

جامعة العربي التبسي تبسة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في قانون الأسرة
الزواج والطلاق

إعداد الدكتور: عدلان مطروح

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

قانون الاسرة صدر في سنة 1984 بالأمر 84-11 وقبله كان الجزائريون يتحاكمون الى أحكام الفقه الاسلامي فيما عدا بعض المراسيم التي صدرت كمرسوم 1963 الذي يحدد سن الزواج بين الرجل و المرأة بقوله : لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة ولا المرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجا، ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة، وذلك بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية، وهو مأخوذ من أحكام الفقه الاسلامي من غير أن يتقيد المشرع الجزائري بمذهب فقهي معين ويغلب عليه الأخذ بالفقه المالكي، وإنما تقيد المشرع الجزائري في أحكام الأسرة بالفقه الاسلامي لأن الزواج في جميع (الملل والنحل) عقد ذو طبيعة خاصة فلا بد من مراعاة ذلك عند الزواج كمسألة المحرمات من النساء فليست كل امرأة تحل للزواج والذي يحددها بدقة حتى يرتفع الالتباس على الناس ، وقد قسمه المشرع الى مقدمة وأقسام أربعة وخاتمة:

مقدمة : تناول فيها أحكاما عامة

القسم الأول: يتعلق بالزواج والخلاله.

القسم الثاني: يتعلق بالنيابة الشرعية.

القسم الثالث: المواريث أو التركات.

القسم الرابع: عقود التبرعات كالوقف والوصية والهبة.

الخاتمة: أحكام ختامية ذكرها في الفصل الرابع من القسم الرابع

وسنخصص محاضراتنا وفق البرنامج المسطر وزاريا لسنة الثانية على الباب الأول المتعلق بالزواج والخلاله، وهو أكبرها على الإطلاق معتمدين في شرحنا على النصوص القانونية ومستند كل مادة من المواد القانونية من الفقه الاسلامي الذي وهو أساسها وبيان الاتجاه القضائي من خلال الاجتهادات القضائية التي قررتها المحكمة العليا لغرفة شؤون الأسرة والمواريث .

وبدأ المشرع الجزائري قبل تقسيم القانون الى أربعة كتب بأحكام عامة ضمت ثلاث مواد بين في المادة الأولى أن جميع العلاقات بين أفراد الأسرة تخضع لأحكام هذا القانون، فالمشرع حكم هذا القانون على جميع الجزائريين في علاقاتهم الأسرية لعدم وجود الطوائف الدينية بين الشعب الجزائري حتى نراعي خصوصيات كل طائفة كما هو موجود في بعض الدول كلبان والأردن وفلسطين وسوريا فالشعب الجزائري عامته مسلم .

وأما المادة الثانية والثالثة فتكلم فيها على أهمية الأسرة ، وهي الخلية الأساسية في تكوين المجتمع، فأساس المجتمع أسرة قوامها رجل وامرأة نشأ من الاقتران بينهما بقاء الحياة بقاء النوع الانساني من خلال تعاقب هذه الأجيال ، والتي تكون باجتماعها صلة القرابة والمصاهرة ، و قوة المجتمعات في قوة نسيجها الاجتماعي، كلما كان النسيج الاجتماعي أقوى كان المجتمع كذلك، ولذلك نبه المشرع في المادة الثالثة على أهمية هذا النسيج حيث صرح بأن الأسرة قيامها معتمدة على الترابط و التكافل و حسن المعاشرة و التربية الحسنة ونبذ الآفات الاجتماعية المقوض لبنية الاجتماع.

ولأهمية الأسرة في التشريع عدت النيابة العامة في التعديل الصادر بالأمر 05-02 طرفاً أصلياً في جميع القضايا المتعلقة بالأسرة، وان كانت النيابة لا تتدخل فيما يتعلق بين الأفراد من خصومات في شقها المدني لأنها لا تخل بالنظام العام غالباً، الا أن الأسرة وان كانت العلاقة فيما بين الأفراد إلا أن المصلحة المحققة هي مصلحة عامة، فكأن المجتمع ينتدب النيابة العامة نائبة عنه في المحافظة على المجتمع لوثوق الصلة بينها وبين المجتمع.

وبعد هذه الأحكام العامة كمدخل بين يدي قانون الأسرة بدأ المشرع الجزائري بالكتاب الأول والذي هو محل دراستنا وهو متعلق بالزواج وانحلاله وهو أهم المحاور أو الأبواب في هذا القانون، وقد قسم الكتاب الأول الى بابين خص الأول منها للحديث عن الزواج والثاني عن انحلاله .

ونبدأ بالبواب الأول: الزواج وقد قسمه الى فصلين خص الفصل الأول للحديث عن مقدمته ومقدمة الزواج الخطبة، ولذا كان عنوانه الخطبة والزواج وقبل الحديث عن الخطبة وهي مقدمة الزواج لا بد من تعريف الزواج و جاء تعريفه في المادة الرابعة: الزواج عقد رضائي يتم

بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و احصان الزوجين و المحافظة على الأنساب.

ويلاحظ أن هذه المادة مسها التعديل بالأمر 05-02 وسبب التعديل إضافة كلمة واحدة إلى المادة وهي رضائي ، وإن كان العقد قبل التعديل يشترط فيه الرضا بدليل التنصيص عليه في المادة 9 من أركان الزواج حيث قال يتم الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصادق إلا أنه لما عدل في الأركان ولم يبق منها إلا على ركن واحد وهو الرضا كما جاء في المادة 9 المعدلة بالأمر 05-02 ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين أراد أن يشير من خلال التعريف الى أن الزواج قوامه الرضا، فهو ركنه الوحيد الذي يقوم عليه ، وإن اشترط توفر شروط صحته لينعقد صحيحا غير فاسد.

الخطبة :

1-تعريف الخطبة:

الخطبة: إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة ، " يقال خطب المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم ، واختطبها والاسم الخطبة بالكسر فهو خاطب وخطاب مبالغة وبه سمي، واختطبه القوم دعوه إلى تزوج صاحبته¹ ".

المشرع الجزائري لم يعرف الخطبة وإنما اقتصر على بيان طبيعتها القانونية كما جاء في المادة 5: الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها.

الطبيعة القانونية للخطبة : نصت المادة الخامسة على الطبيعة القانونية للخطبة وأنها وعد بالزواج ، وليست عقدا ،وما دامت الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا ، فلا يترتب عليها أي أثر من آثار النكاح كحل الاستمتاع والمباشرة والخلوة ، كما يفعل كثير من الجهلة بأحكام الشريعة في زمننا هذا ، لأن المخطوبة ما تزال أجنبية عن الخاطب ، ولا يترتب عليها أي اجراء قضائي لفسخها وإنما الأمر فيها إلى الطرفين في العدول عنها أو فسخها.

ومستند المشرع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي ولم يشذ فيه أحد من الفقهاء قال العدوي²: " ولا يحرم على المرأة ولا على وليها الرجوع (عن الخطبة) نعم هو مكروه لأنه من إخلاف الوعد³ " .

وقال الدسوقي⁴: " الخطبة غير لازمة لجواز الرجوع عنها⁵ " .

والخطبة وإن كانت وعدا بالزواج أي وعد بالعقد إلا أن هذا الوعد غير ملزم كما هو الحال في العقود الأخرى التي يدرسها الطالب في مقياس الالتزامات ذلك أن عقد الزواج من العقود

¹-المصباح المنير ج1- ص236 .

²-هو علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي ، فقيه مالكي مصري ، كان شيخ الشيوخ في عصره ،ولد في بني عدي بالقرب من منفلوط عام 1112هـ ، وتوفي عام 1189هـ بالقاهرة ، من كتبه حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن ابي زيد القيرواني ، وحاشية على شرح القاضي زكريا على ألفية العراقي في المصطلح ، وحاشية على شرح الجوهرة لعبد السلام ، وحاشية على شرح السلم للأخضري ، وتقريرات على شرح السنوسية للمصنف . الأعلام ج4- ص260.

³- حاشية العدوي ج2- ص65.

⁴-محمد بن أحمد بن عرفة المالكي،من علماء العربية،من دسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة سنة 1230هـ، كان من المدرسين في الأزهر له كتب منها: الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك،وحاشية على مغني اللبيب مجلدان، وحاشية على السعد التفتازاني مجلدان، وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، حاشية على شرح السنوسي لمقدمة أم البراهين. الأعلام ج6- ص17.

⁵حاشية الدسوقي ج2- ص228.

التي تنشأ من وقت انعقادها وتستمر فلا يمكن أن نلزم بهذا الوعد حتي لا نجمع بينهما كرها لاستحالة ذلك ، وأما عقود المعاوضات وغيرها فالغالب فيها أنها تنتهي في اللحظة التي تنشأ فيها، والالتزام بها كان لرفع الضرر عن الموعود له، وهنا راعى المشرع هذا الضرر في الفسخ ورفعته من خلال التعويضات التي نص عليها في الفقرة الثانية من المادة 5 حيث قال: اذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض .

2- آثار العدول عن الخطبة: قد يترتب العدول عن الخطبة نزاعا بسبب الضرر الناجم عنه والاختلاف حول حكم الهدايا والمهر المقدمين أثناءها ، وعن الفاتحة التي قرأت أثناء مجلس الخطبة ، ولرفع النزاع بينهما فصلّ المشرع في آثار العدول عن الخطبة في المادة 5 من الفقرة الثانية والثالثة والرابعة .

أ- التعويض عن الضرر: الخطبة وإن كانت وعدا غير ملزم إلا من الجانب الأخلاقي لأن الوفاء من المروءة إلا أنه إذا ترتب عن العدول والفسخ ضرر جاز للمتضرر منهما اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويضات كما نصت المادة 5 من الفقرة الثانية سالفة الذكر، والحكم بالتعويض هو حكم جوازي وليس وجوبي بمعنى يرجع في تقريره الى سلطة القاضي وكذلك في تقديره سواء كان الضرر ماديًا أو معنويًا.

ومستند المشرع الجزائري فيما ذهب إليه قواعد العامة للشريعة التي جاءت برفع الضرر لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وأول من تكلم عن مسألة التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة مفتي الديار المصرية محمد نجيت المطيعي لأن المسألة تعد من النوازل والتي لم يتكلم الفقهاء القدامى عنها ، لأن في زمنهم لم تكن الخطبة طويلة كما هو الحال اليوم تبقى لسنوات مما يترتب عن العدول عنها ضرر جسيم ، لا أقل من تفويت فرصا كثيرة على المرأة بتقديم سنّها ، فحكم المفتي بعدم أحقية المرأة بالتعويض لأنها خطبة وليست عقدا فلا الزام ولا التزام وإن كان فسخها لغير حاجة من اخلاف الوعد، و الالتزام بالعقود من الايمان (بأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) قال بجنت المطيعي : قال لا وجه أن يلتزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لم يفوت على الآخر حقا حتى يلتزم بالتعويض ، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء¹،

¹ -د- عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبعة الأمانى بدمشق ، الطبعة الخامسة ، 1992 ، ج1 ص47 .

وبهذا القول أخذت محكمة الاستئناف المصرية في كثير مما عرض عليها ، ومال بعض آخر من الفقهاء المعاصرين إلى التعويض إذا ترتب عن العدول ضرر لأنه من المقرر في الشريعة أنه (لا ضرر ولا ضرار) والتعويض ليس بسبب العدول ، وإنما سببه الضرر الناشئ عن العدول وقد أخذت بذلك محاكم ابتدائية مصرية وأيدتها بعض محاكم الاستئناف.

وتوسط الإمام أبو زهرة القوليين فقرر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض ، ونص على ذلك بقوله :لأنه من المقرر فقها وقانونا أنه لا ضمان في استعمال الحق ، ولأن الذي وقع في الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له الحق في العدول متى شاء ،فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول ، فالضرر نتيجة لاغتراره ولم يغرر به أحد ، و الضمان عند التغيرير لا عند الاغترار ، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد العدول، كأن يطلب نوعا من الجهاز ثم يكون العدول و الضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة فيعوض، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض وعلى هذا يكون الضرر قسمين ضرر ينشأ، وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة و العدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة و العدول من غير عمل من جانب العادل فالأول يعوض والثاني لا يعوض، إذ الأول تغيرير والتغيرير يوجب الضمان وبه أخذت محكمة النقض¹.

ثم بعد ذلك جاء الدكتور السباعي فقرر التعويض عن الضرر عن العدول عن الخطبة المادي والمعنوي إذا تحققت الشروط الثلاثة:

- 1: أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.
- 2: العدول قد ضرر بها ماديا أو معنويا.
- 3: أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة و عقلا على تأكيد خطبته و تصميمه على اجراء عقد الزواج².

وقد أشار أبو زهرة إلى هذا القول في كتابه ولم يهمله لوجهته فقال :ويميل بعض المحدثين ممن كتبوا في الفقه إلى الحكم بالتعويض إذا نال أحد الفريقين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر، لأنه من المقرر في الشريعة أنه (لا ضرر ولا ضرار) كما ورد في الحديث الصحيح ،

¹ - الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، 37 .
² - عبد الرحمان الصابوني ، مرجع سابق ، ج1ص48 .

والضرر يزال وطريقة إزالته التعويض ، ولأن الخطبة وإن لم تكن عقدا هي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية ، وقد تكون قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه ، أو تحت سمعه وبصره ، فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تغيير، ولا تعارض عند صاحب هذا الرأي بين كون العدول حقا ، وبين تعويض الضرر، لأن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول بعد الأخذ الأهبة والسير في الأسباب ، وتفتح النفقات¹ .

وبهذا القول أخذ المشرع السوري ثم الجزائري دون أن يتقيد التعويض بهذه الشروط وإنما أرجع تقدير ذلك الى سلطة القاضي التقديرية.

وأساس التعويض المسؤولية التقصيرية و ليست المسؤولية العقدية، لأن الخطبة ليست عقدا بلا خلاف، فالتعويض إذن لم ينشأ عن مجرد فسخ الخطبة بل عن الأضرار التي تترتب عن ذلك سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، وعبء الاثبات لوقوع الضرر يقع على عاتق المتضرر إذ عليه أن يثبت الضرر الذي أصابه نتيجة الفسخ.

ولو اعتبرنا الفسخ نتيجة المسؤولية العقدية فإن عبء الاثبات يقع على كاهل الخاطب الناكل ، لأن مجرد فسخ الخطبة يرتب للطرف غير الناكل الحق بالمطالبة بالتعويض ما لم يثبت الناكل أن سبب العدول كان أمرا مشروعاً كسوء سلوك الخطيبة² .

ب- الهدايا:

جاء في المادة 5 من الفقرة الثالثة والرابعة :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 .

المشرع فرق في مسألة الهدايا بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان العدول منه فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدايا.

الحالة الثانية: إذا كان العدول منها ردت له ما كان قائما أو قيمة ما استهلك ، ومستنده ما

ذهب إليه بعض فقهاء المالكية وهو الأظهر كما نقل الدردير : و جاز الإهداء في العدة لا

النفقة عليها فإن أهدى أو أنفق، ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء ،ومثل المعتدة غيرها،

ولو كان الرجوع من جهتها والأوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو

¹ - أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص36 .

² - عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج1 ص 52 .

شرط¹، لأن الذي أعطى لأجله لم يتم، أما إن كان الرجوع من جهته فلا رجوع له قولا واحدا².

وقول المالكية بهذا التفصيل قول وجيه، لأن الخاطب إن عدل فلا يليق أن يطالبهما برد الهدايا وحسبها ما ألمّ بها بسبب العدول، وربما تكون هذه الهدايا جبرا للخواطر بخلاف ما لو كان العدول منها فلا يحق لها أن تبقى عليها، وأما سبب تعديل المادة الخامسة فهو إضافة فقرتين من الفقرة الثالثة من المادة 5 وهي رده للمخطوبة لو أهدته مالم يستهلك أو قيمته، وفي الفقرة الرابعة من المادة 5 من هديا أو قيمته، ليقدر المشرع أن الهدايا يرجع فيها بسبب العدول مالم تستهلك وهذا في التشريع القديم، وفي التعديل الجديد يرجع فيها بما كان قائما وبقيمة ما استهلك وهو من تمام العدل ومنع للتلاعب برد الهدايا بدعوى الفوات والاستهلاك.

ج-المهر:

لم يتطرق المشرع للحديث عن حكم المهر في الخطبة مع أن الناس يقدمون المهر في الخطبة لتمكين المرأة من تجهيز نفسها، لأنّ المهر من أحكام الزواج وليس الخطبة، فلا تستحقه المرأة إلا بالعقد ويحدد فيه و يذكر، وهو من شروط صحته كما هو مقرر في المادة 9 مكرر و تستحقه كله بالدخول، ونصفه بالطلاق قبل الدخول كما هو مبين في المادة 16 من قانون الأسرة فاذا قدم الخاطب مهرا للمخطوبة فله أن يسترده كاملا حالة العدول عن الخطبة بغض النظر عن العادل منهما الخاطب أو المخطوبة.

3-الفاثحة و الخطبة:

نص المشرع في المادة السادسة من قانون 84-11 أن الفاتحة يمكن أن تقترن بالخطبة أو تسبقها بمدة غير محدودة، و تخضع الخطبة و الفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 وسبب التنصيص على الفاتحة أن بعض المناطق في الجزائر يعبرون عنها بالزواج، فبين المشرع أن قراءتها لا تغير من طبيعة الاتفاق الذي جرى في المجلس، فإن كان المجلس مجلس خطبة فلا تعد قراءتها زواجا كما في المادة 6 المعدلة بالأمر 05-02 وان كان قراءتها في مجلس العقد المستوفي لأركانه و شروطه المبينة في المادة 9 و 9 مكررة من الأمر 05-02 يعتبر زواجا، وإن كانت الفاتحة تقرأ

¹ - الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، د.ط.ج 2 ص 220.

² - محمد الذسوقي، حاشية على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ط.ج 2 ص 220.

تبركا ودعاء في نهاية المجلس ، فلا تعبر بذاتها عن أي شيء ، وإنما التعبير يرجع فيه الى طبيعة الاتفاق ، ولذلك هذا التعديل لا نرى له مبررا أصلا .

4- شروط الخطبة : لم يتكلم المشرع عن شروط الخطبة لسببين :

السبب الأول : اكتفى بالحديث عنها في شروط صحة الزواج ، ومنه شرط انعدام الموانع الشرعية كما يأتي تفصيله في بابه ، فكل امرأة يحل زواجها ولا يحرم بسبب من الأسباب المؤبدة كالنسب والمصاهرة والرضاع أو المؤقتة كالمعتدة وزوجة الغير والمطلقة ثلاثا لمن طلقها تحل خطبتها .

السبب الثاني : أنه لا يترتب على مخالفة بعضها أحكام قضائية كالخطبة على الخطبة (خطبة المخطوبة) ، والخطبة في العدة ، وإنما أحكام ديانية أي الإثم والحرام ، والقانون لا يتدخل في العلاقة بينك وبين الله ، وإنما في علاقة الأفراد ، ومادامت الخطبة على الخطبة وفي العدة لا يترتب عليها فسخا من الناحية القانونية ، وإنما يترتب عليها الإثم والحرام وهذا من الأحكام الديانية لا القضائية والتي اقتصت به الشريعة الإسلامية دون غيرها من التشريعات الأخرى ، ولذلك التشريع لم يتطرق إليها .

الزواج:

الزواج كما سبق تعريفه هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ولانعقاده كسائر العقود لابد من توفر أركانه وشروط صحته، وقبل الحديث عن الأركان والشروط لابد من تعريفهما.

و الأركان جمع ركن والركن ما كان داخلا في ماهية الشيء ولا يتحقق الشيء إلا بوجوده. والشروط جمع شرط و الشرط ما كان خارجا عن الماهية ولا تكتمل الماهية وتصح إلا به.

1-أركان الزواج:

اعتبر المشرع الأركان في قانون 84- 11أربعة فنص في المادة 9: يتم الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة و شاهدين وصداق، تم عدل في هذه الأركان ولم يبق منها الا على ركن واحد كما جاء في المادة 9 معدلة بالأمر 05-02 ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين والسؤال الذي يطرح نفسه لماذا التعديل و الجواب عن ذلك يرجع إلى ثلاثة أسباب :

السبب الأول: صراع بين فئتين في المجتمع خاصة في مسالة الولاية فئة لبست لباس المدافع عن حقوق المرأة ترى أن في الولاية تحجير وتسفيه لرأى المرأة وعدم تمكينها من التصرف في أهم عقد في حياتها وهو الزواج، وربما استدلوا على ذلك ببعض الممارسات الخاطئة لبعض الأولياء في عضل بناقن من الزواج أو تزويجهن بغير رغبتهن و الفئة الثانية المحافظة والتي ترى بأن الولاية ركن أصيل في الزواج نص عليه الشرع ليحافظ على اختيار المرأة مع منع التعسف في استعماله للأضرار بها، وفي ظل هذا السجال عدل المشرع ليوفق بين الفئتين فلم يلغي الولاية تماما كما طالبت الفئة الأولى ، وإنما أحر رتبها في الزواج و أعطى الحق للمرأة في تزويج نفسها ، فيكون التعديل جنوح الى الفئة الأولى حيث جعل من الولاية شيئا شكليا بدليل إعطاء الحق للمرأة في اختيار من شاءت من الأولياء خلافا لما عليه قبل التعديل.

السبب الثاني: المشرع لم يرتب على تخلف الأركان كما هو في المواد من 32-33 نفس الحكم بل جعل الرضا في مرتبة أعلى من بقية الأركان حيث رتب على تخلفه البطلان ولم يرتب على

تختلف بقيتها بمفردها البطلان بعد تصحيح العقد بعد الدخول بصداد المثل وهذا خلل وقع فيه
المشرع و لرفعه جاء التعديل.

السبب الثالث: أن الاشهاد والصداد ليسا من ماهية العقد و إنما خارجان عنه فكونهما من
الشروط أقرب من الأركان، و على هذا أغلب فقها المسلمين ومنهم المالكية.

التعبير عن الرضا: التعبير عن الإرادة أو الرضا قد يكون بين حاضرين في المجلس ، وقد يكون
بين غائبين كالتعاقد عن طريق الرسالة أو أية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة .

التعبير عن الرضا بين حاضرين: نص المشرع في المادة 10 عن كيفية التعبير عن الرضا بالإيجاب
و القبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح ، و يلاحظ أن المشرع لم يربط الإيجاب بطرف، و إنما

اعتبر أن ما صدر أولاً هو الإيجاب بغض النظر عن طرفه المرأة أو الرجل وما صدر ثانياً كان
قبولاً ، وهذا مذهب المالكية¹ أما غيرهم فيعتبر الإيجاب ما صدر من الزوج تحتاج إلى تفصيل

و لم يشترط المشرع ألفاظاً مخصوصة في الصيغة كالزواج والنكاح بل بكل لفظ يفيد معناه، وهو
مذهب المالكية و الحنفية لأن العبرة في العقود للمعاني و المقاصد و ليس للألفاظ و المباني² ،

واشترط الشافعية والحنابلة أن تكون الصيغة بألفاظ مخصوصة كلفظ النكاح أو التزويج³ ،
لأنها الألفاظ التي ورد بها النكاح في القرآن والسنة ، أما القرآن قوله تعالى: (فَانكِحُوا مَا

طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ) النساء آية 3 وقال تعالى : (فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا
وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ) الأحزاب آية 37 ،

وأما السنة فما رواه مسلم عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبة
الوداع : "... فأتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة

الله⁴.. " قالوا وكلمة الله هي التزويج أو الإنكاح ، فإنه لم يذكر في القرآن سواهما ،
فوجب الوقوف معهما تعبداً واحتياطاً ، لأن النكاح يترع إلى العبادات لورود النذب فيه ،

والأذكار في العبادات تتلقى من الشرع ، والشرع إنما ورد بلفظ التزويج ، والإنكاح .

¹ -علي بن أحمد الصعدي العدوي ،حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني ج5 ص61 تحتاج إلى تفصيل
² -تفسير القرطبي ج13- ص272 ، الشرح الصغير ج1- ص380 ، الشرح الكبير ج2- ص220 ، المبسوط للسرخسي ج5-
ص59 ، تحفة الأحوذى ج9- ص55

³ - التمهيد ج21- ص111 ، الإنصاف للمرداوي ج8- ص46 ، المبسوط للسرخسي ج5- ص59 ، مغني المحتاج ج3-
ص140 ، تفسير القرطبي ج13- ص272 ، المحلى ج9- ص465 ، تحفة الأحوذى ج9- ص55 ، فتاوى ابن تيمية
ج29- ص9 الفقه الاسلامي وأدلته ج9 ص6523 ، الفقه المنهجي ج4 ص55 .

⁴ -صحيح مسلم ، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ج2- ص890.

