

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة -
فرع الحقوق
تخصص: أحوال شخصية



كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي
إعداد الطالبين: دشوشة وليد
قادري لمجد

تحت عنوان

مصادر قانون الأسرة الجزائري

إعداد الطالبين: دشوشة وليد

تحت إشراف: د- رشيد زين

قادري لمجد

السنة الجامعية: 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا

حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا

يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا } سورة النساء

الآية (58)

شكر و اهداء

قال الله تعالى: ﴿لئن شكرتم لأزيدنكم﴾ الحمد للمولى عز و جل على توفيقه لنا في إنجاز هذا العمل حمدا يليق بجلاله و عظمته فالحمد و الشكر لله الواحد الأحد أولا و أخيرا. نتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف: زين رشيد على حسن إشرافه و توجيهاته القيمة التي قدمها لنا.

كما نتقدم بالشكر الخالص إلى الأساتذة أعضاء اللجنة لقبولهم مناقشة هذا البحث. و أهدي ثمرة هذا الجهد إلى أمي الغالية و التي هي في مقام عالي و أعز و أحب إنسان إلي و أدعو إلى أبي الحنون بالرحمة الذي كان سندا لي و رفيقا لي في طيلة مشواري الدراسي و إلى كل من أحبهم و ترعرعت معهم و عشت أسعد أيامي بقربهم و إلى أعز الأصدقاء صديقي هني صلاح الدين.

بدون أن أنسى زميلي أمجد الذي تشاركنا في إنجاز هذه المذكرة القيمة.

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: وليد

اللقب: دشوشة

اسم الأب: الدراجي

اسم ولقب الأم: نوة محادي

تاريخ الازدياد: 23/01/1994

مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 0553.99.17.63

البريد الإلكتروني: dzdechoucha@gmail.com

العنوان الشخصي: حي طارق بن زياد اشبيليا المسيلة

الباكالوريا: آداب و فلسفة 2015

سنة الحصول على شهادة البكالوريا: جوان 2015

المعدل: 10.92 الشعبة/التخصص: آداب و فلسفة

التخصص: علوم قانونية و ادارية

الدفعة/ سنة التخرج: 2018

تخصص الليسانس: قانون عام

الماستر: أحوال شخصية

الدفعة/ سنة التخرج: 2020

تخصص الماستر: قانون أسرة

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

عاطل عن العمل: نعم

موظف:

في حالة موظف:

قطاع خاص:

وظيفة عمومي:

اسم المؤسسة / الشركة:

المصلحة المستخدمة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

نوع العقد:

موظف في إطار عقود:

موظف دائم:

امضاء الطالب

وليد

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) دشوشة وليد

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم..... طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 203272484

الصادرة بتاريخ 12/08/2018 عن دائرة/ بلدية المسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق و العلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة ب :

مصادر قانون الأسرة الجزائري

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 10/09/2020

إمضاء المعني

مقدمة

مقدمة:

إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ، ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فهو المهتد ، ومن يضل فلا هادي له ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين صلى الله عليه وسلم أما بعد :

فإن قانون الأسرة الجزائري قد تناول فيه المشرع معالجة مسائل أحكام الأسرة المتمثلة في تكوين وانحلال الرابطة الزوجية و ما يترتب عليها من آثار وفي مقدمتها مسائل الخطبة والزواج مروراً إلى مسائل الطلاق و التطلق الذي يكون عبر أحكام قضائية المسمى بالتفريق القضائي و كذا الخلع و الآثار المترتبة عن انحلال هذه الرابطة الزوجية حيث أنه من أسباب استقامة وصلاح الأسرة الزواج الصحيح القائم على أركانه وشروطه دون نسيان أحكام الخطبة حيث جاء في محكم التنزيل { ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة } الروم [21]، فالزواج مبني على المودة والرحمة والألفة القائمة بين الزوجين، وسماه الله تعالى في كتابه الحكيم بالميثاق الغليظ فعلى أساس أنه كان لزاماً أن يسبق هذا العقد مقدمات لبناء أسرة متينة وتتمثل هذه المقدمات في الخطبة حيث هي مرحلة يتعارف فيها الخاطبان على بعضهم البعض فقد يعجل الخاطب دفع المهر وهذا ما سنتناوله في أحكام الخطبة والعدول عنها على ضوء القانون الذي يعتبر مصدر رسمي يستمد منه المشرع أحكام قانون الأسرة الجزائري في حين أنه ألزم القاضي عند عدم وجود نص فإن عليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء والعرف والقضاء باعتبارها مصادر احتياطية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي لا تمس أحكام الخطبة فقط بل تتعداها إلى الزواج وتوابعه وفك الرابطة الزوجية وآثارها المتعددة والشاملة لأحكام الميراث والحضانة والنفقة والنسب، ويعد القانون رقم 11_84 التشريع الوحيد الذي نظم قانون الأسرة الجزائري منذ الاستقلال وجاء في التعديل بعدها بالأمر 05_02 من قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم وهو الذي ينظم أحكام الأسرة من الخطبة والزواج إلى فك الرابطة الزوجية وآثارها.

-موضوع الدراسة :

يتعلق موضوع الدراسة بمصادر قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب قانون 11_84 المعدل والمتمم بالأمر 02_05 حيث أنه خص أحكام الأسرة المختلفة والمتعددة بمجموعة من المواد القانونية تتضمن كل حكم على حدى حيث أن المشرع استمد هذه المواد القانونية في تشريعه لقانون الأسرة لمصادر رسمية وهي التشريع(القانون) تنظم فيها أحكام تكوين الرابطة الزوجية من خطبة وزواج وانحلال الرابطة الزوجية وما يتبعها من آثار ونجده في المادة 222 نص على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لا نص فيها حيث تعد من المصادر الاحتياطية متبوعة بعدها الفقه والعرف والقضاء الجزائري وعليه فإن موضوع دراستنا هو التفصيل في مصادر قانون الأسرة الجزائري كل مصدر على حدى وآثاره على أحكام الأسرة.

-أسباب اختيار الموضوع :

نلخصها إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية

-أسباب ذاتية :

شغفي كطالب في كلية الحقوق ،تخصص أحوال شخصية (قانون أسرة) بكل ما يتعلق بمصادر قانون الأسرة الجزائري ومحاولة التعمق أكثر في هذا التخصص ، وذلك رغبة وحبا مني على التوسع والإطلاع لهذا الموضوع الشيق أي مصادر قانون الأسرة الجزائري.

-أسباب موضوعية :

أبرز هذه الأسباب هي القيمة العلمية للموضوع ، حيث يعتبر موضوع ذا أهمية بالغة لكونه مصدر الذي أستمد منه المشرع مواد وأحكام قانون الأسرة الجزائري في تشريعاته له محاولة إلى الإحاطة على هذا الموضوع وتسليط الضوء عليه.

-أهمية الموضوع :

إن البحث في المرجعيات لمنظوماتنا التشريعية بصفة عامة يكتسي أهمية بالغة، حيث ترتبط أساسا على بالحفاظ على المرجعية الدينية للشريعة الإسلامية لتكون دوما مصدرا للمشرع يستمد منها أحكامه الخاصة بشؤون الأسرة وهذا ما رأيناه في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ألزم فيه المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

-إشكالية البحث:

يعتبر قانون الأسرة الجزائري القانون الوحيد المستمد من الشريعة الإسلامية من بين قوانين البلاد وعليه نطرح الإشكالية الآتية:

1. كيف عالج المشرع الجزائري المواضيع والأحكام المتعلقة بالأسرة التي لم يرد فيها نص قانوني ؟
2. وما مدى اعتباره على بقية مصادر الاحتياطية لقانون الأسرة الجزائري ؟
3. المرجعية الفقهية لأحكام تكوين وفك الرابطة الزوجية وآثارها لنصوص قانون الأسرة الجزائري ؟

-المقاربة المنهجية :

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن في بعض الأحيان ، حيث قمنا بوصف موضوع مصادر قانون الأسرة الجزائري من خلال ذكر تفصيله مصادر رسمية ومصادر احتياطية وآثارها على أحكام الأسرة وتحليل بعض النصوص القانونية لاستخراج الإشكالات التي تطرحها أثناء تطبيقها ومقارنة ذلك بالمصادر الاحتياطية أحكام الشريعة الإسلامية والفقه والعرف والقضاء الجزائري.

-خطة الموضوع :

وقد اعتمدنا في الإجابة على هذه الإشكالية والبحث الدقيق عن هذا الموضوع الخاص بقانون الأسرة الجزائري إلى فصلين . حيث تناولنا في الفصل الأول مصادر رسمية وهو

التشريع (القانون) في المبحث الأول تناولنا التشريع وأما في المطلب الأول ماهية التشريع أما المطلب الثاني خصائص وأنواع التشريع أما المبحث الثاني تناولنا فيه عنوان آثار التشريع الجزائري على أحكام الأسرة حيث في المطلب الأول تناولنا آثار التشريع في تكوين الرابطة الزوجية أما المطلب الثاني تناولنا لآثار التشريع في انحلال الرابطة الزوجية وما يتبعها من آثار.

أما في الفصل الثاني تناولنا فيه المصادر الاحتياطية لقانون الأسرة الجزائري حيث عالجتنا في المبحث الأول أحكام الشريعة الإسلامية والفقه وآثارها على أحكام الأسرة تكوين وفك الرابطة الزوجية وآثارها في مطلبين أما المبحث الثاني تناولنا فيه أحكام العرف والقضاء الجزائري وآثارها على أحكام الأسرة حيث أنه في القضاء تناولنا فيها مختلف القرارات التي أصدرتها المحكمة العليا .

في حين أننا تناولنا في الخاتمة حوصلة وجيزة لما جاء في هذا الموضوع متبوعة بأهم النتائج التي تم التوصل إليها وكذلك جملة من الاقتراحات التي تساهم في معالجة النقائص التي يعاني منها هذا الموضوع.

الفصل الأول

الفصل الأول : المصادر الرسمية للتشريع (القانون)

يمثل التشريع المصدر الأول للقانون لذلك هناك العديد من التعاريف التي تخص التشريع نذكر منها ما يلي:

هو سن القواعد القانونية و إخراجها مكتوبة، بألفاظ محددة، بواسطة السلطة التي يمنحها الدستور الاختصاص بذلك، وفي هذا المعنى يقال أن البرلمان هو السلطة التي تتولى عملية التشريع.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتشريع (القانون)

المطلب الأول: ماهية التشريع و خصائصه

في هذا المطلب سنتناول فيه فرعين عن تعريف التشريع و أنواعه في الفرع الأول و خصائصه في الفرع الثاني

الفرع الأول: ماهية التشريع

ماهية التشريع الجزائري :

يمثل التشريع المصدر الأول للقانون لذلك هناك العديد من التعاريف التي تخص التشريع نذكر منها ما يلي :يعرف التشريع على أنه: سن القواعد القانونية و إخراجها مكتوبة، بألفاظ محددة، بواسطة السلطة التي يمنحها الدستور الاختصاص بذلك، وفي هذا المعنى يقال أن البرلمان هو السلطة التي تتولى عملية التشريع¹.

ويعرف العربي بلحاج التشريع أنه ينصرف إلى عملية وضع القانون في صورة مكتوبة، كما ينصرف إلى القواعد القانونية ذاتها التي يتم وضعها بموجب هذه العملية، فهو المصدر والنتيجة في نفس الوقت كما يقصد بالتشريع تلك القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة، فيقال التشريع المدني، التشريع الجنائي، التشريع الجمركي وغير ذلك².
فمن حيث المعنى المصدري يقصد بالتشريع كعملية، قيام سلطة عامة بسن قواعد قانونية في صيغة مكتوبة وفقا لإجراءات محددة بدقة، أما وفق معناه الاسمي يقصد بالتشريع كنتاج لهذه العملية :النص الذي يصدر عن السلطة العامة المختصة، والذي يتضمن قاعدة أو عدة قواعد قانونية بمعنى القانون.

ونستنتج مما تقدم أن مصطلح التشريع الجزائري هو مصدر للقاعدة القانونية فكل قاعدة قانونية تصدر في وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة في الدولة يطلق عليها التشريع، بعبارة أخرى، مصطلح التشريع يستعمل أحيانا بمعنى المصدر، وأحيانا أخرى بمعنى القواعد التي يستمد من هذا المصدر.

أهمية التشريع الجزائري :

¹ العربي بلحاج. المدخل لدراسة التشريع. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية 1992 ص 08.
² العربي، بلحاج. مدخل إلى العلم القانون. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005 ص 15.

يعتبر التشريع في المجتمعات الجزائرية المتحضرة وفي كافة دول العالم المصدر الأصلي للقانون، كما أن التشريع يعتبره بعض الفقهاء المصدر الأوحد للقواعد القانونية، وتكمن هذه الأهمية الخاصة للتشريع الجزائري في توطيد سلطة الدولة مع ضرورة تدخلها في العديد من المجالات لتنظيمها عن طريق التشريع، زد على ذلك تطور العلاقات الاجتماعية على نحو يتطلب سرعة إصدار العديد من التشريعات التي تحكمها بالإضافة، كما أن انتشار النظام الديمقراطي جعل السلطة التشريعية تتشط في القيام بوظيفتها لتحقيق التوازن والعدالة إلى ما تتمتع به هذا التشريع من مزايا كسهولة سنه من قبل السلطة التشريعية المختصة في الدولة، وسهولة إلغائه، فهذه السلطة تستطيع كلما دعت الضرورة أو المصلحة أن تسن ما تشاء من التشريعات الصالحة، وأن تلغي ما يظهر لها فساد أو عدم صلاحيته أيضا سهولة معرفته والرجوع إليه، وتحديد زمن بدايته وزواله، إضافة إلى ذلك فإنه يصدر صلاحيته في نصوص مكتوبة، بحيث يكون من السهل الرجوع إلى الوثائق والمستندات التي تتضمن هذه النصوص لمعرفة وتحديد تاريخه، كما يساعد التشريع على حماية حريات الأفراد وحفظ حقوقهم، فهو يحدد حقوقهم وواجباتهم، ويساعد التشريع على توحيد النظام القانوني في البلد الواحد، ووضع قواعد قانونية عامة تطبق على جميع المواطنين في مختلف مناطقهم¹.

¹علي، أحمد. مدخل للعلوم القانونية: محاضرات في النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2013. ص. 313 - 314.

من خلال ما سبق نستنتج بأن التشريع يعمل على تحقيق التوازن بين مصالح الأفراد في سعيهم لإشباع حاجاتهم بما يحقق العدل فيما بينهم ويمنع سيطرة القوي على الضعيف، كما يسعى إلى التوفيق بين المصالح الخاصة والعامة؛ باعتبار الناس سواسية في الحقوق والواجبات وبالتالي فالتشريع لم يحتل الصدارة في المصادر الرسمية للقانون اعتباطا بل بسبب ما يتسم به من أهمية كبيرة.

الفرع الثاني: خصائص التشريع الجزائري :

هناك عدة خصائص يجب أن تتوافر في التشريع الجزائري حتى يعتبر تشريعا صحيحا وبالتالي نوجزها فيما يلي:

- الخاصية الأولى:

التشريع يضع قاعدة عامة ومجردة؛ أي أن الأمر الذي يصدر عن السلطة المختصة في الدولة يخص شخصا معينا أو حادثة معينة. كإصدار قانون يمنح شركة معينة احتكار الحفر والتقيب عن البترول، لا يعد تشريعا أو قاعدة تشريعية وذلك لعدم استيفائه على صفتي العمومية والتجريد، أي أنه يعد تشريعا من حيث الشكل أما من حيث الموضوع فلا يعتبر تشريعا¹.

- الخاصية الثانية:

التشريع يصدر في صورة مكتوبة، مما يضمن قدرا كبيرا من الثقة والاستقرار في المعاملات بين الأفراد، ويحقق مزايا عديدة ومن هذه المزايا أنه يمكن استعمال التشريع كأداة لتطوير المجتمع ولتحقيق أهداف اجتماعية معينة. كما أن صدوره في صورة مكتوبة عن سلطة مختصة يضيف على التشريع قدرا كبيرا من الوضوح والتحديد، إذ يمكن التأكد من وجود العقدة القانونية بسهولة ويسر مما يسهل على الأفراد معرفة حقوقهم وواجباته².

¹ بعلي. محمد الصغير. القانون الإداري: التنظيم الإداري النشاط الإداري. الجزائر: دار العلوم 2013. ص. 22.

² منصور، إسحاق إبراهيم. نظرية القانون و الحق: تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية. ط10. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 144.

- الخاصية الثالثة: التشريع تصدره سلطة عامة ومختصة، إذ تختلف هذه السلطة من دولة إلى أخرى تبعا لأنظمة السياسية، وتختلف أيضا تبعا لنوع التشريع المطلوب إصداره، فأصدار القانون في الجزائر هو من اختصاص السلطة التشريعية وهو من أهم اختصاصاتها غير أن السلطة التنفيذية تساهم بدورها في التشريع ولكن دورها يتسع ويضيق بحسب النظام السياسي السائد¹.

أنواع التشريع الجزائري :

نجد أن للتشريع ثلاثة أنواع تتفاوت في درجاتها من حيث القوة، ومن حيث أهمية ما تتأوله من مسائل وقضايا اجتماعية، وبما يكفل احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى وبالتالي تتدرج هذه الأنواع فيما يلي:

- النوع الأول:

القواعد ذات القيمة الدستورية وهو التشريع الأساسي (الدستور) ،الذي هو عبارة عن قواعد قانونية ذات قيمة دستورية تأتي في قمة الهرم القانوني، وهي التي تحدد شكل الدولة، وتضع قواعد الحكم وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد، كما تسن الدساتير إما بطريقة غير ديمقراطية في شكل منحة من صاحب السلطة وهو ما يعرف بطريقة الهبة بمعنى صدور الدستور في شكل منحة من الحاكم إلى الشعب.

أما الطريقة الثانية وهي صدور الدستور على شكل عقد وذلك بالاتفاق بين الحاكم والمحكومين بواسطة ممثلي الشعب. وإما أن تسن الدساتير بطريقة تستجيب للديمقراطية كأن تسن جمعية تأسيسية منتخبة. و الطريقة الأخيرة هي طريقة الاستفتاء الشعبي حيث يتم موافقة الشعب على الدستور الجزائري في استفتاء عام. ولقد انقسمت الدساتير إلى نوعين هما:

- الدستور المكتوب:

¹ معيريف. محمد. محاضرات المدخل الى العلوم القانونية. تيسيمسيلات المركز الجامعي: معهد العلوم القانونية و الإدارية 2010-2011 ص 15.

وهو الذي يكون على شكل وثيقة رسمية مكتوبة وأغلب الدساتير من هذا النوع، أما الدستور غير المكتوب أو العرفي؛ فقواعده غير مكتوبة وإنما تنشأ عن طريق العرف الذي يستقر في أذهان الناس، و يكتسب صفة الإلزام¹.

- النوع الثاني:

القواعد ذات القيمة التشريعية وهو التشريع العادي(القانون) إن التشريع العادي هو مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التشريعية أساسا بوضعها في حدود اختصاصها الذي يبينه الدستور وهي تتكون من غرفتين هما: المجلس الشعبي الوطني، مجلس الأمة اللذان لذيهما كل السيادة في إعداد القوانين والتصويت عليها.

ومع ذلك فإن لرئيس الجمهورية الحق في أن يشرع بأوامره وهذا في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني و هذا بعد عرضها على البرلمان بغرفتيه للموافقة عليه حيث أنه تسير أشغال الغرفتين حسب ما تنص عليه المادة 135 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أن يجتمع البرلمان في دورة عادية واحدة كل سنة مدتها 10 أشهر على الأقل وتبتدئ في اليوم الثاني من أيام العمل في شهر سبتمبر².

ويمكن كذلك لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر حينما تكون البلاد مهددة بخطر يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها، فإذا أصدر التشريع عن البرلمان يسمى قانونا و إذا أصدر عن رئيس الجمهورية يسمى أمرا و بالتالي فإن قوانين التشريع العادي تأتي في المرتبة الثانية بعد القواعد الدستورية وذلك طبقا مبدأ تدرج القواعد القانونية و من ثم تلتزم كافة الهيئات العامة في الدولة و الأفراد باحترام أحكامها ما لم تلغى أو تعدل.

- النوع الثالث:

القواعد ذات القيمة التنظيمية وهو التشريع الفرعي(اللوائح)، يأتي هذا النوع في المرتبة الثالثة وهو لا يختلف عن التشريع العادي من الناحية الموضوعية، ألن كالمها عبارة عن قواعد

¹ دايم، بلقاسم. مقياس القانون الاجتماعي: قانون خاص سنة ثالثة: تلمسان: كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015 ص10-11.

² اوصيف، سعيد. تدهور المعيار التشريعي في النظام القانوني الجزائري رسالة ماجستير: فرع الإدارة و المالية العامة. الجزائر: جامعة الجزائر، 2002 ص 132.

قانونية عامة ومجردة أما الاختلاف فيمكن في الناحية الشكلية حيث أن التشريع العادي يكون من اختصاص السلطة التشريعية أو البرلمان بغرفتيه، أما التشريع الفرعي واللوائح فتكون من اختصاص السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة إدارية وتكون هذه التنظيمات أو اللوائح على نوعين:

أولهما التنظيمات التنفيذية:

ويقصد بها التنظيمات الصادرة تطبيقاً للقانون وهذا هو الاختصاص الأصلي و يتم ذلك عبر المراسيم التنفيذية

– النوع الرابع:

فهو التنظيمات أو اللوائح التنظيمية والذي يعرف بالتنظيمات القائمة بذاتها أو اللوائح المستقلة وهي من اختصاص رئيس الجمهورية يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون وموضوعها، وهو تنظيم المصالح والمرافق العامة وهذه اللوائح قائمة بذاتها لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه، وبذلك فالأنظمة إما أن تصدر عن رئيس الجمهورية، أو عن الوزراء المختصين، أو الإدارات العامة ومجالس البلدية، ويطلق على الأنظمة الصادرة عن رئيس الجمهورية المراسيم التنظيمية، بينما يطلق على الأنظمة الصادرة عن بقية السلطات القرارات التنظيمية¹.

وتستمد السلطة التنفيذية صلاحيتها في إصدار المراسيم و القرارات التنظيمية إما من التشريع ذاته الذي تصدر لأجله هذه المراسيم والقرارات، أو من المبدأ العام الذي يعترف لها بموجبه بحقها في إصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذ التشريعات، ولو لم يفوض أمر ذلك إليها بنص خاص².

ويختلف التشريع عن المرسوم أو القرار التنظيمي من حيث الشكل، ومن حيث

الموضوع:

¹ عاشوري. العيد. إجراءات و مراحل إعداد النص التشريعي و إقراره في البرلمان الجزائري. مجلة الفكر البرلماني. العدد 03. ص71.

² جعفرور، محمد سعيد. مدخل العلوم القانونية: وجزء في نظرية القانون. الجزائر: دار هومة. 2002 ص199.

– من حيث الشكل:

يصدر القرار التنظيمي عن السلطة التنفيذية لا عن السلطة التشريعية.

– أما من حيث الموضوع:

يختلف القرار التنظيمي عن التشريع في أنه لا يتطرق إلى الأمور التي يعالجها بصورة رئيسية أصلية، ولكن بصورة تبعية بغية تفسير التشريع وتفصيل أحكامهم دون أن يستطيع مخالفة هذه الأحكام أو تعطيلها أو التعديل فيها.

وفيما يلي تبيان الاختلاف بين كل من المرسوم التشريعي والمرسوم التنظيمي: فالمرسوم التشريعي يتم صدوره عن رئيس الجمهورية كالمرسوم التنظيمي إلا أنه يعتبر بمثابة التشريع نفسه ويقوم مقامه وهو بذلك لا يخضع للتشريع بل يستطيع أن يخالف أحكامه أو يلغيها أو يعدلها¹.

كما و لا بد من التفريق بين المراسيم والقرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية فهي على نوعين وهما :

القرارات التنظيمية:

وهي التي ذكرناها سابقا، أما المراسيم والقرارات العادية أو الفردية: وهي تختلف عن النوع الأول في أنها لا تتضمن (المراسيم) قواعد قانونية عامة بل هي عبارة عن أحكام فردية خاصة بشخص أو أشخاص معينين أو بواقعة أو وقائع محددة كما في قرار تعيين موظف مثال أو إغلاق مقهى الانترنت .

وبالتالي من خلال ما تقدم عن أنواع التشريع نستنتج أنه مهما اختلفت أنواعها إلا أنها حققت نوع من التسلسل والتدرج، فالدستور هو أعلى هذه النصوص ثم يأتي بعده التشريع ثم تليه الأنظمة، وهذا يعني أن التشريع يحتل الموقع الأوسط بينهما، ومن واجب التشريع ألا يخالف الدستور في أحكامه، كما أنه من واجب الأنظمة ألا تخالف كال من الدستور والتشريع في أحكامهما.

¹ فيلالي. علي. مقدمة في القانون. الجزائر: موفوم للنشر. 2010 ص18.

المطلب الثاني: عناصر التشريع ومراحل سنه

في هذا المطلب سنتناول فيه جملة من عناصر التشريع في الفرع الأول أما في الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى مراحل سن التشريع الجزائري.

الفرع الأول: عناصر التشريع

1- عناصر التشريع الجزائري :

يرتكز التشريع الجزائري على ثلاثة عناصر نوجزها فيما يلي:

أ- العنصر الموضوعي:

يجب أن يكون موضوع التشريع قاعدة قانونية، أي أنه يسعى لتنظيم سلوك الأفراد، فالقواعد القانونية هي قواعد تفويجية، تكليفية وهي عامة ومجردة وملزمة وهذه الخصائص تميز القاعدة القانونية باعتبارها العنصر الموضوعي في التشريع عن القرارات الفردية التي تصدر عن السلطة المختصة، وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى التمييز الذي وضعه بعض الفقهاء بين المقصود بالتشريع شكلا و المقصود بالتشريع موضوعا، فالحكم الذي يصدر مكتوبا عن السلطة التشريعية يعد تشريعا من الناحية الشكلية و لو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التي تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية¹.

ب- العنصر الشكلي:

يصدر التشريع في صورة مكتوبة، مما يسمح لنا بتمييزه عن العرف باعتباره أهم مصدر رسمي للقاعدة القانونية، ويجب تفادي الخلط بين تدوين أو كتابة الأعراف في

¹ فلالي. علي لغة القانون: علم نسبي و واقع. الجزائر: موفوم للنشر. 2010 ص126.

بعض الحالات أو في بعض البلدان، واحترام شكل الكتابة بالنسبة للتشريع، فالعرف ينشأ تلقائياً عن طريق تكرار وتواتر العمل به، إذ لا يشترط لوجوده الكتابة، بينما لا يوجد التشريع إلا مكتوباً؛ والمقصود بشكل الكتابة هو مفهومها الواسع، أي مختلف الإجراءات والشكليات الواجب إتباعها من قبل السلطة المختصة لإصدار التشريع¹.

ت- العنصر العضوي:

يصدر التشريع عن السلطة المختصة بوضعه، أي تلك التي يخول لها صلاحية وضع التشريع وهذه السلطة هي السلطة التشريعية. و نذكر في هذا الشأن أن مبدأ فصل السلطات الذي هو أحد مظاهر الديمقراطية يقوم على ثلاث سلطات مستقلة عن بعضها البعض، إذ تتولى السلطة التشريعية وضع التشريع والقوانين فهي تجسد إرادة الشعب باعتباره مصدر للسلطة وتقوم السلطة التنفيذية بتنفيذ هذه القوانين، بينما تختص السلطة القضائية بالفصل في النزاعات التي تنشأ في كل المجالات².

ومن هنا نستنتج أن للتشريع ثلاث عناصر أساسية لا يمكن الاستغناء عنها في أي دستور عند تعديله، أو تجديده، أو تغييره. سواء شكلياً أو موضوعياً أو عضوياً.

الفرع الثاني: مراحل سن التشريع

مراحل سن التشريع الجزائري:

لا تكتسب القاعدة العامة الملزمة بوصف التشريع إلا باستيفاء شرطيها:

أ- صدور التشريع عن السلطة المختصة:

تختلف السلطة المختصة بوضع التشريع من دولة إلى أخرى بحسب طبيعة النظام السياسي فيها، إذ يبين الدستور في كل دولة السلطة المختصة بوضع التشريع وتسمى السلطة التشريعية فلكل نوع من أنواع التشريع سلطة مختصة بوضعه ويختلف

¹ أبو العلا. مروى. محامات نت. 2017

² بوضيف. عمار. المدخل الى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط2، الجزائر: دار الريحانة للكتاب للنشر و التوزيع 2007 ص173).

النظر إلى السلطة المختصة التي يعود إليها سن التشريع باختلاف النظم في البلاد، ففي النظام الدكتاتوري يعد الحاكم صاحب السلطة المطلقة ويعود إليه أمر التشريع وسن القواعد القانونية التي ليست سوى إرادته يفرض على شعبه احترامها. أما النظام الديمقراطي في الجزائر يقصد به أن الشعب هو مصدر السلطات جميعها ومن بينها السلطات التشريعية، والأصل أن يتولى أمر التشريعات ومناقشتها والتصويت عليها أفراد الشعب مباشرة، لكن في حقيقة الأمر نجد معظم الدول من المستحيل أن تقوم بجمع أفراد الشعب وجعلهم يصوتون على تشريع ما، لذلك فقد عهد بأمر التشريع في الأنظمة الديمقراطية إلى مجلس خاص يتولاه باسم الشعب ونيابة عنه، يطلق عليه اسم مجلس الشعب أو البرلمان أو مجلس الأمة¹. و يمكن أن يتولى رئيس الجمهورية أمر التشريع في بعض الحالات الاستثنائية المحددة في الدستور.

فيسن تشريعات يطلق عليها اسم المراسيم التشريعية ولا يعد المرسوم التشريعي عمال تنفيذيا بل هو عمل تشريعي بحت، إذ لا يختلف عن التشريع في شيء إلا في صدوره عن رئيس الجمهورية عندما يمارس السلطة التشريعية بدلا عن مجلس الشعب وهذا هو المعيار المميز بين قواعد التشريع وقواعد العرف. ويقصد بصدور التشريع تدوينه في وثيقة رسمية وصياغته بشكل فني يضمن دقة ألفاظه ووضوح معانيه². وعلى هذا الأساس لابد للتشريع لكي يصبح نافذا أن يمر بأربعة مراحل متمثلة في: الاقتراح، الإقرار، الإصدار، النشر.

-فبالنسبة للاقتراح: هو المرحلة الأولى التي يبدأ فيها التشريع يأخذ طريقه إلى الظهور والوجود ويعود حق اقتراح التشريع إلى رئيس الجمهورية بصفته ممثل للسلطة التنفيذية من جهة وإلى أعضاء مجلس الشعب من جهة ثانية، و يسمى الاقتراح الصادر عن أعضاء مجلس الشعب اقتراحا بقانون³.

¹ طعيبة، أحمد محاضرات في مدخل العلوم القانونية(نظرية الحق) الجلفة جامعة التكوين المتواصل 2001 ص78.

² بن شينتي.حميد. مدخل لدراسة العلوم القانون ط2 الجزائر (د ن) 2009 ص126.

³ جعفرور، محمد سعيد. مدخل إلى العلوم القانونية، ج 1، ط 19.الجزائر: دارهومة،2012. ص.180.

-أما الإقرار: هو المرحلة الثانية من مراحل ظهور التشريع، يعود إقرارا لتشريع أو التصويت عليه إلى مجلس الشعب وإقرار التشريع هو أهم مرحلة من مراحل تكونه، لأنه هو الذي يؤدي إلى إيجاده فعال إلا أن التصويت على التشريع وإقراره من قبل مجلس الشعب لا يكفي وحده لجعله نافذا وملزما من الوجهة القانونية إذ البد من أن يمر بمرحلتين إضافيتين هما إصداره من قبل رئيس الجمهورية ليصبح قابلا للتنفيذ و نشره في الجريدة الرسمية ليصبح ملزما.

-ثم الإصدار: و هو المرحلة الثالثة من مراحل ظهور التشريع حيث أن هو العمل الذي يتم به إثبات وجود التشريع بصورة رسمية، أو هو بمنزلة شهادة الميلاد التي تعطى للتشريع من قبل رئيس السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية)، والإصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية فائدتان الأولى تكمن في إصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية يمكنه من إصدار أمره إلى السلطة التنفيذية التي يعد رئيسا لها بأن تطبق التشريع الذي أقرته السلطة التشريعية، وبذلك تكون السلطة التنفيذية قد تلقت أوامرها من رئيسها مباشرة، ليس من قبل السلطة التشريعية، هذا ما ينسجم مع مبدأ الفصل بين السلطات، أما الفائدة الثانية تكمن في إصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية يمكنه من مراقبة التشريعات الصادرة عن مجلس الشعب ويتيح له المجال لأن يردّها إليه إذا رأى ضرورة لذلك كما حصل في معظم التشريعات التي أقرها مجلس الشعب¹.


-أخيرا النشر: وهو المرحلة الأخيرة التي يمر بها التشريع فيصبح بعدها نافذا وواجب التطبيق على الأشخاص الذين تطرقت أحكامه لهم، فالقانون لا ينفذ من حيث المبدأ إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية ولا يغني عن النشر في الجريدة الرسمية أي وسيلة أخرى من وسائل الإعلام، كالنشر في الصحف اليومية أو الإذاعة أو التلفزيون أو الإنترنت كما ولا يغني أيضا عن النشر في الجريدة الرسمية العلم الشخصي بالتشريع، فإن كان التشريع لم ينشر بعد فإنه لا يطبق حتى على الأشخاص الذين يعلمون علما أكيدا بوجوده²، وبعد نشر التشريع ومرور الفترة المحددة لنفاذه، يكون واجب التطبيق، لو لم يعلم الناس بوجوده فليس المهم إذا العلم بالتشريع فعال وإنما إتاحة

¹ زواوي محمدي، فريدة. المدخل إلى العلوم القانونية: نظرية القانون. الجزائر: دار الهدى، 2000. ص. 48.

² جعفرور، محمد سعيد. المرجع السابق. ص. 181.

الفرصة للعلم به ولولا ذلك لكان بإمكان الكثير من الناس مخالفة التشريع ثم التهرب من توقيع الجزاء عليهم بادعائهم جهلهم إياه، ومن هنا جاءت القاعدة القانونية التي تقضي: " الجهل بالقانون ليس عذرا" ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي شخص أن يعتذر عن مخالفته للقانون بعدم علمه بصدوره، من خلال ما ذكرناه سابقا نستنتج أن التشريع يمثل شكلا من أشكال السيادة الوطنية في الجزائر فهو يعمل على التوحيد والتنظيم القانوني فتنفيذ التشريع متوقف على تكليف السلطة التنفيذية بإصداره فضال عن نشره ليتحقق الشرطين التنفيذ والإلزام حتى يتسنى للأفراد العلم والعمل به على حد سواء¹.

¹زاوي محمدي، فريدة. المرجع السابق. ص. 50.



المبحث الثاني: أثر التشريع على أحكام
الأسرة

الفصل الأول : المصادر الرسمية التشريع (القانون)

وفي هذا المبحث الثاني الذي سنتناول فيه تحت عنوان آثار التشريع (القانون) على أحكام الأسرة و الذي سنقسمه إلى مطلبين في المطلب الأول تحت عنوان آثار التشريع في تكوين الرابطة الزوجية وفي هذا المطلب فرعين سنتناول فيه أيضا آثار التشريع في أحكام الخطبة و الزواج أما المطلب الثاني سنتناول فيه فرعين أيضا تحت عنوان آثار التشريع على أحكام انحلال الرابطة الزوجية و آثارها

المطلب الأول: اثر التشريع الجزائري على الخطبة والزواج

الفرع الأول: اثر التشريع الجزائري على الخطبة

مفهوم الخطبة:

لقد نظم قانون الأسرة والأحكام المتعلقة بالخطبة في المادة الخامسة منه، حيث اعتبرها وعدا بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها باعتبارها فترة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج.

التعريف الاصطلاحي:

الخطبة اصطلاحاً هي التماس الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية، وذلك بالتقدم هلاً أو وليها للتفاهم في أمر العقد ، و إذا أجب طلبه بالقبول تمت الخطبة بينهما.

وقد عرفها الفقهاء بعدة تعاريف:

- تعريف المالكية بأنها "التماس التزويج و المحاولة عليه".
- تعريف الشافعية بأنها "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة " .
- تعريف الحنابلة بأنها "خطبة الرجل للمرأة لينكحها".

كما أن التعريف الفقهي للخطبة يختلف من فقيه إلى آخر حسب وجهة نظر كل واحد للطبيعة القانونية للخطبة وهذا ما يتبنى في التعاريف المتداولة فقها كما يلي:

تعريف الأستاذ أبو العنين:

الخطبة في نظره هي إظهار الرجل الرغبة في التزوج بامرأة يحل له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من وليها ، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج ، ولا ترقى إلى مرتبة العقد¹.

الطبيعة القانونية للخطبة:

¹ محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ج 1 ، الخطبة والزواج، دار شهاب، الجزائر، ط2، 1994، ص 50.

لقد اعتبر قانون الأسرة أن الخطية وعد بالزواج و اعترف بحق كلا الطرفين في العدول عنها صراحة في نص المادة الخامسة منه حيث أن الخطبة مقدمة لعقد الزواج تختلف عنه من حيث وجودها الشرعي و القانوني كما ألحق نفس الحكم عند اقتران الخطبة بالفاتحة . الخطبة من الناحية القانونية وعد بالزواج لا تكتسي طابع إلزامي ، تجر الخطيبين أو أحدهما على إتمام مراسيم الزواج ، إذ يحق لهما العدول عن الخطبة باستعمال الحق المقرر لهما في المادة 5 من قانون الأسرة¹.

أدخل المشرع الجزائري تعديل المادتين الخامسة و السادسة من قانون الأسرة بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو من سنة 2005 حيث أن الأصل في الخطبة أنها وعد بالزواج طبقا للمادة الخامسة و رتب نفس القيمة القانونية لها في حالة اقتران الفاتحة بالخطبة ، إلا أنه أدرج استثناء في المادة السادسة المعدلة جميعا يجعل اقتران الفاتحة بالخطبة زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

اقتران الخطبة بالفاتحة:

إن المشرع الجزائري اعتبر الخطبة وعدا بالزواج وللطرفين العدول عنها إلا انه في الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأسرة نص على انه اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعتبر زواجا ولم يبين المقصود الخاص بالفاتحة لهذا سنقوم بتوضيح مفهوم الفاتحة.

مفهوم الفاتحة:

لم يبين قانون الأسرة تعريف الفاتحة وإنما اكتفى بالنص في الطبيعة القانونية لها من خلال نص المادة السادسة إذ استمدها من الناحية الشرعية ومن عادات المجتمع الجزائري وإنما اكتفى بالنص في الطبيعة القانونية لها من خلال نص المادة السادسة إذ استمدها من الناحية الشرعية ومن عادات المجتمع الجزائري فالفاتحة في نظر الفقه الإسلامي تعتبر عقد الزواج² شرعي، و من بين أنصار هذا الموقف إبراهيم الجيلاني هناك من يرى أن الفاتحة هي الصيغة التي يتم بها عقد الزواج بمعنى { زوجين ابنتك فلانة على صداق قدره كذا و قول أب الزوجة زوجتك إياها فمن باب تسمية الأصل للفرع صار يطلق العقد الذي تقرأ فيه بالرجوع لاجتهاد

¹ محمد محدة. المرجع السابق ص45.

² محمد محدة. المرجع السابق ص50.

القضائي في تعريف الفاتحة و حكم اقترانها بالخطبة نجد هناك تذبذب في قراراتها إذ يعتبر عادة بمجرد قراءة سورة الفاتحة من باب التبرك والدعاء الخطيبين و أنها ليست ركن عن أركان الزواج أو شرط لصحة الخطبة عند استقراء القرار الصادر بتاريخ 17/03/1992 تحت رقم فهرس 92/811 جنده أخضعت فيه المحكمة العليا اقتران الخطبة بالفاتحة أحكام المادة 5 معتبرة إياها وعد بالزواج إلا أكثر، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام قاضي أول درجة أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة و أن المحققين مل يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل مجرد خطبة بمعنى المادة 5 من قانون الأسرة، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد بمعنى المادة 9 من نفس القانون بينما الفاتحة فهي ليست ركن من أركان الزواج و ليست شرط لوقوع الخطبة و إما هي من باب التبرك و الدعاء و على ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين¹.

من خلال مناقشة القرار يتضح لنا أن المحكمة العليا متي عن قراءة سورة أثناء إجراء حفل إعلان الخطبة و في مجلس العقد المدني المتوفر فيه جميع أركانه و شروطه بمعنى المادة 9 من قانون الأسرة لقد اعتبرت المحكمة العليا في قرار آخر لها أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواج شرعي و مستوفي لأركانه إلا أنه غير مسجل بالحالة المدنية

اقتران الخطبة بالفاتحة في ظل قانون الحالي:

لقد أدخل المشرع الجزائري تعديل على نص المادتين الخامسة و السادسة من القانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 من أجل تفادي الخلط الواقع بين الخطبة و الفاتحة إذ نص على إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد:

قد نصت المادة 6 من القانون رقم 05/09 المؤرخ في 4 مايو 2005 أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

¹ المجلة القضائية. عدد ص30.

