الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف ميلة

معهد الحقوق

رقم المطبوعة:...../2025

مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

محاضرات في مادة قانون الأسرة

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق، السداسي الثالث

من إعداد الدكتور: بوصبع فؤاد

الرتبة: أستاذ محاضر قسم – أ-

السنة الجامعية:2025/2024

مقدمة

لقد بقي الشعب الجزائري محافظا على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم شؤون الأسرة سواء قبل الاستعمار أو خلاله رغم المحاولات المذكورة من الاستعمار لتغيير الأحكام المطبقة على الجزائريين في مسائلهم المدنية خاصة ما تعلق بتكوين الأسرة، إذ باءت كل محاولاته بالفشل.

وبعد الاستقلال صدرت بعض القوانين والأحكام لتنظيم الأسرة منها قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم من الزواج وإثبات العلاقة الزوجية وصدرت أوامر متعددة منها الأمر الصادر في 23 جوان 1966، والأمر الصادر في 16 سبتمبر 1969. ثم الأمر الصدر في 22/09/1971 إلى أن ظهر أخيرا قانون الأسرة الجزائري بعد 22 سنة من الاستقلال بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ليعدل بعد ما يقارب 21 سنة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/05/27.

بالرجوع إلى نص المادة 3 من ق.أ.ج التي تنص على أنه : " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة و التربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية "، فإننا ندرك التصور الذي يصنعه المشرع الجزائري نصب عينيه للأسرة المثالية وما يجب أن تكون عليه، و هو تصور مشبع بالمفاهيم الدينية والقيم الأخلاقية التي تقوم على أساسها المجتمعات و الحضارات المختلفة و على وجه الخصوص المجتمعات الإسلامية لذلك نجد أن المشرع قد أخذ قدرا كبيرا من أحكام الشريعة الإسلامية حتى اعتبر البعض أن قانون الأسرة ذو طابع إسلامي ولو بشكل نسبي،

ناهيك عن الطابع الخلقي والاجتماعي وفي المجمل فإن هذا الطابع الإسلامي الذي اكتسبه قانون الأسرة هو ما ساهم في الحفاظ على تماسك ووحدة الأسرة الجزائرية خلال العهد الاستعماري و بعده.

وسوف نتناول المحاضرات الواردة في هذه المطبوعة من خلال أربع محاور على النحو التالي:

المحور الأول: مفهوم قانون الأسرة

1. نشأة وتطور قانون الأسرة الجزائري

لقد قرر الله سبحانه وتعالى لنا الإسلام شرعة ومنهاجا فكان الإسلام دستور الشعوب المسلمة تقتدي بأحكامه في كل مجملات الحياة وعلى رأسها القضاء من كل وجه وجانب. غير أن جناية اللاحقين من الحكام وتكالب أعداء الدين على الأمة بالغزو العسكري والثقافي جعل التشريع الإسلامي يضمحل شيئا فشيئا باعتباره دستور الأمة حتى حصر في كثير من البلدان الإسلامية في قوانين بعينها وأحكام دون غيرها ومن بين هذه القوانين قانون الأسرة، إذ معظم البلدان المسلمة ومن بينها الجزائر تستند وتستمد مصادر هذا القانون من حفاظا على الطابع الإسلامي للمجتمع وقيمه ومبادئه.

وإن كان حال السابقين في القضاء وأحوال الأسرة أن يحكموا بالشريعة ابتداء وانتهاء، فإن اللاحقين عبر العصور شرعوا قوانين تنظم أحكام الأسرة مستمدة من أحكام الشريعة في مجملها[1]، ففي عصر النهضة الفقهية نجد مثلا قانون حقوق العائلة العثماني سنة 1917، والقوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي من سنة 1920 إلى 1952 وقانون حقوق العائلة الأردني لسنة 1951

[1] محمد أبو الزهرة الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق، دار الفكر العربي، القاهرة–مصر 1998، ص40.

وقانون الأحوال الشخصية السوري سنة 1953 ومجلة الأحوال الشخصية المغربية سنة 1957 وغيرها من القوانين.

أما في الجزائر فقد بقي الشعب الجزائري محافظا على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم شؤون الأسرة سواء قبل الاستعمار أو خلاله رغم المحاولات المذكورة من الاستعمار لتغيير الأحكام المطبقة على الجزائريين في مسائلهم المدنية خاصة ما تعلق بتكوين الأسرة، إذ باءت كل محاولاته بالفشل.

وبعد الاستقلال صدرت بعض القوانين والأحكام لتنظيم الأسرة منها قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم من الزواج وإثبات العلاقة الزوجية وصدرت أوامر متعددة منها الأمر الصادر في 23 جوان 1966، والأمر الصادر في 16 سبتمبر 1969. ثم الأمر الصدر في 22/09/1971 إلى أن ظهر أخيرا قانون الأسرة الجزائري بعد 22 سنة من الاستقلال بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ليعدل بعد ما يقارب 21 سنة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/05/2005[2].

2. علاقة مصطلح قانون الأسرة بمصطلح قانون الأحوال الشخصية

ظهر مصطلح الأحوال الشخصية في مطلع القرن 20 وأول من استعمل هذا المصطلح الفقيه المصري "محمد قدري باشا الذي وضع مجموعة فقهية سماها " الأحكام الشرعية في الأحوال

[2] القانون رقم11/84 المؤرخ في 09 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005.

الشخصية"، والمقصود بمصطلح الأحوال الشخصية هي الأوضاع التي تتعلق بأحوال الإنسان كفرد في المجتمع وعلاقته بأسرته وما يترتب عن هذه الأوضاع من آثار قانونية والتزامات معنوية ومادية.

وعليه، فمسائل الأحوال الشخصية هي أحكام الزواج والطلاق والأهلية والنسب والولاية بالوصاية و.... الخ.

غير أن مصطلح الأحوال الشخصية بالمقارنة مع مصطلح قانون الأسرة أوسع من هذا الأخير الذي يتناول الأحكام المتعلقة بالإنسان كفرد في الأسرة والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري جاء شاملا لأحكام الأحوال الشخصية فهو بذلك أقرب إلى هذه التسمية لأنه يشمل الأحكام السابقة الذكر والتي يستفيد منها تنظيم الشخص على مستويين اثنين أولهما تنظيم الشخص في أسرته وثانيهما تنظيم الشخص باعتباره فردا في المجتمع[3].

3. طبيعة قانون الأسرة

بالرجوع إلى نص المادة 3 من ق.أ.ج التي تنص على أنه : " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة و التربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية "، فإننا ندرك التصور الذي يصنعه المشرع الجزائري نصب عينيه للأسرة المثالية وما يجب أن تكون عليه، و هو تصور مشبع بالمفاهيم الدينية والقيم الأخلاقية التي تقوم على أساسها المجتمعات و الحضارات المختلفة و على وجه الخصوص المجتمعات الإسلامية لذلك نجد أن المشرع قد أخذ قدرا كبيرا من أحكام الشريعة الإسلامية حتى اعتبر البعض أن قانون الأسرة ذو طابع إسلامي ولو بشكل نسبي،

[3] فضل العيش، فرح وجبز في قانون الأسرة الجزائري، مطبعة طالب طبعة 2008/2007، ص20.

ناهيك عن الطابع الخلقي والاجتماعي وفي المجمل فإن هذا الطابع الإسلامي الذي اكتسبه قانون الأسرة هو ما ساهم في الحفاظ على تماسك ووحدة الأسرة الجزائرية خلال العهد الاستعماري و بعده.

4. مصادر قانون الأسرة الجزائري

استمد قانون الأسرة الجزائري أغلب أحكامه من المذاهب الإسلامية الأربعة خاصة المذهب المالكي، وقد أخذ في بعض الأحكام من غير المذاهب الأربعة. كما اعتمد المشرع الجزائري على بعض القوانين العربية الإسلامية التي سبقته مع شيء من التعديل بما يوافق مصلحة وعرف المجتمع الجزائري.

ونشير إلى أن قانون الأسرة الجزائري لا يطبق في كل أحكامه الشريعة الاسلامي.

5. مضمون قانون الأسرة الجزائري

يضم قانون الأسرة الجزائري 224 مادة، جاءت المواد الثلاث الأولى بشكل مقدمة أو مدخل عنوانه "أحكام عامة"، ثم قسمت المواد المتبقية ضمن أربعة كتب كالآتي:

الكتاب الأول: الزواج وانحلاله (المواد من 4 إلى 80) وتضمن أحكام انعقاد الزواج وآثاره من حقوق وواجبات ونسب ومسائل انحلال الزواج من طلاق وتطليق وخلع وكذا آثارها من عدة وحضانة ونفقة.

الكتاب الثاني: النيابة الشرعية (المواد من 81 إلى 125) وشمل مسائل الولاية والوصاية والحجر ومسائل المفقود والغائب والكفالة[4].

الكتاب الثالث: أحكام الميراث (المواد من 126 إلى 183).

[4] الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 مرجع سابق.

الكتاب الرابع: أحكام التبرعات (المواد من 184 إلى 220) وبه مسائل الوصية والهبة والوقف. والمواد الأخيرة هي أحكام ختامية من (المادة 221 إلى 224).

6. علاقة قانون الأسرة بالقوانين الأخرى

يرتبط قانون الأسرة بشكل وثيق مع القوانين الأخرى العامة منها والخاصة .

إذ يرتبط بالدستور الذي ينص في المادة 72 على أن تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع، كما يرتبط بشكل كبير مع حقوق الإنسان في إطار الاتفاقيات الدولية، وكذا مع قانون العقوبات في المواد التي تتعلق بالحماية الجنائية للأسرة مثل: المواد 330.331.363 من هذا القانون[5] .

ومع أحكام قانون الإجراءات الجزائية التي تعالج مسائل التحقيق مع الأحداث وكيفية معاملتهم ومحاكمتهم .

وتبدو علاقة قانون الأسرة أمتن من حيث نصوص المواد بالقانون الخاص لاسيما القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الحالة المدنية، إذ أحيانا تكون بعض النصوص متداخلة وأحيانا مكملة لبعضها البعض، (انظر المواد 31،408 467 774 775 ق مدني والمواد 71.77 في الحالة المدنية والمادة 423 وما يليها من في الإجراءات المدنية والإدارية[6].

[5] أنظر المواد، 363، 331، 330، من قانون العقوبات الجزائري الصادر في2016.

[6] أنظر المادة 123، ق ا مدنية الصادر في 2008.

وعلى كل فإن قانون الأسرة مستقل بذاته من فروع القانون الخاص، وذلك رغم ارتباطه بفروع القانون العام، ويمكن القول أن المنظومة القانونية الجزائرية بكل فروعها ابتداء من قانون الأسرة إلى غيره من القوانين كلها تسعى جاهدة الحماية الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع.

الفصل الأول الخطبة الزواج وأحكامه:

يتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الزواج

المطلب الأول: تعريف الزواج

الزواج لغة: هو اقتران وارتباط وازدواج، وفي التنزيل:

(كَذَٰلِكَ وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ) – سورة الدخان، الآية 54– أي قرناهم.

فكل شكل قرن بصاحبه فهو زوج له، يقال زوجت الإبل أي قرنت كل واحد بواحد، وقوله تعالى (وَإِذَا النُّفُوسُ زُوجَتْ) – سورة التكوير، الآية 7 أي قرنت بأبدانها وبأعمالها[7].

أما اصطلاحا فالمقصود بالزواج هو ذلك العقد الذي يفيد حل العشرة بين الزوجين – الرجل والمرأة – بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويجد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات.

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 4 من ق.أ بالنص أن: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان

[7] سورة التكوير الآية 07.

الزوجين والمحافظة على الأنساب " والملاحظ على نص المادة أن المشرع صرح بالأطراف المتعاقدة أي الرجل والمرأة، كما نص على وجوب احترام الشروط الشرعية، إضافة إلى أنه ذكر الغاية من عقد الزواج[8].

وعليه، فإن عقد الزواج عقد رضائي ذو طبيعة خاصة تميزه عن غيره من العقود، كون أنه:

1. عقد يتعلق بذات الإنسان.
2. قائم على التأبيد وآثاره تستوعب حياة الفرد.
3. أساس بناء الأسرة التي يقوم عليها المجتمع.

ولهذه الأسباب فإن عقد الزواج ذو خطورة وأهمية بالغة راعاها الشرع الإسلامي بإحاطة هذا العقد بجملة من القواعد والمبادئ المفروضة التي لا يجوز للطرفين الإتفاق على مايخالفها.

المطلب الثاني: دليل مشروعية الزواج

لقد رغب الإسلام في الزواج، وجاء دليل ذلك في الكتاب والسنة والإجماع نذكر منها:

1. **من الكتاب:** قال تعالى: (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ..) – سورة النساء، الآية 3 –[9]
2. وقوله عز وجل: (وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ). سورة النور الآية 32–

وقوله أيضا: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا... – سورة الأعراف، الآية 189[10].

[8] م 4 من الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[9] سورة النساء الآية3.

[10] سورة الأعراف الآية 189.

3. **من السنة:** قال – صلى الله عليه وسلم: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعله فعليه بالصوم فإنه – رواه الجماعة– وجاء على لسان الرسول – صلى الله عليه وسلم: النكاح من سنتي ومن لم يعمل بسنتي فليس مني» – رواه ابن ماجة–

4. من الإجماع: أجمع المسلمون على أن الزواج مباح ومشروع ومرغب فيه.

المحور الثاني

الخطبة

اعتاد الناس في الغالب أن يعقدوا في معاملاتهم المالية عقودا دون أن يلجؤوا إلى مقدمات تستغرق أمدا طويلا أو تتطلب تكاليف كبيرة، غير أن عقد الزواج نظرا لخطورة آثاره وكثرة تكاليفه وطول آمده لا يقدمون على إنجازه إلا بعد ترو وتدير وقطع مراحل تمهيدية تسبق عقد الزواج سميت بمقدمات الزواج منها الخطبة.

وقد نص المشرع الجزائري فى قانون الأسرة على الخطبة وجعل لها أحكام خاصة والتي ستتناولها بالدراسة فيما يلي:

المطلب الأول

مفهوم الخطبة والحكمة منها

الخطبة لغة – بكسر الخاء من الخطاب وهو الكلام ولها علاقة بكلمة الخطب – بفته حامله الخاء وهو الشأن والحال[11].

أما شرعا فهي التماس أو طلب الرجل الزواج من امرأة تحل له شرعا. وقد عرفها المشرع في قانون الأسرة الجزائري في المادة 5/1 بالقول: " الخطبة وعد بالزواج"، وبذلك يكون التعريف قد تناول مرحلة ما بعد الموافقة على طلب الزواج، فالخطبة التزام يرتب حقوق وواجبات لكلا الطرفين لا سيما عند العدول عنها[12].

والخطبة مستحبة ومشروعة من الكتاب والسنة.

1. **من الكتاب:** قوله تعالى: (وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النساء ...)– سورة البقرة، الآية 235[13].

2. **من السنة:** قوله – صلى الله عليه وسلم –: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه..... أما الحكمة من مشروعية الخطبة، فتظهر في كونها وسيلة للتعارف فيحدث من بداية الأمر الاطمئنان أو الإعراض قبل إبرام العقد بهدف إقامة الحياة الزوجية على أسس سليمة ودعائم قوية بعيدا عن المفاجأة التي كثيرا ما تعرض الزواج للانحلال والقلوب للتنافر والضمائر للتعارض والتنازع.

المطلب الثاني

شروط الخطبة

[11] فيصل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة مرجع سابق، ص 35.

[12] المادة 05 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

[13] سورة البقرة الآية 235.

إن لخطبة النساء شروطا مستحسنة وأخرى واجبة، فمن الشروط المستحسن توافرها في الخطوبة والتي لا تؤثر على صحة الخطبة نذكر:

- أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب، لأن التزوج بالقريبة غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفا، وذلك لقوله – صلى الله عليه وسلم: «اغتربوا لا تضروا».
- أن تكون المخطوبة بكرا ولودا، لقوله – عليه الصلاة والسلام: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم» – رواه أبو داود والنسائي[14] –

أما الشروط الواجبة شرعا، والتي لا تصح الخطبة بدونها فتتمثل في شرطين أساسيين هما:

1. أن تكون المخطوبة صالحة للزواج بمعنى ألا يكون هناك ما يمنع التزوج بها في الحال بأن تكون محرمة عليه على التأبيد: كعمته وخالته وأخته نسبا أو رضاعا، وحينئذ تحرم عليه خطبتها أبدا أوتكون محرمة عليه على التأقيت، كأخت امرأته وامرأة غيره ومعتدته من طلاق أوفرقة، وحينئذ تحرم عليه خطبتها حتى يرفع سبب الحرمة[15].
2. ألا تكون مخطوبة لغيره خطبة شرعية، لأن في خطبتها اعتداء على الخاطب الأول وإيذاء له لحديث ابن عمر عن النبي – صلى الله عليه وسلم: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب بعضكم على خطبة بعض» رواه البخاري ومسلم، وفي رواية: " لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له.

[14] جيرمي بنقام، أصول الشرائع، ترجمة فتحي زغلول، ج1 دون تاريخ، ص 167.

[15] جيرمي بنقام، مرجع سابق ص 162.

ونشير إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا صيغة محددة للخطبة، فيجوز أن تكون الخطبة بالتصريح أو بغيره، غير أنه من الأولى أن تكون الصيغة بعبارة صريحة وواضحة كأن يقول الخاطب لولي المخطوبة : أرغب في الزواج من ابنتك)، كما يجوز أن تكون الصيغة بالتعريض، علما أن المرأة المعتدة من وفاة لا يجوز خطبتها إلا بالتعريض دون التصريح كأن يقول الخاطب لإمرأة أرغب في القرب منكم)، و ذلك لقوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ... – سورة البقرة، الآية 235 –

كما لم يشترط المشرع سنا معينة للخطبة، في حين حدد المشرع سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري في المادة 7 منه بتمام 19 سنة لكلا الزوجين[16].

المطلب الثالث

أحكام الخطبة

الفرع الأول

حكم الخطبة أثناء العدة

اتفق الفقهاء على تحريم خطبة المعتدة من طلاق رجعي سواء بالتصريح أو التعريض، لأنها زوجة والزواج مازال قائما.

[16] المادة 7 من قانون الأسرة مرجع سابق.

أما المعتدة من طلاق بائن، فقد اختلف الفقهاء في حكم خطبتها، فلا يجيز الأحناف الخطبة في هذه الحالة مادامت المطلقة في عدة، وذلك لبقاء بعض آثار الزواج ولما قد ينشأ من عداوة بين الزوج المطلق والخاطب[17].

في حين أن الجمهور لا يجيز هذه الخطبة في حالة الطلاق البائن بينونة صغرى، أما الطلاق البائن بينونة كبرى، فيجوز الخطبة في عدته بالتعريض لا التصريح قياسا على المعتدة من وفاة لقوله تعالى: (وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ) – سورة البقرة الآية 235 –

وعليه فإنه في حال خطب شخص معتدة من طلاق أو وفاة فإنه يكون قد ارتكب أمرا محرما، وإذا عقد عليها أثناء العدة كان العقد باطلا، أما إذا عقد عليها بعد العدة بناءا على الخطبة السابقة خلال العدة، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء، حيث قال الجمهور بصحة العقد أما مالك والأوزاعي فقالوا بعدم جواز هذا الزواج بناءا على مذهب عمر في الزجر والمعاملة بنقيض المقصود.

الفرع الثاني

حكم الخطبة على الخطبة

إن الخطبة على الخطبة غير جائزة شرعا لقوله – صلى الله عليه وسلم –: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب» – رواه البخاري

والملاحظ أنه يجب في حكم الخطبة على الخطبة أن نميز بين ثلاث حالات:

[17] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الخطبة، دار الجامعة الجديدة للنشر 2004، ص16.

إما أن توافق المخطوبة على الخاطب الأول، وإما أن ترفض وإما أن تسكت.

1. حالة الموافقة على الخاطب الأول، فهنا لا يجوز لخاطب آخر أن يتقدم لخطبتها، استنادا لنهي الرسول – صلى الله عليه وسلم –
2. حالة الرفض أو التراجع من الخاطب، فهنا اتفق على جواز الخطبة من أي خاطب آخر لزوال المانع[18].
3. حالة السكوت أو التردد فلم يرد منها لا صريح القبول ولا صريح الرفض وهنا اختلف الفقهاء، إذ يجيز الشافعية الخطبة لأن التردد لا يعتبر موافقة بعد، أما المالكية والحنفية وهو الرأي الراجح، فقالوا بعدم جواز الخطبة من خاطب آخر على هذه الخطبة، لأن التردد فيه مرحلة تفكير وفيه احتمال الموافقة[19].

ونشير هنا إلى أنه في حال خطب رجل على خطبة أخيه وتم العقد فإن حكم هذا الأخير مختلف فيه على ثلاثة أقوال في الفقه:

1. أن العقد صحيح ويؤثر على الخاطب الثاني دينا وليس عليه شيء قانونا، لأن العبرة في القانون هي استيفاء عقد الزواج أركانه وشروطه.
2. بطلان العقد، وهو قول الظاهرية.
3. فسخ العقد قبل الدخول والحكم بصحته إذا تم الدخول وهذا في رأي المالكية.

[18] أحمد قراج حسن، مرجع سابق، ص18.

[19] فيصل العيش، مرجع سابق، ص50.

الفرع الثالث

العدول عن الخطبة

أولا: جواز العدول عن الخطبة

يقصد بالعدول عن الخطبة تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة، لذلك إذا وقع العدول انقضت الخطبة، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة و إبرام العقد دون إرادته، لأن هذا الأخير ينبني على الرغبة المعلنة والإرادة المتبادلة للخطيبين[20].

وإذا كانت الخطبة من مقدمات الزواج كما سبق الإشارة إليه، فهي لا تعتبر زواجا شرعيا فهي مجرد وعد بالزواج لا يرقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار الزواج، وعليه فإنه يجوز العدول عنها والتراجع عن متابعة السير فيها في أية مرحلة من مراحلها، و في أي وقت يريده أحد طرفي الخطبة، وهذا ما نصت عليه المادة 5/2 ق. أ.ج بالقول: " يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ".

ثانيا: آثار العدول عن الخطبة

[20] د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 208.

تتجلى آثار العدول عن الخطبة في ثلاث مسائل تتمثل في: مصير الهدايا المقدمة من الخاطب إلى مخطوبته، وكذا المهر المدفوع سابقا، وأخيرا حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة وعدم إتمام مراسيم الزواج[21].

1. حكم الهدايا حين العدول عن الخطبة:

لقد اتفق الفقهاء في مجملهم على رد الهدايا المقدمة من الخاطب إلى مخطوبته في حالة العدول عن الخطبة، غير أنهم اختلفوا في التفاصيل كالآتي:

فالهدايا في المذهب الحنفي تأخذ حكم الهية، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة كخروج الموهوب من ملك الموهوب له، أو تغيير صفته، وهذا الحكم يستوي أن يكون العدول فيه من الرجل أو من المرأة أو منهما معا.

ويميل أكثر الشافعية إلى وجوب رد الهدايا بعينها إن كانت قائمة، أو بمثلها وقيمتها إن هلكت أو استهلكت سواء كان العدول من الرجل أو المرأة وذلك على أساس أن إبقاء الهدايا بعد العدول لا أساس له كون الهدايا قدمت على أساس إتمام الزواج وهذا لم يتم، بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى الإثراء بلا سبب.

أما الحنابلة فانقسموا إلى رأيين رأي يوافق معظم الشافعية، ورأي آخر مفاده أن الهدايا لا ترد لأن الهبة عندهم لا يجوز الرجوع فيها إلا في هبة الوالد لولده فتأخذ بذلك الهدية حكم الهبة.

[21] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص211.

أما المالكية ففي رأيهم أن الهدية لا تأخذ حكم الهبة العادية، فإذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدية سواء كانت مثلية أم قيمة، وسواء كانت قائمة أم مستهلكة، أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة استردها وإن كانت مستهلكة استرد قيمتها، وهذه الأحكام تسري في حال عدم وجود شروط أو عرف ينافي ذلك[22].