وما ورد في البخاري عن سهل بن سعد الساعدي أن امرأة جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله جئت لأهب لك نفسي فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد النظر إليها وصوبه ثم طأطأ رأسه فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئاً جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها فقال: هل عندك من شيء فقال لا والله يا رسول الله، قال اذهب إلى أهلِكَ فانظر هل تجد شيئاً فذهب ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله ما وجدت شيئاً قال: انظر ولو خاتماً من حديد فذهب ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله ولا خاتماً من حديد، ولكن هذا إزارِي قال سهل ما له رداء فلها نصفه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تصنع بإزارِك إن لبسته لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يكن عليك شيء، فجلس الرجل حتى طال مجلسه ثم قام فراه رسول الله صلى الله عليه وسلم مولياً فأمر به فدعي فلما جاء قال ماذا معك من القرآن قال معي سورة كذا وسورة كذا وسورة كذا قال أتقرؤهن عن ظهر قلبك قال نعم قال اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن¹.

أما العاجز عن التعبير كالأخرص فيمكن أن يعبر عنها بالإشارة أو الكتابة، ولم يفاضل المشرع بينهما، وإن كانت الكتابة أظهر في التعبير من الإشارة، وأما الفقهاء. ويلاحظ أن المشرع لم يفصل في شروط صحة الإيجاب والقبول لسبق التفصيل فيها في القانون المدني في القسم الثاني عند حديثه عن الرضا في العقد وكيفية التعبير عنه بدأ من المادة 59 إلى غاية المادة 77.

التعبير عن الرضا بين غائبين: المشرع لم ينص على هذه المسألة صراحة، وإنما تدخل ضمن التعبير عن الإرادة بالكتابة المنصوص عليها، ويكون مجلس العقد مجلس قراءة الرسالة وهذا بين متعاقدين غائبين زماناً ومكاناً، أما الغائبان مكاناً والحاضران زماناً كما هو الحال في الاتصالات الحديثة بنقل الصوت والصورة، أو الصوت فقط فينقذ العقد بمجرد تبادله كأنهما في مجلس واحد.

¹ صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر ج3-ص1956، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير ج2-ص1040.

2- شروط صحة الزواج:

تعريف الشرط:

الشرط لغة: إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه ، و الجمع شروط، و الشرط بفتحين العلامة و منه قوله تعالى : (فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ) محمد: الآية 18 ، ومنه يسمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يُعرفون بها الواحد شُرْطَةً و شُرْطِيٌّ بسكون الراء¹.

الشرط فقها: ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجا على حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، و لكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء.

فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق، فإذا لم توجد زوجية لم يوجد طلاق، ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق².

و الفرق بين الشرط و الركن أن كلا منهما يتوقف وجود الشيء عليه إلا أن الركن هو جزء من ماهية الشيء لا يمكن أن ينفك عنه كالحل في عقد الزواج، و أما الشرط و إن كان الشيء متوقف عليه إلا أنه خارج عن الماهية كالإشهاد في عقد الزواج.

والمشرع لم يعرف الشرط ، وإنما بين لنا ما يصح به الزواج من الشروط وقد نص عليها في المادة 9 مكرر فقال : يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية.

1: أهلية الزواج: وتكتمل أهلية الزواج للرجل و المرأة بتمام 19 سنة كما ورد في المادة السابعة المعدلة وان كان قبل التعديل ببلوغ المرأة 18 سنة و والرجل 21 سنة وقد وحد المشرع في سن الزواج فرفع من سن المرأة من 18 الى 19 سنة ليكون موافقا لما قرره في القانون المدني من تحديد سن الرشد القانوني في المادة 40: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، و سن الرشد تسعة

¹ - محمد ابن منظور ، مرجع سابق، ج 7 ص 329 ، محمد بن أبي بكر الرازي ، ، مرجع سابق ، ج 1 ص 354 .

² - د- عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2011 ص 46، د- محمد حسن هيتو، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق سوريا ، الطبعة الأولى سنة 2009، ص 49 .

عشر سنة كاملة ، وحتى لا يكون تناقضا بين القانون المدني و الأسرة، من اعتبارها راشدة في مجال الأسرة، وقاصرة فيما دون ذلك.

ويمكن للقاضي لمصلحة أو ضرورة أن يرخص بالزواج دون هذا السن، ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار النكاح من حقوق، والتزامات دون الرجوع الى وليه وفق المادة7.

وزاد المشرع عند حديثه عن الأهلية شرطا آخر في الأهلية في التعديل الجديد الأهلية الصحية من خلال استصدار وثيقة تثبت خلوهما من الأمراض التي تشكل خطرا على الحياة الزوجية كما نص على ذلك في المادة 7 مكرر من الأمر 05-02 : يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج .

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

وجاء المرسوم التنفيذي رقم 06-154 بتاريخ 11-5-2006 بين كيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون 84-11 فجاء في المادة 3 منه : لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه، إلا بناء على نتائج: - فحص عيادي شامل -تحليل فصيلة الدم (ABO+rhesus) وجاء في المادة 4: يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض ، وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني بإجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الذرية وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها ولا يصح للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بوجود الوثيقة الطبية كما جاء في المادة 6 من المرسوم التنفيذي: لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج ، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم

ولكن الموثق أو ضابط الحالة المدنية ليس لهما الحق في منع الزواج للعيوب ، والأمراض في أحد الطرفين أو في كليهما إذا أصر الطرفان عليه بعد إعلامهما بها وهو ما نصت عليه المادة 7 من المرسوم التنفيذي : يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأعراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج .
لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين .

والسؤال الذي يطرح نفسه لماذا الاشتراط إذا لم تكن القدرة على المنع إذا كان بأحد الزوجين عيب يهدد الحياة الزوجية ، والجواب عن ذلك أن المشرع باشرطه ذلك أراد أن يمنع التدليس على أحدهما لأنه يشوب الإرادة فيجعلها معيبة ، ومنعا للخصومات القضائية بسبب العيوب في أحدهما ، فكأن هذا الشرط إجراء وقائي .

2: الولي: أبقى المشرع على الولاية وان كان شكليا، لأن المرأة هي التي تختاره من غير أن تلزم به ولو كان أبها فهي التي تباشر عقد الزواج بنفسها بحضور الولي وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره وأو كما جاء في المادة 11 المعدلة تنفيذ التخيير و ليس الترتيب كما هو الحال في المادة 11 قبل التعديل حيث نص على الولاية مرتبة بالفاء فقال يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها و القاضي ولي من لا ولي له ، فالتشريع سابقا جعل الولاية محصورة في الأب تم الأقرب فالأقرب وعند عدم وجودها فالقاضي هو ولي من لا ولي له أما في الجديد فصار الولي شكلا يتم به عقد الزواج وخانة في العقد تملأ فراغاتها بأي شخص تختاره المرأة وليا لها.

وهذا التعديل لا نجد له مستندا من الناحية الفقهية لأنه لا أحد من الفقهاء جعل تحديد الولاية للمرأة تختار من تشاء منهم بل الولاية تنحصر في الأب لأنه الأقرب الى المرأة من غيره، ولأنه سيتحمل تبعات النكاح وآثاره فلا يعقل أن نبعده عن إنشائه فإن تعسف الأب في ذلك انتقلت الى غيره من الأولياء أو تدخل القاضي في تزويجها كما هو في التشريع السابق، وأما تولى المرأة زواجها بنفسها من غير وليها فلا مستند له أيضا حتى في المذهب الحنفي الذي يجيز زواج المرأة بعبارتها من غير حاجة للرجوع الى وليها ، إلا أنه قيد ذلك بشرطين لم يلتزمهما المشرع

الجزائري ، وهو أن يكون الزواج بصدّاق المثل، وأن يكون الزوج كفئاً لها، فإن لم يكن الزوج كفئاً للمرأة جاز للولي أن يعترض على الزواج أمام القضاء، و القضاء يمنعها لأن الزواج ليس ارتباطاً بين الرجل والمرأة، و إنما هو ارتباط بين أسرتين و عائلتين فلا بد من مراعاة ذلك. فالولاية على المرأة في التزويج أبقاها المشرع على البنت القاصرة إذا تزوجت برغبة منها ودون إكراه من وليها كما نصت على ذلك المادة 13: لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يجوزها بدون موافقتها، وتزويج الصغيرة يدخل في حكم النادر خاصة في زماننا اليوم .

3:الصدّاق:

تعريف الصدّاق :الصدّاق بفتح الصاد وكسرهما مهر المرأة وجمعها في أدنى العدد أصدقه ، و الكثير صُدُق و أصدق المرأة حين تزوجها أي جعل لها صدّاقاً¹ لقوله تعالى (و آتوا النساء صدقاتهن نحلة) النساء آية 4 ، وله أسماء عشرة : مهر، صدّاق أو صدقة ، نحلة ، أجر، فريضة ، حباء ، عُقْرٌ ، علائق ، وطول ، ونكاح² ، لقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) النساء آية 225 ، قوله تعالى (وليستغف الذين لا يجدون نكاحا) النور آية 33 .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم : " أدوا العلائق قيل ، يا رسول الله وما العلائق ؟ قال ما يتراضى به الأهلون³ " .

ونظم بعضهم ثمانية منها في بيت :

صدّاق ومهر نحلة وفريضة حباء و أجر ثم عقّر علائق

وعرفه المشرع في المادة 14: ما يدفع نحلة للزوجة من نقود وغيرها من كل ما مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كيفما تشاء.

فالصدّاق حق خالص للمرأة من كل ما هو متمول شرعا ، و لا يحق لأي كان التصرف فيه لأنها تملك ذمة مستقلة عن والدها وعن زوجها بعد ذلك فلها الأهلية الكاملة في التصرف .

¹ - لسان العرب ج10 ص 197، مختار الصحاح ج1ص151.

² - الإنصاف للمرداوي ج 8 ص 227 ، المبدع ج 7 ص 130 ، كشاف القناع ج5 ص128 ، المغني ج 7 ص

³ - سنن البيهقي ، باب ما يجوز أن يكون مهرا ج7ص239 ، سنن الدارقطني ، كتاب النكاح ج3ص244 .

واستند المشرع في اعتباره شرطا للصحة في التعديل الجديد إلى أقوال بعض المحققين من فقهاء المذهب المالكي قال الدردير: وشرط صحة النكاح أن يكون بصداق، ولو لم يذكر حال العقد فلا بد من ذكره عند الدخول أو يقرر صداق المثل بالدخول¹ ، وقال ابن رشد : أجمع الفقهاء على أن نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد دون صداق لقوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) البقرة آية 236 .

لكن نكاح التفويض يشمل عند الجمهور حالة الاتفاق على عدم المهر ، وعدم تسمية المهر ، وعند المالكية فيقتصر على الحالة الثانية ، و أمّا الاتفاق على إسقاط المهر فيفسد الزواج² .
وأما قانون الأسرة قبل التعديل قانون 84 فذهب الى مذهب جمهور المالكية من اعتبار الصداق ركنا من الأركان جاء في المادة 9 من قانون 84-11: يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة ، وشاهدين ، وصداق، قال خليل: أركان النكاح أربعة (ولي، وصداق، ومحل، وصيغة)³ ، وقال ابن جزى: أركان النكاح خمسة (الزوج، الزوجة، الولي، الصداق، والصيغة)⁴.

شروطه:

من خلال التعريف يمكن أن نستخلص جملة من الشروط نجملها في التالي :

1: أن يكون مباحا شرعا من نقود أو غيرها، فلا يصح الصداق على المحرم في شريعتنا ولو كان مباح في شريعة المرأة.

2: أن يحدد في العقد معجلا أو مؤجلا فاذا لم يحدد استحقت المرأة مهر المثل

أنواعه: ينقسم الصداق الى قسمين:

1: الصداق المسمى: وهو الصداق الذي تم الاتفاق عليه في العقد.

¹ - الشرح الصغير ج1 ص 375.

² - بداية المجتهد ج 2 ص 25، 26.

³ - الشرح الكبير ج2 ص 220.

⁴ - القوانين الفقهية ص 223.

2: صدق المثل: وهو صدق مثيلات المرأة من النساء في مواصفاتها، من جهة أبيها لما للنسب من اعتبار في الزواج و المرأة تنسب الى أبيها و ليس الى أمها. ويكون صدق المثل في حالتين:

الحالة الأولى: المرأة التي لم يسم لها مهر، فإذا وقع خلاف بين الزوجين على الصداق رجع القاضي في تحديده إلى مهر المثل رفعا للتزاع ، والخلاف بينهما وهو احتكام إلى العرف .

الحالة الثانية: حالة تصحيح الزواج الفاسد فإنه يسقط فيه المسمى ويثبت صدق المثل كما جاء في الماجدة 33 الفقرة الثانية: إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولى في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

تعجيل المهر وتأجيله: نص المشرع في المادة 15 على أن المهر قد يكون معجلا أو مؤجلا حسب ما تم الاتفاق عليه ،ومستند المشرع قول جمهور الحنفية و الشافعية و الحنابلة¹ .

فإن لم يكن هناك اتفاق بعد تسمية المهر يتبع عرف البلد الذي كان فيه، فإن كان العرف تعجيل الصداق عجله، و إن كان العرف التأجيل ، أو تأجيل بعضه أجله.

فإن لم يكن عرف مستقر استُحق جميع المهر في الحال لأنه حكم من أحكام العقد ، والأصل في الأحكام أن تترتب على العقود في الحال غير متراخية عنها ، و لأنه عوض في عقد معاوضة فأشبه الثمن .

و إذا أطلق التأجيل انصرف إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الموت ، ووجهه أن المطلق يحمل على العرف ، و العرف في المهر الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة ، فحمل عليه فيصير حينئذ معلوما بذلك² .

وذهب الشافعية إلى أن المؤجل إلى أجل مطلق فاسد ، ولها فيه مهر المثل لأنه عوض مجهول المحل ففسد ، وبه أخذ أبو الخطاب من الحنابلة¹ .

¹ - البحر الرائق ج 3 ص 190 ، حاشية ابن عابدين ج3 ص 144 ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج3 ص 91 ، المغني ج 7 ص 170 .

² - المغني ج7 ص 170، كشف القناع ج9 ص 134.

و أما إذا كان الأجل إلى مدة مجهولة كقدوم فلان أو نزول المطر ، فلا يصح عند الحنابلة وكذا الشافعية لجهالته ، و إنما صح المطلق عند أكثر الحنابلة وهو قول الحنفية لأنَّ أجله الفرقة بحكم العادة ، وهنا صرفه عن العادة بذكر أجل ولم يبينه فيبقى مجهولا² .

وأما المالكية فذهبوا إلى جواز تأجيل الصداق كله أو بعضه إلى الدخول³ كقوله تزوجتك على مهر قدره كذا أدفعه كله أو بعضه عند الدخول، بشرط أن يكون الدخول وقته معلوما كالصيف، فإن لم يكن معلوما فسخ النكاح قبل البناء ، ويثب بعد بصداق المثل .

وجاز أيضا التأجيل عندهم إلى ميسرة إن كان الزوج مليئا ، بأن كانت له سلعة يرصد بها الأسواق أو له معلوم في وقف أو وظيفة ، أما إن لم يكن مليئا فهو كالمؤجل إلى أجل مجهول يفسخ قبل الدخول ، ويثب بعده بصداق المثل .

وذهب العدوى من المالكية⁴ إلى أن المنع يتعلق بتأجيله كله لا بعضه، فإذا أجل بعضه جاز. وعلة المنع عند المالكية حتى لا يتذرع الناس إلى النكاح بغير صداق، ولمخالفته فعل السلف⁵ وذهب الظاهرية⁶ إلى أنه لا يجوز تأجيل المهر أو بعضه سواء سمي الأجل أو لم يسم .

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى " و آتوا النساء صدقاتهن نحلة " النساء آية 4، فقالوا أن من شرط أن لا يؤتيها مهرها ، أو بعضه مدة فقد اشترط خلاف ما أمر الله به في القرآن .

وقوله صلى الله عليه وسلم « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط⁷ » .

¹ - مغني المحتاج ج3 ص 230 ، المغني ج7 ص 170 ، الكافي في فقه ابن حنبل ج 3 ص 92 ، كشاف القناع ج5 ص 134 .

² - المغني ج 7 ص 170 ، كشاف القناع ج5 ص 134 ، الكافي في فقه ابن حنبل ج3 ص 92 .

³ - الشرح الصغير ج1 ص 410، 411، الشرح الكبير ج 2 ص 309.

⁴ - حاشية الدسوقي ج2 ص 309 .

⁵ - حاشية الدسوقي ج2 ص 309 ، الشرح الكبير ج2 ص 309 .

⁶ - المحلى ج9 ص 491.

⁷ - صحيح مسلم، ج 2 ص 42، 11، صحيح البخاري ، كتاب الصلاة ، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في

المسجد ج2 ص 759 ، صحيح مسلم، كتاب العتق ، باب الولاء لمن أعتق ج2 ص 42، 11

وقوله صلى الله عليه وسلم « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ¹ » .
وسواء أجاز التأجيل إلى الدخول أو إلى اجل معلوم كما هو الخلاف الفقهي ، فإنه يتعجل
المؤجل من الصداق وجوبا إذا حدث الطلاق البائن بين الزوجين ، وكذلك حالة الوفاة فيثبت
المؤجل في تركته إن كان المتوفي هو الزوج ، و إن كانت المتوفية هي الزوجة كان لورثتها أن
يطالبوا الزوج و يكون المهر جزء من تركتها يقتسمونه فيما بينهم .

مستحقات المهر:

نصت المادة 6 على أن المهر يستحق كاملا بالدخول أو وفاة الزوج ، و الدخول حقيقي و
حكمي ، والحكمي هو الخلوة بها ، وأما وفاة الزوج دخل بها أو لم يدخل ، لأن المرأة تكون زوجة
بالعقد لا بالدخول ، بل الدخول سببه العقد .

وتستحق نصفه بالطلاق قبل الدخول وسكت المشرع على حالة الطلاق قبل الدخول ولم يسم
لها مهرا فالاجتهاد القضائي رجع عند سكوت النص وفق المادة 222 من القانون الى أحكام
الشريعة الاسلامية فأخذ الاجتهاد القضائي كما يسمى في القرآن الكريم بالمتعة (ومتعتهن على
الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المتقين) سورة البقرة ، والمتعة مبلغ من
المال يعطى للمرأة خبرا لخاطرها ، و يرجع في تقديره الى سلطة القاضي مراعيًا فيه حال الزوج
يسارا واعسارا جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 21-5-1991 ما يلي :
إنّ تحديد نفقات العدة ، والمتعة ، والنفقة الغذائية للزوجة ، والمطلقة وأولادها المحضونين ، وحق
الحاضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ، ولا رقابة للمحكمة
العليا عليهم في ذلك ² .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 18-6-1991 ما يلي :

¹ - صحيح البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول
عليه السلام فحكمه مردود ج2 ص 753 ، صحيح مسلم ، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ج3 ص
1343 .

² - قرار رقم 72602 بتاريخ 21-5-1991 ، وزارة العدل ، منشور نشرة القضاة ، الصادرة بتاريخ 1995 ،
العدد 47 ، صفحة 149 .

من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة ، والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ¹ .

التزاع في الصداق: إذا وقع نزاع في الصداق في قبضه أو مقداره أو جنسه حكم القاضي بمن تشهد له البينة فإذا لم يكن لأحدهما بينة حكم للمرأة أو ورثتها بعد البناء، لأن الغالب في عرفنا أن المهر يقرر قبل البناء للمرأة خلافا لما قبله جاء في المادة 17: في حالة التزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول ، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين ، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين .

4: الإشهاد:

شروط الإشهاد:

المشرع لم يصرح بشروط الإشهاد ولكن يمكن أن نستشفها من خلال العبارة المنصوصة مستأنسين بالاجتهاد القضائي ، ويمكن إجمالها في التالي :

1: التعدد اشترط المشرع التعدد في الاشهاد فلا تصح شهادة الواحد بدليل استعماله للتثنية فقال شاهدان .

2: الأهلية: لأن الشهادة تصرف قانوني فاشترط فيها ما يشترط في جميعها من الأهلية الكاملة حتى تكون صحيحة.

3: الذكورة: لم يصرح المشرع باشتراط الذكورة ، وبالرجوع الى الاجتهاد القضائي يأخذون بقول من يشترطها وهم الجمهور من الفقهاء خلافا للحنفية الذين يجيزون شهادة الرجل والمرأتين كما في المعاملات ، ومما يؤيد صحة اشتراط الذكورة استعماله لصيغة التثنية فلو أجاز

¹ - قرار رقم 75029 بتاريخ 18-6-1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1994 ، العدد الثاني ، صفحة 65 .

شهادة الرجل و المرأتين لجمع، ولا يقال إن استخدام التذكير من باب التغليب كرجل و امرأة نقول ان شهادة الرجل والمرأة في عقد الزواج وإن وجد في الفقه إلا أنه قول شاذ يغلب عدم اعتباره في الاجتهاد لمخالفته لجمهور الفقهاء وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15-12-1986: من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد ، أو السماع الفاشي ، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية .

4: الاسلام: لم يشترط المشرع الاسلامي لأن الزواج إذا كان بين الجزائريين فالغالب فيهم الاسلام، وإذا كان بين الجزائريين و الأجنيبيات قد يكن مسلمات ، أو غير مسلمات فهل تصح شهادة من كان على ملتتهن في زواجهن ، و الجواب أن هذا الزواج يخضع لإجراءات تنظيمية كما نص المشرع على ذلك في المادة 31: يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين الا اجراءات تنظيمية.

5: الإعلان والإشهار: لم يشترط المشرع الاعلان و الاشهار وهو مقصود الشهادة حتى تكون العلاقة بعيدة عن الريبة والتهمة والشك ، وإنما اقتصر على وجودها، فلو استكتم الشهود كان الزواج منعقدا صحيحا وهو مذهب الجمهور الشافعية ، والحنفية ، وأحمد في الرواية المشهورة ، وابن حزم الظاهري¹ ، فإذا تزوجها بحضور شاهدين ، وقال : لهما اكتمت جاز النكاح مع الكراهة ، لأن الأولى إظهاره ، وإعلانه .

قال الشافعي : " إذا وقع النكاح ثم أمر الزوجان بكتمان النكاح والشاهدين ، فالنكاح جائز وأكره لهما السر لئلا يرتاب بهما² " ، واستدل هذا الفريق على ذلك بما يلي :
1- ما رواه الترمذي ، وغيره عن أبي موسى الأشعري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا نكاح إلا بولي³ " .

ومفهوم الحديث انعقاد النكاح بوجود الولي ، وإن لم يوجد الإظهار، والإعلان، لأنه عقد معاوضة فلم يشترط إظهاره كالبيع¹ .

¹ - المغني ج7- ص63 ، فتاوى ابن تيمية ج33- ص158 ، الأم ج5- ص22 ، الحجة ج3- ص222 ، شرح فتح القدير ج3- ص200 .

² - الأم ج5- ص22 .

³ - سبق تخريجه ص 37 .

2- أما نكاح السر المنهي عنه فهو الذي لم يشهد عليه شاهدان فأكثر ، قال الكرخي : " نكاح السر ما لم يحضره شهود فإذا حضروا فقد أعلن " 2 .

3- وأما أخبار الإعلان كقوله صلى الله عليه وسلم : "فصل ما بين الحلال و الحرام الدّف والصوت في النكاح " 3 ، وقوله عليه الصلاة و السلام : " أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف " 4 ، وغير ذلك فيراد بها الاستحباب، بدليل أمره فيها بالضرب بالدف ، والصوت ، وليس ذلك بواجب ، لأن إعلان النكاح ، والضرب فيه بالدف إنّما يكون في الغالب بعد عقده، ولو كان شرطاً لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط .
قال الكاساني : " نكاح السرّ ما لم يحضره شاهدان، فأما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر، إذ السر إذا جاوز اثنين خرج من أن يكون سرا ، قال الشاعر :
وسرك ما كان عند امرئ ***
وسر ثلاثة غير الخفي " 5 .

وأما قول عمر الذي استدل به المالكية فليس محل النزاع ، لأنّه ورد في نكاح لم تتم فيه الشهادة ، وهذا لم يخالف فيه أحد من الفقهاء .

وخالف المالكية الجمهور فقالوا بفسخ النكاح الذي يستكتم فيه الشهود ، لأنّه من نكاح السر المنهي عنه إن لم يدخل بالزوجة ويطل، فإن دخل بها وطل الدخول لم يفسخ ، ويقدر الطول هنا بالعرف لا بولادة الأولاد وهو ما يحصل فيه الظهور و الاشتهار عادة 6 ، وإلى هذا ذهب أحمد في رواية 7 ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- ما رواه مالك عن أبي الزبير المكيّ أنّ عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : هذا نكاح السرّ ولا أجيزه ، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت 8 .

2- ما رواه الطبراني في المعجم الأوسط عن أبي هريرة ؛ أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم

1- المغني ج7- ص64.

2- شرح فتح القدير ج3- ص 200 .

3- سنن الترمذي، كتاب النكاح عن رسول الله ، باب ما جاء في إعلان النكاح ج3- ص 398، سنن النسائي كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح بضرب الدف ج3- ص 331، سنن ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح ج1- ص 611، مسند أحمد ، كتاب مسند المكيبين ، باب حديث محمد بن حاطب الجمحي ج3- ص 418 .