بهذا فإن المشرع وضع استثناء عن الأصل العام الوارد في الفقرة الأولى من المادة السادسة إذ أن المبدأ العام في اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا¹، غير أن اقترانها بمجلس العقد يعتبر زواجا عند توفر ركن الرضا، لقد كرس قانون الأسرة المعدل للمادة السادسة اجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بالطبيعة القانونية لاقتران الفاتحة بالخطبة إذ وصفها بمثابة عقد زواج صحيح متى توافرت أركانه و شروطه في مجلس العقد إلا أنه غير مسجل بالحالة المدنية².

أحكام الخطبة:

المشرع الجزائري لم يشترط أي شرط خاص بالخطبة سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية إذ أن السن الذي اشترطه في الزواج لا يتعلق بالخطبة و إنما هو من خصوصية عقد الزواج و ليس مطلوب في الخاطب و المخطوبة ذلك أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد.

شروط الخطبة:

لمعرفة شروط الخطبة لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط أن تكون الخطيبة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع من إبرام عقد الزواج و تتمثل شروط الخطبة في شرطين أساسيين هما :

الشرط الأول أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب.

الحرمة المؤبدة:

المرأة تكون محرمة على الرجل مدى حياته بنص الشارع الحكيم الذي نهى عن خطبة و زواج امرأة محرمة عليه ، و هذا ما تضمنه قانون الأسرة ضمن موانع الزواج من المادة 23 إلى 26 المتمثلة في المحرمات بالقربة و المصاهرة و الرضاع³.

الحرمة المؤقتة:

لقد اتفق الفقهاء على انه لا يجوز خطبة امرأة محرمة على الرجل مؤقتا ما دام سبب التحريم قائما كأخت الزوجة وعمتها وخالتها وهن على سبيل التحريم المؤقت فالخطبة تكون جائزة بعد الطلاق.

ومن المحرمات المؤقتة ما يلي:

¹ محكمة عين تموشنت قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2007/01/16 تحت رقم فهرس 07-1911.

² رمضان سيرنيباطي، المرجع السابق، ص112.

³ محمد محدة. المرجع السابق ص28.

المرأة المشتركة:

يرى الفقهاء على انه لا يجوز للرجل أن يتزوج و يخطب امرأة من ديانة أخرى كالمرأة المسيحية، مثال ما عدا يرى الفقهاء أن المرأة المشتركة بدون دين محرمة عليه شرعا و قانونا إلا إذا زال سبب التحريم، كأن تسلم المشتركة أو تعتق دينا سماويا آخر والمرأة يحرم عليها الخطبة والزواج بغير مسلم طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة الجزائري¹.

المرأة المحصنة:

نقصد بها زوجة الغير ، فلا تجوز خطبتها أو التلميح لها بالطلاق من أجل زواجها، لأنها محرمة عليه ما دامت في عصمة الرجل، و يعتبر ذلك اعتداء على حقه و كرامته.

خطبة المعتدة من طالق رجعي:

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج المراجعة إلى عصمته في العدة بدون عقد ومهر جديدين و بدون رضاها².

وقد اجتمع الفقهاء على انه لا تجوز خطبتها بطريق التصريح والتلميح معا لأنها تأخذ حكم زوجة الغير.

خطبة المعتدة من طلاق بائن:

الطلاق البائن نوعان إما أن يكون بائن بينونة صغرى أو بينونة كبرى:

الطلاق البائن بينونة صغرى:

هو الذي يتم ما دون الثلاث طلاقات، و فيه يستطيع الزوج أن يعيد المرأة إلى عصمته مرة ثانية، لكن بمهر و عقد جديدين، و يكون برضا الزوجة لان العلاقة الزوجية غير قائمة .
الطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي يتم بثلاث طلاقات، لا يجوز هنا للزوج أن يراجعها إلى عصمته مرة أخرى إلا بعد أن تنقضي عدتها ثم يعقد عليها بعقد جديد و تتزوج رجل آخر غيره، ثم يطلقها و بعدها تنقضي العدة ثم يعقد عليها بعقد جديد و مهر جديد و بشرط رضاها.

خطبة المعتدة من وفاة:

¹ الدكتور عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، دار الفكر العربي الطبعة الأولى، سنة 1984، ص20.

² الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة، ص51.

أن لا تكون مخطوبة للغير :

المخطوبة للغير هي المرأة التي تقدم رجل لخطبتها و رضيت به حرمت خطبتها من طرف رجل آخر باتفاق الفقهاء، لأنه منهي عليه بنص الحديث الشريف لقول الرسول لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ، لان ذلك مبعث للعداوة و البغضاء بين الإخوة المسلمين¹.

انقضاء الخطبة بالعدول:

الخطبة وعد بالزواج و لكل الطرفين حق العدول عنها و بالتالي رفض المضي قدما في إبرام عقد الزواج الموعود به، و هذا ما تضمنه قانون الأسرة في المادة الخامسة منه أين أجاز الخطيبين فسخ الخطوبة متى شاء ذلك باعتبار العدول حق لهما دون أي قيد أو شرط قانونيين فالقول بخلاف ذلك ينتج عنه إبرام عقد الزواج بدون رضي أحد الخطيبين و ذلك ليس من مقتضيات عقد الزواج الذي يفترض فيه أن يكون الرضا ركن أساسي فيه يترتب على مخالفته البطلان طبقا للمادة 9 من القانون 05/09 المؤرخ في 4 مايو 2005 للطرفين العدول عنها لان ذلك يتفق مع الحكمة و لقد أجمع الفقهاء على أن الخطبة وعد بالزواج حي منها، فالإزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن إكراه و هو ما لا يجوز في عقد الزواج إذ أنه عقد أبدي يستوجب أن تكون الجدية في إنشائه أكثر من غيره من العقود و العدول عن الخطبة يكون إما بالإرادة المنفردة أو بالإرادة المشتركة الخطيبين.

وهذا يندرج تحت نص المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري والعدول يتخذ كذلك صورتين كل من العدول الضمني والعدول الصريح، انقضاء الخطبة بوفاة احد الخطيبين تنقضي الخطبة استثناء، بوجود وقائع مادية خارجة عن إرادة الخطيبين تحول دون استمرار الخطبة في المضي نحو الهدف التي شرعت من أجله، ذلك بوفاة أحد الخطيبين أو كلامها مما يؤدي إلى عدم إبرام عقد الزواج الموعود به².

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى انقضاء الخطبة بالوفاة مما يثير تساؤل حول مصير الدعوى المرفوعة من طرف الخاطب أمام القضاء عند وفاة المخطوبة لمطالبة ورثتها

¹ الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، ص149.

² حسين بن الشيخ آث ملوية، الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2006 ص 33.

بالمهر المقدم لها أثناء الخطبة مما يجعل قاضي شؤون الأسرة يقع في إشكال إما تطبيق أحكام الشريعة أو رفضه للدعوى يترتب على انقضاء الخطبة عدة آثار شرعية وقانونية تطرق إليها قانون الأسرة في المادة الخامسة، تتمثل في حكم الهدايا و المهر المقدمان في فترة الخطبة و الضرر المترتب عن العدول الذي ينشأ حقا لصاحبه في المطالبة بالتعويض أمام القضاء، و سنبنى كل ذلك في هذا المبحث مع بيان موقف القانون في مسألة استرداد المهر المقدم قبل العقد حسب تقاليد المجتمع الجزائري.

الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة تحكم به المحكمة هذا ما يتجلى لنا من حيثيات الحكم الصادر بتاريخ 2008/03/25 تحت رقم فهرس ج 08/0584 بقوله حيث من المقرر قانونا أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض وفقا لنص المادة الخامسة من قانون الأسرة وقد قدرت المحكمة مبلغ التعويض بإرجاعه إلى عشرة آلاف دينار جزائري 10.000 دج .

الفرع الثاني اثر التشريع الجزائري على الزواج

مفهوم الزواج لغة

هو الاقتران كما يقال زوج الرجل ابنه إذا قرن بعضها إلى بعض¹ وهذا ما جاء في قوله تعالى (وَرَوَّجْنَا لَهُمُ بُحُورٍ عَيْنٍ)².

الزواج اصطلاحا:

وردت عدة تعريفات للزواج عند الفقهاء مختلفة في العبارات، لكنها ترجع في جملتها إلى معنى واحد نذكر منها وعرفه محمد أبو زهرة: هو التنازل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأُنس الروحي وسط الحياة ومتاعها³.

التعريف التشريعي للزواج:

¹ نقلا عن العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزء الأول ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2002، ص30.

² سورة الدخان الآية 54.

³ نقلا عن العربي بلحاج المرج نفسه، ص30.

نجد المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري تعرفه على أن الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب ويلاحظ في هذا التعريف القانوني أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية وذكر الغاية من عقد الزواج¹.

أركان الزواج:

عقد الزواج عقد زواج صحيح إلا أنه في حالة تخلف ركن الرضا يؤدي بالعقد إلى البطلان، ويعتبر هذا الركن عنصرا أساسيا في إبرام عقد الزواج وهذا ما جاءت به المادة 9 من قانون الأسرة، لذا سنتعرف على هذا الركن في مختلف النقاط المتعلقة به.

ركن الرضا:

يقصد بركن الرضا توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا وتتص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، وما نستخلصه من التعريف ونص المادة العاشرة على أن ركن الرضا في عقد الزواج يتكون من شقين وهما الإيجاب والقبول².

فالإيجاب:

هو اللفظ الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد.

والقبول:

هو اللفظ الذي يصدر ثانيا من المتعاقدين الآخر دالا على موافقته على رغبة الأول ولصحة الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون باللفظ أو الصيغة، حيث تنص المادة العاشرة

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص31.

² السيد سابق، فقه السنة، مجلد الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، القاهرة، دون سنة النشر، ص34.

من قانون الأسرة على "أن يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

يستنتج من المادة المشار إليها سابقا أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول ، ولم يحدد اللغة التي يتم بها العقد وهذا ما يؤدي بنا لتحديدها إلى ما ذهب إليه الفقهاء، حيث تناولها تضييقا وتوسعة، فقد قصر المالكية والشافعية والحنابلة ألفاظ الزواج على لفظي النكاح والتزويج، فلا ينعقد الزواج عندهم إلا بهذين اللفظين بينما توسع الحنفية في الألفاظ حتى قالوا إنه ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك وكل لفظ يدل على تمليك الأعيان، واشترط كذلك الفقهاء صيغة الفعل المعبر عنها في الإيجاب والقبول بصيغة الماضي لأنها تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين، وبالتالي يكون الإيجاب والقبول منجزين¹.

الصداق:

إذا كانت المادة 9 من قانون الأسرة قبل التعديل قد وضعت الصداق تحت عنوان أركان الزواج إلى جانب ركن الرضا فإنها بعد التعديل جاء وضعه في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة ضمن الشروط التي توفرها في عقد الزواج.

الصداق لغة:

هو مشتق من الصدق لأنه عطية سبقها الوعد بها فيصدق المعطي².

الصداق اصطلاحا:

عرفته المادة 14 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 05-02 سنة 2005 بأنه ما يدفع للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا، ثم أضافت بأنه ملك لها تتصرف فيه كما تشاء³.

¹ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005 ص43.

² عبد القادر بن حرز الله، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية حسب آخر تعديل ، له الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ص128.

³ المادة 14 من قانون الأسرة، المرجع السابق.

كما أخذ القانون في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05 على أن الصداق من شروط الزواج، وكما قررت المادة 15 من قانون الأسرة المعدلة بنفس الأمر وجوب تسمية الصداق.

أنواع الصداق:

للصداق نوعان، الصداق المسمى والصداق المثل:

الصداق واجب على الرجل ودليل وجوبه من قوله تعالى: (أَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)¹

أوجب المشرع الجزائري عندما أوجب لزومية وتسمية المهر في المادة 15 ذلك يكون لأسبقية اعتباره للمهر كركن من أركان العقد حتى لا يخالف ما جاء به في المادة 9 من نفس القانون.

صداق المثل:

هو ما سار عليه أن يذكر الزوج أو ولي الزوجة المهر، وإذا ما حدث عدم ذكره فيمكن بامتثاله بذلك القدر المالي الذي تزوجت به امرأة أخرى من أهلها أو عشيرتها، وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري أقر الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو بالوفاة ، ففي هذه الحالة المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنبلي ، ولقد سكت قانون الأسرة على اعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كحالات استحقاق الزوجة للصداق، فإن الفقهاء المتفقون على أن الخلوة التامة والصحيحة تشكل حالة من حالات استحقاق الزوجة للصداق مثلها مثل الدخول بالزوجة تنص المادة 16 من قانون ، وعليه فإذا حصل الطلاق في عقد الزواج الصحيح وقد سمي الزوج صداقا سواء كانت تلك الفرقة طلاقا أو فسحا ولم يدخل الزوج بزوجه بعد ولم يحصل خلوة بينهما ، فللزوجة نصف الصداق المسمى في العقد الحالة التي تستحق فيها الزوجة صداق المثل وهي الحالة التي يتم فيها إبرام عقد الزواج دون تحديد أو تسمية قيمة الصداق ، حيث لا يكون هناك صداق معلوم² لا معجل ولا

¹ سورة النساء الآية 4.

² مزوز دليلة مرجع سابق ص 61.

مؤجل، وهذا هو المعنى الذي تضمنته الفقرة الثانية من المادة 15 المعدلة، حيث نصت على أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل.

ومن حالات سقوط الصداق:

إذا فسخ العقد قبل الدخول وكذلك إذا وقع الطلاق قبل الطلاق وفي الزواج الفاسد وإذا قتلت الزوجة كلها تسقط الصداق نصت المادة 17 من قانون الأسرة على أنه في حال وجود نزاع حول الصداق بين الزوجين أورثتهما وليس لأحدهما بيعة، وكان ذلك قبل الدخول فالقول للزوجة أورثتها مع اليمين وإن كان بعد البناء فالقول للزوج مع اليمين.

الولي كشرط من شروط الزواج :

خذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه المذهب المالكي واعتبر الولي على الزوجة شرط من شروط عقد الزواج ونظم هذا الشرط في المواد 09 مكرر 11-12-13-32-33 من قانون الأسرة¹.

إن المشرع الجزائري لم يحدد تعريف للولاية وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

الولاية لغة:

هي المحبة والنصرة.

الولاية اصطلاحاً:

هي القدرة على إنشاء العقد نافذ غير موقوف على إجازة أحد ، وهي قسمان : ولاية قاصرة وولاية متعدية ، الولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ، أما الولاية المتعدية هي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره².

¹ المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق.

² محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، ط3، 1957، ص107.

أقسام الولاية:

تنقسم الولاية إلى ولاية إجبار وولاية اختيار.

الولي:

بالنسبة للمشرع الجزائري فيما يخص هذا الشرط فإنه يتماشى من خلال ما ورد في المادة 11 من قانون الأسرة التي تناولت على أن ولي المرأة في الزواج هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ، إذا المشرع قد أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي في حالة عدم وجود ولي للمرأة تنتقل هذه الولاية الى القاضي الذي يعتبر ولي لمن لا ولي له.

الشهود:

تقضي المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/ 02/ 2005 بما يلي: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الشرعية الزوجية يشترط المشرع الإشهاد لصحة الزواج وبذلك لا يصح عقد الزواج في التشريع الجزائري إلا بحضور شاهدي عدل م 33 / المعدلة بالأمر 02/05¹.

أشارت المحكمة العليا إلى أنه لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولا يزوج البنت أب ولا غيره، إلا برضاها وتأذن بالقول، ومن ثم فإن القضاء جاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرق لأحكام الشريعة الإسلامية.

اعتبر المشرع الجزائري في المادة 09 من قانون الأسرة الإشهاد شرط من شروط الزواج ولكن لم يرتبط على تخلف هذا الشرط البطلان أو الفسخ بعد الدخول طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة، فلو تخلف الشاهدين في عقد الزواج ولم يحصل الدخول فسخ العقد أما لو حصل الدخول تثبت المحكمة الزواج إذا توفرت أركانه الأخرى.

شروط الشاهدان:

¹ المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق.

تتمثل شروط الشهود فيما يلي: العقل، البلوغ، فسماع كلا المتعاقدين مع فهم أن المقصود به عقد الزواج ، فلو شهد على العقد صبي أو مجنون أو أصم أو سكران فإن الزواج لا يصح، إن وجود هؤلاء كعدمه كما يشترط الشافعية والحنابلة في الشهود الذكورة فإن عقد الزواج بشهادة رجل أو امرأتين لا يصح¹.

ينص في المادة 33 منه على وجوب بلوغ سن الشاهد الواحد والعشرين لتقبل شهادته في عقد الزواج².

انعدام الموانع الشرعية للزواج:

يعتبر انعدام الموانع الشرعية شرط من شروط انعقاد الزواج وهذا ما جاءت به المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، ويجدر بنا التعرف على هذا الشرط في مختلف النقاط بالتفصيل.

خلو المرأة من المحرمات الشرعية:

من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقودة عليها محلا للعقد أي لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج لقوله تعالى (وَأَجَلٌ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ)³ ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى المادة 31 من قانون الأسرة.

نصت المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 02/05 ، على أنه يجب أن يتوفر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج . وتنقسم المحرمات من النساء طبقا للمادة 23 من قانون الأسرة إلى قسمين: المحرمات المؤبدة والمحرمات المؤقتة المحرمات تحريما مؤبدا نذكر منها المحرمة بسبب المصاهرة والمحرمة بسبب الرضاعة والمحرمة بسبب النسب أما المحرمة تحريما مؤقتا نذكر من خلال قراءة لنص المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 05-02 الصادر خلال سنة 2005 نجد أنها تنص على أنه يحرم من النساء

¹ الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون مرجع سابق ص20.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق ص44.

³ سورة النساء الآية 24.

لصفة مؤقتة ستة أصاف هن :المحصنة والمعتدة من الطلاق أو الوفاة والمطلقة ثلاثا، والجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة للأب أو للأم أو من رضاع، كما يحرم زواج المسلمة من غير المسلم.

أثر تخلف احد أركان عقد الزواج:

تتناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري ، وفي هذه الحالة يترتب على تخلف ركن الرضا البطلان ، فهو منعدم لا ينتج عنه أية أثر فهو زواج باطل¹.

أ-تعريف الزواج الباطل:

هو كل عقد فقد ركن من الأركان الأساسية والتي اعتبرها المشرع الجزائري في نص المادة 9 من قانون الأسرة الرضا² إن عقد الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار عقد الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، بل يعتبر وجوده كعدمه فقد تناول المشرع الجزائري في المواد (33-34-35) ، فمثلا تنص المادة 33 من قانون الأسرة " إذا تم الزواج بدون شاهدان أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه وكما تنص المادة 34 من قانون الأسرة كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول، وبعده يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء.

ب-تعريف الزواج الفاسد:

هو كل زواج تم ركنه الأساسي الرضا (الإيجاب والقبول) المذكورة في المادة 09 قانون الأسرة ، ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 09 مكرر المضافة بالأمر 02/05ب معنى الذي توفر فيه سبب من أسباب الفسخ³.

¹ المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص290.

³ المرجع نفسه ص300.

واجبات الزوج لقد نصت المادة 37 من قانون الأسرة على مجموعة من الواجبات التي يقوم بها الزوج والتي تتمثل في النفقة (أولاً)، والعدل بين الزوجات (ثانياً).

واجبات الزوجة تضمنت المادة 36 من قانون الأسرة التنصيص على واجبات الزوجة اتجاه زوجها من بينها:

أولاً- طاعة الزوج باعتباره رب الأسرة:

طاعة الزوج باعتباره رب الأسرة والساهر على رعايتها بصفته القوام عليها من نفقة وحماية.

ثانياً- احترام والدي الزوج وأقاربه:

يجب على الزوجة أن تؤدي واجبها اتجاه والدي الزوج وذلك يكون بالاحترام والتقدير وزيارتهم والهدف من ذلك المحافظة على الروابط الأسرية.

للزواج أنواع نذكر منها الزواج الرسمي والزواج الميسار وزواج المتعة وزواج العرفي.

المطلب الثاني: أثر التشريع الجزائري على انحلال الرابطة الزوجية

في هذا المطلب سنتناول آثار التشريع الجزائري على أحكام الطلاق و التطليق و الخلع و بعض الآثار و قسمناه إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول : اثر التشريع الجزائري على الطلاق والتطليق

الطلاق في القانون:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق واكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من قانون الأسرة الأمر 05/02 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزواج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53_54 من هذا القانون ومنه نلاحظ أن المشرع قد عزم عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وضوابطه وفي ذلك محاولة منه لتلمص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف الفقهية¹.

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على الطلاق السني والبدعي ويرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص المادة 222 من قانون الأسرة الأمر 05/02.

الطلاق الرجعي:

وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه للطلاق إرجاع زوجته وهي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين² والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج وأن يكون رجعيًا وهذا في الطلقة الأولى والثانية دامت الزوجة المطلقة في عدتها لقوله تعالى (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۚ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)³.

¹ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل و يتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

² بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1 دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص177.

³ سورة البقرة الآية 229.

وهذا ما أخذ به القضاء من خلال القرار الصادر بتاريخ 10/02/1986 ملف رقم 39463 من المتفق عليه فقهيًا وقضائيًا في أحكام الشريعة الإسلامية إن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وإن حكم القضاء به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق إما الطلاق البائن هو الذي يقع قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاق بائن¹.

الطلاق البائن:

وهو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد وهو نوعان:

1- الطلاق البائن بينونة صغرى:

وهو الذي يستطيع الزوج فيه أن يراجع زوجته بعد انقضاء العدة بمهر وعقد جديد ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية².

2- الطلاق البائن بينونة كبرى:

وهو الطلاق الذي يكون فيه الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث فلا يراجعها إلا إذا تزوجت برجل آخر ثم طلقها فيمكن له هنا أن يتزوجها من جديد بمهر وعقد جديدين³ وهذا ما ذهب إليه قانون الأسرة من خلال المادة 51 من قانون الأسرة الأمر 02_05 وأخذ به القضاء من خلال القرار الصادر بتاريخ 17/2/1998 ملف رقم 551176 من المقرر شرعاً وقانوناً انه " لا يمكن أن يراجع من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا

¹ أحمد لعور و نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص48.

² تحفة العروس لمحمد بيومي، ط1، دار الرشد للكتاب و القران الكريم، الجزائر، 2007، ص37.

³ المرجع نفسه.

بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة الأمر رقم 02_05 وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن وفي قانون الأسرة الجزائري النص غير واضح إلا أنه عمليا يعتبر طلاقة واحدة وذلك لأنه من الناحية القانونية لا يقع إلا بواسطة حكم قضائي ولا يثبت إلا من خلاله حسب نص المادة 49 قانون الأسرة 02¹_05.

الأحكام المترتبة عن طلاق الرجعي:

يترتب على الطلاق الرجعي عدة أحكام منها:

- نقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج وفقا لنص المادة 50 من قانون الأسرة الأمر رقم 02-05.
- إمكان المراجعة في العدة المادة 58 و60 من قانون الأسرة 02_05.
- الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت الزوجة في العدة، فعليها أن تبقى في منزل الزوجية المادة 61 قانون الأسرة الأمر 02_05.
- يرث احدهما الآخر حسب نص المادة 132 من قانون الأسرة الأمر 02_05.
- بصدور حكم الطلاق اثر محاولة الصلح المادة 49 من قانون الأسرة 02_05 يسقط حق الزوج في الرجعة إلا بعقد جديد ويصبح الطلاق بائن وفق المادة 50 من قانون الأسرة الأمر 02_05².

أ-الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة صغرى:

أنه يزيل الملك لا الحل ولا ترجع المطلقة إلا برضاها بعقد ومهر جديدين ،لا توارث بينهما إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت.

يحل الصداق المؤجل وينقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج.

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص177،178.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص316-317.

ب- الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة كبرى:

إزالة الملك والحل معا ولا يبقى اثر سوى العدة يحل الصداق المؤجل يمنع التوارث إلا إذا كان الطلاق طلاق الفار تحرم به المطلقة على الزوج تحريما مؤبدا حتى تتزوج بزواج آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتتقضي عدتها¹.

الأحكام المشتركة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

- وجوب نفقة العدة للمطلقة.
- ثبوت نسب الولد من أبيه .
- هدم الطلاقات الثلاث من الزواج الثاني.

أركان الطلاق:

أ- ركن المطلق:

يثبت حق الطلاق من الزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح سواء كان الطلاق من الزوج أو من رسوله أو من وكيله.

موقف القانون الجزائري من ركن المطلق وشروطه:

نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة 02_05 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بحدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ولم يورد قانون الأسرة أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة. الأمر 02_05 بأنه تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه والأهلية المطلوبة هنا هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه².

¹ المعدل بالأمر 02-05 الأسرة و التشريع ، دار الوعي للنشر و التوزيع 2012، ص64-65. محفوظ بن الصغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص230

ب- ركن المطلقة:

لا خلاف بين الفقهاء أن المطلقة هي الزوجة في نكاح صحيح شرعي فهي محل الطلاق ومن يقع عليها الطلاق أما المرأة الأجنبية عن الرجل إذا أوقع عليها الطلاق لا تكون مطلقة وسبب ذلك هي أنها ليست محلا لطلاقه ويشترط في ذلك قيام الزوجية وقت الطلاق و صحة الزواج بالعقد إلا تكون مطلقة قبل الدخول وإلا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثاً¹.

موقف قانون الأسرة الجزائري من ركن المطلقة:

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بمحلية الطلاق ومما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص المادة 222 من قانون الأسرة الأمر 02_05 غير انه وضح في المادة 48 من قانون الأسرة الأمر 02_05 بان الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح كما انه نظم أحكام الرجعة في المادتين 50 و 51 من قانون الأسرة الأمر 02_05.

ركن الصيغة:

ومن شروط هذا الركن نذكر منها ألفاظ الطلاق وعدد الطلقات وصيغة الطلاق.

موقف القانون الجزائري من ألفاظ الطلاق:

يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة كما يقع بالكتابة المفهومة وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة وفق المادة 48 من قانون الأسرة 02_05 الذي يكون باللفظ وبالكتابة او بالإشارة المتداوله عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه حسب المادة 60 من قانون الأسرة 02_05 وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 14/5/1984 بأنه من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة².

¹ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ص165

² العربي بلحاج المرجع السابق، ص251

موقف قانون الأسرة الجزائري من عدد الطلقات:

لم يورد المشرع أي نص في هذا الشأن غير انه اعتبر في المادة 51 من قانون الأسرة 02_05 الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلاقات متتالية متفرقات تعدد المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة الطلاق وهذا أمر يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي¹ مع أن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بحكم قضائي.

من أنواع صيغة الطلاق نجد الصيغة المنجزة و الصيغة المعلقة والصيغة المضافة.

وقد كان موقف قانون الأسرة الجزائري من أنواع صيغة الطلاق بأنه لم يتعرض المشرع لأنواع صيغة الطلاق واليمين بالطلاق تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة 02_05 غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة وعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة بما أن الحلف باليمين والحرام لا يقع به طلاقا وان الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه وما في معناه هو طلاق لاغ².

من شروط قبول رفع دعوى الطلاق نذكر كل من الصفة والمصلحة وذلك طبقا لما أورده المشرع في نص المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري في حين أن قانون الإجراءات المدنية القديم نص في المادة 459 منه على توفر ثلاث شروط وهي الصفة والمصلحة والأهلية³.

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص252.

² العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص256.

³ المادة 13 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "لايجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرعها القانون يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"

تعريف التطلق:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التطلق ولا حتى الطلاق بصفة عامة فقانون الأسرة الجزائري كان متذبذبا بين التطرق للتعريف وعض النظر عنها هذا ما جسده نص المادة 48 من قانون رقم 84_11¹.

التطبيق لغة:

وهو طلق تطلقا بمعنى الترك ومنه طلق البلاد تركها والفرار كذلك وهو طلقت البلاد تركتها التخلية ومنه أطلقت الأسير أي خليته الإرسال ومنه ناقة طالق بلا خصام².

التطبيق اصطلاحا:

فهو منح الزوجة حق فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة وفي حدود ما ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05_02 تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانونا أو ضرر معتبر شرعا طبقا لما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل والتي أصبحت الفقرة 10 من نفس المادة بعد التعديل وبذلك فإن التطلق في الاصطلاح هو طلاق بناء على إرادة منفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة³.

موقف المشرع الجزائري من طبيعة التطلق:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد تناول انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق في ظل المادة 48 والتي نصت على ما يلي " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53/54 من هذا القانون " ومن هذا النص يتضح أن المشرع

¹ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة ، المنشور بالجريدة الرسمية في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24 سنة 1984.

² جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، مجلد 10، د ط، دار صادر، بيروت لبنان، د س ن، ص 229.

³ العربي بلحاج، الوجيز لشرح قانون الأسرة الجزائري ج 1 د ط، ديوان المطبوعات الجامعية ، د س ن ، ص 273.

الجزائري قد حصر طرق انحلال الرابطة الزوجية في الطلاق بإرادة الزوج وبالإرادة المشتركة بين الزوجين وبطلب من الزوجة عن طريق التظليق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وعن طريق الخلع طبقا لنص المادة 54 من نفس القانون كما أضافت المادة 55 من ذات القانون حالة الطلاق بسبب نشوز احد الزوجين مما يدل على أن المشرع الجزائري اخذ بالمذهب المالكي واعتبر التظليق طلاقا لا فسخا ولم يجعل الفسخ صورة من صور انحلال الرابطة الزوجية بل ذكر الفسخ وأحكامه في المواد (32 33 34) من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان " النكاح الفاسد والباطل"¹ .

الموقف القانوني من أسباب التظليق:

التظليق لعدم الإنفاق في القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 1 على انه :
" يجوز للزوجة أن تطلب التظليق في حالة عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون" وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد حذا حذو الرأي القائل بحق المرأة في التفريق إذا ما حرمتها زوجها من حقها في النفقة وهو رأي جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة غير أن المشرع الجزائري ربط ذلك بشروط لا بد من توفرها حتى يكون للزوجة الحق في طلب التظليق من جراء عدم الإنفاق عليها يمكن تلخيصها كالآتي:

أ- أن يكون امتناع الزوج عن الإنفاق بعد صدور الحكم : وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 2/5/1995 جاء فيه " لا يمكن الحكم بالتظليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة وان امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك"² .

ب- ألا يكون امتناعه عن الإنفاق بسبب عسره وهي عالمة بحاله قبلا.

¹ محمد لمين، لوعيل في الأحكام الإجرائية و الموضوعية في شؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي، ط2 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، 2012 ص55.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 118475، بتاريخ 1995/05/02، نشرة القضاة عدد 99 لسنة 1996 ص 241.

ت- مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 بمعنى انه ينبغي على القاضي أن يراعي أثناء حكمه بإلزام الزوج على الإنفاق على زوجته ما تشمله النفقة طبقا لنصوص المواد السابق ذكرها.

التطبيق لغياب الزوج:

أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة أن تطلب الحكم بتطبيقها من زوجها حالة الغياب وهذا ما تضمنته نص المادة 53 في فقرتها الخامسة نصت على " يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة " كما نصت المادة 112 من نفس القانون " يجوز لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة 05 من المادة 53 من هذا القانون " غير أن المشرع الجزائري منح الزوجة هذا الحق بناء على توافر ثلاث شروط¹:

1. أن تكون مدة الغيبة تجاوزت السنة ولو بيوم واحد.
2. أن تكون الغيبة بدون عذر.
3. أن لا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه.

التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا:

لم يعرف المشرع الجزائري الضرر بل اكتفى بذكر عبارة كل ضرر معتبر شرعا وما دام تعريف الضرر غائب في نص القانون وجب الرجوع إلى الأصل التشريعي وهو المذهب المالكي الذي يرى بان ضرر الزوج بزوجه يتمثل في كل إيذاء سواء كان بالقول أو الفعل واعتبر عرفا انه ضار وقد نصت على ذلك نص المادة 53 في فقرتها العاشرة " يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا² .

¹ احمد نصر جنيدي . شرح قانون الاسرة الجزائري . دار الكتب القانونية . دار شتات للنشر والبرمجيات . مصر الامارات . 2014.ص118.

² الرشيد بن شيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل " دراسة مقارنة لبعض تشريعات العربية" د ط ، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص207.

التطبيق لمخالفة أحكام المادة 08:

نص المشرع الجزائري على انه يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري وهذا طبقا لما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 53 فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أنشأ حالة جديدة للتطبيق وهي حالة تعدد الزوجات فقد أباح المشرع التعدد كمبدأ عام ولكن قيد الأمر بتوفر شروط معينة تتضح بجلاء من خلال نص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري ومن هذه الشروط:

1. أن يوجد المبرر الشرعي للزواج لمرّة أخرى¹.
2. أن تتوفر نية العدل بين الزوجات في الحقوق والواجبات.
3. ضرورة إخبار الزوجة الأولى برغبته في الزواج بثانية ويخبر الزوجة الثانية بوجود زوجة سابقة له.
4. الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية.

التطبيق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

تنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على انه " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون " في حين نصت الفقرة 9 من المادة 53 من نفس القانون على انه " يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج² .

¹ بدران أبو العينين، بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و القانون في الزواج و الطلاق، ج 1، د ط ، دار الطباعة و النشر ببيروت لبنان 1967 ص 130.

² عبد القادر بن داوود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، د ط ، دار الهلال للخدمات الاعلامية، 2004، ص180.

الفرع الثاني : أثر التشريع الجزائري على أحكام الخلع وآثارها

التعريف اللغوي للخلع:

هو التجريد والإزالة وخلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه أي نزعته وخلع النعل والثوب والداء يخلعه خلعا بمعنى جرده¹.

التعريف الاصطلاحي للخلع:

وهو إزالة ملك النكاح² بعوض وبألفاظ مخصوصة³ وهو أيضا إنهاء العلاقة الزوجية بتراضي الزوجين مقابل مال تدفعها الزوجة لزوجها كما يقال أن الخلع فرقة على عوض راجع إلى الزوج.

التعريف الشرعي للخلع:

الخلع الذي أباحه الإسلام هو مأخوذ من خلع الثوب إذ أزاله لان المرأة لباس للرجل والرجل لباس لها لقوله تعالى (هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ⁴).

التعريف القانوني للخلع:

لم يعط التشريع تعريفا محددا للخلع وإنما اقتصر على كيفية تحقيقه من خلال ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/2/2005 في المادة 54 منه انه (يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخلع نفسها من زوجها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت

¹ جمال الدين ابن منظور، ج1، لسان العرب، د ط، دار بيروت للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، د س ن، ص114.

² مجد الدين أبي سعادات المبارك الجزري، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث و الأثر، ج التراث العربي، بيروت، د س ن، ص65.

³ علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان، مرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي،

ج3، د ط، طبعة بمطبعة السنة المحمدية غزة 1995 ص 382.

⁴ سورة البقرة الآية 187.

صدور الحكم) وبالنظر للتعريفات السابقة نجد أنها تكاد تكون مجتمعة في معنى واحد ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة هو معاوضة تدفعها الزوجة لزوجها مقابل مفارقتها له¹.

طبيعة الخلع في التشريع الجزائري:

موقف المشرع الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/2/2005 إلى طبيعة الفرقة الحاصلة بين الزوجين عن طريق الخلع عكس القوانين العربية التي اعتبرته طلاق بائن كالقانون المغربي الذي نص عليه في المادة 67 من قانون الأسرة المغربي (كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل لثلاث والطلاق قبل الدخول والخلع المملك) وكذا القانون العراقي الذي نص عليه في المادة 278 قانون الأحوال الشخصية العراقي وبالإضافة إلى القانون المصري الذي نص عليه في المادة 20 قانون الأحوال الشخصية المصري وبما إن قانون الأسرة الجزائري مستتب من الشريعة الإسلامية وإن المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري في التعديل الأخير اعتبر الفرقة عن طريق الخلع طلاقاً بائناً خصوصاً بعدما حوله إلى حق خالص للزوجة بموجب التعديل الأخير 02_05 يمكنها إن تستعمله متى قدرت ذلك دون موافقة الزوج فلا يمكن أن نعتبره حقاً محضاً للزوجة ثم يكون رجعياً².

الموقف القانوني من أحكام الخلع من الناحية الموضوعية:

حدد قانون الأسرة الجزائري صور فك الرابطة الزوجية من خلال نص المادة 48 والتي أكدت على أن الطلاق (حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من القانون نفسه) وهما المادتان اللتان تتحدثان عن التطليق بتظلم الزوج في حدود الحالات المستوجبة والمذكورة حصراً في المادتين 53 و54 والمتمثلة في الخلع.

¹ سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود و المسؤولية، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، ص20.

² سليم سعدي، المرجع السابق ص45.

ثم إن تعدد الصور الدالة على فك الرابطة الزوجية طرح إشكالية هامة تمثلت في حق الزوجة في الانفصال عن زوجها بإرادتها المنفردة من عدمها . فإذا كان التطبيق واضحا بالنسبة للصور الأخرى فإن الغموض كان الحكم في المادة 54 قبل التعديل الأخير.

موقف المشرع الجزائري قبل تعديل المادة 54:

نصت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري في ظل القانون السابق 48/11 قبل التعديل على انه (يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه . فان لم يتفقا شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم) فهذه المادة لم تخلوا من الغموض والإبهام ومن الوهلة الأولى نكتشف أن المشرع الجزائري لم يحسم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج فالمادة تحدثت فقط عن إمكانية مخالعة الزوجة نفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون أن يتم التوضيح إن كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا هذه المادة أسالت الحبر الكثير وتعددت من حولها الآراء بين مخالف للرأي القائل أن الخلع عقد ثنائي والرأي القائل بأنه حق شخصي تستعمله الزوجة بكامل حريتها في طلب المخالعة¹.

فسكوت المشرع الجزائري في تحديده هل هو حق خالص لزوج أو عقد رضائي سمح لرجال القانون بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على انه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية².

موقف المشرع الجزائري بعد التعديل:

رغم التباين الفقهي المسجل حول المادة 54 شكلا ومضمونا خلال عشرين سنة منذ صدور أول قانون الأسرة ببلادنا ورغم الحركية الكبيرة التي أثارها الموضوع داخل أوساط المجتمع المدني من خلال القانون والمتقنين والمهتمين بمجالات حقوق المرأة فكان المراقبون ينتظرون أن يواكب المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري إلا أن الملاحظ في المادة المعدلة في القانون 05/02 أنها جاءت مقتضبة عكس التوقعات ورغم ذلك أن فان

¹ باديس ديابي، المرجع السابق ص75.

² سليم سعدي المرجع السابق ص 32.

ذات المعدلة حسمت مسألة الخلاف بين رضائية الخلع وكونه حق شخصي يتم بالإرادة المنفردة للزوجة فنصت صراحة على انه (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي (فقد جاءت المادة بإضافة عبارة (دون موافقة الزوج) على النص القديم وتكون بذلك قد أيدت المذهب القائل أن الخلع مسألة شخصية تتعلق بالزوجة فلها كامل الحرية في أن تطالب المخالعة من زوجها دون الاهتمام بموافقته¹.

شروط الخلع:

يشترط في الخلع قيام الرابطة الزوجية فلا يجوز للمرأة أن تخلع رجلا أجنبيا عليها أو تربطها به رابطة غير الزوجية بل لا بد من توافر عقد زواج صحيح فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة فلا يقع الخلع وكذلك لو انفصمت الرابطة الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن أما إذا كانت قائمة من عقد صحيح ولم يقع دخول أو طلاق فإن الخلع يقطع هذه الرابطة ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة وملكية الاستماع بها لم ترفع من جهة أخرى فإذا توفّر شرط الرابطة الزوجية فالسؤال المطروح هنا.

من يصح خلعه؟ لاسيما أن الخلع تصرف يحتمل النفع والضرر وآثاره خطيرة ولهذا فهو لا يقع من كل زوج ولا في كل الأحوال بل لا بد لصحة إيقاعه وجوازه قانونا أن يكون من يصدر عنه بالغا عاقلا لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء (كل من صح طلاقه صح خلعه)² ولأن الخلع تصرف قانوني يصدر من الزوج والزوجة فهو مركب يصح تجزئته فكما يشترط في الزوج أن يكون أهلا للطلاق يشترط في الزوجة الملتزمة بالعبء أن تكون أهلا للتصرف المالي بأن تكون بالغة عاقلة غير محجور عليها لسفه أو مرض أو غفلة.

¹ سليم سعدي المرجع السابق ص 33-32.

² عامر سعيد الزبياري أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط1، دار ابن حزم، بيروت 1997. ص33.

