الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة البليدة 02 علي لونيسي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون الخاص

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الزواج وانحلاله على ضوء العمل القضائي

أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة دكتوراه العلوم
في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية

إعداد الطالب:
تومي العربي

إشراف الأستاذ الدكتور:
بوشمة خالد

السنة الجامعية: 2021- 2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة البليدة **02** علي لونيسي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون الخاص

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الزواج وانحلاله على ضوء العمل القضائي

أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة دكتوراه العلوم
في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية

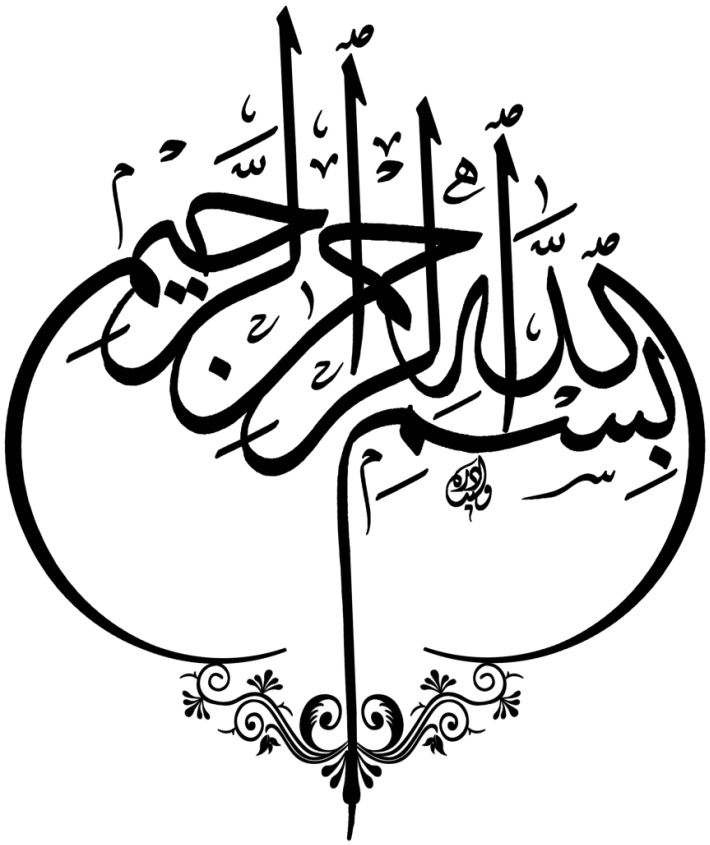
إعداد الطالب:
تومي العربي

إشراف الأستاذ الدكتور:
بوشمة خالد

لجنة المناقشة:

عمرو خليل	أستاذ	جامعة البليدة 2	رئيسا
بوشمة خالد	أستاذ	جامعة البليدة 2	مشرفا ومقررا
مستوري محمد	أستاذ محاضر " أ "	جامعة البليدة 2	عضوا مناقشا
بوغرارة الصالح	أستاذ	جامعة تيارت	عضوا مناقشا
قديري محمد توفيق	أستاذ محاضر " أ "	جامعة تيارت	عضوا مناقشا
مجيدي العربي	أستاذ محاضر " أ "	جامعة المسيلة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2021- 2022


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء:

إلى روح من علّمني القراءة والكتابة، وزرع فيّ حب العلم والتّعليم: معلّمي سيدي أحمد دبي رحمه الله.

إلى منبع الحنان، وفيض العطاء بلا امتنان: والديَّ الحبيبين.

إلى إخوتي الأعزّاء وسندي في الحياة: فاطمة الزهراء، أم الخير نعيمة، وهيبة، عبد القادر، إيمان.

إلى الكنز الموهوب من الرحمان: زوجتي الطيّبة الحنونة.

إلى قرّة عيني، أبنائي: إدريس، زكريا، فاطمة الزهراء.

إلى كل أساتذتي، وزملائي الأساتذة، وطلبة العلم حيثما كانوا.

إلى كل هؤلاء... أهدي هذا العمل المتواضع.

شكر:

من الواجب في هذا المقام أن أذكر لأهل الفضل فضلهم وأشكرهم لما أسدوه لي من معروف، وحسن رعاية وخالص توجيه، وفي مقدمتهم الأستاذ الدكتور بوشمة خالد لتفضّله كرما منه بالإشراف على هذه الأطروحة وعلى ما جاد به من نصائح وتوجيهات بيّنت لي طريقة البحث وأثرته.

كما أتوجه بالشكر والعرفان إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضّلوا كرما منهم لمناقشة هذه الأطروحة، وعلى ما يبذلونه من جهد في سبيل ترشيد البحوث العلمية، وإني أدين لهم لملاحظاتهم وتوجيهاتهم، لأعد أن تكون محل تقدير واهتمام لإخراج الأطروحة بالصورة الأفضل.

والشكر موصول إلى كلّ من مدَّ لي يد المساعدة، وأسدى إليّ معروفا لإعداد هذا البحث وأخص بالذكر الرفيق والصّديق الوفيّ عباسي فهمي الذي كان لي خير معين في إنجاز هذا البحث، وكذلك الأخ والصديق الدكتور قديري محمد توفيق الذي ساعدني هو الآخر في إنجاز هذه الأطروحة من خلال إفادتي بالمادة العلمية ولا أنسى الدكتور بن عزوق منير والأخ أحمد بن رقية على ما قدّماه لي من مساعدة لتسهيل إجراءات إيداع مذكرة الأطروحة ومناقشتها.

ملخص البحث:

لقد سلك المشرع الجزائري مسلك الاختصار في تنظيم المواضيع التي تدخل في نطاق الزواج وانحلاله، فقد اقتصر على ذكر أبرز أحكام تلك المواضيع دون أن يدخل في تفاصيلها إلا في مسائل قليلة، كما أنه لم يتطرق إلى جملة من المسائل الهامة ذات الصلة، وهو بذلك ترك مساحة واسعة جدا لقاضي شؤون الأسرة للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للفصل في النزاع المعروض عليه عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة.

لذلك فإن هذا البحث يسعى إلى تبيين نوعين من المسائل، مسائل لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة الجزائري، ومسائل ورد فيها نص تميز بالغموض وعدم التفصيل، وبعدها يتم الإشارة إلى أهم القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في هذه المسائل إن وجدت مع التعليق عليها، ليتضح بعدها مرجعية القضاء واختياراته الفقهية، وهذا بعد عرض خلاصة للآراء الفقهية في المذاهب الأربعة حول المسألة المطروحة.

ولقد تبين من خلال هذا البحث أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا يتوجه بقوة إلى مختصر خليل كونه يمثل أحد المرجعيات الأساسية للمذهب المالكي في الجزائر، لما له من قيمة علمية جدُّ عالية، كما لم تبتعد المحكمة العليا في قراراتها واجتهاداتها عن ما هو مقرر في مشهور مذهب مالك.

إن قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها وإن كانت جعلت من مذهب الإمام مالك قبلتها في استيراد نقوله فإن ذلك لم يمنعها من التوجه إلى غيره، بل ومخالفة بذلك جمهور الفقهاء، وهذا ما يترجم تحرّرها وعدم تعصّبها لكن عدم التقيّد بمذهب فقهي معين قد يؤدي إلى التضارب في الأحكام القضائية، وعدم الاستقرار.

الكلمات المفتاحية: قانون أسرة، شريعة إسلامية، مسائل، زواج، طلاق، أحكام، اجتهاد قضائي، نقص تشريعي.

قائمة المختصرات المستعملة

د. ط: دون طبعة.

د. ت: دون تاريخ سنة نشر.

ط: الطبعة.

ج: الجزء.

إ. ق. غ. أ. ش: اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية.

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا (سابقا).

أصبحت غرفة شؤون الأسرة والمواريث بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية عام **8002.**

غ. ق. خ: غرفة القانون الخاص بالمجلس الأعلى سابقا.

ق. أ: قانون الأسرة

ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم:08-09.

م. م. ع: مجلة المحكمة العليا، الجزائر.

م. ق: المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر.

ن. ق: نشرة القضاة، وزارة العدل، الجزائر.

ن. س: النشرة السنوية، وزارة العدل، الجزائر.

قائمة المحتويات

إهداء
شكر
ملخص
قائمة المختصرات المستعملة.....
قائمة المحتويات.....
مقدمة:..... 13
الباب الأول: الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الزواج وآثاره..... 23
الفصل الأول: الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل عقد الزواج 25
المبحث الأول: مسائل في مقدمات عقد الزواج..... 26
المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج 26
الفرع الأول: تعريف عقد الزواج 26
الفرع الثاني: أدلة مشروعية الزواج وحكمته 32
الفرع الثالث: الحكم الشرعي للزواج..... 34
المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بأحكام الخطبة..... 36
الفرع الأول: مفهوم الخطبة..... 36
الفرع الثاني: شروط صحة الخطبة 42
الفرع الثالث: اقتران الخطبة بالفاتحة..... 47
المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بآثار العدول عن الخطبة..... 50
الفرع الأول: مسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول 50
الفرع الثاني: مصير المهر بعد العدول عن الخطبة 63
الفرع الثالث: استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة. 64
المبحث الثاني: المسائل المتعلقة بتكوين عقد الزواج وإثباته. 69
المطلب الأول: المسائل المتعلقة بركن الرضا في عقد الزواج. 69
الفرع الأول: المسائل المتعلقة بشروط الإيجاب والقبول. 70
الفرع الثاني: الاشتراط في عقد الزواج وآثاره 83
المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بشروط عقد الزواج 93
الفرع الأول: المسائل المتعلقة بأهلية الزواج..... 93
الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بالصداق 101
الفرع الثالث: المسائل المتعلقة بالولي 114

الفرع الرابع: مسائل الإشهاد في عقد الزواج..... 128
المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بإثبات الزواج..... 133
الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي وصوره..... 134
الفرع الثاني: وسائل إثبات عقد الزواج العرفي..... 136
خلاصة الفصل الأول:..... 143
الفصل الثاني:الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلايمة في مسائل آثار عقد الزواج..... 146
المبحث الأول: المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج الصّحيح..... 147
المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالنفقة الزوجية..... 147
الفرع الأول: مفهوم النفقة..... 148
الفرع الثاني: شروط استحقاق النفقة..... 157
الفرع الثالث: مسألة سقوط النفقة بسبب نشوز الزوجة:..... 161
الفرع الرابع: مسألة نفقة زوجة الغائب..... 164
المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالنسب..... 166
الفرع الأول: مسألة إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية..... 166
الفرع الثاني: مسألة نفي النسب باللعان..... 176
الفرع الثالث: مسألة مدى اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب..... 183
المبحث الثاني: المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج غير الصحيح..... 200
المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج غير الصحيح..... 200
الفرع الأول: التعريف بعقد الزواج الفاسد والباطل..... 200
الفرع الثاني: تطبيقات الزواج الباطل والفاسد في القضاء الجزائري:..... 207
المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الفاسد والباطل:..... 212
الفرع الأول: آثار عقد الزواج الفاسد والباطل في الفقه الإسلامي..... 212
الفرع الثاني: ما جاء في قانون الأسرة بشأن آثار الزواج الفاسد والباطل وتطبيقاتها القضائية..... 222
خلاصة الفصل الثاني:..... 230
الباب الثاني: الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل انحلال الزواج وآثاره..... 233
الفصل الأول: الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل انحلال الزواج..... 235
المبحث الأول: انحلال الزواج بالطلاق الاختياري..... 236
المطلب الأول: مسائل الطلاق بإرادة الزوج:..... 236
الفرع الأول: تعريف الطلاق وأدلة مشروعيته والغاية من تشريعه..... 236
الفرع الثاني: شروط تحقق الطلاق بإرادة الزوج..... 241

الفرع الثالث: أقسام الطلاق بإرادة الزوج 248
الفرع الرابع: مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد والطلاق الثلاث المتتابع في مجلس واحد: 259
الفرع الخامس: مسألة إثبات الطلاق العرفي 265
المطلب الثاني: مسائل الطلاق بالتراضي 267
الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي وصوره في الفقه الإسلامي: 267
الفرع الثاني: أهم التطبيقات القضائية للطلاق بالتراضي: 273
المطلب الثالث: الطلاق بالخلع 277
الفرع الأول: مفهوم الخلع 277
الفرع الثاني: مسألة تكييف الخلع 282
الفرع الثالث: مسألة آثار الخلع 289
المبحث الثاني: التفريق القضائي والشرعي 291
المطلب الأول: مسألة الفرق التي تعدُّ فسخا، والتي تعدُّ طلاقا، وضابط التفرقة بينهما: 291
الفرع الأول: التمييز بين الفسخ والطلاق 292
الفرع الثاني: الفرق التي تعدُّ فسخا، والتي تعدُّ طلاقا، وضابط التفرقة بينهما في الفقه الإسلامي: 294
المطلب الثاني: مسائل التفريق القضائي المغفل تنظيمها في قانون الأسرة الجزائري: 298
الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق 299
الفرع الثاني: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. 306
الفرع الثالث: التطليق للضرر المعتبر شرعا. 313
الفرع الرابع: التفريق للحبس. 317
الفرع الخامس: التفريق للغيبة 319
المطلب الثالث: التفريق بحكم الشرع 320
الفرع الأول: التفريق للإيلاء 321
الفرع الثاني: التفريق للظهار 325
الفرع الثالث: التفريق بسبب اللعان 330
خلاصة الفصل الأول: 338
الفصل الثاني: الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل آثار انحلال الزواج 342
المبحث الأول: مسائل آثار الطلاق المعنوية 343
المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالعدّة 343
الفرع الأول: مفهوم العدّة 344
الفرع الثاني: مسألة عدّة المرأة التي لم تحض 353

الفرع الثالث: مسألة السن الذي تصير به المرأة من الآيسات..... 357
الفرع الرابع: مسألة الأقراء في حساب العدة..... 359
الفرع الخامس: مسألة عدة المستحاضة..... 361
الفرع السادس: مسألة عدة المتحيرة..... 363
المطلب الثاني: الحضانة..... 368
الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة..... 369
الفرع الثاني: الحالات التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري..... 376
الفرع الثالث: عدم تجزئة الحضانة..... 380
الفرع الرابع: مكان ممارسة الحضانة ومسألة الانتقال بالمحضون إلى بلد آخر: 381
الفرع الخامس: مسألة سقوط الحضانة بسبب عمل الحاضنة..... 383
المطلب الثالث: حق الزيارة..... 386
الفرع الأول: مفهوم حق الزيارة..... 387
الفرع الثاني: مسألة مكان الزيارة ومدتها 392
الفرع الثالث: مسألة حق زيارة الأجداد للأحفاد 399
المبحث الثاني: مسائل في آثار الطلاق المالية: 402
المطلب الأول: مسألة المتعة كأثر من آثار الطلاق..... 403
الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي..... 403
الفرع الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي 405
الفرع الثالث: موقف القضاء من المتعة..... 410
المطلب الثاني: النفقة..... 417
الفرع الأول: مسألة نفقة العدة..... 418
الفرع الثاني: الحق في السّكن " مسكن ممارسة الحضانة أو بدل الإيجار"..... 422
المطلب الثالث: النزاع في متاع البيت 427
الفرع الأول: مفهوم متاع البيت 428
الفرع الثاني: مسألة الإثبات في صور النزاع حول متاع البيت..... 432
خلاصة الفصل الثاني: 441
الخاتمة: 445
قائمة المراجع:..... 456
Abstract: 471

مقـــدمـــة

مقدمة:

إن الشريعة الإسلامية – ولعدّة قرون– ظلّت هي القانون المهيمن في جميع البلاد الإسلامية، وصاحبة الولاية العامة والمرجع في كلّ المسائل على امتداد العصور من دون مزاحم، إلى أن ساد في النصف الثاني من القرن التاسع عشر الميلادي وضع قانوني جديد في معظم البلاد الإسلامية، بدأ معه عهد الإزدواجية القانونية والقضائية " بتغلغل القوانين الغربية " في أغلب أنظمة هذه البلاد، نتيجة ضعفها وخضوعها لقوى الاستعمار الأوربي.[1]

في هذا العهد، تألّفت المحاكم النّظامية وتوسّعت دائرة اختصاصها على حساب المحاكم الشرعية وأصبح نفوذ الشريعة الإسلامية يتراجع ويقلّ، ومجال ولايتها ينحصر بقدر ما يقتبس من تقنينات وضعية تأثّرا بالقوانين الغربية، باستثناء مسائل الأحوال الشخصية التي كان يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، في ظل هذا الوضع السائد ظهر قانون حقوق العائلة العثماني سنة 1917 م، ينظم شؤون الأسرة في تقنين حديث مستمدّ من الفقه الإسلامي مقتصرا – في157 مادة– على أحكام الزواج والطلاق.[2] تلاه القانون رقم **25** الصادر سنة 1920 في مصر، لتستمر بعد ذلك حركة تقنين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية إلى أن بلغت أوجّها في النصف الثاني من القرن العشرين الميلادي بصدور مجموعة من القوانين جامعة لأحكام الأحوال الشخصية [3] وغدا التقنين أسلوبا متبعا في هذا المجال في سياق مناهج تشريعية متنوعة.

والجزائر كغيرها من البلدان الإسلامية، منذ أن دخلها الإسلام وهي تدين به وتحتكم إليه في جميع مجالات الحياة، فقد كانت تعتمد نظام قضائي يُطبّق أحكام الشريعة الإسلامية إلى أن دخلها المستعمر الغاشم سنة 1830 م، حيث كان المذهب المالكي هو مصدر القضاة، عدا أتباع المذهب الإباضي، فقد كان لهم قضاتهم.[4] وهو الوضع الذي تغيّر مع مجيء العثمانيين إذ جعلوا المذهب الحنفي

1- يقول أحد الباحثين في الغرب: " لقد كان تغلغل القوانين الغربية وثيق الارتباط بأنظمة الحكم المحتلة وقوى الاستعمار.." الرافعي، مصطفى، تاريخ التشريع والقواعد القانونية والشرعية، ط1، بيروت، الشركة العالمية للكتاب، 1993، ص 207

2– عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ط9، القاهرة : مكتبة وهبة، 1983 ص 18–19.

3– الصابوني، المرجع نفسه، ص 19 وما بعد.

4– سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، طبعة خاصة، ج1، الجزائر: دار البصائر، 2007، ص 394

مذهبا رسميا دون التدخل في المذاهب الأخرى[1]، وبذلك تألفت السلطة القضائية من محكمتين، مالكية وحنفية، ومجلس شرعي أعلى مشترك يضم المفتي المالكي والمفتي الحنفي والقاضيين المالكي والحنفي وكبار العلماء والقضاة، ينعقد أسبوعيا في الجامع الكبير بالعاصمة للنظر في النوازل، وفي المسائل التي تثير اختلافا بين القضاة عند التطبيق.[2]

هذا النموذج استمر مع بداية الاحتلال الفرنسي للجزائر– عموما– بيد أنه لم يصمد طويلا، إذ شرعت سلطة الاحتلال ابتداءا من العشرية الثانية للاحتلال في التّدخل تدريجيا في شؤون القضاء الإسلامي قصد تضييق نطاق ولايته، وإخضاع الجزائريين للقانون والقضاء الفرنسي، حتى انحصرت صلاحيته في مسائل الأحوال الشخصية فقط، مع تدخّل القضاء الفرنسي في هذا المجال أيضا من خلال نظام الاستئناف الممارس من طرف المحاكم الفرنسية على المحاكم الشرعية، هذا ما كان في شأن أغلب المسلمين (فئة الأهالي)، أما في منطقة ميزاب فقد بقي القضاء يُطبّق المذهب الإباضي، في حين أخضع سكان منطقة القبائل إلى العرف المحلي.[3]

وقد كان مختصر الشيخ خليل بن إسحاق المالكي وشُروحه هو مرجع قضاة المحاكم الشرعية في أقضيتهم، وكذا رسالة ابن أبي زيد القيرواني، وتحفة الحكام لابن عاصم، هذه المراجع اعتمد عليها أيضا القضاء الفرنسي بعد أن ترجمت إلى الفرنسية، فقد ترجم الأستاذ بيرون berron مختصر خليل وطبع في باريس في سبع مجلدات ما بين 1848 و1854، وترجم فانيان fagnan جزءا من مختصر خليل " الزواج والطلاق" ونشر في الجزائر سنة 1909، وترجم أيضا رسالة أبي زيد القيرواني ونشرت سنة 1914، وترجم هوداس houdaso ومارتيل f. mertel تحفة ابن عاصم ونشرت مع النص العربي مدعّمة بشروح قانونية وملاحظات فقهية لغوية في الجزائر ما بين 1882 و1893.[4]

وقد استمر ذلك الوضع إلى بداية القرن العشرين الميلادي، وفي 22 مارس 1905 صدر مرسوم الحاكم العام الذي نص على تكوين لجنة خاصة بغرض تقنين الفقه الإسلامي، وتألفت اللجنة برئاسة " **مارسيل موران**" عميد مدرسة الحقوق بالجزائر، وانتهت من عملها في 16 ماي 1914 بإصدار مجلة الأحكام

1- سعد الله، المرجع نفسه، ص 392.

2– سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، المرجع السابق، ص 258.

3 – سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، المرجع السابق، ج4، ص 454–455.

4– إسماعيل الشيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، مذكرة ماجيستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران السانيا، ص41.

الإسلامية أو مجموعة موران أو **تقنين موران**، وهو عبارة عن تقنين كامل لكل أحكام نظام الأسرة من الزواج والطلاق وآثارهما، الأهلية، الولاية، الهبة والوصية والوقف، والمواريث، حيث كان القضاة الفرنسيون يحكمون بمقتضاه رغم أنه لم يصدر كتشريع قانوني، فلم يحظ هذا التقنين بالصفة الرسمية، وبقي الوضع على حاله إلى أن عمد المشرّع الفرنسي إلى سنّ مجموعة من القوانين تنظم بعض مسائل الأسرة بغرض إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية، منها على وجه الخصوص[1]:

1- القانون رقم:**75-552** الصادر بموجب الأمر المؤرخ في:11 مايو1957 المتضمن أحكام الولاية والوصاية، والقوامة، والحجر، وأحكام المفقود، وإثبات الزواج.

2- الأمر رقم:**75-852** المؤرخ في:04-02-1959 المتضمّن بعض أحكام الزواج والطلاق.

3- المرسوم رقم:**75-2028** المؤرخ في:17-04-1959 المحدد لشروط تطبيق الأمر رقم:59-1082.

هذه النصوص التشريعية استمر العمل بها بعد الاستقلال سدّاً للفراغ التشريعي، بمقتضى القانون رقم:**62-153** المؤرخ في:**31-12-1962** الذي مدّد العمل بالتشريع القديم الموروث عن الاستعمار الفرنسي مقرّرا في المادة الثانية " **أن كل نص تشريعي باطل إذا مس بالسيادة الداخلية أو الخارجية للدولة الجزائرية أو كان مستوحى من بواعث استعمارية أو كان ذا طبيعة تمييزية أو مس بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية**"، لذلك أصبحت النصوص التشريعية الثلاثة السابقة بالشروط التي تضمنها قانون 31-12-1962، إضافة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، هي الإطار القانوني الذي يحكم قضايا الأحوال الشخصية بعد الاستقلال إلى غاية صدور الأمر المؤرخ في:05-07-1975 إذ أصبحت أحكام الشريعة الإسلامية القانون الوحيد المطبّق في مجال قضايا الأحوال الشخصية، وبصدور الأمر رقم:**75-58** المؤرخ في:**26-09-1975** المتضمّن القانون المدني الساري مفعوله ابتداءا من التاريخ الموافق لـ:05-07-1975 تمَّ التأكيد على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال قضايا شؤون الأسرة في المادتين 01 و44، وبذلك يكون المشرّع أسند للقاضي دورا شبه تشريعي على أساس أن النصوص التي سيطبقها غير محدّدة على وجه قاطع مانع، ومنه أيضا تواجد الوضع بعد الاستقلال دفع القضاء الجزائري إلى المزيد من العناية والتمحيص، حيث أصبح القاضي يضطلع بمهمة القاضي المجتهد والمنظّر الذي يلزمه استقصاء قصد المشرع واستحضار المعايير ومفاهيمها، عند كل حالة فضلا عن مهمته الأساسية.

1- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، ص20.

وتزامنا مع ذلك، فقد أضحى من الضروري على المشرع خاصة بعد حصوله على السيادة الوطنية أن يفكر في سنّ قانون يتعلق بالأسرة يتضمن مجموعة من القواعد تنظم حالة الشخص وعلاقته المالية وغير المالية مع أسرته ومجتمعه، حيث أدرك المشرع ووعيا منه أنه أتى على أفراد المجتمع الجزائري حينا من الدّهر، كادت تطمس فيه معالم شخصيتهم، وتقطع بينهم وبين ماضيهم الحضاري وانتمائهم الإسلامي، لذلك أراد المشرع أن يضيف إلى المجال التشريعي في الجزائر بناء صرح قانوني بسنّه قانونا للأحوال الشخصية كغيره من مشرّعي البلدان العربية الإسلامية الأخرى، وهذا حتى يبعد ما من شأنه تأويلات تختلف باختلاف المحاكم والمجالس القضائية لأنه غالبا ما تكون أحكامها مختلفة حسب شخصية القاضي واجتهاده، فوجود قانون للأسرة سيقلّل لا محالة من حدّة هذه التأويلات، ويضبط على وجه الخصوص قضايا الأحوال الشخصية. ونزولا عند هذه الطموحات التي رغبها وتأمّلها المشرع، كان تاريخ:**09 رمضان 1404 هـ** الموافق لـ:**09 يوليو1984 م** هو تاريخ إصدار قانون رقم:**84-11** المتضمّن قانون الأسرة والذي أصبح يحكم العلاقات التي تربط بين طرفي العقد سواء عند اقترانهما أو افتراقهما، وكذا الآثار المترتبة على تلك العلاقات، وعليه فإن جميع العلاقات بين أفراد الأسرة تخضع لأحكامه طبقا للمادة الأولى منه، ومنذ ذلك التاريخ أضحى هذا التشريع جيدا بالنسبة لهذه الفترة، وما زال ساري المفعول لحدّ الآن في بعض نصوصه وحتى تاريخ:**27-02-2005** حيث صدر الأمر رقم:**05-02** بتعديل بعضا من نصوصه.

واستمدّ قانون الأسرة الصادر بتاريخ :**09 جوان 1984** مجمل أحكامه من الشريعة الإسلامية سيّما مذهب الإمام مالك، متضمّنا 224 **مادة** موزعة على أربعة كتب زيادة على الأحكام العامة، وهي على التوالي: الزواج وانحلاله، النيابة الشرعية، الميراث، التبرعات، ومحيلا القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النّص عليه من دون تحديد مذهب فقهي معين.

لقد سلك المشرع الجزائري في هذا القانون مسلك الاختصار في تنظيم المواضيع التي تدخل في نطاق الزواج وانحلاله، حيث اقتصر على ذكر أبرز أحكام تلك المواضيع دون أن يدخل في تفاصيلها إلا في مسائل قليلة، كما أنه لم يتطرّق إلى جملة من المسائل الهامّة ذات الصلة، وهو بذلك ترك مساحة واسعة جدا لأحكام الشريعة الإسلامية للفصل في هذه المسائل طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

وإذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الإحتياطي الأول والوحيد في قانون الأسرة الجزائري بمقتضى المادة 222 منه، فهي كذلك في القانون المدني الجزائري من حيث أنها المصدر الرسمي الاحتياطي الأول طبقا للمادة **1 فقرة 2** منه، إلا أن الخلاف بينهما يتمثل في المصطلحين الواردين في كل منهما، حيث نجد المشرع المدني استعمل مصطلح **مبادئ** في حين استعمل المشرع الأسري مصطلح **أحكام**.

فالمبادئ هي التي يتوقف عليها مسائل العلم، كتحرير المباحث وتقرير المذاهب، وأيضا هي التي لا تحتاج إلى البرهان بخلاف المسائل، فإنها تثبت بالبرهان القاطع.[1]

أما **الشريعة الإسلامية** فهي ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء صلى الله عليه وسلم، سواء كانت متعلقة بكيفية عمل وتسمى عملية، ودوّن لها: علم الفقه، أو بكيفية الاعتقاد: وتسمى أصلية واعتقادية، ودوّن لها، علم الكلام.[2] فاسم الشّريعة والشرّع والشّرعة ينتظم كل ما شرعه الله من العقائد والأعمال.[3]

والشريعة الإسلامية في الإصطلاح الشرعي هي الأحكام التي شرّعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أو بسنة النبي محمد صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير[4]، وهذه الأحكام نوعان، الأول جاء على شكل أحكام تفصيلية، والثاني على شكل قواعد ومبادئ عامة[5]. وهي شاملة للمسائل الاعتقادية والتهذيبية والعملية، وهذه الأخيرة هي التي اصطلح على تسميتها فيما بعد بالفقه، وهي منقسمة إلى قسمين: العبادات والمعاملات.[6]

أما فيما يخص **مبادئ الشريعة الإسلامية** التي أحال إليها المشرع عند غياب النص التشريعي طبقا للمادة 1 فقرة 02 من القانون المدني، فقد ذهب أكثر شراح القانون المدني والباحثين فيه إلى أن هذا المصطلح يراد به:" **المبادئ العامة والأصول الكلية للشريعة المتفق عليها، والتي لا يختلف جوهرها**

1- الجرجاني علي بن محمد، **كتاب التعريفات**، تحقيق وزيادة: د. محمد عبد الرحمان المرعشلي، دار النفائس بيروت ط2، 2007، مادة المبادئ، ص 277.

2- إسماعيل شيخ، المرجع السابق، ص 90.

3- إسماعيل شيخ، المرجع نفسه، ص90.

4- زيدان عبد الكريم، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 2010، ص 38-39.

5- زيدان عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 48-49.

6- زيدان عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 56.

باختلاف المذاهب الفقهية ".[1] فهي قواعد كلية عامّة تعبّر عن مبادئ عامة فقط مثل مبدأ العدالة، مبدأ لا ضرر ولا ضرار، حفظ النفس والمال.

وفيما يتعلق بمصطلح **أحكام الشريعة الإسلامية** فيقصد به في إصطلاح الفقهاء " **مجموعة الأحكام والقواعد الشرعية التي سنها الله لعباده والتي بلّغت عن طريق الرسل، وتحتوي على ما ينظم علاقة الإنسان بنفسه، ثم بربه، ثم بأخيه الإنسان، وبالجماعة التي يعيش فيها.** " وتنقسم إلى قسمين:

1- قسم الأحكام قطعية الثبوت والدلالة وهي التي لا شك فيها ولا اجتهاد معها، ثابتة بالنص ودلّت على معنى واحد.

2- قسم الأحكام غير قطعية الثبوت أو الدلالة.

ولم يجمع شراح قانون الأسرة والباحثين فيه على تفسير واحد لمصطلح **أحكام الشريعة الإسلامية** بل تردد مفهومه – عندهم- بين ثلاثة معان:

1- يقصد به مصادر الاستنباط، القرآن، والسنة، والإجماع، فالقياس، وصولا إلى آراء المذاهب.

2- مجموع ما فيها من حلول قانونية في مختلف المذاهب الإسلامية دون التقيد بمذهب معين[2] وهذا هو التفسير الغالب عند الباحثين في قانون الأسرة، ولعل هذا التفسير يجد سنده في الإطلاق وعدم التحديد الوارد في نص المادة 222 من **ق.أ**، يضاف إلى ذلك اعتماد المشرع في سنه لأحكام قانون الأسرة على الفقه المقارن.

3- معنى قريب من المعنيين الأول والثاني، يتبنى الإطلاق، لكن يقصره على المذاهب السنّية فقط.[3]

وأيا كان المعنى المقصود فإن المصطلحين "**مبادئ وأحكام** " متباينين في اللغة مبنى ومعنى، فالمشرع جعل في المادة **888** من **ق.أ** أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول والوحيد لقانون الأسرة بخلاف القانون المدني، وذلك لإسعاف القاضي عند غياب النص القانوني، ومن ثمة فلا يمكن أن يكون مصطلح " أحكام الشريعة الإسلامية " مقتصرا على المبادئ المتفق عليها فقط، فهذه منصوص عليها غالبا، ولا تحقق مقصد المشرع من وضع المصدر الاحتياطي، إذ يصير الرجوع المنصوص عليه في

1- حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992، ص 126.

2- العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج1، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2017 ص22-23

3- تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص 307.

المادة **888** من **ق.أ** بلا معنى، لذلك فمقصد المشرع يتحقق عندما يتّسع هذا المصطلح ليشمل مجموع حلول المسائل القضائية المستنبطة من مختلف المذاهب الإسلامية دون التقيد بمذهب معين.

ولذا فإني أسعى من خلال هذا البحث إلى تبيين نوعين من المسائل، مسائل لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة الجزائري ومسائل ورد فيها نص تميّز بالغموض وعدم التفصيل. ثم أعرض خلاصة للآراء الفقهية في المذاهب الأربعة حول حل المسألة المطروحة. وبعدها أشير إلى القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في هذه المسألة مع التعليق عليها، ليتّضح بعدها مرجعية القضاء واختياراته الفقهية.

انطلاقا من هذه المسائل وما قررته المادة **888** من **ق.أ** سيكون موضوع هذه الدراسة بعنوان: " **الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الزواج وانحلاله على ضوء العمل القضائي** " والهدف من ذلك تبيين أهم النقائص الواردة في النصوص القانونية المنظمة لأحكام الزواج وانحلاله، وموقف الاجتهاد القضائي منها وفق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

ولهذا الموضوع أهمية تبرز من عدة نواحي:

فمن الناحية الشّرعية فإن مسائل الزواج والطّلاق مقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية والتي يأبى أفراد المجتمع الجزائري تطبيق غيرها، لكونه مجتمع مسلم يسعى إلى التقيُّد بأحكام الشرع في هذه المسائل خاصة وأن هذه المسائل **فقهية** كثيرا ما يجهل أحكامها عامة الناس سيّما الأزواج.

ومن الناحية القانونية، فالأهمية تكمن في معرفة أهم النقائص الواردة في قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله، ومتابعة ما توصل إليه الاجتهاد القضائي فيها باعتباره المرجع في تفسير القانون، والمعوّل عليه في سدّ الفراغ التشريعي، والمأمول منه الوصول إلى إرساء قواعد قانونية جديدة تتناسب والمستجدات الفقهية المعاصرة.

أما من الناحية القضائية فإنّ هذه الدراسة ستبيّن أهم التطبيقات والحلول القضائية للمسائل المسكوت عنها في **ق.أ** المتعلقة بالزواج وانحلاله، وذلك وفق ما توصل إليه الاجتهاد القضائي وما قرّره الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه.

والحقيقة أن لاختيار هذا الموضوع دافع ذاتي، ينبع بالأساس من الرغبة في البحث عن كل ما له علاقة بأحكام الشريعة الإسلامية، كما أن الفضول دفعنا إلى البحث عن أهم المسائل التي لم يتطرق لها المشرع الجزائري في **ق.أ**، وموقف القضاء الجزائري منها.

كما أن لاختيار هذا الموضوع دافع موضوعي ينبع أساساً من القيمة العلمية لدراسة وتحليل أهم الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها المرجع في تفسير

القانون، وتوحيد العمل القضائي، وإرساء قواعد قانونية جديدة تتماشى والمستجدات الفقهية المعاصرة ومراقبة مدى تطبيق القانون على أكمل وجه.

وهذه الدراسة ليست سبقا في مجال البحوث التي تناولت مثل هذا الموضوع، بل هي امتداد لدراسات سابقة، فالبحث العلمي بحث حركي وتجديدي يتميز بالتجديد وإضافات في المعرفة عن طريق استبدال متواصل ومستمر للمعارف القديمة بمعارف أكثر حداثة. ولعلّ أقرب الدراسات لدراستنا هذه مما وقفت عليه:

– **دراسة** عبد الفتاح تقية بعنوان:" **الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي** " رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر 2007، حيث تناول فيها الباحث مدى كفاية تشريع الأسرة في تنظيم الطلاق بمختلف صوره وموقف الاجتهاد القضائي منه، فهذه الدراسة تقتصر على الطلاق فقط بتحليل مواده القانونية مع عرض موقف القضاء، بينما تتسع دراستنا لتشمل الزواج والطلاق وآثارهما مع التركيز على أهم المسائل التي لا نص فيها والمجتهد فيها قضائيا وتحليل هذه الاجتهادات لتحديد قيمتها وخياراتها ومرجعيتها الفقهية.

– **دراسة** بن الصغير محفوظ بعنوان:" **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**" بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة باتنة **8005**، تناول فيه الباحث أصول وضوابط الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وعلاقته بنظام الأسرة وتطبيقاته في الزواج والطلاق وآثارهما، فهذه الدراسة نظرية أكثر منها تطبيقية لأنها ركزت على الجانب الفقهي الشرعي وتعمّقت فيه بالنظر إلى تخصص الباحث، عكس دراستنا التي بالإضافة إلى تطرقها للجانب الفقهي لمسائل الزواج وانحلاله فإنها تطرقت كذلك للجانب التطبيقي القضائي بتحليل ومناقشة ما قررته المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى.

– **دراسة** اسماعيل شيخ بعنوان:" **الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري** " مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية جامعة وهران السانيا، 2013، وهي دراسة قيّمة جدّا تطرّق فيها الباحث إلى تحليل المادة **888** من **ق.أ** واستخلاص الإشكالات التي تعترض تطبيقها في الواقع العملي أما دراستنا فإنها تختلف لأنها لا تتوقف عند الإشكالات التي تثيرها هذه المادة بل تعنى بالمسائل التي لا نص فيها ببيانها واستعراض آراء الفقهاء فيها والترجيح بينها، ومناقشة وتحليل الاجتهاد أو القرار القضائي الصادر فيها لتحديد مرجعيته الفقهية.

من خلال ذلك كله تطرح الدراسة إشكالية مفادها **قيمة ومكانة الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي لسدّ النقص التشريعي في مسائل الزواج وانحلاله؟**

هذه الإشكالية تثير عددا من التساؤلات تتمحور حول مسائل الزواج وانحلاله التي لا نص فيها ويقتضي القضاء فيها الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؟ والمرجعية الفقهية للقضاء الجزائري في مسائل الزواج وانحلاله التي اجتهد فيها؟ وما هي خياراته الفقهية في ذلك؟ وهل ساهم في سدّ النقص التشريعي؟

للإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات التي تطرحها تم اتباع منهجية تجمع العديد من المناهج منها: **المنهج الوصفي** لوصف أهم المفاهيم والأحكام التي تقتضي منا معرفتها، **والمنهج الاستقرائي** لتتبع قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها المتعلقة بالمسائل موضوع الدراسة والتي يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وتتبع الآراء الفقهية المتّصلة بها. بالإضافة إلى **المنهج التحليلي** لتحليل مضامين قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها.

وإضافة إلى هذه المناهج، اعتمدنا **المنهج المقارن** الذي اقتضته طبيعة البحث ذاته من خلال مقارنة ما توصل إليه الاجتهاد القضائي الجزائري بما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وبالأخص فقه المذاهب.

وفيما يخصُّ خطة البحث المعتمدة، فقد وقعت هذه الدراسة في بابين رئيسيين، تناولنا في الباب الأول المسائل المتعلقة بالزواج وآثاره وتضمن فصلين، تناولنا في الأول المسائل المتعلقة بعقد الزواج وإثباته وتطرقنا في الثاني لدراسة أهم المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج.

أما الباب الثاني فخُصّص لدراسة المسائل المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره مشتملاً على فصلين، تناولنا في الأول المسائل المتعلقة بانحلال الزواج بالطلاق أساسا، وتطرقنا في الفصل الثاني إلى المسائل المتعلقة بآثار انحلال الزواج بالطلاق.

الباب الأول:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الزواج وآثاره

الباب الأول:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الزواج وآثاره

استخلف الله الإنسان في الأرض وجعل منه زوجين، ذكرا وأنثى وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الازدواج بينهما، ويكون من ثمرته التناسل ليبقى النوع الإنساني يعمر في الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله، ولكن المولى سبحانه وتعالى كرم بني آدم ولم يتركهم إلى ما تمليه طبيعتهم في أمر الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى، بل سن لهم طريقة خاصة تتفق ومنزلتهم بين سائر المخلوقات هي الزواج.

فالزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته، لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على الرجل والمرأة، ولا على الأسرة التي توجد بوجوده، بل يمتد إلى المجتمع.

لذلك، أولت الشريعة الإسلامية عقد الزواج عناية كبرى، فسنت قواعده منظمة لأحكامه، ابتداء من مقدماته إلى انعقاده، فإثباته، إلى الآثار المترتبة عنه.

وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في تقنين الأسرة رقم:84-11 المؤرخ في:09 يونيو 1984 حينما استمد معظم قواعده من أحكام الفقه الإسلامي، سيما تلك المتعلقة بعقد الزواج وآثاره.

ولأن مسائل عقد الزواج وآثاره متشعبة ومتعددة، وما تضمنه قانون الأسرة رقم:84-11 في هذا الشأن من قواعد قليلة ومقتضبة، وتفتقر للتفصيلات اللازمة في العديد من المسائل، فإن المشرع قد أحال القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه دون تحديد مذهب فقهي معين.

لذلك، ستكون هذه المسائل موضوع الدراسة في هذا الباب، مع التركيز على المسائل التي يجتهد فيها قضائيا وذلك ضمن فصلين، نتناول في الأول مسائل عقد الزواج التي يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ونخصص الفصل الثاني لدراسة المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج التي يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل عقد الزواج

الفصل الأول:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل عقد الزواج

لقد نظم قانون الأسرة الجزائري عقد الزواج مبينا أحكامه ابتداءً من مقدماته إلى انعقاده فإثباته، وعليه فإن مسائل عقد الزواج الواردة في هذا القانون، والتي تحكمها النصوص القطعية الدلالة ليست محلا للدراسة في هذا البحث لأنه لا مجال للاجتهاد القضائي فيها، فلا اجتهاد بوجود نص.

وإنما الدراسة تتعلق بالمسائل القائمة على أساس الظنية في دلالة النص أو تلك التي ينعدم فيها النص ومرجع الاجتهاد القضائي فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **888** من قانون الأسرة.

فهذه المسائل طرحت نفسها بقوة على ساحة النقاش الفقهي والقانوني والقضائي في مجال الأسرة وقضاياها، وهو ما يستدعي دراستها وبيان أحكامها الفقهية للوصول إلى قدرة الفقه الإسلامي وفاعليته لتقديم الحلول المناسبة للإشكالات القانونية والقضائية التي تثيرها هذه المسائل في الواقع العملي.

وبما أن المسائل المراد دراستها في هذا الفصل تتعلق بمقدمات عقد الزواج وانعقاده وإثباته، تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، خصصنا الأول لدراسة أهم المسائل المتعلقة بمقدمات الزواج، وتناولنا في الثاني أهم المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج وإثباته.

المبحث الأول: مسائل في مقدمات عقد الزواج

عقد الزواج من أجل العقود وأعظمها وأخطرها، لذلك سماه الله بالميثاق الغليظ، ولهذا جعل له الشرع مقدمات تكشف عن رغبة كل من العاقدين في إبرام هذا العقد الذي يستمر مدى الحياة، لينتج آثاره التي وضع من أجلها وهذه المقدمات هي المسماة في عرف الفقهاء بالخطبة.

لذلك نظم المشرع الجزائري أحكام الخطبة وآثار العدول عنها في المادتين 05 و06 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27 فبراير 2005، إلا أنه باستقراء ما جاء في هذين المادتين نجد أن المشرع أغفل تنظيم بعض المسائل الهامة ذات الصلة المتعلقة بأحكام الخطبة وآثار العدول عنها، وهي المسائل التي يستوجب الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **888** من قانون الأسرة.

وقبل الحديث عن الخطبة كمقدمة لعقد الزواج، وتبيان المسائل المتعلقة بأحكامها وآثار العدول عنها، لابد من التطرق أولا إلى مفهوم عقد الزواج، وذلك بتعريفه وبيان أدلة مشروعيته والحكمة من تشريعه وحقيقته ومميزاته.

وتبعا لما تقدم نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول مفهوم عقد الزواج، وندرس في الثاني المسائل المتعلقة بأحكام الخطبة، ونخصص المطلب الثالث لدراسة المسائل المتعلقة بآثار العدول عن الخطبة.

المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج

يتحدد مفهوم عقد الزواج بتعريفه لغة واصطلاحا وقانونا، وبيان حكمه وأدلة مشروعيته، والحكمة من تشريعه، وكذلك حقيقته ومميزاته، وهو ما سنتناوله تباعا وفق الآتي:

الفرع الأول: تعريف عقد الزواج

سيتم في هذا الفرع تعريف عقد الزواج لغة، واصطلاحا، وقانونا، وذلك فيما يأتي:

أولا- التعريف اللغوي:

الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط تقول العرب: زوج فلان إبله، أي قرن بعضها ببعض[1].

1- مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، الجزء 01، ط 4، مصر، دار الشروق الدولية، 2004، ص 407.

والزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر، ومنه قوله تعالى: **وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ** [1] ، وقوله: **وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ** [2] أي قرناهم بهن، وقوله تعالى: **احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ** [3] أي أحشروهم وقرناءهم من أهل السوء[4]. ثم شاع استعمال هذا اللفظ في اقتران الرجل بالمرأة على وجه الخصوص.

ويطلق لفظ الزواج على النكاح، وهذا يقتضي تعريف النكاح في اللغة والشرع.

1- تعريف النكاح في اللغة: النكاح في اللغة الضم والتداخل، يقال: تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض ومنه: نكحتُ البُر في الأرض أي حرثتها وبذرته فيها، ونكح الحصى أخْفاف الإبل إذا دخل فيها، ونكح المطر الأرض إذا خالط ثراها، ونكح النعاس عينه إذا داخلها النعاس.[5]

2- تعريف النكاح شرعا:

اختلف الفقهاء في لفظ النكاح هل هو حقيقة في العقد أم لا ؟

فالأحناف[6] يرون: أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد اعتبارا للأصل اللغوي[7]، ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " **ولدت من نكاح لا من سفاح** " أي من وطء حلال لا من وطء حرام، وقيل: إن العرب تستعمله بمعنى العقد والوطء فهو مشترك بينهما.

---

1 – سورة التكوير، الآية 07.

2 – سورة الدخان، الآية 54.

3 – سورة الصافات الآية 22.

4- القرطبي، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن أبي بكر، **الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان**، تحقيق عبد المحسن التركي، 24 جزءا، ط1، بيروت. لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، 523/19.

5- المعجم الوسيط، المصدر السابق، 960/2

6- السرخسي شمس الدين، **المبسوط**. 30 جزء، دون طبعة، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1984، ج4، ص 192.

7- نقل الشربيني في كتابه مغني المحتاج، الجزء 03 ص 165 قول الزمخشري – وهو من علماء الحنفية- : " لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد، لأن كونه بمعنى الوطء من باب التصريح، ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة أو المماسة"

أما **المالكية**[1] و**الشافعية**[2] فذهبوا إلى أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء لصحة نفيه عنه، ولاستحالة أن يكون حقيقة فيه، فيقال هذا الوطء ليس نكاحا، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء لما صح نفيه عنه، إذ ليس في الكتاب الكريم لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله تعالى: ﴿ **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾[3] وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم أن مراده سبحانه هنا الوطء لا العقد، أي أنه لا بد مع العقد من تذوق العسيلة.[4]

وذهب بعض **الحنابلة**[5] إلى أنه حقيقة في كليهما، فقالوا: " الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعا، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا**﴾[6]، وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد.[7]

وأما لفظ النكاح اصطلاحا فهو عقد بين الزوجين يحل به الوطء.[8]

وتظهر فائدة الخلاف بين الفقهاء فيمن زنا بامرأة فإنها تحرم على والده وولده عند القائلين بأنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد كالحنفية، ولا تحرم عليهما عند القائلين بأنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء كالشافعية والحنابلة.

وتظهر الفائدة أيضا فيمن علق طلاق زوجته على نكاح أخرى، فإنها تطلق بمجرد العقد على الثانية عند الشافعية إلا إذا نوى بلفظ النكاح الوطء، ولا تطلق عند الحنفية إلا بالوطء.

1- الدردير أبو بركات أحمد بن محمد بن أحمد، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وبالهامش حاشية الشيخ محمد الصاوي المالكي**، أخرجه ونسقه وأخرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالقانون الحديث: مصطفى كمال وصفي، 04 أجزاء، دون طبعة، القاهرة، مصر: دار المعارف، دون سنة نشر، الجزء01، ص 375.

2- الشربيني. شمس الدين محمد ابن الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، 04 أجزاء. ط 01. بيروت، لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، 1998، الجزء 03، ص165.

3- سورة البقرة: الآية 230.

4- الغزالي أبو حامد، **الوجيز في فقه المذهب الشافعي**، قدم له وضبطه: طارق فتحي السيد، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، ط 01، 2004، الجزء02، ص 4.

5- موفق الدين ابن قدامة المقدسي، **المغني شرح مختصر الخرقي**، 15 جزءا، ط 03، الرياض، المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، 1997، الجزء09، ص 339.

6- سورة النساء: الآية 22.

7- موفق الدين ابن قدامة المقدسي، **المرجع السابق**، الجزء 09، ص 339.

8- الشوكاني، **نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار**، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1 2006، ج12، ص 20.

ثانيا- التعريف الاصطلاحي الشرعي:

عرف الفقهاء عقد الزواج بتعريفات كثيرة متقاربة في المعنى، تدور كلها حول الغرض المبدئي منه، وهو حل استمتاع الرجل بالمرأة، ونوجز أهم هذه التعريفات فيما يلي:

1- **تعريف الحنفية:** عرفوه بأنه: " **عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا**" [1] فقوله: " عقد " جنس في التعريف يشمل سائر العقود، وقوله: " وضع لتملك المتعة بالأنثى" يخرج به العقد على المنافع كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع والهبة، والمراد: وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له، وخرج بقوله: " قصدا" ما لو اشترى أمة ولو للتسرى فإن ملك المتعة فيها أي الحل جاء ضمنا، بخلاف النكاح فإن المتعة مقصودة قصد أوليا[2].

2- **تعريف المالكية:** عرفوه بأنه:" **عقد لحل استمتاع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا.** " [3]

فقوله:"**عقد**" بمعنى جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود، وقوله: " **لحل استمتاع**" علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، وخرج بقوله: **غير محرم ومجوسية وأمة كتابية** بمعنى المحرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن، وقوله: " **بصيغة** " متعلق بعقد وهو من تمام التعريف لأن الصيغة أحد أركان الزواج[4].

3- **تعريف الشافعية:** عرفوه بأنه: " **عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ النكاح أو التزويج أو ترجمته.**" [5] فقولهم: "عقد" جنس في التعريف، وقولهم: " يتضمن إباحة وطء" خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء، كالإجارة وغيرها وقولهم: " بلفظ النكاح أو التزويج " خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك[6].

1- ابن الهمام كمال الدين، **فتح القدير شرح الهداية شرح بداية المبتدي**، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، 10 أجزاء، ط1 لبنان: دار الكتب العلمية، 2003، ج 3، ص177.

2- محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الأردن: دار الفكر ناشرون وموزعون، ط 03، 2010، ص 10.

3- الدردير، **المرجع السابق**، ج 01، ص 374.

4- الرافعي أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الشافعي، **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، 13 جزءا، ط 01، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1997، ج7، ص 427.

5- الشربيني، مغني المحتاج، **المرجع السابق**، الجزء 03، ص 165.

6- الرافعي، الشرح الكبير، **المرجع السابق**، الجزء 07، ص 427.

4- تعريف الحنابلة: عرفوه بأنه: " **عقد التزويج، فعند إطــلاق لفظه ينصرف إليه، ما لم يصرفه عنه دليل** " [1].

وما يمكن ملاحظته على هذه التعريفات أنها متقاربة في المعنى، وهي تؤدي في جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وأن الغرض منه في الشرع هو جعل هذه المتعة حلالا، ولا شك أن ذلك من غاياته، ولكن ليست كلها، لأن الغاية الأسمى من الزواج نراها تلك التي تحقق التناسل وتحفظ النفس والنوع الإنساني.

كما أن هذه التعريفات تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج يقتصر على الرجل فقط، مع أنه ثابت للمرأة أيضا، ولعلهم فعلوا ذلك نظرا لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص، لأنه يجوز له أن يتمتع بغيرها في حدود ما قرره الشرع[2].

ولعل التعريف المختار للزواج هو للشيخ محمد أبو زهرة، بأنه: "**عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، ويفيد تعاونهما ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات.** " [3]

ثالثا- التعريف القانوني:

عرفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم:05-02 عقد الزواج بأنه: **عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.**

وهذا التعريف أظهر في بيان المقصود من الزواج من التعاريف الفقهية السابقة، ذلك لأنه يبين أن المقصد الأسمى من الزواج في نظر الشارع وعند العقلاء هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد في شريك حياته الأنس والمودة التي تؤلف، قال تعالى: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً**﴾[4]. كما أن من مقاصده أيضا استمتاع كل منهما بالآخر وقضاء الوطر الجنسي.

---

1 - ابن قدامة، المغني، **المرجع السابق**، الجزء 09، ص 339.

2- محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دراسة مقارنة، ط 02، بيروت، لبنان: دار النهضة العربية، 1977، ص 46. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، 08 أجزاء، ط 02، دمشق، سوريا: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1985، ج 7، ص29- 30.

3- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 17.

4- سورة الروم: الآية 21.

نستنتج من ذلك أن المشرع الجزائري يسمو بالزواج عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق ومصالح مادية أو منفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر، بل هو ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام لبناء الأسرة وتحمل أعبائها.

ومن قراءة هذه المادة أيضا، تظهر لنا بعض خصائص عقد الزواج في قانون الأسرة، نذكرها تباعا وفق الآتي: [1]

- **الزواج عقد من العقود**، يقوم على أركان وشروط، وتترتب عليه آثار قانونية معينة، وهو عقد رضائي ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر في مجلس واحد، وهو أيضا من **العقود الفورية** حيث تسري آثاره على الطرفين بمجرد انعقاده أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا طبقا لنصوص المواد: **9، 10،18 و36** وما يليها من قانون الأسرة .

- **عقد الزواج لا يتم إلا بين رجل وامرأة**، وهما طرفا العقد، والقانون يمنع اللواط والسحاق والزنا والعلاقات الجنسية الحرة، وعاقب عليها في قانون العقوبات بصرامة، صيانة للأسرة والمجتمع.

- **عقد الزواج يكون على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة**، لما يترتب عليه من آثار مهمة تتعلق بالزوجين وولدهما طول الحياة، ما لم ينحل هذا العقد بالوفاة أو الطلاق طبقا للمادة **47** من قانون الأسرة، والمذاهب الأربعة السنية تحرم زواج المتعة والزواج المؤقت، لتنافيهما مع شرط التأبيد في الزواج.

- **الزواج عقد قائم على المودة والرحمة والتعاون**، أي على السلام والاحترام المتبادل.

- **عقد الزواج غايته الإحصان والعفاف وابتغاء الولد**، لامتداد النوع البشري، أما تحديد النسل أو تنظيمه في الحالات الفردية فهو يختلف من حالة إلى حالة، تبعا لظروف وأسباب كل منهما.

- **الشكل في إنشاء عقد الزواج معتبر شرعا وقانونا** عملا بنص المادة **18** من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم: 05- 02 بخلاف أغلب العقود المدنية المالية التي مبناها على التراضي أساسا؛ لخطورة آثاره ومقاصده التي شرع من أجلها، ولهذه الأسباب لا يصح الزواج إلا بالإشهاد وفقا للمادة **9 مكرر والمادة 33 فقرة 02** من قانون الأسرة، وذلك بأن يشهد على عقد الزواج شاهدان رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان، حفاظا على حقوق الزوجين والأولاد، أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا.

1- العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الجزء الأول، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2017، ص 58-59

الفرع الثاني: أدلة مروعية الزواج وحكمته

أولا- أدلة مشروعية الزواج:

دلّ على مشروعية الزواج والترغيب فيه، كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وإجماع المسلمين.

1- **من الكتاب،** قوله تعالى: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً**﴾[1]، وكذا قوله سبحانه: ﴿**وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ**﴾[2]، فقد اشتملت الآيتان الكريمتان على الأمر بالنكاح، وهو إن كان في الأصل للوجوب، إلا أنه فيهما مصروف عن الوجوب إلى الإباحة الشرعية[3].

وقد بين القرآن الكريم أهمية الصلة التي تجمع بين طرفي عقد الزواج، وما ينتج عن ذلك من آثار عظيمة وجليلة فقال عز وجل: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً**﴾[4].

2- **من السنة النبوية:** قوله عليه الصلاة والسلام:" **يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء**"[5]، والمقصود **بالباءة** هنا التكاليف اللازمة للزواج، وأما **الوجاء** فهو العلاج والوقاية.

وكذلك ما روي عن الطبري والبيهقي، قوله صلى الله عليه وسلم: " **إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف دينه، فليتق الله في النصف الباقي**" [6]، وقوله أيضا صلى الله عليه وسلم: " **تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة**" [7]، وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" **الدنيا متاع، وخير متاع الدنيا، المرأة الصالحة.**"[8]

1- سورة النساء: الآية 3.

2- سورة النور: الآية 32.

3- ابن قدامة، المغني، **المرجع السابق،** الجزء 06، ص 446.

4- سورة النساء: الآية 01.

5- أخرجه البخاري ومسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه.

6- رواه السيوطي في الجامع الصغير والحاكم وصححه.

7- أخرجه أبو داود والنسائي وغيرهما عن معقل بن يسار رضي الله عنه.

8- أخرجه مسلم في صحيحه.

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التبتل والترهب والتفرغ للعبادة، والانقطاع عن النساء وعن الدنيا[1]، لأنه اعتبر الزواج من سنة الإسلام، والطريق الإنساني والأخلاقي والحضاري الأوحد الذي يؤدي إلى إشباع الغريزة الجنسية للفرد من غير إضرار بالمجتمع، وفي هذا الصدد جاء قوله عليه الصلاة والسلام: "**إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، ألا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض**"[2].

3- الإجماع: أجمع المسلمون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم، على أن الزواج مباح ومشروع، وذكر الفقهاء أن الترهب والتبتل هو طريقة نصرانية للتقرب إلى الله بترك الزواج أو العزوف عنه، وهذا باطل، لأن طريقة الأنبياء عليهم السلام، والتي ارتضاها الله تبارك وتعالى للناس هي إصلاح الطبيعة، ودفع اعوجاجها لا سلخها عن مقتضياتها الطبيعية الفطرية[3].

ثانيا- الحكمة من تشريع الزواج:

إن في الزواج تلبية لدواعي الطبع بإشباع الغريزة الجنسية، واستجابة لمقتضى العقل ببقاء النسل واستمرار الخلف كما أن في الزواج منحا للسكينة والاطمئنان لكلا الزوجين لقوله عز وجل: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً**﴾[4]، وقوله أيضا: ﴿**وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً**﴾ [5] .

وإذا كان عقد الزواج هذا شأنه فإنه من الطبيعي أن يفتح بابه ليمنح الإنسان الراحة والنسل والسكينة لذا فإن الحكمة التي نقصدها لا تكمن في السماح بالزواج الذي هو ضرورة إنسانية بل الحكمة تكمن في تشريعه على النحو الذي جاءت به الشريعة الإسلامية بأن جعلته عقدا بين رجل وامـرأة حصرا ليؤتي ثماره في إنجاب أولاد يعرفون انتماءهم لوالديهم، وبأن جعلته دائما لكي يستمر العطاء والتناسل وينشأ الأولاد في ظل والديهم ويتربوا تحت أيديهم، فتتكون بذلك أسرة راسخة البيان تساهم في تطوير المجتمع لا في هدمه، وبهذه الديمومة للعقد يتميز الزواج عن العلاقات العارضة، وكذلك الحكمة تكمن في أن حددت الشريعة

1- النووي، المنهاج، شرح النووي على صحيح مسلم، المطبعة المصرية- القاهرة، مصر، ط1، ج3، ص 549.

2- رواه الترمذي وابن ماجة والحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

3- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، **المرجع السابق**، ص 167.

4- سورة الروم الآية 21.

5- سورة النحل الآية 72.

حقوق وواجبات كل من الزوجين ولم تتركها للأفراد يوزعها كل منهم كما يروق له ويتماشى مع مصلحته الذاتية فيظلم بذلك غيره[1].

وقد أشار **الإمام الغزالي** رحمه الله إلى فوائد التزويج والزواج ورقي العلاقة الزوجية بقوله: " فيه راحة للقلب، وتقوية له على العبادة، فإن النفس ملول وهي من الحق نفور، لأنه على خلاف طبعها، فلو كانت المداومة بالإكراه على ما يخالفها جمعت وثارت، وإذا روحت باللذات في بعض الأوقات قويت ونشطت[2].

ويقول الشيخ المحقق **محمد أبو زهرة:** " وفي الحق أن الزواج مظهر من مظاهر الرقي الإنساني، وهو راحة النفس الفاضلة، ومستقرها، وأمنها وسكنها.[3]

الفرع الثالث: الحكم الشرعي للزواج

تعتري الزواج الأحكام التكليفية الخمسة: الفرض والوجوب والكراهة والتحريم والندب، حيث يختلف حكمه باختلاف الأشخاص وأحوالهم :[4]

1- يكون فرضا: إذا تيقن الشخص من الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، وكان قادرا على المهر والنفقة، ولا يخشى ظلم الزوجة إن تزوج، لأن ترك الزنا فرض وطريقه الزواج، وما لا يتحقق الفرض إلا به فهو فرض.

2- يكون واجبا: إذا خاف الشخص الوقوع في الزنا إن لم يتزوج وغلب على ظنه ذلك، وكان قادرا على المهر والنفقة، ولا يخشى ظلم الزوجة، وهذا دون الحالة الأولى لأنه لم يتأكد من الوقوع في الزنا إن لم يتزوج بل غلب على ظنه، وقوة الإلزام بالفرض أو الوجوب تؤخذ من مقدار خشية الوقوع في الزنا.

3- يكون حراما: إذا تحقق من ظلم الزوجة إن تزوج، بعدم العدل أو عدم القدرة على الانفاق، لأن الزواج متى كان طريقا إلى الحرام أصبح حراما.

4- يكون مكروها: إن غلب على ظنه الوقوع في الظلم لو تزوج، وهذا دون الحالة السابقة لأنه لم يتأكد من الوقوع في الظلم إن تزوج.

5- يكون مندوبا: إذا كان المكلف في حال اعتدال لا يقع في الزنا ولا يخشاه، وكانت له رغبة الزواج، وقد أطلق الحنفية على هذه الحالة أنها سنة يحسن فعلها، ولا يأثم من يتركها، ولهذا قرر الأحناف أن

1- فاروق عبد الله كريم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي**، دون طبعة، إقليم كردستان العراق، جامعة السليمانية، كلية الحقوق، 2004، ص 38-39.

2- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، **المرجع السابق**، ج02، ص27.

3- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، **المرجع السابق**، ص 22.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، **المرجع السابق**، ج1، ص 44 وما يليها.

الأصل في الزواج سنة أو مندوب أو مستحب على اختلاف العبارات الواردة في كتبهم وكلها بمعنى واحد.

والحقيقة أن محل الخلاف في حكم الزواج عند الفقهاء هو **حال الاعتدال**، بأن يكون الشخص قادرا على تكاليف الزواج، ولم يخش ظلم الزوجة، ولم يخف من الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، وفيه ثلاثة آراء مشهورة:

– **الرأي الأول:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزواج يكون مندوبا في حال الاعتدال، لأن الاشتغال بالزواج مع أداء الفرائض والواجبات أفضل من الاشتغال بالعبادة خاصة النوافل، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: " **من أحب سنتي فليستن بسنتي، ومن سنتي النكاح.**" والسنن مقدمة على النوافل، كما أن الإنسان في حال الاعتدال هو عرضة للوقوع في الزنا والمحارم[1].

– **الرأي الثاني:** يرى الظاهرية، والزيدية، وابن حزم، وأحمد بن حنبل في رواية، وبعض الشافعية[2]، إلى أن الزواج في حال الاعتدال هو فرض عين على كل قادر على الوطء والإنفاق، فإن عجز عن ذلك فليكثر من الصوم.

وذهب بعض الحنفية، إلى أنه فرض كفاية كالجهاد في سبيل الله ، فإذا امتنع أهل بلد أو إقليم عن الزواج أثموا جميعا، واستدل القائلون بالفرضية على ذلك بقوله تعالى: ﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ** ﴾[3]، وبقوله تعالى: ﴿**وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ**﴾[4]، وبقوله صلى الله عليه وسلم: " **يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج.**" [5] وبقوله أيضا صلى الله عليه وسلم: " **تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة.**"[6]

ووجه الدلالة مما سبق أنه ورد طلب النكاح بلفظ الأمر وهو يفيد الوجوب.

1– العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دون طبعة، الرياض، المملكة العربية السعودية: دار السلام، 1997، الجزء التاسع، ص110. ابن رشد الحفيد أبو الوليد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، جزءان، ط 06، بيروت، لبنان: دار المعرفة، 1982، ص 23.

2– ابن حزم، **المحلى**، دار الجيل، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون سنة نشر،ج 9، ص440، ابن قدامة، المغني، **المرجع السابق**، ج6، ص 446.

3– سورة النساء: الآية 3.

4– سورة النور: الآية 32.

5– أخرجه البخاري ومسلم، النووي في شرح صحيح مسلم، **المرجع السابق**، ج 09، ص 173.

6– أخرجه أبو داوود والنسائي.

- **الرأي الثالث:** يرى الشافعية وبعض الزيدية إلى أنه مباح، لأن النكاح من جنس الأعمال الدنيوية[1] ومن يقوم به إنما يعمل لنفسه، وذلك من خواص المباحات لا المندوبات، ولذلك كان التجرد للعبادة والاشتغال بالنوافل أفضل، إن لم يخش الوقوع في الزنا.

واستدلوا بقوله تعالى في مدح سيدنا يحيى عليه السلام: ﴿ **وسيدا وحصورا** ﴾ والحصور الذي لا يأتي النساء، فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه.

وبقوله تعالى:﴿ **زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين** ﴾، وهذا معرض ذم.

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم، فالزواج حال الاعتدال مندوب، لقوله صلى الله عليه وسلم: " **الزواج سنتي**" أما الأوامر الواردة فهي محمولة على أنها طلب على سبيل الترجيح لا على سبيل الإلزام، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يحتم الزواج ولم يلزم به الناس كما ألزمهم بالفرائض والواجبات.

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بأحكام الخطبة

في هذا المطلب سنتطرق إلى أهم المسائل المتعلقة بأحكام الخطبة التي يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهي المسائل التي تظهر تباعا من خلال التطرق إلى مفهوم الخطبة، وشروط صحتها، واقتران الخطبة بالفاتحة، وهي العناصر التي سيتم دراستها ضمن ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم الخطبة

لبيان أهم المسائل التي يثيرها مفهوم الخطبة، سيتم التطرق في هذا الفرع أولا إلى تعريف الخطبة، وثانيا إلى أنواعها، ثم إلى طبيعتها وتكييفها الفقهي في العنصر الثالث، وذلك وفق الآتي:

أولا- تعريف الخطبة:

سيتم من خلال هذا العنصر تعريف الخطبة لغة واصطلاحا، وذلك وفق الآتي:

1- الخطبة لغة:

الخطبة بكسر الخاء مصدر خطب، يقال خطب فلان فلانة أي طلبها للزواج[2].

1- ابن قدامة، المغني، **المرجع السابق**،ج 6، ص 446، الشربيني، مغنى المحتاج، **المرجع السابق**، ج 03، ص 125.

2- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، ج1، ط 3، دار صادر، بيروت لبنان، 1994، ص 360.

الخطبة بكسر الخاء معناها وعد رسمي متبادل بالزواج: " خاتم خطبة " الوقت الذي يفصل بين ذلك الوعد والاحتفال بالزواج "خلال خطبتهما." [1]

2- الخطبة اصطلاحا:

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى تعريف الخطبة، ولم يبين طرق الإعلان عنها مكتفيا فقط ببيان طبيعتها القانونية في المادة **07** منه بالقول: " **أن الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها** "، وهو الأمر الذي يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة **222** من قانون الأسرة لتحديد مدلول الخطبة وطرق الإعلان عنها.

باستقراء قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالخطبة تبين لنا أنها لم تعط تعريفا فقهيا للخطبة وإنما اكتفت بتبيين التكييف القانوني لها، فقد جاء في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:17-03-1992 ملف رقم:81129 ما يلي: **من المقرر شرعا وقانونا، أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها.**[2]

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، فإننا نجد تعريفات عديدة للخطبة نورد أهمها فيما يلي:

عرفها **الحنفية** بأنها: طلب التزوج.[3]

وعرفها **المالكية** بقولهم:" الخطبة بكسر الخاء فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول."[4]

أما **الشافعية** فقالوا: " الخطبة هي التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة ." [5]

وقال **الحنابلة** فيها: " طلب التزوج من المرأة." [6]

1- المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، دار المشرق بيروت، ط 1 ، 2003، ص 306 و307.

2- المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2001، عدد خاص، ص 30، المجلة القضائية، 1994، عدد 03، ص 62.

3- محمد أمين بن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ج 4 ص66.

4- الحطاب. أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المالكي، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، بيروت، لبنان: دار الفكر، ط3 1992، ج 3، ص 407.

5- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، **المرجع السابق**، ج4، ص 219.

6- محمد بن صالح العثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستنقع**، السعودية: دار ابن الجوزي للطباعة والنشر، ط1، 1426 هـ. ج1، ص23.

ومن تعريفات الفقهاء المعاصرين للخطبة اخترنا التعريفات الآتية:

- تعريف الشيخ محمد أبو زهرة:

الخطبة هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه.[1]

- تعريف الأستاذ بدران أبو العينين بدران:

الخطبة هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع، أو هي إظهار الرجل رغبته في التزوج بامرأة يحل له التزوج بها، بنفسه أو ممن يبعثه من قريب أو صاحب أو أجنبي.[2]

- تعريف الأستاذ محمد مصطفى شلبي:

الخطبة هي أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعا أو إلى أهلها، ليطلب الزواج بها بعد أن توجد الرغبة في زواجها، فإذا أجيب طلبه تمت الخطبة بينهما.[3]

- تعريف الأستاذ العربي بلحاج:

الخطبة هي التماس الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية، وذلك بالتقدم إليها مباشرة، أو إلى أهلها، أو عن طريق شخص آخر يبعثه للتفاهم والتوافق في أمر عقد الزواج والمطالب والشروط المقترنة به، فإذا أجيب طلبه تمت الخطبة بينهما[4].

ما يلاحظ على جميع التعريفات المذكورة أعلاه أنها تجعل الخطبة صادرة من الرجل فقط دون المرأة، مع أنه يجوز شرعا للمرأة أن تعرض نفسها على رجل ترى فيه الصلاح والاستقامة ليتزوجها، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي**﴾[5]، وحديث المرأة الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم [6]، يقول الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث: وفيه استحباب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ليتزوجها.[7]

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، **المرجع السابق**، ص 11.

2- بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية**، بيروت، دار النهضة العربية، د. ط، د. ت، ص 19.

3- محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1977، ص 50.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، **المرجع السابق**، ج1، ص 70.

5- سورة الأحزاب: الآية 50

6- صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق، الحديث: 1425، ص598 من حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه.

7- أبو زكريا محي الدين النووي، **شرح صحيح مسلم**، بيروت، لبنان: دار الفكر، ط1، 1996، ج6، ص 3821.

ثانيا- أنواع الخطبة :

هناك نوعان من الخطبة:

1- الخطبة بالتصريح:

يقصد بها الإفصاح بما في النفس من رغبة بكل لفظ يدل صراحة على معنى الخطبة من غير احتمال لسواها كأن يقول الرجل لمن يرغب الزواج بها: إني أريد أن أخطبك، أو إني أريد الزواج بك، أو يقول ولي الخاطب أريدك زوجة لابني فلان.

2- **الخطبة بالتعريض:**

وتعني استعمال الخاطب في كلامه الموجه للمرأة ألفاظ تحتمل الخطبة وغيرها، غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الزواج دون أن يصرح بذلك، كأن يقول الخاطب: إني أتمنى أن أوفق بزوجة صالحة بمثل أخلاقك.

ومن الأمثلة المهذبة على خطبة المعتدة في وفاة، ما ورد في المأثور، من أن سكينة بنت حنظلة قالت: استأذن علي محمد بن علي بن الحسين، ولم تنقض عدتي من مهلك زوجي، فقال: قد عرفتي قرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقرابتي من علي، وموضعي في العرب، قلت: غفر الله لك يا أبا جعفر، إنك رجل يؤخذ منك تخطبني في عدتي قال: إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي رضي الله عنه[1].

ثالثا- طبيعة الخطبة وتكييفها الفقهي:

لم يتعرض الفقهاء القدامى رحمهم الله لهذه المسألة في كتبهم، ويرجع ذلك في نظر بعض الباحثين المعاصرين إلى عدم انتشار هذه الظاهرة في زمانهم[2]، لكن المتأخرين من فقهاء المذهب المالكي- وخاصة المشتغلين بالفتوى في القرون المتأخرة- تحدثوا عنها، حيث نجد الشيخين ميارة والتسولي في شرحهما للتحفة أوردا كلاما للفقيه النوازلي أبي سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمن الجيلالي في المسألة، وأنه خصها بالتأليف وسماها: المسألة الشهية الأمليسية في الأنكحة المنعقدة على عادة البلد الغريسية، والأمليس: هو الثمر الذي لا عجم له، ويقال لهذه المسألة أيضا المسألة الأغريسية، وذلك لكون السؤال

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، **المرجع السابق**، ج1، أحكام الزواج، ص 77.

2- عمر سليمان الأشقر، **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق**، دار النفائس، الأردن، ط 2، 2005، ص 55.

ورد من بلاد أغريس، وهي بلدة من نواحي الصحراء المغربية[1] وعن سبب ورود هـذه الفتوى يقول الدكتور أحمد خرطة: " جرت في منتصف القرن الحادي عشر هجري حوادث عنف كثيرة بين القبائل على ضفاف وادي غريس بتافيلالت هلك بسببها عدد وافر من الشباب خلفوا مخطوباتهم أيامى، ووقع التنازع بين أسرهم في الإرث، رفع السؤال من أجل ذلك إلى فقهاء المغرب حول ما جرت به عادة أهل غريس." [2]

وملخص المسألة أن فقهاء المذهب المالكي اختلفوا في طبيعة الخطبة على ثلاثة أقوال، هي:

القول الأول: الخطبة عند أصحاب هذا القول– وحسب عاداتهم وأعرافهم– تقوم مقام العقد بحيث يرتبون على ما يحصل خلال فترتها من إرسال الحناء والحوائج.. آثار النكاح، وأن الإشهاد الحاصل ليلة الدخول ما هو إلا وسيلة لتحديد مقدار الصداق وأجله وتحقيق ما قبض منه خوفا من وقوع النزاع في ذلك.

يقول التسولي رحمه الله: " وهي ما جرت به عادات البلاد من أن الرجل يوجهه من يخطب له فيجاب بالقبول، ويتواعدون لعقد ليلة البناء، ثم يبعث الرجل بحناء وحوائج تتزين بها ويولول النساء، ويسمع الناس والجيران: فلان تزوج فلانة، سئل عن ذلك أبي سالم بن إبراهيم الجيلالي فقال: أما إذا كانت العادة المذكورة جارية عندهم مجرى العقد المصطلح عليه، بحيث يرتبون على تلك الأمور من إرسال الحناء وغيرها آثار النكاح، وأن المواعدة للعقد ليلة البناء ليست عندهم لإنشاء العقد، بل للإشهاد بقدر الصداق وأجله، وتحقيق ما قبض منه وما بقي، خوف التنازع في ذلك، فلا إشكال في لزوم النكاح وترتب آثاره عليه." [3]

القول الثاني: أن الخطبة وما يرافقها من تبادل الزيارات والهدايا إنما ذلك بمثابة توطئة للعقد وأمارة على ميل كل طرف للآخر، وأنها لا تعتبر عقدا، ولا تترتب عليها آثار عقد الزواج، يقول الشيخ الجيلالي: " وأما إن كانت العادة المذكورة إنما هي عندهم توطئة للعقد وأمارة على ميل كل لصاحبه، فلا إشكال في عدم اللزوم.[4]

القول الثالث: وقع الاختلاف بين أصحاب هذا القول، بين قائل بأن الخطبة قائمة مقام العقد، وبين قائل بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وسبب الاختلاف يرجع إلى الجهل بعادة البلد، يقول الشيخ الجيلالي:"

1– عبد العزيز آيت المكي، **التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، والتعويض عن ضرره فقها وقانونا**، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 14، 2016، ص 87.

2– أبو سالم الجيلالي، **المسألة الشهية الأمليسية في الأنكحة المنعقدة على عادة البلد الغريسية**، دراسة وتحقيق الدكتور أحمد خرطة، دون طبعة، دون تاريخ سنة نشر، ج1، ص 145.

3– ميارة الفاسي. محمد بن أحمد، البهجة في شرح التحفة، **المرجع السابق**، ج1، ص 241.

4– ميارة الفاسي. محمد بن أحمد، البهجة في شرح التحفة، **المرجع السابق**، ج2، ص 448.

وأن جهل الحال بحيث لو سئل أهل البلد هل يقصدون العقد المبرم أو الوعد ؟، وأن إبرام العقد إنما يقع ليلة البناء لم يجروا شيئا، فهذا محل الإشكال على ماذا يحمل، هل الإبرام أو الوعد ؟ ولعل هذا القسم محل خلاف، فمن قال: أنها تنزل منزلة العقد المبرم يقول: إن أركان النكاح كلها حاصلة، لأن الدلالة الفعلية أقوى من الدلالة القولية، ومن قال بعدم اللزوم يقول: أن تلك الأوصاف غير العقد فلا تنزل منزلته ولا يترتب عليها حكم."[1]

والقول السائد عند أغلب مفتي المذهب المالكي أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وليست بزواج، ومن ثم حق لكل من الخاطبين حق العدول عن الخطبة متى شاء، وهو القول الذي قرره المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون الأسرة قبل وبعد التعديل بقوله:" **الخطبة وعد بالزواج.**" مضيفا في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه **يجوز للطرفين العدول عنها**، ومعنى ذلك أنه متع وقع الاتفاق بين الخطيبين كان ذلك إجراءً تمهيديا لإتمام عقد الزواج.

فالخطبة وفقا لتكييف المشرع الجزائري هي وعد بالزواج وليست عقدا، وإن تمت باتفاق الطرفين، لأن الزواج الأساس فيه الرضا والاختيار، فإذا أجبرنا الخطيبين على إتمام الزواج على أساس أن الخطبة عقد ملزم، فمعنى ذلك أننا أكرهنا الخطيبين على الزواج بعقد لا يرضى به أحدهما أو لم يعد يرضى به، وهذا ما ينافي مبدأ الرضائية في الزواج، فالخطبة بهذا المفهوم وعد غير ملزم، سواء كان مجرد عرض من أحد الطرفين أو كان اتفاقا فيه بإيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر، حتى ولو تأكدت بتقديم المهر والهدايا.[2]

وقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية الصادرة عام 1907 في المادة الأولى منها النص على أنه: الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد صحيح، كل منهما لا ينعقد به نكاح، وللخاطب العدول عمن خطبها، وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزويجها منه.[3]

وعلى مستوى العمل القضائي، فإن المحكمة العليا لم تبتعد عن التكييف الفقهي والقانوني للخطبة، فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ:25-12-1989 بأنه:" **من المقرر فقها وقضاءً أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، وإن تمت بالاتفاق بين الطرفين، وهي لا تبيح لهما**

1- ميارة الفاسي. محمد بن أحمد، البهجة في شرح التحفة، **المرجع السابق**، ج2، ص 448 وما يليها.

2- إلياس مسعودة نعيمة، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء، **المرجع السابق**، ص 269.

3- مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية، الكتاب الأول في الأحوال الشخصية، المطبعة الشرقية فونتانا بالجزائر، 1907، نقلا عن محمد محدة، المرجع السابق، ص 49.

أن يختلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا، ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من الالتزام بإتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في العقد".[1]

قضاء المحكمة العليا في هذا القرار اعتمد على ما هو مقرر فقها وقضاءً في الشريعة الإسلامية بشأن طبيعة الخطبة وتكييفها الشرعي، آخذا بالرأي المتفق عليه بين جمهور فقهاء المذهب المالكي، وهو أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وليست بزواج، ومن ثم حق لكل من الخاطبين حق العدول عن الخطبة متى شاء. ولكن من الناحية الأدبية والأخلاقية، فإن الشهامة والمروءة تحتم على الإنسان أن يحافظ على وعده، ويحترم حرمة البيت الذي فتح له أبوابه، وكرامة الطرف الذي ركن إليه، وغالبا ما تكون الضحية في هذا هي الفتاة، فلا ينبغي أن ينقض أحدهما وعده إلا للضرورة أو لحاجة شديدة.[2]

وإن صرح الفقهاء بأن التراجع عن الخطبة بعد الركون ليس بحرام، فإن عدم الحرمة عندهم لا ينافي الكراهة، لأنه من إخلاف الوعد، وفي هذا الصدد يقول الفقيه المالكي الحطاب رحمه الله في كلام وجيه له: هل لمن ركنت له امرأة وانقطع عنها الخطاب لركونها إليه أن يتركها، أو يكره، والظاهر أنه يكره، لأن العدة إنما كرهت في العدة، قالوا خوف اختلاف الوعد. [3]

الفرع الثاني: شروط صحة الخطبة

باستقراء المادتين 05 و06 من قانون الأسرة الجزائري يتبين أن المشرع لم ينص على شروط صحة الخطبة، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة.

والشروط الواجبة شرعا هي تلك التي يجب أن تتحقق، وبدونها لا تصح الخطبة، وتتمثل في شرطين أساسيين هما: خلو المخطوبة من الموانع الشرعية للزواج، وألا تكون مخطوبة للغير.

أولا- خلو المخطوبة من الموانع الشرعية للزواج:

يشترط في المرأة المخطوبة ألا تكون محرمة شرعا على الخاطب، لأن الخطبة مقدمة للزواج وحكمها تابع له، فمن لا يصح زواجها لا تصح خطبتها، والتحريم إما أن يكون مؤبدا لما في حالات المؤبد من الضرر بالأولاد والمجتمع، وإما أن يكون مؤقتا لما في المؤقت من النزاع والفساد [4].

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:25-12-1989، المجلة القضائية، 1990، عدد4، ص 102

2- إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، **المرجع السابق**، ص 41.

3 - الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، **المرجع السابق**، ج3، ص 411.

4- وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، الجزء الثامن، دار الفكر دمشق، ط3، 2012، ص 29.

ولعل أهم المسائل التي يثيرها هذا الشرط **مسألة خطبة المعتدة**، وهي مسألة مهمة لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري، فهل نجد لها تطبيق على مستوى العمل القضائي وفقا لما هو مقرر في الفقه الإسلامي؟

1- موقف القضاء من هذه المسألة:

في هذا الصدد نسجل قرارا للمحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:03-01-1983 حيث جاء فيه: **من المقرر في الشريعة الإسلامية، النهي على خطبة المرأة في وقت عدتها، وعدم صحة العقد عليها، ومن ثم فالزواج بها، ولو توافرت أركانه، فهو غير صحيح بل لا يعتبر زواجا لوجودها في عدة طلاق**[1].

ولمعرفة المرجعية الفقهية لهذا القرار، سنعرض موقف فقهاء المذاهب من المسألة وفق الآتي:

2- موقف الفقه من هذه المسألة:

يحرم باتفاق الفقهاء الخطبة الصريحة أو المواعدة للمرأة المعتدة مطلقا، سواء كانت معتدة بسبب وفاة أم طلاق رجعي كان أم بائنا، لقوله تعالى: ﴿ **ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا**﴾.[2]

والتصريح يتم بذكر لفظ يدل صراحة على معنى الخطبة من غير احتمال لسواها، كأن يقول الخاطب: أريد أن أتزوجك، أو إذا انقضت عدتك تزوجتك.

وسبب تحريم الخطبة بطريق التصريح، أنه ربما تكذب في انقضاء العدة، ولأن في خطبتها اعتداء على حق المطلق، والاعتداء على حق الغير حرام شرعا، لقوله تعالى: ﴿ولا **تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين**﴾.[3]

أما الخطبة بطريق التعريض وهو ما يحتمل الرغبة في الزواج وعدمها، كقول الخاطب: ربّ راغب فيك، ومن يجد مثلك، وعسى أن ييسر الله لي زوجة صالحة، فقد بين الفقهاء حكمها الشرعي وفق التفصيل الآتي:[4]

1- بلحاج العربي، **الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر، 2018، ص 35.

2- سورة البقرة: الآية 235.

3- سورة البقرة: الآية 190.

4- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، **المرجع السابق**، ج8، ص 30.

- **إذا كان سبب العدة وفاة الزوج**، جازت الخطبة باتفاق الفقهاء لانتهاء العلاقة الزوجية بالوفاة، فلا يكون في خطبة المعتدة اعتداء على حق الزوج ولا إضرار به.
- **إذا كان سبب العدة هو الطلاق**، نميز بين حالتين:

فإن كان الطلاق رجعيا، حرمت الخطبة باتفاق الفقهاء، لأن المعتدة مازالت في حكم الزوجة، ولمن طلقها الحق في مراجعتها أثناء فترة العدة، فتكون خطبتها اعتداء على حقه.

وإن كان الطلاق بائنا بينونة صغرى أو كبرى، ففي خطبة المعتدة بالتعريض رأيان:

– **رأي الحنفية:** تحريم خطبة المعتدة من طلاق، لأن لمطلقها في حالة البينونة الصغرى أن يعقد عليها مرة أخرى قبل انقضاء العدة، وبعدها، فلو أبيحت خطبتها، لكان في ذلك اعتداء على حقوقه، ومنع له من العودة إلى زوجته مرة أخرى، كالمطلقة في الطلاق الرجعي. أما في حالة البينونة الكبرى فلا تجوز خطبة المعتدة بالتعريض، كيلا تكذب المرأة في الإخبار بانتهاء عدتها وحتى لا يظن أن هذا الخاطب كان سببا في تصدع العلاقة الزوجية السابقة، وأما آية ﴿ **لا جناح عليكم** ﴾ [1] فهي خاصة بالمعتدات بسبب الوفاة بدليل الآية التي قبلها ﴿ **والذين يتوفون** ﴾[2].

– **رأي الجمهور**: جواز الخطبة لعموم الآية السابقة ﴿**ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء**﴾[3] أي لا تواعدوهن إلا بالتعريض دون التصريح، ولانقطاع سلطة الزوج عن البائن، فالطلاق البائن بنوعيه يقطع رابطة الزوجية، فلا يكون في خطبة المعتدة تعريضا، اعتداء على حق المطلق، فتشبه المعتدة بسبب الوفاة.

وعليه، واستنادا للتفصيل الفقهي المبين أعلاه في مسألة خطبة المعتدة، فإنه تبين لنا أن اجتهاد المحكمة العليا الوارد في القرار أعلاه، مستنبط من أحكام الفقه الإسلامي تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة، فقد تصدر مصطلح الشريعة القرار أعلاه واستُحضر بقوة في ثناياه وحيثياته، واُعتمد عليه في التدليل لذلك الاجتهاد والمتعلق أساسا بمسألة خطبة المعتدة من طلاق، وحكم عقد الزواج الذي تم بناءً عليها. فهذا الاجتهاد جاء موافقا لأراء جميع الفقهاء بشأن عدم جواز الخطبة الصريحة أو المواعدة للمرأة المعتدة من طلاق مطلقا، سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا.

1– سورة البقرة: الآية 235

2– سورة البقرة: الآية 234

3– سورة البقرة: الآية 235

وفيما يخص حكم عقد الزواج الذي تم بناءً على خطبة المعتدة من طلاق، فإن المحكمة العليا في اجتهادها المذكور أعلاه اعتمدت على مشهور مذهب مالك، حينما قضت بعدم صحة العقد على المعتدة من طلاق، ذاكرةً أنه من المقرر شرعا، وهذا قبل صدور قانون الأسرة رقم:84-11.

وحتى بعد صدور قانون الأسرة رقم:84-11 فإن تصدير قرار المحكمة العليا بقولها: **من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل**[1] رغم أن هذا منصوص عليه في المادة **00 فقرة 02** من قانون الأسرة آنذاك[2] فيه تعزيز وترسيخ لما هو مقرر قانونا بما هو مقرر في مشهور مذهب الإمام مالك.

ثانيا- ألا تكون مخطوبة للغير:

من شروط الخطبة ألا تكون المرأة مخطوبة للغير خطبة شرعية، لأن الخطبة الثانية تثير الضغينة بين الخاطبين وربما قد تؤدي إلى نشوء نزاع بين الأسرتين، ولذلك فإنه لا يجوز شرعا أن يتقدم الرجل لخطبة امرأة مخطوبة لرجل آخر قبله، فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخطبة على خطبة الغير ما لم يأذن الخاطب الأول أو يترك الخطبة، فعن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " **لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب.**" .[3]

وفيما يتعلق بحكم الخطبة الثانية فإن للفقهاء التفصيل الآتي:[4]

- أن يتقدم الثاني بعد تمام الخطبة الأولى، وهذا غير جائز باتفاق الفقهاء لتعلق حق الخاطب الأول بها، غير أنهم قالوا بجواز خطبتها من قبل الخاطب الثاني إذا أذن له الخاطب الأول، لأن إذنه في هذه الحالة يعني عدوله عن الزواج من تلك الفتاة.
- أن يتقدم إليها بعد رفض الفتاة وأهلها للخاطب الأول، وحينئذ تكون الخطبة جائزة باتفاق الفقهاء لأن الفتاة ليست مخطوبة ولا يتعلق بها حق الغير.
- أن يتقدم إليها في وقت لم تبد الفتاة وأهلها رفضا أو قبولا للخاطب الأول، هنا اختلف الفقهاء على رأيين تبعا لتفسيرهم لذلك السكوت:

1- المحكمة العليا،غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:19-05-1998، **إ.ق. غ.أ.ش**، عدد خاص، ص 216.

2- لقد كانت المادة 30 فقرة 01 من قانون الأسرة قبل التعديل تنص على أنه: يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا، والتي تزيد على العدد المرخص به شرعا.

3- رواه النسائي، أنظر: محمد بن إسماعيل الصنعاني، **سبل السلام**، ج2، دار المنار، القاهرة مصر، 2002، ص22-23.

4- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، **المرجع السابق**، ص 24- 25.

أباح **الشافعية** في قول لهم جواز خطبتها لأن السكوت يعتبر رفضا ضمنيا.[1]

في حين ذهب **المالكية والحنفية** إلى أنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يخطبها، لأن سكوتها لا يدل على الرفض، وإنما انتظارا من أجل التحري عن الخاطب الأول، وتقدم الخاطب الثاني قد يمنعها من استمرارها في التحري، فيكون في تصرفه اعتداء على غيره الذي يتوقع قبول خطبته. ويبدو رجحان هذا الرأي لأن الوقوف على حقيقة شخص الخاطب وسلوكه يحتاج إلى بعض الوقت.[2]

وهناك قول لابن القاسم من المالكية، أنه إنما تحرم خطبة الثاني على الأول إذا كان كفأ له في الصلاح والاستقامة، أما إذا كان الأول غير صالح، والثاني صالحا، أو كان الأول غير أهل في العادة لخطبة المرأة، والثاني أهلا لها، فلا يحرم على الثاني خطبتها، ورأي ابن القاسم هو الراجح في المذهب المالكي.[3]

ولقد اختلف الفقهاء القائلون بتحريم الخطبة الثانية– وفق ما تقدم بيانه – في حكم العقد الذي تم بناء عليها فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد صحيح ولكن الخاطب يكون آثما ديانة [4]، فالنهي في الحديث لا يدل على فساد المنهي منه، لأنه ليس لذاته ولا لوصفه اللازم، وإنما لوصف غير لازم وهو إيذاء قلب الخاطب الأول[5]، في حين ذهب المالكية وبعض الحنابلة إلى أن العقد باطل.

والرأي المشهور في مذهب الإمام مالك: أن على القاضي قبل الدخول إذا علم به أن يحكم بفسخ الزواج وتفريق الزوجين، أما بعد الدخول فيبقى مستمرا لا يفسخ، لأنه تأكد بالدخول وفسخه يترتب عليه ضرر أكثر من ضرر الخطبة على الخطبة. [6]

والراجح على ما نرى هو رأي الجمهور لأن الخطبة ليست عقدا والمخطوبة ليست زوجة للغير.

1- الرملي، شمس الدين بن محمد، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** مع حاشيتي أبي الضياء الشبراملي وأحمد بن عبد الرزاق المغربي الرشيدي، 08 أجزاء، ط3، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2003، ج6، ص 103.

2- ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، **المرجع السابق**، ج6، ص 604، الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، **المرجع السابق**، ج3، ص 410.

3- بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، **المرجع السابق**، ج2، ص3.

4- ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، **المرجع السابق**، ج6، ص 650.

5- مصطفى ابراهيم الزلمي، **أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن**، دراسة مقارنة بالقانون، نشر إحسان للنشر والتوزيع، العراق، ط 1، 2014، ص 36.

6- الدردير، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، **المرجع السابق**، ج1، ص 351.

ولم يتعرض قانون الأسرة لمسألة الخطبة على الخطبة، واكتفى بالنص العام الوارد في المادة 34 منه التي تنص أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، وقياسا على ذلك يكون عقد الزواج الناتج عن خطبة مخطوبة الغير فاسدا ويتعين فسخه.

أما إذا طبقنا النص الفرنسي للمادة 34 المذكورة أعلاه، فإن كل زواج بإحدى المحرمات يبطل قبل الدخول وبعده، وقياسا على ذلك يكون عقد الزواج الناتج عن خطبة مخطوبة الغير باطلا، وهذا يتوافق مع رأي المالكية وبعض الحنابلة بشأن حكم العقد الذي تم بناء على خطبة مخطوبة الغير المحرمة.