4- سنن الترمذي ، كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح عن رسول الله ج2- ص 398، سنن البيهقي، كتاب النكاح ، باب ما يستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف عليه ج7- ص 290 .

5- بدائع الصنائع ج2- ص253.

6- الشرح الصغير ج1- ص391 ، الشرح الكبير ج2- ص236 .

7- المغني ج7- ص63 ، فتاوى ابن تيمية ج33- ص158.

8- الموطأ ، كتاب النكاح ج2- ص535 ، سنن البيهقي ، ج7- ص126 . وأما قول عمر لو كنت تقدمت فيه لرجمت فقد علق عليه ابن حبيب فقال : إنّما هذا من عمر رضي الله عنه على وجه التشديد في الجزر عنه ، والمنع منه ، ولا رجم ولا حد إذا وقع ولكن العقوبة . المنتقى ج3- ص314 .

فهي عن نكاح السر¹ .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن هذا النكاح منهي عنه ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، وهذا ما فهمه عمر حين قال: " هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت " 3- ما رواه أحمد وغيره عن عبد الله بن الزبير عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " أعلنوا النكاح ² " .

ووجه الاستدلال بالحديث أن هذا أمر من النبي صلى الله عليه وسلم بإعلان النكاح ، وعدم كتمه وإسراره ، حتى يكون اجتماع الزوجين بعيدا عن الريبة والشك والتهمة .

5: انعدام الموانع الشرعية: قسمت الموانع الى قسمين: موانع مؤبدة و موانع مؤقتة.

1: الموانع المؤبدة: هي الموانع التي لا يمكن رفعها بحال من الأحوال وهي ثلاثة أنواع: القرابة ، المصاهرة ، الرضاع طبقا للمادة 24: موانع النكاح المؤبدة هي القرابة، المصاهرة ، الرضاع .

النوع الأول: الموانع بسبب النسب وهن أربع جهات

الجهة الأولى: أصل الشخص وإن علين الأم وأمها

الجهة الثانية: فروع الشخص وإن نزلن البنت وابنة البت

الجهة الثالثة: فروع الابوين وإن نزلن كالحوات وبناتهن

الجهة الرابعة: فروع الأجداد والجدات لطبقة واحدة وهن العمات و الخلات ، وأما بنات

العمات وبنات الخلات فلا حرج من زواجهن جاء في المادة 25: المحرمات بالقرابة هي

الأمهات ، والبنات، والأخوات ، والعمات، والخلات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت ، ومستند

التحريم قوله تعالى : (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ

الأخ وَبَنَاتُ الأختِ) النساء الآية 23

النوع الثاني: الموانع بسبب المصاهرة وهن أربعة جهات:

الجهة الأولى: زوجة الأصل أي زوجة الأب .

الجهة الثانية: أصل الزوجة بمجرد العقد عليها ، أي أم الزوجة وتحرم عليه بمجرد العقد عليها

دخل أم لم يدخل .

¹ - المعجم الأوسط ج7- ص68 ، مجمع الزوائد ، كتاب النكاح ، باب نكاح السر ج4-ص 285 .

² - مسند أحمد ، كتاب أول مسند المدنيين أجمعين ، باب حديث عبد الله بن الزبير بن العوام ج4- ص5 ، صحيح ابن حبان ، كتاب النكاح ج9- ص374 ، المستدرک علی الصحیحین ، كتاب النكاح ج2- ص200 .

الجهة الثالث: فرع الزوجة إن حصل بها الدخول، أي ابنة زوجته أو ربيبتها ويثبت التحريم بالدخول على أمها .

الجهة الرابع: زوجة الفرع ، وهي زوجة ابنه.

ونص المشرع على ذلك في المادة 26: المحرمات بالمصاهرة وهي: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها ، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو، أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا ، ومستنده قوله تعالى (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا) النساء الآية 22 ، وقوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ) النساء الآية 23 .

النوع الثالث: الموانع بسبب الرضاع ونص المشرع في المادة 27: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، ومادام يحرم من النسب أربع جهات فكذلك في الرضاع. فتحرم الأصل رضاعا وهي الأم المرضعة.

الثاني الفرع ابنته من الرضاع.

الثالث: فروع الأبوين من الرضاع الإخوة و الأخوات من الرضاع.

فروع الأجداد و الجدات لطبقة واحدة: وهن العمات و الخلات من الرضاع ، ومستنده قوله تعالى : (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ) النساء الآية 23 ، وحديث النبي صلى الله عليه وسلم : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ¹).

وأما التحريم بالرضاع من الجهة المصاهرة فلم يأخذ به المشرع الجزائي جاء في المادة 27 من قانون الأسرة 84-11 (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)، وهو قول ابن تيمية وابن القيم لورود النص في النسب دون المصاهرة ، قال الإمام ابن القيم : وتوقف فيه شيخنا وقال: إن كان قد قال أحد بعدم التحريم فهو أقوى و قال: ومعلوم أن تحريم الرضاة لا يُسمى

¹ - محمد إسماعيل البخاري ، الجامع الصحيح ، دار الشعب القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1997 ، ج 3 ص 222 .

صِهْرًا، إِنَّمَا يَحْرُمُ مِنْهُ مَا يَحْرُمُ مِنَ النِّسْبِ، وَالنَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ"، وَفِي رِوَايَةٍ: "مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ"، وَلَمْ يَقُلْ: وَمَا يَحْرُمُ بِالمِصَاهِرَةِ، وَلَا ذَكَرَهُ اللَّهُ سُبْحَانَهُ فِي كِتَابِهِ، كَمَا ذَكَرَ تَحْرِيمَ الصَّهْرِ، وَلَا ذَكَرَ تَحْرِيمَ الْجَمْعِ فِي الرَّضَاعِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي النِّسْبِ، وَالصَّهْرُ قَسِيمُ النِّسْبِ، وَشَقِيقُهُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: {وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا} [الفرقان: 54] فَالعِلَاقَةُ بَيْنَ النَّاسِ بِالنِّسْبِ وَالصَّهْرِ، وَهِيَ سَبَبُ التَّحْرِيمِ وَالرَّضَاعِ فَرَعٌ عَلَى النِّسْبِ، وَلَا تُعْقَلُ المِصَاهِرَةُ إِلَّا بَيْنَ الْأَنْسَابِ، وَاللَّهُ تَعَالَى إِنَّمَا حَرَّمَ الْجَمْعَ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ، وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتَيْهَا، وَبَيْنَهَا وَبَيْنَ خَالَتِهَا، لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى قِطْعَةِ الرَّحْمِ المَحْرَمَةِ¹، فَالمِشْرَعُ الجِزَائِرِيُّ قَصَرَ التَّحْرِيمَ فِي الرِّضَاعِ عَلَى جِهَةِ النِّسْبِ دُونَ المِصَاهِرَةِ لِلنَّصِّ، وَعَدَمِ التَّوَسُّعِ فِي التَّحْرِيمِ.

وَهُوَ خِلَافٌ لِمَذْهَبِ الجُمْهُورِ وَهِيَ الأَثْمَةُ الأَرْبَعَةُ عَلَى أَنَّهُ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النِّسْبِ وَالمِصَاهِرَةِ²، فَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ الجِهَاتُ الثَّمَانِيَّةُ، الجِهَاتُ الأَرْبَعَةُ مِنَ جِهَةِ النِّسْبِ وَهِيَ 1- أصول الشخص وإن علون، 2- فروع وإن نزلن، 3- فروع الأبوين وإن نزلن الأخوات، 4- فروع الأجداد والجذات لطبقة واحدة وهن الخالات والعمات، والجِهَاتُ الأَرْبَعَةُ مِنَ جِهَةِ المِصَاهِرَةِ وَهِيَ 1- زوجة الأصل، 2- أصل الزوجة بالعقد عليها، 3- فرع الزوجة بالدخول بها، 4- زوجة الفرع، ودليلهم النص في التحريم من جهة الرضاع قوله تعالى: (وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ)، وَحَدِيثُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النِّسْبِ³)، وَالقِيَاسُ فِي التَّحْرِيمِ مِنَ جِهَةِ المِصَاهِرَةِ، قَالَ الدُّكْتُورُ وَهْبَةُ الزَّحِيلِي: وَكَمَا تَحْرُمُ القَرِيبَاتُ مِنَ الرِّضَاعِ، تَحْرُمُ الأَصْهَارُ مِنَ الرِّضَاعِ أَيْضًا، قِيَاسًا عَلَى النِّسْبِ، وَأَخَذًا مِنْ مَفْهُومِ الآيَةِ وَالحَدِيثِ المَتَقَدِّمِينَ⁴. وَلِلرِّضَاعِ شُرُوطٌ فِي التَّحْرِيمِ

¹ - محمد ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، 1994، ج 5 ص 558.

² - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفة، مصر الطبعة الأولى ج 36 ص 217، د-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق سوريا، الطبعة الرابعة، ج 9 ص 127.

³ - محمد إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، دار الشعب القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ج 3 ص 222.

⁴ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق ج 9 ص 127.

حددها المشرع في المادة 29: لا يحرم من الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا .

1: وهي أن يكون الرضاع في الحولين أو قبل الفطام ، والفطام هو استغناؤه عن الرضاع بما يقدم له من الطعام ، فإذا كان الرضاع بعد الفطام فلا عبء به في التحريم ولو كان قبل الحولين ، وأما إذا تأخر الفطام على الحولين اقتصر التحريم بالحولين .

2: تحقق الرضاع بغض النظر عن مقداره لأن المشرع لم يلتفت في التحريم إلى عدد الرضاعات فيحرم بقليله وكثيره على السواء ، وهو مذهب المالكية والحنفية في المسألة لعموم التحريم في القرآن و السنة.

3: التحريم لا يسرى إلا على الرضيع دون إخوته و أخواته فيصح للشخص أن يتزوج أخت أخيه من الرضاع لأن العلاقة في الرضاع قاصرة وليست متعدية
الموانع المؤقتة:

1: زوجة الغير فلا يحل الزواج بزوجة الغير إلا أن يطلقها أو يموت عنها.
2: المعتدة من طلاق أو وفاة وهي معتدة الغير حتى تنتهي عدتها ، أما معتدته وهي مطلقته فيصح أن يعقد عليها بعد طلاقها ولو في عدتها منه بلا خلاف .

3: المطلقة ثلاثا لمن طلقها، فإذا طلق الزوج زوجته ثلاث طلاقات متفرقات فلا يصح أن يعقد عليها من جديد إلا بعد أن تتزوج غيره فيموت عنها أو يطلقها وتنتهي عدتها.

4: الجمع بين الأختين أو الجمع بين المحارم وهو كل علاقة بين شخصين لو فرض أحدهما ذكرا و الآخر أنثى ما جازت هذه العلاقة.

5: زواج المسلمة من غير المسلم ، سواء أكان كتابيا أو غير ذلك.

أما زواج المسلم من غير المسلمة فسكت المشرع عن النص عليه علما بأن زواج المسلم بمن لا تدين بدين سماوي لا يجوز عند جميع الفقهاء و لا يصح ، و ربما ترك المشرع تنظيم ذلك الى المادة 31 التي تنص على أن زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب يخضع إلى اجراءات تنظيمية إلا أن هذه الاجراءات التنظيمية لا تعدوا أن تكون و نائق ادارية و تحقيقات تقوم بها الجهات الرسمية قبل الترخيص بالزواج دون السؤال عن ديانة المرأة ذات كتاب أم لا ، وهذا لا يصح فكان الأجدر من المشرع أن ينص على ذلك صراحة كما في التشريعات العربية.

6: الشرط السادس: شروط التعدد اشترط المشرع لصحة التعدد قانونا شرطين:

1: اعلام زوجته و المرأة التي يريد الزواج منها، للمادة الثامنة الفقرة الثانية : يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يريد يقبل على الزواج بها ، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية .

2: رخصة بالزواج من المحكمة و هذه الرخصة يرجع فيها إلى سلطة القاضي التقديرية، فلا يكفي فيها إذن زوجته وحدها بل لا بد من مراعاة قدرة الزوج على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة كما ورد في المادة 8 الفقرة 3: يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية .

فإذا أخل الزوج بهاذين الشرطين و تزوج كان للزوجين الحق في المطالبة بالتطليق للتدليس وفق المادة 8 مكرر، و للقاضي أن يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول و فق المادة 8 مكرر .

3-الشروط في الزواج:

أقسام الشرط :ينقسم الشرط بحسب مصدره إلى قسمين:

أ-الشرط الشرعي: و هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع الحكيم و ذلك بجميع الشروط التي اشترطها الشارع في الزواج و البيع و الهبة و الوصية و غير ذلك.

ب-الشرط الجعلي: ما كان مصدر اشتراطه المكلف، جاء في الموسوعة الفقهية: الشروط الجعلية هي الشروط التي يشترطها المكلف في العقود و غيرها كالطلاق والوصية،

وهو نوعان: شرط تعلقي مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق، و شرط تقيدي مثل: وقفت على أولادي من كان منهم طالبا للعلم¹.

ج-موقف المشرع من الشروط :أعطى المشرع الجزائري للزوجين أن يشترطا في عقدا الزواج أو في عقد رسمي لاحقا ما يريانه ضروريا ولا سيما شرط عدم الزواج عليها والعمل وغيرها من الشروط ليضمنن للرابطة الاستقرار والديمومة، و نص على ذلك في المادة 19: للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانهما ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع احكام هذا القانون ،

¹ - الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت ، ج26ص6 .

فصحة الشروط في الزواج متوقفة على عدم مخالفتها لأحكام القانون كأن يشترط عليها نفقتها مادامت عاملة ، فهذا الشرط مخالف للقانون لأن نفقة الزوجة على زوجها ولو كانت عاملة أو غنية فيكون باطلا ، وأما الشروط الصحيحة فعلى الزوجين الالتزام بها، ومستند المشرع ما ذهب إليه الحنابلة من التوسع في اطلاق إرادة المتعاقدين في اشتراط ما لم يرد دليل بتحريمه من الشروط الجعلية بلزوم الوفاء بها كشرط عدم الزواج عليها إلا إذا أسقطته ورضيت بمخالفته. و استدلووا لمذهبهم:

1. قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا) المائدة: 1 ، وقوله تعالى : (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا) الإسراء: 34 .

2. ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " ¹ .

3. ما رواه البخاري و مسلم عن عبد الله بن أبي مليكة أن المسورين محرمة حدثه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم عن المنبر يقول: " إن فاطمة مني و إني أتخوف أن تفتن في دينها ثم ذكر صهرا له من بني عبد شمس فأثنى عليه في مصاهرته إياه فأحسن قال: حدثني فصدقني ووعدي فأوفي لي و إني لست أحرم حلالا و لا أحل حراما و لكن و الله لا تجتمع بنت رسول الله و بنت عدو الله مكانا واحدا أبدا " ² .

قال ابن القيم فتضمن هذا الحكم أمورا : أن الرجل إذا اشترط لزوجته أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط و من تزوج عليها فلها الفسخ ³ .

ما رواه أبو داود و غيره عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " الصلح جائز بين المسلمين زاد أحمد إلا صلحا أحل حراما أو حرّم حلالا، و زاد سليمان بن داود و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " المسلمين على شروطهم " ¹ .

¹ - أبو داود ، باب في الرجل يشترط لها دارها، مرجع سابق ، ج2 ص209. قال الألباني صحيح ، صحيح سنن أبي داود ، مرجع سابق ، ج1 ص595 .

² - البخاري ، باب ما ذكر من درع النبي صلى الله عليه و سلم وعصاه وسيفه وقدحه ، مرجع سابق ، ج3 ص1131، مسلم ، باب فضائل فاطمة بنت النبي ، مرجع سابق ، ج4 ص1896 .

³ - ابن القيم ، مرجع سابق ، ج5 ص107 .

فص الحديث يدل على ما لم يرد منعه فالأصل فيه الجواز.

4. مارواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب و إذا وعد أخلف و إذا أوتمن خان " ².

فإخلاف الوعد صفة من صفات المنافقين كما بين نبينا صلى الله عليه وسلم.

5-المعقول :الأصل في العقود التراضي قال تعال: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) النساء: الآية 29، فإذا تراض المتعاقدان ثبت حل ما تراضيا عليه إلا أن يتضمن ما حرمه الله و رسوله كالتجارة في الخمر و نحو ذلك ³.

وخالف ابن حزم الظاهري فرأى أن الأصل في الشروط الحضر إلا ما ورد به نص خاص أو إجماع بجوازه، فإرادة الإنسان في التعاقد مقيدة بما ورد به الدليل الشرعي ⁴.
و استدل على ذلك:

1-مارواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " ⁵.

2-و ما رواه البخاري ومسلم عن الزهري قال عروة بن الزبير قالت عائشة رضي الله عنها : دخل علي رسول الله صلى الله عليه و سلم فذكرت له فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم (اشترى وأعتقي فإن الولاء لمن أعتق) ، ثم قام النبي صلى الله عليه و سلم من العشي فأثنى

¹ - أبو داود، باب في الصلح ، مرجع سابق ج3ص332. قال الألباني حسن صحيح ، صحيح سنن أبي داود مرجع سابق ، ج2 ص395.

² - البخاري ، باب علامة المنافق ، مرجع سابق ، ج1ص21 ، مسلم ، باب بيان خصال المنافق، مرجع سابق ج1ص76

³ - د- عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ص379 .

⁴ - د- عبد الكريم زيدان ، مؤسسة رسالة ناشرون دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، سنة الطبعة 2012، ص375 .

⁵ - البخاري ، باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، مرجع سابق ، ج2 ص753 ، مسلم ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، مرجع سابق ج3 ص 1343 .

على الله بما هو أهله ثم قال : (ما بال أناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله من اشترط
شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق)¹ .
ففي هذين النصين دليل على أن ما لم يرد دليل باعتباره لا عبرة باشتراطه، فإن اشترطه كان
باطلا.

وتوسط الجمهور من الحنفية و المالكية و الشافعية بين المذهبين المضيقين و الموسعين، فلم يقولوا
بتحريم الشروط مطلقا ، و لم يبيحوها مطلقا ، وإنما قبلوها بشروط اختلفوا بينهم في تحديدها .
أ-مذهب الحنفية:الشرط صحيح و هو ما كان من مقتضي العقد أو ملاتم لمقتضي العقد و لا
يتنافى مع أحكام الشرع و جب الوفاء به كاشتراط المرأة أن يسكنها وحدها .
و أمّا الشرط الفاسد المخالف لمقتضي العقد ، أو غير ملاتم لمقتضي العقد كاشتراط الخيار
لأحد الزوجين، أو لكل منهما العدول عن الزواج في مدة معينة بطل الشرط و صح العقد² .
ب-مذهب المالكية: الشروط ثلاثة أنواع:

الأول: ما يقتضيه العقد و لو لم يذكر كشرط الإنفاق و حسن المعاشرة فهذا اشتراطه و عدمه
سيان، و يحكم به ذكر أو ترك.

الثاني: ما كان مناقضا لمقتضي العقد كشرط أن لا يعدل بينها و بين ضرقتها في المييت أو لا ينفق
و هذا يمنع اشتراطه ، و يفسخ به النكاح قبل البناء و يثبت بعده و يلغى الشرط.
الثالث: ما لا تعلق له بالعقد و لا ينفيه و لا يقتضيه كشرط أن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها
من بلدها أو بيتها، و هذا يكره اشتراطه لما فيه من أسباب الخصومات، و لا يفسد العقد
باشتراطه و لا يفسخ لأجله لا قبل البناء و لا بعده و لا يلزم الوفاء به³ .

ج-مذهب الشافعية: ما كان من مقتضي العقد كشرط النفقة و القسم لها، أو لم يتعلق به
غرض كشرط أن لا يأكل إلا كذا ألغى الشرط لانتفاء فائدته و صح النكاح و المهر.

¹ - البخاري ، باب البيع و الشراء مع النساء ، مرجع سابق ، ج 2 ص756، مسلم ، باب إنما الولاء لمن أعت، مرجع سابق ، ج2 ص 1140 .

² - د- وهبة مصطفى الزحيلي ، ، مرجع سابق ، ج9 ص46، 47 .

³ - القرافي ، الذخيرة ، ، مرجع سابق ، ج 4 ص405 ، الدردير ، الشرح الكبير ، ، مرجع سابق ، ج2 ص317 ،

أحمد بن غنيم النفراوي ، الفواكه الدواني ، تحقيق رضا فرحات ، مكتبة الثقافة الدينية ، ج3 ص970 .

إذا كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد ، و لم يخل بمقصوده الأصلي كشرط أن لا يتزوج عليها، أو لا نفقة لها صح النكاح وفسد الشرط والمهر، لأنها لم ترضى بالمسمى إلا بشرط أن لا يتزوج عليها، و لم يرضى بالمسمى إلا بشرط أن لا نفقة لها، و إن أخل بمقصود النكاح كشرط الطلاق في نكاح المحلل بطل النكاح، و في قول يصح و يلغو الشرط¹.

و أمّا القضاء فتبنى مذهب المالكية في الشروط و هو أن ما لا يقتضيه العقد و لا ينافيه حكمه الكراهة لما فيه من التحجير و لا يلزم الزوج به.

جاء في قرار 49575 بتاريخ 20_6_1988 من المقرر شرعاً أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد و لا ينافيه، و الذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به، و لا يؤثر في عقد الزواج، و من ثم فإن القضاء بما خالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للأحكام الشرعية.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بالعاصمة يكون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة و فرضوا عليه قيد هو مخير فيه.

و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه².

و يلاحظ أن القضاء مخالف لما أقره التشريع من عدم التقييد بالكراهة ما لم تخالف شروط القانون كما هو مبين من المادة 19، وعليه لا عبرة به لأنه اجتهاد في معرض النص الصريح الواضح.

أما إذا خالفت الشروط مقتضى العقد، و كان العقد يشتملها كتأقيت النكاح، وإسقاط النفقة بطل العقد كما جاء في المادة 32 لأمر 05-02 " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع ، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد .

ولكن ينبغي عند مراعاة الشروط و الوفاء بها أن لا تعود على العقد بالإخلال لمقاصده كشرط العمل الذي تشترطه المرأة في عقد نكاحها إذا أدى إلى إخلال بالتزاماتها الأسرية و جب حينئذ

¹ - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة : الأولى سنة 1998م ، ج 1 ص 435 ، محمد الزهري الغمراوي ، السراج الوهاج على متن المنهاج ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ص 390 .

² - المجلة القضائية للمحكمة العليا ، الصادرة 1991، العدد 2 ن ص 54 .

مراجعة هذه الشروط و الالتزام بها رفعا للخصومة التي تنشأ بين الزوجين بسبب ذلك و هذا ما يشهده الواقع .

د-أثر الإخلال بالشروط على العقد :

إذا أحل الزوج بشرطه فتزوج عليها أو منعها من الوظيفة متذرعاً بقدرته المالية و استغناؤه عن عملها ، أو انشغالها عن أولادها فان للزوجة الحق في اللجوء الى القضاء للمطالبة بالتطبيق للمادة 53 الفقرة يجوز للزوجة طلب التطبيق للأسباب التالية الفقرة 9: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وهو مذهب الحنابلة ، وإن كان الحنابلة يرتبون على الإخلال بالشروط الفسخ والمشرع الجزائري التطبيق ، قال ابن القيم : الرجل إذا اشترط لزوجته أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط و من تزوج عليها فلها الفسخ¹.

وأما جمهور الفقهاء الحنفية و المالكية و الشافعية فلم يرتبوا أي جزاء على الإخلال بالشروط المقترنة بالعقد لأن الإخلال بها لا يخل بمقاصد النكاح، بل المالكية كما سبق ذكره يرتبون عن الالتزام الكراهة لما في ذلك من التقييد و التحجير على الزوج المؤدي إلى الخصومات غالباً.

4- الزواج الباطل و الفاسخ:

أ- الزواج الباطل:

بيطل الزواج بنص المادة 32 و 33 في ثلاثة حالات:

الحالة الأولى: اشتماله على مانع من موانعه السابقة الذكر.

الحالة الثانية: اشتماله على شروط منافية لمقتضيات العقد كإسقاط الصداق أو النفقة الزوجية.

الحالة الثالثة: تخلف ركن الرضاء.

ب- النكاح الفاسد: هو النكاح الذي تخلقت فيه أحد شروط صحة النكاح المنصوص عليها في المادة 9 مكرر كالولي في حالة وجوبه ، و الشاهدين ، أو الصداق ، و يرتب المشرع على تخلف الشروط الفسخ إذا لم يتم الدخول بالمرأة فإن دخل بها ثبت الزواج بصداق المثل، وهذا الأمر في غاية الغرابة، لأنه لا يمكن استلحاق الولاية أو الشهادة بصداق المثل بعد الدخول بالمرأة خلافاً للصداق، فإذا تم الزواج على إسقاط الصداق وهو مفسد له، فإنه يمكن تصحيحه إذا فات بالدخول بصداق المثل.

¹ - محمد بن أبي بكر بن القيم ، سبق ذكره ، ج5 ص 107 .

وأما الزواج الصحيح فهو الذي سبق بيان أركانه و شروطه فاذا استوفاه العقد كان الزواج صحيحا.