موقف المشرع الجزائري

المشرع الجزائري لم يبين الشروط الواجب توفرها في كل من الزوج والزوجة غير انه وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في بعض مواد المتفرقة يمكننا استخلاص ذلك فنجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 07 منه (تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج) والخلع بدوره لا بد أن تتوفر فيه أهلية الزوج والزوجة أي أن يكون الزوج المعني متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه طبقاً لنص المادة 85 من نفس القانون (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت حالة الجنون أو العته أو السفه) وإلا وقع التصرف باطلاً وإذا رجعنا إلى نص المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على انه (يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشر سنة وغير محجور عليه) ولأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فإنه يأخذ حكم المادة 203 سابقاً¹.

صيغة الخلع:

الصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع وقبوله من الزوجة فلا يصح بالمعطاة فقط كان تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أن يقول (اختلعي عن كذا) وتقول له (اخلعني على كذا) فيقول لها (خلعتك على كذا) ف الإيجاب والقبول بالقول لا بد منه أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع وإن نوى به الطلاق أو كان به الطلاق متعارفاً.

موقف المشرع الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لمسألة الصيغة وشروطها تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية) وغير انه بالرجوع إلى القواعد العامة

¹ تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري " من بلغ سن التمييز و هو لم يبلغ سن الرشد طبق لمادة 43 من قانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت له وباطله إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي في ما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

المنصوص عليها في القانون المدني في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري وبذلك فكل فعل أو قول متداول بين الناس ومتعارف عليه بينهم يستعمل للتعبير عن الرغبة في الطلاق بواسطة الخلع يصح صيغة لهذا الطلاق¹.

الآثار المترتبة عن الحكم بالخلع والتطليق:

1. نفقة العدة: وقد نصت عليها المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري وبينت أحكامها إضافة إلى المادة 60 من نفس القانون².
2. نفقة الإهمال: جاء فيها نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من نفس القانون بينت أحكامه³.
3. الحضانة: نص عليها المشرع الجزائري في المادة 62 و 65 من قانون الأسرة الجزائري كذلك وأيضا المادة 72 كلها تتكلم عن أحكام الحضانة والمحضون.
4. النزاع حول متاع البيت: جاءت أحكامه في المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري والقرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 18/07/1988 وقرار آخر صادر بتاريخ 16/01/1989⁴.

¹ سليم سعدي، المرجع السابق ص29.

² يوسف عزيرية، التطليق و الخلع قانون الأسرة و اجتهاد المحكمة العليا مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2003-2004 ص 42.

³ نسيم ولد عمار التطليق مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2009-2010 ص 50.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية الملف رقم 52212 بتاريخ 16/01/1989، المجلة القضائية العدد 03 لسنة 1991 ص 55.

الفصل الثاني : المصادر الاحتياطية

الفصل الثاني: المصادر احتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

سنتطرق في هذا الفصل إلى المصادر الاحتياطية لقانون الأسرة الجزائري التي منها يستمد المشرع لأحكام قانون الأسرة سنتناول في المبحث الأول أحكام الشريعة الإسلامية أثرها في تكوين و انحلال الرابطة الزوجية و ما يترتب عليها من آثار و كذلك عليه الحال في الفقه و أما في المبحث الثاني سنتناول آخر مصدرين احتياطيين وهما العرف و القضاء في كل منهما مطلب و فرعين.

المبحث الأول : الشريعة الإسلامية والفقهاء

الفصل الثاني: المصادر احتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

في هذا المبحث سنتطرق إلى أول مصدرين احتياطيين لقانون الأسرة ألا و هما أحكام الشريعة الإسلامية و آثارها على تكوين و انحلال الرابطة الزوجية و ما يترتب عليها من آثار في المطلب الأول و لها فرعين.

و أما في المطلب الثاني سنتناول فيه المصدر الاحتياطي الثاني الفقه أو المرجعية الفقهية على تكوين و انحلال الرابطة الزوجية و ما يترتب عليها من آثار كذلك في فرعين.

المطلب الأول : أثر الشريعة الإسلامية على أحكام تكوين الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارها

تعد أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول الذي يستمد منه المشرع أحكام الأسرة بحيث أنه وضع قيد للقاضي و ألزمه بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص وهذا ما أكدته نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري حيث سنتناول في هذا المطلب فرعين نتطرق فيهما لأحكام تكوين وانحلال الرابطة الزوجية و ما يتبعها من آثار.

الفرع الأول : أثر الشريعة الإسلامية على أحكام الخطبة والزواج

العدول عن الخطبة وأثره في ظل الشريعة الإسلامية على أحكام الأسرة الجزائري:

تعريف العدول عن الخطبة:

- 1- أن يتراجع الخاطبان أو احدهما عن الخطبة و يفسخاها بعد تمامها وحصول الرضا والقبول¹.
- 2- رجوع احد الطرفين أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منهما².
- 3- أن يتخلى الخاطبان عن مشروع الزواج والتوقف عن إتمام السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام العقد كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة³.

العدول الجائز:

إن العدول عن الخطبة لسبب من الأسباب المؤدية حتما للانفصال إذا تم العقد فهذا العدول جائز لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه فلكل من الطرفين حق العدول و لكل منهما أن

¹ محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ص224.

² جانم، مقدمة عقد الزواج، دار حامد، عمان-الأردن ط1 2009 ص236.

³ دامية كززة، رسالة ماستر بعنوان -تعويض الضرر المعنوي المصاحب عن الخطبة- إشراف: شراد صوفيا، جامعة بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية السنة الجامعية 2016/2015 ص26.

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

يعدل فهو يستعمل حقه الخالص و ليس لأحد من سبيل عليه، لأن المصلحة العامة و الخاصة
توجب أن يكون كلا طرفيه على حرية تامة قبل إبرامه لأن العقد يدوم ما دامت الحياة¹.

من المصلحة التروي و ترديد الأمر فيه قبل الإقدام عليه، و من ثم فإن أي إلزام يعتبر
تدخلا في حرية الاختيار، كما أن الشارع طلب أن يحث الإنسان في يمينه إذا تبين له أن
لمصلحة و الخير في نقضها و في ذلك يقول الرسول صلى الله عليه و سلم: (من حلف على
يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير)² أما العدول عن الخطبة
دون سبب فهذا مذموم شرعا و ليس من أخلاق المسلم و يعد من الرذائل المنهي عنها.

كما نعلم أن الخطبة في الشريعة الإسلامية و كذا طبيعتها القانونية هي وعد بالزواج و
ليست عقد حتى و إن تمت باتفاق الطرفين و بتبادل إرادتهما، كما لا تبيح لهما اختلاط الأزواج
و لا يترتب على أحدهما حق على الآخر حتى و لو قدم جزء من المهر أو كله أو قدم أحدهما
شيء من الهدايا إلى بعضهما البعض أو إلى أهلها.

فالخطبة لا تعتبر عقدا و لا زواجا و لا يترتب عليها شيء من الإلزام انطلاقا من مبدأ
الرضائية في الزواج و لكل من المخطوبة و الخاطب العدول عنها لأنها تعتبر وعد بالزواج و
الوعد في العقود ليس له قوة العقد ذاته و لا يترتب عليه أي أثر.

ما يمكن لنا أن نقوله أن العدول عن الخطبة عبارة عن نهاية مؤسفة لأحد الطرفين إلا
أنه يجوز العدول عن الخطبة و كذا التراجع عن متابعة السير فيها في أية مرحلة من مراحلها
و في أي وقت يريده أحد طرفي الخطبة و هذا هو المعنى الذي نصت عليه المادة الخامسة من
الأمر 02-05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري³.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ص52.

² صحيح مسلم.

³ الأمر 02-05 مرجع سابق.

العدول المحرم:

إن العدول المحرم هو العدول عن الخطبة لمجرد ظهور خاطب آخر يكون صاحب مال أو صاحب مركز عظيم، فهو حرام عند الله، و هو في الوقت نفسه مخل بالشرف و الكرامة، و ينزل بالفتاة إلى مستوى السلع تعرض في الأسواق لتباع بأعلى الأثمان، و هو بعد هذا و ذلك نقض للعهد الذي حرمه الله تعالى حيث قال : (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۗ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا) ¹ و لا يجوز العدول عن الوعد إلا إذا كان هناك سبب شرعي و تارك الوعد في هذه الحالة يعتبر كأنه ارتكب فعلا مذموما و مكروها على أساس أن الوعد يجب الوفاء به دينا و قضاء و ما يمكن استخلاصه أنه المنصوص عليه فقها : أنه لا يكره الرجوع عن الخطبة سواء أكان من الرجل أو من المرأة أو من وليها إذا كان لغرض صحيح، أما إذا لم يكن للرجوع مسوغه و غرضه الصحيح، فإنه يكون مكروها عند الله تعالى لما فيه من خلف الوعد و نقض العهد، و الوفاء بالعهد من حسن الخلق و مكارمه و أكده المالكي بقوله لا يكون حراما رد المرأة أو وليها بعد الركون للخاطب، ما لم يكن الرد لأجل خطبة الثاني ².

حكم العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والقانون:

من ثم نقول شرعا و قانونا ليست عقدا، بل هي مجرد وعد و إن كان مستحبا و مطلوبا الوفاء بالوعد، لذا يبقى لكل من الخاطب و المخطوبة حق العدول عن الخطبة بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الثاني، و هذا ما هو منصوص عليه صراحة في المادة 1/5 بقولها : " الخطبة وعد بالزواج " يعني أنها ليست عقدا ³.

أما الفقرة 2 " : يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "، الخطبة في الإسلام ليست عقدا شكليا كما هو الحال عند غير المسلمين بل إنها تتم و تترتب عليها آثار بمجرد إجابة الخاطب و موافقة الخطيبة من غير التوقف على شكل معين أو صيغة محددة أو مكان معين.

¹ سورة الإسراء الآية 34.

² أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ص 25.

³ محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة و الزواج دار شهاب الجزائر ص 57.

كما أنه إذا تمت الخطبة و استوفت شروطها و وافقت المخطوبة، أو من له حق الموافقة فلا تعتبر زواجا و لا تترتب عليها أحكام الزواج لأنها مجرد وعد بالزواج و مقدمة من مقدماته.

فلا يكون لقراءة الفاتحة و تقديم المهر كله أو بعضه أي أثر في لزوم حكم من أحكام الزواج، و لا يكون نقض الخطبة نقضا لعقد الزواج و إنما مجرد خلف للوعد، يترتب عليه معصية نقض العهد، لكن نظرة الفقه الإسلامي من الوجهة الأدبية و الأخلاقية ينبغي أن لا يعدل المرء عن الخطبة و حث على الوفاء بالوعد إلا إذا وجد سبب قوي يستدعي العدول عن الخطبة¹.

المتفق عليه فقها أنه لا يكره الرجوع عن الخطبة سواء أكان من طرف الرجل أو من طرف المرأة أو حتى من وليها إذا كان من أجل غرض صحيح، و ذلك دون توقف على رضا الطرف الآخر أو إذنه، لأنها ما شرعت إلا ضمانا كافيا لحرية الزواج، لا للالتزام به و لا للإكراه عليه.

و منه فإن التكييف الفقهي للخطبة يدل دلالة واضحة على أن التراجع عنها مذموم على أساس أن الوعد يجب الوفاء به ديانة و خلقا و عرفا حيث قال تعالى : (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۗ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)².

قال جلّ و علا : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)³ كما اعتبر الرسول صلى الله عليه و سلم عدم الوفاء بالوعد من علامات النفاق و ذلك بقوله : " آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب، و إذا وعد أخلف، و إذا ائتمن خان " و معناه أنه في حالة عدول الخاطب عن خطبته دون سبب مقبول أو مبرر شرعي كان آثما أمام الله عز و جلّ أما إذا عدل لسبب مشروع فلا إثم عليه⁴.

الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية:

¹ بدران أبو العينين بدران الزواج و الطلاق الإسكندرية 1974 ص 32.

² سورة الإسراء الآية 34.

³ سورة المائدة الآية 1.

⁴ صحيح البخاري.

إذا كان العدول حق مقرر لكل من الخاطب و المخطوبة، و قد يعدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما، ولكن قد تتخلل فترة الخطبة جملة من التصرفات التي قد تصدر من الخاطب أو المخطوبة أو من كليهما تمهيدا لإبرام العقد .

كأن يقوم الخاطب بتعجيل تقديم المهر كله أو جزء منه و تقديم هدايا و هبات و تأكيدا للعلاقات الجديدة و عليه فالعدول عن الخطبة قد يصاحبه أضرارا مادية و معنوية تمس أحد الطرفين.

حكم المهر المعجل:

يعرف المهر بأنه هو ذلك المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة، و المهر حق مالي يقدمه الرجل للمرأة بعد العقد عليها بزواج صحيح أو دخول بشبهة أو بعد عقد فاسد، و هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا كرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة و شريفة، و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

و المهر واجب و معلوم أنه شرط من شروط عقد الزواج و الذي لا يجوز الاتفاق على إسقاطه، و قد يتم تعيينه أثناء مجلس عقد النكاح أو قد لا يتم ذلك و دليل وجوبه من القرآن قوله تعالى : " وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً " ¹ و قال : " فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً " ² و قال أيضا : " (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً) " ³ .

أما دليل وجوبه في السنة، فإنه ثبت أن الرسول صلى الله عليه و سلم لم يشهد زواجا خلا من المهر و لم يسمع بحصوله و أقره على الإطلاق، و إنما أمر به و حث عليه حيث

¹ سورة النساء الآية 4.

² سورة النساء الآية 24.

³ سورة البقرة الآية 237.

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

قال للرجل الذي طلب منه أن يزوجه المرأة التي وهبت نفسها للرسول صلى الله عليه و سلم : " هل عندك من شيء تمهرها؟ قال : لا، قال الرسول : التمس و لو خاتما من حديد"¹.

و المهر يدفع عادة لولي الزوجة أو لها حسب العرف الذي يجري العمل به بين الناس قبل العقد أو عند العقد أو بعده و قد يشترط تعجيله أو تأجيله، و أحيانا يقوم الخاطب وفق بعض التقاليد و الأعراف بتسليم المهر معجلا إلى المخطوبة قبل العقد على أساس أن النكاح سيتم بينهما بعد فترة متفق عليها، و بهذا المقتضى تتصرف فيه المرأة بحيث تقوم بتجهيز نفسها، ثم فجأة يعلن أحد الطرفين رغبته في الانفصال سواء بدافع أو بدونه فيتم العدول عن الخطبة، عرفت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري المهر بقولها : " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء" .

فالمهر المقدم للخطيبة كله أو بعضه خلال فترة قيام الخطبة، و قبل انعقاد العقد من أجل الاستعداد للتجهيزات اللازمة للحياة الزوجية، فإن التشريع الجزائري و إن كان قد عرف المهر إلا انه لم ينص لا صراحة و لا ضمنا على حكم هذا الأخير في حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة و اكتفى بالنص في المادة 15 من الأمر رقم 02-05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري ما يلي : " يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا، و في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"².

و يستشف من نص هذه المادة أن التشريع الجزائري قد جعل المهر من مستلزمات عقد الزواج بحيث هو شرط من شروط عقد الزواج و أكد على ذلك صراحة في نص المادة 9 مكرر من الأمر 02-05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري كما يلي:

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

- أهلية الزواج

¹ حديث صحيح رواه البخاري و مسلم.

² الأمر رقم 02-05 من قانون 11-84 .

- الصداق
- الولي
- شاهدين

وقد دل على ذلك في الشريعة الإسلامية أن المرأة لو طلقت قبل الدخول و بعد العقد و تعيين المهر ليس لها إلا نصفه بنص الآية الكريمة : " وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ¹ فما بالك بمن لم يعقد عليها أصلا.

حكم الهدايا التي لا تعد كجزء من المهر:

هدايا الخطبة هي ما يقدمه كل من الخاطب و الخطيبة إلى الآخر إبان فترة الخطبة بقصد تودد كل منهما و تأكيد الصلة الجديدة بينهما، و تشمل هدايا الخطبة ما يقدمه المهدي إلى المهدي إليه من منقولات قابلة للاستهلاك أو غير قابلة له كالحلي و الأمتعة و الأواني و السيارات و الملابس و غير ذلك تعبيرا عن المودة، و الهدية بصفة عامة مستحبة أو مندوب إليها و لا خلاف بين المسلمين في ذلك لقوله صلى الله عليه و سلم: " تهادوا تحابوا" .

و يزداد استحباب الهدية بمناسبة الخطبة، و الهدية عادة ما تكون متبادلة بين الخطيبين فليست مقصورة على طرف واحد، و على كل واحد منهما أن يقبل الهدية المقدمة من الطرف الآخر مهما كانت قيمتها و لا يمكنه ردها نظرا لما في الرد من الإهانة و غلظة المعاشرة².

و كما تستحب الهدية للمخطوبة فإنها تستحب لأهلها من أب و أم و غيرها ممن لهم صلة الرحم مباشرة بالمخطوبة، و العكس صحيح بالنسبة للخاطب و عائلته، لأنه من شأن الهدية إحداث الألفة بين الخاطب و أهل مخطوبته و تمتين العلاقة الأخوية المتبادلة، و من ثم دعم الحياة الزوجية المستقبلية و قد رغب الرسول صلى الله عليه و سلم في ذلك قوله : " أحق ما يكرم عليه الرجل أبنته و أخته."

حكم الهدايا في الفقه:

¹ سورة البقرة الآية 237.

² أحمد فراج حسين، مرجع سابق ص 66.

لقد اختلفت المذاهب الإسلامية في تحديد حكم الهدايا التي تقدم في فترة الخطبة من أحد الخاطبين للأخر:

1-المذهب الحنفي:

لقد طبق المذهب الحنفي على الهدايا التي يكون قدمها الخاطب إلى خطيبته أو العكس قدمت من طرف المخطوبة إلى خطيبها قواعد الهبة حيث طبقها تطبيقا دقيقا فالهدايا عندهم تأخذ حكم الهبة، و الصحيح أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها إذا كانت تبرعا لا لأجل العوض لأن الموهوب له حين قبض العين الموهوبة دخلت في ملكه و جاز له التصرف فيها و رجوع الواهب فيها يعتبر انتزاع لملكه منه بغير رضا، و هذا باطل شرعا و عقلا.

أما إذا كان الشخص قد وهب للتعويض عن هبته جاز له في هذه الحالة حق الرجوع في الهبة¹ إلا بمانع من الموانع كخروج الموهوب من ملك الموهوب له أو استهلاكه أو تغيير وصفه أو صورته و إن لم تهلك مادتها، و بتطبيق حكم الهبة على هدية الخطبة باعتبارها تقدم على أساس المعاوضة أو بعبارة أخرى قصد الزواج، فإذا حصل العدول فيكون للمهدي أن يستردها بعينها إذا كانت قائمة لم يحصل تغيير فيها و هي في ملك المهدي إليه، فإن تغيرت أو استهلكت فلا يمكنه المطالبة باستردادها لحدوث مانع من موانع الرجوع.

و من ثم لو كانت الهدية مأكولات استهلكت أو لباس أخط أو أهدى إلى الغير فكل هذه الهدايا لا يسترد الذي أهدى منها شيئا لفوات عينها أو لاتصالها بزيادة غيرت من وصفها الحقيقي.

على هذا، فإن قدم الخاطب لخطيبته أو العكس قدمت الخطيبة لخطيبها هدية ثم تم العدول عن الخطبة فإن للخاطب أن يستردها ما دامت قائمة غير مستهلكة و في ملك المخطوبة ما لم تتغير صفتها أو شكلها².

2-المذهب الشافعي:

¹ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق ص 33.

² عبد الرحمان الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري ص45.

قال الشافعية في بعض أقوالهم على المهدي له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة و بتعويضها إن كانت هالكة أو استهلك، و ذلك لأن الإهداء في هذه الحالة قد تم بقصد إبرام عقد الزواج، و بما أن العقد لم يتم فيجب أن يسترد ما قدمه و الحكم واحد فيما لو قدمت المخطوبة لخطيبها هدية¹.

و لقد احتج الشافعية في ذلك بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، و من وهب هبة يرى انه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض عنها " .

هذا كله ما لم تتغير تلك الهدايا بزيادة أو نقصان أو تستهلك، فإن حصل شيئاً من ذلك كان للمهدي أن يطلب قيمتها يوم حصولها ما لم يشترط عدم الرجوع² و اختار الرافعي من الشافعية رأياً مخالفاً للرأي السابق حيث قال بأنه إذا كان العدول من المخطوبة أو من وليها فللخاطب المطالبة باسترداد ما أهداه و إذا كان العدول منه فلا يمكنه المطالبة به.

3- المذهب المالكي :

في المذهب المالكي يفرقون بين نوعين من الهدايا :

- هدايا من يعدل عن الخطبة.
- هدايا أخرى.

فإذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئاً من الهدية سواء أكانت مثلية أم قيمية و سواء أكانت الهدية قائمة أم مستهلكة .

ذلك حتى لا يجتمع على الطرف الآخر ألم العدول و ألم الاسترداد، و لأن إبطال العمل تم من جانبه و من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

¹ نفس المرجع ص 45.

² محمد محدة، مرجع سابق ص 62.

أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة استردها و في حالة استهلاكها استرد قيمتها .

و يعتبر هذا الرأي صحيحا و راجحا و ذلك نظرا لما يتميز به من العدالة و الرفق بالناس حتى لا يجمع على المخطوبة ألم الفراق و كذا ألم استرداد الهدايا إذا كان العدول من الخاطب و حتى لا يتضرر الخاطب إذا عدلت المخطوبة فلا ضرر و لا ضرار .

4-المذهب الحنبلي:

و ذهب الحنابلة إلى أنه لا يجوز لأحد الخطبين إذا قدم للآخر هدية ثم عدل عن الخطبة، أن يستردها لأن الهدية هبة، و الهبة في مذهبهم لا يجوز الرجوع عنها، إلا إذا كانت قبل القبض، و بما أن الهدايا تم فيها القبض حيث انتقلت إلى المهدى إليه فلا رجوع فيها.

و لم يفرق فقهاء الحنابلة بين العدول الصادر من الخاطب أو العدول الصادر من المخطوبة، ففي كلتا الحالتين الحكم واحد و هو عدم جواز استرداد الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة.

و يجب أن نلاحظ أن الحكم نفسه لو كانت الهدايا من قبل الخطيبة لخطيبها¹ أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نظم قانون الأسرة الهدايا و كيفية استردادها في المادة 5 التي تنص في فقرتها الثالثة على ما يلي: " لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه".

و تضيف الفقرة الرابعة تنص على ما يلي : " و إن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك " هذا قبل التعديل.

أما بعد التعديل الذي صدر بموجب الأمر رقم 05-02 المعدل و المتمم لقانون الأسرة فإنه تعرض إلى تعديل المادة الخامسة المذكورة أعلاه و التي تنص في فقرتها الرابعة و الخامسة على ما يلي:

- الفقرة الرابعة:

¹ عبد الرحمان الصابوني مرجع سابق ص 42.

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته."

- الفقرة الخامسة :

"و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".
بالنظر إلى هذه المسألة من الزاوية الشرعية نجد أن الفقهاء يعتبرون الهدية مندرجة في باب الهبات فهي إذن تأخذ نفس أحكامها و وردت الإشارة لهذه المسألة في الفقرتين من المادة الخامسة المذكورة أعلاه.

هذا مستقى من المذهب المالكي الذي يقرر في إحدى الآراء الثابتة في المذهب أنه لا رجوع في الهدايا لمن صدر منه العدول و في قول آخر يطبق هذا الحكم ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك : المعروف عرفاً كالشروط شرعاً و المسلمون عند شروطهم.

حكم الضرر المترتب على العدول عن الخطبة:

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض¹ " وفقاً لهذه المادة يجعل المشرع التراجع عن الخطبة مذموماً على أساس أنها تأخذ حكم الوعد بالزواج و الوعد يجب الوفاء به ديانة و خلقاً (المروءة) و عرفاً حيث قال الله سبحانه و تعالى : "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۗ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا"².

كما قال الرسول صلى الله عليه و سلم: "من وعد وفى و من وفى دخل الجنة".

و عليه إذا وقع العدول عن الخطبة فقد يصاحب هذا العدول أضراراً مادية أو معنوية.

دليل مشروعية التعويض:

1- من القرآن :

¹ المادة 05 من الأرقام 02-05 المرجع السابق.

² سورة الإسراء الآية 34.

دلت آيات كثيرة على التعويض عن الضرر اللاحق بالغير تقتصر على مايلي :قال
تعالى ﴿ فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾¹.

2-من السنة:

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا
ضرار)، دل الحديث على تحريم الضرر، لأنه إذا نفي ذاته، دل على النهي عنه، لأن النهي
لطلب الكف عن الفعل، وتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا أما إذا تعدى على الغير وسبب له
ضررا ، فإنه شرع التعويض جبرا للضرر الواقع على الطرف المتضرر .

أثر الشريعة الإسلامية على أركان الزواج في ظل قانون الأسرة الجزائري:

النكاح لغة:

من الفعل نكح ينكح نكحا وهو البضع ويجرى مجرى التزويج وامرأة ناكح أي ذات
زوج² لقوله تعالى ﴿ وَرَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ ﴾³، عرفه الحنفية بأنه (عقد يفيد ملك المتعة قصدا
(⁴ والمالكية بأنه (عقد يحل تمتع بأنثى غير محرمة وغير مجوسية أو امة كتابية بصيغة لقادر
محتاج أو راج نسلا)⁵ والشافعية بأنه ((عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويجه أو
ترجمته))⁶ والحنابلة بأنه (عقد تزويج)⁷ .

¹ سورة البقرة الآية 194.

² أحمد ابن فارس ابن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، ج5، دار الفكر للطباعة و النشر، دمشق 1979 ص 475.

³ سورة الدخان الآية 54.

⁴ النسفي عبد الله ابن أحمد كنز الدقائق في الفقه الحنفي، تحقيق سائق بكداش، ط1 دار البشائر الإسلامية بيروت لبنان
2011 ص 251.

⁵ الصاوي أحمد بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ج2 ط1 دار الكتاب العلمية بيروت لبنان 1995 ص
212-213.

⁶ شربيني محمد بن محمد، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ج4 د ط دار الكتب العلمية بيروت 2000
ص200.

⁷ ابن قدامة عبد الله ابن أحمد، المغني ج9 ط3 دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع الرياض 1997 ص 339.

لا تقتصر فوائد النكاح على مجرد المتعة بل هي متنوعة، ((الأولى دفع غوائل الشهوة عنه، والثانية التتبيه باللذة الفانية على اللذة الدائمة؛ لأنه إذا ذاق هذه اللذة وعلم أنه إذا عمل الخير نال ما هو أعظم سارع إلى فعل الخيرات، والثالثة المسارعة في تنفيذ إرادة الله تعالى ورسوله، أما إرادة الله عز وجل فإنه أراد بقاء الخلق إلى يوم القيامة ولا يحصل ذلك إلا بالنكاح، وأما إرادة رسول الله صلى الله عليه وسلم { تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثركم بكم الأمم ¹ } والرابعة بقاء الذكر ورفع الدرجات بسبب دعاء الولد الصالح))² والخامسة طلب الغنى، قال تعالى ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنَّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾³ فهذا وعد من الله بإغناء من سلك طريق الزواج وقصد إعفاف نفسه به⁴.

أركان الزواج:

إن عقد الزواج كأى عقد من العقود لا يتصور له وجود ولا اعتبار شرعي، إلا إذا توافرت أركانه وشروطه، وقد حرصت الشريعة على وجوب توافرها حماية للعلاقة الزوجية وما ينبثق عنها من علائق، وسنتطرق أولاً والتميز بينه وبين الشرط، وذلك من أجل الوقوف على حقيقة خلاف العلماء في عدد أركان الزواج.

في اللغة:

ركن الشيء جانبه الأقوى والأمر العظيم⁵، وهو يأوي إلى ركن شديد أي عز ومنعة⁶.

¹ خليل ابن اسحاق التوضيح في شرح المختصر الفرعي ابن الحاجب ج3 ط1 مركز نجيبويه للمخطوطات و خدمة التراث مصر 2008 ص505.

² رواه أبو داود ح ر 2050 و صححه الألباني في الإرواء.

³ سورة النور الآية 32

⁴ الصابوني محمد علي روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن ج2 ط3 مكتبة الغزالي دمشق 1980 ص182.

⁵ الفيروز آبادي مرجع سابق ص1201.

⁶ ابن فارس ج2 مرجع سابق ص430.

في الفقه :

ركن أي شيء هو الجانب القوي فيه ،وما لا يتم إلا به وهو داخل فيه، بخلاف الشرط فهو خارج عنه فالركن إذن ما يقوم عليه الشيء ، ويكون جزءا داخلا في ماهيته ،كالإيجاب والقبول في العقد وإما الشرط عنه فهو ما يتوقف عليه وجود ذلك الشيء ويكون خارجا¹ عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده.

خلاف الجمهور والحنفية:

ما تقدم بيانه هو الركن عند الحنفية ،أما بقية العناصر الأخرى من محل معقود عليه، وعاقدين ، فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد ؛ لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين ، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر منه أثر الارتباط، أما الجمهور فالركن عندهم ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به،أو ما كان منه، سواء كان جزءا منه أم خارجا عنه².

أركان الزواج في الفقه

1-مذاهب الفقهاء في أركان الزواج:

اختلف الفقهاء في عدد أركان العقد على النحو التالي:

- أ- مذهب الحنفية : ركن الزواج هو الصيغة فقط ،أي: الإيجاب والقبول³.
- ب- مذهب المالكية : أركانه أربعة ،الصيغة أي: الإيجاب والقبول، والولي،والمحل أي: الزوجان، والصداق⁴.

¹ الجرجاني التعريفات، تحقيق باسل عيون السود، ط2 دار الكتب العلمية بيروت لبنان 2003 ص209.

² الزحيلي وهبة ج4 مرجع سابق ص92.

³ الكاساني علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج2 ط2 دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1986 ص229.

⁴ الخرشي محمد ابن عبد الله حاشية الخرشي على مختصر خليل ج3 ط1 دار الكتب العلمية بيروت 1997 ص172.

ت- مذهب الشافعية: أركانه خمسة وهي: زوجان، وولي، وشاهدان، وصيغة¹.

ج- مذهب الحنابلة: أركان الزواج ثلاثة وهي: الزوجان، والإيجاب والقبول².

خصوصية التراضي في عقد الزواج :

اتفق كل من فقهاء الشريعة والقانون على ركنية الرضا في الزواج على خلاف في التسمية بينهم، ولما كان وجوده يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه ؛ اقتصر أكثر الفقهاء في بيان أركان الزواج على قولهم أركان الزواج الإيجاب والقبول، لما له من أهمية خاصة في الزواج.

التراضي في اللغة :

من الرضا والراء والضاد والحرف المعتل أصل يدل على خلاف السخط تقول رضي يرضى رضى وهو راض مفعوله مرضي عنه³ وفي دعاء الرسول صلى الله عليه وسلم (اللهم إني أسألك الرضا بعد القضاء)⁴ وقوله تعالى { رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ }⁵ بمعنى أن الله تعالى رضي عن أفعالهم ورضوا عنه ما جازاهم به.

في الفقه:

قيل في الرضا الكثير، فعرفه الحنفية بأنه: ((امتلاء الاختيار، أي بلوغه ابنته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه، ونحوها، كما يفضي الغضب إلى الظاهر

¹الرافعي عبد الكريم بن محمد المحرر في فقه الإمام الشافعي ج2 ط1 دار السلامة للطباعة و النشر القاهرة 2013 ص 937.

²البهوتي منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع ج5 د ط دار عالم الكتب بيروت لبنان 1983 ص37

³ ابن فارس مرجع سابق ج2 ص402.

⁴ رواه الطبراني في الأوسط ح ر 6091 و صححه الألباني.

⁵سورة التوبة الآية100.

من حماليق الوجه ،بسبب غليان دم القلب))¹، أو هو: ((إيثار الشيء واستحسانه وعرفه الجمهور بأنه قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه))² .

وعرفه الزرقا بأنه: ((الرغبة في الفعل والارتياح إليه)) ،وفي نفس المعنى عرفه محمد سلام مذكور بقوله: ((أما الرضا فهو ارتياح النفس وانبساطها عن عمل ترغب فيه، ويعرفه الفقهاء بأنه الرغبة في آثار العقد من ترتب الحكم الشرعي .عليه عند وجوده وإنشائه) .

بعض الألفاظ ذات الصلة بالتراضي:

النية:

لغة القصد ، ولها معان عدة ،أهمها التحول،والقصد ،والجد في الطلب، والعزم³ وتوجه النفس نحو العدل ، أما شرعا فهي قصد الإنسان بقلبه ما يريد فعله ،فهي من باب العزم والإرادات⁴ العمل ،وعرفها الجمهور بأنها عقد القلب على إيجاد الفعل جزماً⁵.

الإرادة:

لغة مصدر أراد يريد إرادة وهي الطلب ،والاختيار⁶ والمشئئة⁷ ، واصطلاحا هي صفة توجب للحي حالا يقع منه الفعل على وجه دون وجه⁸ ،ويستعملها الفقهاء بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه، وقد تحصل الإرادة دون حصول التراضي.

¹ بخاري أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ج4 ، د ط دار الكتاب العربي بيروت لبنان 1308 هـ ص288.

² الموسوعة الكويتية مرجع سابق ج22 ص228.

³ ابن منصور، مرجع سابق ج14 ص343.

⁴ القرافي أحمد بن باديس الذخيرة ، تحقيق محمد بوخبزة ج1 ط1 دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان 1994 ص 240.

⁵ الموسوعة الكويتية مرجع سابق ج22 ص288.

⁶ الفيومي مرجع سابق ص245.

⁷ الفيروز آبادي، مرجع سابق ص284.

⁸ الجرجاني مرجع سابق ص20.

الاختيار:

لغة مصدر خار يخير خيرا وخيرة، ولها معان عدة منها التفضيل والانتقاء والاصطفاء¹ وأما في اصطلاح الفقهاء فعرّفه الحنفية بأنه ((القصْد إلى أمر متردّد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الأمرين على الآخر))².

أهمية التراضي في عقد الزواج وضوابطه:

في الشريعة الإسلامية:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن التراضي ركن أساسي في عقد الزواج على اختلاف في التسمية بينهم، إذ الأصل في العقود الرضا، يقول السباعي: ((لا بد من الرضا والإرادة، ولما كانا أمرين خفيين لا يمكن الاطلاع عليهما إلا بما يدل عليهما من قول أو فعل، فقد اعتبر الشارع الإيجاب والقبول دليلين ظاهرين على تحقق الإرادة والرضا في نفس كل من المتعاقدين³)).

واختلفوا فيما يعتبر من الرضا هل الرضا الظاهر المعبر عنه بالإيجاب والقبول، أم لا بد من الرضا النفسي (الباطني)، على قولين: فذهب الحنفية إلى أن الرضا الظاهر يكفي في عقد الزواج، وهذا الرأي مبني على قاعدتهم في التفريق بين الاختيار والرضا، فالاختيار (قصد التعبير) هو الذي يعد ركنا في العقود عندهم، أما الرضا (قصد الأثر) فليس ركنا فيها، بل هو شرط صحة في العقود المالية التي تقبل الفسخ، أما العقود التي لا تقبله كالزواج فلا يشترط فيها الرضا أصلا، بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط

¹ ابن منظور مرجع سابق ج4 ص 257-259.

² البخاري أحمد ج4 مرجع سابق ص382.

³ السباعي مصطفى شرح قانون الأحوال الشخصية ج1 ط9 مكتب الإسلامي دمشق سوريا، 2001 ص07.

مطابقة الرضا الظاهر للرضا الباطن ، إلا أنهم جعلوا الأول ركنا في الزواج والثاني شرطا لصحته¹.

ضوابط التراضي:

مدى مطابقة القول للقصد:

يتأثر التصرف في الفقه الإسلامي بعنصرين؛ الأول الرضا وهو العامل الرئيسي في تكوين التصرف، والثاني اللفظ أو ما يقوم مقامه معبرا عن هذه الإرادة وكاشفا لها، ذلك أن الإرادة كامنة وخفية فلزم لها ما يعبر عنها ويظهرها إلى العلن ، وفي هذا يقول ابن القيم: ((إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول))².

والأصل أن يكون الاعتبار للألفاظ والمباني لأنها الدالة على المقاصد و النيات، يقول الشاطبي: ((العمل إذا تعلق ، ولكن بالقصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والمجنون))³ ولكن تصحيحا لتصرف المكلف وإعمالا لكلامه يعدل عن ظاهر اللفظ إلى المعنى ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ⁴، وتأسيسا عليه نستنتج أن عقد الزواج ينعقد باللفظ دون الحاجة إلى بحث مقصوده متى كان بلفظ النكاح وما اشتق منه، لعدم احتمال معنى آخر منه، وعليه استوى فيه الجد والهزل بنص الحديث: {ثلاث جدهن جد وهزلهن جد}؛ فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم الهازل بالنكاح والطلاق والرجعة كالجاد هبا مع أنه لم يقصد حقائق هذه العقود.

¹ رزيق بخوش، عيوب الرضا في عقد الزواج" دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي" أطروحة دكتوراه جامعة

الحاج لخضر كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة 2018 ص 16-17

² ابن قيم الجوزية ج4 مرجع سابق ص409.

³ الموافقات ج 3 ط1 دار عفان للنشر و التوزيع السعودية 1997 ص9.

⁴ علي حيدر مرجع سابق ص22.

الاشتراط:

ويقصد به ما يشترطه أحد الزوجين في العقد مما له فيه غرض¹، أي ما فيه مصلحة، وإن تباينت آراء فقهاء المذاهب الأربعة في أقسام الشروط ما بين مانع ومبيح وموسع ومضيق²، إلا أنها في مجموعها لا تخرج عن ثلاثة أقسام: ((أحدها أن يكون مكملًا لحكمة المشروط وعاضدا لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال، كاشتراط الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان في النكاح...، فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا، والثاني أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته كأن يشترط في النكاح أن لا ينفق عليها أو أن لا يطأها، وليس بمحبوب ولا عنين فلا يصح أن يجتمع معه؛ فإن اشتراط النكاح أن لا ينفق ينافي استجلاب المودة المطلوبة فيه، وإذا اشترط أن لا يطأ أبطل حكمة النكاح الأولى وهي التنازل، وأضر بالزوجة فليس من الإمساك بالمعروف الذي هو مظنة الدوام والألفة فهي باطلة، والثالث أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملائمة، وهو محل نظر³)).

حقيقة عقد الزواج وطبيعته:

حقيقة عقد الزواج (هل هو حقيقة في الوطاء أم العقد) :

اختلف الفقهاء في دلالة النكاح على العقد أو الوطاء على النحو التالي:

1- الحنفية:

هو حقيقة في الوطاء، فمتى أطلق في الشرع يراد به الوطاء⁴ إنما تكلم به الشارع على وفق معناه في اللغة⁵.

¹البهوتي كشف القناع ج5 مرجع سابق ص82.

²الجزيري عبد الرحمان الفقه على المذاهب الأربعة ج4 ط2 دار الكتب العلمية بيروت 2003 ص80-83.

³الشاطبي ج1 ص283-284.

⁴الموصلي عبد الله بن محمود الاختيار لتعليل المختار ج3 ط دار الكتب العلمية بيروت د ت ص81.

⁵ابن همام كمال الدين شرح فتح القدير ج3 ط1 دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1424هـ ص177.

2-الجمهور:

هو حقيقة في العقد مجاز في الوطاء،و إليه ذهب جمهور المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ وعلى رأي البعض أنه مشترك بين العقد والوطاء،وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في حرمة موطوءة الأب من الزنا،بين الحنفية والشافعية، فلما كان حقيقة في العقد عند الشافعي لم تحرم موطوءته من الزنا ،أخذاً من قوله تعالى: { وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ }⁴ قال الشرييني (وفائدة الخلاف بيننا وبين الحنفية فيمن زنى بامرأة فإنها تحرم على والده وولده عندهم لا عندنا)⁵ .

طبيعة عقد الزواج(هل هو رضائي أم شكلي):

اتفق الفقهاء بأن الرضا ركن في الزواج ،وأن الزواج أولى في اعتبار الرضا من البيع ، الذي يعتبر من أهم العقود وأكثرها انتشاراً،يقول شيخ الإسلام :((ثم البيع لا يجوز إلا بالتراضي)) لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾⁶ ؛فالنكاح لا يجوز إلا بالتراضي بطريق الأولى والأخرى⁷.

واختلفوا بعد ذلك هل يكفي الرضا وحده لانعقاد الزواج ، أم لا بد أن تصاحبه إجراءات أخرى، فذهب البعض إلى أن الرضا لا يكفي وحده لصحة انعقاده ،بل لابد لكي يكون صحيحاً من الشهادة والإعلان كحد فاصل بينه وبين السفاح، وعليه يصح القول أن عقد الزواج عقد

¹ خليل ابن إسحاق مرجع سابق ص504.

² سليمان الباجيرمي تحفة الحبيب على شرح الخطيب ج4 ط1 دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1996 ص79.