الفرع الثالث: اقتران الخطبة بالفاتحة

لقد كانت المادة السادسة من قانون الأسرة رقم:**84-11** قبلها تعديلها بالأمر رقم:05-02 تنص على ما يلي: **يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه.**

وخلافا لهذا الموقف التشريعي، فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ:04-04-1995 بما يلي: " **إن اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة، ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 05 من قانون الأسرة، وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة شهودها عن وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطؤوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.**"[1]

يتبين من القرار أعلاه، أن القضاء قد تحرر من القيد اللفظي الذي وضعه المشرع في المادة 06 قبل التعديل، إذ ثبت قضاءً أن الخطبة والفاتحة لا تخضع لنفس الأحكام والآثار، ثم جاء دور المشرع بعد ذلك ليؤكد موقف القضاء ويثبته، وذلك من خلال الأمر رقم:05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، والذي بموجبه صار نص المادة 06 كما يلي: **إن اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:4-4-1995، ملف رقم:11876، **المجلة القضائية للمحكمة العليا**، عدد خاص، ص 36.

وبهذا التعديل يكون المشرع قد خطى خطوة إيجابية لإعطاء الوصف القانوني للخطبة المقترنة بالفاتحة والتي تختلف تماما عن الخطبة من حيث أركانها والآثار المترتبة عنها، إذ أنه وضعها في مرتبة عقد الزواج المكتمل الأركان.[1]

ومع ذلك فإن المشرع لم يحدد في المادة 06 أعلاه سواء قبل التعديل أو بعده، المقصود بالفاتحة هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة؟ أم أن المقصود منها هو إبرام عقد الزواج ؟ وبالتالي فإن الأحكام المترتبة عنهما ستختلف بالضرورة.

فإذا كان المقصود من الفاتحة عندما تقترن بالخطبة هو قراءة سورة الفاتحة، فإنها لا تؤثر في الحقيقة لا على الخطبة ولا على العقد، وليست لها قيمة شرعية لأنها مجرد دعاء، لأن الناس قد اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد، ولكن عدم قراءتها لا يغير شيئا في الموضوع، أما إذا كان القصد من الفاتحة هو إبرام عقد الزواج، فإن أحكام عقد الزواج تخضع للمادة 09 وما بعدها[2].

وعلى المستوى التطبيقي فإن الأحكام القضائية في هذه المسألة قد تضاربت، فأحيانا تعطي المحاكم تفسيرات للفاتحة على أنها خطبة وأحيانا تؤول على أنها عقد زواج.

ومن هذه الأحكام قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:17- 03- 1992 ملف رقم:81129 جاء فيه ما يلي:" **حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام المستشار المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة 05 من قانون الأسرة، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 09 من نفس القانون، بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة، وإنما هي من باب التبرك والدعاء، وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين**"[3].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ:14- 04- 1992 اعتبرت اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا صحيحا لتوافر جميع أركانه، أي أنها اعتبرت الفاتحة بمثابة عقد، ومما جاء فيه: " **من المقرر قانونا أنه**

1- الياس مسعودة نعيمة، **تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء**، مقال منشور، كلية الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة. ص 270-271.

2- بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، القبة، الجزائر: دار الخلدونية، 2008 ص 50.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:17-03-1992، ملف رقم:81129، **م. ق**، عدد خاص لسنة2001، ص 31.

يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا. ومتى تبين في قضية الحال، أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها، وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن." [1]

فمن خلال هذين القرارين لاحظنا اقتران الخطبة بالفاتحة، غير أنه في القضية الأولى اعتبرت قراءة الفاتحة مجرد خطبة، بينما في القضية الثانية لما توفرت أركان الزواج اعتبرت الفاتحة زواجا.

وفي نفس السياق نسجل **قرارا آخرا للمحكمة العليا صادر بتاريخ:04-04-1995**، ومما جاء في حيثياته: " **أن المادة 06 من قانون الأسرة تقضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها بالمادة 05 من نفس القانون، وهي التي تعتبر وعدا بالزواج، أما في حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة السادسة المشار إليها، فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة.**"[2]

يبدو واضحا من خلال هذه القرارات الخلط الكبير بين ما يعتبر زواجا وما يعد مجرد خطبة، ولحسم هذه المسألة يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص، هل هو قراءة سورة الفاتحة ؟ وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة ولا على العقد، وهنا لابد من حذفها من النص.

أما إذا كان المقصود منها – عندما تقترن مع الخطبة – هو عقد الزواج على معنى المادة 09 فهنا لابد من معرفة قصد المتعاقدين هل اتجه إلى الخطبة؟ أم اتجه إلى الخطبة والعقد معا؟ فإذا تبين أن الغرض المقصود هو الخطبة فتبقى خطبة حتى وإن تحدث الأطراف بمناسبة الخطبة عن عناصر عقد الزواج، لأنه في العديد من مناسبات الخطبة يتم التحدث فيها عن كل الشروط اللازمة للعقد، كتحديد المهر مثلا، بل قد يتم دفع المهر بصورة مسبقة وأثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج، ومع ذلك فلم

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:14-04-1992، **م. ق**، عدد خاص، 2001، ص 33.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 04-04-1995، **المجلة القضائية**، عدد خاص لسنة 2001، ص 31.

تخرج المسألة عن مجرد الخطبة، غير أنه إذا كان قصد المتعاقدين هو إجراء الخطبة والعقد معا فهنا يعتبر زواجا صحيحا[1].

المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بآثار العدول عن الخطبة

لقد نص المشرع في المادة 05 من قانون الأسرة المعدل والمتمم على نوعين من الآثار التي تترتب بسبب العدول عن الخطبة هما التعويض عن الضرر المترتب عن العدول، ومسألة استرداد الهدايا، وقد جاءت أحكامهما ناقصة وغامضة أحيانا، كما أن المشرع لم يبين مصير المهر بعد العدول عن الخطبة، وهذه المسائل سيتم دراستها في هذا المطلب ضمن ثلاثة فروع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول

نصت المادة 05 فقرة 03 من قانون الأسرة المعدّل والمتمم على أنه: **إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.**

يتضح من خلال نص هذه الفقرة أنه جاء عاما ومطلقا، مقررا قاعدة مفادها جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن العدول، يعني أن التعويض ليس مقررا بسبب العدول فقط ، وإنما يجب أن ينشأ عن هذا العدول ضرر مادي أو معنوي، فالعدول عن الخطبة حق، لكن لا يجب التعسف في استعمال هذا الحق، كما أن الخطبة ليست بعقد ملزم، ما يقتضي أن مجرد العدول عنها لا يكون سببا موجبا للتعويض. غير أنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة فعل منسوب لأحد الطرفين بخطئه، ألحق ضررا ماديا أو معنويا بالطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض.

كما أن النص أعلاه لم يحدّد ما إذا كان العدول عن الخطبة بسبب جدّي أم غير جدّي، ذلك أنه قد يعدل الخاطب عن خطبته لأن لديه مبررات موضوعية مقنعة، ولذا فإنه كان على المشرع أن يميز بين العدول الناشئ بسبب جدي وذلك الحاصل بسبب غير جدي، عندئذ يتبين مدى أحقية الطرف المتضرر في المطالبة بالتعويض.

وتبعا لما تقدّم سيتم بحث مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في إطار الفقه الإسلامي لاستنباط الحكم المناسب لها، ثم نبيّن موقف القضاء منها، وذلك فيما يأتي:

1- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، **المرجع السابق**، ص 53.

أولا- مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي:

على الرغم من أن الشريعة الإسلامية اعتبرت الخطبة مجرد وعد غير ملزم، وأجازت لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة، إلا أنه لا يوجد في كتب الفقه الإسلامي القديمة، من تعرض لمبدأ التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي قد تصيب الخاطب أو المخطوبة في حال العدول عن الخطبة، حيث لم يرد عند الفقهاء الأوائل أي نص أو نظير يمكن أن يقاس عليه لمعرفة حكم التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، رغم أنهم بحثوا الضرر[1] في مواطن متعددة غير الخطبة وبيّنوا التعويض عنه، بل وألّفوا كتباً في الضمان.[2]

ويرجع كثير من الفقهاء المعاصرين[3] عدم بحث الفقهاء القدماء لمسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة إلى أسباب متعددة أهمها مايلي:

1- أن الحياة الاجتماعية في العصور الماضية لم يكن من شأنها أن تترك مجالاً للأضرار بالمخطوبة عند العدول، كالأضرار التي نراها في حياتنا المعاصرة، لأنه لا يتصور في مجتمع محافظ يقوم على الآداب الإسلامية أن يلتقي الخاطب بمخطوبته بكل حرية، والظهور أمام الناس بمظهر الزوجية وما ينشأ عن ذلك من أضرار بالمخطوبة عند العدول، فذلك ما لا وجود له في تلك العصور، ولا في البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام، إنما جاء الضرر نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين فيما يفعلون.

2- أن التعويض بوجه عام لا يكون إلا بسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بعقد، أو بفعل عمل ضار والخطبة ليست عقداً، ولا يترتب عنها أي التزامات على طرفيها تلزمهما باتمام الزواج، لذا يظلّ العدول

1- في الفقه الإسلامي، يطلق الضرر ويراد به ماهو ضدّ النفع، وقد عرفه بعض الفقهاء المسلمين بأنه: " إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً أو هو كل أذى يلحق بالشخص، سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته، فيسبب له خسارة مالية سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف ". انظر: ابن حجر الهيثمي، فتح المبين لشرح الأربعين، دار إحياء التراث العربية، سنة 1352 هـ، ص237.

2- ولعل أبرز مثال في هذا الخصوص، كتاب مجمع الضمانات، للشيخ محمدبن غانم بن محمد البغدادي، ط1، المطبعة الخيرية بمصر، 1308.

3- ينظر: محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون**، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1983م. الشيخ محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية، كتاب الزواج**، دار الفكر العربي، طبعة 1952، ص32. محمد فتحي الدريني، بحوث **مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون تاريخ نشر، ص510-527 .

أمراً جائزاً، ولا يترتب عليه جزاء ما، كما أن العدول ليس عملاً مادياً ينشأ عنه ضرر مادي كإتلاف مال الغير، لذلك كلّه لا أساس لإلزام العادل عن الخطبة بالتعويض لأنه لا يوجد سبب من أسباب الالتزام.

3- أنّ حرص الشارع الإسلامي على مبدأ رضائية الزواج، بحيث لايتم إلا بالرضاء الكامل من قبل طرفيه وبدون إكراه، يجعل الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة بمثابة إلزام ضمني للخاطب بالزواج من مخطوبته مع عدم رغبته عنها، وهذا الأمر يشكل إكراها غير مباشر، وهذا ما لا يجوز في العقود مطلقاً.

لهذه الأسباب لم يتعرّض الفقهاء القدامى لموضوع التعويض على ضرر العدول عن الخطبة، أما في وقتنا الحاضر فإن تطور الحياة الاجتماعية، وتأثرها بالحضارة الغربية وفساد الأخلاق، والكذب، والخداع والخروج عن أوامر ونواهي الشريعة الإسلامية، قد أفرز كثير من الظواهر التي كانت غريبة على مجتمعنا الإسلامي، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمخطوبة أو الخاطب عند العدول عن الخطبة، لذلك فقد اتّجه فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون إلى التفكير في مبدأ التعويض عن الأضرار التي تترتب على العدول عن الخطبة، وقد تبعهم في ذلك فقهاء القانون ورجال القضاء.

لذلك فإن دراستنا لمسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في الجانب الفقهي، سوف تكون مقتصرة على الفقه الإسلامي الحديث لفقاء الشريعة المعاصرون.

ونظرا لعدم وجود نص أو قياس في كتب الفقهاء القدامى، يمكن للفقهاء المعاصرون الاستناد إليه لمعرفة الحكم الشرعي للتعويض عن ضرر العدول الخطبة، نوضح أن هذه المسألة يتنازعها قاعدتان مقررتان في الشريعة الإسلامية أولهما: " **الجواز ينافي الضمان**" أي أن من استعمل حقه الشرعي لا يكون ضامنا ولا مطالبا بتعويض الضرر الناشئ عن هذا الاستعمال، وثانيهما:" **لاضرر و لا ضرار**" وما يترتب عنها من تحريم التغرير في الشريعة الإسلامية، وكذلك وجوب الضمان عن الضرر إذا كان لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي لحق بالطرف الآخر.[1]

وعند بحث المسألة في الفقه الإسلامي المعاصر، تبيّن أن هناك من الفقهاء من أخذ بالقاعدة الأولى وأيّد مبدأ عدم التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة بشكل مطلق، باعتبار العدول حقا لكل من الخاطب والمخطوبة، إذ لا ضمان عليهما في استعمال هذا الحق، وطبقا للقاعدة الشرعية: " **الجواز ينافي الضمان**" فلا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم على العدول عن الخطبة، سواء كان ضررا ماديا

1- نجيب محمد مثنى ناجي، **حكم التعويض عن الضرر في العدول عن خطبة الزواج**، مقال منشور في مجلة القانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، العدد 14، 2008، ص 80.

أو أدبيا، وسواء كان لأحد الخاطبين دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر أو لم يكن له دخل في ذلك. وهناك فقهاء أخذوا بالقاعدة الفقهية الثانية، حيث ذهبوا إلى تقرير مبدأ التعويض عن ضرر العدول بشكل مطلق، باعتبار عدول الخاطب أو المخطوبة يستوجب التعويض للطرف الذي لحقه الضرر من جرّاء هذا العدول. فيما ذهب فقهاء آخرون إلى إقرار التعويض عن ضرر العدول في حالات معيّنة، أي كان لهم تفصيل في مسألة التعويض عن ضرر العدول.

وبناءً على ما تقدّم ظهر في إطار الفقه الإسلامي المعاصر ثلاثة اتجاهات حول مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، وذلك كما يأتي:

الاتجاه الأول: رفض مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بعدم التعويض مطلقا، وأن لكل من طرفي الخطبة أن يفسخها في الوقت الذي يشاء، ومن الذين قالوا بهذا الرأي الشيخ الجليل محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقا، ومن كبار علماء الأزهر الشريف، وقد كتب في هذا الموضوع مقالا قال فيه: " **لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، لأن كل واحد منهما لم يفوّت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن يشاء**".[1] ومن أصحاب هذا الرأي كذلك الدكتور عمر سليمان الأشقر، والدكتور عبد الكريم زيدان.

وقد أورد أنصار هذا الاتجاه عددا من الأسباب الوجيهة التي تبرّر منع التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول، وأهمها ما يلي:

1- التعويض ينافي حقيقة الخطبة، فالخطبة ليست عقدا، وإنما هي تواعد من الرجل والمرأة على الزواج ومن ذهب إلى القول بالتعويض وهو يقرر أن الخطبة وعد وقع في التناقض.[2]

2- حق العدول عن الخطبة حق مشروع، فالمقرر في الفقه الإسلامي أن" **الجواز الشرعي ينافي الضمان**" [3] أي أن الذي يمارس حقا مشروعا له، لا يكون مسؤولا عمّا يترتب عن ذلك من ضرر، وإنما

1- نجيب محمد مثنى ناجي، المرجع السابق، ص 81.

2- مجلة المحاماة الشرعية، العدد 01، أكتوبر 1930، ص 45، نقلا عن عبد العزيز آيت المكي، المرجع السابق، ص 96.

3- مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، ج2، ط 2، 2004، ص 1032

المسؤولية تنشأ عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب أو الخاطبة لا يعتبر معتديا إذا استعمل حقه في العدول.[1]

3- إن كلا من طرفي الخطوبة يعلم مسبقا أن حق العدول مقرر له شرعا، فكان لزاما عليه أن يتوقع هذا العدول من جانب الطرف الآخر في أي وقت، لذلك فإن الأمر يقتضي التريّث حتى يتبين له جلية الأمر فالشريعة الإسلامية أصلا لا تقيم تعويضا لقضايا الاستهواء الجنسي، والذي يكون من أسبابه السماح للمخطوبة بالخروج مع خطيبها إلى الحدائق والسينما ودور اللهو، إذ هي في هذه الحال تعرض نفسها للأقاويل، أما التسرع في الأمور الأخرى في ترك الوظيفة مثلا، أو شراء جهاز البيت، فإنه تهوّر أو تقصير في حق النفس، وعلى المقصّر تقع تبعة التقصير، فما يصيبه من ضرر إنما كان بسبب منه، اغترارا أو طيشا، وليس منشؤه محض العدول.[2]

4- إسناد قضايا التعويض للمحاكم أمر صعب التطبيق، إذ القاضي ليس في استطاعته التعرف على الأسباب الحقيقية للعدول، وأن الأسباب التي يستند إليها الخاطب العادل تبقى شخصية يقدرها كل من الخاطب والمخطوبة بكل حرية، وعلى هذا الأساس لا ينبغي إخضاع هذا التقدير للمقاييس العامة حفاظا على مبدأ الحرية المطلقة في اختيار كل من الزوجين لصاحبه، والتهديد بالتعويض يؤثر على هذه الحرية سيما إذا كان المعني بالأمر غير قادر ماديا على أداء التعويض المحتمل والحكم به عليه.[3]

5- فتح باب المطالبة بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة يفتح باب المنازعات، وربما الاتهامات والفضائح التي يكون ضررها أفحش من الضرر المادي المدعى به، والقاعدة تقضي بدفع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف.[4]

الاتجاه الثاني: وجوب التعويض مطلقا

يقول أصحاب هذا الاتجاه بوجوب التعويض مطلقا دون البحث عن ماهية الضرر، ومن أبرز أنصار هذا الاتجاه الشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر الأسبق، وعبد الرحمن الصابوني، وفتحي الدريني، ومصطفى السباعي.[5]

1- فتحي الدريني، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص 524

2- أبو زهرة محمد، **محاضرات في عقد الزواج**، دار الفكر العربي، دون طبعة، دون تاريخ سنة نشر، ص 67.

3- أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 60.

4- أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص 78.

5- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط6، مطابع دار الفكر، دمشق، سوريا، 1963، ص 41.

واستند أنصار هذا الاتجاه في وجوب التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة بعدد من الأدلة مستنبطة من السنة النبوية ومن المبادئ الفقهية العامة، وهي كما يلي:

1- أن الحقوق في الشريعة الإسلامية مقيّدة بمنع التعرض قصدا ومآلا، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم:" **لا ضرر ولا ضرار**" يقول الدكتور الدريني: " ليس في الفقه الإسلامي حق مطلق يتصرف فيه صاحبه كيف يشاء، دون رعاية لحق الغير، أو استهداف لغير الغاية النوعية المرسومة التي شرع من أجلها هذا الحق، لأن الشارع رسم لكل حق غاية معينة، على المكلف أن يبتغيها إبّان استعماله لحقه... وتأسيسا على هذا فإن الشارع إذا منح حق العدول، فلا يبرّر هذا المنح استعماله على وجه ضار بباعث غير مشروع، أو قصد سيء لإلحاق الأذى بالغير تحت شعار الحق، إذ الحق لم يشرع أصلا ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير، بل شرع لمصلحة جدية حقيقية مشروعة ومعقولة، تحقق غرضا اجتماعيا إنسانيا مقصودا للشارع تحقيقه، وهو هنا تمكين كل من طرفي الخطبة من التعرف على الآخر."[1]

2- كما يرى كثير من أنصار هذا الاتجاه، أنه يتوجب الحكم بالتعويض، وفقاً للقاعدة الشرعية المقررة في الشريعة الإسلامية " **الضرر يزال** " وهي مأخوذة من حديث: " **لاضرر ولا ضرار**" وهي خير دليل على التعويض عن الضرر، ذلك أن إزالة الضرر يتم بالتعويض عنه

3- مبدأ الالتزام في الفقه المالكي اعتبره أنصار هذا الاتجاه أيضاً دليلاً في التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، حيث أن الخاطب إذا ألزم نفسه شيئاً تجاه الآخر، وجب عليه التعويض عن الضرر عند عدم الوفاء، إذا كان هو الذي تسبب في الضرر، حيث يقولون: " أن مبدأ التسبب في الضرر، مبدأ مسلم به في الفقه المالكي، ويذكرون من فروعه، مارواه القرافي في الفروق عن سحنون: " **من أن الإنسان لو قال لآخر: تزوج امرأة وأنا أسلفك، أو أشتر سلعة وأنا أسلفك، لزمه الوفاء بالوعد، لأنه أدخله بوعده في ذلك** ".[2]

4- مبدأ التعسف في استعمال الحق، اعتبروه دليلاً على التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، وهو أصل شرعي تقرّه الشريعة الإسلامية في كثير من فروع الفقه، فقد قال به أبو حنيفة في كثير من المسائل كالولاية على القصّر، والوكالة والإجارة وإحياء الأراضي الموات وحقوق العلو والجوار، كما قال به الإمام

1- فتحي الدريني، بحوث مقارنة للفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج 2، ص 522.

2- شهاب الدين الصنهاجي القرافي، الفروق، ج4، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، دون طبعة، دون تاريخ نشر، ص24.

مالك في مسائل كثيرة منشورة في أبواب الفقه المختلفة، وقال به عدد من الفقهاء الآخرين.[1] وهذا المبدأ أصبح مسلماً به في أكثر قوانين العالم الحديثة، حيث بمقتضى هذا المبدأ العادل يؤكدون أن للخاطب أن يستعمل حقه في العدول، إلا أنه إذا استعمله في وقت ينزل فيه الضرر بغيره، فإن ذلك العدول لا يخلو من تغرير يستوجب التعويض عن الضرر الناجم عن العدول، سواء كان ضررا مادياً أو أدبيا.

ولا فرق أيضاً بين أن يكون هذا الضرر ناشئ عن تغرير صريح من أحدهما للآخر، كأن يطلب الخاطب نوعاً معيناً من الجهاز، أو تطلب المخطوبة إعداد مسكن للزواج، ثم يحدث العدول عن الخطبة أو كان الضرر ناشئ عن تغرير ضمني، ومثاله تأكيد الخاطب لمخطوبته بوسائل متعددة أنه راغب في الزواج منها ومصمّم عليه، كتقديم المهر كاملاً أو جزء منه، أو تقديم خاتم الخطبة، أو إرسال الهدايا، أو إعداد بيت الزوجية ولو من غير أن تأمره المخطوبة به، فكل ذلك كاف على وجود التغرير الضمني بالمخطوبة، فقد يحملها هذا التغرير على أن تشتري جهازها، أو ترفض الخاطبين الآخرين، كما أن قيام الخاطب بدفع جزء من المهر ودفع الهدايا وخاتم الخطبة كلٌّ ذلك يعتبر قرينة كافية، للقول بأن المخطوبة قد غُرّرت من طرف الخاطب بهذه الوسائل المتعددة، مما دفعها إلى تحميل نفسها متاعب مالية، كإعداد الجهاز، أو رفض الخاطبين الآخرين.[2]

5- العدول إذا كان معيبا في باعثه أو نتيجته ومآله، يوجب المسؤولية إذا ألحق بالطرف الآخر ضرر محقق مادي أو أدبي. وأن كل من الباعث غير المشروع أو النتيجة الضرورية اللازمة واللاحقة بالغير من جراء العدول ليس هو الغاية التي شرع من أجلها حق العدول، فهو إذن تعسف وانحراف عنها، وهذا هو منشأ المسؤولية والحكم بالتعويض.[3]

الاتجاه الثالث: التعويض عن الضرر مع مناقشة نوع الضرر الناتج عن العدول

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى التفصيل في مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، متخذين من ذلك موقفا وسطا بين الفقهاء الذين يمنعون التعويض عن الضرر بشكل مطلق وبين الذين يوجبون التعويض بشكل مطلق. حيث منعوا التعويض عن ضرر العدول حين لا تتحقق فيه العدالة، مستدلّين بنفس الأدلة والأسباب التي استند إليها الفقهاء المانعين للتعويض عن ضرر العدول بشكل

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق سوريا، ط 2، 1989، ص 27-28

2- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 41، وما يليها.

3- فتحي الدريني، بحوث مقارنة للفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج 2، ص 523.

مطلق، وأوجبوا التعويض حين تقتضيه مبادئ العدالة والمنطق السليم، مستندين إلى الأدلة والأسانيد التي استند إليها الفقهاء الذين أوجبوا التعويض عن ضرر العدول بشكل مطلق.

ولم يتفق أنصار هذا الاتجاه على مبدأ معين أو معيار معين في التعويض عن ضرر العدول، بل اختلفوا فيما بينهم في تحديد نوع الضرر أو تحديد الشروط التي يجب توفرها عند الحكم بالتعويض. ومن أشهر أنصار هذا الاتجاه فضيلة الشيخ محمد أبي زهرة، حيث ذهب إلى تقسيم الضرر الناتج عن العدول إلى قسمين: ضرر ناشئ عن مجرد العدول، وضرر ناشئ عن تدخل الخاطب غير مجرّد العدول، حيث منع التعويض في الأول وأقرّه في الثاني، وفي هذا قال: " وفي الحق إنا لا نستطيع أن نُقرَّ الرأي الأول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق، كما لا نستطيع أن نُقرَّ الرأي الثاني بإطلاق، بل نقول قولاً وسطاً، فنقرّر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض، لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبّب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب هو نوعاً معيّنا من الجهاز، أو تطلب هي إعداد البيت، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة فيعوّض، وإن لم يكن كذلك فلا يعوّض". ثم قال: " وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر نشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول كالمثالين السابقين، وضرر نشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوّض والثاني لا يعوّض، إذ الأول كان فيه تغرير والتّغرير يوجب الضمان، كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره، وفي قضايا العقل والمنطق، أما الضرر المترتب على العدول المجرد من غير عمل من جانب العادل، فلم يكن فيه تغرير بل اغترار ممّن وقع الضرر عليه، والاغترار لا يوجب الضمان".[1]

وهذا ما ذهب إليه أيضا الدكتور محمد مصطفى شلبي، حيث يرى أنه ينظر للضرر المترتب على العدول إن كان للطرف الآخر دخل فيه بسبب حصل منه، فإنه يحكم بالتعويض، كما إذا تركت المخطوبة الموظفة وظيفتها بتحريض من الخاطب لتتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج أو قامت بإعداد الجهاز اللازم بإيعاز منه ثم عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض، والأمر سيّان إذا قام الخاطب بتهيئة بيت الزوجية بإيعاز من خطيبته ثم عدلت عن الخطبة، فإنها تلزم بالتعويض، لأن الضرر الذي لحقه كان بسبب تغريرها، أما إذا فعل كل منهما ذلك دون إيعاز من الآخر، ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اغتراره هو لعدم تريثه في الأمر لأنه هو الذي جلب على نفسه الضرر.[2]

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص34.

2- محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، الدار الجامعية بيروت، ط4، 1983، ص 89 و90.

وهناك من يرى أن الخطبة بحكم طبيعتها، تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار المألوفة، لأن العدول عنها حق مقرر شرعا، وهو أمر ينبغي أن يكون في الحسبان ومتوقعا من الخاطبين عند انعقاد الخطبة، ومن الطبيعي أن ينجم عن العدول شيء من الآلام والمعاناة.[1]

وقد لخص الدكتور عبد الرزاق السنهوري ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصدد، مؤكدا على أن القضاء في مصر قد استقر على أن الخطبة ليست بعقد ملزم وأن مجرّد العدول عنها لا يرتب شيئا، وأنه إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر بالطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض، مؤسسا هذا الحكم على قواعد المسؤولية التقصيرية. أما حالة الإغواء فإن الدكتور عبد الرزاق السنهوري لا يراها سببا في التعويض إلا عند اصطحابها بالخديعة والغش أو بواسطة الضغط الأدبي، ويرى في نفس السياق بأنه إذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان، ورضيت المرأة أن تكون خليلة على علم من أقاربها فلا تعويض.[2]

وفي هذا الاتجاه، ذهب رأي آخر إلى التفصيل في حكم التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة وفقا لجنس الطرف العادل عن الخطبة، حيث ذهب هذا الرأي إلى أن العدول عن الخطبة إن كان من المرأة (المخطوبة) فلا يعوّض، لأن الرجل لا يتضرّر من فسخ الخطبة، ولا تلحقه تهمة من جرّائها، أما إذا كان العدول من الرجل (الخاطب)، فيطالب بالتعويض عن ضرر العدول، لأن الغالب أن عدوله يثير الظنّون والشبهات حول المخطوبة ويجعل الناس يتساءلون عن سبب عدوله عنها، وهذا يكون له أثر في إساءة سمعتها، وإلحاق الضرر الأدبي بها.[3]

وبمقارنة الاتجاهات الفقهية السابقة نرجّح الرأي الذي ذهب إليه الإمام محمد أبو زهرة، والذي وقف فيه موقفاً وسطاً، بحيث لم يقرّ منع التعويض عن الضرر بشكل مطلق، كما لم يوجب التعويض بإطلاقه ورجّحنا هذا الرأي لقوّة حجته وعدالة حكمه وبنائه على أساس سليم من الشرع. لكن وبالرغم من وجاهة هذا الرأي فإنه يؤخذ عليه أنّه قصر التعويض على الضرر المترتب على العدول عن الخطبة على الأضرار المادية فقط دون الأدبية، وكذلك قصر مفهوم الأضرار الأدبية على الاستهواء الجنسي فقط

1- عبد الرزاق نجيب، **طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة**، مجلة الحقوق، الكويت، 2001، عدد 01، ص 374 و375.

2- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1970.

3- بدران أبو العينين بدران، **الزواج والطلاق في الشريعة والقانون**، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د.ت. س، ص55

فالضرر المادي الذي سلم به الشيخ محمد أبو زهرة يتضح في إعداد جهاز خاص أو أثاث معين، يكون قد طلبه الخاطب من المخطوبة أثناء فترة الخطبة، ففي العدول بعد ذلك من طرف الخاطب ضرر محقق بالمخطوبة، فلا تجيز الشريعة عدم التعويض عنه، أما الضرر الأدبي، فالشيخ محمد أبو زهرة ينكر مبدأ التعويض عنه، إذ لا يتصوره إلا في حالة الاستهواء الجنسي الناتج عن ارتكاب العلاقات المحرمة بين الخاطبين. فليس ممّا يتفق مع مبادئ الإسلام في أن يحكم للفتاة بالتعويض عن وقوعها في الحرام نتيجة لنزوات جنسية طائشة غير متبصّرة بالعواقب، ولا متقيّدة بحدود الشريعة، ومبادئ الأخلاق.[1]

و هذا رأي حكيم وسديد متى ما كان الضرر الأدبي الذي لحقها عائداً لخطئها الناتج عن أفعالها المخالفة لأوامر ونواهي الشريعة ومبادئ الأخلاق، لكن لا يمكن أن نعتبر بأن كل الأضرار الأدبية التي تلحق المخطوبة محصورة أو ناتجة عن تهاونها أو تفريطها خلال فترة الخطبة بنفسها فقط كما ذهب هذا الاتجاه، بل هناك الكثير من الأضرار الأدبية التي تلحق بالمخطوبة، تقع في حالات مباحة دون أن يكون قد صدر منها شيء يخالف حدود وآداب الشريعة ومبادئ الأخلاق، فليس من العدل في مثل هذه الحالات المباحة أن يمنع التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المخطوبة.[2]

أما فيما يخص الرأي القائل بأن العدول لو كان من المرأة " **المخطوبة** " فلا تعويض عمّا يسبّبه هذا العدول من أضرار، وإن كان من الرجل " **الخاطب** "، فيطالب بالتعويض على اعتبار أن الرجل لا يتضرّر من فسخ الخطبة ولا تلحقه تهمة من جرائها بعكس المرأة " المخطوبة " التي تتضرر من عدول الخاطب عنها، نتيجة لإثارة الظنون حولها وتشويه سمعتها بين الناس. فهذا الرأي قد عالج الأضرار الأدبية في الحكم بالتعويض عن العدول والتي تتمثل في الإساءة بسمعة المخطوبة بين الناس، ولم يعالج الأضرار المادية التي يمكن تصوّرها بسبب عدول المخطوبة عن الخطبة، وتلحق الضرر المادي البالغ بالخاطب ونعتقد أن هذه التفرقة في حكم التعويض عن الضرر غير عادلة، لأن الخاطب في الغالب يتضرّر ماديا بسبب العدول، سواء كان منه بعدما تسبّبت هي في العدول بأن دفعته إليه دفعا، أو كان منها بعد أن حصل منها تغرير، وفي الحالتين يستوجب التعويض، ضف إلى ذلك أنّ الإساءة وتشويه السمعة كما تصيب المرأة " **المخطوبة** " قد تصيب الرجل " **الخاطب** " جراء العدول عن الخطبة من قبل المخطوبة.

وعلى هذا الرأي يجب أن يوجه العمل القضائي باجتهاد قضائي رصين من المحكمة العليا، لأن هذا الرأي قرر تحديد نوع الضرر أو تحديد الشروط التي يجب توفرها عند الحكم بالتعويض، وهذا يضع حدا

1- نجيب محمد مثنى ناجي، المرجع السابق، ص 86

2- نجيب محمد مثنى ناجي، المرجع نفسه، ص 86

لاستغلال أحد الخطيبين للآخر بأن يدفعه دفعا للعدول بغية الحصول على تعويض، فضلا عن ذلك فإن التعويض لا يكون بصفة تلقائية، بل يجب على قاضي الموضوع أن يقدر كل حالة على حدا بحسب ظروفها وملابساتها، وفقا لما قدمه المدعي من إثبات لفقده تلك الفرصة، وطبقا لدرجة احتمال الكسب التي تتوفر للمتضرر مع التقيد بنطاق الخصومة، وهذا من باب الاحتياط حتى يتجنب القاضي في مثل هذه المسائل التعويض عن الضرر الوهمي أو الخيالي أو الاحتمالي.

ثانيا- موقف القضاء من مسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول:

وبعد بيان موقف فقهاء الشريعة من مسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول، سنتناول فيما يأتي موقف القضاء من المسألة لمعرفة مدى تقريره للتعويض عن ضرر العدول، ومدى موافقته لأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن خاصّة وأنها المرجع والمصدر للقاضي في تفسير النص القانوني واستنباط الأحكام التي لم يرد النص عليها في قانون الأسرة.

ذهب القضاء الجزائري إلى إيجاب التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة، حيث صدرت عدّة أحكام قضائية عموما تقضي بالتعويض عن ضرر العدول تطبيقا للمادة **05** من قانون الأسرة. منها ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:**25-12-1989**، ملف رقم:**56097** ما يأتي: " من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدّعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر. ومن المقرر أيضا أنه **إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.** ومن ثمّ، فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعدُّ خرقا للقانون. ولما كان من الثابت – في قضية الحال- أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف، ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به، بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء، يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه. " [1]

ورغم أن هذا القرار تتصدره عبارة **من المقرر قانونا** والتي تعني ما هو مقرّر في المادة **05** من قانون الأسرة، والتي تجيز الحكم بالتعويض إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي، فإن هذا لا يمنع من الاستئناس بالفقه الشرعي والقضاء المقارن والاسترشاد بهما للتأسيس لمبدأ التعويض عن ضرر العدول بتوضيح شروطه وضوابطه القانونية في إطار الأحكام الشرعية.

1- بلحاج العربي، **الزواج والطلاق في تقنين الأسرة** معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص29-30

ونعتقد أنّ ما قرّره القضاء في القرار أعلاه يستند إلى المبررات الآتية:[1]

1- أن العدول عن الخطبة وإن كان أمرا مباحا، فإنما أبيح لهدف معيّن هو إتاحة الفرصة لكل من الخاطبين لتفادي الارتباط بزواج لا يرضاه، فإذا عدل الخاطب أو المخطوبة عن الخطبة لغير هذا الهدف، لم يكن جديراً بحماية القانون، فالشرائع لا تحمي عدولا طائشاً لا يبرّره مسوغ.

2- إن البحث في التعويض عن العدول لا يمس الأسرار العائلية، كما ذهب إليه أنصار الاتجاه المانع للتعويض، بقدر ما يتعلق بالأفعال الضارة التي تصاحبه، وإن هذا البحث وإن كان دقيقاً، فلا تمنع دقته من أن يختص القضاء بالنظر فيه رعاية لحقوق الناس لا سيّما في الأعراض، ولا يستطيع القضاء أن يتخلى عن سلطته في تقدير الأفعال التي يترتب عليها إضرار أحد الخاطبين بالآخر.

واستقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه يجوز للزوجة طلب التعويض لوجود الضرر المعتبر شرعا وخاصة عند **طول أمد الخطبة**، ذلك لأنه إذا وقع العدول بعد مضي زمن طويل على الخطبة أو وقع طلاق قبل الدخول بدون سبب، فإنه يتوقع معه حدوث الضرر وبالأخص المعنوي بتأخير مشروع الزواج وإثارة الألسنة بالتشهير والتجريح مما يستوجب معه التعويض لا محالة إذا كان العادل عن الخطبة هو المتسبب في الضرر[2].

وفي هذا الصدد، جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:**27-22-8002** في الملف رقم:**058850** ما يلي: " **يحق للزوجة، في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على تعويض، من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها** ". [3]

تتلخص وقائع وإجراءات القضية موضوع القرار، أن الطاعن (ق.س) رفع طعنا بالنقض بواسطة محاميه ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة والمؤرخ في:24-05-2004 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بالطلاق بين الطرفين قبل البناء وعلى مسؤولية الزوج، وإلزام المستأنف بدفع للمستأنف عليها مبلغ 100.000 دج كتعويض.

وقد استند الطاعن في طعنه على وجه وحيد مأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ولاسيما مخالفة أحكام المادة 16 من قانون الأسرة، مسببا ذلك بأنه دفع أمام محكمة الدرجة الثانية بأحكام المادة

1- وهي نفس المبررات التي يستند إليه الاتجاه القضائي (المقارن) الذي يجيز التعويض على العدول عن الخطبة، أنظر: نجيب محمد مثنى ناجي، المرجع السابق، ص 91

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، **المرجع السابق**، ج1، ص 105.

3- المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2007، العدد 01، ص 487.

16 من قانون الأسرة التي تقر نصف الصداق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول، إلا أن قاضي الدرجة الثانية أسس قراره بأن العارض لا يستند إلى أي سند قانوني فيما يتعلق بطلبه الرامي إلى تمكينه من نصف مبلغ الصداق.

وفي معرض ردها عن هذا الوجه أثارت المحكمة العليا مسألة مهمة تتعلق بأساس التعويض المقضي به للمستأنف عليها، حيث ذهبت إلى القول: " بأن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن والمقدر بمبلغ 100.000 دج دينار هو **تعويض للمطعون ضدها جبرا للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها**، باعتبار أن الطاعن طلب بفسخ الزواج بعد **مدة طويلة من الانتظار التي انتظرتها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة، ولم تحقق هدفها في الزواج بالطاعن**، وبالتالي فإن ما قضى به قضاة الموضوع يتماشى والقانون."

وهذا اجتهاد في محله، لأن تفويت فرصة الزواج على المخطوبة المعقود عليها، وخاصة إذا طالت المدة بين العقد والطلاق قبل الدخول، كتفويت فرصة الزواج من شاب آخر، وضياع مشروع الزواج كلية بعد فوات السنين وتقدم العمر، دون أي شك، هو ضرر حاصل يستوجب التعويض، ذلك أن الفرصة وإن كانت أمرا احتماليا فإن الحرمان منها أي تفويتها هو ضرر محقق وأكيد إذا كانت الفرصة تقوم على أسباب معقولة [1].

فضلا عن ذلك فإن تفويت فرصة الزواج، وما تتركه في النفس من معاناة الخيبة والتحصر يشكل في حد ذاته نوعا من أنواع الضرر المعنوي الجدير بالاهتمام، والذي يستحسن أن يأخذه قاضي شؤون الأسرة بعين الاعتبار عند الحكم بالتعويض، وهذا عندما يثبت المدعي " الطرف المتضرر" بأن المدعى عليه قد حرمه فعلا من فرصة حقيقة.

والتعويض عن فرصة الزواج، لا يكون بصفة تلقائية، بل يجب على قاضي الموضوع أن يقدر كل حالة على حدا بحسب ظروفها وملابساتها، وفقا لما قدمه المدعي من إثبات لفقده تلك الفرصة، وطبقا لدرجة احتمال الكسب التي تتوفر للمتضرر مع التقيد بنطاق الخصومة، وهذا من باب الاحتياط حتى يتجنب القاضي في مثل هذه المسائل التعويض عن الضرر الوهمي أو الخيالي أو الاحتمالي، فإن تعذر عليه تقدير كافة الأضرار جاز له الحكم بتعويض مؤقت إلى حين اكتمال كافة عناصر الضرر [2].

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، **المرجع السابق**، ج1، ص 106.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، **المرجع نفسه**، ج1، ص 106.

وعلى هذا الأساس، فإن قرار المحكمة العليا المذكور أعلاه وإن جاء على شكل مبدأ عام فإنه لم يتطرق إلى التفاصيل، فقد أغفل الإشارة إلى شروط التعويض عن تفويت فرصة الزواج التي يمكن لقضاة الموضوع الاسترشاد بها، لذلك فإنه يتعين على اجتهاد المحكمة العليا عندما يؤسس لمبدأ قانوني هام، كما هو الشأن في قضية الحال بأن لا يكتفي بالنص تلقائيا على المبدأ، دون بيان تفصيلي وتحليلي لكيفية الوصول إليه وفقا للقانون، بل يجب توضيح الشروط والضوابط القانونية في إطار الأحكام الشرعية. لأن ترك تقدير مسألة التعويض عن تفويت فرصة الزواج دون أي معيار فقهي يمكن للقاضي الاستهداء به قد يؤدي إلى المغالاة والتعسف، سواء من قبل القاضي أو من قبل المتقاضين.

والذي يستحسن الأخذ به قضاءً هو القول الذي يرى ربط الأضرار المادية والمعنوية الناشئة بسبب العدول عن الخطبة بنظرية التعسف في استعمال الحق للعلل الآتية:

1- مراعاة لمقاصد الشريعة الإسلامية من تشريع الحقوق، وذلك باستهداف الغاية من تشريعها.

2- تفاديا للأضرار التي تلحق أحد الطرفين من سوء استعمال صاحبه لحق العدول عن الخطبة.

الفرع الثاني: مصير المهر بعد العدول عن الخطبة

قد يحدث أن يقدم الخاطب لخطيبته أو لمن يمثلها المهر كله أو بعضه أثناء الخطبة ثم يحدث العدول سواء من الطرفين أو من أحدهما، فهل يسترد الخاطب هذا المهر؟ وما الحكم في حالة التصرف في المهر من طرف المخطوبة بشراء جهازها مثلا أو شراء مستلزمات مسكن الزوجية؟

هذه المسألة لم يتعرض لها قانون الأسرة الجزائري، ولعل السبب في ذلك نظرة المشرع إلى ما هو متعارف عليه في المجتمع الجزائري من أن المهر يدفع أثناء أو بعد إبرام عقد الزواج وليس أثناء الخطبة، ومع ذلك كان الأولى بالمشرع أن يضع حلا لها، فقد تكون هناك حالات معينة مستعجلة يتم فيها دفع المهر أثناء الخطبة.

هذه المسألة تطرق لها قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:13-07-1993 ملف رقم:92714 حيث جاء فيه: **من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.**

ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعنة بأحقيتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن[1].

الثابت من هذا القرار أن المحكمة العليا تولت البت في مسألة فقهية شرعية عادة ما يثار بشأنها عدة نزاعات أمام القضاء، تتعلق بمصير المهر بعد العدول عن الخطبة، إذ أقرت للخاطب في حالة فسخ الخطوبة، الحق في استرداد المهر الذي دفعه مسبقا لخطيبته أثناء فترة الخطوبة.

وبطرح هذه المسألة على الفقه الإسلامي، نجده متفقا على أن ما قدمه الخاطب من مهر، فله أن يسترده، سواء أكان قائما أم هالكا أم مستهلكا، وفي حال الهلاك أو الاستهلاك يرجع بقيمته إن كان قيمياً، وبمثله إن كان مثليا، أيا كان سبب العدول، من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة.[2]

الفرع الثالث: استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة.

لقد نظمت الفقرة 03 و04 من المادة الخامسة المعدلة بموجب الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في:27 فبراير 2005 موضوع استرداد ورد الهدايا بعد العدول عن الخطبة، نظرا لما قد يثيره من خلافات ونزاعات بين الخاطبين أو أهليهما لإحساسهم بأهمية ما أنفقوه دون تحقيق الأهداف المرجوة من الخطبة.

فقد نصت المادة الخامسة أعلاه في فقرتها الثالثة والرابعة على أنه: **لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه 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.

وجاء تعديل هذه المادة متضمنا قاعدة فقهية مفادها تقرير حق استرداد الهدايا للخاطب والمخطوبة بالنظر إلى الشخص العادل عن الخطبة، بمعنى من يعدل عن الخطبة لا حق له في استرداد ما أهداه للطرف الآخر وعليه رد الهدايا التي تسلمها من الطرف الآخر إن لم تستهلك أو قيمتها[3].

إن النص القانوني أعلاه يثير جملة من المسائل نعرضها تباعا وفق الآتي:

1- المجلة القضائية، 1995، العدد 01، ص 128.

2- بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج4، ص 304. ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج6، ص 295.

3- حيث أن المادة 05 من قانون الأسرة في فقرتها الثالثة والرابعة قبل التعديل كانت تنص على أنه: لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك.

أولا- المتسبب في العدول:

إن المشرع من خلال هذا النص ربط استرجاع الهدايا من عدمه بمجرد العدول عن الخطبة لا بسبب العدول إلا أنه بالنظر إلى الواقع العملي نجد أنه نادرا ما يتم العدول بدون سبب، فالغالب أن يقترن العدول بسبب ما، كأن يكتشف أحد الطرفين ما يدعوه إلى التراجع عن الخطبة، أو قد يكون العدول من أحد الطرفين بسبب من الآخر[1].

فالنص القانوني أعلاه لم يتحدث عن المتسبب في العدول، فقد يدفع الخاطب هدية ذات قيمة معتبرة وربما بطلب من المخطوبة، فتلجأ إلى التحايل بأن تتصرف تصرفات لا ترضي الخاطب، أو تتعمد الخصام معه فتدفعه دفعا إلى العدول عن الخطبة، وبالتالي لا يسترد هداياه في هذه الحالة، مع أن المتسبب في العدول هي المخطوبة، فقد تغرّر به بصورة من الصور، ثم تدفعه هي إلى العدول وإن كانت المسألة نادرة لكن تعقد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية يجعل هذا الأمر ممكن الحدوث.

ولذلك نرى أنه من الضروري على القاضي قبل الحكم أن يراعي هذه المسألة، فإن تبين له أن طرفا ما قد تسبب في العدول بأن غرر بالطرف الآخر، مما دفعه إلى العدول عن الخطبة جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب في إرجاع الهدايا، ولو أن العدول كان من الطرف الآخر، إذ من المعلوم أن التغرير يوجب الضمان.

ثانيا- مآل الهدايا المستهلكة:

نصت المادة 05 من قانون الأسرة رقم:84-11 قبل التعديل في **الفقرة** 04 منها على ما يلي:" **وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك.**"

وبعد التعديل أصبحت تنص على ما يلي: **وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.**

وعلى المستوى التطبيقي، وفي ظل النص القديم صدر قرارا عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في:**00- 28-2527** ملف رقم:**05027** (غير منشور) جاء فيه: **من المقرر شرعا أنه إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك.**

1- محمد محدة، **الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري**، ج1، دار الشهاب، الجزائر، الطبعة 02، 2000، ص 36.

حيث أن القرار المطعون فيه يخالف هذا المبدأ لما أمر بأن الأشياء المقدمة في الخطبة لا يمكن ردها عينا حسب رأيه، لأنها أصبحت غير صالحة، مقتنعا بما صرح به المستأنف، وبدون أي تحقيق في ذلك، رغم أن المخطوبة أكدت عكس ذلك لأنها بقيت محتفظة بها وعرضتها على المدعى عليه في الطعن حسب محضر محرر على يد المنفذ بتاريخ:30-09-1982، وأنه من جهة أخرى فإن قائمة الأشياء المقدمة أسعارها خيالية من طرف المدعى عليه في الطعن، فمجموعها مغلظ بمبلغ كبير يدل على أن المجلس لم يدرس بإمعان الوثائق المقدمة في المرافعة.

حيث أن القضاء المستقر يوجب على قضاة الموضوع أن ينظروا في جميع الأوجه التي يقدمها الطرفان لقبولها أو رفضها، مما يجعل القرار المطعون فيه قابلا وجديرا بالنقض والإبطال.

فعبارة (الاستهلاك) في الحقيقة تثير غموضا كبيرا، إذ أنها توحي بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية أو تصرفت فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية كالهبة والبيع، فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة، لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود، وبالتالي فهي مستهلكة، إلا إذا قصد المشرع عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلة قيمتها، بالإضافة إلى أن لفظ " الاستهلاك " هو مصطلح اقتصادي ولا يشترط فيه زوال الشيء، بل يصدق عليه وصف المستهلك حتى ولو كان موجودا في يد المخطوبة، لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك بمعنى صار من الأشياء المستعملة[1].

وقد لا يرى الخاطب فائدة في المطالبة باسترداد الهدايا، وإنما يطالب بقيمتها، كأن يكون خاتما من الذهب استعمل مدة معينة، فمن الطبيعي أن قيمته نقصت كثيرا عن قيمة الشراء، أو جهازا معينا استعمل، وبالتالي فإن قيمته نقصت، لذلك فقد أجاز النص المعدل لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية.

زيادة على أن بقاء النص على هذه الصورة قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري كالهبة الصورية، أو البيع الصوري، ثم تعدل عن الخطبة، فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي المخطوبة بأن الهدايا استهلكت، أي لم يعد لها وجود، والنص يقول (فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك) أي أنها ترد ما كان قائما تحت يدها فقط، أما إذا استهلكته فلا ترد.

كما أنها قد تتصرف في الهدايا بحسن نية وبعقد حقيقي كالبيع، فربما كانت بحاجة إلى المال فتقوم ببيع الهدية للحصول على الثمن، كأن تبيع الذهب الذي قدم لها كهدية لشراء أغراض أخرى.

---

1 بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 43.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد أن **فقهاء المالكية** [1] يفرقون بين أمرين هما:

- إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا، وقالوا حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم الإعراض وألم الاسترداد.

- إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد الهدايا إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات.

ويرى **فقهاء المذهب الحنفي** أن الهدايا التي أعطاها الخاطب للمخطوبة فله الحق في استردادها إن كانت موجودة، فإن كانت هالكة أو مستهلكة فليس له استرداد قيمتها أو مثلها، جاء في الدر المختار: خطب رجل فتاة وبعث إليها أشياء ولم يزوجها أبوها، فما بعث من مهر يسترد عينه قائما، وإن تغير بالاستعمال أو قيمته هالكا، لأنه معاوضة لم تتم، فجاز الاسترداد، وكذا يسترد ما بعث من هدايا وهو قائم دون الهالك والمستهلك، لأنه في معنى الهبة.[2]

ويجعل **فقهاء المذهب الشافعي** الحباء والهدايا جزء من الصداق الذي هو حق للزوجة، وأن ما قدم للأب يجعل الصداق فاسدا ويوجب على الزوج مهر المثل، أما إذا أعطت الزوجة لأبيها مالها أو جزء منه فذلك جائز لأنها تصرفت في مالها.[3]

أما **فقهاء المذهب الحنفي** فإنهم قالوا أن الهدايا المقدمة للمخطوبة هبة لا يجوز للخاطب الرجوع فيها، أما ما قدم لها باعتباره مهرا أو جزء منه فالظاهر أنه يستحق استرداده.[4]

ونخلص إلى أن الرأي الذي رجحه كثير من الباحثين المعاصرين هو ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي في المسألة إذ هو الأقرب للحق والعدل، والعلة في ذلك هي عدم الجمع بين ضرر العدول وضرر الاسترداد، ولأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.[5]

ولهذا السبب نرى ضرورة تعديل نص المادة **07** أعلاه، والأخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه، بحيث أنه يقضي في حالة العدول من المخطوبة، أنها ترد الهدايا إن كانت قائمة، فإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات، وبهذا نسد باب التحايل من

1- محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، دون طبعة، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، د. ت. س، ص 66

2- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج4، ص 304.

3- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 226.

4- ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج6، ص 295.

5- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 26

كلا الجانبين الخاطب أو المخطوبة، وبالتالي يصبح كل طرف على علم مسبق بأنه يقع عليه رد الهدايا في جميع الأحوال في حالة العدول.

ثالثا- مآل الهدايا المهداة من المخطوبة عندما يكون العدول منها:

المادة **07** أعلاه لم تنص على الهدايا المهداة من المخطوبة عندما يكون العدول منها، إذ من المفروض بالموازاة مع الخاطب ألا تسترد الهدايا التي أهدتها له لأن العدول منها، وبالتالي يكون هناك تساوي بين الطرفين في الحكم.

رابعا- مآل الهدايا في حالة فسخ الخطوبة بالاتفاق بين الطرفين:

هناك مسألة كثيرا ما تحدث من الناحية العملية لم يتعرض لها قانون الأسرة الجزائري، وهي حالة فسخ الخطوبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهات النظر مثلا، فنعتقد أن كل واحد له الحق في استرجاع هداياه، لأن النص القانوني تكلم فقط عن العدول من أحد الطرفين دون الطرف الآخر وأعطى حكما معينا للهدايا.

وبهذا نكون قد أنهينا المبحث الأول واستخلصنا منه أن هناك فراغا قانونيا في نص المادتين 05 و06 من قانون الأسرة، وهذا راجع إلى ضعف استعمال الصيغ القانونية التي لا يحتمل تأويلها إلى ألفاظ أخرى مثل لفظ المستهلكة فهذا لفظ اقتصادي وليس قانوني، فالمشرع هنا أساء استعمال المصطلحات القانونية. ورغم التعديل الذي مسّ المادتين المنوه عنهما أعلاه، فإن المشرع تدارك بعض النقص فقط ولم يقم بتداركه كاملا، إذ نجده أغفل تنظيم عدة مسائل مهمة تتعلق بالخطبة، فلم ينص على شروط صحة الخطبة، ومصير المهر بعد العدول عن الخطبة، ولم يحدد شروط الضرر الموجب للتعويض عن العدول عن الخطبة وهي المسائل التي تقتضي الاجتهاد القضائي فيها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة **888** من قانون الأسرة.

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بهذه المسائل، وجدنا أنها قليلة ومقتضبة لم تحمل في طياتها أحكاما فقهية مفصلة، وإنما تضمنت أحكاما عامة مشارا إليها بعبارة من المقرر شرعا، ومع ذلك لم تحد هذه الأحكام عن ما هو مقرر في الفقه المالكي.

المبحث الثاني: المسائل المتعلقة بتكوين عقد الزواج وإثباته.

نظرا لأهمية عقد الزواج وخطورته في المجتمع لكونه يتعلق بأعراض الناس، فقد أحاطه الشارع الحكيم بجملة من الضوابط والمقومات، لا ينعقد إلا من خلالها، وهذه المقومات تنقسم إلى قسمين: مقومات للانعقاد ومقومات صحة، فالأولى تسمى أركان العقد، والثانية تسمى شروط صحة العقد.

وعندما ينعقد العقد بتلك المقومات، تثار نقطة مهمة هي مسألة إثباته، وقد بين الفقه الإسلامي الوسائل المقررة شرعا في الإثبات.

والمشرع حدّد في قانون الأسرة أركان عقد الزواج وجعلها أربعة في المادة التاسعة قبل التعديل، حيث كانت تنص على أنه: " **يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق** ". أما في التعديل الجديد فقد تغير الوضع تماما، فلم يبق من تلك الأركان الأربعة سوى ركن واحد هو الرضا، أما بقية الأركان الأخرى أدرجت ضمن شروط صحة الزواج، حيث جاء في المادة التاسعة المعدلة ما يلي:" **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**"، في حين نصت المادة 09 مكرر على أنه:" **يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج** ".

وفيما يخص إثبات عقد الزواج، فقد قررت المادة 22 المعدلة بالأمر:05-02 بأنه: **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.**

ولئن نص قانون الأسرة على مقومات عقد الزواج في المادتين 09 و09 مكرر منه مشيرا إلى طرق إثباته في المادة 22، فإن ما تضمنته هذه المواد من أحكام قليلة ومقتضبة، وتفتقر للتفصيلات اللازمة في العديد من المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج وإثباته.

وتبعا لما تقدم تقتضي الدراسة تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول المسائل المتعلقة بركن الرضا في عقد الزواج، ونعرض في الثاني المسائل المتعلقة بشروط عقد الزواج، أما المطلب الثالث فنخصصه لمسائل الإثبات في عقد الزواج.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بركن الرضا في عقد الزواج.

تناولت المواد 09، 10، 33 فقرة 01 من قانون الأسرة بعض أحكام ركن الرضا في عقد الزواج، فالمادة 09 نصت على أنه:" **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**"[1]، والمادة 10 بقولها:" **يكون الرضا**

1- عدلت هذه المادة بموجب الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27- 02- 2005، وكانت صياغتها في ظل القانون: 84-**22** كما يلي: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق".

بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة "، أما المادة 33 في فقرتها الأولى فقد قررت أنه:" **يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.**"

وهذه المواد مستنبطة مما اتفق عليه كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون في مختلف التشريعات الوضعية على أن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج ويتوقف عليه وجوده، رغم أنهم اختلفوا في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك ما يسميه الصيغة، وهذا اختلاف لفظي فقط، أما المعنى فهو واحد.

وبالتمعن في المواد المشار إليها أعلاه، يتضح أنها جاءت ناقصة غير كافية لمعالجة جميع المسائل التي يثيرها ركن الرضا في عقد الزواج، ولعل أهمها تلك المتعلقة بشروط الإيجاب والقبول، والاشتراط في عقد الزواج، وهي المسائل التي من شأنها أن تطرح عدة إشكالات في الواقع العملي.

لذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول نتناول فيه أهم المسائل المتعلقة بشروط الإيجاب والقبول، ونتطرق في الثاني إلى مسألة الاشتراط في عقد الزواج.

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بشروط الإيجاب والقبول.

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا وإنما اكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة بتحديد قسمي الرضا، واللفظ بصفة عامة الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول.

ومن بين التعريفات الفقهية المختارة لركن الرضا، تعريف السيد سابق بقوله: " **توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا.**" [1]

فالمادة 10 في فقرتها الأولى جاءت متفقة تماما مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو أن ركن الرضا يتكون من شقين الإيجاب والقبول، لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب والقبول من دون أن تعرفهما ولم تحدد شروطهما، مما يستوجب قضاءً الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسائل، وذلك وفق الآتي:

1- السيد سابق، **فقه السنة**، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، دون طبعة، دون تاريخ سنة النشر، ج**2**، ص22

أولا- تعريف الإيجاب والقبول:

الإيجاب والقبول يقصد بهما الصيغة والتي عُرّفت بأنها:" **اللفظ الدّال على حصول النكاح وتحققه إيجابا وقبولا** " [1] ولفقهاء الشريعة الإسلامية مذهبان في تحديد معنى الإيجاب والقبول:

- **المذهب الأول:** يرى الأحناف أن الإيجاب هو ما يصدر من أحد العاقدين بما يدل على أنه يود الارتباط بعلاقة زوجية مع طرف العقد الآخر، ويسمى بالتالي موجبا، وأن القبول هو الكلام الذي يصدره المتعاقد الثاني الذي وجه له الإيجاب بما يدل على موافقته على ما أوجبه الموجب ويسمى القابل.[2]

وبناءً عليه، فالمعول عليه عندهم في تحديد كون اللفظ إيجابا أو قبولا هو وقت الصدور بصرف النظر عن الجهة التي صدر عنها، فما صدر أولا هو الإيجاب، وما صدر ثانيا هو القبول، جاء في فتح القدير:" **الإيجاب هو الصيغة الصالحة لإفادة معنى العقد الواقعة أولا، والقبول هو الصيغة الصالحة لإفادة معنى العقد الواقعة ثانيا من أي جانب كان منهما.**"[3]

- **المذهب الثاني:** يقول جمهور الفقهاء من المالكية [4] والحنابلة [5] أن الإيجاب ما صدر من ولي المرأة في عقد الزواج، وأن القبول ما صدر من الزوج، وبهذا فالعبرة على رأيهم بجهة الصدور بصرف النظر عن الوقت، إلا أنهم قالوا إذا تقدم القبول على الإيجاب صح العقد.[6]

قال الخرشي المالكي: " **إنه لا يشترط الترتيب في صيغة النكاح، بمعنى أنه لا يشترط أن يكون كلام الزوج بعد كلام ولي المرأة، فلو بدأ الزوج فقال لولي المرأة: زوجني وليتك بكذا، فقال الولي: زوجتكها به، فإن النكاح ينعقد بذلك.**" [7]

1- عثمان محمد رأفت، **عقد الزواج، أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي**، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط1، 1977 ص 106.

2- ابن همام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج3، ص182.

3- ابن همام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج3، ص 182.

4- الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج1 ص380، الشربيني: مغني المحتاج، المرجع السابق،ج9، ص188-189.

5- البهوتي، **الروض المربع شرح زاد المستنقع**، تعليق عبد الرحمن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، د ط، ص511.

6- غير أنه لا يصح تقديم القبول على الإيجاب عند الحنابلة، ابن قدامه: المغني، المرجع السابق،ج9، ص462.

7- الخرشي: **الخرشي على مختصر سيدي خليل**، دار صادر، بيروت، دون طبعة، دون تاريخ، ج3، ص174.

وجاء في الروض المربع الحنبلي: " **الإيجاب هو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه، والقبول هو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه.**"[1]

أما القبول فهو موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي ضمنها، دون تعديل، ويترتب عليه انعقاد العقد." [2]

ثانيا- شروط صحة الإيجاب والقبول:

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لصحة الإيجاب والقبول شروطا معينة منها ما اتفقوا عليها، ومنها ما اختلفوا فيها، وذلك على النحو الآتي:

1- صيغة الإيجاب والقبول:

تنص المادة **20** من قانون الأسرة المعدل والمتمم، في فقرتها الأولى على أنه:" **يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.**"

ما يستخلص من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يحدد **الألفاظ** التي يتم بها التعبير عن الإيجاب أو القبول، ولم يحدد **اللغة** التي يتم بها العقد **وصيغة الفعل** عند التعبير عن الإيجاب والقبول، وهذا ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفقا لنص المادة **888** من قانون الأسرة، فقد أفاض الفقهاء في الحديث عن هذه المسائل وهي كالآتي:

1-1- الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح:

الألفاظ التي تعبر عن النكاح شرعا، منها ما هو متفق عليه عند الفقهاء، ومنها ما هو مختلف فيه، والتي يمكن التعرض لها في نقطتين أساسيتين وفقا لما يأتي:

أ- الألفاظ المتفق على أنها تؤدي معنى النكاح شرعا:

اتفق الفقهاء بأن الزواج ينعقد بألفاظ الزواج أو النكاح، مستدلين في ذلك بأن معظم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بالزواج جاءت بهذين اللفظين، كما اتفقوا على أن الزواج لا ينعقد بالألفاظ

1- البهوتي، الروض المربع، المرجع السابق، ص511.

2- ابراهيم الدسوقي أبو الليل، **العقد والإرادة المنفردة**، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995 ص115.

التالية: الإباحة، الإحلال، الإيداع، الإعارة، الرهن، الوصية، الإجارة، وذلك بسبب أنها لا تؤدي مفهوم الزواج حقا، ولا تقتضي البقاء مدة الحياة.[1]

ب- الألفاظ المختلف في أدائها لمعنى النكاح:

ذهب **الحنفية** [2] إلى القول بأنه يجوز ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ التالية: الهبة، التمليك، البيع، الصدقة، شريطة أن تدل هذه الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة.

في حين ذهب **الشافعية**[3] و**الحنابلة**[4] إلى القول بعدم صحة الإيجاب والقبول بغير لفظي التزويج والنكاح، وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء والزهري، وربيعة[5].

أما **المالكية** يرون بأن الألفاظ من جهة انعقاد النكاح بها، أربعة أقسام[6] :

الأول: تصلح للإيجاب والقبول وينعقد بها النكاح مطلقا، سواء سمي معها مهر أم لا، وهذه الألفاظ هي الإنكاح والتزويج.

الثاني: يصح بها الإيجاب والقبول وينعقد بها النكاح إن ذكر معها المهر، وهذه الألفاظ هي لفظ وهبت، قال الصاوي: " ومحل ندبه- أي ذكر الصداق- إن كانت الصيغة أنكحت وزوجت لا وهبت فيجب." [7]

الثالث: ما في صحة الإيجاب والقبول به خلاف، وهو كل لفظ يقتضي البقاء مدى الحياة، كبعت أو ملكت فبعض المالكية جعلها مثل وهبت، وبعضهم لم يجعلها بمنزلة وهبت فلا ينعقد بها.

الرابع: ما لا ينعقد به النكاح مطلقا، ولا يصلح أن يعبر به عن الإيجاب والقبول، وهو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدى الحياة، كلفظ الإجارة والعارية.

1- عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993،ج 6 ص81.

2- الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق،ج2، ص229- ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج3، ص185-186.

3- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 190.

4- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 9 ص460.

5- وما يلاحظ في اشتراط الفقهاء للألفاظ التي يتم بها عقد الزواج أنها تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه، أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفيه أن يقول قبلت أو رفضت، وهو ما جرت عليه العادة والعرف في الجزائر أن يقول الموجب جئت أطلب ابنتك مثلا، فيقول القابل إني قبلت. انظر: الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج 1، ص308.

6- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، المرجع السابق،ج3، ص420.

7- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المرجع السابق، ج 1 ص376.

واختار ابن تيمية صحة الإيجاب والقبول بأي لفظ يعتبره الناس إيجابا وقبولا في النكاح، وبالتالي ينعقد النكاح به، فقد قال رحمه الله :" ينعقد النكاح بما عده الناس نكاحا بأي لغة ولفظ كان ومثله كل عقد".[1]

1- 2- لغة إبرام عقد الزواج:

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على اللغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج، بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، في حين لم يغفل جمهور الفقهاء التطرق إلى هذه المسألة، فقد جاء في المغني:" **من قدر على لفظ النكاح أو الزواج باللغة العربية لم يصح بغير هذين اللفظين.**" [2]

وعند **أبي حنيفة** يصح وينعقد، لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية، ولأن العبرة في العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ والمباني، وأن الزواج ليس أمرا تعبديا حتى يجب تعلم أركانه باللغة العربية[3] واحتج ابن قدامة بقوله: " بأنه من عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة، فلم يصح كما لو استعمل لفظ الإحلال."[4] أما من لا يعرف العربية فيصح منه عقد النكاح بلغته، لأنه لا يعرف العربية، فتسقط عنه كالأخرس، وليس على من يعرف العربية تعلم ألفاظ النكاح بالعربية.[5]

وذهب **الشافعية** إلى أنه لا يصح إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقد يفهمها وينطق بها، ويجوز لمن لا يستطيع النطق بها أن يعقد بغير اللغة العربية، وبما أنه عاجز عنها فإنها تسقط عنه.[6]

ويلاحظ على ما ذهب إليه المشرع الجزائري في عدم تحديده للغة التي يتم بها عقد الزواج هو أنه أخذ بما ذهب إليه فقهاء الحنفية وهو موقف وفق فيه – حسب رأينا- وذلك تيسيرا لمن أراد الزواج.

1-3- صيغة الفعل:

لم يحدد المشرع الجزائري صيغة الفعل التي يعبر بها عند الإيجاب والقبول، لذلك تقتضي هذه المسألة الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية لتحديد صيغة الإيجاب والقبول.

1- ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1987، ج5، ص450.

2- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 9، ص461.

3- محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، دار الفكر العربي، القاهرة، دون طبعة، دون تاريخ، ص79.

4- ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج9، ص461.

5- البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الفكر بيروت، لبنان، دون طبعة، 1982، ج5، ص39.

6- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق،ج 3، ص190.

فلا خلاف بين الفقهاء في صحة الإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي، كقول الأب للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب قبلت التزويج، وهذا هو الأصل في العقود، وإنما اختير لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت، دون اللفظ الموضوع للمستقبل[1]، لأن صيغة الماضي تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين ويكون بالتالي الإيجاب والقبول منجزين غير مضافين إلى المستقبل.[2]

وكذلك يتحقق الإيجاب والقبول إذا كانت صيغة العقد إحداهما بالماضي والأخرى بصيغة المضارع، كأن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد أتزوجك على مهر كذا، أو تزوجيني، فتقول قبلت، وذلك إذا كانت دلالة الحال على أن صيغة المضارع للإيجاب لا للوعد، أي أنهما يريدان التنجيز، وكذلك إذا كان أحد اللفظين بصيغة الماضي، والآخر بصيغة الأمر، كأن يقول لها زوجيني نفسك فتقول له قبلت، فالعقد صحيح[3].

1-4- أن تكون الصيغة منجزة، وغير معلقة على شرط:

وفق ما هو مقرر فقها يجب أن تكون الصيغة الدالة على الزواج مطلقة من كل قيد، غير مضافة لأجل في المستقبل، ولا معلقة على شرط يحتمل أن يتحقق أو لا يتحقق، ومتى كانت كذلك ترتبت آثار العقد وأحكامه فور إنشائه، إذا توافر ركنه الأساسي وشروط صحته.

ومثال تعليق الزواج على شرط أن يقول الزوج: إن تحصلت على وظيفة في هذا العام فقد تزوجتك، فتقول الزوجة: قبلت. فإن هذا الشرط المعلق عليه الوظيفة معدوم في الحال والمعلق على المعدوم في الحال معدوم.

أما الإضافة إلى المستقبل، كأن يقول شخص لفتاة: تزوجتك في أول شهر محرم، فتقول قبلت، فذلك غير جائز أيضا، لأن العقد مضاف إلى أجل في المستقبل، وفي هذا تعطيل لمقاصده في بعض الزمان، وقد نصت المادة **08** من قانون الأسرة المعدل والمتمم على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد."

1- ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ج3، ص9، الدسوقي: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، دون طبعة، دون تاريخ سنة النشر، ج 2، ص221.

2- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص41 -42.

3- الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق،ج 2، ص231. الدردير، حاشية الشرح الصغير، المرجع السابق،ج1، ص 380.

وفي هذا الشأن صدر قرارا عن المجلس الأعلى للقضاء المغربي قضى **بأن اشتراط الزوجة ألا يدخل بها زوجها إلا بعد أن تحصل على شهادة البكالوريا، هو شرط قد يتحقق وقد لا يتحقق، مما يجعل حقه في الدخول بزوجته معلقا، فيتضرر من ذلك ضررا معنويا بليغا، مما يستوجب معه تمكين المدعي من زوجته وإبطال الشرط العالق بعقد الزواج لأنه مضاف لمقاصد الزواج.** [1]

2- التلفظ بصيغة العقد:

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة التي نصت على أنه: " **ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة** ". فهذا النص اقتصر على حالة الشخص العاجز عن الكلام أو الكتابة، ولم يتطرق إلى الزواج عن طريق الرسالة أو الرسول، كما أنه لم يتطرق إلى الإيجاب والقبول الذي يتم من طرف شخص واحد، وفيما يلي عرض لهذه المسألة من خلال ما أقره الفقه الإسلامي وفق ما يأتي:

2- 1- التعبير بالإيجاب والقبول من طرف العاجز عن الكلام:

يشترط لانعقاد الزواج أن يتلفظ العاقدان بصيغة العقد، والتي تتكون من الإيجاب والقبول، لعدم انعقاد زواج العاقدين اللذين يمكنهما النطق إلا بالتعبير عن ركني العقد لافتقار الزواج إلى التصريح ليقع الإشهار عليه.[2] لكن قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعائق فيه كالأخرس والأبكم، ولا يعرف الكتابة، فمثل هذا يكون إيجابه وقبوله بالإشارة المعلومة والمفهومة والمعبرة عن قصده، لأن اشتراط اللفظ في حقه غير ممكن بالاتفاق.[3] على أنه إذا كان العاقدين أو أحدهما عاجزا عن التعبير وكان يحسن الكتابة، فإنه يعبر عن إرادته بواسطة الكتابة لأنها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة، ولأنها أوضح وأدل على المراد، وأبعد عن الاحتمال والوقوع في الشك، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.[4]

وعند **الحنفية**[5] في المسألة قولان:

1- المجلس الأعلى المغربي، قرار مؤرخ في:15-07-1968، المجلة القضائية للمجلس الأعلى، العدد 03، ص 19، نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 150.

2- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق،ج3، ص189. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 9، ص459. الحطاب مواهب الجليل، المرجع السابق، ج3، ص419.

3- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص190. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص462.

4- ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج2، ص189. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق،ج3، ص191.

5- ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج 3، ص190.

الأول: أنه يجوز أن يعقد بالإشارة حتى ولو كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة، لأن كل من الكتابة والإشارة تصلح كوسيلة لتحقيق الغاية والمقصود ما دام يلتقيان في تحقيق الإفهام.

الثاني: أنه لا يصح من الأخرس الإشارة إذا كان قادرا على الكتابة، لأن الكتابة أبين وأوضح من الإشارة، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى.[1]

وما يلاحظ على المشرع من خلال نص الفقرة الثانية من المادة العاشرة المذكورة سابقا، أنه أخذ بالرواية الأولى عن المذهب الحنفي، أي بإمكان الشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدرته على التعبير بالكتابة باعتبار أن الفقرة الثانية لم تأت بالترتيب، وإنما أعطت للمتعاقد الاختيار التام من خلال عبارة كالكتابة أو الإشارة.[2]

والراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من أنّ الأخرس الذي يستطيع الكتابة ينعقد زواجه بها دون الإشارة، لكونها الأحوط والأبعد عن الشك والارتياب.

2-2 - التعبير عن الإيجاب والقبول عن طريق الرسول والمراسلة

لم ينص المشرع الجزائري على التعبير عن الرضا عن طريق الرسول أو المراسلة في حالة عدم حضور أحد العاقدين مجلس العقد، والمعول عليه في هذه المسألة وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة هو الرجوع إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي الذي أجاز الزواج عن طريق الرسول والمراسلة المكتوبة، وقد اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بالمراسلة (الكتابة) على مذهبين:

- **المذهب الحنفي:** ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه من لا يستطيع حضور مجلس العقد لغيابه مثلا، فله أن يعبر عن إرادته في إبرام عقد الزواج بالمكاتبة أو عن طريق الرسول، ولكنهم اشترطوا حضور شهود يعلمون مضمون قول أو كتاب الموجب، وكذا رد القابل عن طريق القول أو المكاتبة[3]. حيث جاء في بدائع الصنائع: " ولو أرسل إليها رسولا- في طلب زواجها منه- فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول جاز

1- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص80.

2- محفوظ بن الصغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2008-2009، ص335

3- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص12-13، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج3، ص190. الرافعي، الشرح الكبير، المرجع السابق،ج7، ص495-496.

ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى، لأن كلام الرسول كلام المرسل، لأنه ينقل عبارة المرسل، فكان سماع قول الرسول سماع قول المرسل معنى."[1]

- **مذهب جمهور الفقهاء:** ذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم انعقاد الزواج بالكتابة مع القدرة على النطق، لأن الكتابة من الكناية، ولا ينعقد النكاح بألفاظ الكنايات عندهم. جاء في بلغة السالك:" ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس" [2]، وفي مغني المحتاج: " ولا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور لأنها كناية "[3] وجاء في شرح منتهى الإرادات: " ولا يصح إيجاب ولا قبول بكتابة ولا إشارة مفهومة إلا من أخرس" [4].

2- 3- التعبير عن الإيجاب والقبول بوسائل الاتصال الحديثة:

أغفل قانون الأسرة النص على انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، مما يستوجب الرجوع إلى ما نص عليه فقهاء الشريعة في هذه المسألة.

فعقد الزواج كسائر العقود قد يتم بين حاضرين في المجلس أو غائبين عنه، وفي حالة انعقاده بين غائبين ينطبق عليه ما ينطبق على إجراء عقد البيع بين غائبين، يقول بدران أبو العينين بدران: " **والزواج بالهاتف جائز، وتعتبر المحادثة مجلس العقد مادام الكلام من المتعاقدين في شأن الزواج، فإذا انتقل من حديث الزواج إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد ويبطل الإيجاب**" .[5]

غير أن عقد الزواج يتميز بشرط خاص يخالف به سائر العقود، وهو اشتراط الشهود، وبالتالي حتى يكون جائزا لا بد من مراعاة هذا الشرط[6] يقول الدكتور مصطفى شلبي: "وحضور الشهود وسماعهم ممكن في حالة اجتماع العاقدين في مكان واحد وفي حالة إرسال الرسول أو الكتاب، لأن السماع ممكن فيها، أما في التكلم في الهاتف فإن الشاهدين يسمعان كلام أحد العاقدين فقط، وسماعهما الإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف في صحة العقد، وكذلك لو شهدا اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر، لأن

1- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق،ج 2، ص233

2- الصاوي، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1955، ج2، ص223

3- الشربيني: مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص190.

4- البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، تحقيق عبد الله بن محمد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ناشرون، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ج5، ص 120.

5- أبو العينين بدران، **الزواج والطلاق في الإسلام**، مؤسسة شباب جامعة الإسكندرية، مصر، د. ط، دون سنة نشر، ص41.

6- محمد عقلة الابراهيم، **حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة**، دار الضياء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1 1986.

الشهادة لم توجد على العقد، وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال إنه ينعقد متى تأكد كل من الطرفين من شخصية الآخر، ووضوح عبارته، والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكان تقليدها." [1]

3- اقتران الإيجاب بالقبول:

ينعقد الزواج بتراضي الزوجين وفقا لنص المادة 09 من قانون الأسرة، ويكون التعبير عن الرضا باقتران الإيجاب بالقبول في مجلس العقد، شفويا وعلنيا صادرا عن الزوجين شخصيا، وفي حضرة شاهدين بالغين.

ولقد بين فقهاء الإسلام كيف يقترن الإيجاب بالقبول في عقد الزواج؟ وذلك على النحو الآتي:

فالمالكية قالوا: أن القبول يجب أن يكون مطابقا للإيجاب في القصد والهدف والمحتوى، وأن يتم فور صدور الإيجاب بحضور شاهدين عدلين، وفي مجلس واحد أي اتصال الإيجاب بالقبول في المكان والزمان معا، ولكن إذا فصلت مدة يسيرة بين الإيجاب والقبول، فلا يترتب عن ذلك ضرر، ما لم يكن الموجب قد رجع عن تعبيره.[2]

أما **الشافعية والحنابلة** فقالوا: أنه يجب أن يصدر القبول عقب الإيجاب فورا، من غير فاصل ولو بمدة يسيرة، بأن يقترن القبول بالإيجاب في مجلس واحد.[3]

4- أن يكون الإيجاب والقبول خاليا من عيوب الإرادة:

لم توضح مواد قانون الأسرة الجزائري صراحة حكم عقد الزواج الذي كان الإيجاب فيه أو القبول أو هما معا مشوبا بغلط أو تدليس أو إكراه، كما أن التعديل الجزئي لقانون الأسرة سنة 2005 لم يتعرض نهائيا لهذه العيوب، وهو قصور تشريعي ينبغي العمل على تفاديه، لأن أحكام الشريعة الإسلامية التي تكمل نصوص قانون الأسرة بموجب المادة **888** منه، لا نجد فيها بحوثا مستقلة لعيوب الإرادة، وإنما جزئيات متفرقة هنا وهناك يصعب على القاضي دراستها والإلمام بها بسرعة.[4]

4-1- الغلط: الغلط في عقد الزواج يكون في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها، أو في صفة من صفاته الأساسية، فإذا انعقد الزواج بالغلط، كان العقد باطلا لانعدام تطابق الإيجاب والقبول، وهذا خلافا لأحكام المادة 82 من القانون المدني، **فإن شخص المتعاقد معه في عقد الزواج يشكل في الواقع موضوع**

1- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص107-108.

2- ابن الجزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 146.

3- الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص 268. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص 141.

4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 160.

العقد ذاته (أي السبب الرئيسي الدافع للتعاقد)، والغلط في موضوع العقد يترتب عنه لا محالة عدم اقتران الإيجاب بالقبول، وبالتالي يكون العقد باطلا، ويجوز للمتعاقد المتضرر وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله[1].

وإضافة لما سبق بيانه، نجد العيوب المرضية المخولة لحق الفسخ والتي جعلها المشرع أسبابا لطلب التطليق من جانب المرأة وفقا للمادة 53 فقرة 02 من قانون الأسرة المعدلة، فإنه يجوز للزوج الذي اكتشفها، والذي كان ضحية عيب مرضي أو جنسي ما عند إبرام العقد، طلب إبطال العقد للغلط ما دام لم يطلع عليه وقت التعاقد، كما هو الحال عند العجز الجنسي، على اعتبار أن القدرة على العلاقات الجنسية هي الصفة أو السبب الرئيسي الدافع للتعاقد في عقد الزواج[2].

ومن ناحية أخرى، فإن إخفاء الأمراض المعدية أو الخطيرة، وعيوب وتشوهات الأعضاء التناسلية الجنسية تخول للزوجة حق التطليق، وتعطي للزوج حق إبطال العقد لأن الشخص العادي لا يتحملها اختيارا في الحياة الزوجية وهو خيار العيب، ما لم يكن عالما بالعيب أو ظهر منه ما يدل على الرضا به بعد اكتشافه في الطرف الآخر.[3]

وذهب المالكية إلى أنه إذا استعمل حق الفسخ بسبب خيار العيب (سواء أكان العيب مرضي أو جنسي) أو بسبب خيار الشرط (كاشتراط السلامة)[4]، وكان قبل الدخول، لم تستحق الزوجة شيئا من الصداق، وأما إذا كان الفسخ بعد الدخول، فإن كان العيب بالزوج استحقت الزوجة الصداق المسمى كاملا، وإن كان العيب بها رجع الزوج بكل ما دفع على الولي الذي غره (الذي يظن علمه أو تواطؤه مع المرأة على إخفاء العيب)، وإذا كانت المرأة هي التي غرته رجع عليها بما زاد على أقل الصداق عرفا.[5]

4-2- التدليس: التدليس هو إخفاء العيب أيا كان أو التغرير باستعمال الحيلة أو الخديعة أو الغش أو الخيانة، والمدلس عليه يملك الخيار في فسخ الزواج وطلب التعويض العادل، ويثبت له ذلك بتوفر شرطين هامين، الأول أن يكون العيب أو المرض موجودا قبل الزواج، والثاني ألا يكون الطرف الآخر على علم به.

1- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في:09-02-1966، المجلة الجزائرية، العدد 04، ص 1120.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:22-12-1992، ملف رقم:87301، سبق بيانه.

3- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 230.

4- خيار الشرط هو مصطلح فقهي إسلامي يفيد إمكانية اتفاق الزوجين عند إبرام عقد الزواج على ما يريانه من شروط تتعلق بشخصيتهما أو بالسلامة من الأمراض المعدية أو المزمنة، أو بالذمة المالية لكل واحد منهما أو غيرهما من الشروط.

5- الدردير، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج2، ص 280.

وبطرح هذه المسألة على الفقه الإسلامي، نجد أن فقهاء المالكية يناقشون التغرير أي التدليس، باعتباره سببا مستقلا للفسخ متميزا عن الغلط[1]، والمراد به عندهم كتم أحد الزوجين عيبا أو مرضا أو صفة أو حقيقة أو معلومات هامة عن الطرف الآخر، وهو من أسباب الخيار في الزواج، بحيث يجوز للمتضرر به طلب فسخ الزواج .[2] واستدلوا بما روى الإمام مالك رحمه الله أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: " **أما رجل تزوج امرأة، فدخل بها، فوجد بها برصا أو جنونا أو جذاما، فلها الصداق بمسيسه إياها، وهو له على من غره منها.**"[3]

وقد حكم القضاء الجزائري بأن استعمال الحيل أو الخداع[4]، أو الغش بإخفاء السن الحقيقي والكذب الذي تجاوز حد المألوف فيما يتعلق بالوضعية الاجتماعية[5]، هي من العيوب التي يمكن أن تشوب الإرادة في مجال عقد الزواج فتؤدي إلى إبطاله.

ولئن لم ينص المشرع صراحة على التدليس كعيب يشوب الرضا في عقد الزواج، يحق للمتعاقد الذي كان ضحيته أن يطلب إبطال عقد الزواج، فإنه قد أشار إليه في المادة 08 مكرر من قانون الأسرة المعدلة بالأمر :05- 02 عندما خول للزوجة رفع دعوى قضائية ضد زوجها للمطالبة بالتطليق في حالة التدليس في مسألة التعدد، باستعمال الغش والخديعة وإخفاء معلومات بمجرد الكتمان أو السكوت العمدي أو التصريح الكاذب عن حالة الزوجة السابقة عمدا وتضليلا، قصد الحصول على قبول الزوجة الجديدة، من طرف الزوج الراغب في التعدد، وفي هذه الحالة يمكن للزوجة الثانية المدلس عليها إبطال العقد للغش أو الخديعة أو التدليس، مع المطالبة بالتعويض الناجم عن الضرر، دون نسيان حقها في طلب التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة. [6]

1- ابن الجزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 158،

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 162.

3- موطأ الإمام مالك، المرجع السابق، ج2، ص 528.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:30-12-1985، ملف:39065، غير منشور، نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 162.

5- محكمة قسنطينة، قسم الأحوال الشخصية، حكم مؤرخ في:28-09-1981، رقم:81/241، نشرة القضاة، العدد 43، ص 115، نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 162.

6- سي يوسف زاهية، **تعليق على المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2010، العدد 01 ص 512.

4-3- الإكراه: الإكراه هو ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص، فيولد في نفسه حالة من الرهبة أو الخوف تدفعه إلى التعاقد، والإكراه قد يكون **ماديا** كالضرب أو العنف مثلا، أو **معنويا** كالتهديد بإيقاع ضرر ما، فإذا كان أحد الزوجين تحت الإكراه أثناء إبرام عقد الزواج، فرضاه يكون معيبا والعقد يستوجب الإبطال طبقا للمواد: 09 و10، 33 فقرة **2** من قانون الأسرة.

وعلى مستوى العمل القضائي نجد أن المحكمة العليا قضت في قرارها المؤرخ في:**22-05-8000**، ملف رقم:**825282** بأنه:" **يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج**" [1] وفي نفس السياق، قضت في قرارها المؤرخ في:21-02-2001 بما يلي:" **إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون.**"[2]

وفي زواج المكره، قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: لا يجوز نكاح المكره ولا يصح بل هو لغو، مما يجعل تصرف المكره باطلا فلا ينشأ عنه زواج ولا طلاق.[3] واستدلوا من الكتاب بقوله تعالى:" **ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم.**" [4] ومن السنة النبوية حديث عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.**" [5]

وعليه فإنه يتبين من القرار المؤرخ في:18-07- 2000 أن المحكمة العليا أخذت بما قال به جمهور الفقهاء من أن أساس الزواج هو الرضا والاختيار، وعليه فإنه لا ينعقد الزواج بالإكراه أو بالضغط باعتبارهما مساسا بقاعدة الحرية الكاملة في التراضي، فالرهبة أو الخوف لا تترك للزوج المكره أي اختيار بإجباره على التعاقد، خوفا وتوقيا من الضرر الذي قد يلحقه.

وتبعا لما تقدم بيانه، نخلص أنه يجب على المشرع أن يتدارك هذا النقص التشريعي، بالنص على عيوب الإرادة في مجال الزواج، ولا يكتفي بالإحالة الواردة في المادة **888** من قانون الأسرة، التي تدخل القاضي في جزئيات خيار العيب وخيار الشرط أو البلوغ، ومسائل الفسخ المتعلقة بهما، وغيرها من الأحكام

1- قرار المحكمة العليا المؤرخ في:18-07-2000، ملف رقم:249128، غ.أ.ش، **م.ق**، 2003، العدد 02، ص267.

2- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في:21-02-2001، غ.أ.ش، **م. ق**، 2002، العدد 02، ص 424.

3- الحطاب: مواهب الجليل، المرجع السابق، ج3، ص 453، الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج2، ص 310.

4- سورة النور: الآية 33

5- رواه ابن ماجة والبيهقي والحاكم في المستدرك، ج2، ص 198.

والتفريعات المتناثرة هنا وهناك في بطون كتب الفقه الإسلامي المتشعبة، مما يصعب على القاضي القيام به في خضم مهامه القضائية والاجتهادية الصعبة.

الفرع الثاني: الاشتراط في عقد الزواج وآثاره

تناول المشرع مسألة الاشتراط في عقد الزواج في المادة **19** من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر:05-02، والتي نصت على ما يلي: " **للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون** ".[1] فالمشرع أجاز في هذه المادة وبصريح العبارة للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة للقانون، وقد خص بالذكر اشتراط المرأة على الرجل ألا يتزوج عليها وألا يمنعها من العمل.[2] فإن أخل الزوج بهذين الشرطين الملزم بهما تعاقديا، يكون للزوجة هنا الحق في طلب التطليق استنادا لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة.

كما يلاحظ أن المشرع قد أطلق العنان للزوجين في حرية اشتراط ما يريانه ضروريا بغض النظر عن موافقة هذه الشروط للضوابط الشرعية من عدمها، حتى ولو جاءت مقيدة بعدم منافاتها لأحكام القانون، لأن القانون نفسه جاء منافيا لأحكام الشريعة في هذه الجزئية عندما جعل للزوجة الحق في طلب التطليق لمجرد الزواج عليها، أو لمنعها من العمل لضرورة أو مصلحة.[3]

ولا شك أن التوسع في مجال الاشتراط في عقد الزواج وعدم التقيد بالضوابط الشرعية في نطاق الشروط المختلف فيها بين الفقهاء- والتي سيأتي بيانها- قد تنجم عنه آثارا ومفاسد عند الإخلال بها من أحد الطرفين كما ذهبت إلى ذلك المادة 53 في فقرتها التاسعة عندما أقرت للزوجة الحق في طلب التطليق كجزاء لإخلال الزوج بأي شرط من الشروط المتفق عليها عند إبرام عقد الزواج.

1- لقد كانت المادة 19 قبل تعديلها تنص على ما يلي: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مع هذا القانون." والواضح أن المشرع لم يأت بجديد يذكر عدا النص على شرطي العمل وعدم تعدد الزوجات على سبيل المثال لا الحصر، وذلك راجع في نظر المشرع أن الشرطين الأخيرين هما أساس كل خلاف عائلي، والصحيح غير هذا، إذ أن الوعي والنضج الفكري والتربية الصحيحة لدى الزوجين كل ذلك كفيل بحل مشاكل العلاقة الزوجية. أنظر: بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 453.

2- ولعل السبب في ذلك يرجع إلى كثرة وقوع الشقاق والنزاع بين الزوجين بعد قيام الحياة الزوجية بسبب زواج الرجل على امرأته أو منعها من الاستمرار في العمل، إلا أن الإخلال بهذين الشرطين لا يعطي للمرأة الحق في طلب التطليق وفقا لرأي الجمهور. أنظر: بن صغير محفوظ، المرجع نفسه، ص 453.

3- بن صغير محفوظ، المرجع نفسه، ص 454.

ومنه فإن المادة 19 من قانون الأسرة تطرح عدة مسائل فقهية، لكونها لم تميز بين أنواع الشروط وأقسامها الصحيحة والفاسدة من حيث وجوب الوفاء بها من عدمه، ولم تفرق بين الآثار المترتبة على الإخلال بشرط من هذه الشروط المتفق عليها أثناء العقد، وهو ما يقتضي الرجوع إلى الفقه الإسلامي لبيان ودراسة هذه الشروط (أولا)، ثم نبين أهم تطبيقاتها في القضاء الجزائري (ثانيا).

أولا- الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي:

يقصد بالشروط المقترنة بعقد الزواج ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض، ويراد بها الشروط المقترنة بالإيجاب أو القبول، أي أن الإيجاب يحصل ولكن يصاحبه شرط من الشروط.

وهذه الشروط لها أنواع مختلفة، ولفقهاء المذاهب تفصيلات فيها نبينها على النحو الآتي:

1- الشروط الصحيحة:

الأحناف:[1] يرون أنه إذا كان الشرط صحيحاً يلائم مقتضى العقد ولا يتنافى مع أحكام الشرع، وجب الوفاء به كاشتراط المرأة أن يسكنها وحدها في منزل، لا مع أهله أو مع ضُرّتها، أو ألا يسافر بها سفراً بعيداً إلا بإذن أهلها، أو تزوجا على مهر مسمى وشرط لها شيئاً آخر، بأن تزوجها بألف على ألا يخرجها من بلدها، أو على ألا يتزوج عليها، فإن وفى بالشرط فلها المهر المسمى، لأنه يصلح مهرا، وقد تم رضاها به، وإن لم يف بالشرط بأن تزوج عليها أو أخرجها فلها مهر المثل، لأنه سمى لها شيئا لها فيه نفع، فعند فواته يجب لها مهر المثل لعدم رضاها به.

المالكية :[2] الشروط الصحيحة عندهم نوعان: مكروهة وغير مكروهة.

فالشروط الصحيحة غير المكروهة: هي التي تتفق مع مقتضى العقد، كالإنفاق على المرأة أو حسن معاشرتها، أو أن تطيع الرجل أو ألا تخرج من البيت إلا بإذنه، ومنها اشتراط كون المرأة سليمة من العيوب التي لا تجيز فسخ الزواج، مثل ألا تكون عمياء أو عوراء أو صماء أو خرساء أو أن تكون بكراً أو بيضاء ونحوها.

1- ابن عابدين، الدر المختار، المرجع السابق، ج2، ص 405. ابن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج3، ص107.

2- ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص**218- 220**. الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2، ص **384- 386- 595**. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص58.

والشروط الصحيحة المكروهة: هي التي لا تتعلق بالعقد، أو لا تنافي المقصود من العقد، وإنما فيها تضييق على الرجل، مثل شرط عدم إخراجها من بلدها، أو عدم السفر بها، أو عدم نقلها من مكان كذا، وشرط عدم التزوج عليها، ونحوها، ولا تلزم الزوج إلا أن يكون فيها يمين بعتق أو طلاق، فإن الشرط يلزمه.

الشافعية:[1] الشروط الصحيحة الواقعة في الزواج هي التي وافق الشرط فيها مقتضى عقد النكاح كشرط النفقة والقسم بين الزوجات، أو لم يوافق مقتضى النكاح ولكنه لم يتعلق به غرض كشرط ألا تأكل إلا كذا والحكم هنا أن الشرط يلغو أي لا تأثير له في الصورتين لانتفاء فائدته ويصح النكاح والمهر، كما هو الحكم في البيع.