ويظهر لنا أن رأي الفقه المالكي هو رأي عادل وعقلاني فلا يجمع على المهدي ألم العدول عنه وألم الخسارة المالية، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 5/4 و5 ق.أ

التي تنص على أنه: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

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

2. حكم الصداق حين العدول عن الخطبة:

إن الصداق شرط في عقد الزواج وللعاقد أن يقدمه مع العقد أو مع الدخول، لكن قد يقدم الخاطب الصداق (المهر) بمجرد الخطبة دلالة على الرغبة الصادقة في إتمام الزواج ثم يحدث بعد ذلك عدول، فالصداق هنا يرجع للخاطب في كل الأحوال سواء أكان العدول منه أومن المخطوبة لأن ملكيته مازالت قائمة للرجل[23].

[22] محمد أبو الزهرة، مرجع سابق، ص 55.

[23] د . بلحاج العربي–مرجع سابق ص230.

لكن قد يحدث أن تتصرف المخطوبة في الصداق ففي هذه الحالة إذا كان المهر مثليا يسترد الخاطب مثله، وإذا كان قيميا استرد قيمته.

3. حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة:

قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق بأحد الطرفين ماديا أو أدبيا، وخاصة إذا استمرت الخطبة عدة سنوات، كما لو كلف الخاطب نفسه بإعداد مسكن للزوجية المرتقبة ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مبرر أو طلب الخاطب من مخطوبته ترك دراستها أو الاستقالة من وظيفتها، أو إعداد جهاز مهم. كما قد يفوت عنها الخاطب خطابا آخرين، أو يكون في فسخ الخطوبة ما يمس كرامة الطرف الآخر.

ونشير هنا إلى أن الفقه الإسلامي السابق لم يتعرض لهذا الموضوع، نظرا للالتزام بالأحكام الشرعية في فترة الخطبة والانتشار الآداب والأخلاق آنذاك، إذ هي وليدة الأعراف والعادات الجديدة في المجتمع.

وتنص المادة 5/3 ق.آ.ج على أنه: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي[24]

لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض."

وعليه بما أن الخطبة ليست بعقد ملزم فإن مجرد العدول عنها لا يكون سببا موجبا للتعويض إلا في حال اقترن العدول عن الخطبة بأفعال الحقت ضررا بأحد الخطيبين، فهنا جاز الحكم

[24] المادة 5 عقد 03 من قانون الأسرة مرجع سابق.

بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية استنادا للمادة 124 من القانون المدني و توافقا مع مبادئ الشريعة التي قررت " لا ضرر ولا ضرار" وأن " الضرر يزال شرعا "، كما تتفق مع مبدأ إساءة استعمال الحق، فيكون التعويض في الحقيقة ليس عن مجرد العدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر الكلام من الطرفين وإنما عن الخبر الا المالية عن أفعال صاحبت العدول أو سبقته، فتدخل المسألة في التغرير الموجب للضمان[25].

الفرع الرابع

اقتران الخطبة بالفاتحة

جاء في نص المادة 6 ق آج بأن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران به الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون ويفهم من هذا أن اقتران الفاتحة بالخطبة دون توفر ركن الرضا وشروط الزواج لا يجعل من قراءة الفاتحة عقد زواج وإنما قرأت للتبرك فقط.

أما إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة مع توافر ركن الرضا وشروط الزواج من صداق وولي وأهلية وشاهدين والعدام الموانع الشرعية للزواج، كانت تلك الفاتحة قرينة قاطعة على إتمام عقد الزواج شرعا إذ يمكن تسجيله في سجل الحالة المدنية[26].

[25] بدران أبو العنين بدران، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النمقة العربية، القاهرة ط1، 1966، ص471.

[26] المادة 06 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

فالعبرة في اعتبار عقد الزواج من عدمه تكمن في توفر ركن الرضا وشروط الزواج، وليس مجرد الفاتحة وإن كان الغالب في مجتمعنا اقتران الفاتحة بعقد الزواج.

المحور الثالث

أركان وشروط الزواج

إن العقد الزواج أركان خاصة ولكل ركن شروط عديدة ومختلفة وقد وقع الخلاف في بعض الأركان أهي كذلك أم هي مجرد شروط.

وموضوع الخلاف في ذلك يكمن في معنى الركن ومعنى الشرط.

- فالركن عند جمهور العلماء هو ما به قوام الشيء ووجوده فلا يتحقق إلا به، مثل الركون في الصلاة.

أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وليس جزءا من ماهيته كالوضوء للصلاة.

- والركن عند الأحناف هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزءا داخلا في حقيقته

أما الشرط عندهم فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن جزءا من حقيقته[27].

وعليه، فقد اعتبر فقهاء الأحناف ركن العقد الذي يعد جزءا من حقيقته في الزواج هو الرضا (الصيغة) المتكون من الإيجاب والقبول وأضاف جمهور الفقهاء العاقدين ومحل العقد، ويبدو أن المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة 2005 قد أخذ بالمذهب الحنفي، حيث احتفظ بركن واحد

[27] بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق ص 480.

هو الرضا بعدما كانت المادة 9 ق.أ.ج سابقا تنص على أربع أركان، فأصبحت الأركان الثلاثة الأخرى (الولي – الشاهدين والصداق) شروطا بخلاف الرضا الذي بقي كركن[28].

وبذلك يكون المشرع في تعديله الجديد لقانون الأسرة قد فصل بين أركان الزواج وشروطه.

ملف رقم 474897 قرار بتاريخ 2009/01/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 01، ص255)

قضية (ش،س) ضد(س،ح)

الموضوع: زواج – أركان زواج

قانون الأسرة: المادة 09.

فمن المقرر قانونا أنه لا يعد الدخول ركنا من أركان الزواج

المطلب الأول

الرضا

الفرع الأول

مفهوم الرضا

يقصد بالرضا أو الصيغة اللفظ الدال على حصول الزواج وتحققه إيجابا وقبولا. وقد تناول المشرع الجزائري ركن الرضا في كل من المادتين 9 و 10 ق.أ.ج.

[28] المادة 09 من الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة مرجع سابق.

إذ يتضح لنا من نص المادتين أن الركن الأساسي و الوحيد فى عقد الزواج هو الرضا أى الإيجاب والقبول، إذ تنص المادة 10 ق.آ.ج : " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا[29].

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"

وعليه، فالإيجاب هو القول أو اللفظ أو الكتابة أو الإشارة الصادرة عن أحد الطرفين أي المتعاقدين بصفة أولية.

أما القبول فهو الرد من طرف المتعاقد الآخر الدال على موافقته كأن يقول ولي المرأة :زوجتك ابنتي ويجيب الرجل: (قبلت) وغيرها من العبارات، وغالبا ما يصدر الإيجاب من الرجل.

الفرع الثاني

الألفاظ التي تنشأ عقد الزواج

إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه حسب نص المادة 10/1 ق آج التي تقضي بأن تكون الصيغة بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

وبذلك يمكن حصر ألفاظ عقد الزواج حسبما يراه الفقهاء فيما يلي:

- **لفظ الزواج والنكاح:** وهي دالة صراحة على إرادة الطرفين في إبرام عقد الزواج، فهما اللفظان الموضوعان في اللغة الشرعية للدلالة على هذا العقد وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة.

[29] المادة 10 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

– **لفظ الهبة والتمليك:** لم يجز بعض الفقهاء لاسيما الشافعية والمالكية هذه الألفاظ لأنها غير صريحة في إرادة الزواج، لكنها كناية عنه والكناية لا تعلم إلا بالنية، إلا أن المالكية أجازوا انعقاد الزواج بلفظ الهبة إذا ذكر معها المهر، أما إذا لم يذكر فلا ينعقد الزواج ولو قصد به الزواج.

وذلك استنادا لقوله تعالى: (وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ) – سورة الأحزاب. الآية 50–

ولفظ التمليك ورد في قوله – صلى الله عليه وسلم: «اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن.

وقد أجاز أيضا هذه الألفاظ الأحناف لورودها في الكتاب والسنة.

– ونشير إلى أن جمهور الفقهاء يجيز أن يكون اللفظ بأية لغة مادام المتعاقدان والشهود يفهمون المقصود، لأن الصيغة لا يقصد منها إلا الكشف عن الإرادة الداخلية التي هي أساس التعاقد. وإن كان بعض الفقهاء يرون كراهية استعمال غير العربية لدى القادرية النطق بها.

– كما يجيز المالكية والحنابلة والأحناف أن يكون الشخص الواحد ممثلا لطرفي العقد. فيكون موجبا وقابلا في آن واحد مثل: الجد وليا على حفيده والأب الذي في ولايته ابن أخيه[30].

الفرع الثالث

الألفاظ التي يتم بها الزواج

[30] محمد الإزهرة مرجع سابق ص90.

الأصل في الألفاظ الموضوعة للتعبير عن إرادة المتعاقدين لإنشاء عقد الزواج هي ما كانت بصيغة الماضي، كان يقول الخاطب (تزوجتك على مهر قدره كذا، لأن الإرادة قد حصلت قبل اللفظ والفعل الماضي يعبر عن تلك الإرادة وحصولها بما لا يحتمل الوعد أو الشك.

كما أجاز الفقهاء في عقد الزواج إذا كان الإيجاب بصيغة المضارع أو صيغة الأمر أو حتى جملة اسمية مادام القبول يكون بصيغة الماضي، كأن يقول الرجل: أنا متزوج ابنتك بمهر كذا) أو (زوجيني نفسي) أو (أتزوجك بمهر كذا). فتقول: (قبلت).

الفرع الرابع

شروط الصيغة

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الصيغة لذلك وجب الرجوع إلى نص المادة 222 ق آج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وتتمثل شروط الصيغة في:

1. إتحاد المجلس، أي صدور القبول والإيجاب في مجلس واحد دون أن يفرق بين الإيجاب والقبول بفاصل يدل على إعراض الطرف الآخر[31].
2. أن يكون القبول موافق للإيجاب في جميع جزئياته .
3. أن يكون الإيجاب والقبول بألفاظ مفهومة بين الطرفين بما يفيد معنى النكاح شرعا أولغة أوعرفا، إذ يجوز في حال كان أحد المتعاقدين عاجزا عن التعبير كالمريض أو الأخرس أن يكون الإيجاب

[31] بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص480.

والقبول بالكتابة أو الإشارة المعلومة، وهذا ما نصت عليه المادة 10/2 ق.أج بالقول : " يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة.[32]"

4. في حالة المراسلة وجب حضور الشهود وكذا في حالة تعذر حضور أي من الطرفين الرجل أوالمرأة)، ويشترط قراءة الرسالة أمام الشهود وأن يصدر القبول مباشرة في المجلس.
5. أن تكون الصيغة منجزة غير معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن في المستقبل، فلا يصح مثلا أن يقول الولي: قبلت تزويجك ابنتي إذا نجحت وتخرجت)، فهذه العبارة تدخل في مجال الوعد بالزواج وليس العقد[33].
6. وقد ألغى الأمر 05-02 المادة 20 التي كانت تجيز الوكالة في عقد الزواج.

الفرع الخامس

مدى تطبيق عيوب الرضا في عقد الزواج

كما نعلم فعيوب الرضا هي ثلاثة: الغلط والإكراه والتدليس ومن الفقهاء من يضيف إلى هذه العيوب الغين (أو الاستغلال).

ونجد في القانون المدني الجزائري نصوص جاءت بأحكام تتعلق بعيوب الرضا تضمنتها المواد من 81 إلى 91

[32] الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة م10 مرجع سابق.

[33] بن بدوي عبد العظيم الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز دار الكتاب مالك، طبعة ثالثة 2001، ص70.

وعقد الزواج كغيره من العقود يمكن أن يتعرض لأحد عيوب الرضا والتي يمكن إبرازها في الحالات التالية:

- **الإكراه:** كحالة الشخص المقبوض عليه والمتهم بارتكاب جناية هتك عرض (جريمة اغتصاب والذي يجبر على عقد الزواج مع الضحية بقصد تخفيف العقوبة المسلطة عليه. وكذلك الصورة التي تضمنتها المادة 13 ق.آ.ج، في حالة ما يجبر الولي من في ولايته على الزواج أو يريد أن يزوجها بدون موافقتها[34].
- **الغلط:** قد يحدث ذلك في عقد الزواج وذلك في شخص العاقد إذا كانت شخصية العاقد محل اعتبار في العقد، كما هو الحال عند إخفاء الزوج أو سكوته عن عجزه الجنسي حين العقد.
- **التدليس:** ويتمثل في عقد الزواج في الخديعة باستعمال طرق احتيالية توقع الشخص في وهم يدفعه إلى التعاقد.

الفرع السادس

أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج

ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الزواج باطل أو منعدم في حالة تخلف ركن الرضا في العقد،فلا يرتب أي أثر قبل الدخول ولا يحل به الدخول.

[34] المادة 13 من الأمر 05-02 مرجع سابق.

أما بعد الدخول فيقول بوجوب التفرقة بين الزوجين وإلا اعتبر زنا وأوجب إقامة الحد، فلا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة، كما أنه لا يرد طلاق، أما النسب فقد اختلف فيه الفقهاء فقال الجمهور بعدم ثبوته عكس الحنفية التي قالت بثبوته[35].

وعليه و حسب المشرع الجزائري فإن الزواج يكون باطلا بطلانا محققا لاختلال ركنه الأساسي أي ركن الرضا، وهذا ما قضت به المادة 33/1 ق أ.ج بالنص على أنه: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا[36]."

ذلك أنه لا يجوز الزواج بدون رضا سليم واختيار ملؤه الحزم والحرية.

المطلب الثاني

شروط عقد الزواج

إن الزواج ذو مكانة سامية والعقد فيه هو من صنع الشارع وهذا حفاظا على قدسية العقد، فلا تخضع الرابطة الزوجية لأهواء الناس ولا يخرج بذلك الزواج عن معناه وما يحيطه به الشارع من تقديس لكن هذا لا يمنع من إضافة بعض الشروط للعقد، وهذا ما تضمنه قانون الأسرة الجزائري إذ نص على خمسة (05) شروط شرعية في المادة 9 مكرر منه، بالإضافة إلى شروط اتفاقية تضمنتها المادة 19 من نفس القانون، وكذا شروط قانونية تتضمن الجوانب الشكلية لإبرام عقد الزواج[37].

الفرع الأول

[35] د بلحاج العربي –مرجع سابق ص250.

[36] انظر المادة 1/33 من الأمر 05-02 مرجع سابق

[37] عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية وقانونية، دار البصائر الطبعة1 ص 100.

الشروط الشرعية في عقد الزواج

طبقا للمادة 9 مكرر ق آج فإنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية. الزواج – الصداق – الولي – شاهدان – انعدام الموانع الشرعية للزواج.

وسنتناول هذه الشروط بالدراسة كل على حدة فيما يلي:

أولا: الأهلية

يقصد بالأهلية تلك الوضعية القانونية التي تسمح للشخص بإبرام التصرفات المختلفة والتي ترتب آثارا صحيحة ومعترفا بها قانونا. وقد اشترط المشرع الجزائري عند إبرام عقد الزواج توافر الأهلية في كل من الزوجين وتناولها في مختلف قوانين الأسرة السابقة ابتداء من الأمر الصادر في 1959/04/04 والذي نص في المادة 05 منه على أن أهلية الزواج بالنسبة للرجل هي 18 سنة كاملة وبالنسبة للمرأة هي 15 سنة كاملة. ومع ذلك لرئيس المحكمة بناء على دوافع قوية الإعفاء من شرط السن.

وجاء القانون رقم 63–224 لينص في المادة الأولى منه على أن أهلية الزواج للرجل هي 18 سنة كاملة أما المرأة فهي 16 سنة كاملة، وأجاز كذلك لرئيس المحكمة الترخيص للزواج قبل ذلك السن الدوافع قوية بعد أخذ رأي وكيل الدولة ووكيل النيابة.

ثم جاء قانون الأسرة رقم 84–11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ليعدل بدوره من أهلية الزواج وذلك في المادة السابعة منه والتي تنص على أن أهلية الزواج للرجل هي 21 سنة كاملة وللمرأة 18 سنة كاملة، وللقاضي الإعفاء من شرط السن المصلحة أو ضرورة.

وأخيرا جاء الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 والذي عدل بموجبه من أهلية الزواج،إذ تنص المادة 07 منه على أنه : " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"[38].

بالنسبة لترخيص القاضي فنشير إلى أن القاضي يستند عند تقديمه للترخيص بالزواج قبل السن القانونية على جملة من الظروف، كحالة خطف القاصر ومن ثم عرض الزواج بها على خاطفها سترا لها وحفاظا على مستقبلها مقابل إسقاط المتابعة الجزائية عنه.

وكذلك حالة القاصر المشردة والمتسولة في حالة تقدم أحد للزواج منها وكانت بنيتها الجسدية تسمح بزواجها وقبلت هي به.

أما عن أهلية التقاضي فإنه في حالة وقوع نزاع بين الزوجين فللزوج القاصر سواء كان الرجل أو المرأة أن يرفع دعواه مباشرة أمام القضاء باسمه، فمثلا في دعوى الطلاق نجد " عندما يكون الزوج المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه:" عندما يكون الزواج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة "، ونجد مثل ذلك ونحوه في المادة 81 وما يليها من ق. أ.ج.[39]

[38] المادة 07 من الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة مرجع سابق.

[39] المادة 81 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

كما أن المشرع الجزائري اعتبر الأهلية شرطا من شروط الزواج وذلك ما نص عليه في المادة ومكرر من قانون الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المترتب في حالة مخالفة السن القانوني خلافا لقانون 1963 الذي ينص على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية والموثق والزوجين وممثليهما وكل الشركاء الذين لم يحترموا السن القانوني بالحبس والغرامة أو إحدى العقوبتين.

ثانيا: الصداق

1. تعريفه

الصداق لغة مأخوذة من الصدق للدلالة على حسن وصدق النية.

أما شرعا فقد عرفه الفقهاء بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الاقتران بها، ودليل مشروعيته قوله تعالى: ﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ تمام 19 – النساء الآية 4 شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا) نحلة أي هبة وعطاء عن وليس بأي حال من الأحوال بدلا كالثمن والأجرة وإنما هو هدية من الزوج لزوجته لتقريب القلوب وإعانة منه لها على مصاريف الزواج وجهازها ... الخ.[40]

وقد عرف المشرع الجزائري الصداق في المادة 14 من ق.آ.ج بالقول: " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك تتصرف فيه كما تشاء.

2. تكييف الصداق:

[40] أنظر. عبد القادر داودي مرجع سابق ص120.

على الراجح من آراء الفقهاء أن الصداق حكم من أحكام عقد الزواج والذي من آثاره وحق من حقوق الزوجة وليس ركنا ولا شرطا في انعقاده، غير أن المشرع الجزائري ينص صراحة في – قانون الأسرة على أن الصداق شرط من شروط عقد الزواج وذلك في المادة 9 مكرر التي تنص على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: – أهلية الزواج – الصداق ..."

3. **مقدار الصداق:**

اختلف الفقهاء في تحديد مقدار الصداق سواء في حده الأدنى أو الأعلى، فمنهم من اعتبر حده الأدنى عشرة (10) دراهم، ومنهم من اعتبره ربع (4/1) دينار ومنهم من اعتبره خمسة (05) دراهم، ومنهم من لم يعتبر للمهر حدا أدنى بل كل ما يصدق عليه اسم المال يصلح أن يكون مهرا لقوله تعالى:

(أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَلِكُم تُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ) – النساء الآية 24 – فكل ما يسمى مالا قل أو كثر تصح تسميته مهرا لقوله – صلى الله عليه وسلم –: «... التمس ولو خواتم من حديد... – متفق عليه والخاتم من حديد لا يساوي 10 ولا 05 و03 دراهم، وليس للمهر حدا أعلى وفي ذلك قوله تعالى:

وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَتْهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا.) – سورة النساء، الآية 20 [41]–

وقد حث رسولنا – صلى الله عليه وسلم على تيسير الزواج بعدم المغالاة في المهور، ومن

[41] سورة النساء الآية 20.

ذلك قوله – صلى الله عليه وسلم –: «خير الصداق أيسره».

وفي قانون الأسرة الجزائري فإن الصداق لا يخضع في تحديد قيمته إلا لإرادة الطرفين، إذلا توجد معايير معينة لذلك إلا أنه في حالة الخلاف يؤخذ بمهر المثل وهو المقدار المعمول به في المحيط الاجتماعي للزوجين إذ تنص المادة 15 من ق.أ على أنه : " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل ". والأصل أن يدفع المهر وقت إبرام عقد الزواج، وللزوجة أن ترفض الانتقال إلى بيت الزوجية حتى يدفع لها كامل صداقها، أما إذا انتقلت إلى بيت الزوجية وتم الدخول فيعتبر ذلك قرينة على موافقتها على تأجيله[42].

4. شروط الصداق:

- أن يكون الصداق مقوما أي عنده قيمة معتبرة
- أن يكون مباحا ومشروعا
- أن يكون محددا في العقد طبقا لنص المادة 15 من ق.أ.ج. وفي حالة عدم تحديده تستحق الزوجة صداق المثل.

[42] نصر سليمان وسعاد سطحي، مرجع سابق ص97.

ومن خلال نص المادة 15 من ق. أ.ج نستنتج أن المهر إما أن يكون مسمى ويقدم معجلا أو مؤجلا جملة أو بالأقساط، وإما أن يكون للمرأة مهر المثل في حال لم يسمى الصداق وقت العقد[43].

5. مؤكدات المهر:

يتأكد المهر في العقد الصحيح في ثلاث حالات:

أ. الدخول الحقيقي:

وقد نصت عليه المادة 16 من ق.آ.ج بالقول: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول..،ويقصد بالدخول " الدخول الحقيقي إذ يؤكد المهر المسمى وقت العقد أو المتفق عليه بعده أومهر المثل، فإذا حصل دخول لا يسقط المهر إلا بإبراء الزوجة أي تنازلها عنه و مسقطاته الواردة في القرآن الكريم والحديث والقياس ذلك أن الزوجة تكون بالدخول قد أوفت ما التزمت به أو جله فيكون على الزوج الوفاء بالحقوق التي وجبت عليه وفي مقدمتها المهر[44].

ب. الموت:

وقد نصت عليه أيضا المادة 16 من ق. أ.ج. إذ تنص: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أوبوفاة الزوج .....

[43] المادة 15 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

[44] المادة 16 من الأمر نفسه مرجع نفسه.

وللفقهاء في هذا تفصيل إذ الموت يؤكد المهر سواء أصاب الزوج أو الزوجة فهو ينهي عقد الزواج وقد تقررت أحكامه ومنها الميراث والمهر.

إذ اتفق الفقهاء على الموت الطبيعى وعلى قتل أجنى لأحدهما لأنه كالموت الطبيعي لا يد إذا اتفقا عليه وكذلك على قتل الزوج لزوجته، لأن الجناية الغير التي سقطت حقا واجبا عليه وكذلك على قتل الزوج نفسه، لأن ذلك لا يسقط حقوق الغير التي ترتبت بذمته.

أما قتل الزوجة لزوجها فيسقط المهر كله عند الجمهور، لأنها إن فعلت تحرم من الميراث فأولى أن تحرم من المهر.

ج. الخلوة الصحيحة:

سكت عنها المشرع الجزائري إلا أن الفقهاء المسلمين متفقين على كون الخلوة الصحيحة والتامة موجبة ومؤكدة للمهر كاملا.

ويقصد بالخلوة الصحيحة، أن يجتمع الزوجان في مكان أمن من إطلاع الغير عليهما، حيث لا يوجد ثمة مانع حقيقي أو طبيعي أو شرعي فإذا حصل الاجتماع على هذا النحو، فقد حصلت الخلوة وتأكد المهر ووجبت العدة ولو لم يحصل في الاجتماع شيء[45].