³ ابن مفلح برهان الدين المبدع شرح المقنع ج7 د ط دار عالم الكتب للطباعة و النشر الرياض السعودية 2003 ص 3

⁴ سورة النساء الآية 22.

⁵ الشرييني ج4 مرجع سابق ص201.

⁶ سورة النساء الآية 29.

⁷ أحمد بن تيمية مجموع الفتاوى ج32 باب النكاح د ط منشورات وزارة الشؤون الإسلامية و الدعوة و الإرشاد السعودية 2004 ص 160.

شكلي ، وهذا خلافا لأغلب العقود المدنية والمالية، نظرا لخطورة آثاره ومقاصده التي شرع لأجلها¹.

شرط الولي في الزواج :

نستعرض هنا شرط الولاية في الزواج ، فهل هو حق خالص لولي المرأة؟ وبالتالي فإنها لا تلي نكاح نفسها، ولا نكاح غيرها، ولا عبارة لها في النكاح مطلقا، وإن عقدته فهو باطل، أم أن الأمر مختلف فيه، وفيما يلي توضيح ذلك.

رأي الفقهاء في اشتراط الولي:

اختلف الفقهاء بشأن ركنية الولي واشتراطه في عقد الزواج.

1- القائلون بشرط الولي وأدلتهم:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة ، ركنا من أركان عقد الزواج، أي أنه لا نكاح إلا بولي² واستدلوا بنصوص من القرآن والسنة، كما استدلوا بالمعقول ، نذكر منها:

أ- من القرآن:

قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾³ ، قال الشافعي: ((هي أصرح دليل في اعتبار الولي، وإلا لما كان للعضل معنى))⁴ وبني الاستدلال على أن الخطاب في هذه الآية مع الأولياء، قال: ((وإذا ثبت هذا وجب أن يكون التزويج للأولياء لا إلى النساء⁵)) وقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

¹ العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1 ص59.

² الشوكاني ج12 مرجع سابق ص 76

³ سورة البقرة الآية 150.

⁴ الكاساني ج3 مرجع سابق ص38.

⁵ الرازي فخر الدين التفسير الكبير ج6 ط1 دار الفكر للطباعة و التوزيع د ب 1981 ص 122.

وَأَمَّاكُمْ¹، ففي الآية دليل على أن تزويج النساء الأيامي إلى الأولياء؛ لأن الله تعالى خاطبهم به، كما أن تزويج العبيد والإماء للسادات، وهو قول أكثر أهل العلم من الصحابة ومن بعدهم².

ب- من السنة:

عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {أَيُّمَا امْرَأَةً نَكَحْتَ بِغَيْرِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا، فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا فَإِنْ إِسْتَجْرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ³، وعن أبي بردة عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَالِيٍّ وَشَاهِدِي عَدْلٍ⁴، وهو من أصرح الأحاديث الدالة على اشتراط الولي، قال ابن قدامة: ((التخصيص هنا خرج مخرج الغالب، فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها، والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها، وميلها إلى الرجال، وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة⁵)).

ج- من المعقول:

أن المفسدة إذا حصلت في الأوضاع بسبب زواج غير الأكفاء؛ حصل الضرر، وتعدى للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء، بخلاف إذا حصل الفساد في المال فلا يكاد يتعدى المرأة⁶، بل إن النفوس في العادة ترضن بالمال، وتحرص عليه، والضرر في فقده محتمل لا عار فيه، بخلاف سوء الاختيار⁷، ولأن الزواج عقد خطير، ودائم، و ذو مقاصد متعددة؛ فالرجل بما لديه من خبرة في الحياة؛ أعرف وأقدر على مراعاة هذه المقاصد من المرأة⁸.

¹سورة النور الآية 32.

²البغوي الحسين بن مسعود معالم التنزيل ج6 د ط دار طيبة للنشر و التوزيع الرياض السعودية 1989 ص 39

³ رواه الترمذي و غيره ح ر 1102 و حسنه الألباني.

⁴ رواه الترمذي و غيره ح ر 1101 صححه الألباني.

⁵ابن قدامة ج9 مرجع سابق ص346.

⁶ القرافي الفاروق مرجع سابق ص917.

⁷ محمود علي السرطاوي شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ط3 دار الفكر عمان الأردن 2010 ص 42.

⁸ الزحيلي ج7 مرجع سابق ص195.

القائلون بعدم اشتراط الولي وأدلتهم:

ذهب أبو حنيفة ،وأبو يوسف،إلى أن للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وغيرها وهو الراجح عند الحنفية، واستدلوا بما يلي:

أ- من القرآن:

قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾¹ ، ووجه الدلالة أن النكاح أضيف إليهن ، ونهى عن منعهن منه، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾² ، ووجه الدلالة أنه أسند النكاح للمرأة فدل على جواز عقدها دون موافقة وليها.

ب- من السنة:

حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها} والأيم هي التي لا زوج لها³ ، فدل على أن للمرأة الحق في تولي العقد، كما ردوا على الأحاديث السابقة التي يفيد ظاهرها اشتراط الولي في التزويج، بأنها خاصة بالصغيرة⁴.

ج- من المعقول:

أن النكاح تصرف خالص للمرأة في حقها، ولا ضرر فيه لغيرها، فينفذ كتصرفها في مالها، والولاية في النكاح أسرع ثبوتاً منها في المال⁵ وأن شرط الكفاءة ينفي معرفة الصهر باعتراض الأولياء⁶.

¹ سورة البقرة الآية 232.

² سورة البقرة الآية 230.

³ محمد بن لطف السباغ تهذيب تفسير الجلالين ط1 المكتب الإسلامي بيروت لبنان 2006 ص354.

⁴ الجزيري ج4 مرجع سابق ص46.

⁵ الموصلني ج3 مرجع سابق ص91.

⁶ الجزيري ج4 مرجع سابق ص47.

*الرأي الراجح:

بعد عرض موقف الفقهاء حول مسألة الولي في عقد الزواج، أرى بأن الرأي الراجح هو قول الحنفية الذي يجيز للمرأة العاقلة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها، بشرط أن يكون بموافقة وليها الشرعي، بالإضافة إلى أن يكون الزوج كفؤاً لها، و متى كان الزوج غير كفاء، أو قدم لها مهراً لا يليق بمقامها؛ فإنه يجوز للولي حق الاعتراض على الزواج.

أثر الزواج بلا ولي:

رأي الفقه:

اختلف الفقهاء القائلون باشتراط الولاية في الزواج، فيما لو تزوجت المرأة بغير ولي الشرعي بأن فوضت أمرها إلى رجل فرضي الولي.

فسخ النكاح:

إذا وقع الدخول وتناول الأمر لم يفسخ، وهو قول مالك وابن القاسم¹، وروى عن مالك أنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن أصلاً يفسخ قبل الدخول وبعده وإن طال وولدت الأولاد² تستخلف رجلاً من الناس على إنكاحها³.

بطلان النكاح:

لا يصح للمرأة تزويج نفسها، ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت لم يصح، ويكون العقد فاسداً، يفسخ مطلقاً، قبل الدخول وبعده، ولو النكاح، وهو مذهب الثوري،

¹ سحنون بن محمد التتوخي، المدونة الكبرى ج4 ط1 دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1994 ص21.

² محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية تحقيق ماجد الحمودي، ط1 دار ابن حزم، بيروت لبنان 2013 ص344.

³ ابن رشد الحفيد ج3 ص21.

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

والشافعي، وابن المبارك¹، ويكون العقد فاسداً، يفسخ مطلقاً، قبل الدخول وبعده، ولو طال الزمن، وولدت الأولاد² ولا يتوارثان³ وهو قول أحمد أيضاً.

¹ ابن قدامة ج 9 مرجع سابق ص 345.

² الشريبي ج 4 مرجع سابق ص 239.

³ ابن عبد البر ج 16 ص 38.

الفرع الثاني : اثر الشريعة الإسلامية على أحكام الأسرة في انحلال الرابطة الزوجية:

فسخ الزواج في الفقه الإسلامي اختلفت آراء الفقهاء بين الفرقة التي تعد فسخا والفرقة التي تعد فسخا، ومن هنا كان البد من استعراض أقوال الفقهاء في هذه المسألة حتى يتسنى الإمام بحالات الفسخ في الفقه الإسلامي.

حالات الفسخ عند المالكية :

ذهب المالكية إلى أنه إذا كان السبب الموجب للفرقة غير راجع إلى الزوجين بل يرجع إلى الشارع الحكيم، بحيث لو أرادا البقاء على الزوجية مع هذا السبب لم يصح هذا الزواج، تكون الفرقة فسخا، مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة.

وعلى هذا تكون الفرقة بين الزوجين فسخا عند المالكية في الحالات الآتية:

أولاً: الفرقة بسبب فساد العقد وذلك إذا وقع العقد غير صحيح، كالزواج بالأخت أو بإحدى المحارم، أو الزواج بزوجة الغير أو معتدته.

ثانياً: إذا طرأ على الزواج ما يوجب الحرمة المؤبدة كالاتصال الجنسي بشبهة من أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه، بما يوجب حرمة المصاهرة، وكذا الفرقة بسبب الرضاع¹.

ثالثاً: الفرقة بسبب اللعان سواء إذا العن الرجل امرأته أو إذا العن القاضي بينهما².

واللعان أن يحلف الرجل إذا رمى امرأته بالزنا أربع مرات انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة هلا عليه إن كان من الكاذبين، وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات إنه من الكاذبين، والخامسة أن لعنة الله عليها إن كان من الصادقين¹.

¹ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة الجزء الرابع النكاح الطلاق الطبعة الأولى دار الآفاق العربية القاهرة 2006 ص327.

² مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى هجر للطباعة و النشر و التوزيع و الإعلام الجيزة 1988 ص122.

رابعاً: الفرقة بسبب إباء الإسلام:

والفرقة تكون فسحا بسبب إباء الزوج الإسلام بعد أن أسلمت زوجته أو إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام بعد أن أسلم زوجها، لأن في هذا معنى لظوء فساد على العقد².

حالات الفسخ عند الحنفية :

وقد اختلف فقهاء الحنفية في ضابط الفسخ، فاتفقوا بأن الفرقة إذا كانت من قبل المرأة تعتبر فسحا، وقال فريق منهم بأنه كذلك إذا كانت الفرقة من قبل الزوج وكان لها مثل من جانب المرأة تكون فسحا³.

أولاً-الفرقة بسبب إباء الزوجة الإسلام :

تعتبر فسحا الفرقة بين الزوجين بسبب إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام بعدما اسلم زوجها، لأن المشتركة لا تصلح لنكاح المسلم، وهذا الفسخ يتوقف على القضاء.

ثانياً-الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين:

وتعتبر فسحا الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام، وهذا الفسخ لا يتوقف على القضاء، إذ يفترقان من تلقاء نفسيهما، وإذا لم يفترقا فرق القاضي بينهما.

ثالثاً-الفرقة لعدم الكفاءة :

والكفاءة عرفها الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتاب شرح قانون الأحوال الشخصية أنها المساواة بين الزوجين في أمور اجتماعية بحيث يعتبر وجودها عامل من عوامل الاستقرار

¹ السيد سابق فقه السنة، المجلد 2، دار الفتح للإعلام العربي القاهرة 2001 ص213.

² وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته الجزء السابع الطبعة الثانية دار الفكر بيروت 1985 ص349-350.

³ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام ، بحث تحليلي و دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار التأليف مصر 1961 ص211-212.

الزوجي، كما يعتبر الإخلال بها معكرا أو مفسدا للحياة الزوجية ويؤدي إلى الشقاق والضرر في غالب الأحوال¹.

فإذا زوجت المرأة العاقلة البالغة نفسها من غير كفاء لها وبدون رضا وليها فالمروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف والمفتي به في المذهب عدم صحة زواجها.

وإذا زوج الولي العاصب:

- غير الأب الذي لم يعرف بسوء الاختيار.
- المرأة بغير كفاء، حق لها فسخ هذا الزواج .

والولي العاصب هو القريب الذي لا تكون قرابته للمرأة بواسطة الأنثى وحدها، كالأب والجد والأخ والعم وابن العم، وهذا الفسخ كذلك متوقف على القضاء. رابعا: خيار بلوغ الصغير أو الصغيرة فإذا زوج الصغير أو الصغيرة من الأولياء غير الأب أو الجد عند عدمهما وكان الزوج كفاء، والمهر مهر المثل، فإن للصغير أو الصغيرة حق طلب فسخ الزواج إذا بلغ.

خامسا-التفريق لنقصان المهر:

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من زوج كفاء لها ولكن بمهر أقل من مهر مثلها وبدون رضا أقرب عصبتها، فإن لهذا العاصب حق طلب فسخ الزواج إذا لم يتم الزوج مهر مثلها².

حالات الفسخ عند الشافعية :

وضع الشافعية قاعدة مفادها أن كل فرقة بين الزوجين يوقعها الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل أو المفوض، تعد طالقا، وما عدا ذلك فهو فسخ³.

¹ سلمان نصر و سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، ط1دار الفجر قسنطينة الجزائر 2005 ص134.

² عبد الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ماعليه العمل بالمحاكم ط2 دار القلم الكويت 1990 ص29.

³ المصري ميروك الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية مقارنة دار هومة بوزريعة الجزائر 2010 ص52.

وعلى هذا فإن حالات الفسخ عند الشافعية¹ هي :

أولاً: فرقة إفسار مهر.

ثانياً: فرقة إفسار نفقة أو كسوة أو مسكن، بعد إمهال الزوج ثلاثة أيام.

ثالثاً: فرقة لعان.

رابعاً: الفرقة بسبب عيوب بأحد الزوجين وهي الجنون والجدام والبرص، أو رتق أو قرن بالزوجة، أو جب أو عنة بالزوج.

- الرتق: انسداد محل الوطء إما باللحم أو العظم.

- قرن: شيء يبرز في فرج المرأة كقرن.

- الجب: المحبوب هو مقطوع الذكر.

- العنة: العنين هو الذي له ذكر صغير جدا كالزر².

خامساً: فرقة غرر.

سادساً: الفرقة بسبب وطء شبيهة، كوطء أم زوجته أو ابنتها.

سابعاً: فرقة إسلام أحد الزوجين أو رده.

ثامناً: فرقة إسلام الزوج على أكثر من أربع نساء، أو على أختين أو أكثر.

تاسعاً: الفرقة لعدم الكفاءة.

عاشراً: فرقة انتقال الزوجة الكتابية من دين إلى دين آخر، كالانتقال من النصرانية إلى اليهودية.

حادي عشر: فرقة رضاع شرط كونه خمس رضعات متفرقات قبل مضي حولين.

¹ وهبة الزحيلي مرجع سابق ص 252-253.

² محمد بن حارث الخشني أصول الفتية في الفقه على مذهب الإمام مالك الدار العربية للكتاب - دون مكان نشر - 1985 ص 174-175.

حالات الفسخ عند الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أن كل فرقة تكون بألفاظ الطالق صراحة أو كناية، وكذا تطليق القاضي إذا امتنع الزوج عن الطالق بسبب الإبلاء هي كلها فرق طالق، أما بقية الفرق فهي فسخ¹.

وعلى هذا، فحالات الفسخ عند الحنابلة² هي:

أولاً: الفرقة بسبب الخلع إذا كان بغير لفظ الطالق، وبغير نية الطالق .

ثانياً: الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين .

ثالثاً: الفرقة بسبب العيب المشترك وهو الجنون والصرع، أو لعب مختص بالمرأة كالرتيق والقرن والبخر، والقروح السيالة، وانخراق ما بين السيلين، أو مختص بالرجل كالجب والعنة.
البخر: هو نتن الفرج .

رابعاً: الفرقة بسبب إسلام أحد الزوجين .

خامساً: الفرقة بسبب الإبلاء بواسطة القاضي إذا انقضت المدة وهي أربعة أشهر ولم يطلق الزوج بعدما يأمره القاضي بالطالق، والإبلاء هو أن يحلف الزوج ألا يطأ المرأة أكثر من أربعة أشهر، فإذا حل الإبلاء وهو أربعة أشهر، فإن لم يفئ الزوج طلقت عليه كرها³.

سادساً: الفرقة بسبب اللعان.

¹ المصري مبروك مرجع سابق ص52.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص254-253.

³ محمد بن حارث الخشني مرجع سابق ص173.

الحكم الشرعي للطلاق :

اتفق فقهاء الشريعة على كون الطلاق جائز للرجل متى وجدت إليه حاجة، وذلك بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء، غير أنهم اختلفوا في الأصل فيه أهو الحضر أم الإباحة¹.

أولاً-من القرآن الكريم:

يقول الله عز وجل ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ ۗ ﴾² ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ اِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ۗ ﴾³ ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ اِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ ۗ ﴾⁴

ثانياً-من السنة النبوية قول النبي صلى الله عليه وسلم:

" إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"⁵، رواه بن ماجة والدار قطني " . عن عمر بن الخطاب أن النبي صلى هلا عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها"⁶ ، رواه أبو داود والنسائي.

ثالثاً-إجماع الفقهاء

المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بأن الطلاق جائز والأولى عدم ارتكابه، فالأصل فيه أنه خلاف الأولى⁷.

¹ لحسين بن الشيخ آث ملوية الننتقى في قضاء الأحوال الشخصية ج1ط1 دار هومة الجزائر 2006 ص214.

² سورة البقرة الآية 229.

³ سورة الطلاق الآية 1.

⁴ سورة البقرة الآية 236.

⁵ مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن القاسم الحراني، المنتقى في الأحكام الشرعية من كلام سيد البرية ج3 ط1 مؤسسة الريان لبنان 2003 ص131.

⁶ المبارك بن محمد بن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، ج11 ط2 دار الفكر لبنان 1983 ص 409.

⁷ وهبة الزحيلي مرجع سابق ص362.

عدم ارتكابه، فالأصل فيه أنه خلاف الأولى .ويقصد الفقهاء من مصطلح خالف الأولى ترك ما فعله راجح عن تركه، أو فعل ما تركه راجح عن فعله.

وذهب فريق من الأحناف إلى أن الطلاق مباح كون آيات الطلاق جاءت مطلقة بلا قيد، وفريق آخر من الأحناف قالوا بأن الأصل في الطلاق هو الحضر.

والطلاق قد تعتريه الأحكام الخمسة، فيكون واجبا أو حراما أو مكروها أو مندوبا أو مباحا، وذلك بحسب حالة الرجل والمرأة، وحسب ما يفضي إليه الطلاق من مصلحة أو مفسدة¹.

وللحنابلة تفصيل حسن في هذا الموضوع، فعندهم قد يكون الطلاق واجبا كطالق الحكيمين في الشقاق بين الزوجين، إذا توصل إلى أن الطلاق هو الوسيلة الوحيدة لقطع هذا الشقاق، وكذا طلاق المولي بعد تربص أربعة أشهر.

ويكون الطلاق حراما إذا وقع من دون حاجة إليه استنادا إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"، ومنهم من يقول أنه مكروه وليس حراما استنادا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي رواه أبو داود " ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق² "، ويكون مباحا عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها، والمندوب يكون في حالة تقريظ المرأة في حقوق الله الواجبة عليها³.

الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل :

أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يستقل بحل رابطة الزوجية ويطلق بإرادته المنفردة، بينما الزوجة لا يمكنها ذلك، ولا تملك إلا اللجوء إلى القضاء، وترجع الحكمة في ذلك إلى سببين :

¹ عبد القادر درداوي أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري دار البصائر الجزائر 2010 ص 288.

² مبارك بن محمد الأثير الجزري مرجع سابق دار الفكر لبنان 1983 ص623.

³ السيد سابق مرجع سابق ص163.

السبب الأول:

يرجع إلى الفطرة التي فطر الله عز وجل عليها كال من الرجل والمرأة، فطبيعة المرأة في الغالب سريعة الانفعال شديدة التأثر، تدفعها العواطف إلى أبعد المدى، فلو كان حل الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة لكانت هذه الرابطة مهددة بالحل إلى سبب سواء كان جدياً أو واهياً، ولا ينقص هذا طبعاً من قدر النساء، فمنهن ذوات عقل وحزم وأناة وقدرة على ضبط النفس وتقدير العواقب حين النوائب، ومن الرجال من يغلب عليهم الحمق ويتلاعب بهم الغضب، غير أن التشريع يبنى على الأصل والغالب في شأن وطبيعة الرجال، وهذه هي فطرة الله التي فطر الناس عليها.

السبب الثاني :

الطلاق يلزم الزوج التزامات مالية من مؤجل الصداق ونفقة العدة والمتعة وغيرها، وكذلك يضيع عليه ما أنفقه من مهر ونفقة، وإن أراد الزواج ثانية فعليه تبعات مالية جديدة من مهر وتكاليف الزواج¹ ، وكل هذا يؤثر في نفسية الرجل مما يجعله يترتب في إيقاع الطلاق.

درء الطلاق بالصلح :

صحيح أن الإسلام شرع نظام الطلاق تحقيقاً للمصلحة إذا استحال دوام العشرة الزوجية، غير أنه قد لا تكون أسباب الشقاق عميقة بالقدر الذي يجعل معالجتها بالصلح مستحيل، درءاً للطلاق الذي لا يكون إلا بعد انقطاع سبل الإصلاح بين الزوجين.

الصلح بين الزوجين :

أمام ظهور بوادر تولد الخوف من حدوث شقاق بين الزوجين، أو أمام شقاق واقع بينهما، عالجت الشريعة الإسلامية هذا الأمر عن طريق الإصلاح بين الزوجين وذلك بتحكيم حكيمين، يقول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا

¹ عبد الوهاب خلاف مرجع سابق ص 130.

إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا¹ وتكمن مهمة الحكمين في بذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين بعد التعرف على أسباب الخلاف والمتسبب فيه، فإن وجدوا أن أحد الزوجين مذنباً حماله المسؤولية ونصحاء للرجوع عن معاملته السيئة مع الآخر، وتذكير الزوجين بعاقبة هذا الشقاق عليهما وعلى الأبناء والأسرة ككل.

الشروط المتعلقة بالمطلق:

ذكر الفقهاء جملة من الشروط ينبغي أن تتوفر في المطلق حتى يعتد بكلامه وطلاقه، وقد اختلف في بعض حالات الطالق استناداً إلى تحقق تلك الشروط أو عدم تحققها.

أولاً: شرط البلوغ

فلا بد أن يكون المطلق بالغاً، وعليه فطلاق الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز لا يصح²، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وإن كان الحنابلة أجازوا طلاق المميز إذا كان يعقل الطلاق ويعلم بأن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها³.

ثانياً: شرط العقل

والعقل من شروط التكليف، فلا يقع طلاق من زال عقله بجنون أو إغماء أو نحو ذلك مما فيه زوال للعقل أو إنقاصاً له، وألحق فقهاء الشريعة عدة مسائل متعلقة بهذا الشرط على النحو التالي :

أ- طلاق السفية:

يقع طلاق السفية في القول الراجح عند أهل العلم، ومنهم الأئمة مالك والشافعي وأبو حنيفة، وقال الإمام عطاء بعدم وقوعه، والأولى في المسألة هو وقوعه لأن السفية يملك محل الطلاق

¹ سورة النساء الآية 53.

² عبد المجيد محمود مطلوب مرجع سابق ص 231..

³ وهبة الزحيلي مرجع سابق ص 364.

ويقع طلاقه كالرشيد، والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه¹

ب- طلاق الغضبان:

إذا وصل الغضب بالرجل إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل، وينسى ما قاله وفعله بعد ذهاب غضبه، فإن طلاقه في هذه الحالة لا ينفذ وذلك لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"² رواه أحمد وأبو داود، والإغلاق هو الغضب الذي يغلق على الرجل إرادته وقصده. أما الغضب الخفيف الذي لا يمنع صاحبه من إدراك ومعرفة ما يقول ويفعل فطلاقه واقع³.

ج- طلاق السكران:

إذا كان السكر نتيجة تناول مسكر أو مخدر لضرورة كالعلاج، أو جهل أو إكراه، فغاب عقل الرجل نتيجة لذلك فهذا طلاقه لا يقع، أما السكران بخمر أو نبيذ وهو متعمد ارتكاب المحذور فاختلف الفقهاء في وقوع طلاقه⁴.

ثالثاً- شرط الاختيار:

والمراد بالاختيار هو أن لا يكون الشخص مكرهاً على إيقاع الطلاق، فإن حدث وأكره على النطق به فإن طلاقه لا يقع عند جمهور الفقهاء، لأنه إنما تلفظ بالطلاق تحت الضغط

¹ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج10 ص3 دار عالم الكتب الرياض المملكة العربية السعودية 1997 ص 350.

² محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته ج2 ط3 المكتب الإسلامي لبنان 1988 ص 1250.

³ عبد القادر درداوي مرجع سابق ص240.

⁴ بكير محمد الشيخ بالحاج، فتاوى الامام الشيخ بيوض إبراهيم بن عمر ج2 ط1 المطبعة العربية غرداية الجزائر 1988 ص 433.

دفعاً لضرر ما أو أذى وهو لا يريد، وهذا استناداً لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"¹ رواه ابن ماجة.

رابعاً - شرط القصد:

يشترط بالاتفاق القصد لإيقاع الطلاق، والمراد بالقصد هو التلفظ بالطلاق قصداً، وإن لم يكن قاصداً معناه² ولم ينوه، ويندرج تحته كل من :

أ- طلاق الهازل:

والهازل هو الذي يصدر كالما على وجه اللهو واللعب دون قصد ترتيب آثاره عليه، وذهب جمهور الفقهاء إلى إيقاع طلاق الهازل لأنه قصد التلفظ بالطلاق حتى وإن لم يرد معناه، واستدلوا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة "³ رواه الترمذي.

ب- طلاق المخطئ والجاهل:

المخطئ هو الذي أراد كلاماً فسبقه لسانه إلى الطلاق، كما لو أراد أن يقول زوجتي مسافرة فقال زوجتي طالق.

أما الجاهل فهو من يتلفظ بالطلاق وهو لا يعرف معناه، كما لو قال أعجمي زوجتي طلاق وهو لا يعرف معناها، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطالق يقع في هاتين الحالتين⁴.

¹ محمد ناصر الدين الألباني صحيح الجامع الصغير وزيادته ج1 ط3 المكتب الإسلامي لبنان 1988 ص 659.

² عبد القادر بن حرز الله، خلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و القانون الأسري الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون 05-09 مؤرخ في 04 مايو سنة 2005) ط1 دار الخلدونية الجزائر 2007 ص221

³ أبو العلام محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المبارك فوري، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، ج4 دار الفكر لبنان 1955 ص 289.

⁴ أحمد محمد المومني و إسماعيل نواضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع ط1 دار المسيرة، عمان ، الاردن 2009 ص 76-75.

ج- طلاق الفضولي:

الفضولي هو من أوقع الطلاق عن غيره بدون إذنه، وهذا الطلاق لا يقع إلا إذا أجازته الزوج، فإن أجازته وقع الطلاق من يوم الإجازة لا من يوم إيقاع ذلك الفضولي¹.

الشروط المتعلقة بالمطلقة:

المطلقة هي المرأة التي يقع عليها الطلاق إذا كان النكاح قائماً، ويستوي في ذلك أن يكون النكاح قائماً حقيقة أو حكماً، يكون النكاح قائماً حقيقة في حالة زواج صحيح قائم بالدخول بالمرأة، ويكون قائماً حكماً في حال المرأة المعقود عليها عقداً صحيحاً قبل الدخول بها، وفي حال المرأة التي تكون في عدة طلاق رجعي²، وتفصيل لما تقدم، يقع الطلاق على المرأة في الحالات التالية:

- إذا كانت المرأة معقود عليها بزواج صحيح ولم يتم الدخول بها.

- إذا كانت المرأة في عدة من طلاق رجعي.

ولا يقع الطلاق على المرأة في الحالات التالية:

- إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فلا يلحقها طلاق آخر أثناء عدتها لاستنفاذ الزوج حقه في عدد الطلقات.

- إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، فلا يلحقها طلاق آخر إذا انقضت عدتها لانتهاء رابطة الزوجية بانقضاء العدة.

- إذا كانت المرأة أجنبية عن الرجل، فال يقع الطلاق عليها، كما لو قال رجل لو تزوجت فلانة فهي طالق³.

¹ عبد القادر درداوي مرجع سابق ص 245.

² عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية الشريعة الإسلامية فيقها و قضاء في الزواج، ط1 دار الفكر العربي الإسكندرية 1984 ص 270.

³ علي بن الرشد الديبان، مرجع سابق ص 267.

تقسيم الطلاق من حيث الوصف الشرعي :

ينقسم الطلاق من حيث الوصف الشرعي إلى طلاق سني و طلاق بدعي.

أولاً: الطلاق السني

وسمي سنياً نسبة لموافقته للسنة، وهو أن يطلق الرجل امرأته في طهر لم يمسه فيها، طليقة واحدة، ثم يدعيها تمضي على عدتها ولا يتبعها بطلاق آخر أثناءها، فإن أحب أرجعها ما دامت في عدتها، وإن لم يحب ذلك تركها فإن انقضت عدتها جاز لها الزواج من غيره¹.

أ- شروط الطلاق السني:

بالنظر إلى التعريف السابق يكون الطلاق سنياً إذا توفرت في الشروط التالية:

- أن يكون بطلقة واحدة فقط لا أكثر.
- أن يكون بطلقة واحدة وكاملة لا ببعضها.
- أن يكون في طهر، أي في غير حيض ولا نفاس.
- أن لا يكون الزوج قد جامعها في ذلك الطهر.
- أن لا يتبعها طليقة أخرى في نفس العدة².

ب- طلاق الصغيرة واليائسة والحامل وغير المدخول بها:

يجوز طلاق الصغيرة التي لم تحض بعد واليائسة من المحيض وكذا الحامل في أي وقت من الأوقات ويكون الطلاق سنياً بشرط أن يكون بطلقة واحدة، إذ هذا الطلاق لا يوصف بالسنية من حيث الوقت وإنما من حيث العدد.

¹ محمد بن حارث الخشني مرجع سابق ص 191.

² عبد القادر درداوي، مرجع سابق ص 266.

ثانيا-الطلاق البدعي:

وسمي بدعيا نسبة إلى البدعة وهو نقيض السنة، وهو كل طلاق انتفت منه أحد شروط الطلاق السني المذكورة سابقا.

وقد اختلف الفقهاء في حكم الطلاق البدعي هل يقع أم لا يقع، فجمهور الفقهاء ومنهم فقهاء المذاهب الأربعة قالوا بأن الطلاق البدعي يقع فهو يحتسب طلقة، وإن كان فاعله قد ارتكب معصية.¹

وقال طائفة من العلماء أنه لا يقع لأنه طلاق لم يشرعه الله تعالى ، وبهذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وابن حزم.²

مسألة الطلاق بالثلاث في مجلس واحد :

والطلاق بالثلاث في مجلس واحد صورة من صور الطلاق البدعي، جمهور الفقهاء ومنهم المذاهب الأربعة أخذوا بما ذهب إليه عمر بن الخطاب بأن الطلاق الثلاث في مجلس واحد يقع ثلاث طلاقات أخذا باجتهاده وموافقة كثير من الصحابة له.

وذهب فريق من الفقهاء إلى أن الطلاق بالثلاث في مجلس واحد يقع تطليقة واحدة ومنهم ابن تيمية وابن القيم، واستندوا في ذلك إلى أن المطلق في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وفي خلافة أبي بكر، وصدرا من خلافة عمر إذا جمع الطلاقات الثلاث بلفظ واحد جعلت طلقة واحدة، فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: " كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب : "إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيها عليهم³" رواه مسلم.

¹ علي ابن رشد الديبان ص206.

² عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، الغفهام في شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ بن حجر العسقلاني ج2 ط1 دار العاصمة الرياض، المملكة العربية السعودية 2005 ص280.

³ أبو زكرياء يحي بن شرف النووي دمشقي ص68.

رأي الفقهاء في التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق:

ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، لأن الزوج لا يخرج على أن يكون معسراً أو موسراً، فإن كان معسراً فلا ظلم منه لعدم الإنفاق، أما إن كان موسراً فبالرغم من كونه ظالماً غير أن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق بين الزوجين وإنما بطرق أخرى، كبيع ماله جبراً عنه الإنفاق على زوجته، أو تهديده بالحبس.

أما فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فقالوا بأن للزوجة الخيار بين البقاء معه على عسره، أو مفارقتها عن طريق طلب التطلاق منه¹.

جعل المالكية التطلاق لعدم الإنفاق رجعياً، إذ يجوز للزوج مراجعة زوجته في عدتها إذا أثبت قدرته على الإنفاق وقال الشافعية والحنابلة بأنه فسخ للزواج².

حيث يرى المالكية والحنابلة أن من ترك وطء زوجته بدون عذر فلها أن تطلب التطلاق لذلك، وعلى القاضي أن ينظر الزوج مدة الإبلاء، ثم إما أن يطاءً وإما أن يطلق، فإن أبى طلق عليه القاضي، وقال جمهور المالكية يطلق عليه القاضي دون ضرب أجل ويجتهد في ذلك.

آراء الفقهاء في التطلاق للغياب:

- ذهب الحنفية والشافعية بأن الغيبة لا تكون سبباً للتفريق بين الرجل وزوجته وإن طالبت المدة.

- وقال المالكية والحنابلة بحق المرأة في طلب التطلاق إذا غاب الزوج عنها ولو ترك لها ما تنفقه على نفسها، مع اختلاف في التفاصيل³ كالتالي :

عند المالكية أقل مدة يمكن للمرأة بعدها طلب التطلاق سنة، وبعض المالكية جعلوا أقلها ثلاث سنوات، ولم يفرقوا بين الغياب بعذر أو بدونه. أما الحنابلة فأقل المدة عندهم ستة أشهر من

¹ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ط1 دار النفائس الأردن 1997 ص 287.

² محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية مرجع سابق ص353.

³ بدران أبو العينين بدران مرجع سابق ص 294.

الغياب، وأن يكون الغياب بدون عذر¹ وكذلك أيضا ذهب جمهور الفقهاء ومنهم فقهاء المذاهب الأربعة إلى جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب.

العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق:

1-المذهب الحنفي:

للزوجة الحق في طلب التطلاق إذا وجدت في زوجها عيبا من العيوب التناسلية الثلاث وهي: الجب والعنة والخصاء، ثم ألحقوا التآخذ والخنوثة فصارت عندهم خمسة.

2-المذهب المالكي:

العيوب التي يفسخ بها النكاح ثلاثة عشر عيبا:

- عيوب مشتركة بين الزوجين وهي الجنون والجدام والبرص.
- عيوب خاصة بالرجل وهي، الخصاء والعنة والاعتراض.
- عيوب خاصة بالمرأة وهي: القرن والعفل والرتق والبخر والإفشاء.

3-المذهب الشافعي:

العيوب سبعة وهي :

- عيوب مشتركة بين الزوجين وهي الجنون والجدام والبرص.
- عيوب خاصة بالرجل وهي الجب والعنة.
- عيوب خاصة بالمرأة وهي الرتق والقرن.

4-مذهب الحنابلة:

عيوب النكاح ثمانية وهي :

¹ اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالإجتهااد القضائي بالمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 2002-2003 ص129.

- عيوب مشتركة بين الزوجين وهي الجنون والجدام والبرص.
- عيوب خاصة بالرجل وهي الجب والعنة.
- عيوب خاصة بالمرأة وهي الرتق والقرن والعفل¹.

وقال بعض الفقهاء بأن العيوب التي تجعل للمرأة حق التطليق غير محصورة وإنما هو كل ما لا يحصل به مقصود النكاح، وبهذا قال الإمام الزهري وابن القيم وبعض الحنابلة².

مشروعية الخلع :

الخلع جائز شرعا من القرآن الكريم والسنة النبوية وما ذهب إليه الفقهاء من إجماع.

أولا- من القرآن الكريم:

يقول الله عز وجل ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ۗ ﴾³ فقله تعالى {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ} هو استخفاف المرأة بحق زوجها وسوء طاعتها إياه⁴ وقوله تعالى {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} نص صريح في جواز الخلع وهو قول عامة المفسرين والفقهاء.

¹ محمد أحمد المستريحي، حكم التفريق بين الزوجين للعيوب لاسيما الوراثية، استكمالا للمتطلبات للحصول على درجة الماجستير في الفقه كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، قسم الفقه و أصوله، جامعة اليرموك الأردن 2003 ص 62.63.64.

² المصري ميروك مرجع سابق ص 343.

³ سورة البقرة الآية 229.

⁴ عبد الرحمان الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن ج 1 المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1985 ص 214.

فألاية الكريمة منعت الزوج بشكل صريح أن يأخذ شيئاً مما أعطاه للزوجة نظير طلاقها إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود هلا، حيث رفع الحرج والجناح عليهما فيما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها، فلا إثم عليها فيما أعطت ولا إثم عليه فيما أخذ¹.

ثانياً- من السنة النبوية :

وتثبت مشروعية الخلع في السنة من حديث ابن عباس رضي الله عنه: "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديثه، قالت نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة²"، رواه البخاري.

فمن الحديث أن امرأة ثابت بن قيس لا تريد مفارقة زوجها لسوء خلقه ولا لنقصان دينه وإنما هي كرهت التصير فيما يجب عليها من حق زوجها بسبب بغضها له، وهو ما جاء في الحديث بعبارة الكفر أي كفران العشير، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن ترد له بستانه مقابل حصولها على الطلاق، وهذا هو أول خلع وقع في الإسلام³.

ثالثاً- من الإجماع:

أجمعت الأمة في عصر الصحابة على جواز الخلع ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم، وقد نقل هذا الإجماع غير واحد من العلماء.

¹ باديس ذبياني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2007 ص 61.

² أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 10 ط 1 دار الكتب العلمية لبنان 2004 ص 338.

³ تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، ط المكتب الإسلامي، بيروت لبنان 1395 هـ 1975 م ص 46.

وممن نقل الإجماع الإمام بن حجر العسقلاني فقال: وأجمع العلماء على مشروعية الخلع إلا بكر بن عبد الله المزيني التابعي المشهور، وكأنه لم يثبت عنده أو لم يبلغه، وانعقد الإجماع بعده على اعتباره¹.

حكم الخلع:

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المذاهب الأربعة إلى أن الخلع جائز مع الكراهة، وانتفقا كذلك على أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته ليحملها على أن تفتدي نفسها، ولكن إذا فعل ذلك فقد اختلف الفقهاء في خلعه وأخذ العوض منها إلى قولين:

القول الأول: وذهب إليه الحنفية وهو أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته، ولكن لا يبطل بعضه الخلع إذا طلبته الزوجة، ولا يطيب له أخذ العوض، لقوله تعالى: { وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا }² فإن النهي في الآية لا يدل على فساد الخلع وإنما يفيد كراهة أخذ الزوج شيئاً منها، أما إذا فعل فهو جائز قضاء³.

القول الثاني: وذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة، وهو أن الخلع باطل في حالة العضل، والعوض مردود عليها إن أخذ منها، ويقع به طلاق رجعي، لأنه طلاق ليس في مقابل مال، وذلك لقوله تعالى: (وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ)⁴ ولأنه عوض أكرهت على بذله بغير حق فلا يستحقه الزوج⁵.

الحكمة من تشريع الخلع:

لقد أشار القرآن الكريم إلى الحكمة من تشريع الخلع في نفس الآية التي نصت على مشروعيته وهو قوله تعالى { إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ } فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ

¹ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مرجع سابق ص 338.

² سورة النساء الآية 20.

³ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ط1 دار ابن حزم بيروت لبنان 1997 ص 157-158.

⁴ سورة النساء الآية 19.

⁵ زينب عبد السلام ابو الفضل، العرض القراني لقضايا النكاح و الفقه، دراسة تحليلية جامعة بين تفسير الآيات و فقهاها، دار الحديث القاهرة 2006 ص 363.

فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ¹ فتشريع الخلع هو للتوقي من تعدي حدود الله التي حدها للزوجين من حسن المعاشرة وقيام كل منهما بما عليه من حقوق لآخر.

فالحياة الزوجية تقوم على دعائم وأسس تضمن لها النجاح والصلاح، فإذا تهدمت تلك الدعائم وتلاشت تلك الأسس أصبحت الأسرة بناء هشاً لا تتحقق معه الغاية من الزواج .

فإذا شعرت المرأة ببغضها في استمرار الحياة الزوجية، ووجدت في زوجها ما لو وجدته فيها لطلقها، وخشيت أن تخوض في حدود الله، فهنا يأتي التشريع الرباني الحكيم بأن يمنح المرأة الحق في الخلع كما منح الرجل الحق في إيقاع الطلاق² ويمكن القول بأن تشريع الخلع من روائع وعظمة التشريع الإسلامي وهو رد على الذين قالوا بأن الإسلام انتقص من قدر المرأة أو كبل إرادتها وسلب حريتها، فإن كان للرجل طريق واحد لحل الرابطة الزوجية وهو الطلاق بإرادته المنفردة، فإن للمرأة طريقان: إما بإرادتها المنفردة عن طريق الخلع وإما عن طريق طلبها التطليق من القضاء.

