستقر عليه قضاءا وشرعا أن أثاث البيت المخصص للإستعمال الشائبي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها، فإن لم يكن هذا، فالزوج أحق به مع يمينه، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد مخالفا للقواعد الشرعية.

(1) - يُقصد بالمتاع كل ما يوجد بمسكن الزوجية من أثاث وأواني ولباس وحلي.

(2) - نشرة القضاة لسنة 1986 - العدد الأول - صفحة 50.

و لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الزوج اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه، فإن المجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء الزوج داخلاً في أمتعة زوجته وحكم لها به دون أن يطالبها بإقامة البيئة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه، يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>(1)</sup>.

أما عند إشتراك الشيء بين الزوجين، تقضي المحكمة بقسمته بينهما مع تحليفهما اليمين.

غير أنه في حالة عدم وجود المتاع فنميز بين حالتين:

**الأولى:** إذا كان المتاع غير موجود أصلاً

**الثانية:** إذا كان المتاع غير موجود لأن الزوجة أخذته كاملاً.

ففي الأولى تطالب الزوجة بما لها من متاع الزوجية إلا أن الزوج يُنكر وجوده، فعندئذ تلجأ إلى القواعد العامة للإثبات، وذلك بتطبيق المادة (323) من القانون المدني وتطبيقاً لقاعدة: "البيئة على من ادعى، واليمين على من أنكر."

أما الحالة الثانية فيدعي الزوج أن زوجته أخذت المتاع إلى بيت أهلها عند مغادرتها بيت الزوجية، سواء برفعه دعوى يطلب فيها استرداد ما يراه من الأثاث، أو يكون بمثابة دفع يقابل به طلب الزوجة، وعليه يقع عبء إثبات ما يتذرع به، فإذا عجز عن تقديم دليل على ذلك خسر دعواه.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/07/18 تحت رقم 50075 والذي جاء فيه:

"متى كان مقرراً شرعاً أن البيئة على من ادعى، واليمين على من أنكر، ومن ثمة فإن ادعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغها وأثاثها وملابسها، يصير مكلفاً بإثبات دعواه، فإن عجز فالقول للزوجة مع يمينها، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد مخالفاً للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجوده لمتزل الزوجية، بل كان حول ادعاء الزوج أن زوجته أخذته معها، فإن قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع، وتلقوها منه مباشرة، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>(2)</sup>.

(1) - القرار الصادر بتاريخ 1989/01/16 تحت رقم 52212 - المجلة القضائية - لسنة 1991 - العدد الثالث - صفحة 55.

(2) - القرار الصادر بتاريخ 1988/07/18 تحت رقم 50075 - المجلة القضائية لسنة 1990 - العدد الرابع - صفحة 64.

فحسب قرار المحكمة العليا كان على الزوج الذي ادعى أن زوجته أخذت المتاع إلى بيت أهلها إثبات إدعائه، وإلا خسر دعواه، وعليه يبقى الوضع الظاهر قائما وهو وجود المتاع ببيت الزوجية، إذ كان على القضاة أن يوجهوا للزوجة اليمين القانونية الواردة بالمادة (73) من قانون الأسرة، لكي تستحق الأثاث الذي يشهد لها الظاهر والعرف بملكيتها، وليس توجيهها للزوج كما فعلوا.

#### ثانيا: الحضانة:

الحضانة مأخوذة من الحِضْن وهو ما دون الإبط إلى الكشح وحِضْن الشيء جانباه، وحِضْن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا ضمت ولدها.

و عرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والإضطلاع بمسئولياتها والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة، لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع.

و على نهج مقارب سار المشرع الجزائري في المادة (62) عندما عرف الحضانة بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

أما بالنسبة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقد قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون فجعل الإناث أليق بها لأنهن أشفق وأصبر على القيام بها، ثم الرجال العصابات ثم المحارم واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب المصلحة ومستحقوا الحضانة إما إناثا فقط أو ذكورا فقط وإما الفريقان معا. وذلك في سن معينة فإذا انتهت تلك السن كان الرجال أقدر على تربية الطفل.