الحنابلة:[2] الشروط الصحيحة هي التي يقتضيها العقد، أو لا يقتضيها العقد ولكن فيها منفعة لأحد العاقدين، ولم يرد في الشرع ما ينهى عنها ما دامت لا تخل بالمقصود من العقد، وحكمها أنه يلزم الوفاء بها، لما فيها من منفعة وفائدة. ومثالها: أن تشترط المرأة على الرجل أن ينفق عليها أو أن يحسن معاشرتها أو ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو ألا يسافر بها، وأن يشترط الرجل في المرأة أن تكون بكراً أو جميلة أو متعلمة أو خالية من العيوب التي لا يثبت فيها الخيار في فسخ الزواج كالعمى والخرس والعرج ونحوها.

2- الشروط الفاسدة:

الأحناف:[3] يرون أنه إذا كان الشرط فاسداً، أي لا يلائم مقتضى العقد، أو لا تجيزه أحكام الشرع، فالعقد صحيح، ويبطل الشرط وحده، مثل اشتراط الخيار لأحد الزوجين أو لكل منهما أن يعدل عن الزواج في مدة معينة، وهذا بخلاف القاعدة العامة التي تقول بأن الشرط الفاسد في المعاوضات المالية كالبيع يفسدها.

المالكية:[4] الشروط الفاسدة عندهم هي التي تنافي أو تناقض مقتضى العقد أو المقصود من الزواج، مثل شرط ألا يقسم بينها وبين ضرتها في المبيت، أو أن يؤثر عليها ضرتها أسبوعا أو أقل أو أكثر تستقل بها عنها. وشرط المرأة عند زواجها بمحجور عليه أن تكون نفقتها على وليه: أبيه أو سيده أو على

1- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق،ج 2، ص226 وما يليها.

2- ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج6، ص 552.

3- ابن عابدين، الدر المختار، المرجع السابق، ج2، ص 405.

4- ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 218-220. ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص58.

نفسها أو أبيها فإنه شرط مناقض لمقصود الزواج، لأن الأصل أن نفقة الزوجة على زوجها فشرط خلافه مضر، ومثل اشتراط الخيار في الزواج[1] أو اشتراط ما يؤثر في جهالة المهر كأن يتزوجها على أن لها من النفقة كذا كل شهر، لأنه لا يدري إلى متى تستمر هذه النفقة. ومثل أن تشترط المرأة على الرجل أن يكون **أمرها بيدها** تطلق نفسها متى شاءت أو أن ينفق على ولدها من غيره أو على أقاربها كأبيها أو أخيها، ونحوها.

وحكم هذه الشروط: أنها **تبطل العقد ويجب فسخه** ما لم يدخل الرجل بالمرأة، فإن دخل بها مضى العقد وألغي الشرط، وبطل المهر المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل، إلا أنه في مسألة **جعل المرأة أمرها بيدها** قالوا: إن علق أمر الطلاق بيدها على سبب، فإن كان السبب فعلاً يفعله الزوج فهو جائز لازم للزوج، مثل أن يشرط لها أنه متى ضربها، أو سافر عنها، فأمرها بيدها أو بيد أبيها أو غيره، ومثله إن كان الالتزام على يمين بطلاق أو عتق كأن حلف ألا يتزوج عليها، على أن يحدد نوع الطلاق المفوض لها، أهو رجعي أو بائن، أو ثلاث أو أي طلاق شاءت فحينئذ يلزم الزوج بالشرط، وإن كان سبب تعليق أمر الطلاق بيدها فعل غير الزوج، لم ينفذ ولم يلزم الزوج، والنكاح جائز.

الشافعية:[2] الشروط الفاسدة عندهم هي التي تخالف مقتضى عقد النكاح ولم تخل بمقصوده الأصلي وهو الوطء كشرط ألا يتزوج عليها، أو ألا نفقة لها، أو ألا يسافر بها، أو ألا ينقلها من بلدها، وحكمها أن الزواج يصح لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطء أو الاستمتاع، ويفسد الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد، سواء أكان لها كالمثال الأول والثالث والرابع، أم عليها كالمثال الثاني، ويفسد المهر أيضاً، لأن الشرط إن كان لها، فلم ترض بالمسمى وحده، وإن كان عليها فلم يرض الزوج ببدل المسمى إلا عند سلامة ما شرطه.

فإن أخل الشرط بمقصود الزواج الأصلي، كأن شرط ألا يطأها الزوج أصلاً، أو ألا يطأها إلا مرة واحدة مثلاً في السنة أو شرطت المرأة ألا يطأها إلا ليلاً فقط أو إلا نهاراً فقط أو شرط أن يطلقها ولو بعد الوطء بطل الزواج، لأنه شرط ينافي مقصود العقد فأبطله. فإن شرط الزوج ألا يطأها ليلاً لم يبطل العقد، لأن الزوج يملك الوطء ليلاً ونهاراً وله أن يترك، فإن شرط ألا يطأها فقد شرط ترك ما له تركه، وأما المرأة فيستحق عليها الوطء ليلاً ونهاراً، فإذا اشترطت ألا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه، وهو ينافي

1- اشتراط الخيار هو أن يكون للزوجين أو لأحدهما حق العدول عن الزواج بعد مدة معينة.

2- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص 226.

مقصود العقد فبطل، وكذا لو شرط الرجل أنها لا ترثه، أو أنه لا يرثها، أو أنهما لا يتوارثان، أو أن النفقة على غير الزوج بطل الزواج أيضاً.

الحنابلة:[1] الشروط الفاسدة هي التي ورد في الشرع نهي عنها أو التي تنافي مقتضى العقد، وهي نوعان:

الأول: ما يبطل الشرط ويصح العقد، مثل أن يشترط الرجل ألا مهر للمرأة، أو ألا ينفق عليها أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط المرأة على الرجل ألا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قَسْمْ صاحبتها أو أكثر، أو شرطت عليه أن يطلق ضرتها، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها، لأنها تنافي مقتضى العقد ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده.

الثاني: ما يبطل الزواج من أصله، مثل اشتراط تأقيت الزواج، وهو نكاح المتعة، أو أن يطلقها في وقت بعينه، أو يعلقه على الشرط، مثل أن يقول الولي: زوجتك إن رضيت أمها، أو فلان، أو يشترط الخيار في الزواج لهما أو لأحدهما، فهذه شروط باطلة في نفسها، ويبطل بها الزواج.

3- الشروط المختلف فيها: وهي الشروط **التي لا تكون من مقتضى العقد، ولا منافية لمقتضاه، ولم يرد في الشرع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط**، كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يسافر بها، أو ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو أن تشترط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج، وكأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة ونحو ذلك.

فقد اختلف فقهاء الإسلام في مدى صحتها ولزوم الوفاء بها من عدمه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن هذه الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها، فإن لم يف بها من اشترطت عليه كان من حق الزوج المشترط فسخ العقد، وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبعض الصحابة والتابعين، وهو مذهب الحنابلة[2]. واستدلوا بالأدلة الآتية:

1- ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج6، ص 552.

2- ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع نفسه، ج 09، ص483.

- قوله صلى الله عليه وسلم: " **أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج.**" [1] ووجه الدلالة من الحديث أنه أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولو لم يكن له دليل خاص، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به.[2]
- قوله صلى الله عليه وسلم: " **المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا** ". [3] ووجه الدلالة من الحديث أن الشروط التي لم تحلل حراما ولم تحرم حلالا، تكون صحيحة والوفاء بها واجب.
- أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: لها شرطها، فقال الرجل: هلك الرجال، إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقته، فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط.[4] ووجه الدلالة هنا أن هذا الشرط لها فيه منفعة، ولا يمنع المقصود من الزواج، فكان لازما كما لو شرطت زيادة في المهر أو غير نقد البلد.

القول الثاني: أن هذه الشروط باطلة، لا تأثير لها على صحة العقد، ولا يلزم الوفاء بها، وهو مذهب الحنفية والشافعية. واستدلوا بالأدلة الآتية:

- ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط** ". [5] ووجه الدلالة من الحديث أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على صحته فهو باطل، لأنه ليس في كتاب الله تعالى.[6]

ونوقش هذا الدليل بأن المراد بالشرط الذي ليس في كتاب الله هو الشرط الذي ليس في حكم الله وشرعه والشروط التي هي محل خلاف ليست كذلك لأنها مشروعة.

1- البخاري، الجامع الصحيح المرجع السابق، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، الحديث رقم:5151،ج3، ص375. مسلم: صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، الحديث رقم:1418، ج1 ص641.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 160.

3- البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم:14433، ج7، ص 406.

4- البخاري، الجامع الصحيح، المرجع نفسه، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ج3، ص357.

5- البخاري، الجامع الصحيح، المرجع السابق، كتاب الشروط، الحديث رقم:2561، ج2، ص 225.

6- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 159.

- قوله صلى الله عليه وسلم: " **المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا** ". [1] ووجه الدلالة من الحديث بطلان الشروط التي لم يدل عليها من الشرع، قال الشيخ محمد أبو زهرة: " **ولو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبته لكان الشرط محرما للحلال، إذ يمنع من حق كان لإنسان، ويجعل ما لم يكن لازما في مرتبة الوجوب** ".[2]

ونوقش هذا الدليل بأن الإلزام بالشرط لا يترتب عليه تحريم الحلال، لأن الملتزم بالشرط في مقدوره عدم الوفاء به، وحينئذ يكون من حق المشترط أن يفسخ عقد الزواج[3] ومثال ذلك إذا اشترطت الزوجة على الزوج ألا يتزوج عليها، ثم تزوج فإن عقد الزواج الثاني يصح، ولكن يكون للزوجة الأولى حق الفسخ.

- أن آثار عقد الزواج هي من صنع الشارع وترتيبه، وذلك حتى يصان هذا العقد من أي اضطراب يلحق به، وحتى لا تكون الحياة الزوجية خاضعة لأهوائهم وميولاتهم، فتخرج عن معناها وما أحاطها به الشارع من رعاية وتقديس.[4]

ونوقش هذا الاستدلال بأنه لا تعارض بين آثار عقد الزواج التي هي من صنع الشارع بالاتفاق، وبين القول بصحة الشروط التي يشترطانها الزوجان طالما أنها لا تتنافى مع مقتضيات هذا العقد، ولم يرد في الشرع ما يدل على عدم اعتبارها، لأن من يشترط شيئا من هذه الشروط، إنما يقصد بذلك تحقيق مصلحة لا تتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وباحترام هذه الشروط تستقر الحياة الزوجية وتتماسك، وهو ما تسعى إليه النصوص الشرعية المتعلقة بالزواج[5].

القول الثالث: أن هذه الشروط مكروهة، لا يلزم الوفاء بها بل يستحب فقط، ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق والعتق، وهو مذهب المالكية.[6] واستدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- قوله صلى الله عليه وسلم: " **أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج** ". [7] فالحديث يدل على:

1- سبق تخريجه.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، **المرجع السابق**، ص 159.

3- ابن قدامة: المغني شرح مختصر الخرقي، **المرجع السابق**، ج9، ص 485.

4- محمد أبو زهرة، **المرجع نفسه**، ص 461.

5- بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 82.

6- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 53

7- سبق تخريجه.

- أن الحث على الوفاء محمول على الندب، وذلك جمعا بين هذا الحديث وبين قوله صلى الله عليه وسلم: " **من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط** " .[1]
- ما روي أن رجلا تزوج امرأة وشرطت عليه ألا يخرجها من دارها، فتخاصما إلى علي رضي الله عنه فقال: " **شرط الله قبل شرطها، ولم ير لها شيئا**".[2]

واستنادا إلى هذه الأدلة قال المالكية: إن الوفاء بهذه الشروط مستحب وليس واجبا، وإن كان يكره اشتراطها أصلا، لقول مالك رحمه الله : " **ولقد أشرت منذ زمان أن أنهى الناس أن يتزوجوا بالشروط وألا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته.**" [3]

ونوقشت هذه الأدلة بأن قول علي رضي الله عنه لا حجة فيه بجانب قوله صلى الله عليه وسلم: " **أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج.**"[4] فيكون الوفاء بهذه الشروط واجبا وليس مستحبا.

وبعد عرض آراء الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزوج وأدلتهم، وذلك فيما عدا الشروط المتفق على صحتها، والمتفق على بطلانها، فإنه يظهر لنا ترجيح المذهب الحنبلي القائل بصحة هذه الشروط ولزوم الوفاء بها، وذلك لسلامة أدلته وقوتها، وهو مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبعض الصحابة والتابعين والإمام أحمد وبعض الفقهاء[5]، إلا أنه لا ينبغي التوسع في الاشتراط إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار ودوام الزوجية القائمة على أساس المودة والعشرة بالمعروف.

ولعل الرأي الحسن ما ذهب إليه الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي رحمه الله بقوله[6]: " أما الشروط التي لا تمس طبيعة العقد ولكن فيها مصلحة للمشترط، فالذي تدل عليه القواعد هو ضرورة الالتزام بهذه الشروط ديانة، إذ المشروط في أصله وإن لم يكن من الواجب القيام به، ولكن الالتزام به صيره واجبا، بدلالة عموم ما جاء من النصوص على وجوب الوفاء بالمواثيق والعهود، ولكن هذا لا يستلزم ثبوت حق الفسخ للطرف الآخر، إذ ليس كل تقصير في الواجبات الزوجية وآدابها يكون سببا لثبوت حق الفسخ فيه."

1- سبق تخريجه.

2- الزرقاني: شرح الموطأ، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1981، ج3، ص 137.

3- الباجي أبو الوليد، **المنتقى شرح موطأ مالك**، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999، ص 119.

4- سبق تخريجه.

5- محمود بلال مهران، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي**، دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، ط1، 2000، ص 322.

6- سعيد رمضان البوطي، **محاضرات في الفقه المقارن**، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2، 1981، ص 98.

ثانيا- تطبيقات الاشتراط في عقد الزواج في القضاء الجزائري:

لتبيين موقف قضاء المحكمة العليا من مسألة أنواع الشروط المشروطة في عقد الزواج وما إذا كانت ملزمة وواجب التقيد بها، نستعرض أهم تطبيقاتها في قرارات المحكمة العليا الآتية:

1- القرار المؤرخ في:03-03-1971 رقم الملف غير موجود، جاء فيه: جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي لها فيها فائدة ولا تناقض عقد الزواج ولا تحرم أو تحلل حرية القضاة في تقدير وسائل الإثبات[1].

بالرجوع إلى حيثيات القرار أعلاه، نجد أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء ورقلة مخالفته لقواعد الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بواجبات الزوجية لكونه حكم بالطلاق معتمدا على مخالفة الزوج شرط من شروط عقد الزواج وهو ألا يخرجها من دارها أو بلدها وألا يسافر بها، رغم أن هذا الشرط مخالف لعقد الزواج، باعتبار أن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها حيثما يكون مقر عمله.

وقد رد المجلس الأعلى على هذا الوجه، بأن المعمول به فقها وقضاءً، جواز اشتراط الزوجة لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون فيها فائدة بشرط ألا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط ألا تناقض روح العقد.

وبناءً على ما تقدم، يتبين أن قضاء المجلس الأعلى وافق ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة من أن الشرط الصحيح يلزم الوفاء به، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها، لأن فيه منفعة ولا يمنع المقصود من الزواج.

2- القرار المؤرخ في:20-06-1988 جاء فيه: " **من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية. ولما كان من الثابت، في قضية الحال، أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج – بالعرف- بتعهده بالبقاء بزوجته**

1- قرار المجلس الأعلى، مؤرخ في:03-03-1971، رقم القرار غير موجود، نشرة القضاة، 1972، عدد 02، ص 39، نقلا عن: سايس جمال، **قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري**، الجزء 01، منشورات كليك، الطبعة الأولى، 2014، ص 71.

بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه". [1]

بالرجوع إلى حيثيات القرار المذكور أعلاه، نجد أن المجلس الأعلى قد خلص في رده على السببين معا المستدل بهما في طلب النقض **أنه من المقرر فقها أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو لا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها فإن هذه الشروط تدخل في باب الكراهة لما فيها من التحجير ولكنها لا تلزم الزوج بالوفاء بها ولا تؤثر في عقد الزواج**[2].

وتأسيسا على ذلك اعتبر القرار أن قضاة القرار المطعون فيه حينما ألزموا الزوج – بالعرف – بتعهده بالبقاء بزوجته بالجزائر العاصمة فإنهم خالفوا النصوص الشرعية وأقروا شيئا لم يقره القانون وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه مما يعيب قرارهم ويعرضه للنقض.

وبناءً على ما تقدم، يتبين أن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) أسس قراره صراحة على ما ذهب إليه فقهاء المالكية بشأن الاشتراط في عقد الزواج، مشيرا في القرار ذاته إلى المرجع الفقهي المعتمد عليه " الجزء الثاني من حاشية الإمام الدسوقي على شرح الإمام الدردير"، من أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه يدخل في باب الكراهة ولا يلزم الزوج به، ومثاله في قضية الحال اشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن يبقيها في الجزائر العاصمة وألا ينتقل بها إلى مكان آخر، هو شرط صحيح مكروه، لأن فيه تضييق على الزوج وبالتالي لا يلزمه.

3- القرار المؤرخ في:25-06-1984 ملف رقم:33715، والذي جاء فيه: " **من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج، ومن المقرر أيضا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان النكاح فاسدا شرعا، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيسا على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض.**

حيث بالرجوع إلى حيثيات القرار أعلاه، يتبين أن قضاة المجلس الأعلى اعتمدوا في ردهم على الوجه الثالث الذي يستند عليه الطاعن في طعنه والمأخوذ من مخالفة الشريعة الإسلامية، على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، من أنه **لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها**

1- المحكمة العليا، القرار المؤرخ في:20-06-1988 ملف رقم:49575، **م. ق**، 1991، العدد 02، ص 54.

2- الجزء الثاني من حاشية الإمام الدسوقي على شرح الإمام الدردير، ص 212.

قبل البناء بها إلا إذا كان الزوج المطلق اشترط ذلك يوم الخطبة الشرعية أو يوم تحرير عقد النكاح معها.

وتبعا لما أوردناه سابقا بشأن آراء فقهاء المذاهب في الشروط المقترنة بعقد الزواج، يتبين أن القضاء في هذا القرار أخذ برأي المالكية والحنابلة معا، والفرق بينهما كما رأينا أن المالكية يعتبرون شرط الزوج على زوجته أن تكون بكرا هو شرط صحيح غير مكروه يتفق مع مقتضى العقد، وبالتالي يلزم الوفاء به، أما الحنابلة فإنهم يعتبرون هذا الشرط صحيح دون تمييز بين المكروه وغير المكروه، ويلزم الوفاء به.

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بشروط عقد الزواج

يستلزم عقد الزواج جملة من الشروط نصت عليها المادة **09** مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم بقولها:" يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية ". وشروط عقد الزواج باستثناء شرط انعدام الموانع الشرعية تثير عدة مسائل فقهية لم ينص عليها المشرع، مما يستوجب الاجتهاد القضائي فيها طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، وعليه ستقتصر الدراسة في هذا المطلب على المسائل المتعلقة بأهلية الزواج، والصداق، والولي، والشاهدان، وتقسم على أربعة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بأهلية الزواج

اعتبر المشرع الجزائري عقد الزواج من التصرفات التي تستوجب توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية، إذ أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية، ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية.

والمقصود بتمام الأهلية هنا الصفة التي يمكن معها للرجل والمرأة أن يباشر كل واحد منهما عقد زواجه بنفسه، أو بواسطة وكيل مستوف للشروط، أو بمعنى آخر صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج[1].

وعلى هذا الأساس، نصت المادة **05** فقرة **02** من قانون الأسرة المعدلة بالأمر:**07- 08** على أنه: " **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.** "

1- فاروق عبد الكريم، المرجع السابق، ص 73.

فهذه المادة حددت سن الزواج **بتسعة عشر سنة كاملة** للرجل والمرأة، وهو في ذات الوقت سن الرشد القانوني المقرر في المادة 40 من القانون المدني، وهذا السن لا يكفي وحده لتمام الأهلية، بل يشترط معه العقل، بأن يكون الزوجان عاقلان، ولم يحجر عليهما لجنون أو عته.[1]

والملاحظ على المادة السابعة أعلاه، أنها لم توضح الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانوني، كما أنها أغفلت تبيان الجزاء القانوني عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج، وبالإضافة إلى هذا، فإنها لم تحدد السن الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عند تقرير الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما.[2] ولئن نصت المادة أعلاه على تزويج القاصر لمصلحة أو ضرورة بشرط استصدار رخصة قضائية، فإنها سكتت عن مسألة زواج المصاب بإعاقة ذهنية.

وعليه سيتم في هذا الفرع دراسة أهم المسائل المتعلقة بشرط الأهلية في عقد الزواج، وذلك وفق ما يلي:

أولا- الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل السن القانوني ودون ترخيص قضائي:

يرى بعض الأساتذة الباحثين في القانون الجزائري أن المشرع لم يقرر أي جزاء عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج، فلا يترتب على ذلك إبطال أو فسخ لعقد الزواج[3]، وأن واضعي قانون الأسرة لم يعطوا لتحديد سن الزواج الوارد في المادة **05** من قانون الأسرة القيمة القانونية اللازمة.[4]

وقال البعض الآخر بأن المادة **05** من قانون الأسرة قد ألغت ضمنيا المادة 01 من القانون رقم:**223/63** المؤرخ في: **29-06-1963**.[5]

وذهب اتجاه ثالث إلى بطلان الزواج الذي تم إبرامه من طرف شخص لم تتوفر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 07 من قانون الأسرة، ولم يحصل مسبقا على الإذن القضائي.[6]

1- تنص المادة 40 من القانون المدني على أن:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة. "

2- بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 61.

3- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء**، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط 02، 2008، ص31.

4- محمد محدة، **الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج**، الجزائر باتنة: دار الشهاب للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 62.

5- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص98-99. سعيد بويزري، **قانون الأسرة الجزائري ماله وما عليه**، المرجع السابق، ص 195- 196

6- تشوار جيلالي، **سن الزواج بين الإذن والجزاء**، مقال منشور في المجلة الجزائرية، 1999، العدد 04، ص 75.

وعلى مستوى العمل القضائي، نلاحظ أن قضاء المحكمة العليا قرر بطلان الزواج الذي لم يستوف شرط السن، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) المؤرخ في: 07-12-1966 أنه: " **من المقرر شرعا أن عدم توفر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه** ".[1]

وهذا القرار صدر في ظل سريان القانون رقم:**882/20** المؤرخ في:**85-02-2520**، فطبقا للمادة **01/03** من هذا القانون يكون الزواج قبل السن القانوني باطل بطلانا مطلقا، ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين، أو النيابة العامة، أو أي شخص له مصلحة. أما بعد الدخول فيصبح البطلان بطلانا نسبيا، حيث يمكن الطعن فيه من طرف الزوج فقط طبقا للمادة **08/00** من نفس القانون.

يرى بعض الأستاذة الباحثين أنه طالما قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم:**224/63** المؤرخ في:**29- 06-1963**، ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزوج.[2] لكن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون الواجب التطبيق في كل ما لم يرد النص عليه، وهو ما يستلزم وبحكم القانون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وليس للقانون المذكور، وهو ما يقتضي بيان آراء فقهاء الإسلام في زواج الصغير.

يرى ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي رحمهم الله أنه لا يزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا، لقوله تعالى: " **حتى إذا بلغوا النكاح** " [3] فلو جاز التزويج قبل البلوغ، لم يكن لهذا فائدة، ولأنه لا حاجة بهما إلى النكاح، أما ابن حزم فذهب إلى القول أن تزويج الصغيرة جائز عملا بالآثار المروية في ذلك، أما تزويج الصغير فهو باطل حتى يبلغ، وإذا وقع فهو مفسوخ .[4]

ولم يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج البلوغ والعقل، وقالوا بصحة زواج الصغير، بل ادعى ابن المنذر الإجماع على جواز تزويج الصغيرة من كفء، واستدلوا عليه بما يأتي:[5]

1- المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار مؤرخ في:07-12-1966، المجلة الجزائرية، عدد 01، ص 139.

2- عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، 2007، ص 28

3- سورة النساء: الآية 6/4

4 - ابن حزم، المحلى، **المرجع السابق**، ج 9، ص 560، 565.

5- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، **المرجع السابق**، ج 3، ص 168. ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج6، ص 487.

1- بيان عدة الصغيرة (وهي ثلاثة أشهر) في قوله تعالى: " **واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن** " [1] فهذه الآية حددت عدة الصغيرة التي لم تحض بثلاثة أشهر كاليائسة، ولا تكون العدة إلا بعد زواج أو فراق، فدل النص على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها.

2- الأمر بنكاح الإناث في قوله تعالى: " **وأنكحوا الأيامى منكم** " والأيم: الأنثى التي لا زوج لها، صغيرة كانت أو كبيرة.

3- زواج النبي بعائشة وهي صغيرة، حيث قالت: " **تزوجني النبي وأنا ابنة ست، وبنى بي وأنا ابنة تسع**" [2]

وقد زوجها أبوها أبو بكر رضي الله عنه، وزوج النبي صلى الله عليه وسلم أيضا ابنة عمه حمزة من ابن أبي سلمة، وهما صغيران.

4- الصحابة رضوان الله عليهم زوجوا بناتهم وهن صغار، فقد زوج (أي عقد) علي رضي الله عنه ابنته أم كلثوم، وهي صغيرة لعروة بن الزبير، وزوج هذا الأخير بنت أخيه بابن أخيه وهما صغيران، ووهب رجل بنته الصغيرة لعبد الله بن الحسن بن علي، فأجاز ذلك علي رضي الله عنه، وزوجت امرأة بنتا لها صغيرة لابن المسيب بن نخبة، فأجاز ذلك زوجها عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.[3]

5- قد تكون هناك مصلحة بتزويج الصغار، ويجد الأب الكفء، فلا يفوت إلى وقت البلوغ.

وبالرجوع إلى القرار المؤرخ في:**07-12-1966** نجد أن القضاء الجزائري آنذاك أخذ بما يخالف رأي الجمهور في زواج الصغير بالاعتماد على مبدأ الاستصلاح، فأخذ برأي ابن شبرمة ومن وافقه في عدم صحة زواج الصغار، مراعاة لأوضاع المجتمع، وتقديرا لمخاطر مسؤوليات الزواج. وهذا قرار صائب في رأينا إذا تعلق بزواج الصغير غير المميز، أما الصغير المميز فإن زواجه ينعقد صحيحا إذا زوجه وليه وهذا رأي جمهور الفقهاء، لأنه قد توجد المصلحة أو الضرورة في تزويج الصغير القادر بدنيا ومعنويا على الزواج.

1- سورة الطلاق: الآية 4/65

2- نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص 120، متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 184.

وعليه فإنه عند مخالفة الشرط المتعلق بسن أهلية الزواج، فإن الزواج يرتب جميع آثاره الشرعية إذا توافرت شروط انعقاده وصحته قبل الدخول وبعده من الناحية الشرعية، لأنه ليس في الشريعة الإسلامية تحديد لسن معينة للزواج كما رأينا سابقا، ومن الناحية القانونية فإن هذا الزواج إذا توافرت شروط انعقاده وصحته فإنه يثبت بحكم قضائي بعد الدخول طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة.

ثانيا- مسألة زواج المجنون والمعتوه:

إن المصاب بالخلل العقلي (كالمجنون والمعتوه) يعتبر عديم التمييز، فاقدا لحرية الاختيار، ويتعذر عليه التعبير عن الإرادة، ولذلك فإن كل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما نصت عليه المادتين **27** من قانون الأسرة، و**28** من القانون المدني. لكن المحجور عليهم لجنون أو عته فئة لا بأس بها في المجتمع، وقد يحتاج البعض منهم إلى الزواج، خاصة إذا كان هذا الزواج أمرا مفيدا في علاجهم، ذلك أن الزواج قد يفيد في علاج الكثير من الأمراض العقلية والنفسية والعصبية.

ولم يتعرض قانون الأسرة لزواج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة، لأن أهلية الزواج أهلية خاصة في القانون الجزائري ولا مجال لتطبيق أحكام الأهلية الواردة في القانون المدني والكتاب الثاني من قانون الأسرة (النيابة الشرعية). لذلك سنبحث حكم هذه المسألة في الفقه الإسلامي، بادئين بتعريف المجنون والمعتوه والتمييز بينهما، ثم نبين حكم إبرامهما لعقد زواجهما وحكم تزويجهما ممن يلي أمرهما على النحو الآتي:

1- تعريف المجنون والمعتوه والتمييز بينهما:

يعرف الجنون بأنه :" اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا ".[1]

وقيل أيضا: " الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها وأن تتعطل أفعالها." [2]

1- الجرجاني، محمد السيد الشريف، **معجم التعريفات**، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دون طبعة، دار الفضيلة للطباعة والنشر والتصدير، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص71.

2- وزراة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية، ط2، مطبعة ذات السلاسل،1989، ج16، ص99.

وعرِّفَ العته أنه: " آفة ناشئة عن الذات توجب خللا في العقل، فيصير صاحبه مختلط العقل فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين".[1]

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه: " اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ". وهذا التعريف مأخوذ من كتب فقهاء الأحناف.[2]

ويميز الفقهاء العته عن الجنون في أن العته لا يفقد صاحبه العقل بالكلية فلا يضرب نفسه ولا يشتم، بينما المجنون يفقد عقله كلية حتى وإن كان في جنونه تارة يهدأ وتارة يضطرب. ولذلك رأى البعض أن المعتوه كالصبي المميز بينما يرى البعض الآخر أن العته نوع من الجنون فيعدم معه الأهلية مطلقا.[3]

وهذا الاختلاف بين الفقهاء هو ما انعكس على حكم زواج المعتوه كما سنراه في العنصر الموالي.

2- حكم إبرام المجنون والمعتوه لعقد زواجهما وتزويجهما:

أجمع الفقهاء أنه لا يصح إبرام فاقد الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه إن كانت درجة العته تجعله كالمجنون عقد زواجه استقلالا، ولو أذن له وليه قبل العقد أو أجازه بعده.[4]

أما تزويجهما من وليهما نجد أن الفقهاء لم يختلفوا حول جواز التزويج، ولكن الاختلاف كان هل للولي تزويج المجنون والمعتوه مطلقا ؟ أم لا بد من سبب وحاجة، فالأحناف أجازوا للولي ذلك دون حاجة لإبداء السبب، أما المالكية والشافعية والحنابلة فرأوا أنه لا بد من سبب، ومثلوا له باشتهائه للنساء والخوف عليه من الفساد أو الطمع في الشفاء.[5]

1- الجرجاني، المرجع السابق، ص123.

2- عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ط6، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، د.ت.ن، ص104.

3- وزراة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج16، ص99؛ ثائر سمير رافع الروسان، **أحكام المعتوه في الأحوال الشخصية دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير، تخصص القضاء الشرعي، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2009، ص47.

4- عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ط1، مطابع الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 2002، ص 371.

5- قديري محمد توفيق، **النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية**، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018، ص 178.

وفي الزمن المعاصر وضع الفقهاء مجموعة ضوابط لزواج المصابين بإعاقة ذهنية مثل المجنون والمعتوه، مع التأكيد على جوازه شرعا من أجل سد احتياجاتهم النفسية والبيولوجية، وتتمثل أهم هذه الضوابط فيما يلي:

أ- وجود تقرير من أطباء الأمراض العقلية يتضمن أن زواج هذا المريض عقليا يساعده في علاجه أي شفائه نفسيا وعقليا، ولا يضر بالمجتمع لأن هناك بعضا من الأمراض الوراثية ينتقل إلى نسل المريض وفي ذلك إضرار بالمجتمع.

ب- أن يكون الطرف الآخر عالما بحالة المصاب، ويبدي موافقته بصورة صريحة على الزواج منه، ولا يمكن هنا الاعتماد على السكوت.

ج - أن لا يكون الطرف الآخر مصابا بأي آفة عقلية، لأن اجتماع فاقدي العقل يشكل ضررا كبيرا والضرر مرفوع شرعا.

د- أن يتم هذا الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي.

هـ- أن يكون ولي المرأة راض بهذا الزواج.[1]

وعلى مستوى العمل القضائي، لم نجد في حدود اطلاعنا قرارا تناول مسألة زواج المصاب بإعاقة ذهنية، إلا أن محكمة النقض الفرنسية أشارت في أحد قراراتها المشهورة إلى أنه يمكن للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه، إذا ثبت بتقرير من الأطباء المختصين أن زواجهما يفيد في علاجهما [2]، وهو ما تبناه علماء الفقه الإسلامي منذ 15 قرنا دون منازع.

ثالثا- مسألة زواج السفيه و ذو الغفلة:

لم يبين قانون الأسرة الجزائري مصير زواج السفيه وذو الغفلة، وما هو حكم مباشرتهما لعقد زواجهما بأنفسهما دون الرجوع إلى وليهما ؟ وأمام هذا السكوت ذهب البعض إلى إمكانية تطبيق أحكام المواد **07 و11 و83** من قانون الأسرة، فيكون الزواج الذي يباشره السفيه وذي الغفلة موقوفا على إجازة الولي أو الوصي أو المقدم. ولكن ذلك غير مضمون التطبيق دائما، لأنه حال غياب النص فإنه لا يوجد ما يلزم

1- عبد الله بن محمد الطيار وعبد الله بن محمد المطلق ومحمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر النوازل المعاصرة في فقه الأسرة، ط1، مدار الوطن للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2012، ج11، ص54.

2 - محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية، قرار مؤرخ في:30-11-1965، المجلة القضائية، 1965 العدد 01، ص 506، نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 124.

القاضي بتطبيق القياس المذكور أعلاه، ما دام أن نص المادة **888** من قانون الأسرة يحيله إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه.

لذلك سنبحث حكم هذه المسألة في الفقه الإسلامي، بادئين بتعريف السفيه وذي الغفلة والتمييز بينهما، ثم نبين حكم إبرامهما لعقد زواجهما وتزويجهما ممن يلي شأنهما على النحو الآتي:

1- تعريف السفيه وذي الغفلة والتمييز بينهما:

السفيه في تعريف الفقهاء: " الشخص الذي يتصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل".[1]

ويعرّف بأنه: " الشخص الذي لا يحسن القيام على تدبير ماله فينفق في غير موضع الإنفاق ".[2]

أما ذو الغفلة فعرفوه بأنه:" من اختل ضبطه وحفظه ولا يهتدي للتصرفات الرابحة فيقع في الغبن ويكون ضحية الاستغلال لسلامة قلبه وعدم استعماله القوة المنبهة في عقله رغم وجودها ".[3]

وتشترك الغفلة مع السفه في وقوع تبديد للمال، ويختلفان في أن ذو الغفلة لا يقصد تبديد المال مثل السفيه وإنما يخدع في المعاملات ويخسر فيها لفساد رأيه وضعف تدبيره.[4] لذلك فإن ذو الغفلة في الأحكام يقاس على السفيه.

2- حكم إبرام السفيه وذو الغفلة لعقد زواجهما وتزويجهما:

بالنسبة لأهلية السفيه وذو الغفلة في إبرام عقد الزواج، أجمع الفقهاء على صحة زواجهما إذا أبرم بإذن وليهما، أما إذا أبرم دون إذن الولي فمن الفقهاء من اعتبر إبرامهما لعقد زواجهما صحيحا نافذا بغض النظر عن إجازة وليهما وهو قول الأحناف، أما المالكية فرأوا أن الزواج هنا موقوف على إجازة الولي، فإذا لم يجزه اعتبر رد الولي طلاقا بائنا، فإن كان دخل بها أعطيت ربع دينار ذهبا وإذا لم يدخل بها فلا

1- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص118.

2- محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دون طبعة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر القاهرة، مصر، د. ت. ن، ص318.

3- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج31، ص 260.

4- عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم**، ط1، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1994، ج10، ص313.

شيء لها، أما الشافعية فاعتبروه باطلا ما لم تكن فيه مصلحة، أما الحنابلة فأجازوا للسفيه عقد نكاحه ما دام فيه مصلحة له، فإذا لم يكن فيه مصلحة فهو موقوف على إجازة الولي.[1]

ومن ذلك لم يجعل الفقهاء لولي السفيه وذي الغفلة سلطة في تزويجه والنيابة عنه في ذلك نيابة شرعية لأن كلا منهما بالغ ومميز، ويخضع للتكاليف الشرعية، فلا يزوجهما وليهما إلا لظاهر مصلحة ويكون رضاهما معتبرا في ذلك.[2]

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الأحكام تخص السفيه وذو الغفلة من الرجال دون النساء، خلافا لحكم الجنون والعته الذي ينصرف للرجال والنساء معا على حد سواء، ذلك أن السفيهة أو ذات الغفلة تخضع لولاية الإجبار عند الجمهور باعتبار الأنوثة أو البكارة، بينما لا تخضع عند الأحناف إلا لولاية الاختيار ولكن يحجر عليها في مالها.[3]

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بالصداق

نص قانون الأسرة على الصداق باعتباره شرط من شروط عقد الزواج في المواد: **09 مكرر، 14، 15، 16، 17، 33 فقرة 02**، حيث تضمنت هذه المواد الأحكام الآتية:

- الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج .[4]
- يجب تسمية وتحديد الصداق وقت إبرام عقد الزواج .[5]
- إذا تم الزواج بدون صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.[6]
- الصداق حق من حقوق الزوجة، يجب على الرجل بالعقد عليها أو الدخول بها.[7]
- الصداق ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء.[8]

1- نضال محمد أبو سنينة، **الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية**، ط1، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص297.

2- قديري محمد توفيق، المرجع السابق، ص180.

3- نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص294.

4- المادة 09 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

5- المادة 15 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

6- المادة 33 فقرة 02 من قانون الأسرة المعدل والمتمم. وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار حديث لها بأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل. أنظر قرار المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار مؤرخ في: 17-11-1998، ملف رقم:210422.

7- المادتان 15 و16 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

8- المادة 14 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

– تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول.[1]

– تستحق الزوجة صداق المثل في الحالات الآتية:

- إذا لم يسمَّ الصداق[2] وهو ما يسمى عند المالكية بنكاح التفويض، بأن تفوض الزوجة أو وليها للزوج أمر تقدير الصداق، فهنا تستحق الزوجة صداق المثل.[3]
- في الزواج الفاسد (زواج تم دون صداق)، فإنه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويصحح بعد الدخول بصداق المثل.[4]
- إذا سمي للزوجة الصداق مما لا يصح التزامه شرعا، وكذلك إذا اتفق الزوجان على إسقاط أو نفي الصداق.[5]

ومع ذلك فقد أغفل المشرع النص على عدة مسائل تتعلق بالصداق، سنختار أهمها والمجتهد فيها قضائيا طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة. ونقصد بذلك مسألة الخلوة الصحيحة وتأثيرها على الصداق.

ولدراسة هذه المسألة، نرى أنه من الضروري التطرق أولا لمفهوم الصداق وهو العنصر الذي يتضمن: تعريف الصداق، ودليل مشروعيته، وحكمة وجوبه، وتكييفه الشرعي وأنواعه.

أولا– مفهوم الصداق:

يقتضي تحديد مفهوم الصداق، تعريفه، وبيان أدلة مشروعيته، وحكمته، وتكييفه الشرعي، وأنواعه، وذلك فيما يأتي:

1– تعريف الصداق:

يقتضي تعريف الصداق تعريفه لغة، واصطلاحا، ثم قانونا، وذلك على النحو الآتي:

1– 1– تعريف الصداق لغة:

الصداق في اللغة هو دفع مال المشهر بالرغبة في الزواج أو هو مهر الزوجة، وجمعه أصدقة وصدق. [6]

1– المادة 16 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

2– المادة 15 فقرة 02 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

3– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 209.

4– المادة 33 فقرة 02 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

5– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 208.

6– المعجم الوسيط: المرجع السابق، ص 510.

1-2- تعريف الصداق اصطلاحا:

تعددت التعاريف الفقهية للصداق، وكلها تدور حول معنى واحد، وهذه بعضها:

عرفه الحنفية بأنه: " **اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع**". واعترض بعدم شموله للواجب بالوطء بشبهة، ليعرفه بعض فقهاء الحنفية بأنه: " **اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء**". [1]

وعرفه المالكية بأنه: **ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها.**[2]

ويعرف عند الشافعية بأنه: **ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا** ". وسمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر.[3] وقال البلقيني: الأحسن أن يقال: هو اسم لما وجب بسبب عقد أو وطء أو تفويت بضع. فقولنا: لما وجب يشمل المال وغيره من تعلم صنعة ونحوها، وقولنا: بسبب عقد أو وطء واضح، وقولنا: أو تفويت بضع يدخل فيه الرضاع والشهود الراجعون، والوطء بالشبهة.[4]

أما الحنابلة فعرفوه بأنه: **العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما أو الحاكم ونحوه- أي النكاح- كوطء شبهة.**[5]

ومن الفقهاء المعاصرين من عرفه بأنه: **اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا.**[6]

فالصداق أو المهر، هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها، أو الدخول بها، كرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة، ملؤها الاطمئنان والسعادة، وللصداق عدة أسماء وردت في القرآن الكريم منها: النحلة والفريضة، والأجر.[7]

1- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص100-101.

2- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج1، ص 409.

3- الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المرجع السابق،ج3، ص 291.

4- الرافعي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج8، ص231-232

5- البهوتي، منصور بن يوسف، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص 128.

6- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج1، ص 181.

7- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 203

ويعدُّ الصداق حق من حقوق الزوجة، والحكمة منه واضحة في إكرام المرأة وتمكينها من أن تتهيأ للزواج بما يلزم لها من لباس وحليّ ونفقات، فهو رمز للتعاطف والمودة، يعبر بواسطته الزوج عن ارتدائه الجدية في بناء الحياة الزوجية المستقبلية، وعن حسن نيته نحو زوجته وإخلاصه لها.

1- 3- التعريف القانوني:

عرف المشرع الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة بقوله: الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

فالصداق وفقا لنص المادة 14 أعلاه هو ملك للزوجة، تتصرف فيه كيف شاءت، بلا أمر زوجها مطلقا، ولا دخل للولي أو غيره فيه، فيجوز لها بيعه أو رهنه أو حيازته، وكذلك إعارته وهبته بل عوض[1].

ولها الحق في التنازل عنه، دون قيد، إذا كانت تتمتع بأهلية التبرع، ولا يحق للزوج أن يطالب بأي شيء عوضه كالأثاث والملابس وغيرها، لأن ذلك من مشمولات النفقة الزوجية.[2]

وما يلاحظ على التعريف الوارد في المادة 14 أنه ركز على القيمة المالية للصداق، تاركا القيمة المعنوية والرمزية له، وكان من الأجدر أن يتجنب مشرعنا التعريفات باعتبارها من مهام الفقه والقضاء، كما أنه كان يستحسن عدم التذكير بأن الزوجة تتصرف في صداقها حسب مشيئتها، ما دام ذلك مضمونا بالمادة **05** من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم: 05-02، والتي أقرت قاعدة مفادها أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، أي استقلال الذمة المالية للزوجة. وقد جاءت هذه القاعدة تكريسا للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، والذي مفاده استقلال الديون المستحقة عن كل منهما عن الآخر، ومن ثم استقلال كل منهما بالوفاء بالديون المترتبة بذمته للغير.[3]

2- دليل مشروعية الصداق:

الأصل في مشروعية الصداق من الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ **فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾[4] وقوله تعالى: ﴿**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً** ﴾.[5]

1- أنظر: المجلس الأعلى المغربي، قرار مؤرخ في:07-02-1972، **م.ق**، 1972، عدد 121، ص 639. نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 204.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:23-04-1996، **م.ق**، 1997، العدد 02، ص 89.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:10-04-2002، المجلة القضائية، 2003، عدد 01، ص 378.

4- سورة النساء الآية 24.

5- سورة النساء، الآية 04، النحلة بمعنى العطية، أو الفريضة الواجبة بدون مقابل.

وأما السنة: فروى أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن بن عوف درع زعفران قال النبي صلى الله عليه وسلم : " **مهيم**[1] **؟ فقال: يا رسول الله تزوجت امرأة فقال: ما أصدقتها، قال: وزن نواة من ذهب، فقال: بارك الله لك أولم ولو بشاة** " [2].

وقال صلى الله عليه وسلم للرجل الذي طلب أن يزوجه من امرأة جعلت أمرها للنبي صلى الله عليه وسلم: " **هل عندك من شيء تصدقها؟ قال: لا أجد، قال:**" **التمس ولو خاتما من حديد.**" وقال صلى الله عليه وسلم:" **أدوا العلائق، قيل: يا رسول الله وما العلائق؟ قال:**" **ما تراضى عليه الأهلون** ".[3]

وأما الإجماع: فقد أجمع فقهاء الشريعة منذ صدر الإسلام إلى يومنا هذا على وجوب المهر أو مهر المثل على الزوج لزوجته بعد الزواج الصحيح أو الدخول في الزواج الفاسد.[4]

3- حكمة وجوب الصداق على الرجل:

إن في إيجاب المهر على الرجل توافقا مع الفطرة البشرية التي فطر عليها كل من الرجل والمرأة، فالرجل أقدر على العمل من المرأة، فكان عليه كسب المال والمرأة عليها العمل في البيت، ولو كلفت المرأة العمل لجمع مال المهر لكان في ذلك امتهان لكرامتها، وإهدار لعفتها ويلحظ هذا في المجتمعات التي تجعل المهر واجبا على المرأة، ولهذا أكرم الإسلام المرأة ولم يكلفها مثل هذا العناء، وجعل المهر واجبا على الرجل ليكون رمزا منه لإكرام المرأة ودليلا على رغبته فيها ببذله أعز ما يملك في سبيلها، ولذا قالوا: إن الصداق ضد الكذب، لأن دخوله بينهما دليل على صدقهما في موافقة الشرع واقتران كل واحد منهما بالآخر.[5]

وإن في جعله واجبا على الرجل، ما يجعل الرجل أكثر تروية في إيقاع الطلاق لما يلحق به من ضرر، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة، ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج، ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطر عنده، وليس المهر

1- كلمة يمانية معناها: مالك.

2- النسائي، السنن الكبرى، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، ط1، 2001، (12/6).

3- السنن الكبرى، المرجع السابق، ج7، ص 239. المهر يسمى صداقا، وصدقة، وأجرا، وفريضة، وعلائق، ونحلة.

4- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، نشر احسان للنشر والتوزيع، العراق، ط1 2014، ص73.

5- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص99.

ثمنا أو عوضا للانتفاع بالمرأة، وإنما هو نحلة أي: عطية دون مقابل، قال تعالى: ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً** ﴾.[1]

4- التكييف الشرعي للصداق:

انقسم فقهاء المذاهب في التكييف الشرعي للصداق إلى فريقين:

الأحناف والشافعية والحنابلة: يرون أن الصداق هو حكم من أحكام عقد الزواج، وأثر من آثاره، وليس ركنا من أركان عقد الزواج، ولا شرطا من شروط صحته.[2]

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**﴾[3].

ووجه الدلالة من الآية أن الطلاق بعد العقد الذي لم يسم فيه المهر صحيح، ولا طلاق إذا لم يكن عقد النكاح صحيحا، فدل أن المهر ليس شرطا لصحة العقد.

ولما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج امرأة ولم يسم لها مهرا.[4]

ولما روى أن عبد الله بن مسعود قضى في امرأة مات عنها زوجها ولم يكن قد فرض لها شيئا، بأن لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط، فقام رجلان وقالا: نشهد أن رسول الله قضى في امرأة يقال لها بروع بنت واشق بمثل قضيتك في هذه، فَسُر ابن مسعود سرورا لم يسر قط مثله بعد اسلامه لما وافق قضاؤه قضاء النبي صلى الله عليه وسلم[5].

المالكية: يرون بأن الصداق هو ركن من أركان عقد الزواج، ومعنى هذا أنه لا يصح النكاح مع نفي المهر، فيفسخ قبل الدخول لا بعده، ويجب مهر المثل بعد الدخول، لأن النكاح عقد معاوضة كالبيع، والمهر كالثمن، والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح، فكذا النكاح بشرط أن لا مهر.[6]

والحقيقة أن قول المالكية بأن الصداق كالثمن في عقد البيع هو فقط لإبراز الصداق كركن من أركان العقد، وأن عقد الزواج يفسد بشرط نفي الصداق، كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن، وهذا باعتبار عقد البيع

1- سورة النساء: الآية 4.

2- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق،ج7، ص 163. السرسخي، المبسوط، المرجع السابق، ج5، ص62-65.

3- سورة البقرة: الآية 237.

4- النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق،ج7، ص232.

5- النسائي، السنن الكبرى، المرجع نفسه، ج7، ص237. أبو داوود، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج2، ص587

6- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دون طبعة، ج2، بيروت، لبنان، دار إحياء الكتب العربية، دون سنة نشر، ص 294.

عقدا نموذجيا في الفقه الإسلامي يقاس عليه، وليس معنى المقارنة بالبيع هاهنا، بيع وشراء المرأة، كما فهم بعض المستشرقين، وهي دلالة بعيدة كل البعد عن روح الشريعة الإسلامية التي جعلت من الصداق رمز المحبة والوئام والمودة.[1]

والمشرع الجزائري أخذ برأي المالكية، فنص في المادة **15** من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم:**05-02** على وجوب تسمية الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، وفي حالة عدم تسميته تستحق الزوجة صداق المثل.

وهو ما سار عليه قضاء المحكمة العليا في العديد من القرارات، على وجوب تسمية الصداق للزوجة[2] ومنع إبرام العقد على شرط إسقاطه[3]. وهذا معناه ضرورة تضمين وثيقة الزواج مقدار الصداق.

وقد جاء في حيثيات قرار المجلس الأعلى المغربي المؤرخ في:**28-01-1986** ما يلي: عقد النكاح لا يتم إلا بذكر جميع أركانه لقول الإمام خليل:" وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة " وعقد الزوجية المدلى به، وكذا اللفيف لم يذكر بهما مقدار الصداق ولا اسم الولي، واختلال ركن من أركان النكاح يؤدي إلى بطلان العقد ". [4]

وفي نفس السياق، قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:**17-11-1998** بما يلي: " **إن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب، لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل**".[5]

والملاحظ أن مثل هذا الاجتهاد يتناقض مع ما جاء في المادتين 09 و15 من قانون الأسرة قبل التعديل والتي توجب تحديد (أي تسمية) الصداق وقت إبرام العقد، وأنه لا يجوز الاتفاق على إسقاطه وإلا كان العقد فاسدا من ناحية صداقه، غير أن ما سارت عليه المحكمة العليا في هذا القرار يوافق ما

1- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 207.

2- المحكمة العليا،غ.أ. ش، قرار مؤرخ في: 13-06-2007، ملف رقم: 396339، **م. م.ع** 2008، العدد 01 ص255.

3- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، مؤرخ في:24-02-1986، ملف رقم:40114، قرار مؤرخ في:25-06-1984، ملف رقم: 33715، غير منشور، نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، 205

4- المجلس الأعلى المغربي، قرار مؤرخ في:28-01-1986، المجلة القضائية للمجلس الأعلى، العدد 42 و43، ص 159. نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 206.

5- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:17-11-1998، ملف رقم:210422.

ذهب إليه المالكية حيث قالوا: إن النكاح الفاسد لصداقه يثبت بعد الدخول بصداق المثل، وهي القاعدة الفقهية التي تم اعتمادها في المادة 2/33 المعدلة من قانون الأسرة بقولها: **إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.**

5- أنواع الصداق:

يكون الصداق على نوعين أساسيين هما:

أ- الصداق المسمى: هو ما سمي في العقد أو بعده بالتراضي بين الزوجين، بأن اتفق عليه صراحة في العقد أو فرض للزوجة بعده بالتراضي، أو فرضه الحاكم[1] وذلك لعموم قوله تعالى: " **وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم.**" [2]

ويعتبر من جملة الصداق المسمى في العقد ما جرى عرف الناس عليه من تقديم الزوج للزوجة البكر قبل الزفاف ثيابا ونحوها، فإن المعروف بين الناس يكون كالمشروط في العقد، ويجب إلحاقه بالصداق، ويمكن للزوجة في المذهب المالكي أن تمنع نفسها حتى تقبضه، فإن سلمت نفسها له، ليس لها بعد ذلك إلا بالمطالبة بالصداق كدين في الذمة، ولا يترتب الطلاق عن تعذر الوفاء به.[3]

ونص المالكية على أن ما يهدى للمرأة قبل العقد أو حال العقد يعد من المهر، ولو لم يشترط، وكذا ما أهدي إلى وليها قبل العقد، فلو طلقت قبل الدخول كان للزوج أن يرجع بنصف ما أهداه، أما ما أهدي للولي بعد العقد فيختص به، وليس للزوجة ولا للزوج أخذه منه.[4]

هذا، وإذا كان الصداق المسمى أقل من صداق المثل، فإنه يتعين في هذه الحالة أن يوافق عليه كل من الزوجة ووليها، إذا كانت هذه الأخيرة دون سن الرشد القانوني طبقا للمادة 11 فقرة 02 من قانون الأسرة.

أما إذا كانت المرأة راشدة، فإنها تستقل وحدها بتحديد الصداق، وإبرام العقد، دون أن يتدخل وليها أو يعترض على ذلك، ولو تزوجت بأقل من صداق أمثالها من الناس[5].

1- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص370. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 256.

2- سورة البقرة: الآية 237.

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 207.

4- الدردير، **الشرح الصغير**، المرجع السابق،ج1، ص 419.

5- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:30-03-1993، المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 03، ص 66.

وأساس هذا الحكم أن الصداق يعتبر من المصالح المالية للزوجة، وهي محجور عليها في مصالحها المالية قبل أن تبلغ سن الرشد القانوني (المادتان 81 و87 من قانون الأسرة) فإذا رشدت استقلت بتدبير شؤونها المالية، ومن ضمنها الصداق، فلها أن تطالب منه بالكثير أو بالقليل[1].

ب- صداق المثل: وهو الصداق الذي يعطى عادة لمثل المرأة المعنية بالأمر، أي الذي يبذل لامرأة تضاهيها وقت إبرام العقد، من حيث الأوصاف والصفات، فيما يتعلق بالسن والجمال والعقل والعلم والمال والبكارة والثيبوبة وغيرها.[2] وقال الإمام الشيخ خليل في مختصره: " **ومهر المثل ما يرغب به مثله فيها، باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد**" [3] لذلك فإن صداق المثل يراعى في تقديره أمرين هما: المركز الاجتماعي للزوج والزوجة، والمستوى العام للمهور حسب العادات والأعراف والتقاليد لبلد الزوجة المستحقة للصداق.

وهو ما سار عليه قضاء المحكمة العليا من أن **تقدير صداق المثل هي مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع، ولكنه يجب عليه أن يبين في حكمه عناصر المقارنة التي اعتمدها في تحديده.**[4]

ومسألة صداق المثل من حيث الواقع العملي لا تثار بشأنها منازعات قضائية في الغالب، لأن المشرع قد اشترط تحديد الصداق وتسميته ضمن عقد الزواج، معجلا كان أو مؤجلا.

ثانيا- الخلوة الصحيحة وتأثيرها على الصداق:

نصت المادة **16** من قانون الأسرة على ما يلي: " **تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول.**" [5]

فهذه المادة تناولت مسألة استحقاق الصداق وعلقته بحالتي وفاة الزوج أو الدخول، إلا أنها لم تبين المقصود بالدخول، أهو الدخول الحقيقي؟ أم الدخول الحكمي؟ وبتعبير آخر هل يترتب على الخلوة الصحيحة نفس حكم الدخول الحقيقي في استحقاق كامل الصداق؟

قانون الأسرة لم ينص على الخلوة ولم يبين أحكامها، وما ينجر عنها من آثار، محيلا ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 منه.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:23-01-2001، المجلة القضائية لسنة 2002، عدد 02، ص 440.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص208.

3- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ص127

4- المحكمة العليا،غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:23-01-2001، **م. ق**، 2002، عدد 02، ص 440.

5- القانون 84-11 المعدل والمتمم.

ومنه جاء الاجتهاد القضائي الجزائري من خلال قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 02-10-1989 ملف رقم: 55116 حيث جاء فيه أنه: **من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي يعبر عنه شرعا بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء يعتبر دخولا فعليا تترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها، ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء، ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه.**

لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الزوجة زفت للطاعن واختلى بها في بيته ولم ينكر إصابتها وأن الدخول مسلم به، فإن قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقها فضلا عن نفقة العدة و نفقة الإهمال، فإن قضاءهم هذا يندرج ضمن المادة 16 من قانون الأسرة ويتماشى مع المادتين 58 و74 من نفس القانون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه [1].

يتبين من خلال مضمون القرار أعلاه أن قضاء المحكمة العليا اعتبر الخلوة الصحيحة بمثابة الدخول الحقيقي تستحق الزوجة بموجب هذه الخلوة كامل الصداق، وقد سار قضاء المحكمة العليا على ذلك مؤكدا أنه إذا أبرم عقد الزواج صحيحا وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، ولو لم يقع احتفال بالدخول[2].

وفي هذا الصدد نسجل قرارا آخرا للمحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ :09-05-1988 جاء فيه أنه: **من المقرر فقها وشرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة.**

ولما كان ثابتا، في قضية الحال، أن الزوج لم يدخل بزوجته بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال مما يتعذر معه إتمام الخلوة، ومن ثم فإن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة لكامل الصداق يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشرعية وانتهك النصوص القانونية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [3].

1- المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1991، العدد 01، ص 34.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:18-06-1991 ملف: 74375، **م.ق**، 1993، العدد01، ص 61.

3- المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1992، العدد 02، ص44.

يرى بعض أساتذة القانون أن الخلوة الصحيحة توجب كامل المهر تطبيقا للمادة 16 من قانون الأسرة لأن المشرع لم يربط الدخول بالمسيس، ذلك أن الدخول يعني الخلوة، ويعتبر قرينة على تحقق المسيس[1]، واعتبر البعض الآخر من الباحثين أن المقصود بالدخول المشار إليه في المادة 16 من قانون الأسرة هو المسيس بمعنى الدخول الحقيقي[2].

والآن نتعرض لآراء فقهاء الإسلام فيما يخص حقيقة البناء بالزوجة الذي يثبت به المهر كاملا، ثم نعود إلى القرار أعلاه للمناقشة والتحليل.

1- حقيقة البناء بالزوجة عند فقهاء الإسلام:

لقد اختلف الفقهاء في حقيقة البناء الذي يثبت به المهر، هل هو فقط الدخول الحقيقي ؟ أم يشمل أيضا الدخول الحكمي (الخلوة الصحيحة)، على ثلاثة أقوال، وفق التفصيل الآتي:

القول الأول: وهو الذي يرى بأن الزوجة لا تستحق المهر كله بالخلوة وحدها، بدون وطء، فلو خلا الزوج بزوجته خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل الدخول بها وجب نصف الصداق المسمى، والمتعة إن لم يكن لها الصداق المسمى، فالبناء بالزوجة وفقا لهذا القول هو الدخول الحقيقي فقط وهو الوطء أو الجماع أو الاتصال الجنسي، ولو كان في غير موضعه الطبيعي.

وإلى هذا الرأي ذهب ابن عباس رضي الله عنهما وشريح القاضي والشعبي، وابن سرين والإمام الشافعي في الجديد من مذهبه، وهو رواية عن الإمام أحمد.[3]

واستدلوا بقوله تعالى:" **وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم**" [4] أي نصف ما فرض من المهر يجب إذا وقع الطلاق قبل المسيس الذي هو الدخول الحقيقي، وفي حالة الخلوة ولم يقع مسيس، فلا يجب المهر كله.

وقوله تعالى: " **وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض.**"[5]، قالوا: **الإفضاء هو الجماع.**

1- بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، 2008، ص 60. آيت ملويا لحسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ط2، دار هومة- الجزائر، 2006، ص 151.

2- عبد المالك رابح، **الصداق في قانون الأسرة الجزائري** – دراسة مقارنة- رسالة ماجيستير في العلوم القانونية، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، بن عكنون، 1996، ص 89. - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 220.

3- محمد بن أحمد، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، 04، ص 374، ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج7، ص 191 .

4- سورة البقرة: الآية 237.

5- سورة النساء: الآية 21.

واستدلوا بالمعقول، فقالوا لأن الزواج عقد على منفعة، فكان التمكين منها كالاستيفاء في تقدير البدل كالإجارة.

قالوا: وأما ما روي عن الخلفاء الراشدين من أن البناء يشمل كذلك الدخول الحكمي (الخلوة الصحيحة)، فهذا غير ثابت عنهم، فالأثر منقطع لأن زرارة لم يدرك الخلفاء الراشدين.

القول الثاني: وهو الذي يرى بأن الزوجة تستحق المهر كله بالخلوة الصحيحة، فلو طلق الرجل زوجته وجب لها المهر بالخلوة ولو لم يحصل الوطء، المهر المسمى كاملا إن كانت التسمية صحيحة، ومهر المثل إن لم تكن التسمية أو كانت فاسدة.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف والحنابلة والشافعي في مذهبه القديم[1].

والخلوة الصحيحة عند هؤلاء الفقهاء هي أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يتمكنان فيه من التمتع الكامل، بحيث يأمنان ألا يدخل عليهما أحد، ولا تصح الخلوة في الطريق، والصحراء، وعلى سطح لا حجاب عليه، وزاد الأحناف ألا يكون بأحدهما مانع طبيعي أو حسي أو شرعي يمنع من الاستمتاع.

المانع حسي: بأن يكون معهما ثالث مميز ولو أعمى أو نائما، ولو كان الثالث زوجة للزوج فالأمر كذلك، وكمرض أحد الزوجين.

المانع الطبيعي: تكون المرأة رتقاء أو قرناء أو صغيرة لا تطيق الجماع، وكالحيض والنفاس إذ هو مانع طبعا وشرعا، وصغر الزوج مانع من صحة الخلوة الموجبة للمهر.

المانع الشرعي: وذلك كحيض ونفاس والإحرام بحج- فرض أو نفل- أو عمرة، وصوم رمضان، وأما صوم التطوع وصوم النذر والكفارات والقضاء، فالصحيح أنه لا يمنع صحة الخلوة لعدم وجوب الكفارة بإفساد الصوم فيه. وخلوة العنين والخصي مع عدم وجود مانع من الموانع السابقة صحيحة وخلوة المجبوب بزوجته صحيحة عند أبي حنيفة، لأن المستحق عليها التسليم فقط، وغير صحيحة عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن لأنه أعجز من المريض.

1- ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ج9، ص 259. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص191.

واستدلوا بما روي عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر رضي الله عنهم، فقد روي أحمد عن زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون، أن من أغلق بابا، أو أرخى سترا، فقد وجب المهر، ووجبت العدة. وقالوا: وأما قوله تعالى: " **من قبل أن تمسوهن**" فيَحتملُ أن الله تعالى كنَى بالمسبب عن السبب، الذي هو الخلوة.

واستدلوا كذلك بقوله تعالى: " **وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا.**" قالوا دلت الآية على أن الزوج منهي على أخذ شيء مما يسوقه للزوجة من المهر عند تطليقها مبينة أن سبب النهي هو الخلوة بالزوجة، إذ الإفضاء معناه الخلوة فعلم من ذلك أن الخلوة موجبة لكل المهر.[1] وأيضا، أن الزوجة متى اختلى بها الزوج فقد سلمت ما هو مقدور من جهتها، وبذلت المبدل من قبلها فلزم تقرير البدل به، وكون الزوج هو الذي قصر في استيفاء حقه لا تؤاخذ به الزوجة، فيجب لها جميع المهر.[2]

القول الثالث: وهو الذي يرى بأن البناء الذي تستحق به الزوجة المهر كاملا هو الدخول الحقيقي ابتداء، ولكن قد يشمل الدخول الحكمي في حالة ما إذا طال هذا الدخول الحكمي، وحدده ابن القاسم رحمه الله وهو من أتباع الإمام مالك رحمه الله بعام، وإلى هذا الرأي ذهب الإمام مالك رحمه الله.[3]

2- التحليل والمناقشة:

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي أعلاه، يتبين لنا أنه أخذ بالرأي الثاني الذي قال به الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه والحنابلة والشافعي في مذهبه القديم.

وبمقارنة ما توصل إليه الاجتهاد القضائي أعلاه بما هو متفق عليه عند فقهاء الإسلام من أن الدخول على معنى الجماع أو الاتصال الجنسي ينتج أثره حتى في عقد الزواج الفاسد، بل حتى الباطل، يجعلنا نتساءل: هل الخلوة الصحيحة التي اعتبرها القرار أعلاه بمثابة الدخول الفعلي تنتج أثرها حتى في عقد الزواج الفاسد؟ لأنه بإسقاط الاجتهاد القضائي أعلاه على نص المادة 33 من قانون الأسرة [4] ، فإن

1- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 152.

2- بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص 152.

3- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج2، ص23

4- تنص المادة 33 فقرة 02 من قانون الأسرة 84-11 المعدل والمتمم على ما يلي: إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

الدخول بمعنى الخلوة الصحيحة قد أنتج أثره بعد العقد الفاسد، والخلوة في هذا النص بتكييف الفقهاء هي خلوة فاسدة .[1]

فأصحاب الرأي الثاني عندما أوردوا معنى الخلوة الصحيحة اشترطوا أن تتم بعد العقد الصحيح، أي أنه لا عبرة بالخلوة في العقد الفاسد إذا لم يصحبه الاتصال الجنسي، ولهذا يقولون: لا خلوة في النكاح الفاسد، لأن الوطء فيه حرام فكان المانع الشرعي قائما.

إنه إن تمعنا في آراء الفقهاء لوجدنا بأنهم متفقون على أن المقصود بالبناء هو الاتصال الجنسي، وإنما أقاموا مقامه الخلوة الصحيحة، أو خلوة الاهتداء من باب المجاز، صيانة للأعراض، ودرءا للكشف، ولأن العادة عندهم ندرة الاختلاط بين الرجال والنساء، وظروف المعاش التي كانوا يعيشونها كانت تفرض عليهم التفريق بين الجنسين.

ولكن ما هو الحال عندنا في العصر الحالي وقد تغيرت بعض الأعراف وتشعبت العلاقات الاجتماعية، فقد يقل الزوج زوجته بعد العقد في سيارته لشراء بعض مستلزمات البيت الزوجي أو الحلي، أو يختلي بها في مكتب العمل إذا كانت زميلته، فهل يعد مثل هذا الاختلاء دخولا ؟ لذلك، فإن حال مجتمعنا في عصرنا هذا يفرض علينا أن نعود إلى المعنى الأصلي للدخول، بمعنى تحقق الوطء أو الاتصال الجنسي، لأنه هو المعنى الحقيقي والمتفق عليه بين الفقهاء، والنصوص الشرعية تؤيد هذا الاختيار، وأما الخلوة المقترنة ببعض الرسميات من وليمة ونحوه، فهذه تلحق بالاتصال الجنسي في الحكم، صيانة للحقوق، ومراعاة للمظاهر الاجتماعية، وأما مجرد الاختلاء فقط، فمن الإجحاف إلحاقه بالجماع، لأن الفقهاء ألحقوه به للضرورة والضرورة تقدر بقدرها.[2]

الفرع الثالث: المسائل المتعلقة بالولي

نص قانون الأسرة على الولي في المواد: **09 مكرر** المضافة بموجب الأمر:05-02 و**11** و**13** و**33** المعدلة بنفس الأمر، وهي المواد التي تضمّنت ما يلي:

- الولاية شرط صحة في عقد الزواج، ويترتب على انعدامها – في حالة زواج القاصر– فساد العقد
- اشتراط حضور الولي لإبرام عقد زواج الراشدة، دون أن يكون له صلاحية المعارضة.

1– بوشمة خالد، البناء بالزوجة بين الدخول الحقيقي والحكمي على ضوء الاجتهاد القضائي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق– جامعة سعد دحلب البليدة، ص 44.

2– بوشمة خالد، المرجع نفسه، ص45.

- الولاية المقررة على الفتاة القاصر هي ولاية اختيار، لا جبر فيها، تمارسها حسب اختيارها ومصلحتها.

وإذا كان القانون قد نص على تلك الأحكام، فإنه أغفل تنظيم عدد من المسائل المهمة المتعلقة بموضوع الولاية نراها قد تثير عدة إشكالات على المستوى العمل القضائي، لعل أهمها وأبرزها هي: مسألة عضل الولي، تعدّد الأولياء، غياب الولي، وخيار البلوغ وخيار الإفاقة.

وقبل الخوض في هذه المسائل، تقتضي الدراسة التطرق أولا لمفهوم الولاية، وهو العنصر الذي يتضمن: تعريف الولاية وأقسامها وأدلة مشروعيتها، وشروطها.

أولا- مفهوم الولاية:

سنتطرق في هذا العنصر إلى تعريف الولاية وأنواعها، ودليل مشروعيتها، وشروطها، وذلك وفق الآتي:

1- تعريف الولاية وأنواعها:

الولاية بكسر الواو لغة هي المحبة والنصرة، ومنه قوله سبحانه: ﴿**ومن يتول الله ورسوله والذين آمنوا، فإن حزب الله هم الغالبون**﴾[1].

أما في الاصطلاح الشرعي فهي: تنفيذ القول على الغير، والإشراف على شؤونه أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.

وتنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معا. والولاية على النفس هي التي تهمنا في هذه الدراسة، باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج، وتكون للأب والجد وسائر الأولياء من العصبات حسب ترتيبهم في الميراث.

إن الولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها وتولي إبرام العقد عليها.[2]

ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسيين: ولاية إجبار، وولاية اختيار، أما ولاية الإجبار فهي ولاية الأب أو الجد أو المقربون على الفتاة البكر، والصغير والمجنون؛ وفيها يستقل الولي بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد، لعدم توفر في المولى عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج.[3]

1- سورة المائدة الآية 1.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 108.

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 238.

وأما ولاية الاختيار وتسمى ولاية المشاركة أيضا، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة، فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها، وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف، وولاية الاختيار لا جبر فيها، وهي لا تتحقق عند الفقهاء إلا بالنسبة للأنثى، ويطلق عليها المالكية ولاية الشركة، كما يطلق عليها الحنفية ولاية الاستحباب.[1]

2- أدلة مشروعية الولاية:

استدل الفقهاء على الولاية بقوله عز وجل: ﴿ **فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فيملل وليه بالعدل** ﴾.[2]

وأما بالنسبة للمرأة قوله تعالى: ﴿ **وأنكحوا الأيامى منكم**﴾[3]، وقوله سبحانه أيضا: ﴿ **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا** ﴾[4]؛ والخطاب في الآيتين موجه إلى الأولياء، فكان دليلا على أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها، وإنما الذي يزوجها هو وليها.[5]

ومن السنة النبوية: ما رواه أبو داود في سننه عن أبي موسى، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " **لا نكاح إلا بولي**"[6] وروى ابن ماجة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل**".[7]

وروى أبو داود عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل**".[8]

3- شروط الولاية:

يشترط الفقه الإسلامي في الولي الشروط الآتية:[9]

- **العقل:** فلا ولاية لمجنون أو معتوه.
- **البلوغ:** فلا ولاية لصبي على غيره، لأنه لا ولاية له على نفسه.

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 238.

2- سورة البقرة، الآية 281.

3- سورة النور: الآية 32.

4- سورة البقرة: الآية 219.

5- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج2، ص 6

6- أبو داود، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج2، ص 229.

7- ابن ماجة، سنن ابن ماجه، تحقيق خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، 1996، ج1، ص 605

8- أبو داود، سنن أبي داود، المرجع نفسه ، ج2، ص 229.

9- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 54

- الحرية: فلا ولاية لعبد، لأنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى.
- الإسلام: فلا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى: ﴿**وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ**﴾[1] ولقوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ** ﴾[2]، أما إذا كانت المخطوبة كتابية فلا يشترط إسلام الولي.
- **العدالة:** وقد اختلف الفقهاء في اشتراطها في الولي، فذهب الشافعي في أحد قوليه وأحمد في رواية إلى أن العدالة شرط في الولي لقوله صلى الله عليه وسلم:" **لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل**"، وذهب جمهور الفقهاء والشافعي في القول الثاني وأحمد في الرواية الثانية إلى أن ولاية الفاسق في النكاح صحيحة، لأن سبب الولاية القرابة، وشرطها النظر، وغير العدل قريب ناظر فيلي كالعدل.
- اشترط الشافعية وجماعة من المالكية في الولي عدم اختلال النظر لهرم أو خبل جبلي أو عارض وسلامته من الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة، فإن وجد شيء مما سبق انتقلت الولاية إلى الأبعد، ولم يشترط ذلك الحنفية، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية.[3]

ثانيا- مسألة عضل الولي :

قانون الأسرة الحالي المعدل بالأمر:05- 02 لا يوجد به نص يتعلق بالعضل، خلافا لما كان منصوصا عليه قبل التعديل بموجب المادة 12 من قانون الأسرة 84-11 الملغاة والمتضمنة النص الآتي:" **لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون. غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت.** "

وبموجب تعديل 2005 ألغيت المادة 12 لأن الولي لم يعد شرط انعقاد وصارت المرأة الراشدة هي التي تعقد زواجها وللولي الحضور فقط. وعليه ألغي النص المتعلق بالعضل، وكأن المشرع يستبعد أن يرغب الفتى أو ترغب الفتاة القاصر في الزواج أو يحتاج المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة المحجور عليهم للزواج ويحدث من الولي عضل لهم، وكان على المشرع الإبقاء على المادة 12 وتعديلها بما يشمل القاصر وغيره من المحجور عليهم[4].

1- سورة النساء: الآية 141.

2- سورة الأنفال: الآية 73.

3- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق. ص 54.

4- محمد توفيق قديري، المرجع السابق، ص 180.

وقد صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات تطبيقا للمادة 12 أعلاه، منها القرار المؤرخ في:30-03-1993 حيث جاء فيه:" **ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون** ".[1]

يتبين من هذا القرار، أن المحكمة العليا قررت قاعدة فقهية مفادها أنه في حالة امتناع الولي عن تزويج من في ولايته دون توضيح الأسباب المؤدية لهذا المنع، فإن القاضي هو الولي ويأذن للفتاة بالزواج. لذلك، ولمعرفة المرجعية الفقهية لهذه القاعدة، وجب أن نستعرض آراء فقهاء الشريعة في مسألة غياب الولي، وذلك وفق الآتي:

يقصد **بالعضل** منع المرأة من الزواج من الكفء وبمهر المثل إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه. والعضل حرام لقوله تعالى: ﴿**فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ** ﴾.[2]

فقد روي في مناسبة نزول هذه الآية أن معقل بن يسار زوج أختا له من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقال له معقل: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود لك أبدا، وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله سبحانه وتعالى الآية، قال معقل: الآن أفعل يا رسول الله، فزوجها إياه.[3]

واختلف الفقهاء حول متى يتحقق العضل ويصير الولي عاضلا، على قولين:

جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية والحنابلة) : حيث يرون أن العضل يتحقق بمجرد امتناع الولي عن تزويج من تحت ولايته من كفء.[4]

المالكية: ويرون أن العضل لا يتحقق بمجرد الامتناع، حيث يشترط المالكية لتحقق معنى العضل أن يترتب عن امتناع الولي حصول ضرر بالمولى عليه، وأن يكون هذا الضرر ظاهرا بالفعل، أما مجرد رد الولي للخاطب الكفء أو صرف النظر عن زوجة معينة فلا يعده المالكية عضلا ما لم يعلم من الولي قصد الإضرار.[5]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:30-03-1993، ملف رقم:90468، المجلة القضائية لسنة 1994.

3- سورة البقرة الآية: 232.

3- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج2، ص 14.

4- الطحاوي أبو جعفر، مختصر الطحاوي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، د. ط ، (حيدر أباد، الهند: دار إحياء المعارف النعمانية، د.س.ن)، ص171؛ الجويني، المرجع السابق، ج12، ص45؛ ابن عثيمين، المرجع السابق، ج12، ص87.

5- الصادق الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص567؛ الدردير، المرجع السابق،ج3، ص376.

فإذا ثبت تعنت الولي وظلمه وظهر إضراره بمن تحت ولايته، نزعت منه ولاية التزويج، وتظهر هنا مسألة انتقال الولاية، والتي اختلف الفقهاء حولها كالتالي:

الحنفية والشافعية، والمالكية في الأصح عندهم: قالوا بانتقال الولاية للقاضي باعتباره ولي المظالم حيث يقوم بأمر الولي المتعنت بالتزويج فإن رفض عقد القاضي بدلا عنه.[1]

الحنابلة في الأصح عندهم: قالوا بانتقال الولاية للولي الأبعد، وهي اختيار الخرقي.[2]

ورأي الجمهور أقوم وأسلم لأن الولي الأبعد قد يرفض بدوره تزويج الفتاة، فتبقى دون زواج مع وجود الأكفأ، وهو ما أقر به ابن عثيمين في شرحه لمتن زاد المستنقع.[3]

وعليه فإن الفتاة أو الزوج الكفء يلجأ إلى القاضي ليحل مشكلة العضل، حيث يأمر القاضي الولي بالتزويج إن تأكد لديه تحقق العضل، فإن أبى زوج عليه. وهو ما سار عليه قضاء المحكمة العليا في القرار أعلاه، حيث تبين أنه أخذ برأي المالكية فيما يخص اشتراط حصول الضرر لتحقق العضل، وإن لم يقل ذلك صراحة، إلا أنه يفهم من العبارة : " **دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع** " أن هناك تعسف من جانب الولي في هذا المنع، والتعسف يحصل معه الضرر.

كما يظهر من القرار أعلاه أنه أخذ برأي الجمهور فيما يخص انتقال الولاية من الولي إلى القاضي باعتباره ولي المظالم، وقد أصاب القضاء هنا في هذا الاختيار الفقهي، لأن رأي الجمهور أقوم وأسلم للفتاة الراغبة في الزواج، مع وجود الأكفأ.

ثالثا- مسألة غياب الولي:

لا يوجد نص صريح في قانون الأسرة تناول مسألة غياب الولي، إلا أنه يتضح من ترتيب أولياء القاصر في الزواج الوارد في نص الفقرة 02 من المادة 11 هذا القانون أنه في حالة غياب الأب يتولى الأمر أحد الأقارب فإن لم يوجد يتولى القاضي أمر الزواج.

وهذا الترتيب لم يختلف عن ما كان مقررا في المادة 11 قبل تعديلها، فقد نصت على أنه: يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له.

1- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د. ط ، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، د.س. ن، ص161. الطحاوي، المرجع السابق، ص170. الدردير، المرجع السابق، ج3، ص376؛ الجويني، المرجع السابق، ج12، ص 45.

2- ابن قدامة موفق الدين، **الكافي**، 5 أجزاء، الجيزة، مصر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1997، ص231.

3- محمد بن صالح العثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستنقع**، 15 جزءا، ط1، السعودية، دار ابن الجوزي للطباعة والنشر والتوزيع، 1426 هـ، ج12، ص86.

وتصدت المحكمة العليا لهذه المسألة في قرارها المؤرخ في:28-09-1993، ملف رقم:96238 وقضت بأنه: **فيما يخص الولي، فللأخ أن يكون وليا عن أخته في عقد الزواج، كما هو الشأن في الدعوى الحالية نيابة عن أبيه، إن كان هذا الأخير غير موجود لسبب أو لآخر، وعليه فالإجراء الذي قام به أخ المدعي في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي موضوع النزاع إجراء صحيح، وفقا لأحكام قانون الأسرة، وقد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد**[1].

كما قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:14-02-2007، ملف رقم:381880 بأن: **ولي الزوجة لا يشترط أن يكون أباها شخصيا، بل قد يكون أخاها أو عمها، في حالة وجود مانعا لوالدها أو بتكليف منه.**[2]

يتبين من هذين القرارين، أنه في حالة غياب الولي الأقرب، يؤخذ بموافقة من يليه من الأولياء، إذا قدر قاضي الموضوع أن في انتظار رأيه فوات مصلحة راجحة في الزواج.

والآن نستعرض آراء فقهاء الشريعة في مسألة غياب الولي، ثم نعود للقرار أعلاه لمعرفة مرجعيته الفقهية.

اختلف الفقهاء حول من يتولى أمر زواج المولى عليه إذا غاب وليه كالآتي:

المذهب الحنفي: يرى أبو حنيفة وأصحابه أنه إذا غاب الولي تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد الذي كان سيحل محل الولي الغائب لو مات أو كان غير موجود. وذلك لأن الولاية ثابتة للولي الأبعد كما هي للولي الأقرب، كل ما في الأمر أنه تم تقديم الولي لأنه أولى، فإن حصل ما يحول بين صاحب الحق في الولاية وبين أداء مهمته فإن أولويته تزول وتنتقل إلى من يليه في المرتبة، ولا تنتقل الولاية للقاضي لعدم وجود ظلم يرفع للقضاء.[3]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:08-09-1993، ملف رقم:96238، غير منشور، نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 244.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:14-02-2007 ملف رقم: 381880، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 02، ص483.

3- ابن عابدين، ج4، ص199. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص116. بدران أبو العنين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام**، (القاهرة، مصر: مطبعة دار التأليف، ط2، 1961)، ص 129.

أما مدة الغياب التي تبرر نقل الولاية إلى الولي الأبعد، ففي المذهب قولان، الأول يأخذ بمسافة القصر، والقول الثاني يأخذ بمدة انتظار الزوج الكفء، فإن قبل الانتظار لا تنتقل الولاية وإن رفض الانتظار أو خشي فواته انتقلت الولاية.[1]

المذهب المالكي: غيبة الولي تنقسم إلى غيبة قريبة وغيبة بعيدة، فالغيبة القريبة لا يجوز فيها تزويج المولى عليه حتى يحضر الولي الغائب، فإذا حدث الزواج كان فاسدا ويفسخ أبدا ولو طالت المدة، إلا إذا ثبت تعمد الغياب إضرارا بالمولى عليه أو خيف عليه الفساد.[2]

وفي الغيبة البعيدة يفرق المالكية بين الغيبة البعيدة التي يعلم فيها مكان وحياة الغائب والغيبة المنقطعة التي لا يعلم فيها حياته من موته؛ ففي الحالة الأولى انقسم المالكية على أقوال، حيث قال الإمام مالك أنه يرفع الأمر إلى القاضي ليفصل فيه، وقال عبد المالك بن الماجشون أنه لا تنتقل الولاية بحال، أما ابن وهب فقال أنه تنتقل الولاية فقط حين تنقطع نفقة المولى عليه وتطول غيبة الولي، أما إن كانت النفقة متوفرة فلا تنتقل الولاية بحال، ورجح الدردير قول الإمام مالك، حيث أكد في كتابه أقرب المسالك أن الولي المجبر إذا غاب غيبة بعيدة ولم يرج قدومه فالحاكم هو الذي يزوج دون غيره من الأولياء.[3]

أما في الغيبة المنقطعة البعيدة التي لا يعلم حياة الولي فيها من موته، وهي حالة الفقد، ففي المذهب المالكي قولان، الأول يقضي بانتقال الولاية مباشرة، لأن الولي الغائب أصبح بمثابة الميت، والقول الثاني علق التزويج وانتقال الولاية على مرور أربع سنوات على الفقد.[4]

أما الولي الذي تنتقل إليه الولاية فنجد قولان، الأول أن تنتقل الولاية للولي التالي في الدرجة، والثاني أن تنتقل الولاية للقاضي قياسا على الغائب غيابا بعيدا.[5]

1- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج4، ص200.

2- عبد الوهاب البغدادي، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، ج3، تحقيق وتعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، المملكة العربية السعودية: دار ابن القيم للنشر والتوزيع، ط1، 2008، ص290- محمد بشير الشفقة، **الفقه المالكي في ثوبه الجديد**، ج3، دمشق سوريا: دار القلم للنشر والتوزيع، ط1، 2007، ص315.

3- الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ج2، ص365- عبد الوهاب البغدادي، **المعونة على مذهب أهل المدينة**، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ج1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، ط1، 1998، ص478.

4- عبد الوهاب البغدادي، المرجع نفسه ،ج1، ص479.

5- الغرياني الصادق، **الأسرة أحكام وأدلة**، ط10، ليبيا: دار ومكتبة بن حمودة للنشر والتوزيع، 2013، ص82- ابن رشد، أبو الوليد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج2، بيروت، لبنان: دار المعرفة، 1982، ص14.

المذهب الشافعي : في حالة الغيبة البعيدة وهي لدى الشافعية مسافة يوم وليلة، يقول الشافعية بانتقال الولاية إلى القاضي وليس إلى الولي التالي للولي الغائب، وذلك أن ولاية الولي الغائب باقية ولم تزل، إلا أنه غير قادر في هذه الحالة على القيام بمهمته، وإذا احتاج المولى عليه للزواج يتولى ذلك القاضي لأنه المفوض من الحاكم بذلك. أما في حالة الغيبة القريبة فإن القاضي يرسل إليه يخبره فإما يقدم وإما أذن للقاضي بالتزويج.[1]

المذهب الحنبلي: في الغيبة المنقطعة (وهي ما كانت لمسافة لا تقطع إلا بمشقة، وحددها بعضهم بمسافة قصر الصلاة وهو ظاهر قول الإمام أحمد)، تنتقل الولاية للولي التالي في المرتبة، لأن صاحب الحق تعذر عليه القيام بمهمته فتنتقل الولاية لمن يليه كما لو جن أو مات، أما الولي الذي يغيب غيبة قريبة فيجب انتظاره لأنه في حكم الحاضر، إلا إذا تعذرت مراجعته لسبب ما كأسر أو سجن فيصير حكمه حكم الغائب المنقطع.[2]

وقضاء المحكمة العليا في القرارين المذكورين سابقا، وإن لم يوضح الإجراء الذي يتدخل به القاضي لتقرير غياب الولي الأصلي وتعيين من سيخلفه ممن يليه، فإنه لم يحد عموما عن ما هو مقرر في الفقه الحنفي والحنبلي، من أن الولاية تنتقل للولي التالي في المرتبة.

والذي يظهر بعد النظر في أقوال الفقهاء السابقة أنه من الأفضل أن يجمع القضاء بين هذه الأقوال، بحيث تؤول الولاية للولي التالي ولكن بواسطة القاضي، أي بأن يلجأ الشخص الذي يطلب توليته على زواج القاصر و/أو المحجور عليه إلى القضاء ويطلب تقرير غياب الولي القائم وتعيينه بدلا منه، مع تقديم ما يثبت ادعائه.[3]

رابعا- مسألة خيار البلوغ وخيار الإفاقة:

نصت المادة 13 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر:05-02 على أنه: " **لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها.**"

1- مصطفى الخن وآخرون، المرجع السابق ج4، ص68؛ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص90.

2- إبن المنجي. زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد التنوخي الحنبلي، **الممتع في شرح المقنع**، تحقيق: عبد المالك بن عبد الله، مكة المكرمة السعودية: مكتبة الأسدي، ط3، 2003، ج3، ص566. موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص232.

3- محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص 170.

وإذا كان قانون الأسرة قد أخذ بولاية الاختيار بشأن القاصرة فقط في المادة 13 أعلاه، فإنه أغفل مسألة مهمة تتعلق بجزاء مخالفة أحكام النص القانوني الآمر، وذلك حين يجبر الولي البنت عموما (سواء راشدة أو قاصرة) على الزواج بمن لا ترضاه، فتضطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة ؟ وهل يكون صحيحا أم باطلا ؟ [1] وبعبارة أعم وأشمل هل يستطيع القاصر بعد رشده أو المحجور عليه بعد فك الحجر عنه أن يفسخ عقد الزواج الذي أبرمه عنه وليه ؟. [2]

والآن نستعرض موقف قضاء المحكمة العليا من هذه المسألة، من خلال قرارها المؤرخ في: 21-02-2001، والذي جاء فيه: " **إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون** ".[3]

تتلخص وقائع وإجراءات القضية موضوع القرار المذكور في أن المطعون ضدها (م- س) رفعت دعوى أمام محكمة الشراقة تطلب من خلالها فسخ عقد زواجها بالطاعن (خ-ن) قبل البناء بها، معللة ذلك بأنها كانت قاصرة أثناء عقد قرانها ولم ترض بهذا الزواج.

وفصلا في هذه الدعوى، أصدرت محكمة الشراقة بتاريخ:11-01-1999 حكما يقضي بفسخ عقد الزواج المبرم بين الطرفين، فطعن المدعو (خ-ن) بالنقض في هذا الحكم بتاريخ:18-06-2000 ليصدر القرار المذكور أعلاه بمنطوقه بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وتحميل الطاعن بالمصاريف القضائية.

بالرجوع إلى حيثيات القرار المذكور أعلاه يتبين أن الطاعن استند في طعنه على وجهين:

الوجه الأول: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني كون عقد الزواج بالمطعون ضدها (م-س) قد تم بأركان الشريعة عملا بنص المادة 09 من قانون الأسرة بتوفر الإيجاب والقبول وحضور ولي الزوجة والشاهدين وتحديد الصداق، وقاضي الموضوع عندما قضى بفسخ عقد الزواج يكون قضى بمخالفة نص المادة 09 من قانون الأسرة .

1- بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 67.

2- محمد توفيق قديري، المرجع السابق، ص 181.

3- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في:21-02-2001، غ.أ.ش، المجلة القضائية 2002، العدد 02، ص 424.

الوجه الثاني: مأخوذ من القصور في التسبيب وتجاوز السلطة بدعوى أن قاضي الموضوع اعتمد حكمه على أساس أن الطاعن لم يقدم رخصة الزواج بالمطعون ضدها لكونها قاصرة، غير أن عمر المطعون ضدها أثناء رفع دعوى الفسخ كان عمرا كاملا لا تحتاج إلى شهادة الرخصة بالزواج مما يجعل قاضي الموضوع متجاوزا لسلطته، وأن حكمه محل الطعن جاء مشوبا بالقصور في التسبيب مما يجعله معرضا للنقض.

وناقشت المحكمة العليا الوجهان وردت عليهما تباعا وفق الآتي:

عن الوجه الأول:

اعتبر قضاة المحكمة العليا بأن فسخ عقد الزواج الذي قضى به قاضي الموضوع هو بمثابة حكم التطليق كون المطعون ضدها بعد بلوغها سن الرشد **هي في حالة اختيار قبل البناء بها**، وبالتالي لها الحق الشرعي في طلب فسخ عقد إتمام الزواج أو طلب التطليق، وعليه فإن قاضي الموضوع قد أسس حكمه المنتقد تأسيسا قانونيا الأمر الذي يجعل الوجه الأول غير مؤسس ويتعين رفضه.

عن الوجه الثاني:

يرى قضاة المحكمة العليا أن قاضي الموضوع لم يتجاوز سلطته عندما قضى بفسخ عقد الزواج بين الطرفين قبل البناء بالمطعون ضدها بل طبق القانون إذ تأكد لديه أنها أثناء خطبتها كانت قاصرة، ولما لم يدخل بها إلى غاية بلوغها سن الرشد كان لها الحق الشرعي في إنجاز عقد الزواج بها أو إبطاله، وذلك ما قضى به قاضي الموضوع عند تلبية رغبة المطعون ضدها التي تمسكت بطلب فسخ عقد زواجها بالطاعن قبل البناء بها، وعليه فالحكم المنتقد جاء مؤسسا تأسيسا كافيا الأمر الذي يجعل الوجه الثاني غير مؤسس ويتعين رفضه.

وتبعا لما تقدم يتبين أن المحكمة العليا قد خلصت في قرارها المذكور أعلاه أنه من حق الزوجة القاصرة التي أبرم عقد زواجها ولم يدخل بها الزوج أن تفسخ عقد الزواج بعد أن تبلغ سن الرشد. وهو قرار مهم جدا للمحكمة العليا لأنه جاء ليقرر قاعدة فقهية لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة، إلا أنه بالرجوع إلى حيثيات القرار يتبين أن المطعون ضدها أبرم عقد زواجها وهي قاصرة دون إتباع إجراءات الترخيص، وهو ما يجعلنا نطرح السؤال الآتي: هل كان قرار المحكمة العليا سيختلف لو كان زواجها قد تم طبقا للإجراءات المعمول بها؟ على الرغم من عدم وجود نص قانوني يحكم المسألة، إلا أنه وبالنظر للإجراءات التي يتم بها تزويج القاصر والمحجور عليهم في القانون الجزائري، يمكننا القول بعدم جواز فسخ عقد زواج أبرم وفق هذه الإجراءات بخيار البلوغ أو الإفاقة، ذلك أن المشرع الجزائري أحاط زواج

هذه الفئة من الأشخاص بضمانات قانونية كافية من شأنها أن تلغي أي جدوى لخيار البلوغ أو الإفاقة، فضلا عن ذلك فإن القاصر في قانون الأسرة الجزائري لا يمكن تزويجه إلا إذا بلغ، وخيار البلوغ في الفقه الإسلامي خاص بالذين يعقد أولياؤهم عنهم قبل بلوغهم.[1]

إلا أنه واتباعا لما جاءت به المحكمة العليا في قرارها المذكور أعلاه، فإنه إذا توفر الشرط المتمثل في عدم الدخول فإنه يحق للفتاة بعد بلوغها سن الرشد أن تطلب فسخ عقد الزواج بناء على خيار البلوغ، ويستحسن بالمشرع الجزائري أن يضيف فقرة للمادة 07 من قانون الأسرة تجيز للقاصر الذي تم زواجه خلافا للشروط المنصوص عليها قانونا أن يطلب فسخ عقد الزواج بعد بلوغه سن الرشد إذا لم يقع البناء. ونفس الأمر بالنسبة لخيار الإفاقة بخصوص المجنون والمعتوه فهو أمر قابل للأخذ به في قانون الأسرة الجزائري.[2]

ونشير في الأخير، إلى أن القرار أعلاه لم يميز بين أمرين:[3]

أولهما: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلا.

ثانيهما: إذا كان الرضا موجود، لكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة مثلا عيب الإكراه المعنوي، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ، إذ يجوز للزوجة (سواء كانت راشدة أو قاصرة) أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، بإقامة الدليل بكافة الطرق على وجود الإكراه في رضاها، ويكون لها هذا الحق سواء قبل الدخول أو بعده، فلا يعقل أن تجبر المرأة على البقاء مع رجل لا ترغب فيه، غير أن المشكلة قد تتعقد في حالة الحمل ويتقرر البطلان أو الفسخ فهل ينسب الحمل للرجل أم لا؟

والآن نستعرض آراء فقهاء الشريعة في مسألة خيار البلوغ والإفاقة، ثم نعود للقرار أعلاه لنرى مدى موافقته للآراء الفقهية.