- **المانع الحقيقي:** فهو أن يكون بالزوجة ما يمنع الدخول بها كأن تكون صغيرة أومريضة أوبها عيب يمنع من الدخول بها وأن يكون بالزوج ما يمنعه من الدخول بها كأن يكون صغيرا أومريضا.

[45] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مرفق بنماذج قضائية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص45.

- **المانع الطبيعي:** فوجود شخص ثالث معهما لأن الطبع يمنع الدخول مع وجوده، ولا فرق بين أن يكون هذا الشخص صاحيا أو نائما، أعمى أو بصيرا أو صبيا إذا كان يفهم الأشياء.
- **المانع الشرعي:** فهو أن يكون أحد الزوجين في حال تمنعه شرعا من الدخول كالصوم والإحرام والحيض فإذا كان من ذلك شيء فإن الخلوة لا تكون صحيحة. وتجدر الإشارة إلى بعض الأحكام التي تختلف فيها الخلوة عن الدخول الحقيقي:

❖ **الإحصان:** وهو الزواج مع الدخول الحقيقي والخلوة لا تقوم مقام الدخول الحقيقي فيه فإذا زنى رجل وامرأة وكانا محصنين الحد هو الرجم بشرط الدخول الحقيقي لا الخلوة.

❖ **حرمة البنات:** فالدخول بالأمهات يحرم البنات حرمة مؤبدة بشرط الدخول الحقيقي لا الخلوة[46].

❖ **حرمة المطلقة ثلاثا على مطلقها:**

فالمطلقة ثلاثا لا تحل لمطلقها إلا بعد أن يتزوجها رجل آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم عزرا يطلقها وتنتهي عدتها، ولا تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول الحقيقي.

❖ **الرجعة:**

إذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول الحقيقي كان له أن يرجعها خلال العدة في الطلاق الأول أو الثاني أما في حالة الطلاق بعد الخلوة فلا تثبت الرجعة[47].

6. النزاع في الصداق

[46] طاهري حسين، مرجع سابق ص50.

[47] طاهري حسين، مرجع نفسه ص52.

تقضي المادة 17 من ق. أ ج بأنه: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أوورثته مع اليمين "[48].

وعليه، فقبل الدخول يكون الأخذ بقول الزوجة لأن الأصل عدم تسلم المهر والزوجة هي التي تدعي بعدم استلامها المهر فيكون إدعاؤها موافقا للأصل، أما بعد الدخول فالأصل هو تقديم المهر ويؤخذ بقول الزوج بعد الدخول لأنه موافق للأصل ويلزم في كل حالة أن تؤدي سواء الزوجة وورثتها أو الزوج وورثته اليمين أمام القاضي.

كما يمكن أن يحصل اختلاف بين الزوجين في وقوع الخلوة من عدمه كأن تطالب المطلقة بالمهر كاملا لأنه اختلى بها، وقال الزوج بنصف المهر، لأن الطلاق وقع قبل الدخول ولم تسبقه خلوة، فالقول قول المرأة مع يمينها لأن الأصل هو ثبوت المهر كله في ذمته بالعقد وخلاف الأصل ثبوت نصفه، وهي تدعي الأصل لذا فالقول قوله[49]

3. حالات سقوط المهر

في حالة انعدام مؤكدات المهر من دخول حقيقي أو حكمي (خلوة) أو موت كان هذا المهر عرضة للسقوط كله أو نصفه على الوجه التالي:

1) سقوط نصف المهر:

[48] المادة 17 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

[49] نصر سلمان، مرجع سابق ص100.

نص عليه المشرع في قانون الأسرة الجزائري وذلك في المادة 16 منه بالقول: ".. وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. وهذه الحالة تكون عند قيام عقد صحيح بين الزوجين ووقوع الطلاق بينهما بعد ذلك قبل الدخول.

2) سقوط كل المهر:

أ. يسقط المهر الغير مؤكد بدخول حقيقي أو خلوة كله إذا كانت الفرقة من جانب الزوج (الطلاق) باستعمال حقه الشرعي، وهو الفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة في حالة كان مضطرب العقل.

ب. إذا كانت الفرقة فسخا من جانب المرأة وكانت بمعصية منها كردتها، أوبفاحشة فعلتها مع أحد أصوله أوفروعه، لأن المعصية لا توجب حقا، ولأن الفسخ جاء من جانية ما لم يؤكد بدخول أوخلوة.

ج. إذا كانت الفرقة من جانبها وكانت باستعمال حقها الشرعي وهو الفسخ بخيار البلوغ اوالإفاقة ما لم يؤكد بدخول أو خلوة[50].

د. في حالة برأت المرأة زوجها من المهر قبل الدخول أي تنازلت له عنه أووهبته له به فيسقط المهر بإسقاطها له لا بحكم الشارع.

4. جزاء تخلف شرط الصداق

ذلك ما نصت عليه المادة 33/2 من ق. آج، فإذا تم الزواج بدون صداق يفسخ قبل الدخول (أي العقد) ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

[50] د .بلحاح العربي، مرجع سابق ص260.

ثالثا: الولي

1. مفهوم الولي:

الولاية – بكسر الواو – لغة هي المحبة والنصرة، ومنه قوله تعالى:

(وَمَن يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَالَّذِينَ ءَامَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ) سورة المائدة الآية 56[51]

أما اصطلاحا فهي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.

ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسيين هما: ولاية إجبار وولاية اختيار.

أ. **ولاية الإجبار:** تكون هذه الولاية على الفتاة البكر أو الصغيرة غير البالغة حيث أن للولي – السلطة في تزويجها وقد أجاز الفقهاء قديما تزويج الصغار دون انتظار موافقتهم لكن ف العصر الحديث الغيت ولاية الإجبار وهذا ما تؤكده المادة 13 ق.آ.ج بالنص على أنه: " لا يجوز للولي أبا كان أوغيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ".[52]

ب. **ولاية الاختيار:** وتسمى ولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة الراشدة، فلها حق الاختيار بين القبول والرفض شرعا في جل المذاهب الفقهية، وإنما يبرم الولي لفظها نيابة عنها ورأي الجمهور أن الولي هو الذي يبرم عقدها بعد استئذانها فالمرأة بذلك تشترك وليها في اختيار الزوج.

[51] سورة المائدة الآية 56.

[52] المادة 13 من الأمر 02/05 مرجع سابق

2. شروط الولي

يشترط في الولي بعض الشروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه.

أ. الشروط المتفق عليها:

1) كمال الأهلية بالبلوغ والعقل والحرية، كون أن الولاية تتطلب كمال الحال.

2) اتفاق دين الولي والمولى عليه فلا ولاية لكافر على مسلمة ولا مسلم على كافرة عند الحنابلة والحنفية، وقال الشافعية وغيرهم يزوج الكافر الكافرة، وقال المالكية يزوجالكافرة الكتابية مسلم ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر.

ب. الشروط المختلف فيها

1) الذكورة: شرط عند الجمهور غير الحنفية فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى لأن المرأة لا يثبت لها الولاية على نفسها فعلى غيرها أولى.

2) العدالة وهي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، وهي شرط عند الشافعية والحنابلة فلا ولاية لغير العدل وهو الفاسق[53].

وذهب الحنيفية والمالكية إلى أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية، لأن حق الولاية عام ولم ينقل أن وليا في عهد الرسول – صلى الله عليه وسلم ومن بعده منع التزويج بسبب فسقه، وهذا الرأي هو الراجح

[53] عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص108.

3)الرشد: ومعناه عند الحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح لا حفظ المال، لأن الرشد كل مقام بحسبه، ومعناه عند الشافعية عدم تبذير المال، وقال الحنفية والمالكية: ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرط في ثبوت الولاية[54].

4) الخلو من الإحرام بحج أو عمرة: فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح، فإن عقد فسخ العقد أبدا، ومثله إحرام الزوجين.

5) عدم الإكراه فلا يصح الزواج من مكره ذكره المالكية وهو شرط في صحة كل العقود.

3. أحكام الولاية في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر ق أ.ج على أن الولي شرط أساسي في عقد الزواج، كما أكد ذلك في المادة 110/1 ق آج بالقول أنه: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليا وهو أبوها أواحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره..."[55]

وفي هذه المادة نلاحظ أن المشرع أسند أمر مباشرة الزواج إلى المرأة الراشدة بخلاف ما كان عليه الأمر في المادة القديمة والتي كانت بالصيغة التالية: " يتولى زواج المرأة وليها .... كما يتضح لنا من نص المادة أن المشرع وسع من دائرة الولي، بحيث يمكن لأي شخص تختاره المرأة الراشدة أن يكون لها وليا، فهذا التوسيع جاء مطلقا فلم يقيده المشرع في حالة عدم وجود الأب أو الأولياء ذوي القربى عموما، علما أن الشريعة الإسلامية تراعي في ذلك ترتيب العصبة، فيكون الأب ثم الجد

[54] عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص112.

[55] المادة110 فقرة1 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

ثم الأخ ثم العم ..... مع مراعاة درجة القرابة فإذا لم يكن هناك أحد الأقارب كان القاضي ولي من لا ولي له دون الذهاب لأي شخص آخر تختاره فالأفضل أن يكون القاضي هو الولي في حالة عدم وجود الأولياء الأقارب، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري بالنسبة لزواج القصر حيث نص في المادة 2/11 ق. أ.ج على أنه " يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

كما ألغى المقنن الجزائري بمقتضى المادة 13 ق ا ولاية الإجبار بالنص أنه: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ".[56]

3. أثر تخلف شرط الولي

تقضي المادة 33 ق أج بأنه إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه، فإنه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

وبذلك فإن شرط الولي في قانون الأسرة الجزائري هو شرط من شروط العقد الأساسية.

رابعا: الشاهدان

اتفق جمهور الفقهاء على اشترط حضور شاهدين اثنين في عقد الزواج لحديث أمنا عائشة (رضي الله عنها أن الرسول – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» – صحيح ابن حبان أما المشرع الجزائري فقد اعتبر الشهادة شرطا من شروط عقد الزواج موافقا بذلك رأي الجمهور وذلك بالنص على هذا الشرط في المادة 9 مكرر ق أج والحكمة من اشتراط الشاهدين

[56] المادة 33 من الأمر نفسه، مرجع نفسه.

في عقد الزواج هي إعلان الزواج وإخراجه من السرية، وإثبات حقوق الزوجين وورثتهما في حالة وقوع خلاف بعد الزواج.

1. الوقت الذي تجب الشهادة فيه:

ذهب جمهور الفقهاء – وهو الرأي الراجح – إلى أن الشهادة تجب وقت إنشاء العقد والنطق بالإيجاب والقبول ليسمع الشهود كلام المتعاقدين ويرجع إليهما في حال النزاع.

أما المالكية فقد جعلوا الشهادة بالخيار، إما وقت العقد أو وقت الدخول، ويوجبون الإعلان وعدم اشتراط الكتمان على الشاهدين.

2. شروط الشاهدين

يشترط في الشاهدين ما يلي:

1) الأهلية: إذ يشترط أن يكون الشاهدين بالغين عاقلين، فلا تصح شهادة غير العاقل والصبي.

2) الإسلام: إسلام الشاهدين متفق عليه، وكون أن لهذا العقد اعتبارا دينيا فإذا كان الزوجان مسلمان لابد أن يشهد عليه من يدين بدين الزوجين، أما إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية أي يهودية أو نصرانية فقد ذهب أبو حنيفة إلى جواز شهادة الكتابي في مثل هذا العقد. أما الجمهور فذهبوا إلى عدم جواز ذلك[57].

[57] طاهري حسن، مرجع سابق، ص70.

3) سماع الشهود كلام المتعاقدين وفهمه: فلا تصح شهادة الأصم والذي لا يفهم اللغة، ولا تصح كذلك شهادة النائم، وقد أجيزت شهادة الأعمى عند الجمهور إذا كان يميز صوت العاقدين على وجه لا شك فيه لأن هذه الشهادة على القول فتصح كما في المعاملات.

4) تعدد الشهود: يجب حضور شاهدين على الأقل.

5) أن يكون الشهود رجالا: وبذلك قال الإمام الشافعي ومالك وأحمد، أما الإمام أبو حنيفة فيرى أنه تجوز شهادة رجل وامرأتين في عقد الزواج قياسا على الشهادة في الأموال[58].

6) العدالة لا تصح شهادة فاسق عند الجمهور، لأن القصد من الشهادة تكريم الزواج وحفظ الحقوق والفاسق لا يكون أهلا لذلك، أما الأحناف فيجعلون شرط العدالة شرط كمال في الشهود وليس شرط صحة، فالعدالة عندهم مستحبة.

ملف رقم 600991 قرار بتاريخ 2011/02/10

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد02، ص270)

قضية (ر،ع) ضد(ي،ح)بحضور النيابة العامة

الموضوع: زواج – عقد زواج– ولي–شاهدا عقد الزواج.

قانون الأسرة: المادة 09 مكرر

فمن المقرر قانونا أنه لا يجوز أن يكون الولي أحد شاهدي عقد الزواج

[58] بن بدوي عبد الحظيم، مرجع سابق، ص 150.

3. الآثار المترتب على تخلف شرط الشاهدين

يرى جمهور الفقهاء أن الشهادة أو الإشهاد في الزواج شرط لا بد منه، وقد اتفقوا على أنه ليس شرط انعقاد بل هو شرط صحة وتخلفه يؤدي إلى فساد العقد أو إلى إمكانية فسخه، واختلفوا فيما دون ذلك.

وحسب المشرع الجزائري، إذا تم الزواج بدون شاهدين يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، طبقا لما جاء في المادة 33/2 ق.أ.ج. **خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج**[59]

إن من شروط انعقاد الزواج خلو كل من الزوجين من الموانع الشرعية، وهذا لقوله تعالى... وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُحْصِنِينَ غَيْر مسافِحِينَ ...) – سورة النساء، الآية 24–

والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، لأنها لا تقبل التغيير ولا التبديل وليس فيها مجال للاجتهاد، وقد وردت أحكام المحرمات من النساء في قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان " موانع الزواج " في المواد من 23 إلى 31 أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية.

وتقضي المادة 23 ق.ا.ج بأنه: " يجب المؤبدة والمؤقتة ". وعليه فإن الحرمة قسمان: حرمة مؤيدة وحرمة مؤقتة.

1. الحرمة المؤبدة:

[59] المادة 33 فقرة2 من الأمر 02/05، مرجع سابق.

فإن المحرمات من النساء على سبيل التأبيد هي ما كان سبب التحريم قائما ودائما، فتمنع المرأة أن تكون زوجة للرجل في جميع الأوقات، إذ تقضي المادة 24 ق أ.ج بأن مواقع النكاح المؤبدة هي:

– القرابة – المصاهرة – الرضاع.

وقد جمعت هذه المحرمات في الآيات 22 و23 من سورة النساء.

أ. **المحرمات بالقرابة:**

جاء في المادة 25 ق.أ.ج بأن المحرمات بالقرابة هن:

– **الأمهات:** أي الأصول وإن علون، كالأم والجدة من جهة الأب والأم.

– **البنات:** أي الفروع من النساء وإن نزلن كالبنت، بنت البنت، بنت الابن، وإن نزلن.

– **الأخوات:** سواء كانت شقيقات الأم من الأب أو من الأم.

– **العمات:** سواء كن شقيقات من الأب أو من الأم.

– **الخالات:** أي أخوات الأم شقيقات كن من الأب أو من الأم.

– **بنات الأخ وبنات الأخت.**

والحكمة من تحريم هذه الأصناف منتزع من الطبيعة البشرية والفطرة الإنسانية السليمة في درء المفاسد التي تؤدي إلى قطيعة الرحم والانحلال الاجتماعي والخلقي يحصل بالإضافة إلى أن الزواج بين الأقربين يضعف النسل كما يقرر ذلك العلماء[60].

[60] المادة 25 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

ب. المحرمات بالمصاهرة:

نص المشرع الجزائري في المادة 26 ق.آ.ج على أن المحرمات بالمصاهرة هن:

1) أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

2) فروع الزوجة، فتحرم بنات الزوجة أي الربائب بشرط الدخول بها[61].

3) من الأرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، أي زوجة الأب لقوله تعالى:

(ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء).

4) أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا أي زوجة الابن المعبر عنها في القرآن الكريم بحلائل أبنائكم.

وهنا نشير إلى أن كل المحرمات بالمصاهرة يحرمن بمجرد العقد، إلا الربائب أي بنات الزوجة فلا يحرمن إلا بالدخول.

ج. المحرمات بالرضاع:

لقد ورد النص عليها في المواد 24 إلى 29 ق.آ.ج. إذ تقضي المادة 27 بأنه: " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب". ويشترط أن يكون الرضاع في الحولين أى خلال العامين قبل الفطام سواء كان قليلا أو كثيرا، وذلك لقوله تعالى: (ملے وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن د أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ) سورة البقرة، الآية 233[62]

[61] المادة 26 من الأمر نفسه، مرجع نفسه.

[62] سورة البقرة الآية 233.

وعن أم سلمة قالت: قال رسول – صلى الله عليه وسلم: «لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وفي الثدي وكان قبل الفطام».

2. الحرمة المؤقتة:

وهي الجزائري عليها في المادة 30 ق. أ.ج وحصرها في ست أحوال كالآتي:

أ. الحرمة التي تكون لسبب ظرفي مؤقت فإذا زال السبب زال التحريم، وقد نص المشرع الجاري أن المحصنة أي زوجة الغير، فلا يجوز الزواج بها مادامت في عصمة زوجها. وهذا منها المالك من الاعتداء على حق الغير، وحفظ الأنساب من الاختلاط والضياع.[63]

ب. المعتدة من طلاق أو وفاة، فلا يجوز عقد النكاح عليها إلا بعد انتهاء المدة التي فرض الله بعد فرقة زوجها.

ج. المطلقة ثلاثا، لا تحل لزوجها الأول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا، فيموت أويطلقها طلاقا طبيعيا غير محلل وتنقضي عدتها. ويكون ذلك بعقد جديد.

د. الجمع بين الأختين، فلا يجوز أن يجمع الرجل بين المرأة وأختها سواء كانت أختا شقيقة لأب أو لأم أو من الرضاع.

هـ. الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها.

[63] المادة30 من الأمر02/05 مرجع سابق.

و. زواج المسلمة من غير المسلم هو زواج باطل بإجماع واتفاق المذاهب والقوانين الإسلامية، إلا إذا أسلم الرجل[64].

3. حكم الزواج بإحدى المحرمات:

تقضي المادة 34 ق آج بأن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء.

الفرع الثاني

الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

لقد أحاط الشارع عقد الزواج بجملة من المبادئ والأحكام التي لا يمكن للطرفين أي الرجل والمرأة أن يتفقا على خلافها. كعلنية العقد وتأييده لكن هذا لا يمنع من اقتران عقد الزواج بشروط أخرى لا تتناف مع أحكام الشارع وكذا القانون. وهذا ما نصت عليه المادة 19 ق.أ.ج بالقول أنه: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

والشروط المقترنة بعقد الزواج في الشريعة الإسلامية أنواع منها الصحيحة وغيرالصحيحة والمختلف فيها.

أولا: الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج

وتكون هذه الشروط في ثلاث صور هي:

[64] فيصل العيش، مرجع سابق، ص 46.

1) شرط يؤكد مقتضى العقد كالتأكيد على وجوب النفقة.

2) شرط ورد به النص الشرعي كاشتراط تأجيل الصداق.

3) شرط جرى به العرف كاشتراط دفع مؤخر الصداق عند الطلاق أوالوفاة، أو اشتراط في بعض المناطق تأثيث المنزل بما يناسب الوضعية الاجتماعية[65]

ثانيا: الشروط غير الصحيحة المقترنة بعقد الزواج

يقصد بها الشروط المخالفة لمقتضى العقد، ولم يرد فيها نص، ولم يجري بها العرف، كاشتراط عدم الإنفاق أوعدم التوارث.

فهذه الشروط لا خلاف في بطلانها، فبعضها يؤثر على صحة العقد كاشتراط عدم المعاشرة الزوجية، حيث تقضي المادة 32 ق. أ.ج ببطلان العقد في هذه الحالة بالنص على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد "[66].

وفي حال اشترطت الزوجة على زوجها تطليق ضرتها (الزوجة السابقة) أو اشترط الزوج عدم الإنفاق على زوجته فإنه يبطل الشرط ويصح العقد لأن هذه الشروط لا تؤيري العقد ولا تؤدي إلى إبطاله، وهذا ما تؤكده المادة 35 ق.آ.ج بالنص" :إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

ثالثا: الشروط المختلف فيها في الزواج

[65] فيصل العيش، مرجع سابق، ص50.

[66] المادة 32 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

وهي الشروط التي لا تتنافى ومقتضى عقد الزواج ولا تؤكده، ولا تخالف مبادئ الشريعة. لكن فيها منفعة لأحد الزوجين، كان تشترط الزوجة على زوجها إسكانها وحدها أوعده السفر بها خارج وطنها أوأن تشترط أن تبقى في عملها أو أن تتابع دراستها أو ما شابه ذلك فهذه الشروط نص المقنن الجزائري على صحتها مؤبدا في ذلك المذهب الحنبلي الذي توسع الناعم وصول في الاسم في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد[67].

وقد نصت المادة 19 ق.أ.ج على وجوب عدم مخالفة هذه الشروط المبادئ الشريعة والنظام من الضرور، العام وأحكام القانون وكذا عدم الإخلال بالمقصود من الزواج.

الفرع الثالث

الشروط القانونية الرسمية في عقد الزواج

أضافت قوانين الأحوال الشخصية ومنها قانون الأسرة الجزائري شروطا أخرى في عقد الزواج لإتمام الرسمية فيه استجابة لمقتضيات العصر وتتمثل في جملة من الوثائق المرة على وجوب الرسمية والرخص القانونية التي أوجبها المقنن الجزائري، منها شروط سابقة لعقد الزواج شروط مع التسجيل.

أولا: الشروط السابقة لتسجيل عقد الزواج

1. الوثيقة أوالشهادة الطبية

[67] حيرمي بينام، مرجع سابق ص200.

نص عليها المشرع في المادة 7 مكرر من ق.ا.ج بالقول إنه يجب على طالبي الزواج أن أي مرض أو أي سجيل عقد الزواج. د الزواج عند مخال يقدما وثيقة طبية. لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج[68].

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

يفهم من نص المادة أن المشرع أوجب على الزوجين المستقبليين أن يقدما شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر للكشف عن أي مانع قد يعرقل الزواج، والزم الموظف العمومي الذي سيحرر عقد الزواج سواء كان الموثق أو ضابط الحالة المدنية من التأكد من الخضوع لهذه الفحوصات والتأشير عليه في عقد الزواج[69].

وقد أشارت المادة في الأخير إلى أن تحديد شروط وكيفية تطبيق أحكام هذه المادة يخضع للتنظيم، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11[70].

2. **ترخيص القاضي:** ويكون في حالتين:

---

[68] المادة7 مكرر من الأمر02/05 مرجع سابق.

[69] نصر سلمان وسعاد طلعي، مرجع سابق ص100.

[70] مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة (ج ر 31 مؤرخة في 14 مايو 2006).

1) **في حالة عدم وصول السن القانوني:** وذلك تطبيقا لنص المادة 7 من ق.ا.ج والتي تقضي بأن أهلية الزواج للرجل والمرأة تكتمل بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة إذا كان الطرفين قادرين على الزواج.

2) **في حالة التعدد:** وهذا ما نصت عليه المادة 8/2 ق أج بالقول أنه: " يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي سيقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية."

ثانيا: شروط تسجيل عقد الزواج وتوثيقه

ينص قانون الأسرة على وجوب تسجيل عقد الزواج في وثيقة رسمية لا يعتد بسواها في حالة تنازع الزوجين، وتنص المادة 18 من ق.آ.ج على أنه: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أوأمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون[71]."