تعريف العدة عند الأحناف:

هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته.

والتربص هو الانتظار، بمعنى أن المرأة تحصي فترة انتظارها مدة معينة لانقضاء ما بقي من آثار الزواج عليها³.

تعريف العدة عند المالكية:

هي مدة يمتنع فيها الزواج بسبب طلاق أو موت الزوج أو فساد النكاح .والمراد بالمنع هو منع المرأة من الزواج وليس منع الرجل.

¹ سورة البقرة الآية 229.

² سامح عبد السلام مرجع سابق ص 175-176.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص 624.

تعريف العدة عند الشافعية:

هي اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها في زوجها .
والتربص يشمل المرأة دون الرجل حيث لا عدة له إلا في حالين هما:

الحالة الأولى:

إن طلق امرأته وأراد التزوج بمن لا يجوز جمعها معها كأختها، فيجب عليه أن ينتظر حتى تتقضي عدة مطلقته.

الحالة الثانية:

من معه أربع زوجات وطلق إحداهن ثم أراد التزوج بخامسة، فيجب عليه أن ينتظر حتى تنتهي عدة المطلقة¹.

تعريف العدة عند الحنابلة:

هي التربص المحدد شرعا.

تعريف العدة عند بعض الفقهاء المتأخرين:

- عرفها محمد مصطفى شلبي فقال: هي أجل حدده الشارع للمرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب من الأسباب التي تمتنع عن التزوج فيه بغير زوجها الأول².

- عرفها أبو زهرة فقال: هي أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تنفصم عرى الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع³.

¹ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق ص648.

² محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق ص647.

³ محمد أبو زهرة، مرجع سابق ص372.

-عرفها محمد بن صالح العثيمين فقال: هو تريض محدود شرعا بسبب فرقة نكاح وما ألحق به¹.

وما يلاحظ من التعاريف السابقة للعدة أنها تدور كلها في فلك واحد بحيث اتفقت على كون العدة هي مدة حددها الشرع وتمكثها المرأة بسبب انتهاء زواجها وتمتتع فيها عن الزواج.

أدلة مشروعية العدة :

ثبتت مشروعية العدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة واتفاق الفقهاء عليها بالإجماع، وفيما يلي عرض لهذه الأدلة.

أولا-من القرآن الكريم:

يقول الله عز وجل (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ)²

ويقول أيضا وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۖ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)³

ويقول أيضا (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ)⁴

ويقول أيضا { وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ⁵

¹ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، للإمام موسى بن أحمد بن موسى سالم الحجاوي ج 5 ط 1 دار الأنصار القاهرة 2003 ص 551.

² سورة الطلاق الآية 1.

³ سورة الطلاق الآية 4.

⁴ سورة البقرة الآية 234.

⁵ سورة البقرة الآية 228.

ثانيا- من السنة:

جاءت في السنة أحاديث كثيرة في العدة منها: قول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا¹ " رواه مسلم .

عن المسور بن مخرمة : "أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال، فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم فاستأذنته أن تتكح فأذن لها فنكحت² " رواه البخاري.

ثالثا- من الإجماع:

انعقد الإجماع على وجوب العدة من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى وقتنا الحاضر، ولم يقل بخلاف ذلك أحد من الفقهاء³.

الحكمة من مشروعية العدة :

إن من تشريع العدة حكم كثيرة لها من الأهمية البالغة ما لا يتحقق من دونها، ويمكن إدراج بعضها فيما يلي :

أولاً: التعرف على براءة الرحم، وذلك بالتأكد من عدم وجود حمل من الرجل الذي طلقها منعاً لاختلاط الأنساب، فلو لم تكن العدة وتزوجت المرأة بآخر فلا يعلم ولدها من أي الرجلين هو، لذلك كانت العدة معروفة قبل الإسلام، فلما جاء الإسلام أقرها بعد أن خلصها مما كان بها من إضرار للمرأة .

ثانيا: ثبوت الرجعة، وذلك عن طريق التتويه بعظم شأن هذا الزواج، إذ أنه لا ينتهي مباشرة بمجرد وقوع الفرقة، بل بانتظار مدة من الزمن كافية ليتروى كل من الزوجين ويزول غضبه

¹ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ج3 - دون دار نشر - المدينة المنورة 1964 ص 239.

² أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ص400.

³ محمد حسان رحيمة، العدة الشرعية و أحكامها في الفقه الإسلامي ط1 دار الإعلام دمشق سوريا 1995 ص 12

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

وتهدأ نفسه، وبذلك تكون العدة فسحة ليراجع فيها الرجل زوجته، فتعود الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من قبل بلا عقد ولا مهر جديدين، ولا تكون الرجعة هكذا إلا ما دامت العدة لم تنقض¹.

ثالثاً: إظهار المرأة حزنها على فراق زوجها بوفاته، وذلك إظهاراً للوفاء له من جهة، وإحساناً إلى أهله الذين ارتبطت بهم برابطة المصاهرة².

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص 627.

² عبلة عبد العزيز عامر، الزواج في الشريعة الإسلامية و القانون المصري، دار النهضة العربية القاهرة 2010 ص 306.

المطلب الثاني: المرجعية الفقهية على أحكام النفقة الزوجية و الحضانة و أحكام النسب والمواريث

حيث تناولنا في هذا المطلب الأحكام التي استند فيها المشرع الجزائري على أحكام الأسرة في ظل المرجعية الفقهية كمصدر احتياطي ثاني لقانون الأسرة الجزائري حيث قسمناه لفرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: المرجعية الفقهية على أحكام النفقة الزوجية و الحضانة:

تعريف النفقة الزوجية وأنواعها وشروط وحالات استحقاقاتها:

تعريف النفقة الزوجية:

ما يتوقف عليه بقاء شيء من مأكول وملبوس ومسكن كوجوب بذل للمنفق للماء سواء كان للشرب أم للاغتسال الواجب ونحو ذلك إلا أنه حصر الاتفاق على يتوقف عليه بقاء الشيء مع أن النفقة تختلف بالإيسار والإعسار والتعريف غير لدخوله المتعين عليه النفقة بسبب الزوجية أو القرابة أو الملك كمنفذ المشرف على الهلاك من غير هؤلاء والتعريف يشمل أوجه التكافل بين المسلمين من غير وجوب¹.

النفقة الزوجية هي الطعام والكسوة والسكنى وما يلحق بذلك.

أنواع النفقة الزوجية:

أ- في الفقه الإسلامي:

للنفقة الزوجية أنواع متعددة، وقد حاول الفقهاء تبيين الأنواع الواجبة منها، بالخصوص وقد أحملوها في أنواع وهي: الطعام والكسوة والمسكن و العلاج وتفصيلها كما يلي :

1- الطعام:

¹ محمد أحمد حسن سمود، نفقة المرأة الواجبة على نفسها في الفقه الإسلامي مع قراءة في قانون صندوق تأمين الأسرة د ط د ج ص 478.

دلت الشريعة على وجوب نفقة الطعام على الزوج كما يلي:

لَوَالِدَيْنِ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ أَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝¹ فالآية تقتضي وجوب النفقة لها في الحال الزوجية لشمول الآية لسائر الوالدات من الزوجات والمطلقات.

ما ثبت عن معاوية بن صيدة رضي الله عنه، قال، قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه قال: "أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تقبح الوجه ولا تهجر البيت"².

فالخطاب في الحديث عام لكل زوج أي يجب عليك إطعام الزوجة وكسوتها عند القدرة على ذلك.

2- المسكن وتوابعه:

لم تختلف كلمة الفقهاء في إلزام الزوج بتوفير المسكن اللائق لزوجته على العادة، ملكا كان أو إجارة أو إعارة، فإن ذلك واجب عليه إجماعا، كما لم يختلفوا كذلك بأن الزوج يلزم بتوابع المسكن مما هو لازم له كأثاث وفرش وتهيئة المرافق كخلاء ومستحم ، فعليه أن سكنها في دار مفردة ليس فيما أحد من أهلها، إلا أن تختار ذلك لأن السكن مع الغير ضرر وأما توابع السكن مما هو لازم له فواجب على الزوج أن يهيئ لها ما لا غنى لها عنه، كالفرش للعود وما ينام عليه في العادة، وماعون الدار يكتفي بخزف وخشب والعدل وما يليق بها ومنها أدوات البيت كالأواني ونحوها.

وذكر الفقهاء الأسماء هذه التوابع إنما هو من باب التمثيل للناس حتى يفهموا أن الزوج ملزم بتوفير كلما تضطر إليه الزوجة في بيت زوجها.

¹ سورة البقرة الآية 234.

² أخرجه الحاكم في مستدرک كتاب النکاح ، باب حق المرأة ج7 ح 12584.

3- نفقة العلاج:

اتفق الأئمة الأربعة وغيرهم على أن نفقات العلاج والأدوية، لا تلزم الزوج في ماله، بل هي على الزوجة في مالها إذا كانت غنية، أو على ما يلزمه نفقتها لولا زوجها لم يكن لها مال كأب وابن، ووجه ذلك عندهم أن الله تعالى أوجب على الزوج النفقة العادية كالطعام والشراب والملبس والمسكن، أما الدواء فغير معتاد بل نفقته طارئة فلا تجب عليه ثم أن الدواء مستعمل لحفظ جسدها فكان عليها والمرض نادر ولا تلزمه نفقة النادر، وأما الزوجة التي اعتنى لها ولا هي ذات وظيفة خارج بيتها بل هي عاملة في بيت زوجها تخدمه وأولاده وترعاهم فهذه إذا مرضت تنظر في حال زوجها، فإن كان زوجها موسرا وجب عليه حينئذ مداويتها وعلاجها وتغطية نفقات ذلك كله.

كما أنه بالنظر في الأدلة التي وردت في وجوب نفقة الزوجة على الزوج نجد أنها جاءت عامة من دون تحديد أو تخصيص فكل ما يلزم من شؤون الحياة تسمى نفقة إذن فقد تركت نصوص الشريعة الإسلامية تحديد أمور التفصيلية لنفقة الزوجة للعرف، وعليه تكون نفقة الطبيب والعلاج جزء من نفقة الزوجة الواجبة على الزوج¹.

شروط استحقاق النفقة الزوجية:

في الفقه الإسلامي:

لقد اتفق جمهور الفقهاء على شروط معينة لوجوب نفقة الزوجة على الزوج عدى المالكية وهي:

شروط وجوب نفقة الزوجة عند الجمهور:

أ- أن يكون عقد الزواج صحيحا:

¹ عز الدين عبد الدائم حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة - دراسة فقهية تحليلية مقارنة- مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر 2006-2007 ص24-26.

فإن كان فاسدا فلا نفقة على الزوج، لأن الواجب في حالة فساد العقد فسخه والتفريق بين الزوجين ولا يمكن بذلك اعتبار الزوجة محبوس لحق الزواج¹، وإذا تم العقد بين الزوجين ثم تبين أن العقد كان فاسدا كأن يتزوج من امرأة ثم يتبين أنها أخته من الرضاعة فلا نفقة عليه²، فإن اتفق عليها بحكم القاضي جاز له الرجوع بما اتفق عليه.

ب- أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق الأغراض الزوجية والقيام بواجباتها:

وذلك بأن تكون كبيرة أو صغيرة يمكن وطؤها لأن ذلك يؤدي إلى احتباس المشرع وتحقيق ثمرات الزواج المقصود سترها أما إذا كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها، وذلك لأن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع.

ج- أن لا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مبرر شرعي:

أو كان ذلك بسبب ليس من جهته أما إذا كان فوات الاحتباس بمبرر شرعي كما إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية لعدم قبضها معجل صداقها فإن الزوجة تجب لها النفقة لأنه كان بسبب لا دخل لها فيه³.

د- أن تمكن الزوجة نفسها لزوجها تمكينا تاما:

ويقصد به تسليم الزوجة نفسها لزوجها هو تحقيق التخلية التامة بينهما فإذا فات التمكين بدون مبرر شرعي فلا نفقة لها، أما إذا كان لسبب شرعي فإنها تظل نفقتها واجبة على الزوج⁴.

ويقول ابن قدامي الحنبلي: "ولو بذلت تسليما غير تام بأن تقول أسلم إليك نفسي في منزلي دون غيره".

¹ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط1 دار الخلدونية الجزائر 2007 ص 383.

² جميل فخري محمد غانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون ط1 دار حامد الأردن 2009 ص 230.

³ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق ص 384.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي ط1 د ج ، المؤسسة الجامعة للدراسات، لبنان 1996،

شروط وجوب نفقة الزوجة عند المالكية:

فقد اشترطوا شروطا قبل الدخول وأخرى بعد الدخول:

أ- شروط وجوبها قبل الدخول

1- التمكين من الدخول:

بأن تدعوا امرأة زوجها إلى الدخول أو يدعوها وليها أو وكيلها فإن لم تحصل هذه الدعوة أو امتنعت عن الدخول دون عذر فلا نفقة لها.

2- أن تكون الزوجة صالحة للدخول بها:

فإذا كانت صغيرة لا تطبق الوطاء لا تجب لها النفقة إلا إذا دخل بها وكان بالغا لزمته النفقة، وإن كان بها مانع كرتق فلا نفقة لها، إلا أن يتلذذ بها بغير الوطاء وكان عالما بالعيب.

3- أن يكون الزوج بالغا:

إما إذا كان صغيرا فإن نفقتها لا تجب عليه وإن دعت له للدخول ولو كان قادرا على وطئها، ويقول الشيخ الأزهرى في بلوغ الزوج: "فلا تجب لغير ممكنة ولا لغير مطبقة لصغر أو رتق وإنما تجب النفقة على الزوج البالغ¹."

4- أن يكون أحد الزوجين مشرف على الموت عند الدعوة إلى الدخول:

فإذا كان أحدهما مشرف على الموت فلا نفقة للزوجة لعدم القدرة على الاستمتاع .

¹ محمد خضر قادر، مرجع سابق ص 47.

ب- شروط وجوبها بعد الدخول

1- أن يكون الزوج موسرا:

وهو الذي يقدر على النفقة بكسبه أو بماله فلو كان معسرا لا يقدر على النفقة لا تجب عليه النفقة مدة إيساره لقوله تعالى: { لَا يُكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا¹ }

2- ألا تفوت الزوجة على الزوج حقه في الاحتباس من دون مبرر شرع:

أما إذا فوتت الزوجة ذلك من دون سبب شرعي فلا تجب لها النفقة².

حالات استحقاق النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن نفقتها في ماله لأنها سلمت نفسها والاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر من جهة الزوج كما لو تعذر التسليم لمرضه أو عنيته.

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أنه لا نفقة لها، لأن الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها فلم تلزمه نفقتها، كما تستحقه أيضا إذا كان السبب من جهتها مشروعا كما لو امتنعت عن الانتقال إلى بيت زوجها لعدم إعداد المسكن الشرعي لها، أو امتنعت عن تسليم نفسها حتى تستلم معجل مهرها³.

1- الزوجة المريضة:

اختلف الفقهاء في هذه الحالة على النحو التالي:

¹ سورة الطلاق الآية 7.

² عبد القادر بن حرز الله مرجع سابق ص 74.

³ محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية دار الثقافة للنشر و التوزيع ط3 عمان الأردن 2010 ص 277.

- المذهب الحنفي:

ذهب إلى أن للزوجة نفقة على زوجها إن مرضت في بيته لأن الاحتباس بحقها قائم والانتفاع بها ممكن كحفظ البيت والاستئناس ونحوه، وإذا مرضت في بيته وانتقلت إلى بيت أهلها بإذنه فلها نفقة إلا إذا طالبها بالانتقال لبيته وامتنعت لغير عذر فلا نفقة لها، وأما إذا مرضت الزوجة قبل تسليم نفسها لزوجها وكانت غير قادرة على الانتقال بأية وسيلة فلا نفقة لها لأنها لم تسلّم نفسها له، وفي رواية الإمام يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقيق التسليم ولو مرضت ثم سلمت نفسها لا تجب النفقة لأن التسليم لا يصح.

- المذهب الشافعي:

ذهب الشافعية إلى أنها تستحق النفقة ما لم تمتنع عن الانتقال أي بيت الزوجية¹.

- المذهب المالكي:

ذهب المالكية إلى القول بأنه تجب النفقة للزوجة مع المرض الخفيف الذي يمكن معه الاستمتاع والمرض الشديد الذي لا يمكن معه الاستمتاع ولم يبلغ صاحب حد النزاع.

- المذهب الحنبلي:

ذهب الحنابلة إلى أن المريضة تستحق النفقة سواء كان مرضها قبل الدخول أم حصل بعد الدخول والانتقال إلى البيت الزوجية ومن خلال الآراء يرى الدكتور الغوثي بن ملحّة أن كل هذه الاعتبارات عند الفقهاء تبيان استحقات الزوجة للنفقة إذا كانت مريضة قد تتنافى وقداسة الزواج والذي هو ميثاق بين الزوجين وحتى يراعى فيه بالخصوص الجانب المادي المحض فإنه على الزوج أن ينفق على زوجته المريضة لأنه

جمال فخري محمد غانم مرجع سابق ص 234.¹

هو الأقرب لروح الإسلام ولسماحة تشريعه لأن النفقة تكون بمجرد العقد الصحيح وليس الاستمتاع سوى ثمرة من ثمرات الزواج وليس لأجله فقط شرع هذا العقد¹.

2- نفقة زوجة الغائب:

إذا غاب الزوج بأن كان مسافرا سفرا طويلا مختفيا بحيث يتعذر إحضاره لمجلس القضاء للمخاصمة وطالبة الزوجة نفقة لها على زوجها الغائب كانت على حق لأن النفقة واجبة عليه حاضرا كان أو غائبا فإذا كان للزوج الغائب مال ظاهر من جنس النفقة كالنقود والغلل وغيرهما في يد الزوجة فرض القاضي لها النفقة وأمرها بأخذ المفروض من المال الذي في يدها، وأما إذا كان ليس من جنس النفقة كالعقارات مثلا حكم القاضي بالنفقة وتأخذ من إيجار هذه العقارات ولا يباع منها تنفيذًا للنفقة لأن المال المدين لا يباع لسداد دينه وهذا رأي أبي حنيفة² أما المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى أنه إذا كان الزوج غائبا وله مال ظاهر سواء كان من جنس النفقة ولم يكن مم جنسها كما أن للقاضي أن يحكم للزوجة بالنفقة فتستدين عليه وعلى هذا فإن الغائب كالحاضر بالنسبة لأحكام النفقة³.

أما إن دعت الزوجة أن لزوجها دين أو وديعة عند الغير وطلبت من القاضي فرض النفقة أجابها القاضي وأمر من عنده المال إيفاءها مقدار النفقة إذا كان ما عنده المال معترفا به⁴.

3- نفقة المعتدة من الطلاق:

لا خلاف بين الفقهاء في أن المطلقة قبل الدخول لا نفقة لها لأنه لا عدة عليها، ولا خلاف بينهم في أن للمطلقة رجعا بعد الدخول تجب نفقتها في زمن العدة لأن الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود ولا خلاف بين الفقهاء أيضا في أن للمطلقة طلاقا بانئا أو يخلع

¹ الخوئي بن ملحمة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء و القضاء ط1 د ج الجزائر 2005 ص 81.

² بلحاج العربي، الزواج و الطلاق مرجع سابق ص 180.

³ أحمد محمد علي داوود، الأحوال الشخصية ط1 دار الثقافة الأردن 2009 د ج ص 400.

⁴ حسن طاهري، الأوسط في اقنون الأسرة الجزائري ط1 د ج الخلدونية الجزائر 2009 ص 165.

وكانت حاملا لها النفقة وقد استدلوا بقوله تعالى: { وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ }¹ واختلف الفقهاء في المطلقة الغير حامل هل لها نفقة أم لا على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن لها النفقة بما فيها نفقة المسكن وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى: { أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ }².

القول الثاني: ذهب فيه جمهور الفقهاء والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا نفقة لها واختلفوا في نفقة السكن على قولين، ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الصحيحة إلى أن لها السكن لعموم قوله تعالى: { أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ }.

حيث ذهب الحنابلة في رواية إلى أنه لا سكن لها وقد استدلوا على عدم وجوب النفقة بما روته فاطمة بنت قيس: "أن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله يستعير فسخطته فقال والله مالك علينا ما من فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم تذكر ذلك له فقال ليس عليه نفقة ولا سكن فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك".

4-نفقة المعتدة من وفاة :

اختلف الفقهاء في وجوب نفقة العدة للمتوفى عنها زوجها على النحو التالي:

المذهب الأول: ذهب الحنفية في وجوب نفقة العدة للمتوفى عنها زوجها حاملا أو غير حامل لأن احتباسها عبادة وجبت حقا للشرع ولأن نفقة الحمل في نصيبه من مال مورثه.

المذهب الثاني: ذهب إليه المالكية إلى أنه لا نفقة ولا مسكن للمتوفى عنها زوجها إذا كانت غير حامل ولها المسكن فقط دون النفقة إن كانت حاملا لأنه حق تعلق بذمته فلا يسقط الموت سواء كان المسكن له أم لا.

¹ سورة الطلاق الآية 6.

² سورة الطلاق الآية 6.

المذهب الثالث: ذهب الشافعية إلى أنه لا نفقة للمتوفى عنها زوجها حاملا كانت أم غير حامل وفي وجوب المسكن قولاً لا سكن لها حاملا أم غير حامل قياس على النفقة، والقول الثاني لها السكن¹.

المذهب الرابع: ذهب الحنابلة إلى أنه لا نفقة ولا سكن للمعتدة من وفاة وإن كانت غير حامل لأن النكاح قد زال بالموت وأم إن كانت حاملا ففي وجوب نفقتها روايتان عندهم لها السكن والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكن والنفقة كالمفارقة في الحياة، والقول الراجع لا سكن لها ولا نفقة لأنه لا يجب على الميت حق ولا يلزم بذلك الورثة وإن كان للميت ميراث فنفقته ما نصيبه وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته.

المرجعية الفقهية على أحكام الحضانة:

التعريف اللغوي للحضانة :

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما مأخوذة من الحضن وهو الجنب أو الصدر و العضدان وما بينهما، و حضنت الأم طفلها إذا ضمته إلي جنبها أو صدرها، و كذلك إذا ضمته إلي نفسها وقامت بتربيته و رعايته².

والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة و حضّ ان جمع حاضن و المذكر و المؤنث سواء وهما موكلان بالصبي بحفظه و تربيته³.

ثانياً-التعريف الفقهي للحضانة:

ذكر الفقهاء عدة تعريفات للحضانة منها:

¹ جميل فخري محمد غانم، مرجع السابق ص242-243.

² عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و آثارهما، دراسة فقهية مقارنة ط1 دار النهضة العربية لبنان 1430 هـ 2009 ص287.

³ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام وفقاً لأحدث التشريعية القانونية د ط دار الجامعية الجديدة مصر 2004 ص 225.

- يعرف الأحناف الحضانة على أنها: تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة على من له الحق في الحضانة.
- عند المالكية: الحضانة هي صيانة العاجز والقيام بمصالحه.
- عند الشافعية: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يوازيه لعدم تميزه لصغر أو جنون أو عته¹.
- عند الحنابلة: تعني عندهم: ضم المحضون وتربيته وهي مأخوذة من الحضن لأن المربي يضم الطفل إلي حضنه وكفالتة واجبة لأنه بتركها يهلك لذا وجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه²، أما الشيخ أبو زهرة : فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات : الأولى هي ولاية التربية ثم ولاية النفس و ولاية المال إن كان له مال³.

الشروط الفقهية للحضانة:

اشتراط الفقهاء عدة شروط وجب توفرها في الحاضن لكي يكون أهلا للحضانة الولد الصغير لكن نجد أن كل مذهب اشتراط شروطا خاصة به.

الشروط التي اشتراطها الحنفية:

اشتراط الحنفية شروط في الحاضنة وهي:

- أن لا ترتد: فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة، سواء لحقت بدار الحرب أو لا، فإن تاب رجع لها حقها.
- أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه: فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة أو كانت محترفة لحرقة دنيئة فإن حقها يسقط.

¹ محمد الحسن مصطفى البيغا، تزوج الأم بغير الأب و السفر بالمحضون، مجلة جامعة دمشق، كلية الشريعة جامعة دمشق المجلد 18 ع2 سوريا 2002 ص320.

² وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة؟ مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و اللغة العربية و آدابها كلية التربية لإعداد المعلمات ج15 ع27 السعودية 1424 هـ ص 371.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية د ط دار الفكر العربي مصر 1950 ص405-406.

- أن لا تتزوج غير أبيه: إلا إذا تزوجت رحماً للصغير كأن يكون عمّ له، فإن تزوجت بأجنبي عن الصغير سقط حقها في حضانة الصغير، إلا إذا طلقت من زوجها الثاني فإنه بذلك يعود حقها بالحضانة للصغير¹.
- أن لا تترك الصغير بدون مراقبة ودون رعاية منها: فإن فعلت سقط حقها في حضانة الصغير.
- أن لا يكون الأب معسراً وامتنعت الأم عن حضانة الصغير إلا بأجرة وأرادت عمّة الصغير حضانة الطفل بغير أجرة فإن حق الأم يسقط في حضانة الولد الصغير.
- أن لا تكون أمة أو أم ولد فإن لا حضانة لها، ولا يشترط الإسلام، فإن كان متزوجاً بذمية فإن لها أن تحضن ابنها منه.

الشروط التي اشترطها الشافعية:

اشترط الشافعية بشروط في الحاضن والحاضنة منها:

- العقل: في حضانة للمجنون إلا إذا كان جنونه قليلاً نادراً كيوم واحد في السنة كلها.
- الحرية: فلا حضانة لرقيق.
- الإسلام: فلا حضانة لكافر على مسلم، إلا في حالة حضانة الكافر للكافر والمسلم للكافر فإنها ثابتة.
- العفة: فلا حضانة لفاسق ولو تارك صلاة أو تاركة صلاة .
- الأمانة: فلا حضانة لخائن لأي أمر من الأمور خاصة ما يخص الحضانة التي تعتبر من أهم وأبرز الأمور المتعلقة بحياة الولد الصغير.
- الإقامة في بلد المحضون إذا كان مميزاً.
- أن لا تكون أم الصغير متزوجة بأجنبي أو بغير محرم عن الولد الصغير².

الشروط التي اشترطها الحنابلة:

¹ عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج4 كتاب النكاح، كتاب الطلاق ط2 دار الكتب العلمية لبنان 2003 ص522.

² عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ص 523.

قالوا أنه يشترط في الحضانة ما يلي:

- العقل: فلا حضانة لمجنون.
- الحرية: فلا يكون رقيقاً.
- أن لا يكون عاجزاً كأعمى لعدم حصول المقصود به.
- أن لا يكون أبر ص أو أجدم وإلا لا سقط حقه في الحضانة.
- أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الطفل المحضون، فإن كان غير أجنبي كقريب المحضون فلا تسقط حضانتها لولدها الصغير¹.

الشروط التي اشترطها المالكية:

اشترطوا شروط تخص الذكر والأنثى:

- العقل: فلا حضانة لمجنون ولا لمن به حقه عقل أو طيش.
- القدرة على القيام بشأن المحضون فلا تجوز الحضانة للعاجز.
- أن يكون للحاضن مكان آمن يمكن حفظ البنت من الفساد فتسقط الحضانة لعدم توفره².
- الأمانة في الدين فلا حضانة لفاسق.
- أن لا يكون الحاضن مصاباً بمرض معد يخشى على الطفل منه.

الشروط المتفق والمختلف فيها عند الفقهاء:

اشترط الفقهاء عدة شروط وجب توفرها عند الحاضن كي يكون أهلاً لحضانة الولد الصغير، لكن هذه الشروط منقسمة إلى قسمين شروط عامة متفق عليها وشروط مختلف فيها.

الشروط المتفق عليها عند فقهاء الشريعة:

وهي خمسة شروط :

- البلوغ.

¹ محمد أبو زهرة، مرجع سابق ص 407.

² عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ص 523.

- العقل.
- القدرة على الحضانة.
- والأمانة.
- وسلامة الحاضن من الأمراض الضارة أو المعدية للغير، و سنتطرق لدراستها كل شرط على حدى.

بالنسبة لشروطي البلوغ و العقل فلأنهما محل التكليف بنص الحديث يرفع القلم عنهما، و لأن الحضانة ولاية و فاقدتهما ليس أهلا لها، و فاقد الشيء لا يعطيه لغيره لعدم القدرة عليه. و عليه فلا حضانة لصغير و لا مجنون و لا معتوه بالإجماع¹.

بالنسبة لشروط القدرة على الحضانة فلأنها ولاية حفظ و رعاية للمحضون و غير القادر عليها يضيعها فيضيع المحضون، فلا تجوز الحضانة للعاجز كالأعمى و الأصم لعدم حصول المقصود من الحضانة².

بالنسبة لشروط الأمانة فلا حضانة لفاسق و لأن هذا الأخير يضر نفسه و هو غير أمين على نفسه بفسقه، فلا يصح أن يكون أمينا على غيره من باب أولى و حتى لا ينشأ المحضون على طريقتة، و من فقهاء الشافعية من لم يفرق بين فسق و فسق، حتى إن بعضهم جعل تارك الصلاة ولو كان متقطعا فاسقا، و على كل فإن تقدير الفسق سلطة تقديرية للقاضي على ما يراه محقق لمصلحة المحضون و يشترط كون الحاضن أمينا في دينه و ماله³.

الشروط المختلف فيها عند فقهاء الشريعة:

- اختلف الفقهاء في بعض شروط الحضانة و هي اتحاد الدين و خلوها من أجنبي عن الطفل المحضون، فبعضهم قد اشترط هذه الشروط في الحاضن و بعضهم لم يشترطها من جميع الوجوه.

¹ عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ص 523.

² عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم ط2 دار القلم للنشر و التوزيع الكويت 1410 هـ 1990 ص 195.

³ عبد الوهاب خلاف، مرجع نفسه ص 196.

- بالنسبة لشرط اتحاد الدين، اتفق الفقهاء على أن وصف الردة مانع لممارسة الحضانة واتفقوا أيضا على أن اختلاف الدين بغير الردة يؤثر على المحضون¹.
- جمهور الفقهاء متى خيف على المحضون أن يألف الكفر نزع من حضانة غير المسلم و ضم إلي حاضن مسلم.
- ذهب المالكية إلي المحضون متى خيف عليه من حاضنه من أن يسقيه خمرا أو يغذيه لحم خنزير ضم إلي مسلمين ليراقبوه و لا ينزع منه الولد المحضون².
- أما إذا كان الحاضن رجلا و كان المحضون صغيرا لا يعقل فإنه يشترط في الحاضن و المحضون اتحاد الدين³.

ترتيب مستحقي الحضانة حسب المذاهب الفقهية:

اختلف ترتيب مستحقي الحضانة حسب المذاهب الفقهية و كل مذهب له ترتيب خاص به، بهدف تحقيق مقاصد الحضانة.

أولا- حسب المذهب الحنفي:

تصح الحضانة في المذهب الحنفي مع النساء والرجال، ولكن عند التنازع والتعارض و اجتماع الرجال و النساء فإنه لا حضانة للرجال مع وجود النساء المستحقين لها حتى و إن كان الأب و الجد، لأن عندهم لا تنتقل إلي الرجال إلا في غياب النساء المستحقات لها أولى النساء على الإطلاق الأم ثم أمها ثم أم الأب ثم الأخت الشقيقة ثم الخالة ثم العمة ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخ كذلك الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم العصبات⁴.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ج7 ط2 دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع سوريا 1405هـ 1985 ص726.

² مرجع نفسه ص727.

³ مرجع نفسه ص728.

⁴ أحمد فراج حسين، مرجع سابق ص229-230.

ثانيا- حسب المذهب المالكي:

في المذهب المالكي تقدم الأم ثم أم الأم وإن علت، ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب ثم خالة الأم، ثم أم الأب ثم أمها وإن علت، ثم الأب ثم الأخت ثم العمّة، ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت ثم الأخ الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم الجد لأم ثم ابن الأخ ثم العم ثم المولى المعتق، ويقدم في كل الحالات الشقيق ثم الذي لأم ثم الذي لأب وعند التساوي يقدم الأكثر ديانة وشفقة فإن تساويا قدم الأكبر سنا وإن تساويا أقرع بينهم¹.

ثالثا- حسب المذهب الشافعي:

عند الشافعية إذا اجتمع الذكور والإناث قدمت الأم ثم أمهاتها وإن علت، ثم الأب على الصحيح، ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمّة، ويقدم الأصل على الحاشية، فما ينسب إلى الآباء والأمهات يقدم على الحواشي، فإن فقد الأصل أي الذي يتصل بالأب أو الأم فيقدم الأقرب إلى المحضون حسب ترتيب الميراث، ذكرا كان أو انثى وعند التساوي أقرع بينهم².

رابعا- في المذهب الحنبلي:

حسب المذهب الحنبلي فإن ترتيب مستحقي الحضانة هم: الأم ثم أمهاتها القربى، ثم الأب ثم أمهاته القربى فالقربى، ثم الجد ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين ثم الخالة الشقيقة ثم خالة لأم أي أخت الأم من جهة الأم فقط، ثم العمّة ثم خالات أمه ثم خالات أبيه، ثم عمات أمه ثم عمات أبيه، ثم بنت الأخ ثم بنت العم ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث، ثم لذوي أرحامه من الذكور والإناث³.

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص722.

² عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ص521.

³ علي بن سليمان المقدسي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الإحياء التراث العربي لبنان 1327 هـ نقلا عن نافع حميد صالح، حضانة الطفل و حمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، كلية القانون جامعة الأتبار ع20، د ذ ب ن 2008-2009 ص131.

ترتب الحواضن من النساء حسب المذاهب:

أ- الحنفية:

وأول النساء استحقاقا للحضانة هي الأم، أم الأم وإن علت، أم الأب وإن علت، أخوات المحضون، بنات الأخوات الشقيقات ثم الأم، الخالات، بنات الأخوات لأب، بنات الأخوة، العمات، خالة الأم، خالة الأب، عمة الأم، عمة الأب¹.

ب- المالكية:

بالنسبة للنساء تأتي الأم، ثم الجدة للأم، ثم الخالة، الجدة للأب، ثم الأخت، ثم العمّة، ابنة الأخ، الوصي، الأفضل من العصبة أما بخصوص الرجال فإنه يأتي، الوصي، الأخ الشقيق لأم أو الأب، ثم الجد لأب، الأقرب فالأقرب، ثم ابن الأخ، المحضون، ثم العم فابنه².

ج- الشافعية:

الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بذات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم، وارث من العصابات على ترتيب الإرث فهم كالحنفية.

د- الحنابلة:

الأم ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم ابنة الأبوين، ثم الأم، ثم حالة الأبوين، ثم الأم، ثم الأب، ثم عمّة العمّة، ثم الخالة، ثم خالة الأب، ثم عمته، ثم بنت الأخ، ثم بنت عم الأب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب.

وإن لم توجد من النساء المحارم من تصلح للحضانة أو وجدت ولم تكن أهلا لها انتقلت الحضانة إلى الرجال من العصابات مطلقا وإن كان الطفل ذكرا وإلى العصبة المحارم إن كان أنثى ويرتبون في ترتيبهم مثل الميراث.

¹ محمود علي السرطاوي، مرجع سابق ص365-366.

² عبد الرحمان الجزيري ص456.

ترتيب الحواضن من الرجال حسب المذاهب:

1- الحنفية:

إذا لم يكن للصغير عصابة من الرجال، انتقلت الحضانة ل ذوي الأرحام فتكون للأخ الأم، ثم لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال الشقيق، ثم لام لأن لهؤلاء ولاية النكاح فيكون لهم حق الحضانة.

2- المالكية:

تنتقل الحضانة للوصي إذا لم يوجد واحد من الإناث السابقات ثم للأخ الشقيق أو الأم أو الأب ثم للجد الأب الأقرب فالأقرب ثم ابن الأخ المحضون ثم العم فابنه ولا حضانة لجد لأم ولا خال.

3- الشافعية:

أن استوي اثنان في القرابة والإدلاء كالأخوين أو الأختين أو الحالتين أو العمتين أقرع بينهما لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ولا لأحدهما على الأخرى فوجب التقليل بالقرعة . كذلك لا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوي الأرحام هم: ابن البنت وابن الأخت من الأم وأبو الأم والخال والعم من الأم¹.

4- الحنابلة:

الحضانة عند فقد العصابات تثبت لذوي الأرحام الذكور والإناث وأولاهم أبو أم فأمهاته فأخ الأم فخال ثم الحاكم يسلم المحضون لثقة يختاره².

¹ زهبة الزحيلي، مرجع سابق ص722.

² عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ص457.

الفرع الثاني: المرجعية الفقهية على أحكام النسب والمواريث

1- المرجعية الفقهية على أحكام النسب:

تعريف النسب لغة:

وهي القرابة فيقال فلان يُناسِب فلانا فهو نَسِيبُهُ أي قَرِيبه ورجل نَسَابَة أي عالم بالأنساب، وقيل أن القرابة في النسب لا يكون إلا للآباء خاصة ، ونسب الشيء إلى فلان أي عزاه إليه وهو الالتصاق في بني فلان أي قرابته فهو منهم¹.

تعريف النسب اصطلاحاً:

و اعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد.

هو إحاق الولد بأبيه قانوناً ودينياً واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد².

ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

أي أنه إذا كان الزواج شرعياً ينسب الولد إلى أبيه.

أولاً: إمكانية الاتصال بين الزوجين يتم هذا الاتصال عن طريق الاتصال الجنسي و الذي عبر عنه الفقه الإسلامي بالفراش و منه يجب لإمكانية إسناد الولد إلى والده أن تتوفر حالة التلاقي بين الزوجين بينهما بصورة فعلية لأنه إذا ثبت أو تأكد عدم الاتصال و عدم وحالة الاتصال الجنسي التلاقي فلا يثبت النسب ذلك أنه لو فرضنا مثلاً أن الزوج قد دخل السجن لمدة أكثر من عشرة شهور و في المدة القصوى للحمل و لم يخرج منه و أن زوجته حملت وولدت خلال لم يعد و امتدت مدة غيابه إلى أكثر من هذه المدة أو أنه ترك الزوجة و سافر للعمل³.

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط4 2004 ص916.

² سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1986 ج1 ص210.

³ سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري دار البعث قسنطينة الجزائر ط2 1989 ص209.

نسب المولود حال قيام العلاقة الزوجية:

إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية، فإن ولدت الزوجة بعد زواجها ثبت نسبه من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بيعة تقيمها.

وهذا ثابت من قوله صلى الله عليه وسلم والزوجة على ذلك لأنه يملك لوحده حق الاستمتاع بها وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، وحسب الحديث الشريف فإن صاحب الفراش هو الزوج و العاهر هو الزاني والرجم عقوبة على جريمته ومن مدلول قوله صلى الله عليه وسلم نظرا لأن ثبوت النسب نعمة¹.

فإن من ضمن ما يشترط لإثبات نسب المولود من أبيه:

أن يكون التلاقي بين الزوج وزوجته ممكنا و رأي جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنبلة الذين ذهبوا إلى أن الفراش في الزوجية إنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول بالزوجة، و ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط ذلك فقالوا إن مجرد أنه لم يصل إليها لم يثبت النسب منه العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال، فإذا وجد كفى لأن الاتصال لا يطلع عليه².

وهذا حفاظا على الولد من الضياع، فبتمام ستة أشهر فأكثر يثبت نسب الولد بخلاف العقد لأبيه. وقد ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى اشتراط الدخول المحقق لإلحاق النسب إلى الزوج لأن المرأة عنده لا تصير فراشا إلا إذا افترشها زوجها والافتراش لا يكون إلا بالدخول المحقق.

ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها:

أ-أقل مدة الحمل:

¹ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة رسالة ماجستير، فرع القانون الخاص جامعة الجزائر يوسف بن خدة كلية الحقوق 2007 ص 17-18.

² محفوظ بن صغير أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، المعدل بالأمر 05-02 دار الوعي الجزائر 2013 ص 399-400.

اتفق الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر أي 180 يوماً.

قوله تعالى في: { وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۗ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا¹ }.

وفي قوله عز وجل شأنه: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ² ﴾.

فقد قدرت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثين شهرا وقدرت الثانية للفصل عامين وبإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر و هو تقدير العليم الخبير.

وعلى هذا الأساس فإذا جاءت الزوجة بولد ستة أشهر فأكثر من وقت الزواج لحق نسبه من الزوج لقيام النكاح بينهما أما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر لم يلحق نسبه بالزوج.

ب-أقصى مدة الحمل:

لم يرد بشأن ذلك نص في القرآن الكريم ولا في السنة الصحيحة واختلف في ذلك الفقهاء اختلافا كبيرا على عدة أقوال:

أنهما سنتان و هو رأي الحنفية ومستند هذا الرأي من قول عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ضل عمود المغزل" أي أن الجنين لا يبقى في بطن أمها أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ضل عمود المغزل.

-ذهب الشافعية والمالكية في القول المشهور عندهم إلى أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات وفي قول آخر أنها خمس سنوات وهناك من يزيد على ذلك.