خيار البلوغ وخيار الإفاقة يقصد به حق المولى عليه من صغير وصغيرة ومجنون ومعتوه ممن يجبرون على النكاح في فسخ النكاح الذي يعقده عنهم أولياؤهم بمقتضى النيابة الشرعية، وخيار البلوغ خاص بالصغير والصغيرة، وخيار الإفاقة خاص بالمجنون ومثله المعتوه، أما السفيه وذو الغفلة فلا

1- محمد توفيق قديري، المرجع السابق، ص 181.

2- محمد توفيق قديري، المرجع نفسه، ص 181.

3- بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 67.

يخصهما ذلك لأن طلاقهما يقع على ما سنراه لاحقا، وبإمكانهما الطلاق حال لم يرضيا بالزواج، كما أن بعض الفقهاء لا يرون إجبارهما.

وفيما يلي مواقف المذاهب من هذين الخيارين:

المذهب الحنفي: يميز بين الأب والجد وبين غيرهما من الأولياء، فالأب أو الجد صنفان، الأول غير معروف بسوء الاختيار، فيصح عقده وينفذ ولا يكون للمولى عليه نقضه بعد البلوغ أو الإفاقة، والصنف الثاني يكون معروفا بسوء الاختيار، فلا يصح عقده إلا بتوفر الكفاءة (بالنسبة للزوجة) وعدم الغبن في المهر (بالنسبة للزوج)[1]. أما باقي الأولياء فعقدهم غير لازم بالنسبة للمولى عليه حيث يكون له فسخه بعد البلوغ أو الإفاقة.[2]

وتبعا لذلك فإن للصغير والصغيرة حين البلوغ، والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة عند الإفاقة خيار بين إمضاء العقد أو فسخه، على أن يتم طلب الفسخ أمام القاضي ليحكم به، وقبل صدور الحكم بالفسخ يبقى الزواج قائما وآثاره نافذة في حق كلا الزوجين فتجب النفقة ولو مات أحدهما ورثه الآخر.

والوقت المعتبر في الخيار هو وقت البلوغ مع العلم بالزواج، فإذا لم يكن يعلم قبل البلوغ كان وقت الخيار وقت العلم بالزواج بعد البلوغ.[3] ويسقط الحق في خيار البلوغ أو الإفاقة بالتصريح بالرضا بالزواج، فالبكر يكفي سكوتها قبولا لغلبة الحياء عليها، أما الثيب أو التي تزوجت بكرا ودخل بها زوجها، وكذا الذكر فيشترط التصريح منهم بالقبول أو بما يدل عليه كطلب الزوجة المهر أو دخول الزوج بالزوجة.[4]

المذهب المالكي: يرى المالكية أن عقد الأب ووصيه نافذ على المولى عليهم، ولا خيار بعد البلوغ أو الإفاقة.[5] أما غير الأب ووصيه من الأولياء فقد سبق القول أنه لا إجبار لهم.

1- محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**،ج1، دون طبعة، منشورات مكتبة النهضة، بغداد، العراق دون سنة نشر، ص70.

2- عبد المجيد محمود مطلوب، **الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية**، ط2، مؤسسة المختار للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة مصر، 2004، ص133.

3- علي الخفيف، **فرق الزواج في المذاهب الإسلامية**، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، ط1، 2008، ص287.

4- محمد زيد الأبياني، المرجع نفسه،ج1، ص79؛ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق ص170.

5- محمد بشير الشفقة، المرجع السابق، ج3، ص277.

المذهب الشافعي: للشافعية قولان، الأول بطلان تزويج المولى عليه إن كان من غير كفء، والثاني أن العقد صحيح وللمولى عليه الخيار عند البلوغ أو الإفاقة.[1] وذلك أن الولي المجبر حين يزوج الصغير والصغيرة يجب عليه أن يراعي تحقيق الزواج للنفع وعدم وقوع ضرر، فيجب أن يكون الزوج أو الزوجة أكفاء غير مصابين بالأمراض خالين من أي عارض قد يفسد الزواج، وقد اعتبر الشافعي هذا الزواج لو عقد، مفسوخا ولو تم البناء، ولا يحق للصغير والصغيرة إجازته أو قبوله لأنه في أصل عقده غير صحيح.[2]

أما إن زوج الولي الصغير والصغيرة لأكفاء، ثم عرض ما يوجب اعتبار الزواج مفسوخا فإنه يكون للصغير والصغيرة خيار بعد البلوغ في إمضاء الزواج أو فسخه.[3] فقد جاء في كتاب الأم: "...**فقلت- أي الربيع بن زياد- له- أي الشافعي- : أرأيت الصبية يزوجها أبوها فتبلغ قبل الدخول أو بعده أيكون لها الخيار إذا بلغت ؟ قال: لا.**" [4] ويفهم من هذا أنه لو زوج الولي المجبر الصغيرة والصغير بكفء لا عيب فيه فلا خيار لهما عند البلوغ.

المذهب الحنبلي: وفق المذهب الحنبلي فإن الولي المجبر إذا زوج الصغير والصغيرة ولو بلغت والمجنون والمجنونة من كفء خال من العيوب التي توجب فسخ النكاح عادة، صح النكاح ولم يكن لهم الخيار، أما إذا زوجهم بمن فيه عيب أو غير كفء وكان عالما بذلك كان الزواج باطلا، ولو فعل ذلك عن جهل كان له الفسخ وقت علمه.[5] أما حين يزوج القاصر أو المحجور عليه ولي مجبر بكفء أو غير كفء ففي المسألة قولان، الأول يقضي ببطلان الزواج، والقول الثاني يقتضي صحة الزواج مع وجود الخيار، ولكن هذا يخص فقط الصغيرة البالغة 9 سنوات حسب ما يورده فقهاء المذهب في كتبهم.[6]

1- الشيرازي إبراهيم بن علي، **المهذب في فقه الشافعية**، تحقيق محمد الزحيلي، ج4، دمشق سوريا: دار القلم، ط1، 1996 ص130.

2- عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، ج6، بيروت لبنان: مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، 1994 ص403؛ الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص201.

3- الموسوعة الفقهية الكويتية، منشورات وزارة الأوقاف، والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1992، ج8، ص202.

4- الشافعي محمد بن إدريس، **الأم**، تحقيق حسان عبد المنان، الأردن: دار بيت الأفكار الدولية، د. ط، د.س. ن، ص971.

5- ابن النجار الفتوحي الحنبلي، **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات**، بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1999،1، ج4، ص118.

6- ابن المنجي، الممتع في شرح المقنع، المرجع السابق، ج3، ص555.

الفرع الرابع: مسائل الإشهاد في عقد الزواج

ورد مصطلح الشاهدان في مادتين من قانون الأسرة الحالي، المادة 09 مكرر والمادة 33 فقرة 02، الأولى عددته شرطا من شروط عقد الزواج، والثانية نصت على أثر تخلف هذا الشرط وميزت بين أمرين، الأول: إذا تم الزواج بدون شاهدين وتم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن عقد الزواج يفسخ ولا صداق فيه، أما الثاني: فإنه إذا تم الزواج بدون شاهدين، ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الزواج يثبت ويرتب العقد آثاره.

هذا، وقد سكت قانون الأسرة عن الشروط التي يجب أن تتوفر في الشهود، كما لم يبين الأشخاص المحرومين من الشهادة، ورغم أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية المعدل سنة 2014 حددت سن الشهود **بتسعة عشر** سنة على الأقل، ولم تفرق بين جنس الشهود، وسمحت بإحضار شهود من الأقارب، إلا أن ذلك يبقى غير كاف لاستيعاب مجمل الأحكام المتعلقة بمسألة شروط الشهود، الأمر الذي يستدعي بالضرورة الاجتهاد القضائي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

وعليه سيتم من خلال هذا الفرع التطرق أولا إلى شروط الشهود في الفقه الإسلامي، ليتبين في العنصر الثاني مدى تطبيقات ذلك على مستوى العمل القضائي.

أولا- شروط الشهود في الفقه الإسلامي:

تنقسم شروط الإشهاد في الفقه الإسلامي إلى شروط متفق عليها وشروط مختلف فيها.[1]

1- الشروط المتفق عليها:

اتفق الفقهاء على بعض الشروط المفروضة في الشهود، منها ما ارتبط ارتباطا وثيقا بصلاحية الشخص نفسه للشهادة على الزواج بأن يكون أهلا لذلك، ومنها ما يرتبط بصلاحية الشهادة على عقد الزواج بأن لا يقل الشهود عن عدد معين يتحقق به إعلان النكاح بشرط السمع والفهم لما يدور في مجلس العقد.

1-1- أهلية الشاهد:

يندرج ضمن أهلية الشهادة فقها بلوغ الشخص سن الرشد الذي يخوله أن يحل محل الشاهد على الزواج، وعدم اختلال قواه العقلية.

أ- بلوغ الرشد: وهو محل اتفاق بين الفقهاء، فالطفل غير المميز لا يعتد به كشاهد لتخلف الإدراك عنده ولعدم تحقق الغاية من شهادته، وهي الإخبار بواقعة الزواج في حال التنازع والاختلاف حوله.

1- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج9، المرجع السابق، ص 562.

ب- العقل: من أهلية الشهادة في الزواج توفر العقل في الشاهد، فلا تصح شهادة المجنون على الزواج ومن قام مقامه، وذلك لعدم ضبط الوقائع التي تدور حوله وعدم إدراكها وفهم مبناها ومغزاها كالمعتوه الذي يعتبره الفقه قائما مقام المجنون في أحكام تخلف صحة شهادته إن حضر المجلس أو شهد الدخول.

وبمدلول أخص، يعتبر التيقُظُ أو الفطنة شرطا أخص من اشتراط العقل إذ اليقظ لا تتعداه الحيل التي قد يسعى العاقدون للقيام بها، وهو ما يؤدي إلى القول بأن المغفل الذي لا يستعمل قواه في التنبه رغم وجودها فيه لا يصلح للشهادة، وكذلك لا يصلح للشهادة البليد الخالي بالفطرة من التنبه.[1]

1-2- إعلان النكاح:

يعلن النكاح بمظهري التعدد في الشهود بحيث يلزم الفقه أن يكون الشهود العالمون بالزواج على الأقل اثنين، وأن يكونا سامعين فاهمين لما يدور حولهما مدركين لمعاني الكلام ومآلات التصرفات.

أ- بلوغ النصاب: والمقصود هنا ألا يقل الشهود عن شاهدين على أقل تقدير، فلا يصح الزواج بشهادة الواحد ولو كان هذا الشاهد عدلا رغم أن وجوده يدرأ الحد، إلا أنه لا يحقق شرط الشهادة في الزواج- عملا بما هو ثابت في النصوص- وإنما يجب أن يكون معه غيره للاعتداد بالشهادة في الزواج.[2]

ب- السماع والفهم: والمقصود هنا، ليس مجرد السماع، وإنما ما ينتج عنه من فهم وإدراك لما يدور في مجلس العقد إن كان الشاهد من بين الحاضرين في المجلس، أو بما ينقل إليه من أخبار بتفشي خبر النكاح، ذلك أن إعلان النكاح وانتشار خبره بين الناس من أهم المعايير في التفرقة بين النكاح والسفاح.

وسماع الشاهدين يجب أن يتحقق منهما مجتمعين، أما لو سمع أحدهما كلام الموجب وسمع الآخر كلام القابل، أو سمع أحدهما الإيجاب والقبول دون الشاهد الآخر، وأعيد الإيجاب والقبول فسمعه الشاهد الآخر، فإنه لم يحصل اجتماع الشاهدين على الشهادة، ولم يصح الزواج هنا. واشتراط السماع والفهم ينفي الاعتداد بشهادة الأصم أو السكران الذي لا يفهم ما يسمع أو من لا يفهم اللغة التي يجري بها العقد لكونه أجنبيا عنها، أما الأعمى فتصح شهادته في الزواج لتوفر شرط السمع والفهم فيه.[3]

1- محمد بشير الشفقة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ج3، ص 178.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج3، المرجع السابق، ص 178.

3- محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة فقهية وتشريعية وقضائية دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية مصر، 2011، ص 63.

2- الشروط المختلف فيها: اختلف الفقهاء في عدة شروط تخص شاهدي الزواج، منها ما ارتبط بديانة الزوجين كاشتراط بعضهم إسلام الشاهدين وعدالتهما، ومنها ما ارتبط بجنس الشاهدين كاشتراط بعضهم الذكورة.

2-1- **إسلام الشاهدين:** اتفق جمهور الفقهاء أنه متى كان الزوجان مسلمين فيشترط أن يكون الشهود مسلمين، وذلك لأن الشهادة ولاية، فلا تكون لغير المسلم على المسلم، لقوله تعالى:" **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** ".[1]

واختلفوا في إسلام الشاهدين في حال زواج المسلم من غير المسلمة (الكتابية)، فذهب أبو حنيفة وتلميذه أبي يوسف وفقهاء المذهب من بعدهم إلى جواز شهادة الكتابيين في زواج المسلم من كتابية، أما الجمهور فذهبوا إلى عدم جواز ذلك.[2]

2-2- عدالة الشاهدين: فالشاهد العدل هو الذي يتجنب الكبائر ويتقي الصغائر، ولا يفعل ما يخل بالمروءة وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط إلى قولين:

القول الأول: قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة [3] الذين اشترطوا العدالة في الشاهدين، فلا ينعقد الزواج بشهادة بفاسقين، واستدلوا بقوله تعالى: " **و أشهدوا ذوي عدل منكم**"[4] وبقول النبي عليه الصلاة والسلام: " **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**".[5]

القول الثاني: قول فقهاء الحنفية بأن عدالة الشاهد ليست بشرط لانعقاد النكاح لأن الشهادة في نظرهم مجرد إعلان فقط ، ومن ثم تجوز عندهم شهادة الفاسق، ودليلهم هو قاعدة عندهم تقول أن كل من يصلح لإنشاء عقد بنفسه ينعقد الزواج بشهادته، والفاسق يصلح أن يكون زوجا أو وليا في عقد الزواج، فمن باب أولى أن يصلح شاهدا فيه.[6]

1- سورة النساء، الآية:141.

2- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط1، بيروت لبنان: دار الكتب العلمية، 2003، ج2 ص253- 254؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج2، ص297. ابن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق،ج3، ص 144.

3- ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق،ج2، ص17، الشربيني، مغنى المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص144.

4- سورة الطلاق، الآية:02

5- أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده، والدار قطني وابن حبان والبيهقي عن السيدة عائشة رضي الله عنها.

6- الكساني: المرجع نفسه، ص 1986. محمد شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص115.

وهذا الرأي لا يستقيم لأن هناك فرقا بين الشهادة والزواج، فالزواج حق لكل شخص، أما الشهادة فهي رتبة لا يصل إليها إلا من كان أهلا لها.

2-3- **جنس الشاهدين:** اختلف الفقهاء في جنس الشاهدين على قولين:

القول الأول: وفقا لما استقر عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[1] أن الزواج لا ينعقد إلا بشهادة رجلين، واستدلوا بقوله تعالى:" **واستشهدوا شهيدين من رجالكم**" [2] وكذا ما رواه أبو عبيدة عن الإمام الزهري عن ابن المسيب قال: " **مضت السنة ألا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق**".[3]

وقد فرق جمهور الفقهاء بين الشهادة في **الأموال** والشهادة في **النكاح**، فقالوا: إن الشهادة في الأموال يكفي فيها رجل وامرأتان بخلاف الشهادة في عقد النكاح التي يشترط أن تكون برجلين، لخطره ولعظيم شرفه، ولما يبنى عليه من آثار ونتائج هامة، من نفقة ونسب وحقوق وواجبات وميراث وغيرها.[4]

القول الثاني: وهو قول فقهاء الحنفية أنه يجوز في النكاح شهادة رجلين أو رجل وامرأتين[5] وقد استدلوا بقوله عز وجل: " **فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، ممن ترضون من الشهداء، أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى**".[6]

وجدير بالذكر أنه يجوز أن يكون الشاهدان من أقارب الزوجين كالأب والابن والأخ، وإذا زوج الأب ابنته البالغة العاقلة بإذنها ورضاها بحضور شاهد واحد مع حضور ابنته فالعقد صحيح لأنها تتولى العقد أصالة لدى الحنفية ويعتبر الأب شاهدا مع الشاهد الآخر، أما إذا لم تكن البنت حاضرة أو كانت دون سن الأهلية المطلوبة للزواج فلا يعد الأب في هذه الحالة شاهدا لأن حضوره هو بصفة الولاية لا صفة الشاهد وعليه لابد من حضور شاهدين آخرين عداه.

3- موقف الاجتهاد القضائي من شروط الإشهاد في عقد الزواج: قضاء المحكمة العليا تعرض في عديد قراراته لمسألة شروط الشهود والتي أغفلها قانون الأسرة الجزائري، ولعل أهم هذه القرارات هي:

1- ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص. الشربيني، مغنى المحتاج، المرجع السابق، ص. ابن قدامة: المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ص.

2- سورة البقرة، الآية:282.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 74.

4- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج1، ص41 و42.

5- الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص.

6- سورة البقرة، الآية: 282.

- القرار المؤرخ في: 1989/12/11 ملف رقم 55706 جاء فيه: **أن قرار المجلس جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج وهي شهادة عدلين ذكرين، سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه.**[1]

فهذا القرار صدر في ظل سريان القانون:84-11 قبل تعديله، وحمل في ثناياه اجتهاد صائب يساير ما استقر عليه جمهور الفقهاء، ذلك أن أغلبية الفقهاء يرون أن الإعلان والإشهار لا يتم في عقد النكاح إلا بإشهاد رجلين عدلين فصاعدا، سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول[2] ولأن الشهادة في هذا العقد للإعلان، والإعلان لا يتم على الوجه الصحيح بشهادة النساء وحدهن.[3] إذن هذا الاجتهاد اشترط بصريح العبارة شرط الذكورة بقوله: شهادة عدلين ذكرين رافضا شهادة المرأة، مقررا أن قضاء المجلس بخلاف ذلك يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، عكس ما نصت عليه المادة 33 من قانون الحالة المدنية المعدلة المذكورة سابقا، والتي تنص على قبول شهادة الشهود مهما كان جنسهم.

وفي قرارات حديثة كرس قضاء المحكمة العليا شهادة رجل وامرأتين كتوجه جديد، وفي هذا الصدد نذكر القرار الصادر بتاريخ:14-02-2007 ملف رقم:381880 حيث جاء فيه: **يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط .**[4]

يتضح من هذا القرار أن المحكمة العليا تراجعت عن موقفها الفقهي بشأن شرط الذكورة، وقررت أن الزواج العرفي يمكن إثباته بشهادة رجل وامرأتين لأنها شهادة مقبولة شرعا وقانونا وفق أحكام المادة 64 فقرة **08** من قانون الإجراءات المدنية (سابقا). ولا شك أن سند الموقف الذي اتخذته المحكمة العليا في هذا القرار هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية بخصوص هذه المسألة.

- القرار رقم:58788 المؤرخ في: 19-03-1990، جاء فيه: " **أنه من المقرر شرعاً، أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كان من الثابت – في قضية الحال- أن أقوال الشاهدين متناقضة. ومن ثم**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 1989/12/11، ملف رقم 55706، م. ق، 1992، عدد1، ص 48.

2- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص44.

3- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، ج1،ص42.

4- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في:14-02-2007 ملف رقم:381880، **م.ق**، 2007، العدد 2، ص 483.

فإن قضاء المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف، والقضاء بصحة الزواج، يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

يتبين لنا من خلال هذا القرار أن قضاء المحكمة العليا حقق شرطا من شروط الشهادة وهو سماع الشهود لكلام المتعاقدين وفهمه، وما تناقض الشهود إلا دليل على عدم فهم ما يدور في مجلس العقد. فهذا الاجتهاد مستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية موافقا لما أقره جمهور الفقهاء بشأن شرط السماع الفهم الملزم به شهود عقد الزواج حتى تصح شهادتهم.

- **القرار رقم:851807 المؤرخ في:12-02-2015**، جاء فيه: " **إذ كان على قضاة المجلس التأكد من الشاهدين فيما إذا حضرا مجلس العقد وما سمعاه وعايناه من تبادل الرضا وحضور الولي، وتحديد للصداق، وأن الاعتماد على شهادة التسامع لا يكون إلا إذا كان ما يشهد به الشاهد تسامعا، أمرا متواترا، سمعه عن جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب؛ لأن الأصل في الشهادة الإحاطة والتيقن، مما يجعل القرار مشوبا بقصور التسبيب مستوجبا النقض**[2].

هذا القرار أقر شرط السماع والفهم المقرر في الفقه الإسلامي كما رأينا، فما قصده هذا القرار يلزم شهود الزواج حضور مجلس العقد وسماع ومعاينة تبادل الإيجاب والقبول وحضور الولي وتحديد مقدار الصداق حتى تقبل شهادتهم ويصح معها عقد الزواج.

كما يتبين من هذا القرار أن قضاء المحكمة العليا تطرق إلى شهادة التسامع واعتبرها وسيلة من وسائل الإثبات متى تحققت شروطها، ويقصد بشهادة التسامع السماع من العدول وغيرهم، ومدلولها أن يقول الشهود سمعنا سماعا فاشيا من أهل الصلاح والعدل وغيرهم أن فلان تزوج فلانة بنت فلان، وهي شهادة مقررة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بإثبات الزواج

نص قانون الأسرة في مادته 22 فقرة 01 على ما يلي: " **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي**"، ونص في مادته 18 على أنه: " **يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكرر من هذا القانون.**"

1- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في:19-03-1990، ملف رقم:58788، **م.ق** 1991، العدد 01، ص 59.

2- قرار المحكمة العليا مؤرخ في:12-02- 2015 ، ملف رقم:851807 ، **م.ق** 2015، ص 235.

إن الثابت من خلال التطبيق القضائي لهذين النصين أن عقد الزواج يثبت أصلا بالوثيقة الرسمية، التي يقوم بتحريرها وتسجيلها الموثق أو ضابط الحالة المدنية وفق الشكل المقرر قانونا، هذه الوثيقة لها حجية إثبات قاطعة على الكافة، ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، كما أن الزواج يثبت استثناءً في حالة عدم تسجيله بموجب حكم قضائي.

وأن التسجيل بمعناه القانوني التنظيمي لا يتم إلا قبل الدخول لإعطاء العقد المبرم الصبغة الرسمية أما إذا حصل الدخول بالزوجة، فإنه يجب على الشخص الذي يدعي أنه مرتبط مع شخص آخر بموجب عقد زواج شرعي غير مسجل بسجلات عقود الحالة المدنية أن يرفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة وذلك بموجب عريضة افتتاحية يضمنها واقعة الزواج المدعى بها، مقدما فيها الأدلة والإثباتات التي تثبت ما يدعيه، طالبا الحكم له بتثبيت الزواج العرفي (الشرعي) القائم بين الطرفين مع الأمر بتسجيله بسجلات الحالة المدنية.

والمسألة التي تطرح نفسها في هذا الصدد هي الوسائل التي يعتمد عليها القاضي في إثبات الزواج العرفي الذي استوفى ركنه وشروطه المقرّرة قانونا أمام سكوت قانون الأسرة عن بيان هذه الوسائل، لذلك سنتطرق لهذه الوسائل في إطار أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المرجع لسد الفراغ التشريعي، ويتقدّم ذلك تعريف الزواج العرفي، وبيان صوره.

الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي وصوره

سيتم من خلال هذا الفرع تعريف الزواج العرفي أولا، ثم بيان صوره ثانيا، وذلك وفق الآتي:

أولا- تعريف الزواج العرفي:

جاء في مجلة البحوث الفقهية تعريف الزواج العرفي باعتباره علما بأنه:" اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء أكان مكتوبا أو غير مكتوب." [1]

وعرفه رجال القانون بأنه:" زواج شرعي توافرت فيه الشروط الشرعية، إلا أنه لم يوثق، أو لم يدون على يد مأذون شرعي في محكمة الأحوال الشخصية." [2]

1- مجلة البحوث الفقهية، العدد 36، السنة التاسعة/1418هـ- 97-1988م، ص193.

2- سمير عبد السميع: الزواج العرفي في ظل الأحوال الشخصية الجديد رقم (1) لسنة 2000 م، ص6؛ وهلال يوسف إبراهيم: أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين- الناحية الشرعية والقانونية- شرح وتعليق وصيغ- ص11؛ وكمال صالح البنا: الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، ص6.

وعرفه الأستاذ بدوي علي بأنه:" عقد بين رجل وامرأة أبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وتم فيه الدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية، ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا لذلك." [1]

فالزواج العرفي وفقا لهذه التعريفات، زواج استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسميا، وقد أطلق عليه العامة مصطلح " الزواج العرفي"، فهو في نظر الشريعة الإسلامية زواج صحيح ويترتب عليه جميع آثاره الشرعية، سواء أكان هذا الزواج مكتوبا أو غير مكتوب في وثيقة رسمية أو عرفية.

وسبب تسمية هذا الزواج بالزواج العرفي، فلكونه اعتاد عليه أفراد المجتمع المسلم منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته ومن بعده عبر قرون طويلة من الزمن، وتعارفوا عليه، ولم يكن المسلمون يهتمون بتوثيق الزواج بل يكفي عندهم الإشهاد والإشهار والإعلان.

ثانيا- صور الزواج العرفي:

بما أن الزواج العرفي يرتبط بالعرف السائد في مكان ما، فإنه يمكن تحديد صور الزواج كالآتي:

الصورة الأولى: الزواج العرفي بين الرجل والمرأة من غير ولي

يقوم الزواج في العديد من بلاد المشرق العربي على مذهب الإمام أبي حنيفة، والذي يتم بإيجاب وقبول بين الرجل والمرأة من غير ولي، واثنين من الشهود فقط، مع ثبوت المهر.[2]

فعند الإمام أبي حنيفة لا يبطل العقد بخلوه من الولي، ويعطي للمرأة البالغة العاقلة الحق في عقد الزواج بإرادتها المنفردة قياسا على عقود البيع والشراء، ولكنه يرى بأنه يحق للولي المطالبة بفسخ العقد إذا كان الزواج غير كفء.

الصورة الثانية: الزواج العرفي بالفاتحة

اعتاد الناس في بلاد المغرب العربي على قراءة سورة الفاتحة عند إتمام عقد الزواج تبركا وتيمنا، فأصبح يعرف عندهم بالزواج بالفاتحة، أو الزواج العرفي، وهو زواج مستوفي الأركان والشروط، ويتم بإيجاب من الولي وقبول من الزوج، وشهد عليه شهود وتم الإعلان عنه. ويعتبر هذا الزواج شرعي، وإن لم يسجل في الدوائر الرسمية، وأنه زواج يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع.

1- بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد 02، 2002، ص 157.

2- الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج2، ص247.

الصورة الثالثة: الزواج بدون إعلان

هذا الزواج هو الذي يتم بإيجاب من الولي وقبول من الزوج، ويشهد عليه شاهدان، ولكن يتواصى فيه الجميع على كتمانه، ولا يوثق في وثيقة رسمية.[1]

فهذا الزواج باطل عند الإمام مالك لكونه نكاح سر، وذهب أئمة المذاهب الثلاثة أبو حنيفة والشافعي وأحمد إلى صحة العقد، لأن السرية عندهم تزول بالإشهاد، وإشهاد رجلين هو الحد الأدنى للإعلان.

والذي يظهر لنا من خلال الصورتين الأولى والثانية، أن الزواج العرفي مبني على عرف اعتاده الناس، وتعارفوا عليه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ فالذين جعلوا مذهب الإمام أبي حنيفة مرجعا لهم في الأحكام الفقهية تعارفوا على جواز انعقاد الزواج بإرادة المرأة المنفردة واثنين من الشهود فقط؛ واختار أهل المغرب العربي مذهب الإمام مالك، فكانت عادتهم في الزواج أنه لا ينعقد إلا بالولي والشهود، ويندب فيه الإعلان.

وسنقتصر في بحثنا هذا على الزواج العرفي غير الموثق رسميا، والذي تعارف عليه أهل المغرب العربي وتناقلته الأجيال جيلا عن جيل، إلى أن أصدر الفقهاء فتاواهم بوجوب توثيقه رسميا حفاظا على الحقوق والأنساب.

الفرع الثاني: وسائل إثبات عقد الزواج العرفي

الزواج في الشريعة الإسلامية يثبت بإحدى الطرق الثلاث الآتية: الإقرار، والبينة، والنكول عن اليمين، فإن ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمر يتعلق به كالنفقة مثلا، فإن أقر الطرف الآخر ثبت، لأن الإقرار إثبات على المُقر، فإن لم يقر طولب المُدّعي بالبينة ، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت عقد الزواج، فإن عجز المُدّعي عن إقامة البينة، وجهت اليمين إلى الطرف الآخر، فإن حلفها اعتبرت الدعوى مرفوضة، أما إذا امتنع عن اليمين قضى بثبوت الزواج ، لأن النكول إقرار غير مباشر.[2]

1- وقد شاع في المجتمع المصري في الآونة الأخيرة الزواج العرفي بين طلبة الجامعات على وجه الخصوص، وهو عقد يتم بإيجاب وقبول بين الرجل والمرأة من خلال ورقة عرفية يوقعان عليها، بحضور شاهدين مستأجرين، أو من أصدقائهما، يوقعان على العقد العرفي، مع عدم إعلان هذا الزواج، وكتمانه على الأهل والأصدقاء.انظر: فارس محمد عمران: الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير رسمي، ص20.

2- عبد الله حاج أحمد، **إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه " دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"**، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 01، العدد 01، ديسمبر 2015، ص 133.

وبما أن القضاء مرجعه أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة، لنا أن نتساءل عن مدى اعتماده على هذه الطرق في قراراته ؟ لذلك سيتم من خلال هذا الفرع التطرق لتلك الوسائل فتكون البداية بالإقرار (أولا)، ثم الشهادة (ثانيا) ، وبعدها النكول عن اليمين (ثالثا).

أولا- الإقرار:

الإقرار بوجه عام هو: **واقعة مادية، تنطوي على تصرف قانوني مفاده اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد.**[1]

وقد عرّفت المادة 341 من القانون المدني الجزائري الإقرار بأنه: " **اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدّعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة** ".

وينقسم الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات إلى نوعين:

1- **الإقرار غير القضائي:** وهو ذلك الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء، كأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء، سواء أكان ذلك كتابة أو شفاهة، وسلطة التقدير لمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يقدرها وفقا لظروف الدعوى وملابساتها، ويظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي عند تحرير الموثق لما يسمى بعقد الإقرار بزواج بناءا على طلب الزوجين معا وبالإرادة الحرة لكل منهما، وليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.[2]

2- **الإقرار القضائي:** وهو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدّعى بها عليه، كأن يقف الزوج أمام القاضي ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدّعى عليها. وهذا الإقرار يعتبره جمهور الفقهاء حجة قاصرة على المقر وحده ولا يتعدّاه إلى غيره، واعتبروه وسيلة كافية في حدّ ذاته لإثبات الزواج، إذا ما أقر به أحد الطرفين، فيقول الإمام أبو الزهرة: " **إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج، فادعى الرجل وجوده، تسأل المرأة، فإن أقرت قضى بالزواج وثبت بتصادقهما، وإن أنكرت، فإن عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصحابيين.**" [3]

وعليه، فإن الفقه الإسلامي يعتبر الإقرار حجة، أي وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، فإن رفض أحد الطرفين الإقرار يكون الاتجاه للبينة.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982 م، ص 410.

2- عبد الله حاج أحمد، **إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، المرجع نفسه**، ص 134.

3- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص17.

أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في المادة 342 فقرة 01 من القانون المدني على أن:" **الإقرار حجة قاطعة على المقر**". ومعنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم حجة عليه، وتتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له، ولا تتعداه إلى غيرهما.

والقضاء الجزائري لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية وطابع اجتماعي، حيث يتم اللجوء للبينة أو ما يسمى بشهادة الشهود، باعتبارها الدليل الأنجع من حيث القوة الثبوتية.[1]

ثانيا- الشهادة:

للبينة معنيان، معنى عام وهو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن، فعندما يقال: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإنه يقصد هنا البينة بهذا المعنى العام، أما المعنى الخاص فيراد بها شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ " **البينة** " إلى الشهادة دون غيرها.

والبينة بمعنى الشهادة لها ثلاثة أنواع في الفقه الإسلامي، وهي:

1- شهادة الرؤية " الشهادة المباشرة ":

الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية، إما لأنه رآها بعينه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما رأى، أو سمعها بأذنه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع، وإما لأنه رأى وسمع.

وإذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، فإن الشاهد يدلي في مجلس القضاء بما عاينه بصورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج وزوجة ومكان وزمان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود الولي وتسمية الصداق.[2]

وحول ما إذا كانت شهادة الأقارب تعد جائزة لإثبات وتسجيل الزواج العرفي، فقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:**24-09-1984** بأنه: **يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، ومتى تبين- في قضية الحال- أن الزوجة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج، مبينين في**

1- عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، المرجع السابق، ص 134.

2- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، مؤرخ في:24-09-1984، **م.ق** 1984م، العدد 01، ص 64.

شهادتهم أركان الزواج من ولي، وشهود، وصداق، فالقضاء بإثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقاً سليما للقانون.[1]

2- الشهادة السماعية:

وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، حيث يشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، فالشاهد هنا لم يشهد الواقعة مباشرةً، وإنما يشهد بواقعة يرويها له شاهد رآها بعينه وسمعها بأذنه، كأن يشهد شخص أمام القاضي أنه سمع شخصاً آخر يروي له أن فلان تزوج بفلانة.

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، وفي الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة، فإذا سمع شاهد وكانت شهادته سماعية فهي لا تقبل منه إلا إذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة الشهادة السماعية.[2]

وقد أخذ قضاء المحكمة العليا بالشهادة السماعية في تطبيقاته، حيث جاء في القرار المؤرخ في: 27-03-1989 ما يلي:" **الزواج العرفي لا يثبت إلا بشهادة العيان، التي يشهد أصاحبها بها أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصاحبها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعن لم يأت بشهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي، أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.**[3]

3 - الشهادة بالتسامع:

وهي شهادة بما يتسامعه الناس، وهي عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها، وتحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين، ولا عن الواقعة بالذات، بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة، وما شاع بين الجماهير في شأنها، فهي غير قابلة للتحري، ولا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به، كالقول مثلا : قيل أن فلان تزوج بفلانة.[4]

1- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، مؤرخ في:17-03-1998، **م.ق** 2001، عدد خاص، ص50.

2- عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، المرجع السابق، ص 135.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:27-03-1989 ملف رقم: 53272، **م. ق**، 1990، العدد 03، ص 82.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج2، ص 413.

وقد أجازت الشريعة الإسلامية هذه الشهادة لاسيما في مسألة إثبات الزواج، لأنها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة سيما إذا أثمر هذا الزواج إنجاب الأطفال، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري حيث سارت المحكمة العليا في سياق أحكام الشريعة الإسلامية، وأخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها، ومنها ما جاء في قرار حديث لها صادر بتاريخ:**12-07-2012، ملف رقم:693621** ما يلي: " **يمكن قضاءً إثبات الزواج بالشهرة و التسامع، إذ تجوز الشهادة على الزواج عن طريق التسامع المتواتر، حتى ولو لم يحضر الشاهد مجلس العقد، متى كان ما يشهد به تسامعا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب. ومن ثم فإن استبعاد قضاة الموضوع لشهادة الشاهدين وعدم الأخذ بها، بدعوى عدم حضورهما مجلس العقد، هو قضاء لا يقوم على سند، مما يجعل الوجه سديدا**".[1]

ويشترط في أداء الشهادة أن تكون موافقة للدعوى، فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى، فإذا كنا بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي فيجب أن تنصب الشهادة على واقعة الزواج العرفي دون غيرها، فلا يشهد الشاهد مثلا على وجود أولاد بين فلان وفلانة، لأن ذلك ليس قرينة على حصول زواج شرعي مكتمل الأركان.

كما يشترط أن تكون شهادة الشاهدين متوافقة، لأن باختلافهما لم يكتمل نصاب الشهادة، ولا يجب أن تكون هذه الموافقة تامة بل يمكن أن تكون ضمنية، كأن يشهد شاهد في عقد زواج عرفي أن فلانة زوجها وليها لفلان على صداق قدره 40 ألف دينار، ويشهد الثاني بنفس الشيء دون أن يحدد قيمة الصداق، ففي هذه الحالة يقبل القاضي الشهادتين مادام الفرق في قولهما لا يصل إلى حد التعارض، وقد استقر قضاء المحكمة العليا أن الزواج العرفي لا يمكن إثباته بواسطة شهادة متناقضة، فقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:19-03-1990 ما يلي: **من المقرر شرعاً، أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث إذا كان إثبات الزواج العرفي أو نفيه يخضع لسلطة قضاة الموضوع، فإن ذلك يستلزم أن تبقى على بينة لا يدخل فيها الشك ولا يحيط بها الاحتمال، لأن التناقض في الشهادة يزيل أثرها، ويمنع بناء الحكم عليها لاحتمال صدقها وكذبها. ولما كان من الثابت– في قضية الحال– أن أقوال الشاهدين**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:12-07-2012، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 02 ص 269.

متناقضة، فإن قضاء المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف، والقضاء بصحة الزواج، يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

ويتمثل دور القاضي حيال الشهود في استفسارهم عما إذا حضروا مجلس العقد، ويتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة المقرر فقها وقانونا، ثم يوجه اليمين القانونية للشاهد بأن يقسم بالله على أن يقول الحق وعلى شيء غير الحق، بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، وفيما إذا حضروا فاتحة الزواج أم حفل الزفاف، ومن تولى العقد كولي للزوجة، ويسألهم عن التاريخ أو السنة التي تم فيها الزواج العرفي لاسيما إذا كانت الشهادة سماعية، وعن مكان إبرام عقد الزواج العرفي.

ثالثا- النكول:

إذا كان المراد باليمين أنه قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول، فإن النكول عن أدائها هو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها، فإذا نكل عنها خسر دعواه، وهو ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني بقولها: **كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه .**

والنكول عن اليمين في الشريعة الإسلامية لا يعتد به عموما، باستثناء بعض الفقهاء منهم الصاحبين الذين يتخذون النكول عن اليمين، وسيلة كافية بحد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، حيث يقول الإمام أبو الزهرة:" **عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار والبينة، توجه اليمين إلى المرأة، فإن حلفت رفضت دعوى الزوج، وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في الفقه الحنفي.**"[2]

والحال في القضاء الجزائري أنه لا يكون الاعتداد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي، بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود، الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقاً للشريعة الإسلامية، فإذا مات أحد الزوجين وادعى الحي منهما الزوجية، فإن الزواج يثبت لكن مع يمين المدعي.[3] وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:22-09-1998، ملف رقم:204254 بما يلي: " **يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة: " لا نكاح بعد الموت"، ومن ثم فإن**

1- قرار المحكمة العليا مؤرخ في:19-03-1990، ملف رقم:58788، **م.ق** 1991، عدد 01، ص 59.

2- الإمام أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، المرجع السابق، ص17.

3- عبد الله حاج أحمد، **إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه**، المرجع السابق، ص 1378.

قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجهما العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود، طبقوا صحيح القانون."[1]

فالقضاء من خلال هذا القرار استحضر فقه الشيخ خليل معتمدا على نقوله في باب أحكام الشهادة، كونه يشكل أحد المرجعيات الأساسية للمذهب المالكي بالجزائر، فهذا القرار نص صراحة على اسم العلامة الشيخ خليل، لما لمختصره من قيمة علمية جد عالية، فهو الكتاب المعتمد عند المتأخرين من المالكية والحجة لدى عامتهم[2]، وقالوا: **على المفتي أن يقرأ مختصر خليل كل سنة، وإلا فلا يوثق بفتواه.**[3]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 1998/09/22م، المجلة القضائية لسنة 2000، العدد 02، ص 173.

2- عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان، **كتابة البحث العلمي والدراسات الإسلامية**، السعودية، جدة: دار الشروق، ط2، 1403هـ ص 350.

3- محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، خرج أحاديثه وعلق عليه: عبد العزيز بن عبد الفتاح القارئ، السعودية، المدينة المنورة: المكتبة العلمية، ط1، 1396 هـ، ج**2**، ص **427**.

خلاصة الفصل الأول:

فيما يتعلق بالمبحث الأول من هذا الفصل فقد استخلصنا من هذه الدراسة أن هناك فراغا قانونيا في نص المادتين 05 و06 من قانون الأسرة، وهذا راجع إلى ضعف استعمال الصيغ القانونية التي لا يحتمل تأويلها إلى ألفاظ أخرى مثل لفظ المستهلكة فهذا لفظ اقتصادي وليس قانوني، فالمشرع هنا أساء استعمال المصطلحات القانونية. ورغم التعديل الذي مسّ المادتين المنوه عنهما أعلاه، فإن المشرع تدارك بعض النقص فقط ولم يقم بتداركه كاملا، إذ نجده أغفل تنظيم عدة مسائل مهمة تتعلق بالخطبة، فلم ينص على شروط صحة الخطبة، ومصير المهر بعد العدول عن الخطبة، ولم يحدد شروط الضرر الموجب للتعويض عن العدول عن الخطبة وهي المسائل التي تقتضي الاجتهاد القضائي فيها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة **888** من قانون الأسرة.

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بهذه المسائل، وجدنا أنها قليلة ومقتضبة لم تحمل في طياتها أحكاما فقهية مفصلة، وإنما تضمنت أحكاما عامة مشارا إليها بعبارة من المقرر شرعا، ومع ذلك لم تحد هذه الأحكام عن ما هو مقرر في الفقه المالكي.

وفيما يخصّ المبحث الثاني المتضمن مسائل انعقاد الزواج وإثباته، فقد خلصت الدراسة إلى ما يأتي:

1- المواد المتعلقة بركن الرضا جاءت ناقصة غير كافية لمعالجة جميع المسائل التي يثيرها ركن الرضا في عقد الزواج، ولعل أهمّها تلك المتعلقة بشروط الإيجاب والقبول والاشتراط في عقد الزواج، والتي من شأنها أن تطرح عدة إشكالات في الواقع العملي. نظرا لتشعّب أحكامها وتباين آراء الفقهاء فيها.

2- قانون الأسرة لم يوضّح الآثار القانونية المترتبة على الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانوني، كما أنه أغفل بيان الجزاء القانوني عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج، وبالإضافة إلى هذا، فإنه لم يحدّد السن الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عند منح الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما. ولئن نص **ق.أ** على تزويج القاصر لمصلحة أو ضرورة بشرط استصدار رخصة قضائية، فإنه في المقابل سكت عن مسألة زواج المصاب بإعاقة ذهنية.

3- قانون الأسرة لم ينص على الخلوة ولم يبيّن أحكامها وما ينجرُّ عنها من آثار، محيلا ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 منه. ومنه جاء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مقرّرا أن الخلوة الصحيحة بمثابة الدخول الحقيقي تستحق الزوجة بموجبها كامل الصّداق ولها الحق في جميع توابع العصمة، ولو لم يقع احتفال بالدخول.

4- أغفل المشرع تنظيم عدد من المسائل المهمة المتعلقة بموضوع الولاية نراها قد تثير عدة إشكالات على المستوى العمل القضائي، لعل أهمها وأبرزها مسألة عضل الولي، تعدّد الأولياء، غياب الولي، وخيار البلوغ وخيار الإفاقة.

5- المحكمة العليا تراجعت عن موقفها الفقهي بشأن شرط الذكورة، وقررت أن الزواج العرفي يمكن إثباته بشهادة رجل وامرأتين لأنها شهادة مقبولة شرعا وقانونا وفق أحكام المادة 64 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية (سابقا). ولا شك أن سند الموقف الذي اتخذته المحكمة العليا في هذا القرار هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية بخصوص هذه المسألة.

6- القضاء الجزائري لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية وطابع اجتماعي، حيث يتم اللجوء للبينة أو ما يسمى بشهادة الشهود باعتبارها الدليل الأنجع من حيث القوة الثبوتية.

ولقد أخذت المحكمة العليا بشهادة التسامع في العديد من قراراتها، مقرّرة أنه يمكن قضاءً إثبات الزواج بالشهرة و التسامع، إذ تجوز الشهادة على الزواج عن طريق التسامع المتواتر، حتى ولو لم يحضر الشاهد مجلس العقد، متى كان ما يشهد به تسامعا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب.

وفي توجيه للعمل القضائي اعتمد قضاء المحكمة العليا قاعدة فقهية في مسألة الإثبات مفادها أن **الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج يثبت بشهادة الشهود ويمين، وقد استمد هذه القاعدة من** فقه الشيخ خليل معتمدا على نقوله في باب أحكام الشهادة، كونه يشكل أحد المرجعيات الأساسية للمذهب المالكي بالجزائر.

الفصل الثاني:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل آثار عقد الزواج

الفصل الثاني:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل آثار عقد الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود تترتب عليه آثار، وإذا كانت القاعدة أن كل عقد لا ينشأ مستوفيا لكافة أركانه وشروطه لا يكون ذا أثر، فإن في عقد الزواج استثناء عليها لما له من طبيعة خاصة للعلاقة التي تنشأ بين الزوجين بالدخول، ولأجله، فإن آثار عقد الزواج تختلف باختلاف أوصافه بين الصحيح وغير الصحيح، بحيث تكون كاملة في الزواج الصحيح وتكون على غير تلك الحال في عقد الزواج غير الصحيح. ولقد ميّز الفقهاء بين عقد الزواج الصحيح وغير الصحيح من حيث الآثار، فالصحيح هو الذي استوفى جميع أركانه وشروطه، وبالتالي ينتج جميع آثاره الشرعية، والتي من أهمّها النفقة الزوجية والنّسب. أما عقد الزواج غير الصحيح فهو الذي تنطوي تحته عدة صور يختلف الفقه في تكييفها كما يختلف في إقامة آثارها عليها.

ومهما كانت هذه الآثار فإنها تثير عدة مسائل في الواقع العملي لم يرد النص عليها في قانون الأسرة أو ورد النص عليها إلا أنه جاء غامضا يحتاج إلى تفسير أو جاء ناقصا يفتقد للتفصيلات اللازمة، ممّا يستلزم وطبقا للقانون الاجتهاد القضائي فيها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية.

وتبعا لذلك، سيتم تقسيم الدراسة في هذا الفصل على مبحثين، نتناول في الأول آثار عقد الزواج الصحيح ونتطرق في الثاني إلى آثار عقد الزواج غير الصحيح.

المبحث الأول: المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج الصّحيح

الزواج الصحيح هو كل عقد استوفى أركانه وشروطه المطلوبة في المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، واستكمل العاقدان فيه شرط الأهلية وفق نص المادة 07 من قانون الأسرة، وتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا طبقا لنص المادة 18 من قانون الأسرة، فإذا توافر في عقد الزواج ركنه وشروطه الموضوعية والشكلية كان صحيحا، تترتب عليه آثار قانونية.[1]

و تتمثل آثار عقد الزواج الصحيح في استحقاق الصداق، ووجوب النفقة، وحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، وثبوت نسب الأولاد من الزوج، وكذلك الحقوق والواجبات المشتركة المقررة في المادة 36 من قانون الأسرة، وحرمة المصاهرة من جانب كل من الزوجين، وكذا وجوب التوارث بينهما إذا خلا المانع الشرعي.

وبما أن دراستنا تتمحور حول المسائل التي يجتهد فيها قضائيا وفق أحكام الشريعة الإسلامية، فإن البحث في موضوع آثار عقد الزواج الصحيح سيقتصر على المسائل المتعلقة بالنفقة وتلك المتعلقة بثبوت النسب لكثرة النزاعات المثارة بشأنها أمام القضاء، لذلك ستقسم الدراسة في هذا المبحث على مطلبين، نتناول في الأول المسائل المتعلقة بالنفقة، ونتطرق في المطلب الثاني إلى المسائل المتعلقة بالنسب وذلك وفق الآتي:

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالنفقة الزوجية

نص قانون الأسرة على النفقة في المواد من **52** إلى **20** مقررا حق النفقة للزوجة والولد والأصول والفروع، فنفقة الزوجة تجب على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة، ونفقة الولد تجب على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب، أما نفقة الأصول فإنها تجب على الفروع ونفقة الفروع تجب على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 288.

وأيضا نص القانون مقررا أنه في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك، ومبينا مشتملات النفقة، موجبا على القاضي في تقديرها أن يراعي حال الطرفين وظروف المعاش وأن لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، وفيما يخص استحقاق النفقة نص القانون أنها تستحق تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

وما نص عليه القانون في هذه المواد بشأن النفقة قليل جدا، فهناك مسائل هامة في موضوع النفقة لا نجد لها نصوصاً تنظّمها، ما يستدعي بالضرورة الاجتهاد القضائي فيها طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

وتبعا لذلك، سنتطرق في هذا المطلب إلى مسألة شروط استحقاق النفقة الزوجية ومسألة سقوط النفقة بسبب نشوز الزوجة، ثم مسألة نفقة زوجة الغائب، ويسبق ذلك بيان مفهوم النفقة، وذلك ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم النفقة

يتحدد مفهوم النفقة بتعريفها، وتبيين أدلة مشروعيتها، ومشتملاتها، وأحكامها، وهذا ما سنتطرق له تباعا ضمن هذا الفرع على النحو الآتي:

أولا- تعريف النفقة:

النفقة في اللغة لها عدة معان منها[1]: الهلاك والموت، والرّواج، والنفاد والفناء، والافتقار والصرف، ويسمى المال الذي ينفقه الشخص على غيره نفقة لما فيه من افتقار وهلاك المال.

فالنفقة بهذه المعاني من الإنفاق الذي هو الإخراج ولا يستعمل إلا في الخير، وهي مشتقة من النُّفوق الذي هو الهلاك فيقال: نفقت الدابة نفوقا إذا ماتت، ونفقت الدراهم أي: نفدت، ونفقت السلعة نفاقا أي: راجت، وأنفق الرجل إذا افتقر وذهب ماله.

أما شرعا، فالنفقة اسم لما يصرفه الإنسان على نفسه، وعلى من يعوله من زوجته وأولاده وأقاربه.[2]

وعليه، فالنفقة قسمان:[3]

1- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، ج **10**، ص **357**.

2- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص **139**.

3- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص **131**.

الأول: نفقة الإنسان على نفسه وهي واجبة عليه إذا قدر عليها، وعليه أن يقدمها على نفقة غيره وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم:" **إبدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك** ". [1]

الثاني: نفقة تجب على الإنسان لغيره وأسباب وجوبها ثلاثة: النكاح والقرابة والملك[2]، والنفقة التي تعنينا في هذه الدراسة هي النفقة التي سببها النكاح (نفقة الزوجة).

ثانيا- أدلة مشروعية النفقة:

اعتمد الفقه أدلة مشروعية النفقة ووجوبها من الكتاب ثم من السنة، ثم من الإجماع، ثم من القياس على هذا الترتيب احتراما لأولوية وقوة الدليل والمصدر الشرعيين.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا** ﴾.[3] وقوله تعالى: ﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[4].

واستنبط بعض العلماء وجوب النفقة على الزوج من قوله تعالى: ﴿ **فَلَا يُخْرِجَنَّكُمَا مِنَ الْجَنَّةِ فَتَشْقَىٰ**﴾[5] ولم يقل فتشقيان فدل على أن آدم عليه السلام يتعب لنفقته ونفقتها وبنوهما على سنتهما.

وقوله تعالى في حق المطلقات: ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾[6]، وفي هذه الآية حكم لزوم إسكان المطلقات أثناء العدة، فإذا كان ذلك فحق الزوجات في الإسكان أولى.[7]

1- مسلم، صحيح مسلم، المرجع السابق، **(83/7)**.

2- أسباب النفقة هي نفسها أسباب الميراث: الزوجية والقرابة والملك، فالزوجية سبب في وجوب نفقة الزوجة على زوجها، والقرابة سبب في وجوب النفقة على الإنسان لأصوله وفروعه وأقاربه، والملك (وهو سبب تاريخي مرتبط بنظام الرق) سبب وجوب نفقة المملوك على مالكه.

3- سورة الطلاق: من الآية 06.

4- سورة البقرة: الآية 233، وفيه بيان على أن الله قد أوجب نفقة الوالدات وهن الزوجات على المولود له وهو الزوج الذي ينسب إليه الولد.

5- سورة طه الآية 117.

6 - سورة الطلاق الآية 6.

7- أبو عبد الله بن محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، المرجع السابق، ج18، ص 166.

وأما السنة: فما روي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبته في حجة الوداع فقال: " **اتقوا الله في النساء فإنهن عَوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف.**"[1]

ولخبر أن هند زوج أبي سفيان بن حرب جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: " **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.**" [2]

أما الإجماع: فقد أجمع الفقهاء منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم حتى وقتنا الحاضر على وجوب نفقة الزوجة على زوجها.[3]

أما القياس: فلأن المرأة محبوسة لحق الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب، فلا بد من أن ينفق عليها، لأن القاعدة عند الفقهاء أن **من احتبس لحق غيره فنفقته على من احتبس من أجله.** فالموظف مثلا حبس نفسه لخدمة الدولة فحق له أن ينال ما يكفيه وأهله، والأمر سيان بالنسبة للزوجة التي حبست نفسها للقيام على رعاية البيت والاهتمام بشؤونه.

ثالثا- مشتملات النفقة شرعا وقانونا:

نص المقنن الجزائري على مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: " **تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة** ".

فمن هذه المادة يتبين أن المقنّن أراد للقانون من خلال النص أعلاه أن يشمل عديد عناصر النفقة التي تناولها الفقه الإسلامي: بعضها متفق عليه، والبعض الآخر مختلف فيه، وهذا ما سنتطرق له وفق الآتي:

1- عناصر النفقة المتفق عليها:

لا تعدو مشتملات النفقة لاسيما الزوجية منها المتفق عليها شرعا وقانونا، أن تظهر في الإطعام، والكسوة، والإسكان باعتبارها من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها.

1- رواه مسلم، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج8، ص 183.

2- أبو عبد الله بن عبد الرحمان بن الفضل بن عبد الرحمان الدرامي، سنن الدرامي، بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، د ت. سنة نشر، ج2، ص 159.

3- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، القاهرة: مكتبة الفلاح، الطبعة الرابعة، 2001. ص 244.
قال ابن قدامة في كتابه المغني المشهور:" **اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن.**" ابن قدامة المغني، المرجع السابق، ج8، ص 195.

1- 1- الغذاء:

إن نفقة الإطعام لازمة قانونا على الزوج لزوجته، وهي في الشريعة بنفس الحكم، والسند قوله صلى الله عليه وسلم لبهز بن حكيم حين سأله: يا رسول الله نساؤنا ما نأتي منها وما نذر ؟ قال: " **وأطعم إذا طعمت** ".[1] وهذا الحكم القانوني الشرعي لا يغني عن معرفة مكونات نفقة الإطعام في الفقه الإسلامي.

تشمل نفقة الإطعام فقها الطعام والشراب وجوبا وهو الحكم المتفق عليه، على أن تنفق حسب الكفاية وبالمعروف على قول الجمهور، وخالفهم الشافعية فقالوا بأن على الموسر مُدّين من الطعام وعلى المعسر مدّا واحدا، وعلى مستور الحال مُدّا ونصف المدّ[2]، وأن يكون الطعام من غالب قوت البلد والواجب من الشراب الماء الصالح.[3]

1- 2- الكسوة:

يجب على الزوج كسوة زوجته قانونا طبقا للمادة **78** المذكورة أعلاه، وشرعا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **واكسُ إذا اكتسيت** "[4]، ولهذه النفقة أيضا مشتملات تتدرج ضمنها وهي: القميص الذي يستر البدن والخمار الذي يستر الشعر والنعل الذي يحمل على المشي، ومعيارها الكفاية اتفاقا، أما ما يخرج به عن الكفاية كل لباس يراد منه التزين[5]، إلا إن كان تركه يسبب ضررا عند فقهاء المالكية كالحناء والكحل والدهن فهذا لا بدّ من توفيرها لها.[6]

1-3- السكن:

يجب على الزوج شرعا وقانونا أن يسكن زوجته مما يقدر عليه مكانا وحالا مع مراعاة قدر مثلها من النساء، وليس لها أن تمتنع عن السكنى فيه، سواء كان ملكا له أو مستأجرا له أو معيرا له.[7]

1- أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، المرجع السابق، ص 476.

2- مقدار المد بالغرام عند الشافعية والحنابلة هو **508,7** غرام أي نصف كيلوغرام و**8,7**، أما عند المالكية فمقدار المد هو **506,5** غرام أي نصف كيلوغرام و **6.5** غرامات.

3- عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، ج7، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 3، 1998، ص189-190

4- أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، المرجع السابق، ص 476.

5- عبد الكريم زيدان، **المرجع نفسه**، ج7، ص 196.

6- الصادق عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي**، ج**8**، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 2002، ص 643.

7- محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي (757 هـ): **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة**، تحقيق: د/ يحي مراد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2009، ص 175.

هذا، ولقد فرق المالكية بين الشريفة من النساء والوضيعة منهن، فأعطوا الشريفة حق المطالبة بالسكنى منفردة عن أهل زوجها وإن لم تشترط ذلك في العقد، في حين منعوا الوضيعة من النساء المطالبة بمثل هذا الحق إلا أن تكون قد اشترطته في العقد وقبله الزوج.[1]

ومن توابع نفقة الإسكان الأفرشة واللُّحف والوسائد وأدوات الطبخ، وهذه جميعا يلحقها الجمهور بنفقة الإسكان عدا المالكية الذين يجعلونها من مهر الزوجة.

2- عناصر النفقة المختلف فيها:

رغم أن الأصل في الإنفاق الوجوب الشرعي واللزوم القانوني، إلا أن من العناصر ما لا يلحقه نفس الحكم عند بعض الفقهاء، في حين تمثل تلك العناصر جزءا من النفقة لا يمكن فصلها عنها بحال، سواء تعلق الأمر بنفقة العلاج، أو نفقة الخادم، أو نفقة أدوات الزينة والتنظيف والطّيب.

2-1- نفقة العلاج: تعدُّ الأدوية وأجرة التطبيب من توابع نفقة علاج الزوجة قانونا إذا مرضت واحتاجت إلى مراجعة الطبيب وشراء الأدوية وسائر مصاريف العلاج، ورغم أن المادة **78** أعلاه نصت صراحة بلزوم نفقة العلاج على الزوج لزوجته، فإن جمهور الفقهاء كانوا يرون بخلاف ذلك، إذ يرون أنها لا تعدُّ من توابع نفقة الزوجة على زوجها ولا يلزم بذلك قضاءً بل تجب على الزوجة في مالها إن كان لها مال وعلى من تلزمه نفقتها من أهلها كأبيها لو لم تكن متزوجة.[2]

أما فقهاء الشريعة المتأخرين فاعتبروا نفقات الحمل والنفاس من مصاريف نفقات العلاج حين ألزموا بها الزوج على زوجته.[3] وبه أخذت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:**13-01-2011** ملف رقم:**594435** والتي لم تكتف بنفقات الحمل والنفاس بل تجاوزتها إلى كل ما يحفظ صحة الزوجة النفساء، حيث جاء في هذا القرار ما يلي:" **تشمل مصاريف النفاس، مصاريف العناية بصحة النفساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي لمدة معينة، ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط** ". وهذا اجتهاد سليم، وحسنا فعل القضاء لأن ذلك أمر يفرضه حسن المعاشرة والمودة والرحمة التي يجب أن تقوم عليها الحياة الزوجية، إذ إنه ليس هناك دليل شرعي معتبر يؤيد رأي جمهور الفقهاء.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، المرجع السابق، ص 7931.

2- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، 413/3

3- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، المرجع السابق، ج2، ص 23.

2- 2- نفقة الخادم:

لم يأت ضمن نص المادة **78** من قانون الأسرة أي ذكر لنفقة الخادم، ولكن المشرع لم يغفل كل ما تعلق بالعرف والعادة ليعتمده كمعيار احتياطي في تقدير عناصر النفقة الزوجية وأدرج ضمن النص عبارة: " وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ". وهذا ما يبين أن المقنن أراد أن يعتمد عرف البلد في تقدير أي صنف من أصناف النفقة، وكذلك عادة الزوجين فضلا عن قدرتهما.

ولقد ذهب الفقه الشرعي إلى مثل هذا الحكم (عرف أهل البلد وعادة الزوجين) في إقرار حق الزوجة في نفقة خادم يخدمها، فإذا طلبت الزوجة خادما يخدمها فإن الزوج ملزم بتلبية طلبها إذا كان موسرا والزوجة كانت ممن تُخدم في بيت أهله أو كانت مريضة، إلا أن يعجز عنه إعسارا، ففي هذه الحالة فقط يقع عليها خدمة باطن الدار من مصالحه ومصالحها، ولا يحق لها أن تطلب الطلاق لعدم توفير خادم لها، بل تلزم بالخدمة، فيما لا يشرع للزوج أن يطالب زوجته بخدمة غيره من أهله وعياله أو ضيفه. [1]

2- 3- نفقة الزينة والتنظيف والطّيب: لم ينص المقنن صراحة على نفقة الزينة والتنظيف والطّيب، إلا أنه يفهم من عبارة النص (وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة) أن هذه النفقة ينظر فيها إلى العرف، هذا من الناحية القانونية [2]، أما من الناحية الشرعية فليس الحكم سيان إذ ما ذهب إليه الفقه الشرعي في هذه المسألة أن أدوات الزينة والتنظيف والتطيُّب لا يلزم بها الزوج تجاه زوجته، إلا ما كان فواته على الزوجة يسبب ضررا لها كالحناء والكحل وما يُدهن به[3] فهذه تلزمه وما عداها يكون عليها من مالها ولا تعد من أصناف النفقة الواجبة على الزوج شرعا.

رابعا- تقدير النفقة وزمن استحقاقها:

تعتبر النفقة من الأشياء التي تصرف على فترات وبنسب تتحدّد وفقا لحاجة الزوجة ومقدرة الزوج ومصلحة استمرار العلاقة الزوجية، لذلك فإنها لا تصرف إلا بمعايير تقدر من خلالها، وفي زمن استحقاق محدد لها، وهو ما سيتم بيانه وفق الآتي:

1- إبن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص175

2- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، القبة الجزائر، ط1، 2016، ص 223.

3- أحمد بن غنيم النفراوي المالكي، المرجع السابق، ج2، ص23.

1- تقدير النفقة:

الأصل أن يقوم الزوج بالوفاء بما عليه من نفقة لزوجته بطريقة ودية اختيارية لا منازعة فيها، ولا يكون للقاضي دور إلا إذا نشأ بين الزوجين نزاع قضائي بشأنها، وهنا لا يقتصر دور القاضي على إلزام الزوج بالوفاء بما عليه من نفقة بل يمتد إلى تقديرها، مراعيا في ذلك أمرين أساسيين هما: حالة الزوج المالية، وتغير الأسعار في السوق.

- **الأمر الأول:** حالة الزوج المالية يسرا وعسرا وتوسطا بينهما، فإن كان موسرا تكون لها نفقة اليسار ولو كانت فقيرة، وإن كان معسرا فلها نفقة الإعسار ولو كانت غنية، وإن كانت متوسط الحال فلها نفقة الوسط، والدليل على ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا** ﴾ [1] فهذه الآية صريحة في اعتبار حال الزوج يسارا وإعسارا في الإنفاق على زوجته.

- **الأمر الثاني:** تغير الأسعار في الأسواق غلاءً أو رخصا أو تغير حال الزوج المالية عند تقدير النفقة رعاية لمصلحة الزوجين، فيمكن للزوجة طلب الزيادة إذا تحسنت حالة الزوج المالية أو زادت الأسعار بعد فرض النفقة، ويمكن للزوج طلب تخفيض النفقة إذا نقصت الأسعار أو ساءت حالته المالية بعد فرض النفقة.[2]

ولقد نص المشرع على تقدير النفقة في المادة 79 من قانون الأسرة والتي تضمنت الآتي: " **يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.**"

وعلى هذا الأساس، فإن تقدير النفقة مسألة تقديرية من اختصاص قضاة الموضوع انطلاقا من الوثائق والمستندات التي تحدد الوضعية المالية للزوج، وتبعا لحال الزوجين يسرا وعسرا، وظروف المعيشة زمانا ومكانا، على ألا تقل على حد الكفاية، تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة.[3]

1- سورة الطلاق، الآية 7.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 7397

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 348.

هذا، وطبقا لما هو مقرر قانونا فإن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، وأن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي، كما أنه تجوز المطالبة بزيادتها تبعا لتغير حال الزوج والأسعار في الأسواق وظروف المعيشة، غير أنه لا تسمع دعوى الزيادة قبل مضي سنة من الحكم.

ومن الناحية القضائية، فقد صدر عن المحكمة العليا عديد القرارات التي تبين الأسس التي يعتمد عليها القاضي في تقدير النفقة مستهلة ذلك بعبارة : **(من المقرر فقها وقضاءً)** أو **(من المقرر شرعا)**، وذلك للتدليل لتلك الأسس، والاستنجاد بها في تقوية وتعزيز ما هو مقرر قانونا.

وفي هذا الصدد، تضمن القرار الصادر بتاريخ: **09-02-1987** ما يلي: " **من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ثم حال المعيشة. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية** ".[1]

وصدر القرار المؤرخ في:**16-01-1989** متضمنا ما يلي: " **من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا ثبت نشوز الزوجة. ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة** ". [2]

وفي نفس السياق صدر قرارا آخرا بتاريخ:**22-02-2000** جاء فيه ما يلي: " **من المقرر شرعا، أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي. ومن ثم، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده، أخطأوا في تطبيق القانون.**"[3]

هذا، وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن تقدير النفقة هو أمر موكول لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، وذكر الوثائق والمستندات الإثباتية المعتمد عليها لتحديد الوضعية المالية والاقتصادية للزوج، وأنه حتى يتمكن القاضي من إعمال سلطته التقديرية وتبريرها يجب عليه أن

1- المحكمة العليا،غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 09-02-1987، ملف رقم: 44630، **م. ق**، 1990، العدد 03، ص **77.**

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:16-01-1989، **م. ق**، سنة 1992، العدد 02، ص 55.

3- المحكمة العليا،غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:22-02-2000، **م. ق**، 2001، العدد 01، ص 284.

يراعي في تقدير النفقة أمران وهما: حال الزوج ووضعه المالي، ومستوى الأسعار والوضع الاقتصادي زمانا ومكانا.[1]

2- **زمن استحقاق النفقة:** المقصود بزمن استحقاق النفقة تلك الفترة التي يجوز للزوجة المطالبة بالنفقة عن مضيها إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة خلالها، وهذا ما سيتم بحثه في الفقه الإسلامي، لنبيّن بعد ذلك موقف قانون الأسرة من المسألة، وذلك على النحو الآتي:

2-1- زمن استحقاق النفقة في الفقه الإسلامي:

رغم أن النفقة الزوجية من الديون الممتازة [2] ولا تسقط بالتقادم، إلا أن الفقه اختلف في المدة التي تتقرر فيها للزوجة أحقية المطالبة بها، فبينما قيدها الحنفية بمدة زمنية محددةن توسّع الجمهور فيها لتشمل كل النفقة التي تدعي الزوجة أن زوجها لم يوف بها مهما طالت مدة عدم تسديد النفقة.

فالأحناف يعتبرون دين النفقة دينا قويا إذا حكم به القاضي أو تراضى عليه الزوجان، وقامت الزوجة بالاستدانة على ذمة الزوج بإذن من القاضي، ولقد اقتصروا في حال التنازع على مدة زمنية لا تتجاوز الشهر إذ لو تجاوزتها لم يقض لها القاضي بأكثر منها[3]. والظاهر أن حجة الحنفية كانت مرتبطة بطبيعة النفقة المستعجلة وقدّروا أن المرأة التي لا تستعجل في المطالبة بالنفقة الزوجية ليست مضطرة فلا ضرر يقع عليها من تخلفها، فلم يسمح لها بالتعسف في المطالبة بنفقة تقاعست عن استيفائها لمدة طويلة إضرارا بالزوج.[4]

أما **جمهور الفقهاء** فإنهم يرون أن النفقة تثبت دينا في ذمة الزوج عن المدة السابقة من تاريخ وجوبها سواء بالعقد والدخول أو التّمكين، ومن دون اشتراط الحكم بها أو التراضي عليها من طرف الزوجين، وعلى ذلك فإنهم يجيزون المطالبة بالنفقة المتأخرة مهما طالت مدتها وبلغت السنوات الطوال.

لكن إطلاق المدة السابقة وعدم تحديدها بحد أقصى قد يفتح الباب لتعسف الزوجات قِبَلَ أزواجهن بإرهاقهم وإعجازهم، وذلك بالسكوت عن المطالبة بالنفقة لفترة طويلة ثم مطالبتهم بما يستحققنه دفعة واحدة عن كل هذه المدة. كما يفتح الباب أيضا للإدعاء الكاذب أمام كثير من الزوجات، وينجر عنه كثير من الخصومات المتعددة والطويلة ويصبح الحكم الشرعي والقانوني ثغرة تتلاعب بها بعض النسوة لهلاك

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 349

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص 2851

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، المرجع نفسه، ص 7397

4- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، المرجع السابق، ص 232

خصومهن وهلاك أنفسهن.[1] ومن أراد أن الدليل فلينظر في قضايا عدم النفقة المرفوعة أمام القضاء، إلى أين قد توصل بالمتخاصمين، بحيث تبدأ بأمر استعجالي بالنفقة، ثم تصل إلى الطلاق، وإلى قسم الجنح أين يعاقب الممتنع (أو المعسر) عن تسديد مبالغ النفقة بعقوبة الحبس، ثم قد يتمادى هذا الأخير ليثير كثيرا من الإشكالات لا سيّما إن شعر بأنه قد ظُلم... إلى أن يصير الأمر إلى جرائم السب العلني والقذف والجرح والضرب العمدي والتهديد، وقد يؤدي في بعض الحالات إلى القتل.

وعليه فإنه مع فساد الأخلاق، بانتشار الكذب والزور في الدعاوى والشهادات، فإن الأخذ بمذهب وسط يثبت بين يدي القاضي أن المرأة حقيقة متضررة من تأخر النفقة عليها ويقيم بالنتيجة مسؤولية الزوج الممتنع عمدا عن أداء ما عليه من التزام بالإنفاق على زوجته لهو أنسب، وهو المذهب الذي اعتمدته عديد قوانين الأسرة العربية.

2-2- موقف القانون من زمن استحقاق النفقة فقها:

حدد قانون الأسرة الجزائري مدة تقادم يسقط بها حق الزوجة في المطالبة بالنفقة خلالها إذا تجاوزتها، وهي مدة سنة، حيث جاء في نص المادة 80 ما يلي: " **تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة من تاريخ رفع الدعوى** ."

وهذا الموقف هو في الحقيقة حل وسط بين رأي الجمهور ورأي الأحناف.

أما قبل صدور قانون الأسرة 84-11 المؤرخ في: 09 يونيو 1984 فإن القضاء آنذاك يبدو أنه خول للقاضي تحديد تاريخ استحقاق النفقة دون تقييده بحدّ أقصى وهو مذهب الجمهور، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ:**13-04-1986** ما يلي:" إن تقدير النفقة، وتحديد يوم بدايتها هو من عمل قضاة الموضوع إلاّ إذا تجاوزا في ذلك الحدّ المألوف، وهو ما ليس موجودا في قضية الحال، ولقد علل القضاة قرارهم تعليلا كافيا، وأسسوه تأسيسا شرعيا، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن."[2]

الفرع الثاني: شروط استحقاق النفقة

نصت المادة **74** من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" **تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة** ". يظهر من النص أن المشرع لم يفصل في شروط وجوب النفقة الزوجية، وإن كان

1- دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 233

2- بلحاج العربي، **الزواج والطلاق في تقنين الأسرة** معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، المرجع السابق، ص 411.

استخلاص بعضها ممكنا منه، خاصة أن المحكمة العليا اعتمدت عليه في العديد من القرارات الصادرة عنها في تبيين الشروط اللازمة لاستحقاق النفقة الزوجية.

ومن بين قرارات المحكمة العليا الصادرة في هذا الشأن، القرار المؤرخ في:10-02-1986 والذي جاء فيه ما يلي:" **إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما.**" [1]

وجاء في القرار المؤرخ في:02-10-1989 الآتي:" من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها، وهو الذي ما يعبر عنه شرعا " بإرخاء الستور" أو " خلوة الاهتداء " **يعتبر دخولا فعليا تترتب عليه الآثار الشرعية** وتنال الزوجة كامل صداقها. ومن المقرر أيضا أن **الدخول المسلم به يوجب العدة، حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها**، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه ".[2]

وفي نفس السياق سجلنا قرارا آخر مؤرخ في:07-02-1987 جاء فيه: " **من المقرر شرعا أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ عن عقد صحيح شرعا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية** ".[3]

وتبعا لما تقدم يتبيّن أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها إذا توافرت الشروط الآتية:

2- أن يكون عقد الزواج صحيحا:

بمعنى أن يكون عقد الزواج استوفى ركنه وشروطه طبقا للمادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة ولكن بشرط وجود الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له، أما إذا كان العقد فاسدا أو باطلا فلا تجب لها نفقة زوجية عملا بنص المادتين 32 و33 من قانون الأسرة.

2- الدخول بالزوجة (التمكين من الاستمتاع):

بمعنى الخلوة الصحيحة بالزوجة، سواء تمت المخالطة الجنسية فعلا، أم لم تتم، متى كان العجز على المخالطة يعود لضعف جنسي في الزوج، ذلك أن عدم حصول المخالطة الجنسية بسبب رفض الزوجة لزوجها ومقاومتها له يعتبر نشوزا منها، عندئذ يسقط حقها في النفقة، كذلك لو امتنعت عن الانتقال إلى بيت زوجها بعد العقد الصحيح، فلا نفقة لها لأنها ناشز. ذلك أن انتقال الزوجة إلى بيت

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:10-02-1986، ملف رقم:39394، **ن. ق**، عدد 44، ص 151.

2- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، مؤرخ في: 02-10-1989، **م.ق**، 1991، العدد 01، ص 34.

3- قرار المحكمة العليا،غ.أ.ش، مؤرخ في:07-02-1987، **م.ق**، 1990، العدد 03، ص 65.

الزوجية، واختلاء الزوج بها في بيته، يعتبر دخولا فعليا، يترتب عليه الآثار الشرعية، بحيث تنال الزوجة كامل صداقها و يوجب نفقتها، لإمكانية الاتصال بين الزوجين، ولو اتفقا على عدم الوطء.

فإذا مكنت الزوجة زوجها من نفسها، ليستمتع بها، وجبت عليه نفقتها من تاريخ هذا التمكين إذا لم يوجد مانع، فالنبي صلى الله عليه وسلم تزوج السيدة عائشة رضي الله عنها، ودخل عليها بعد سنتين، ولم ينفق عليها إلا بعد الدخول، هذا إن كان الزوج حاضرا، فإن كان غائبا أو محبوسا وجبت لها النفقة الزوجية، وإن لم تدعه للدخول قبل غيبته، لأن التأخير بسببه[1].

وشرط التمكين من الاستمتاع يثير عدة مسائل فقهية، نبّينها مع أحكامها في الفقه الإسلامي، وذلك فيما يأتي:[2]

أ- إذا امتنعت الزوجة من التمكين حتى تقبض معجل الصداق:

إذا امتنعت الزوجة من تسليم نفسها، فإن كان بغير حق شرعي فلا نفقة لها، وإن امتنعت حتى تقبض معجّل مهرها فلها النفقة إن كان ذلك قبل الدخول، لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها، فكان امتناعها بحق.

وإذا دخل بزوجته ثم امتنعت من التسليم حتى تقبض معجل المهر تجب لها النفقة عند أبي حنيفة وبعض الحنابلة، لأنه امتناع بحق، وتسقط النفقة عند صاحبي أبي حنيفة وبعض الحنابلة إلا إذا كانت دون البلوغ وقد سلّمها للزوج أبوها لعدم صحة تسليم الأب.

ب- إذا سلّمت الزوجة نفسها وزوجها غائب:

إذا أرادت الزوجة تسليم نفسها لزوجها وأبدت له ذلك وهو غائب لا تستحق النفقة، لأنها سلمت نفسها في حال لا يستطيع فيه الاستلام، ولكن إذا مضت مدة يمكنه فيها الحضور ولم يحضر وجبت النفقة من الوقت الذي يمكنه الوصول فيه لا من وقت عرض التمكين.

ج- إذا لم يطلب الزوج ولم تعرض نفسها عليه أو عرضت التسليم بشرط :

إذا لم يطلب الزوج زوجته ولم تعرض نفسها عليه بأن سكتا، لم تلزمه النفقة أيضاً، وإن أقاما زماناً، لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة ودخلت عليها بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله، ولم يلتزم نفقتها لما مضى.

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 344.

2- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، 127 وما بعدها.

أما إذا عرضت تسليم نفسها بشرط كأن تشترط عليه التّسليم في موضع معين دون موضع، ولم يكن ذلك شرطا في العقد، لم تجب لها النفقة، أما إذا كان شرطا في العقد فسلمت نفسها على شرط العقد وجبت لها النفقة.

د- نفقة الصغيرة:

إذا سلمت الزوجة نفسها أو سلمها وليها وهي صغيرة، فإن كانت لا يوطأ مثلها فلا نفقة لها عند جمهور الفقهاء، وللشافعية رأيان: أولهما لا تجب النفقة كالجمهور، لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع وثانيهما تجب، لأنها سلمت نفسها من غير منع ولا تأثير لعدم الاستمتاع بها قياسا على الحائض والنفساء والمريضة والرتقاء فإنّهن لا يستمتع بهن ولهن النفقة.

هـ- نفقة الكبيرة على الصغير:

إذا سلمت الزوجة نفسها وهي كبيرة والزوج صغير، وجبت لها النفقة في ماله عند الحنفية والحنابلة وهو قول للشافعي، لأنها سلمت نفسها والاستمتاع بها ممكن، وإنما تعذر من جهة الزوج كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته.

وذهب مالك والشافعي في قول آخر إلى أنه لا نفقة لها، لأن الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها.

و- نفقة المريضة ومن بها عذر يمنع من الاستمتاع :

يرى الشافعية والحنابلة أنه إذا سلمت الزوجة نفسها وهي مريضة أو رتقاء أو حائض أو نفساء أو عجوز لا يمكن وطؤها وجبت لها النفقة، لوجود التمكين من الاستمتاع، وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه إلى تفريط، وكذلك إذا حدث شيء من هذا بعد التسليم.

ويميّز الحنفية في المريضة بين حالتين: فالمريضة التي لم تزف لا تجب لها النفقة لعدم الاحتباس لأجل الاستمتاع بها، ولو سلمت نفسها وهي مريضة لا تجب نفقتها، وأما إذا مرضت بعد التسليم تجب لها النفقة وروى هذا عن أبي يوسف، وذلك استحسانا لأنه ينتفع بها انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو دواعيه والاستئناس بها وحفظ البيت، والمرض مانع على شرف الزوال فصار كالحيض والنفاس.

ز- سفر الزوجة بغير إذن الزوج:

إذا سافرت الزوجة بغير إذن الزوج سقطت نفقتها، لأنها ناشز سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا، وكذلك إذا انتقلت من منزله بغير إذنه. أما إذا سافرت بإذن الزوج، فإن كان معها وجبت نفقتها، لأنها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته، وإن لم يكن معها، فإن كان السفر بإذنه لقضاء حاجته فلها النفقة، وإن سافرت بإذن لحاجتها ففي ذلك رأيان عند الشافعية والحنابلة:

الأول لها النفقة لأنها مسافرة بإذنه، فأشبه ما لو سافرت لحاجته، **والثاني** لا نفقة لها لأنها فوتت التمكين من الاستمتاع.

3- الامكانية المالية للزوج:

ويقصد بهذا الشرط أنه إذا كان الزوج فقيرا وعاجزا عن العمل لا تجب عليه نفقة زوجته، بل يعطى للزوجة في هذه الحالة حق طلب التفريق القضائي إن أرادت.[1]

ويذهب بعض الفقهاء[2] إلى أن نفقة الزوج في هذه الحالة واجبة على زوجته، لأن الله سبحانه وتعالى ربط النفقة بالميراث، فما دامت الزوجة وارثة لزوجها إذا مات وله مال، تجب عليها نفقة هذا الزوج إذا كانت متمكنة ماليا وأخذا بقاعدة الغُرم بالغُنم وقد أشار القرآن الكريم إلى هذا الحكم إشارة واضحة في قوله تعالى: ﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾[3] ففرض نفقة المولود على من يرثه إذا مات والده أو كان غير قادر على الإنفاق.[4]

وقد أخذ بهذا الرأي مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية حيث نص في المادة **25** على ما يلي:" **تُلزم الزوجة الموسرة بالانفاق على الأسرة إن كان لها مال** ".[5] والأسرة تشمل الزوجة والزوج وأولادهما.

الفرع الثالث: مسألة سقوط النفقة بسبب نشوز الزوجة:

لقد كانت المادة 37 فقرة 01 من قانون الأسرة قبل التعديل تنص على أنه: " **يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها** " غير أن التعديل الجديد لقانون الأسرة في سنة 2005 لم يبيّن حكم النشوز، مكتفيا بالإشارة فقط إلى الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين في المادة 55 من قانون الأسرة، مما يستوجب معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة.

1- مصطفى ابراهيم الزلمي، **أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن**، دراسة مقارنة بالقانون، نشر احسان للنشر والتوزيع، إقليم كردستان العراق، ط1، 2014، ص 83.

2- كابن حزم الظاهري في كتابه المحلى (ج10 ص 92): حيث قال: فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وإمرأته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر. واحتج بالآية المذكورة: (وعلى الوارث مثل ذلك)

3- سورة البقرة: الآية 233، وفيه بيان على أن الله قد أوجب نفقة الوالدات وهن الزوجات على المولود له وهو الزوج الذي ينسب إليه الولد.

4- مصطفى ابراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 83

5- ينظر المجلة العربية للفقه والقضاء. العدد الثاني تشرين الأول 1985.

ولقد تعرض قضاء النقض لمسألة النشوز في القرار المؤرخ في:09-07-1984 المتضمن ما يلي:" **من المقرر قانونا أن امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بموجب أحكام أصبحت نهائية يعتبر نشوزا منها، وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من النفقة وغيرها** ".[1]

يتبين من هذا القرار أن الزوجة إذا تركت مسكن الزوجية بدون عذر شرعي أو امتنعت عن الرجوع لبيت الزوجية بدون سبب مقبول، أو أنها منعت الزوج من الدخول إلى مسكن الزوجية دون عذر شرعي، فإنها تعتبر في هذه الحالات ناشزا، وتسقط نفقتها ما لم تنه حالة النشوز، وتدخل في طاعة زوجها. فإن عادت إلى الطاعة الزوجية وجبت لها النفقة.

فالناشز لا نفقة لها إلاّ إذا كانت حاملا[2]، لأن حقوق الزوجة والتي منها النفقة مشروطة بالطاعة لقوله تعالى: ﴿ **فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** ﴾[3]، فقد جعل الله سبحانه لكل من الزوجين حقا على الآخر لقوله عزّ وجلّ: ﴿ **ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم** ﴾[4]. فإذا أخل أحدهما بحق الآخر كان للآخر بالمقابل عدم أداء ما عليه، فإذا امتنعت هي عن طاعته سقطت نفقتها عنه للنشوز والعصيان.

وذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية، أن الزوجة الناشز لا تستحق النفقة الشرعية، وهو ما جسّده القرار أعلاه حينما قرّر بأن امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية يعتبر نشوزا منها، وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من النفقة وغيرها، وعلى كل حال يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته المقيمة عند أهلها قائما، لكونها مازالت في عصمته، مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي.[5]

لم يرد في قانون الأسرة تحديد لحقيقة المقصود بالنشوز، ولعلّ هذا السكوت يعود إلى كثرة وتباين الحالات التي تدخل ضمن مفهوم النشوز بحيث يصعب جمعها في تعريف واحد، غير أن ذلك لم يمنع بعض القوانين كقانون الأحوال الشخصية السوري من بيان المقصود بالزوجة الناشر إذ نصّت في المادة 75 منه على ما يأتي:" **الناشزة هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:09-07-1984، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04، ص 199.

2- عدة الحامل وضع حملها ولها النفقة في عدة الطلاق، أنظر المادتين 60 و61 من قانون الأسرة

3- سورة النساء الآية 34.

4- سورة البقرة الآية 288.

5- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 354.

الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر". فهذا النص قصر النشوز على حالتين فقط مع أن النشوز أعمّ من ذلك.

وإذا جئنا إلى الفقه الإسلامي لا نجد عند الفقهاء تعريفا متّفقا عليه، بل اختلفت تعريفاتهم وتفسيراتهم للنشوز، حيث عرّف بعضهم النشوز بأنه: " **منع الزوجة زوجها من مقاربتها وخروجها بغير إذنه، ومنعها دخول زوجها إلى بيتها لغير عذر**"[1]. ووسّع البعض الآخر من نطاق النشوز عندما عرّفوه بأنه: " **معصية الزوجة لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح** "[2] ومثّلوا لذلك بامتناعها عن الفراش، وخروجها من المنزل دون إذنه، وامتناعها من السفر والانتقال معه.

ويلاحظ على التعريفين السابقين ما يلي:[3]

1- التعريف الأول حصر النشوز في صورتين أو ثلاثة فقط مع أن النشوز لا يمكن حصره.

2- التعريف الثاني وضع مبدءاً عاما، لكنه وسّع من نطاق النشوز إلى درجة كبيرة مع أنه ينبغي التضييق فيه لما يترتب على النشوز من آثار ذات أهمية مثل سقوط النفقة، والطلاق الذي يوقعه القاضي بسببه طبقا للمادة **77** من قانون الأسرة.

ولذلك ينبغي أن يعرف النشوز بتعريف يتجنب فيه حصر الحالات والصور، وفي نفس الوقت لا يوسع نطاقه إلى درجة تجعل الحياة الزوجية عرضة للتّصدع ومن ثمة للانهيار، ولذلك نقترح أن يوجه العمل القضائي في هذه المسألة إلى التقيّد بالتعريف الآتي: تعد الزوجة ناشزا إذا فوّتت على زوجها حق المعاشرة بدون وجه حق.

بالنظر إلى الأحوال التي أسقط الفقهاء فيها نفقة الزوجة، نجد أن العلّة الجامعة بينها هي **فوات التمكين** فالفقهاء- ما عدا ابن حزم الظاهري- متفقون على أن امتناع الزوجة عن تسليم نفسها لزوجها يسقط نفقتها لأن النفقة إذا كانت في مقابل التمكين فإنها تسقط بفواته. [4]

1- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة جامعة السليمانية، إقليم كردستان العراق، 2004، ص 147.

2- ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 227.

3- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 147.

4- فاروق عبد الله كريم، المرجع نفسه، ص 148.

الفرع الرابع: مسألة نفقة زوجة الغائب

قد يترك الزوج زوجته بلا نفقة ويختفي أو يتغيّب عنها، فهل يحكم لها القاضي بالنفقة ؟ وإذا حكم لها فما هي شروط ذلك ؟ وهل يأذن لها بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة ؟ فقانون الأسرة لم يتعرض لهذه المسألة، ما يقتضي قانونا وقضاءً الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط الحكم المناسب.

فإذا غاب الزوج أو فقد أو اختفى ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة النفقة، حكم القاضي لها بالنفقة، وقد يحكم لها بالاستدانة باسم الزوج، وهذا مذهب الجمهور[1] وقد ترفع الزوجة أمرها طالبة التفريق بينها وبين زوجها الغائب الذي تعذر تحصيل النفقة منه وهنا قد يحكم القاضي بالتفريق بينهما، وسنتكلم عن الحالة الأولى أما الحالة الثانية فإنه يتم شرحها أثناء الكلام عن التطليق لعدم الإنفاق فيما سيأتي لاحقا.

إن النفقة واجبة على الزوج في الشريعة الإسلامية سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا، فغيبة الزوج أو فقده أو اختفاؤه لا تؤثر في لزوم استمرارية النفقة، وبناء عليه فإن للزوجة أن تطلب من المحكمة فرض نفقة لها على زوجها الغائب وحينئذ ليس على الزوجة إلاّ إثبات الزوجية بتقديم مستند عقد الزواج، وبعد التأكد من موارد المدعى عليه والتزاماته، وتعيين خبير لتقدير النفقة وتحليف الزوجة اليمين قبل إصدار الحكم بالنفقة على أن زوجها غائب ولم يترك لها نفقة، ولا شيء من جنس النفقة، وأنها ليست ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتها، يحكم القاضي بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى وينص في قرار الحكم على أن الزوجة مأذونة بالاستدانة باسم الزوج، وأن على الدائن الرجوع على الزوج عند الظفر به أو بماله.

إنّ إذن القاضي بالاستدانة يأتي بعد أن تحلف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها مالاً سواء في متناول يدها أو في يد أجنبي، أمّا إذا ترك الزوج مالا ظاهرا من جنس النفقة كالنقود والطعام وكان في متناول يد الزوجة فرض القاضي لها النفقة وأذن لها بأخذ المقدار المفروض من مال زوجها، بل أنها تقدر على أخذ ما يكفيها دون الرجوع إلى القضاء، وأما إذا لم يكن في متناول يد الزوجة بل كان وديعة أو دينا في ذمة شخص آخر فرض القاضي لها النفقة، وأمر المودع لديه أو المدين أن يسلم للزوجة المقدار المفروض لها من مال الزوج الذي عنده.[2]

1- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق

2- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 153

وإذا لم يكن للزوج مال من جنس النفقة كالنقود والطعام، بل كانت له دور وعقارات فرض القاضي لها النفقة وأذن لها باستيفاء النفقة المفروضة من أجرة تلك الدور والعقارات، غير أنه ليس من حقها أو حق القاضي أن يبيع شيئا من أموال الزوج لإستيفاء النفقة منه.

وإذا لم يكن للزوج مال ظاهر حكم القاضي لها بالاستدانة باسم الزوج عند الحكم لها بالنفقة وعلى الوجه الذي سبق بيانه، وحينئذ إذا لم تكن الزوجة ذات مال أو دخل يلزم قريبها الذي تلزمه نفقتها– لو لم تكن ذات زوج – كالأب والجد والأخ إقراضها مقدار النفقة المفروضة عند المقدرة، وله الرجوع على الزوج فقط بما أنفق. وإذا لم يكن لها قريب أو وُجد لكنه كان معسرا، ولم يستطع إقراضها، وكانت غير قادرة على العمل التزمت الدولة بالإنفاق عند تحقق الشروط التالية[1]:

1- وجود حكم قضائي يقضي بالنفقة.

2- أن تكون معسرة ومأذونة بالاستدانة ولم تستطع الحصول على النفقة من الزوج، ولم يوجد من قريب أو أجنبي من يقرضها نفقتها.

3- أن تكون غير قادرة على العمل.

وفيما يخص مسألة دين النفقة، فإن الفقهاء متفقون على أن النفقة واجبة على الزوج من وقت إنشاء العقد الصحيح غير أنهم اختلفوا في وقت اعتبارها دينا في ذمة الزوج على رأيين:

أحدهما: وهو مذهب جمهور الفقهاء، أن النفقة تصبح دينا في ذمة الزوج اعتبارا من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق، ولا تسقط بعد ثبوتها دينا إلاّ بالأداء أو الإبراء.[2]

ثانيهما: وهو مذهب الحنفية، أن دين النفقة ثلاثة أقسام:

– دين نفقة تراضى عليه الزوجان أو حكم به القاضي ثم استدانتها الزوجة بإذن الزوج أو القاضي، فهذا يكون دينا قويا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

– دين نفقة تراضى عليها الزوجان أو قضى بها القاضي ولكن لم يؤذن للزوجة بالإستدانة، وهذا دين ضعيف يسقط بالأداء أو الإبراء، وبنشوز الزوجة وموت أحد الزوجين، كما يسقط بالطلاق إذا كان بسبب من جهتها كسوء خلقها.

– دين نفقة لم يتراض عليها الزوجان، ولم يحكم بها القاضي، كنفقة ما دون الشهر فإنها تعتبر دينا ضعيفا.

1- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 154.

2- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص 430

وإذا صارت النفقة دينا وامتنع الزوج عن دفعها لزوجته أجبر على ذلك بواسطة التنفيذ الجبري، ابتداءا من استصدار أمر بالحجز على المنقولات ثم العقارت إلى البيع بالمزاد العلني، هذا إن كان له مال. أما إذا لم يكن له مال ظاهر، فيجوز للقاضي حبسه لحمله على إظهار ماله، وهذا الحبس لا يسقط الدين لأنه ليس عوضا بل هو وسيلة يُلجأ إليها لحمله على إظهار ماله.

وإذا مات الزوج ولم يكن قد سدد ما عليه من دين النفقة فإن من حق الزوجة أن ترفع الدعوى ضد ورثة زوجها وتطالبهم بنفقتها الماضية المترتبة بذمة الزوج حال حياته باعتبارها دينا في ذمته، فيحكم بها لها إضافة إلى تركة الزوج المتوفي.

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالنسب

يعتبر النسب من أهم الآثار التي تترتب على الزواج، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج، وفي ذلك قال تعالى:" **والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة** ".[1] ونظرا لهذه الأهمية فقد أصبح النسب موضع عناية بالغة من قبل الشرع الإسلامي فقد أقرّه ونظّم أحكامه وتولّى حمايته.

ولما تقدم فقد كان النسب موضع اهتمام المشرع الجزائري، فقد خصص له ثمان مواد في قانون الأسرة ابتداء بالمادة **40** وانتهاءً بالمادة **46**.