5- آثار الزواج: ذكر المشرع أثرين للزواج وهما النسب و الحقوق المشتركة بين الزوجين و آخر الأثر الثالث وهو النفقة لاشتراكها مع الطلاق في الآثار.

1: النسب: لم يعرف المشرع الجزائي النسب و إنما بدأ الحديث عنه بطرق ثبوته كما نصت على ذلك المادة 40 من الأمر 05-02 يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون.

فطرق اثبات النسب خمسة:

الطريق الأول: الزواج الصحيح و هو الزواج الذي استوفى شروطه و أركانه و يشترط لإثباته شرطين:

1- إمكانية الاتصال بين الزوج والزوجة ، فإن كان غائبا عنها كالمسافر عنها سفر طويلا للعمل فلا إثبات للنسب .

2: أن لا ينفيه بالطرق المشروعة، والطرق المشروعة اللعان .

32: أن يلد المولود في المدة المعهودة وهي بين 6 و 10 أشهر.

وقد نص المشرع على هذه الشروط في المادة 41-42.

المادة 41: ينتسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولو ينفه بالطرق المشروعة.

المادة 42: أقل المدة الحمل ستة أشهر و اقصاها عشرة أشهر.

الطريق الثاني: الإقرار: و الإقرار قسمان إقرار بالبنوة كأن يقول الأب أو الام هذا ابني ، و إقرار بالأبوة كأن يقول الشخص هذا أبي، ويشترط لصحة الإقرار شروط نص عليها المشرع في المادة 44-45.

1: أن يكون المقر له مجهول النسب، فاذا كان الشخص معلوم النسب فلا يصح الإقرار بنسبه

2: أن يصدقه العقل و العادة بأن يلد مثل هذا الشخص لمثله، لوجود فارق زمني معتبر بينهما كأن يكون المقر في الأربعين والمقر له في العشر.

3: الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة، و الأمومة أي الإقرار بالأخوة كأن يقول الشخص هذا أخي فإنه لا يسري الإقرار إلا عليه ، أما إخوته و أخواته فلا يسري عليهم الا بتصديقهم.

3: البنية: وهي شهادة الشهود.

4: نكاح الشبهة: وهو النكاح الذي يحدث فيه خطأ كنكاح المرأة في العدة معتقدا انتهائها.

5: النكاح الباطل: مع أن النكاح الباطل لا يثبت به شيء، الا أن المشرع استثنى حالة نكاح المحرمات إذا وقع بغير علمه كنكاح أخته من الرضاع وهو لا يعلم ، فيجب فسخ النكاح قبل الدخول و بعده ، و يثبت النسب إن وجد للمادة 34 من القانون: كل زواج ياحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء .

فطرق النسب محصورة بالنص لا تصح الزيادة عليها كالتبني ولذا صرح المشرع بمنعه في المادة 46: يمنع التبني شرعا وقانونا .

2: الحقوق المشتركة: الزواج يثبت بين الزوجين حقوقا مشتركة يجب مراعاتها في العلاقة الزوجية للمحافظة عليها كالمعاشرة بينهما بالمعروف، والتعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه ، و احترامهم و زيارتهم وهو ما نصت عليه المادة 36 .

والى جانب الحقوق المشتركة هناك حقوق خاصة لكل منهما فله أن يستأثر بها دون الطرف الآخر كحق المرأة في راتبها و ميراثها دون تدخل الزوج فيه، لأن المرأة كالرجل لكل منهما ذمة مالية مستقلة ، إلا ما جادت به عن طيب نفس منها، وهو ما تقرره المادة 37 : لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول الى كل واحد منهما.

انحلال الرابطة الزوجية

نص المشرع الجزائري في المادة 47 انحلال الرابطة الزوجية بقوله : تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ، فالمشرع الجزائري حدد انحلال الرابطة الزوجية في طريقين : الطريق الأول الطلاق ، والثاني الوفاة ، وأغفل طريقا ثالثا وهو الفسخ مع أنه ذكره في انحلال الرابطة الزوجية كما في المادة 34: كل زوج ياخذى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء ، فزواج المحرمات يترتب عليه الفسخ وليس الطلاق .

واقصر حديث المشرع عن انحلال الرابطة بواسطة الطلاق لكثرة التزاعات فيه خلافا للوفاة .

الطلاق

1-تعريف الطلاق

الطلاق في اللغة حلّ الوثاق ، ورفع القيد مطلقا سواء أكان القيد حسيا كقيد البعير ، أم معنويا كقيد النكاح ، ويقال طلق الرجل امرأته تطليقا أي حل قيد نكاحها ، ويقال أطلقت الأسير إذا حلت أسره .

وأطلقت القول إذ أرسلته من غير قيد ولا شرط ، وناق طالق أي مرسله ترعى حيث شاءت¹ .

وقد غلب العرف في الاستعمال على أن لفظ الطلاق ، والتطليق إذا أضيف إلى المرأة كان المقصود به رفع القيد المعنوي ، وهو إزالة النكاح .

وأما لفظ الطلاق فقد غلب استعماله في رفع القيد الحسي ، يقال أطلقت الأسير فهو مطلق ، ومن التادر أن يقال سجين ، أو أسير طالق ، كما يندر أن يقال امرأة مطلقة بفتح اللام بمعنى طلقها زوجها، لذا فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا قول الزوج لزوجته أنت مطلقة بالتخفيف من كنايات الطلاق التي تحتاج إلى النية ، لأن الإطلاق في العرف يستعمل في إثبات الانطلاق من الحبس ، والقيد الحقيقي ، فلا يحمل على القيد الحكمي إلا بالنية² .

وعرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 47 بقوله : تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة فالطلاق في عرف القانون هو انحلال للرابطة الزوجية ، ويتم بإرادة الزوج المنفردة ، أو بتراضي الزوجين ، أو بطلب من الزوجة بواسطة القضاء ، أو بالمخالعة كما جاء في المادة 48 : يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ، أو بتراضي الزوجين ، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53، 54 من القانون .

ويلاحظ أن التعريف اللغوي والتشريعي متفقان على أن الطلاق هو حلّ رابطة الزوجية ، وأنها وإن اختلفت في اللفظ والعبارة إلا أنها متفقة في المعنى .

¹ - لسان العرب ج 10 ص 227 ، مختار الصحاح ج 1 ص 166 .

² - بدائع الصنائع ج 3 ص 98 ، حاشية ابن عابدين ج 3 ص 226 .

2- الفرق بين الطلاق والفسخ: قبل التفريق بين الفسخ والطلاق لا بد من تعريف كل منهما ، وقد سبق تعريف الطلاق وأما الفسخ لغة : هو النقص وبابه قطع يقال : فسخ البيع فانفسخ أي نقضه فانقض ، وفسخت الفأرة في الماء تقطعت ، وفسخت العود فسخا أزلته بيدك فانفسخ وفسخت الثوب ألقيت ، وفسخت العقد فسخا رفعته ، وفساخ القوم العقد توافقوا على فسخه ، وفسخت الشيء فرقته ، وفسخت المفصل عن موضعه أزالته وفسخ رأيه فسد¹.

فالفسخ يطلق في اللغة على معان عدة متقاربة وهي : النقص ، والتقطع ، والإزالة والإلقاء ، والرفع ، والتفريق ، والفساد ، وهذه معاني بينها قاسم مشترك وهو التغيير والتحويل فهو قائم فيها كلها ، فإن نقض الشيء يحول الأمر كما عليه سابقا كنقض البناء ، كذلك نقض العقد فإنه مزيل لما يترتب عليه من الأحكام في الحال .

أما التفريق بينهما فتتجلى فروق عدة قائمة من نواح عدة نبينها كالتالي :

1- من حيث حقيقة كل منها:

- الطلاق إنهاء للرابطة العقدية ، و إيقاف لامتداد آثار العقد ، أما الفسخ فهو حلّ ونقض للرابطة العقدية ، وفرق بين الإنهاء والحل ، فالإنهاء إيقاف لمفعول العقد مع الإقرار ضمنا بصحة نشوئه ، أما الحلّ فهو إعدام للعقد من أصله واعتباره كأن لم يكن .

- الفسخ قد يقع بمجرد قيام سببه كما في حالات الانفساخ بالردّة ، أو بالإبء عن الإسلام ، وقد يقع بحكم القاضي بأي لفظ كان في حالات الفسخ القضائي بسبب العيب وغيره .

أما الطلاق فلا يقع إلا بألفاظ مخصوصة صريحة كانت أو كناية .

- الطلاق يعتبر إنهاء لعقد الزواج ، أما الفسخ فقد يكون نقضا لخلل رافق نشوئه ، أو لعارض طرأ على الزواج فمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحا ، أو لحادث أصاب أحد الزوجين فأعطى للأخر حق طلب الفسخ .

¹ - مختار الصحاح ج 1 ص 211، لسان العرب ج 3 ص 44-45 ، المصباح المنير ج 2 ص 646 .

- الطلاق أثر من آثار العقد بحيث إذا كان العقد غير صحيح لم ينجم عنه هذا الأثر ، أما الفسخ فليس كذلك بل هو نقض للعقد ، وهدم لآثاره ، وفرق بين ما هو أثر للشيء وما هو ناقض له¹ .

2- من حيث المحل :

الطلاق لا يرد إلا على عقد الزواج الصحيح ، لأنّ حقيقته إنهاء لعقد الزواج الصحيح فلا يكون في غيره ، بينما الفسخ كما يكون في الزواج الفاسد يكون في الزواج الصحيح² .

3- من حيث الآثار :

- الفرقة التي تعد طلاقاً تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج لقوله تعالى : (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) البقرة آية 227-228 .

أما الفسخ فلا يعد من الطلقات الثلاث أي لا ينقص العدد ، فلو فسخ عقد الزواج ثلاث مرات مثلاً فيملك الزوج أن يطلق زوجته رغم ذلك ثلاث طلقات³ .

- يلحق المرأة الطلاق في العدة إذا كانت رجعية لأن الزوجية لا زالت قائمة ، أما عدة الفسخ فلا يلحق بها طلاق لانقطاع الزوجية بالفسخ واستثنى الحنفية من ذلك حالتين⁴ :
أ- الردة عن الإسلام من قبل أحد الزوجين إذا لم يصاحبها لحاق بدار الحرب ، فإذا صاحبها لحاق بدار الحرب لم يقع الطلاق فيها .

فلو ارتدت الزوجة المسلمة ثم لحقت بدار الحرب فطلقها زوجها قبل انقضاء عدتها لم يقع عليها الطلاق بحيث لو عادت إلى الإسلام ، ورجعت إلى زوجها لم يحسب ذلك الطلاق عليه ولم

¹- الفقه الإسلامي وأدلته ج9 ص6686 ، الفرقة بين الزوجين ص19 ، الأحوال الشخصية أبو زهرة ص326 ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ص500 .

²- شرح الأحوال الشخصية السوري ج2 ص15 ، الأحوال الشخصية أبو زهرة ص324 ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ص500 .

³- حاشية ابن عابدين ج3 ص70 ، المغني ج7 ص250 ، كشاف القناع ج5 ص216 ، شرح الأحوال الشخصية السوري ج2 ص14 ، الأحوال الشخصية أبو زهرة ص325 أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ص499 ، الفقه الإسلامي وأدلته ج9 ص6865 ، الفرقة بين الزوجين ص17 .

⁴- حاشية ابن عابدين ج3 ص70 ، الفقه الإسلامي وأدلته ج9 ص6865 .

ينقص من حقه ، أمّا إذا ارتدت ولم تلحق بدار الحرب وطلقها زوجها في عدّتها وقع ذلك الطلاق عليها

ب- اباء الزوجة غير الكتابية الدخول في الإسلام أو في أي دين سماوي آخر بعد إسلام زوجها فلو أسلم الزوج غير المسلم ، وكانت زوجته مشرّكة غير كتابية ، وعرض عليها الإسلام فرفضت ووقعت الفرقة بذلك بين الزوجين ثمّ طلقها قبل أن تنقضي عدّتها ، فإنّ الطلاق يقع عليها في هذه الحال .

- تستحق المرأة بطلاقها المهر كاملا بالدخول ، ونصفه قبل الدخول ، وأمّا في الفسخ فلا تستحق شيئا من المهر إذا وقع الفسخ قبل الدخول بخلاف بعده¹ .

-الطلاق يكون بائنا لا رجعة فيه ، وقد يكون رجعيًا يجوز للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة ، أمّا الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها .

-فسخ عقد الزواج يقطع الرابطة الزوجية في الحال ، أمّا الطلاق فقد يكون كذلك كما في البائن وقد لا يقطع هذه الرابطة بالحال ، بل بعد مضي مدة كما في الطلاق الرجعي حيث لا تنقطع الرابطة الزوجية إلا بعد مضي العدة² .

3-أقسام الطلاق: نص المشرع في المادة 48 السالفة الذكر على أقسام الطلاق وهي ثلاثة : الطلاق بالإرادة المنفردة ، الطلاق بالتراضي ، والطلاق بحكم القاضي أو طلاق القاضي وهو نوعان التطلق والخلع ، والطلاق بصوره المختلفة لا يمكن للقاضي أن يبت فيه إلا بعد محاولات متكررة للصلح حفاظا على استقرار الأسرة لأنها دعامة استقرار المجتمع حيث نص في المادة 49 : لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، ويتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين .

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج :الزوج يملك أن يطلق بنفسه ويأرادته ، لأنه يملك عصمة الزواج ، وليس لأحد أن يمنعه مادام مصرا عليه حتى القاضي ، وإنما يحكم عليه بالتعويض

¹- الفقه الإسلامي وأدلته ج9 ص6865 ، الأحوال الشخصية أبوزهرة ص325 ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ص500 .

²- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج2 ص14 ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ص499 .

للمرأة ، خلافا للمرأة فحتاج إلى تدخل القاضي في التفريق بينها وبين زوجها لأنها لا تملك عصمة الزواج ، ولما للقاضي من الولاية العامة .

والطلاق بالإرادة المنفردة صورته متعددة كطلاق الغضبان ، والسكران ، والهزل ، والصريح والكنائي ، والطلاق المقترن بأكثر من عدد ، لكن المشرع لم ينص إلا على صورة منها وهي الطلاق التعسفي ، وسبب عدم ذكر الصور السابقة والتي أفاض فقهاء المسلمين في توضيحها وتفصيلها أن المشرع لم يتصور وجودها قضاء ، لأن الطلاق أمام القاضي يمر بإجراءات رفع الدعوى ثم جلسات للصلح قبل النطق بالحكم ، فلا يمكن أن نتصور من الزوج بقاء غضبه الشديد الذي يفقده وعيه الكامل وإرادته طيلة إجراءات الطلاق فتحكم على تصرفه بالبطلان خلافا لوقوعه أما زوجته خارج دائرة التقاضي فيمكن تصور الصور المختلفة كوجوده في حالة غضب شديد أو سكر أو عدم قصده للطلاق أصلا .

أ- الطلاق التعسفي: وهو اصطلاح قانون الأسرة الجزائري وغيره على الطلاق الذي ينشئه الزوج دون سبب معقول .

جاء في المادة 52 من قانون الأسرة 05-02: إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

وجاء في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري : إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول و أن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقا جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال¹ .

و أما في الفقه الإسلامي فلا وجود لهذا المصطلح في مفردات كتب الطلاق سواء أكان عند القدامى أو المحدثين وذلك لسبب بسيط أن الزوج عند كثير من الفقهاء كالسرخسي و الزيلعي² و ابن نجيم و القرطبي¹ وغيرهم يمارس بطلاقه حقا مشروعاً لا يوصف عند استخدامه

¹ - الصابوني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 52

² - عثمان بن علي بن محجن بن يونس أبو عمرو الملقب فخر الدين الإمام العلامة أبو محمد الزيلعي قدم القاهرة في سنة خمس وسبع مائة فاضلا ورأس بها ودرس وأفتى وصنف وانتفع الناس به ونشر الفقه مات في رمضان بقراءة مصر سنة

لهذا الحق بالتعسف ، ولأنّ الأصل فيه الإباحة ، وإن كان أبغض المباحات إلى الله ، فللزواج أن يطلق زوجته و إن لم يكن هناك سبب يستوجب طلاقها سوى الخلاص منها .

قال القرطبي : دلّ الكتاب و السنة و إجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور ، قال ابن المنذر : وليس في المنع منه خير يثبت² .

و أمّا فقهاء القانون فمسندهم فيما ذهبوا إليه ما قرره فريق من فقهاء المسلمين كابن عابدين و الكسابي³ و الكمال بن الهمام⁴ و القاضي أبو يعلى⁵ و النووي وغيرهم من أن الأصل

ثلاث وأربعين وسبع مائة رحمه الله تعالى . عبد القادر بن أبي الوفاء ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية دار مير محمد كتب خانة ، كراتشي ، ج1ص345

¹ - السرخسي ، مرجع سابق ، ج6 ص2.3 ، ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج3 ص253 ، القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 ص126 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص228 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج7 ص277 .

² - القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 ص126 .

³ - الكسابي هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني أو الكسابي ، يروى بكليهما ، علا الدين ، فقيه حنفي من أهل حلب له: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في سبع مجلدات ، السلطان المبين في أصول الدين ، توفي بحلب . الزركلي ، مرجع سابق ، ج2- ص70 .

⁴ - محمد ابن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود السيواسي ثم الإسكندري ، كمال الدين المعروف بابن الهمام إمام من علماء الحنفية ، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والنطق ، أصله من سيواس ، ولد بالإسكندرية ، ونىغ في القاهرة ، وأقام بحلب مدة ، وجاور بالحرمين ، ثم كان شيخ الشيوخ بالخانقاه الشيخونية بمصر ، وكان معظما عند الملوك وأرباب الدولة ، توفي بالقاهرة ، من كتبه " فتح القدير - ط " في شرح الهداية ثمان مجلدات في فقه الحنفية ، و " التحرير - ط " في أصول الفقه ، و " المسيرة في العقائد المنجية في الأخرة - ط " ، و " زاد الفقير - ط " مختصر في فروع الحنفية . الزركلي ، مرجع سابق ، ج6 ص255 .

⁵ - محمد ابن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء أبو يعلى كان عالم زمانه وفريد آلاف ونسيج وحده وقريع دهره وكان له في الأصول والفروع القدم العالي وفي شرف الدين والدنيا اخل السامي والخطر الرفيع فأما مولده فولد لتسع وعشرين أو ثمان وعشرين ليلة خلت من وسلم الحرم سنة ثمانين وثلاثمائة وأما شيوخه فأول سماعه للحديث سنة خمس وثمانين وثلاثمائة . أبو الحسين ابن أبي يعلى ، محمد بن محمد ، طبقات الحنابلة ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة ، بيروت ، ج2- ص193-194

في الطلاق الحظر و المنع ولا يباح إلا عند وجود ما يقتضي إباحته لسوء عشرة الزوجة ، أو سوء خلقها ، أو غير ذلك من الأسباب التي تعتبر مبررا لإنهاء الحياة الزوجية
أما إذا طلق الزوج لغير مبرر مع استقامة الحال بينهما فإنّ هذا الطلاق يكون مكروها و في رواية عن القاضي أبي يعلى من فقهاء الحنابلة أن يكون محرما ، لأنّ الزوج حينئذ قد أضر بنفسه وزوجته و أعدم المصلحة القائمة بينهما من غير حاجة إلى الطلاق فكان حراما كإتلاف المال لقول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " ¹ .

قال ابن عابدين : الأصل فيه الحظر و الإباحة للحاجة إلى الخلاص فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا ، وسفاهة رأي ، ومجرد كفران نعمة و إخلاص الإيذاء بها و بأهلها و أولادها² .

والذي يبدو لي أنّ الخلاف بين الفرقين هو خلاف لفظي، وأنّ الطلاق حق للزوج لكنّه مقيد بعدم المضارة كأن يكون لغير سبب كطلاق الهازل لأنّ لا أحد من الفقهاء المسلمين أجاز الإضرار بالغير عند ممارسة الحقوق لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار
ولأنّ إساءة استعمال الحق تعسف مناقض لمقاصد الشرع فيكون محظورا وقد أشار الإمام الشاطبي في غير موضع من كتابه إلى اشتراط موافقة المكلف لمقاصد الشرع ليتحقق له الإذن في استعمال الحق وفي ذلك يقول الشاطبي : قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع ³ .

ويقول في موضع آخر : كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل ⁴ .

¹ - ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 277 .

² - ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 228 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 465 .

³ - الشاطبي ، مرجع سابق ، ج 2 ص 401 .

⁴ - الشاطبي ، مرجع سابق ، ج 2 ص 402 .

فالعمل في الشريعة مرتبط في مشروعيته بمشروعية الباعث وعدم قصد الاضرار، ولا يمنع أن يكون ظاهر الفعل مشروعاً ، ولكنه يصير غير مشروع إذا تخلف الباعث بمعنى أنه كان غير مشروع ، كمن يقيم حوائطه عالية فتحجب الضوء والهواء على جيرانه فاستعمال الحق بقصد المضارة محرم شرعاً .

فالطلاق إذا حق مشروع للرجل لكنه مقيد بعدم الإضرار حتى لا يكون تعسفاً في استعمال الحق فيحظر ، وبهذا نجتمع بين القولين وبه نفسر طلاق النبي صلى الله عليه وسلم لحفصة ، و أنه كان حاجة صونا لكلامه عليه السلام من العيب ، وكذلك طلاق الصحابة الكرام .
أما التعويض عن هذا الطلاق التعسفي فلم يرتب الفقهاء عنه ، ولا عن الطلاق بجملته ولو كان لغير سبب تعويضا ، فلا تستحق المرأة فيه إلا مؤخر صداقها إن لم يعجل ونفقة عدتها إن كان طلاقها رجعياً عند جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية ولو كان بائناً كما سبق بيانه في بابه .
و أما قانون الأسرة فقد رتب عليه تعويضا تخفيفا للضرر عن المطلقة جاء في المادة 52 من قانون 05-02 : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

فالنص القانوني يبين أن الطلاق بلا سبب تعسف في استعمال الحق يحكم القاضي عليه بالتعويض لزوجته المتضرر بذلك وفق سلطته التقديرية، وبه جرى العمل قضاء كما تدل على ذلك هذه القرارات .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/07 ما يلي :

من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة تعسفاً نفقة عدة ، ونفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل.

و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي¹ .

¹ - قرار رقم 41560 بتاريخ 7-4-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة سنة 1989 ، العدد 2 ، الصفحة 69 .

والحكم بالتعويض يتناسب مع مقاصد التشريع ، لأن الشريعة نصت على عدم جواز الضرر للقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار ، فإن وجد هذا الضرر وجب إزالته للقاعدة الفقهية الضرر يزال ، وإزالته تكون بالتعويض فيه ، ولا يقال إنما يمارس حقا من حقوقه ، فلا يلزم بالتعويض ، لأن إساءة استعمال الحق تعد تعسفا تستلزم العقوبة والتعويض ، ولقد أبدع فقهاء المسلمين في هذا عندما قعدوا نظرية التعسف في استعمال الحق ، لبيّنوا معنى الحق ، وكيفية استعماله وفق شروط شرعية تضبطها قاعدة لا ضرر ولا ضرار

و أوّل من تكلم عنه في التشريعات العربية قانون الأحوال الشخصية السوري ، جاء في المادة 117 : " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول و أنّ الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لا مثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال¹

قال الدكتور عبد الرحمان الصابوني: هذه مادة جديدة في التشريع العربي في قانون الأحوال الشخصية، وهي خطوة جريئة موفقة خطاها المشرع السوري فأوجب التعويض عن الطلاق التعسفي² .

ولكنّ المشرع السوري قيد هذا التعويض بشرطين حسب المادة 117 : " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول و أنّ الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لا مثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال³ .

الشرط الأول: أن يكون الطلاق بلا سبب معقول.

الشرط الثاني: أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقه.

¹ - الصابوني ، مرجع سابق ، ، ج 2 ص 52.

² - المرجع نفسه .

³ - الصابوني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 52.

ومع توفر هذين الشرطين لا يلزم القاضي بالحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، لأنّ القانون أعطاه الخيار بقوله : جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض "

و أمّا قانون الأسرة الجزائري فلم يشترط في التعويض عدا التعسف في استعمال الحق، جاء في المادة 52 من قانون 05-02: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

ويمكن أن يضاف إليه شرط ذكره بعض قضاة المحكمة العليا في قراراتهم وهو أن لا يكون للمرأة دخل فيه ، فإن كان لها فيه دخل كان الطلاق لسبب معقول فلم تستحق فيه التعويض جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/27 ما يلي :

من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا ، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة .

ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة¹ .

وهذا ما أكدّه بعض شراح قانون الأحوال الشخصية السوري كالدكتور الصابوني عند انتقاده لتقييد القانون التعويض بالبؤس ، و الفاقة الذي يصيب المرأة فقال : أطلب حدا لإساءة التصرف في الطلاق بحيث توجب التعويض على كل شخص أساء استعمال هذا الحق فطلق

دون سبب معقول سواء أكانت الزوجة في بؤس أم في نعيم ، إذ لا علاقة في رأينا بين وضع الزوجة المادي ، وبين تعسف الزوج باستعمال حقه إن كان وضعها يزيدا ألما ، ولكن الأصل في هذا هو إساءة استعمال حق منحه الشارع له على أن يكون حين تدعوا الحاجة إليه² .