¹ سورة الأحقاف الآية 15.

² سورة لقمان الآية 14.

-تسعة أشهر وهو رأي الظاهرية وحجتهم ما روي من قول عمر رضي الله عنه: "إنما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها"¹.

عدم نفي الولد بالطرق المشروعة:

إن أحكام الشريعة الإسلامية التي حددت الطريق الشرعي لنفي النسب المتمثل في اللعان.

تعريف اللعان:

يعرف اللعان لغة:

بأنه مصدر لاعن، يلاعن، ملاعنة وهو من اللعن أي الطرد والإبعاد من رحمة الله وسمي ما يحصل بين الزوجين لعانا لأن أحدهما كاذب بيقين ويستحق الطرد والإبعاد من رحمة الله².

ويعرف اللعان شرعا واصطلاحا:

بكونه شهادات تجري بين الزوجين مؤكدات بالأيمان من الجانبين مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة قائمة مقام حد الزنا في حقها³.

ويكون اللعان إتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه ولم يكن له بينة على ومصدر اللعان دعواه ولم تصدقه زوجته وطلبت إقامة حد القذف، أمره القاضي بملاعنتها في

¹ بومجان سولاف إثبات النسب و نفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرة العليا للقضاء د2005 16-2008 ص11

² ابن منظور، محمد بن مكرم لسان العرب إحياء التراث العربي ج18 ط1 سنة 1408هـ 1988 ص125.

³ العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر تعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية د م ن ط2010 ج1 ص 373.

القرآن الكريم في قوله ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ نِمَائِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾¹

إجراءات اللعان:

عندما يغلب للزوج احتمال خيانة زوجته له، ويريد أن ينفي المولود الذي أتت به بين أدنى وأقصى مدة الحمل أثناء قيام الزوجية، فليس له إلا أن يرفع دعوى اللعان أمام المحكمة فيأمر القاضي الزوج إذا أصر على اتهام زوجته بالزنا بالملاعنة في جلسة سرية بأن يحلف ويقول: "أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به" ويكرر قوله هذا أربع مرات وفي المرة الخامسة يقول: "أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين".

ثم يأمر الزوجة بعد ذلك أن تحلف وتقول: "أشهد بالله أنه من الكاذبين" وتكررها أربع مرات وفي المرة الخامسة تقول: "أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"، وإذا تم اللعان بالكيفية المذكورة آنفا يثبت القاضي ذلك في حكمه ويفرق بين الزوجين حالا بتطبيقه بآئنة وينقي نسب الولد من الزوج².

شروط اللعان:

يشترط لصحة إجراءات الملاعنة بين الزوجين ما يلي:

إن الشافعية والمالكية فقد أجازوا اللعان قبل الوضع مطلقاً، لما صح عندهم من نفي الحمل، ويشترط المالكية التعجيل في اللعان بعد العلم سواء بالحمل أو بالولادة، وهو موقف الاجتهاد القضائي الجزائري، ومتى تم اللعان بالشروط السابق ذكرها يلحق نسب الولد بأمه ولا يعتبر ابناً للزوج فيما يتعلق بحقوق العباد كالنفقة والإرث، أما فيما يتعلق بحقوق الله عز وجل يعامل وكأنه ابنه للاحتياط فلا يعطيه زكاته ولا تجوز شهادة أحدهما للآخر إضافة إلى المحرمية بينه وبين أولاده لاحتمال أن يكون ابنه لوجود الفراش كما لا يعد مجهول نسب³.

¹ سورة النور الآية 6.

² محفوظ بن صغير، مرجع سابق ص 403.

³ بومجلان سولاف، مرجع نفسه ص 11.

فلا يصح أن يدعيه لغيره.

حالات ينتفي فيها النسب دون الملاعنة الشرعية:

- أن تأتي به دون ستة أشهر من الزواج، فلا يثبت نسبه لتحقق حصول الحمل به قبل ، وفي هذه الحالة ينتفي النسب من غير الزواج لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر باتفاق الفقهاء لعان، غير أنه قد يثبت النسب إذا ادعى الزوج ثبوته ولم يصرح بأنه من الزنا.
- أن يكون الزوج بحيث لا يتصور منه الحمل بأن يكون صغيرا فلا يثبت النسب لأننا نتقنا بأنه ليس منه بيقين لأن الزوج لا يمكنه الوطء ويلحق بهذه الحالة كل من كان مصابا بمرض جنسي يحول دون الاتصال طالما أنه يستحيل معه الإنزال والإيلاج لأن ذلك قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه.
- عدم التلاقي بين الزوجين بعد العقد، فإن ثبت أن الزوجين لم يلتقيا، فلا يثبت نيل الولد وهو موقف الذي أخذ برأي المالكية والشافعية والحنابلة.

ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول:

المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ۖ فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا }¹.

ولأن إثبات النسب قائم على الفراش وهذا الفراش لا يحقق في المطلقة قبل الدخول إلا إذا كان هناك تلاقق بينهما أو على الأقل بشرط إمكانه، والنسب في هذه الحالة يثبت لاحتمال الوطء الذي هو شرط في إثبات النسب أن تكون الولادة بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد الزواج وأن تكون الولادة خلال ستة أشهر من وقت الطلاق ومن ثمة لا يثبت النسب إلا إذا ثبت يقينا أن الحمل حصل قبل الفرقة، وإذا جاء به لتمام ستة أشهر فأكثر فإنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة لأنه يحتمل أن تكون حملت به بعد الفرقة لأن مدة ستة أشهر

¹ سورة الأحزاب الآية 49.

تصلح لتكوين الجنين ويحتمل أن تكون حملت من مطلقها ومتى وجد الاحتمال فلا يثبت النسب إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا¹.

ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول:

فقهاء الشريعة الإسلامية بمعنى فقهاء المذاهب الأربعة قد قاموا بالتفريق بين المطلقة رجعيا والمطلقة طلاقا بائنا².

لكون أن الطلاق الرجعي لا يقطع العلاقة الزوجية فور صدوره وإنما تبقى الزوجية قائمة حكما طوال فترة العدة فيجوز للمطلق رجعيا أن يستمتع بمطلقته في عدتها ويعتبر ذلك رجعة لها³.

ونميز بين حالتين:

- أن لا تقر المطلقة رجعيا بانقضاء عدتها من مطلقها، فيثبت نسب الولد الذي تلده من المطلق إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة الحمل، وفي هذه الحالة لا يعتبر المطلق مراجعا ويحكم بانقضاء عدة مطلقته بوضع حملها، أما إذا جاءت بالولد بعد أقصى مدة الحمل، فيثبت نسب المولود من المطلق لاحتمال أنها حملت أثناء العدة.
- أن تقر المطلقة رجعيا بانقضاء عدتها ثم جاءت بمولود لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها فيثبت نسب الولد من أبيه المطلق رغم إقرارها بانقضاء عدتها بشرط أن تكون وبذلك الفترة بين يوم الفرقة الفعلية للزوجين ووضع الحمل لا تتجاوز أقصا مدة الحمل يكون كذبها قد ثبت بيقين لأن البطن وقته كانت يقينا مشغولة بالجنين ونتيجة لذلك فإن الإقرار يكون باطلا وتعتبر وكأنها لم تقر بانقضاء عدتها، أما إذا جاءت بالولد لسته أشهر فأكثر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها فلا يثبت النسب من المطلق.

¹ أحمد فراج الحسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق و الخلع و حقوق الأولاد نفقة الأقارب د ط، دار الجامعية للنشر الإسكندرية 1998 ص203.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق الميراث الوصية ج1 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999 ص139.

³ محمد كمال امام الطلاق عند المسلمين دراسة فقيه قانونية، د ط ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1997 ص166.

شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد:

يتحقق ثبوت النسب في فراش الزوجية في النكاح الفاسد بالدخول الحقيقي، لذا تحسب مدة الحمل من تاريخ الدخول، لأنه لو حسبت من تاريخ العقد لكان في هذا ترتيب آثار العقد الفاسد، وهو قول جمهور الفقهاء.

أولاً-تعريف الوطء بشبهة:

المقصود بالشبهة الأمر الذي يشبه الثابت وهو ليس بثابت فيه وأصل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "ادعوا الحدود بالشبهات ما استطعتم".

والوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا يقع بخطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص وقيل هو وطء حرام لا حد فيه والشبهة قد تكون شبهة الفعل أو شبهة الملك أو شبهة العقد¹.

أنواع الوطء بشبهة وقواعد إثبات النسب فيها:

1-شبهة الفعل:

وفيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظن في نفسه أن الحرام حلال فالواطئ هنا ظن حل الوطء ولذلك كانت الشبهة في الفعل وليس في محل الوطء كأن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثاً في العدة وعلى ذلك فإن النسب لا يثبت سواء ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة لأن هذا الأمر متعلق بالفاعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقاً في أنه زنا وكونه كذلك ولبعض الفقهاء اعتراض فيمن سيتتبع عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب البتة زفت له غير امرأته وقيل له هذه امرأتك فوطئها ومع أن هذه عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للواطئ.

2-شبهة المحل أو الملك:

وهي عكس شبهة الفعل لأن للواطئ في هذه الحالة ملكا وتنشأ هذه الشبهة عن دليل مثبت للحل في المحل وهذا الدليل ينفي الحرمة مع وجود دليل آخر يحرم الفعل نفسه غير أن

¹ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط1 دار الخلدونية الجزائر 2007 ص354.

وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم ويضرب الفقهاء مثلاً بقولهم من وطئ أمة ولده لا يجب عليه الحد ولقيام الشبهة في المحل وهو الأمة الموطوءة فقد قال صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك" فالفعل في حد ذاته ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل والحكم، ويثبت النسب للولد الحاصل في الوطء بشبهة بناء عليها إن ادعاه الواطئ.

3-شبهة العقد:

كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات ومثال هذا النوع من الشبهات أن يتزوج شخص أمه أو أخته ويدخل بها بناء على ذلك أو خامسة على أربع في عصمته وفيها يسقط الحد عن الفاعل وإن قال علمت أنها علي حرام وأما عند أبي يوسف ومحمد فإن الحد لازم ولا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة لأن الفعل صار زناً¹.

إثبات النسب بالإقرار:

الإقرار وأنواعه:

تعريف الإقرار لغة:

مصدره كلمة أقر، يقال أقر الشيء في المكان ثبته فيه وقرر فلان على الحق، جعله معترفاً به مدعنا له وتقرر الأمر بمعنى استقر وثبت².

اصطلاحاً:

هو الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه وللإقرار تعاريف متعددة تدل على عدم اتفاق الفقهاء على تعريف الإقرار، فقيل أنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفس المقر، وقيل

¹ مفيدة ميدون، دور علم الوراثة في إثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير تخصص أحوال شخصية جامعة الوادي كلية الحقوق 2015 ص31.

² مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط مكتبة الشروق الدولية القاهرة ط4 2004 ص725.

أنه إخبار من الشخص بحق عليه للغير، كما يقال أنه اعتراف بحق مالي أو غيره من الحقوق¹.

يجد الاعتراف أدلة عدة من القرآن الكريم أو من السنة النبوية الشريفة نذكر منها ما يلي:

- من القرآن الكريم:

قال تعالى { قَالَ أَفَرَزْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَيَّ دَلِكُمْ إِنْصِرِي ۖ قَالُوا أَفَرَزْنَا }² وقوله عز وجل { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ }³

- من السنة النبوية:

إقامة حد الرجم على الغامدية بعد إقرارها أمام الرسول باقترافها الفاحشة، فعن عمران بن حصين رضي الله عنه أن امرأة من جهينة أتت نبي الله (صلى الله عليه وسلم) وهي حبلى من الزنا فقالت: يا نبي الله أصبت حدا فأقمه علي فدعا نبي الله (صلى الله عليه وسلم) وليها فقال: "أحسن إليها فإذا وضعت فآتني بها"، ففعل فأمر بها نبي الله (صلى الله عليه وسلم) فشكت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت، ثم صلى عليها فقال له عمر تصلي عليها يا نبي الله وقد زنت؟ فقال: "لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة أفضل من أن جاءت بنفسها لله تعالى" وينطبق هذا على مطلق الإقرار الذي يمس مختلف الحقوق وعديد الدعاوى، وما نحن بصده هو الإقرار بالنسب.

فيعرفه المالكية استنادا إلى صيغة الإقرار، فإن كان هذا الأخير مباشرا يعرفونه بأنه: "إقرار ذكر مكلف ولو سفيها بأنه أب لشخص مجهول النسب سواء عند العامة أو الخاصة

¹ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري د ط دار الكتب القانونية مصر، 2005 ص86.

² سورة آل عمران الآية 81.

³ سورة النساء الآية 135.

وهذا ما لم يكذبه العقل أو العادة أو الشرع"، أما إذا كانت صيغة الإقرار غير مباشرة فهو "اعتراف اثنين بوجود ثالث"¹.

ومن أن أنواعه نذكر الإقرار بأصل النسب والإقرار بنسب فرعي باختصار:

ثبوت النسب بالبينة:

تعد البينة من بين طرق إثبات النسب سواء كان هذا الأخير أصليا أو فرعيا، وذلك إذا كانت الرابطة الزوجية غير قائمة، فإذا كانت هذه الأخيرة قائمة فلا حاجة إلى الأخذ بالبينة كون نسب الولد يثبت بالفراش، لاتفاق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا أو زواجا فاسدا أو نكاح شهية فإنه ينسب إلى زوجها ما لم يقم العكس على ذلك.

البينة طبقا للشريعة الإسلامية:

البينة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي شهادة الشهود إلا أنها تختلف في نصابها من مذهب لآخر بعد إجماعهم على ثبوتها برجلين، فأبوا حنيفة يعتد بشهادة رجل وامرأتين على الولادة إن لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا إقرار الزوج بالحبل، ويقبل المالكية قول امرأتين، ويكتفي الحنابلة بقول امرأة واحدة حرة مسلمة عدل ويقول ابن جزى في هذا الصدد بالنسبة للقوانين الفقهية في مراتب الشهادات أنها على ست مراتب، فأما الأولى شهادة أربع رجال وذلك في الشهادة عن الرؤية في الزنا بإجماع، أما الثانية شهادة رجلين وذلك في جميع الأمور سوى الفاحشة، والثالثة شهادة رجل وامرأتين وذلك في الأموال الخاصة، والرابعة شهادة امرأتين دون رجل وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة، والخامسة رجل مع يمين في الأموال الخاصة²، أما السادسة امرأتان مع يمين في الأموال أيضا إن الإثبات بالبينة الكاملة لا يكون إلا عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول مصادقا لقوله عز وجل {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۖ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ

¹ احمد فراج حسين أحكام الاسرة في الاسلام د ط دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 1998 ص208.

² ابن قدامة عبد الرحمان، الشرح الكبير المعنى تحقيق محمد شرف الدين، خطاب و آخرون دار الحديث القاهرة 2004 ج8 ص99.

الشُّهَدَاءِ¹ { فما ورد في هذه الآية الكريمة ينطبق على الشهادة في الحقوق بتتوعها بما فيها النسب.

وقد اتفق الفقهاء على اشتراط العقل والبلوغ والإسلام في الشاهد على النسب واختلفوا في البصر والحرية والنصاب والعدالة، والأصل في الشهادة أن تكون الشهادة مباشرة فيقول الشاهد لنا وقع تحت بصره أو سمعه، وتكون الشهادة شفوية يدلي بها الشاهد مستمدا إياها من ذاكرته بحيث لا يجوز الاستعانة بأوراق مكتوبة إلا في حالات خاصة.

والشهادة أنواع إما سمعية أي غير مباشرة وهي التي يسمعها الشاهد رواية عن غيره، وهناك الشهادة بالتسامع وهي غير الأولى فهي شهادة بما يتسامعه الناس تنصب على الرأي الشائع عند جمهور الناس، وأما الشهادة بالشهرة العامة فليست شهادة بالمعنى الصحيح بل هي ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية تدون فيها وقائع معينة والأصل في الشهادة أن تكون معاينة المشهود به أو سماعه فإذا رأى الشاهد الواقعة أو سمعها بنفسه جاز له الشهادة، وإن لم يرها أو يسمعها بنفسه لا تصح شهادته، وقد استثنى الحنفية من هذا الأصل أمور على سبيل الاستحسان فأجازوا الشهادة بها ومن الأمور النسب فالبينة إذن هي كل وسيلة يظهر بها الحق وتتكشف حقيقته في أي نزاع أو مظلمة، ولقد عرفت البينة بأنها الحجة ويطلقها جمهور الفقهاء على معنى مرادف وهو الشهادة ويعلق ابن القيم على هذا ويقول البينة اسم لما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين لم يوف مسماها ولم تأتي البينة قط في القرآن مرادا بها الشهادة وإنما أتت المراد بها الحجة ومستتدين بذلك لقوله عز وجل: { لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ }² وبينة النسب هي الشهادة.

2- المرجعية الفقهية على أحكام المواريث:

الإجماع المستند إلى القرآن والسنة:

الإجماع المستند إلى القرآن الكريم : وتناولت فيه مجموعة الأحكام التي تضمنتها نصوص الآيات 11-12-176 من سورة النساء والتي تتعلق بالمواريث.

¹ سورة البقرة الآية 282.

² سورة البينة الآية 1.

أسباب الإرث:

من المعلوم أنه لكي يحصل توارث بين شخصين البدن من توفر أسباب، لذلك سأتطرق إليها.

القربة:

والقربة المقصودة هنا هي القربة الحقيقية أو النسب الذي يربط بين الوارث والمورث، وفي شأنها قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ۚ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۚ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ۚ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا ۚ فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا¹﴾

حيث أن الآية الكريمة نصت بصورة واضحة على قرابة الميت من أبنائه وأبويه وإخوته والقربة بصفة عامة تشمل:

- أ- أصول الإنسان : الأبوين، والأجداد والجندات.
- ب- فروع الميت: الأولاد الذكور والإناث وأولادهم مهما نزلوا.
- ت- فروع الأبوين: الإخوة والأخوات وأولادهم مهما نزلوا.
- ث- فروع الأجداد والجندات: الأعمام والعمات والأخوال والخالات وأعمام الأب وعماته وأعمام الأم وعماتها مهما علو².

وهناك ما يعرف بالنسب الحكمي وهو ما نشأ بسبب العنق، قال صلى الله عليه وسلم: ﴿الولاء لمن أعتق﴾ رواه البخاري.

الزوجية والمقصود بها الزواج الصحيح إذ يثبت التوارث بين الزوجين سواء حصل به الدخول أم لا، حيث قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ

¹ سورة النساء الآية 11.

² أ د محمد الزحيلي الفرائض و المواريث و الوصايا دار الكلم الطيب، دمشق 2001 ص 79.

لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ ۖ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ۚ مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ¹ وبشترط وجود رابطة النكاح إما حقيقة، بأن تكون المرأة في عصمة الزوج عند موته، وإما حكماً ، بأن تكون المرأة المطلقة طالقاً رجعيّاً إذا مات الزوج وهي ما تزال في العدة وكذا إذا ماتت الزوجة وهي في عدة الطلاق الرجعي فإن الزوج يرث منها باتفاق الفقهاء، لأن الزوجية تعتبر قائمة في الطلاق الرجعي مادامت العدة موجودة ، هذا وقد زاد شيخ الإسلام ابن تيمية أسباباً أخرى وهي: الموالاة والمعاقدة والإسلام على يديه والالتقاط وكونهما من أهل الديوان².

أصناف الورثة والفروض المقدره لهم شرعاً:

ينقسم الورثة إلى ثلاثة أقسام: أصحاب فروض وعصبة وذوي أرحام.

أولاً- أصحاب الفروض:

وأصحاب الفروض هم الذين وردت أنصبتهم بنص الكتاب من خلال آيات المواريث، شرعاً أصحاب الفروض هم الذين حددت أسهمهم في التركة.

الفرض لغة:

فرض الشيء، أفرضه فرضاً، وفرضته للتكثير: أوجبته، ويسمى العلم بقسمة المواريث بالفرائض³.

¹ سورة النساء الآية 12.

² تسهيل الفرائض لمحمد ابن صالح العثيمين ط1 دار طيبة الرياض 1983 ص19.

³ لسان العرب لابن منظور، دار صادر، بيروت ط3 ص 3387.

الفرض في الاصطلاح:

هو أن يكون للوارث سهم محدد وحصّة بنسبة معينة، ونصيب مقدر من الميراث وهذا الفرض يثبت بالقرآن الكريم والسنة والإجماع ويستحقه بعض الورثة ويسمون " أصحاب الفروض"¹ أصحاب النصف خمسة وهم :

1. الزوج: ويستحق النصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث، ودليل ذلك قوله تعالى { وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ }².
2. البنت: بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكراً أو أنثى، ودليل ذلك قوله تعالى: { وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ }³.
3. بنت الابن: بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكراً كان أو أنثى وولد الابن في درجتها ودليها هو نفسه دليل البنت بإجماع الفقهاء
4. الأخت الشقيقة: بشرط انفرادها عن الأخ وعدم وجود الأخ الشقيق وعدم وجود ولد الصلب وولد الابن ذكراً أو أنثى وعدم وجود الأب والجد؛ وهو ماورد في القرآن الكريم بلفظ الكلالة ، ودليل ميراث الأخت الشقيقة في قوله تعالى : { يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ }⁴.
5. الأخت لأب: بشرط انفرادها عن الأخ والأخت لأب وعدم وجود من ذكر في الأخت الشقيقة، ودليها هو دليل الأخت الشقيقة.

أصحاب الربع اثنان وهما:

- 1- الزوج: عند وجود الفرع الوارث لزوجته، لقوله تعالى: { فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ }⁵.

¹ أ د/ محمد الزحيلي المرجع السابق ص94.

² سورة النساء الآية 12.

³ سورة النساء الآية 11.

⁴ سورة النساء الآية 176.

⁵ سورة النساء الآية 12.

2- الزوجة: عند عدم وجود الفرع الوارث للزوج، لقوله سبحانه: { وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ }¹.

أصحاب الثلثين أربعة وهن:

1. بنتان فأكثر: بشرط عدم وجود الابن، لقوله تعالى: { فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ }.

2. بنتا الابن فأكثر: بشرط عدم وجود ولد الصلب وابن الابن في درجتها، ودليلها هو نفسه دليل البنات.

3. الشقيقتان فأكثر: بشرط عدم وجود الذكر أو الأب أو ولد الصلب، قال تعالى: { فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ }².

4. الأختان لأب فأكثر: بشرط عدم وجود الأخ لأب من ذكر في الشقيقتين، ودليلها هو نفسه دليل الشقيقتين.

أصحاب الثلث ثلاثة وهم :

1. الأم: بشرط عدم وجود الفرع الوارث أو عدد من الإخوة سواء كانوا أشقاء أو لأب أو لأم ولو لم يرثوا، لقوله تعالى { فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وُلْدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ }³.

2. الإخوة لأم: بشرط انفرادهم عن الأب والجد للأب وولد الصلب وولد الابن ذكراً كان أو أنثى قال تعالى { فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ }⁴

3. الجد: إن كان مع إخوة وكان الثلث أحظى له. وبالنسبة للجد لم يرد له مقدار في آيات المواريث الثلاثة، لكن حصل إجماع على توريثه.

¹ سورة النساء الآية 12.

² سورة النساء الآية 176

³ سورة النساء الآية 11.

⁴ سورة النساء الآية 12.

أصحاب السدس سبعة وهم:

1. الأب: بشرط وجود الولد أو ولد الابن ذكراً كان أو أنثى، لقوله تعالى ﴿وَالأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَوَلَدٌ﴾.
2. الأم: بشرط وجود فرع وارث أو عدد من الإخوة سواء كانوا وارثين أو محجوبين، ودليل قوله تعالى { فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ }²
3. الجد للأب: عند وجود الولد أو ولد الابن وانعدام الأب.
4. الجدة: عند انعدام الأم بالنسبة للجهتين وانعدام الأم بالنسبة للجدة لأب.

ما يمكن قوله دائماً عن ميراث الجد والجدة أنه لم يثبت بنص الكتاب ولكن ثبت بالسنة النبوية.

5. بنت الابن: ولو تعددت بشرط أن تكون مع بنت واحدة وأن لا يكون معها ابن في درجتها.
6. الأخت لأب: ولو تعددت بشرط أن تكون مع شقيقة واحدة وانفرادها عن الأخ الشقيق والأب والفرع الوارث.
7. الأخ لأم: بشرط عدم وجود الفرع الوارث والأصل المذكر وأن يكون ذكراً كان أو أنثى، لقوله ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾³.

ثانياً-العصبة:

العصبة لغة:

العصب، عصب الإنسان والدابة، والعصابة ما عَصَبَ به وَعَصَبَ رأسه وعصبه تعصيباً شده به، والعصابة وتعصب أي شد العصابة والعصابة العمامة⁴.

¹ سورة النساء الآية 11.

² سورة النساء الآية 11.

³ سورة النساء الآية 12.

⁴ ابن منظور، مرجع سابق 2964.

العصبة اصطلاحاً:

تطلق العصبة في الاصطلاح الفقهي على الأقارب من جهة الأب، وهم كل من يأخذ ما بقي من التركة بعد إلحاق الفرائض بأهلها، وكذلك يستحقون التركة كلها إذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض، فهم في المرتبة الثانية بعد أصحاب الفروض، أي يعطى أصحاب الفروض أولاً، ثم يعطى الباقي للعصبة للذكر مثل حظ الأنثيين¹.

الإرث بالتعصيب ثابت للذكور والإناث أيضاً ويبدأ الإرث بأصحاب الفروض أولاً، ثم بالعصبات للحديث الشريف: " ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر " رواه البخاري.

قال كذلك عليه الصلاة والسلام: "اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله، فما تركت الفرائض فلولى رجل ذكر " رواه مسلم.

الإجماع المستند إلى السنة النبوية الشريفة:

ميراث بنت الابن والأخت مع البنت : حيث ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم ميراث بنت الابن مع البنت وكذا توريث الأخت مع البنت.

أولاً-ميراث بنت الابن مع البنت:

حيث روى آدم بن أبي إياس عن شعبة عن أبي قيس قال :سمعت هزيل بن شرحبيل يقول: سئل أبو موسى الأشعري عن " ابنة وابنة ابن وأخت " فقال: للبنت النصف وللأخت النصف وآت ابن مسعود فإنه سيتابعني وأخبر ابن مسعود بقول أبي موسى فقال: (لقد ظلمت إذا وما أنا من المهتدين) أقضي فيها بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم:(للبنات النصف والبنات الابن السدس تكملة للثنتين وما بقي فلأخت²)

¹ د العربي بلحاج، الوجيز في تركات و المواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة الجزائر 2013 ص252-254.

² أبو بكر بن يونس السقلي كتاب الفرائض، تحقيق ابو الفضل الدميطي أحمد بن علي ط1 دار الكتب العلمية بيروت 2012 ص14.

ثانيا-ميراث الأخت الشقيقة مع البنت:

حيث ثبت توريثها مع البنت ف دل بذلك أن الأخوات عصبه البنات إذا لم يكن معهن أخ ذكر، فالأخت الشقيقة أو للأب تصبح عصبه مع البنت أو بنت الابن مهما نزلت درجتها، ويقال في هذه الحالة أنها "عصبه مع الغير" فهذا النوع من التعصيب خاص بالأخوات مع البنات وهذا معنى قول الفرضيين: "اجعلوا الأخوات مع البنات عصبه"، وهذا القول من كلام الفرضيين وليس بحديث¹.

ميراث الجدة: ما يمكن قوله عن ميراث الجدة أنه لم يثبت بالنص الصريح في آيات المواريث لكنه ثبت عن رسول الله أنه ورثها، والدليل على ذلك ما رواه مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن إسحاق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فسألت ميراثها، فقال لها أبو بكر: مالك في كتاب الله من شيء وما عرفت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا، أرجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبه: رسول هلا صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس، فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الأنصاري فقال مثلما قال المغيرة بن شعبه فأنفذه لها أبو بكر الصديق².

وفق رأي الإمام مالك حيث اعتبر الوارثات من الجدات جدتان فقط وهما الجدة لأب ولأم وما عداهما لا يرث كأب الجد وللأب وإن علا وأم أم الجد وللأب وإن علا وعلى ذلك تكون للجدة الصحيحة حالتان:

1- الحالة الأولى: أن تأخذ السدس سواء كانت واحدة أو أكثر وسواء أكانت من جهة الأب أو من جهة الأم ويقسم بينهما السدس بالتساوي ولا تأخذ الجدات أكثر من السدس بأي حال من الأحوال، لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن اجتمعن فهو السدس بينكما، وأيما خلت به فهو لها" رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الترمذي.

¹ الشيخ محمد علي الصابوني المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة، دار المعارف للطباعة و النشر بيروت 1985 ص73-74.

² أبو بكر بن يونس الصقلي، مرجع سابق ص14-15.

2- الحالة الثانية: تحجب الجدة بمن يأتي:

- الأم سواء كانت أم لأم أو أم لأب أو هما معا.
- تحجب الجدة للأب بالأب وبالجد إذا اتصلت بالميت به عند الحنفية والمالكية والشافعية خلافا للحنابلة الذين قالوا بأن الأب والجد لا يحجبان الجدة.
- تحجب القرى بالبعدي منهن مطلقا فتحجب أم الأب أم الأم الأب ولو كانت محجوبة بالأب، كما أن الجدة التي تدلي بالأب غير الوارث لا ترث، وهو ما قال به جمهور العلماء¹.

الإجماع المستند إلى قرائن أخرى:

حيث تناولت فيها الإجماع المستند إلى قرائن أخرى المتمثلة في إجماع الصحابة واجتهاداتهم، وكذا إجماع علماء وفقهاء الأمة بصفة عامة في عدة مسائل.

من شروط الإرث نذكر على وجه الإيجاز:

- موت المورث حقيقة وحكما.
- تحقق حياة الوارث عند موت المورث وهنا إما تكون الحياة حقيقية أو تقديرية.
- العلم بجهة الإرث.
- انتفاء موانع الإرث².

موانع الإرث:

وقد اختلف الفقهاء في ضبط وتحديد موانع الإرث بصفة عامة، واتفقوا على ثلاثة هي:

1- الرق: بجميع أنواعه مانع للإرث.

2- القتل: إذا قتل الوارث مورثه، فإنه يمنع من الميراث باتفاق جميع فقهاء المذاهب، و بما

روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ليس

للقاتل ميراث" رواه أبو داود، ولكن اختلف الفقهاء في وصف القتل المانع من الميراث³.

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق ص 252-254.

² بن شويخ الرشيد، مرجع سابق ص 82.

³ أ د محمد الزحيلي، مرجع سابق ص 89.

3- اختلف الدين: اتفق الفقهاء أن اختلاف الدين بين المسلم والكافر يمنع من الإرث، سواء كان الإرث بالنكاح والزوجية أم بالقرابة والنسب فلا يرث المسلم كافراً، ولا يرث الكافر مسلماً الإرث بالنكاح والزوجية أم بالقرابة والنسب، ، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث الكافر المسلم ولا يرث المسلم الكافر" رواه البخاري، وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يتوارث أهل ملتين شتى" رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي، ولأن الولاية والنصرة والمنعة منقطعة بين المسلم والكافر¹.

الحجب والعول:

الحجب:

يعتبر الحجب من أهم وأدق مواضع الميراث، حيث قال بعض العلماء لا يجوز لمن لا يعرف الحجب أن يفتي في الفرائض خوفاً من أن يورث من لا يرث ويحرم الحق من أهله ويعطيه لمن يستحق².

الحجب لغة:

المنع والستر، ومنه الحجاب وهو كل ما حال بين شيئين³.

الحجب اصطلاحاً:

هو منع الشخص شخصاً معيناً من ميراثه كله أو بعضه بسبب وجود شخص آخر يحجبه⁴، و هو نوعان:

أ- حجب النقصان: هو منع الوارث وارثاً معيناً من بعض الميراث لوجود من هو أعلى منه بالإرث.

¹ محمد الزحيلي المرجع السابق ص90.

² محمد ابن صالح العثيمين مرجع سابق ص51

³ ابن منظور، مرجع سابق ص 298.

⁴ بلحاج العربي، مرجع سابق ص419.

ب- حجب الحرمان: هو منع وارث معين من الميراث كله ومن المسائل التي أجمع عليها الفقهاء هي:

- حجب الأب للإخوة من أية جهة كانوا، وللجد الصحيح (أب الأب).
- حجب الأم للجدّة (أم الأم، أو أم الأب)
- حجب الإخوة الأشقاء للإخوة للأب¹.

العول يعتبر العول من الأحكام التي وقع حولها إجماع رغم عدم ورود نص صريح من الكتاب والسنة النبوية، لكن الصحابة في عهد عمر رضي الله عنه أجمعوا على إعالة الفرائض، وفيما يلي تعريف العول ووقوعه:

تعريف العول:

يجدر بيانه لغة ثم اصطلاحاً ، وذلك في ما يلي:

أ- لغة:

له عدة معان منها: الميل إلى الجور ، ويقال أعال الرجل أي كثر عياله، الغلبة؛ يقال فلان عيل صبره أي غلب.

ب- اصطلاحاً:

زيادة في سهام أصل المسألة، ونقصان من أنصباء الورثة، فالعول زيادة في مجموعة السهام لأصحاب الفروض في المسألة الواحدة وهي زيادة على أصل المسألة، وهذا يؤدي إلى نقص نصيب كل وارث وسببه تزامم الفروض وكثرتها وعدم إمكان تقديم بعض الفروض على بعض، فنضطر إلى زيادة أصل المسألة حتى تستوعب جميع أصحاب الفروض وبذلك يدخل النقص على كل واحد من الورثة وهو أفضل من إعطاء بعض أصحاب الفروض وحرمان آخرين².

¹ بلحاج العربي مرجع سابق ص 419.

² أ د محمد الزحيلي، مرجع سابق ص 239.

وقوع العول:

أول حادثة وقعت في عهد " عمر بن الخطاب " رضي الله عنه وكان فيها عول هي
المسألة الآتية:

توفيت امرأة وتركت: " زوجاً وأختين شقيقتين " عندئذ توقف عمر رضي الله عنه واستشار
الصحابه، فأشار عليه " زيد بن ثابت " رضي الله عنه بالعول، فقال عمر بن الخطاب " أعلوا
أصحاب الفرائض"، وأقر الصحابة الكرام صنيعة حتى انقضى عصره، فأظهر عبد الله بن
عباس خالفه، ولم يؤخذ بمذهبه لمخالفته الإجماع¹.

التنزيل اصطلاحاً:

إنزال شخص منزلة الوارث، ويجري العمل في صورة التنزيل منزلة الولد، كأن يقول
المنزل فلان في منزلة ولدي، أو يكون له ابن فمات أبوه، فيقول " ورثوه مكان أبيه " فالعبرة هنا
بوفاة الجد وليس الأب، والتنزيل هو: " جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو
الجدة².

والتنزيل أو الوصية الواجبة بصورتها المطبقة اليوم لم يرد فيها دليل صريح من القرآن
والسنة ولم يقل بها أحد من الفقهاء والمذاهب المعروفة ولكنها اجتهاد من علماء الشريعة في
العصر الحاضر، وهذا الاجتهاد مستند إلى عدة أدلة وجمع بين عدة آراء واعتماداً على قواعد
الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة وملخص الأدلة التي استند عليها الاجتهاد المعاصر ما
يلي: قوله تعالى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ
بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ³}

فقد قال جمع من الصحابة والتابعين وأئمة الفقه أن الآية نسخت في مجال الوصية
للوالدين والأقربين الوارثين فقط، وبقي العمل بوجوب الوصية لغير الوارثين، وهو قول ابن
عباس في رواية عنه، والحسن البصري وسعيد بن المسيب وأحمد بن حنبل وداود الظاهري

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق ص 419.

² بلحاج العربي، مرجع سابق ص 471-475.

³ سورة البقرة الآية 180.

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

وابن حزم...، فيجب على الورثة إعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية واجبة ما دام الميت لم يوصي بها، تقديم الأقارب على غيرهم متفق عليه بين المذاهب الأربعة، والأخذ بمبدأ السياسة لما رآه من الشرعية القائم على القاعدة الفقهية أن ولي الأمر إذا أمر بالمندوب أو المباح يجعله واجبا المصلحة العامة¹.

¹ أ د أحمد غرابي، مرجع سابق ص 131.

المبحث الثاني : العرف والقضاء

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

لقد تناولنا في هذا المبحث آخر مصدرين احتياطيين لقانون الأسرة الجزائري المتمثلين في العرف و القضاء حيث قسمنا المبحث إلى مطلبين لكل مطلب فرعين تناولنا فيهما مسائل اعتبار العرف على أحكام الأسر في المطلب الأول و أما المطلب الثاني تناولنا فيه الاجتهادات القضائية على أحكام الأسرة.

المطلب الأول: اعتبار العرف على أحكام تكوين الرابطة الزوجية

في هذا المطلب قمنا بتقسيم إلى فرعين رئيسيين و هما كالآتي:

الفرع الأول: اعتبار العرف على أحكام الخطبة والزواج

اعتبار العرف في ضوابط اختيار الخاطبين وموقف القانون:

هذه الشروط وإن كانت مستحسنة بمعنى أن إهمالها لا يؤثر في صحة الخطبة إلا أنها تختلف من بيئة إلى أخرى ومن مجتمع لآخر وتتفاوت في قوة اعتبارها وترتيبها حسب الأعراف السائدة وكذا تفكير الأفراد، فما يكون ضابطا في مجتمع ما قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر.

غير أن ما تعارف عليه الناس من أسس في اختيار الخاطبين يوافق إلى حد بعيد ما ورد في الشريعة الإسلامية، فالاتفاق حاصل في أعرافنا على اعتماد ضابط الدين و الأخلاق، كما تجدر الإشارة إلى ضابط آخر وهو تقارب السن بين الخاطبين إذ المتعارف عليه في مجتمعاتنا أن يفوق سن الخاطب سن المخطوبة بضع سنوات وإن كان في بعض المجتمعات يجوز أن تفوق المخطوبة خاطبها سناً غير أن هذا أمر نادر الوقوع، وأما التقارب بين الخاطبين من حيث المستوى الاجتماعي والثقافي فهو ضابط قلما يعتمد عليه في أعرافنا.

كما أصبحت وظيفة الاختيار مقتصرة على الشاب والفتاة لوحدهما فالزواج في البيئة الأسرية الحديثة يخضع لشروط تختلف عن تلك التي كان يخضع لها في البيئة التقليدية فقد منح الآباء حرية اختيار الشريك للأبناء وبرروا ذلك بقولهم أن كل ما نتج عنهم ذلك الاختيار من نتائج سوء كانت حسنة أو سيئة فإن ذلك يكون منهم وإليهم وعليهما تحمل النتائج وحدهما وهذا التغير في الاختيار للزوج نتج عن التحضر والرقى الاجتماعي وتجسيدهما في الحرية الكبيرة التي منحها الآباء للأبناء في تقرير مصيرهم

ورسم مستقبلهم مع الشخص الذي يختارونه ويرونه الأمتل والأجدر للمشاركة في نفس المسكن والحياة الاجتماعية والاقتصادية¹.

الشروط الواجبة للخطبة:

وتتصر في شرطين أساسيين هما:

أ- الشرط الأول:

أن أن لا يُحرم الزواج بها شرعا أن كانت من المحارم المحرمة تحريما مؤبدا كالأخت والعمة والخالة أو تحريما مؤقتا كأخت الزوجة وزوجة الغير².

ب- الشرط الثاني:

أن لا تكون مخطوبة لآخر: الأصل أنه لا يجوز للرجل أن يتقدم لخطبة امرأة تعلقت بها حقوق الغير ومن تعلقت بها هذه الحقوق هي المرأة المخطوبة للغير والحكمة من منع الخطبة على الخطبة واضحة ذلك أن تتنافس جماعة من الرجال على النسب أمر يحط من قدرهم ويشيع بينهم التباغض من أجل المرأة وقد تجعل المرأة وأهلها في حرج³ وقد ورد النهي عن الخطبة على الخطبة في السنة ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك"⁴ ففي الحديث نهي والنهي للتحريم وقيل إن النهي للتأديب ولعل السر في تحريم الخطبة على الخطبة ما يترتب على حلها من الضغينة والنفرة بين الخاطبين وإيقاع العداوة بينهما لأن الرجل إذا خطب امرأة

¹ خباش فتيحة، تغيير مفهوم الخطبة في الأسرة الجزائرية، رسالة ماجستير جامعة الجزائر 2 كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية 2010-2011 ص 68.

² عبد القادر حرز الله الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ط1، دار الخلدونية الجزائر 1428-2007 ص 37..

³ عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات باجي مختار، عنابة الجزائر 2006 ص 17.

⁴ النسائي سنن النسائي، كتاب النكاح حديث رقم 3241، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة ط2 ج6 المكتبة العصرية بيروت لبنان 1429 هـ -2006 م ص 513.

وركنت إليه ظهر وجه لصالح منزله فيكون تأييسه عما هو بسبيله وتخيبه عن قصده إسطة له وظلما وتضييقا¹.