وستقتصر الدراسة في هذا المطلب على مسائل النسب التي لم يرد النص عليها في قانون الأسرة والتي هي محل اجتهاد قضائي بعد الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

الفرع الأول: مسألة إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية

أدرج المشرع الجزائري الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة والتي جاء فيها: " **يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.**"

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع لم يذكر صراحة كلمة بصمة وراثية، وإنما ذكر عبارة الطرق العلمية، والتي يقصد بها كل وسيلة علمية من شأنها الوصول إلى حقيقة يقينية لإثبات نسب الطفل، ومع

1- سورة النحل، الآية:27

ذلك نعتقد في هذا الشأن أن نيّة المشرع تذهب إلى قصد تقنية فحص الحمض النووي لدلالتها اليقينية عكس تقنية فحص عيّنة الدم التي تعتبر دلالتها ظنية.[1]

بالإضافة إلى ذلك، فإن نسب الولد طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة لا يثبت إلا بأحد الطرق التي يمكن تقسيمها إلى **طرق منشئة** تتمثل في: الزواج الصحيح، النكاح الفاسد، والوطء بشبهة[2] أو ما يطلق عليه بالفراش، و**طرق كاشفة** كالبيّنة، والإقرار، والبصمة الوراثية. هذه الأخيرة جعلها المشرع في المرتبة الأخيرة بين طرق إثبات النسب، بل أكثر من ذلك جعلها جوازية، أي أنه يمكن للقاضي اللجوء إليها، كما يمكنه التغاضي عنها. كما أن صياغة الفقرة أعلاه بذلك التعبير فتح المجال واسعا للاجتهاد القضائي طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية لسدّ الفراغ التشريعي المتعلق ببيان المقصود بالطرق العلمية ومجال تطبيقها وحجيّتها بين طرق إثبات ونفي النسب الشرعية.

وتبعا لذلك، سيتم في هذا الفرع استعراض موقف القضاء من مسألة إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية (أولا) ثم نبيّن آراء فقهاء الشريعة حول منزلة وحجية البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لإثبات النسب ونفيه (ثانيا)، وذلك على النحو الآتي:

أولا- موقف القضاء من مسألة إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية (البصمة الوراثية):

باستقراء أهم قرارات المحكمة العليا الصادرة في هذا الشأن، وجدنا أنها تتعلّق بطائفتين من الأحكام الأولى تتعلّقُ بإثبات النسب، والثانية تختصُّ بنفي النسب.

1- القرارات المتعلقة بحجية الطرق العلمية في إثبات النسب:

من بين هذه القرارات **القرار رقم:355180 المؤرخ في:05-03-2006**، والمتضمّن ما يلي: " **المبدأ: يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية.**" [3]

1- شامي أحمد، **موقف المحكمة العليا من البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب ونفيه**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، سنة 2020، ص 554.

2- الوطء بشبهة: هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص ويظهر بأشكال مختلفة، كالشبهة في الحكم، والشبهة في العقد، والشبهة في الفعل. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص646.

3- مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد1، ص469.

وبالرجوع إلى حيثيات هذا القرار نجد أن المحكمة العليا ردت عن الوجهين الأول والثاني معا لترابطهما بما يلي: " حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنّى الحكم المستأنف الذي رفض طلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص- م) للمطعون ضده باعتباره أبا له كما أثبتته الخبرة العلمية (ADN) معتمدين في ذلك على المادة **20** من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد أن النسب يثبت بعدة طرق منها البينة، ولما كانت الخبرة العلمية (ADN) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده، ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن."

يتبين من التعليل الوارد في هذا القرار أنه كلما ثبت النسب بيولوجيا عن طريق الخبرة العلمية يلحق النسب بالأب البيولوجي، لكن هذا القرار لم يبين بصفة دقيقة هل أن الابن المراد إثبات نسبه ناتج عن علاقة شرعية بين الطرفين أم أنه ناتج عن علاقة غير شرعية.[1]

وتبعا لذلك، يمكن القول أنه إذا كان القصد هو أن الطفل قد نتج عن علاقة غير شرعية فتكون المحكمة العليا قد أخذت "**برأي الشيخ ابن تيمية** " الذي يرى أن يلحق ولد الزنا بالزاني **إذا استلحقه** دون أن يكون هناك فراش شرعي قياسا على إلحاق نسب ولد الزنا بأمه وتوارثهما باتفاق كل المذاهب الإسلامية، ضف إلى ذلك **رأي ابن القيم الجوزية** الذي جاء موافقا لرأي الشيخ ابن تيمية لكنه اشترط لأجل تحققه عدة شروط أهمّها ألا يتطرق القاضي عند فصله في النزاع للتحقيق في مدى قيام العلاقة الزوجية من عدمها.[2]

وهذا ما عبر عنه بقاعدة إحياء الولد، والذي تبنتها المحكمة العليا بموجب **قرارها المؤرخ في:28-10-1997 ملف رقم: 172333** حيث جاء فيه: " **من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة ونكاح الشبهة وشهادة الشهود والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعدُّ إحياءً له، ونفيه قتلا له**".[3]

وبناءا على ذلك، فإنه إذا أقرّ الرجل ببنوة الطفل فإنه يستوجب على القاضي أن يلحق به نسبه دون أن يطلب منه تقديم نسخة من عقد الزواج.

1- نجمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2016، ص 88-89.

2- شامي أحمد، موقف المحكمة العليا من البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب ونفيه، المرجع السابق، ص 559.

3- مجلة المحكمة العليا، العدد1، سنة 1997، ص42

وباستقراء حيثيات **القرار المؤرخ في:15-03-2012**[1] نجد أن قضاة المحكمة العليا رفضوا الطعن بالنقض ضد قرار مجلس قضاء باتنة الذي أيَّد حكم محكمة بريكة القاضي برفض طلب المدعي لعدم التأسيس، حيث أن المدعي طلب اللجوء إلى الخبرة العلمية للتحقّق من نسب ابنته المولودة أثناء قيام العلاقة الزوجية فرفض طلبه، لأن الغرض منه ليس إثبات النسب لأنه ثابت شرعا، وإنما الغاية منه هو نفي النسب، وهو ما لا يكون إلا بالطرق المشروعة المتمثلة في اللّعان، وما دام لم يستخدمه (أي اللعان) فلا مجال للجوء إلى الطرق العلمية، ومن ثم يتضح أن قضاة المحكمة العليا أكدوا بوضوح أنه لا يمكن استخدام الطرق العلمية للتحقق من الأنساب الثابتة شرعا، وهذا يوافق ما أقرته مجامع الفقه الإسلامي في قراراتها المختلفة.[2]

وفي نفس السياق، نجد أن المحكمة العليا قضت في **قرارها المؤرخ في:15-12-1998** فصلا في الطعن رقم:**80820** بما يلي:" **من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار: ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة** ".[3]

وممّا جاء في حيثيات هذا القرار أن المطعون ضده أقرّ بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ:06-04-1997 وما دام الحمل قد تبيّن بالإقرار فلا مجال لإعمال دليل آخر، ولا يحقّ للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

وتبعا لما تقدم، يمكن القول أن هذا القرار جاء موافقا لما استقر عليه الرأي في مجامع الفقه الإسلامي بشأن عدم جواز استخدام البصمة الوراثية والخبرة الطبية لأجل التحقق من الأنساب الثابتة شرعا.

2- القرارات المتعلقة بحجية الطرق العلمية في نفي النسب:

لقد صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات تعرضت لمسألة حجية الطرق العلمية في نفي النسب، منها القرار رقم:605592 المؤرخ في:15-10-2009 والذي نصّ صراحة على أن رفع دعوى اللّعان يحول دون التذرّع بالطرق العلمية[4]، فقضاة المحكمة العليا نقضوا القرار المطعون فيه بوجه تلقائي لمّا تبيّن لهم

1- مجلة المحكمة العليا، 2013، العدد1، ص262.

2- محمد توفيق قديري، **موقف المحكمة العليا من المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة لإثبات النسب بالطرق العلمية نموذجا**، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، 24- 25 أكتوبر 2018، جامعة الوادي.

3- المجلة القضائية، 1999، العدد1، ص122

4- مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد1، ص245.

من ملف القضية أنه سبق وأن كان بين الطرفين دعوى ملاعنة، وإتباع الطريق الشرعي يحول دون اللجوء إلى الخبرة العلمية في قضايا النسب.[1]

كما جاء في القرار رقم:828820 المؤرخ في:13-12-2012 ما يلي: **أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان فقط، وهو الطريق المشروع المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة، ومن ثم لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بطلب من الزوج، وأن نص المادة 40 من قانون الأسرة مقرر للإثبات وليس للنفي.**[2]

بالرجوع إلى حيثيات القرار تبين أن المحكمة العليا رفضت طلب النقض ضد قرار قضى بتأييد حكم صادر عن محكمة المحمدية قضى برفض دعوى الطاعن الذي طالب أمامها بإلزام المطعون ضدها بالرجوع إلى بيت الزوجية وإجراء تحاليل الحمض النووي ADN على الجنين، وقد علّلت المحكمة العليا رفضها كما تقدم أعلاه بأن النسب ثابت بالفراش، ولا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان حسب ما جاء في المادة 41 من قانون الأسرة. وهذا قضاء سليم جاء موافقا لآراء معظم الفقهاء في العصر الحديث حول هذه المسألة لكي لا يفتح باب التشكيك في الأنساب، والذي ينتج عنه فتن كثيرة تؤدي إلى الطلاق وشتات الأسر.

ثانيا- آراء فقهاء الشريعة حول منزلة وحجية البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لإثبات النسب ونفيه:

1- منزلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لإثبات النسب:

لقد اختلف الفقهاء المعاصرون حول تحديد مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب الفقهية إلى فريقين: الأول قال بتقديم الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية، والفريق الثاني قال بتقديم البصمة الوراثية على الأدلة الشرعية، وسنتناول رأي كل فريق بشيء من التفصيل فيما يأتي:

1- محمد توفيق قديري، موقف المحكمة العليا من المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة، المرجع السابق.

2- مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد1، ص323.

أ- **رأي القائلين بتقديم الأدلة الشرعية على البصمة الوراثية:** هذا الرأي يمثله أغلب الفقهاء المعاصرين[1] فهم يرون أن أعلى مراتب البصمة الوراثية أن تكون في درجة القيافة [2]، وتبقى أدلة إثبات النسب المعهودة على تربيتها الأصلي: زوجية، بيّنة، إقرار، وأنه لا يصار إلى غيرها كالقيافة أو البصمة الوراثية، إلا إذا انعدمت هذه الأدلة، أو حيث يتعذر العمل بها في حالة وقوع التنازع أو التدافع فيها، أما إذا وجدت إحداها فلا تقوى البصمة على تضعيفها أو إسقاطها لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، وعامل الوراثة ليس أصلا من الأصول القاطعة الذي تثبت به البنوة أو الأبوة، أو الأمومة، بل هي مجرد قرينة يستأنس بها.

وحجّتهم في ذلك أن الأدلة الشرعية المثبتة للنسب ورد بها العمل نصا وإجماعا، والقول بتقديم البصمة الوراثية عليها إبطال للنصوص الشرعية ومخالفة لإجماع الأمة، واستخدامها بإطلاق يؤدي إلى مزاحمتها الوسائل المنصوص عليها شرعا.

ونوقش هذا الاستدلال بأن تلك الأدلة ليست أدلة تعبدية غير معقولة المعنى حتى نتحرّج أو نتردّد في تقديم البصمة الوراثية عليها أو أية وسيلة علمية يكشف عنها العلم، بل هي أدلة معللة، الغرض منها الإثبات والبيان، وهو متحقق بالبصمة الوراثية، ويبقى العمل بتلك الأدلة حيث لا يسير الإثبات بغيرها، كما أن تلك الأدلة في حدّ ذاتها إذا وجد ما يعارضها حسّا فإنه يسقط العمل بها، كوضع المولود مثلا لأقل من 6 أشهر اتفاقا، ولم يقل أحد ذلك إبطال لنص الحديث الولد للفراش، أو لإجماع الأمة.[3]

والحجة الثانية مفادها أن الفحص الوراثي إذا عارض الفراش أو الشهادة، كان سيثبت بالأدلة التقليدية لولا تدخل البصمة الوراثية بنتائجها اليقينية لتكشف المستور " الحقيقة ".

وردّ على ذلك أن أهل العلم يثبتون النسب بتلك الأدلة الشرعية لأنها أقصى ما كان متاحا في زمانهم من معارف يستدل بها على قيام المخالطة الزوجية فاستندوا إلى أمور تقريبية وهي مبنية على الحس والعقل كاشتراط كون الزوج ممّن يولد له، وأن يكون فارق السن مقبولا بين المقر والمقر له، ووضع الحمل

1- منهم: د. محمد سليمان الأشقر، د. وهبة الزحيلي، د. ناصر عبد الله سليمان، وهو ما استقرت عليه الحلقة المناقشية لندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة المنعقدة بالكويت في الفترة 28-2000/01/29، اتفق أكثر الحضور على أن البصمة ترقى إلى دليل القيافة ولا تتقدم على الشهادة.

2- القافة هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه، والقائف هو الذي يعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، وقد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بالقيافة، فذهب الجمهور إلى أن النسب يثبت بها، ويجوز الاعتماد عليها في إثباته عند التنازع وعدم توفر الدليل الأقوى منها، وذهب الحنفية إلى أنه لا يثبت النسب بقول القائف، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب. أنظر: محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 498.

3- عبد الرحمن بن قدامه، **الشرح الكبير بذيل المغنى**، تحقيق محمد شرف، القاهرة: دار الحديث، 2004، ص98.

بين أقل و أقصى مدة الحمل، وأنه يمكن اختزال كل هذه الشروط في شرط واحد هو عدم معارضة دليل إثبات النسب لنتيجة البصمة الوراثية.[1]

ب- رأي القائلين بتقديم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن البصمة الوراثية يصح أن تكون أولى بالتطبيق من أدلة إثبات النسب التقليدية إذا تعارضت نتائجها مع فراش الزوجية أو الشهادة أو الإقرار بأنواعه، وهي بذلك ليست دليلا مستقلا بذاته يتقدم عن تلك الأدلة الشرعية، وإنما هي بمثابة شرط حسي لصحة الأخذ بتلك الأدلة من جهة، ومن جهة أخرى تعدُّ مانعا شرعيا من قبول تلك الأدلة الظنّية إذا تعارضت معها، فهي تدعم دلالة تلك الوسائل الظنية وترفعها إلى مقام اليقين على أساس أنها قرينة قاطعة[2]، تصاحب الدليل الشرعي وليس دليلا مستقلا بذاته.[3]

وقد جاء في ندوة الكويت المنعقدة تحت عنوان: " الوراثة والهندسة الوراثية والجينيوم البشري والعلاج الجيني – رؤية إسلامية- " في إحدى توصياتها أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقّق من الشخصية ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء، من غير قضايا الحدود الشرعية.[4]

وقد اعتمد هذا الاتجاه على أن الأدلة الفقهية مبنية على النص الغالب، إذ كلها لا تفيد القطع بوقوع المخالطة الزوجية التي تكون سببا للحمل، فلا الشهود وقفوا بأنفسهم على ذلك، ولا الفراش الشرعي مفضي وجوبا إلى ذلك، ولا الإقرار الذي قد يكون على خلاف الحقيقة والواقع، فهي كلها تتعرض للخطأ والنسيان والتزوير، أما البصمة الوراثية فهي مبنية على اليقين والجزم خصوصا إذا روعيت الضوابط التي حددها الفقهاء تفاديا لاختلاط العينات أو تلوثها.

1- بورقعة سفيان بن اعمر، **النسب ومدى تأثير المستجدات الطبية في إثباته**، ط1، الرياض: كنوز اشبيليا، 2007.

2- القرينة هي الوسيلة التي تتوصل بها إلى استنتاج أساسي تطمئن إليه النفس لإثبات واقعة أو نفيها عند انعدام البينة القاطعة، محمد الحاج ناصر، الإثبات بالقرائن أو الأمارات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، 2000، ص98.

3- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص239.

4- ندوة الكويت المنعقدة بتاريخ 13-15 مارس1998 بالكويت.

2- منزلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لنفي النسب:

لئن كانت أحكام الشريعة الإسلامية توسعت في طرق إثبات النسب، فإنها تشددت في طرق نفيه، ذلك أنها لم تجعل إلا طريقا واحدا، قيدته بجملة من الشروط، وهو طريق اللعان[1]. وقد اختلف الفقهاء حول صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان، وذلك على قولين:

أ- رأي القائلين بتقديم البصمة الوراثية عن اللعان[2]: يميل أصحاب هذا الرأي إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللعان لأن نتائجها يقينية، فإذا ثبت لدى الزوج أن الولد ليس منه، له أن ينفي ذلك بالبصمة الوراثية دون اللعان. وفي هذا الشأن قال الدكتور يوسف القرضاوي: أن التحاكم إلى البصمة الوراثية جائز إذا كان بطلب من الزوجة دون الزوج حتى تتمكن من درء التهمة عن نفسها وتحفظ حقها، وليس في ذلك اعتداء على شخص آخر وتم الاستدلال بما يلي:

- أن الزوج يلجأ إلى اللعان لنفي النسب بسبب انعدام الشهود، أن العدد المطلوب من الشهود بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه، ولما كان الفحص من خلال البصمة الوراثية يدل على صحة أقوال الزوج، وعليه يكون بمثابة الشهود والتي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته، ودعموا رأيهم بقوله تعالى: " **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَات بِاللّه إِنَّهُ لَمِنَ الْصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا العَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَات بِاللّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَتْ مِنَ الْصَّادِقِينَ** ". [3]

والبينة هنا هي البصمة الوراثية لأنها أقوى حجة من الشهادة، ولأن الارتباط بين الوالد والمولود دلالته يقينية، والشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين باليقين.[4]

1- اللعان: لغة هو من اللعن بمعنى الطرد والإبعاد، أما اصطلاحا فهو شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعان تجرى على الطريقة الشرعية. أشرف عبد الرزاق، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

2- أصحاب هذا الرأي:الشيخ محمد المختار السلامي، الشيخ يوسف القرضاوي أثناء مناقشات موضوع البصمة الوراثية بالمجتمع الفقهي السادس عشر بمكة المكرمة بتاريخ: 2002/1/9، حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2006.

3- سورة النور، الآيات: 6-7-8-9.

4- السلامي محمد مختار، **التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الإثبات**، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ج2، ص456.

– ما ورد على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال:" **أيما رجل أنكر ولده وقد عرفه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأشهاد.**" وهذا الحديث صريح في منع إنكار نسب الولد بعد معرفته أو ثبوته بأي وسيلة كانت ومنها البصمة الوراثية.[1]

– أن اللعان الذي شرع رفعا للحرج عن الأزواج لا تعرف فيه الحقيقة، فقد يؤدي إلى ظلم طفل بحرمانه من النسب، وإلى ظلم الزوجة في الطعن في شرفها، إذا لم يكن الزوج ممّن يتقي الله خصوصا في هذا العصر الذي تراجع فيه الوازع الديني.

– أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليل على أنه ليس منه بقوله:" **إذا جاءت به أبيضا بسطا فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعدا فهو للذي رماها به** ".[2] وفي ذلك اعتبار للشبهة أي الصفات الجينية، فقد جعله النبي صلى الله عليه وسلم دالاً على نفي النسب عن الزوج.

وقد تم الرد على هذا الرأي بما يلي:

– أن الأصل الذي عدل عنه إلى اللعان في الآية الكريمة جاء بلفظ " الشهداء" وهذا ما يؤدي إلى ضعف ذلك الاستدلال لأن البصمة الوراثية لا يمكن أن تكون من الشهداء، بخلاف ما جاءت به الآية بلفظ " بينات" ومنه لا يمكن الاستدلال بتلك الآية.

– أن هذا الرأي فيه مصادمة لنصوص شرعية، إذ كيف يمكن إلغاء حكم شرعي بناءً على تصريحات طبية مظنونة، وأن الله سبحانه وتعالى يقول: " **وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبينا.**" [3]

– أما بالنسبة للحديث السابق فردوا عليه بأن ليس فيه ما يدل على اعتبار الصفات المتشابهة أو الصفات الجينية للاستناد عليها لنفي النسب بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **لولا الإيمان كان لي ولا شأن**" أي لولا إيمان اللعان، لأن اللعان سبب أقوى من الشبه، وبالتالي لا يصار إلى البصمة الوراثية مع وجود ما هو أقوى منها وهو اللعان.[4]

1– الأدمعي تمام، **أحكام الجينات البشرية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير في الفقه ومذاهبه، كلية الشريعة جامعة دمشق، 2005، ص133.

2– مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 22، د. ت، ص133.

3– سورة الأحزاب، الآية 36.

4– حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص811.

ب- رأي القائلين بتقديم اللعان على البصمة الوراثية: يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن اللعان مقدم على البصمة الوراثية في نفي النسب، وقد استدلوا بما يلي:

- أن اللعان مسألة ثابتة بالكتاب، والسنة، والإجماع، فلا يجوز إلغاءه وإحلال غيره محله مهما بلغت من الدقة في نظر المختصين بها.[1]

- أن الشريعة شددت في نفي النسب بعد ثبوته، وجعلت الطريق الوحيد لهذا النفي هو اللعان، حتى يحمي الزوجة من إتهام زوجها لها بالباطل.

- أن إجراء اللعان له صفة تعبدية، وتترتب عليه آثار كثيرة كدرء حدّ القذف عن الزوج وحدّ الرَّجم عن الزوجة وتأبيد الحرمة بينهما وغيرها، ولا يقتصر حكمها على مجرّد نفي الولد عن الزوج بخلاف البصمة الوراثية التي تقوم على معرفة الحقيقة المجرّدة، والتي قد يشوبها الخطأ باعتبارها عمل بشري.[2]

3- إمكانية الاستفادة من نتائج البصمة الوراثية:

نظرا لأهمية الموضوع فقد تم عرضه على المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وقد تم إرجاء اتخاذ قرار بشأن هذا الموضوع في الدورة الخامسة عشر من دورات المجمع للحاجة إلى مزيد من البحث والدراسة الطبية والشرعية، ثم صدر القرار في الدورة السادسة عشرة، وخلاصته:[3] أنه لا يجوز للزوج أن يعتمد على البصمة الوراثية لنفي نسب من تلده زوجته، وإنما طريق ذلك اللعان بشروطه الشرعية، ولا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية بدعوى الاستيثاق من صحة من ثبت نسبهم شرعا. ولكن لا بأس بالاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

- حالات التنازع في مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه من زواج فاسد كزواج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها.

- الحالات التي يدعي فيها رجلان نسب الولد المتنازع عليه.

- حالات اختلاط المواليد في المستشفيات، الاشتباه في أطفال الأنابيب، وأصحاب الجثث المفحمة.

1- حسين محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص805.

2- ناصر عبد الله، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، 2000،ج2، ص618.

3- مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة أيام من 5 إلى 10 من شهر جانفي 2002.

– حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين.

يتبين لنا من خلال هذا العرض أن أغلبية الفقهاء يقولون بتقديم الطرق الشرعية على البصمة الوراثية في إثبات النسب، وأنه يمكن الاستفادة من نتائج البصمة الوراثية لإثبات النسب في حالات معينة ووفق ضوابط شرعية، وأنه لا يمكن للبصمة الوراثية أن تحل محل اللعان لنفي النسب ولا يمكن أن تقدّم عليه.

الفرع الثاني: مسألة نفي النسب باللعان.

أشار قانون الأسرة الجزائري إلى اللعان في المادة **41** التي نصت على أنه: " **ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**". كما ذكره في المادة **138** بقولها: **يمنع من الإرث اللعان والردة.**

أما كيفية اللّعان والآلية التي يتم بها، وشروط نفي النسب به، ودور القاضي فيه فهذا ما لم يرد ذكره في القانون، لكن وحسب منطوق المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل فراغ قانوني، فإنه يمكن تنفيذ اللعان بموجب هذه المادة بالكيفية الواردة في الفقه الإسلامي، فهل نجد تطبيقا قضائيا لمسألة اللعان بين الزوجين طبقا لهذه المادة ؟ وكيف تسير دعوى اللعان والإجراءات التي تسلكها ؟

وللإجابة على هذين السؤالين نستعرض أولا ما تقرر في الفقه الإسلامي في هذا الموضوع، ثم نبحث مدى تطبيقات ذلك في القضاء الجزائري، وذلك فيما يأتي:

أولا– اللعان في الفقه الإسلامي:

1– تعريف اللعان: اللعان لغة: من اللعن الذي هو الطرد والإبعاد، ومنه لعن إبليس أي طرده من الجنة وإبعاده من جوار الملائكة، ولاعن إمرأته، ولاعن القاضي بينهما، ووقع بينهما اللعان، وتلاعنا والتعنا.. المباهلة التي تقع بين الزوج وزوجته.[1]

أما إصطلاحا فهو شهادات مؤكدات بالأيمان يؤديها الزوجان إذا قذف الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها مقرونة باللعن من جانبه وبالغضب منها.[2]

1– الزمخشري، أساس البلاغة، د. ط. بيروت لبنان: دار المعرفة د. ت. فصل: لعن.

2– فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 229.

2- شروط نفي النسب باللعان:

اشترط الحنفية ستة شروط لنفي النّسب، نلخصها فيما يلي[1]:

أ- صدور حكم قضائي بالتفريق بين الزوجين.

ب- أن يكون نفي الولد في رأي أبي حنيفة بعد الولادة مباشرة أو بعدها بيوم أو يومين أو نحوهما إلى سبعة أيام مدة التهنئة بالمولود عادة، فإن نفاه بعدئذ لا ينتفي. وقال الصاحبان: يتقدر نفي الولد بأكثر مدة النفاس وهي أربعون يوما.

ج- ألا يتقدم منه إقرار بالولد ولو دلالة أو ضمنا، كقبوله التهنئة بالمولود مع عدم الرد.

د- أن يكون الولد حيًّا وقت التفريق القضائي.

هـ- ألا تلد بعد التفريق ولدا آخر من بطن واحد.

و- ألا يكون محكوما بثبوت نسب الولد شرعا.

ويشترط المالكية [2] لنفي الحمل شرطان هما:

أ- أن يدعي الزوج أنه لم يطأ زوجته أصلا بعد العقد، أو لأمد يلحق به، أو أنه وطأها، ولكنه استبرأها بحيضة واحدة.

ب- أن ينفي الولد قبل وضعه، فإن سكت ولو يوما بلا عذر حتى وضعته، حدّ الزوج ولم يلاعن.

أما الشافعية[3] فأجازوا نفي الولد أثناء الحمل أو بعد الولادة مباشرة، فإن أخر بلا عذر أو قبل تهنئة المولود سقط حقه في النفي، لأن التأخر يتضمن الإقرار به. وقالوا لا يصح نفي أحد التوأمين.

وقال الحنابلة: يشترط لنفي الولد باللعان ما يأتي[4]:

أ- ألا يتقدّمه إقرار به، أو بتوأمه، أو ما يدلُّ عليه.

ب- أن يعجل نفي الولد بعد الولادة.

ج- أن يذكر نفي الولد في لعان كل من الزوجين.

د- أن يوجد اللعان من كلا الزوجين. وهذا قول أكثر العلماء، وقال الشافعي: ينتفي الولد بلعان الزوج وحده، لأن نفي الولد إنما كان بيمينه والتعانه، لا بيمين المرأة على تكذيبه.

1- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 540.

2- عبد الرحمان الجزيري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 244

3- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 416

4- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 541-542

هـ- أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعا.

و- أن يبدأ بلعان الزوج قبل لعان المرأة.

3- كيفية اللعان:

اتفق الفقهاء على كيفية اللعان على النحو الآتي: إذا قذف الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها منه، ولم تكن له بينة، ولم تصدقه الزوجة وطلبت إقامة حد القذف عليه، أمره القاضي باللعان، بأن يبتدئ القاضي بالزوج، فيقول أمامه أربع مرات: **(أشهد بالله، إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا أو نفي الولد)** بأن يحدد المقصود بالإشارة إليها إن كانت حاضرة، أو بالتسمية بأن يقول: **(فيما رميت به فلانة زوجتي من الزنا)** ثم يقول في الخامسة: **(لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها من الزنا أو نفي الولد)** ويشير الزوج إليها في جميع ما ذكر.

ثم تقول المرأة أربع مرات أيضاً: **(أشهد بالله، إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد)** وتقول في الخامسة: **(إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد).**

والزوج هو الذي يبدأ باللعان عند جمهور الفقهاء، وقال أبو حنيفة: يجزئ أن تبدأ المرأة باللعان، وقال الكساني في البدائع: ينبغي أن تعيد، لأن اللعان شهادة المرأة، وشهادتها تقدح في شهادة الزوج، فلا تصح إلا بعد وجود شهادته.[1]

4- دور القاضي في اللعان:

يسنّ للقاضي في مسألة نفي النسب باللعان ما يأتي:

أ- أن يعظ المتلاعنين قبل اللعان، ويخوفهما بعذاب الله في الآخرة.

ب- لا يحكم القاضي في اللعان حتى يثبت عنده زواج المتلاعنين.

ج- أن يتلاعن الزوجان قائمين، ليراهما الناس، ويشتهر أمرهما، فيقوم الرجل عند لعانه، والمرأة جالسة، ثم تقوم عند لعانها، ويقعد الرجل، ويتكلم المتلاعنان بألفاظ اللعان، وهي أربع شهادات.

د- أن يحضر جماعة من المسلمين اللعان، وأقلها أربعة عدول، وهذا ما أوجبه المالكية.

1- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 544.

هـ- أن يغلّظ اللعان في الزمان والمكان في رأي المالكية والشافعية، والحنابلة على الراجح، بأن يكون بعد صلاة العصر لأنها الصلاة الوسطى على الرّاجح، أو بعد صلاة عصر الجمعة، لأن ساعة الإجابة فيه كما رواه أبو داود والنسائي وصححه.

أما فيما يخص مكان تنفيذ اللّعان، فإن الفقهاء يعتبرون المسجد أفضل وأشرف الأماكن لتنفيذه، لما تتصف به من قدسية، وما تحدثه من رهبة في نفوس الزوجين والحاضرين، مما قد يساعد على عدم إتمامه باعتراف أحد الزوجين خوفا من الله وعذاب الآخرة. ولذلك أوجب المالكية إجراء اللعان في المسجد.

ولا يغلّظ اللعان في رأي القاضي أبي يعلى من الحنابلة، والحنفية بمكان ولا زمان، لأن الله تعالى أطلق الأمر به، ولم يقيده بزمن ولا مكان، فلا يجوز تقييده إلا بدليل.[1]

ثانيا- تطبيقات اللعان في القضاء الجزائري:

ما يمكن تسجيله في هذا الإطار هو ندرة قضايا اللعان، سواء ما تعلق بتهمة الزنا أو بنفي نسب الحمل. أما ما تعلق بقرارات المحكمة العليا، فإن ما وقع بين أيدينا من ذلك قليل يتعذر معه الخروج بتصور كامل عن تطبيق اللعان كما ورد في الفقه الإسلامي.

ومن بين قرارات المحكمة العليا التي تناولت مسألة اللعان لنفي النسب ما يأتي:

1- القرار المؤرخ في:**23-04-1991** ملف رقم:**69789** والمتضمن ما يلي: " **من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين. ومن المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل ستى أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الولد ازداد قبل ستة أشهر من بعد الزواج، وأن اللعان الذي وقع من الزوج كان مطابقا للشريعة الإسلامية، فإن قضاة المجلس بقضائهم بانعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك، استوجب رفض الطعن.**[2]

2- القرار المؤرخ في:**26-09-1995** ملف رقم:**121026** وجاء في حيثياته: " **إن نفي النسب أو اللعان طبقا لمبادئ الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، يكون له فترة معينة وقصيرة، بعد العلم بالحمل أو الوضع، وليس بعد مرور عدة أشهر بعد المطالبة بالنفقة.**" [3]

1- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 546

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:23-04-1991 ملف رقم: 69789 ، **م. ق.** عدد 3، ص54.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:26-09-1995 ملف رقم: 121026، **ن. ق.** عدد 55، ص 168.

3- القرار المؤرخ في:**28-10-1997** ملف رقم:**172397** وجاء في حيثياته: " **حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق، وفي أجل لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.**"[1]

وعلى ضوء هذه القرارات، يمكن استخلاص ما جرى عليه العمل القضائي في مسألة نفي النسب باللعان وذلك فيما يلي:

- نفي النسب لا يكون إلا باللّعان، وبموجب دعوى قضائية تستوفي الشروط المنصوص عليها في الفقه المالكي والتي تقدّم بيانها أعلاه.

- للزوج وحده حق طلب اللعان، فلا يثار هذا الطلب من طرف الزوجة ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

- عند تحقق شروط قبول الدعوى، واقتناع القاضي بذلك، يحيل الزوجان- إما بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع أو أمر أثناء سير الخصومة - إلى مسجد المدينة التي بها مسكن الزوجية مثلاً، أو أي مسجد في المدن الكبرى، بحيث يكون المسجد العتيق، وهذا تماشيا مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء غير الحنفية.

- لا تجرى أيمان اللعان بين الزوجين إلا بتكليف محضر قضائي بحضور ومعاينة الواقعة، وتبليغ الزوجين بصيغة الأيمان، وتحرير محضر بذلك يقدم للقاضي ليؤسس عليه الحكم المترتب.

- الحكم الفاصل في دعوى اللعان (إن توافرت شروطها) يتضمن التفريق بين الزوجين وإسقاط النسب.

3- القرار المؤرخ في:**16-07-1990** ملف رقم:**76343** جاء فيه ما يلي:" **من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية. ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.**[2]

بالرجوع إلى حيثيات القرار أعلاه، فإن وقائع القضية تتلخص في أن الطاعن تزوج بالمطعون ضدها بتاريخ:21-05-1986، وأن هذه الأخيرة أخبرته في نفس السنة بتاريخ:15-08-1986 بأنها حامل، وهو في طريقه إلى السفر، فلما عاد من سفره رفع دعوى قضائية ضدّها أمام محكمة بلكور يطلب فيها الطلاق ونفي الولد باللعان. فصدر حكما بتاريخ:12-07-1987 يقضي بالطلاق بين الطرفين وتوابعه

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:28-10-1997 ملف رقم: 172397 ، **ن. ق.** عدد 54 ، ص103

2- المحكمة العليا،غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:16-07-1990 ملف رقم:76343، **م.ق** 1991، عدد 03، ص 75.

ورفض طلب نفي الولد باللعان بحجّة أن الطاعن علم بالحمل يوم:15-08-1986 ولم يقم دعوى لنفيه إلاّ في الفاتح من الشهر الموالي، واللعان مطلوب من صاحبه ألا يتأخر عن طلبه بمجرد العلم بالحمل أو الولد أو الرؤية في الزنا وإلا كان غير مقبول منه.

وتبعا لذلك قد فصلت المحكمة العليا في مسألة فقهية مهمة حينما قررت **جواز تأخير اللعان لظروف خاصة**، وبناءً على ذلك نقضت قرار قضاة الاستئناف المؤيد للحكم الصادر عن محكمة بلكور بتاريخ:12-07-1987 والقاضي بالطلاق بين الطرفين وتوابعه ورفض طلب نفي الولد باللعان.

حيث استند محامي الطاعن في طعنه على أربعة أسباب، نذكر منها السبب الثالث فقط لتعلقه بالمسألة محل الدراسة، ومما جاء فيه:

- أن القرار محل الطعن خالف المادة 222 من قانون الأسرة حينما رفض قضاة الموضوع طلبه المتعلق بلعن زوجته لنفي الولد الذي أتت به وهو لم يلمسها أبدا.

- أن النصوص الفقهية الخاصة بنفي الحمل التي وردت في شرح الدريني تقول: أن نفي الحمل ممكن سواء أكانت المرأة في العصمة أو مطلقة خرجت من العدة أو لا زالت حية أم ميتة، **ولا يتقيد اللعان بزمان** إلا إذا تجاوز أقصى أمد الحمل من يوم الطّلاق.

- أن الطاعن لمّا علم بالحمل بادر إلى نفيه في الدعوى مع طلب الطلاق، وكان ذلك في أول سبتمبر 1986 ولم يعلم به إلا في اللحظة الأخيرة وهو يودع زوجته عند أهلها ولم يرها بعد الوداع، وأنه لم يمسها قبل ذلك أو بعده وقام حينا بإجراءات اللعان، إلا أن قضاة الموضوع ردوا عليه بأنه تأخر في طلب اللعان.

وقد خلصت المحكمة العليا فيما يتعلق بمناقشتها للسبب الثالث بمختلف فروعه إلى ما يلي:

أ- أن اللّعان شرع لأمرين: لنفي الحمل أو الولد أو لرؤية الزوجة تزني، فهو واجب في الأول والثاني ينبغي تركه، ومرجع قضاة المحكمة العليا في ذلك النصوص الفقهية الخاصة بنفي الحمل الواردة في **شرح الدردير**، والتي يستفاد منها أن الزوج إذا أيقن بأن الحمل أو الولد ليس منه عليه أن ينفي ذلك بلعان.

ب- أنه إذا كانت القاعدة الشرعية تقضي بأن نفي الحمل يكون بلعان معجل من غير انتظام للوضع، فإن التأخير لا يكون مانعا من اللعان بصورة نهائية وإلا كانت أحكام الشريعة قاسية وهذا ليس معهودا فيها. مستنبطة ذلك- أي المحكمة العليا- بما ورد في موضوع آخر من نفس الباب في **شرح الدردير** بقوله: " وأن وطأ اللاعن زوجته بعد رؤيتها تزني أو علمه بوضع أو حمل أو أخر اللعان بعد علمه

بوضع أو حمل اليوم واليومين بلا عذر امتنع لعانه في الصور الخمس". وفي العذر المذكور يمكن الحكم، فالطاعن علم بالحمل ورجله في بداية السفر وهو موظف مربوط بمواعيد عمله، واختيار الزوجة هذا الظرف لإخباره بحملها فيه ريبة، وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللعان وقت إخباره به فيه إضرار به وبعمله كموظف في سفارة بالخارج، ولذلك كان على القضاة سيما قضاة المجلس، أن يراعوا هذا الجانب ويعتبرونه عذرا شرعيا ويمكنوه من اللعان.

ج- أن اللعان لا يتقيّد بزمان إلا إذا تجاوز أقصى أمد الحمل حتى يوم الطلاق، فالزوج يعتبر في حكم الغائب والمدة التي تأخر فيها عن طلب اللعان غير مانعة منه.

ارتأينا بعرض هذا القرار إثارة مسألة الاجتهاد القضائي بخصوص تحديد مدّة اللعان، باعتبار أن المسألة لا نص فيها حيث يترتب على اللعان آثار مهمة بعد حدوثه، ومنها نفي النسب عن الزوج وإلحاقه بأمه ولتحقق ذلك يشترط شروطا منها شرط الفورية، والمستقر عليه قضاءً أن مدة نفي الحمل أو النسب لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم.[1] والهدف من تحديد المدة هو قطع دابر الشك الذي قد يحدث في نفس الزوج إذ لو كان متيقنا أن الحمل أو الولد ليس منه لسارع لنفيه.

لقد أشارت المحكمة العليا أن آجال نفي الحمل ضيّقة جدّا كما نص على ذلك فقهاء الشريعة، كما نقلت أن الإمام مالك رحمه الله تعالى حدّد ذلك بيوم واحد من يوم العلم وإلا سقط الحق في المطالبة باللعان. وهذا ما كانت قد اعتمدته سابقا في أحد قراراتها لسنة 1985 حيث جاء فيه ما يلي : " **من المبادئ الشرعية أن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت، ولو ليوم واحد، بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا**".[2] وهذا قضاءٌ يتوافق مع مذهب الإمام مالك رحمه الله ومن معه من جمهور الفقهاء كما سيأتي.

إن ما قرّرته المحكمة العليا بشأن مدة نفي النسب باللعان بأن لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم يلتقي إلى حد كبير مع قول ضعيف روي عن أبي حنيفة أنه قدره بسبعة أيام، وروي عنه تقديره بثلاثة أيام[3] ولكن لم يرو عنه في ظاهر الرواية تقدير هذه المدة بزمن معين، بل جعل تقديرها مفوضا إلى رأي

1- المحكمة العليا، غ.أ. ش، ملف رقم :99000، قرار مؤرخ في:23-11-1993، عدد خاص، ص 64. وممّا جاء فيه: أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه وخلال المدة المحددة شرعا، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

2- قرار المحكمة العليا المؤرخ في:25-02-1985، **م.ق** لسنة 1989، عدد1، ص83. والقرار المؤرخ في:20-10-1988، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد3، ص 55.

3- الكساني، بدائع الصنائع، ج3، ص 246. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ص 161.

القاضي، لأن نفي الولد أو عدم نفيه يحتاج إلى التفكير والتروي قبل الإقدام عليه، إذ ربما ينفي نسبه وهو منه، أو يعترف به وهو ليس منه، وكلاهما لا يحل شرعا، وعلى هذا لا بد من إعطاء الزوج مدة يفكر فيها ويتروى، وهذه المدة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، فلا يمكن تحديد زمن يطبق على جميع الأفراد والحالات، فيجب تفويض ذلك إلى القاضي.[1] بل ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى القول: " **نفي الولد يقدر بأكثر مدة النفاس وهي أربعون يوما، لأن النفاس أثر الولادة، فيأخذ حكمها، فكما يكون للزوج أن ينفي الولد عند الولادة يكون له أيضا أن ينفيه ما دام أثرها باقيا** ".[2] في حين ذهب المالكية والشافعية في الجديد والحنابلة إلى أن التعجيل شرط لنفي الحمل أو الولد عن الزوج، فلو علم الزوج بالحمل أو الولادة فسكت عن نفيه بعد علمه ثم أراد أن ينفيه باللعان، فإنه لا يمكن منه ويحدُّ حد القذف، سواء طال زمن سكوته كالشهر أو قصر كاليوم واليومين، إلا أن يكون سكوته لعذر.[3]

إن المقصد من تشريع اللعان يقتضي التعجيل بنفي الولد متى علم ولادته من غير تأخير، ما لم يكن التأخير لعذر، لأن ذلك شبهة قوية في إعراض الزوج عن نفيه. أما القول بتقدير مدة للّعان، وأنها ثمانية أيام حسب ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا[4] فبعيد جدا والرأي فيها لا يستحسن؛ لما قد يفتح للأزواج أبوابا للشرور والظنون بزوجاتهم، أما ترك النفي بما جرت به العادة، فيؤدي إلى عدم الضبط وتضارب في أحكام النسب بين الثبوت والنفي، وللقاضي أن يراعي ظروف الزوج ويضيف أعذارا حالت دون نفي النسب على الفور.

الفرع الثالث: مسألة مدى اعتبار الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب

حددت الشريعة الإسلامية طرق إثبات النسب الشرعي، والتي من بينها نكاح الشبهة، وهو النكاح الذي يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، يؤدي إلى درء العقوبة والحد عن الشخص الذي وقع في الغلط، كما يؤدي إلى إثبات النسب إذا نتج عنه ولد، وهذا هو التفسير المعطى لنكاح الشبهة فقها.

1- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج35، ص 262

2- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج35، ص 262

3- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج35، ص 262

4- إن مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل. وإن من المبادئ الشرعية أن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت، ولو ليوم واحد، بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا. أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في:25-02-1985. المجلة القضائية لسنة 1989، عدد1، ص 83. والقرار المؤرخ في:20-10-1988، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد3، ص 55.

ولقد استمد قانون الأسرة طرق إثبات النسب الشرعي من الشريعة الإسلامية، ونص عليها في المادة 40 إلا أنه لم يفصل في أحكامها لا سيّما في نكاح الشبهة، فلم يبيّن المقصود بالشبهة وأقسامها، تاركا ذلك للقضاء في إطار أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن المسائل التي اعتبرها القضاء متعلقة بنكاح الشبهة مسألة الإغتصاب، حيث كيف الاغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:**12- 05-2011** والمتضمّن ما يلي: **أن النزاع المثار في القضية يحكمه نص المادة 40 من قانون الأسرة، وذلك بتكييف الاغتصاب تحت مشتملات هذا النص (نكاح الشبهة)، وهذا على خلاف ما قضى به قضاة الموضوع من اعتبار القضية يحكمها نص المادة 42 من قانون الأسرة، بالنظر إلى انعدام المدة القانونية اللازمة للحمل الشرعي.**

بالرجوع إلى حيثيات القرار، فإن وقائع وإجراءات القضية تتلخص فيما يلي:

* إبرام عقد زواج بين الطاعنة (ف.ب) والمطعون ضدّه (ب.أ) بتاريخ:01- 08- 2006.

* ولدت الطاعنة البنت (م.ن) بتاريخ:04-09-2006 أي بعد شهر وبضعة أيام من تاريخ عقد الزواج وقد تم تسجيل نسبها باسم المطعون ضده في سجلات الحالة المدنية.

وبسبب هذه الوقائع نشأ نزاع قضائي بين الطرفين من خلال الآتي:

* رفع الزوج (ب.أ) دعوى قضائية ضد زوجته (ف.ب) أمام محكمة غريس بتاريخ:18-09-2006 طالبا إسقاط نسب البنت (م.ن) عنه وإلحاقها بأمها على أساس أن ولادتها كانت قبل الدخول، وبعد شهر من تاريخ عقد الزواج، فأجابت المدعى عليها (الطاعنة حاليا) بأن المدعي (المطعون ضده حاليا) هو من قام بتسجيل البنت على اسمه، وطلبت أصلا رفض الدعوى، واحتياطيا إجراء تحاليل قصد التأكد من نسب البنت.

* بتاريخ:09-12-2006 أصدرت المحكمة حكما قضت فيه بإسقاط نسب البنت (م.ن) عن المدعي(ب.أ)

على أساس أن ولادتها كانت خارج المدة القانونية المعتبرة شرعا وقانونا.

* استأنفت المدعى عليها (ف.ب) حكم إسقاط نسب البنت أمام غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء معسكر حيث أكدت أنها تعرضّت للاغتصاب من طرف المستأنف ضده (ب.أ) وأن عقد الزواج تم إبرامه بذلك التاريخ لكي يتهرّب المستأنف ضده من المتابعة الجزائية، وأنّه أقرَّ بالحمل، ليجيب بعد ذلك المستأنف ضده (ب.أ) طالبا تأييد الحكم المستأنف.

* بتاريخ:28-03-2007 أصدرت غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء معسكر قرارا قضت فيه بتأييد الحكم المستأنف.

* قامت المستأنفة (ف.ب) بالطعن في هذا القرار أمام المحكمة العليا بتاريخ:08-03-2009 طالبة نقضه على أساس القصور في التسبيب، أما المطعون ضده فلم يرد على عريضة الطعن، ليصدر بعد ذلك قرار المحكمة العليا المشار إليه أعلاه موضوع الدراسة.

انطلاقا من هذا القرار لنا أن نتساءل: هل يمكن وفقا لأحكام الشرع تكييف الاغتصاب الثابت بحكم قضائي على أنه نكاح شبهة يثبت به النسب طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة ؟ وهل يمكن إثبات النسب بالإقرار إذا كان ناتجا عن علاقة غير شرعية؟ وهل الإقرار بالنسب ينطبق عليه نص المادة 339 من القانون المدني؟ وهل يمكن نفي الإقرار بالنسب بعد وقوعه ؟ هذه التساؤلات تشكل في مجملها المشكل القانوني الذي يطرحه هذا القرار.

وقد توصلت المحكمة العليا في هذا القرار إلى أن الاغتصاب في حالة ثبوته بحكم قضائي يكيف على أنه نكاح شبهة، ونكاح الشبهة يثبت به النسب حسب نص المادة 40 من قانون الأسرة كما أنه إذا ثبت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح بالبنت لدى ضابط الحالة المدنية فهذا يعد إقرارا منه بنسب البنت، ولا يحقُّ له نفيه أو التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه، لما في ذلك مصلحة للبنت وإحياءً لها.

وتبعا لذلك، ولمعرفة مدى موافقة القرار أعلاه لأحكام الشريعة الإسلامية، تقتضي الدراسة التطرق إلى نقطتين أساسيتين الأولى تتعلق بمفهوم الاغتصاب ونكاح الشبهة والعلاقة بينهما، أما النقطة الثانية فتخص ثبوت النسب بالإقرار.

أولا- مفهوم الإغتصاب ونكاح الشبهة والعلاقة بينهما:

1- مفهوم الإغتصاب:

الغصب في اللّغة هو أخذ الشيء ظلما، وغصبه على الشيء: قهره، والاغتصاب مثله. ويقالُ غصب الرجل المرأة نفسها، إذا زنا بها كُرها واغتصبها نفسها، بمعنى أنّه واقعها كرها من باب الاستعارة.[1]

وفي الاصطلاح القانوني يعرف الاغتصاب بأنه:" فعل ممارسة رجل لعمل جنسي مع امرأة لا تحلُّ له شرعا وقانونا، بالإكراه ودون رضاها".[2] أي إن فعل الإكراه واقع على المرأة، وبهذا فإن الاغتصاب من الناحية القانونية يختلف عن الزنا، وإن كان من جنسها.

1- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 هـ، ص648.

2- عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، دار هومة، الجزائر، د. ط، 2013، ص110.

أما في الفقه الإسلامي فالفقهاء يستخدمون مصطلح " الاغتصاب" أو " الغصب" للدلالة على سلب حق الغير بالقوة والإكراه، سواء أكان المسلوب مالا أو عرضا، فإن كان المسلوب أو الشيء المغتصب هو العرض، فهذا الفعل يعتبر زنا، أو وطء بالإكراه، وهذا ما نلمسه في كثير من النصوص الفقهية، من ذلك ما جاء في كتاب الأم للشافعي، قال تحت عنوان " **ما يدرأ فيه الحد في الزنا وما لا يدرأ** " : " **إذا استكره الرجل المرأة أقيم الحد ولم يقم عليها، لأنها مستكرهة، ولها مهر مثلها حرة كانت أو أمة...**". [1] فهذا النص يبيّن أن الاغتصاب في الفقه الإسلامي من مفرداته: " وطء الرجل المرأة التي لا تحلُّ له شرعا بالإكراه."

2- مفهوم نكاح الشبهة:

نكاح الشبهة لفظ مركب من كلمتين: **نكاح** و**الشبهة**، ولبيان معناه يتعين في البدء بيان مفهوم كل لفظة، ثم بعد ذلك بيان مفهوم اللفظ المركب. وذلك على النحو الآتي:

2- 1- تعريف النكاح:

النكاح في لغة العرب يطلق على الوطء، كما يطلق أيضا على العقد، وأطلق النكاح على الزواج لأنه سبب للوطء المباح .[2] أما في الاصطلاح الشرعي فالنكاح هو: **عقد بين الزوجين يحل به الوطء.** [3]

2- 2- تعريف الشبهة:

الشبهة في اللغة تعني الالتباس والاختلاط، يقال: اشتبه الأمر إذا اختلط.[4] أما في الاصطلاح الفقهي فالشبهة تعني:" **الشيء المجهول حله وحرمته على الحقيقة** "[5] أو هي: " **ما التبس أمره، فلا يدري أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل.**"[6]

والشبهة من حيث تعلقها بالنكاح تنقسم عند الفقهاء إلى أقسام، حيث تنقسم عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام:

- **شبهة الفعل:** وهذه الشبهة محلها الفعل (الوطء)، وهي التي فيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظن في نفسه أن هذا الفعل حلال، حيث هذا الظن القائم بذهنه يكون بسبب جهله لأحكام الشريعة الإسلامية،

1- الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، د. ط، 1990، ج6، ص 168.

2- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج2، ص626.

3- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، ط2، 1988، ص360.

4- ابن منظور، المرجع السابق، ص504.

5- المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتاب، القاهرة، ط1، 1990، ص201.

6- سعدي أبو حبيب، المرجع نفسه، ص189.

ومن هذا النوع: وطء الرجل مطلقته ثلاثا وهي في العدة، وكذا وطء المطلقة البائن على مال أو المختلعة على مال وهي في العدة، معتقدا أنها تحلُّ له.[1] وشبهة الفعل موجبة لسقوط الحد فقط لا لثبوت النسب، فلا يثبت بها النسب وإن ادّعاه، لأن الفعل محض زنا، وإنما سقط الحد فضلا من الله .[2]

– **شبهة حكمية:** وهي الشبهة في المحل (الموطوءة) وتسمى أيضا شبهة الملك، وهي تحصل بقيام دليل مناف للحرمة ذاتها إذ أنَّ منشأ هذه الشبهة هو قيام دليل ينفي الحرمة ويفيد الحل، لكن هذا الدليل ضعيف مقابل الدليل الذي يفيد الحرمة، والذي يكون هو الأقوى في الترجيح.[3] ومن هذا النوع: وطء المعتدة بالطلاق البائن بالكنايات، وكذا معتدة الخلع على غير مال، لاختلاف الصحابة في كون الطلاق الناتج هل هو رجعي أم بائن؟ وهذه الشبهة يثبت بها النسب إن ادّعاه الواطء.[4]

– **شبهة العقد:** وهذه قال بها أبو حنيفة، تثبت عنده بالعقد ولو كان هذا العقد متفقا على تحريمه مثل نكاح المحارم، إذ تقوم الشبهة عند أبي حنيفة ولو كان الواطئ عالما بالحرمة، أما عند الصاحبين فتقوم فقط عند عدم العلم. أما النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي أو شهود، فالشبهة فيه قائمة عند الكل.[5]

أما عند المالكية فالشبهة تنقسم عندهم إلى ثلاثة أقسام: شبهة في الوطء كمن يطأ إمرأة أجنبية يجدها في فراشه يظنها امرأته، وشبهة في الموطوءة مثل وطء أحد الشريكين الأمة المشتركة، وشبهة في الطريق مثل النكاح المختلف في صحته كنكاح المتعة.[6] وهذه الأقسام الثلاثة مسقطة للحد وموجبة للحوق النسب.[7]

وعند الشافعية تنقسم الشبهة إلى أقسام ثلاثة، وهي: شبهة في المحل، وشبهة في الفاعل، وشبهة في الجهة، فالشبهة في المحل: أي الموطوءة مثل وطء الزوجة الحائض، وأما الشبهة في الفاعل فمثالها أن يطأ امرأة يجدها في فراشه يظنها زوجته، أما الشبهة في الجهة: وهي الثابتة في كل نكاح مختلف في

1– علال برزوق أمال، **أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية:2014–2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص124.

2– ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيروت، ط2، 1992، ص21 وما بعدها.

3– فؤاد مرشد داوود بدير، **أحكام النسب في الفقه الإسلامي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير بكلية الدراسات العليا قسم الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية بنابلس فلسطين، السنة الجامعية 2001–2002، ص42.

4– ابن عابدين، المرجع نفسه، ص18 وما بعدها.

5– ابن عابدين، المرجع نفسه، ص23 وما بعدها.

6– القرافي، **الفروق**، عالم الكتاب، القاهرة، ج4، د. ط، د. ت، ص172.

7– القرافي، **الذخيرة**، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ج9. ص 61.

صحته مثل النكاح بلا ولي، والنكاح بلا شهود، ونكاح المتعة. وهذه الأنواع موجبة لسقوط الحد وثبوت النسب.[1]

وأما الحنابلة فلا يقسمون الشبهة إلى أقسام مثل بقية المذاهب، وإنما يوردون للدلالة على وجودها أمثلة كمن وطء إمرأة وجدها على فراشه أو في منزله ظنها إمرأته، أو زُفّت إليه إمرأة غير إمرأته، أو دعا ضرير امرأته فأجابته إمرأة غيرها فوطئها، وكذلك كل وطئ في نكاح مختلف في صحته كنكاح المتعة، ونكاح الشغار، والتحليل، والنكاح بلا ولي، وبلا شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة غير البائنة، ونكاح البائن. ففي هذه الأمثلة كلها فالشبهة قائمة موجبة لثبوت النسب وسقوط الحد.[2]

وعلى ذلك فإن نكاح الشبهة هو كل وطء علقت به شبهة من الشبه السابقة أورثت درءا للحد، وثبوتا للنسب أو درءا للحد دون ثبوت النسب، ذلك أن الشبهة في مجملها إذا ثبتت وتعلقت بالوطء فإنها تدرأ الحد عمّن كانت له، أما الشبهة الموجبة لثبوت النسب فلابد أن تكون متعلقة بالرجل (الواطئ) دون الموطوءة، وعلى هذا الأساس فليس كل نكاح شبهة موجبا لثبوت النسب، بل قد يكون موجبا لثبوت النسب ودرء الحد، وقد يكون موجبا لدرء الحد دون ثبوت النسب فيه.

3- العلاقة بين الاغتصاب ونكاح الشبهة:

بعد التعريف بالاغتصاب ونكاح الشبهة في الفقه الإسلامي، لنا أن نتساءل عن صحّة تكييف الإغتصاب أنه نكاح شبهة يثبت به النسب في الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها. وتفصيل ذلك فيما يأتي:

أ- **في المذهب الحنفي:** الرجل إذا أكره إكراها ملجئا على الزنا فإنه لا يحل له الإقدام عليه، فإن فعل أثم وسقط عنه الحد استحسانا وغُرّم المهر، فإن كان الإكراه غير ملجئ لم يرخص له أيضا، لكن إن أقدم عليه حُدّ، أي أقيمت عليه العقوبة.[3]

والعلة في عدم الترخيص للرجل في الزنا في حالة الإكراه مبعثه أن هذا التصرف فيه معنى القتل، لأن عدم ثبوت النسب منه، فيه معنى قتل النفس، ولذلك لم يرخص له. أما المرأة إذا أكرهت على الزنا رخص

1- النووي، روضة الطالبين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991، ج10 ص92.

2- ابن قدامة، المغني، مكتب القاهرة، مصر، د.ط، 1968، ج9، ص57.

3- الإكراه الملجئ ما يفوت النفس أو العضو، وأما غير الملجأ فبخلافه. ينظر: ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص651.

لها إن كان الإكراه ملجئا، وإن كان غير ملجئ لم يرخص لها، ولكن إن أقدمت عليه أثمت إن مكنت، وإن اغتصبت لم تأثم، وسقط عنها الحد في الحالتين، لأنه يعتبر- الإكراه غير الملجئ- بمثابة شبهة لها.[1]

والسبب في الترخيص لها دون الرجل، لأن النسب ثابت منها في جميع الحالات، لذلك لا يعتبر في معنى القتل. أمّا الشبهة الثابتة لها فهي لدرء العقوبة فقط .[2]

ولما كان في المذهب الحنفي، أن الرجل إذا استكره على الزنا لا يرخص له الإقدام عليه، وإن أقدم عليه لم يثبت النسب به، لأنه زنا، فكيف الحال إذا كان هو المغتصب (أي المُكره)؟ لذلك فلا يمكن أن يكيّف الاغتصاب نكاح شبهة، بل محض زنا لا يثبت به النسب، وأما الشبهة المذكورة فهي في حق المرأة موجبة لدرأ العقوبة والحد عنها، لا لإثبات النسب من الرجل، لأن الشبهة ليست له.[3]

ب- في المذهب المالكي: الرجل إذا أكره على الزنا فإنه لا يحل له الإقدام عليه، فإن فعل أثم وكان عليه الصداق، أما العقوبة فهل تثبت عليه أم لا ؟ خلاف في المذهب، حيث يرى جمهور فقهاء المذهب في المشهور أنه يحد، لأن الزنا لا يكون إلا بالانتشار، وذهب البعض الآخر إلى أنه لا يحد، لأن اللذّة والانتشار طبيعتان عند ملاقاة الملتذ فلا يمنعهما الإكراه كاللذة بالشم والذوق. أما المرأة فلا خلاف أن الإكراه يعتبر شبهة لها يسقط عنها الحدّ ويدرأ عنها العقوبة.[4]

وإذا كان الأمر كذلك في المذهب، فما حال المغتصب؟ لذلك فمن باب أولى أن يثبت الحدّ عليه، لأنه هو من قام بفعل الإكراه، وإنما يسقط الحد في هذه الحالة عن المرأة فقط.

وتأسيسا على ذلك فلا يمكن وفق المذهب المالكي تكييف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب، بل هو زنا لا يثبت به النسب، بل لا تسقط فيه العقوبة إلا عن المرأة فقط.[5]

ج- في المذهب الشافعي: ورد الحديث صراحة عن حكم الاغتصاب، حيث جاء في كتاب الأم للشافعي أنه: " **إذا استكره الرجل المرأة أقيم الحد ولم يقم عليها، لأنها مستكرهة، ولها مهر مثلها، حرة كانت أو**

1- بلقاسم مطالبي، **مقاربة نقدية للقرار رقم :617374 الصادر عن المحكمة العليا**، (اعتبار الإغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، ص176

2- ابن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص137.

3- بلقاسم مطالبي، المرجع نفسه، ص 177.

4- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج12، ص 49.

5- بلقاسم مطالبي، المرجع السابق، ص 177

أمة".[1] فيظهر من هذا النص أن المغتصب يعدُّ زانيا يجب عليه الحد، أما المغتصبة فيجب لها المهر ويسقط عنها الحد، والسؤال المطروح هنا، هل هذه الشبهة موجبة لثبوت النسب من الواطئ أم لا ؟

الظاهر من النص أن المغتصب يحدّ، وبالتالي فهو زان، والزنا لا يثبت به النسب في المذهب الشافعي أما الشبهة فهي متعلقة بالموطوءة لدرء الحدّ عنها، لا متعلقة بالواطئ، ومن ثم فلا علاقة لهذه الشبهة في إثبات النسب، ولو كانت متعلقة به لثبت النسب منه، وهذا الحكم صرّح به الماوردي في كتابه الحاوي الكبير قائلا: " **إذا استكره امرأة على نفسها حتى زنا بها وجب الحد عليه دونها لأن هذا الوطء زنا في حق من حد وليس بزنا في حق من لم يحد**".[2] ثم يقول بعد ذلك : ".. وجملته أن الذي يختص بالرجل ثلاثة أحكام: الحد، والمهر، والنسب. وأما النسب: فيعتبر به شبهة الواطئ دون الموطوءة، فإن كانت له شبهة لحق به، وإن لم يكن شبهة له لم يلحق به. وأما المهر: فيعتبر به شبهة الموطوءة دون الواطئ، فإن كان لها شبهة وجب لها، وإن لم يكن لها شبهة لم يجب. وأما الحدّ فيعتبر به شبهة كل واحد منهما، فإن كانت لهما شبهة سقط الحد عنهما، وإن لم يكن لها شبهة وجب الحدّ عليها، وإن كان لأحدهما شبهة دون الآخر وجب على من انتفت عنه، وسقط عمّن لحقت به الشبهة ". [3]

وتبعا لما تقدم يظهر أن الشبهة في الاغتصاب متعلقة بالموطوءة دون الواطئ، لذلك ثبت لها المهر وسقط الحدُّ عنها، أما الواطئ، فقط وجب عليه الحدّ، وبالتالي فالنسب لا يثبت منه، ومن ثم فلا يمكن وفق المذهب الشافعي أيضا تكييف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب.

د- في المذهب الحنبلي: إذا كان الرأي الصحيح فيه أن الرجل إذا أكره على الزنا، فلا يحل له الإقدام عليه فإن فعل كان زنا، ووقع عليه الحد، ولم يلحق به النسب، إذ النسب لا يثبت من الزنا في المذهب الحنبلي فإذا ثبت هذا في المذهب، فإن الرجل إذا اغتصب المرأة وزنى بها، كان من باب أولى إقامة الحدّ عليه، لأنه زان، بل ومتعد، ولذلك لا ينسب إليه الولد، لأنه محض زنا، أما المرأة فيسقط عنها الحد لشبهة الإكراه، وهذه الشبهة موجبة لسقوط الحد عنها لا لإثبات النسب من المغتصب، لأنها متعلقة بالمرأة

1- الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج6، ص168.

2- الماوردي، **الحاوي الكبير**، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتاب العلمية، بيروت. ط9. 1999 ج13 ص239- 240.

3- الماوردي، المرجع السابق، ج13، ص241.

(الموطوءة) لا بالرجل المغتصب (الواطئ).[1] ومنه فلا يمكن وفق المذهب الحنبلي تكييف الاغتصاب بأنه نكاح شبهة يوجب ثبوت النسب من المغتصب.

وبناء على ما سبق فإن ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الشق المتعلق بتكييف الاغتصاب بأنه وطء بالإكراه يكيّف على أنه نكاح شبهة يثبت به النسب من الواطئ أمر غير صحيح ومجانب للصواب، لأنه كما سبق بيانه لا يوجد لهذا التكييف في الفقه الإسلامي محملا ومستندا، إذ نكاح الشبهة الذي يثبت به النسب في الفقه الإسلامي، والذي عنته المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري هو ما كان متعلقا بالرجل (الواطئ) لا بالمرأة (الموطوءة)، وأما الاغتصاب فالشبهة الواردة فيه متعلقة بالمرأة تدرأ عنها العقوبة هي فقط، ولا علاقة لها بالرجل المغتصب.

ثانيا- ثبوت النسب بالإقرار:

هذه النقطة متعلقة بالجزء الثاني من الحل القانوني الذي توصلت إليه المحكمة العليا في قرارها، من أن المطعون ضده إذا ثبت أنه هو من قام بالتصريح بولادة البنت لدى ضابط الحالة المدنية فهذا يعد إقرار منه يثبت به النسب، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مدى تطابق هذا الإقرار مع الإقرار القضائي المنصوص عليه في المادة 341 من القانون المدني، وعلاقته بالمدة القانونية اللازمة للحمل، وهل يثبت به نسب ولد الزنا؟ لأن وقائع قضية الحال تفترض وقوع الاغتصاب، والاغتصاب يعدُّ زنا، وللإجابة عن هذه التساؤلات سنتطرق إلى مسألتين: الأولى تتعلق بحجية الإقرار الوارد في القضية ومدى إمكانية التراجع عنه، أما الثانية فتتعلق بمدى إمكانية الإقرار بنسب ولد الزنا، وذلك على النحو الآتي:

1- حجية الإقرار الوارد في القضية ومدى إمكانية التراجع عنه:

1-1- حجية الإقرار الوارد في القضية:

تناول قانون الأسرة الجزائري مسألة الإقرار بالنسب في المادتين 44 و45 مبيّنا الشروط اللازمة لصحته ولم يذكر شيئا عن الجهة التي يجب أن يقع أمامها الإقرار بالنسب، لكن بالرجوع إلى نص المادة 341 من القانون المدني نجدها حددت الجهة التي يتم أمامها الإقرار، وهي القضاء، فهل هذا النص يشمل الإقرار بالنسب ؟ إن القانون المدني قواعده عامة، وقانون الأسرة قواعده خاصة، والمبدأ أن الخاص يقيّد العام، والنص الخاص هو المادة **888** من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة

1- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص59.

الإسلامية في كل ما لم يرد فيه النص، إذن فالإقرار بالنسب تحكمه قواعد الشريعة الإسلامية لا نصوص القانون المدني.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء لا يشترطون في الإقرار وقوعه أمام القضاء[1] إذ النسب لمصلحة الولد، فيحتاط لإثباته عند أدنى شبهة أو سبب. وهو التفسير الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في بعض قراراتها، من ذلك القرار المؤرخ في:15-12-1998 ملف رقم:202430، جاء فيه:" **من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار: (ولزم الإقرار لحمل في بطن إمرأة....إلخ). كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد. ومتى تبين- في قضية الحال- أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ:06-04-1997 فإن هذه الشهادة لا تعدُّ صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة. كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق. وعليه فإن القضاة ما لم ينتبهوا لوجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار**".[2]

بالرجوع إلى حيثيات هذا القرار، نجد أن قضاء المحكمة العليا تولى البت في مسألة فقهية شرعية تتعلق بمدى حجية الإقرار بالنسب بشهادة جماعة أمام الموثق في الإثبات، معتمدا في ذلك على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي طبقا للمادة **222** من قانون الأسرة، فقرر أن المادتين **40** و**44** من قانون الأسرة لم تحدّدان أي شكل للإقرار المثبت للنسب، وأن ذلك يتوافق مع قول العلامة الشيخ خليل في بيان أحكام الإقرار: " **ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة..**"، وبناء على ذلك نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء أم البواقي بتاريخ:10-12-1997 المؤيد للحكم المستأنف الصادر عن محكمة قايس

1- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج6، ص 48.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:15-12-1998، **م. ق**، 1999، العدد 01، ص 122.

بتاريخ:02-09-1997 القاضي بالطلاق قبل الدخول بين الطرفين بإرادة الزوج المنفردة، وإلزام المطلقة بأن ترد نصف الصداق المقدر بـ: 75000 دج.

فهذا القرار دل صراحة على أن المادة 341 من القانون المدني لا مجال لتطبيقها في قضايا النسب لأن الإقرار بالنسب يعتبر من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة، والذي بدوره يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي لا تشترط في الإقرار بالنسب أن يكون أمام القضاء.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية لا تشترط جهة معينة يقع أمامها الإقرار بالنسب، فإن المحكمة العليا قد حددت هذه الجهة، وهي كل موظف عمومي مؤهل قانونا لتلقي الإقرار بالنسب، **مثل الموثق** كما يظهر في القرار، أو **ضابط الحالة المدنية** باعتباره موظفا عموميا مكلفا بتسجيل المواليد، أو القاضي باعتبار أن الإقرار الأصل فيه يقع أمام القاضي، ولعل هذا ما يمكن أن نستنتجه من خلال قرار المحكمة العليا رقم:210478 المؤرخ في:17-11-1998 والذي رفضت فيه الإقرار الواقع أمام مدير الصحة والحماية الإجتماعية، حيث جاء في هذا القرار ما يلي: " **من المقرر قانونا أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة، لأن الزواج تم بتاريخ:02-05-1994، والولد ولد بتاريخ:07-05-1994، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الإجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن**".[1]

وتأسيسا على ما قضت به المحكمة العليا في القرارين أعلاه، فإن الإقرار بالنسب (حسب ما ورد في قضية القرار المؤرخ في:**12-05-2011** محل الدراسة) قد وقع أمام ضابط الحالة المدنية، وهو موظف عمومي مؤهل لتلقي مثل هذا الإقرار، وبالتالي يعتبر صحيحا من الناحية القانونية يرتب كافة آثاره.

1- 2- مدى إمكانية التراجع عن الإقرار بالنسب:

الثابت من القرار المؤرخ في:**12-05-2011** أن الطاعنة ادّعت بأن المطعون ضده أقر بنسب البنت أمام ضابط الحالة المدنية. ومنه يفهم من الدعوى التي أقامها المطعون ضده ضد زوجته أمام محكمة غريس لإسقاط نسب البنت عنه وإلحاقها بأمّها، أنه تراجع عن إقراره بنسب البنت (هذا إن ثبت أنه هو من أقرّ وقام بالتّصريح)، فهل يحق له التراجع عن إقراره بالنسب؟

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش. قرار مؤرخ في:17-11-1998، **م. ق**، عدد خاص، ص85.

قانون الأسرة لم يتطرق لمسألة التراجع عن الإقرار بالنسب، وإنما أحال أمر الفصل فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 **منه**، وحينما نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها لا تجيز الرجوع في الإقرار بحق آدمي، وإنما يجوز إذا تعلق بحق الله كالإقرار بالزنا مثلا، ويعتبر النسب من المسائل التي تعلق بها حق الآدمي، لذلك لا يجوز التراجع عن الإقرار به، إذ الشرع يتشوّف ويحتاط لإثبات النسب بأدنى شبهة، فإذا ثبت بأدنى شبهة لم يجز إسقاطه، إلا باللعان إذا توافرت شروطه، وإذا كان الإقرار بالنسب مباشرا، وكان المقرّ له صغيرا فلا خلاف في عدم جواز التراجع عنه، أما إذا كان الإقرار غير مباشر، أي فيه تحميل النسب للغير، أو كان مباشرا ولكن المقر له مكلّف فالمسألة فيها بعض الخلاف الفقهي.[1] وذلك على النحو الآتي:

- **المذهب الحنفي:** يرى أنه إذا أقرَّ شخص في مرض الموت بأخ وصدقه المقر له، ثم تراجع المقرُّ عن إقراره، يقبل منه وإن صدقه المقر عليه، لأنه يعتبر بمثابة وصية من وجه، وقيل: إن صدقه في إقراره ثبت النسب، ولم يقبل الرجوع فيه.[2]

- **المذهب الشافعي:** يرى أنه إذا ثبت إقرار بالنسب لبالغ عاقل، ثم تراجع عنه، وصدقه المقر له، ففي قبول التراجع عنه قولان: الأول سقوط النسب قياسا على الإقرار بالمال والتراجع عنه مع تصديق المقر له. الثاني: وهو قول لأبي حامد الإسفراييني أن النسب لا يسقط، لأنه إذا ثبت لا يسقط بالاتفاق على نفيه، مثل النسب الثابت بالفراش لا ينتف إذا ثبت.[3]

- **المذهب الحنبلي:** الرأي الأصح في المذهب أن النسب إذا ثبت بالإقرار لم يقبل إنكاره بعد ذلك، لأنه نسب ثبت بحجة شرعية مثله مثل البيّنة أو الفراش، كما أنّ النسب يحتاط لإثباته، وفي رأي مرجوح في المذهب يجوز الرجوع عنه إذا كان المقر له مكلفا وصدق المقر في هذا التراجع، فيسقط بهذا النسب، لأنه ثبت باتفاقهما، فزال برجوعهما مثل المال تماما.[4]

فهذه الأحكام يتبين منها أن التراجع عن الإقرار في النسب يقبل إذا كان متعلقا بالإقرار غير المباشر، أو كان مباشرا والمقرُّ له مكلفا، أما الإقرار بنسب الصغير فلا تراجع فيه، وهو ما تبنته المحكمة العليا في القرار رقم:**202430** المؤرخ في:**15-12-1998** بقولها: " **كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار**

1- بلقاسم مطالبي، المرجع السابق، ص183

2- ابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص 619.

3- الشيرازي، المهذب، دار الكتب العلمية، بيروت، **د. ط، د. ت**،ج3، ص 484.

4- ابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص119.

بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر، ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار".

وجاء في قرار آخر لها مؤرخ في:14-11-2012 **تحت رقم:**0762943 ما يؤكد ذلك التوجه، حيث قررت فيه ما يلي: " **يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، ويكون حجة على المقر، حال حياته وبعد وفاته، حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر، لا يحتمل الإقرار النفي لا بشهادة الشهود، ولا بالخبرة العلمية، وتحت أي إدعاء بالتبني أو بغيره.**" [1]

وعلى هذا الأساس فإن الدفع الذي أثاره المطعون ضده في القضية قصد إسقاط النسب عنه، قد فهمت منه المحكمة العليا أنه تراجع عن الإقرار، وهذا لا يجوز إذا ثبت وقوع الإقرار منه، لأنه يعتبر إقرارا مباشرا والبنت المقر لها صغيرة، ولذلك رفضت المحكمة العليا الدفع المثار، وهو ما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية كما سبق بيان ذلك.[2]

2- مسألة الإقرار بنسب ولد الزنا:

القرار المؤرخ في:**12-05-2011** يثير مسألة الإقرار بنسب ولد الزنا لأن القضية التي يعالجها فيها إدعاء بوقوع الاغتصاب، وأن البنت ناتجة عن هذا الاغتصاب، والاغتصاب كما رأينا يعدّ زنا في الفقه الإسلامي، لذلك سنتناول في هذه النقطة الموقف الفقهي والقضائي من المسألة، ليتسنى لنا الحكم على القرار المذكور في هذه الجزئية من حيث مرجعيته ومستنده الفقهي.

2-1- الموقف الفقهي:

اختلف الفقهاء في مسألة ثبوت نسب ولد الزنا على ثلاثة أراء، هي فيما يأتي:

الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، حيث يرون أن ولد الزنا لا يثبت نسبه من الزاني، وإنما يثبت نسبه من أمه فقط .[3] وقد استندوا في ذلك على جملة من الأدلة:

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:14-11-2012، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013، ص 284.

2- بلقاسم مطالبي، المرجع السابق، ص 184.

3- الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986، ج6، ص2. ابن رشد، بداية المجتهد، دار الحديث القاهرة، د.ط، 2004،ج4، ص142.

- قوله صلى الله عليه وسلم: " **الولد للفراش وللعاهر الحجر** ".[1]

ووجه الدلالة من الحديث أن الكلام الوارد فيه قد خرج مخرج القسمة، والقسمة تنفي الشركة، بمعنى أنه إذا كان الولد لصاحب الفراش، وللزّاني الحجر، فهذا يقتضي أنّ من لا فراش له فلا ينسب الولد له، كما أن الحجر لا يكون لمن لا زنا منه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن النص فيه إثبات ونفي، فالإثبات في قوله: **الولد للفراش**، والنفي في قوله: **وللعاهر الحجر**.

- أن النسب نعمة، والزنا جريمة، والجـرائم لا تكون سببا للنعم.[2]

أما عن ثبوته من الأم، فهو تابع للولادة سواء أكان بالنكاح أو السفاح، لأن الفراش معتبر في الرجل، أما المرأة فلا فراش لها، إذ ليست بمالكة، فبقي الحكم في جانبها متعلقا بالولادة، ولذلك ينسب لها في كلّ حال.[3]

هذا، وقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الإقرار بالنسب من شروطه عدم التصريح بالزنا، فلو أقرّ رجل ببنوة ولد من الزنا لم يثبت نسبه، فإن هو لم يصرّح بأنه من الزنا، وكانت أم الولد (المرأة) غير متزوجة، وتحققت شروط الإقرار ثبت نسبه منه حملا لحاله على الصّلاح، وعملا بالظاهر.[4] وقد ذكر الحنفية أن المرأة إذا أتت بمولود أقل من مدة ستة أشهر من تاريخ العقد، وادّعاه الزوج دون أن يصرّح بأنه من الزنا، فإن النسب يثبت منه.[5]

الرأي الثاني: وهو مذهب الجعفرية الإمامية، حيث يرون أن ولد الزنا لا يثبت نسبه لا من أمه ولا من الزاني.[6]

الرأي الثالث: وهو مذهب إسحاق بن راهويه، وبه قال الحسن البصري، وعروة بن الزبير، حيث قالوا إن المولود من الزنا، إذا لم يكن مولودا على فراش يدّعيه صاحبه، وادعاه الزاني ألحق به، واستدلوا على مذهبهم هذا بجملة من الأدلة هي فيما يأتي:

1- البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، بيروت، ط1، 1422هـ، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات. حديث: 2053، ج3، ص54. مسلم، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط، د. ت، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث رقم:1457؛ ج2، ص 1080.

2- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج3، ص 70.

3- الكاساني، المرجع نفسه، ج6، ص242.

4- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج3، ص 70.

5- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة العليا الدستورية العليا ومحكمة النقض، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ط5، 2003، ص 564.

6- الطوسي، **المبسوط في فقه الإمامية**، صححه وعلق عليه محمد الباقر، مؤسسة الغري، بيروت، ج**5**، ص 307.

- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط (يضم) أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.[1]
- حديث جريج حين قال للغلام الذي زنت أمّه مع الراعي: من أبوك يا غلام؟ قال: الراعي[2] وهذا إنطاق من الله، ولا يمكن فيه الكذب.
- من القياس، ومؤداه أن الأب يعدُّ أحد الزانيين، وولد الزنا إذا كان يلحق أمه، وينسب إليها، وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه، مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين، واشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدّعيه غيره.
- قول النبي صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر " فهذا يعمل به عند التنازع، إذ يقدم الفراش، لكن إذا لم يكن ثمة فراش ينازعه فلا مانع من استلحاقه إذا ادعاه الزاني.[3] وقد مال إلى الأخذ بهذا الرأي الشيخ ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية.[4]

وخلاصة هذه الآراء أن الرأي الأول يشترط في الإقرار عدم التصريح بأن الولد من الزنا، فإن صرح بذلك لم يثبت نسبه منه. أما الرأي الثالث فلا يشترط عدم التصريح بالزنا بل إن المقر إذا صرح بأن الولد المقر له من الزنا ثبت نسبه منه، إذا لم يكن ثمة فراش ينازعه.

2-2 - الموقف القضائي:

من خلال تتبع أهمّ القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في مسألة ولد الزنا، لاحظنا موقفين اثنين:

- **الموقف الأول:** ومفاده أن ولد الزنا لا يثبت نسبه لأبيه **(الأب البيولوجي)** أخذاً برأي جمهور الفقهاء ويظهر هذا الموقف من القرارات الآتية :

أ- القرار الأول، وجاء فيه: " **من المقرر شرعا أن الزوجة المطلقة بعد الدخول بها تستحق كامل صداقها، أما إذا لم يقع الدخول بها فلا تستحق إلا نصفه؛ ولا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه فإنه لا وجود لأي تناقض بين إثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الزوج. ولما كان الثابت من القرار**

1- مالك لن أنس، **الموطأ**، صححه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت، د.ط، 1985، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، حديث رقم: 22، ص 740.

2- البخاري، المرجع السابق، كتاب المظالم والغصب، باب إذا حطم حائطا فليبن مثله، حديث رقم:2482، ج**3**، ص137.

3- ابن القيم، **زاد المعاد**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط27، 1994، ج**5**، ص 381.

4- ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1987، ج**3**، ص178. ابن القيم، المرجع نفسه. ج**5**، ص381 وما يليها.

المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر أركانه، وبنفي نسب الولد، فإنه بقضائه هذا كان مطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ".[1]

ب- القرار الثاني، وجاء فيه: " **من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض. إذا كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 02-11-1981 وأن البنت ازدادت يوم 06-01-1982، أربع وستون يوما من تاريخ الزواج، أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة للحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعدّ زنا لا ينسب لأبيه. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ".**[2]

ج- القرار الثالث: وجاء فيه: " **من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدُّ خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه، وإلحاق نسب الولد بأبيه، وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة ".**[3]

د- القرار الرابع: وجاء فيه: " **من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومتى تبين في قضية الحال أن مدّة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة، لأن الزواج تم بتاريخ: 02-05-1994 والولد قد ولد بتاريخ: 07-05-1994 كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به، لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية؛ طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".**[4]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 19-11-1984، المجلة القضائية، العدد 01، 1990 ص67.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 17-12-1984، المجلة القضائية، العدد 01، 1990 ص86.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:08-10-1989، **م.ق**، العدد4، 1989، ص79.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش. ملف رقم:210478، قرار مؤرخ في:17-11-1998، **م. ق**، عدد خاص، ص85.

– **الموقف الثاني:** يظهر من بعض القرارات الصادرة حديثا عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ومؤدّاه أنه يمكن إلحاق نسب ولد الزنا بأبيه، ويتضح هذا الموقف من القرارين الآتيين:

أ– القرار الأول: وجاء فيه:" **يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية** ".[1]

لقد ذهب قضاء النقض في هذا القرار إلى أنه يمكن إلحاق نسب الولد الناتج عن علاقة غير شرعية لأبيه إذا أثبتت الخبرة الطبية ذلك، بعد أن كيف هذه الأخيرة (الخبرة الطبية) تحت مسمى البيّنة المنصوص عليها في المادة 40 من قانون الأسرة، حيث فرق بين إثبات النسب في الزواج الشرعي وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية، رغم أن إلحاق نسب ولد الزنا الذي يتحدث عنه فقهاء الشريعة الإسلامية كما رأينا سابقا إنما يثبت بدليل الإقرار أي إذا ادّعاه الزاني، أما أن يلحق به دون أن يدّعيه كما في هذا القرار فلم يقل به أحد من الفقهاء.

ب– القرار الثاني: وهو القرار موضوع المسألة محل الدراسة والذي أقرت فيه المحكمة العليا أن الولد الناتج عن الاغتصاب إذا ثبت بحكم قضائي، يمكن إلحاقه بأبيه، بعد أن كيفت الاغتصاب تحت مسمى نكاح الشبهة، وقد ثبت بعد بيان أحكام الشبهة في الفقه الإسلامي، أن هذا التكييف ليس له مستند شرعي، أما ما تعلق بإثبات نسب العلاقة غير الشرعية أو الاغتصاب فهو مخالف لرأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بل مخالف حتى للرأي القائل بإثبات نسب ولد الزنا من أبيه، لأنه وطبقا لهذا الرأي فإنه يلحق به طبقا لدليل الإقرار لا بطريق نكاح الشبهة. وبذلك فإن هذا الاجتهاد قد أدى إلى تقويض ما هو مستقر عليه قضاءً طيلة سنوات من أن ولد الزنا لا ينسب لأبيه. ولذلك كان الأولى أن يعرض هذا الاجتهاد على الغرف المجتمعة كما ينص على ذلك القانون العضوي رقم:**28-22**[2] في مادته 18 فقرة أولى[3] لا أن يصدر عن غرفة واحدة.[4]

1– المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:15–03–2006، **م.م ع**، العدد1، لسنة 2006، ص469.

2– القانون العضوي رقم:12–11 مؤرخ في 26 يوليو 2011 يحدد وينظم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية، العدد 42، المؤرخة في:31 يوليو 2011، ص07.

3– تنص هذه الفقرة على أنه: " زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي.

4– بلقسام مطالبي، المرجع السابق، ص 189

المبحث الثاني: المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج غير الصحيح

عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، إما أن يكون صحيحا أو غير صحيح، والزواج غير الصحيح إما أن يكون باطلا أو فاسدا، ولقد تأثر المشرع الجزائري في هذا الشأن بأحكام الفقه الإسلامي عندما استعمل هذان المصطلحان كعنوان للفصل الثالث المتضمن المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة.

ولئن استعمل المشرع هذان المصطلحان للتدليل على عقد الزواج غير الصحيح، فإنه في المقابل لم يحدد بالتفصيل الأسباب المؤدية لبطلان أو فساد العقد، كما لم يفصّل في الآثار المترتبة على عقد الزواج الفاسد، وهو الحال الذي يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما أقرته المادة **888** من قانون الأسرة لاستنباط أحكام هذه المسائل وتطبيقها قضائيا.

لذلك، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول مفهوم عقد الزواج غير الصحيح ونتطرق في الثاني إلى آثار عقد الزواج غير الصحيح.

المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج غير الصحيح

لم يعرف المشرع الجزائري الزواج غير الصحيح سواء الباطل منه أم الفاسد، مكتفيا باستعمال لفظ **يبطل الزواج** في المادتين:**08 و00** فقرة **02** من قانون الأسرة إذا تخلف ركن الرضا، أو اشتمل العقد على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، كما استعمل هذا اللفظ في المادة 34 من نفس القانون في نصها الفرنسي **nul** في كل زواج بإحدى المحرمات.

واستعمل لفظ **يفسخ** في المادتين 33 **فقرة** 02 **و**34 من نفس القانون إشارة إلى العقد الفاسد، مقرّراً أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، وأن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده.

ما يلاحظ على هذه المواد، أنها يعتريها النقص ويخيّم عليها الغموض، بل هناك تضارب في نصوصها لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى التعريف بعقد الزواج الفاسد والباطل (الفرع الأول)، وتطبيقاتهما في القضاء الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بعقد الزواج الفاسد والباطل

سيتم في هذا الفرع التعريف بالفاسد والباطل لغة (أولا)، وفي الإصطلاح الفقهي (ثانيا)، ثم نبيّن ما جاء في قانون الأسرة بشأنهما (ثالثا).

أولا- التعريف بالفاسد والباطل لغة:

1- الفاسد في اللغة:

يأت معنى الفساد في اللغة على عدة معان[1] نذكر منها:

الفساد: نقيض الصلاح، وقوله تعَالَى:﴿ **وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا**﴾[2] فالمراد بذلك يَسْعَون فِي الأرض للفَسَاد. والمفسَدَة: خِلَاف المصلحة، والاستفساد: خِلَاف الاستصلاح.

2- الباطل في اللغة

يأت الباطل في المفهوم اللغوي على عدة معان[3] نذكر منها :

بطل: بطل الشيءٌ يَبْطُل بُطلًا وبُطُولاً وبُطلاناً: ذَهَبَ ضياعاً، وخسراً فَهُوَ بَاطِل.

وأبْطله هو. وَيُقَالَ: ذَهَبَ دَمّه بُطْلا أي هدراً.

والباطل: نَقِيضُ الْحَقّ.

بَطَلَ الشيءُ يَبْطُلُ بُطلًا وبُطُولاً وَبَطلَاناً بَضمّ الأوائل فسد أو سقط حُكمُ فَهُوَ باطل.[4]

ولا فرق بين الْمَرْدُود والفاسد وبين الْمنهِي عَنه وبين الفاسد، فَالْمردُود مَا وقع على وجه لا يستحق عَلَيْهِ الثواب وذلك أنه خلاف المقبول، وَالْقَبُول من الله تَعَالَى إيجَاب الثّوَاب ولا يمنعه ذلك من أن يكون مجزئا مثل التوضؤ بِالمَاء المَغصُوب.

والمنهي عَنهُ ينبىء عن كَرَاهَة النّاهي لَهُ، ولا يمنعه ذلك من أن يكون مجزئا أَيْضا فكل واحد من الْمنهِي عَنهُ والمردود يُفيد مَا لا يفيدهُ الآخر والفاسد لا يكون مجزئا فَهُوَ مفارق لَها.[5]

وبالنظر الى المعاني اللغوية لكل من الباطل والفاسد، نجد أنه لا فرق كبير بينهما، بل أنهم أطلقوا الفاسد على الباطل- أحيانًا- عند تعريف الباطل في بعض المعاني، وهذا ما سنشاهده أيضاً عند تعريف المعنى الاصطلاحي.

ثانيا- التعريف بعقد الزواج الفاسد والباطل في الاصطلاح الفقهي:

ورد لمصطلح الزواج الفاسد والباطل تعريفات اصطلاحية متباينة عند الفقهاء، نستعرضها على النحو الآتي:

1- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، فصل الفاء.

2- سورة المائدة: الآية:23

3- ابن منظور، المرجع نفسه، فصل الباء الموحدة.

4- الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، ص 52

5- ابن سهل، الفروق اللغوية، ص 228

1- تعريف الزواج الفاسد والباطل عند الحنفية:

عرّف الحنفية الزواج الفاسد بأنّه: " **هو العقد الذي فقد شرطا من شرائط الصحة** ".[1]

وقسّم المحققون من فقهاء الحنفية عقد الزواج إلى خمسة أقسام، وهي: العقد الموقوف، والعقد النافذ اللازم والعقد النافذ غير اللازم، والعقد الفاسد، والعقد الباطل[2]. وقد جاء هذا التقسيم وبوجه خاص الباطل والفاسد منه على أساس التفريق بين الركن والشرط .

فالركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان داخلا في ماهيته، والشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عن ماهيته.[3]

فإذا حصل الخلل في ركن من أركان العقد أو في شرط من الشروط الخاصة بتلك الأركان كان العقد باطلا عندهم، فالإيجاب والقبول من أركان العقد، ومن شروطه مثلا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فإذا تخلف هذا الشرط بطل العقد لأنه شرط يخص ركنا من الأركان، وإذا حصل خلل في شرط من الشروط التي لا تخص الأركان كان العقد فاسدا، فالشهادة ليست ركنا في العقد، لذلك لا يبطل العقد بانعدامها بل يكون فاسدا.[4]

فالعقد الفاسد يقع **موقعا وسطا بين العقد الباطل والعقد الصحيح**[5] فالعقد الصحيح هو ما كان صحيحا بأصله (أي بأركانه) ووصفه (أي بشروط تلك الأركان)، والعقد الباطل ما كان غير صحيح لا بأصله ولا بوصفه، والعقد الفاسد هو ما كان صحيحا بأصله لا بوصفه.[6]

والفاسد عند الحنفية يقسم إلى قسمين[7]:

الأول: الفاسد الذي لا يترتب عليه شيءٌ من آثار الزواج الصحيح وهو ما كان قبل الدخول.

الثاني: الفاسد الذي تترتب عليه بعض آثار الزواج الصحيح مثل العِدّة، وهو ما حصل فيه دخول.

وعرّفوا الباطل بأنه: " **مَا وَجُودَهُ كعدمه** ".[8]

1- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص 131

2- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ص103.

3- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص59

4- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 44.

5- مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ص311

6- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص44.

7- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص131.

8- ابن عابدين، المرجع نفسه، ص 131.

وضابط التفريق عندهم بين الفاسد والباطل هو أنّ ما كان مختلفاً في حرمته فهو فاسد، وما كان متفقاً على حرمته فهو باطل.[1] وتجدهم أحياناً يطلقون الباطل على الفاسد، كما جاء في الدرّ المختار" (وعدة المنكوحة نكاحا فاسدا) فلا عدة في باطل وكذا موقوف قبل الاجازة ".[2]

ومع وجود هذا الضابط في التفريق بين الفاسد والباطل، إلاّ أنهم اختلفوا في الأنواع المختلف فيها، ومن ذلك ما عدّه الإمام أبو حنيفة نكاحاً فاسداً كنكاح المحارم مع العلم بحرمته، فمع الاتفاق على تحريمه إلاّ أنه عدّه من الأنكحة الفاسدة، في حين أن أصحابه عدّوه من الأنكحة الباطلة.[3]

وتبعا لما تقدّم يتضح أن الحنفية كثيراً ما يفرقون في الآثار بين الباطل والفاسد في الزواج، فلا يرتبون أيّ أثر على الباطل، في حين يرتبون بعض الآثار على الفاسد بعد الدخول، ولكنهم أحياناً– كما ذكرنا – يطلقون الفاسد على الباطل، وأحياناً أخرى تجد الإمام أبي حنيفة يطلق الفاسد على نوع نكاح معيّن – كما سبق ذكره – وأصحابه يطلقون عليه الزواج الباطل.

2- تعريف الزواج الفاسد والباطل عند المالكية:

يعرّف المالكية الزواج الباطل بأنه: "**ما حصل خلل في ركن من أركانه، أو شرط من شروط صحته**".[4]

ويعرفوا الزواج الفاسد بأنه: " العقد الذي لم تترتب عليه آثار العقد الصحيح، فالصّحّةُ في العقود تَرَتّبُ آثارها عَلَيْهَا، والفساد عدمه أي عدم ترب آثارها عَلَيهَا كَعدَم حلّ الزواج بالعقد.[5]

وبذلك يظهر لنا جليّاً أنَ الباطل والفاسد بمعنى واحد عند المالكية، ولكنهم كثيراً ما يستخدمون مصطلح الفاسد للتعبير عن الزواج غير الصحيح مع قلّة استخدامهم لمصطلح الباطل. وهو ينقسم إلى نوعين:

أ- زواج اتفق الفقهاء على فساده: مثل الزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة.

1- ابن عابدين، المرجع السابق، ص 131 وما يليها.

2- الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، د. ت، ص 245

3- الحموي، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، د. ت، ج3، ص 439.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق سوريا، ط4، د. ت، ج9، ص 6606

5- الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج3، ص86

ب- زواج اختلف الفقهاء في فساده: وهو ما يكون فاسداً عند المالكية وصحيحاً عند بعض الفقهاء بشرط أن يكون الخلاف قوياً، مثل زواج المريض فإنه لا يجوز في المشهور عند الإمام مالك، فإن كان الخلاف ضعيفا كزواج المتعة، وزواج المرأة الخامسة، كان من المُجمع على فساده.[1]

3- تعريف الزواج الفاسد والباطل عند الشافعية:

عرّف الشافعية الزواج الفاسد بأنه: " **ما اختل شرطه ، وطرأ له الفساد بعد انعقاده** ".[2]

وعرّفوا الزواج الباطل بأنّه : " **ما اختل ركنه** ".[3]

فالفاسد وَالْبَاطِلِ عندهم سَوَاءٌ في الزواج، فلا فرق بين نكاح فاسد، ونكاح باطل في الأثر المترتب عليهما، فيطلقون الفاسد على كل نكاح غير صحيح[4].

قَال الشافعي معلّقاً على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " **أَيُمَا امْرأَةٍ نكَحَت بِغَيْرِ إذن وليّهَا فَنكَاحُهَا بَاطلٌ وَإن أَصَابَهَا فَلهَا الصّداقُ ما اسْتَحَلَ مِنّ فَرْجِهَا** " فَإذَا جَعَلَ رسول اللّهِ – صلّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ – الصداق لِلْمَرأة بالْمسِيسِ في الزواج الفاسد بكل حال وَلَمْ يَرُدُّه به عليها ".[5] فجاء في الحديث اللفظ بـ:" نكاحها باطل" وجاء نص الشافعي بتسميته " الزواج الفاسد"، فيظهر لنا عدم تفريقهم بين الباطل والفاسد في الزواج. وقد أطلق الشافعية في بعض كتبهم لفظ الزواج الباطل – وإن قلَّ ذلك- ومن ذلك " فإن عدل عنه لم يصح الزواج، ولو نكح العبد بلا إذن سيّده بطل الزواج ".[6]

وجاء كذلك " ولا يجب على الواطئ في هذا الزواج الباطل الذي تمّ بغير ولي، حدّ الزنا، لشبهة اختلاف العلماء في صحة الزواج بغير ولي".[7]

4- مفهوم الزواج الفاسد والباطل عند الحنابلة:

عرّف الحنابلة الزواج الفاسد بأنه: " **ما اختلف العلماء في فساده** ".[8]

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 119.

2- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج9، ص 6612

3- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 6612

4- البُجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي، التجريد لنفع العبيد، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة الحلبي، دمشق، د.ط، د.ت، ج2، ص 385

5- الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج5، ص 91.

6- البكري، أبو بكر عثمان بن محمد الدمياطي الشافعي، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، دار الفكر، بيروت، ط**2**، **د. ت**، ج3، ص 376.

7- الخن، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، دار القلم، مشق، ط4، د.ت، ج4، ص 62.

8- ابن العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج11، ص 204

وعرفوا الباطل بأنه: " ما أجمع العلماء على بطلانه، أو ما أجمع العلماء على فساده ".

فالفرق بين الزواج الفاسد والباطل عندهم، أن الزواج الفاسد ما اختلف العلماء في فساده، والباطل ما أجمعوا على بطلانه، فنكاح الأخت من الرّضاعة باطل، لأن العلماء مُجمعون على بطلانه، والزواج بلا ولي أو بلا شهود فاسد، لأن العلماء مختلفون في فساده.

و**الخلاصة** أنّ جمهور الفقهاء لا يفرقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد ويعتبرونهما لفظين مترادفين.[1] وذلك من الناحية النظرية، أما الناظر في تطبيقاتهم الفقهية فيجدهم يفرقون بين العقود غير الصحيحة فيرتبون أحكاما على بعضها دون البعض الآخر، فمثلا الزواج من امرأة متزوجة من رجل آخر مع بطلانه عندهم يرتبون عليه النسب والعدة.[2] والمتأمّل في موقف جمهور الفقهاء القائلين بوحدة البطلان والفساد، يجد أن تفرقتهم المشار إليها بشأن العقود غير الصحيحة جاءت على أساس أن بطلان أي عقد من العقود إذا كان محل اتفاقهم لم يرتبوا عليه أثرا وما كان منها محل اختلاف بينهم رتبوا عليها بعض الآثار.[3]

وإذا نظرنا إلى الشروط التي ذكرها الحنفية للانعقاد والصحة، وما يترتب عليهما من بطلان وفساد نجد أنها لا تخرج في واقع الأمر عن الأساس المشار إليه، وما دام الجميع يفرقون بين العقود غير الصحيحة من الناحية العملية، فمن الصواب أن يسمى كل واحد منهما (أي الباطل والفاسد) باسم خاص حتى يتم التمييز بين النوعين كما سار عليه المحققون من الحنفية.[4]

ثالثا- ما جاء في قانون الأسرة الجزائري بشأن المقصود بالزواج الفاسد والباطل وأسبابهما:

1- المقصود بعقد الزواج الباطل والفاسد في قانون الأسرة الجزائري:

عقد الزوج **الباطل** هو كل عقد انعدم فيه ركن الرضا، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته وكذلك الحال إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد من: **23** إلى **30** من قانون الأسرة.

أما عقد الزواج **الفاسد** فهو كل عقد استوفى ركن الرضا بتطابق الإيجاب والقبول، ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر:**05-02**، بمعنى العقد

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 104.

2- ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، الجزء 07، ص 344-345.

3- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 28.

4- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص 99.

الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ وتبيّن أمره قبل الدخول، فإن الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، فإن حصل الدخول فإنه يختلف عن الزواج الباطل لأنه سوف يترتب عنه بعض الآثار.[1]

2- أسباب بطلان الزواج وفساده في قانون الأسرة:

2- 1- أسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة:

أسباب بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة المعدل والمتمّم بالأمر:**05-02** هي وفق الآتي:

أ- **فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي،** والمتعلق برضا الزوجين، وهو ما نص عليه المشرع في المواد: 4 و9 و33 من قانون الأسرة، فإذا انعدم تطابق الإيجاب والقبول يعتبر العقد باطلا[2] كما أنه لا يحق للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي تخضع لولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها[3] طبقا لنص المادة **13** من قانون الأسرة. ولا يجوز حتى لقضاة الموضوع إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج أو مراسيم الدخول بها.[4]

ب- كل زواج بإحدى المحرمات، ويقصد بذلك وجود موانع شرعية بين الزوجين، سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة طبقا للمواد من:23 **إلى** 30 من قانون الأسرة، فيبطل عقد الزواج في هذه الحالة قبل الدخول وبعده. ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء[5] وينصرف البطلان كذلك هنا، إلى زواج المسلمة بغير المسلم وكذا إذا كان أحد الزوجين مرتدا.[6]

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها من: " **أن حمل الزوجة الطاعة من غير زوجها الشرعي يعتبر مانعا من موانع الزواج، والذي يترتب عليه البطلان المطلق، وأن قضاة الموضوع لما**

1- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط6، 2017، ص295.

2- تنص المادة **33** من ق.أ على أنه: يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. والرضا طبقا للمادة **1/10** من نفس القانون يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:30-03-1993 **إ.ق.غ.أ.ش،** عدد خاص، 2001، ص47.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:12-03-2008، ملف رقم:415123، ينظر: العربي بلحاج، المرجع السابق ص291.

5- طبقا للمادة 34 من قانون الأسرة كل زواج بإحدى المحرمات يبطل(في النص الفرنسي) وتترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء.

6- تنص المادة 138 من قانون الأسرة على أنه: " يمنع من الإرث اللعان والردة ".

قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على الزوجة، يكونون بذلك قد عللوا قرارهم تعليلا كافيا، الأمر الذي يستوجب معه رفض الطعن."[1]

ج- إذا اشتمل عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته.[2]

2- 2- أسباب فساد عقد الزواج في قانون الأسرة:

أسباب فساد عقد الزواج لم يرد بشأنها نص صريح في قانون الأسرة، لكن يمكن استنتاج بعضها من أسباب الفسخ المنصوص عليها في المادة **2/33** من نفس القانون وهي: **إذا فقد عقد الزواج شرطا من شروط صحته،** كما لو كان العقد بدون شاهدين، أو بدون ولي في حالة وجوبه، أو بدون صداق، أو شاب الإرادة عيب من عيوب الرضا (الإكراه أو التدليس أو الغلط...)، فإنه يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه، ويثبت **(أي يصحح)** بعد البناء بصداق المثل.[3]

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرار مشهور لها مؤرخ في:17-11-1998، بأن عدم تحديد الصداق لا يُبطل الزواج، لأنه عند النزاع يُحكم للزوجة بصداق المثل.[4]

الفرع الثاني: تطبيقات الزواج الباطل والفاسد في القضاء الجزائري:

تطبيقات عقد الزواج الفاسد والباطل في القضاء الجزائري تظهر من خلال قرارات المحكمة العليا الصادرة في هذا الموضوع، وما وقع بين أيدينا من قرارات قليل يتعذّر معه الخروج بتصور كامل عن تطبيقات الزواج الفاسد والباطل كما ورد في الفقه الإسلامي، ومع ذلك لا بأس أن نعرض بعض قرارات المحكمة العليا والمسائل التي تضمنتها، فيما يأتي:

أولا- عدم توافر أهلية الزواج:

جاء في قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) المؤرخ في:07-12-1966 ما يلي:" **من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج، ينتج عنها بطلان الزواج، ومن المقرر أيضا، أن الزواج**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:11-10-2006، ملف رقم:371562، **م.م.ع.** 2007، العدد 2، ص 460.

2- أنظر: المادة 32 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

3- أنظر: المادة 33 فقرة 02 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:17-11-1998. نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق ص296.

المنعقد بدون رضا الولي الشرعي للزوجة، هو زواج باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ". [1]

ثانيا- عدم توافر الأركان المقرر شرعا للزواج:

جاء في القرار المؤرخ في:08-10-1984، ملف رقم:137 ما يلي:" **من المقرر شرعا أنّ الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقرر شرعا يكون باطلا. ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا. ولما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان من الثابت- في قضية الحال- أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه، وإلحاق نسب الولد بأبيه، وتقرير حقوق المستأنفة، خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة."** [2]

وفي نفس السياق جاء في قرار آخر مؤرخ في:**02-01-1989** ما يلي: **من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أركان أربعة هي: الصيغة (رضا الزوجين)، وولي، وصداق، وشاهدين، فضلا عن خلو الزوجين من الموانع الشرعية. ومن المقرر أيضا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض. لما كان من الثابت في قضية الحال، أن الشاهد الأول صرّح بأنه لا يوجد ولي ولا صداق، وأن الشاهد الثاني صرح بأنه استدعى لحفلة عشاء، ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".** [3]

1- المجلس الأعلى،**غ.ق.خ**، قرار مؤرخ في:07-12-1966، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج1، ص 139.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:08-10-1984، **م.ق** لسنة 1989، عدد 04، ص 79.

3- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في:02-01-1989، ملف رقم:51107، **م.ق** لسنة 1992، عدد 03، ص 53.

فهذا القرار جاء في ظل سريان قانون الأسرة رقم: 84-11 المؤرخ في: 09-06-1984، تطبيقا لنص المادة **33** التي كانت تنص قبل تعديلها على ما يلي:" **إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد.**"

وقد استهلّت المحكمة العليا قرارها هذا بمصطلح **من المقرر شرعا وقانونا** للدلالة على الحكم المشترك للمسألة، المستنبط من الشريعة والمضمّن في القانون، حيث اعتبرت تخلف ركنان من أركان العقد غير ركن الرضا يبطل الزواج، كما هو الحال في قضية القرار حينما ثبت لها تخلف ركني الولي والصداق، فالحكم الشرعي والقانوني لتخلف ركن الرضا لا يتساوى مع تخلف ركن الصداق أو الولي أو الشهود، حيث اعتبرت أن تخلف أحد هذه الأركان قبل الدخول يترتب عليه **الفسخ**، أما بعد الدخول فإن العقد يثبّت (يصحّح) بصداق المثل، أما إذا اختل أكثر من ر كن واحد فإن الزواج **يبطل**.

لقد استحضرت المحكمة العليا في قرارها هذا مصطلح الشريعة لتأكيد أنه لا مخالفة لأحكام الشريعة في القرار المطعون فيه حينما طبّقوا قضاة المجلس المادة **33** من قانون الأسرة التي جاءت صريحة في تقرير بطلان الزواج إذا تخلف ركنان، فالشاهد الأول في القضية صرح أنه لم يوجد ولي ولا صداق، لذلك اعتبرت المحكمة العليا أن قضاة المجلس طبقوا القانون تطبيقا سليما، ونتيجة لذلك قررت رفض الطعن.

فالمحكمة العليا استهلت قرارها بما هو مقرر شرعا بالاستناد إلى قول الشيخ العلامة خليل في مختصره حيث جاء في صلب القرار أنه: جاء في قول الشيخ خليل: أن النكاح له أركان أربعة: الأول **ولي**، الثاني **صداق**، والثالث **محل** (زوج وزوجة معلومان خاليان من الموانع الشرعية)، والرابع **صيغة**، ويصح بتسمية صداق وهبت لك ابنتي مثلا أو تصدقت عليك بها بكذا، فإن لم يسم صداقا لم ينعقد، وذكر في الشرح ص**203** فقرة 2 أن المراد بالركن ما تتوقف عليه حقيقة الشيء فيشمل الزوج والزوجة والولي والصيغة، وجاء في صفحة**199**: وندب أشهاد عدلين، فغير العدل من مستور وفاسق عدم، غير الولي، أي غير من له ولاية العقد، ولو كان وكيله فشهادته عدم بعقده أي عنده، وأما الأشهاد عند البناء فواجب شرط.

ثالثا- البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي:

حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:**11-10-2006** ما يلي:" **البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج، ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق.**"[1]

بالرجوع إلى حيثيات هذا القرار، فإن وقائع وإجراءات قضيته تتلخص في أن السيدة (ك.م) رفعت طعنا بواسطة دفاعها، تطلب فيه نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس سطيف بتاريخ:07-01-2004 الذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من فك الرابطة الزوجية بين الطرفين، وتعديله بجعل وقوعه على المستأنف عليها وإلغاء جميع التعويضات والنفقة المحكوم بهما، وإلغائه فيما قضى به من أثاث وتوجيه اليمين وحفظ حقوق الطرفين للمطالبة بها في دعوى مستقلة وتحميل المستأنف عليها بالمصاريف القضائية.

وتدعيما لمذكرة الطّعن أثار دفاع الطاعنة وجهين للنقض:

الوجه الأول: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، بدعوى أنه بالرجوع إلى المواد من 23 إلى 31 من قانون الأسرة التي تحدد موانع الزواج لا توجد أي حالة من الحالات المنصوص عليها في هذه المواد تقضي بأن دخول الزوج بزوجته وهي حامل يعتبر مانع من موانع الزواج، وأن قضاة المجلس حينما اعتبروا أن **عقد الزواج** المبرم بين المطعون ضدّه والطاعنة **باطلا بطلانا مطلقا ولا يرتب أي آثار** على أساس أن العقد أبرم بناءً على غش من العارضة، فإنهم قد خالفوا أحكام المواد:09، 32، 33، 34 من قانون الأسرة.

الوجه الثاني: المأخوذ من انعدام أو قصور أو تناقض الأسباب، بدعوى أن قضاة الاستئناف أكدوا بأن المدعى عليه في الطعن دخل بزوجته وهي حامل بغيره دون البحث أو التأكد فعلا بأن العارضة كانت حاملا من غيره، رغم أنها كانت قد استفادت من البراءة من جريمة الفاحشة، وكذا تأكيدها بأن حملها كان نتاج علاقتها بالمدعى عليه في الطعن قبل الزواج، وفي هذه الحالة فإن الحمل غير شرعي وعقد الزواج صحيح.

ناقشت المحكمة العليا هذان الوجهان معا، وخلصت في الرد عليهما معا إلى أن قضاة القرار المطعون فيه قد ناقشوا موضوع الدعوى مناقشة قانونية وبشكل واضح بعد تحليلهم للوقائع، تبين لهم بأن المطعون ضده دخل بالطاعنة وهي حامل من غيره، وهذا باعترافها خلال مراحل التقاضي، وخلصوا إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار، وهي أن **حمل الزوجة الطاعنة من غير زوجها الشرعي يعتبر مانعا من موانع**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:11-10-2006، **م.ق**، لسنة 2007 ، العدد 02، ص457.

الزواج والذي يترتب عليه البطلان المطلق، وأن قضاة الموضوع لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على الزوجة وإعفاء الزوج بحذف كافة التعويضات المحكوم بها في الحكم المستأنف يكونون بذلك قد عللوا قرارهم تعليلا كافيا وأقاموا قضائهم على أساس صحيح من الواقع القانوني الذي يستوجب رفض الطعن.

وهذا قضاءٌ سليم في رأينا، مستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية، لأنه يجب الإستبراء للتأكد من براءة الرحم بسبب الزنا أو الوطء بشبهة، وكذا في النكاح الفاسد المجمع على فساده، فإذا كانت المرأة حاملا كما في قضية الحال، فينتهي استبراؤها بوضع حملها، ويحرم نكاح المرأة أثناء فترة الاستبراء، كما تحرم خطبتها.

رابعا- فسخ عقد النكاح:

جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:**25-06-1984**، ملف رقم:33715 ما يلي: " **من المقرر شرعا، أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح، إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا** ".[1]

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا، مؤرخ في: **03-11-1986**، ملف رقم:42681 ما يلي:" **من المقرر فقها وقضاء أن الزواج الصحيح شرعا لا يفسخ ولو قبل البناء إلا لأسباب محددة، وليس الفسخ خاضعا لرغبة أحد الزوجين، كما أن زواجا واحدا أو أكثر للرجل أو كبر سنه ليس مما يجيز تطليق الزوجة جبرا عن زوجها.**" [2]

فهذا القرار طبّق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي حينما قرّر بأن الزواج الصحيح شرعا لا يفسخ ولو قبل البناء إلاّ لأسباب محدّدة، فالفسخ المقصود في المادتين **2/33** من قانون الأسرة هو نقض عقد الزواج وإزالة الحلّ الذي كان يترتب عليه، وهو لا يكون إلاّ لأسباب قانونية وشرعية محدّدة، وسبب فسخ عقد الزواج قد يكون بسبب خلل شاب العقد وقت إنشائه، وقد يكون السبب طرأ على العقد بعد تمامه.[3] وقال الفقهاء بأن الزواج الفاسد ينقسم إلى قسمين: الفاسد لعلة في عقده، والفاسد لعلة في صداقه، كما هو الحال في الزواج بإمرأة خامسة، أو بإمرأة أثناء عدتها، أو الإتفاق على إسقاط الصداق.

خامسا- الزواج في العدة باطل:

جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:**19-05-1998**، ملف رقم:193825 ما يلي:" **من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:25-06-1984، **م.ق**، لسنة 1989، العدد 04، ص 99.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:03-11-1986، **م.ق**، لسنة 1989، العدد 02، ص 94.

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 295.

أشهر. ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل، وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعا. فإنهم بقضائهم كما فعلوا، خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه ".[1]

فهذا القرار اعتمد على مشهور مذهب مالك[2]، مقرّرا إبطال الزواج في العدة مستهلا بعبارة من المقرر شرعا وإن كان منصوصا عليه قانونا في المادة **30** من قانون الأسرة، وهذا فيه تعزيز وتقوية وترسيخ لما هو مقرر قانونا بما هو مقرر في مشهور مذهب الإمام مالك رحمه الله.

المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الفاسد والباطل:

لم يبيّن المشرع الجزائري بالتفصيل الآثار المترتبة على عقد الزواج الفاسد والباطل وأحكامهما في المواد: **32، 33، 34، 35** من الفصل الثالث **(النكاح الفاسد والباطل)** من الباب الأول **(الزواج)** من الكتاب الأول**(الزواج وانحلاله)** من قانون الأسرة المعدل والمتمم، بل أن هذه المواد يشوبها الغموض والتضارب والتناقض. لذلك ومن أجل رفع اللبس والتناقض اللذان يخيّمان على نصوص هذه المواد ولتحقيق مزيد من التطوير في الاجتهاد القضائي في إطار أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **222** من نفس القانون، فإننا نرى في هذا المطلب ضرورة بحث هذه المسألة في الفقه الإسلامي **(الفرع الأول)** ثم نستعرض بعد ذلك ما جاء في قانون الأسرة بشأن هذه الآثار وأهم تطبيقاتها القضائية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: آثار عقد الزواج الفاسد والباطل في الفقه الإسلامي

رتّب الفقه الإسلامي بعض الآثار على عقد الزواج الفاسد أو الباطل، تتعلق بلزوم التفريق بين الزوجين والطّريق الذي يتم به، والنّسب، والمهر، والعدة، والميراث، والحدّ، والحرمة، سيتمُّ التطرق إليها في هذا الفرع فيما يأتي:

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:**19-05-1998**، ملف رقم:193825، **إ.ق**.غ.أ.ش، عدد خاص، ص73 نقلا عن العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها الكبرى، المرجع السابق، ص 310

2- الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص149-150

أولا- التفريق:

إن أول أثر نص عليه فقهاء المذاهب لعقود الزواج الفاسدة هو لزوم التفريق بين الزوجين[1] واختلفوا بعد ذلك في الطريقة التي يحصل بها التفريق، هل بالطلاق أم بالفسخ ؟ على ثلاثة أقوال، فيما يأتي:

القول الاول: يحصل التفريق بالفسخ، وهو مذهب الحنفية[2] والشافعية[3] والزيدية[4].

القول الثاني: يحصل التفريق بالفسخ بغير طلاق في كل نكاح أجمع على تحريمه، وما اختلف فيه فسخ بطلاق، وهو مذهب المالكية.[5]

القول الثالث: يحصل التفريق بالطلاق أو بالفسخ من القاضي في كل نكاح يسوغ فيه الاجتهاد[6]، ولا يقع الطلاق في نكاح باطل إجماعا كالزواج بخامسة، والزواج بأخت على أختها، وهو مذهب الحنابلة.[7]

ففي **المذهب الحنفي:** ليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول، فلا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة، ولا يجب فيه للمرأة مهر، ولا نفقة، ولا تجب فيه العدة، ولا تثبت به حرمة المصاهرة، ولا يثبت به النسب، ولا التوارث. ويجب على الزوجين أن **يتفرّقا بأنفسهما**، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما **بالفسخ** ويجوز فيه دعوى الحسبة لإزالة المنكر من غير أن يكون للمدعي مصلحة شخصية، **ويثبت لكل واحد فسخه**، ولو بغير حضور صاحبه، دخل بها أو لا في الأصح، خروجاً عن المعصية، وهذا لا ينافي وجوب التفريق بينهما من قبل القاضي.

فإذا حصل دخول بالمرأة، كان الدخول معصية، **ووجب التفريق بينهما**، ولكن لا يقام عليهما حدّ الزنا وإنما يعزّرُهُما القاضي بما يراه زاجراً لهما لوجود شبهة العقد، والحدود تدرأ بالشبهات. لكن يجب الحد في الدخول بالمحارم عند الصاحبين، ورأيهما هو الرّاجح.

1- البهوتي، كشف القناع، ج4، ص 86. الكساني، بدائع الصنائع، ج3، ص 473. ابن قدامة، المغني، ج6، ص 456.

2- السرسخي، المبسوط، ج5، ص 37.

3- روضة الطالبين، ج7، ص 42، ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص154.

4- الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص 72.

5- ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1، ص 140

6- ابن قدامة، المغني، ج7، ص9.

7- البهوتي، كشف القناع، ج5، ص 237.

أما الزواج الباطل فلا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، فلا يحلُّ فيه الدخول بالمرأة، ولا يجب به مهر، ولا نفقة، ولا طاعة، ولا يثبت به توارث، ولا مصاهرة، ويجب عدم التمكين من الدخول بينهما، فإن دخلا **فرق القاضي بينهما جبراً**، ولا عدّة فيه بعد التفريق كالموقوف قبل إجازته.

وفي **المذهب المالكي:** الباطل والفاسد بمعنى واحد، وهو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وينقسم إلى نوعين:

– زواج اتفق الفقهاء على فساده: مثل الزواج بإحدى المحارم من نسب، أو رضاع، أو مصاهرة.

– زواج اختلف الفقهاء في فساده: وهو ما يكون فاسداً عند المالكية، وصحيحاً عند بعض الفقهاء بشرط أن يكون الخلاف قوياً، كزواج المريض فإنه لا يجوز على المشهور عند مالك. فإن كان الخلاف ضعيفاً كزواج المتعة، وزواج المرأة الخامسة، كان من المجمع على فساده.[1]

ومن الآثار المترتبة على الزواج الفاسد أو الباطل، عند المالكية[2] التحريم ووجوب فسخه في الحال، رفعاً للمعصية، فإن تمَّ الفسخ فليس للمرأة شيء، سواء أكان العقد متفقاً على فساده أم مختلفاً في فساده، لأن القاعدة الكلية تقول: " **كل نكاح فسخ قبل الدخول، فلا شيء فيه، كان متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه، كان الفساد لعقده أو لصداقه أو لهما**"، فليس الفسخ قبل الدخول مثل الطلاق قبل الدخول في الزواج الصحيح. فلا شيء من الصداق بالفسخ قبل الدخول. فإن دخل الرجل بالمرأة، فهل يفسخ العقد أو لا ؟ العقد الفاسد بالنسبة لاستحقاق الفسخ بعد الدخول ثلاثة أنواع:

أ– نوع يجب فسخه أبداً وإن طال الزمان بعد الدخول: وهو ما يكون الفساد فيه لخلل في الصيغة أو في العاقدين أو في محل العقد، مثل الزواج بإحدى المحارم من نسب، أو رضاع، أو مصاهرة، وزواج المتعة والزواج بأكثر من أربع زوجات، والزواج بغير ولي، أو بغير شهود، وزواج مريض الموت، فنكاح المريض لا يجوز في المشهور عن مالك، ويفسخ، وإن صحَّ.[3]

ب– نوع لا يجب فسخه بل يبقى: وهو ما كان الفساد فيه بسبب فساد الصداق، كالزواج بدون صداق، أو بصداق مجهول، أو كان الفساد بسبب اقتران العقد بشرط يناقض المقصود من الزواج، مثل الزواج بشرط ألا يعاشرها ليلاً أو نهاراً، أو ألا ينفق عليها، أو ألا يقسم لها مع زوجته الثانية.

1– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 119.

2– ابن جزي، القوانين الفقهية، ص204 وما يليها. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص31 وما يليها.

3– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 120

ج- نوع يجب فسخه إن لم يطل الزمان بعد الدخول، ولا يفسخ إن طال الزمن، وهو محصور في ثلاثة عقود، أولها زواج الصغيرة اليتيمة إذا زوّجت مع فقد شرط من شروطها، وثانيها زواج الشريفة بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص، وثالثها زواج السر[1]، لكن طول الزمان في اليتيمة والشريفة يكون بمرور ثلاث سنوات فأكثر أو ولادة ولدين في بطنين، وطول الزمان في زواج السر يكون بحسب العرف، وهو ما يحصل فيه الاشتهار والظهور بين الخاص والعام عادة.

في **المذهب الشافعي:** يلزم فسخ النكاح الفاسد مطلقا أي قبل الدخول وبعده لأنه باطل، والباطل وجوده كعدمه.[2] والفرقة في النكاح الفاسد فسخ لا طلاق، حيث جاء في كتاب الأشباه والنظائر للسبكي: " كل موضع حكمنا فيه بالفرقة بين الزوجين فذلك فسخ لا طلاق ".[3]

أما في **المذهب الحنبلي:** فالنكاح الفاسد يلزم فسخه مطلقا سواء قبل الدخول أو بعده، وتبين المرأة المعقود عليها عقدا فاسدا بكل من الطلاق والفسخ بينونة صغرى. قال ابن قدامه: " وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يجز تزويجها إلا **بطلاقها** أو **فسخ نكاحها،** وإذا وامتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحها".[4] وإذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح النكاح الثاني ولم يجز تزويجها لثالث حتى **يطلق** الأولان أو **يفسخ نكاحهما.**[5]

ثانيا- النسب:

يثبت النسب في النكاح المختلف في صحّته إن أتت المرأة بولد وهذا مذهب الجمهور: المالكية والشافعية والحنابلة، والزيدية.[6]

ولا يثبت النسب في الأنكحة المتفق على فسادها إذا علم العاقدان التحريم، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، والصّاحبين.[7] وقد ذهب بعض فقهاء الإباضية إلى أن النّسب يثبت أيضا في الأنكحة

1- وهو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن زوجته أو عن جماعة، ولو أهل منزل، إذا لم يكن الكتم خوفا من ظالم أن نحوه.

2- جلال الدين محمد بن أحمد، شرح منهاج الطالبين للنووي، دار إحياء الكتب العلمية، ج3، ص 220 وما يليها.

3- السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411 هـ، ج1، ص 374

4- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق،ج7، ص 9 وما يليها.

5- شرح منتهى الإيرادات، ج3، ص 841

6- ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1، ص140. الشربيني، الإقناع، ج3، ص191. ابن قدامة، المغني، ج7، ص10.

7- ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1، ص140. الشربيني، الإقناع، ج3، ص191. ابن قدامة، المغني، ج7، ص10.

المتفق على فسادها، علم العاقدين أو جهلا التحريم، ومثلوا له بنكاح المحارم عدا الأم، وبزواج الخامسة مادام كان ذلك على سبيل التزويج أي العقد، وهو قول أبي حنيفة لوجود صورة العقد.[1]

ثالثا- المهر:

اختلف العلماء في ثبوت المهر في عقد الزواج الفاسد بالدخول على أربعة أقوال هي:

الأول: يثبت المهر **الأقل** من المسمى ومهر المثل، بالدخول، وهو مذهب الحنفية[2] والزيدية[3]. واستدلوا لذلك بأن العاقدين ما قوّما المنافع بأكثر من المسمّى، فلا تتقوم بأكثر من المسمّى، فحصلت الزيادة مستوفاة من غير عقد، فلم تكن لها قيمة، إلا أن مهر المثل إذا كان أقل من المسمى لا يبلغ به المسمى، لأنها رضيت بذلك القدر لرضاها بمهر المثل.

الثاني: يثبت المهر المسمى إذا كان وإلاّ مهر المثل، بالدخول لا الخلوة، متفقا على فساده أو مختلفا في فساده، وهو مذهب المالكية.[4]

الثالث: يثبت مهر المثل بالغا ما بلغ بالدخول عند الشافعية[5]، وزفر من الحنفية. فإذا فسخ النكاح الفاسد قبل الدخول لم يجب للمرأة شيء من المهر، وإذا فسخ بعد حصول الوطء وجب لها مهر المثل لا المسمى وكذلك يجب لها مهر المثل إذا لم يكن سمّي لها شيئا، أو سمّي تسمية فاسدة.[6]

واستدلوا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **أَيُّمَا امْرأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلَ ثَلاثَ مَرَّاتٍ فَإِنْ دَخَّلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا فإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُلْطَانُ وَلِيّ مَنْ لا وَلِيّ له**". واستدل زفر بأن الواجب عند فساد العقد بدل المتلف فالمقبوض بحكم الشراء الفاسد يكون مضموناً بالقيمة، بالغة ما بلغت عند الإتلاف، فكذلك المستوفى بالنكاح الفاسد.[7]

1- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ص337

2- الكساني، بدائع الصنائع، ج2، ص335. السرسخي، المبسوط، ج5، ص7

3- الصنعاني، التاج المذهب، ج2، ص72

4- الحطاب، مواهب الجليل، ج3، ص 450.

5- الشافعي، الأم، ج5، ص 174.

6- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، ص312

7- السرسخي، المبسوط، ج4، ص202.

الرابع: يثبت المهر المسمى إن دخل بها أو خلا وهو مذهب الحنابلة.[1] واستدلوا ببعض ألفاظ حديث عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها:" **ولها ما أعطاها بما أصاب منها**". وقالوا: إن الخلوة كالوطء.[2]

هذا وقد نص الحنابلة والإباضية على أن عقد الزواج الفاسد المجمع على فساده، مثل الزواج بالمتزوجة والمعتدّة لا مهر لها إذا كانت المرأة عالمة بالتحريم.

رابعا- العدّة:

اتفق الفقهاء على وجوب العدة بالوطء في الزواج المختلف فيه بين المذاهب.

واتفقوا على وجوب العدّة في الزواج المجمع على فساده بشرطين: أولهما أن يتبعه دخول كنكاح، وثانيهما أن يكون بشبهة كعدم علم أو جهل بالحرمة. ومثّلوا لذلك بـ: المعتدة، والمستبرأة من غيره ولو من وطء شبهة، وزوجة الغير، والمحارم، والمرأة التي زفّت إلى غير زوجها، نكح الكافر لمسلمة، ونكاح المتعة، ونكاح المحارم، ونكاح المكره،[3] ونكاح الصبي غير المميز، ونكاح الشغار، ونكاح المرتابة بحمل قبل انقضاء عدتها، ونكاح المسلم كافرة، وزواج المرتدة. [4]

أمّا إذا كان الزواج غير الصحيح بلا شبهة أو كان وطء زنا، فقد حصل الاختلاف بين فقهاء المذاهب على رأيين:

الأول: وذهب فيه المالكية والحنابلة إلى وجوب العدّة على الزواج غير الصحيح، ويطلقون المالكية على العدة هنا استبراء[5] واستدلوا على ذلك:

- بأن العدة وجبت للتعرف على براءة الرحم وعدم اختلاط الأنساب، لا لقضاء حق الزوج، إذ لا حق في النكاح الفاسد أيا كان نوعه.
- أن الشبهة تقوم مقام الحقيقة في موضع الاحتياط، وإيجاب العدة من باب الاحتياط .

ومن النصوص التي وردت عند **المالكية**، توجب العدّة على الزواج غير الصحيح ما يلي:

قال الإمام مالك رحمه الله: " **كلُّ نكاح فاسد لا يترك أهله عليه على حال فإنه إذا فُرّق بينهما اعتدّت عدة المطلقة** "[6] وبذلك يوجب الإمام مالك العدة على كل نكاح غير صحيح – فاسد- وقد جعل ضابط

1- البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص237.

2- البهوتي، المرجع نفسه، ص170.

3- ابن عابدين، الدر المختار، ج3، ص132.

4- الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج9، ص246.

5- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج8، ص124.

6- مالك، المدونة، ج2، ص28.

ذلك أنّ ما يترتب على العدّة هو كل نكاح لا يُقَرُّ عليه بأيّ حال من الأحوال، وهو ما يطلق عليه الزواج المجمع على فساده.

جاء عن ابن القاسم قوله:" **إن لم يشهد إلا شاهدا واحدا، فسخ وتزوجها بعد الاستبراء بثلاث حيضات**".[1] فهذا النص يعتبر الزواج بلا شهود نكاح فاسد يستحق الفسخ ويترتب عليه استبراء بثلاث حيضات وهي مدة العدة، لكنه سمّاها استبراء.

وجاء في فقه السنة: " **ومن زنى بامرأة عليها العدة** "[2] والزنا لا يعدُّ زواجا، ومع ذلك رتّب المالكية عليه عدة بمسمى **الاستبراء** وبمدة العدة.

ومن النصوص التي وردت عند **الحنابلة**، فيما يتعلق بوجوب العدة على الزواج غير الصحيح، الآتي:

جاء في كتاب الممتع في شرح المقنع : " **وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقضي عدتها** ".[3] ويمكن أن يلحق بالزنا كل نكاح فاسد تم مع العلم بالتحريم، أو بدون شبهة، فهو نكاح غير صحيح باطل أو فاسد.

وجاء في كتاب الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: " كل معتدة من غير الزواج الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة، أو في نكاح فاسد قياس المذهب: تحريم نكاحها على الواطئ وغيره في العدة".[4]

وجاء في شرح منتهى الإيرادات:" **ولا عدة في نكاح (باطل) مجمع على بطلانه كنكاح معتدة وخامسة إلا بوطء، لأن وجود صورته كعدمها، فإن وطئ لزمت العدة كالزّانية.**" [5]

وبذلك يرتب الحنابلة العدة على كل نكاح غير صحيح، كالزنا أو الوطء بشبهة أو نكاح معتدة أو خامسة أو أي نكاح غير صحيح، باطلا كان أو فاسدا، ودون التفريق بين العلم وعدمه.

الثاني: ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم وجوب العدة عند العلم بالحرمة. واستدلوا على ذلك بما يلي:

- عدم وجود الشبهة المسقطة للحد عند العلم بالحرمة، فبالعلم تزول الشبهة
- لا تجب العدة قياسا على عدم ثبوت النسب، فكما أن النسب لا يثبت فكذلك العدة.

ومن نصوص **الحنفية** التي لا توجب العدّة على الزواج الباطل ما يلي:

1- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص 400

2- السيد سابق، فقه السنة، ج2، ص332

3- التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج3، ص 597.

4- المرداوي، علي بن سليمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد بن حامد الفقي، 12 جزءا، ط1، السعودية، مطبعة السنة المحمدية، 1956، ج9، ص 298

5- البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، ج3، ص 192.

جاء في ردّ المحتار ما نصه: " **نكحَ كافرٌ مسلمة فولدت منه لا يثبت النسب منه ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل** ".[1]

وجاء فيه: " **لا يثبت النسب ولا العدة في نكاح المحارم أيضا** ". [2]

وجاء فيه أيضا :" **أما نكاح منكوحة الغير ومعتدّته فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها للغير لأنه لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلا..فعلى هذا يُفرّقُ بين فاسده وباطله في العدة...**" [3]

يتبين من هذه النصوص أنّ نكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة من الأنكحة المجمع على بطلانها، فإن تمّ ذلك فيفرق بين علم الناكح وعدم علمه، فإن نكحها وهو يعلم أنها متزوجة أو معتدة ويعلم حرمة ذلك، فهو نكاح باطل لا تترتب عليه عدّة بسبب عدم انعقاده من الأصل، وإن فعل ذلك من غير علم فنكاحه فاسد وتترتب عليه العدة.

وجاء في فقه السنة " **ومن زنى بامرأة لم تجب عليها العدة، لأن العدّة لحفظ النسب، والزاني لا يلحقه نسب وهو رأي الأحناف وهو رأي أبي بكر وعمر.**" [4]

وفي هذا النّص تم قياس العدة على لحقوق النسب، وهو قياسٌ مع الفارق، فما وجبت العدّة من لحوق النسب – وهو حقٌّ للابن ووالده– فقط، بل وجبت أيضا لعدم اختلاط الأرحام والأنساب، وهذا لا يتحقق إلا بوجود مدة تنتظرها المرأة لمعرفة خلوّ رحمها.

ومن نصوص **الشافعية**، التي لا توجب العدّة على الزواج غير الصحيح ما يلي:

جاء في كتاب البيان في مذهب الإمام الشافعي: " **وإن وطئت امرأة بشبهة.. وجبت عليها العدة، لأن الوطء في الشبهة كالوطء في الزواج في النسب، فكان كوطء الزواج في إيجاب العدة.**" [5]

وجاء فيه أيضا: " **والمنكوحة نكاحا فاسدا، وهي المنكوحة بغير شهود، ونكاح امرأة الغير، عليها العدة إذا لم يعلم الزوج الثاني بأنها متزوجة، فإن كان يعلم– أي الزوج الثاني– لا تجب العدة بالدخول، حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لأنه زنا، وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها، وبه يفتى**".[6]

1– ابن عابدين، ردّ المحتار على الدر المختار، ج3، ص133.

2– ابن عابدين، المرجع نفسه، ص 133 ما بعدها.

3– ابن عابدين، المرجع نفسه.

4– سابق السيد، فقه السنة، ج2، ص332

5– إبن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج11، ص33.

6– إبن أبي الخير، المرجع نفسه، ص33.

وجاء في كتاب الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي في معرض الحديث عن الزواج غير الصحيح بلا شبهة ما يلي: " **فهو كالزنا لا يستحق به المهر ولا يجب فيه العدة ولا يلحق فيه النسب**".[1]

يفهم من هذه النصوص أن الزواج الفاسد بلا شبهة، لا يترتب عليه العدة في المذهب الشافعي. لأن وجوب العدة في نظر الشافعية هو لحفظ النسب، وفي الزنا والوطء غير الصحيح بلا شبهة لا يلحق به النسب وبالتالي لا عدّة فيه.[2]

وبعد استعراض أقوال الفقهاء في مدى وجوب العدة على الزواج الفاسد أو الباطل إن حصل وطء بدون شبهة، تبيّن لنا أن الرّاجح هو رأي المالكية، لأن عدم إيجاب مدّة تتربّصُ بها المرأة المفارقة بسبب زواج باطل أو فاسد سيؤدي حتما إلى عدم استبراء الرحم واحتمال اختلاط المياه، ومن ثمّ اختلاط الأنساب وتشتّتها، وفي ذلك اعتداء على حق الولد ووالده في انتساب كلّ منهما للآخر. إضافة إلى أنه لا بد من التمييز بين المدة التي تنتظرها المرأة بعد طلاق من زواج صحيح، والمدة التي تنتظرها بعد فسخ من زواج غير صحيح، فكان ذلك بالاستبراء.

خامسا- الميراث:

لا توارث بين الرجل والمرأة في الزواج الفاسد سواء كان مختلفا فيه أو متفقا عليه، قبل الدخول وبعده، وهو مذهب الجمهور من الحنفية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

وفي **المذهب المالكي:** يثبت الإرث بين الرجل والمرأة في حال الفساد المختلف فيه، فلو مات أحدهما قبل فسخ العقد ورثه الآخر، دخل الرجل بالمرأة أو لم يدخل، إلا زواج المريض مرض الموت، فإنه لا يجوز عند المالكية خلافاً للجمهور فإنه صحيح، لأن سبب فساده هو إدخال وارث في التركة لم يكن موجوداً عند المرض، فلو ثبت به الإرث، لفات الغرض الذي من أجله حكم بفساد العقد. أما في حالة الفساد المتفق عليه فإنه لا يثبت الحق في الميراث لأنه زواج غير منعقد أصلا.[6]

1- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج11، ص 287

2- سيد سابق، فقه السنة، ج2، ص 332

3- السرسخي، المرجع السابق، ج5، ص8.

4- الشافعي، الأم، ج5، ص18

5- ابن قدامه، المغني، ج7، ص10.

6- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 120 وما يليها.

سادسا- الحدّ:

يسقط الحدُّ عن الواطئ في النكاح الفاسد المختلف فيه، مثل: نكاح المحرم بحج أو عمرة، وتزويج المرأة نفسها بدون ولي. وهو مذهب جمهور الفقهاء[1]. لأن الحدّ مبني على الدرء، والإسقاط بالشبهات، وهذه شبهات فيسقط بها، واستدلوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " **ادفعوا الحدود ما وجدّتم له مدفعا** ".[2]

أما الأنكحة المجمع على بطلانها كنكاح الخامسة، والمعتدة، والمتزوجة، والمطلقة ثلاثا، وذوات محارمه من نسب، أو رضاع، فلا يمنع وجوب الحدّ إذا كان الزوجان عالمين بالتحريم. وهو مذهب المالكية والحنابلة والصاحبين. ويدرأ الحد عند أبي حنيفة، ولو علم الزوجان التحريم لوجود صورة العقد، وهي شبهة كافية عند أبي حنيفة لدرء الحدّ.[3]

سابعا- الحرمة:

تثبت حرمة المصاهرة والرّبيبة إذا دخل بالأم بعقد صحيح أو فاسد لإطلاق قوله تعالى:﴿ **وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**﴾[4] وهو مذهب المالكية، والشافعية، في المختلف على فساده.[5] وتثبت حرمة المصاهرة والتي تعني: تحريم المرأة على أصول الرجل وفروعه، وتحريم أصول المرأة وفروعها على الرجل، بالدخول (الوطء)[6] أو مقدماته، هذا إذا كان العقد مختلفاً في فساده. وكذلك تثبت بهما إذا كان العقد متفقاً على فساده، بشرط ألا يعتبر الوطء زنا موجباً للحدّ فإن اعتبر زنا موجباً للحد لا تثبت به حرمة المصاهرة.

وتثبت حرمة المصاهرة في المذهب الحنفي بالنظر والوطء، حيث يحرم على الرجل الزواج بأصول المرأة وفروعها، وتحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه.[7]

قال المالكية وبعض الحنابلة بالحرمة المؤبدة فيمن عقدعقدا على المعتدة ووطئها، واستدلوا لذلك بما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرق بين طليحة الأسدية وزوجها راشد الثقفي لمّا تزوجها في

1- الحطاب، مواهب الجليل، ج3، ص 464.

2- ابن ماجة، السنن الكبرى، ج2، ص 850.

3- الزيعلي، البحر الرائق، ج3، ص184.

4- النساء: من الآية 23.

5- الشربيني، الإقناع، ج2، ص 418. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص240

6- المراد بالوطء: ما يشمل إرخاء الستور، ولو اتفقوا على عدم الوطء، مثل الوطء مقدماته.

7- السرسخي، المبسوط، ج5، ص158.

العدة من زوج ثان، وقال:" **أيُّما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبدا** ".[1]

وقد نقل ابن قدامة المقدسي الإجماع على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد، فإنها تحرم على أبيه وعلى ابنه وعلى أجداده وعلى ولده، لأن هذا الوطء يلحق به النسب ، فيثبت به تحريم المصاهرة كما يثبت بالوطء المباح.[2]

الفرع الثاني: ما جاء في قانون الأسرة بشأن آثار الزواج الفاسد والباطل وتطبيقاتها القضائية

سيتم في هذا الفرع استعراض ما جاء في قانون الأسرة الجزائري بشأن آثار الزواج الفاسد والباطل **(أولا)** ليتبيّن لنا مكامن النقص التشريعي والتناقض في نصوصها **(ثانيا)**، ثم نستعرض أهمّ تطبيقاتها القضائية **(ثالثا)**، وذلك فيما يأتي:

أولا- ما جاء في قانون الأسرة بشأن آثار الزواج الفاسد والباطل:

1- آثار عقد الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري:

الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، حكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول، بل يعتبر وجوده كعدمه، ويجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال. وإذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا، كان دخوله بمنزلة الزنى.[3]

فالنكاح الباطل، كما يقول الأستاذ فضيل سعد، لا يرتّب إلاّ أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم في نظر الشريعة الإسلامية، بخلاف العقد الفاسد أو النكاح الفاسد الذي ينعقد غير مستوف لشروط النكاح الشرعي.[4]

وتأسيسا على ذلك، وطبقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري فإن بطلان الزواج يترتب عليه ما يلي:

أ- لا توارث بين الزوجين طبقا للمادة **131** من قانون الأسرة التي تقول:" إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

1- ابن حزم، المحلى، ج11، ص38، وقال عنه ابن حزم : " الإسناد إلى عمر منقطع، لأن سعيد بن المسيب لم يلحق عمر رضي الله عنه." ينظر: المحلى، ج11، ص 247.

2- ابن قدامة، المغني، ج6، ص405.

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 290

4- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ص163

ب- ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد طبقا للمادتين **34** و**40** من قانون الأسرة. ويشترط في ذلك وفقا لأحكام الفقه الإسلامي أن يكون الزوجان حسني النية بأن يكونا على غير علم بأن زواجهما محرّم، لأنه إذا كان الزوجان يُسيئا القصد والنية، بأن يكونا على علم تام بأن زواجهما محرّم باطل، فإن الحد يطبق عليهما والولد لا ينسب لأبيه لأنه ابن زنا، والضابط الشرعي هنا أن " **كل نكاح يترتب عليه الحد لا يلحق فيه الولد بأبيه** ".[1]

ج- لا تستحق الزوجة الصداق في العقد الباطل طبقا للمادة **33** من قانون الأسرة.

د- لا ينشأ للزوج أي حق على زوجته، ولا للزوجة على زوجها.

هـ- إذا أبطل الزواج بعد الدخول، وجب على المرأة **الاستبراء** بثلاث حيضات، أما إذا أُبطل قبل الدخول فلا يجب على المرأة أن تستبرئ لأنه شرع على براءة الرحم من الحمل وفقا للمادة 34 و58 قانون الأسرة.

ويجب الاستبراء للتأكد من براءة الرحم بسبب الزنا أو الوطء بشبهة، وكذا في النكاح الفاسد المجمع على فساده، فإذا كانت المرأة حاملا، فينتهي استبراؤها بوضع حملها، وإن لم تكن حاملا فاستبراؤها ثلاث حيضات إن كانت ممن تحيض، ويحرم نكاح المرأة زمن الإستبراء، كما تحرم خطبتها.[2]

2- آثار عقد الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري:

الفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها في القانون، فإذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول، فسخ الزواج دون صداق، أما إذا تبيّن بعد الدخول، فإن هذا الزواج يثبّت **(أي يصحّح)** بصداق المثل عملا بنص المادة **2/33** من قانون الأسرة وذلك لحماية الأسرة والمجتمع.

الفسخ أو الإبطال المقصود في المادتين **2/33** و**34** من قانون الأسرة هو نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه، وهو لا يكون إلاّ لأسباب قانونية وشرعية محدّدة، وسبب فسخ عقد الزواج قد يكون بسبب خلل شاب العقد وقت إنشائه، وقد يكون السبب طرأ على العقد بعد تمامه.[3] وقال الفقهاء بأن الزواج الفاسد ينقسم إلى قسمين: الفاسد لعلة في عقده، والفاسد لعلة في صداقه، كما هو الحال في الزواج بإمرأة خامسة، أو بإمرأة أثناء عدتها، أو الإتفاق على إسقاط الصداق.

1- التسولي، البهجة شرح التحفة، ج1، ص 271.

2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 293

3- العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 295.

إن الزواج الفاسد قبل الدخول يعتبر كالباطل لا أثر له، ويستوجب التّفريق بين الزوجين، أمّا بعد الدخول فتترتب عليه بعض الآثار نص عليها قانون الأسرة، وهي:

أ- تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل طبقا للمادة **33** فقرة **02** من قانون الأسرة.

ب- ثبوت النسب إذا حملت الزوجة، رعاية لحق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب طبقا للمادتين **34** و**40** من قانون الأسرة، ويثبت نسب الولد من أبيه إذا جاءت به أمّه في مدة الحمل أقلها ستة (06) أشهر من تاريخ الدخول، وأكثرها عشرة 10 أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال.

ج- ثبوت حرمة المصاهرة، حيث يحرم على الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول أن يتزوج أمها أو ابنتها، كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو ابنه.

د- وجوب الإستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل.[1]

ثانيا- مكامن النقص التشريعي والتناقض في المواد القانونية المتعلقة بآثار الزواج الفاسد والباطل:

تظهر مكامن النقص والتناقض في المواد: من **32** إلى **35** من قانون الأسرة المتعلقة بآثار الزواج الفاسد والباطل فيما يلي:

1- نص المادة **32** قد أخلط بين المانع من الزواج الذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد وبالتالي بطلانه، وبين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضيات العقد، والتي لا تؤثّر على صحته، وإنما يجب إلغاؤها، وهو ما نص عليه في المادة **35** التي تؤكد على صحّة العقد وبطلان الشرط. مع أن هذه الحالة الأخيرة هي التي يبطل بها العقد، لذلك يرى الأستاذ الدكتور بن شويخ الرشيد تصحيح النص بحذف مصطلح " **مقتضيات** " من المادة **32** وإضافته في صلب المادة **35**، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي: " **إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا** ". ومثال ذلك كأن يشترط ألاّ مهر لها أو لا ينفق عليها، أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط ينافي أصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة.[2]

2- نص المشرع في المادة **34** من قانون الأسرة أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، والصحيح هو أنه يبطل قبل البناء وبعده، ويترتب عليه ثبوت النّسب ووجوب الاستبراء، كما ورد ذلك في النص الفرنسي (est déclére nul avant et après) وقد أشار إلى ذلك المشرع في المادة **32** من قانون الأسرة المعدلة عام 2005، لأن الزواج بإحدى المحرمات يعد من الموانع، وهو عقد باطل

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، 300

2- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 99.

لأنه ولد ميتا ولم يكن صحيحا في أي وقت بعد ولادته، ويلازمه البطلان. وهو ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا[1] مما يستوجب رفع التناقض بين نص المادتين **32** و**34** من قانون الأسرة.[2]

3- لم يوحّد القانون في الحكم بالنسبة لتخلّف الشروط اللازمة لانعقاد الزواج، ففي مسألة الموانع رتّب البطلان في النص الفرنسي، وفي حالة تخلف الشهود والصداق والولي رتب الفسخ قبل الدخول وثبوت العقد بعد الدخول، ولم يتكلم عن تخلف شرط الأهلية في الزواج، والزواج دون السنّ القانوني، أو بدون الشهادة الطبية، فما هو مصير العقد في هذه الحالة ؟

4- تنص الفقرة 2 من المادة 33 قانون الأسرة على ما يلي: " إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو صداق، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". فهذا النص به خلط وغموض بالنسبة لموضوع الصداق، فلا حاجة لذكره هنا، لأنه لا يمكن فسخ العقد، ولو قبل الدخول في حالة عدم ذكر الصداق في العقد ، لأن المادة **2/15** تنص على أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل في حين النص في المادة **33** يقول بفسخ العقد قبل الدخول وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل.[3]

5- اقتصر قانون الأسرة على ذكر حالتين للبطلان، وهي تخلف ركن الرضا (المادة **33** من قانون الأسرة)، والزواج بالمحارم (المادة **34** قانون الأسرة في النص الفرنسي)، فما هو الحل لبقية الحالات؟ كالحالة المتعلّقة بردّة الزوج، والحالة التي يتخلف فيها أكثر من الشرط. [4]

6- أغفل المشرع الإشارة إلى أنه يشترط في ثبوت النسب في الزواج الباطل (المادة 34 من قانون الأسرة) وكذا في الزواج المتّفق على فساده (المادة **33** فقرة **02** من قانون الأسرة) أن يتبعه دخول كنكاح، وثانيهما أن يكون بشبهة كعدم علم أو جهل بالحرمة، فإذا ثبت ذلك، تستبرئ المرأة ويلحق نسب الأبناء كما يترتب على هذا الزواج بعد الدخول الصداق.

7- لم يُبيّن قانون الأسرة حالات الزواج المتفق على فساده، ولا أنواع الزواج الفاسد، مكتفيا بذكر بعض الآثار القانونية التي تترتب عليه في المادتين 33 و34 من قانون الأسرة، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشرعية الإسلامية طبقا للمادة **222** من قانون الأسرة.

1- المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار مؤرخ في:11-10-2006، **م. م.ع**، 2007، العدد 2، ص 460: " إن البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، من موانع الزواج، يترتب عنه بطلان عقد الزواج ".

2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 302

3- بن شويخ رشيد. المرجع السابق، ص 99

4- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 302

8- يرى بعض الفقه أن نص المادة **2/33** من قانون الأسرة فيه غرابة وتناقض، ذلك أن الإشهاد هو شرط من شروط صحة الزواج، وكذلك بالنسبة لحضور الولي في حالة وجوبه، فكيف يثبت الزواج بعد البناء تلقائيا بصداق المثل؟ ولو تمّ إبرامه بدون إشهاد، أو بدون ولي في حالة وجوبه. فهذا غير منطقي، بل فيه تضارب مع أحكام المواد: 9 مكرر و 11 و18 من قانون الأسرة.[1]

والحقيقة أن التضارب هنا ظاهري لا غير، لأن الزواج هنا يثبت بعد البناء إذا اختل شرط واحد من الشروط (الشاهدان، أو الصداق، أو الولي)، مراعاة لمصلحة الزوجين في إبقاء واستمرار العلاقة الزوجية بعد الدخول، فيترتب عليه بعض الأحكام.[2]

ثالثا- أهم التطبيقات القضائية لآثار عقد الزواج الفاسد والباطل:

تطبيقات آثار عقد الزواج الفاسد والباطل في القضاء الجزائري تظهر من خلال قرارات المحكمة العليا الصادرة في هذا الموضوع، وما وقع بين أيدينا من قرارات قليل يتعذّر معه الخروج بتصور كامل عن تطبيق آثار الزواج الفاسد والباطل كما ورد في الفقه الإسلامي، ومع ذلك لا بأس أن نعرض بعض قرارات المحكمة العليا والمسائل التي تضمنتها، فيما يأتي:

1- **القرار المؤرخ في:03-01-1983**، وجاء فيه:" **من المقرر شرعا عدم صحة العقد على المرأة في وقت عدتها، ومن ثم فالزواج بها ولو توافرت أركانه، فهو غير صحيح، بل لا يعتبر زواجا لوجودها في عدة الطلاق**".[3]

وهذا اجتهاد قضائي سليم، طبّق ما هو مقرّر في أحكام الشريعة الإسلامية من أنه يحرم نكاح معتدة الغير قبل إنقضاء عدّتها سواء كانت العدة من طلاق أو فرقة أو وفاة، بلا خلاف بين العلماء[4] لقوله تعالى: ﴿ **ولا تعزموا عقدة النكاح حتّى يَبلُغَ الكتابُ أجَلَهُ** ﴾[5] **وقوله تعالى :** ﴿ **والمطلقات يتربّصنَ بأنفسهنَّ ثلاثةَ قروء**﴾[6] والتربّص هو التوقف عن النكاح وحبس النفس عنه.[7]

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص304

2- محمد محده، المرجع السابق، ص 136-137

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 03-01-1983 نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق.

4- الكساني، بدائع الصنائع، ج3، ص 451. الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص36.

5- سورة البقرة، الآية: 235

6- سورة البقرة، الآية: 228

7- الطبري، جامع البيان، ج2، ص447

2- **القرار المؤرخ في:30-12-1985، ملف رقم:39348**، ومن حيثياته: " حيث ثبت بالرجوع إلى أوراق الملف، أن العلاقة الجنسية التي تمت بين الطرفين، **ما هي إلا علاقة زنا**، وهذا ثابت من خلال القرار الجزائي المؤيد للحكم الجزائي الصادر عن محكمة بسكرة بتاريخ:23-12-1981 بإدانة المدعية في الطعن والمدعى عليه في الطعن بجنحة الزنا، وتبعا لذلك فالمادة 339 من القانون المدني تنص أن القاضي المدني يتقيد بما فصل فيه القاضي الجزائي من الوقائع. وعليه فقضاة الموضوع أصابوا وأعطوا قاعدة شرعية لقرارهم المنتقد، لما تقيدوا بما فصل القاضي الجزائي".[1]

3- **القرار المؤرخ في:24-02-1986، ملف رقم:39362**، وممّا جاء في حيثياته: " حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع، أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر، بموجب عقد مؤرخ في:02-11-1981 ولم تطلق منه، وكان جاهلا هذه الحالة. حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على المحصّنة تحرم على الزوج الثاني، وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب. حيث أن قضاة الموضوع لمّا حكموا بالطلاق على مسؤولية الزوج دون مراعاة لأحكام الفقه لم يبنوا حكمهم على أساس شرعي، الشيء الذي يجعل القرار واجب النقض في هذه المسألة. "[2]

لقد فصل هذا القرار في مسألة فقهية مفادها تحريم العقد على المتزوجة، فقرر نقض قرار قضاة الاستئناف الذين لم يؤسسوا قرارهم على ما هو مقرّر في أحكام الفقه الإسلامي من أنه يحرم نكاح المتزوجات ما دمن في عصمة أزواجهن، بلا خلاف بين العلماء، ونقل الإجماع على ذلك، بدليل قوله تعالى: ﴿ **والمُحصناتُ من النّساء**﴾ [3] وقد عطفه على قوله عزّ وجلّ: ﴿ **حرّمت عليكم أمّهاتكم**﴾[4] وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير هذه الآية أنه قال: " كل ذات زوج إتيانها زنا إلا ما سبيت ".[5]

كما أن هذا القرار رتّب على هذا الزواج الفاسد (الباطل) الفسخ قبل الدخول وبعده، وثبوت النّسب لأن الزوج الثاني كان حسن النية، لم يكن يعلم التحريم، وهذا قضاءٌ يوافق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من

1- قرار غير منشور، ينظر: العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، المرجع السابق، ص125

2- قرار غير منشور، ينظر: العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، المرجع السابق، ص125

3- سورة النساء، من الآية 24

4- سورة النساء: من الآية 23

5- الجصاص، أحكام القرآن، ج3، ص80.

المالكية، والشافعية، والحنابلة، والصاحبين.[1] من أنه يثبت النّسب في الأنكحة المتفق على فسادها إذا لم يعلم العاقدان التحريم.

4- **القرار المؤرخ في:15-12-1988، ملف رقم:202430**، وجاء فيه ما يلي: " من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار: (ولزم الإقرار لحمل في بطن إمرأة....إلخ) كما أن **إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد**".[2]

5- **القرار المؤرخ في:08-10- 1989**، وجاء متضمّنا ما يلي: " من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا ولما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدُّ خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه، وإلحاق نسب الولد بأبيه، وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة ".[3]

وهذا اجتهاد سليم، يجد مستنده في الفقه الإسلامي، حيث يتوافق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من أن دخول الزوج بزوجته في العقد الباطل، لا يوجب مهراً، ويعدُّ من الزنا، ولا يثبت به النسب، بل يستوجب إقامة الحدّ على الزوجين إذا كانا مكلفين عالمين بالتحريم، وهذا خلافا لأبي حنيفة الذي لا يرى إقامة الحدّ لشبهة العقد.

6- **القرار المؤرخ في:25-06-1984، ملف رقم:33715**، وتضمن ما يلي: " من المقرر شرعا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح، إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا ".[4]

7- **القرار المؤرخ في:12- 10-2005، ملف رقم:340671**، وتضمن ما يلي: " حيث يتضح من أقوال المدعية والتي أيدها الطاعن أن ما يربط طرفي النزاع هو عقد زواج تتوفر فيه جميع أركانه، وبالتالي يتعين إصدار حكم إما بالتطليق أو الطلاق. ولا يجوز في مثل قضية الحال، حل الرابطة الزوجية

1- ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1، ص140. الشيرازي، المهذب، ج2، ص241. الشربيني، الإقناع، ج3، ص191.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:15-12-1998، **م.ق**، 1999، العدد 01، ص 122.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:08-10-1989، **م.ق**، العدد4، 1989، ص79.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:25-06-1984، **م.ق**، 1989، العدد 4، ص99. نقلا عن العربي بلحاج المرجع نفسه، ص 120.

بين طرفي النزاع بفسخ الزواج وفقا لما نصت عليه المادة **33** من ق.أ في فقرتها الثانية والمادة 34 من ق.أ ".[1]

8- القرار المؤرخ في:23-05-2001 ملف رقم:251656، وتضمن التسبيب الآتي: " حيث جاء في مختصر الشيخ خليل في باب أحكام النكاح، عند الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث، فقال: **إلا نكاح المريض زوجا كان أو زوجة، فلا إرث فيها**. وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه".[2]

يظهر من هذا القرار أن قضاء النّقض رجع إلى مختصر خليل، بالتنصيص على إسمه، وإيراد نقوله للبت في مسألة حق الإرث في الزواج الفاسد، فاعتمد ما جاء في مختصر الشيخ خليل في باب أحكام النكاح في معرض الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث، حيث قال: إلا نكاح المريض زوجا كان أو زوجة، فلا إرث فيها. ذلك أن الفقه المالكي يذهب إلى بطلان أو فساد عقد الزواج إذا كان الزوجان أو أحدهما مصابا بمرض مخوّف يتوقع منه الموت عادة، لأن في ذلك إدخالا لوارث في التركة لم يكن موجودا قبل المرض وحكمه عندهم وجوب التعجيل بفسخه بمجرد الإطلاع عليه سواء تحقق الدخول أو لم يتحقق، ولو مات أحدهما قبل الفسخ لا يرثه الآخر سواء مات المريض منهما أو الصحيح.[3]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:12-10-2005، **م. م.ع**، العدد 2، 2005، ص 400.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 23-05-2001، **م.ق**، 2002، عدد1، ص 305

3- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 63.

خلاصة الفصل الثاني:

نخلص من دراسة المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج الصحيح، النفقة والنسب إلى ما يأتي:

1- لم ينص المشرع في قانون الأسرة على شروط استحقاق النفقة الزوجية، ومسألة سقوط النفقة بسبب نشوز الزوجة، فتصدى القضاء لذلك حيث حصر شروط استحاق النفقة الزوجية في شرطين اثنين هما: أن يكون عقد الزواج صحيحا، وتمكين الزوج من الاستمتاع. أما فيما يخص النُّشوز فقد طبق قضاء المحكمة العليا قاعدة فقهية في قراراته الشهيرة مفادها أن النشوز يسقط الحق في النفقة مستمدا ذلك من مذهب الجمهور بما فيهم المالكية.

2- استقر اجتهاد المحكمة العليا أن النسب ثابت بالفراش، ولا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان وهذا قضاء سليم موافق لآراء معظم الفقهاء في العصر الحديث حول هذه المسألة، لكي لا يفتح باب التشكيك في الأنساب، والذي ينتج عنه فتن كثيرة تؤدي إلى الطلاق وشتات الأسر.

3- كيفية اللّعان والآلية التي يتم بها، وشروط نفي النسب به، ودور القاضي فيه، فهذا ما لم يرد النص عليه في القانون، لكن وحسب منطوق المادة **888** من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل فراغ قانوني، فإنه يمكن تنفيذ اللعان بموجب هذه المادة بالكيفية الواردة في الفقه الإسلامي.

4- آجال نفي الحمل ضيّقة جدّا، وتسبيب ذلك أن الإمام مالك رحمه الله تعالى حدّد ذلك بيوم واحد من يوم العلم وإلا سقط الحق في المطالبة باللعان. وهذا قضاءٌ يتوافق مع مذهب الإمام مالك رحمه الله ومن معه من جمهور الفقهاء.

5- اجتهاد المحكمة العليا بشأن مدة نفي النسب باللعان بأن لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم يلتقي إلى حد كبير مع قول ضعيف روي عن أبي حنيفة أنه قدّره بسبعة أيام، وروي عنه تقديره بثلاثة أيام.

6- من خلال تتبع أهمّ القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في مسألة ولد الزنا، لاحظنا موقفين اثنين:

الأول: ومفاده أن ولد الزنا لا يثبت نسبه لأبيه **(الأب البيولوجي)** أخذاً برأي جمهور الفقهاء ويظهر هذا الموقف في عدد من القرارات، أما **الموقف الثاني: فإنه** يظهر من بعض القرارات الصادرة حديثا عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ومؤدّاه أنه يمكن إلحاق نسب ولد الزنا بأبيه. وقد ثبت بعد بيان أحكام الشبهة في الفقه الإسلامي أن هذا التكييف ليس له مستند شرعي، أما ما تعلق بإثبات نسب العلاقة غير الشرعية أو الاغتصاب فهو مخالف لرأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بل مخالف حتى للرأي القائل بإثبات نسب ولد الزنا من أبيه، لأنه وطبقا لهذا الرأي فإنه يلحق به طبقا لدليل الإقرار لا بطريق

نكاح الشبهة. وبذلك فإن هذا الاجتهاد قد أدى إلى تقويض ما هو مستقر عليه قضاءً طيلة سنوات من أن ولد الزنا لا ينسب لأبيه.

أما فيما يتعلق بتطبيقات آثار عقد الزواج الفاسد والباطل في القضاء الجزائري فإنها تظهر من خلال قرارات المحكمة العليا الصادرة في هذا الموضوع، وما وقع بين أيدينا من قرارات قليل يتعذّر معه الخروج بتصور كامل عن تطبيق آثار الزواج الفاسد والباطل كما ورد في الفقه الإسلامي، ومع ذلك استخلصنا منها الآتي:

1- عدم صحة العقد على المرأة في وقت عدتها، وهذا اجتهاد قضائي سليم طبّق ما هو مقرّر في أحكام الشريعة الإسلامية من أنه يحرم نكاح معتدة الغير قبل إنقضاء عدّتها سواء كانت العدة من طلاق أو فرقة أو وفاة، بلا خلاف بين العلماء.

2- عدم صحّة العقد على المتزوجة، ويترتّب على هذا الزواج الفاسد (الباطل) الفسخ قبل الدخول وبعده، وثبوت النّسب متى كان الزوج الثاني حسن النية أي لم يكن يعلم التحريم، وهذا قضاءٌ يوافق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين، من أنه يثبت النّسب في الأنكحة المتفق على فسادها إذا لم يعلم العاقدان التّحريم.

3- الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقرّرة شرعا يكون باطلا، وبذلك فإن العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة لا تعدُّ زواجا، إذ لا يمكن تصحيحها وإلحاق نسب الولد بأبيه، وتقرير حقوق للمرأة. وهذا اجتهاد سليم، مستمد من الفقه الإسلامي، حيث يتوافق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن دخول الزوج بزوجته في العقد الباطل، لا يوجب مهراً، ويعدُّ من الزنا، ولا يثبت به النسب، بل يستوجب إقامة الحدّ على الزوجين إذا كانا مكلفين عالمين بالتحريم، وهذا خلافا لأبي حنيفة الذي لا يرى إقامة الحدّ لشبهة العقد.

4- رجوع الاجتهاد القضائي إلى مختصر خليل، بالتنصيص على إسمه، وإيراد نقوله للبت في مسألة حق الإرث في الزواج الفاسد، فاعتمد ما جاء في مختصر الشيخ خليل في باب أحكام النكاح في معرض الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث، حيث قال: إلا نكاح المريض زوجا كان أو زوجة، فلا إرث فيها.

الباب الثاني:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل انحلال الزواج وآثاره

الباب الثاني:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل انحلال الزواج وآثاره

لقد شرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء لقوله عز وجل:" **وخلقنا من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعلنا بينكم مودة ورحمة** " وقوله أيضا: " **وعاشروهن بالمعروف** ". إلا أنه قد تعترض الحياة الزوجية أحيانا أمورا تجعلها مصدر الشقاق والخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سببا للإتلاف والوئام، فتصبح الرابطة الزوجية جحيما ونقمة بخلاف ما يجب أن تكون، لذلك شرع الطلاق في الشريعة الإسلامية للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها.

وكذلك فعل مشرعنا، حيث نص في قانون الأسرة على الطلاق، معتبرا إياه طريقا ينحل به الزواج، معدّدا صوره في أربع: الطلاق بإرادة الزوج، الطلاق بالتراضي، التطليق، والخلع، ومحدّدا توابعه وآثاره.

لكن ما نص عليه المشرع في هذا الشأن قليل، لا يكف لمعالجة جميع منازعات انحلال الزواج المثارة أمام القضاء، وهو ما يفتح المجال واسعا للاجتهاد القضائي طبقا للمادة **888** من قانون الأسرة.

لذلك سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الأول أهم المسائل التي يثيرها موضوع انحلال الزواج، أمّا الفصل الثاني فيخصّص لدراسة أهم المسائل المتعلقة بآثار الطلاق.

الفصل الأول:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل انحلال الزواج

الفصل الأول:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل انحلال الزواج

حدد المشرع الجزائري طرق انحلال الرابطة الزوجية في المادة 47 من قانون الأسرة، وقصرها على الطلاق أو الوفاة، ثم حدد صور الطلاق في المادة 48 من نفس القانون بدءا بحق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة باعتبار العصمة بيده طبقا لأحكام القرآن والسنة، فمن الحكمة أن يملك الرجل أمر الطلاق حتى يحكم العقل والمنطق فهو الذي يدفع الصداق ويقوم بالإنفاق على الزوجة والأولاد، ويتحمل التبعات المالية في حالة الطلاق وغير ذلك، مما يجعله يتروى كثيرا ويحكّم التفكير قبل الإقدام على الطلاق.

أما الصورة الثانية للطلاق فهي التي بموجبها يتفق الزوجان على الطلاق وينهيان بذلك العلاقة الزوجية بينهما بإرادتيهما المجتمعة وهو منطق سليم لا يجافي الشرع، ولا مقتضى العقل السليم.

ولم يهدر القانون على غرار الشريعة الإسلامية حق الزوجة في التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها إما بسبب إخلال الزوج بواجباته تجاهها وتضررها من ذلك، وإما بسبب نفورها منه، ويكون بذلك قد فتح لها طريقين لفك هذه الرابطة هما: التطليق والخلع.

وتبعا لما تقدم فإن الطلاق إما يقع اختياريا بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بالخلع، وإما يقع بحكم القاضي وهو ما يسمى بالتفريق القضائي، ونضيف إلى ذلك تفريقا آخراً لم يرد في قانون الأسرة، يقع بين الزوجين بحكم الشرع وهو ما يسمى بالتفريق الشرعي.

لذلك سيتم تقسيم الدراسة في هذا الفصل على مبحثين، نتناول في الأول أهم المسائل التي يثيرها انحلال الزواج بالطلاق الاختياري، ونتطرق في المبحث الثاني إلى أهم مسائل التفريق القضائي والشرعي.

المبحث الأول: انحلال الزواج بالطلاق الاختياري

يعد الطلاق الطريق الطبيعي للفرقة بين الزوجين، فهو ضرورة إنسانية تحتمها الفطرة البشرية ويقتضيها الإصلاح الاجتماعي، وتماشيا مع الشريعة الإسلامية منح المشرع الجزائري للزوج حق إيقاع الطلاق من منطلق أن العصمة بيد الرجل، وأطلق عليه تسمية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في المادة 48 من قانون الأسرة. كما منح للزوجين معا حق إيقاع الطلاق بإرادتيهما وأطلق عليه تسمية الطلاق بالتراضي في نفس المادة، ولم يهدر حق الزوجة في التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها بسبب نفورها من زوجها فأجاز لها أن تخالع نفسها بمقابل مالي دون موافقة الزوج.

والطلاق بهذه الطرق يعد طلاقا اختياريا يحلُّ به عقد الزواج، ولوحظ أنه يثير عدة مسائل على مستوى العمل القضائي بسبب النقص التشريعي الذي يسوده، ما يستدعي بالضرورة الاجتهاد القضائي في المسائل التي يثيرها تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

وتبعا لما تقدم، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول أهم مسائل الطلاق بإرادة الزوج، ونتطرق في الثاني إلى مسائل الطلاق بالتراضي، ونخصص الثالث لمسائل الطلاق بالخلع.

المطلب الأول: مسائل الطلاق بإرادة الزوج:

لقد جاء تنظيم المشرع لموضوع الطلاق بإرادة الزوج مقتضبا، ناقصا، غامضا في بعض الأحيان، يطرح عدة مسائل في الواقع العملي أمام القضاء، لذلك سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى أهم هذه المسائل مع تبيان أحكامها في الفقه الإسلامي وموقف القضاء الجزائري منها، وقبل ذلك يستوجب تعريف الطلاق وتبيين أدلة مشروعيته والغاية من تشريعه، كلُّ ذلك ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الطلاق وأدلة مشروعيته والغاية من تشريعه

سيتم من خلال هذا الفرع تعريف الطلاق (أولا) ثم نبيّن أدلة مشروعيته (ثانيا) والغاية من تشريعه (ثالثا) وهذا ما يأتي:

أولا- تعريف الطلاق:

سيتم من خلال هذا العنصر تعريف الطلاق لغة وشرعا وقانونا، وذلك على النحو الآتي:

1- التعريف اللغوي:

جاء في لسان العرب: طلقت البلاد: فارقتها، طلقت القوم: تركتهم، والطالق من الإبل: التي طُلقت في المرعى، وقيل: هي التي لا قيد عليها. وطلاق النساء لمعنيين: أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى

التخلية والإرسال، ويقال للإنسان إذا أُعتقَ: طليق أي صار حرا. وبعير طلق: بغير قيد. والطلقاء: الأسراء العتقاء.[1]

واللغة تستعمل لفظ الطلاق أو التطليق في حل عقدة النكاح، كما تستعمله في حل القيد الحسي، فالطلاق كانوا يستعملونه في الجاهلية في الفرقة بين الزوجين، فلما جاء الشرع أقرَّ استعماله في هذا المعنى بخصوصه مع تفاوت يسير في بعض عبارات الفقهاء.[2]

2- التعريف الشرعي:

اختلفت عبارات فقهاء المذاهب في تعريف الطلاق، وذلك وفق الآتي:

- **الأحناف:** " الطلاق هو رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص".[3]
- **المالكية:** " الطلاق صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته".[4]
- **الشافعية:** " حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه ." [5]
- **الحنابلة:** " الطلاق هو حل قيد النكاح." [6]

ونختار من التعريفات المذكورة تعريف الأحناف، لأنه تعريف جامع ومانع، ومؤدى ذلك ما يلي:

- رفع القيد: يشمل القيد الحسي والمعنوي، وقيد النكاح: يخرج به القيد الحسي والقيد المعنوي بغير النكاح كرفع قيد الملك بالعتاق.

- إن لفظ النكاح ورد فيه بصورة مطلقة، ويؤخذ من ذلك أن المقصود هو النكاح الصحيح، ومعناه أن الطلاق يرد على العقد الصحيح، أما إذا كان فيه خلل فإن إنهاءه يكون بالفسخ، وإذا كان فاسدا أو باطلا فإن إنهاءه يكون بالمتاركة، ثم إن العقد إذا لم يكن صحيحا فلا يعد قيدا أصلا حتى يرفع.

1- محمد بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، ط 1، بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 2005، ص2404-2405

2- عبد الرحمن الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج2، ط 5، بيروت: دار الكتب العلمية، 1998، ص998.

3- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق، ج3، ص 424.

4- الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي، **مواهب الجليل شرح مختصر الخليل**، تحقيق: زكريا عميرات، ج1، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1995، ص268.

5- محمد الخطيب الشربيني، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، ج1، دون طبعة، مصر: دار إحياء الكتب العربية، دون تاريخ سنة نشر، ص 148.

6- المرداوي علي بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج8، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1998، ص 429.

– لا يؤدي الطلاق إلى إنهاء العلاقة الزوجية في الحال دائما كما في الطلاق البائن، بل أحيانا يرد الطلاق والعلاقة الزوجية تبقى قائمة لفترة محددة كما في الطلاق الرجعي فإن تلك العلاقة تظل باقية لحين انتهاء عدة المطلقة، وهذا هو المقصود بعبارة (في المآل).

– جاءت عبارة (بلفظ مخصوص) في التعريف وذلك بغية تمييز الطلاق عن الفسخ لأن الأخير لا يحتاج إلى لفظ مخصوص، ويشمل اللفظ المخصوص كل ما دل على الطلاق من الألفاظ الصريحة أو الكنائية، ولا يشترط أن يكون إيقاع الطلاق باللفظ بل قد يتم بالكتابة أو الإشارة.[1]

3– التعريف القانوني للطلاق:

لقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة قبل تعديلها بقوله: الطلاق حل عقد الزواج، وهذا تعريف قريب لتعريف الحنابلة الذين عرفوا الطلاق بأنه حل عقد النكاح، ثم بين المشرع بعدها الأنواع التي يكون عليها الطلاق، من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أوردته المادتان 53، 54 من نفس القانون، لكن بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر:**07-08** تراجع المشرع الجزائري وفي نفس المادة عما قام به في السابق، إذ عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق مكتفيا بالقول: " **مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق**". فهذه العبارة لم تعط المعنى الحقيقي للطلاق، وإنما أكدت فقط ما ورد في المادة **47** من أن الطلاق ينحل به عقد الزواج، فالمشرع لم يتطرق إلى تعريف الطلاق، بل ترك ذلك للفقه على غرار مسائل فقهية أخرى أحال الفصل فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **888** من قانون الأسرة.

ولقد أتبع المشرع لفظ الطلاق بالإرادة المنفردة، بمعنى الإدراك والقدرة على إنشاء آثار قانونية متعددة، مثل انحلال رابطة الزواج بالإرادة، إذ ينحل عقد الزواج بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة، بمعنى يوقع الطلاق بمحض إرادته الحرة العاقلة دون قائد أو موجه، إرادة مدركة معنى الطلاق وعواقبه. فالشخص عديم الإدراك فاقد التمييز كالصغير غير المميز، والمجنون والمعتوه، وفاقد الوعي لسكر أو تخدير أو من انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير التنويم المغناطيسي، كل أولئك معدوموا الإرادة، ولا طلاق لهم.

ثانيا– دليل مشروعية الطلاق بإرادة الزوج:

الأصل في مشروعية الطلاق الكتاب، والسنة، والإجماع، والمأثور عن الصحابة، والمعقول.

1– فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص 165.

أما الكتاب:

- فقوله تعالى: ((**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**)).[1]

ووجه الدلالة هنا أن هذه الآية تنظيم للطلاق، من ناحية عدده، وأنه ليس للرجل إلا ثلاث تطليقات، فهذا التنظيم القرآني للطلاق دليل مشروعيته.[2]

- وقوله تعالى: ((**يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة**)).[3]

الخطاب في هذه الآية، وإن كان موجها للنبي صلى الله عليه وسلم، إلا أنه حكم عام يخصه وجميع أمته، فهو من الخاص الذي أريد به العموم.

- وقوله تعالى: " **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن**".[4]

فهذه الآية تنفي الجناح والإثم عن فعل الطلاق إذا تم بحدوده الشرعية عددا، ووقتا، وهيئة.[5]

أما السنة: فقد ورد في الطلاق أحاديث كثيرة اخترنا منها:

- ما أخرجه مالك بن أنس في الموطأ عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله ، فسأل عمر بن الخطاب عن ذلك رسول الله عن ذلك، فقال رسول الله : " **مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء.**"[6]

- وما أخرجه أبو داوود في سننه عن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها.[7]

أما الإجماع: فقد أجمع الفقهاء على جواز الطلاق.[8]

1- سورة البقرة، الآية: 229

2- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. د ط، الاسكندرية: الدار الجامعية، د ت س ن، ص 189.

3- سورة الطلاق، الآية:1

4- سورة البقرة، الآية:236

5- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص 189.

6- مالك بن أنس الأصبحي، موطأ الإمام مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، دون طبعة، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1985، باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق، ص 576، رقم الحديث: 53.

7- سنن أبي داود، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب في المراجعة، رقم:2283.

8- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 279. موفق الدين ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج7، ص 96

وأما المأثور: فما روي أن بعض الصحابة طلقوا زوجاتهم، ولم ينكر عليهم أحد من الصحابة، ولو كان غير جائز لأنكروا على من طلق صنيعه لما عرف عنهم من غيرة وتحر للحق، وجرأة في القول، فقد روي أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم، وطلق عبد الرحمان بن عوف زوجته تماضر، وطلق المغيرة بن شعبة زوجاته الأربع، وروي أن الحسن بن علي استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة، حتى قال علي بن أبي طالب على المنبر: " **إن ابني هذا مطلاق، فلا تزوجوه** "، فقالوا: إنا نزوجه ثم نزوجه ثم نزوجه.[1]

وأما المعقول: فإن العشرة إذا فسدت بين الزوجين وتعذر الإصلاح فلا بد من اختيار أحد الأمور التالية:

- بقاء الحياة الزوجية مع النفرة والضغينة.
- أن تبقى الزوجية قائمة مع التفريق بينهما جسديا فتصير المرأة كالمعلقة.
- أن يفرق بينهما بالطلاق فيغنيهما الله من فضله بالزواج من زوج آخر يجد عنده ما افتقده عند صاحبه الأول.

وممّا لا شك فيه أن كل عاقل يرى أن الفرقة بالطلاق هي الأصلح لكل من الزوجين، فتتعين درءا للمفسدة العظمى.

ثالثا- الغاية من تشريع الطلاق:

الزواج عقد أبدي غايته إنشاء أسرة مستقرة تنعم بالطمأنينة والمودة لينشأ في كنفها جيل يصون المجتمع ويرتقي به، ولكن قد يحدث في الحياة الزوجية ما يتعارض تماما مع تلك الغاية، فتصبح حياتهما جحيما نتيجة للتباين في الطباع أو التفاوت في السلوك والأخلاق، أو بسبب عدم الإنجاب، فجعل الله تعالى الطلاق مخرجا من الضيق إذ أن إلزام الزوجين بالاستمرار في عقد لم يحقق أهدافه يأباه المنطق والعقل السليم.

فليس الطلاق أداة إيذاء بل هو وسيلة نجاة من حياة لا تطاق، وإذ اتخذ بعض الأزواج الطلاق وسيلة لإيذاء الزوجة فإن هذا لا يخل بالحكمة التي من أجلها شرع الطلاق، فعدم مساءلة القضاء في الشريعة الإسلامية لهؤلاء لا يعني الرضا بما يصنعون بل لأن مساءلتهم والبحث في الأسباب قد يؤدي إلى إفشاء أسرار يضر بالزوجين وأسرتيهما، وفي هذا ضرر أشد إيذاء من الطلاق.[2]

1- الدار قطني، سنن الدار قطني، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 2004، الجزء الرابع، ص10.

2- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 176-177

ومع أن الشريعة الإسلامية لم تمنع الطلاق إلا أن كثيرا من الفقهاء يرون أن الأصل فيه هو الحظر مستندين إلى نصوص شرعية منها قوله صلى الله عليه وسلم: " **أبغض الحلال إلى الله الطلاق**".

الفرع الثاني: شروط تحقق الطلاق بإرادة الزوج

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على مسألة شروط تحقق الطلاق بإرادة الزوج، ولم يشر إطلاقا إلى حكم طلاق السكران، والغضبان، والمكره، والهازل، والمخطئ، والمريض مرض الموت، ومن في حكمهم، فلم ينص على أصناف الرجال الذين يقع أو لا يقع طلاقهم، وإنما اكتفى بالإطلاق في المادة 48 التي تضمنت عبارة: " **يحل عقد الزواج بإرادة الزوج** "، فالأزواج أقسام هازل، وسكران، ومكره، ومخطئ، وسفيه، والمشرع لم يبين في هذه المادة أي الأزواج يقصد ؟ أم أنه يقصد كل ما يصح عليه إطلاق اسم الزوج ؟

لكن يمكن الفهم من عبارة: **بإرادة الزوج** الواردة في نص المادة 48 بأن الإرادة شرط لوقوع الطلاق، ومع ذلك فإن المشرع قد فتح باب الاجتهاد واسعا للقاضي من خلال المادة 222 من قانون الأسرة، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ولكي يقع الطلاق صحيحا بإرادة الزوج المنفردة فإن الفقه الإسلامي يستوجب توفر مجموعة من الشروط منها ما يجب أن يكون في الزوج المطلّق، ومنها ما يستوجب توافرها في الزوجة الواقع عليها الطلاق.

أولا- شروط المطلّق لإيقاع الطلاق:

مما لا خلاف فيه بين الفقهاء أن الطلاق بيد الزوج وهو يملكه ابتداءً، أما المرأة فلا تملك الطلاق إلا إذا اشترطت لنفسها ذلك أثناء العقد ورضى به الزوج، وإذا كان الأصل أن الطلاق يقع بإرادة الزوج فهل كل زوج يقع طلاقه ؟ أو ما هي شروط الزوج الذي يقع طلاقه؟

يشترط الفقه الإسلامي في الزوج المطلق شروط عدة منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، وفي كلتا الحالتين فهي شروط تضبط الفعل وتحتاط أشد الاحتياط في إيقاع الطلاق[1] وهذه الشروط هي:

1- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 181.

1- أن يقع الطلاق من الزوج أو نائبه، وأن يكون عاقلا[1]:

يشترط في المطلّق أن يوقع هو الطلاق على زوجته لأن العصمة بيده، أو بتوكيل شخص آخر لتطليق زوجته، كما يشترط أن يكون زوجا مكلفا بالغا عاقلا، مختاراً بالاتفاق.

هذا، ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على أصناف الرجال الذين يقع أو لا يقع طلاقهم، لذا نذكرها باختصار فيما يأتي:

أ- طلاق المجنون والمعتوه:

اتفق الفقهاء على عدم وقوع طلاق المجنون إذا طلق في حالة جنونه أما إذا كان جنونه غير مطبق بأن كان منقطعا فإذا طلق في حال إفاقته فإن طلاقه يقع[2] إذا كان بالغا.

ويلحق بالمجنون النائم والمعتوه، والمغمى عليه، والمدهوش: هو الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل، أو يصل به الانفعال إلى درجة يغلب مـعها الخلل في أقواله وأفعاله بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب[3] لقوله صلى الله عليه وسلم: " **لا طلاق في إغلاق**"[4] والإغلاق هو كل ما يسدُّ باب الإدراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن أو نحوها.

ب- طلاق السكران:

السكران هو الذي وصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام ولا يعي بعد إفاقته ما صدر منه حال سكره، ولا خلاف بين الفقهاء في عدم وقوع طلاق السكران بمباح وهو نادر كأن يكون سُكره بسبب إكراه أو إضطرار أو جهل بالمادة المُسكّرة، فيعذر لعدم الإدراك والوعي لديه فهو كالنائم.

أما السكران بمحظور(بطريق محرَّم) وهو الغالب بأن شرب الخمر عالما به، مختاراً لشربه، أو تناول المخدر من غير حاجة أو ضرورة، فإن الفقهاء اختلفوا في طلاقه على النحو الآتي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاقه مطلقا عقوبة وزجراً عن ارتكاب المعصية، ولأنه تناول باختياره من غير ضرورة.[5]

1- أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ط 2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1986، ص 100

2- السرسخي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2000، ج6، ص32.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 351

4- رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة عن عائشة أم المؤمنين، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص 235.

5- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط 1، بيروت: دار الثقلين، 1998، ص359

وذهب بعضهم إلى عدم وقوع طلاقه مطلقا[1] لعدم توافر القصد والوعي والإرادة الصحيحة لديه، فهو زائل العقل كالمجنون، والنائم فاقد الإرادة كالمكره، فتصبح عبارته ملغاة لا قيمة لها، وللسكر عقوبة أخرى هي الحد، فلا مسوغ لضم عقوبة أخرى عليه، قال عثمان بن عفان رضي الله عنه: " **ليس لمجنون ولا سكران طلاق**"، وقال ابن عباس رضي الله عنه: " **طلاق السكران والمستكره ليس بجائز** ".[2]

ج- طلاق المكره:

المكره هو من حمله الغير على أن يعمل عملا دون رضاه، ولا يقع طلاق المكره عند جمهور الفقهاء[3] لأنه غير قاصد للطلاق، وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه، ولقوله صلى الله عليه وسلم: " **أن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**" [4] وقوله عليه الصلاة والسلام: " **لا طلاق في إغلاق**"[5]

ورأى الحنفية أن طلاق المكره واقع[6] لأنه قصد إيقاع الطلاق وإن لم يرض بالأثر المترتب عليه كالهازل فإن طلاقه يقع لقوله صلى الله عليه وسلم: " **ثلاث جدُّهن جدّ، وهزلهن جدّ: النكاح والطلاق والرجعة** ".[7]

د- طلاق الغضبان:

الذي عليه جمهور الفقهاء أن الغضب إذا كان بصورة يخرج الغضبان عن طبيعته العادية بحيث يغلب الهذيان على أقواله وأفعاله فإن طلاقه لا يقع.[8]

وذهب بعض الفقهاء منهم الشافعية إلى وقوع طلاق الغضبان مستندين إلى قاعدة سد الذرائع من جهة وإلى عدم اشتراطهم النية مع الطلاق الواقع بصيغة صريحة.[9]

1- وإليه ذهب زفر والطحاوي من الحنفية، وأحمد في رواية عنه، والمزني من الشافعية وعثمان وعمر بن عبد العزيز. ينظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى، المرجع السابق، 25/2.

2- نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، 235.

3- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، 88/2.

4- رواه ابن ماجة والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس.

5- رواه أبو داود عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها وقد سبق تخريجه.

6- الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 1792/4، بن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، 39/3.

7- رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن أبي هريرة، نيل الأوطار: المرجع السابق، 234/6

8- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق،ج2، ص 366.

9- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 183.

و- طلاق الصبي المميز:

لم ينص المشرع على طلاق الصبي المميز في قانون الأسرة، لكن يفهم من نص المادة **205** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه طلاقه ممكنا إذا قدم الطلب القضائي باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة، ولأن هذا النص إجرائي محض فإنه لا مانع من الاجتهاد القضائي في طلاق الصبي المميز من الناحية الموضوعية طالما لا يوجد نص صريح يحكم المسألة.

وللفقهاء في هذا الطلاق رأيان:

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوعه[1].

وذهب بعض الفقهاء ومنهم الحنابلة إلى وقوع طلاق الصبي الذي يعقل الطلاق[2] وهو رواية عن مالك بن أنس[3]. ومعنى كون الصبي المميز يعقل الطلاق هو أن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها.

ي- طلاق السفيه:

السفه خفة تبعث الإنسان على العمل بخلاف مقتضى العقل، ولقد اختلف الفقهاء في صحة طلاق السفيه ومن ثم هل يقع ؟ أم لا يقع ؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق السفيه سواء كان محجوراً عليه أو غير محجور عليه.[4] لأن موضع الحجر هو التصرفات المالية، والطلاق وأثره ليس من التصرفات المالية، والرشد ليس شرطا لوقوع الطلاق.

وذهب بعض الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق السفيه المحجور عليه لذهابهم إلى بطلان تصرفات السفيه وقال الشيعة الإمامية: يتوقف طلاق السفيه على إذن الولي، لأنه تصرف ضار ضررا محضاً.[5]

والرأي الراجح في رأينا هو ما ذهب إليه الجمهور لأن محل الحجر على السفيه هو التصرفات المالية والطلاق من حيث الأصل لا يعد تصرفاً مالياً.

1- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص 88

2- يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج3، ص 122.

3- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص 88

4 - ابن قدامة المقدسي، المغني الشرح الكبير، المرجع السابق، ج8، ص 259. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص 275.

5- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 185. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 354.

2- القصد في الطلاق:

يشترط بالاتفاق القصد في الطلاق[1] وهو إرادة التلفظ به، ولو لم ينوه، أي إرادة لفظ الطلاق لمعناه، بألا يقصد بلفظ الطلاق غير المعنى الذي وضع له، فلا يشترط في القصد إلا تحقيق المُراد به، فلا يقع طلاق فقيه يكرره، لأنه لم يقصد معناه، بل قصد التعليم.[2]

هذا، ولم ينص قانون الأسرة على أحكام حالات المطلق في قصد الطلاق، لذا نذكرها باختصار وفق ما هو مقرر فقها فيما يأتي:

أ- طلاق الهازل:

الهازل هو من قصد اللفظ دون معناه، واللاعب هو من لم يقصد شيئا، كأن تقول الزوجة في معرض دلال أو ملاعبة أو استهزاء: طلقني، فيقول لها لاعباً أو مستهزئاً: طلقتك.[3]

فالهازل هو الذي يتلفظ بالطلاق قاصدا له ولكنه لا ينوي الطلاق، إنما من باب الهزل والمـزاح.