ولقد أخص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قسما متعلقا بعقد الزواج وإثباته ابتداء من المادة 18 إلى المادة 22 مع الإشارة أن المادة 21 تحيلنا إلى قانون الحالة المدنية المعرفة إجراءات تسجيل عقد الزواج والوثائق اللازمة لهذا التسجيل، وكذا العقوبات التي يخضع لها محرر عقد الزواج عند مخالفته لهذه النصوص.

وتنص المادة 22 من ق.أ.ج على أنه: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

[71] المادة 18 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

ويتضح لنا من تفحصنا لنص المادة أنها تضمت حالتين هما:

1. حالة العقد المسجل، ويتم إثباته بمستخرج من سجل الحالة المدنية.

2. حالة عقد الزواج غير المسجل، أي الزواج العرفي فإنه لا يثبت إلا بحكم قضائي مع وجوب توفر الشهود والولي وإثباته بالطرق المختلفة، فإنه صدر الحكم القضائي بتثبيت الزواج وجب عندئذ تسجيله في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

مع العلم أن الزواج الكامل الأركان والشروط يعتبر صحيحا شرعا، ولكن عدم تسجيله في سجل الحالة المدنية يضيع حقوق الزوجين والأولاد، ولهذا لا يقبل التفريط في تسجيل عقد الزواج وإهماله لأنه يؤثر يشكل سلبي في مستقبل الزوجة والأولاد.

ملف رقم 492298 قرار بتاريخ 2009/04/08

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 02، ص301)

قضية (ي.ع) ضد(م،م،ف) بحضور النيابة العامة

الموضوع: زواج عرفي – عقد زواج – توثيق.

قانون الأسرة: المادتان 09،09 مكرر.

فمن المقرر قانونا أنه لا يعتبر الإقرار بالزواج العرفي، أمام موثق، أبرام لعقد زواج أمام موثق وحجة تجاه الغير.

ملف رقم 479392 قرار بتاريخ 2009/03/11

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 02، ص287)

قضية (ورثة ع،ع ومن معه) ضد(خ، ف)

الموضوع: زواج عرفي – إثبات – وفاة الزوج.

قانون الأسرة: المادتان 09، 22 .

فمن المقرر قانونا أن القاضي غير ملزم في مجال إثبات الزواج العرفي بعد وفاة الزوج بالرجوع إلى تطبيق الشريعة الإسلامية وتوجيه اليمين

المبحث الثالث

آثار عقد الزواج

يترتب على انعقاد عقد الزواج آثار قانونية الأصل فيها أن تكون بحكم الشارع الحكيم بما به القانون، وهي آثار ملزمة للطرفين، غير أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يشترط في العقد شرطا لا يتنافى وطبيعة العقد أو مقتضياته، وكذا أحكام قانون الأسرة، وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري هي: حقوق وواجبات الزوجين التي تثبت بمجرد العقد بالإضافة إلى ثبوت النسب.[72]

المطلب الأول

الزواج الفاسد والباطل

يميز الفقهاء في عقد الزواج من حيث الآثار بين نوعين: عقد زواج صحيح مستوفي لكل أركانه وشروطه ومنتج لكافة آثاره القانونية، وعقد زواج غير صحيح قد لا ينتج آثارا دون أخرى، وقد لا ينتج عنه أي أثر.

الفرع الأول

رأي الفقه في الزواج غير الصحيح

أولا: رأي الجمهور في الزواج غير الصحيح

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد غير الصحيح قسم واحد. فلا فرق عندهم بين العقد الباطل والعقد الفاسد، سواء اختل ركن أو اختل شرط فلا يترتب عليه أي أثر.

[72] باديس ذيابي، صور الزواج الفاسد على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى للنشر، الجزائر 2008، ص14.

ثانيا: رأي الأحناف في عقد الزواج غير الصحيح

يفرق الأحناف بين العقد الفاسد والعقد الباطل، فالعقد الباطل هو الذي اختل فيه ركن الرضا أي الإيجاب والقبول أو كأن يكون أحد العاقدين فاقدا للأهلية، فهذه العقود باطلة ولا ينشأ عنها أي التزام من قبل أحد الطرفين نحو الآخر.

أما العقد الفاسد فهو الذي اختل فيه شرط ولم يختل الركن كالزواج بغير شهود، فهذا الزواج قبل الدخول يعتبر مثل الباطل لا يرتب أي أثر، فيفسخ ولا يكون للمرأة الحق في نصف المهر، أما بعد الدخول فتترتب عليه بعض الآثار، مثل ثبوت النسب وحرمة المصاهرة[73].

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل.

إن عقد الزواج إما أن يكون صحيحا أو غير صحيح، وهذا الأخير بنقسم في الفقه الإسلام الطر إلى باطل وفاسد ولقد تأثر المشرع الجزائري بأحكام التشريع الإسلامي، فاستعمل مصطم وعلى الفصل وجع المؤس الباطل والفاسد في المواد 32 إلى 35 من ق. أ.ج.

أولا: النكاح الباطل

ويشتمل على حالات نبسطها كالآتي:

[73] محمد أحمد سراج، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1998، ص220.

تنص المادة 32 ق.أ على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"، ويقصد بالمانع هنا الموانع الشرعية، سواء المؤبدة أو المؤقتة ما لم يزل سبر تاقيتها. أما الشرط المنافي لمقتضى العقد فهو اشتراط ما يتنافى والغاية من الزواج، كاشتراط عدم الإنجاب مثلا ويترتب بطلانه قبل الدخول مع ثبوت النسب ووجوب الاستبراء حسب المادة 34 ق. أ.ج، أما بعد الدخول فيبطل الشرط ويصح العقد طبقا للمادة 35 ق.آج يبطل كذلك عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا طبقا لما جاء في المادة 33/1 من ق.أ.ج.

ثانيا: الزواج الفاسد

ذهب المشرع الجزائري إلى أن الزواج الفاسد هو الذي تنقص فيه أحد الشروط وذلك ما نص عليه المشرع في المادة 2/33 من ق.آ.ج بالقول: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

المطلب الثاني

حقوق وواجبات الزوجين

إن الأسرة هي اللبنة الأولى في المجتمع، إذا صلحت صلح المجتمع كله، وإذا فسدت فسد المجتمع كله، لذا أولى الإسلام الأسرة عناية كبيرة وفرض لها ما يكفل سلامتها وسعادتها فاعتبرها مؤسسة تقوم على شركة بين اثنين المسؤول الأول فيها الرجل مصدقا لقوله تعالى: (الرجال قوامون

على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ...) – سورة النساء، الآية 34 –[74]

وجعل الإسلام لكل من الشريكين على صاحبه حقوقا، تكفل – بأدائها استقرار هذه المؤسسة واستمرارية هذه الشركة، وحث كلا من الشريكين أن يؤدي ما عليه، وأن يغض الفقه الرس الطرف عما يحدث من تقصير في حقوقه[75].

أحيانا عمل مصر وعليه، فقد نص المشرع الجزائري على حقوق وواجبات الزوجين فى المواد من 36 إلى 39 ق آج، وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام: حقوق مشتركة بينهما، وحقوق للزوجة على زوجها،

وحقوق للزوج على زوجته.

الفرع الأول

الحقوق المشتركة بين الزوجين

تناول المشرع الجزائري الحقوق المشتركة بين الزوجين في المادتين 36 و37 ق.أ. إذ تنص المادة 36 ق.آ.ج على أنه: " يجب على الزوجين:

1) المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2) المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

[74] سورة النساء الآية34.

[75] باديس دياجي، مرجع سابق ص20.

3) التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4) التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

5) حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وآقاربه واحترامه وزيارتهم.

6) المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

7) زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف[76].

والملاحظ من نص المادة أن الفقرة السادسة هي تكرار لما ورد في الفقرة الخامسة، وكذا الفقرة السابعة التي جاءت تؤكد على حقوق الأقارب وهي زيارة كل منهما لوالديه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف،فلقد كان من الأجدر أن يجمع المشرع هذه الفقرات الثلاث في فقرة واحدة معبرة ومركزة تجنبا للتكرار.

ومن الحقوق المشتركة أيضا ما ورد في نص المادة 37/1 ق.آ.ج التي تقضي بأن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

ومن الحقوق المشتركة الأخرى المستمدة من روح الشريعة الإسلامية وكذا القانون والتي هي تحصيل حاصل نذكر منها[77]:

- حل الاستمتاع بين الزوجين.

[76] المادة 36 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

[77] المادة 126 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

- حرمة المصاهرة إذ يحرم على الزوج التزوج بأصول زوجته بمجرد العقد الصحيح، وبفروعها إن حصل الدخول بها، كما يحرم عليه التزوج بأصوله وفروعة حسب المادة 26ق آج كما سبق ذكره.
- ثبوت التوارث بين الزوجين، إذ نصت المادة 126 ق.ا.ج من أسباب الإرث القرابة الزوجية.
- ثبوت نسب الأولاد، فهو حق لكل من الزوجين. كما أنه حق للأولاد طبقا للمادة 40 ق أج كما سيأتي تفصيله.

الفرع الثاني

حقوق الزوج على زوجته

لم يخص قانون الأسرة الجزائري نصا معينا للحديث عن حقوق الزوج، وطبقا لما تقتضيه المادة 222 ق.أ.ج. فإنه برجوعنا إلى الشريعة الإسلامية وخاصة النصوص الثابتة في القرآن الله الكريم فإننا نستخرج ثلاثة حقوق أساسية منحها الله للزوج المسلم في مقابل ما منحه من ولد حقوق للزوجة المسلمة المؤمنة، وهي:

1) حق الطاعة والقوامة. إذ لا يجوز للمرأة أن تخرج أو تسافر بغير إذن زوجها لقوله تعالى:(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ..) – سورة النساء، الآية 34 [78]

فالطاعة يقابلها واجب الإنفاق، فالقوامة هنا تعني المسؤولية وليس القهر والاستبداد في المعاملة

[78] سورة النساء الآية 34.

2) حق القرار في البيت فمن حق الزوج على زوجته أن تلزم بيته فلا تخرج منه ولو إلى المسجد إلا بإذنه، ومن حقه أيضا أن تتزين له وتتجمل وذلك لقوله تعالى:

(وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى) – سورة الأحزاب – الآية 33

3) حق التأديب، في حالة نشوز الزوجة وخروجها عن طاعة الزوج مصدقا لقوله تعالى[79]:

(والآتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا) – سورة النساء، الآية 34

الفرع الثالث

حقوق الزوجة على زوجها

ان المسلم الحق يعترف بما لزوجته عليه من الحقوق لقوله تعالى: (ولهن مثل الذي علمين بالمعروف). وقوله – صلى الله عليه وسلم: «ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقاء. فيأخذ من نصوص الشرع والقانون أنه من بين حقوق الزوجة نذكر[80]:

1) الصداق، والذي يعد شرط لعقد الزواج الصحيح وكذا أثر من أثاره، وتأخذه المرأة عادة قبل الدخول كما سبق شرحه.

2) النفقة، وهي ما تحتاج إليه الزوجة من طعام و لباس و مسكن و علاج و غير ذلك حسب قدرة الزوج والمتعارف عليه بين الناس، والنفقة تجب على الزوج بالدخول وكذلك في حالة تأخر

[79] سورة الأحزاب الآية33.

[80] نصر سلمان وسعاد طلحي، مرجع سابق، ص97.

الدخول بعد أن دعي الزوج لإتمامه طبقا لأحكام المادة 74 ق.آج، كما سيأتي تفصيله في موضوع النفقة كأثر من آثار الفرقة الزوجية. ونشير إلى أن حق النفقة يقابل حق الزوج في القوامة والطاعة.

3) العدل في حالة تعدد الزوجات، ويعد من الحقوق غير المالية، وهو ثابت بالقرآن والسنة لقوله تعالى:(فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً..) – سورة النساء، الآية 3– [81]

وقال صلى الله عليه وسلم: «متى كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وثيقة مائل».

ونشير هنا إلى أن العدل المقصود به هو العدل في الإنفاق والمبيت.

المطلب الثالث

النسب

إن أهم ما يترتب عن الزواج من آثار هو نسب المولود إلى والده قانونا ودينا، فهو حق منحته الشريعة الإسلامية للأولاد لتضمن لهم الحياة الكريمة والهدف السلالة من إثبات النسب، هو منع اختلاط الأنساب وحفظها من الفساد والامام القوى الارسال قواعد البنوة على أساس سليم حتى اقسام الاسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها.

[81] سورة النساء، الآية 03.

ولقد اتفق الفقهاء على أن نسب الولد لامه ثابت في كل حالات الولادة الشرعية الرواية الشرعية،أما نسب الولد لأبيه فسبية الشرعية هو الزواج في العقد الصحيح العالي والية بشمة أو الإقرار أو البيئة،و ابطلوا إثبات النسب عن طريق التبني لأنه الفاسد أو الوطء محرم شرعا.

وقد نظم المشرع النسب كأثر من آثار الزواج في المواد من 40 إلى 46 من ق.آ.ج.

الفرع الأول

طرق إثبات النسب

تقضي المادة 40 ق.آج بأنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو بالبيئة أو بنكاح الشبهة أوبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34) من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "[82].

يفهم من نص المادة أن طرق إثبات النسب صنفان فالزواج الصحيح والزواج الفاسد ونكاح الشبهة هي طرق منشئة للنسب، أما الإقرار والبيئة والطرق العلمية فهي طرق كاشفة للنسب[83].

أولا: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد لقوله – صلى الله عليه وسلم –: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

وبالرجوع إلى نصوص المواد من 41 إلى 43 ق.آ.ج على الترتيب يتضح لنا أن ثبوت النسب

[82] بوصبع فؤاد، رسالة ماجستر، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة2011، ص 40.

[83] د. بوصبع فؤاد، مرجع سابق، ص45.

عن طريق الزواج الصحيح يتطلب شروط هي كالآتي:

1. إمكانية الاتصال الجنسي أي المعاشرة بين الزوجين.

2. عدم نفي الزوج بالطرق الشرعية المتمثلة في اللعان.

3. ولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل، طبقا للمادة 42 ق.أ.ج التي تقضي بأن الحد الأدنى للحمل هو ستة (06) أشهر بعد الدخول، وهذا ما نستخلصه من الجمع بين الآيتين[84]:

(وحملته أمه وهنًا عَلَى ووَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ) – سورة لقمان، ال أية14–

(وَحَمَلَهُ، وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا) – سورة الأحقاف، الآية 15[85]–

أما بالنسبة للحد الأقصى فلم يرد النص عليه لا في القرآن الكريم ولا السنة النبوية الشريفة، وللفقهاء المسلمين فيها آراء وأقوال متباينة ومتباعدة، لكن المشرع الجزائري حددها بعشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ثانيا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد

جاء في المادة 40 ق.آ.ج أنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، و34 من ق أج.

فبالرجوع إلى أحكام هذه المواد على الترتيب فإن الزواج يبطل إذا اشتمل العقد على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وكذا في حال اختل ركن الرضا، كما أن الزواج إذا تم بدون شاهدين

[84] المادة 42 من الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[85] سورة الأحقاف الآية 15.

أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، بالإضافة إلى أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء[86]

وعليه، فإنه يترتب على الزواج الفاسد الذي ثبت فيه الدخول ثبوت النسب مع وجوب التفرقة بين الزوجين وذلك لمصلحة الولد حتى لا يضيع نسبه، وذلك بتوافر نفس شروط إثبات النسب في الزواج الصحيح، مع الإشارة إلى أن أقصى مدة الحمل بالنسبة للزواج سلم: «الولد الفاسد تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه

ثالثا: ثبوت النسب بنكاح الشبهة

يقصد بنكاح الشبهة النكاح الذي يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، والشبهة في عقد الزواج أنواع:

1. شبهة العقد والحل

[86] حسين محمود عبد الدابج، حجة الاثبات في النسب، دراسة مقارنة من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي ط1 الاسكندرية2008، ص100.

كأن الحد كان تعقد امرأة نكاحها بشخص ظنا منها أنه مسلم، فإذا اتضح أنه مسيحي مثلا كان الزواج باطلا، لكن يثبت النسب أو كأن يتزوج رجل بامرأة من المحرمات وهو لا يعلم كأن تكون أخته من الرضاع فهذا باطل ويثبت أيضا فيه النسب[87]

2. شبهة الملك:

كأن تزف امرأة إلى رجل على أنها زوجته ولم يكن قد رآها من قبل فيحدث الدخول، يتبين أنها ليست الزوجة المقصودة في العقد، فهنا يثبت النسب بهذه الشبهة ويدرأ يسقط حد الجلد لقوله – صلى الله عليه وسلم: «إدرؤوا الحدود بالشبهات».

ولقد اتفق العلماء على أنه يثبت النسب بالدخول بشبهة شريطة إدعاء الزوج وإقراره، على خلاف الأمر في الزواج الصحيح والزواج الفاسد الذي لا يستوجب إدعاء الزوج وإقراره[88].

[87] رجب كريم عبد الله، طرق اثبات النسب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دار النهضة العربية القاهرة 2015، ص70.

[88] خليفة علي الكعبي، النسب وأثره على الأحكام الفقهية ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان 2006، ص 240.

ملف رقم 617374 قرار بتاريخ 2011/05/12

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 01، ص294)

قضية (ب، ف) ضد(ب، ا) بحضور النيابة العامة

الموضوع: نسب– اغتصاب – نكاح شبهة.

قانون الأسرة: المادتان 40 .

فمن المقرر قانونا أن الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه ويكيف بكونه نكاح شبه يثبت به النسب.

رابعا: ثبوت النسب بالإقرار

يقصد بإثبات النسب عن طريق الإقرار أو الاعتراف بالبنوة، أن يصرح شخص بنسب شخص آخر إليه وقد تضمن المشرع الإقرار في المادتين 44 و45 ق.أ.ج، وبتفحص هاتين المادتين يتضح لنا أن الإقرار نوعان: إقرار مباشر وإقرار غير مباشر.[89]

1. الإقرار المباشر

وهو الإقرار الذي يكون بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة طبقا للمادة 44 ق.آ.ج، وعليه فإنه يشترط في الإقرار المباشر ما يلي:

- أن يكون المقر عاقلا بالغا مختارا غير مكره أي كامل الأهلية.
- أن يكون المقر له مجهول النسب.

[89] المادة 44 من الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة مرجع سابق.

- أن يكون المقر حيا وقت الإقرار ولو في مرض الموت
- أن يصدق العقل والعادة هذا الإقرار، فلا يمكن تصور شخص تجاوز الثمانين يقر ببنوة طفل لم يبلغ العام الأولى من عمره، كما لا يمكن تصور الإقرار من شخص لشخص آخر الفرق بين عمريهما لا يبلغ العشر سنوات وقت الولادة[90].
- أن يصدق المقر له هذا الإقرار إن كان من أهل التمييز.
- عدم تصريح المقر بأن سبب النسب هو علاقة غير شرعية أو تبني

2. الإقرار غير المباشر

وهو الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة أو غيرها من القرابة التي تحتاج إلى وساطة وفقا للمادة 45 ق.ا.ج وتشترط فيه نفس شروط الإقرار المباشر بالإضافة إلى وجوب مصادقة المحمول عليه بالنسب إن كان حيا على هذا الإقرار، بمعنى أنه إذا أقر شخص بأن فلان أخوه من صلب أبيه وجب على الأب أن يصادق على أنه ابنه. وفي حال كان الذي ينسب إليه الولد لابد من تصديق ورثته اثنين على الأقل تصديق المقرله أي الذي أضيف إليه النسب هذا الإقرار[91]

خامسا: ثبوت النسب بالبينة

[90] حسين عبد الدايم، مرجع سابق ص 197.

[91] حسين عبد الدايم، مرجع نفسه، ص 200.

إن المقصود بالبينة وفقا للمادة 40 ق.آ. ج هي كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات.

والبينة بمفهومها الخاص هي شهادة الشهود، فيصح إثبات النسب عن طريق شهادة رجلين عدليين أو رجل وامراتان مع الإشارة إلى أن واقعة الولادة يمكن إثباتها عن طريق امرأة واحدة والمتمثلة في القابلة إقتداء بما فعله رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في عصره، ويكون الإثبات بالبينة الكاملة في حالة تنازع نسب ولد أكثر من شخص، فادعى كل منهم أنه ابنه، فهو ابن من يقيم البيئة الكاملة على دعواه.

كما أنه إذا ادعى شخص على آخر بنوة أو أبوة أو عمومة أو أي نوع من القرابة وأنكر المدعى عليه دعواه (الإقرار)، فللمدعي أن يثبت دعواه بالبيئة وحينئذ يثبت النسب ملزما لكل من الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الآخر[92].

سادسا: ثبوت النسب بالطرق العلمية

تنص المادة 40/2 ق.أ.ج على أنه: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وعليه فإن الطرق العلمية طريقة لإثبات النسب، وهذا ما قضت به المحكمة العليا سنة 2006 في إثبات النسب عن طريق تحليل الحمض النووي[93]

[92] خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص 275.

[93] المادة 40 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

ملف رقم 605592 قرار بتاريخ 2009/10/15

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 01، ص245)

قضية (ر، ف) ضد(س، ش) بحضور النيابة العامة

الموضوع: نسب– لعان – طرق علمية.

قانون الأسرة: (05–02) المادتان 40 ،41.

فمن المقرر قانونا أنه يحول رفع دعوى اللعان دون التعذر بالطرق العلمية لإثبات النسب.

الفرع الثاني

أحكام إضافية في النسب

أولا: التبني

يقصد بالتبني أن يتخذ الشخص ولد أجنبي عنه ابنا له ويدعي نسبه إليه، ونظام التبني كان معروف في الجاهلية واستمر مدة من الزمن صدر الإسلام، حيث كان الرسول – صلى الله عليه وسلم – متبنيا لزيد بن الحارثة وكان يدعى بزيد بن محمد، فنزلت الآية:

(مَا كَانَ مُحَمَّدُ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ ...) الأحزاب الآية 47[94]

وقد ورد حكم التبني في قوله تعالى: (... وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ ٱلَّـىء تُظَهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ

[94] سورة الأحزاب الآية 47.

أَقْسَطُ عِندَ) اللَّهِ فَإِن به المعلم لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فى الدين ومواليكم). – سورة الأحزاب الآيتين 3و4–

وهذا ما تبناه المشرع في نص المادة 46 ق.أ.ج بالنص على أنه: " يمنع التبني شرعا وقانونا ". وعليه، فإن التبني غير جائز لا شرعا ولا قانونا، فلا يجوز لأي مسلم جزائري أو غيره أن يدعي أن الولد الفلاني ابنه بالتبني ولا يجوز أبدا أن ينسبه إليه ويسجله على لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية لا مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية ولا بموجب حكم قضائي، وكل تصرف مخالف لذلك يمكن أن يعرض فاعله إلى اتهامه بالتزوير ومعاقبته بمقتضى قانون العقوبات.

ثانيا: الكفالة

إن المشرع الجزائري لا يجيز نظام التبني، ولكنه في المقابل يقر بنظام الكفالة و الذي نظمه في المواد من 116 إلى 125 ق. أ.ج. و الكفالة هي التزام على وجه التبرع للعناية بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية ود دعت الشريعة الإسلامية للكفالة مصداقا لقوله – صلى الله عليه وسلم –: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة»، وضم بين أصبعيه.

والكفالة حسب المشرع الجزائري تتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو الموثق، ويستوي أن يكون الولد المكفول مجهول النسب أو معلوم النسب، ويحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، أما إذا كان مجهول النسب فتطبق أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية.[95]

[95] المادة 64 يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح.

يجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة.

كما صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 [96]الذي يقضي بأن للكافل أن يطالب بمطابقة لقب مجهول النسب بلقبه و يكتب دائما على الهامش مكفول، وقد اختلف رجال الشريعة حول ، بلـ مضمون المرسوم بين مؤيد ومعارض، فالمعارضون قالوا أن هذا المرسوم أو القانون فيه شبهة التبني، أما المؤيدون فقالوا بأنه فيه رفع للحرج عن من لا نسب له و يكتب دائما في وثائقهم ملاحظة مكفول.

يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.

أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية ج ر 21 مؤرخة في 27-02-1970)) معدل ومتمم.

[96] مرسوم رقم 71 - 157 مؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 يتعلق بتغيير اللقب. (ج ر 47 مؤرخة في 11-06-1971) متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92 - 24 مؤرخ في 13 يناير سنة 1992 (ج) ر5 مؤرخة في 22-01-1992)

ملف رقم 613481 قرار بتاريخ 2011/03/10

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 01، ص290)

قضية (ب، ن) ضد(ن، ح) بحضور النيابة العامة

الموضوع: كفالة– طلاق – آثار طلاق – حضانة – نفقة.

قانون الأسرة: المادة 116.

فمن المقرر قانونا أنه لا تسري آثار الطلاق من حضانة ونفقة على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل.

ثالثا: اللقيط

اللقيط هو مولود حي حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب ولا أم طرحه أهله خوفا من الفقرا وفرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب.

وحكم التقاطه أنه فرض كفاية، لقوله تعالى: ... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ..... سورة المائدة، الآية 2[97]، فإذا قام به أحدهم سقط على الباقين، ويكون فرض عين إذا وجد اللقيط في مكان يغلب فيه الظن بهلاكه لو ترك فيه، ومندوب إذا لم يغلب على الظن هلاكه.

[97] سورة المائدة الآية2.

واللقيط مجهول النسب من مصلحته ثبوت نسبه، فمن ادعى نسبه من ذكر أو أنثى الحق به متى كان وجوده منه ممكنا، فإن ادعاه اثنان أو أكثر ثبت نسبه لمن أقام البينة على دعواه.[98]

والنظام المتبع في الجزائر، هو أن على كل من وجد لقيطا أن يسلمه إلى رجال الشرطة. وهؤلاء بدورهم يسلمونه إلى إحدى دور الرعاية الاجتماعية، وهذا ما تؤكده المادة 67 من قانون الحالة المدنية"[99] إذ يتعين على كل شخص عثر على مولود حديث العهد بالولادة أن بصح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة في التكفل بالطفل، وجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه.

[98] رجب كريم عبد الله، مرجع سابق ص320.

[99] المادة 67: يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه.

ويحرر محضر مفصل يبين فيه فضلا عن المعلومات المنصوص عليها في المادة 30 من هذا الأمر تاريخ وساعة ومكان وظروف النقاط الطفل والسن الظاهري وجنس الطفل وأية علامة يمكن أن تسهل معرفته وكذا السلطة أو الشخص الذي عهد عن الطفل وكذا الأسماء واللقب المعطاة له كما يحدد فيه تاريخ ميلاد يطابق سنه به إليه، ويسجل المحضر بهذا التاريخ في سجلات الحالة المدنية.

ويعد ضابط الحالة المدنية بعد هذا المحضر عقدا منفصلا يكون بمثابة عقد الميلاد ويذكر في العقد بالإضافة إلى البيانات حن المنصوص عليها في المادة 30 من هذا الأمر جنس فيها الطفل مكانا لولادته.

كما يجب إعداد عقد مماثل بناء على تصريحات مصالح الإسعاف العمومي بالنسبة الظاهري وتعين البلدية التي وجد للأطفال الموضوعين تحت وصايتها والمجردين من عقد ميلاد معروف أو الذين تفرض عليها سرية ولادتهم.

تسلم نسخ وملخصات عن محاضر الالتقاط أو العقد المؤقت للميلاد ضمن الشروط وحسب التوضيحات المذكورة في يبطل المحضر وعقد الميلاد المؤقت إذا عثر على عقد ميلاد الطفل أو إذا صرح بالولادة شرعا بناء على عريضة وكيل الدولة المادة 65 من هذا الأمر.

يبطل المحضر وعقد الميلاد المؤقت إذا عثر على عقد ميلاد الطفل أوإذا صرح بالولادة شرعا بناء على عريضة وكيل الدولة أوالأطراف المعنيين.

ويعاقب قانون العقوبات الجزائري كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب ذلك القانون ما لم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرتها، وذلك بالحبس من عشرة (10) أيام على الأقل إلى شهرين (02) على الأكثر وبغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج.

المحور الرابع

انحلال الزواج وآثاره

يقصد بانحلال الزواج أو الفرقة الزوجية عند الفقهاء، انتهاء عقد الزواج لسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه، وبمقتضى نص المادتين 47 و48 من ق.آ.ج على التوالي، فإن الرابطة الزوجية تنحل بالوفاة أو الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو قد بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في هذا القانون.

المطلب الأول

الطلاق

الفرع الأول

مفهوم الطلاق

الطلاق هو حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أوما يقوم أنت مقامه الحال والمال والأصل في الزواج الاستمرار والدوام وعدم التوقيت، غير أن الحياة الزوجية قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها بسبب اختلاف الأمزجة وسوء التفاهم وزوال الثقة، ما يجعل هذه الحياة

جحيما لا يطاق، لذلك فسح الإسلام في تشريعه أحكام الطلاق كمجال المعالجة هذه المشاكل بشكل واقعي وعملي حتى يستطيع كل زوج الانطلاق لبناء حياة جديدة[100].

غير أن الطلاق في الإسلام شر لا بد منه، فقد جاء في حديث أن أبغض الحلال إلى الله الطلاق، وليس الطلاق بأول خطوة يتخذها الزوج حين يشتد الخلاف بين الزوجين، فقد شرع الله مراحل سابقة على الطلاق ومن ذلك قوله تعالى:(وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا) – سورة النساء، الآية 34.][101]

وقوله تعالى (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ ۖ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) – سورة النساء، الآية 35[102]

وقد نص المشرع على الطلاق في المادة 47 من ق.آ.ج بالقول أنه: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ". وكذلك نصت المادة 48 من في أرج على أنه ... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج. "[103].

الفرع الثاني

أقسام الطلاق

[100] تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق في ظل الاكتشافات الحديثة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001، ص70.

[101] سورة النساء الآية34.

[102] سورة النساء الآية 35.

[103] المادة 48 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

يقسم الطلاق وفق عدة اعتبارات كالآتي:

أولا: أقسام الطلاق باعتبار اللفظ

ينقسم الطلاق من حيث اللفظ إلى صريح وكناية

1) الصريح: هو ما يفهم من معنى الكلام عند التلفظ به ولا يحتمل غيره، مثل: أنت طالق أو مطلقة، وكل ما اشتق من لفظ الطلاق فيقع الطلاق مباشرة.

2) الكناية: ما يحتمل الطلاق وغيره مثل الحقي بأهلك ونحوه، وهذا لا يقع الطلاق به إلا بالنية، فإن نوى طلاقا وقع وإن لم ينوي الطلاق لم يقع، مع الإشارة إلى أن الحلف بالحرام حسب ما يجري على الألسن بأن يقول الزوج بالحرام على إن حدث كذا)، فإن هذا الطلاق لا يقع ويعتبر بمثابة اليمين التي يجب التكفير عنها.

ثانيا: أقسام الطلاق باعتبار الصيغة

صيغة الطلاق إما أن تكون منجزة وإما أن تكون معلقة أومضافة إلى زمن:

1) **المنجزة:** هي التي قصد بها من إصدارها وقوع الطلاق في الحال، كان يقول الزوج لزوجته: (أنت طالق)، وحكم هذا الطلاق أنه يقع في الحال متى صدر من أهله وصادف محلا له.[104]

2) **المعلق:** وهو ما جعل الزوج فيه حصول الطلاق معلقا على شرط، مثل أن يقول الزوج لزوجته: (إن ذهبت إلى مكان كذا فأنت طالق)، ونجد أن بعض الفقهاء قالوا بوقوعه إذا وقع الشرط. وآخرون اعتبروه مثل اليمين، فلا يقع به الطلاق ويلزم الزوج الكفارة.

[104] باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون، دار الهدى للنشر والتوزيع الجزائر، 2008، ص90.

3) **المضاف:** وهو الطلاق الذي يضاف إلى زمن، كان يقول الزوج لزوجته: انت عام الزمن الذي أضيف إليه حسب رأي الكثير من الفقهار بداية الشهر)، فهذا الطلاق يقع في زمن الذي أضيف اليه حسب رأي الكثير من الفقهاء الشرط[105].

ثالثا: أقسام الطلاق باعتبار الحكم

ينقسم الطلاق باعتبار الحكم إلى طلاق سني وطلاق بدعي:

1. **الطلاق السني:** وهو أن يطلق الرجل امرأته التي دخل بها طلقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه. لقوله تعالى: (يَأَيُّها النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ). من سورة الطلاق، الآية1

وقد فسر النبي – صلى الله عليه وسلم – الآية بالقول: حين طلق ابن عمر امرأته وهي حائض، فسأل عمر ابن الخطاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تظهر ثم تحيض، ثم تطير ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله سبحانه أن تطلق لها النساء» – متفق عليه.

2. **الطلاق البدعي:** هو الطلاق المخالف للمشروع، كأن يطلق الزوج زوجته وهي حائض أو في طهر جامعها فيه، أو بلفظ طلقتين أو أن يجمع الطلقات الثلاث بلفظ واحد أو في مجلس واحد، كأن يقول: (أنت طالق ثلاثا) أو (أنت طالق أنت طالق أنت طالق)[106].

[105] تشوار الجيلالي، مرجع سابق، ص 100.

[106] خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص 290.

❖ **حكم الطلاق بالثلاث**

الطلاق بالثلاث يقع، لكن اختلف في وقوعه طلقة واحدة أو ثلاث طلقات، فذهب بعض الفقهاء إلى الأخذ برأي عمر بن الخطاب – رضي الله عنه بوقوعه ثلاث طلقات فلا يستطيع الزوج إرجاع زوجته إلا بعد أن تتزوج بأخر ويطلقها أو يموت عنها.

وذهب البعض الآخر إلى وقوعه طلقة واحدة[107]، لما رواه مسلم عن ابن عباس قال: (كان الطلاق على عهد الرسول – صلى الله عليه وسلم – وأبي بكر وسنين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه ورأي عمر هذا اجتهاد منه. أناة... فلو أمضيناه عليهم؟ فأمضاه عليهم) – صحيح مسلم –، ورأي عمر هذا اجتهاد منه.

رضي الله عنه – وغايته أن يكون سائقا لمصلحة رأها، ولا يجوز ترك ما أفتى به رسول صلى الله عليه وسلم – وما كان عليه أصحابه في عهده وعهد خليفته.

والمشرع في قانون الأسرة الجزائري اشترط أن تكون الطلقات ثلاث مرات متتالية، وعليه فإن الطلاق مرة واحدة بلفظ الثلاث يقع طلقة واحدة، طبقا لنص المادة 51 ق. أ.ج التي تنص: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية ..."[108]

رابعا: أقسام الطلاق باعتبار الرجعة من عدمها

[107] رجب كريم عبد الله، مرجع سابق ص335.

[108] المادة 51 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

الطلاق إما رجعي وإما بائن والبائن بدوره إما أن يكون باتنا بينونة كبرى أو بائنا بينونة صغرى

1. **الطلاق الرجعي:** هو الطلاق الذي يجوز فيه للزوج مراجعة زوجته أثناء العدة بدون شروط ولا عقد ولا مهر جديدين، ويكون غير مسبوق بطلاق أصلا أو مسبوق بطلقة واحدة، وقد أشار المشرع الجزائري إلى الطلاق الرجعي في المادة 50 من ق.آ.ج بالنص: " من راجع زوجته..." وللطلاق الرجعي أحكام هي:

1) تبقى خلال العدة العصمة الزوجية.

2) يلزم الزوج بالنفقة على الزوجة خلال العدة

3) تبقى الزوجة في مسكن الزوجية، فلا يجوز خروجها ولا إخراجها منه خلال العدة. [109]

4) إذا حدثت وفاة أثناء العدة لأحد الزوجين ورثه الآخر، وإذا كان المتوفى هو الزوج تتحول العدة إلى عدة وفاة.

5) نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج، سواء راجعها خلال العدة أو لم يرجعها.

❖ **صور الطلاق الرجعي:** هو الطلاق الأول والثاني الذي تمت مراجعة المرأة فيه خلال العدة.

2. **الطلاق البائن:** وهو الزواج الذي لا يستطيع الزوج فيه إرجاع الزوجة إلا بشروط، وينقسم إلى طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى:[110]

[109] المادة 50 من الأمر نفسه، مرجع نفسه.

[110] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل، عمان، الأردن، 2010، ص 211.

أ. **الطلاق البائن بينونة صغرى:** وهو الطلاق الذي لا يستطيع الزوج فيه إرجاع زوجته إلا بعقد جديد متى انتهت فترة العدة، ويكون في الطلقة الأولى والثانية، وأحكامه هي:

- تعتد الزوجة في بيتها وينفق عليها. ولكن لا يستطيع أن يراجعها إلا بعقد جديد، وإذا توفي لا تنتقل الزوجة إلى عدة الوفاة لأن العصمة الزوجية انتهت.
- إذا توفى أحد الزوجين لا يقع الميراث.

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق البائن بينونة صغرى في المادة 50 من ق أج التي تقضي بأنه على الزوج إذا أراد أن يراجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق إبرام عقد جديد، كون الحكم يأتي موافقا لعدة الزوجة باعتبار مدة الصلح التي يجريها القاضي.

ب. **الطلاق البائن بينونة كبرى:** وهو طلاق للمرة الثالثة، حيث لا يستطيع الزوج أن يراجع زوجته المطلقة إلا بعد أن تتزوج غيره ويتم الدخول بها ثم يطلقها الزوج الجديد أو يمون عنها[111]، فيمكن عندها للزوج الأول مراجعتها ولكن بعقد ومهر جديدين، لقوله تعالى:

(فإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ) – سورة البقرة، الآية – 230

[111] رسمية عبد الفتاح، مرجع نفسه ص212.

ونشير هنا إلى أن نكاح المحلل غير جائز ومقتضاه أن تتزوج المطلقة بعد انقضاء عدتها ليحل لزوجها الأول[112]. وهذا النوع من الزواج كبيرة من كبائر الإثم و الفواحش فلا يجوز سواء شرط ذلك في العقد أو اتفاق عليه قبل العقد أو نواه أحدهما بقلبه، ففاعله ملعون عن علي رضي الله عنه قال: (لعن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – المحلل والمحلل له). صحيح الترميذي

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق البائن بينونة كبرى في المادة 51 ق.آ.ج بالقول: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء ".

❖ **صور الطلاق البائن بينونة صغرى:** هو الطلاق الذي يكون بحكم قضائي مثل التطليق والخلع فلا يمكن مراجعة الزوجة ولو خلال العدة، وكذلك انتهاء العدة في الطلاق الرجعي إذ يصبح الطلاق بائنا بينونة صغرى[113].

الفرع الثالث

شروط الطلاق

للطلاق اركان وشروط، أما الأركان فهي الزوج والزوجة والصيغة مع توافر النية في الطلاق والشروط نفصلها فيما يأتي:

أولا: الزوج

[112] جميل فخري محمد غانم، التذابير الشرعية للحد من الطلاق، دار حامد الأردن،2009، ص 60.

[113] رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص345.

يشترط فيه ما يأتي:

1) ان يكون بالغا سن 19 سنة قياسا على الزواج، إلا إذا أذن له القاضي بذلك كما يأذن السن لمصلحة أو ضرورة، ثم إن الطلاق من التصرفات التي يغلب له في الزواج قبل هذه عليا الضرر ولا يصح إلا ببلوغ الزواج من الأهلية الكاملة، ومن اهلية الزواج التي يغلب علها النفع 19 سنة فأولى أن يكون الطلاق كذلك من ذات السن.[114]

2) أن يكون عاقلا، فلا يقع الطلاق من مجنون أو معتوه وهو ضعيف العقل الذي اختلط كلامه وفسد تدبيره، أو ممن اختل عقله لكبر أو مرض. والغضبان الذي بلغ درجة من الغضب تختل فيها أقواله وأفعاله وتضطرب لقوله – صلى الله عليه وسلم: «لا طلاق في إغلاق» ويقصد بالاغلاق ان يسد على الشخص باب الادراك والقصد ولا يدري ما يقول وما يفعل.

3) أن يكون الزوج مختارا غير مكره، لقوله – صلى الله عليه وسلم –: «رفع عن أمني الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

4) أن يكون قاصدا الطلاق، فالقصد ركن أساسي في إيقاع الطلاق إذا صدر عنه بلفظ بعد كناية.

ثانيا: الزوجة

ويشترط فيها أن تكون زوجة بالعقد الصحيح، سواء كان بعد الدخول أو قبله.

ثالثا: الصيغة

[114] باديس ذيابي، مرجع سابق، ص100.

وهي اللفظ الدال على الطلاق وتكون بالعبارة أو الكتابة، كما تكون بالإشارة للأخرص الذي لا يستطيع الكتابة، ويشترط في الكتابة أن تكون صريحة واضحة وعليه، يقع الطلاق بما ينعقد به الزواج فيقع بالألفاظ الصريحة بوضع اللغة، أو الموضوعة عرفا للدلالة على الطلاق.

وبالكتابة، كأن يكتب لزوجته كتابا يعلن فيه طلاقه لها[115].

كما يقع بالإشارة الواضحة التي تدل على إيقاع الطلاق في إشارات الآخرص إذا كان عاجز التي منهما عن الكتابة أحكام متعلقة بالطلاق.

الفرع الرابع

أحكام متعلقة بالطلاق

أولا: طلاق السكران

ذهب عدد من الفقهاء إلى أن طلاق السكران لا يقع لانتفاء القصد، وذلك لأن السكران نصت المـ فاقد الإرادة[116]، والشارع الحكيم قد قرر عقوبة له، فإذا كان يستحقها فما ذنب الزوجة محاولات والأولاد الذين يلاحقهم ضرر الطلاق، وذهب آخرون ومنهم المالكية إلى القول إنه إذا تعمد الدعوى السكر وفعل الحرام وقع الطلاق عقوبة له، ولكن الرأي الأول هو الراجح.

ثانيا: طلاق السفيه

[115] تشوار الجيلالي، مرجع سابق ص120.

[116] خليفة الكعبي، مرجع سابق ص 300.

عند الجمهور طلاق السفيه يقع لأن سفيه يؤثر على تصرفاته المالية دون غيرها، وكما له أن يتزوج فله أن يطلق.[117]

ثالثا: طلاق الهازل والمازح

هو الذي يقصد فيه الزوج اللفظ دون النتيجة فإذا قال لفظ الطلاق وقع وإن كان مازحا، لأن الزواج لا مجال فيه للمزاح لقوله – صلى الله عليه وسلم –: " ثلاث جدهن جد وهزلين جد النكاح والطلاق والرجعة " – رواه حسن الترميذي

رابعا: طلاق المريض مرض الموت

مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الظن بوفاة صاحبه بعده وقد رأى الفقهاء في والموت حالة قد تؤثر على القصد والاختيار وتثير تساؤل حول صحة بعض التصرفات[118].

ولكن في الطلاق ذهب الجمهور إلى أن الطلاق يقع، لكن يثبت حق الزوجة في الميراث أثناء عدتها من الطلاق البائن الذي وقع في مرض الموت، لاحتمال أن يكون الزوج قد طلق زوجته لحرمانها من الميراث، فيعامل بنقيض مقصوده، وهذا ما يسمى " بطلاق الفار" الذي يفر من توريث زوجته، مع العلم أن الطلاق إذا كان رجعيا لا يطرح إشكال، فيشترط الميراث الزوجة في مرض الموت أن يكون الطلاق بائنا وبغير رضاها.

[117] رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص320.

[118] رسمية عبد الفتاح، مرجع سابق ص240.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد اكتفى بالنص في عدة الطلاق في المادة 132 منه على أنه:" إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث "، وذلك دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي وعدة الطلاق البائن.

الفرع الخامس

إثبات الطلاق

نصت المادة 49 من ق.ا.ج على إثبات الطلاق بالقول: " لا يثبت الطلاق إلا يحكم بعدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ".

فالطلاق يثبت بالحكم القضائي ولا ينشأ به لأن الطلاق قد نشأ بمجرد تلفظ الزوج. وعليه فإن حكم القاضي كاشف للطلاق وليس منشأ له، بخلاف التطليق والخلع الذي حكم القاضي فيها على الراجح منشأ للفرقة الزوجية[119].

وتنص المادة على أن القاضي يقوم بإجراء جلسات صلح خلال ثلاثة (03) أشهر من رفع الدعوى، لكن الإشكال أن هذا الصلح يكون في كثير من الحالات بعد انتهاء العدة، لأن الطلاق وقع بعد رفع الدعوى بمدة، فإذا تم الرجوع وجب على الزوجين الإنتباه لمدة العدة[120]. لأنها إذا انتهت وجب عقد شرعي جديد، وإن كان عقد الزواج السابق مازال ساري المفعول نظرا لعدم صدور الحكم بالطلاق.

[119] المادة 49 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

[120] بسام محمد القواسمي اثبات الطلاق من الشريعة والقانون، دار النقاش للتوزيع زالنشر، الأردن ط1، 2010، ص200.

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري اعتبر العدة في كل الحالات ثلاثة (03) أشهر، في حين أن هناك أنواع أخرى من العدة كما سبق تفصيله.

كما نشير إلى أن الصلح إجراء وجوبي على القاضي القيام به، محاولة منه لثني الزوج عن قراره، وليس إجراء جوهري يترتب في حال غيابه بطلان الطلاق، فتخلف إجراء الصلح لا يبطل حكم القاضي بالطلاق، ولكن يعاقب القاضي جزائيا لإخلاه بواجب فرضه القانون.

- ملف رقم 417622 قرار بتاريخ 2008/01/16

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 01، ص302)

قضية (ح، ن) ضد(ب، ع)

الموضوع: طلاق – محاولة الصلح .

قانون الأسرة: المادة 49.

فمن المقرر قانونا أنه لا تجوز نيابة الزوجين في محاولة الصلح.

- ملف رقم 417622 قرار بتاريخ 2009/01/16

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 02، ص271)

قضية (ح، ي) ضد(م، ح)

الموضوع: طلاق – محاولة الصلح .

قانون الأسرة: المادة 49.

فمن المقرر قانونا أنه يجب على الزوج الطالب فك الرابطة الزوجية،

الفرع السادس

الإشهاد في الطلاق

لم يشترط قانون الأسرة الجزائري الإشهاد لوقوع الطلاق خلافا لمدونة الاسرة المغربية مثلا مع العلم ان بعض الفقهاء قالوا بوجوب الإشهاد أما الجمهور فلم يشترطوه وحملوا الآية التي تنص على الإشهاد على الاستحباب دون الوجوب في قوله تعالى:

(فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ) – سورة الطلاق، الآية 2[121]

كما لم يشترط قانون الأسرة سعي الزوج لتوثيق الطلاق لأنه يسجل وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

المطلب الثاني

الخلع

الفرع الأول

مفهوم الخلع

الخلع لغة مأخوذ من خلع الثوب إذا أزاله، لأن المرأة لباس الرجل والرجل لباس لها لقوله تعالى:

[121] سورة الطلاق الآية 2.

(هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ..) – سورة البقرة، الآية 187[122]

وعرفه الفقهاء بأنه فراق الرجل زوجته ببدل يأخذه منها، ويسمى فدية وافتداء ومباراة. أما اصطلاحا فهو فك رابطة الزوجين بسبب كراهية الزوجة لزوجها مقابل مبلغ مالي يدفع للزوج، وقد أقرته الشريعة الإسلامية حلا للزوجة التي لم تطق الحياة الزوجية فتطلب الفرقة و تدفع للزوج عوضا عن ذلك،وقد كان مبلغ هذه الفرقة في الجاهلية مبالغا فيه استغلالا لوضعية المرأة، لكن في الشريعة الإسلامية إذا حدث نزاع في العوض حكم بأن تدفع الزوجة للزوج ما يساوي مهر المثل عند وقوع الخلع.