ويشترط لتحريم الخطبة على الخطبة ما يلي:

1. أن تكون خطبة الأول جائزة ولو كانت مكروهة أما إذا كانت خطبة الأول غير جائزة كخطبة امرأة وهي في عدتها فإنه يجوز للثاني أن يخطبها بعد أن تنتضي عدتها.

2. أن يعلم الثاني بحدوث الخطبة الأولى.

3. أن يعلم الثاني بجواز خطبة الأول².

4. أن يصرح بإجابة الأول ويعلم الثاني بحدوث ذلك والخاطب له ثلاث أحوال من حيث إجابته:

- الحالة الأولى : أن تقبل خطبته وفي أثناء السير في العقد يتقدم خاطب آخر فتقدم هذا حرام بالإجماع.
- الحالة الثانية : أن ترفض خطبة الأول وبعد الرفض يجوز تقدم الثاني بالاتفاق وذلك لأنه لو منع لكان معنى ذلك أن من تخطب لا تجوز خطبتها مطلقا وفي ذلك تعطيل لمصلحتها أو إرغام لها على قبول الأول.
- الحالة الثالثة : هي حال التردد بين الرفض والقبول.

العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه

حكم العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه:

1- حكم العدول في الفقه:

قلنا أن الخطبة وعد بالزواج في المستقبل ولذا يحق لكل من الخاطبين العدول عن ذلك الوعد والعدول عن الخطبة إخلاف بالوعد وهو حرام إذا كان من غير سبب معقول

¹ بدران أبو العينين بدران مرجع سابق ص35.

² محمد رأفت عثمان عقد الزواج أركانه و شروط صحته في الفقه الإسلامي ص 54.

ومع أن العدول عن الخطبة حرام لأنه إخلاف بالوعد إلا أن الشريعة الإسلامية لم تلزم الخاطبين بإتمام العقد لأن في إلزامهما إكراها لهما على الزواج¹.

وفي حكم العدول عن الخطبة رأيين:

*الرأي الأول: ذهب جمهور أهل العلم إلى القول بأن العدول عن الخطبة حق جائز للطرفين إلا أنه على خلاف ما تقضي به المروءة إذا لم يكن ثمة غرض صحيح يقتضيه نظرا لما فيه من إخلاف الوعد².

وقد جأ في كشف القناع: "ولا يكره للولي المجرى الرجوع عن الإجابة لغرض ولا يكره للمرأة غير المجبرة الرجوع عن الإجابة لغرض صحيح لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها³".

*الرأي الثاني: ذهب بعض الفقهاء إلى القول بلزوم الوفاء بالوعد وأنه يجب القضاء به حينما يمتنع الواعد عن تنفيذ ما وعد به.

وهذا يقتضي لزوم الوفاء بالخطبة من الخاطب.

اعتبار العرف في العدول عن الخطبة:

مما لا شك فيه أن الخطبة في أعرافنا ما هي إلا مقدمة لعقد الزواج ويترتب على ذلك جواز العدول عنها لكلا طرفيها في أي مرحلة دون أن يلزم بالتبرير.

آثار العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها:

يترتب عن العدول عن الخطبة آثار تتعلق بالهدايا التي كان قد قدمها كل طرف للآخر وكذا بالمهر الذي قد يحدث أن يدفعه الخاطب كله أو بعضه قبل العقد ناهيك عن الأضرار المادية والمعنوية التي قد تلحق الطرفين أو أحدهما.

¹ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ط3 دار الفكر، الأردن 1431 هـ 2010 ص22.

² حامد علي حامد مرجع سابق ص70.

³ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق ص 19.

حكم الهدايا والصداق:

من المتعارف عليه أن يقدم الخاطب لمخطوبته بعض الهدايا بغض النظر عن قيمتها المادية أثناء فترة الخطبة سواء كان ذلك بمناسبة أو بغير مناسبة وهو ذات الشيع الذي تقوم به المخطوبة فإذا حدث أن عدل أحدهما عن الخطبة فما يكون حكم هذه الهدايا؟

أ- مذهب الحنفية:

يذهب الحنفية إلى وجوب ردها إن كانت موجودة في يدها من غير زيادة متصلة لا يمكن فصلها فإن هلكت كعقد فقد أو ساعة تكسرت أو استهلكت كقطعام أكل أو ثوب لبس أو زادت زيادة متصلة لا يكمن فصلها كقماش خيط ثوبا أو خرجت عن ملكها بان تصرف فيها ببيع أو هبة لا يجب ردها في جميع تلك الصور، لأنهم أعطوا الهدية حكم الهبة والهبة يمنع الرجوع فيها بموانع منها الهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها¹.

ب- مذهب المالكية :

يفرقون بين هدايا من يعدل عن الخطبة وهدايا الآخر، فإن كان الذي أهدى هو الذي عدل عن الخطبة فليس له أن يسترد شيئا من الهدايا ولو كانت قائمة حتى لا يجتمع على الطرف الآخر ألم العدول وألم الاسترداد، ولأن إبطال العمل تم من جانبه ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وإن كان المهدي هو الطرف الذي لم يعدل فله أن يسترد كل ما أهدى سوء كان قائما أو هالكا أو مستهلكا، ويرد القائم بعينه والهالك أو المستهلك بعوضه².

¹ مصطفى شلبي، مرجع سابق ص83.

² محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره ، مرجع سابق ص66.

ج- مذهب الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أن للخاطب الرجوع في كل ما قدمه للمخطوبة فما كان قائماً أخذ وما كان هالكا أخذ قيمته، سواء أكان الترك من جهة الخاطب أو المخطوبة¹.

د- مذهب الحنابلة:

إن مذهب الحنابلة في هدايا الخاطب لمخطوبته إذا حصل الرجوع عن الخطبة من قبلها أو من قبله هو عدم حق الخاطب في استرداد ما قدم لخطيبته من هدايا لأنها هبة والهبة لا يجوز الرجوع فيها لغير الأب².

غير أن الخاطب قد يرسل لمخطوبته في بعض الحالات هدايا قيمة أو غالية الثمن، وفي ذلك ذهب مصطفى شلبي إلى أن يحكم العرف أو اليمين بينهما وهذا في حال انعدام البينة فإذا أقام أحدهما البينة وحده قضي له وإذا أقام كل منهما البينة على دعواه رجحت بينتها لأنها أثبتت خلاف الظاهر والظاهر هنا مع الزوج لأنه يجب عليه المهر دون الهدايا، وإذا عجز عن إقامة البينة حكمنا العرف فإذا جرى بأن ما قدم يكون مهراً قضي للزوج إذا حلف اليمين وإن كان جارياً على أنه يعتبر هدية قضي لها مع اليمين فإن نكل أحدهما عن اليمين حكم للآخر وإذا لم يوجد عرف في ذلك فالقول له مع اليمين لأنه المعطي وهو أدري بما أداه إن كان مهراً أو هدية إلا إذا كان ما أعطاه لا يستساغ في عرف الناس أن يكون مهراً كالأشياء المأكولة مثلاً³.

موقف القانون:

نصت المادة الخامسة في فقرتها الثالثة من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب

¹ محمود علي السرطاوي، مرجع سابق ص 22.

² عبد الكريم زيدان مرجع سابق ص 76.

³ مصطفى شلبي، مرجع سابق ص 85-86.

ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته "فالواضح أن قانون الأسرة الجزائري قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول بنظا على إرادة و رغبة الخاطب وحده والحالة التي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة و بإرادتها وحدها ولكن العرف قد جرى في بعض المناطق في بلادنا على أن تقدم الهدايا إلى المخطوبة من بعض أقارب الخاطب أو أهله مثل أمه وخالته وعمته أو غيرهن لذلك فإننا نعتقد بالمقابل أنه يجوز للعروس أن تطالب برد الهدايا التي كانت قد قدمتها إلى عريسها إذا كانت مما يستهلك أو استهلك فعلا سواء وقع التراجع منها أو منه ولها أن تسترد ما بقي عينا مثل الخواتم أقلام الحبر الفاخرة وآلات التصوير وساعة اليد إذا كان العدول عن الخطبة صادرا بنظا على رغبتها وحدها اعتبار العرف¹.

حكم الهدايا والصداق عند العدول عن الخطبة:

أن حكم العرف في مسألة الهدايا موافق لما ذهب إليه المالكية فقد تعارف الناس على أن يسترد الخاطب ما قدمه من هدايا لمخطوبته إذا حصل العدول من جانبها أما إذا كان العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد شيئا مما أهداه لها وتأخذ الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب الحكم ذاته وإن مثل هذه الحالات قليلة فما جرى به العرف أن الخاطب هو من يقدم الهدايا في المناسبات المختلفة.

وبالتالي يكون ضرر الخاطب كبيرا خاصة إذا طال مدة الخطبة فيكون إبقاء الهدايا في حوزته جبرا للخاطر كما أن المعمول به في العرف يعتبر ردعا للخاطب حتى لا يعدل بعد مدة طويلة عن الخطوبة تاركا المخطوبة في مواجهة المجتمع دون رحمة².

أما حكم الصداق فالمتعارف عليه موافق لما ذهب إليه الفقهاء في وجوب رده كاملا سواء حصل العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة ذلك أن الصداق دليل على إتمام العقد بين الطرفين و بانقض هذا العقد فلا حاجة للمخطوبة به.

¹ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق، مرجع سابق ص86-87.

² عماد شريقي، مرجع سابق ص80.

اعتبار العرف في التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة:

باعتبار العدول حقا مخولا للطرفين فإنه لكل منهما استعماله متى شاء فإذا نتج عن العدول ضرر لأحدهما وكان ذا صلة بالعدول استوجب ذلك التعويض غير أن الأعراف لا تقضي بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول فالعرف قد أقر حق العدول إلا أنه لم يقل بالتعويض وهذا يرجع إلى تفكير الأفراد والذي يستبعد التعويض في هذه الحال إذ قد لا يقبل الطرف الذي عدل عنه فكرة أن يعوضه الطرف الذي عدل.

اعتبار العرف في الزواج :

من الثابت عند الفقهاء أن لفظ الزواج يدل في معناه على العقد غير أنهم اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة أم مجاز في العقد؟ أم في الوطاء ؟

القول الأول: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطاء وهو قول للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة .

وقال الزمخشري: "لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد لأن كونه بمعنى الوطاء من باب التصريح"، وقال الراغب: "يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد لأنه يصح نفيه عن الوطاء وصحة النفي دليل المجاز"¹.

ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه².

القول الثاني: أنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد وبه قال الحنفية وبعض الحنابلة القول الثالث: أن النكاح حقيقة في العقد والوطاء معا وهو قول لبعض الحنابلة وذلك لقولهم بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج³ كما قالوا بأن استعمال لفظ النكاح قد تحقق في العقد

¹ الشرييني، مغني المحتاج ج 4 ص 201.

² ابن قدامة، المغني ج 7 ص 3.

³ ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير ج 7 ص 33.

كما أنه قد تحقق في الوطاء والأصل كما هو معروف في الاستعمال فيكون حقيقة في كل من العقد والوطء¹.

اعتبار العرف في حقيقة لفظ النكاح:

تعارف الناس على استعمال لفظ الزواج بدل النكاح وبذلك ينصرف معناه على معنى الزواج وهو العقد الذي يضيفي صفة الشرعية على العلاقة بين الرجل والمرأة فتعرف استعمال لفظ الزواج لأنه أدق في المعنى حيث أنه لا يفضي إلى أي خلاف فقهي².

اعتبار العرف في الرضا في عقد الزواج:

يقف العرف موقفا مسائرا لما ذهب إليه الشريعة الإسلامية في ضرورة توافر الرضا في الزواج وهو ما اعتبره المشرع أيضا وخاصة رضا المرأة حيث أوكلت مهمة التعبير عن رضاها لوليها والذي جرت به الأعراف أن الأولي لا يقبلون على مثل هذا العقد الخطير إلا باعتبار رضا المرأة خاصة في أيامنا الحالية أين انعدم التمييز بين إرادة المرأة والرجل فلا ينعقد الزواج بمجرد الطلب وإعلان الرغبة فيه من جانب واحد دون اعتبار لرضا المرأة³.

اعتبار العرف في الألفاظ التي ينعقد بها الزواج:

تجري الأعراف بانعقاد الزواج بالألفاظ التي اتفق عليها ولي المرأة والرجل أو وليه دون أن تشترط عبارات أو ألفاظ محددة حصرا وفي أيامنا هذه أصبح يتم إرشاد المتعاقدين من طرف إمام المسجد أو ضابط الحالة المدنية المكلف بتوثيق عقد الزواج إلى الألفاظ الخاصة بأصول العقد والتي يكون أغلبها بلفظ التزويج⁴.

¹ محمد رأفت عثمان، مرجع سابق ص17-19.

² عماد شريفي، مرجع سابق ص102.

³ لوعيل محمد لمي، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري د ط، دار هومة الجزائر 2004 ص51.

⁴ عماد شريفي، مرجع سابق ص110.

اعتبار العرف في الولي شرط لزواج المرأة الراشدة:

من المتعارف عليه أن المرأة سواء كانت بكرا أو ثيبا فإنها تولي أمر زواجها لأبيها أو أخيها أو قريب لها ممن هو أجدر منها في ذلك وأعلم بحال الرجال فلا يوجد عبر القطر الوطني عرف يقضي بإنفراد المرأة بإبرام زواجها في غياب ولي أمرها فالعرف في مسألة الولي يقف موقفا مسائرا لما ذهبت إليه المذاهب الفقهية كما أن النساء في حد ذاتهن يرفضن فكرة تولية أمرهن لغير الأب أو الأخ..لأن المرأة يعرف عنها الحياء في مختلف المواقف خاصة بحضور الرجال فما بالك بعقد النكاح في غياب أحد من أهلها بل وهناك من الرجال من يستحي في مثل هذه المواقف¹.

اعتبار العرف في مقدار الصداق:

إن الصداق في العرف غير مقدر بحد أدنى ولا أعلى إذ تركت الأعراف تقدير الصداق إلى الأطراف فلهم أن يتفقوا على المقدار الذي يناسب كل طرف دون إحراج لأحد وإن كانت بعض الأعراف في مناطق معينة تحدد مقدارا للصداق فلا يكون لطرفي العقد النزول عن ذلك القدر ويبقى الاتفاق بين الأطراف هو المعمول به بغض النظر عن العرف فمثلا في المناطق الصحراوية يصل المهر إلى 100 مليون سنتيم ولا يقل عن 20 مليون أما في الغرب الجزائري فلا يقل المهر عن 10 ملايين سنتيم إضافة إلى الهدايا التي يلزم بها العريس في المناسبات² أما في منطقة الوسط فإن قيمة المهر وإن تفاوتت تتراوح ما بين 10 إلى 15 مليون وذلك حسب ما سيقدمه الرجل لزوجته، فإن كان المهر 10 ملايين يلزم بتقديم شيء من الذهب غير محدد القيمة كسلسلة أو ما شابه وإن كان المهر 15 مليون فلا يقدم الرجل إلا خاتما لزوجته في يوم يسبق يوم العرس كذلك فإنه حسب اطلاعي تعد منطقة القبائل أيسر المناطق مهرا أما أكثرها غلاء فهي منطقة الشرق أين تصل قيمة المهر إلى 25 مليون سنتيم زيادة على ما يلزم به الزوج من ذهب ليوم "الحنة" كما يسمى.

¹ عماد شريقي، مرجع سابق ص 135.

² عماد شريقي، مرجع سابق ص 219.

موقف القانون:

باستقراء نص المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري يتضح أن المشرع لم يحد مقدارا للصداق بقوله: "من كل ما هو مباح شرعا" وعليه يصح أن يكون الصداق من الأشياء المادية ذات القيمة الاقتصادية وكذا الخدمات والحقوق المعنوية المقومة بمال كحق الملكية التجارية العلامة التجارية¹ وبذلك أخذ المشرع بمذهب الشافعية والحنابلة ومنه يظهر اعتباره للعرف في هذه المسألة. وهذا الموقف منه يتماشى وروح التشريع في التيسير ورفع الحرج بما يتناسب وجميع طبقات المجتمع أي أنه لا يعجز الفقير ولا يقيد إرادة البعض في الرفع من مبلغ الصداق².

تعجيل الصداق وتأجيله واعتبار العرف في ذلك:

من المتفق عليه أن الصداق كشرط في عقد الزواج لا بد من تحديده عند العقد أما مسألة تعجيله وتأجيله فهي محل خلاف بين الفقهاء:

فذهب الحنفية على إعمال العرف في ذلك فيصح تعجيل الصداق أو تأجيله إن جرى العرف بذلك باعتبار المعروف كالمشروط واشتراطوا أن لا يكون الأجل مجهولا جهالة فاحشة و إلا وجب حالا إلا إذا كان هذا الأجل هو الطلاق أو الموت.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز تعجيل الصداق كله أو بعضه إلى أجل معلوم لأنه عوض في معاوضة فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول وإن أجل لأجل مجهول لم يصح وإن أجل ولم يذكر الأجل فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحل الفرقة أو الموت وعند الشافعية المهر فاسد ولها مهر المثل أما المالكية فقالوا: أن النكاح يفسد إذا أجل بعض الصداق إلى أجل مجهول أو أجل كله أو بعضه ولم يقيد الأجل فإن وجد عرف بذلك حكم هذا العرف.

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق ص212.

² محفوظ بن صغير، أحكام الزواج و الإجتهد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص148.

اعتبار العرف في تأجيل الصداق وتعجيله:

إن حكم الصداق في العرف هو الوجوب وأنه شرط لا يكتمل عقد الزواج إلا به ولذلك فالأعراف جارية بتعجيل الصداق بأن يدفعه الرجل كله قبل الدخول بالزوجة وفي كل المناطق الجزائرية لا يوجد عرف يقضي بتأجيل الصداق بل يتم دفع كاملاً معجلاً وغالباً ما يتم ذلك في حضور إمام وجماعة من الناس في المسجد أو عند أهل الزوجة.

اعتبار العرف في أهلية الزوجين للزواج:

لا يوجد في العرف ما يبين أن هناك سناً تتحدد به أهلية الرجل أو المرأة للزواج فبالنسبة للرجل كلما بدأ نضجه وكان أهلاً للزواج قادراً عليه كان له أن يتزوج سواء بلغ 19 سنة أم لا و الأمر سيان بالنسبة للمرأة وإن كان زواجها قد يتم في بعض الأحيان قبل هذه السن وقد كانت الأعراف قبل أمد تجري بزواج الفتاة قبل بلوغها 15 سنة حتى أما حالياً وبانتشار الوعي الثقافي والديني ارتفعت سن أهلية الزواج إلى أكثر من ذلك و الأمر يختلف من شخص إلى آخر ومن بيئة إلى أخرى.

اعتبار العرف في الإشتراط في عقد الزواج:

يأخذ الإشتراط في عقد الزواج مكانة هامة في العرف حيث أنه يقضي ومنذ زمن بعيد بجواز الإشتراط وأنه للطرفين أن يضعوا ما يشاءان من الشروط عند العقد سواء بصفة مسبقة أو بصفة لاحقة عنه كما يجري العرف حالياً بهذا خاصة وأن الشروط وليدة الأعراف ومع مضي الزمن فقد استحدثت شروط أخرى مواكبة لتغير الأعراف والطبائع¹ وبتطور التفكير وتغير الأعراف باستمرار تظهر أنواع من الشروط غير أن العرف يقر بها دائماً.

¹ عماد شريقي، مرجع سابق، ص 143.

اعتبار العرف في شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة:

مما لا شك فيه أن الأعراف عندنا تقرر حق الأزواج في التعدد مواكبة لما ورد في الشريعة الإسلامية وإن كانت هناك الكثير من المشكلات تطرح في واقعنا من الأزواج بسبب التعدد وقبل زوم بعيد لم نكن نسمع بأن للزوجة أن تشتترط على زوجها عدم الزواج عليها وبانتشار الوعي الثقافي وتقدم المستوى الاجتماعي أصبحت الكثير من النسوة تشتترطن ذلك والأمر سيان فيما يخص عمل المرأة حيث أصبحت النسوة يشتترطن على الرجال عدم منعهن من العمل أو عدم إيقافهن عن العمل وفي المقابل قد يشتترط الرجل أن تقر المرأة في البيت بعد الزواج وأن لا تخرج للعمل ويتم ذلك حسب أعرافنا بحضور جماعة من جاهدة المنطقة بحضور أهل الخاطب والمخطوبة والإمام بمجلس واحد دون أن يتم التوثيق.

موقف القانون:

نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "للزوجين أن يشتترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية" فالملاحظ أن المشرع الجزائري قد منح للزوجين حق الاشتراط على أن يتم توثيق ذلك وقد ذكر بعض الشروط التي قد يضعها طرفي العقد على سبيل المثال لا الحصر وبذلك قد جعل الاعتبار لأعراف الناس وعاداتهم¹.

الفرع الثاني: اعتبار العرف في الطلاق والخلع

لما كان العرف ذا أهمية كبيرة في ملء مساحة واسعة من الأحوال، ولغموض التشريع الأسري في تنظيم بعض المسائل، أخذ به المشرع في مسألة الطلاق وسنتطرق إليه في هذا الفرع.

¹ المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري للأمر 05-02 المعدل و المتمم 84-11.

أولاً-الصيغة:

أو ما يقع به الطلاق اتفق الفقهاء على أن الزواج ينتهي بالطلاق بالعربية أو غيرها، سواء باللفظ العربي أم بالكتابة أم بالإشارة.

واللفظ إما صريح أو كناية:

الطلاق الصريح:

هو اللفظ الذي ظهر المراد منه وغلب استعماله عرفاً في الطلاق، كالألفاظ المشتقة من كلمة (الطلاق) مثل: أنت طالق، ومطلقة، وطلقتك ومنه قول الرجل: (أنت عليا حرام أو حرمتك أو محرمة) لكنه وإن كان في الأصل كناية، فقد غلب استعماله بني الناس في الطلاق، فصار من الألفاظ الصريحة، هذا مذهب الحنفية وقال المالكية الكتابة الظاهرة هلا حكم الصريح وهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة كلفظ التسريح والفرق، وكقوله أنت بائن ونحوها. واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة¹.

والعرف التشريعي في ما يقع به الطلاق صريحا إذا وقع بلفظ صريح أو بلفظ اشتهر العرف باستعماله في الطلاق والطلاق الصريح يقع بمجرد التلفظ به ولا يحتاج إلى نية كما يقع أيضا بالألفاظ الكناية، إذا كانت تحتل الطلاق ومستعملة في عرف الناس على إيقاع الطلاق وهي تحتاج إلى نية الزوج من إرادة الطلاق أو عدم إرادته فالطلاق يقع بما اشتهر به الناس عرفاً دون الحاجة إلى نية والصيغة المتداولة يف منطقتنا: أخرجني عليا، روجي تروحي لداركم، هزي قشك وصدي عليا.

ثانياً-الحلف بالطلاق:

لقد شاع استعمال لفظ أنت عليا حرام بمعنى اليمين، وهي ليست من صيغ الأيمان المعروفة في الشرع، وإنما استعملها الناس عرفاً في ذلك.

¹ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون رقم 05-09 المؤرخ في 2005 ط1 دار الخلدونية جامعة باتنة 2007 ص222-223.

العرف في قيود إيقاع الطلاق شرعا يكون الطلاق سنيا مشروعا لا إثم فيه إذا روعي فيه ثلاث قيود¹:

1. أن يكون لحاجة.
2. أن يكون في طهر ما يجامعها فيه.
3. أن يكون طلاقة واحدة لا يتبعها طلاق آخر.

العرف في بعض آثار الطلاق:

متعة الطلاق ومسألة العرف فيه:

تحدث القرآن الكريم عن المتعة في آيات عدة منها قوله تعالى { لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۖ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعِّقِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ }²

العرف في مقدار المتعة:

فليس للمتعة حد مقرر فهي كسوة فالمتعة مبلغ من المال يختلف باختلاف حال الزوج يسرا وعسرا³.

ونفقة:

أو هي مبلغ من المال على حساب غنى الزوج وفقره .

إن تقدير المتعة وتحديد من يراعي حالتها عند تقديرها أهو الزوج أو الزوج أم هما

معا؟

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته المرجع السابق ص400.

² سورة البقرة الآية 236.

³ أحمد رشاد وعبد الهادي أبو حسين، آثار العرف في الأحوال الشخصية مرجع سابق ص171.

إن المتعة ليست من المقدرات الشرعية الثابتة، وإنما هو أمر يلجأ في تقديره إلى الاجتهاد الشرعي والعرف الزماني والمكاني الملائم للمقاصد الشرعية .

والعرف السائد في الجزائر لا يقدم للمرأة المطلقة على خلاف التعويض عن الضرر الناتج عن تعسف الزوج في الطلاق، وهو عرف فاسد، لأن المطلقة تكون الضحية الأولى لعملية الطلاق، فالنساء غالبا لا يردن ولا يحبذن الانفصال وتخريب عش الزوجية، لأنهن يجدن أنفسهن في وضعية حرجة للغاية وتقل فرصهن في الزواج مرة أخرى، وخاصة إذا تطلقت وهي في مقتبل العمر، فالعديد من الأسر الجزائرية لا تقبل عودة الفتاة المطلقة، فالمشكل يكمن في العقلية التقليدية المتحجرة التي لا تفهم أن الطلاق ظاهرة اجتماعية، فالمرأة إنسانة قبل كل شيء تملك قلبا وعقلا وإحساسا فطلاقها قدر إرادته الله لحكمة يعلمها. والمتعة هي جبر وتخفيف للمطلقة لما أصابها من حسرة و ألم، وللأسف العرف الجزائري لا يقدم المتعة للمطلقة بل يعوضها عن الأضرار فقط.

العرف في النفقة الزوجية:

أولا-تقدير النفقة فقها:

تحديد مقدار النفقة من الناحية الشرعية¹ نجد أن الفقه انقسم في هذا إلى رأيين:

الرأي الأول:

يرون أصحاب هذا الرأي وهم الأحناف بأن النفقة ليست مقدره بالشرع وأنه يجب على الزوج ان يقدم لزوجته ما يكفيها من احتياجاتها حسب المتعارف عليه، وهذا ما يختلف باختلاف الزمان والمكان، وكذا الأحوال كما اعتبروا أن تحديد نفقة الزوجة على زوجها يكون بحسب حال الزوج يسرا أو عسرا مهما كانت حالة الزوجة.

¹ محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، المختار الصحاح ط1 دار الكتاب العربي بيروت 1979 ص673-674.

الرأي الثاني:

أصحاب هذا الرأي وهم الشافعية فزعموا إنما هي مقدرة بالشرع ولم يتركوا تقديرها إلى ما فيه الكفاية وأن اتفقوا مع الأحناف في اعتبار حال الزوج يسرا أو عسرا، حيث فرقوا بني الموسر والمعسر وجعلوا لكل منهما قدرا معينا إلا أنهم لم يحددوا المقدار وتركوا ذلك للاجتهاد.

ومن هنا يمكن القول أن هذه الآراء وإن اختلفت إلا أنها تلتقي من حيث أن كلا منها أتمد العرف من خلال أحوال الناس وأعرافهم من يسر أو عسر، وأيضا اختلاف الأزمنة والأمكنة كأساس التقدير النفقة، ومشمولاتها من غذاء وكسوة وعلاج وسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

ثانيا-تقدير النفقة قضاء:

جاء في نص المادة 79 قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، حيث جاء في قرار المحكمة العليا: من المقرر قانون عدم الإطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج، وعلى مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يجعل القرار يستوجب النقض¹.

موقف العرف من العدة:

جرى العرف أن المطلقة طلاق رجعيًا يلزمها الاعتداد في بيت زوجها ولا يجوز للزوج إخراجها منه إلا أن تأتي بفاحشة مبينة ولا يحل لها الخروج إلا إذا أخرجها، وأما المطلقة طلاقا بائنا وهي التي طلقت الطلقة الثالثة فلها أن تعتد في بيت أهلها ولها أن تعتد في بيت زوجها إن انتفت الخلوة بينهما، وجرت الأعراف أن لا تخرج المعتدة من بيتها في الليل إلا لضرورة وتخرج في النهار للحاجة، وبعض الأعراف الأخرى، لا يلزمها ذلك فتخرج كبقية

¹ م ع غ أش 1980/12/15 ملف رقم 21823 ن ق 1981 عدد 02 ص 105 نقلا عن بلحاج العربي قانون الأسرة المرجع السابق ص 419.

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

الزوجات سواء أذن لها المطلق في الخروج أو لا، لأنها من حقوق العدة فلا يملك الزوج إسقاط شيء من حقوقها، والمرأة التي تعتد في بيت أهلها تفوت على نفسها فرصة الرجعة، فالأولى أنها تعتد في بيت زوجها لتستكمل شروط الطلاق السني الصحيح.

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري على أحكام تكوين وانحلال الرابطة الزوجية وآثارها

سنتناول في هذا المطلب احد المصادر الاحتياطية لقانون الأسرة الجزائري وهو القضاء وسنقسمه إلى فرعين حيث سنتناول في الفرع الأول أحكام الخطبة والزواج في ظل القضاء أما الفرع الثاني سنتناول أحكام انحلال الرابطة الزوجية في ظل القضاء.

الفرع الأول: أحكام الخطبة والزواج في ظل القضاء الجزائري:

1- موقف وحكم القضاء الجزائري من أحكام العدول عن الخطبة وآثاره:

نصت المادة 5 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري " الخطبة وعد بالزواج ، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة " ، وبالتالي فالعدول عن الخطبة حق قرره القانون فيبقى لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عنها بإرادته المنفردة ، دون رجوع إلى الطرف الثاني، وهي حقيقة ، كون العدول عن الخطبة مباح شرعا ومقرر قانونا¹ ، وعليه فمجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عليه أي التزام ، أو تعويض لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج² ولو طال مدة الخطبة فإن ترتب عن العدول أفعال مستقلة عنه نتج عنها ضرر مادي أو أدبي فإنها تستوجب التعويض عن ذلك الضرر ، لاعتن العدول لأنه مباح³. و أما قضاء فقد أكدت المحكمة العليا في قرار مشهور لها : "من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج و لكل الطرفين العدول عنها" .

حكم استرداد الهدايا في القضاء الجزائري:

موقف القضاء:

أما في الاجتهاد القضائي الجزائري فقد جاء في قرار المحكمة العليا : "من المستقر شرعا و قانونا انه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه⁴ " هذا في حالة عدول الخاطب أما في عدول المخطوبة جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه يتوجب عن المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج ، إن ترد مالم يستهلك من هدايا وغيرها⁵ " .

¹ محمد محدة، الخطبة و الزواج، مطابع عمار قرفي باتنة الجزائر ط2 1994 ص57.

² الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل ، دار الخلدونية الجزائر ط1 2008 ص30.

³ محمد محدة، الخطبة و الزواج ص58، بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها ص157.

⁴ المحكمة العليا- غ أ ش - 1991/04/23 ملف رقم 73919 المجلة القضائية 1993 العدد 2 ص 58.

⁵ المحكمة العليا- غ أ ش 1993/07/13 ملف رقم 92714 المجلة القضائية 1995 عدد1 ص 128.

حكم استرداد المهر:

في قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لمسألة المهر المقدم خلال فترة الخطبة لا في القانون 84/11 الصادر في 1984/06/09 ولا في التعديل بالأمر 05/02 المؤرخ في 2005/02/27 لا صراحة ولا ضمناً¹، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام المادة 222² التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية وبالتالي فإن القضاة يلجئون إلى سلطتهم التقديرية وفي هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب والمخطوبة مدعيًا ومنكرًا، فأيهما أقام بينة على دعواه، أو أقنع القاضي حكم له وفقًا لتقديره قوة حجته حسب الأدلة المقدمة³ والقرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ: 13/07/1993 الذي اعتبر أن الصداق حكم من أحكام الزواج تطبيقًا للمادة 09 مكرر من قانون أسرة جزائري والذي جاء فيه مايلي : العدول عن إتمام الزواج من طرف المخطوبة-نزاع بشأن التعويض والصداق والهدايا يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها.

ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول ولمكان ثابتا -في قضية الحال- أن الطاعة هي التي عدلت عن إتمام الزواج و بدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل -المطعون ضده- بالخسائر و الأضرار المترتبة عن ذلك، وان دفع الطاعة بأحقيتها في الصداق، إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم و يتوجب رفض الطعن ومتى كان كذلك أستوجب رفض الطعن⁴.

¹ عبد العزيز سعد مرجع سابق ص 20.

² بلحاج العربي، المرجع السابق ص 159.

³ بوجاني عبد الكريم، اشكالات العدول عن الخطبة بين النقص التشريعي و الضرورة التعديل، مجلة الفقه و القانون المغربي العدد 20 2014 ص 77.

⁴ قرار المحكمة العليا - غ أ ش - 13/07/1993 ملف رقم 22714 المجلة القضائية 1995 عدد 1 ص 128.

الاختلاف بين المخطوبين في كون المرسل للمخطوبة هدية أم مهرا:

قد يرسل الخاطب إلى مخطوبة خلال الخطبة هدايا مختلفة من أموال أو ذهب، ولم يبين إن كانت هذه الأشياء من المهر أو من الهدايا، ووقع خلاف بينهما عند عدول أحدهما، فإذا ادعى الخاطب أن المرسل إليها مهر يثبت له حق استرداده في كل الأحوال إذا ادعت المخطوبة أنه هدية حتى لا يثبت للخاطب حق الاسترداد فيما هلك أو استهلك ففي هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب والمخطوبة مدعيا ومنكرا، فأبي الطرفين أقام على ادعائه، كان الحكم القضائي إلى جانبه، لأنه أثبت دعواه بالحجة والبيينة¹ حيث أن الطرفين المتنازعين البيينة تقدم بيينة من لم يشهد له الظاهر، معناه تقدم بيينة المخطوبة لأن البيانات شرعت لإثبات خلاف الظاهر والظاهر في هذا النزاع يشهد للخاطب، لأنه يعطي ليبريئ ذمته، من المهر الواجب عليه.

موقف القضاء الجزائري من التعويض عن الضرر المادي والمعنوي:

القضاء الجزائري لم يهمل بتاتا التعويض عن الضرر المعنوي متى توفرت شروطه و طالب به مستحقوه، وفي قرار رقم 469-1339 المؤرخ في 1975/05/29، إذ قضى عن تعويض الضررين المادي والمعنوي. وقد قضى فيه المجلس الأعلى بتخفيض التعويض الناتج عن الضرر المعنوي معللا ذلك بأنه يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وذلك بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها فعلا، فإن الوضع يخالف ذلك إذا كان التعويض يتعلق بالضرر المعنوي، لأنه يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل، وبذلك يكون القرار غير محتاج لتعليل خاص².

نلاحظ بأن الأحكام التي تقضي بالضرر المعنوي تقوم على أساس السلطة التقديرية للقاضي وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا.

¹ أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية مصر 1997 ص 75-76.

² فضيلي إدريس الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر د ط 2009 ص 215.

وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا ترتب عليه ضرر مادي أو معنوي:

الخطبة وعد بالزواج فقط، ولهذا أجاز المشرع الجزائري لأي الطرفين العدول عنها، وقد ينشئ عن ذلك العدول الضرر المادي أو معنوي لأحدهما، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض للطرف المتضرر على اعتبار أن الخطبة التزام بإتمام الزواج، فإن تخلى أحد الطرفين عن ذلك الالتزام دون سبب وجيه، فإن ذلك يعتبر خطأ منه لكونه اخل بالتزامه وبالتالي يجوز الحكم عليه بالتعويض في حالة ثبوت الضرر المادي أو المعنوي وأما الطرف المتضرر من العدول سوى اللجوء إلى القاضي بطلب التعويض ويبدوا أن المشرع قد وفق إلى أبعد حد لما جمع في التعويض بين الضرر المادي و المعنوي¹ من خلال المادة 05 الفقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"² ويلاحظ أن المشرع لم يجعل التعويض واجبا، وإنما جعله جائزا، لأنه من غير المعقول أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر إلا أن المشرع لم يبين بدقة سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض، فهو ضرر ناجم عن مجرد العدول أو هو ضرر ناجم عن تدليس أحد الطرفين.

كما أن المشرع لم يتبين ما إذا كانت هذه السلطة مطلقة للقاضي أم أن هناك ضوابط تحكم هذا التعويض، فهو لم ينص أصلا على الأسباب التي يتم بموجبها التعويض³.

كل هذه النقاط التي أغفلها المشرع، قد تؤدي إلى إشكالية تضارب مواقف القضاء في الإسناد إلى الأسباب الجدية التي يتم بموجبها الحكم بالتعويض للطرف المتضرر من العدول.

¹ لحسن بن شيخ آث مليوة، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر د ط 2014 ص 27.

² بوجاني عبد الكريم اشكالات العدول عن الخطبة بين النص التشريعي و ضرورة التعديل مجلة الفقه و القانون المغرب العدد 20 ص 71-72.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق ص 103-104.

لم يستقر القضاء الجزائري على أي اجتهاد فيما يخص التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي قد تصاحب استعمال الحق في العدول عن الخطبة، فقد عمد إلى تطبيق النص المتضمن في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري ومن أمثلة ما ورد في ذلك:

القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 25/12/1989: "من المقرر قانونا ان الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى عليه أمام القضاء ،وهو حجة قاطعة على المقر ،ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال ،أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف و رفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون ،ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

2-موقف القضاء الجزائري من ركن التراضي في عقد الزواج:

حق المرأة في التعبير عن الرضا و الاختيار الحر للزوج (عدم منعها من الزواج):

تعتبر حرية الزواج مبدأ أساسياً ، و لما كان أساس العلاقة التي تربط الرجل و المرأة المودة و الرحمة لإنشاء أسرة متكاملة، فقد كان لزاما أن تقوم هذه العلاقة على مبدأ التراضي الذي يعتبر أهم ركن في كافة العقود بصفة ، و هو يعني حرية كل من الرجل والمرأة في مباشرة العقد أو الإعراض عنه، أي حرية كل منهما في اختيار الآخر.

لذلك فإن إصدار المرأة لرضاها بالزواج، يرمي أساسا إلى إظهار رغبتها في تكوين علاقة زوجية مبنية على مبدأ التراضي، مما يشكل مبدأ أساسيا من مبادئ حريتها في الزواج و

¹ قرار المحكمة العليا رقم 56097 غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 25/12/1989 المجلة القضائية 1991 عدد 4

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

اختيار الشخص المرغوب فيه¹ وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله، كانت المادة 12 في فقرتها الأولى تنص على عدم جواز منع الولي للفتاة من الزواج، متى كانت تلك رغبتها وكان الزوج يصلح لها، وإذا وقع المنع فلها اللجوء للقاضي للإذن ، فقد جاءت هذه المادة بقاعدة عامة تشمل البنت عامة بكرة أو ثيبا لها بالزواج على حد السواء، فمتى بلغت السن القانوني للزواج كانت رغبة في ذلك مما يكافئها لا يبطل زواجها ولو منعها وليها من ذلك، فحينها يكون لها أن ترفع أمرها للقاضي ليسرح لها بذلك² ودور القاضي في هذه الحالة هو رفع الظلم والمتمثل هنا في تعسف الولي في استعمال الولاية، أما عن تقدير القاضي للمصلحة، فإنه يسأل الولي عن سبب المنع، فإن وجده جديا وافق على ذلك، و إن كان غير ذلك منعه وأمر بتزويجها، فإن أبى زوجها القاضي³.

يبدو أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة المذكورة أعلاه قد كرس مبدأ حق المرأة في حرية اختيار الزوج وعدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل، والذي أكدت عليه اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لكتّه تراجع عن هذا المبدأ في الفقرة الموالية للمادة 12، وقرر لسنة 1979⁴ إعطاء الولي الحق في منع ابنته البكر من الزواج، إذا كان في هذا الزواج ما يتعارض مع مصلحتها.

إلا أن ذلك لا يعتبر مسوغا للتفرقة بين الثيب و البكر، لأنه وإن نقصت هذه الأخيرة التجربة عن الحياة الزوجية، فإن هذا لا يعني عدم قدرتها على الاختيار الأمثل لشريك الحياة، لما تكون قد أوتيت من ثقافة، علم ودين وما يمكن قوله أن المشرع الجزائري بعد مراجعته لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 قد تخلى تماما عن المادة 12 السالفة الذكر، وأعطى للمرأة الحق في مباشرة زواجها دون أن يكون لوليها أي سلطة عليها والذي أصبح يكتفي فقط بالحضور.

¹ أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، رسالة ماجستير كلية الحقوق بن عنكون، جامعة الجزائر 1998 ص8.

² منادي مليكة بريكه مرجع سابق ص 84.

³ محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية الخطبة و الزواج ج1 دار شهاب للطباعة و النشر، باتنة ص81.

⁴ المادة 16 فقرة ب من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979

حق المرأة في عدم الزواج و رفضه (عدم إجبارها على الزواج):

قام المشرع الجزائري بتعديل المادة 13 بموجب قانون 09-02¹ وألغى تماما نظام الجبر، و بالتالي أصبح الولي غير قادر على إجبار من كانت في ولايته على الزواج، حتى و إن كانت قاصرة .