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية وفي رواية عن الإمام مالك إلى وقوعه، لأن كلا من الهازل واللاعب أتى باللفظ عن قصد واختيار، وإن لم يرض بوقوعه، فعدم رضاه بوقوعه لظنه أنه لا يقع: لا أثر له لخطأ ظنه، واستدلوا بالحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله **صلى الله عليه وسلم:** " **ثلاثة جدُّهُنَّ جدّ، وهزلهن جدّ، النكاح، والطلاق، والرجعة.**" [4]

وذهب الحنابلة، وفي قول لمالك أن طلاق الهازل لا يقع[5]. واستدلوا بقوله تعالى: **(وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم)**[6] ومن السنة قوله : " **إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى**".[7]

1- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 193. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، 287 وما بعدها.

2- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 356.

3- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 356.

4- أخرجه: محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترميذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، ط2، مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1975، باب ما جاء في الهزل والجد في الطلاق، ص 482، رقم الحديث: 1184.

5- إمام محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، د. ط، الاسكندرية مصر: الدار الجامعية، د. ت، ص 211.

6- سورة البقرة، الآية: 227.

7- البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الجزء الأول، ط1، لا.م: دار طوق النجاة، 2001، باب كيف بدء الوحي إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، ص 6، رقم الحديث: 01.

ونرى أن هذا الرأي هو الراجح لقوة دليله الشرعي، ثم ما الجدوى من اشتراط التمييز والأهلية في التصرفات ومن ضمنها الطلاق إذا لم تكن النية والقصد موضع اعتداد ؟ ومعلوم أن النية التي يعتد بها هي النية القائمة على الإدراك والتمييز، ثم إن أهمية العلاقة الزوجية من منظور الشريعة الإسلامية تتطلب اشتراط القصد والنية في المطلق حتى لا تكون الحياة الزوجية عرضة للانهيار نتيجة زلة لسان.

والمتأمل في الآيات القرآنية الكريمة الواردة في موضوع الطلاق يجد أن الطلاق فيها هو المنفذ الأخير والمخرج الوحيد وليس مجرد كلمة تخرج من الأفواه.

وإذا كان الهدف من إيقاع طلاق الهازل (عن من يرى وقوعه من الفقهاء) هو زجر المطلق، فإن هذا الزجر يمكن أن يتحقق بعقوبة أخرى غير إيقاع الطلاق لأن إيذاء الطلاق وآثاره السلبية لا يلحق بالمطلق وحده بل يتعداه بصورة مباشرة إلى زوجته وأولاده ويقول تعالى: **(ولا تزر وازرة وزر أخرى).**[1]

ب- طلاق المخطئ:

المخطئ هو الذي أراد التكلم بغير الطلاق، فزلَّ لسانه، ونطق بالطلاق بلا نية ولا قصد، فقد أراد لفظا ونطق بغيره[2]، ولقد اختلف الفقهاء في حكمه على النحو الآتي[3]:

عند الشافعية لا يقع، لعدم القصد.

وقال الحنفية والمالكية والحنابلة: لا يقع هذا الطلاق في الفتوى والديانة، أي فيما بينه وبين الله تعالى، ويقع في القضاء. لكن قيّد المالكية وقوعه قضاءً بأن لم يثبت سبق لسانه بالبيّنة، وإلا فلا يلزمه في فتوى ولا في قضاء.

وبناءً على ما تقدم بيانه بشأن طلاق الهازل، وعملا بمقاصد الشريعة الإسلامية وأخذاً بالرأي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون فإنه لا بد أن يتجه القضاء نحو عدم إيقاع طلاق الهازل والمخطئ.

ج- طلاق المريض مرض الموت: مرض الموت هو المرض الذي يؤدي غالبا إلى الهلاك ويتصل به الموت، ولقد وصف الحنفية المريض به بذلك الذي أضناه مرض عجز عن إقامة مصالحه المعتادة خارج البيت كعجز العالم الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز التاجر عن الإتيان إلى دكانه.[4]

1- سورة الأنعام، الآية:164

2- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مصر: المكتبة الأزهرية للتراث، 2003، ص 283.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 356.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 6988

ولقد تولى القضاء البت في مسألة الطلاق في مرض الموت، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:17-03-1998، ما يلي:" **إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث. ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن** ".[1]

فهذا القرار تولى البت في مسألة فقهية فيها خلاف بين الفقهاء، حيث قرر قاعدة عامة مفادها أن المرض مهما كانت خطورته (ومنه مرض الموت) لا يمنع الزوج من استعمال حقه في إيقاع الطلاق بإرادته إلاّ إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومرجعه في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية لعدم وجود النص القانوني، مختارا رأي ما ذهب إليه الغالبية العظمى من الفقهاء من وقوع الطلاق في مرض الموت.

ثانيا- شروط المطلقة الواقع عليها الطلاق:

يشترط الفقه الإسلامي مجموعة من الشروط في المـرأة الواقع عليها الطلاق كي يعتد بالطلاق الذي يوقعه الزوج عليها، وهذه الشروط هي:

1- أن تكون زوجة بالفعل:

المرأة هي التي يقع عليها الطلاق، إذا كانت في حال زواج صحيح قائم فعلاً، ولو قبل الدخول، أو في أثناء العدة من طلاق رجعي لأن الزوجية قائمة حكماً إلى انقضاء العدة.

وإذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى فإنها لا تكون محلاً لطلاق آخر لاستنفاد حق الزوج في الطلاق، لأنه لا يملك أكثر من ثلاث طلقات، فلا تكون هناك فائدة في الطلاق.[2]

أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى فإن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنها لا تكون محلاً لطلاق آخر وذهب الحنفية أنها محل لطلاق جديد في أثناء العدة، لبقاء بعض أحكام الزواج كالنفقة والسكنى في بيت الزوجية، وعدم حل زواجها برجل آخر طالما كانت في العدة.[3]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:17-03-1998، **م.ق**، 2001، عدد خاص، ص 98

2- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 357.

3- ابن قدامة المقدسي، المغني الشرح الكبير، المرجع السابق، ج8، ص 477. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق ج3، ص297.

كما ذهب الأحناف إلى أن الطلاق يلحق المعتدة من فرقة اعتبرت طلاقا، كالفرقة بالإيلاء، أو الفرقة بسبب ردَّة أحد الزوجين أو إباء الزوج المشرك الإسلام إذا أسلمت زوجته.[1]

أما إذا كان الزواج فاسداً فلا يقع الطلاق، ويعدُّ لفظ الطلاق فيه متاركة، لا تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل لأن الفرقة ليست طلاقا.

2- إضافة الطلاق إلى الزوجة:

إضافة الطلاق إلى الزوجة أي إسنادهُ إليها لغة بأن يعينها بأحد طرق التعيين، كالوصف، أو الاسم المسمَّاة به، أو الإشارة والضمير، فيقول: امرأتي طالق، أو فلانة طالق، أو يشير إليها بقوله: هذه طالق، أو أنت طالق، أو يقول: هي طالق، في أثناء حديث عنها، أو إسناده إليها عرفا مثل: عليَّ الطلاق أو الحرام إن أفعل كذا، أو الطلاق يُلزمني إن لم أفعل كذا، فالطلاق هنا مضاف إلى المرأة في المعنى، وإن لم يضف إليها في اللفظ.[2]

الفرع الثالث: أقسام الطلاق بإرادة الزوج

ينقسم الطلاق بإرادة الزوج إلى أقسام باعتبارات متعددة، نُبيّنها فيما يأتي:

أولا- الطلاق باعتبار دلالة اللفظ :

لم ينص المشرع الجزائري على الألفاظ التي يقع بها الطلاق، وما إذا كان يقع بالكتابة والإشارة قياساً على ما قرره في المادة 10 من قانون الأسرة بشأن لفظ النكاح وطرق التعبير عن إرادة العاجز الراغب في الزواج، والتي قلنا سابقا أنها تميزت بالقصور والغموض، فوجب فيها الاجتهاد القضائي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من نفس القانون.

كما أن نصوص القانون المدني الواردة بشأن طرق التعبير عن الإرادة [3] تفتقد للتفصيلات والأحكام الفقهية اللازمة التي يتطلبها الطلاق، لذلك فلا بُدَّ من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة لاستنباط الأحكام المتعلقة بها.

فالطلاق ينقسم من حيث اللفظ الدال عليه إلى طلاق صريح وطلاق كنائي، وبيان ذلك فيما يلي:

1- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 190.

2- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 366.

3- تنص المادة 1/60 من القانون المدني: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

1- الطلاق الصريح:

الطلاق الصريح هو ما صدر بلفظ لا يحتمل غير الطلاق لغة أو شرعا أو عرفا.[1]

واللفظ الصريح عند الحنفية هو (أنت طالق) وكذا (مطلقة) و (طلقتك) والألفاظ الصريحة في الطلاق عند الشافعية والحنابلة ثلاث (الطلاق، الفراق، السراح) وما يشتق من هذه الألفاظ، وأضاف الشافعية إلى الألفاظ الصريحة كل لفظ شاع واشتهر استخدامه كطلاق، أما اللفظ الصريح عند المالكية هو الطلاق ومشتقاته وأضافوا إليه الكنايات الظاهرة كلفظ السراح والفراق وأنت بائن، فحكم هذه الألفاظ عندهم حكم اللفظ الصريح يقع بها طلاق بدون حاجة إلى النية.[2]

وحكم هذا الطلاق عند جمهور الفقهاء أنه يقع، وتنحل به العصمة اتفاقا دون الحاجة إلى نيّة أو دلالة حال متى قصد إصدار اللفظ ويلزم في صريحه طلقة واحدة إلا إذا نوى أكثر من طلقة فيلزمه ما نواه، في حين ذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط النية حتى في حالة التلفظ باللفظ الصريح بالطلاق ومنهم الإمام أحمد في رواية ابن منصور عنه، وهو قول جابر بن زيد. [3]

والطلاق الصريح بهذا المعنى يطرح مسألتان مهمتان هما: الطلاق بالكتابة والطلاق بالإشارة، فما هو الحكم الشرعي لهذين النوعين من الطلاق ؟

أ- **مسألة الطلاق بالكتابة:** اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة، بأن يُوجّه الخطاب للمرأة بإرسال رسول، لكن الكتابة تحتاج عند المالكية والشافعية والحنابلة إلى **نية** لأنها تحتمل إيقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط. أما عند الحنفية فإن الطلاق يقع في الكتابة المرسومة كالصريح ولو من غير نية، وهي التي تكتب مصدَّرة باسم الزوجة وتوجه إليها كالرسائل المعهودة، ويشترط الفقه في طلاق الكتابة الشروط التالية:

- **أن تكون الكتابة مستبينة:** بمعنى أن تكون مكتوبة على شيء ظاهر باق، لأنها صورة تعبير ودليل إثبات، وبناء على هذا الشرط يرى جمهور الفقهاء أن الكتابة على الماء أو الهواء لا يقع بها الطلاق.

1- أحمد محمد المومني و إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية في فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، ط1، عمان: دار المسيرة، 2009، ص 29.

2- ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، المرجع السابق، ج8 ص 263. ابن جزي محمد بن أحمد، القوانين الفقهية تحقيق: عبد الله المنشاوي، دون طبعة، القاهرة: دار الحديث، 2005 ص 233-234. يحي بن زكريا النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ص 1352.

3- وهبة الزحيلي، **الفقه الميسر المالكي**، ج3، د. ط ، لبنان، بيروت: دار الكلم الطيب، 2010، ص159.

- **أن تكون مرسومة:** وهي التي يكون لها وّجهة وعنوان، كأن يكتب الزوج إلى الزوجة كتابة بعنوانها ويرسله إليها، وفيه: إذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق، فالكتابة هنا مرسومة ويصح بها الطلاق كأنها لفظ صريح دون الحاجة إلى نية.[1]

ب- مسألة الطلاق بالإشارة: تعدُّ الإشارة بالنسبة للأخرس أداة تفهيم، لذلك فهي تقوم مقام اللفظ في إيقاع الطلاق إذا أشار الأخرس إشارةً تدلُّ على قصده في إنهاء الرابطة الزوجية.[2] وحكم هذا الطلاق عند جمهور الفقهاء أنه يقع بالإشارة المفهمة بيد أو رأس.[3]

وعليه فإن إشارة الأخرس المفهمة التي تدل على الطلاق يقع بها الطلاق صريحا، وقد ذهب المالكية إلى أن الطلاق يقع بالإشارة المفهمة ولو من غير الأخرس، في حين أوجب بعض الحنفية والشافعية – حتى تقوم الإشارة محل اللفظ – أن لا يكون الأخرس يعرف الكتابة.[4] فإذا كان كذلك فلا يقع طلاقه بالإشارة، بل يتعين عليه وقوعه بالكتابة.

أما الناطق القادر على الكلام، فلا يصح عند الجمهور طلاقه بالإشارة، كما لا يصح نكاحه بها، فلا يقع الطلاق بالإشارة إلا من الأخرس فقط، وقال المالكية: إشارة القادر على الكلام كالكناية تحتاج إلى نيّة ويصح بها حينئذ الطلاق.[5]

2- الطلاق الكنائي:

الطلاق الكنائي هو ما صدر بلفظ يحتمل الطلاق وغيره مما لم يتعارف الناس استخدامه للطلاق مثل أن يقول لزوجته: ألحقي بأهلك، اذهبي، أخرجي، أمرك بيدك، وما إلى ذلك من العبارات.[6]

وحكم الطلاق الكنائي أنه يقع به الطلاق مع النية فإن كان الزوج ينوي به الطلاق يعدُّ طلاقا وإلا فلا يعدُّ طلاقا، وهذا ما قال به مالك والشافعي.[7] والكناية عند المالكية محتملة (خفية) وظاهرة: فالمحتملة أو الخفية مثل قول الرجل لامرأته: ألحقي بأهلك، واذهبي، وابعدي عني، وما شابه ذلك، فهذا لا يلزمه

1- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 218.

2- سابق السيد، فقه السنة، الجزء الثاني، ط2، القاهرة: دار الفتح، 1999، ص 219.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 361.

4- المصري مبروك، **الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري**، دون طبعة، بوزريعة الجزائر: دار هومة 2010، ص 120.

5- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 371.

6- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص178 .

7- ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 229.

الطلاق إلا إن نواه، فإن قال إنه لم ينو الطلاق، قبل قوله فيه. أما الكناية الظاهرة فهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة، كلفظ التسريح والفراق، وقوله: أنت بائن، أو بتة، وما شابه ذلك وحكمها حكم الصريح.[1]

أما في المذهب الحنفي والحنبلي فإن الطلاق الكنائي يقع بالنية ودلالة الحال كأن يصدر اللفظ الكنائي أثناء الكلام عن الفرقة.[2]

وتبعا لما تقدم بيانه، تبيَّن أنه لا بد من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لبحث مسألة الألفاظ التي يتم بها الطلاق، وبالرجوع إلى هذه الأحكام اتضَّح اختلاف الفقهاء في هذه المسألة، وبالتالي فإنه يبقى الاختيار للقاضي يختار من الآراء الفقهية ما يشاء، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية في الحوادث المشابهة، فمرة يقضي بوقوع الطلاق، ومرة يقضي بعدم وقوعه، وهو في ذلك كله لم يحدد مذهب معين يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية، لأنه مرة يأخذ بقول الإمام مالك، وأخرى بقول الإمام أحمد بن حنبل وثالثة بقول أبي حنيفة، فلا ضابط يضبطه إلا هواه ونفسه، فقد ينتقم من هذا فيقضي بما قد يضرُّه وقد يحابي ذلك فيقضي بما يحبُّه، وإذا صار الاختيار من الآراء الفقهية بهذا السبيل، فهو عين المفسدة لأن الضابط الشرعي في اختيار الآراء الفقهية هو قوة الدليل، وتحقيق المقصد الشرعي من الحكم الفقهي، وليس إطلاق الحبل على الغارب، ثم هل يملك القاضي ما يميز به بين الدليل القوي والدليل الضعيف؟ وهل يدرك مقاصد الشرع من تشريع الحكم الذي يريد ترجيحه على غيره؟ فإن ملك هذا عدد من القضاة فإن كثير منهم قد لا يملكونه ولا يدركونه، وبالتالي يتعين التحديد ووضع الضوابط التي يسير عليها القضاء، وإلا كانت الأحكام القضائية مناقضة للمقصد الشرعي تارةً، ومخالفة للأصل الثابت تارةً أخرى.[3]

ثانيا- الطلاق باعتبار الوصف الشرعي:

ينقسم الطلاق باعتبار الوصف الشرعي أي من حيث موافقته للسنة ومعارضته لها إلى قسمين هما: الطلاق السني والطلاق البدعي.

1- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 381.

2- ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 267.

3- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 125 وما بعدها.

1- الطلاق السني:

يعرّف بعض الفقهاء الطلاق السني بأنه: " الطلاق الذي لا يحرم إقاعه ". وما يعتبره الفقهاء من الطلاق السني بالاتفاق هو:

أ- إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها وهي في حالة طهر من الحيض أو النفاس ولم تكن حاملا.

ب- إذا طلقها وهي في حالة طهر لم يجامعها فيه.[1]

واختلف الفقهاء فيما عدا هاتين الحالتين، وما ذكروه من حالات الطلاق السني:

أ- إذا طلقها طلقة واحدة.

ب- إذا لم يكن الطلاق في وقت كانت الزوجة معتدة من طلاق سابق. حيث جاء في كتاب القوانين الفقهية: " **الطلاق السني ما اجتمعت فيه أربعة شروط هي: أن تكون المرأة طاهرا من الحيض والنفاس حين الطلاق اتفاقا، وأن يكون زوجها لم يمسها في ذلك الطهر اتفاقا، وأن تكون الطلقة واحدة خلافا للشافعي، وأن لا يتبعا طلاقا آخر حتى تنقضي العدة خلافا لأبي حنيفة، وأما البدعي فهو ما نقصت منه هذه الشروط أو بعضها** ".[2]

ج- أن يكون إيقاع الطلاق لسبب يدعو إليه.[3]

2- الطلاق البدعي:

الطلاق البدعي هو:" الطلاق الذي يحرم إقاعه "، ولا خلاف بين الفقهاء في أن المطلق آثم، أما بشأن وقوع الطلاق فقد اختلفوا على النحو الآتي:

أ- اختلفوا في طلاق الحائض والنفساء و طلاق الزوجة في حالة طهر جامعها فيه الزوج على رأيين:

ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع الطلاق[4] وذهب الظاهرية والجعفرية وإبن تيمية وإبن القيم من الحنابلة إلى عدم وقوعه[5] أما بالنسبة إلى قانون الأسرة فإنه لم يتعرض لهاتين الحالتين وحكمهما، وهو بذلك ترك الأمر للقضاء للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ولم نعثر – في حدود إطلاعنا- على تطبيقا قضائيا

1- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص230.

2- ابن جزي، المرجع نفسه، ص230.

3- بعض الفقهاء أضاف هذا الشرط وهو أن يكون إيقاع الطلاق لسبب يدعو إليه. أنظر: زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص 387

4- ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج**2**، 237

5- إبن حزم الأندلسي، المحلى، ج2، ص 161. إبن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج4، ص 43.

لهذه المسألة. وتجب الإشارة إلى أن أكثر الفقهاء القائلين بوقوع طلاق الحائض ذهبوا إلى القول بإجبار المطلق على إرتجاع المطلقة أثناء العدة، وذهب بعضهم إلى أن الإرتجاع مندوب وليس واجبا.[1]

ويبدو رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وقوع طلاق الحائض لأن الطلاق متعلق بإرادة الزوج ونيته وهذه صفة قائمة به ولا صلة لها بالحالة التي تكون عليها المرأة.

ب- الطلاق الثلاث بلفظ واحد:

اختلف الفقهاء في وقوع هذا الطلاق وعدم وقوعه، والعدد الواقع به من الطلقات، وذلك فيما يأتي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يقع به ثلاث طلقات، ولا فرق في ذلك بين أن تكون المطلقة مدخولا بها أو غير مدخول بها.[2]

وذهب بعض الفقهاء ومنهم **سعيد بن جبير** إلى وقوع ثلاث طلقات إذا كانت المطلقة مدخولا بها، وإلى وقوع واحدة إذا كانت غير مدخول بها.[3] وذهب البعض الآخر إلى وقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة[4].

ج- الطلاق بدون سبب يدعو إليه (الطلاق التعسفي):

ذهب أكثر الفقهاء إلى أن حق الزوج في الطلاق مقيد بالحاجة إلى إيقاعه، وإذا لم يكن هناك ما يدعو إليه فإن المطلق يكون آثما، وهذا عند الفقهاء القائلين بأن الأصل في الطلاق هو الحظر. أما بالنسبة إلى وقوعه من عدمه فلم نعثر على رأي من أحد الفقهاء بعدم وقوعه، وبهذا أخذ قانون الأسرة الجـزائري بدليل ما نصت عليه المادة 52 من أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". فهذا النص يقضي بوقوع الطلاق التعسفي لأن الحكم بالتعويض يعني أن الطلاق قد وقع.

ثالثا- الطلاق باعتبار الرّجعة من عدمها:

ينقسم الطلاق من حيث إمكانية ارتجاع الزوجة إلى طلاق رجعي وطلاق بائن.

1- **الطلاق الرجعي:** وهو الطلاق الذي يملك الزوج بعده إعادة زوجته إليه ما دامت في العدة بدون توقف على رضاها، وبدون حاجة إلى عقد ومهر جديدين.

1- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج2، ص70

2- إبن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج**7**، ص 243. الشيرازي، المهذب، ج2، ص84

3- ابن قدامة المقدسي، المرجع نفسه. ص243

4- ينظر: ابن رشد الحفيد، المرجع نفسه، ج**2**، ص 66، وابن قدامة المقدسي، المرجع نفسه، ص 243

ويقصد بالرجعة: إعادة الزوج زوجته إليه ويعني ذلك إبقاء النكاح على ما كان عليه، وتتحقق الرجعة بالقول أو بالفعل. وهي حق ثابت للزوج لا تسقط بإسقاطه لأن إسقاط هذا الحق يعني تغير حكم شرعي ثابت بالنص، فلو قال لزوجته أنت طالق على أن لا يكون لي الحق في الرجعة، فإن حقه في إرجاع زوجته يبقى قائما.

ويترتّب على الطلاق الرجعي الأحكام التالية[1]:

أ- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

ب- إمتلاك الزوج حق إعادة زوجته المطلقة أثناء عدتها ويسقط هذا الحق بانتهاء العدة.

ج- بقاء حق المعاشرة بين الزوجين، وللزوجة على زوجها حق النفقة، كما أن التوارث بينهما يبقى قائما، فإذا مات أحد الزوجين أثناء العدة ورثه الزوج الآخر ما لم يكن هناك مانع من موانع الإرث.

د- عدم جواز عقد الزوج على من تحرم عليه من النساء كأخت زوجته ما دامت الزوجة الأولى في العدة ولا يجوز له أن يتزوج بخامسة.

هـ- أن مجرد الطلاق إذا كان رجعيا لا يحلُّ ما أُجّل من المهر إلى أقرب الأجلين لأن الزوجية قائمة، وإنما يحل المؤجل إذا انتهت العدة بدون مراجعة حيث تكون الزوجة بانت من زوجها.

و- المطلقة رجعيا زوجة يلحقها طلاق الزوج وظهاره، وإيلاؤه، ولعانه.

2- **الطلاق البائن وهو نوعان:**

2-1- **طلاق بائن بينونة صغرى:** وهو الذي لا يملك الزوج بعده إعادة زوجته إلا برضاها وبعقد جديد ومهر وجديد، ودون أن تتوقف هذه الإعادة على زواج زوجته من رجل آخر.

ويترتب على هذا النوع من الطلاق الأحكام الآتية[2]:

أ- انقطاع الحياة الزوجية في الحال، وعدم بقاء من أحكام الزوجية سوى العدة ونفقتها.

ب- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته فيما إذا عقد عليها مرة أخرى، وهذا فيما إذا لم تتزوج من رجل آخر ودخل بها ثم طلقها أو مات عنها وانتهت عدتها منه، فحينئذ إذا جاءت وتزوجت من الزوج الأول فإنه يملك عليها ثلاث طلقات عند جمهور الفقهاء.

ج- يحين أجل مؤخر المهر بمجرد الطلاق.

د- إذا مات أحد الزوجين لا يرثه الآخر ولو في أثناء العدة.

1- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص181-182

2- فاروق عبد الله كريم، المرجع نفسه، ص 173- 174

هـ- تحل المطلقة لمطلقها بعقد جديد.

و- إذا كانت المرأة مطلقة بالألفاظ الصريحة في الطلاق وكانت في عدتها، فإن طلاق زوجها لها يعتبر واقعا عند الحنفية، وعند جمهور الفقهاء لا يلحقها الطلاق لأن الطلاق السابق قطع الزوجية فلا تكون الزوجة محلا لطلاق جديد.

2-2- **طلاق بائن بينونة كبرى:** وهو الذي لا يملك الزوج بعده أن يعيد زوجته إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين، وبعد أن تتزوج من رجل آخر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه. ويشترك الطلاق البائن بينونة كبرى مع الطلاق البائن بينونة صغرى في الأحكام السابقة فيما عدا الحكمين الآتيين:

أ- البينونة الكبرى نهاية ما يملك الزوج على زوجته من الطلاق، وعليه فلا محل بعدها لطلاق آخر يوقعه الزوج على المرأة باتفاق الفقهاء.

ب- لا يستطيع المطلق طلاقا بائنا بينونة كبرى أن يتزوج من مطلقته إلا بعد أن تتزوج من رجل آخر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهي عدتها منه.

والأصل في الطلاق أنه يقع رجعيا لقوله تعالى: ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ غير أنه **يقع بائنا** في الحالات الآتية[1]:

أ- الطلاق المكمّل للثلاث، وذلك لأن الطلاق مرتان كما في النص القرآني السابق، إذ لا أمل يبقى في تحقق حياة زوجية مستقرة بعد أن يطلق الزوج زوجته للمرة الثالثة.

ب- الطلاق قبل الدخول ولو تحققت الخلوة الصحيحة المجردة عن الدخول، وذلك لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها.

ج- الطلاق على مال، وذلك لأن المرأة بهذا المال تريد التخلص من حياة زوجية لا تريدها، ولا تتحقق هذه الغاية إلا إذا كان الطلاق بائنا حتى لا يتمكن الزوج من إعادتها إليه دون رضاها.[2]

د- التفريق القضائي، وما قيل بشأن الطلاق على مال يقال هنا أيضا.

3- استعراض ما جاء في قانون الأسرة في مسألة الرّجعة وموقف القضاء منها:

نص المشرع على وجوب إجراء الصلح قبل إصدار القاضي لحكم الطلاق، حيث جاء في المادة 49 من قانون الأسرة ما يلي: " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن**

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 330 نقلا عن الأستاذ فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 172

2- على رأي جمهور الفقهاء يضاف إلى هذه الحالات الثلاث الطلاق المقترن بعدد الثلاث لأن الطلاق الثلاث يقع به ثلاث طلقات عندهم. نقلا عن الأستاذ فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 172

تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين." [1]

يفهم من النص أنه يستوجب تكرار محاولات الصلح من قبل القاضي لإعطاء فرصة لمّ شمل الأسرة وإصلاح ذات البين، بشرط أن لا تتجاوز محاولات الصلح مدة ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع دعوى الطلاق، فإذا تخلف الزوجان أو أحدهما عن حضور جلسات الصلح دون مسوغ اعتبر ذلك رفضا للصلح وبذلك يحرر القاضي محضرا يثبت فيه فشل إجراء الصلح، ويصدر حكمه بالطلاق عند تحقق مقتضياته وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 23-10-1997 والذي جاء فيه ما يلي : " **إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات، يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر."** [2]

لقد أشار المشرع إلى الرجعة في المادة **70** من قانون الأسرة والتي نصت على ما يلي: " **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.** "

تثير المادتان **25 و70** من قانون الأسرة عدّة مسائل فقهية وقانونية على مستوى التطبيق القضائي نبيّنها وفق الآتي:

- لم تنص المادتان صراحة على نوعي الطلاق الرجعي والبائن، وهذا ما استدركه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ:10-02-1986 حيث فرق بين الطلاق الرجعي والبائن، ومما ورد فيه:" **من المتفق عليه فقها و قضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن الحكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق. أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءً على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها**

1- المادة 49 قبل تعديله كانت تنص على ما يلي: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر."

2- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 174132، مؤرخ في: 23-10-1997، نشرة القضاة، الجزائر، عدد 55، ص 179.

وحسم النزاع بينها وبين زوجها. إن القضاء بما يخـالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية و لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا."

– يمكن للزوج أن يطلق زوجته لفظاً ولا يرفع دعوى الطلاق إلا بعد مدة معينة، وقد تنعقد جلسات الصلح بعد انقضاء العدة الشرعية التي يبدأ حسابها من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق، فإذا توصل القاضي إلى الصلح بين الزوجين، يراجع المطلق زوجته المطلقة بلا عقد جديد طبقا للمادة 50 من قانون الأسرة، وهذا ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي توجب عقدا ومهرا جديدين، لأن الطلاق صار بائنا بينونة صغرى بعد نهاية العدة الشرعية .

– قد يؤدي تطبيق المادتين 49 و 50 إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة، عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يؤدي إلى تعارض بين القانون والشريعة الإسلامية على عدة مستويات خاصة بعد فوات العدة الشرعية، وقيام العدة القانونية منها :

- لزوم المطلقة بيت الزوجية قانونا لا شرعا.
- تجب نفقة المطلقة على مطلّقها قانونا ولا تجب شرعا.
- حلول مؤخر الصداق شرعا لا قانونا.
- قد يثبت النسب للولد قانونا وينفى شرعا.
- يجوز لزوجة المطلقة التي انقضت عدتها شرعا أن تتزوج برجل آخر، ولا يجوز ذلك قانونا ما لم يصدر حكم الطلاق.

لقد استدرك الاجتهاد القضائي النقص التشريعي في مسألة الرجعة وبيّن التطبيق القضائي الصحيح للمادتين 49 و50 من قانون الأسرة، وذلك في القرار الصادر بتاريخ:17–12–1984 ملف رقم:35322 والذي جاء فيه: " **من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.**

إذا كان الثابت – في قضية الحال – أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته كان عليه إتباع القواعد الفقهية التي تنظم و تضبط الرجعة، وكان على قضاة الاستئناف التقيد

بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية، خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة." [1]

كما صدر قراراً آخراً للمحكمة العليا يؤكد لزوم العقد الجديد لمراجعة الزوجة بعد صدور الحكم القاضي بطلاقها بائنا ببينونة صغرى، وقد جاء فيه ما يلي: " **من المقرر قانونا أنه بعد صدور الحكم بالطلاق فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد، ومتى تبين – من قضية الحال– أن الزوجة طلقت بسبب الضرر الحاصل من طرف الزوج طبقا للمادة 53 فقرة 6 من قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الزوجة طبقوا صحيح القانون، وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوجة بعقد جديد، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.**" [2]

ويفهم من هذين القرارين أن الزوج إذا تلفظ بالطلاق يلزمه، ويقع رجعيا مرتباً لآثاره الشرعية، فإذا انقضت العدة صار بائنا ببينونة صغرى، ويكون حكم القاضي هنا كاشفا للطلاق الذي وقع بإرادة الزوج لا منشئا له.

وتبعا لما تقدم فإنه يمكن معالجة الإشكالات الفقهية والقانونية التي تثيرها المادتان 49 و50 المشار إليهما أعلاه بمراعاة أمرين هما:

– **الأول:** عند فشل محاولات الصلح يصدر القاضي حكم الطلاق بأثر رجعي يعود إلى التاريخ الحقيقي لتلفظ الزوج بالطلاق.

– **الثاني:** ضرورة ربط محاولات الصلح بالعدة الشرعية لا بمدة زمنية قدَّرها المشرع بثلاثة أشهر، وهو ما يقتضي ضرورة تعديل المادة 49 من قانون الأسرة وفق الصياغة الآتية: " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة العدة الشرعية.**"

وأيضا ضرورة تعديل نص المادة **70** هكذا: " **من راجع زوجته أثناء العدة الشرعية لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد انقضائها وصدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.**"

رابعا– الطلاق باعتبار الصيغة:

ينقسم الطلاق باعتبار الصيغة إلى طلاق منجز، ومعلّق، ومضاف للمستقبل.

1– المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم: 35322، قرار مؤرخ في:17–12–1984، **م.ق** لسنة 1984، عدد 04 ص91.

2– المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم: 239349، قرار مؤرخ في:22–02–2000. **م.ق** لسنة 2000.

1- **الطلاق المنجز:** هو ما كانت صيغته مطلقة غير مضافة إلى زمن مستقبل، ولا معلّقة على حصول أمر في المستقبل، كأن يقول الرجل لزوجته: أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك. وحكمه أنه واقع في الحال، وتترتب عليه آثاره بمجرد صدوره إذا توفرت فيه الشروط.

2- **الطلاق المعلّق:** وهو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط مثل: **(إن)** و **(إذا)** و **(متى)** و **(لو)** ونحوها، كأن يقول الزوج لزوجته: إذا دخلت دار فلان فأنت طالق، وإن خرجتي من المنزل بغير إذني فأنت طالق.

وحكم الطلاق المعلق أنه يقع شريطة أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معدوما على خطر الوجود أي يحتمل أن يكون أو لا يكون، وأن يحصل المعلق عليه والزوجية قائمة حقيقة أو حكما، ولا يشترط عند حصول المعلق عليه أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق.

3- **الطلاق المضاف للمستقبل:** هو الطلاق الذي أضيف وقوعه إلى وقت في المستقبل كأن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق غدا أو بداية السنة المقبلة. وحكمه وقوع الطلاق بحلول الزمن المضاف إليه إذا كانت المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها عند ذلك الوقت وكان الرجل أهلا لإيقاع الطلاق.

الفرع الرابع: مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد والطلاق الثلاث المتتابع في مجلس واحد:

نصت المادة **72** من قانون الأسرة على أنه: " **لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء**".

فهذه المادة تقرر بأن الطلاق المتتالي لثلاث مرات تحرم به الزوجة، ولا يمكن مراجعتها إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ثم يطلقها أو يموت عنها بعد البناء.

أما فيما يخص الطلاق الثلاث بلفظ واحد (طالق ثلاثا)، والطلاق الثلاث المتتابع في مرة واحدة (أنت طالق، طالق، طالق) وطلاق المعتدة، فلم تنص المادة أعلاه عن أحكامها، رغم أنها تضمنت عبارة (ثلاث مرات متتالية) فما المقصود بهذه العبارة ؟ هل يقصد بها أن الزوج يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق؟ أم يقصد بها يطلق ثم يطلق ثم يطلق في مجلس واحد ؟ وهو ما يعرف بالطلاق الثلاث المتتابع ويشمل طلاق المعتدة.

فالظاهر من النص القانوني أعلاه أنه يقصد من تلك العبارة أن الزوج يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق لأنه نص على ثلاث مرات متتالية، ومعنى هذا أنه لم يتعرض لمسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد والطلاق الثلاث المتتابع في مرة واحدة.[1]

وإذا كان يفهم من هذا النص أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع، لأنه ليس متتاليا ولأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة، بمعنى أنه يشترط لحصول الطلاق البائن بينونة كبرى صدور ثلاثة أحكام قضائية مثبتة للطلاق، فإن هذا الحكم لا يمكن أن ينسب للنص القانوني المذكور لأن المشرع فتح المجال واسعا للاجتهاد القضائي في كل مسألة لم يرد النص عليها في قانون الأسرة عملا بنص المادة **888** من نفس القانون.

ولقد تعرض القضاء الجزائري لهذه المسألة من خلال قرار المحكمة العليا رقم:176551 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:17-02-1998 حيث جاء فيه: **من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.**

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن.[2]

يتبين من هذا القرار أن المحكمة العليا قد تولت البت في مسألة تصريح الزوج أمام القضاء بطلاق زوجته ثلاثا، وهو ما يجعلنا نتساءل عن الرأي الفقهي المتبنى في هذا القرار.

فالقرار أعلاه يعتبر أن تصريح الزوج أمام قضاة المجلس بطلاق زوجته ثلاثا يحرم عليه إرجاعها لأنه طلاق بائن بينونة كبرى عملا بنص المادة 51 من قانون الأسرة، لكن هذه المادة تشترط أن يطلق الرجل زوجته ثلاث مرات متتالية حتى يصير طلاقه بائنا بينونة كبرى، ولم تنص على الطلاق الثلاث بلفظ واحد والطلاق الثلاث المتتابع في مجلس واحد، وإذا رجعنا إلى المادة 49 من قانون الأسرة نجدها تنص على أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي، معنى ذلك أن قانون الأسرة يشترط لحصول الطلاق البائن بينونة كبرى صدور ثلاثة أحكام قضائية مثبتة للطلاق، وبالتالي فإن طلاق الثلاث بلفظ واحد وطلاق

1- المصري مبروك، **الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري**، دراسة فقهية مقارنة، الجزائر: دار هومه، ص159.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:17-02-1998، المجلة القضائية لسنة 2000، عدد 01، ص 171.

الثلاث المتتابع في مجلس واحد لا يقع إلا طلقة واحدة، لذلك يتضح جليا تناقض القرار القضائي أعلاه مع أحكام المادتين 49 و51 من قانون الأسرة.

وهذا التناقض كان بسبب الغموض الذي يخيم على نص المادة 51 المذكور أعلاه، فلا بد على المشرع أن يضيف فقرة توضح رأيه في الطلاق الثلاث بلفظ واحد والطلاق الثلاث المتتابع في مجلس واحد، ولا بد عليه أن ينص صراحة على الطلاق الرجعي، والطلاق البائن بينونة صغرى والبائن بينونة كبرى، ويبين أحكامها بالأسلوب الذي نص عليه الفقه الإسلامي دون حاجة للتكلف والاختصار، لأنها أحكام تتعلق بكيان الأسرة فيها الحلال والحرام، لذلك يجب تحرير نصوص قانونية واضحة المعنى لتجنب إصدار أحكام قضائية متضاربة.[1]

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تبيّن أنّ للفقهاء آراء ثلاثة في مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد، هي[2]:

الأول: قول الجمهور منهم أئمة المذاهب الأربعة والظاهرية: يقع به ثلاث طلقات، وهو منقول عن أكثر الصحابة ومنقول عن أكثر التابعين، لكن لا يسن أن يطلق الرجل أكثر من واحدة عند الأحناف والمالكية لأن طلاق السنة: هو أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تنقضي عدتها.

واستدل فقهاء المذاهب وموافقوهم على وقوع ثلاث طلقات بما يأتي من الكتاب، والسنة، والإجماع، والآثار والقياس:

1- **الكتاب:** منه قوله تعالى: ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾[3] وفي ذلك تنبيه إلى الحكمة من التفريق، ليتمكن من المراجعة، فإذا خالف الرجل الحكمة وطلق اثنتين معا، صح وقوعهما إذ لا تفريق بينهما، ثم إن قوله تعالى: ﴿ **فلا تحلُّ له من بعدُ حتى تنكح زوجا غيره** ﴾[4] يدل على تحريمها عليه بالثالثة بعد الاثنتين، ولم يفرق بين إيقاعهما في طهر واحد أو في أطهار.

1- هشام ذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، السنة الجامعية: 2015/2014، ص 58.

2- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 390.

3- سورة البقرة: الآية 229

4- سورة البقرة: الآية 230

ومن الكتاب كذلك قوله تعالى: ﴿ **فطلقوهُنّ لعدتهنّ** ﴾[1] إلى قوله تعالى: ﴿ **وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه**﴾ فالطلاق المشروع ما يعقبه عدة، وهو منتف في إيقاع الثلاث في العدة، وفيها دلالة على وقوع الطلاق لغير عدة، إذ لو لم يقع لم يكن ظالماً لنفسه بإيقاعه لغير العدة، ومن لم يطلّق للعدة بأن طلق ثلاثا مثلاً، فقد ظلم نفسه.

ونوقش هذا الاستدلال بأن هذه عمومات مخصصة، وإطلاقات مقيدة بما ثبت من الأدلة الدالة على المنع من وقوع ما فوق الطلقة الواحدة.

2- **السنة:** ومنها حديث ركانة بن عبد يزيد أنه طلق امرأته سهيمة البتة، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم، وقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: والله ما أردت إلا واحدة ؟ قال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم.[2] فهذا الحديث من أصرح الأدلة وأوضحها على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، لقول ركانة واستحلاف النبي له على أنه لم يرد بلفظ (البتة) إلا واحدة، فهو يدل أنه لو أراد الثلاث لوقعت.

ونوقش الحديث بأنه حديث ضعّف الإمام أحمد جميع طرقه، وكذلك ضعّفه البخاري.

3- **الإجماع:** أجمع السلف على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا.

ونوقش بأنه لم يثبت الإجماع، فقد روى أبو داود عن ابن عباس أنه يجعل الثلاث واحدة، وبأن طاوسا وعطاء قالا: " إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها، فهي واحدة ".

4- **الآثار:** نقل عن كثير من الصحابة **رضي ال عنهم** أنهم أوقعوا الطلاق الثلاث ثلاثا، منها ما روى مالك في الموطأ أن رجلا جاء إلى ابن مسعود، فقال: " إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات، فقال: ما قيل لك ؟ فقال: قيل لي: بانت منك، قال: هو مثل ما يقولون ".

5- **القياس:** قال ابن قدامة: " **إن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا، فصح مجتمعا كسائر الأملاك** ".[3] وناقشه ابن القيم بأن المطلّق إذا جمع ما أمر تفريقه، فقد تعدى حدود الله وخالف ما شرعه.

1- سورة الطلاق، الآية: 65

2- رواه الشافعي وأبو داود والترميذي وابن ماجة وابن حبان والحاكم.

3- ابن قدامة، المغني، ج7، ص 105.

وقال القرطبي: " **وحجة الجمهور من جهة اللزوم ظاهرة جدا وهو أن المطلقة ثلاثا لا تحل للمطلق حتى تنكح غيره، ولا فرق بين مجموعها ومفرقها لغة وشرعا** ".[1] ونوقش بأن من قال: (أحلف بالله ثلاثا) لا يعد حلفه إلا يمينا واحدة، فليكن المطلق مثله.

الثاني: قول الشيعة الإمامية: لا يقع به شيء

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ **فهو** يدلّ على شرط وقوع الطلقة الثالثة بأن تكون في حال يصح من الزوج فيها الإمساك، وإذا لم يصح الإمساك إلا بعد المراجعة لم تصح الثالثة إلا بعدها.

الثالث: قول الزيدية وبعض الظاهرية وابن تيمية وابن القيم: يقع به واحدة، وتأثير للفظ فيه.

واستدلوا بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾ إلى قوله عزّ وجلّ في الطلقة الثالثة: ﴿ **فإن طلقها فلا تحلُّ له من بعدُ حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾ أي أن المشروع تفريق الطلاق مرة بعد مرة، لأنه تعالى قال: ﴿ **مرتان** ﴾ ولم يقل: طلقتان. فإذا جمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد، فإنه لا يقع إلا واحدة.

ويرد عليه بأن الآية ترشد إلى الطلاق المشروع أو المباح، وليس فيها دلالة على وقوع الطلاق وعدم وقوعه إذا لم يكن مفرقاً، لذلك يكون المرجع إلى السُنّة، والسُنّة بيّنت أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثا.

2- حديث ابن عباس عن رُكانة:" **أنه طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزنا شديدا، فسأله النبي صلى الله عليه وسلم، كيق طلقتها ؟ فقال: ثلاثا في مجلس واحد، فقال: ثلاثا في مجلس واحد، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: إنما تملك واحدة فارتجعها** ".[2]

وأجيب عن هذا الدليل بما يأتي:

- معارضته لفتوى ابن عباس، حيث كان يفتي من سأله عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث بأنه يقع ثلاثا. وردّ بأن المُعتبر روايته لا رأيه.

- أن أبا داود رجح أن ركانة إنما طلق امرأته البتة، كما تقدّم بيانه. ويمكن أن يكون من روى (ثلاثا) حمل (البتة) على معنى الثلاث، وفيه مخالة للظاهر، والحديث نص في محل النزاع.

1- القرطبي، فتح الباري، ج9، ص 365.

2- أخرجه أحمد وأبو يعلى وصححه. ينظر: نيل الأوطار،ج6، ص 232، نقلا عن: وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص393.

3- حديث ابن عباس قال: " كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر، طلاقُ الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلوا أمضيناه عليه، فأمضاه عليهم ".[1] فهذا الحديث واضحة الدلالة على جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة، وقد أمضاه عمر من باب المصلحة والسياسة الشرعية.

ونوقش هذا الاستدلال بأنه محمول على صورة تكرير لفظ الطلاق ثلاث مرات، بأن يقول: (أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق) فإنه يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد، وثلاث إذا قصد تكرير الإيقاع، فكان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر على صدقهم وسلامتهم وقصدهم في الغالب الفضيلة ولم يظهر فيهم خداع، وكانوا يصدقون في إرادة التوكيد، فلما رأى عمر في زمانه أمورا ظهرت، وأحوالاً تغيرت، وفشا إيقاع الثلاث جملة بلفظ لا يحتمل التأويل، ألزمهم الثلاث في صور التكرير، إذ صار الغالب عليهم قصدها.

وبعد تعرضنا للآراء الفقهية في مسألة طلاق الثلاث، تبين لنا الخلاف الواقع في هذه المسألة بين جمهور الفقهاء الذين يرون بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثا، كما يوقعون الطلاق المتتابع، وأن المعتدة من الطلاق الرجعي يلحقها الطلاق، وعند الحنفية البائن بينونة صغرى يلحقها الطلاق، وبين الفقهاء المخالفين للجمهور الذين يقولون بعدم وقوع الطلاق الثلاث جميعا وإنما يقع طلقة واحدة، وأن المعتدة لا يلحقها طلاق.

وباستعراضنا لأدلة الفقهاء ومناقشتها، تبين لنا ترجيح القول بعدم وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد والمتتابع إلا واحدة، وأن المعتدة لا يلحقها طلاق وذلك لسببين:

الأول: أن هذا الرأي وإن خالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فهو قول لا يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي، فقد أخذ به بعض الصحابة رضي الله عنهم، فبعض التابعين، فإذا رجحه الاجتهاد القضائي صار هو الرأي الأقوى، فإن صدر قانون، كما هو الشأن في بعض القوانين المقارنة العربية بجعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد والمتتابع يقع واحدة، فلا مانع من اعتماده والإفتاء به، تيسيرا على الناس، وصونا للرابطة الزوجية، وحماية لمصلحة الأولاد، خصوصا ونحن في زمان قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في

1- رواه أحمد ومسلم عن طاوس عن ابن عباس. ينظر: نيل الأوطار، ج6، ص 230، نقلا عن: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص392

التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق، وهم يقصدون غالبا التهديد والزجر، ويعلمون أن في الفقه منفذا للحل، ومراجعة الزوجة.[1]

الثاني: أن الطلاق أبغض الحلال عند الله، وقد شرع لدفع الضرر، فإن اقتضت الحاجة إليه ينبغي أن يكون بالقدر الذي يدفع الضرر، لذلك فقد منح الشرع للزوج فرصتين للمراجعة، يطلق ثم إما أن يمسك بمعروف بحيث يراجعها، أو أن يسرح بإحسان بحيث يتركها حتى تنقضي عدتها فتبين، والأمر نفسه بعد الطلقة الثانية، إن راجعها في العدة أو تزوجها من جديد بعد انقضائها، فإما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، فإن طلقها ثالثا بانت منه بينونة كبرى فلا يمكن له أن يراجعها أو أن يتزوجها من جديد إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ثم يطلقها أو يموت عنها بعد أن يبني بها، وهذا هو الأصل في الطلاق البائن بينونة كبرى أو الطلاق الثلاث.[2]

الفرع الخامس: مسألة إثبات الطلاق العرفي

إن أدلة الإثبات ليست جميعها في مرتبة واحدة، فقد يصلح بعضها لإثبات بعض مسائل الحالة، ولا يصلح بعضها الآخر لذلك، وإن أجيزت فقد يشترط لإعمالها شروط لا تشترط في وقائع وحالات أخرى. ومن هذه الحالات إثبات الطلاق، والذي يتفق مع إثبات الزواج في أحكام كثيرة، ويختلف عنه في أحكام أخرى، سواء من حيث الأدلة ونطاق إعمالها، أو شروطها، لذلك فقد اختلفت موارد الشرع في أحكام إثباتهما، وتشعبت أقوال العلماء فيهما، فنشأت الفروق والأحكام والتعاليل. ولعل ذلك مرده خصوصية الطلاق وطبيعته، كما أن القاعدة في الشرع أنه: "يحتاط في الخروج من الحُرمة إلى الإباحة ما لا يحتاط في الخروج من الإباحة إلى الحُرمة " ضف إلى ذلك أن الطلاق يتم في الغالب بغير علم الناس، بل قد تُفاجأ الزوجة به أو لا تعلم به إلا بعد زمن، إذ لا يشترط لإيقاع الطلاق حضور الزوجة، فالشارع جعله حقاً للزوج يستقل بإيقاعه من غير توقف على رضاها به. هذا فضلاً عن قضايا الطلاق التي تتّسم بالخطورة، ما يقتضي الاحتياط والتضييق ما أمكن من دائرة الطلاق، ومن ثم التقييد في وسائل إثباته.[3]

1- أخذ القانون في مصر وسوريا بهذا الرأي، فقد جاء في المادة 03 من القانون المصري ما يلي: " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة ". وهو الحكم نفسه المنصوص عليه في المادة 92 من القانون السوري.

2- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص144-145.

3- حجاري محمد، **دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة**- دراسة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي، منشور في مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، العدد السابع، فيفري 2018، ص 152.

لكن مسلك القضاء قد يغفل عن هذه الاعتبارات أحيانا فتكون الحقيقة القضائية بعيدة عن الحقيقة الواقعية بل مضادة لها. وفيما يأتي توضيح وتفصيل ذلك.

جرى العمل القضائي في مسألة إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال بشهادة الشهود على اعتبار أنها الطريق الوحيد الموجود لإثبات وقوع الطلاق. والشهادة المقررة في الطلاق هي الشهادة على القطع بمعاينة الشاهد شخصيا واقعة الطلاق زمانا ومكانا، حيث يشهد بأنه سمع واقعة تلفظ الزوج بالطلاق، وهذا المقرر في الفقه المالكي.أما الشهادة على السماع فغير مستصاغة لأنها إنما أجيزت استحسانا في مسائل محصورة دفعا للحرج وتعطيل الأحكام، وليس إثبات الطلاق من بينها، فالحكم بإثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهادة مستفيضة لا تقوم عليه حجة، وفي ذلك فتح لباب الفساد وتفكيك لروابط الأسرة بإشاعة الدعاوى الكيدية المتعلقة بالطلاق.[1]

ومتى تبيّن ذلك يظهر الخطأ البيّن للمحكمة العليا بقبولها إثبات الطلاق بالشهادة المستضيفة، حيث جاء في قرارها رقم:**07082** المؤرخ في:03-12-1984 ما يلي:" **ولما كانت الشريعة الإسلامية تُخوّلُ إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يحب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق، وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم**".[2]

والعلة في عدم قبول شهادة السماع في الطلاق ظاهرة، إذ أن شهادة السماع إنما قبلت في مسائل الاشتهار واستفاضتها بين الناس، وقد يتعذر إثباتها بغير هذا الطريق، فلو منعنا الشهادة فيها بالسماع لضاعت حقوق كثيرة، وهذا بخلاف الطلاق فالأصل وقوعه في البيوت بعيدا عن مجالس الناس، فلا يستفيض خبره ولا يشتهر في الملأ، ومن ثم فلا يعلم به أحد – مع قربه– إلا بإقرار الزوج.

ولا يخفى ما يترتب على ذلك من المقاصد المتمثلة في التقليص من دائرة الخلاف ما أمكن، وقد يكون في منع قبول شهادة السماع في الطلاق أحد وسائل تحقيق ذلك، إذ لا يخلو بيت من الخلافات، زيادة ما في ذلك من القضاء على الدعاوى الكيدية، الأمر الذي يقتضي معه النظر في مثل هذا العمل القضائي وتوجيهه بنحو يخدم فيه الفقه المالكي.

1- حجاري محمد، المرجع السابق، ص 153

2- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف:35026، مؤرخ في:03-12-1984، **م.ق**، العدد 04، 1989، ص 86

المطلب الثاني: مسائل الطلاق بالتراضي

يعدُّ الطلاق بالتراضي صورة من صور فكّ الرابطة الزوجية التي أقرَّها المشرع في المادة 48 من قانون الأسرة، إذ يعتبر حالة من حالات عدم استحقاق المطلقة التعويض.

والمشرع لم ينظّم هذا النوع من الطلاق، حيث عدّده فقط ضمن صور فك الرابطة الزوجية دون بيان لأنواعه والتّفصيل في آثاره الشرعية المترتبة عليه، ذلك أن الطلاق بالتراضي يختلف عن الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة من حيث الصور التي يأخذها والآثار الشرعية المترتبة عليه، وهي المسائل التي سيتم دراستها في هذا المطلب ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي وصوره في الفقه الإسلامي:

سيتم في هذا الفرع تعريف الطلاق بالتراضي وفق نظرة القانون والقضاء (أولا)، ثم نبين صوره في الفقه الإسلامي (ثانيا).

أولا- تعريف الطلاق بالتراضي وفق نظرة القانون والقضاء:

الطلاق بالتراضي يقصدُ به اتجاه إرادة الزوجين مشتركة إلى حلّ عقد الزواج بتراض وقناعة كاملة بعد أن تيقّنا أنّ استمراريتها أضحت ضرباً من المحال لأي سبب من الأسباب، أو ظرف من الظروف، تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متّحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق، وهذا معناه أنه يمكن للزوجين أن يتطالقا بتراضيهما بالمعروف دون منازعة أو خصومة، وإن تمّ هذا الطلاق أمام القضاء فذلك لإثباته فقط لضرورة ذلك إجرائياً، ويقابله الطلاق بالمنازعة والخصام أمام القضاء في حالة انعدام التراضي بينهما.[1]

فهذه الصورة من الطلاق جاءت وسطاً بين حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وحق الزوجة في طلب التطليق أو الخلع بإرادتها المنفردة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من قانون الأسرة.

وعلى هذا فإن المشرع باستحداثه هذه الصورة لفك الرابطة الزوجية إنما قصد بذلك ترك الحرية للزوجين للاتفاق بينهما فيما يريانه مناسبا لحالهما دون بحث القاضي على أسباب الانفصال، وبغض النظر عن فحوى الاتفاق، ولا معرفة الطرف المتضرر، كون الطلاق بالتراضي يسقط الحق في التعويض.

1- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 162.

وعلى مستوى العمل القضائي يتبين هذا التوجّه، فقد قررت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:09-07- 1996 ما يلي: " **من المقرر قانونا أن يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ويثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي. ومتى حصل الاتفاق بين الطرفين- في الطلاق بالتراضي- فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه.**" [1]

حيث جاء كذلك في قرارها المؤرخ في:23-05-2000 ما يلي: " **من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق.**" [2]

فالطلاق بالتراضي وفقا لنظرة القانون والقضاء من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين، فإذا اشتد الخصام والخلاف بين الزوجين ولم يتمكّنا من الانسجام مع بعضهما البعض بعد استنفاذ جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين، واتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودّي، فلهما ذلك.

ثانيا- صور الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي:

الأصل في العقود- وعقد الزواج واحد منها- ألا يتم حلّها إلا بتراضي الطرفين معاً مثلما تمّ إبرامهما، ولكن اختص عقد الزواج بالخروج عن هذا الأصل نظرا لطبيعته الخاصة، فغيره من العقود ليس فيه قوامة لطرف على آخر، أما عقد الزواج فينشئ مؤسسة اجتماعية أسرية لابد لانتظام أمرها من قوامة، وقد أسندت هذه القوامة بحكم الشرع والعقل للرجل دون المرأة كما سبق بيانه.

ومنه فلا يتوقف إيقاع الطلاق من الرجل على رضا الزوجة، ولا على إذن القاضي كونه صاحب العصمة الزوجية، وإرادته كافية في إحداث الفرقة بالطلاق، واستثناء من هذا الأصل جعلت الشريعة الإسلامية للمرأة الحق في طلب الفرقة تطليقا أو خلعا على ما سيأتي بيانه لاحقا.

وإذا كان المشرع الجزائري قد استحدث صورة لحلّ الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين وتراضيهما دون خصام أو نزاع، فإنه لا يتصوّر وقوع الطلاق بهذه الصورة إلا في حالات نصّ عليها فقهاء الشريعة ولكل حالة أثرها المترتب عليها شرعا، مما يجعل الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي مغايرا للصورة التي استحدثها المشرع، وبالتالي يختلف الأثر المترتب على كل صورة تبعا لحكمها الشرعي، بينما لا يختلف الحكم وفق نظرة المشرع الجزائري بين الطلاق بالإرادة المنفردة وإجراءاته وبين الطلاق بالتراضي، وإنما يكمن الخلاف بين الحالتين في الجانب المادي الذي يتعلق بالتعويض في

1- سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، الجزء الثاني، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2014، ص455.

2- سايس جمال، المرجع نفسه، ص 541

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إذا ثبت تعسفه في إيقاع الطلاق[1]، وعليه لابدّ من بيان صور الطلاق بالتراضي المقررة في الفقه الإسلامي وفق ما يأتي:

1- حالة الخلع الاتفاقي:

الخلع الاتفاقي هو صورة من صور الطلاق بالتراضي كونه عقد ينعقد بإيجاب وقبول، بأن تفتدي الزوجة نفسها ببذل مال للزوج، مع التزامها بذلك المال في مقابل خلاصها من الزوج، فهو بهذا يعتبر معاوضة من جانبها، ومن جانب الزوج يعتبر يمينا لأنه علق طلاق زوجته على قبول المال[2].

واعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة ويمينا من جانب الزوج يمثل في حدّ ذاته إيجابا وقبولا دالاّن على الرضا، لأن من أهم شروطه أن يتم بالتراضي أو الاختيار من الزوجة، فلا يصح مع الإكراه. والخلاف واقع فيما إذا لم يرض الزوج على الخلع، فهل للقاضي أن يجبره ؟ وتفصيل هذه المسألة سيأتي لاحقاً.

فإذا تم الطلاق بالتراضي عن طريق الخلع فإنه يقع طلقة بائنة ينقص به عدد الطلقات في رأي الحنفية والمالكية والشافعية في الرّاجح، وأحمد في رواية لقوله تعالى: **(فلا جناح عليهما فيما افتدت به)**[3] وإنما يكون الفداء إذا خرجت المرأة من سلطان الرجل، ولا يكون ذلك إلا بالطلاق البائن. وفي رواية عن الإمام أحمد أن الخلع فسخ فلا ينقص بها عدد الطلقات التي يمتلكها الزوج.[4]

والملاحظ أن الطلاق بالتراضي وفق ما هو مقرّر بشأنه قانونا وقضاءً لا يأخذ نفس صورة الخلع الاتفاقي حتى قبل أن تعدل المحكمة العليا عن رأيها في اشتراط موافقة الزوج في الطلاق بالخلع كما سيأتي بيانه لاحقا.

2- حالة الطلاق على مال:

يطلق الخلع في الفقه الإسلامي فيراد به أحيانا معنى عام، وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدّمه لزوجها سواء أكان بلفظ الخلع أو المبارأة، أم كان بلفظ الطلاق.

1- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 164.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 330.

3- البقرة: الآية 229.

4- الحاج موسى حسن موسى، **القضاء الشرعي السني- تنظيمه واختصاصاته-** منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2008، ص 154.

وأحيانا يطلق الخلع ويراد به معنى خاص، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع، أو ما في معناه كالفدية أو المبارأة، فكان الطلاق على مال بلفظ الطلاق قسيم الخلع، ولم يكن هذا شاملا له داخلا في عمومه، والأحكام المنصوص عليها بعضها يعمُّ، والآخر يخص الطلاق على مال بلفظ الخلع والمبارأة .[1]

واختار الشيخ محمد أبو زهرة المعنى العام للخلع[2] وذهب الأستاذ السيد سابق إلى اختيار المعنى الخاص حيث ذهب إلى القول: أن الفقهاء يرون أنه لابد في الخلع من أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه، أو لفظ يؤدي معناه مثل المبارأة أو الفدية، فإن لم يكن بلفظ الخلع ولا بلفظ فيه معناه، كأن يقول لها: أنت طالق في مقابل مبلغ كذا وقبلت، كان طلاقه على مال ولم يكن خلعا.[3]

واختلفت آراء فقهاء المذاهب في الفرق بين الخلع والطلاق على مال على النحو الآتي:

2- 1- رأي الحنفية:

الفرق بين الخلع والطلاق على المال وفقا لرأي الحنفية يظهر فيما يأتي:

- من حيث الصيغة: الخلع يكون بلفظ المخالعة أو ما في معناه كالمبارأة، أما الطلاق على مال فيكون بصريح لفظ الطلاق أو في معناه.
- الطلاق على مال لا بدّ فيه من ذكر البدل دائما. وأما الخلع فإن كان بلفظ خلعتك فلا بد فيه من ذكر البدل وقبول الزوجة، فإذا لم يذكر البدل المالي فإنه يكون طلاقا بلفظ من ألفاظ الكنايات فيقع به طلاقا بائنا عند الحنفية إلاّ إذا كان مكمّلا للثلاث أو قبل الدّخول، أما إذا كان بلفظ خالعتك أو اخلعي نفسك، أو اختلعي، فلا يحتاج إلى ذكر البدل المالي، ويكون البدل هو كلٌّ ما لأحدهما على الآخر من حقوق الزوجية من مهر ونفقة زوجية عند أبي حنيفة، ولا تسقط نفقة العدّة إلا بالنص عليها صراحة.
- إذا بطل البدل (بمعنى إذا كان البدل باطلا شرعا) في الطلاق على مال، وقع الطلاق رجعيا دون حاجة لقبول الزوجة إذا كان باللفظ الصريح، وإذا كان بألفاظ الكناية وقصد به الطلاق وقع الطلاق بائنا. وإذا بطل البدل في المخالعة وقع به طلقة بائنة عند الحنفية لأنه من كنايات الطلاق.
- يسقط في حالة الطلاق على مال ما اتفقا عليه فقط، وأما في حالة المخالعة فإن سميّا مالا غير المهر فقد لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل ما يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية، وإذا لم يسمّ

1- محفوظ بن الصغير، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص 604

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 329.

3- سابق السيد، فقه السنة، المرجع السابق، ج2، ص 192.

المتخالعان شيئا وقت المخالعة فقد برئ كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية عند أبي حنيفة ولا تسقط نفقة العدة إلا بالنص عليها كما سبق بيانه.

ويتفق الخلع والطلاق على مال عند الحنفية فيما يأتي[1]:

- كلٌّ من الخلع والطلاق على مال يشترط فيه قبول الزوجة ويلزمها العوض إن كانت أهلا للتبرع.
- يقع بكل منهما طلاقا بائنا إن صحّ العوض فيهما.

2-2 - رأي الشافعية والمالكية:

لا يرى الشافعية والمالكية فرقا بين الخلع والطلاق على مال، فلا يختص الخلع بلفظ معين فيقع بصريح لفظ الطلاق وكناياته المقترنة بالنية إذا كان على مال. ويرى المالكية أنه إذا وقع بلفظ الخلع أو المبارأة أو المفاداة أو الصلح فإنه لا يشترط فيه ذكر العوض، والغالب عندهم ذكر العوض بهذه الألفاظ وغيرها.[2]

2-3- رأي الحنابلة:

يرى الإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه والشافعي في القديم أن الفرقة بالخلع فسخا وأما الفرقة بالطلاق على مال فتعتبر طلاقا بائنا.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في الرواية الثانية أن الفرقة بهما تعتبر طلاقا لا فسخا.[3]

3- حالة تفويض الطلاق للزوجة: لم ينص قانون الأسرة على حالة تفويض الطلاق للزوجة، وهذا يعني أن على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتبيُّن المقصود بهذه الحالة والأحكام المتعلقة بها، لذا سنبيّن فيما يأتي معنى التفويض، ونوع الطلاق الواقع به.

3-1- تعريف التفويض: التفويض هو أن يملّك الزوج زوجته حقَّ تطليق نفسها.[4] ذلك أن الزوج يملك طلاق زوجته، فله أن يتولاّه بنفسه أو بواسطة غيره، وهذا الغير قد يكون هو الزوجة نفسها، وتسمى بذلك الزوجة مفوّضة.[5]

1- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 288

2- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص262. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص66. بن قدامة ، المغني، المرجع السابق، ج7، ص249.

3- ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، ج7، ص 249. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص 70.

4- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص 169.

5- وعند إنابة غير الزوجة يسمى توكيلا.

وقد أجاز جمهور الفقهاء[1] التفويض في الطلاق، فيجوز للرجل أن يجعل للمرأة حق تطليق نفسها من غير أن يسلب ذلك الحق من نفسه، وذلك بأن يفوّض لها أمر طلاق نفسها إن شاءت، إذ قد يشترط ذلك عند إبرام العقد، بأن يقول لها عند إنشاء العقد: إذا تم عقد الزواج بيننا فأمرك بيدك تُطلّقين نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها متى شاءت، ولا تُطلّقها إلا واحدة رجعية، وليس لها أن تكرّر ذلك إلاّ إذا كان قد أذن لها بالتكرار، وكما أن التفويض يصُحُّ عند إنشاء العقد يصُحُّ بعد تمام العقد أثناء قيام الحياة الزوجية.[2]

وتتجلى صورة التراضي في طلاق التفويض في إحدى صيغه الآتية:[3]

- إذا اقترن التفويض بما يدل على التعميم، كأن يقول لها: جعلت لك أن تُطلّقي نفسك متى شئت فللزوجة أن تختار نفسها متى شاءت، سواء كانت حاضرة حين التفويض أم كانت غائبة، وذلك لأنه ملّكها هذا الحق تمليكا عاماً، فتملكه عاما كما ملَّكه لها، ومتى اختارت نفسها كان الطلاق بالتراضي.
- إذا اقترن التفويض بما يدلُّ على التخصيص بوقت دون وقت، أو بحالة دون حالة، كأن يقول لها: جعلت لك أن تطلقي نفسك في أثناء شهر، ففي هذه الصورة تملك أن تطلق نفسها في الوقت الذي حدّده لها، فإذا فات الوقت فلا تملك بعدها تطليق نفسها، وعلى هذا فاختيارها لنفسها في هذه الحالة يدلُّ على رضاها بالطلاق.
- إذا كانت عبارة التفويض مطلقة غير مقرونة بما يدلُّ على التعميم أو التخصيص، كأن يقول لها: جعلت لك أن تطلقي نفسك ولا يزيد على ذلك، فإن الزوجة تملك تطليق نفسها في مجلس التفويض نفسه إن كانت حاضرة فيه، واختيارها طلاق نفسها في هذه الحالة يمثل صورة الطلاق بالتراضي.

3-2- نوع الطلاق الواقع بالتفويض: إذا تم التّفويض بالطلاق، فللزوجة المتضرّرة من معاشرة زوجها أن ترفع دعوى تطلب فيها الحكم بالطلاق، فإذا طلقت نفسها كان الطلاق صحيحا، وصيغة الطلاق أن تقول: " إني طالق منك يا زوجي".[4] ولكن هل يقع هذا الطلاق رجعيا أم بائنا ؟

1- ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق،ج2، ص71، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص381. الشربيني، مغني المحتاج المرجع السابق،ج3، ص377.

2- محمد أبو زهرة، **تنظيم الإسلام للمجتمع**، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط. د.ت، ص97. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 324.

3- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 170.

4- ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، د. ط ، د. ت، ص 288.

ذهب الحنفية إلى أن التفويض إذا كان بلفظ " اختاري نفسك " أو " أمرك بيدك " كان الطلاق بائنا، أما إذا كان بصريح الطلاق فإن الأمر متوقف على عدد الطلقات التي يفوضه الزوج لها.[1]

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن التفويض مقيّد بإرادة الزوج، فإذا أراد الزوج تفويضها طلقة واحدة كان لها الحق في أن تطلق نفسها طلقة واحدة، وإذا أراد ثلاث طلقات كان لها ذلك، وذهب بعض الفقهاء إلى أن التفويض إذا كان بلفظ (أمرك بيدك) كان لها أن تطلق نفسها الطلقات الثلاث ولا يلتفت إلى اعتراض الزوج بأنه لم يفوضها إلا طلقة واحدة.[2] وعند الإمام مالك إذا كان الخيار مطلقا فليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث.[3]

كما قد يأخذ الطلاق بالتراضي صورة مجردة عن أي سبب من نشوز أو إعراض من أحد الزوجين أو من كليهما، كأن تعترضهما عقبات وعوائق خارجة عن إرادتهما، فتجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متّحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق بالتراضي. والطلاق هنا يقع رجعيا لاحتمال تغير الظروف والأسباب التي من شأنها أن تنصلح الحال بها، وتستحق به المطلقة المتعة تخفيفا لها عن ألم الفراق.[4]

فالتفويض إذا كان بطلقة واحدة فليس للقضاء إلاّ إيقاع الطلاق بطلقة واحدة رجعية، أما إذا كان بالطلقات الثلاث فإنّ بإمكان القضاء إيقاع الطلاق بالنظر إلى ما تقتضيه مصلحة الزوجة، فمثلا يوقعه رجعيا في حال طلاق زوجة الغائب المفوّضة بطلاق نفسها لاحتمال أن يعود الزوج وهي في عدّتها فترجع إلى زوجها، ويوقعه بائنا كما إذا أرادت الزوجة الخلاص من زوجها لتضررها ببقائها معه. بل أن بإمكان الزوجة أن توقّعه بائنا أو رجعيا حسب مصلحتها.[5]

الفرع الثاني: أهم التطبيقات القضائية للطلاق بالتراضي:

يتجه كثيرا من الأزواج إلى إيقاع الطلاق بالتراضي، لأنّ الزوجان يفضّلان المحافظة على أسرار العلاقات التي كانت بينهما، لذلك فهو يتمُّ نتيجة تنازلات متبادلة بينهما، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يحدّد العناصر التي تمّ الاتفاق بشأنها ويعتمدها طالما أنها لا تخالف النظام العام والآداب العامة، لأن

1- المرغيناني. أبو الحسن علي، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبعة مصطفى الباي، مصر، د. ط، د. ت، ج1، ص247

2- ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص238- 239.

3- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د. ط ، د. ت، ج2، ص 72.

4- بن الصغير محفوظ، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص 607

5- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص 171.

توحيد إرادة كلا الزوجين على الطلاق مع الموافقة على جميع آثاره يجعل من القاضي موثقا يوثق إرادة الطرفين في حكم يعدُّ إشهاداً لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة، وهذا ما جسّده قرار المحكمة العليا الصادر في: 23-05-2000 إذ جاء فيه ما يلي:" **من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير.**" [1]

فهذا القرار جاء ترسيخا لمبدأ التراضي في الطلاق المقرّر في المادة 48 من قانون الأسرة، إذ تتّجه إرادة الطرفين المشتركة إلى إحداث الأثر القانوني، ومعتبرا أن الطلاق بالتراضي:

- مجرّد إشهاد على رغبة الطرفين في الطلاق.
- ينحصر دور القاضي في توثيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني، ولا يتعدّاه، وفي ذلك تفعيل للهدف المرجو من هذه الصورة حتى لا تكون هناك عقبات أمام الطرفين في جوانب متّفق عليها ما لم تكن مخالفة للنظام العام والآداب العامة.
- لا يوصف بالابتدائية، ولا يوصف بالنهائية، وهو بذلك يختلف عن باقي الأحكام القضائية من حيث الوصف، فهو مجرد إشهاد.

وفيما يتعلق بمسألة الأثر القانوني المترتب على الطلاق بالتراضي من إمكانية الرجعة دون عقد جديد قبل صدور الحكم بالطلاق، وبعقد جديد بعد صدور الحكم، فقد قضت المحكمة العليا في القرار المؤرخ في: 18-07-1988 بما يلي:" **من المقرر قانونا أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا برجوع الزوجة رغم أن الطلاق وقع بالتراضي بينهما، وتم إثباته بحكم وبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.**"[2]

يتبيّن من هذا القرار أن قضاء المحكمة العليا ذهب إلى المساواة في الحكم بين صور الطلاق المقررة في المادة 48 من قانون الأسرة بما فيها الطلاق بالتراضي من حيث الأثر المتعلّق بإمكانية الرجعة، مقررا

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:23-05-2000، ملف رقم:243943، **م.ق**، عدد خاص، 2001 ص **228.**

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:18-07-1988، ملف رقم:49858، **م.ق**، العدد1، 1992 ص 37.

أن الطلاق بالتراضي إذا وقع وتمّ إثباته بحكم قضائي فإنّ الرجعة لا تكون إلا بعقد جديد، وبمفهوم المخالفة فإن الرجعة ممكنة إذا وقعت أثناء الصلح وقبل صدور الحكم، وهذا مخالف لما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن الطلاق بالتراضي سواء تمّ بالخلع الاتفاقي، أو بالطلاق على مال، أو بتفويض الزوجة، ففي كل هذه الحالات يقع طلقة بائنة (باستثناء بعض الطلقات المختلف فيها فقها في حالة تفويض الطلاق للزوجة) كما رأينا سابقا، إذ لا يجوز الرجعة إلا بعقد جديد حتى ولو لم يصدر حكم الطلاق بذلك من الناحية القانونية، لذلك فإن التطبيق السليم يقتضي أن يكيّف الطلاق بالتراضي قانونا وقضاءً وفقا للاتّفاق الذي تم بين الزوجين، ويرتب الأثر الشرعي والقانوني وفقا لذلك.

وفي هذا الصدد، سيتم التعليق على قرار المحكمة العليا المؤرخ في:19-04-1994 ومناقشته فيما قرره بشأن تكييف الطّلاق بالتراضي أنه صلح، حيث جاء فيه: " **من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل على حقه.**

" **ومن المقرر أيضا أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها، ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية ". ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لمّا قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المُقام بين الطرفين، والذي شهدت عليه المحكمة أخطأوا في تطبيق القانون، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدّا للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعا قائما طبقا لأحكام المادتين 459 و462 من القانون المدني ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. "**[1]

بالرجوع إلى حيثيات القرار، وفي معرض تأسيسها أكدت المحكمة العليا أن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدّا للنزاع وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما طبقا للمادة **275** من القانون المدني، كما أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها مثل ما نصت عليه المادة **228** من نفس القانون.

يتبيّن من خلال هذا القرار أن قضاء المحكمة العليا ذهب إلى ما يلي:

1- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في:19-04-1994 ملف رقم:103637 نقلا عن: سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، ج2، المرجع السابق، ص 256

أ- تكييف الطلاق بالتراضي أنه عقد صلح ينهي نزاعا قائما بين الطرفين.

ب- دور القاضي في تجسيد الصلح (الطلاق بالتراضي) يكون بمراقبة صحته وسلامته.

جـ- حكم الطلاق بالتّراضي غير قابل للاستئناف.

إنّ هذا القرار حاول توظيف بعض الشروط والآثار التي لا تتوافق شرعا وقانونا مع طبيعة صورة الطلاق بالتراضي المقررة في الفقه الإسلامي كما رأينا سابقا أو تلك المقررة في المادة 48 من قانون الأسرة، فاعتبار الطلاق بالتراضي عقد صلح ينهي نزاعا قائما بين الزوجين طبقا لمقتضى المادة 459 من القانون المدني أمر غير مستساغ، لأن عقد الصلح المذكور في هذه المادة يسبق اللّجوء إلى الحماية القضائية وينهي نزاعا لم يطرح بعد أمام القاضي، فالتطبيق السليم لهذه المادة يصلح في مجال المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية طبقا للمادة 461 من القانون المدني، وذلك بأن يتنازل كُلاًّ من الزوجين على وجه التبادل عن حقه لإنهاء نزاع قائم لم يطرح بعد أمام القضاء أو من أجل أن يتوقّيان به نزاعا محتملا.

كما الطلاق بالتراضي لا يعدُّ عقدا، وإنما هو اتفاق مشترك بين الزوجين لحلّ عقد الزواج، فليس كل اتفاق يصلح أن يكون عقدا.

وجدير بالتنويه أنه يجب عدم الخلط بين عقد الصلح الذي نصّت عليه المادة 459 من القانون المدني والصلح في مادة الطلاق، والصلح كطريق بديل لحل النزاع المستحدث في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالأول عقد مدني ينشأ لإنهاء نزاع قائم لم يعرض بعد أمام القضاء، والثاني يعدُّ إجراء وجوبي يقوم به القاضي قبل إصدار حكم الطلاق، أما الثالث فيعتبر طريقا بديلا لحل نزاع مطروح أمام القضاء، إذ يجوز للخصوم التصالح تلقائيا، أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة، فإذا تم يثبت في محضر ويكتسب صفة السند التنفيذي بمجرد إيداعه بأمانة ضبط الجهة القضائية.

أما الصلح في الفقه الإسلامي فإنه يؤدّي إلى إنهاء النزاع وفضّ الخصومة بأثر إيجابي، ينتهي بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التخاصم أو إلى أحسن منها، ودليل ذلك قوله تعالى: **(وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير)**[1] يعني أن الصلح بترك بعض الحق استدامة للحرمة وتمسُّكاً بعقد النكاح خيرٌ من طلب الطلاق، وعلى هذا فإن تنازل الزوجة عن بعض حقوقها لزوجها يكون من أجل الحفاظ على العلاقة الزوجية القائمة بينهما، وعلى هذا يختلف معنى الصلح في الآية الكريمة عن معناه المقصود في المادة 459 من القانون المدني

1- سورة النساء: الآية 128.

والمعتمد في القرار المؤرخ في:19-04-1994 والذي لا يميز بين أثر الصلح السلبي أو الإيجابي، بخلاف معنى الصلح في الشرع الذي يترتب عليه الأثر الإيجابي.

كما يؤخذ على هذا القرار أيضا أنه خول للقاضي مهمة مراقبة صحة وسلامة الصلح – والذي قصد به هنا الطلاق بالتراضي– ثم أكد أن الحكم القاضي به ليس قابلا للاستئناف، ويلحظ في هذه العبارة التناقض الواضح إذ كيف تعطى للقاضي صلاحية مراقبة صحة وسلامة الصلح (الطلاق بالتراضي) ؟ ثم يجعل من مراقبته هذه غير قابلة للمراجعة من طرف المجلس القضائي، والذي قد يبطل شروطا أو يعلن عدم سلامة الصلح في مسائل معينة قد تكون هامة للطرفين أو لأحد منهما، وفي ذلك مساس بقاعدة التقاضي على درجتين، والتي هي قاعدة دستورية، زيادة على ذلك فإن المادة 459 وما يليها من القانون المدني الذي استند عليها هذا القرار لم تتطرق لدور القاضي في مراقبة صحة وسلامة هذا العقد.[1]

من أجل ذلك واعتبارا للنقاط المثارة يمكن القول أن الاقتباس الذي جاء به قرار المحكمة العليا الصادر في: 19-4-1994 من أن الطلاق بالتراضي عقد صلح طبقا للمادة 459 وما يليها من القانون المدني لم يكن موفقا، فقد أساء تطبيق المادة 459 من القانون المدني وأخلط بين الصلح والطلاق بالتراضي، والذي يختلف كل منهما عن الآخر في المفهوم والآثار الناشئة عنهما.

المطلب الثالث: الطلاق بالخلع

نص المشرع على الطلاق بالخلع كطريق من طرق انحلال الرابطة الزوجية، مختزلاً نظامه بأكمله في مادة واحدة، هي المادة **54** من قانون الأسرة رقم:84-11 والمعدّلة بالأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27 فبراير 2005، وبذلك يكون المشرع قد فتح المجال واسعا للقاضي للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الخلع عملا بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة.

لذلك سيتم من خلال هذا المطلب عرض لأهم مسائل الخلع المغفل تنظيمها، مع بيان لأحكامها الفقهية وموقف قضاء المحكمة العليا منها– إن وجد– وقبل ذلك نرى أنه من الضروري تحديد مفهوم الخلع، كلٌّ ذلك ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم الخلع

يتحدّد مفهوم الخلع بتعريفه، وتحديد أدلّة مشروعيّته والألفاظ التي يتم بها، ووقته، وشروط صحّته، وهذا ما نتناوله فيما يأتي:

أولا– تعريف الخلع:

1– محفوظ بن الصغير، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص 609.

سيتم في هذا العنصر تعريف الخلع لغة، وفقها وقضاءً وذلك من خلال الآتي:

الخلع لغة من خلع الشيء يخلعه خلعا، واختلعه نزعه، إلا أن في الخلع مهلة، وساوى بعضهم بين الخلع والنزع. وخلع النعل والثوب والرّداء يخلعه خلعا جرّده، وخلع امرأته خُلعا بالضمّ، وخلاعا فاختلعت، وخالعته، أزالها عن نفسه وطلّقها على بدل منها له، فهي خالعٌ والاسم الخلعة.[1]

وسميّ ذلك الفراق خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال، والرجال لباسا لهن لقوله تعالى: **(هن لباس لكم وأنتم لباس لهن)** 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 الخلع.[2]

وفقها له تعاريف في اصطلاح كل مذهب، نذكرها تباعا مع شرحها وفق الآتي:

فعند الحنفية: هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها، بلفظ الخلع أو ما في معناه. فخرج بكلمة (ملك النكاح) الخلع في النكاح الفاسد وبعد البينونة والردّة، وخرج بكلمة (المتوقفة على قبولها) أي المرأة: ما إذا قال: خلعتك ولم يذكر المال، ناويا به الطلاق، فإنه يقع بائنا غير مسقط للحق، لعدم توقفه على قبول المرأة، فدلّ القبول على أنَّ الخلع يكون ببدل، ومتى كان على بدل مالي لزم قبولها.

وخرج بقوله: (بلفظ الخلع) الطلاق على مال، فإنه غير مسقط للحقوق. وأما قوله (أو ما في معناه) فيدخل فيه لفظ (المبارأة) فإنه مسقط للحقوق ومنها المهر. والخلاصة أن التعريف خاص بالخلع المسقط للحقوق، والواقع عادة في مقابل مال تفتدي به المرأة نفسها، فإن خالعها وقع الطلاق تطليقة بائنة، ولزمها المال.[3]

وعند المالكية: الخلع هو أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها، أو تسقط عنه حقا لها عليه.[4] فتقع به طلقة بائنة، ومعنى ذلك أن الخلع نوعان عند المالكية:

أولهما: ما كان في نظير عوض، وهو الغالب.

ثانيهما: ما وقع بلفظ الخلع، ولو لم يكن في نظير شيء، كأن يقول لها: خالعتك أو أنت مخالعة.

والخلع عند الشافعية: هو فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع، كقول الرجل للمرأة: طلقتك أو خالعتك على كذا، فتقبل.

1- ابن منظور محمد بن مكرم، **لسان العرب**، بيروت لبنان: دار صادر، ط1، ج8، ص 76.

2- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 246.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 458.

4- ابن جزي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، د. ط ، 1988 ، ص 237.

أما الخلع عند الحنابلة: فهو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة.[1] بمعنى تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها، ويصح الخلع عندهم في رواية على غير عوض، ولا شيء للزوج كما قال المالكية، والراجح عند الحنابلة أن العوض ركن في الخلع فلا يصحُّ تركه كالثمن في البيع، فإنها خالعها بغير عوض لم يقع خلع ولا طلاق إلا إذا كان بلفظ الطلاق أو نيته، فيقع طلاقا رجعيا.[2]

وعرّفه الظاهرية– وهو تعريف يكتسي أهمية من خلال وضوح التكييف فيه– كما يلي:" الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت ألاّ توفّيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفّيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو، وإلاّ لم يجبر هو، ولا أجبرت هي، إنما يجوز تراضيهما ".[3]

والظاهر من التعريفات الفقهية السابقة أنها وإن اختلفت عباراتها فهي تتفق على معنى واحد وهو فداء المرأة نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه إليه.

كما أن هذه التعريفات لم تحدّد بصورة دقيقة التكييف الحقيقي للخلع من جهة الرضائية بمعنى هل يشترط في الخلع موافقة الزوج ؟ أم لا ؟ باستثناء تعريف الإمام ابن حزم الذي تميز عن غيره بوضوح التكييف فيه.

أما من الناحية القانونية فإنه لم يرد تعريفا للخلع في قانون الأسرة الجزائري، الذي اختزل نظام الخلع بأكمله في مادة واحدة هي المادة 54 والتي نصت على ما يلي: " **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**". وهذا يعدُّ إخلالا بمثل هذه الأنظمة الحيوية التي جاء بها التشريع الإسلامي، فالخلع كسبب للتفريق بين الزوجين ليس من وضع المشرع الوضعي، فلم يأت بناءا على اجتهاد، بل هو نظام له قواعده وأحكامه وضوابطه الشرعية، وكان من المفروض أن يكون هذا الأمر دافعا لأن يهتم المشرع الجزائري به، فيفصّله ويدقّق في أمره.[4]

ونجد اجتهادا لقضاة المحكمة العليا يعرف الخلع في القرار رقم:**82007** المؤرخ في:**87-08-2520** بأنه: " **حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة ومقداره يحدّد بالتراضي بين الطرفين، ولا دخل**

1– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشف القناع على متن الإقناع**، دار الفكر بيروت، د. ط، ج5، 1982، ص **225**.

2– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 459.

3– محمد بن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ح9، د. ط، د. ت. ص 235

4– بولقصيبات أحمد، الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري، دراسة تقييمية، مجلة التراث، العدد 03، ص 234

للقاضي، وفقا للشريعة الإسلامية ".[1] وقد تبع هذا الاجتهاد تعليق يبيّن فحواه ومضمونه، وحسن ما فعل قضاتنا، فهذه تعدّ سابقة منهجية علمية فريدة من نوعها، وهذا لبيان الخلفية الفكرية والفقهية للاجتهاد القضائي، وبيان أسسه والمستند المعتمد فقها وقانونا. حيث جاء في التعليق ما يلي: **(الخلع نظام شرعه الله تعالى لمعالجة بعض شؤون الحياة الزوجية وهو حل الرابطة الزوجية متى ثقلت على الطرفين أو على أحدهما وأصبح الخلاص منها مرغوبا...).**[2]

ونجد تعريفا آخرا للخلع في القرار رقم: 216239 المؤرخ في:16-03-1999، جاء فيه ما يلي:" **الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه.**"[3]

والفرق واضح بين التعريفين الواردين في القرارين أعلاه من حيث تكييف الخلع، وسيأتي تفصيل ذلك لاحقا.

ثانيا- مشروعية الخلع:

اتفق الفقهاء على جواز الخلع من حيث الأصل، لكنهم اختلفوا في السبب الذي يجيزه[4] والذي عليه الأكثرية أنه إذا كرهت المرأة زوجها وشق عليها دوام العشرة معه تستطيع أن تخلّص نفسها بالمخالعة، فقد جاء في رحمة الأمة لمحمد بن عبد الرحمان: " اتفق الأئمة على أن المرأة إذا كرهت زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة جاز لها أن تخالعه على عوض، وإن لم يكن من ذلك شيء وتراضيا الخلع من غير سبب جاز ولم يكره، وحكي عن الزهري وعطاء وداود أن الخلع لا يصح في هذه الحالة ".[5]

والدليل الشرعي على جواز الخلع:

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ **الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:25-02-1980، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1982، ص 79-82.

2- القرار نفسه، المرجع نفسه، ص 82

3- المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف: 216239 مؤرخ في:16-03-1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 138-140.

4- جاء في بداية المجتهد: " يتحصل في الخلع خمسة أقوال، قول: أنه لا يجوز أصلا، وقول: أنه يجوز على كل حال أي مع الضرر، وقول: أنه لا يجوز إلا مع مشاهدة الزنا، وقول: مع خوف أن لا يقيما حدود الله، وقول: أنه لا يجوز في كل حال إلا مع الضرر وهو المشهور ". أنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج2، ص 74.

5- محمد بن عبد الرحمان، رحمة الأمة، ص 226 نقلا عن فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 222.

عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾. (سورة البقرة، الآية: 229)

فهذه الآية تدل على رفع الحرج عن الزوج في قبول المال من زوجته مقابل الفرقة بينهما.

و**من السنة:** فحديث ابن عباس: " أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يارسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال صلى الله عليه وسلم: أتردين حديقته؟ فقالت: نعم، فقال عليه السلام لزوجها: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة ".[1] وفي هذا الحديث دليل على أن المرأة إذا كرهت زوجها وشق عليها العيش معه لشدة كرهها له فلا حرج على الزوج في أن يأخذ منها ما أعطاها، ولا حرج على الزوجة في ردّ ما أخذته.

ثالثا– ألفاظ الخلع:

ألفاظ الخلع عند الحنفية خمسة هي: **الخلع**، و**المبارأة**، و**الطلاق**، و**المفارقة**، **والبيع والشراء**، كأن يقول الرجل: خالعتك بكذا، أو بارأتك، أو فارقتك، أو طلقي نفسك على ألف، أو بعت نفسك، وتقبل المرأة.

وعند المالكية ألفاظه أربعة هي[2]: **الخلع**، و**المبارأة**، و**الصلح** و**الفدية** أو المفاداة، وكلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أن اسم الخلع يختص عادة ببذلها له جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره، والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه.

وذكر الشافعية والحنابلة أن الخلع يصح بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية مع النية، وباللغة غير العربية، ومن الكناية قوله: بعتك نفسك بكذا، فقالت: اشتريت، والصريح عند الشافعية لفظ الخلع والمفاداة، وعند الحنابلة لفظ الخلع والمفاداة والفسخ.[3]

رابعا– وقت الخلع:

لا بأس أن يقع التلفظ بالخلع في فترة الحيض، والطهر الذي أصابها فيه. لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل دفع الضرر الذي يلحق المرأة بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه، وهو أعظم من ضرر طول العدة، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما،

1– ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، ص395.

2– ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص66

3– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 461.

وهي قد رضيت به، مما يدل على رجحان مصلحتها، ولذا لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها.[1]

خامسا- شروط الخلع:

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع، بل أهملها واكتفى بالإشارة فقط إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتّفق عليه الزوجان أو يحدّده القاضي عند خلافهما على مقداره، بحيث لا يتجاوز مهر المثل. وشروط صحة الخلع المقرّرة في الفقه الإسلامي هي فيما يأتي:

1- أن يكون الزوج المخالع أهلا لإيقاع الطلاق، بأن يكون بالغا عاقلا في رأي الجمهور فلا يصح الخلع من السكران والمجنون والمعتوه والمكره وفاقد التمييز، فكل من لا يوقع الشرع طلاقه لم يصح خلعه.

2- أن تكون الزوجة المخالعة محلا للطلاق أي أن تكون الزوجية صحيحة قائمة حقيقة أو حكما.

3- أن يكون بدل الخلع مما يصلح أن يكون مهرا، وهو عند الحنفية أن يكون مالا متقوما موجودا وقت الخلع معلوما أو مجهولا أو منفعة تقوم بالمال. أما البدل عند جمهور الفقهاء فهو كل ما يصح تملكه سواء أكان مالا عينيا، أم دينا، أم منفعة تحرزا من الخمر والخنزير وما أشبه ذلك.

4- أن تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة والفدية.

الفرع الثاني: مسألة تكييف الخلع

قبل تعديل قانون الأسرة كانت المادة 54 منه تنص على ما يلي: " **يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.** "

انطلاقا من هذه المادة يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يتخذ موقفا صريحا من مسألة اشتراط رضا الزوج في إيقاع الخلع من عدمه، أي أنه سكت عن تحديد طبيعة الخلع بين اعتباره عقدا رضائيا يشترط فيه تطابق إرادتي الزوجين، أو كونه تصرف يتم بالإرادة المنفردة للزوجة.

ولقد اختلف الفقهاء حول تكييف الخلع في دائرة الرضائية مما جعل الخلاف الفقهي مفتوحا لحدّ الآن فمنهم من يرى أن رضا الزوج أمر مطلوب بناءً على مبدأ العصمة والقوامة، ومنهم من يرى أنه غير مطلوب لأن الخلع حق إرادي للزوجة تطلبه متى شاءت. وبقي الخلاف الفقهي منذ ذلك الزمان على ما هو عليه فحدث بذلك إشكال فقهي، وجاء قانون الأسرة سنة 1984 مقنّنا للأحكام الفقهية للأسرة ومن

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص463

ضمنها الخلع وجعله منصوصا عليه في المادة 54 منه، محافظا بهذا التقنين على ذلك الخلاف الفقهي، فلم يوضح النص أي الرأيين قد اختار، وهو ما أنتج اضطرابا داخليا عموديا بين قضاة الموضوع وقضاة المحكمة العليا في تكييف الخلع، واستمر الأمر كذلك إلى أن جاء الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27 فبراير 2005 المعدّل والمتمم لقانون الأسرة رقم:**22-22** المؤرخ في:09 يونيو 1984، متضمنا تعديل نص المادة **54 أعلاه.**

وتبعا لما تقدم، تقتضي الدراسة التطرّق إلى التكييف الفقهي للخلع (أولا)، ثم نبيّن موقف القضاء من المسألة باستعراض أهم قرارات المحكمة العليا الصادرة في هذا الشأن (ثانيا)، ليتم بعد ذلك معرفة مستندها ومرجعيتها الفقهية (ثالثا).