و أمّا مقدار التعويض فغير محدد في التشريع الجزائري و إنّما يرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي في تحديده حسب درجة التعسف وحال الزوج يسرا أو عسرا، ومدة الزوجية.

¹ - قرار رقم 39731 بتاريخ 27-1-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد 4، الصفحة 61.

² - الصابوني ، مرجع سابق ، ج2 ص 55، 56.

جاء في المادة 52 من قانون 05-02 " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

وهذا خلاف للتشريع السوري ففي التشريع السوري قيد القانون القاضي بأن لا يتجاوز بالتعويض نفقة ثلاثة سنوات جاء في المادة 117: "... جاز للقاضي أن يحكم بها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لامثالها فوق نفقة العدة "1.

و الذي يترجح لي أنّ إطلاق سلطة القاضي في التقدير أولى من تقييدها ، لأن التعويض يرجع فيه إلى حال كل منهما ، وهذا مختلف بين الناس ، والقاضي مؤتمن في حكمه ، وإليه أسند تقدير مالم ينص عليه القانون صراحة من تعويض أو عقوبة .

و أمّا مستند التعويض عن الطلاق بلا سبب من الناحية الشرعية المتعة التي قررها الفقهاء للمطلقة لقوله تعالى **چڈ ژ ژر ژ ک ک چ البقرة: ٢٤١**.

و المتعة كما بينت في بابها مبلغ من المال يعطى للمرأة جبراً على أم الفراق اختلف الفقهاء في تحديدها ووجوبها ، ولكنهم لم يختلفوا حول مشروعيتها يدفع للزوجة مع كامل حقوقها الأخرى من نفقة عدة ومؤخر مهر².

قال الدكتور الصابوني معلقاً على المادة 177 من قانون الأحوال الشخصية السوري " أمّا مصدر هذه المادة أو رد هذه المادة لمصدر شرعي فإنّ فقهاءنا المسلمين أوجبوا المتعة على كل مطلق طلق زوجته غنية أم فقيرة لسبب أم دون سبب "3 .

وقال الدكتور بالعربي الحاج معلقاً على المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري " إذا كان طلاق الزوج زوجته مضراً بها مسيئاً لسمعتها في بعض الظروف وخاصة إذا كان الطلاق بدون سبب أي أنه كان متعسفاً في طلاقها دونما مبرر شرعي أو قانوني مقبول ، رتبت الشريعة الإسلامية

¹ - الصابوني ، مرجع سابق ج2 ص 52.

² - قانون الأحوال الشخصية المصري ، مرجع سابق ، ص 9

³ - الصابوني ، مرجع سابق ، ج2 ص 53

على الطلاق أثرا يهدف إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة ، وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقته وهو ما يسمى بالمتعة¹ .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في بعض القرارات ، منها ما جاء في قرار بتاريخ 1986/01/27 ما يلي : " من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا ، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة . ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة² .

و المتعة في تقديري لا تصلح أن تكون مستندا للتعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي ، لأنها شرعت لكل مطلقة على قدر وسع الزوج سواء أكان طلاقها لسبب أو لغير سبب ، دخل بها الزوج أو لم يدخل إلا للمطلقة قبل الدخول وقد سمي لها صداق فلها نصف المسمى ، وإن اختلف الفقهاء في حكمها بين الوجوب و الندب .

فالتعويض إذا شيء زائد عن المتعة يعطى للمرأة ليس جبرا لخاطرها عن ألم الفراق فحسب بل تعويضا لها عما وقع عليها من ضرر جراء ظلم الزوج وتعننته في استعمال حقه.

وهذا ما أكدته بعض قرارات المحكمة العليا ، جاء في قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07 من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة تعسفا نفقة عدة، ونفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل.

و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي³ .

¹ - د- بالعربي الحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان ، المطبوعات الجامعية ، سنة النشر 1994 ص 233 .

² - قرار رقم 39731 بتاريخ 1986-1-27 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993 ، العدد 4 ، الصفحة 61 .

³ - قرار رقم 41560 بتاريخ 1986-4-7 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد 2 ، ص 69 .

فأساس التعويض في التشريع قاعدة " لا ضرر ولا ضرار"¹ وهي نص حديث شريف صحيح أخرجه الحاكم و البيهقي و الدارقطني وابن ماجة و أحمد ، و إزالة الضرر تكون بإحدى طريقتين:

الأولى : وقف استمراره ومنع تكراره وتجده ، وفي هذه الحالة يدفع الضرر بإزالته عينا سواء كان عاما أم خاصا فيؤمر المتسبب في الضرر بإزالته وقطع دابره .

الثانية: ترميم آثاره بعد وقوعه، ومن الأبواب التي بنيت على ذلك ضمان المتلفات كما جاء في كتب الأشباه و النظائر² .

فترميم آثار الطلاق التعسفي يكون بالتعويض فيه ، ولا فرق في هذا التعويض إن كان الطلاق قبل الدخول أو بعده ، لأنّ التعسف قد يكون في الحاليتين ، ولفظ القانون جاء مطلقا ، وعلى الزوج أن يثبت أنّ طلاقه كان لسبب معقول ، ولم يحدد القانون الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض بل ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ظروف ، و أحوال الزوجين وسبب الانفصال فإن قدر السبب وكان معقولا في نظره رد دعوى التعويض ، و إلا حكم عليه بالتعويض .

ب- طلاق القاضي: طلاق القاضي بطلب من المرأة قسمان قسم يملك القاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير أسبابه ومدى قنعه بها وهو التطبيق ، وقسم سلطة القاضي فيه ضيقة لا يملك إلا إيقاعه إذا طلبته المرأة بغض النظر عن أسبابه وهو الخلع .

1-التطبيق: التطبيق مصطلح انفرد به المشرع الجزائري دون غيره من التشريعات التي تستعمل مصطلح طلاق القاضي ، وهو الطلاق الذي يوقعه القاضي بطلب من المرأة إذا توفرت أسبابه ، وقد حصرها القاضي في عشرة أسباب ذكرها في المادة 53: يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب التالية :

¹ - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1418هـ -

1998م ، ص 44.

² - الزرقا ، مرجع سابق ، ص 46 ، 46 ، د. محمد بن المدني بوساق ، التعويض عن الضرر ، دار اشبيليا ، الرياض

الطبعة الأولى ، سنة النشر 1419هـ - 1999م ، ص 136 .

1-عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78،79،80 من هذا القانون .

فالسبب الأول من أسباب التطلق عدم النفقة ، وقيد المشرع الحكم بالتطلق ثلاثة شروط :
أ-صدور الحكم القضائي بالنفقة ، فإذا تخلى الزوج عن واجبه القانوني في النفقة فأول اجراء قانوني تقوم به المرأة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالنفقة .

ب-عدم علم المرأة بإعساره وقت الزواج ، كأن يكون الزوج مدلسا عليها بالمكانة الاجتماعية فيظهر لها الغنى مع أنه فقير لتقبل به ، فللمرأة الحق في طلب التطلق للتدليس والكذب عليها ، أما إن كانت عاملة بإعسارها وقت الزواج وقبلت به مع ذلك لحسن سلوكه ورغبة في أن تتغير ظروفه إلى الأحسن فالتصبر معه ، وتحمل تبعه اختيارها .

ج-عدم مراعاة مشمولات النفقة الوارد ذكرها في المواد 78،79،80 وهي توفير ما كان من ضروريات الحياة في العادة والعرف من الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته ، فإذا عجز الزوج عن توفير الضروريات فليس له أن يلزم المرأة بالصبر معه على شظف العيش إلا برغبة منها وهو الغالب في النساء ، وأما إذا وفر الزوج لها كل مستلزمات الحياة فليس لها أن تطالبه بأكثر، لأن الزيادة على الضروريات لا حد لها .

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، فإذا وُجد بالزوج عيب من العيوب التي تمنع الدخول بالمرأة أو العيوب المنفرة فللمرأة الحق في المطالبة بالتطلق إذا كان لا يمكن الشفاء منها ، ولذا فالقاضي كما جاء في بعض قرارات المحكمة العليا لا يحكم بالتطلق إلا بعد ما يضرب أجلا للعلاج إذا كان ممكنا ، ومنعا للتقاضي بين الزوجين بسبب العيوب اشترط المشرع استخراج وثيقة طبية لا تزيد على ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من الأمراض التي تشكل خطرا على الحياة الزوجية قبل ابرام عقد الزواج حتى يكون كل واحد منهما على علم بالآخر.

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الهجر لغير عذر سبب من أسباب التطلق ،لأن المرأة تصير كالمعلقة لا هي مطلقة ولا متزوجة ، وهذا ضرر بين .

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ،إذا ارتب الزوج جريمة فيها مساس بسمعة الأسرة كالاختلاس من المال العام

أو الخاص ، فإن ذلك يؤثر على العلاقة الزوجية ، فيعطي للزوجة الحق في مفارقتها للضرر الذي لحقها بسبب تصرف زوجها غير المسؤول، وذكر الناس له والإشارة إليه في الحديث .

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ، فالمشرع قيد التطليق لغيبة الزوج بشروط ثلاثة : أ- أن تزيد غيبته عن سنة ، ومستند الفقه في هذه المسألة الاجتهاد وليس النص ، فلا يوجد نص من القرآن أو السنة الشريفة يحدد الغيبة بالسنة لمطالبة الزوجة بالتطليق ، وإنما اعتبروا أن السنة مدة قد تكون طويلة تضرر فيها المرأة غالبا لغيابه عنها .

ب- أن يكون غيابه بدون عذر ، فإن كان له عذر كالعامل أو الدراسة خارج الديار فلا حق لها في التطليق .

ج- عدم وجود نفقة خلال فترة غيابه ، فإن كان يرسل لها النفقة بانتظام سقط حقها في التطليق .

فالمشرع قيد التطليق للغيبة بالشروط الثلاثة و كان الأولى الاقتصار على شرط الغيبة الطويلة كالسنة فقط، دون اشتراط عدم وجود عذر أو نفقة ، لأن الغيبة الطويلة ترتب ضررا على المرأة بغض النظر على النفقة والعذر، لأن المسألة ليست نفقة ، وإنما المشاركة في تحمل مسؤولية البيت والأولاد ، فالمرأة لا تستطيع أن تقوم بهذا الدور لوحدها إلا بجهد ومشقة فتحتاج إلى من يحمل معها العبء، ولذا اعطاء الحق للمرأة بمجرد غيبته الطويلة كالسنة في التطليق أولى من تقيده بالعذر والنفقة ، فيرجع الأمر في تقدير الضرر إلى المرأة

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه ، والمادة الثامنة تنص على أن الراغب في التعدد لا بد من مراعاة شروطه ، وشروطه أربعة : 1- وجود المبرر الشرعي 2- القدرة على العدل بين الزوجتين 3- إعلام زوجته والمرأة التي يريد الاقتران بها 4- استصدار رخصة بالزواج من القاضي ، فإذا لم يراع الزوج هذه الشروط وخاصة إعلام الزوجتين السابقة واللاحقة بالزواج حق لهما المطالبة بالتطليق للتدليس كما نص على ذلك في المادة 8 مكرر: في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق 7- ارتكاب الزوج فاحشة مبينة ، والفواحش هي الأفعال المخلة بالحياء العام ، يعطي المشرع للزوجة المتضررة من فعل الزوج الحق في المطالبة بالتطليق رفعا للضرر .

8- الشقاق المستمر بين الزوجين ، الشقاق بين الزوجين يحدث غالبا ، ولكن الشقاق إذا كان مستمرا يؤشر على سوء العلاقة بين الزوجين مما يفقدها الاستقرار، فللمرأة الحق في طلب التطليق لأن الحياة مع الزوج لم تعد تطاق .

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ، إذا اشترطت المرأة على الزوج شروطا لا تتنافى مع القانون ، وتم قبول الزوج لها وأشر على ذلك في عقد الزواج أو في عقد آخر رسمي لاحق ، فليس له بعد ذلك مخالفتها ، فإن خالف شروطها كعدم التعدد عليها أو شرط تمسكها بوظيفتها فلها الحق أن تطالب بتمسك الزوج بمخالفته للشروط التطليق .

10- كل ضرر معتبر شرعا ، فكل ما يسبب ضررا من غير ما ذكر من الأسباب يعطي الحق في التطليق ، ومع أن الأسباب السابقة كلها تدخل في الضرر ، ويمكن أن تختصر في السبب العاشر وهو الضرر ، إلا أن المشرع نص عليه مع ذكر الاسباب السابقة ليعطي للقانون المرونة في استيعاب ما استجد في المستقبل من صور الضرر الأخرى التي لم تكن موجودة زمن النص فتدخل في حكمه .

2- الخلع : وهو لغة من خلع الشيء يخلعه خلعا ، واختلعه نزع ، إلا أن في الخلع مهلة ، وسوى بعضهم بين الخلع والترع ن وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرّده ، وخلع امرأته خلعا بالضمّ ، وخالعا فاختلعت ، وخالعته أزالها عن نفسه وطلّقها على بدل منها له ، فهي خالغ والاسم الخلعة¹ .

وسمي ذلك الفراق خلعا لأنّ الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال ، والرجال لباسا لهنّ فقال تعالى: (هنّ لباسكم وأنتم لباس لهنّ) ، وهي ضجيعه وضجيعته فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه ، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه ، والاسم من كلّ ذلك الخلع ، والمصدر الخلع² .

ومن معاني الخلع في اللغة العزل من الولاية والمنصب يقال خلع قائده خلعا أزاله .

¹- لسان العرب ج 8 ص 76 .

²- لسان العرب ج 8 ص 76 ، المغني ج 7 ص 246 .

ويأتي بمعنى نقض الحلف والعهد من خلع الرّبقة عن عنقه نقض عهده ، وتخالع القوم نقضوا الحلف بينهم وفي الحديث : (من خلع يدا من طاعة لقي الله لا حجة له ¹) أي خرج من طاعة سلطانه .

كما يأتي بمعنى المنح والإعطاء يقال خلع عليه خلعة منحه واعطاه وفي الحديث أبي بن كعب قلت يا رسول الله إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله ورسوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أمسك بعض مال فهو خير لك قال : فقلت : فإني أمسك سهمي الذي بخير ²) .

وأما قانون الأسرة فلم يتطرق لتعريف الخلع ، وإنما اقتصر على بيان حكمه فجاء في المادة 54 من قانون 05-02 : يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي . إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .

الطبيعة القانونية للخلع : لم يصرح قانون الأسرة 84-11 بالطبيعة القانونية للخلع ، وإنما اكتفى ببيان جواز ذلك قانوناً كما جاء في المادة 54 من قانون 84-11 : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها على مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم .

إلا أنه بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا نجد أنهم فسروا هذا النص المسكوت عن ذكر الطبيعة القانونية صراحة بما ذهب إليه الفقهاء من اعتباره عقداً رضائياً يحتاج إلى رضا الطرفين لانعقاده ، ويتضح ذلك من خلال القرارات التالية :
جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 08 / 02 / 1982 ما يلي :

¹ - صحيح مسلم ، كتاب الإمارة ، باب وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن ج 3 ص 1478 .

² - صحيح البخاري كتاب الزكاة ، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى ج 2 ص 518 ، صحيح مسلم ، كتاب التوبة ، باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه ج 4 ص 2127 .

الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج ، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه¹ .

وجاء في قرار بتاريخ : 1984/06/11 ما يلي :

متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع .

إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع ، وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين ، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وإنّ الزوجة طلبت على مستوى المجلس الغاء ذلك ، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي² .

وجاء في قرار المؤرخ في 1991/04/23 ما يلي : من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع وقضى به بالرغم من أنّه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع ، يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه¹ .

¹ - قرار رقم 26709 بتاريخ 8-2-1982 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1982 ، عدد خاص ص 258 .

² - قرار رقم 33652 بتاريخ 11-6-1984 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الثالث ص 38 .

فعند الرجوع إلى هذه القرارات بدء من تاريخ 1982 إلى 1991 يتبين لنا أنّ رضا الزوج معتبر في الخلع ، فلا يتم إلا برغبة منه ورضاه ، ولا أحد يمكنه أن يوقعه عليه قسرا حتى القاضي ، إلا أنّ هذا الاجتهاد القضائي و الذي عمل به في المحاكم سنوات لم يستقر بل بدأ بتغيير باجتهاد آخر يعتبر أنّ الخلع حق خالص للمرأة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا ، ويتضح ذلك من خلال القرارات التالية
جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21 ما يلي :

من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .
إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره ، وفي حالة عدم اتفاقها يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا .
وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال كما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوجة طبقوا صحيح القانون .

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن²

وجاء في قرار بتاريخ 1996/07/30 ما يلي :

من المقرر قانونا وشرعا أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ليس عقدا رضائيا .

ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة

¹ - قرار رقم 73885 بتاريخ 23-4-1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور مجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993 ، العدد الثاني ، ص 55 .

² - قرار رقم 83603 بتاريخ 21-7-1992 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور مجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، عدد خاص ، ص 134 .

الإسلامية ، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه ¹ .

وإن كان التشريع المصري أسبق في التعديل لقانون الخلع من جميع القوانين العربية فجاء في المادة 20 من قانون 2000 رقم 1 ما يلي : للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها ، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطبيقها عليه .

ولا تحكم المحكمة بالتطبيق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكيم لموالاتة مساعي الصلح بينهما ، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر² .

إلا أن العمل بالاجتهاد القضائي في المحاكم الجزائية سابق لتاريخ هذا التعديل ، لأنه يعود إلى سنة 1992 كما جاء في قرارات المحكمة العليا السابقة الذكر .

ومستند قانون الأسرة وقبلة المصري وغيرهما من القوانين العربية من الناحية الشرعية قول بعض التابعين كسعيد بن جبير والحسن البصري ومحمد ابن سيرين وأبو عبيد³ .

قال سعيد بن جبير : لا يكون الخلع حتى يعظها وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان ، فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق ، وإن رأى أن يجمع جمع⁴ .

واستدل هذا الفريق بالأدلة التالية :

قوله تعالى : (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) البقرة آية 229 .

¹ - قرار رقم 141262 بتاريخ 30-7-1996 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1998 ، العدد الأول ، ص 120 .

² - قانون الأحوال الشخصية للمسلمين ص 71 .

³ - تفسير القرطبي ج 3 ص 138 ، أحكام القرآن للجصاص ج 2 ص 94 .

⁴ - أحكام القرآن للجصاص ج 2 ص 94 .

ووجه دلالة الآية قراءة حمزة وأبو جعفر ويعقوب والأعمش وأبو عبيد " إلا أن يخافا " بضم الياء ، وحثهم قوله تعالى بعدها : " فان خفتم " فجعل الخوف لغيرهما ولو أراد الزوجين لقال : " فان خافا " .

قال القرطبي: وفي هذا حجة لمن جعل الخلع إلى السلطان وهو قول سعيد بن جبير والحسن وابن سيرين ، وقال شعبة : " قلت لقتادة : عن أخذ الحسن الخلع إلى السلطان ؟ قال : عن زياد ، وكان واليا لعمر وعلي¹ " .

2 - ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة² وفي روايات أخرى : فأمره أن يطلق تطليقة³ ، وأمره للوجوب لعدم وجود قرينة تصرفه للندب والإرشاد .

قال الشوكاني: تعليقا على قول ابن حجر في الفتح : قوله : " اقبل الحديقة " قال في الفتح هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب ولم يذكر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته⁴ .

3 - رفع الضرر عن المرأة من ابتزاز الزوج واستغلاله لها عند تعنته ، وعدم قبوله لمبدأ الخلع ، وجاء ذلك واضحا في القرار رقم : 252994 ، إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا ، وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين " .

ورفع الظلم عن المرأة من القواعد التي راعتها الشريعة الإسلامية لحديث النبي صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا إضرار⁵ " .

¹ - تفسير القرطبي ج 3 ص 138 .

² - سبق تخريجه ص 153 .

³ - سنن الدارقطني ، كتاب النكاح ج 3 ص 251 ، سنن النسائي ، باب ما جاء في الخلع ج 6 ص 168

⁴ - نيل الأوطار ج 7 ص 37 .

⁵ - سبق تخريجه ص 15 .

وأما قانون الأسرة فلم يحدد مقدارا للبدل في الخلع حالة الاتفاق بين الزوجين على بدل معين ولو كان أكثر من صداقها .

جاء في المادة 54 من قانون 05-02 صريحة بذلك : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، وهو مذهب المالكية والشافعية وابن حزم من الظاهرية وأما حالة الاختلاف في مقدار البدل فيرجع في تحديد ذلك إلى القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل رفعا للتراخ بين الزوجين

جاء في المادة 54 من قانون 05-02 الفقرة التالية ما يلي : إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم .
وتأكيدا لهذا جاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/04/22 ما يلي :

من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية ، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره ، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ، ومن ثمّ يتعين على القاضي تقديم قيمة الخلع ثمّ الحكم بالطلاق .
وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لخل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها ، واشترط الزوج خلعا قدره 50 ألف دينار، ورغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معا¹ .

4-أثار الطلاق : نص المشرع على ثلاثة آثار للطلاق : العدة ، النفقة، الحضانة .

1-العدة

تعريف العدة :العدة لغة بكسر العين جمع عدد وهي في اللغة بمعنى الإحصاء تقول عدت الشيء عدة أي أحصيته إحصاء لقوله تعالى : (وأحصى كلّ شيء عددا) الجن آية 28 ، ويطلق لفظ العدة على الشيء المعدود ، ومنه قولهم عدة المرأة أيام أقرائها ، وعليه يحمل قول الله عز وجل : (وأحصوا العدة) الطلاق آية 1 .

¹ - قرار رقم 36709 بتاريخ 22-4-1985 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ

1989 ، العدد الأول ص 95 .

أما قانون الأسرة فلم يعرج على تعريف العدة ، وإنما اقتصر في المواد التي خصصها للحديث عن العدة من المادة 58 إلى 62 للحديث عن أنواع العدة ، وأنها بالأقراء والشهور ووضع الحمل كما في المادة 58 من قانون 84-11 : تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق .
ثم حديثه عن بعض أحكامها المتعلقة بما كحقها في السكن والنفقة مادامت في العدة ، جاء في المادة 61 من قانون 84-11 : لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة الميينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق .

1-أنواع العدد :

عدة المفارقة لزوجها ثلاثة أنواع :

عدة الأقراء لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهنّ ثلاثة قروء) ، لم يتعرض المشرع في حديثه عن العدة لمفهوم القراء بل تركه مبهما ، جاء في المادة 58 " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء " ، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة لتفسير المبهم نجد الخلاف بين الفقهاء في تفسيره فذهب الجمهور و هم المالكية و الشافعية و أحمد رواية¹ الى أنّ المراد بالقراء الطهر الذي يكون بين الحيضة و استدلوا على قولهم بما يلي:

1-الكتاب:

قوله تعالى (إذ طلقتم النساء فطلقهن لعدتهنّ) الطلاق آية 1، وجه دلالة الآية أنّ الطلاق المشروع حالة استقبالها عدتها و هو الطهر لنهيه عليه الصلاة و السلام عن الطلاق في الحيض و يؤكد قراءة الآية " فطلقهن لقبل عدتهن " أي لاستقبال عدتهن² .

1- المعني ج 8 ص 81.

2- تفسير القرطبي ج 18 ص 153 ، أحكام القرآن للشافعي ج 1 ص 220 ، شرح فتح القدير ج 4 ص 310 ، فتح

القدير الشوكاني ج 5 ص 240 .

(و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) .. ووجه دلالة الآية أنّ المراد بالقروء هو الطهر لأنّ الله أثبت في العدد ثلاثة ، و هي لا تدخل إلا في العدد المذكور ، و الحيضة مؤنثة فلو أرادها لقال ثلاث قروء¹ .

2-السنة:

أ- ما رواه مالك عن شافع أنّ عبد الله بن عمر طلق امرأته و هي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه و سلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " مره فليرجعها تمّ يمسكها حتى تطهر ثمّ تحيض ثمّ تطهر ثمّ إن شاء أمسك بعد و إن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"² ووجه دلالة الحديث أنّ الطلاق للعدة لا يكون إلا في طهر تعتدّ به ، و موضع يحتسب به من عدتها ، و كان هذا منه صلى الله عليه و سلم بيانا لقوله تعالى " فطلقوهن لعدتهن " الطلاق آية 5. و فهمه عن الطلاق في الحيض لأنّها لا تستقبل العدة في تلك الحيضة عند الجميع ، لأنّ من قال الأقرء " الحيض لا يجزئ بتلك من الثلاث حيض عنده حتى تستقبل حيضة بعد طهر"³ .

ب- ما رواه مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين ، أنّها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمان بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدّم من الحيضة الثالثة، قال ابن شهاب فذكر لعمره بنت عبد الرحمان فقالت صدق عروة، و قد جادلها⁴ في ذلك ناس فقالوا : إن الله تبارك و تعالى يقول " ثلاثة قروء " البقرة ، فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الأقرء ؟ إنما الأقرء الاطهارُ.