ودليل مشروعيته من القرآن قوله تعالى:

(وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ به ...) – سورة البقرة، الآية 229[123]

ومن السنة ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقالت: يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر في الدين فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: فتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم فردت عليه وأمره ففارقها – صحيح البخاري، والمقصود من قولها أخاف الكفر في الدين، أنها تكره عصيانه، وأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بمفارقتها دليل على مشروعية الخلع[124].

---

[122] سورة البقرة الآية 187.

[123] سورة البقرة الآية 229.

[124] بسام محمد القواسمي، مرجع سابق ص250.

- التحذير من الخلع: عن ثوبان – رضي الله عنه – قال: (قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم: أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة – صحيح ابن ماجة.

وعن ثوبان كذلك رضي الله عنه عن النبي– صلى الله عليه وسلم – قال: «المختلعات والمنافقات» – صحيح الترميذي

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للخلع

يرى جمهور الفقهاء أن الخلع رضائي يستوجب قبول الزوج، ويرى آخرون أنه حق للزوجة لا يشترط فيه قبول الزوج.

وذهب قانون الأسرة الجزائري إلى أن الخلع طلاق بائن بينونة صغرى، وقد حدث تطور تاريخي في مسألة اشتراط رضا الزوج، إذ كان الاجتهاد القضائي قبل سنة 1992 على اشتراط رضا الزوج في الخلع ذلك أن قانون 84-11 لم يصرح بهذا الأمر، أما بعد سنة 1992 فقد جرت الأحكام القضائية على عدم اشتراط رضا الزوج وفي تعديل قانون الأسرة 05-02 صرح المقنن بوقوع الخلع دون موافقة الزوج، وفي حالة الخلاف في المقدار المالي يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، إذ تنص المادة 54 من ق.أ.ج[125]

على أنه: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

[125] المادة 54 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

- ملف رقم 656259 قرار بتاريخ 2011/09/15

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 01، ص318)

قضية (ب، ع) ضد (ط، ي) بحضور النيابة العامة

الموضوع: خلع – عصمة

قانون الأسرة: المادتان 48 و54.

فمن المقرر قانونا أن الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج.

- ملف رقم 477546 قرار بتاريخ 2009/01/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 02، ص279)

قضية (ب،أ) ضد(ل، ف)

الموضوع: خلع– محاولة الصلح – تطليق.

قانون الأسرة: المادتان 49، 54.

فمن المقرر قانونا أن القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع، مخالف أحكام المادة 49 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث

أركان الخلع

أولا: الزوج

ويشترط فيه الأهلية وعدم الإضرار بالزوجة ودفعها للخلع بدل الطلاق، ويكفي لإثبات الضرر شهادة بعض الناس العدول، فإن ثبت هذا الإضرار والابتزاز حكم القاضي بالطلاق دون الخلع، وفي هذا قال الإمام مالك: إذا علم القاضي أن زوجها أضر بها وضيق عليها وعلم أنه ظلم لها ولم يرد طلاقها حكم القاضي بالطلاق ورد إليها مالها).

وقد نهى الله تعالى الإضرار بالمرأة حتى تفتدي نفسها، في قوله تعالى:

(يَأَيُّها الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كرهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ. كره خَيْرًا كَثِيرًا). – سورة النساء، الآية 19.[126]

ثانيا: الزوجة

يشترط فيها أن تكون مختارة غير مكرهة، وأن تكون أهلا للتصرف بالعقل والبلوغ.

ثالثا: الفدية أوالعوض

وهو المال الذي تقدمه الزوجة الخالعة لزوجها، ويشترط أن يكون منتفعا به شرعا المنفرده ومقداره غير محدد، لكن في حالة النزاع يقدره القاضي بمهر المثل وقت صدور الحكم.

رابعا: اللفظ أو الصيغة

[126] سورة النساء الآية 19.

وهي الألفاظ الدالة على معنى الخلع صراحة، مثل ما اشتق من كلمة خلع أو فدية أو يكون بلفظ كناية مثل المبارءة.[127]

الفرع الرابع

آثار الخلع

اختلف الفقهاء بين اعتبار الخلع فسخا لعقد الزواج و بين اعتباره طلاقا، فمن قال بأنه فسخ ذهب إلى أن المرأة تعتد بحيضة واحدة لإبراء الرحم، وأن الخلع لا ينقص من عدد الطلقات، في حين ذهب فقهاء آخرون إلى القول بأن الخلع طلاق بائن بينونة صغرى تعتد فيه المرأة بعدة الطلاق و لا يستطيع الزوج أن يراجعها إلا بعقد جديد أثناء العدة أو بعدها، وهذا الرأي الأخير هو الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، فيكون للزوجة الحق في نفقة العدة والحق في الحضانة، ويحكم على الزواج بنفقة وسكن المحضونين لـ وتستثني من ذلك نفقة الإهمال فلا يحكم عليها بها[128].

المطلب الثالث

التطليق

الفرع الأول

مفهوم التطليق

[127] جميل فخري محمد غانم، مرجع سابق، ص 70.

[128] بسام محمد القواسمي، مرجع سابق، ص 240.

التطليق لغة من الفعل طلق أي ترك، والتطليق بذلك هو إيقاع الترك وإحداث الفرقة بين الزوجين.

أما اصطلاحا فيكمن في إظهار رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المشار إليها قانونا.

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق بطلب من الزوجة أو التطليق بناء على إرادتها رعا المنفردة في المادتين 48 و53 ق.أ.ج، كما اشترط أن يتم التطليق بحكم قضائي بناءا على طلب الزوجة أمام القضاء في المحكمة استنادا إلى ما ورد في هذا القانون.

الفرع الثاني

أسباب التطليق

تضمنت المادة 53 ق.أ.ج أسباب طلب الزوجة التطليق والتي أوردها المشرع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر.[129]

ونشير إلى أن المادة أعلاه قبل تعديل 2005 نصت على سبعة (07) أسباب فقط، أما بعد التعديل فقد أصبحت عشرة (10) أسباب حيث أضيفت الفقرة الثامنة الخاصة بالشقاق المستمر بين الزوجين، وكذا الفقرة التاسعة الخاصة بمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد المادة 8 ق.أ.ج بعد أن كانت مدرجة الزواج، كما خصت فقرة لمخالفة الأحكام الواردة في ضمن الفقرة السادسة سابقا، والتي كانت تنص أيضا على الضرر المعتبر شرعا.

[129] المادة 53 من الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق.

وعليه فحسب المادة 53 ق.أ.ج يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

أولا: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون "

يتضح لنا من هذه الفقرة أنه حتى يكون للزوجة الحق في طلب التطليق لابد من توفر شروط هي كالآتي:

1) امتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا وقصدا بعد صدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك.

2) ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، لأن الزوج لا يخلوا من أن يكون موسرا أو معسرا، إلا في حالة كان موسرا وله مال ظاهر وادعى العجز، فهنا يختلف الأمر ويجب على المحكمة النظر فيه.

3) ألا تكون عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج.

ثانيا: " العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج "

إن سلامة الزوج من العيوب شرط أساسي للزوم الزواج للمرأة، أي أنه في حالة تبين وجود عيب فيه كان لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق في حالة عدم رضاها. سواء أصيب به الزوج قبل العقد أو بعده، وسواء كان مستحكما لا يمكن الشفاء منه أو كان مرجو الشفاء، ويمكن للقاضي في الحالة الأخيرة أن يمهل الزوج مدة سنة فإذا بقي العيب ولم يشفى الزوج حكم

القاضي بالتطليق، ويستوي أن يكون العيب عقليا أو معنويا كالجنون أو ماديا جسميا كالعلل الجنسية مثلا..[130]

وعليه، فإنه حسب المشرع الجزائري حتى يعتبر العيب سببا مبررا للتطليق يجب توفر شرطين هما:

1) أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة.

2) أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

وقد ترك المشرع أمر تحديد العيب للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي يتمثل في مدى إمكانية تحقيق الهدف من الزواج من عدمه في وجود هذا العيب.

ملف رقم 596191 قرار بتاريخ 2011/01/13
(مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد 02، ص270)
قضية (ن، ي) ضد(ب، س) بحضور النيابة العامة
الموضوع: تطليق –عقم الزوج– تعويض
قانون الأسرة: المادة 53.
فمن المقرر قانونا أن لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة طالبة التطليق عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته

ثالثا: " الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر"

[130] رسمية عبد الفتاح، مرجع سابق، ص250.

طبقا للمبادئ الفقهية فقد نص المشرع الجزائري على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجرة في المضجع لمدة تزيد عن أربعة شهور كاملة، وحتى تعتبر الهجرة في المضجع باور ميرزا قانونيا يمنح للزوج الحق في طلب التطليق لابد من ثلاث شروط:[131]

1) هجرة الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربانها.

2) أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا لذاته وليس له ما يبرره شرعا وقانونا.

3) أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية.

وعليه متى تأكد القاضي من وجود واقعة الهجر الحقيقى بدون سبب شرعي مقبول، لمدة تزيد عن أربعة أشهر، مع توافر عنصر القصد المتمثل في نية الإضرار بالزوجة، جاز للقاضي الحكم بالتطليق للزوجة.

رابعا:" الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية "

إذا قام الزوج بجريمة من شأنها المساس بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها وقيمتها نول الاجتماعية وحكم عليه فيها جاز للزوجة طلب التطليق، مع الإشارة إلى أنه قبل تعديل2005 كان المشرع يشترط أن تكون العقوبة مقيدة للحرية لمدة أكثر من سنة، غير أن التعديل لم ينص على هذا الشرط، واكتفى بأن تكون الجريمة المرتكبة منافية للأخلاق وتمس بشرف الأسرة مما يؤدي إلى استحالة الحياة الزوجية.

[131] جميل فخري محمد غانم، مرجع سابق، ص70.

ملف رقم 581222 قرار بتاريخ 2010/10/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد 01، ص248)

قضية (م، ه) ضد(ت، ك) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة – مصلحة المحضون– تطليق

قانون الأسرة: المادتان 4/53 و66.

فمن المقرر قانونا أن تقضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لألمه، بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه

خامسا: " الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة "

إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة كان لها إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة الحال أومجهول، لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الانحراف. أن تطلب التطليق، سواء في غياب معلوم وعليه، يشترط للتطليق ثلاث شروط هي:

1) مضي سنة فأكثر على الغياب ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه.

2) عدم وجود مبرر أو عذر شرعي للغياب.

3) أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة، ولم يترك لها ما تنفق منه على نفسها وأولادها.[132]

سادسا: " مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه "

[132] د. خليفة الكعبي، مرجع سابق، ص370.

ويقصد من هذه الفقرة أنه في حالة تخلف الأحكام الواردة في المادة 8 ق.أ.ج المتعلقة يتعدد الزوجات والمتمثلة في موافقة الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة، وكذا وجود المبرر الشرعي ونية العدل، فإذا تخلف أحد هذه الشروط جاز للزوجة طلب التطليق[133].

ملف رقم 480240 قرار بتاريخ 2009/02/11

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 01، ص279)

قضية (ع، س) ضد(ش، ف)

الموضوع: تعدد زوجات– ضرر–تطليق.

قانون الأسرة: المواد 8،53.

فمن المقرر قانونا أن يعد الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق.

سابعا: " ارتكاب فاحشة مبينة "

يقصد بالفاحشة هنا الخطأ المخل بالآداب، بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي، وقد وردت في القرآن آيات عديدة تصور الفاحشة. نذكر منها قوله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة.... وقوله أيضا: (وقل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ...)

[133] المادة 08 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

وعليه، فإنه فى حال ارتكب الزوج فاحشة مبينة، كالزنا أو الشرك بالله أو الردة أو الاعتداء على قاصرة أو الانحراف عن الطريق السليم وقيامه بالسلوك الإجرامي الذي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع، فإنه في كل هذه الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب التطليق، وللقاضي السلطة التقديرية والموضوعية المطلقة في تحديد مدى تأثير هذا الفعل على استمرار الحياة الزوجية.

ثامنا: " الشقاق المستمر بين الزوجين"

أضيف هذا السبب في تعديل 2005، ففي حال استمر الشقاق بين الزوجين جاز للقاضي الحكم بالطلاق أو التطليق بعد محاولات الصلح، إذ تقضي المادة 56 ق.ا.ج بأنه يمكن للقاضي إذا عجز عن الإصلاح واشتد الخصام ولم يثبت الضرر أن يلجأ إلى تعيين حكمين من أهل الزوجة وحكم من أهل الزوج وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين.

إلا أنه في الحياة العملية نجد أن هذه المادة غير مفعلة كما ينبغي.

ملف رقم 620084 قرار بتاريخ 2011/04/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 01، ص299)

قضية (ف، م) ضد(ش، س) بحضور النيابة العامة

الموضوع: طلاق– صلح.

قانون الأسرة: المادتان 48 و 56.

فمن المقرر قانونا أن القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وثبوت الضرر.

تاسعا: " مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج "

إذا تم الإتفاق بين الزوجين في عقد الزواج على شروط لا تتنافى وأحكام قانون الأسرة الجزائري، كشرط عدم التعدد أو عمل المرأة، طبقا للمادة 19 ق.آ.ج[134]، أو الإتفاق على الجانب المالي أوحول الأموال المكتسبة وفقا للمادة 37 ق.أ.ج، فإذا تمت مخالفة هذه الشروط جاز للزوجة طلب التطليق.

عاشرا: " كل ضرر معتبرا شرعا "

لم يحدد المشرع الجزائري أنواع معينة من الضرر، فقد جاء النص عاما بحيث يكون الضرر معتبر شرعا إذا كان يؤدي إلى النزاع والشقاق بين الزوجين مما يترتب عنه استحالة إن " استمرار الحياة الزوجية.

[134] المادة 19 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

وعليه، فقد ترك المشرع سلطة تقدير الضرر في هذا الشأن للقاضي، فيجوز لهذا الأخير في حالة ثبوت الضرر الحكم بتطليق الزوجة، وبالتعويض عن الضرر الذي لحقها سواء كان ماديا أو معنويا إذا طلبت الزوجة ذلك طبقا للمادة 53 مكرر ق.أ.ج[135].

[135] المادة 53 من الأمر نفسه، مرجع سابق.

- ملف رقم572240 قرار بتاريخ 2010/07/15

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 02، ص278)

قضية (ب، ك) ضد (ي، ت) بحضور النيابة العامة

الموضوع: تطليق –ضرر معتبر شرعا – إثبات

قانون الأسرة: المادة 53.

فمن المقرر قانونا أنه لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا، إثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط.

- ملف رقم 654972 قرار بتاريخ 2011/09/15

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد 02، ص294)

قضية (ب،ع) ضد(ت،ك) بحضور النيابة العامة

الموضوع: تطليق – صلح – إثبات – ضرر معتبر شرعا.

قانون الأسرة: المادتان 49 و53 فقرة 10

فمن المقرر قانونا أنه لا علاقة لجلسة الصلح بقواعد الإثبات، ولا يعد غياب الزوج عن جلسة الصلح دليلا على توفر الضرر المعتبر شرعا المبرر للتطليق .

- ملف رقم 572240 قرار بتاريخ 2010/07/15

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 02، ص278)

قضية (ب،ك) ضد(ي،ت) بحضور النيابة العامة

الموضوع: تطليق – ضرر معتبر شرعا – إثبات.

قانون الأسرة: المادة 53 .

فمن المقرر قانونا أنه لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا إثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط.

الفرع الثالث

آثار التطليق

إن التطليق لا يكون إلا بحكم قضائي وهو طلاق بائن بينونة صغرى فلا يستطيع الزوج مراجعة زوجته ولو كانت في العدة لأنه يفوت عليها بالمراجعة قصدها بالتطليق، ولا يجوز له مراجعتها إلا بعقد جديد، وإذا حكم للزوجة بالتطليق تنال المرأة حقوقها من نفقة العدة والحضانة وأجرة سكن المحضون وغيرها.

والجديد الذي جاء به تعديل 2005 يكمن في نص المادة 53 مكرر ق.آ.ج السالفة الذكر، إذ يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الذي لحق المرأة إلى جانب الحكم بالتطليق، وهذا بعد أن كان الاجتهاد القضائي غير مستقر في هذه المسألة، فأحيانا يحكم باستحقاق المرأة التعويض مع التطليق، وأحيانا أخرى يحكم بعدمه، ليستقر في النهاية في وجود نص المادة إلى إمكانية الحكم بالتعويض مع الحكم بالتطليق تبعا للسلطة التقديرية للقاضي.

- المقارنة بين الخلع والتطليق:

أوجه التشابه
– كلاهما من أسباب الفرقة الزوجية بطلب من الزوجة – يتمان بحكم قضائي دون اشتراط رضا الزوج – يعتبران طلاق بائن بينونة صغرى – أحكامهما غير قابلة للاستئناف

أوجه الاختلاف	
الخلع: – تقدم الزوجة للزوج مقابل مالي. – لا يدخل للزوج في الضرر الذي لحق الزوجة.	التطليق: – لا تقدم الزوجة شيئا للزوج بل قد يحكم لها القاضي بالتعويض عن الضرر الذي لحقها. – الزوج هو المتسبب في الضرر

المطلب الرابع

أحكام إضافية في الفرقة الزوجية

لقد سكت المشرع الجزائري عن الظهار واللعان والإيلاء كأسباب للفرقة الزوجية، لندرة وجودها في الحياة الواقعية المعاصرة، واكتفى بالنص على ما يؤثر على الحياة الزوجية من خلال النص على أسباب محددة قانونا، وعليه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية[136]

وهذا تطبيقا لنص المادة 222 ق.أ.ج التي تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[137].

الفرع الأول

اللعان

[136] تشوار الجيلالي، مرجع سابق، ص 249.

[137] المادة 222 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

يقصد باللعان شهادات أربع مؤكدات بالإيمان، يؤديها الزوجان أمام القضاء إذا ما قذف الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها مقرونة من جانب الزوجة بالغضب فإذا قدف الرجل زوجته فكذبته فعليه الحد إلا أن يقيم البيئة أو يلاعن، وهذا لقوله تعالى:

(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَهُ أَحَدِهِمْ أَن لا شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّدِقِينَ (3) وَالْخَمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ لا فهو الْكَذِبِينَ (3) وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ) – سورة النور،الآيات من 6 إلى 9 [138].

وعليه، فإن التفرقة بين الزوجين تتم بمجرد تمام اللعان أمام القاضي، واللعان عند جمهور الفقهاء فرقة مؤكدة لذا يجب أن يكون التفريق مؤبدا، أما الأحناف فاستثنو حالة رجوع الزوج عن اتهامه زوجته، فإن أقاموا عليه حد القذف له أن يعقد على زوجته مرة أخرى بعد إذنها.

ويشترط في اللعان قيام الرابطة الزوجية حقيقة وحكما، وأن يكون الزوج كامل الأهلية إضافة إلى وجوب إنكار الزوجة للتهمة مع اشتهار هذه الأخيرة بالعفاف. ومن أحكام اللعان كفرقة مؤبدة استحقاق الملاعنة الصداق وإلحاق الولد بالملاعنة، وكذا ثبوت التوارث بين الملاعنة وولدها[139].

الفرع الثاني

الظهار

[138] سورة النور الآيات من 6-9.

[139] خليفة علي الكعبي نفي النسب وأثره على الأحكام الفقهية، دار النقاش للتوزيع والنشر، عمان 2006، ص 320.

الظهار هو أن يقول الرجل لزوجته: أنت حرام على كظهر أمي)، أو يشبهها بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا (كالبنت أو الأخت... الخ)، فتحرم عليه زوجته فلا يطؤها ولا يستطيع منها بشيء حتى يكفر بما سماه الله في كتابه.

والأصل في الظهار واقعة ظهار الصحابية خويلة بنت مالك بن ثعلبة من طرف زوجها أوس ن الصامت راحت تشكوه رسول الله، فما برحت من عند رسول الله حتى نزل قوله تعالى:

(وَالَّذِينَ يُظٰهِرُونَ مِن نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاشَا وَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (ج) فَمَن لَّمْ تَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ تَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِنِينَ مِسْكِينَا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ). سورة المجادلة، الآيتين 3 و4[140]

وعليه، فمن ظاهر من امرأته يوما أو شهرا أو نحو ذلك فقال: (أنت على كظهر أمي شهرا) مثلا فهو مظاهر، إن بر بيمينه فلا شيء عليه، وإن أصابها قبل المدة التي سماها لزمته كفارة الظاهر.

وهنا نشير إلى أن الظهار حرام، لأن الله وصفه بأنه منكر من القول وزور، وأنكر على المظاهر[141]

بقوله عز وجل:

[140] سورة المجادلة الآية 3-4.

[141] حسن محمود عبد الدايم، مرجع سابق ص140.

(الَّذِينَ يُظَهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَابِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّاتِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ) – سورة المجادلة، الآية 2–

كما أنه يجوز للزوجة التي ظاهرها زوجها طلب التطليق بعد مرور أربعة (04) أشهر باعتبار أن الظاهر صورة من صور الهجر في المضجع الذي يعد سببا من أسباب الفرقة الزوجية بطلب من الزوجة كما سبق شرحه.

الفرع الثالث

الإيلاء

يقصد بالإيلاء حلف الزوج بالله تعالى، أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا، كأن يقول: (والله لا أقربك أبدا أومدة ستة أشهر أو لا يعين مدة). وبالمفهوم المخالف إذا حلف الرجل بغير الله أو حلف ألا يقربها مدة أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا.[142]

والأصل في الإيلاء قوله تعالى:

(لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَابِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ في هُ فَإِن فَاءُ وفَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ عَزَمُوا الطَّلَقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) – سورة البقرة، الآيتين 226 و227 –[143]

والقاعدة أن كل طلاق وقع بالشرع بحسب حمله على أنه رجعي إلى أن توجب قرينة. على بينونته،وعليه وحسب رأي المالكية فإن الطلاق بالإيلاء لا يقع المجرد مضي المدة. لا بد من دعوى

[142] العربي بلحاج، مرجع سابق ص200.

[143] سورة البقرة الآية 227.

ترفعها الزوجة إلى القاضي حيث يأمر الزوج بالعودة لزوجته فإن أبي طير عليه بمقتضى المادة 53/3 ق. أ.ج التي جاءت عامة ومطلقة، وأن الطلاق الذي يقع بالإيلاء رجعي لا بائن.

المبحث الثاني

آثار انحلال الزواج

لقد ذكر المشرع الجزائري النتائج القانونية التي تترتب على انحلال عقد الزواج أو إنهاء الرابطة الزوجية، في المواد من 58 إلى 80 من قانون الأسرة، وحصرها في العدة الحضانة، النزاع في متاع البيت والنفقة، وسنتناول بالدراسة كل منها على حدة فيما يلي:

المطلب الأول

العدة

الفرع الأول

مفهوم العدة

العدة لغة مأخوذة من العدد والإحصاء يقال عد الشيء عدا وأحصى الشيء إحصاءا. أما اصطلاحا، فهي المدة التي تتربص بها المرأة عن التزويج (أي تنتظر انتهاءها) بعد وفاة زوجها أوفراقه لها إما بالولادة أو بالأقراء أو الأشهر، أوهي أجل وضعه الشارع لانقطاع مابقي من آثار النكاح بعد الفراق[144].

والعدة واجبة بنص القرآن، لقوله تعالى:

[144] محمد عطاش عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، مجلة الفتح، العدد 22، الأردن 2000، ص119.

(يَأَيُّهَا النَّبِى إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ). سورة الطلاق، الآية 1. والآيات في العدة كثيرة سنوردها في مواضعها إن شاء الله.