وفي الأخير، نظرا لأهمية الرضا في عقد الزواج، فإن تخلفه يترتب عليه البطلان المطلق وذلك ما نصت عليه المادة 33/1 من قانون الأسرة، يكون ذلك في كل الأحوال².

إثبات عقود الزواج العرفية:

تثير دعوى إثبات وتسجيل الزواج العرفي، العديد من المنازعات ذات الطبيعة الإجرائية أو الموضوعية، شأنها في ذلك شأن أية دعوى قضائية.

أولا- المنازعات ذات الطبيعة الإجرائية:

باستقراء العديد من قرارات المحكمة العليا، يتضح وأن المسائل ذات الطبيعة الإجرائية، التي كثيرا ما يثار النزاع بين الطرفين بشأنها، تتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وبالاختصاص، و ببعض شروط قبول الدعوى.

أ- المنازعات المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق:

لما كانت المادة (01) من قانون الأسرة، قد نصت على إخضاع علاقات أفراد العائلة لقانون الأسرة³، فإن المنازعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون، لم تقتصر على المنازعات المتصلة بالقانون الدولي الخاص، بهدف تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية بشأنها، إزاء الاختصاص الدولي لمحاكم دولة أخرى، متى كان أحد أطراف المنازعة، الرامية إلى إثبات وتسجيل الزواج جزائريا والآخر أجنبيا.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 05-02 المعدل لقانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 صدر بقانون رقم 09-02.

² المادة 33 من قانون الأسرة.

³ حيث جاء بالمادة الأولى من قانون الأسرة الجزائري ما نصه " تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون ".

1- بالنسبة لشرط سبق الفصل في دعوى إثبات وتسجيل الزواج العرفي:

يعد سبق الفصل في الدعوى، أحد الشروط العامة السلبية، التي يتعين عدم توافرها لقبول الدعوى، إعمالاً للمادة (338) من القانون المدني¹، ومع ذلك فقد استقر الرأي لدى المحكمة العليا، بأن حجية الشيء المقضي به، لا تطبق في قضايا الحالة، كإثبات الزواج والنسب، وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب، بطرق عدة على غرار العقد الصحيح، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وأن القضاء برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب، بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي به، يشكل خطأ في تطبيق القانون².

وأشارت في قرار آخر، إلى أن قضايا إثبات الزواج والنسب، تعد من قضايا الحالة، لا يطبق بشأنها نص المادة (338) من القانون المدني، فكان يتعين على قضاة الموضوع، القيام بإجراء تحقيق للوصول إلى الحقيقة³.

2- بالنسبة لشرط الميعاد في دعوى إثبات وتسجيل الزواج العرفي:

يعد الميعاد بمثابة شرط خاص لقبول بعض الدعاوى، ومنها دعوى اللعان على سبيل المثال، حيث المادة (40) من قانون الأسرة، ومع أنها نصت على أن ثبوت النسب، يتم بالزواج الصحيح، وبالإقرار، وبالبينة، وبكناح الشبهة، وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول، فإنها لم تورد أي حكم صريح، يتعلق بنفيه عند قيام الزواج، فيما يعرف باللعان، وما إذا كانت ثمة

¹ حيث نصت المادة 338 من القانون المدني على أن " أحكام التي حازت قوة الشيء مقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق و لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً".

² أنظر: قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 172 333 الصادر بتاريخ 1979/10/28 مجلة القضاة العدد 1 لعام 1997 ص 42.

³ أنظر، قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 262 912 الصادر بتاريخ 2001/04/18 المجلة القضائية عدد 2 لعام 2002 ص 409.

مدة للتمسك به، وقد استقر الرأي لدى المحكمة العليا بهذا الشأن، بأن دعوى اللعان لا تقبل ما لم ترفع خلال مهلة لا تتجاوز أسبوعا واحدا، تسري اعتبارا من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل¹. أما بخصوص شرط المدة، في دعوى إثبات وتسجيل الزواج، فقد استقر قضاء المحكمة العليا، بأن دعوى إثبات الزواج غير محدد بمهلة معينة، وأن القضاء بإثبات الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج، بناء على شهادة الشهود، ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج، وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته دون اعتراضه، يعد تطبيقا صحيحا للقانون².

ب- المنازعات ذات الطبيعة الموضوعية:

بالرجوع للعديد من قرارات المحكمة العليا، نجد وأن المنازعات الموضوعية المثارة بشأن الزواج العرفي، تتعلق إما بعقد الزواج من حيث وجوده وعدمه، هذه مسألة تتطلب التمييز بين الزواج العرفي وغيره من العلاقات غير الشرعية، وإما تتعلق بصحته.

المنازعات المتعلقة بالزواج من حيث وجوده وعدمه:

لما كان انعقاد الزواج وطبقا للمادة (09) مكرر من قانون الأسرة، يحتاج إلى توافر شروطه المتمثلة في رضا الزوجين المتمتعين بأهلية الزواج، والخالين من الموانع الشرعية، والصداق، والولي، والشاهدين، فمن خلال الرجوع لقضاء المحكمة العليا، يثبت وأنه قد استقر على التمييز بين عدة أمور:

¹ أنظر، قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 2002/12/25 تحت رقم 296 020 بالمجلة القضائية العدد الأول 2004 ص282-284.

² أنظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم71732 الصادر بتاريخ 1999/04/23 المجلة القضائية العدد 2 عام 1993 ص 51.

أ- بالنسبة لقيام عقد الزواج:

استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، بأن إثبات وتسجيل الزواج العرفي، يتوقف على ثبوت قيام عقد الزواج على الوجه الشرعي، ومتى ثبت العكس اعتبر الزواج غير موجود، وبذلك فأية علاقة تكون قد تمت بين طرفي الدعوى، تبقى علاقة غير شرعية.

وتكريسا لهذا التوجه، أشارت في قرار لها أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا بأركان مبينة بوضوح.

وأن تصريح قضاة المجلس بإلغاء الحكم المستأنف، ومن جديد القضاء بصحة الزواج بين الطرفين، اعتمادا على تصريحات شهود، لا يثبت منها توافر هذه الأركان فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع¹، وأضافت أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، لإثبات زواجها العرفي، وأن القضاء برفض طلبها الرامي إلى تسجيل الزواج، يشكل تطبيقا صحيحا للقانون².

وعلى العكس من ذلك، فمتى توفرت الأركان الشرعية للزواج، جاز القضاء بتثبيت الزواج العرفي، مع القضاء في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي، وعليه فمتى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية، وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم، يكون قضاء موافقا للشرع والقانون³.

¹ أنظر قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 34438 الصادر بتاريخ 1984/09/24 المجلة القضائية العدد 1 1990 ص 64.

² أنظر قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 74712 الصادر بتاريخ 1991/05/21 المجلة القضائية العدد 2 لعام 1994 ص 56.

³ أنظر قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 58224 الصادر بتاريخ 1989/12/25 المجلة القضائية العدد 4 عام 1991 ص 110.

ب- بالنسبة لوسائل إثبات الزواج العرفي:

استقر قضاء المحكمة العليا بأن الزواج العرفي، لا يثبت إلا بشهادة العيان، التي يشهد أصحابها بها، أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها، أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم، أن الطرفين كانا متزوجين، ولما كان الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان، أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن القضاء برفض دعوى إثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقا صحيحا للقانون¹.

وتكريسا لهذا التوجه أشارت في قرار آخر، إلى أن القضاء بإلغاء الحكم المستأنف، القاضي بإثبات الزواج العرفي والنسب، ورفض الدعوى من جديد لعدم التأسيس، رغم إثبات الزواج العرفي بمحضر تحقيق وبحكم قضائي، يعد مخالفا للقانون، وأن الزواج العرفي يثبت، متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه، طبقا لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة، ومتى تبين - في قضية الحال - أن أركان الزواج متوفرة، بما فيها الاستماع إلى الشهود والإمام، الذي قرأ الفاتحة، وتعيين المهر، وحضور الولي، فإن القضاء بإثبات الزواج العرفي، المبرم بين المدعية والمرحوم يشكل تطبيقا صحيحا للقانون.

المنازعة حول ركن الرضا:

إذا كان الزواج وحسب المادة (09) و(09) مكرر من قانون الأسرة، لا يصح إلا برضا الزوجين المتمتعين بأهلية الزواج، ويخلو أي منهما من الموانع الشرعية، فقد استقر قضاء المحكمة العليا، بأن تخلف الرضا أو انعدام الأهلية، أو وجود مانع من الموانع الشرعية، ينتج عنه بطلانه.

المنازعة حول الولي:

نزولا عند حكم المادة (09) و(11) من قانون الأسرة، التي نصت على أن زواج المرأة الراشدة، لا ينعقد إلا بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، وذلك

¹ أنظر قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 53272 الصادر بتاريخ 1989/03/27 المجلة القضائية العدد 3

من دون الإخلال بحكم المادة(7) من نفس القانون، بخصوص عدم صحة زواج القصر، ما لم يتم من الأب أو الجد أو أحد الأقارب الأولين، وأن القاضي ولي من لا ولي له، فالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، يعتبر الزواج المنعقد بدون ولي الزوجة، هو زواج باطل بطلانا مطلقا، يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه¹.

الفرع الثاني-التطليق وآثاره وموقف القضاء الجزائري منه:

مشروعية التفريق القضائي (التطليق):

الأصل أن يكون الطلاق بيد الرجل وقد يكون ملكا للزوجة إذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية أن ترفع الأمر للقاضي، ليفرق بينها وبين زوجها وهو ما يسمى بالتطليق ويتم الحكم القضائي بناء على طلب الزوجة، واستنادا على أمر نص عليه القانون على سبيل الحصر وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 25 فبراير بأنه من المبادئ المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الأحق بها².

الشروط الواجب توافرها لرفع دعوى التطليق (التفريق):

يحدد المشرع الجزائري مدة معينة يسقط خلالها حق الزوجة في طلب التطليق، بل أباح لها أن ترفع دعواها التي يجب قبولها متى توافرت الشروط التالية:

- أن لا تكون المرأة عالمة بالعيب وقت العقد³ وأن لا ترضى بالعيب بعد أن تعلم بوجوده.
- أن يكون العيب موجودا أثناء العقد وعند الدخول.
- يشترط للتفريق أن يكون الطرف الطالب للتفريق (المرأة) خاليا من العيوب.
- أن ترفع دعوى التطليق وأن يتأكد وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون أن يرتبط ذلك بزمن معين.

¹ أنظر نص القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص بتاريخ 1966/12/27 المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية الصادرة عن معهد الحقوق، جامعة الجزائر 1968 ج1 ص139.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ط5-د ن- ج1 ص273.

³ النجار عدنان علي التفريق القضائي بين الزوجين، ص194.

اللجوء إلى التفريق (التطليق) للضرر:

يجوز للزوجة التي تدعي أن زوجها قد قام بتجاهلها ونتج عن هذا التصرف ضرر لها سواء في معاملته لها أو في إهانتها أو في عدم القيام بواجباته نحوها، أن تقوم برفع دعوى أمام المحكمة طالبة الحكم بتطليقها، دفعا للضرر الذي حل بها وعليها هي بصفتها مدعية أن تثبت الضرر بكل الوسائل والطرق القانونية الممكنة، وعلى القاضي أن يقدر بعناية واهتمام ما تزعمه من ضرر، وإذا استطاعت أن تقنع القاضي بما لحقها من ضرر وأن تقدم بين يديه كل الحجج والأدلة المؤيدة، فإن القاضي سيحكم بتطليقها من زوجها ليس استنادا لرغبته وإنما استنادا لرغبة الزوجة المدعية بالقانون¹.

كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر:

سبق وأن ذكرنا أن المشرع أتاح للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة، لاسيما البيئة عين للزوجين حكمين واحد من أهله والآخر والإقرار، فإن عجزت عن إثبات ذلك، وعجز القاضي عن الصلح، الخصام بين اشدت عين للزوجين حكمين واحد من أهله والآخر من أهلها للإصلاح بينهما² وهو ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري إذ جاء فيها: "إذا اشدت 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 شهرين³.

وفي ذلك صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 02/01/1989 جاء فيه: " من المستقر عليه قضاء أن الشخص لا يقوم بإجراء ينتفع به غيره، وأن القاضي ملزم بالاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه ويمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته،

¹ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص 270-271.

² منصور نور التظليق و الخلع ص 68.

³ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وإلا كان حكمه قد بناه على أمر غيبي وغير شرعي، وإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا للقانون¹.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته الرجوع إلى بيت الزوجية فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم والقاضي برفض دعوى الطاعن، وقبول طلب الزوجة المتعلق بالتطليق والحكم بتطليقها فإنهم بقضائهم كما 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".

الآثار المنجزة على الحكم الصادر بالتفريق:

بعد معرفة الأسباب التي تخول للمرأة طلب التفريق، جاز لنا معرفة القواعد الإجرائية التي تتبعها الزوجة لرفع دعوى التفريق، حيث أن قانون الأسرة لم يتضمن الإجراءات والقواعد اللازمة لرفع دعوى التفريق، والمحكمة المختصة بالفصل في المنازعات. مما يجعلنا نستأنس بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

شروط قبول دعوى التطليق (التفريق):

أولا-الصفة:

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للصفة ، حيث نص فقط عليها كشرط لقبول الدعوى، لكنها تعتبر تبريرا للمصلحة الشخصية المباشرة وتكون في صاحب الحق أو من يقوم مقامه قانونا أو قضاء أو اتفاقا كالولي والوصي أو الوكيل أي ممثله².

¹ قرار المحكمة العليا رقم: 51906 - غرفة الأحوال الشخصية - الصادر بتاريخ 1989/01/02 المجلة القضائية لسنة 1991 ع1 ص52.

² محمد ابراهيمي، الوجيز في شرح الاجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط3 2006 ج1 ص26-27.

والصفة بهذا المعنى تنطبق على الزوج أو الزوجة نفسها أو أحد ممثليهما قانونا كالمحامي أو الولي أو الوصي وأن يتمتع بأهلية التقاضي بمعنى يكون بالغا سن 19 سنة¹.
وعليه فإن فقد شرط الصفة سيؤدي حتما إلى الحكم بعدم قبول الدعوى، كما يجب أن يكون هنالك نسخة من عقد الزواج ، وأن يقدمها المدعي إلى المحكمة رفقة عريضة افتتاح الدعوى.

ثانيا- المصلحة:

إن ممارسة الدعوى تقتضي في المدعي والمدعى عليه والمتدخل في الخصام توافر المصلحة كما تفترضه المقولة الشهيرة " لا دعوى بدون مصلحة"²، ويجب أن تكون قانونية وشرعية أي أنها تستند على القانون، وأن يكون النزاع المعروض للفصل فيه قد نشأ حقا وقد أعتدي عليه بالفعل³.

وعليه فإن المصلحة في مجال فك الرابطة الزوجية هو أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوج ضد الزوجة هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية وإقرارها، لأن عدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى⁴.

جهة إصدار الحكم بالتفريق (التطلق):

تنظر المحكمة في جميع القضايا المرفوعة إليها، بما فيها قضايا شؤون الأسرة، وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع حسب نص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إذا كان الاختصاص النوعي حسب نص المادة 423 والاختصاص الإقليمي بنص المادة 426.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص342.

² عبد السلام ديب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، المرجع السابق ص 66.

³ محمد ابراهيمي، الوجيز في شرح الإجراءات المدنية، مرجع سابق ص23-26.

⁴ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل المرجع السابق ص329.

طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطلق (التفريق):

الأصل أن جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية، قابلة للاستئناف طبقاً لنص المادة 3 من الإجراءات المدنية والإدارية إلا ما أستثني بقانون خاص.

وجاء في المادة 57 من نفس القانون أن أحكام الطلاق لا يقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام المجالس القضائية إلا في جوانبها المادية لكنها لم تنص على أنها تصدر نهائية.

أولاً- عدم جواز الطعن بالاستئناف:

أخذت بنص المادة 57 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات في هذا المضمار والإطار اعتبرت فيها الأحكام في التطلق غير قابلة للاستئناف¹ وذلك عندما قبلت الطعن فيها بالنقض مباشرة علماً أن الطعن بالنقض لا يجوز إلا في الأحكام الصادرة عن المحاكم ابتدائياً ونهائياً.

وقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/07/21 تحت رقم 98/2001 والذي جاء

فيه:

"عن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست الإجراءات الجوهرية وأن لفظ الطلاق أو التطلق يصدر دائماً نهائياً" وهو الاتجاه الذي تبناه قضاة محكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس ويتبين ذلك من ذلك من خلال الفصل في قضايا التطلق:

الحكم الصادر بتاريخ 2004/09/29 والذي قضى نهائياً بتطبيق المدعية من المدعى

عليه جاء فيه:"

حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعى عليه عن إثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق على زوجته ورعايتها خلال فترة فراره من الالتزام العسكري فإنه وأمام غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطلق بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاث سنوات وثمانية أشهر وذلك منذ فراره من

¹ منصور نورة، التطلق و الخلع مرجع سابق ص73.

الجيش الشعبي الوطني الذي كان عضوا فيه كطيار وأنه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة، ومن هنا يتعين الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطبيق لتأسيسه قانونا¹.

ثانيا-جواز الطعن بالاستئناف:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أحكام التطبيق قابلة للطعن فيها بالاستئناف باعتبار هذا الأخير، أحد طرق الطعن العادية في الأحكام القضائية².

وقد صدر عن المحكمة العليا في هذا الإطار قرار بتاريخ 27/04/1993 قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة في 16/06/1990 والذي صرح بإلغاء الحكم المستأنف فيه والقضاء من جديد بالتطبيق.

وقد جاء في قرار المحكمة "فالقضاء بالتطبيق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصه ذلك أن المادة 57 من نفس القانون لا تجيز الاستئناف في الأحكام بالطلاق والحكم المستأنف لم يقض بالطلاق وإنما بالتطبيق"³.

الحضانة على ضوء القضاء الجزائري:

أعطى المشرع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي في إنهاء الحضانة بما يتسق مع مصلحة المحضون ،وهذا ما جاء في المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.

وقد نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري على (تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62)⁴.

وإذا لم يطلب من له الحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة بدون مبرر شرعي كمن تاريخ النطق بالحكم بالتطبيق سقط حقه طبقا لنص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري⁵.

¹ قرار المحكمة العليا، رقم 2001/98 - غرفة الأحوال الشخصية- بتاريخ 1998/07/21.

² منصور نورة، التطبيق و الخلع، مرجع سابق ص75.

³ قرار المحكمة العليا رقم 89635 بتاريخ 1993/04/27 الصادر عن مجلس قضاء بسكرة في 16/06/1990.

⁴ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁵ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

وطبقا لنص المادة 71 من نفس القانون أنه يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.

وقد صدر في هذا الشأن عن المحكمة العليا قرار 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 ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغر فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم لما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين في كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)¹ .

النسب:

ويثبت نسب الولد لأبيه في الحالات التالية: الزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من قانون الأسرة وهو ما تضمنته المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري² ، كما أنه يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا مانصت عليه 45 مكرر من نفس القانون وعلى أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وذلك وفقا لشروط حددها القانون في نفس المادة.

كما نصت المادة 42 من نفس القانون على أن أقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر حيث ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال فترة حمل 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة وهذا ما نصت عليه المادة 43 من نفس القانون³.

النفقة:

من خلال المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري (تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال)⁴ وهي أثر من آثار التطلاق كما أنها واجبة حتى أثناء قيام الرابطة الزوجية ويبقى حق

¹ قرار المحكمة العليا رقم 59784 بتاريخ 16/04/1990 المجلة القضائية لسنة 1991 ع4 ص126.

² الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁴ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية (أحكام الشريعة و الفقه و العرف و القضاء)

النفقة قائما مادام لم يستغني عنه بالكسب ولا بد للأب من توفير احتياجات الطفل من مأكـل ومشرب وعلاج وهذا نصت عليه المادة 72 من نفس القانون.

والتزام الأب بالنفقة هو التزام مؤقت ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول.

فإذا كان مفقودا أو غائبا أو معسرا أو عاجزا عن الإنفاق على الأولاد هنا تجب النفقة على الأم إذا كان باستطاعتها ذلك حسب نص المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري تنص على (في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك) ويراعي القاضي في تقدير النفقة حالة الطرفين وظروف المعيشة ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم . واستحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى طبقا لنص المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري¹.

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الخاتمة

الخاتمة

بعد إتمامنا لاستعراض الموضوع الخاص بمصادر قانون الأسرة الجزائري المتمثلة في التشريع كمصدر رسمي تشريعي في ما يخص مسائل تكوين الرابطة الزوجية من خطبة وزواج وانحلال الرابطة الزوجية وآثارها المترتبة عنها ولا ننسى أننا تطرقنا للمصادر الاحتياطية الخاصة بالتشريع في مسائل الأسرة نذكر منها الشريعة الإسلامية مكونة من القرآن والسنة والإجماع والمصدر الثاني الفقه أو ما يسمى بالمرجعية الفقهية الإسلامية التي تبناها المشرع في التشريع لقانون الأسرة الجزائري وأيضا العرف كمصدر تشريعي هو الآخر والقضاء هو الآخر يعتبر مصدر من المصادر الاحتياطية ولعل ابرز ما توصلنا إليه من نتائج في كل من المصادر السالف ذكرها يمكننا أن نذكر كالاتي :

التشريع كمصدر رسمي تشريعي في مسائل أحكام الأسرة والشريعة الإسلامية والفقه والعرف والقضاء كمصادر احتياطية أبرزنا النتائج كالاتي:

1. حيث بينت الطبيعة القانونية للخطبة إذ تعتبر وعد بالزواج كأصل عام وقولنا أن نفس الحكم ينطبق على اقتران الفاتحة بالخطبة حسب التعديل قانون الأسرة إلا أن هناك استثناء في الفقرة 2 من المادة 6 حيث جعلها عقد زواج إذ كان الاقتران في مجلس العقد بشرط توافر ركن الرضي و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 من نفس القانون.
2. كما عالجت الطبيعة القانونية الأحكام المتعلقة بالهدايا عند العدول عن الخطبة حيث أن الخاطب إذا عدل عن الخطبة لا يسترد شيئا من المخطوبة مما أهدها كما ألزمه القانون أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له .
3. أن المشرع الجزائري نظم الأحكام القانونية للزواج في قانون الأسرة بحيث جعله عقدا رضائي بمقتضى نص المادة 4 العدل الأمر 05/02.
4. حيث أصبح الرضا عنصر جوهرى و الركن الوحيد في العقد، بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من نفس القانون والتي تعتبر شرطا لصحة الزواج.

5. وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد ألغى تأثير الولي (الأب) على الزواج المرأة البالغة فرغم انه مازال شرطا من شروط عقد الزواج ، إلا أن وجوده أصبح وجودا شكليا، وأصبحت لا تحتاج على موافقته مادام أن لها حرية اختيار أي شخص ليكون وليها.
6. أن قانون الأسرة خاض في مسألة تحديد صور فك الرابطة الزوجية من الناحية القانونية التشريعية بمواد مختصرة دون أن يقوم بالتعريض على مفهوم محدد لهذه الصور في حين عند وقوعه في عجز وعدم وجود نص في أحد هذه الصور يحيل التفصيل الى أحكام الشريعة الإسلامية والذي تم ذكره في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري .
7. المشرع الجزائري أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة اعتبارا من العصمة الزوجية المكفولة له شرعا والتي تكون عادة مصدرها الشريعة الإسلامية التي تعطي الحق للزوج في ذلك مع أنه حق أصيل له ، مع أننا يمكن أن نعتبر الزوج قد تمادى في استعمال حق الطلاق بصورة تعسفية مما قد يترتب عنه التعويض للضرر الحاصل.
8. تناول المشرع الجزائري الإيلاء والظهار واللعان لكونها من صور انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج.
9. أن قانون الأسرة الجزائري لا يزال مبتعدا كثيرا عن تلبية حاجة الناس الضرورية للحماية القانونية من خلال إغفاله الحديث عن الكثير من المسائل ذات الصلة بالحالة الشخصية للفرد.
10. أغلب الإشكالات التي طرحتها مواد قانون الأسرة الجزائري ومن أبرزها موضوع العدة كان مختصرا بتحديد زمن كل عدة في المواد 58 59 60 وفي ذات الوقت لم يعرف العدة على غرار ما قام به كذلك بخصوص الحضانة.
11. في حين ترك المشرع تحديد بدء سريان العدة للفقهاء الذي يعد مصدر احتياطي تشريعي لقانون الأسرة الجزائري والذي لم يكن فيه منسجما (الفقه) مع القانون في هذه النقطة خاصة أن الطلاق من الناحية القانونية لا يكون إلا بحكم قضائي ولا يمكن الحديث عن العدة إلا بعد صدور الحكم.

12. التعارض الحاصل في العدة بين الشريعة الإسلامية والقانون وما آثاره من إشكالات من عدة نواح من بينها اعتبار الطلاق الذي يتلفظ به الزوج دون صدور منطوق الحكم القضائي يعد طلاقاً عرفياً والذي يترتب عنه آثار شرعية خاصة بالشريعة الإسلامية ولا يترتب عنه آثار قانونية إلا بعد صدور حكم طلاق.
 13. التعارض في حساب العدة حيث أن العدة الشرعية تبدأ من تلفظ الزوج بالطلاق أما العدة القانونية تبدأ من صدور حكم القضائي للطلاق.
 14. بالإضافة إلى الإشكالات التي تطرح في الميراث فبمجرد انتهاء العدة الشرعية ولم تنته العدة القانونية هنا المرأة تراث قانوناً لا شرعاً وعكس ذلك صحيح..
 15. فشل محاولات الصلح وفي كل الأحوال يعلق السبب على الزوجين ويمهل القضاء الذي يسرع إلى الطلاق فهو يتم بسرعة.
 16. النفقة هي ما تحتاج إليه الزوجية من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم لها حسب ما تعارفه الناس.
 17. النفقة واجبة بالقرآن والسنة والإجماع.
 18. من أجل الحصول على حق النفقة هناك شروط يجب توافرها في كل من شخص المنفق والمنفق عليه، وإذا ما توافرت هذه الشروط وامتنع من وحيث عليه هذه النفقة فقد يعرضه ذلك إلى العقاب سواء الله عز وجل وعقاب القانون.
 19. إذا لم يثبت نسب الطفل عن طريق الزواج الصحيح أو ما يلحقه فلا يمكن إثباته لا بالإقرار ولا بالبينة ولا حتى بالطرق العلمية، والعكس إذا ثبت به فهو يغني عن اللجوء إلى باقي الطرق.
 20. لم يتطرق المشرع الجزائري لمدة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه حيث ربط الإنفاق بصدور الحكم، فكان من الأحرى أن يحدد مدة بموجبها ترفع الزوجة طلبها إلى القاضي بعدم الإنفاق .
 21. ضمن المشرع الجزائري إجراءات التفريق القضائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمام قسم شؤون الأسرة، كما أن مهمة الحكّمين الإصلاح لا التفريق .
- ومن خلال ما تطرقنا إليه آنفاً وبعد قيامنا بدراستنا توصلنا إلى اقتراحات أهمها:

- 1- يجب مراجعة حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطبة عند العدول أحد الخطيبين و ذلك بربط حق استرجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول في حد ذاته.
- 2- يستوجب تدخل القانون لحسم النزاع مثل ما فعل بالنسبة للهدايا، لأن القضاة عادة ما يصفون صفة الهدايا على المهر
- 3- وجب إعادة النظر في نص المادة 11 على نحو يسمح بتأكيد دور الولي في عقد زواج موليته.
- 4- كما ينبغي أيضا تحديد القاضي المختص الذي يتولى تزويج من لأولي لها.
- 5- أن يكون القاضي حياديا وتفعيل مجلس العائلة .
- 6- تفعيل الصلح القضائي ليصبح حلا لمحاربة ظاهرة الطلاق وليس إجراء قانوني .
- 7- استحداث آلية قانونية وقضائية للحد من ظاهرة الطلاق .
- 8- تكوين لقضاة شؤون الأسرة من الناحية القانونية والإجرائية .
- 9- حالة الطلاق العرفي يستحسن للزوجين معا حالة حدوث الطلاق بالتوجه إلى لجان الفتوى الرسمية.
- 10- إدراج موضوع التنزيل ضمن (عقود التبرعات أي الوصية) وتغيير اسمه من التنزيل إلى الوصية الواجبة ، وذلك لتجنب حساب أنصبة مستحقيه مع أصحاب الميراث لتجنب اللغط والخط بينه وبين الميراث.
- 11- تعديل المادة 132 بكيفية تزيل التعارض مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.
- 12- مسائل قانون الأسرة مرتبطة ارتباطا وثيقا بمبادئ الشريعة الإسلامية إجلالا وحرمة لذلك لا يمكن تجاوزها خاصة في المسائل القطعية.
- 13- التنويه بدور الأعراف السائدة في المجتمع على أن تكون موافقة لأحكام الشريعة.
- 14- عمل دراسة فقهية تطبيقية للمسائل والأحكام المبنية على العرف في سائر موضوعات الفقه .وهذه كانت أهم النتائج التي قمت بإحصائها وفي مقابل ذلك وضعت أبرز الاقتراحات بهذا الخصوص التي من المرجح أن تكون ذا فائدة بإذن الله إلى هنا وضعت رحلتي مع هذه المذكرة إلى هذه النقطة ونحمد الله على توفيقه لنا على إتمام موضوع المذكرة الخاص بمصادر قانون الأسرة الجزائري.

الخطبة

مقدمة

مصادر قانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول: المصادر الرسمية للتشريع (القانون)

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتشريع (القانون)

المطلب الأول: ماهية التشريع وخصائصه

الفرع الأول: ماهية التشريع

الفرع الثاني: خصائص التشريع

المطلب الثاني: عناصر التشريع ومراحل سنه

الفرع الأول: عناصر التشريع

الفرع الثاني: مراحل سن التشريع

المبحث الثاني: أثر التشريع الجزائري على أحكام الأسرة

المطلب الأول: أثر التشريع على تكوين الرابطة الزوجية

الفرع الأول: أثر التشريع على أحكام الخطبة وآثارها

الفرع الثاني: أثر التشريع على أحكام الزواج

المطلب الثاني: أثر التشريع الجزائري على أحكام انحلال الرابطة الزوجية

الفرع الأول: أثر التشريع الجزائري على أحكام الطلاق والتطليق

الفرع الثاني: أثر التشريع الجزائري على أحكام الخلع وآثارها

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية

المبحث الأول : الشريعة الإسلامية والفقہ

المطلب الأول : أثر الشريعة الإسلامية على أحكام تكوين الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارها

الفرع الأول : أثر الشريعة الإسلامية على أحكام الخطبة والزواج

الفرع الثاني : أثر الشريعة الإسلامية على أحكام انحلال الرابطة الزوجية وآثارها

المطلب الثاني : المرجعية الفقهية على أحكام النفقة الزوجية و الحضانة و أحكام النسب
والموارث

الفرع الأول : المرجعية الفقهية على أحكام النفقة الزوجية والحضانة

الفرع الثاني : المرجعية الفقهية على أحكام النسب والموارث

المبحث الثاني : العرف والقضاء

المطلب الأول : اعتبار العرف على أحكام تكوين الرابطة الزوجية

الفرع الأول : اعتبار العرف على أحكام الخطبة والزواج

الفرع الثاني : اعتبار العرف على أحكام انحلال الرابطة الزوجية وآثارها

المطلب الثاني : موقف القضاء الجزائري على أحكام تكوين وانحلال الرابطة الزوجية وآثارها

الفرع الأول : أحكام الخطبة والزواج في ظل القضاء الجزائري

الفرع الثاني : موقف القضاء من أحكام انحلال الرابطة الزوجية وآثارها

الخاتمة

قائمة المصادر و المراجع:

أولاً- المصادر:

1- القرآن الكريم براوية حفص عن عاصم.

كتب اللغة:

- 1- ابن منظور لسان العرب، ط3، دار صادر بيروت.
- 2- محمد ابن أبي بكر ابن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث القاهرة.
- 3- بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري الجزائر دار العلوم 2013.
- 4- بن شينتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية ط2 الجزائر د ن 2009.
- 5- بوضياف عمار المدخل إلى العلوم القانونية في النظرية العامة في القانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري ط2، الجزائر دار الريحانة للكتاب جسر للنشر و التوزيع 2007.
- 6- جعفرور، محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية ج1 ط19 الجزائر دار هومة الوجيز في نظرية القانون 2002.
- 7- جعفرور، محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، ج1، ط 19، الجزائر: دار هومة، 2012.
- 8- الخليلي، حبيب إبراهيم، المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للقانون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.
- 9- زاوي محمدي، فريدة، المدخل إلى العلوم القانونية: نظرية القانون، الجزائر: دار الهدى، 200.
- 10- سي علي، أحمد، مدخل للعلوم القانونية: محاضرات في النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.
- 11- أبو سعود رمضان، الوجيز يف شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1997.

- 12- أمجد ناصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، سنة 1996.
- 13- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار الفكر العرب، سنة 1968.
- 14- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999.
- 15- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزء الأول ، الزواج وطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، سنة 1994.
- 16- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها يف قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، سنة 2013.
- 17- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت الطبعة 5، سنة 1997.
- 18- الإمام أبو محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1971.
- 19- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1971.
- 20- الدكتور محمد محدة، سلسلة قانون الأسرة الجزء الأول الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية، الطبعة 5، شهاب، سنة 1994.
- 21- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون أسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر سنة 1996.
- 22- حسني بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2006.
- 23- الدكتور عبد الرمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري، الزواج و أثاره الجزء الأول، مطبعة دمشق، سنة 1971.
- 24- وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته ج7 دار الفكر الجزائر ط1 سنة 1991.
- 25- الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوجيز في شرح القانون المدني دار النهضة العربية القاهرة سنة 1981.

- 26- إسماعيل أبا بكر علي البارمرني، أحكام الأسرة الزواج و الطلاق بين الشافعية و الحنفية دراسة مقارنة بقانون بالطبعة الأولى الحامد للنشر و التوزيع عمان الأردن 2009.
- 27- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2009.
- 28- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
- 29- الشريف علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، بدون طبعة، دار النشر لبنان 1970.
- 30- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2013.
- 31- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية حسب آخر تعديل له ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر 2007.
- 32- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة التاسعة، دار الكلمة، مصر 1998.
- 33- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 34- الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر تعديلات المدعم بآخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة السادسة، 2010، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.
- 35- مبادئ الاجتهاد القضائي، وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984.
- 36- عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، د.ط، عنابة، 2006.
- 37- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 38- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

- 39- محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية خاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 40- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة، الزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الشهاب، الجزائر، 2000.
- 41- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، 1996.
- 42- البامري إسماعيل أبا بكر عمي، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنيفة والشافعية "دراسة مقارنة بالقانون"، ط1، دار حامد، عمان، الأردن، 2008.
- 43- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والقانون "الزواج والطلاق"، ج 01، د ط، دار الطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1967.
- 44- بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 01، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 45- بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د س ن.
- 46- بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ج 1، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
- 47- السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 02، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007.
- 48- السيد سابق، فقه السنة، ج 02، ط 07، دار الكتاب العربي، بيروت، 1985.
- 49- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والقانون، ط 1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977.
- 50- بن شيوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، د ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 51- الصابوني عبد الرحمن، شرح قانون الأحوال لأشخاصية السوري الطلاق وأثاره، ج 2، ط 05، الطبعة الجديدة، دمشق، 1979.

- 52- بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائر المعدل بالأمر 02-05، د ط، دار الوعي لمنشر والتوزيع، روية، الجزائر 2012.
- 53- فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام "الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب"، دط، دار الجامعية الجديدة لمنشر، الإسكندرية 2004.
- 54- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012.
- 55- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، تحقيق عامر الجزار وعبد هلا المنشاوي، ج 3، دار الحديث، القاهرة.
- 56- محمد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق فريد عبد العزيز الجندي، مج 3، دار الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، 2004 .
- 57- 3- محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، مج 3، دار الفكر، بيروت.
- 58- 4 - الشيخ محمد علي الصابوني،المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت، 1985
- 59- شمس الدين الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد عليش، ج4، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة.
- 60- أبو بكر محمد بن عبد هلا بن يونس الصقلي ،كتاب الفرائض ،تحقيق الدمياطي أحمد بن علي، ط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2012 .
- 61- محمد بن صالح العثيمين ،تسهيل الفرائض ،ط1، دار طيبة ، الرياض، 1983
- 62- أ.د/ محمد الزحيلي ،الفرائض والوصايا والمواريث ،ط1، دار الكلم الطيب دمشق، 2001
- 63- محمد أبو زهرة ،أحكام التركات والمواريث ،دار الفكر العربي ،القاهرة، 1963.
- 64- أحمد دبوس ، جامع أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، موسوعة شاملة ،دار ابن حزم ،القاهرة، 2007.
- 65- د/الرشيد بن شويخ،الوصية والميراث في ق أج ،ط1، دار الخلدونية ،(الجزائر)، 2008.

- 66- د/بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث وفق ق أ ج الجديد، دار هومة (الجزائر) 2013.
- 67- د/ أحمد غرابي " المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في ق أ ج وموقع المذهب المالكي منها"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 23، جوان 2015.
- 68- أستاذ مساعد (أ) كلية الحقوق جامعة جيجل - محام معتمد لدى المحكمة العليا.
- 69- أنظر: نص المادة(72) من القانون رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية.
- 70- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 71- عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 72- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، هـ 1410-1990.
- الكاساني علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986 .

الاجتهادات القضائية:

- 1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10/11/1984، ملف رقم: 34784، المجلة القضائية ع03، 1989.
- 2- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 12/01/1987، ملف رقم: 43864، المجلة القضائية ع01، 1991.
- 3- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 25/12/1989، ملف رقم: 57812 المجلة القضائية، ع03، 1991.

- 4- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/04/23، ملف رقم: 135435 المجلة القضائية ، ع01، 1998.
- 5- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم: 224655، المجلة القضائية ، ع. ، خ2001.
- 6- قرار المحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم :572240، المجلة القضائية ع02، 2010.
- 7- قرار المحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 2011/09/15، ملف رقم :654972، المجلة القضائية ع01، 2011.
- 8- قرار المحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 2011/01/13، ملف رقم: 596191، المجلة القضائية ع02، 2011.

الصفحة	الموضوع
	آية قرآنية
	شكر و اهداء
1	مقدمة
4	الفصل الأول: المصادر الرسمية التشريع (القانون)
5	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتشريع (القانون)
6	المطلب الأول: ماهية التشريع وخصائصه
6	الفرع الأول: ماهية التشريع
8	الفرع الثاني: خصائص التشريع
13	المطلب الثاني: عناصر التشريع ومراحل سنه
13	الفرع الأول: عناصر التشريع
14	الفرع الثاني: مراحل سن التشريع
18	المبحث الثاني: أثر التشريع الجزائري على أحكام الأسرة
19	المطلب الأول : أثر التشريع على تكوين الرابطة الزوجية
19	الفرع الأول: أثر التشريع على أحكام الخطبة وآثارها
25	الفرع الثاني: أثر التشريع على أحكام الزواج
34	المطلب الثاني : أثر التشريع الجزائري على أحكام انحلال الرابطة الزوجية
34	الفرع الأول : أثر التشريع الجزائري على أحكام الطلاق والتطليق
44	الفرع الثاني : أثر التشريع الجزائري على أحكام الخلع وآثارها
50	الفصل الثاني : المصادر الاحتياطية
51	المبحث الأول : الشريعة الإسلامية والفقہ
52	المطلب الأول : أثر الشريعة الإسلامية على أحكام تكوين الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارها
52	الفرع الأول : أثر الشريعة الإسلامية على أحكام الخطبة والزواج
77	الفرع الثاني : أثر الشريعة الإسلامية على أحكام انحلال الرابطة الزوجية وآثارها

101	المطلب الثاني : المرجعية الفقهية على أحكام النفقة الزوجية و الحضانة و أحكام النسب والمواريث
101	الفرع الأول : المرجعية الفقهية على أحكام النفقة الزوجية والحضانة
119	الفرع الثاني : المرجعية الفقهية على أحكام النسب والمواريث
134	المبحث الثاني : العرف والقضاء
144	المطلب الأول : اعتبار العرف على أحكام تكوين الرابطة الزوجية
144	الفرع الأول : اعتبار العرف على أحكام الخطبة والزواج
156	الفرع الثاني : اعتبار العرف على أحكام انحلال الرابطة الزوجية وآثارها
162	المطلب الثاني : موقف القضاء الجزائري على أحكام تكوين وانحلال الرابطة الزوجية وآثارها
163	الفرع الأول: أحكام الخطبة والزواج في ظل القضاء الجزائري
174	الفرع الثاني : موقف القضاء من أحكام انحلال الرابطة الزوجية وآثارها
182	الخاتمة
186	قائمة المصادر و المراجع