و قد روى مالك عن ابن شهاب أنّه قال: سمعت أبا بكر بن عبد الرحمان يقول: ما أدركت أحدا من فقهاؤنا إلا و هو يقول هذا، يريد قول عائشة.

ج- ما رواه مالك عن نافع و زيد بن أسلم، عن سليمان بن يسار أنّ الاحوص هلك بالشام، حين دخت امرأته في الدّم من الحيضة الثالثة و قد كان طلقها فكتب معاوية بن سفيان الى زيد

1- التمهيد ج 15 ص 98، حاشية الدسوقي ج 2 ص 469 .

2- الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الأقرء و عدة الطلاق و طلاق الحائض ج 2 ص 576 .

3- الاستذكار ج 6 ص 145

4- جادلها: خاصمها بشدة.

بن ثابت يسأله عن ذلك، فكتب إليه زيد أنها إذا دخلت في الدّم من الحيضة الثالثة ، فقد برئت منه و براء منها ولا ترثه ولا يرثها.

و ذهب الحنفية و أحمد في رواية¹ الى أنّ الأقراء الحيض و استدلوا على ذلك بما يلي:

1-الكتاب:

أ- قال تعالي (و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)البقرة آية 228.

و وجه دلالة الآية أنّ القراء لو حمل على الطهر لكان الاعتداد بطهرين و بعض الثالث ، لأنّ بقية الطهر الذي صادفه الطلاق محسوب من الأقراء عنده ، و الثلاثة اسم لعدد مخصوص ، و الاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه فيكون ترك العمل بالكتاب ، و لو حملناه على الحيض يكون الاعتداد بثلاث حيضات كوامل فيكون عملا بالكتاب.

ب- قال تعال : (و اللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدنّ ثلاثة أشهر و اللاتي لم يحضن) الطلاق آية 4.

ووجه دلالة الآية أنّ الله تعالي جعل الأشهر بدلاً عن الاقراء لمن يئسن من الحيض فدل ذلك على أنّ الأصل الحيض² كما قال تعالي: " فإن لم تجدوا ماءً فتيمموا صعيدا طيبا" النساء آية 6، إذا أقيم الصعيد مقام الماء عند عدمه، فدل على أنّ الأصل الذي نقل عنه الى الصعيد هو الماء، و جعل الله تعالي الأشهر بدلاً عن الأقراء عند اليأس من الحيض ، و المبدل هو الذي يشترط عدمه لجواز إقامة البدل مقامه ، فدل أنّ المبدل هو الحيض فكان هو المراد من القراء المذكور في الآية كما قال تعالي: قلم تجدوا ماءً فتيمموا صعيدا طيبا" النساء آية 6 لما اشترط عدم الماء ذكر البدل و هو التيمم دل أنّ التيمم بدل عن الماء .

1-المغني ج 8 ص 81.

² - الاستذكار ج 6 ص 152، بدائع الصنائع ج 3 ص 194، المبسوط ج 2 ص 14 ، المغني ج 8 ص 82 .

2- السنة:

أ- ما رواه النسائي عن المغيرة عن عروة أن فاطمة بنت أبي حبيش حدثت أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم فشكت إليه الدّم فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إنما ذلك عرق فانظري إذا أتاك قرؤك فلا تصلي فإذا مرّ قرئك فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء"¹ ووجه دلالة الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم استعمل القرء بمعنى الحيض و لم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع فوجب أن يعمل كلامه على معهود في لسانه².

- قال ابن القيم: إذا ورد المشترك في كلامه على احد معنييه و جب حمله في سائر كلامه عليه إذ لم تثبت إرادة الآخر في شيء من كلامه البتة، و يصير هو لغة القرآن التي خوطبنا بها، و إن كان له معنى آخر في كلام غيره، و يصير هذا المعنى الحقيقة الشرعية في تخصيص المشترك بأحد معنييه³.

ب- وما رواه الدارمي عن عائشة أنّ النبي الله صلى الله عليه وسلم قال : " طلاق الآمة تطليقتان و قرؤها حيضتان"⁴.

ووجه دلالة الحديث أنّه نص أنّ في القرء هو الحيض، و معلوم أنّه لا تفاوت بين الحرة و الآمة في العدة فيما يقع به الانقضاء إذ الرق أثره في تنقيص العدة التي تكون في حق الحرة ، لا في تغيير أصل العدة، فدلّ أنّ أصل ما تنقضي به العدة هو الحيض⁵.

¹- سنن النسائي ، كتاب الطهارة ، باب ذكر الأقراء ، ج 1 ص 112 ، سنن أبي داود ، كتاب الطهارة ، باب في المرأة تستحاض ، ج 1 ص 72 ، سنن ابن ماجه ، كتاب الطهارة وسننها ، باب ماجاء في المستحاضة ، ج 1 ص 203 ، مسند أحمد ، كتاب مسند القبائل ، باب حديث فاطمة بنت جحش ، ج 6 ص 420 .

2- المغني ج 8 ص 82.

3- زاد المعاد ج 5 ص 541.

⁴- سنن الدارمي ، كتاب الطلاق ، باب في طلاق الآمة ج 2 ص 224 ، سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب في ستّة طلاق العبد ج 2 ص 257 ، سنن الترمذي ، كتاب الطلاق و اللعان عن رسول الله ، باب ما جاء في أنّ طلاق الآمة تطليقتان ج 3 ص 488 ، سنن ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب في طلاق الآمة وعدتها ج 1 ص 672 .

5- بدائع الصانع ج 5 ص 194.

أمّا قانون الأسرة فلم يتعرض في حديثه عن العدة لمفهوم القرء هل هو الطهر أم الحيض بل تركه مبهما ، جاء في المادة 58 من قانون 84-11 " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء " .

وما ذهب إليه الدكتور بالعربي بالحاج عند شرحه لقانون الأسرة من أنّ المراد بالنص القانوني من القرء هو الحيض حيث قال : إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق أو فسخ ، وكانت عدتها بمضي ثلاثة أقراء أي ثلاث حيضات إذا كانت ممن تحيض ، وهو تحكم واضح في فهمه للنص لأن النص لم يوضح ذلك صراحة ولا دلالة .

عدة الأشهر: وهي عدة المرأة الكبيرة الطاعنة في السن ما تسمى باليائس كما نصت عليه المادة 58: تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، و اليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق لقوله تعالى: " و اللاتي يئسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدنم ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن " الطلاق آية 4 ، ولم يتطرق المشرع لبيان سن اليأس ، لأنه يختلف باختلاف النساء .

عدة الحامل : عدة الحامل بوضع حملها و لو وضعت بعد الطلاق بلحظة¹ ، جاء في المادة 60 : عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ومستندها قوله تعالى: " أولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ " الطلاق آية 4 ، و وجه دلالة الآية أنّ الحامل عدتها وضع الحمل، قال بعض العلماء خصصت هذه الآية الحوامل من عموم قوله تعالى: " و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " البقرة آية 228 ، و ما رواه البيهقي عن عمر بن ميمون عن أبيه عن أم كلثوم بنت عقبة أنّها كانت تحت الزبير رضي الله عنه فجاءته و هو يتوضأ فقالت إني أحب أن تطيب نفسي بتطليقي ففعل و هي حامل، فذهب الى المسجد فجاء و قد وضعت فأتى النبي صلى الله عليه و سلم فذكر له ما صنع فقال: بلغ الكتاب أجله فاخطبها الى نفسها، فقال خدعتني خدعها الله² .

1-المهذب ج 2 ص 142، الأم ج 5 ص 220، مغني المحتاج ج 3 ص 388 ، منهاج الطالبين ج 1 ص 115، التاج

و الإكليل ج 4 ص 143، الفواكه الدواني ج 2 ص 32.

2-سنن البيهقي، باب عدة الحامل المطلقة ، ج 7 ص 421.

و يشترط لانقضاء العدة انفصال الحمل كلاً إن كان واحداً فإذا كان أكثر من واحد لم تنقض حتى ينفصل الجميع لأن الحمل هو الجميع، لقوله تعالى " أن يضعن حملهن" و لأن البراءة لا تحصل إلا بوضع الجميع¹ .

وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة كما في المادة السابقة ، ولكن أقله مسكوت عنه في التشريع وبالرجوع إلى أحكام الشريعة كما تحيلنا المادة 222 نجد أنها ستة أشهر² لما روى أنه آتى عثمان رضي الله عنه بامرأة ولدت لستة أشهر فتشاور القوم في رجحها فقال ابن عباس رضي الله عنه أنزل الله وحمله و فضله ثلاثون شهراً، و أنزل و فصاله في عامين، فالفصال في عامين و الحمل في ستة أشهر .

وما رواه الأثرم بسنده عن أبي الأسود انه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له علي ليس لك ذلك قال تعالى: " و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين" البقرة آية 233، و قال تعالى: " و حملة و فصله ثلاثون شهراً" الاحقاق الآية 15، فخلي سبيلها³ .

ب- أحكام العدة : يترتب للعدة الأحكام التالية :

1- السكن والنفقة ، فالمرأة المعتدة لا تخرج من بيت الزوجية أثناء العدة ، ولا يحق للزوج أن يخرجها كرها ، ولها النفقة مادامت في العدة يحكم بها القاضي عند ما يحم بالطلاق جاء في المادة 61: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق .

1- المهذب ج 2 ص 142، الأم ج 5 ص 221، المغني ج 8 ص 96، مغني المحتاج ج 3 ص 388، منهاج الطالبين ج

1 ص 115، الناج و الإكليل ج 4 ص 143، الفواكه الدواني ج 2 ص 32.

2- المهذب ج 2 ص 142، الأم ج 9 ص 221، مغني المحتاج ج 3 ص 388، منهاج الطالب ج 1 ص 115، المبدع

ج 8 ص 97، شرح ابن رسلان ج 1 ص 69، تفسير القرطبي ج 9 ص 286 .

3- المغني ج 8 ص 97.

ومستند المشرع الجزائري في تعميم النفقة لكل مطلقة ولو كان طلاقها بائنا كطلاق القاضي
مذهب الحنفية¹ ، واستدلوا على ذلك: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود
قالا في المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة ما كانت في العدة².

وما رواه البيهقي عن الثوري عن سلمة بن كهيل عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس قالت :
طلقني زوجي ثلاثا فجئت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " لا نفقة ولا سكنى .
قال سلمة فذكرت ذلك لإبراهيم فقال : قال عمر بن الخطاب : لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا
لقول امرأة فجعل لها السكنى والنفقة³ .

وروى الترمذي عن الشعبي قال : قالت فاطمة بنت قيس : طلقني زوجي ثلاثا على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا سكنى لك ولا نفقة
، قال مغيرة : فذكرته لإبراهيم فقال عمر : لا ندع كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم
لقول امرأة لا ندري أحفظت أم نسيت ، وكان عمر يجعل لها السكنى والنفقة⁴ .

ووجه دلالة هذه الروايات قضاء عمر بن الخطاب بين الناس في المطلقة ثلاث لها السكنى
والنفقة ، وتقديمه ظاهر الآية على خبر فاطمة .

وأما الجمهور فمع اتفاقهم مع الحنفية على أن الرجعية لها السكنى ، والنفقة لبقاء الزوجية⁵ إلا
أنهم اختلفوا في المبتوتة فذهب مالك والشافعي إلى أن لها السكنى ولا نفقة لها إلا إذا كانت

1- بداية المبتدي ج1 ص89، الهداية شرح البداية ج2 ص44، المبسوط للسرخسي ج5 ص201، شرح فتح القدير
ج4 ص407، بدائع الصنائع ج3 ص209 .

2- سنن الترمذي كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله ، باب ما جاء في المطلقة ثلاثا لا سكنى لها ولا نفقة ج3
ص484 ، سنن الدارمي ، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لها النفقة والسكنى أولا ج2 ص218 .

3- سنن البيهقي ، كتاب النفقات ، باب المبتوتة لا نفقة لها ج7 ص475، سنن الدارمي، كتاب الطلاق ،
باب المطلقة ثلاثا لها النفقة والسكنى ج2 ص218 .

4- سنن الترمذي كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله ، باب ما جاء في المطلقة ثلاثا لا سكنى لها ولا نفقة ج3
ص484

5- عمدة الفقه ج1 ص113 ، المبدع ج8 ص191، الإنصاف للمرداوي ج9 ص360 ، الكافي في فقه ابن حنبل
ج3 ص357 ، التنبيه ج1 ص208 ، المغني ج8 ص185 ، الأم ج5 ص109 .

حاملًا¹ استدلل مالك وأصحابه بحديث مالك بسنده أن يحيى بن سعيد بن العاص طلق ابنة عبد الرحمان بن الحكم البتة فانتقلها عبد الرحمان بن الحكم فأرسلت عائشة أم المؤمنين إلى مروان بن الحكم ، وهو يومئذ أمير المدينة فقالت اتق الله واردد المرأة إلى بيتها ، فقال مروان في حديث سليمان : إن عبد الرحمان غلبي ، وقال مروان في حديث القاسم : أو ما بلغك شأن فاطمة بنت قيس ؟ فقالت عائشة لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة فقال مروان : إن كان بك الشرّ فحسبك ما بين هذين من الشرّ² .

قال ابن عبد البر وأما قول مروان لعائشة إن كان بك الشر فحسبك ما بين هذين من الشر فمعناه أن عائشة كانت تقول وتذهب إلى أن فاطمة بنت قيس لم يبح لها رسول الله صلى الله عليه وسلم الخروج من بيتها الذي طلقت فيه إلا لما كانت طلقت فيه من البذاء بلسانها على قرابة زوجها الساكنين معها في دار واحدة ، ولأنها كانت معهم في شرّ لا يطاق ، وكانت عائشة تتأول في قول الله عز وجل : " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " الطلاق آية 1، أن الفاحشة هنا تبدوا على أهل الزوج فقال لها مروان إن كان بك الشر أي كنت تذهبين إلى أن الشر النازل بين فاطمة وأحمائها هو كان السبب إلى أن تخرج ياذن رسول الله صلى الله عليه وسلم من دارها ، فحسبك ما بين ابنة عبد الرحمان وزوجها من الشر إذا طلقها وبينها وبين بعض أحمائها أيضا ، فتقول فيجوز لها ما جاز لفاطمة بنت قيس من الانتقال من أجل الشر الذي نزل بينهما³ .

وروى البيهقي عن عمرو بن ميمون ، عن أبيه قال : قلت لسعيد بن المسيب : أين تعتد المطلقة ؟ قال : في بيتها قلت : أليس قد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ؟ فقال سعيد : تلك المرأة فتنت الناس ، استطالت على أحمائها بلسانها فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ، وكان مكفوف البصر⁴ .

¹ - مواهب الجليل ج 3 ص 478، الشرح الكبير ج 2 ص 489، حاشية الدسوقي ج 2 ص 489، المهذب ج 2 ص 165، التنبية ج 1 ص 208، الوسيط ج 5 ص 165، روضة الطالبين ج 8 ص 409، الأم ج 5 ص 109 .

² - الموطأ ، كتاب الطلاق ، بال ماجاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه ج 2 ص 579، سنن البيهقي ج 7 ص 433 .
³ - الاستذكار ج 6 ص 158 .

⁴ - سنن البيهقي ، كتاب العدد ، باب مقام المطلقة في بيتها ج 7 ص 433 ، سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب من أنكر ذلك عل فاطمة ج 2 ص 289، مصنف عبد الرزاق ، باب الكفيل في نفقة المرأة ج 7 ص 26 .

قال الشافعي : للمطلقة السكنى في منزل زوجها حيث كانت معه حتى تنقضي عدتها ، وسواء أكان يملك الرجعة أو لا يملكها ، وإن كان المسكن بكراء فهو على زوجها المطلق لها¹ .
روى مالك عن يحيى بن سعيد أن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة يطلقها زوجها وهي في بيت بكراء على من الكراء ؟ فقال سعيد بن المسيب على زوجها ، قال : فإن لم يكن عند زوجها ، قال : فإن لم يكن عندها قال : فعلى الأمير² .

و ذهب الحنابلة إلى أن لا سكنى لها ولا نفقة إلا إذا كانت حاملاً³ ، واستدلّ الحنابلة : بما رواه مالك عن فاطمة بنت قيس ، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة ، وهو غائب بالشام فأرسل إليها وكيله بشعير ، فسخطته فقال : والله مالك علينا من شيء فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال : ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال : "تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند عبد الله ابن أم مكتوم ، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فإذا حللت فأذني ..."⁴

2- النسب : يثبت نسب ولد الزوجة المطلقة إذا جاءت به خلال مدة الحمل اعتباراً من تاريخ الطلاق ، ولم ينفه الزوج ، بالطرق المشروعة حيث جاء في المادة 41 :
ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ، و أمّا إذا جاءت بالولد بعد مضي أكثر مدة الحمل اعتباراً من تاريخ الطلاق ، فلا يثبت نسب الولد ، لأنّ المشرع حدد مدّة معينة لأقصى فترة الحمل وهي عشرة أشهر ، فإذا جاء الولد بعدها فلا يثبت نسبه جاء في المادة 43 : ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .

¹ - الأم ج 5 ص 227 .

² - الموطأ ، كتاب الطلاق ، بال ماجاء في عدّة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه ج 2 ص 580 .

³ - المبدع ج 8 ص 191 ، عمدة الفقه ج 1 ص 113 ، الإنصاف للمرداوي ج 9 ص 360 ، الكافي في فقه ابن حنبل ج 3 ص 357 ، المغني ج 8 ص 185 .

⁴ - الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في نفقة المطلقة ج 2 ص 580 .

3- حرمة نكاح المرأة في عدة الغير : معتدة الغير محرمة مؤقتا على الشخص حتى تنتهي عدتها جاء في المادة 30: يحرم من النساء مؤقتا : المحصنة - المعتدة من طلاق أو وفاة - المطلقة ثلاثا فإذا وقع العقد عليها كان باطلا لاشتماله على مانع من موانع الزواج وهو العدة .

جاء في المادة 32: يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد .

ويجب فسخه دخل بها أو لم يدخل جاء في المادة 34 : كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ، ووجوب الاستبراء .

4 - الميراث : المشرع عمم الميراث لكل مطلقة ، ولو كانت بائنا ما دامت في العدة ، لأنه يعتبر أن الزوجية لا تنتهي بالطلاق ولو كان بائنا ، بل تنتهي بانتهاء العدة .

جاء في المادة 132: إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحيّ منهما الإرث .

وهذا التعميم في توريث المطلقة رجعية كانت أو بائنا ، ولو لم يكن فارا بطلاقها لم أجد له مستندا من أقوال الفقهاء فكأنه من شذوذ القول .

وأما ما ذهب إليه بعض شراح القانون من أن التوارث بين المرأة ومطلقها في القانون يكون في الطلاق الرجعي دون البائن كما ذهب إلى ذلك الفقهاء غير صحيح .

جاء في كتاب عبد العزيز سعد : فمن طلق زوجته من عقد صحيح ثم توفي أثناء عدة زوجية من هذا الطلاق فإنها لا ترثه لأن طلاقها الواقع أمام المحكمة يعتبر طلاقا بائنا ، والطلاق البائن لا توارث فيه بين الزوجين .

وجاء في كتاب الدكتور بالعربي الحاج : فترث المعتدة من طلاق رجعي من زوجها إذا توفي أثناء العدة ، ولا ترث المعتدة من الطلاق البائن إلا إذا اعتبر فارا من الميراث .

وذلك أن تخصيص الرجعية بالميراث دون البائن لا دليل عليه من النص القانوني كما ذهب إليه هؤلاء الشراح ، بل المادة صريحة في دلالتها على العموم حيث جاء فيها : إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق ، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحيّ منهما الإرث .

فكلمة عدة الطلاق في المادة تشمل البائن والرجعي ، ومن قصرها على أحدهما فعليه بالدليل

2- النفقة

أ- تعريف النفقة لغة : النفقة لغة مشتقة من النفوق وهو الهلاك ، يقال نفقت الدابة نفوقا هلكت و ماتت ، و من النفاق و هو الرواج ضد الكساد ، و في الحديث الشريف " اليمين الكاذبة منفقة للسلعة محقة للكسب " أي مظنة لنفاقها ، أو النقصان والنفاذ يقال نفق ماله و دراهمه و طعامه نفقا و نفاقا نقص و قلّ ، و قيل فنى و ذهب وأنفق الرجل إذا افتقر و منه قوله تعالى (قل لو أنتم تملكون خزائن رحمة ربي إذا لأمسكنم خشية الإنفاق) سورة الإسراء أية 100 أي خشية الفناء و النفاذ .

و النفقة المرادة هنا ليست مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك ، و لا من النفاق بمعنى الرواج أو النفاذ و إنما هي اسم لما يصرفه أو ينفقه الرجل على أهله ، و عياله و نفسه ، و منه قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أنفقوا مما رزقناكم " البقرة أية 254 .

و أمّا قانون الأسرة فلم يعرف النفقة وإنما اقتصر على بيان حكمها وأنواعها ، أمّا حكمها فورد في المادة 74: تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 - 79 - 80 من هذا القانون

ب- أنواعها فجاءت في المادة 78 : تشمل النفقة الغذاء ، والكسوة والعلاج ، والسكن ، أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .
فالنفقة نصّ القانون على تنوعها حتى تلبّي حاجات المرأة المختلفة .

ج- حكم النفقة : نفقة الزوجة واجبة على زوجها مسلمة كانت أم كافرة إن دخل بها الزوج ، أو دعتّه إلى الدخول جاء في المادة 74: تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 ، 79 ، 80 من هذا القانون، ولا يشترط للنفقة على الزوجة أن تكون فقيرة معسرة بل ينفق عليها ، و لو كانت غنية موسرة ، لأنّ نفقتها واجبة عليه لعموم قوله تعالى " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف " البقرة 233 .

و قد جاء تأكيداً لهذا قرار المحكمة العليا رقم بتاريخ 2000/02/22 ما يلي :
من المقرر شرعاً أنّ يسار الزوجة لا يسقط حقها ، و حق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي .
إنّ قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسر الزوجة الطاعنة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون .

فالنفقة تجب في القانون بالدخول الحقيقي ، أو الحكمي بالمرأة ، أو استعجال الزوج إلى الدخول بها ، وأما قبل الدخول فتظل النفقة واجبة على والدها بنص المادة: تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سنّ الرشد والإناث إلى الدخول

د-مقدار النفقة :النفقة يراعي في تقديرها حال الزوجين جاء في المادة 79: يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعيشة و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم .
فتحديد النفقة يرجع فيها إلى السلطة التقديرية للقاضي المختص مع مراعاة حال الطرفين صاحبة الدعوى الزوجة ، والزوج ، وظروف المعاش ، ولا تسمع دعوى زيادة النفقة ونقصانها قبل سنة على فرضها ، لأنّ الأسعار لا تتغير كثيرا في أقلّ من تلك المدة إلا استثناء .
وجاءت التطبيقات والاجتهادات القضائية مؤكدة لذلك منها قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/04/02 ونص على ما يلي :

من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فإنّ تسببه و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاك لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الاسلامية.

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين ، و طبقها الاجتماعية دون اعتبار لحالة ، و طبقة كل منهما وغناها أو فقرهما أو غنى أحدهما أو فقر الآخر و دون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المنفعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية ، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبب و إعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة شرعية ،ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المنفعة دون إحالة .

فإذا لم تعد النفقة تكفي لغلاء المعيشة وارتفاع الأسعار فللمرأة الحق في أن ترفع أمرها للقاضي تطلب تعديها بعد مضي سنة من فرضها كما نصت عليه المادة 78 السابقة ، ويغلب على القاضي أن يحكم لها إذا كانت التسبب كافيا للدعوى ، وهذا ما عليه العمل قضاء .

و جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1996/04/23 ما يلي :

من المقرر قانوناً أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم و لا يجوز الطعن بحجة الشيء المقتضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة و النفقات بصفة عامة.

و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله .
و لما كان ثابتاً في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27 و مراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة و المدرسة و أجرة السكن فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .
و النفقة و إن كانت مقدرة بحال الزوجين إلا أنها لا تقل على ما يعتبر من الضروريات في العادة و العرف ، فإذا أخلّ الزوج بذلك فللمرأة أن تطالبه باستكمال النفقة ولو قضاء .
جاء في المادة 78 من قانون 84-11: تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العادة و العرف .
هـ- نفقة المطلقة: ذهب المشرع إلى تعميم النفقة لكلّ مطلقة رجعية كانت أم بائناً ، حائلاً أو حاملاً جاء في المادة 61: " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكنى مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق " .

فالمطلقة تستحق النفقة مدة العدة ، و يحكم بها القاضي عند الحكم بالطلاق ، ويرجع في تقديرها إلى السلطة التقديرية لقضاء الموضوع كما يؤكده هذا التطبيق القضائي .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/05/21

أنّ تحديد نفقات العدة ، و المتعة ، و النفقة الغذائية للزوجة المطلقة ، و أولادها المحضونين ، و حق الحاضنة بالسكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي حولها لهم القانون ، و لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك .

و يلاحظ من قرار المحكمة العليا أنّ القاضي عندما يحكم لها بنفقة العدة يحكم لها كذلك بنفقة المتعة ، و نفقة الإهمال .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/07 ما يلي :

من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة ، نفقة إهمال نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي ، و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم به لها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل .

و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي .

غير أنّ نفقة الإهمال يحكم بها القاضي من تاريخ رفع الدعوى ، وابتداء من تاريخ تسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم .

جاء في المادة 80: تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى .

ويمكن للقاضي استثناء أن يحكم بالنفقة المتراكمة لعدة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة وذلك عن مدة سنة واحدة ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى حتى لا يثقل كاهل الزوج بالنفقات المتأخرة ، فإذا حكم القاضي بنفقة تتجاوز سنة من رفع الدعوى اعتبر حكمه مخالفاً للقانون ، ويمكن الطعن فيه وإلغائه .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 ما يلي :

من المقرر قانوناً أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبب ليس في محله .

و لما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقاته نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون ، و سببوا قرارهم تسبباً كافياً.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .

و—حكم الإخلال بالنفقة: لم يعرج المشرع في قانون الأسرة على هذه المسألة تاركاً أمر الفصل فيها إلى قانون العقوبات الذي يعتبر أنّ الإخلال بالنفقة جريمة يعاقب عليها القانون إذا توافرت أركانها جاء في المادة 331 من قانون العقوبات 04-15 " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى

ثلاث سنوات ، وبغرامة من 500 إلى 5000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته ، أو أداء كامل قيمة النفقة المقرر عليه إلى زوجة أو أصوله ، أو فروعه ، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم ، ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك ، أو الكسل ، أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال .

فالقاضي يحكم بالعقوبة المقررة في القانون إذا توافرت أركان الجريمة الثلاث :

أولا : وجود حكم قضائي نهائي

إن أول شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لتطبيق المادة 331 عقوبات هو شرط وجود حكم صادر عن هيئة قضائية وطنية في مستوى الدرجة الأولى ، أو الدرجة الثانية ، ولم يعد يقبل أية طريقة من طرق الطعن العادية ، أو غير العادية ، أو وجود حكم صادر عن هيئة قضائية أجنبية يكون قد وقع إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، أو وجود أي قرار قضائي آخر صادر عن جهة القضاء المستعجل ، أو تتضمن صيغة النفاذ المعجل .

ثانيا : الامتناع المتعمد عن أداء النفقة:

الشرط الثاني من شروط تكوين جريمة الامتناع عن النفقة المقررة قضاء فذلك بدل على استهانة المحكوم عليه ، وتجاهله لقرار صادر عن القضاء وتطاوله على السلطة الدولية بشكل مباشر ، أو غير مباشر ، وعرقلته لتنفيذ الأحكام القضائية النهائية الصادرة باسم الشعب الجزائري ، لكن لو كان الدافع للامتناع عن دفع النفقة ليس الاستهانة بالحكم القضائي ، بل لعذر شرعي مقبول كالأستشكال في التنفيذ ، أو خطأ في الحكم مثلا فإن عنصر الامتناع المتعمد لم يعد قائما وأن الجريمة لم تعد متوفرة ، ويمتنع عن المحكمة تبعا لذلك أن تقضي بإدانة المتهم .

ثالثا : الامتناع لمدة أكثر من شهرين:

الشرط الثالث أن يكون الامتناع قد استغرق مدة أكثر من شهرين متتالين دون انقطاع ، ودون أي مبرر شرعي رغم اتخاذ كل الإجراءات القانونية لضمان تنفيذه ، ورغم تبليغه هذا الحكم وإنذاره به خلال الوقت القانوني المناسب ، فإن هذا الامتناع طوال هذه المدة يشكل حتما أحد عناصر الجريمة المستوحية للعقاب ضد الممتنع .

وجاء تأكيداً لهذا قرار المحكمة العليا بتاريخ 1982/11/23 :

إذا كان مؤدى نص المادة 331 ق ع الحكم جزائياً بالحبس والغرامة على كل من امتنع عمداً ولمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم بها فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقاً للقانون بالحكم القاضي بالنفقة ، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون.

فإذا كان من الثابت بملف الإجراءات أن الزوج كان قد حكم عليه بدفع نفقة شهرية لزوجته المطلقة ، وأنه كلف بدفع هذه النفقة وأهمل مدة شهر عقب تبليغه بهذا الحكم ، ولذلك فإن المتابعة الجزائية تكون مكتملة العناصر من أجل هذه الجنحة .

إن المجلس القضائي بتصريحه عدم توافر شروط جنحة الإهمال العائلي لاعتباره خطأ عدم وجود حكم في القضية يقضي بالنفقة، كان قد أخطأ في تطبيق القانون، وعرض قضائه للنقض لحكمه بالبراءة.

لذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه من الجانب المدني.

3- الحضانة :

أ-تعريف الحضانة لغة : مأخوذة من الحضن بالكسر ، و هو ما دون الإبط إلى الكشح¹ ، و قيل الصدر و العضدان و ما بينهما ، و الجمع أحضان و منه الاحتضان ، و هو احتمالك الشيء و جعله في حضنك ، كما تحتضن المرأة ولدها، فتحتمله في أحد شقيها.

و الحضانة بفتح الحاء ، لغة الضم، مأخوذة من الحضن من باب نصر ، و هو الجنب لضم الحاضنة الولد إليها ، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، و كذلك المرأة إذا حضنت ولدها.

و الحضانة التربوية و الرعاية ، يقال حضن الصبي يحضنه رباة ، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه و يربيه، و في حديث عروة بن الزبير : عجبت لقوم طلبوا العلم حتى نالوا منه ، فصاروا حضانا لأبناء الملوك ، أي مربين و كافلين ، و حضن جمع حاضن ، لأن المربي يضم الطفل إلى حضنه ، و به سميت الحاضنة التي تربي الطفل ، و الحضانة بالفتح فعلها².

1 الكشح بفتح الكاف و سكون الشين ، ما بين الخصرة إلى الضلع . مختار الصحاح

2 لسان العرب ، ج13 ص 123 ، مختار الصحاح ، ج1 ص 60

وأما قانون الأسرة فقد عرفها في المادة 62: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه خلقا ودينا .

ويلاحظ في تعريف الحضانة من حيث اللغة والاصطلاح أنّ التعريفين وإن اختلفت ألفاظهما إلا أنّهما يدوران على معنى واحد وهو الرعاية ، والعناية والتربية بمن لا يستقل بنفسه وهو صغير .

ب- الطبيعة القانونية للحضانة: المشرع الجزائري وإن لم ينص صراحة على الطبيعة القانونية للحضانة إلا أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للحضانة نرى أنّ الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون ، ولذا أجاز المشرع تنازل الأم عن الحضانة إلى من يليها في الترتيب المذكور شريطة أن لا يؤثر ذلك على المحضون جاء في المادة 64 ، والمادة 66 : يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون للأم .

فإذا أثر ذلك على المحضون أجبرت الأم على الحضانة جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ : 1998/04/21 الملف ما يلي :

من المقرر قانونا أنّه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، ومن ثمّ فإنّ القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون فإنّهم طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استجوب رفض الطعن¹ .

فلاجتهد القضاء يعتبر أنّ تنازل الأم عن الحضانة إذا أضر بالمحضون كأن لم يوجد غيرها لا يقبل منها ، وعليه فالقضاء يلزمها لأنّ مبنى الحضانة مصلحة المحضون .

وينبغي على القول بأنّ الحضانة حق للحاضنة :

1. أنّ الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة إلا بمبرر شرعي .
2. لو طالبت الحاضنة بأجرة على الحضانة جاز لها ذلك لأنّها حق وليست واجبا .
3. لو تنازلت عن حقها في الحضانة لنكاح ، أو سفر ، أو مرض جاز لها المطالبة بها مرة أخرى .
4. لو كان للصغير مرضة غير حاضنته يجب عليها أن ترضعه عندها حتى لا يفوت حقها في الحضانة

¹ - قرار رقم 189234 بتاريخ 21-4-1998 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ

5. لا يجوز للأب أن يسافر بالصغير لما في ذلك من إسقاط لحقها
وينبني على القول بأن الحضانة حق للمحضون .

1- أن المرأة لو خالعت زوجها على أن تترك حضانة ولدها ، فالخلع صحيح ولكن لا يسقط
حقها في الحضانة لأنه ليس خالص حقها بل للطفل فيه حق ، وليس لها أن تترك حق الطفل
فيطلب الشرط¹ .

2- أنها لو صالحت زوجها على أن تترك حقها في الحضانة ، وجعل ذلك أساس في الصلح ،
فإنه يكون باطلا ، لأنه لا يكون صلحا على ما لا تملك وهو حق غيرها² .

3- إذا تعينت الأم لحضانة ولدها أجبرت عليها ، ولو قضاء إذا امتنعت ولم يوجد غيرها رعاية
للصغير

جاء في قرار رقم 51894 بتاريخ 19-12-1988 ما يلي : من المقرر شرعا وقانونا أن
تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وتعامل معاملة
نقيض قصدتها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة³ .

ج- شروط الحضانة

جاء بيان شروط الحضانة في المادة 62 : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على
دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام
بذلك .

ونستخلص من هذه المادة الشروط التالية :

1-العقل : فلا حضانة لمجنون لانعدام أهليته، وعدم قدرته على كفالة نفسه ناهيك عن غيره

¹ - حاشية ابن عابدين ج 3 ص 560 ، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص 482 .، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال
الشخصية ص 560 ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج 1 ص 239 .

² - الأحوال الشخصية أبو زهرة ص 482 ، أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية ص 560 .

³ - قرار رقم 51894 بتاريخ 19-12-1988 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ
1990 ، العدد الرابع ، ص 70.

2- الأهلية : لم يشترط القانون البلوغ ، وإنما اشترط الأهلية القانونية لممارسة الحضانة ، وهي بلوغه السن التاسع عشرة عما جاء في القانون المدني المادة 42 ، فمن لم يبلغ هذا السن يعد قاصرا قانونا لا تسند إليه حضانة الصغير لعدم أهليته قانونا .

3- القدرة : فلا حضانة لعاجزة عن ممارستها بسبب كبر سن ، أو مرض مزمن ، أو مرض معدي يخشى انتقاله إلى الصغير ، أو عاهة ، ويرجع في تحديد العجز ، وعدم القدرة على ممارسة الحضانة إلى القاضي .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 ما يلي : «من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي » .

ولما كان الثابت في قضية الحال أنّ الحاضنة فاقدة البصر، وهي لذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ، ومن ثمّ فإنّ قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها ، وهي على هذا الحال ، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض ، وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسيا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ¹ .

4- ألا تكون متزوجة بزواج أجنبي: لأنّ الزوجة مشغولة بخدمة زوجها فهي غير قادرة على أن تجمع بينهما ، إلا أن يكون الزوج محرما للصغير كعم مثلا لكمال شفقتة .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05 ما يلي : « متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية أنّه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما ، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج ، أمّا إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها ، لانشغالها عن المحضون ، فإنّه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة » .

لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ ، أو أسند حضانة البنت لجدتها لأُم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة¹ .

¹- قرار رقم 33921 بتاريخ 9-7-1984، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد 4 ، ص 76 .

وجاء في قرار المحكمة بتاريخ 1988/06/20 ما يلي : « من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة ، وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي ، وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة أم الأم ، وأنّ قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة ، ونسبوا قرارهم تسبباً كافياً» .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار².

5-الاستقامة : فلا حضانة لمن لا تقيم للأخلاق وزنا ، حتى لا يسري هذا السلوك إلى الصغير فتفسد أخلاقه منذ صغره ، وهذا مناقض لمقصد الحضانة التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 62 من قانون 84-11 حيث قال : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

وتأكيدا لهذه المادة فقد جاءت قرارات المحكمة العليا تؤكد أنّ فساد أخلاق الحاضنة مسقط لحضانتها ، ومن بينها القرارات التالية :

قرار بتاريخ 1994/01/09 «متى كان من المقرر شرعا أنّ سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها ، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا » والحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتها لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها ، وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغيم زوجها على طلاقها³ .

أمّا الإسلام فلم يشترطه المشرع في الحضانة ، لأنّ مبنى الحضانة الشفقة ، والشفقة لا تختلف باختلاف الأديان ، فالأم غير المسلمة أحق بولدها من غيرها ما لم يخشى على دين الصغير منها

¹- قرار رقم 40438 بتاريخ 5-5-1986، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد2، ص75 .

²- قرار رقم 50011 بتاريخ 20-6-1988، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور مجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1991 ، العدد2، ص57 .

³- قرار رقم 31997 بتاريخ 9-1-1994، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد1، ص73 .

، فإذا خيف على دينه انتزعت منها الحضانة ، لأنّ مقصد الحضانة كما في المادة 62 : رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 13/03/1989 ما يلي : « من المقرر شرعا وقانونا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ، ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه ، وإنّ حضانة الذكر للبلوغ ، وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للأحكام الشرعية والقانونية»¹ .

هـ- مسقطات الحضانة في التشريع الجزائري : حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة ، وإنّما هو أداء أوجهه القانون ، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة ، وإنّ أحل بالتزاماته المتعلقة بالحضانة ، أو فقد شرطا من شروط أهليتها وجب اسقاطها عنه .

ومسقطات الحضانة هي كالتالي :

1- الزواج بغير قريب محرم : جاء في المادة 66 من قانون 84-11 : يسقط حق الحاضنة بالنزوح بغير قريب محرم ، وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 05/05/1986 «متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية أنّه يشترط في المرأة الحاضنة ، ولو كانت أما فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج ، وأمّا إن كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنّه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة » .

لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأُم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة² .

2- التنازل عن الحضانة ما لم يضر بالمحضون : جاء في المادة 66 من قانون 84-11 : يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون .

¹- قرار رقم 52221 بتاريخ 13-3-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ

1993، العدد 1، ص 48 .

²- قرار رقم 40438 بتاريخ 5-5-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ

1989، العدد 2 ، ص 75 .

تؤكد المادة على سقوط حق الحاضنة بالتنازل ما لم يضر بالمحضون ، كأن يقبل غيرها الحضانة وتكون له القدرة على ذلك بناء على أن الحضانة في التشريع حق مشترك بين الحاضن والمحضون.

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/07/03 : من المقرر قانوناً أنه يسقط حق الحضانة بالزواج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون .

ولما كان ثابتاً من قضية الحال أنّ قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها ، وإسنادها لأبيها رغم أنّ الشهادات الطبية تثبت أنّ البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية أم أكثر من رعاية الأب ، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹ .

وجاء في قرار بتاريخ 1988/12/19 : من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها ، وله القدرة على حضانتهم ، فإن لم يوجد فإنّ تنازلها لا يكون مقبولاً ، وتعامل معاملة نقيض قصدها ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الحضانة² .

3-الاخلال بشروطها المنصوص عليها : إذا أخلّ الحاضن بشروطها المنصوص عليها في المادة 62 وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ، والسهر على حمايته ، وحفظه صحة وخلقا.

بأن كان غير مستقيم ، أو أمين يخشى منه على سلوك المحضون سقطت حضانتة .

جاء في المادة 67 من قانون 05-02 : تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 .

¹- قرار رقم 54353 بتاريخ 3-7-1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1992 ، العدد 1 ، ص 45 .

²- قرار رقم 515894 بتاريخ 19-12-1988 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1990 ، العدد 4 ، ص 70 .

جاء في قرار بتاريخ 1997/09/30 : من المقرر شرعا وقانونا أنّ جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون .

ومتى تبين في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا ، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق.أ .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة¹ .

4- عدم المطالبة بالحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة : سكوت صاحب الحق في الحضانة عن المطالبة بما مدة تزيد عن سنة بلا عذر يعد إسقاطا ضمني لها .

جاء في 68 من قانون 84-11 : إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 : من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أنّ الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق خلال سنة ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ، ولما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975/05/20 وأنّ الجدة للأم لم تحرك ساكنا إلا في شهر ديسمبر 1980 حيث طلبت ممارسة الحضانة ، فإنّ قضاة الاستئناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب ، وإسنادها للجدة للأم ، أخطئوا في قرارهم هذا وخالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه² .
فإذا لم تمضي السنة جاز لها المطالبة بها .

5- إقامة الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم : إذا سكنت الحاضنة مع من سقطت حضانتها بزواجها بغير قريب محرم مثلا فقد سقطت حضانتها ، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة من غير قريب محرم ، بل لا بد أن تنفرد بالسكن عنها .

¹- قرار رقم 171684 بتاريخ 30-9-1997 بتاريخ 5-5-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد خاص ، ص 169 .

²- قرار رقم 32829 بتاريخ 9-7-1984 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1990 ، العدد 1 ، ص 60 .

جاء في المادة 70 من قانون 84-11: تسقط حضانة الجدة أو الحالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب المحرم .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 20/06/1988 ما يلي : من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة ، وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي ، وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ، ومن ثم فإنّ النعي عن القرار المطعون فيه بالقصور تسبب غير مؤسس

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة أم الأم وأنّ قضية الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة ، وسببوا قرارهم تسببا كافيا .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹

6-سقوطها بقوة القانون : تسقط الحضانة بقوة القانون ببلوغ الصبي عشر سنوات ، والأنثى ببلوغها سنّ الزواج وهو تسع عشرة سنة كما جاء في المادة 07 .

جاء في المادة 65 من قانون 84-11: 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 ثانيا على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 19/03/1990 : من المقرر قانونا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ منعذما للأساس القانوني ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ المجلس القضائي لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

¹- قرار رقم 50011 بتاريخ 20-6-1988 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ

1991 ، العدد 2 ، ص 57 .

ولم يعتبر القانون خروج المرأة للعمل مسقطاً للحضانة كما جاء في المادة 67 ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون¹.

وجاء في قرار بتاريخ : 2000/07/10 : من المستقر عليه قضاء أنّ عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس بقضائه بإلغاء الحكم المستأنف ، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون .
وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه².

فعمل المرأة لا يسقط حقها في الحضانة إذ لم تخل بواجبها ، فإنّ أخلت بواجبها فأهملت الصغير وضيعته لانشغالها بالعمل عنه سقط حقها في الحضانة قانوناً ، لأنّ مبنى الحضانة الرعاية والعناية بالمحزون كما جاء في المادة 62 : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحته وخلقا ، ولأنّ من الحضانة كذلك القدرة على القيام بشؤون المحزون كما جاء في المادة 62 الفقرة الثانية إذ وقع إخلال بهذه العناية والرعاية سقط الحق فيه كما في المادة 67 الفقرة الأولى : تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62.

وكما جاء في المادة 62 من قانون 84-11 الفقرة الثانية : ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك .

فمن لم تستطع التفرغ للقيام بشؤون صغيرها كانت غير مؤهلة للحضانة .
وكذلك سفر الحاضنة لا يعد مسقطاً لحضانتها ، وإنّما يرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك .

¹- قرار رقم 59156 بتاريخ 19-3-1990 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1991 ، العدد 2 ، ص 76 .

²- قرار رقم 245156 بتاريخ 10-7-2000 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الخاص ، ص 188 .

جاء في المادة 69: إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له ، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون . ولكن يغلب على القاضي أن يحكم بالحضانة للمقيم من الأبوين رعاية لدين الصغير ، كما جاء في كثير من قرارات المحكمة العليا منها .

قرار رقم بتاريخ 1993/06/29 : من المقرر قانوناً أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له ، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون .

ولما ثبت من قضية الحال أنّ قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسنادهم الحضانة للأمم قد اشترطوا تلقائياً ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا ، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ، ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط ، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإنّ قرارهم استوجب النقض الجزئي .

فإذا سكنت الحاضنة بلد ولي المحضون بقيت حضانتها¹ .

فإذا كان الأبوان يقيمان بالبلد الأجنبي فإنّه تنطبق عليه القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة من تقديم الأم على الأب في هذه الحالة وهذا ما أكده هذا القرار للمحكمة العليا .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 : متى كان من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن سواء كان أم أم أبا ، فإنّ سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة ، ومن ثمّ فإنّ النعي عن القرار المطعون فيه في مخالفة القانون غير سديد .

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ القضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد وال بنت لأمهات طبقاً للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً .

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن¹ .

¹- قرار رقم 91671 بتاريخ 29-6-1993 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور مجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ

1994 ، العدد 1 ، ص 72 .

و-عود الحضانة: قد سلك قانون الأسرة طريق الملكية في هذه المسألة من التفريق بين حالتين :
الحالة الأولى : الإسقاط لعذر : فإن كان هذا الإسقاط لعذر عاد حقها في الحضانة من جديد
جاء في المادة 71 من قانون 84-11: يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير
الاختياري .

فالقانون يعتبر أنّ زواج الحاضنة من الأعدار التي تجيز لها المطالبة بالحضانة بعد زواله .
جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 : إنّ القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة
رغم زوال سبب السقوط ، ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير
محرم رغم أنّ لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقاً للمادة 71 من قانون الأسرة يعد مخالفة
للقانون وقصور في التسيب² .

الحالة الثانية : الإسقاط لغير عذر : إذا أسقطت الحضانة حقها لغير عذر لم يعد لها الحق في
المطالبة بها بعد ذلك ولو زالت الموانع .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 20 / 4 / 1999 : من المستقر عليه أنّ مسألة إسناد
الحضانة يمكن التراجع فيها لأنّها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم .

ومتى تبين في قضية الحال أنّ تنازل الأم عن الحضانة لا يجرمها فهائيا من إعادة إسناد الحضانة
إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقاً لأحكام المادتين 66 و 67 من ق.أ .

وأنّ قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون
مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون .

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه³ .

¹- قرار رقم 56597 بتاريخ 25-12-1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ
1991 ، العدد 3 ، ص 61 .

²- قرار رقم 252308 بتاريخ 21-11-2000 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ
2001 ، العدد 2 ، ص 284 .

³- قرار رقم 220470 بتاريخ 20-4-1999 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ
2001 ، العدد الخاص ، ص 181 .

وجاء في قرار بتاريخ 2000/02/22 : إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائيا ، لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة¹.

ترتيب درجات مستحقي الحضانة

جاء في المادة 64 من قانون 84-11: الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم أمها ، ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك .
و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .
و يتضح من خلال المادة 64 قبل التعديل أن ترتيب مستحقي الحضانة كالآتي -الأم-أمها - الخالة -الأب -أم الأب

و يلاحظ أن القانون من خلال هذا الترتيب راعى جانب قرابات الأم على قرابات الأب و هو مذهب جمهور الفقهاء فقدمت أم الأم و الخالة على أم الأب ، و سائر قراباته لأنهما يدلان بالأم و الأم مقدمة على الأب للحديث المتقدم " أنت أحق له ما لم تنكحي " ، و بالنسبة للخالة للحديث " الخالة بمنزلة الأم " بل اعتبر الاجتهاد القضائي أن الإخلال بهذا الترتيب من غير مبرر شرعي أو قانوني مخالفة للقانون وجاءت قرارات المحكمة العليا تؤكد على ذلك .
جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/02/23 من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق. أ. بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون .

و لما كان ثابتا من قضية الحال أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة و هي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعنة بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية و الإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب .
فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض².

¹- قرار رقم 235456 بتاريخ 22-2-2000، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد 1 ، ص 280 .

²- قرار رقم 89672 بتاريخ 23-2-1993، غرفة الأحوال الشخصية منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد خاص ، ص 166 .

و جاء في قرار بتاريخ 17/03/1998 من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق.أ إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الحالة المطالبة بها إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد و رعايتهم.

فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، و عرضوا قرارهم للقصور في التسبب .

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

و لكن إذا وجد المبرر الشرعي و القانوني لإسناد الحضانة لمن هو أبعد في الترتيب رعاية للمحضون جاز ، لأن مبنى الحضانة مصلحة المحضون .

و أما ترتيب درجات مستحقي الحضانة في التشريع بعد التعديل هو كالتالي :

– الأم – الأب – أم الأم – أم الأب – الحالة – العمة

جاء في المادة 64: الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ثم الحالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

و يلاحظ أن الأب في التعديل قدّم على جميع القرابات بعد الأم ، و هذا مذهب الحنابلة في رواية عن أحمد.

ي- السفر بالمحضون :

ذهب المشرع إلى أن السفر بالمحضون إن كان حاجة كزيارة ، و علاج لا يسقط حق الحاضنة في الحضانة ، و أمّا إن كان للنقلة ، و الانقطاع إلى البلد الأجنبي فيرد الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة لها ، أو إسقاطها عنها .

¹ قرار رقم 179471 بتاريخ 17-3-1998، غرفة الأحوال الشخصية منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001

، العدد خاص ، ص 172 .

جاء في المادة 69 من قانون 84-11 : إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

و يغلب على القاضي أن يحكم بالحضانة للمقيم منهما في الجزائر إذا كان سفر الحاضنة إلى بلد أجنبي غير مسلم رعاية لدين الصغير من الضياع .