ولقد أوجبت الشريعة الإسلامية العدة على الزوجة عند الافتراق عن الزوج. سواء وقع وان الافتراق بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ والحكمة منها متعددة بحسب أسباب الفرقة:

العدة بعد أن يهدأ روعهما من النزاع الذي أدى إلى فك العصمة الزوجية بالطلاق. الحكمة منها فى الطلاق الرجعي في أن تترك فرصة كافية للزوج ليراجع مطلقته خلال ابا في الطلاق البائن بينونة كبرى، والفرقة بسبب فساد النكاح أو الوطء بشبهة فى استبراء رحم المرأة للتأكد من عدم وجود حمل من زوجها السابق. وفى الطلاق البائن بينونة هي ترك فرصة لتجديد الحياة الزوجية[145].

أما الفرقة بسبب الوفاة فإنها حدادا على الزوج المتوفى رعاية لحق الزوجية، ودلالة على وفاء الزوجة لزوجها الراحل وحزنها عليه، كما أن فيها جانبا تعبديا لله تعالى بامتثال المرأة لأوامره عز وجل.

الفرع الثاني

موجبات العدة

تجب العدة في حالات معينة هي:

1) تجب العدة بالطلاق في العقد الصحيح بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة.

[145] بدران أبو العنن، مرجع سابق ص341.

2) تجب العدة كذلك في حالة التفريق بين الزوجين لوجود وطأ بشبهة وحالة التفريق بسبب عقد فاسد به دخول.

3) وبالوفاة في العقد الصحيح ولو بغير دخول.

الفرع الثالث

أحكام العدة

(يَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ). سورة الطلاق[146]، الآية 1- وتتمثل أحكام العدة في:

- عدم خروج المعتدة من بيتها إلا لضرورة فتبقى في مسكن الزوجية ولا يجوز إخراجها طبقا للمادة 61 من ق.أ.ج.[147]
- ثبوت نسب الحمل الذي يظهر خلال العدة.
- وجوب النفقة للمعتدة من طلاق.
- في العدة الرجعية إذا حدثت وفاة لأحد الزوجين يثبت الميراث للزوج الآخر. الحداد على الزوج فى عدة الوفاة بمعنى ترك أسباب التزين خلال العدة لحديث أم سلمه الله عليه وسلم – قال: «المتوفى عنها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا أن النبي – صلى الممشق ولا الحلي، ولا تختضب ولا تكتحل. – صحيح النسائي –

[146] سورة الطلاق الآية 01.

[147] المادة 61 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

الفرع الرابع

أنواع العدة

تختلف العدة التي تجب على المرأة تبعا لاختلاف حالها، وهي ثلاث أنواع:

- عدة بالقراء.
- عدة بمضي زمن معين.
- عدة بوضع الحمل.

1. العدة بالقروئ:

إذا كانت المرأة ممن تحيض وهي غير حامل ووقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول ولو حكما، أو في حالة التفريق بسبب الوطء بشبهة، وجب على المرأة أن تعتد ثلاثة أقراء لقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَثَةَ قُرُوءٍ) – سورة البقرة، الآية 228[148]

وهو ما نصت عليه المادة 58 من ق.آ.ج بالقول: " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء.."

وقد اختلف في معنى القرء فبعض العرب يطلقون القرء على الحيض، والبعض الآخر منهم يطلقون القرء على الطهر فتكون العدة ثلاث فترات حيض أو طهر وهي متقاربة[149].

2. العدة بالأشهر:

[148] سورة البقرة الآية 228.

[149] باديس ديابي، مرجع سابق، ص279.

أ. عدة المرأة التي لا تحيض لصغرها أو لبلوغها سن اليأس:

فالمرأة الصغيرة التي لا تحيض أو المرأة اليائس من المحيض، إذا طلقت بعد الدخول تعتد مدة ثلاثة (03) أشهر لقوله تعالى:

(وَٱلـئ يئسن مِنَ المَحِيضِ مِن نَسَائِكُمْ إِن أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّهُنَّ ثَلَثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّـئ لَمْ يحضن) – سورة الطلاق الآية 4 –[150].

وهو ما نصت عليه المادة 58 من ق آج بالقول: "... واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق". و و الملاحظ على نص المادة أنها قد ذكرت اليائس من المحيض دون الإشارة لحالة الصغيرة التي لا تحيض، ذلك أن قانون الأسرة قد حدد سن الزواج 19 سنة للمرأة وي تبلغ قبل ذلك بكثير.

ب. عدة المتوفى عنها زوجها:

تعتد المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا بأربعة (04) أشهر وعشرة (10) أيام، لقوله تعالى: وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَربَعَةَ أشهر وعشرا) سورة البقرة، الآية 234–

وهو ما جاء في المادة 59 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام..."

3. العدة بوضع الحمل:

[150] سورة الطلاق الآية 04.

إذا كانت المرأة حاملا ثم توفى عنها زوجها أو طلقها أو حكم بالتفريق بينهما، فعدتها تنتهي بوضع حملها مهما قصرت أو طالت المدة بين الفرقة وبين وضع الحمل، لقوله تعالى:

(وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) – سورة الطلاق، الآية 4 –

وهو ما نص عليه المشرع في المادة 60 من ق.أ.ج بالقول أن: " عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة "، وهذه المدة التي حددتها المادة هي أقصى مدة لحمل المرأة على الأرجح.

وقد اختلف الفقهاء فيمن كانت حاملا وتوفي عنها زوجها، هل تعتد عدة الوفاة أو العدة بوضع الحمل؟ ونجد أن الكثير من الفقهاء رجحوا أن على المرأة أن تعتد بأبعد الأجلين أي آخر أجل عدة انتهاء.

الفرع الخامس

انتقال العدة

1) قد تتحول العدة من الأشهر إلى القروء، مثل من كانت لا تحيض وخلال عدتها أصبحت تحيض، فتنتقل إلى العدة بالقروء.

2) قد تتحول العدة من القروء إلى الأشهر، إذا بدأت المرأة العدة بالقروء ثم أصبحت بائس من المحيض.

3) وقد تتحول العدة من عدة طلاق إلى عدة الوفاة إذا توفي الزوج في عدة الطلاق العالم الرجعي، ولا يحتسب ما مضى من العدة قبل وفاة الزوج[151].

الفرع السادس

بدأ العدة

أولا: في العقد الصحيح

1) تعتد المرأة من وقت الطلاق في العقد الذي يكون فيه دخول ثم طلاق.

2) تعتد المرأة من وقت الوفاة حتى ولو لم يكن في العقد دخول وتوفي الزوج.

3) من وقت الفسخ أو التفريق القضائي.

ثانيا: في العقد الفاسد

من وقت الفسخ بعد الدخول المعرفة براءة الرحم، وذلك بحيضة واحدة أو شهر واحد.

❖ أما المرأة المطلقة قبل الدخول بها، فلا عدة عليها لقوله تعالى: (يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَها) – سورة الأحزاب، الآية 49.

والحكم الذي جاءت به الآية الكريمة يشمل العقد أكان صحيحا أو غير صحيح، فلو تم إبطال الزواج أو فسخه قبل الدخول فلا تعتد المرأة، أما إذا كان الإبطال والفسخ بعد الدخول فيجب إستبراء الرحم بالعدة، إن أكبر غاية من تشريع العدة كما ذكرنا سابقا هو إستبراء رحم المرأة حتى لا تختلط

[151] رمضان علي السيد الشرنباح، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002.

الأنساب، ونشير هنا إلى أن الخلوة الصحيحة تأخذ حكم الدخول الحقيقي، وتستحق المرأة المهر كاملا وتجب عليها العدة.[152]

المطلب الثاني

الحضانة

الفرع الأول

مفهوم الحضانة

يقصد بالحضانة شر على الطور الطفال والقيام بمصالحة، وقد وسع الفقهاء معنى الحضانة تعرفوها بأنها القيام على أمور من لا يستقل بأمور نفسه، فيدخل في ذلك المريض المقعد والمجنون والمعتوه والمعوق ولو كان كبيرا[153].

ويعرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62[154] قأ كالاتي: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ... فالأصل في الحضانة هي القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته وملبسه وماكله ومشربه وتربيته على دين أبيه، ويقصد بذلك الدين الإسلامي، وكذلك السهر عليه بإبعاد الضرر عنه بالحفاظ على صحته، إذ يجب مداواته والعناية به وإبعاده من مساوئ الأخلاق وتربيته على مكارمها.

الفرع الثاني

[152] محمد عطاش عليوي، مرجع سابق، ص214.

[153] حسين محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص87.

[154] المادة 62 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

شروط الحاضنين

ذكر قانون الأسرة الجزائري شرط واحد للحضانة وذلك في الفقرة 2 من المادة 62 منه التي تنص على أنه: "... يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، إلا أن استعمال المشرع لكلمة أهلا يفتح المجال لشروط كثيرة تشملها هذه الكلمة يمكن إجمالها فيما يلي:[155]

- البلوغ والعقل.
- القدرة على القيام بمطالب المحضون، فلا حضانة للمسن غير القادر على القيام بشؤون المحضون، إلا إذا كان معه من يقوم بشأن الصغير.
- الخلو من الأمراض المعدية والمضرة، حفاظا على صحة المحضون وخوفا من انتقال المرض إليه.
- الأمانة والصلاح، فلا حضانة لفاسق لأنه ليس أهلا لتحمل الأمانة
- أن يكون سكن الحاضن قريبا من سكن ولي المحضون إلا استثناءا بناء على رخصة من القاضي.
- يشترط في الأم ألا تكون متزوجة بقريب غير محرم للمحضون.
- يشترط في الجدة أو الخالة الحاضنتين أن لا تسكنا مع أم المحضون المتزوجة بغير قري
- محرم للمحضون.

[155] المادة 62 فقرة 2 من الأمر نفسه مرجع نفسه.

الفرع الثالث

أصحاب الحق في الحضانة

ورد ذكر المستحقين للحضانة في المادة 64 ق.أ.ج والتي تنص على أن: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة يحكم بإسناد الخيانة أن يحكم بحق زيارة "[156].

نص المادة نجد أن المشرع قد نص على أصحاب الحق في الحضانة على سبيل الدقة ورتبهم حسب من خلال قراءة الأولوية تجنبا لأي نزاع فيها، غير أن هذا الترتيب في إسناد حق. الحضانة لأي منهم يخضع لتقدير القاضي الذي يراعي مصلحة المحضون، وكذا مراعاة أسباب سقوط الحضانة عن مستحقيها وانتقالها من واحد إلى آخر[157]. كما يلزم القاضي عند إصدار الحكم بإسناد الحضانة المستحقها،أن يحكم بحق الزيارة لكي لا يحرم الحاضن المحضون (الولد) من أهله تعسفا منه.

[156] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 490.

[157] رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص53.

- ملف رقم497457 قرار بتاريخ 2009/05/13

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 01، ص297)

قضية (خ ، ب) ضد (خ ، ل) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة – مصلحة المحضون .

قانون الأسرة: المادة 64.

فمن المقرر قانونا أن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة.

- ملف رقم 582813 قرار بتاريخ 112010/11

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد 01، ص290)

قضية (م،ف) ضد(خ،س) بحضور النيابة العامة

الموضوع: كفالة – حضانة – بنت مجهولة الأب

قانون الأسرة: المادتان 64 و116.

فمن المقرر قانونا أن أم البنت مجهولة الأب المتكفل بها من طرف الغير هي الأولى بحضانتها.

- ملف رقم 613469 قرار بتاريخ 2011/03/10

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 01، ص285)

قضية (م،ي) ضد(ع،ز) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة – مصلحة المحضون.

قانون الأسرة: المادة 64.

فمن المقرر قانونا أن تراعى مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

- ملف رقم 650014 قرار بتاريخ 2011/10/13

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 01، ص313)

قضية (ش،ف) ضد(ب،ن) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة – مصلحة المحضون– مساعدة اجتماعية

قانون الأسرة: المادة 64

فمن المقرر قانونا أن القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون.

❖ **إسناد الحضانة للمرأة غير المسلمة:**

لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة، ولكن بالعودة إلى نص المادة 62 من ق.ا.ج نجد أنه يشترط تربية المحضون على دين أبيه وهو الإسلام.

وبالمقارنة مع بعض القوانين الأخرى، فإننا نجد أن القانون المغربي مثلا ينص على هذه الحالة صراحة، إذ يمكن للأم إذا كانت غير مسلمة أن تحضن طفلها إلى غاية خمس (05) سنوات، في حين اختلف الاجتهاد القضائي في تونس في هذه المسألة، فنجد أنه حكم نت بالحضانة لصالح الزوجة غير المسلمة في إحدى القضايا، وللأسف قامت هذه الزوجة بعد الموت ذلك بتغيير اسم ابنها وربته على دينها (المسيحية)، كما منعت الزوج من زيارة ابنه وحكم القضاء التونسي في قضية أخرى بحرمان الزوجة المسيحية من حق الحضانة.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة، فذهب الشافعية إلى عدم جواز حضانة المسيحية لابن المسلم، أما المالكية فاشترطوا كي تحضن المسيحية ابن المسلم أن يكون المحضون في سن عدم التمييز، أي أقل من ستة (06) سنوات، وألا تربيه على دينها.

الفرع الرابع

مدة الحضانة

أوردها المشرع في المادة 65 من ق. أ.ج بالنص على أنه: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"

وعليه، فإن مدة حضانة الذكر عشر (10) سنوات قابلة للتمديد إلى ستة عشر (16) سنة 1 شرط أن تكون الحاضنة أما غير متزوجة. أما مدة حضانة الأنثى فتنقضي ببلوغ سن الزواج أي 19 سنة.

وبالنسبة للذكر فإن الأم وحدها لها الحق في تمديد الحضانة ولكن بعد 10 سنوات هل تبقى الأم حاضنة أم تصبح ولية؟[158]

فبالرجوع لنص المادة 87 من ق.ا.ج نجد أنها تنص على الولاية في حالة الغياب والوفاة، وفي قريب حالة الطلاق تسند الولاية لمن أسندت له الحضانة وعليه فإنه إذا أسند القاضي الحضانة للأم فإنها تصبح ولية وحاضنة في نفس الوقت فتجتمع فيها الصفتان سواء قبل سن العاشرة أو بعده[159].

وفي الفقه الإسلامى ذهب عدد من الفقهاء إلى أن مدة الحضانة سبع (07) سنوات ثم يخير المحضون بين ابيه وأمه وفضل المالكية أن يكون الذكر للأب بعد ذلك حتى يعلمه أمور الرجال، والأنثى للأم حتى تعلمها أمور النساء.

[158] طاهري حسين، مرجع سابق، ص183.

[159] المادة 87 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

ملف رقم 599850 قرار بتاريخ 2011/02/10

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 01، ص281)

قضية (ع، ح) ضد(ط، ر) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة– تمديد الحضانة.

قانون الأسرة: المادة 65.

فمن المقرر قانونا أنه لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي، والحضانة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد، في حالة تجاوز سن المحضون 10 سنوات وتبقى الحضانة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون.

الفرع الخامس

سقوط الحضانة وعودتها

أولا: سقوط الحق في الحضانة

تسقط الحضانة لأسباب قانونية وأخرى اختيارية:

الأسباب القانونية:

1) تسقط الحضانة إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون، أي برجل غريب عن أبنائها سقط حقها في الحضانة، فإذا طالب الأب بأبنائه كان له الحق في ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من ق.ا.ج بالقول: " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم..."[160].

[160] المادة 66 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

2) تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم وذلك ما نصت عليه المادة 70 من ق.أ.ج بالقول: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

3) وتقضي المادة 67/1 ق.ا.ج بأنه تسقط الحضانة أيضا بتخلف أحد الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ.ج، كأن يكون الحاضن أهلا لذلك.

4) وتسقط الحضانة عن الحاضن إذا أراد أن يستوطن في بلد أجنبي، وقرر القاضي إسقاطها عنه مراعاة لمصلحة المحضون، وهذا ما جاء فى المادة 69 من ق.ا.ج التي تنص بقه على أنه: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة ان يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لاح للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"[161].

5) وجاء في المادة 2/67 من ق.آ.ج أنه: " لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة..."، وتنص الفقرة وجوب مراعاة في جميع الحالات مصلحة المحضون.

فمن خلال قراءة الفقرة الثانية من المادة 67 من ق.آ.ج، يتضح لنا أن الأصل هو أن عمل المرأة ليس من أسباب سقوط الحضانة، في حين وبتفحص الفقرة الأخيرة من نفس المادة الاحت نجدها أنها تشترط في ذلك مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات، مما يجعلنا نستنتج أن الأس

[161] محمد عطاش علوي، مرجع سابق ص267.

عمل المرأة إذا كان يؤدي إلى إهمال المحضون وعدم تقديم الرعاية الكافية له، فإنه يمكن أن يشكل عملها سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة[162].

- ملف رقم 564787 قرار بتاريخ 2010/07/15

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد02، ص262)

قضية (ب، ب) ضد(ر، ز،ز) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة- زنا- مصلحة المحضون.

قانون الأسرة: المادتان 62 و67.

فمن المقرر قانونا أنه يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون.

- ملف رقم 581222 قرار بتاريخ 2010/10/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد01، ص248)

قضية (م، ه) ضد(ت، ك) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة- مصلحة المحضون – تطليق.

قانون الأسرة: المادتان 4/53 و66.

فمن المقرر قانون أن تقضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه، بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه

[162] رسيمة عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 127.

أ. الأسباب الاختيارية:

تسقط الحضانة بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون وهو ما نصت عليه المادة 66ق.أ. ج يسقط حق الحضانة... بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

وتسقط الحضانة كذا لمادة لم يطالب من له الحق في الحضانة بها مدة تزيد عن السنة على بدون عذر، طبقا لنص المادة 68 ق ا ج[163].

ثانيا: عودة الحق في الحضانة

نصت المادة 71 من ق.آ.ج على أنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، أي أن عودة الحق في الحضانة ثابت في المجالات التي يكون فيها السقوط الأسباب قانونية دون الاختيارية

- **تجزئة الحضانة وحق الزيارة:**

يجوز للقاضي حسب سلطته التقديرية والمصلحة المحضون أن يجزأ حضانة الأولاد حسب مصلحتهم، إذ يمكن أن يعطي حضانة الرضيع لأمه وحضانة أخيه الأكبر لأبيه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

[163] المادة 68 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

كما للقاضي أن يحكم بحق الزيارة، وهو الحق الممنوح لأحد الوالدين الذي لم تثبت له حضانة الطفل بزيارة ابنه القاصر، كما تكون كذلك الزيارة للجد أب الأب، لأن عليه واجب النفقة في حالة وجوبها عليه، وقد نص المشرع على حق الزيارة في المادة 64 ق.آ.ج[164].

وتجدر الإشارة إلى عدم جواز ممارسة الزيارة في بيت الحاضنة من طرف الأب كون الأم صارت أجنبية عنه، كما يرتب المشرع جزاء يتمثل في الحبس والغرامة في حال عدم تسليم الطفل المحضون إلى من له الحق في المطالبة به حسب المادة 328 من قانون العقوبات[165].

- **استئناف الأحكام الصادرة في الحضانة:**

خلافا للأحكام المتعلقة بالطلاق الخلع والتطليق فإن الأحكام الصادرة في دعاوى الحاضنة قابلة للاستئناف وذلك ما نصت عليه المادة 57/2 ق.آ.ج بالقول: " تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف "، كما يجوز اتخاذ تدابير استعجالية بخصوص الحضانة والزيارة والمسكن كما جاء في المادة 57 مكرر ق. أ.ج.

الفرع السادس

سكن المحضون

وتبقى الحضانة في بيت الزوجة حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن". ففي حالة الطلاق ألزم المشرع الأب بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، فإن لم يستطع فعليه توفير بدل الإيجار، وهنا لم يجعل المشرع الأمر اختياري بين السكن ودفع بدل الإيجار[166]، فتوفير السكن

[164] المادة 64 من الأمر نفسه مرجع نفسه.

[165] المادة 328 من قانون العقوبات الصادر في 19 يونيو 2016.

[166] جميل فخري محمد غانم، مرجع سابق، ص350.

الملائم هو الذي يكون كأصل، فإن تعذر توفيره يكون دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في مسكن الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن، وفي حالة عدم توفير مسكن للحضانة بعد مرور فترة العدة تصبح المرأة أجنبية ويكون من حقها منع دخول الأب المسكن الزوجية، ويجوز لها رفع دعوى ضده لمنعه من الدخول حتى ولو هذا المسكن له فهي تمتلك حق البقاء إلى أن ينفذ الحكم المتعلق بالسكن أو توفير بدل الإيجار، وحتى لو تصرف الأب في هذا المسكن ببيعه مثلا فإنه يمكن للحضانة أن تقوم بإشكال في التنفيذ، و للمشتري حينها أن يرفع دعوى لإبطال و فسخ العقد [167].

[167] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج1، منشورات الحلبي، لبنان 1998.

- ملف رقم 460137 قرار بتاريخ 2009/01/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد01، ص251)

قضية (ث، م) ضد(ت ،ح)

الموضوع: طلاق- حضانة – سكن- بدل إيجار.

قانون الأسرة: المادة 72.

فمن المقرر قانونا أن تسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة.

- ملف رقم 474255 قرار بتاريخ 2009/01/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد02، ص267)

قضية (ح، إ) ضد(ع، ن)

الموضوع: طلاق- حضانة – سكن.

قانون الأسرة: المادة 72.

فمن المقرر قانون أن القضاء بتخيير الزوج بين تخصيص سكن للحضانة أو دفع بدل الإيجار، بالرغم من تخصيص الزوج سكنا مستقلا لممارسة الحضانة،إساءة للتطبيق السليم للقانون.

- ملف رقم 566381 قرار بتاريخ 2010/09/16

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد02، ص268)

قضية (م، ك) ضد(ز ، ح) بحضور النيابة العامة.

الموضوع: حضانة – سكن- بدل إيجار.

قانون الأسرة: المادتان 72 و 78.

فمن المقرر قانون أن توفير سكن ملائم للأم لممارسة الحضانة، يحول دول مطالبتها ببدل الإيجار.

- ملف رقم 477191 قرار بتاريخ 2009/01/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد02، ص275)

الفرع السابع

النزاع في متاع البيت

قضية (ز، س) ضد(ط ،ف)

الموضوع: حضانة – مصلحة المحضون– سكن.

قانون الأسرة: المادتان 64،72.

فمن المقرر قانونا أنه يتعين على الوالد عند تخصيص سكن لممارسة الحاضنة مراعاة بتحقيقه مصلحة المحضون.

- ملف رقم 481857 قرار بتاريخ 2009/01/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد02، ص297)

قضية (ب، ا) ضد(م، ح)

الموضوع: نفقة– بدل إيجار – حضانة– حجية الشيء المقضي فيه.

قانون الأسرة: المادتان 72،78، قانون مدني: المادتان 338،467.

فمن المقرر قانون أنه يمكن المطالبة ببدل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقة للمحضون في أي وقت ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجية الشيء المقضي فيه.

- ملف رقم 581700 قرار بتاريخ 2010/11/11.

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد1، ص252)

قضية (ك، ع) ضد(ب، ع) بحضور النيابة العامة.

الموضوع: حضانة – سكن– ممارسة الحضانة.

قانون الأسرة: المادة 72.

فمن المقرر قانونا أن يتحد مكان سكن ممارسة الحضانة إما مكان تواجد بيت الزوجيةّ أو مكان أهل الحاضنة.

تنص المادة 73 من ق.أ.ج على أنه: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.

والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

معنى المادة أنه إذا اشترت الزوجة شيئا معينا وأقر الزوج بوجوده، لكن الخلاف وقع في من يملكه،فهنا إذا كان ذلك الشيء خاص بالنساء مثل الفساتين تحلف الزوجة وتأخذه، وكذلك الأمر للزوج إذا كان الشيء خاصا بالرجال يحلف ويأخذه.

أما في حالة الإتفاق على الملكية المشتركة للشيء بينهما فيحلفان على ذلك ويقتسمانه، أما في حالة إنكارهما وجود الشيء من أصله فيطبق على الشيء القواعد العامة في الإثبات.