و قد أسند المشرع الجزائري الحضانة للأم وتلاها بأقاربها من النساء ثم عاد إلى الأب ثم أمه و انتقل إلى الأقارب في المادة (64) من قانون الأسرة بقوله "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب فأمه فالأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك" ويتضح من النص أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب وذلك ما يبرره شرعا وعقلا والدليل على هذا التقديم من السنة ما روي أن امرأة جاءت إلى الرسول -صلى الله عليه وسلم- فقالت له يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء، وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن يتزعه مني فقال: أنت أحق به ما لم تنكحي" وقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- "من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة". كما روى أن "عمر بن الخطاب" -رضي الله عنه- طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم وأراد أن يأخذه



منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلق إلى أبي بكر -رضي الله- عنه فقال له أبا بكر: مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار بنفسه"

و هناك شروط عامة لا بد من توافرها في الحاضنة حتى تثبت أهليته لذلك، وهي: الإسلام، البلوغ العقل الأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقا.

و قد اشتملت المادة (62) من قانون الأسرة على هذه الشروط باستعمالها لعبارة "أهلا للقيام بذلك" دون أن تفصل في هذه الشروط.

كما حدد القانون مدة الحضانة القصوى في المادة (65) منه بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة بعشر سنوات، ويجوز في حالات استثنائية تمديدتها إلى أكثر من ذلك على أن تتجاوز في كل الأحوال سن التمييز الذي هو ستة عشر (16) سنة طبقا للمادة (42) من القانون المدني.

و إذا رغب الحاضن في الإستمرار في حضانة المحضون تعين عليه التمسك بهذا الحق طبقا لشروط معينة وهي:

- أن يرفع طلبه إلى المحكمة لإصدار حكم بتمديد مدة الحضانة إلى أكثر من عشر سنوات وذلك حسب ما جاء في المادة (68) من قانون الأسرة والتي جاء فيها "أن صاحب الطلب ملزم بتقديم الطلب خلال سنة من تاريخ نهاية الحضانة وإلا رفض طلبه لفوات الأجل القانوني"

- إن حق تمديد الأجل للحضانة ثابت للأم وحدها.

- أن تكون الأم غير متزوجة لأن الزواج سبب مسقط لحقها في الحضانة إلا إذا كان زوجها من محارم المحضون.

- أن يأخذ القاضي بعين الإعتبار في تمديد تلك الفترة أمرين وهما:

• ألا يتجاوز فيها ستة عشر سنة.

• أن ينظر إلى مصلحة المحضون.

و تسقط الحضانة بتزوج الأم بغير قريب محرم وبتنازل الحاضنة عن هذا الحق وباختلال شروط المادة (62) من قانون الأسرة، وإذا لم تطلب في أجلها القانوني المحدد بمدة تزيد عن سنة بدون عذر.

و قد تم النص على هذه الأسباب بمقتضى المواد من (66) إلى (70) من قانون الأسرة.

### ثالثا: نفقة المحضون وسكنه:

إن مسألة نفقة المحضون وسكنه قد تضمنتها المادة (72) من قانون الأسرة حيث نصت على: "نفقة المحضون من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته" من استقراء هذه المادة يتبين لنا بروز ثلاث حالات .

1. إذا كان للمحضون مال خاص به تكون نفقته من ماله لا من مال أبيه.
  2. إذا لم يكن المحضون مال تكون نفقته ومسكنه واجبة على أبيه من مال غيره إذ على الأب أن يضمن النفقة والمسكن معا.
  3. يجب على الأب أن يتحمل مسؤولية الإنفاق على المحضون وإذا لم يوفر له مسكن يجب عليه أن يوفر له أجرته والمبلغ المقرر للنفقة، وتكون هذه الأخيرة شهرية تسري ابتداء من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا.
- و قد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1994/11/29 تحت رقم 112705 الذي قضى: "من المقرر أن نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا، أما إذا تعذر فعليه أجرته، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أن الطاعن لا يحق له المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام الطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته مما يتعين عليه نقض وإبطال القرار دون إحالة"<sup>(1)</sup>.

و قد أعطى القانون للمطلقة الحاضنة الحق في السكن وفق الشروط التي جاءت بها المادة (2/52) من قانون الأسرة.

- أن تكون حاضنة سواء قل أو كثر عدد المحضونين.
- أن تتوفر قدرة الزوج على ضمان السكن وإن لم يكن ذلك بوسعه سقط حقها.

### رابعا: حق الزيارة

بعد أن رتب المشرع أصحاب الحضانة في المادة (64) من قانون الأسرة، نص في الفقرة الثانية منها: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" وهذا يعني بكل وضوح أنه عندما يحكم القاضي بالتطبيق يتوجب عليه عند إسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها الحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون وذلك

(1) - قرار رقم 112705 الصادر بتاريخ 94/11/29 المجلة القضائية العدد الأول سنة 1994 صفحة 140

في ساعات وأيام وفي أماكن محددة وفي العطل والمواسم الدينية والوطنية، وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره، يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة كذلك.