جاء في القرار بتاريخ 19/02/1990 ما يلي : من كان من المقرر شرعا و قانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون ، و القيام بتربيته على دين أبيه ، و من ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون.

و يستوجب نقض القرار المطعون فيه¹ .

ولكن إذا انتقلت الحاضنة إلى البلد الأجنبي الذي يسكنه ولي المحضون فلا تسقط حضانتها كما دلت على ذلك هذه القرارات .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 25/12/1989

متى كان من المقرر شرعا و قانونا أن الحضانة تستند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا ، فإن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة ، و من ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد و البنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن².

و أما سفر الحاضنة داخل الوطن فلم ينص عليه القانون صراحة ، و إنّما قيد فيه الأمر بالبلد الأجنبي فكأن المفهوم المخالف للمادة 69 يثبت الحضانة للأم مهما بعدت المسافة بينها و بين

¹- قرار رقم 59013 بتاريخ 19-2-1990، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1991 ، العدد 4 ، ص 117 .

²- قرار رقم 56597 بتاريخ 25-12-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1991 ، العدد 3 ، ص 61 .

ولي المحضون مادام في حدود الدولة ، إلا أنّ بعض قرارات المحكمة قيده بما لا يتجاوز مسافة القصر ، وهي ستة برد ، كما قرر الفقهاء .

جاء في القرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/09/22

من المستقر عليه فقها وقضاء أنّ بعد المسافة بين الحاضنة ، و صاحب حق الزيارة على الأطفال المحضون لا تكون أكثر من ستة برد ، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خطأ في تطبيق القانون.

و متى كان من الثابت في قضية الحال أنّ المسافة الفاصلة بين الحاضنة ، و ولي المحضون تزيد على ألف كيلومتر ، فإنّ قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹ .

وجاء في قرار بتاريخ 1982/01/25 ما يلي :

لا يقبل الرد الذي يثير نقض الأساس القانوني ، و القصور في التسيب على القرار الذي طبق أحكام الشريعة الإسلامية ، فيما يخص سفر الحاضنة بمحضونها عن بلد الولي على أنّ المقرر في المذهب أن لا تتجاوز المسافة ستة برد ، و في تفسير الشيخ خليل و إذا سافرت الحاضنة عن بلد الولي نزع المحضون منها و مسافة السفر ستة برد على الأقل² .

ر-أجرة الحضانة :

¹- قرار رقم 43594 بتاريخ 22-9-1986، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1992 ، العدد 4 ، ص 41 .

²- قرار رقم 26693 بتاريخ 25-1-1982 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة الصادرة ، بتاريخ 1982 ، العدد الخاص ، ص 251 .

قانون الأسرة لم يتطرق إلى أجره الحضانة ، ولكن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنّ الحاضنة لا تستحق أجرا على ممارسة الحضانة لأنّ ذلك واجب عليها أخذا بقول من يرى أنّ الحضانة حق للمحضون .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/04/08 ما يلي :

الحاضنة لا تستحق أجرا على الحضانة ، و المجلس إذا وافق على الحكم الذي جعل على الأب 500 دج يدفعها كأجرة للحاضنة على الحضانة هو على هذا خلاف الشرع، و أمّا الاستشهاد بقوله تعالى " فإن أرضعن لكم فأتوهنّ أجورهنّ" فليس ظاهرا في القضية ، و قد جاء في كتاب البهجة على شرح التحفة أنّه لا أجره للحاضن على الحضانة إذا الإنسان لا يأخذ أجرا على فعل شيء واجب عليه، و مخالف لما يجري عليه العمل القضائي مما يعرض قراره للنقض في هذا الجانب.

ولكن بالرجوع إلى النصوص القانونية يستشف كما بينت سابقا في بيان الطبيعية أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون ، وليست حقا خالصا لا للحاضن ولا للمحضون ، وبناء على ذلك نستنتج أن للمرأة أجره على حضانتها وهو مذهب الشافعية و الحنابلة من استحقاق المرأة المفارقة لزوجها أجره الحضانة سواء أكانت في عدة الطلاق الرجعي ، أو البائن لأنّ من حبس نفسه لحق غيره كانت نفقته عليه ، و هي حبست نفسها لخدمة الصغير فكانت نفقتها من ماله إن كان له مال ، و إلا على من تلزمه نفقته لأنّ الأجرة من مستلزمات النفقة.

ز-مدة الحضانة :

قانون الأسرة بين مدّة الحضانة في المادة 65 : تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سنّ الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تنزوج ثانية.

على أن يراعي الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

فمدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات ، وبلوغ الأنثى سنّ الزواج القانوني وهو تسعة عشرة عاما وفقا للمادة 7 من قانون الأسرة ، غير أنّه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من عشر سنوات إلى سنة عشرة سنة ، وذلك بشرط أن

يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها ، وألا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس محرم للمحضون.

وعند الحكم بانتهائها يجب مراعاة مصلحة المحضون في التربية والرعاية والحماية وهذا ما أكدته هذا القرار للمحكمة العليا.

جاء في قرار بتاريخ 19/03/1990 ما يلي :

من المقرر قانوناً أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّاً لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ منعماً للأساس القانوني.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ المجلس القضائي لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹ .

س-مسكن الحضانة:

مسكن الحضانة هو مسكن الزوجية إذا كانت قائمة ، أو كانت المرأة في عدّة الطلاق بنوعيه الرجعي والبائن ، ولكن إذا انقضت العدّة فهل لها أن تبقى في بيت الزوجية لممارسة الحضانة ، أو يكلف الزوج المطلق بأجرة مسكن أم لا ؟

أمّا قانون الأسرة فذهب إلى استحقاق المرأة مسكناً لممارسة الحضانة سواء أكان مسكن الزوجية ، أو مؤجراً ، وسواء أكانت الحاضنة موسرة ، أو معسرة.

جاء في المادة 72 من قانون 05-02 : في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن .

وجاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 27/04/1993 مايلي :

¹ - قرار رقم 59156 بتاريخ 19-3-1990، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ

1991، العدد2 ، ص76 .

من المقرر قانوناً أنه إذا كانت الأم حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها فعلى الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في السكن مع محضونها وأن نفقة المحضون ، وسكناه من ماله إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً ، وإن تعذر فعليه أجرته.

ولما ثبت من قضية الحال أن للزوج مسكناً آخر بنفس البلدية حسب اعترافه فإنّ قضاة المجلس قد أخطأوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعنة تخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه ولاسيما وأنّ احتمال عدم وجود ولي يقبل إيوائها مع محضونها قائماً. ومتى كان كذلك استوجب نقض قرارهم جزئياً¹. ويحكم لها بالسكن وقت الحكم بالطلاق والحضانة .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 16/02/1999 ما يلي :

من المستقر عليه قانوناً أنّ نفقة المحضون ، وسكناه من ماله إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً ، وإن تعذر فعليه أجرته.

المستفاد من القرار المطعون فيه أنّه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة وهو قضاء لا يتماشى و المنطق ، فالشيء الجزأ يعتبر شيئاً واحداً فكان ينبغي عندئذ على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة المسكن بدلاً من تخصيص الجزء السفلي من المسكن ليكون قضاءهم متماسياً مع أحكام المادة 72 من قانون الأسرة على أساس أنّ المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص السكن لممارسة الحضانة².

ولا يشترط لاستحقاق السكن عدداً معيناً من المحضون بل لها الحق في السكن ما دامت حاضنة ولو لواحد .

¹- قرار رقم 105366 بتاريخ 27-4-1993، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1994 ، العدد 2 ، ص 88 .

²- قرار رقم 215212 بتاريخ 16-2-1999، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2000 ، العدد 1 ، ص 181 .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1994/11/29 ما يلي :
من المقرر قانوناً أن نفقة المحضون وسكناه من ماله ، إن كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً ، أما إذا تعذر فعليه أجرته .

ولما ثبت من قضية الحال أنّ قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أنّ الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة ، أو بأجرته ، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين ، فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون ، وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته .

مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة¹ .
فإذا لم يوفر لها المطلق سكناً ، أو بدل أجره مسكن لها أن تبقى في بيت الزوجية ما كانت ملكيته للزوج المطلق .

جاء في المادة 72 لفقرة الثانية : وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15 ما يلي :
للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أنّ للزوج مسكناً آخر ، وهذا نظراً لمصلحة المحضون ، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ، وأن محضر اثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكناً آخر ، وعليه فإنّ القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس ، وحق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظراً لمصلحة الأولاد المحضون الأربعة فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن² .
فإن كان المسكن ليس للمطلق فلا يحق لها التمسك به .

¹- قرار رقم 112705 بتاريخ 1994-11-29 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1995 ، العدد 1 ، ص 140 .

²- قرار رقم 223834 بتاريخ 1999-6-15 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد خاص ، ص 225 .

جاء في المحكمة العليا بتاريخ 28/03/2001 ما يلي :
لا يجوز التمسك بحق البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة إذا أثبتت ملكية المسكن
لشخص آخر¹.

أما أجره المسكن فهي من عناصر النفقة التي يلزم به الأب ويرجع في تقديرها إلى القاضي.
جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 21/07/1998 ما يلي :
إن أجره مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة ، ومنها فائتها من التزامات الأب تجاه
أولاده المحضون ، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع² .
ش-رؤية المحضون :

قانون الأسرة ذهب إلى أن زيارة المحضون حق قانوني يحكم به القاضي عند الحكم بالحضانة كما
جاء في المادة 64 من قانون 05-02 الفقرة الأخيرة : وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد
الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.
وقد حددت بعض قرارات المحكمة العليا مدّة الزيارة مرة في الأسبوع.

جاء في قرار بتاريخ 16/4/1990 ما يلي :
متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن
يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما يقتضيه حالة
الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة كل أسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه،
والتعاطف معهم ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل
شهر يكون قد خرق القانون .

ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه³.

¹- قرار رقم 258532 بتاريخ 28-3-2001، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ
2002 ، العدد 1 ، ص 316 .

²- قرار رقم 197739 بتاريخ 21-7-1998، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ
1999 ، العدد 56 ، ص 37 .

³- قرار رقم 59784 بتاريخ 16-4-1990، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ
1991 ، العدد 4 ، ص 126 .

ولا يصح قانونا تحديد بيت الزوجة لممارسة حق الزيارة لانقطاع الرابطة الزوجية بينهما، وإن أجازته بعض الفقهاء كما سبق بيانه ببعض الضوابط كعدم الخلوة و التبسيط في الحديث. وجاء في قرار بتاريخ 1998/12/15 ما يلي :

من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة. ومتى تبين في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون ، لأنّ المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأنّ الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة¹.

وحقّ الزيارة لا يقتصر على الأم ، أو الأب بل يتعدى إلى كل من له الحق في ممارسة الحضانة من النساء ، و الرجال وهو ما قرره الفقهاء.

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2001/4/21 ما يلي:

للخاله حق الزيارة لأنّ القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحق حقوق الحضانة حقوق الحضانة ومتى كان كذلك فإنّ لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وقف فيما قضى².

وجاء في قرار آخر بتاريخ 1998 ما يلي :

من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون حق الزيارة أيضا. ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع كما قضوا بحق الزيارة للجدّ الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون .

¹- قرار رقم 214290 بتاريخ 15-12-1998، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الخاص ، ص 194 .

²- قرار رقم 258479 بتاريخ 21-4-2001، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد 2 ، ص 300 .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

فإذا منع أحد الأبوين الآخر من الزيارة تعرض للعقوبة قانونا ، لأن حق الزيارة من الحقوق التي يحميها قانون العقوبات ، فجاء في المادة 328 من قانون العقوبات بأنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، وبغرامة مالية من 500 دج إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضنته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة ، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضنته، أو من الأماكن التي وضعه فيها وقع أو أبعد عنه، أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على حفظه ، أو ابعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ، وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني.

فرؤية المحضون إذا زيارته حق باتفاق بل وواجب رعاية لمصلحة المحضون ، لأنه في أمس الحاجة أن يكون في كنف والديه ، فإذا لم يتيسر له ذلك بسبب بعض الحلال وهو الطلاق ، فلا أقل من أن يحرم منهما ، أو من أحدهما ولو بزيارة قصيرة في اليوم أو الأسبوع تخفف عنه بعض آثار هذا الفراق ، وقد أحسن القانون صنعا حين حكم بالزيارة مع حكمه بالحضانة ، وتنظيمها بل وترتيب العقوبة على من يمنع ذلك من الأبوين ، أو غيرهما ، تمكينا لكل منهما لرعاية المحضون ، و الاهتمام بشؤونه حفاظا على توازن نفسه لينموا نمو سليما خاليا من العقد النفسية ، وما يفعله بعض الناس في واقعنا من الانقطاع والانفصال عن المحضون تماما بمجرد الطلاق، وعدم زيارته ، وتركه عند حاضنته لانشغاله بأسرته الجديدة إذا تزوج ، ولقطع كل ما يربطه بالماضي الأليم يؤدي إلى مفاسد كثيرة من بينها اختلال توازن هذا الصغير نفسيا ، وسلوكيا مما يسبب له الكراهة الشديدة لوالده أو أمه بسبب التخلي عنه.

4-التزاع في متاع البيت

من أكثر النزاعات بين الزوجين أثناء جلسات الطلاق المصوغ والمتاع ، لأن العلاقة بينهما ستكون مبنية على المشاحة بعدما كانت على المسامحة ، ومع ذلك المشرع لم يتطرق للمصوغ

¹ - قرار رقم 189181 بتاريخ 21-4-1998، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ

2001 ، العدد الخاص ، ص 192 .

على الرغم مما يثيره من اشكالات كبيرة ، لسبب بسيط أنه تركه لقواعد الاثبات المعروفة حالة النزاع بين الزوجين ، وأما المتاع فقد نص عليه في المادة 73: 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 والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين .

واستند المشرع في نص هذه المادة إلى العرف ، لأن في عرفنا أن المرأة تساهم مع الزوج في متاع البيت بما تحضره معها من بيت والدها علما أنها ليست ملزمة بذلك شرعا ولا قانونا بل الزوج هو الملزم بتجهيز البيت ، فإذا حدث نزاع بينهما حول هذا المتاع فادعت المرأة أنه متاعها أحضرته معها أو اشترته براتبها وأنكر الزوج ، وليس لأحدهما بينة تشهد له ، حكم للمرأة أو لورثتها بما كان من معتاد النساء مع اليمين ، وحكم للرجل أو ورثته ما كان من معتاد الرجال مع اليمين وهذا التفصيل في الحكم وجيه جدا لأن الظاهر يشهد أن ما كان من خصوصيات النساء أنه للمرأة ، وما كان من خصوصيات الرجال للرجل ، وما كان مشتركا استعماله بين الرجل والمرأة يقتسمانها بالسوية ولو كان أحدهما كاذبا لعدم وجود بينة تشهد له على كلامه .

قائمة المراجع

(1) تفاسير القرآن الكريم :

- الخصاص : أبو بكر أحمد الرازي، أحكام القرآن للخصاص ، دار إحياء التراث
بيروت ، سنة 1405هـ ، تحقيق محمد الصادق قمعاوي .
- القرطبي : محمد بن أحمد بن فرح القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الشعب
القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 1372هـ ، تحقيق أحمد بن عبد العليم
البردوني .

(2) الحديث :

- ابن أنس : مالك بن أنس الأصبحي ، الموطأ ، دار إحياء التراث العربي ،
بيروت ، سنة 1406هـ - 1985م ، تحقيق محمد فؤاد عبد
الباقي .
- ابن عبد البر : أبو عمر يوسف ، التمهيد ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون
الإسلامية ، المغرب ، سنة 1387هـ ، تحقيق مصطفى بن أحمد
العلوي ، محمد عبد الكبير البكري .
- ابن ماجه : محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، دار الفكر ، بيروت ،
تحقيق فؤاد عبد الباقي .

- أبو داود : سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داود ، دار الفكر ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .
- البخاري : محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري ، دار ابن كثير ، بيروت ، سنة 1407هـ-1987م ، الطبعة الثالثة، تحقيق مصطفى ديب البغا .
- البيهقي : أحمد بن الحسين ، سنن البيهقي ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، سنة 1414هـ - 1994م ، تحقيق محمد عبد القادر عطا .
- الترمذي : محمد بن عيسى ، سنن الترمذي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق أحمد محمد شاكر و آخرون .
- الحاكم : محمد بن عبد الله ، المستدرک علی الصحیحین ، دار الکتب العلمیة بیروت الطبعة الأولى ، سنة 1411هـ-1990م ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا .
- الدار القطني : علي بن عمر ، سنن الدار القطني ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1386هـ - 1966م ، تحقيق السيد عبد الله هاشم كمانى المدني .
- الزيلعي : عبد الله بن يوسف ، نصب الراية ، دار الحديث ، مصر ، سنة 1357هـ ، تحقيق محمد يوسف البنوري .
- الشوكاني : محمد بن علي ، نيل الأوطار ، دار الجليل ، بيروت ، سنة 1973م .
- الصنعاني : محمد بن اسماعيل ، سبل السلام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،

الطبعة الرابعة ، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي .

-المباركفوري: محمد عبد الرحمان ، تحفة الأحوذى ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

- النسائي : أحمد بن شعيب 1- سنن النسائي (المجتبى) ، مكتب المطبوعات

الإسلامية ، حلب ، الطبعة الثانية ، سنة 1406هـ - 1986م ،

تحقيق عبد الفتاح أبو غدة .

- الهيثمي : علي بن أبكر ، مجمع الزوائد ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، سنة

1407هـ .

-عبد الرزاق : أبو بكر ، مصنف عبد الرزاق ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة

الثانية ، سنة 1403هـ ، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي .

- مسلم : بن حجاج النسابوري ، صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ،

بيروت ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

(3) الفقه :

أ- الفقه المالكي :

- ابن جزّي : محمد بن أحمد ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، الطبعة الأولى ،

سنة 1420هـ - 2000م ، تحقيق عبد الكريم الفيضلي .

- ابن عبد البر : أبو عمر يوسف ، الكافي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة

الأولى ، سنة 1407هـ .

- أبو الحسن المالكي : كفاية الطالب ، دار النشر ، بيروت ، سنة 1412هـ ، تحقيق

يوسف الشيخ محمد البقاعي .

- الأبي : صالح عبد السميع ، الثمر داني ، المكتبة الثقافية ، بيروت .

- الخطاب : محمد بن عبد الرحمان ، مواهب الجليل ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة

الثانية ، سنة 1398هـ .

- الدردير : أحمد بن محمد ، 1- الشرح الصغير ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة

1398هـ - 1978م .

2- الشرح الكبير ، دار الفكر .

- الدسوقي : محمد عرفة ، حاشية الدسوقي ، دار الفكر ، تحقيق محمد عlish .

- الصاوي : أحمد بن محمد ، الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعرفة ، بيروت ،

سنة 1398هـ - 1978م .

- العبدري : محمد بن يوسف ، التاج والإكليل ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية

، سنة 1398هـ .

- العدوي : علي الصعدي ، حاشية العدوي ، دار الفكر ، بيروت ، سنة

1412هـ ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي .

- النفراوي : أحمد بن غنيم سالم النفراوي المالكي ، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد

القيراواني ، دار الفكر ، بيروت ،

1415هـ .

(ب) - الفقه الحنبلي :

- ابن ادريس : منصور بن يونس ، كشاف القناع ، دار الفكر ، بيروت ، سنة

1402هـ ، تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال .

- ابن المفلح : محمد بن المفلح المقدسي ، الفروع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،

الطبعة الأولى ، سنة 1418هـ ، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي .

- ابن تيمية : أحمد عبد الحلیم ، فتاوى ابن تيمية ، مكتبة ابن تيمية ، تحقيق عبد

الرحمان محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي .

- ابن قدامة المغني ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1405هـ .

- ابن يوسف : مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب ، المكتب الإسلامي ، بيروت

، الطبعة الثانية ، سنة 1389هـ .

- الزرعي : شمس الدين ، زاد المعاد ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة التاسعة والعشرون ،

سنة 1416هـ - 1996م ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، عبد القادر

الأرنؤوط .

- المرداوي : علي بن سليمان ، الإنصاف للمرداوي ، دار إحياء التراث العربي ،

بيروت ، تحقيق محمد حامد الفقي .

- ابن مفلح : إبراهيم بن محمد ، المبدع ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة

1400هـ .

ج - الفقه الشافعي :

- الخن ، البغا ، الشرجي : أ.د مصطفى الخن ، أ.د مصطفى البغا ، أ. علي الشرجي

الفقه المنهجي ، دار الصباح ، الطبعة الأولى ، سنة 1407هـ

- الشافعي : محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ،

سنة 1393هـ .

- الشربيني : محمد الخطيب ، - مغني المحتاج ، دار الفكر ، بيروت .

- الشيرازي : إبراهيم بن علي أ- المهذب ، دار الفكر ، بيروت .

- النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف ، روضة الطالبين ، المكتب الإسلامي ،

بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1405هـ .

د) الفقه الحنفي :

- ابن عابدين : محمد أمين ، حاشية ابن عابدين ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ،

سنة 1386هـ .

- السرخسي : محمد بن أبي سهل ، المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ،

سنة 1406هـ .

- السيواسي : محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة

الثانية .

- الكاساني : علاء الدين ، بدائع الصنائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة

الثانية ، سنة 1982م .

- المرغيباني : علي بن أبي بكر ، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية ، بيروت .
إحياء التراث العربي .

(ي) - الفقه المقارن :

- ابن رشد : أبو الوليد محمد ، بداية المجتهد ، دار شريفة الجزائر .
- الزحيلي : أ.د. وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة
الرابعة معدلة ، سنة 1418هـ - 1997م .

و- الفقه العام :

- أبو زهرة : محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي . ، الطبعة الثالثة
- بوساق : د. محمد بن المدني بوساق ، التعويض عن الضرر ، دار اشيليا ،
الرياض الطبعة الأولى ، سنة النشر 1419هـ - 1999م .
- عبد الله : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، دار
المعارف ، مصر ، الطبعة الثالثة ، سنة النشر 1962 .
- حسب الله : على حسب الله ، الفرقة بين الزوجية ، دار الفكر العربي .

4- القواعد الفقهية :

- ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، الأشباه والنظائر، المكتبة العصرية ،

الطبعة الأولى ، سنة النشر 1998م-1418هـ ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي .

- الزرقا : مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1418هـ - 1998م .

5- أصول الفقه :

- الشاطبي : ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي ، الموافقات

في أصول الشريعة ، دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ، سنة النشر

1423هـ - 2002م تحقيق د. محمد الاسكندراني ، عدنان درويش .

6- القانون :

- الصابوني : أ. د . عبد الرحمان الصانوي ، شرح الأحوال الشخصية السوري ، مطابع

جامعة دمشق ، سنة النشر 1412هـ - 1991م .

- سعد : عبد العزيز أ- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة

الجزائر ، الطبعة الثالثة ، سنة النشر 1996 .

ب- الجرائم الواقع على الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ،

الطبعة الثانية ، سنة النشر 2002 .

- الحاج : د- بالعربي الحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان

المطبوعات الجامعية ، سنة النشر 1994 .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1982 ،
العدد خاص .
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1989 ، 1، 2، 4 .
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1990 ، العدد 1، 2،
3، 4 .
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1991 ، العدد 2، 3،
4.
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1992 ، العدد 4
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1993 ، العدد 1، 2،
4، – المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1994 ، العدد 1
2، .
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1995 ، العدد 4 .
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1996 ، العدد 2
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1997 ، العدد 1
2، .
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1998 ، العدد 1
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1999 ، العدد 56 .
- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 2000 ، العدد 1

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 2001، العدد خاص.

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 2001، العدد 1، 2.

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 2002، العدد 2

- المجلة القضائية : الصادرة عن وزارة العدل الجزائرية بتاريخ 1982، العدد خاص.

- المجلة القضائية : الصادرة عن وزارة العدل الجزائرية بتاريخ 1995 ، العدد 47 .

- المجلة القضائية : الصادرة عن وزارة العدل الجزائرية بتاريخ 1997، العدد 48 .

8- المعاجم :

- ابن منصور : محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى .

- الرازي : محمد بن أبي بكر ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ، بيروت ، طبعة

جديدة سنة 1415هـ - 1995م ، تحقيق محمود خاطر .

- الفيومي : أحمد بن محمد ، المصباح المنير ، دار العلم ، بيروت .

فهرست الموضوعات

1	مقدمة
4	الخطبة
4	تعريف الخطبة
6	آثار العدول عن الخطبة
10	شروط الخطبة
11	الزواج
11	أركان الزواج
14	شروط صحة الزواج
29	الشروط في الزواج
34	الزواج الباطل والزواج الفاسد
35	آثار الزواج
37	انحلال الرابطة الزوجية
37	تعريف الطلاق
38	الفرق بين الطلاق والفسخ
50	التطليق
53	الخلع
59	آثار الطلاق
59	العدة
69	النفقة
75	الحضانة
97	التزاع في متاع البيت
99	قائمة المراجع