ملف رقم 582154 قرار بتاريخ 2010/11/11

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد 01، ص255)

قضية (ح، ر) ضد(ج،ر) ومن معها بحضور النيابة العامة.

الموضوع: متاع– تقادم.

قانون الأسرة: المادتان 308 و317.

فمن المقرر قانونا أنه تتقادم دعوى المطالبة بالمتاع بمرور 15 سنة من تاريخ حكم الطلاق.

المطلب الثالث

النفقة

الفرع الأول

مفهوم النفقة

إن نظام النفقة في الإسلام مثل نظام المواريث ونظام الزكاة يعتبر مظهرا من مظاهر التعاون والتكافل الاجتماعي بين الأقرباء وبينهم وبين غيرهم من المسلمين.

إذ تعد النفقة من آثار عقد الزواج شرعا وقانونا كما سبق لنا ذكره سالفا، وتظهر جليا أهمية النفقة في حالة انحلال عقد الزواج[168].

والنفقة لغة مشتقة من النفوق (بضم النون) أي الهلاك نقول نفق الفرس أي هلك أومن النفاق (بفتح النون) أي الرواج، نقول نفقت السلعة أي راجت.

اما اصطلاحا فهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن. وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج، وهذا التعريف شامل لكل أنواع النفقة.

وتجب النفقة على الزوج تجاه زوجته وأولاده ودليل ذلك:

1. **من الكتاب:** قوله تعالى:

(وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) – سورة البقرة، الآية 23

[168] وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشاملة ج 07 دار الفكر، ط2، دمشق دون ت، ص90.

وقوله أيضا. (وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا قُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) – سورة الطلاق. الآية 6[169]

2. **من السنة:** عن جابر بن عبد الله – رضي الله عنه أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال في خطبته في حجة الوداع ... ولهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف».

وعن عائشة – رضي الله عنها – أن هندا بنت عتبة زوج أبي سفيان قالت:

(يا رسول الله أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفي ابني)، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» – رواه البخاري ومسلم –

3. **الإجماع:** أجمع الفقهاء منذ عصر النبي – صلى الله عليه وسلم – حتى عصرنا هذا على وجوب نفقة الزوج على زوجته وأولاده، وكذلك والديه في حالة احتياجهما[170].

الفرع الثاني

أنواع النفقة

إن المتتبع لنصوص قانون الأسرة الجزائري يجد أن النفقة الواجبة على الزوج في ثلاث أنواع هي:

- النفقة الزوجية.
- النفقة على الفروع.

[169] سورة الطلاق الآية 06.

[170] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص415.

- نفقة الأقارب.

أولا: النفقة الزوجية

ذهب المقتن الجزائري إلى الأخذ بمذهب الجمهور وخصوصا المالكية بسبب وجوب النفقة الزوجية، والمتمثل في الدخول بالزوجة في الزواج الصحاب المعنى الخلوة الصحيحة أو الروحية من الدخول، فالزوج الذي دعي لإتمام الزواج بالبناء الكامل وآخر ذلك وجين الله النفقة زوجته ولو لم يدخل بها بعد، أما إذا لم يدعى وبقيت الزوجة في بيت أهلها دون إتمام البناء أي الدخول [171]فإن النفقة لا تجب على الزوج، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 74 ق.ا.ج بالقول : " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد (78) و 79 و 80) من هذا القانون".

ويرجع الأحناف سبب النفقة الزوجية إلى عقد الزواج واحتباس الزوجة لمنفعة زوجها.

ومما هو مقرر في قواعد الشريعة أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه أما عند الظاهرية فسبب النفقة الزوجية هو مجرد العقد[172].

ومن خلال دراستنا للمادة 74 ق آج نستخلص أن نفقة الزوج على زوجته تجب بتوافر الشروط التالية:

- أن يكون الزواج صحيحا شرعا.

[171] عزيرية يوسف، مذكرة تخرج، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، المعهد الوطني للقضاء 2014/2013، ص274.

[172] المادة 80 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

- أن يتم الدخول بالزوجة.
- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية.
- عدم النشوز ففي حال رفض الزوجة مثلا الرجوع إلى بيت الزوجية بدون عذر شرعي اعتبرت ناشزا أما إذا وجد العذر فلا تسقط هذه النفقة، ومن الأعذار الشرعية المقبولة:
  - عدم تقديم الزوج الصداق للزوجة.
  - مرض الزوجة في بيت أهلها وعدم قدرتها على الرجوع.
  - مطالبة المرأة بمسكن مستقل حسب الاجتهاد القضائي.

ومن الأعذار أيضا التي تبقى معها النفقة الزوجية قائمة:

- حالة سجن الزوج ويكون له مال يتمكن منه فتبقى النفقة واجبة في ماله رغم عدم رجوع الزوجه لبيت الزوجية.
- وحالة عمل المرأة خارج البيت فإذا كان برضا الزوج فإن النفقة الزوجية تبقى قائمة. كانت بغير رضا الزوج فإن النفقة تسقط ذلك أن صور النشوز لخروج المرأة بغير إذنه.

ونشير في الأخير أن نفقة المعتدة رجعيا واجبة على الزوج خلال العدة والمطلقة الحامل لقى نفقتها واجبة حتى تضع حملها أي خلال العدة من أي نوع من أنواع الطلاق وذلك الأجل الولد الذي تحمله مصدقا لقوله تعالى:

(وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)[173].

[173] وهيبة الزحيلي، مرجع سابق، ص100.

ثانيا: نفقة الفروع (الأبناء والبنات)

تنص المادة 75 ق.آ.ج أنه: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

يفهم من نص المادة أن نفقة الفروع أي الأبناء واجبة على الأب بتوفر الشروط التالية:

- عدم بلوغ الذكر من الرشد.
- عدم زواج الأنثى والدخول بها.
- عدم وجود مال للأبناء.

وتستمر نفقة الفروع إلى ما بعد سن الرشد في حال كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو لا نشغالها بمزاولة الدراسة، وبالمفهوم المخالف لنص المادة 75 ق. أ.ج فإن نفقة الفروع تسقط في الحالات التالية:

- بلوغ الذكر سن الرشد وقدرته على الكسب.
- الدخول بالأنثى أي زواج البنت.
- وجود مال لملأبناء بميراث أو هبة أو بالكسب من عمل لهم، ولو قبل بلوغ السن أو الشرط المسقط للنفقة، بمعنى الرشد أو الدخول بالأنثى.

والملاحظ على نص المادة أعلاه، أن المشرع لم يحدد مدة الدراسة على خلاف المشرع المغربي الذي حددها بـ 25 سنة في المادة 198 من المدونة المغربية.

ملف رقم 494366 قرار بتاريخ 2009/05/13

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 01، ص292)

قضية (ب، م) ضد(خ،ق) بحضور النيابة العامة.

الموضوع: نفقة– وكالة.

قانون الأسرة: المادة 75.

فمن المقرر قانونا أنه لا يحق للام، بعد انتهاء حضانة بنتها ببلوغها سن الرشد، مطالبة والد البنت بنفقتها، إلا بوكالة منها.

ملف رقم 506369 قرار بتاريخ 2009/07/08

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 02، ص306)

قضية (ر، ع) ضد(ر،م ومن معها) بحضور النيابة.

الموضوع: نفقة– بدل إيجار– بنت.

قانون الأسرة: المادتان 75، 72.

فمن المقرر قانونا أنه لا يحق للبنت حتى بعد انتهاء الحضانة المطالبة بدل الايجار، يحق لها مطالبة وليها بالنفقة.

ملف رقم 535329 قرار بتاريخ 2009/12/10

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 01، ص235)

قضية (س، ح) ضد(س،ع) ومن النيابة العامة.

الموضوع: نفقة الأب – سكن– سن الرشد..

قانون الأسرة: المادتان 78،75

فمن المقرر قانونا أنه لا يحق للبنت بعد انتهاء سن الحضانة، مطالبة والدها بسكن منفرد.

كما تقضي المادة 76 من ق.أ.ج بأنه في حالة عجز الأب تنتقل نفقة الأولاد إلى الأم إذا كانت ذات مال وقادرة على ذلك، وهذا إذا لم تكن انتقلت إلى الأصول أي الجد أب الأب قبل أن الأم لدرجته الأقرب في النسب والميراث[174].

ثالثا: نفقة الأقارب

تنص المادة 77 ق. أ.ج على أنه: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث ".

بمعنى أن المشرع مثلما أوجب نفقة الآباء على الأبناء فقد أوجب في المقابل نفقة الأبناء على الآباء، وهذا في حال عجز الوالدان لفقرهم أو عدم كفاية حاجاتهم، وذلك حسب يسر الأبناء ودرجة القرابة في الإرث. فالأبناء أولى بالنفقة من الأحفاد على الوالدان، إلا في حال عجزهم فتنتقل النفقة إلى هؤلاء الأحفاد.

الفرع الثالث

مشتملات النفقة

نص المشرع الجزائري في المادة 78 ق.آ.ج بأنه: " تشتمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج. والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة "[175].

[174] مسعود الياس نعيمة، التعويض عن الضرر في مسائل الطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان2009، ص 175.

[175] المادة 78 من الأمر 02/05 مرجع سابق.

نلاحظ أن نص المادة جاء صريحا إذ عدد المشرع مشتملات النفقة عموما، و، وذلك في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا إسراف ولا تقصير، وهذا ما يعكس صورة المودة والتفاهم في الأسرة.

ونشير إلى أن النفقة قد تكون بطريق التمليك الذي يقدره القاضي في حالة الإحجام عن أداء النفقة بطريقة ودية، فيصدر القاضي حكم بذلك، وتكون هذه النفقة التي يفرضها على رب الأسرة إما عينية أو نقدية بعد أن يقدرها بما يكفي حاجة المنفق عليهم.

- ملف رقم 478795 قرار بتاريخ 2009/02/11

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 01، ص269)

قضية (د، ح) ضد(س،ف)

الموضوع: نفقة – حمل – علاقة زوجية

قانون الأسرة: المادة78.

فمن المقرر قانونا أن تعتبر مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية.

- ملف رقم 502268 قرار بتاريخ 2009/06/10

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 01، ص219)

قضية (ف، ف) ضد(م،ص) والنيابة العامة.

الموضوع: نفقة – مصاريف النفاس

قانون الأسرة: المادة78.

فمن المقرر قانونا أنه يحق للمرأة المطلقة المطالبة بمصاريف النفاس، باعتبارها من عناصر النفقة.

- ملف رقم 554808 قرار بتاريخ 2010/04/15

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 01، ص241)

قضية (ش، ب) ضد(ز،ع) والنيابة العامة.

الموضوع: نفقة – سكن–بدل إيجار

قانون الأسرة: المادة 57 مكرر.

فمن المقرر قانونا أنه يعد السكن أو بدل الإيجار من مشتملات النفقة، لا يكتسي الحكم الصادر إلا حجية مؤقتة.

- ملف رقم 473962 قرار بتاريخ 2009/01/14

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 02، ص262)

قضية (ب، ق، ق) ضد(ق،م)

الموضوع: نفقة – حالة الأشخاص– حجية الشيء المقضي فيه.

قانون مدني : المادة 338

فمن المقرر قانونا أنه لا تكتسب الأحكام الفاصلة في القضايا المتعلقة بالنفقة وحالة الأشخاص حجية الشيئ المقضي به.

- ملف رقم 594435 قرار بتاريخ 2011/01/13

(مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد 02، ص266)

قضية (ز،م) ضد(ب،ف) بحضور النيابة العامة

الموضوع: نفاس– مصاريف النفاس.

قانون الأسرة : المادة 78

فمن المقرر قانونا أن تشمل مصاريف النفاس، مصاريف العناية بصحة النفساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي لمدة معينة، ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط.

الفرع الرابع

تقدير النفقة

اتفق الفقهاء على أن النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية بلا إسراف ولا تقتير، في حدود المعروف وفي حدود طاقة الزوج، وهذا أخذا بقوله تعالى:

(وليُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ، وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ، فَلْيُنفِقْ مِمَّا وَاتَىٰهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا ءَاتَىٰهَا) – سورة الطلاق، الآية 7 –

لقد جاءت الآية الكريمة صريحة باعتبار حال الزوج يسارا أو إعسارا في الإنفاق على الزوجة ورغم هذا قرر جمهور الفقهاء بأن النفقة تقدر بحال الزوجين معا، أي بحسب حال الزوج يسرا وعسرا، وحال الزوجة على ألا تقل عن حد الكفاية، ويراعي في تقريرها عرف وعادة أهل البلد وحال الوقت والأسعار مع اعتبار الوسط.[176]

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 79 ق.آ.ج والتي نصت على أنه " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ".

وعليه، فإن تقدير النفقة في القانون الجزائري تعود للسلطة التقديرية للقاضي المختص. فمن كان غنيا حكم عليه القاضي بنفقة اليسار، ومن كان متوسط الحال حكم على بنفقة التوسط ومن كان معسرا حكم عليه بنفقة الإعسار مع مراعاة حال الزوجة وظروف المعيشة[177].

[176] عزرية يوسف، مرجع سابق، ص50.

[177] مسعود إلياس نعيمة، مرجع سابق، ص189.

وقد نصت المادة أيضا على أن القاضي لا يراجع تقديره للنفقة قبل مضي سنة من الحكم ومن تم عدم إمكانية المطالبة بمراجعة مقدار النفقة بطلب الزيادة أو النقصان من طرف أحد الزوجين لتغير الوضع المادي من الغنى إلى الفقر أو لتغير الأسعار بالزيادة، لأن الغالب أن الأسعار لا تتغير في أقل من تلك المدة.

الفرع الخامس

مدة استحقاق النفقة

جاء في نص المادة 80 ق. أ.ج أنه: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"[178].

وعليه، فإن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ. من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل رفع الدعوى، ولا لما بعد صدور الحكم.

الفرع السادس

الآثار المترتبة عن الامتناع عن النفقة

تقضي المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري بأن يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 300.000 د. ج كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن

[178] المادة 80 من الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة مرجع سابق.

تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم[179].

ويفترض القانون، أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال، والمحكمة المختصة بالنظر في جريمة الامتناع عن أداء النفقة، هي محكمو موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض المنفعة أو المنتفع بالمعونة.

الخاتمة:

بعدما تطرقنا الى مفهوم قانون الأسرة وما يتضمنه من محاور بدءا بالخطبة ثم انعقاد الزواج وصولا الى انحلال الزواج سواء كان بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الايلاء أو الظهار أو اللعان إلا أن قانون الأسرة الجزائري رغم التعديل الأخير له في2005 إلا أنه يظل بأمس الحاجة إلى تعديل وتمحيص جديد وذلك نظرا للتطور الاجتماعي والمتغيرات الاجتماعية ولا سيما التكنولوجيا منها والتي أصبحت دخيلة على الأسرة الجزائرية مما يستوجب من المشرع سن قوانين جديدة ووضع ضوابط قانونية تتماشى مع شتى مجالات الأسرة الجزائرية.

[179] المادة331 من قانون العقوبات الجزائري مرجع سابق.

قائمة المراجع:

I. القرآن الكريم

سورة النساء.

سورة الأحزاب.

سورة الأحقاف.

سورة المائدة.

سورة الطلاق.

سورة البقرة.

سورة النور.

سورة المجادلة.

II. المؤلفات العامة

بن بدوي عبد العظيم، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، الطبعة الثالثة، دار الإمام مالك، 2001.

د. بن حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الطبعة الأولى، 2007 .

بن عزوز عبد القادر أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى. 2007 .

ا بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004 .

بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، عين مليلة، دار الهدي، الجزائر،2000.

بن ملحة الغوثي. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء 2004 .

جاد أحمد، الوجيز في الفقه للنساء، الطبعة الأولى دار الرشيد الجزائر، 2007

دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية 2008.

سعد عبد العزيز الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، الجزائر دار هومه، 1996.

محمد أحمد سراج، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1998.

حسين محمود عبد الدابج، حجة الاثبات في النسب، دراسة مقارنة من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي ط1 الاسكندرية2008.

رجب كريم عبد الله، طرق اثبات النسب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دار النهضة العربية القاهرة 2015.

خليفة علي الكعبي، النسب وأثره على الأحكام الفقهية ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان 2006.

رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل، عمان، الأردن، 2010.

جميل فخري محمد غانم، التذابير الشرعية للحد من الطلاق، دار حامد الأردن،2009.

بسام محمد القواسمي اثبات الطلاق من الشريعة والقانون، دار النقاش للتوزيع والنشر، الأردن ط1، 2010.

خليفة علي الكعبي نفي النسب وأثره على الأحكام الفقهية، دار النقاش للتوزيع والنشر، عمان 2006.

محمد عطاش عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، مجلة الفتح، العدد 22، الأردن 2000.

رمضان علي السيد الشرنباح، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج1، منشورات الحلبي، لبنان 1998.

وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشاملة ج 07 دار الفكر، ط2، دمشق دون ت.

مدونة الجنسية الحالة المدنية الوظيفة القنصلية وثائق السفر. دخول الأجانب بالجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها دار بلقيس للنشر طبعة 2017.

باديس ذيابي، صور الزواج الفاسد على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى للنشر، الجزائر 2008.

III. محاضرات

1. العيشي نوارة محاضرات في مادة قانون الأسرة الجزائري ألقيت على طلبة الليسانس جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون السنة الجامعية 2011/2012

2. بن داود صالح ، محاضرات في مادة قانون الأسرة الجزائري ألقيت على طلبة الليسانس للسنة الجامعية 2010/2011

3. بوصبع فؤاد، رسالة ماجستر، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة2011.

4. تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق في ظل الاكتشافات الحديثة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001.

IV. المذكرات

عزيرية يوسف، مذكرة تخرج، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، المعهد الوطني للقضاء 2014/2013.

مسعود الياس نعيمة، التعويض عن الضرر في مسائل الطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان2009.

V. الاجتهاد القضائي

مجلة المحكمة العليا. سنة 2009، العدد 01

مجلة المحكمة العليا سنة 2009. العدد 02

مجلة المحكمة العليا. سنة 2010 العدد 01

مجلة المحكمة العليا. سنة 2010 العدد 02

مجلة المحكمة العليا. سنة 2011 العدد 01

مجلة المحكمة العليا. سنة 2011. العدد 02

مجلة المحكمة العليا. سنة 2012 العدد 01

VI. نصوص قانونية

القانون المدني، دار بلقيس للنشر طبعة 2012

القانون التجاري، دار بلقيس للنشر طبعة 2012

قانون العقوبات، دار بلقيس للنشر طبعة 2012

مدونة الجنسية الحالة المدنية الوظيفة القنصلية وثائق السفر. دخول الأجانب بالجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها دار بلقيس للنشر طبعة 2017.

قانون الأسرة دار بلقيس للنشر طبعة 2012.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية دار بلقيس للنشر طبعة 2010.

VII. المواد القانونية:

المادة 328 من قانون العقوبات الصادر في 19 يونيو 2016.

المادة 64 يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح.

المادة 67: يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه.

VIII. المراسيم:

مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة (ج ر 31 مؤرخة في 14 مايو 2006).

مرسوم رقم 71 - 157 مؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 يتعلق بتغيير اللقب. (ج ر 47 مؤرخة في 11-06-1971) متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92 - 24 مؤرخ في 13 يناير سنة 1992 (ج ر 5 مؤرخة في 22-01-1992).

IX. الأوامر

أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية ج ر 21 مؤرخة في 27-02-1970)) معدل ومتمم.

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	02
المحور الأول: مفهوم قانون الأسرة	03
نشأة وتطور قانون الأسرة الجزائري	03
علاقة مصطلح قانون الأسرة بمصطلح قانون الأحوال الشخصية	04
طبيعة قانون الأسرة	05
مصادر قانون الأسرة الجزائري	06
مضمون قانون الأسرة الجزائري	06
علاقة قانون الأسرة بالقوانين الأخرى	07
المبحث الأول: مفهوم الزواج	08
المطلب الأول: تعريف الزواج	08
المطلب الثاني: دليل مشروعية الزواج	09
المحور الثاني: الخطبة	10
المطلب الأول: مفهوم الخطبة والحكمة منها	10
المطلب الثاني: شروط الخطبة	11

المطلب الثالث: أحكام الخطبة	13
الفرع الأول حكم الخطبة أثناء العدة	13
الفرع الثاني حكم الخطبة على الخطبة	14
الفرع الثالث العدول عن الخطبة	16
الفرع الرابع اقتران الخطبة بالفاتحة	20
المحور الثالث: أركان وشروط الزواج	21
المطلب الأول: الرضا	22
الفرع الأول: مفهوم الرضا	22
الفرع الثاني: الألفاظ التي تنشأ عقد الزواج	23
الفرع الثالث: الألفاظ التي يتم بها الزواج	24
الفرع الرابع: شروط الصيغة	25
الفرع الخامس: مدى تطبيق عيوب الرضا في عقد الزواج	26
الفرع السادس: أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج	27
المطلب الثاني: شروط عقد الزواج	28
الفرع الأول: الشروط الشرعية في عقد الزواج	28
الفرع الثاني: الشروط الاتفاقية في عقد الزواج	49
الفرع الثالث: الشروط القانونية الرسمية في عقد الزواج	51

المبحث الثالث: آثار عقد الزواج	56
المطلب الأول: الزواج الفاسد والباطل	56
الفرع الأول: رأي الفقه في الزواج غير الصحيح	56
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل.	57
المطلب الثاني: حقوق وواجبات الزوجين	58
الفرع الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين	59
الفرع الثاني: حقوق الزوج على زوجته	61
الفرع الثالث: حقوق الزوجة على زوجها	62
المطلب الثالث: النسب	63
الفرع الأول: طرق اثبات النسب	64
الفرع الثاني: أحكام إضافية في النسب	71
المحور الرابع: انحلال الزواج وآثاره	76
المطلب الأول: الطلاق	76
الفرع الأول: مفهوم الطلاق	76
الفرع الثاني: أقسام الطلاق	77
الفرع الثالث: شروط الطلاق	83

الفرع الرابع: أحكام متعلقة بالطلاق	85
الفرع الخامس: إثبات الطلاق	87
الفرع السادس: الإشهاد في الطلاق	89
المطلب الثاني: الخلع	89
الفرع الأول: مفهوم الخلع	89
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع	91
الفرع الثالث: أركان الخلع	92
الفرع الرابع: آثر الخلع	94
المطلب الثالث: التطليق	94
الفرع الأول: مفهوم التطليق	94
الفرع الثاني: أسباب التطليق	95
الفرع الثالث: آثار التطليق	105
المطلب الرابع: أحكام إضافية في الفرقة الزوجية	106
الفرع الأول: اللعان	106
الفرع الثاني: الظهار	107
الفرع الثالث: الإيلاء	109
المبحث الثاني: آثار انحلال الزواج	110

المطلب الأول: العدة	110
الفرع الأول: مفهوم العدة	110
الفرع الثاني: موجبات العدة	111
الفرع الثالث: أحكام العدة	112
الفرع الرابع: أنواع العدة	113
الفرع الخامس: انتقال العدة	115
الفرع السادس: بدأ العدة	116
المطلب الثاني: الحضانة	117
الفرع الأول: مفهوم الحضانة	117
الفرع الثاني: شروط الحاضنين	117
الفرع الثالث: أصحاب الحق في الحضانة	119
الفرع الرابع: مدة الحضانة	121
الفرع الخامس: سقوط الحضانة وعودتها	123
الفرع السادس: سكن المحضون	127
الفرع السابع: النزاع في متاع البيت	130
المطلب الثالث: النفقة	132
الفرع الأول: مفهوم النفقة	132

الفرع الثاني: أنواع النفقة	133
الفرع الثالث: مشتملات النفقة	138
الفرع الرابع: تقدير النفقة	141
الفرع الخامس: مدة استحقاق النفقة	142
الفرع السادس: الآثار المترتبة عن الامتناع عن النفقة	142
خاتمة	143
قائمة المراجع	144
الفهرس	149