وما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أن المشرع أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتماً لأحد الوالدين بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك لأن الحضانة وما يترتب عنها من نفقة وحق الزيارة من النظام العام.

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16 أبريل 1990 تمت رقم 59784 جاء فيه: "متى أوجبت أحكام المادة (64) من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة 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 لما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>(1)</sup>

### شروط الحاضن:

العقل، الإسلام، الكفاية (القدرة على القيام بشؤون المحضون) الأمانة، والصلاح.

### أسباب سقوط الحضانة:

يسقط حق الأم وغيرها ممن لهم الحق الحضانة في الحالات التالية<sup>(2)</sup>:

إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرّم المادة 62 من قانون الأسرة\*\* الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك.\*\*

اصابته بمرض يعيق الحضانة.

اختلال أحد شروط المادة 62 من قانون الأسرة.

إذا لم يطلب بحق الحضانة منهو أحق بها لمدة تزيد عن سنة بدون مبرر طبقاً للمادة 68 من قانون الأسرة

\*\* إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.\*\*

تسقط حضانة الجدة في الحالة إذا سكنت بالطفل مع أمه المتزوجة بغير قريب محرّم.

(1) - قرار رقم 59784 الصادر بتاريخ 16/04/1990 المجلة القضائية سنة 1991 العدد الرابع صفحة 126.

(2) - بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 120.

## قائمة المراجع

### الكتب :

### باللغة العربية:

- 1- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1988 .
- 2- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العربي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002 .
- 3- أنور الخطيب، الأحوال الشخصية خصائص الشخص الطبيعي، الطبعة الأولى، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت .
- 4- أنور طلبة، طرق وأدلة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1993 .
- 5- د / العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر .
- 6- د/ العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر .
- 7- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الثالثة دار المعارف الإسكندرية . 1966 .
- 8- بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر .
- 9- خالد محمود طلال حمادة، عقد الزواج بالكتابة عن طريق الانترنت، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2002 .
- 10- الإمام خليل، المختصر، دار الفكر، الجزء الثاني، بيروت .
- 11- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الجيل للطباعة ، جمهورية مصر العربية، 1986 .
- 12- عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة .
- 13- عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1992 .
- 14- عبد الرحمان الجزيري، كاتب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969 .
- 15- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982 .

- 16- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، 1989 .
- 17- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر .
- 18- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، أنسكلوبيديا، بن عكنون، الجزائر، 2003، .
- 19- فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصورة أخرى للزواج غير رسمي، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2001 .
- 20- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 .
- 21- الإمام محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950 .
- 22- الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية .
- 23- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، الجزء الخامس، دار محمود للنشر والتوزيع .
- 24- محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقاً لأحداث أحكام محكمة النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000
- 25- د/ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1992.
- 26- الإمام محمد متولي الشعراوي، أحكام الزواج والطلاق والخلع، المكتبة التوفيقية، سيدنا الحسين، جمهورية مصر العربية .
- 27- د/ محمد محده، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شهاب، الجزائر، 2000.
- 28- محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977.
- 29- معوض عبد التواب، المستحدث في القضاء الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
- 30- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار الوفاء، المنصور، جمهورية مصر العربية، 1988 .
- 31- د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، إعادة للطبعة الثالثة، دار الفكر، سورية، 1996 .
- معروف محمد، قانون الأسرة بين التشريع والقوانين الوضعية، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الأعلى الإسلامي، الجزائر، 2003، العدد 53

- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، الجزء الأول، العدد الأول، دار الثقافة، الجزائر، 2012،
- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، 2006.
- بدران ابو العين بدران، الزواج والطلاق، دار الجامعة، الاسكندرية، 1975.
- بن شويخ رشيد، قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار الهلال، وهران، 2004.
- نسرین سريقي، وكمال بوفروة، دار بلقيس، الجزائر، الطبعة الاولى، 2013.
- شوكت عليان، أحكام خطبة النكاح في الاسلام، دار الرشيد، الرياض، 1402هـ.
- عبد الناصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الاسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1987.
- حاشية الدسوقي علي، الشرح الكبير، الجزء الثاني.
- بن شويخ رشيد، قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1988.
- صالح السدلان، الشروط في النكاح، دار بلنسية، الرياض.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.
- محمد شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية، القاهرة، 1995.
- المرزوقي عائشة، اثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، 2003.

Ghaouti Benmelha , Eléments du droit Algerien de la famille, le mariage et sa dissolution, tome premier, office de publications universitaires, publisud, Paris ,1985 .

القوانين والأوامر والمراسيم:

- قانون الأسرة .
- القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002 .
- قانون الإجراءات المدنية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002 .
- قانون العقوبات، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002 .
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية .
- الأمر رقم 71-65 المؤرخ في 22/09/1971 المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد مدون في سجلات الحالة المدنية .
- الأمر 69-72 المؤرخ في 16/09/1969 المتضمن إستثناء لما نص عليه القانون 63-224
- الأمر 66-307 المؤرخ في 14/10/1966 المتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية .
- قانون 63-224 المؤرخ في 29/06/1963 المتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج ووجوب تسجيل عقد الزواج خلال أجل محدد .
- مرسوم 62-126 المؤرخ في 31/12/1962 المتعلق بإمكانية وكيفية تقييد حالات الولادة والزواج والوفاة
- أمر 59-224 المؤرخ في 04/02/1959 والخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية وذلك في عمالات الجزائر والساورة والواحات .
- قانون 57-777 الصادر خلال سنة 1957 المتعلق بإثبات وتسجيل عقود الزواج السابقة له .
- قانون 1882/03/23 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر المعدل بقانون 1930/04/02 .

المجلات القضائية :

- . المجلة القضائية، 1989، العدد 02 .
- . المجلة القضائية، 1990، العدد 01 .
- . المجلة القضائية، 1990، العدد 03 .
- . المجلة القضائية، 1991، العدد 01 .
- . المجلة القضائية، 1992، العدد 02 .

- المجلة القضائية، 1992، العدد 03.
- المجلة القضائية، 1993، العدد 02.
- المجلة القضائية، 1994، العدد 02.
- المجلة القضائية، 1997، العدد 01.
- المجلة القضائية، 2000، العدد 02.
- المجلة القضائية، 2001، العدد الخاص.
- المجلة القضائية، 2002، العدد 02.
- نشرة القضاة، 1990، العدد 55 .
- مجلة العلوم القانونية والسياسية سنة 1962، رقم 04.

المقالات ومجلات ومذكرات

- بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية، مجلة قضائية، 2002، العدد 02 .
- بداوي علي، مقال عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية .
- عمر زودة، مقال دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية، مجلة قضائية، 1991 .
- عمر زودة، مقال حول التعليق على التطبيقات القضائية للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، مجلة قضائية، 2002، العدد 01 .
- مجلة مغربيات، مواطنات حتى تتمتعن بحقوقكن .
- عبد الله شناح، الزواج العرفي، مذكرة نهاية التربص بالمعهد الوطني للقضاء، 1993 .



1	المقدمة:
4	الفصل الأول: إنشاء الرابطة الزوجية وفقا لعقد
4	المبحث الأول: الإجراءات القبلية لإنشاء الرابطة الزوجية وإبرام العقد
4	المطلب الأول: ماهية الخطبة:
4	الفرع الأول: تعريف الخطبة:
8	الفرع الثاني: العدول عن الخطبة وآثاره:
14	الفرع الثالث: إقتران الخطبة بالفاتحة- الزواج العرفي-:
15	المطلب الثاني: أحكام عقد الزواج
15	الفرع الأول: ماهية عقد الزواج:
23	الفرع الثاني: أركان عقد الزواج وشروط صحته
57	الفرع الثالث: تسجيل عقد الزواج والترخيص به في حالة التعدد
72	المبحث الثاني: تخلف أركان وشروط عقد الزواج وآثاره :
72	المطلب الأول: تخلف أركان وشروط عقد الزواج
73	الفرع الأول: الزواج الباطل
74	الفرع الثاني: الزواج الفاسد:
74	المطلب الثاني: آثار عقد الزواج
74	الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين
75	الفرع الثاني: إثبات النسب
93	الفصل الثاني: انحلال الرابطة الزوجية
95	المبحث الأول: انحلال عقد الزواج بالطلاق

96	المطلب الأول: الطلاق :
97	الفرع الأول: الطلاق بالتراضي :
98	الفرع الثاني: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة :
104	المطلب الثاني: الخلع.....
105	الفرع الأول: أدلة مشروعية الخلع :
110	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع:
114	المبحث الثاني:التطليق.....
114	المطلب الأول: ماهية التطليق.....
114	الفرع الأول: تعريف التطليق.....
115	الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق.....
118	الفرع الثاني: أسباب التطليق.....
125	المطلب الثاني: آثار الطلاق:.....
125	الفرع الأول: العدة والنفقة.....
133	الفرع الثاني: النزاع حول متاع البيت والحضانة.....
139	قائمة المراجع.....
144	الفهرس.....