أولا- التكييف الفقهي للخلع:

إن أغلب فقهاء الشريعة عند دراستهم لتكييف الخلع أو الحديث عن وصفه الفقهي لم يتعرضوا بصورة مباشرة وواضحة للتراضي على الخلع، وبعبارة أدقّ لم تكن دراساتهم الفقهية إجابات واضحة عن الإشكالية الحقيقية للخلع: هل رضا الزوج وجوبي أم أنه غير وجوبي ؟ فما هو موجود في كتب الفقهاء لا يعدٌّ حديثا عن تكييف الخلع من حيث أصله، وإنما هو وصف من حيث عوضه أو بدله.[1] فبهذا الطرح منهم من كيّفه على أنه **معاوضة** من الجانبين، ومنهم من كيّفه على أنه **يمين** من جهة الزوج و**معاوضة** من جهة الزوجة، وكلا الرأيين له ما يرتبه من آثار ونتائج متعلقة بطبيعة الوصف والتكييف، أما دراسة الخلع من جهة رضا الزوج- اعتباره أو عدم اعتباره- فهذا ما لم يتضح، وقد سلك الفقهاء المعاصرون المسلك ذاته وكان الأجدر بهم أن يوضّحوا هذه المسألة ويدرسونها دراسة وافية عميقة، لأن حقيقة الإشكال الواقع اليوم في دائرة قضايا الخلع إنما يدور أساسا حول الخيار بين اعتبار رضا الزوج في الخلع بالنظر إلى مبدأ العصمة، أم عدم اعتباره على أساس أنه حق إرادي للزوجة لها الحق في طلبه متى شاءت دون الإلتفات إلى قبول الزوج أو إرادته.

فالخلع، وعلى عكس ما هو سائد في اعتقاد كثير من الناس يمكن ويجوز أن يطلبه الزوج[2] كما يجوز أن تطلبه الزوجة، فرضى الزوجة في الحالة الأولى أمر لا خلاف فيه لأنها كطرف هي التي تفتدي نفسها بمال، ولكن إذا طلبته الزوجة فهل يكون رضى الزوج شرطا لوقوع الخلع ؟

1- بولقصيبات أحمد، المرجع السابق، ص 236.

2- الخلع عندما يطلبه الزوج تكون منهجيته مختلفة عمّا إذا طلبته الزوجة، فحتى يقع لا بد أن يتقيد بالضوابط والقيود الآتية: أ- أن لا يضرها ضررا يدفعها إلى ذلك، ب- أن ترضى الزوجة لأنها كطرف هي التي ستفتدي نفسها بمال، ج- =

ففريق من الفقهاء ذهب إلى أنه لا يجب إجابة طلب الزوجة وإنما يندب له ذلك، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول استنتاجا أن إرادة الزوج معتبرة في وقوع الطلاق بالخلع، فلو لم يكن رضى الزوج معتبرا لقالوا بوجوبه، ومن هؤلاء الفقهاء الذين ذهبوا إلى ذلك ابن جرير الطبري حيث قال: " غير أني أختار للرجل استحبابا لا تحتيما إذا تبين من امرأته أن افتدائها لغير معصية الله، بل خوفا منها في دينها أن يفارقها بغير فدية ولا جُعل ".[1] ومنهم الإمام البهوتي حيث قال: " إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكرهه، وخافت إثما بترك حقه فيباح لها أن تخالعه.. ويسنُّ له إجابتها ".[2] ويقول ابن حجر في قوله صلى الله عليه وسلم: " **اقبل الحديقة وطلقها تطليقة** ": هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب.[3]

وذهب في مقابل ذلك فريق آخر من الفقهاء وعلى رأسهم الإمام الشوكاني إلى وجوب إجابة الزوج طلب المـرأة إلى الخلع فقال: " إنه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته، لأنه ليس من صارف يصرف أمره صلى الله عليه وسلم عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه عنها " وذهب الإمام ابن رشد إلى تأكيد حقيقة الحق الإرادي للمـرأة في الخلع قائلا: " والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لمّا جُعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جُعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل "[4] فهذا الإتجاه أسس آراءه على مبدأ الحق الإرادي للزوجة في الخلع، وهذا في رأينا يبدو قريب من مقاصد الشريعة الإسلامية ومقترن بقواعد العدالة متى استعمل هذا الحق بضوابط شرعية.

ثانيا- تكييف قضاء المحكمة العليا للخلع:

بعد تفحص القرارات الصادرة (قبل 1992) عن المحكمة العليا وقبلها المجلس الأعلى تبيّن فيها بشكل واضح تكييف الخلع على أنه عقد رضائي يحتاج إلى رضا الطرفين لانعقاده، ويتّضح ذلك من خلال القرارات التالية:

حيث جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: **12 مارس 1969** ما يلي: " **الخلع ليس في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق**

أن يكون الزوج مدركا بأن زوجته كارهة له لضرر غير ظاهر لا يمكن إثباته. أنظر: بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، د.ط، د.ت.

1-محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن وبهامشه تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان للعلامة النيسابوري، دار الفكر بيروت، ج2، د.ط. د.ت. ص 288 نقلا عن بولقصيبات أحمد، المرجع السابق، ص 237.

2- منصور بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ص107

3- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ص 400.

4- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص 55.

الطرفين، غير أن عرض الزوجة للخلع لا يخولها أي حقّ ولا أثر له على بقاء روابط الزوجية إذا لم يرض به الزوج، ولا يمكن اعتباره كطلب مقدم للقضاة يتوجب عليهم الفصل فيه، ومن ثم فإن هذا الوجه غير مبرر".[1]

وفي نفس السياق أصدر المجلس الأعلى قرارا بتاريخ:**21-11-1988** جاء فيه: " **من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق، ولمّا لم يكن لها تسبيب كاف أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة.**"[2]

وعلى ذات الاتجاه استقرّ رأي المحكمة العليا في عديد القرارات الصادرة عنها، ومنها القرار الصادر بتاريخ:**23-04-1991** حيث جاء فيه: **من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قَبُولَه من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعَدُّ خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون، ولما ثبت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الخلع وقضى به بالرغم من أنه يفترض ألا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مقابل الخلع، يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون.**" [3]

إلا أن سير المحكمة العليا على هذا النهج لم يدم طويلا، حيث تراجعت عن القضاء باشتراط موافقة الزوج في الخلع منذ سنة 1992، حيث أصدرت عدّة قرارات تقضي بأحقية الزوجة في الخلع دون موافقة الزوج وأن القاضي يجبره عليه، فقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:**21-07-1992** ما يلي: **من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده، على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، وذلك دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه**

1- قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:12-03-1969.

2- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 21-11- 1988، **م. ق**، 1990، العدد 3، ص 72.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:23-04-1991.

الزوجة، لأن ذلك يفتح باب للابتزاز والتعسف الممنوع شرعا من قبل الزوج، وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون".[1]

حيث علّلت المحكمة العليا قرارها هذا بأن أصل مشروعية الخلع قد وضع كعلاج ومخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق معاشرة زوجها وهي لا تملك المبرّر الشرعي للفراق.

وجاء في قرار صادر بتاريخ:**30-07-1996** ما يلي: " **من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفكّ الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا. ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه ".**[2]

وجاء في قرار صادر بتاريخ:**16-03-1999** ما يلي:" **الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزواج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبّقوا صحيح القانون.**" [3]

كما جاء في قرار مؤرخ في: **21-11-2000** ما يلي: " **إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا، وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين".**[4]

فهذه القرارات القاضية بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج شكّلت شرعية قضائية إن صحّ القول للمشرّع الجزائري لتعديل نص المادة **54** من قانون الأسرة لتصبح بعد صدور الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:**27-02-2005** المعدّل والمتمّم لقانون الأسرة، صياغتها كالآتي: **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.**

ثالثا- مستند قضاء المحكمة العليا في تكييف الخلع:

يظهر من قرارات المحكمة العليا المتقدّم بيانها والصادرة بشأن تحديد طبيعة الخلع، أن هناك مرحلتان رئيسيتان مرّ بهما الاجتهاد القضائي في مادة الخلع هما:

1- المحكمة العليا،غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:21-07-1992، **م.ق** 2001، عدد خاص، ص 134.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:30-07-1996، **م.ق**، 1998، العدد 1، ص 120.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:16-03-1999، م.ق، 2001، ص 138.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 21-11-2000، **م.ق**، 2001، العدد 1، ص293.

المرحلة الأولى: هي مرحلة اعتبار إرادة الزوج في الخلع، وفي هذه المرحلة كيّفت المحكمة العليا الخلع على أنه عقد رضائي، ومستندها في ذلك وخيارها الفقهي ما ذهب إليه أكثر أهل العلم من أنه لا يجب على الزوج إجابة طلب الزوجة للخلع، وإنّما يندب له ذلك، وهذا ما قال به الطبري: (**غير أنّي اختار للرجل استحبابا لا تحتيما**).[1] وهذا ما ذهب إليه الإمام البهوتي بقوله: (**إذا كرهت المرأة زوجها لخُلقه أو خلقه، أو كرهته لنقص في دينه أو لكرهه وخافت إثما بترك حقه، فيباح لها أن تخالعه.. و يُسنُّ له إجابتها**).[2] وهو ما أكده ابن حجر العسقلاني في معرض تفسيره الحديث الشريف: " **اقبل الحديقة وطلقها تطليقة** " بقوله: **(هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب)**.[3]

أما ابن حزم الظاهري في كتابه المحلّى ذهب إلى الاعتراف الصريح بضرورة تراضي الزوجين على الخلع (رضى الزوج ورضى الزوجة على حدّ سواء)، وبالتالي فالرضى في الخلع لابدّ منه، فإذا ما فقد هذا الشرط لم يقع الخلع إطلاقا.

ووفقا للرّاجح من المذهب الحنفي لا يتمّ الخلع إذا طلبته المرأة ورفض الزوج.[4]

المرحلة الثانية: وهي التي تغيّر فيها التوجه العام للاجتهاد القضائي في مادة الخلع بصورة فجائية، ودون أدنى إعلان، فأصبح الخلع حقا إراديا خالصا للزوجة لا ينازعها فيه أحد، وكان من المفروض– منطقيا وموضوعيا– أن تقدّم المحكمة العليا وثيقة توضح فيها تغيّر التوجّه وتبيّن فيها الأسباب الموضوعية التي دفعتها إلى سلوك مثل هذا المسلك حتى ولو كان مشروعا.[5]

فإرادة الزوج في هذه المرحلة (ابتداء من عام 1992) ليست محل اعتبار، حيث صار الخلع في هذه المرحلة حق إرادي للزوجة، لا يتوقف إيقاعه على قبول الزوج، وهذا معناه أنه عندما تطلب الزوجة الطلاق بالخلع مقابل مال تدفعه ولم يرض الزوج، ترفع أمرها إلى القضاء.[6]

1– محمد بن جرير الطبري، **جامع البيان في تفسير القرآن** وبهامشه تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان، دار الفكر، بيروت، ج2، ص288.

2– منصور بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص 107.

3– ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج9، ص 400.

4– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 465

5– بولقصيبات أحمد، الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 239.

6– بولقصيبات أحمد، المرجع السابق، ص 240.

ومستند القضاء في هذه المرحلة يوافق ما ذهب إليه الشوكاني بقوله: (**إنه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته، لأنه ليس من صارف يصرف أمره صلى الله عليه وسلم عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر، ما لم تكن قرينة تصرفه عنها**).[1]

وهذا الرأي ذهب إليه ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى، حيث اعتبر الخلع الذي جاء به الكتاب والسنة، أن تكون المرأة كارهة للزوج تريد فراقه فتعطيه الصداق أو بعضه فداء نفسها، وهذا ما يوافق الكتاب والسنة وما اتفق عليه الأئمة.[2]

وبهذا تساوت الزوجة مع الزوج في حقّ الطلاق، إذ من هذا المنطلق ذهب بعض الفقهاء إلى أنّه يجوز للزوجة الكارهة أن تطلب الطلاق خلعا فتفارق زوجها، بعد أن تدفع له مستحقاته المالية التي تتفق عليها معه أو يقدّرها الحكمان، وهذا بناءً على توجه ابن رشد في هذه المسألة بقوله: (والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، وجعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل).

وهذا كلّه جاء موافقا للمذهب المالكي حيث تستطيع الزوجة الكارهة أن تلجأ في هذه الحالة إلى القاضي طالبة منه الحكم بالخلع، فيبعث حكمين للصلح بين الزوجين، فإن لم ينجحا في الصلح فرّقا بين الزوجين خلعا بغير رضى الزوج، وقد جاء في المدونة ما يلي: " **الأمر الذي يكون فيه الحكمان إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل وامرأته حتى لا يثبته بينهما بينة ولا يستطاع أن يتخلص إلى أمرهما، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ورجلا من أهله عدلين، فنظرا في أمرهما واجتهدا، فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما، وإلاّ فرّقا بينهما ثم يجوز فراقهما دون الإمام، وإن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا.**" [3]

وتغير الاجتهاد من مرحلة لأخرى إنما كان بناءً على تفسير النص القانوني الغامض، وهو نص المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديله، والذي سكت عن مسألة مدى اشتراط رضا الزوج في الخلع، كما فتح الباب واسعا أمام القاضي ليجتهد ويأخذ بالرأي الفقهي المناسب الذي يراه.

1- محمد الشوكاني، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة د. ط، د. ت، ج8، ص 34

2- بن تيمية، الفتاوى، المرجع السابق، مجلد 31-32، ص 282

3- مالك بن أنس، **المدونة الكبرى**، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت، ص 254.

الفرع الثالث: مسألة آثار الخلع

لم ينص قانون الأسرة صراحة على آثار الخلع، ولعل السبب في ذلك اعتبار هذا الأخير طريقا من طرق فك الرابطة الزوجية والتي نص المشرع على آثارها ضمن هذا القانون في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق والتي تدخل في نطاقها آثار الخلع من نفقة عدة، وحضانة، ونفقة المحضون وحق الزيارة، لكن بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية يتضح لنا أن هناك بعض الآثار مختلف فيها ينفرد بها الخلع عن باقي طرق فك الرابطة الزوجية، وهذا ما سوف نتطرق له ضمن هذا الفرع.

أولا- إلتزام المختلعة بتسديد بدل الخلع:

متى وقع الإيجاب والقبول على الخلع بين الزوجين بمقابل مالي معيّن أو حكم القاضي به التزمت الزوجة بدفع بدل الخلع الذي يعدٌّ فداءً لها لقوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾ سورة البقرة: من الآية 229.

فالزوجة تلزم بأداء بدل الخلع المتفق عليه سواء أكان مهرا أم بعضه أم شيئا آخر سواه، لأن الزوج علق طلاقها على قبول البدل وقد رضيت به، فيكون لازما في ذمتها باتفاق الفقهاء.[1]

ثانيا- اعتداد المطلقة:

اختلف الفقهاء في عدة المختلعة على قولين:

القول الأول: أن المختلعة تعتد بثلاثة قروء لعدة المطلقة وبه قال: "أبو حنيفة" و"مالك" و"الشافعي" و"أحمد" في رواية لهم واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾[2] وما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية.

القول الثاني: المختلعة تعتد بحيضة واحدة، وذهب إليه ابن تيمية وابن القيم وفي رواية معتمدة عن أحمد واستدلوا في ذلك بما روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال: " إن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تعتد بحيضة. وروى عن الربيع بنت معوذ بن عفراء الأنصارية: أن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل رسول الله إلى ثابت فقال: " **خذ التي لك عليها وخل سبيلها، قال نعم، فأمرها الرسول صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها**".

1- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 483

2- سورة البقرة، الآية: 228

والقول الراجح هو الاعتداد بثلاث حيضات وذلك لعموم الآية الكريمة المستدل بها من الأئمة الأربعة والحكمة من جعل العدة ثلاث حيضات هو الاحتياط لماء المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحيض ثلاث مرات أن الرحم لا يشتمل على حمل منه، فدلالة ثلاث حيضات أبلغ من دلالة حيضة واحدة.

ثالثا- فيما يتعلق بحقوق الزوجين من حيث بقاؤها أو سقوطها:

لقد اختلف الفقهاء في مسألة حقوق الزوجين من حيث بقاءها أو سقوطها بالخلع، وذلك على النحو الآتي:

ذهب **أبو حنيفة** إلى سقوط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر بمقتضى العقد الذي حصل الخلع فيه، فيسقط المهر والنفقة الزوجية ومنها النفقة المتجمدة، أما نفقة العدة فلا تسقط إلا إذا ذكر المتخالعان ذلك صراحة.[1]

وذهب **جمهور الفقهاء** ومنهم محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية إلى أنه لا يسقط بالخلع شيء من الحقوق الزوجية إلا إذا نص على إسقاطه[2].

يتضح مما سبق أن المسألة اجتهادية لعدم وجود النص، والرأي الراجح في نظرنا والذي يوجه إليه العمل القضائي هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع، لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه ولا يسقط غيره، وطبقا للمادة **54** من ق.أ فإنه في حالة عدم الاتفاق على المقابل المالي للخلع، فإن القاضي له السلطة التقديرية في تحديده بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، ولقد ورد في هذا اجتهاد سابق للمجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) في القرار المؤرخ في:**22-05-1968** جاء فيه: " **من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، وليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناءً على الصداق المعجل وما ثبت لديهم من الظلم** ".

فهذا الاجتهاد يتماشى ورأي جمهور الفقهاء الذي يرى أن الخلع لا يسقط حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه باعتباره كالطلاق على مال.

المبحث الثاني: التفريق القضائي والشرعي

سبق وأن أشرنا إلى أنّ المشرّع الجزائري قصر طرق انحلال الرابطة الزوجية على الطلاق أو الوفاة وذلك ما أورده في المادة 47 من قانون الأسرة، وإذا كان الطلاق كما رأينا في المبحث الأول يقع اختياريا

1- الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير. ج4، ص 75-77

2- المرجع نفسه، ج2، ص 350

بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بالخلع فإنه يقع كذلك بحكم القاضي، وهذا ما أشارت إليه صراحة المادّتان **48** و**55** من نفس القانون، وبذلك يكون المشرع قد قصر التفريق القضائي على الطلاق فقط (في هاتين المادتين)، وهو الذي يوقعه القاضي بناءً على طلب أحد الزوجين عند تحقق الأسباب المقررة قانونا.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصّدد أنّ المشرع لم ينص صراحة على الفسخ باعتباره فرقة ينحلُّ بها عقد الزواج، وبذلك يكون قد أغفل النص على الفرق التي تعدُّ طلاقا، وتلك التي تعدُّ فسخا.

كما أن المشرع أغفل تنظيم جملة من المسائل الهامة التي يثيرها التفريق القضائي، وهو ما يستدعي بالضرورة الاجتهاد القضائي فيها طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، شأنها شأن مسائل التفريق الشرعي التي لم يرد النّص عليها.

وعليه سيتم تقسيم الدراسة في هذا المطلب على ثلاثة مطالب، نتناول في الأول الفرق التي تعدُّ فسخا وتلك التي تعدُّ طلاقا وضابط التفرقة بينهما في الفقه الإسلامي، ونستعرض في الثاني أهمّ مسائل التفريق القضائي المغفل تنظيمها في قانون الأسرة، والتي يرجع فيها القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ونتطرق في الثالث إلى مسائل التفريق الشرعي وفق ما هو مقرر فقها.

المطلب الأول: مسألة الفرق التي تعدُّ فسخا، والتي تعدُّ طلاقا، وضابط التفرقة بينهما:

لم يُفصّل قانون الأسرة في بيان الفُرق التي تعدُّ فسخا وتلك التي تعدُّ طلاقا، مقتصراً فقط على ذكر بعض حالات الفسخ في المادة **2/33** وهي إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو صداق، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول. وبعض حالات الطلاق في المواد:**48، 53، 54، 55.** ضف إلى ذلك أنّ المشرع لم يذكر الفسخ في معرض بيانه لطرق انحلال الزواج في المادة **47** من قانون الأسرة والتي قصرها على الطلاق والوفاة فقط. مما يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط الأحكام التي سيعتمد عليها القاضي في تأسيس وتسبيب أحكامه.

وقبل التطرق إلى الفُرق التي تعدُّ فسخاً والتي تعدُّ طلاقا وضابط التفرقة بينهما في الفقه الإسلامي تقتضي الدراسة أولاً التمييز بين الفسخ والطلاق. لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول فيهما ما يلي:

الفرع الأول: التمييز بين الفسخ والطلاق

يميز الفقهاء بين الفسخ والطلاق بالنظر إلى المعنى، والسبب المؤدي إلى كليهما، والأثر المترتب وذلك فيما يأتي:

أولا- التمييز بينهما من جهة المعنى:

الطلاق لغة: هو حل القيد مطلقا، وقيل الطلاق موضوع في الأصل للتخلية من القيد، وباقي المعاني متشعبة منه.

وفي الإصطلاح: فقد تم تعريفه بعدة تعاريف تتقارب كلها حول نفس المعنى، وهو" حل قيد النكاح بألفاظ مخصوصة كالطلاق وما يحلُّ محله من الألفاظ ".[1] وهو لا يكون إلا في زواج صحيح.

والفسخ في اللغة: هو النقض، ويقال: فسخ البيع: أي نقضه فانتقض.[2]

وفي الإصطلاح: هو حل ارتباط العقد.[3] ويكون الفسخ في الزواج الصحيح وغير الصحيح.

وتبعا لذلك تختلف حقيقة الطلاق عن حقيقة الفسخ، يقول الإمام محمد أبو زهرة: " إن حقيقة الطلاق توجب إنهاء الزواج وتقرير الحقوق السابقة، وهو لا يكون إلا في نكاح صحيح، وهو من آثاره التي قررها الشرع حتى لو عقدا عقد النكاح واشترطا فيه ألاّ يطلق الزوج زوجته كان الشرط لاغيا، لأنه شرط فاسد إذ هو مناف لمقتضى العقد.أما الفسخ فحقيقته أنه عارض يمنع بقاء النكاح، أو يكون تداركا لأمر اقترن بإنشاء العقد فجعله غير لازم وهذا الفسخ يكون لنقض العقد من أصله، ومثال الأول ردة أحد الزوجين، مثال الثاني الفسخ بخيار البلوغ ".[4]

ثانيا- التمييز بينهما من جهة السبب:

أسباب الطلاق غالبا ما تكون خفية **(أسرار زوجية)** وقد تكون خارجية، ومعظم حالات الطلاق تنشأ للأسباب التالية[5]:

1- ضعف الوازع الديني.

2- العقم.

3- تدخل الأقارب في الشؤون والعلاقات الزوجية.

4- الاختلاف بين الزوجين في المستوى الثقافي والاجتماعي.

5- الزواج بالإكراه من أشخاص لا رغبة فيهم.

1-ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص296

2- مختار الصحاح، المرجع السابق، مادة (ف.س.خ)، ص211

3- ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، ص402

4- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 277.

5- مبروك المصري، المرجع السابق، ص 44

6- الخيانة الزوجية.

7- عدم الانسجام الجنسي بين الزوجين.

8- زواج المصلحة.

أما الفسخ فأسبابه معلومة ظاهرة، بدلائل ملموسة وقرائن واضحة، وتنقسم أسبابه إلى قسمين:

1- أسباب تكون مقترنة بالعقد، كالفسخ بسبب خيار البلوغ، وكالعقد على المرأة البالغة الرشيدة بمن لا كفء لها مع عدم الرضا، وهذا يكون نقضا للعقد من أصله.

2- أسباب تكون طارئة على العقد بعد صحته ولزومه، ومثال ذلك: ردّة أحد الزوجين، أو اتصال أحدهما بفروع الآخر، وهو لا ينقض العقد من أصله.

ثالثا- التمييز بينهما من جهة الأثر:

يُميّز بين الطلاق والفسخ من جهة الأثر من خلال ما يأتي:

1- يُعدُّ الطلاق إنهاء لعقد الزواج بعد نشوءه صحيحا، أما الفسخ فقد يكون **نقضاً** لعقد الزواج لخلل رافق نشوءه أو عارض طرأ على الزواج فمنع بقاءه بعد أن نشأن صحيحا.[1]

2- إن الطلاق قد ينهي العلاقة الزوجية في الحال كما في الطلاق البائن، وقد ينهيها في المآل كما في الطلاق الرجعي، أما الفسخ فإنه يقطع العلاقة الزوجية في الحال.[2]

3- إن الطلاق قد يكون بائنا لا يملك الزوج الرجعة فيه، وقد يكون رجعيا يملك فيه حق مراجعة زوجته أثناء فترة العدة. أما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها.

4- الفرقة التي تعدُّ طلاقا تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج، فكل طلاق يقع صحيحا يحسب على الزوج، حتى إذا طلقها ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، بعد أن يطلقها أو يموت عنها. أما الفسخ فلا يعتبر من الطلقات الثلاث، أي لا ينقص العدد. فلو أن أحد الزوجين ارتد عن الإسلام، ثم تاب، ورجعا إلى الحياة الزوجية التي كانت قد انقطعت بسبب الردة، فإنما يعودان، والزوج يملك عدد الطلقات التي كان يملكها قبل الفسخ.[3]

5- إن الطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح، أما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح أو غير صحيح.

1- بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص18

2- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص168

3- مبروك المصري، المرجع السابق، ص45.

6- كل طلاق قبل الدخول يثبت به للمرأة نصف المسمى إذا كان، أو المتعة إذا لم يسم لها، وكل فسخ قبل الدخول لا يثبت به شيء من المهر أو المتعة.[1]

7- الطلاق ينحل به قيد النكاح في الحال أو المآل، وليس له أثر رجعي، أما الفسخ فقد يكون ذا أثر رجعي، ذلك أن الفسخ إما أن يكون سببه لأمر مرافق للعقد، فإنه يستند دائما إلى سببه الذي نشأ عنه فيكون الفسخ به حينئذ ذا أثر رجعي، حيث يرجع إلى وقت نشوء العقد، ويكون العقد كأنه لم يكن، وذلك مثل خيار الإفاقة أو البلوغ.

وإما أن يكون سببه طارئا بحيث يكون العقد قبله صحيحا لازما نافذا، فهذا لا يمتد أثره إلى وقت نشوء العقد، وإنما إلى وقت طروء سببه، إذا لم يكن الفسخ محتاجا إلى حكم القاضي، كردة أحد الزوجين، أما إذا كان الفسخ يقتضي حكم القاضي، فإنه أثره من وقت قضاء القاضي، لأن حكم القاضي هو السبب المباشر للفسخ في هذه الحالة.[2]

وهذه النقاط السبع تُبيّن لنا بجلاء مدى الحاجة إلى التمييز بين الطلاق والفسخ سيّما على مستوى العمل القضائي، حتى ينضبط الأمر انضباطا تاما.

الفرع الثاني: الفرق التي تعدُّ فسخا، والتي تعدُّ طلاقا، وضابط التفرقة بينهما في الفقه الإسلامي:

سيتم في هذا بيان ما يُعدُّ طلاقا وما يعدُّ فسخا في المذاهب الأربعة، وذلك فيما يأتي:

أولا- ما يعد طلاقا وما يعد فسخا عند الحنفية:

ضابط ما يتميز به الفسخ عن الطلاق عن أبي حنيفة ومحمد أن كل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تقوم من قبل الزوجة فهي طلاق مثل الفرقة بسبب الإيلاء، وكلُّ فرقة من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من قبل الزوج فهي فسخ مثل الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته، إلاّ أن أبا حنيفة خلافا لمحمد يعتبر الفرقة بسبب ردة الزوج فسخا، لأنه يرى أن الردة كالموت من حيث أن صاحبها مهدر الدم، فتشبه الفرقة بالموت والفرقة بالموت لا يمكن جعلها طلاقا.[3]

1- مبروك المصري، المرجع السابق، ص45.

2- مبروك المصري، المرجع نفسه، ص46

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص350

فقد جاء في الدر المختار: " ثم إن الفرقة إن من قبلها لا ينقص عدد طلاق، ولا يلحقها طلاق إلا في الردة، وإن من قبله فطلاق إلا بملك أو ردة أو خيار عتق، وليس لنا فرقة منه ولا مهر عليه إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق".[1]

فقوله: " **لا ينقص عدد طلاق ولا يلحقها طلاق**"، ظاهر فيما إذا كانت الفرقة من قبلها إنه لا يعد طلاقا، وهذا أثر من آثار الفسخ، فتعين أنه يقصد بذلك الفسخ.

وقد صنّف الكساني الحنفي في بدائع الصنائع الفرق التي تعد طلاقا والتي تعد فسخا،على النحو الآتي[2]:

1- الفرق التي تعدُّ طلاقا:

أ- الطلاق الصريح وكناياته.

ب- ردة الرجل عند محمد.

ج- الفرقة بلعان.

د- الفرقة بخيار العيب.

هـ- إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت الزوجة عند أبي حنيفة ومحمد.

2- الفرق التي تعدُّ فسخا:

أ- الفرقة بسبب فساد العقد.

ب- الفرقة بخيار العتق.

ج- التفريق لردة الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

د- التفريق بسبب طروء حرمة المصاهرة.

هـ- الفرقة بخيار البلوغ.

و- التفريق لعدم الكفاءة.

م- التفريق للغبن في المهر.

ن- إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته عند أبي يوسف.

ك- إباء الزوجة الإسلام إذا أسلم الزوج ولم تكن من أهل الكتاب.

ل- ردة الزوج.

1- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط1، 1987، ج2، ص 307

2- الكساني، أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع، المرجع السابق.

ثانيا- ما يعدُّ طلاقا وما يعد فسخا عند المالكية:

وضع المالكية ضابطا لتمييز الطلاق من الفسخ، يتمثل في السبب الموجب للفرقة، فإن كان راجعا إلى الزوجين فهو طلاق، أما إذا لم يكن راجعا لأحد الزوجين، بحيث لو أرادا الاستمرار على حياتهما الزوجية المشتركة لما جاز لهما ذلك كان هذا فسخا.[1]

وفي ذلك يقول ابن رشد الحفيد[2]: " واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث، وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين:

أحدهما: أن النكاح إذا كان فيه خلاف خارج عن مذهبه (أعني في جوازه) وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها، والمحرم، فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ. أما القول الثاني: أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للفرقة، فإن كان غير راجع إلى الزوجين، مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح، كان فسخا، مثل نكاح المحرمة بالرضاع، أو النكاح في العدة، وإن كان مما لهما أن يقيما عليه، مثل الرد بالعيب كان طلاقا ".[3]

يقول ابن القاسم[4]: " ألا ترى أن مما بين ذلك أن لو امرأة زوجت نفسها، فرفع ذلك إلى قاض يجيز ذلك، وهو رأي بعض أهل المشرق، فقضى به وأنفذه حين أجازه الولي، ثم أتى قاض ممن لا يجيزه، أكان يفسخه ؟ ولو فسخه لأخطأ في قضائه ".[5]

وتبعا لذلك نستطيع القول بأن ضابط التفريق عند المالكية هو: كل نكاح إذا أراد الأولياء وغيرهم أن يجيزوه جاز، فالفسخ فيه تطليقة، وكل نكاح إذا أراد الأولياء وغيرهم أن يجيزوه لم يجز، فالفسخ فيه ليس بتطليقة.

وعلى هذا تكون فرق الطلاق هي[6]:

1- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص78.

2- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي أبو الوليد الشهير بالحفيد برع في الفقه والأصول وعلم الكلام وتولى القضاء بقرطبة، ولد سنة 520 هـ وتوفي سنة 595 هـ، أنظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون، مكتبة دار التراث، د.ط، د. ت. ج2، ص 257 وما يليها.

3- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص60

4- ابن القاسم: أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم الففيه المالكي جمع بين الزهد والعلم وصحب مالكا عشرون سنة وعنه أخذ سحنون المدونة الكبرى، توفي سنة 191 هـ بمصر، أنظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون، مكتبة دار التراث، د.ط، د. ت. ج1، ص 465 وما يليها.

5- المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون عن ابن القاسم، مطبعة السعادة، ط1، 1323 هـ، ج2، ص 152

6- مبروك المصري، المرجع السابق، ص52-53

1- الطلاق صريحا أو بالكناية.

2- التفريق بسبب فساد العقد إذا كان العقد مختلفا فيه وكان الاختلاف مشهورا.

3- التفريق للعيب.

4- الإيلاء.

5- الإعسار عن النفقة أو الصداق.

6- التفريق بسبب الردة.

7- الخلع.

8- التفريق لعدم الكفاءة.

9- التفريق بسبب غيبة الزوج.

10- التفريق بسبب المضارة بين الزوجين.

أما فرق الفسخ، هي:

1- الفرقة بسبب فساد العقد إذا كان الفساد مجمعا عليه أو فيه خلاف وليس بمشهور.

2- بسبب حرمة الرضاع الطارئ.

3- الملاعنة.

4- السبي.

5- إسلام أحد الزوجين.

ثالثا- ما يعدُّ طلاقا وما يعد فسخا عند الشافعية:

وضع الشافعية قاعدة فيما يعد طلاقا وما يعد فسخا، وهي: كلُّ فرقة بين الزوجين يوقعها الزوج، أو من يقوم مقامه، كالوكيل، والمفوض، تعتبر طلاقا، وما عدا ذلك من الفرق فهي فسخ.

وفي ذلك يقول الإمام الشافعي رحمه الله :" **الفرقة بين الزوجين وجوه، يجمعها اسم الفرقة، ويفترق بها أسماء دون اسم الفرقة، فمنها الطلاق، والطلاق ما ابتدأه الزوج فأوقعه على امرأته بطلاق صريح، أو كلام يشبه الطلاق يريد به الطلاق، وكذلك ما جعل إلى امرأته من أمرها فطلقت نفسها، أو إلى غيرها فطلقها، لأنه بأمره وقع، وهذا كله إذا كان الطلاق فيه من الزوج أو ممن جعله إليه الزوج واحدة أو اثنتين، فالزوج يملك فيه رجعة المطلقة ما كانت في عدة منه... ثم قال الشافعي: قال: فما الوجوه التي ذكرت تكون بها الفرقة بين الزوجين ؟ فقلت له: كل ما حكم فيه بالفرقة، وإن لم ينطق بها الزوج،**

ولم يردها، وما لو أراد الزوج أن لا توقع عليه الفرقة، أوقعت، فهذه فرقة لا تسمى طلاقا، لأن الطلاق ليس من الزوج، وهو لم يقله، ولم يرضه، بل يريد ردَّه ولم يرد ".[1]

وقد بين الإمام السيوطي رحمه الله في الأشباه والنظائر، الفرق التي تعدُّ طلاقا، والتي تعدُّ فسخا، فقال: " **فرق النكاح أنواع فرقة طلاق وخلع وإيلاء وإعسار بمهر، وإعسار بنفقة، وفرقة الحكمين، وفرقة عتق تحت رقيق، وفرقة رضاع، وفرقة طروء محرمية، وفرقة سبي أحد الزوجين، وفرقة الإسلام، وفرق ردة، وفرقة لعان وفرق ملك أحد الزوجين، وفرقة جهل سبق أحد العاقدين، وفرقة فسق الشاهدين، وفرقة موت، وكلها فسخ إلا الطلاق، وفرقة الحكمين، والخلع على الجديد ".**[2]

رابعا- ما يعدُّ فسخا وما يعدُّ طلاقا عند الحنابلة:

يقول ابن قدامة: " **وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق، نص عليه الإمام أحمد، ولا أعلم فيه خلافا. قيل لأحمد لم لا يكون طلاقا ؟ قال لأن الطلاق ما تكلم به الرجل، ولأنها فرقة لاختيار المرأة، فكانت فسخا كالفسخ، لعنّه وعته ".**[3]

وتبعا لهذا القول تكون فرق الطلاق هي كل فرقة بسبب الطلاق، وهي ما كانت بألفاظ الطلاق الصريحة والكناية وتطليق القاضي إذا امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء. وتكون الفرقة فسخا في بقية الفرق كالخلع، إذا كان بغير لفظ الطلاق أو نيته، وردة أحد الزوجين، والفرقة للعيوب التي توجب الخيار، والإعسار عن الصداق أو النفقة، وإسلام أحد الزوجين، واللعان، والفرقة بسبب طروء المحرمية.[4]

المطلب الثاني: مسائل التفريق القضائي المغفل تنظيمها في قانون الأسرة الجزائري:

لم يهمل القانون حق الزوجة في خلاصها من العلاقة الزوجية إذا ما جلبت لها أضرار مادية أو معنوية بحيث تصبح لا تطيق معاشرة زوجها، وترى في استمرارها زيادة في البغض والكراهية، وهنا فتح لها القانون بابا لنوع من الطّلاق تنحلُّ به الرابطة الزوجية بطلب منها إذا أثبتت الضرر الحاصل لها من الزوج وهذا ما يسمى قانونا بالتّطليق والذي نصت على أسبابه المادة 53 من قانون الأسرة، كما لم يهمل المشرع حق أحد الزوجين في طلب الطلاق عند نشوز الآخر وهذا ما نصت عليه المادة **55** من نفس القانون.

1- الشافعي، الأم، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط2، 1983، ج5، ص126

2- السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 179

3- ابن قدامة المقدسي، المغني،ج7، ص 118

4- ابن قدامة المقدسي، المرجع نفسه، ص 118، 259.

وسواء كان التفريق القضائي بواسطة التطليق أو بواسطة الطلاق (في حال نشوز أحد الزوجين) فإنه يثير جملة من المسائل الهامة في الواقع العملي لم يرد النص عليها في قانون الأسرة، ما يقتضي بالضرورة الاجتهاد فيها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذه المسائل ستكون موضوع دراستنا في هذا المبحث ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق

نص المشرع في المادة **1/53** من قانون الأسرة على ما يلي: " **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.**"

فهذا النص لم يحدّد المدّة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة لاستعمال حقّها في طلب التطليق ولم يفرّق بين حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته على ذلك، وحالة امتناعه عن الإنفاق لعدم قدرته على ذلك، كما أن هذا النص لم يبيّن ما إذا كان يمكن للزوج أن يُرجعَ زوجته بعد الحكم بالتطليق لعدم الإنفاق؟

والقضاء في هذه المسائل يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة، وما تجب الإشارة إليه في هذا الصّدد أنّ التطليق لعدم الإنفاق ليس إجماعا بين الفقهاء.

وعليه سيتم في هذا المطلب تناول مسألتان هما الأجل في التطليق لعدم الإنفاق، ونوع الفرقة بسبب العجز عن النفقة، وقبل ذلك نستعرض آراء الفقهاء وأدلتهم في مسألة التفريق لعدم الإنفاق، وموقف القانون منها وذلك فيما يأتي:

أولا- آراء الفقهاء وأدلتهم في مسألة التفريق لعدم الإنفاق:

للفقهاء رأيان في مسألة التفريق لعدم الإنفاق: رأي الحنفية، ورأي الجمهور

1- رأي الحنفية:

لا يجوز في مذهب الحنفية التفريق لعدم الإنفاق، لأن الزوج إما معسر أو موسر، فإن كان معسرا فلا ظلم منه بعدم الإنفاق، وإن كان موسرا فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبرا عنه للإنفاق على زوجته، وحبسه لإرغامه على الإنفاق.[1] أو الاستدانة عليه

1- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 489.

حيث بيّن فقهاء الحنفية في هذا الشأن " **أن من أعسر بنفقة امرأته، لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه**"، كما جاء في صاحب الفتاوى الهندية ما يلي:" **لا يفرق بعجزه عن نفقة وتؤمر بالاستدانة عليه.**"

واستدلوا فقهاء الحنفية بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق بما يلي:

– قوله تعالى: ﴿ **وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ** ﴾[1] فهذه الآية تضع قاعدة عامة لكل من أعسر، فالزوج إذا أعسر فهو مدين بالنفقة والله يأمر بالنظر إلى ميسرة.

– أنه لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مكّن امرأة قط من الفسخ بسبب إعسار زوجها، ولا أعلمها بأن الفسخ حق لها. ويجاب بأن التفريق بسبب الإعسار مرهون بطلب المرأة، ولم تطلب الصحابيات التفريق.[2]

– أن الشارع الحكيم لم يكلّف الزوج على الإنفاق إذا لم يقدر عليه، ولم يجز التطليق بسبب العجز عن الإنفاق إذا لم يقدر عليه، فقد الله تعالى: ﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا** ﴾[3]

2– رأي جمهور الفقهاء:

أجاز الأئمة الثلاثة وهم مالك والشافعي وأحمد بن حنبل التفريق لعدم الإنفاق.

يقول الدردير[4] وهو من فقهاء المالكية:" **إذ عجز الزوج عن نفقة حاضرة لا ماضية، بمعنى أنّ لها طلب الفسخ ورفعه إلى القاضي، لا أن توقع الفسخ هي، لأن الفرقة تطليق من القاضي**".

ويقول فقهاء الشافعية:" **إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته، فإن صبرت صارت دينا عليه، وإن لم يفرضها القاضي، وإذا لم تصبر فلها الفسخ على الأظهر**".[5]

ومنه ما يراه ابن قدامى الحنبلي بقوله:" **إن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ما ينفقه، فالمرأة مخيّرة بين الصبر عليه و بين فراقه**". [6]

وقد استند الجمهور في إجازة التفريق لعدم الإنفاق إلى الأدلة الآتية:

1– سورة البقرة، الآية 280.

2– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 489.

3– سورة الطلاق، الآية:07

4– الدردير أحمد بن محمد ، الشرح الكبير، المرجع السابق،ج2، ص 51

5– ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، ج7، ص583.

6– الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص442

– قوله تعالى: ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[1] وليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع عن الإنفاق عليها.

– قوله تعالى: ﴿ **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ**﴾[2] وإمساك المرأة بدون إنفاق عليها إضرار بها.

– قوله صلى الله عليه وسلم : " **لا ضرر ولا ضرار**" [3] والإمساك مع عدم الإنفاق فيه ضرر، وعلى القاضي أن يزيل الضرر بفك عقدة النكاح التي أصبحت ضررا لا مصلحة فيها.

– يقول الشافعي: إن من حق الزوجة على زوجها أن يعولها، ومن حقه أن يستمتع بها، فاحتمل إذا لم يجد ما ينفق أن تخير المرأة بين المُقام معه أو فراقه، فإن اختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق.[4]

– كتب عمر رضي الله عنه إلى أمراء الأجناد، في رجال غابوا عن نسائهم، يأمرهم أن يخبروهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا.[5]

– إن القاضي يفرّق بين الرجل و زوجته إذا ثبت لديه عيب من العيوب التي تتصل بالقربان والمباشرة من جبّ، وخصاء وعُنّة للظلم في بقائها معه على هذا الحال، والظلم يكون أشدّ إذا أبقاها مع عدم إنفاقه عليها، ولذلك كان التفريق لعدم الإنفاق ألزم من التفريق لعدم القربان.

والراجح من الآراء الفقهية – المتقدّم بيانها– عند الكثير من الباحثين هو رأي الجمهور لقوة أدلتهم، ودفعا للضرر عن المرأة فلا ضرر ولا ضرر في الإسلام. وهذا ما أخذت به جلُّ التشريعات العربية بما فيها قانون الأسرة الجزائري، حيث أجازت التطليق لعدم الإنفاق آخذة ذلك من مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل.

ثانيا– موقف القانون من الآراء الفقهية:

أجاز المشرع التطليق لعدم الإنفاق في المادة **1/53** من قانون الأسرة، آخذا ذلك – من حيث المبدأ– من مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد بن حنبل، وضمّنها الشروط الآتية:

– صدور حكم قضائي يلزم الزوج بدفع النفقة في حال امتناعه عن أداء النفقة الزوجية عمدا.

1– سورة البقرة، من الآية 229

2– سورة البقرة: من الآية 231

3– رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما عن أبي سعيد الخدري وابن عباس

4– الإمام الشافعي، **الأم**، ج5، دار العلوم للملايين، ط 1983، ص 91.

5– البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج7، ص 469.

– ألاّ يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، لأن الزوج لا يخلو من أن يكون موسرا أو معسرا فإن كان معسرا فلا ظلم منه بعدم الإنفاق لأن العسر بيد الله، فلا يطلّق عليه القاضي للعسر، أما إذا كان موسرا و له مال ظاهر، وادّعى العجز، فالأمر يختلف ويجب على المحكمة النظر فيه.[1]

– ألاّ تكون الزوجة عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج، فإن كانت عالمة بحالته المالية سقط حقّها في التطليق لعدم الإنفاق بسبب رضائها بحاله، ويقع عبء الإثبات هنا على عاتق الزوج بكافة وسائل الإثبات، لكن قد تدّعي الزوجة تغرير الزوج أثناء الخطبة والزواج بأن تظاهر بالغنى وهو فقير، وأنّ عسره عمدي وجاء بعد زواجهما، فإن أثبتت ذلك، طلّق عليه القاضي في الحال.

ونضيف إلى تلك الشروط شرطا رابعا مفاده أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، فلا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخله وقدرته حيث تعجزه عن تلبيتها.[2]

إن التطبيق السليم للمادة 1/53 من قانون الأسرة يقتضي بالضرورة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لتحديد المقصود من الاعسار وهل يعدّ سببا للتطليق ؟ فالزوج لا يكون ممتنعا عن النفقة إذا كان معسرا، ولا يطلق عليه القاضي للعسر، إذ العسر بيد الله، وهنا على القاضي أن يمهله مدة مناسبة استثنائية لقوله تعالى: ﴿ **اللَّهُ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَيَقْدِرُ لَهُ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ** ﴾[3] وأيضا لقوله تعالى: ﴿ **وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ** ﴾.[4] لأن الزوج في هذه الحالة ليس ظالما حتى يطلق عليه القاضي، وقال في هذا الصدد الإمام مالك رحمه الله:" **إن بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره، وبعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائز شرعا، ويسقط حقها في طلب التطليق.**" [5]

1– إن تطليق الزوجة لعدم الإنفاق و الحكم لها به دون يمين يعدُّ مخالفا للقانون، أنظر: المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار مؤرخ في:27–11–1989، المجلة القضائية لسنة 1992، ص 51.

2– عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، 96

3– سورة العنكبوت، الآية: 67

4– سورة البقرة، الآية 280.

5– الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص413.

ثالثا- مسألة الأجل في التطليق لعدم الإنفاق:

لم يرد النّص في قانون الأسرة على المدّة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة لاستعمال حقّها في طلب التطليق، وإنما جرى القضاء على العمل بها توافقا مع نص المادة **331** من قانون العقوبات المتعلق بجريمة الامتناع عن النفقة.

إن هذا الإجراء الذي اعتمده القضاء كشرط للحكم بالتطليق يتعارض مع المبدأ العام لدعوى التطليق لعدم الإنفاق، وهو رفع الضرر الواقع على الزوجة بسبب امتناع زوجها عن الإنفاق عليها قصدا أو لإعساره حيث تقوم الزوجة برفع دعوى قضائية ضد زوجها تطالبه فيها بالنفقة، وتتحمل عبء إثبات عدم إنفاق زوجها عليها، ثم تستصدر حكما قضائيا نهائيا يلزم الزوج بأداء النفقة، ثم تسعى إلى تنفيذه بواسطة المحضر القضائي، لتنتظر بعد ذلك انقضاء مهلة الشهرين التي يبدأ حسابها من تاريخ انقضاء مهلة 15 يوما المحددة في التكليف بالوفاء، ليتأكد امتناع الزوج عن النفقة، ثم تشرع بعد ذلك في رفع دعوى قضائية جديدة للمطالبة بالتطليق، وما توجبه كل مرحلة من إجراءات قضائية وإدارية مرهقة، ولعلّ الاطلاع على الدعاوى المرفوعة أمام القضاء في هذا الشأن تكشف عن درجة حيف هذا الإجراء القانوني.

وزيادة على ما ذكر من مآخذ على نص المادة **1/53** من قانون الأسرة، فإن ما اشترط فيه من إجراءات للإثبات ليس له أثر كبير في الواقع، إذ لا يمكن تصور أن الزوج الذي امتنع عن النفقة سوف يلتزم بحكم المحكمة سواء كان امتناعه عن قصد الإضرار بها أو لعسر أصابه، ففي كلتا الحالتين فإن حكم القاضي بإلزام الزوج بالنفقة على زوجته لن يغيّر من وضعيتها شيئا، فالزوج إن كان متعمدا في عدم الإنفاق فلن يزيده رفع الزوجة لمثل هذه الدعوى إلا تعنّتا واصراراً على موقفه، أما إن كان معسراً حقاً فإلزامه بالنفقة لا جدوى منه ما دام الإعسار قائما.[1]

وفي توجيه لمسلك القانون والقضاء في مسألة تحديد المدّة اللازمة لعدم الإنفاق كمبرر لطلب التطليق ذهبت المحكمة العليا إلى القول بأن ذلك تقرير لما نص عليه أحد فقهاء المالكية، وهو ابن عاصم، حيث جاء في قرارها المؤرخ في:**09-11-1984** ما يلي:" **متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبرّرا لطلبها التطليق عن زوجها. وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم، بقوله: (الزوج إن عجز عن إنفاق**

1- حجاري محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 157

لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثله)، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية. إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا نافذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن". [1]

إنّ هذا القرار فصل في مسألة فقهية مهمة تتعلق بتحديد مدة عدم الإنفاق اللازمة لطلب التطليق، حيث حدّدها بما يزيد عن الشهرين مبيّنا أن مستنده في ذلك ما نص عليه الفقيه المالكي ابن عاصم، مقررا أن القضاء بما يخالف ذلك يعدُّ خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

وهذا بلا شك حمل لكلام الفقيه المالكي على غير المقصود منه، ذلك أن التوجيه الصحيح لما ذكره ابن عاصم المالكي ألا يطلّق على الزوج في الحين وإنما يؤجّل وينظر مدّة حدّدها البعض بشهرين، والصحيح في المذهب أن لا توقيت في ذلك وإنما يترك الأمر لتقدير القاضي حسب كل قضية، وظروف كل زوج، فإن انتهى الأجل ولم يلتزم الزوج بالإنفاق، فرّق القاضي بين الزوجين، ولا يحكم بذلك إلا إذا كانت النفقة مستحقة للزوجة بأن كانت غير ناشز، وغير ذلك من شروط وجوب النفقة، وفي ضوء ذلك ينبغي أن يفهم الفقه المالكي.[2] لكن لا يمكن في كل الأحوال أن تتجاوز هذه المدّة سنة لأنّها الحد الأقصى لطلب التطليق بالنسبة لزوجة الغائب.[3]

وإذا كانت مقتضيات العدل تقتضى أن تقدّر النفقة بحال الزوجين يسارا وإعسارا وأخذ ظروف الزوج بعين الاعتبار، فإنها تقتضي أيضا عدم إثقال عبء الزوجة بإجراءات قضائية طويلة ومعقدة. ولن يتأتى ذلك إلا بالاكتفاء بدعوى واحدة فقط تقدّم فيها الزوجة ما يثبت ادعائها من الأدلة الشرعية بعدم الإنفاق، والرجوع إلى ما قرره الفقه المالكي للتحقق من ذلك.[4]

ولا يفوتنا التنبيه إلى مسألة مهمة لم يشر إليها قانون الأسرة، ولم نعثر على موقف القضاء- مع أنها مسألة فقهية عملية – وهي أن الزوج إذا لم يكن له مال ظاهر، وادّعى الإعسار ولم يثبته، أو لم يقل أنه

1- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في:09-11-1984، ملف رقم:34791، المجلة القضائية 1989، العدد 3، ص 76.

2- حجاري محمد، المرجع السابق، ص157.

3- نصت المادة 5/53 من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

4- حجاري محمد، المرجع نفسه، ص 157.

موسر أو معسر، ولكنه أصرّ على عدم الإنفاق، فلفقهاء المالكية قولان: قول بأن للقاضي تطليقها في الحين وقول آخر بأن يؤجل مدّة يسجن فيها لعلّه يعود للإنفاق، فالنص جاء خلواً عن بيان موقفه من هذه المسألة وما يتعلق بكل حالة من أحكام، وهو ما يقتضي الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي لتكملة النص باعتباره مصدر التشريع في هذه المسألة، وهو ما يتطلب اجتهادا قضائيا من ذلك، لبيان الفروق، وسدّا للفراغ التشريعي، وتوحيدا للقضاء، ودرئا للتعارض والخلاف.

رابعا- مسألة نوع الفرقة التي تقع بسبب العجز عن النفقة:

خلافا لما قرره الفقه المالكي من أن كل طلاق يوقعه القاضي يكون بائنا، فإن الفرقة عندهم بسبب العجز عن النفقة لعسر الزوج طلاق رجعي، حيث يمكن للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة إذا تحقق شرطين:

- **الأول:** أن يتحقق يسر الزوج ويثبت ذلك أمام القاضي، و يعتبر في إثبات اليسار ما يعتبر ابتداء في النكاح، أي أنه إذا كانت الزوجة غنية فلا تصحُّ الرجعة إلا إذا قدر على نفقة الغنى، لأن الطلقة التي يوقعها القاضي إنما تكون لأجل الضرر الذي يصيبها نتيجة فقره، فلا يمكن الرجعة إلاّ إذا زال الموجب في التفريق، وهو الإعسار، لأن الحكم يدور مع العلة.

- **الثاني:** أن ينفق عليها فعلا، لأنه إذا أثبت يساره فقد وجبت عليه نفقة العدة، ووجب دفعها لها، لأن المطلقة طلاقا رجعيا لها نفقة العدّة، وإن لم يراجعها، أما البائن فليس لها نفقة العدة.[1]

فهذه المسألة لم يتناولها المشرع في قانون الأسرة، مما يستوجب قضاءً الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما هو مقرر في الفقه المالكي، لاستنباط حكمها، طالما أن مصدر التطليق لعدم الإنفاق الوارد في نص المادة 1/53 من قانون الأسرة هو المذهب المالكي، لذلك يتعين على القاضي في هذا المجال أن يصف حكم التطليق الذي يوقعه بسبب عدم الإنفاق، **بالرّجعي** لتمكين الزوج من استعمال حقه في الرّجعة ما دامت زوجته في العدة، وهو بهذا يكون قد اتخذ من المذهب المالكي مرجعية أصلية في قضائه إذ أنّ حق الرّجعة هنا ليس مطلقا، بل يشترط فيه إثبات يسار الزوج بدفع ما قضى به الحكم عليه من دفع وهو بهذا يظهر استعداده للإنفاق على زوجته.[2]

1- الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، المرجع السابق، ص746.

2- محمد سمارة، **شرح قانون الاحوال الشخصية المقارن**- أحكام وآثار الزوجية-، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ط 2002، ص 320.

الفرع الثاني: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

نصت المادة **2/53** من قانون الأسرة على أنه: " **يجوز للزوجة طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج** ". فهذا النص لم يحدّد هذه العيوب ولم يبيّن الأنواع التي يقصد، فقد تضمّن عبارة عامّة فضفاضة دون ذكر لعيب، أو اثنين، أو ثلاث، ولو على سبيل المثال. وفي نظرنا حسن ما فعل لأن العيوب أو العلل والأمراض ووصفها الفقهي، التي تحول دون تحقّق الهدف من الزواج كثيرة و متنوعة ومن الصّعب جدا حصرها أو تحديدها، لذلك فإنّ المرجع في تحديد المقصود بهذه العيوب، وأنواعها، وشروط التفريق بسببها هو أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة.

أولا- المقصود بالعيوب وأقسامها وآراء الفقهاء في التفريق بسببها:

ويقصد بالعيوب تلك العلل والأمراض التي تصيب الجهاز التناسلي لأحد الزوجين وتحول دون ممارسة العلاقة الجنسية، أو الأمراض الخطيرة أو المنفرّة التي تصيب أحد الزوجين والتي لا يمكن المُقام معها إلا بضرر.[1]

وتنقسم العيوب من حيث المنع من الدخول وعدمه إلى قسمين:

1- عيوب جنسية تمنع من الدخول كالجَبّ والعُنّة والخصاء في الرجل، والرّتَق والقَرَن في المرأة.

2- عيوب لا تمنع من الدخول، ولكنها أمراض منفّرة بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر كالجذام والجنون والبرص والسلّ والزهري.

وتنقسم العيوب من الزوجين إلى أقسام ثلاثة:

1- ما يختص بالرجل من داء الفرج: وهو **الجبّ** (قطع الذكر) و**العُنّة** (العجز عن الجماع بسبب صغر الذكر ونحوه) و**الخصاء** (استئصال أو قطع الخصيتين) و**الاعتراض** وهو حالة الرجل الذي لا يقدر على الوطء لعارض كمرض أو كبر.

2- ما يختص بالمرأة من داء الفرج: وهو **الرَّتَق** (كون الفرج مسدودا ملتصقا بلحم من أصل الخلقة لا مسلك للذكر فيه)، و**القَرَن** (عظم أو غدّة تمنع ولوج الذكر) و**العفَل** (رغوة تمنع لذة الوطء) **وبخر الفرج** (رائحة منتنة تثور في الوطء) و**الإفضاء** أو انخراق ما بين السبيلين القبل والدبر من المرأة.

1- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص491.

3- ما يشترك فيه الرجال والنساء: وهو **الجنون** و**الجذام** و**البرص**، و**استطلاق بول**، و**استطلاق غائط**، و**باسور** (نتوء ظاهر في المقعدة كالعدس أو الحمص) و**ناسور** (نتوء داخل المقعدة أو قروح غائرة في المقعدة يسيل منها صديد).

ولقد أفاض فقهاء الشريعة في الكلام عن التفريق للعيب، فذهب بعضهم إلى منع ذلك مطلقا وقالوا لا يجوز التفريق بين الزوجين لأي عيب أو مرض سواء كان في الزوج أم في الزوجة.[1]

وذهب جمهور الفقهاء إلى جواز ذلك غير أنهم اختلفوا في أمرين:

أحدهما: فيمن يثبت له الحق في طلب التفريق، فقال أكثرهم وهم: المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية وآخرون أن هذا الحق يثبت للزوج والزوجة على حدّ سواء[2] وذهب بعضهم كالحنفية إلى أن هذا الحق يثبت للزوجة وحدها لأن الرجل يملك حق الطلاق.[3]

ثانيهما: في تحديد الأمراض التي تجيز طلب التفريق، فما اتفقوا عليه هو أن الزوج إذا أصيب أو الخصاء أو العنة فإن من حق الزوجة أن تطلب التفريق، واختلفوا في الجذام والبرص والجنون وأمراض أخرى، فذهب أكثرهم إلى جواز التفريق بسببها، وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم جوازه بسببها.[4]

ثانيا- شروط التفريق بالعيب:

اشترط الفقهاء شرطين لثبوت الحق في طلب التفريق بالعيب وهما:[5]

- ألاّ يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد أو قبله، فإن علم به قبل العقد، أو أثناء الزواج، لم يحق له طلب التفريق، لأن قبوله التعاقد مع علمه بالعيب رضا منه بالعيب.
- ألاّ يرضى بالعيب بعد العقد حال إطلاعه عليه، فإن كان طالب التفريق جاهلا بالعيب، ثم علم به بعد إبرام العقد ورضي به، سقط حقه في طلب التفريق.

ولقد أخذ القضاء الجزائري بهذين الشرطين في تطبيقاته للعيب المبرّر لطلب التطليق، حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 09-02-1996 ما يلي: " **يسقط حق الزوجة في طلب التطليق بسبب**

1- ابن حزم الأندلسي، المحلى، المرجع السابق، ج10، ص 58- 62. الشوكاني، نيل الأوطار، ص177

2- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج2، ص 55.

3- الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص 128

4- المرغيناني، الهداية، ج2، ص 27.

5- وهبة الوحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 497-498.

العيوب إذا علمت بها قبل العقد ورضيت بها، كما أن سكوت الزوج عن عيوبه أو إخفائها لها تجعل القاضي يستجيب لطلبها دون تأجيل ".[1]

ثالثا- العيب الحاصل بعد الزواج:

وهي مسألة لم ينص القانون على حكمها، ولم نجد لها تطبيقا قضائيا في قرارات المحكمة العليا أما في الفقه الإسلامي، فإنه إذا كان العيب قديما موجودا قبل الزواج، فلا خلاف بين أئمة المذاهب الأربعة في جواز التفريق بسببه بالشروط السابقة.

أما إذا حدث العيب بأحد الزوجين، فقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق على النحو الآتي[2]:

قال الحنفية: إذا جُنّ الرجل أو أصبح عنينا بعد الزواج، وكان قد دخل بالمرأة، ولو مرة واحدة، لا يحق لها طلب الفسخ لسقوط حقها بالمرة الواحدة قضاءً، وما زاد عليه فهو مستحق ديانة لا قضاءً.

وفرّق **المالكية** بين عيب الزوج وبين عيب الزوجة، فقالوا: إن كان العيب بالزوجة فليس للزوج الخيار أو طلب التفريق بهذا العيب، لأنه مصيبة نزلت به، وعيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد فأشبهَ العيب الحادث بالمبيع. وإن كان العيب الحادث بالزوج، فللزوجة الحق في طلب التفريق إن كان العيب جنونا أو جذاما أو برصا لشدّة التأذي بها، وعدم الصبر عليها، وليس لها الحق في طلب التفريق بالعيوب التناسلية الأخرى من جبّ أو عنّة أو خصاء.

وأطلق **الشافعية والحنابلة** القول بجواز التفريق بالعيب الحادث بعد الزواج كالعيب القائم قبله، لحصول الضرر به كالعيب المقارن للعقد، ولأنه لا خلاص للمرأة إلا بطلب التفريق بخلاف الرجل. لكن استثنى الشافعية طروء العنّة بعد الدخول، فإنها لا تجيز طلب الفسخ لحصول مقصود النكاح، واستيفائها حقها منه بمرة واحدة.

رابعا- نوع الفرقة بسبب العيب:

للفقهاء رأيان[3] في الفرقة الحاصلة بسبب العيب:

قال **الحنفية والمالكية:** هذه الفرقة **طلاق بائن** ينقص عدد الطلقات، لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج إذ يعدّ القاضي طلّقها بنفسه، ولأن الفرقة بعد زواج صحيح، والفرقة بعد زواج صحيح عند المالكية

1- المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار مؤرخ في:09-02-1996، المجلة الجزائرية، ص 220.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 498.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 499.

تكون طلاقا لا فسخا. وقد جُعل الطلاق بائنا في هذه الفرقة لرفع الضرر عن المرأة، إذ لو جاز للزوج مراجعتها قبل انقضاء العدّة، عاد الضرر ثانيا.

وقال **الشافعية والحنابلة:** الفرقة بالعيب **فسخ** لا طلاق، والفسخ لا ينقص عدد الطلقات، وللزوج إعادة الزوجة بنكاح جديد بولي وشاهدي عدل ومهر، لأنها فرقة من جهة الزوجة إما بطلبها التفريق أو بسبب عيب فيها، والفرقة إذا كانت من جهة من الزوجة تكون فسخا لا طلاقا.

خامسا- تطبيقات العيب المبرر للتطليق في القضاء الجزائري:

بعد تفحص قرارات المحكمة العليا الصادرة في قضايا التطليق للعيب لمسنا بعض التطبيقات القضائية للعيب المبرّر للتطليق، نستعرض أهمّها فيما يأتي:

1- التطليق بسبب عقم الزوج:

وهذه المسألة تناولها قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 06-02-1999 المتضمّن ما يلي:" **من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا. ومتى تبين - في قضية الحال- أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.**" [1]

يظهر من القرار أن المحكمة العليا توسّعت في تحديد العيب الموجب للفرقة نظرا للوصف أو الضابط الذي اعتمده المشرع في المادة 04 من قانون الأسرة [2] حيث قضت في هذا القرار بأن عقم الزوج يجيز للزوجة طلب التطليق لتضررها من عدم الإنجاب مسبّبة ذلك بأن المعاشرة الزوجية كانت طويلة وهذا ما يحول دون تحقيق الهدف من الزواج. فهذا التسبيب مستمدٌّ من غاية عقد الزواج، وهي الحياة المشتركة والنّسل، وهذه الغاية تخصُّ طرفي العقد، وهما الزوج والزوجة، فإذا كان الزوج يريد استمرار نسله فإن الزوجة لها غريزة الأمومة وهي بحاجة إلى إرضاء، وعليه فإذا لم يحقق العقد غايته أو جزءا منها فإن من الحق أن يكون كل من الزوجين في حلّ من أمره، ولا إشكال بالنسبة للزوج إذا كانت الزوجة عقيمة لأن

1- المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار مؤرخ في:06-02-1999، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 119.

2- حيث نصت على أنه: الزوج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

بإمكانه التزوج من أخرى، أما إذا كان الزوج عقيما وأرادت الزوجة أن تنجب ولدا فلا طريق أمامها سوى طلب التفريق، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المذكور أعلاه.

لكن نخشى أن يفتح ذلك الضابط سلطة تقديرية واسعة للقاضي على أساس معيار موضوعي، وهو هل العيب يحول أم لا دون تحقيق الهدف من الزواج، وهو أمر نرى أنه يحتاج إلى اجتهاد قضائي رصين يبحث المسألة من مختلف الجوانب بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، محدّدا المقصود بالعقم وشروط التفريق به.

والمقصود بالعقم الموجب للتفريق في نظر في بعض الفقهاء هو العقم الذي لا يرجى شفاؤه، ولا فرق بين أن يكون الزوج عقيما ابتداء أو أصيب بالعقم بعد الزواج، فللزوجة في الحالتين حق طلب التفريق شريطة ألا يكون لها ولد منه على قيد الحياة.[1] لذلك فإننا نرى أنه يجب في التطليق بسبب العقم توافر الشروط الآتية:

- أن تقدّم الزوجة طلبا للقضاء.
- ألاّ يكون العقم قابلا للشفاء.
- ألاّ يكون لها ولد منه على قيد الحياة إذا كان العقم طارئا.
- ألاّ تكون الزوجة قد علمت بالعقم ورضيت به.
- ألاّ تكون هي عقيمة أيضا.

2- التطليق لعجز الزوج عن مباشرة زوجته:

وهذه المسألة تناولها القرار المؤرخ في:19-11-1984 مقرّرا ما يلي : " **متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي – وعلى ما جرى به القضاء- أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعدُّ خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تنفيذ الحكم القاضي بها، فإن هؤلاء**

1- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 215.

القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن." [1]

لقد تعرّض هذا القرار لمسألة مهمّة لم يرد نصا عليها في قانون الأسرة، وهي مسألة المدّة التي تنتظرها الزوجة بعد مرض زوجها بالعُنّة لطلب التطليق، لذلك فإن قضاء النقض نظر في المسألة معتمدا على أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة، وقرّر قاعدة مقررة في الفقه الإسلامي مفادها أنه إذا كان الزوج مريضا بالعُنّة أو بأي مرض آخر في جهازه التناسلي وأدّى ذلك إلى عجزه الجنسي فإنه يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانبه وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم لها بالتطليق. فهذا يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء القائل بأن الفرقة بالعيب تحتاج إلى حكم القاضي وإدعاء صاحب المصلحة، وأن العنّين والخصي يؤجله القاضي سنة لاحتمال أن تثبت قدرته على الجماع في أثناء السنة على مرور الفصول، والتأجيل سنة مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهما. وتبدأ السنة عند الشافعية والمالكية من وقت القضاء بالتأجيل عملا بقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي رواه الشافعي والبيهقي، أما عند الحنفية والحنابلة فإن السنة تبدأ من تاريخ الخصومة.[2] ومنه فإن ميعاد السنة وتاريخ بدايتها المعتمد في القرار أعلاه مستنبط من الفقه الشافعي والمالكي عملا بقضاء عمر رضي الله عنه.

وبالنظر إلى ما تضمنه القرار أعلاه وما اعتمده من مرجعية فقهية فإنه يمكن استخلاص ما يلي:

– للزوجة الحق في طلب التطليق إذا أصيب زوجها بالعُنّة أو بأي مرض آخر في جهازه التناسلي مسبّبا له العجز الجنسي.

– عدم الفرق بين أن تكون هذه الأمراض والعلل موجودة قبل العقد أو حادثة بعده.

– وجوب إثبات عدم إمكان الشفاء بتقرير خبرة طبية مختصة ومعتمدة قضائيا.

– التفرقة بين عُنّة سببها عضوي، وعُنّة سببها نفسي، ففي الحالة الأولى يحكم القاضي بالتطليق بمجرد ثبوت عدم إمكان الشفاء بالتقرير المشار إليه، أما في الحالة الثانية يؤجل التفريق لمدّة سنة وعلى الزوجة المقام مع زوجها وتمكينه من نفسها أملا في شفائه.

1– المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار مؤرخ في:19–11–1984، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 03، ص 73.

2– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 496

3- العلم بالعيوب قبل العقد والرضا بها يسقط الحق في طلب التطليق:

هذه المسألة تناولها قضاة المحكمة العليا في القرار المؤرخ في: 09-02-1996 ومفادها أنه: **يسقط حق الزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب إذا علمت بها قبل العقد ورضيت بها، كما أن سكوت الزوج عن عيوبه أو إخفائها لها تجعل القاضي يستجيب لطلبها دون تأجيل.**[1]

واستمد قضاة المحكمة العليا حكم هذه المسألة من الفقه الإسلامي الذي وضع شرطان للتفريق بالعيب أوّلهما ألاّ يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد أو قبله، وثانيهما ألاّ يرضى بالعيب بعد العقد حال إطلاعه عليه. فإنه بمفهوم المخالفة إذا لم يتحقق أحد الشرطان فإنه يسقط الحق في طلب التفريق، وهذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا في القرار أعلاه.

4- إثبات العيب:

تطرّق قضاة المحكمة العليا لمسألة إثبات العيب في القرار المؤرخ في:14-05-1984 أين اشترطوا للحكم بالتطليق إثبات عجز الزوج عن ممارسة العلاقة الجنسية، حيث جاء في القرار ما يلي: " **من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها. ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدُّ خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية. ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وامتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون.**" [2]

وفي نفس السياق أكّد قضاة النقض إلزامية إثبات الضرر الخطير أو المستمر لقبول طلب التّطليق في القرار المؤرخ في:17-12-1984، ولا شكّ أن العيب يعدُّ ضررا خطيرا ومستمرا يصيبُ الزوجة، لذلك وجب إثباته للحكم لها بالتطليق، وهذا ما استخلصناه من ذلك القرار المتضمّن ما يلي: " **من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلاّ بعد أن تثبت الضرر الخطير أو المستمر الذي لحقها من بعلها، ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدُّ خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية** ".[3]

1- المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار مؤرخ في:09-02-1996، المجلة الجزائرية، ص 220.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:14-05-1984، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 02، ص 73.

3- المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار مؤرخ في:17-12-1984، المجلة القضائية، 1990، عدد 01، ص 92.

أمّا فيما يخص وسائل إثبات العيب فإن القرار المؤرخ في: 28-12-1967 والصادر عن مجلس قضاء تلمسان ذكر بعضا منها على سبيل المثال، حيث جاء فيه ما يلي: " **إذا رفعت الزوجة دعوى تطليق زوجها فإنه يمكن للمحكمة أن تتأكد من وجود ما تدّعيه من عيوب بواسطة الخبرة أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار مثلا** ".[1]

الفرع الثالث: التطليق للضرر المعتبر شرعا.

نص المشرع في المادة **10/53** من قانون الأسرة على أنه:" **يجوز للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.**" فالمشرع في هذا النص لم يتقيّد بضرر معيّن، وترك المجال واسعا لسلطة القاضي في تقدير هذا الضرر في مثل هذه القضايا، إذ لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره.[2]

وعلى مستوى العمل القضائي جاءت عدة تطبيقات قضائية للضرر المعتبر شرعا، منها ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:**25-02-1985**، ملف رقم:35891: " **من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلّق جبرا على زوجها، إلاّ إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، ولا يعدُّ عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعدُّ خرقا للقواعد الشرعية. وعليه يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة، إذا ما تأسّس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها.**[3]

كما قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:**20-05-1985**، ملف رقم:36414 بما يلي:" **من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين، ولحق الزوجة من ذلك ضرر بيّن، واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلاّ بفك الرابطة الزوجية. ومن ثمّ فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو التناقض في الأسباب، ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، في غير محلّه يستوجب رفضه. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن النزاع بين الطرفين طال أمده، وبقي كل منهما مصرّا على موقفه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليما، وغير**

1- مجلس قضاء تلمسان، قرار مؤرخ في:28-12-1967، المجلة الجزائرية، 1968، عدد4، ص1213 نقلا عن: تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 103.

2- المحكمة العليا،غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:05-03-1986، ملف رقم: 41703 غير منشور.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:25-02-1985، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 80.

مشوب بالقصور أو التناقض في الأسباب، وغير مخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية أو لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن." [1]

وجاء في قرارها المؤرخ في:**13-01-1986**، ملف رقم:**39025** الآتي:" **إن التعدّي على الزوجة وإهانتها، ومسّ كرامتها، بصفة صيّرت علاقتها الزوجية أمر مستحيلا، هي أسباب كافية لتبرير تطليقها والمصادقة على الحكم المعاد."** [2]

ومن تطبيقات الضرر المعتبر شرعا ما جاء في القرار المؤرخ في:**13-01-1986** الصادر في الملف رقم:**39390**: " **حيث أن إسكان الزوجة بعيدا عن أقارب زوجها هو حق من حقوقها، وإن تمادى هذا الأخير في رفض طلب توفيره لها، فلا مجال لإجبارها على العودة إلى السّكن الذي يسكنه، وخاصة مع الضرّة، ولو لم يثبت الضرر لها بمشاجرة ونحوها. وحيث أن الطاعن ينادي بإرجاع المطعون ضدها في سكنى تجمعهما مع ضرّتها، وهو أمر رفضته هذه. ومع هذا الاختلاف فلا سبيل لحل سوى ما سلكه القرار المطعون فيه، فإسكان الزوجة منفردة واجب لها كواجب النفقة، وإن لم تقبل البقاء مع زوجها وطلبت التطليق للضرر أُجيبت له، والقرار المطعون فيه إذ اعتبر تمادي الزوج في الرفض المذكور مضرّاً بالزوجة ولها الحق في التطليق بسببه هو على صواب."** [3]

وأيضا ما جاء في القرار المؤرخ في:05-05-1986 ملف رقم:40429 والمتضمّن ما يلي:

" أنّ تصريح الطاعن أمام الحاضرين بأنه لم يجد زوجته بكرا، ومع ذلك يحتفظ بها، دليل على أنها لم تكن كذلك، وأن القصد هو تلطيخ سمعتها والطّعن في شرفها لا غير. ومن ثمّ فالحكم بتطليقها هو الجزاء الشرعي في القضية ممّا أصابها من ضرر وموافقة المجلس على الحكم هو ما تقرّره القواعد الشرعية ". [4]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:20-05-1985، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 02، ص 58.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:13-01-1986، ملف رقم:39025 (غير منشور)، نقلا عن: العربي بلحاج **الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى**، دار هومة، 2018، ص 245.

3- المحكمة العليا، غ.أ. ش، ملف رقم:39390 (غير منشور) نقلا عن: العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة، المرجع السابق، ص 246.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:05-05-1986 ملف رقم:40429، نشرة القضاة، عدد 04، ص 79.

ومنه كذلك، ما ورد في **تسبيب** القرار المؤرخ في:**05-05-1986**، ملف رقم:40934 : " **حيث أنه يتضح من الرجوع إلى القرار المطعون فيه، أنّ القضاة ركّزوا حكمهم في إصدار التطليق على الضرر الذي جاء نتيجة حكم جزائي صدر ضدّ الطاعن في:23-11-1982. غير أنّهم لم ينظروا إلى الحكم المذكور ولم يوجبوا إحضاره أمامهم حتى يستنبطوا مدى خطورة الضرب المؤدّي إلى الضرر البيّن الذي تستحق به الزوجة التطليق، وهل كان الضرب من قبيل التأديب أي الضرب غير المبرح الذي قال به الفقه. وحيث عدم إرفاق ملف الطعن بالحكم المذكور من جانب المطعون ضدها التي أُمرت بإحضاره، يجعل الضرب المعوّل عليه غير ثابت من حيث خطورته، مما يستحيل على المحكمة العليا أن تمارس حق رقابتها كما ينبغي، وعليه فإن القرار المطعون فيه، جاء مشوبا بالقصور، مما يستوجب نقضه**".[1]

وقضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: **24-09-1996**، ملف رقم: 139353 بما يأتي: " **من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي، والزوجة تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون**".[2]

وتضمّن القرار المؤرخ في:**23-01-2001**، ملف رقم:258555 ما يلي:" **من المقرر شرعا وقانونا، أن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا، والتي تستوجب التطليق، دون اشتراط صدور حكم جزائي.**" [3]

حيث يتبيّن من التّطبيقات القضائية للضرر المعتبر شرعا أن هذا الأخير له مفهوم واسع، إذ عرّفه بعض الفقهاء بأنه: " **إلحاق مفسدة بالغير مطلقا**"، ويعرّف عند بعض الفقهاء المعاصرين بأنه: " **ما يترتب على الفعل من نقص يلحق الإنسان في نفسه أو دينه أو عرضه أو ماله** ".[4]

وتضمين المشرع نص المادة **53 فقرة 10** بعبارة **كل ضرر معتبر شرعا** أمرا حسنا، لأن ما يعتبر فيه ضرر للزوجة قد لا يكون بالنسبة إلى غيرها، ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية لم تحدّد أنواعا معيّنة من الضرر. وعليه فإنه يجوز للزوجة التي تدّعي أن زوجها قام بعمل تجاهها سبّب لها ضررا، أو فيه إهانة

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم:40934 (غير منشور) نقلا عن: العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 247.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:24-09-1996، **م.ق** 1997، عدد 2، ص 66.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم:258555، **م. ق** 2002، عدد 02، ص 417.

4- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 194.

لها أن تقوم برفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة، تطلب فيها الحكم بتطليقها دفعا للضرر الذي حلّ بها ويقع على عاتقها بصفتها مدّعية إثبات الضرر بكافة وسائل الإثبات القانونية الممكنة، بأن تقدّم للقاضي كل الحجج والأدلة المثبتة لذلك، وعلى القاضي أن يقدّر بعناية واهتمام الضرر المدّعى به متّخذا أحكام الشريعة الإسلامية مرجعا في ذلك طبقا للمادة **888** من قانون الأسرة.

إنّ قضاء المحكمة العليا في القرارات أعلاه يجمع كلّه على تطليق الزوجة للضرر المعتبر شرعا في صوره المختلفة ومؤدّاه في ذلك أن تطليق الزوجة للضرر مبدأ واضح المعالم في أحكام الشريعة الإسلامية ومنها استمدّ مختلف تطبيقاته للضرر وبالأخصّ من المذهب المالكي الذي انفرد بشكل واسع في مسألة التطليق للضرر بتفصيلات واسعة، حيث يعطي الحق لأحد الزوجين في رفع أمره للقاضي إثر كل نزاع زوجي عجز عن إصلاحه بنفسه، أو إثر أي ضرر أصابه من زوجه، بشكل يعطي للحياة الزوجية التعادل والتكافؤ بين طرفيها، بحيث لا تطغى سلطة الرجل على سلطة المرأة ولا سلطة المرأة على سلطة الرجل، فإذا اشتكى أحد الزوجين من صاحبه ضررا، ورفع أمره إلى القاضي، فإن أثبت الضرر منه وطلب البقاء مع زوجه، زجر القاضي الزوج الآخر وضرّره بما فيه الفائدة، أما إذا طلب الفراق فعلى القاضي أن يفرق بينهما ولا حدّ للضرر، بل يخضع لتقدير القاضي، بأن يبحث عن معياره الموضوعي في ملف الدعوى ومستنداتها، ويحقّق في دواعيه والمتسبب فيه.[1]

هناك مسألة مهمة تتعلق بالتفريق للضرر، وهي هل يكفي في التفريق للضرر إثبات مضارة الزوج مرة واحدة أم يشترط تكرار الضرر؟ فالقانون الجزائري جاء خلوا عن بيان القول الختار في المسألة، ولم نعثر على حكم قضائي في ذلك، فيكون العمل بالمشهور في مذهب مالك باعتباره المصدر للنص في المسألة فيرجع إليه في تفسير النص، وفي تفصيل مجمله.[2]

وللمالكية في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: الاكتفاء بثبوت الضرر ولو لمرّة واحدة في إعطاء المرأة حق الخيار بالطلاق، وهذا هو مشهور المذهب. حيث قال الإمام الخرشي: المشهور أنه يثبت للزوجة الخيار فإن شاءت أقامت على هذه الحال، وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة لخبر لا ضرر و لا ضرار، ومن الضرر قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه عنها، وضربها ضربا مؤلما.[3]

1- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 123.

2- حجاري محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات، المرجع السابق، ص 162

3- الخرشي علي، **مختصر سيدي خليل**، دار صادر، بيروت، لبنان، د. ط، د. ت، ج3، ص 49

وعليه ووفقا لمشهور المذهب، فإن الزوجة إذا ادّعت أن زوجها يضربها، أو يشتمها، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها ولا يستطيع معها دوام العشرة، أو يقطع كلامها، أو يحول وجهه عنها، أو يهجرها في الفراش، أو يؤثر امرأة عليها في الكلام، أو يتفرغ للعبادة، وطلبت التفريق لهذا الضرر، فإن ثبت الضرر ولو مرة واحدة طلقها القاضي من زوجها طلقة بائنة.

أما ما تعلق بكمية الضرر، فإن المشهور في المذهب المالكي يستند لقول الإمام مالك رحمه الله: " **ليس عندنا في كمية الضرر و كثرته شيء معروف**". [1]

القول الثاني: ضرورة تكرار الضرر للمطالبة بحق التطليق.[2]

القول الثالث: وهو قول وسط في المسألة مؤدّاه إن كان الضرر فاحشا فيوجب الخيار، ولو من غير تكرار، بخلاف ما إذا كان خفيفا لغير تأديبها فإنه لا يوجبه بالمرة الواحدة، إذ لا يكاد يسلم منه الأزواج.[3]

فهل يسوغ العمل بغير المشهور في المذهب باشتراط تكرار الضرر لما فيه من مراعاة لمصلحة الزوجة المتضررة الطالبة للفرقة، وفي بقاء العلاقة الزوجية، لأن الضرر الناتج عن بعض الشقاق لا يكاد يخلو منه بيت من البيوت، ولو أجبنا الفرقة بالضرر لمجرد وقوعه مرة واحدة لسارعنا في هدم أسر الأولى بنا حفظها وإصلاحها.[4] ذلك أن المصلحة العامة، وهي بلا شك مقدّمة على المصلحة الخاصة، تقتضي أن نتوقّع في الحياة الزوجية كثيراً من الهفوات، لذلك فإن الأمر يقتضي أن لا يعمل القاضي على حلّها لأول هفوة تصدر من الزوج إلاّ إذا تكرر الضرر وتكاثر، مع محاولة إزالته بطرق معالجة نشوز الزوج.

الفرع الرابع: التفريق للحبس.

لم تنص المادة **53** من قانون الأسرة على مسألة التفريق للحبس، ونعتقد أن **فقرتها الرابعة**[5] لم تعتبر الغياب للحبس أو للسجن كمبرّر للتفريق، وإنما اتّجهت إلى اعتبار الأسباب التي لأجلها حبس أو سجن الزوج بغض النظر عن مدة الحبس.[6]

1- الخرشي علي، المرجع السابق، ص 49. حاشية الدسوقي، ج2، ص 345

2- الخرشي علي، المرجع نفسه، ص 49.

3- حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 345

4- حجاري محمد، المرجع السابق، ص 163

5- يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

6- لقد كانت هذه الفقرة قبل التعديل تشترط أن تكون العقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة.

ولم تبيّن هذه الفقرة مقدار العقوبة المقيّدة لحرية الزوج وليس هذا فحسب، بل ينبغي أن تكون الجريمة تؤثر على سمعة الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية معه، لذلك فإنه لا يحكم القاضي بالتفريق لمجرد عقوبة الحبس، بل لا بدّ أن تتمسك الزوجة بطلب التطليق بالإضافة إلى إثباتها أن الجريمة مسّت بكيان الأسرة والسمعة والشرف.[1]

لكن بالنظر إلى **الفقرة العاشرة** من هذه المادة، والتي أجازت للزوجة طلب التطليق للضرر المعتبر شرعا يمكن أن نتساءل هل يجوز للزوجة طلب التطليق للضرر لكون زوجها مسجون؟

هذه المسألة فصل فيها قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: **03-07-2002**، ملف رقم:273544 حيث جاء فيه ما يلي: " **إن الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التطليق للضرر لكون زوجها مسجون يعد حكما سليما ولا يخضع هذا الأمر لقبول الزوج أو حضوره** ".[2]

يبدوا أن المحكمة العليا اتجهت في قرارها هذا إلى اعتبار سجن الزوج من الأضرار المعتبرة شرعا التي تجيز للزوجة طلب التطليق بسببها، لأن الحبس والسجن قد يضرّان بالزوجة ماديا ومعنويا وخصوصا إذا طالت مدّته، حتى وإن ترك لها مالا تنفق منه.

وللفقهاء رأيان في المسألة[3]:

قال جمهور الفقهاء غير المالكية بعدم جواز التفريق لحبس الزوج أو أسره أو اعتقاله، لعدم وجود دليل شرعي بذلك، ولا تعدُّ غيبة المسجون ونحوه عند الحنابلة غيبة بعذر.

أما المالكية فأجازوا طلب التفريق للغيبة سنة فأكثر، سواء أكانت بعذر أم بدون عذر، والمعيار في ذلك هو الضرر المادي والمعنوي معا.

وعليه يتبيّن أن مرجع ومستند قضاء المحكمة العليا في القرار أعلاه هو الفقه المالكي الذي أجاز التفريق لحبس أو سجن الزوج، لكن بشرط أن تكون مدة الحبس سنة فأكثر، وهذا ما لم يشترطه القرار أعلاه، لذلك ينبغي أن يفهم الفقه المالكي ويرجع إليه في مسألة التفريق للحبس أو السجن، وهو ما يتطلب اجتهادا قضائيا سدّا للفراغ وتوحيدا للقضاء.

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 199

2- سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، ط1، 2014، الجزء 2، ص 665.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 510

الفرع الخامس: التفريق للغيبة

نصت المادة **53** من قانون الأسرة في **فقرتها الخامسة** على جواز طلب التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، فهذا النص قصر المسألة على الغياب غير المبرر وليس هذا فحسب بل ينبغي أن يكون هذا الغياب مصحوبا بعدم الإنفاق، أي أنه ربط بين الموضوعين معا، وهو ما يدعو للتساؤل حول مدى جواز طلب التطليق للغيبة بدون عذر فقط ؟

فالغياب غير المبرر للزوج يعني أنه قد تعمّد الإضرار بها، وهذا السبب كاف وحده لطلب التطليق بغضّ النظر عن عدم الإنفاق، إذ لا ضرورة للنص عليه أصلا لأن الفقرة الخامسة من المادة **53** السالفة الذكر نصّت عليه، ولعلّ المشرع حينما نص عليه قصد الإضرار المزدوج في صورته المادية والمعنوية.[1]

ولمعرفة مدى جواز طلب التطليق للغيبة بدون عذر فقط وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي لاستنباط الحكم المناسب طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، وآراء الفقهاء في المسألة نستعرضها فيما يأتي:

للفقهاء رأيان في التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته، وتضرّرت من غيبته، وخشيت على نفسها الفتنة:

قال الحنفية والشافعية: ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها، وإن طالت غيبته، لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولأن سبب التفريق لم يتحقق، فإن كان موضعه معلوما بعث الحاكم لحاكم بلده، فيلزم بدفع النفقة.

ورأى المالكية والحنابلة جواز التفريق للغيبة إذا طالت، وتضررت الزوجة بها، ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب، لأن الزوجة تتضرر من الغيبة ضررا بالغا، والضرر يدفع بقدر الإمكان لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار".

لكن اختلف هؤلاء في نوع الغيبة ومدتها وفي التفريق حالا، وفي نوع الفرقة[2]:

ففي رأي المالكية: لا فرق في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر كطلب العلم والتجارة أم بغير عذر، وجعلوا حدّ الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المتعمّد، ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولا، وينذره إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة، ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوما، ويكون الطلاق بائنا، لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق.

1- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 201.

2- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 509.

وفي رأي الحنابلة: تجوز الفرقة للغيبة إلا إذا كانت لعذر، وحدُّ الغيبة ستة أشهر فأكثر عملا بتوقيت عمر رضي الله عنه في مغازيهم، ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه، والفرقة تكون فسخا لا طلاقا، فلا تنقص عدد الطلقات لأنها فرقة من جهة الزوجة في نظرهم.

وبعد استعراض آراء الفقهاء في مسألة التفريق للغيبة يظهر لنا ترجيح رأي المالكية لأنه مبني على أساس المصلحة المرسلة[1] والتي هي أحد مصادر التشريع الإسلامي، لذلك فالمطلوب من المحكمة العليا ترشيد النص القانوني والتخفيف من غلوائه بالعمل برأي المالكية باعتباره المصدر للنص في المسألة، وليس في ذلك تجاوز للنص وإنما حمل بروح النص وتحقيقا لمقاصده.

المطلب الثالث: التفريق بحكم الشرع

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى ثلاثة أنواع من التفريق يحصل بحكم الشّرع وهي: التفريق للإيلاء والتفريق للظهار، والتّفريق بسبب اللّعان، وهذه التفريقات سنتكلّم عنها في هذا المطلب ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: التفريق للإيلاء

لم يتعرض قانون الأسرة للإيلاء كطريق من طرق إنحلال الزواج، وهو ما يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإستنباط أهم أحكامه، لذلك سنتناول في هذا الفرع التعريف بالإيلاء لغة وفقها (أولا)، ثم شروطه (ثانيا)، وآثاره (ثالثا) وذلك فيما يأتي:

أولا- التعريف بالإيلاء لغة وفقها:

الإيلاء لغة: الحلف، وهو يمين، وكان هو والظهار طلاقا في الجاهلية، وكان يستخدمه العرب بقصد الإضرار بالزوجة عن طريق الحلف بترك قربانها السنة فأكثر.[2]

أما الإيلاء فقها:

فعرّفه **الحنفية** بأنه: " الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته أو بنذر أو تعليق طلاق على ترك قربان زوجته مدة مخصوصة. فلا يصح إيلاء الصبي والمجنون، ويصحُّ عندهم إيلاء الكافر، لأنه من أهل الطلاق."[3]

1- ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج2، ص 57.

2- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 511

3- الدر المختار، ج2، ص 749. البدائع، ج3، ص 161

وعرّفه **المالكية** بأنه:" حلف زوج مسلم مكلف ممكن الوطء بما يدلُّ على ترك وطء زوجته غير المرضع أكثر من أربعة أشهر، سواء أكان الحلف بالله أم بصفة من صفاته ".[1] فوفقا لهذا التعريف الإيلاء يختص عند المالكية بالزوج المسلم لا الكافر، وبالمكلف البالغ العاقل لا الصبي والمجنون، وبالممكن وطؤه ولو سكرانا، لا المجبوب والخصي، والشيخ الفاني، فلا ينعقد لهؤلاء إيلاء، كما لا إيلاء من المرضع، ولا إيلاء فيما دون أربعة أشهر.[2]

وعرّفه **الشافعية** بأنه: " حلف زوج يصحُّ طلاقه على الامتناع من وطء زوجته مطلقا، أو فوق أربعة أشهر، سواء أكان حلفا بالله أم بصفة من صفاته، أم باليمين بالطلاق، أم بنذر ".[3]

وعرّفه **الحنابلة** بأنه:" حلف زوج يمكنه الجماع، بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها، ولو كان الحلف قبل الدخول مطلقا أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها ".[4] فلا يصح إيلاء عنين ومجبوب لعدم إمكان الجماع، ولا الحلف بالطلاق ونحوه ولا بنذر.

فالإيلاء هو أن يحلف الزوج بأن لا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر أو أكثر أو يعلق على قربانها أمرا فيه مشقة على النفس.[5]

والإيلاء إساءة إلى الزوجة وإيذاء لها، والأصل في الإيلاء قوله تعالى: ﴿ **لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾[6].

فهذه الآية تدلُّ بوضوح على أن الفرقة تحصل بين الزوجين فيما إذا لم يفيء إليها دفعا للظلم عن الزوجة، لأنها تكون كالمعلقة فلا هي زوجة، ولا هي مطلقة.

وكما قلنا سابقا أن القانون لم ينص صراحة على الإيلاء، إلا أن هناك من يعتقد أن الفقرة الثالثة من المادة **53** من **ق.أ.ج** تقصد الإيلاء، أي الهجر المصحوب بالقسم والذي إذا طالت مدته قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة، ولذلك حدّد النص القرآني وكذا النص القانوني مدة أربعة أشهر تنتظرها الزوجة قبل اللجوء إلى طلب الطلاق.[7]

1- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ص511.

2- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 512.

3- الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 343.

4- ابن قدامة، المغني، ج7، ص 315.

5- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 226

6- سورة البقرة، الآيتين:226-227

7- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 197.

وسبب هذا التّفسير أن هناك نوعين من الهجر منصوص عليهما في القرآن الكريم:

الأول: جاء بغرض التأديب لقوله تعالى: ﴿ **واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** ﴾ [1] وهذا النوع من الهجر غير محدد المدة.

الثاني: جاء بغرض الإيلاء وهو الهجر المصحوب بالقسم، بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر، وهو المشار إليه في قوله تعالى: ﴿ **لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾[2].

ثانيا- شروط الإيلاء:

شروط الإيلاء عند الحنفية[3] ستة، وهي ما يأتي :

1- محلية المرأة بكونها زوجة، ولو حكمة كالمعتدة من طلاق رجعي، وقت تنجيز الإيلاء، فإن كانت المرأة بائنة من زوجها بثلاث أو بلفظ بائن لم يصح الإيلاء منها.

2- وأهلية الزوج للطلاق : فصح إيلاء الذمي بغير ما هو قربة محضة من نحو حج وصوم. وفائدة تصحيح إيلاء الذمي، وإن لم تلزمه الكفارة بالحنث : هي وقوع الطلاق بترك قربان المرأة في مدة الإيلاء.

3- ألا يقيد بمكان : لأنه يمكن قربان المرأة في غيره.

4- ألا يجمع بين الزوجة وغيرها كأجنبية ؛ لأنه يمكنه قربان امرأته وحدها بلا لزوم شيء .

5- أن يكون المنع من القربان فقط.

6- ترك الفيء أي الجماع في المدة المقررة وهي أربعة أشهر؛ لأن الله تعالى جعل عزم الطلاق شرطا لوقوعه بقوله: (وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) [البقرة: 2/ 228] وكلمة (إن) للشرط، وعزم الطلاق: ترك الفيء في المدة ودليلهم على أن المدة هي أربعة أشهر: الفيئة تكون في مدة الأربعة أشهر، لا بعدها.

وذكر الحنابلة وبقية المذاهب أربعة شروط للإيلاء نذكرها فيما يأتي[4]:

1- أن يحلف الزوج بالله عز وجل أو بصفة من صفاته مثل الرحمان ورب العالمين ألاّ يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر أو يحلف عند المالكية والشافعية والحنفية على ترك الوطء بطلاق أو عتاق أو نذر صدقة

1- سورة البقرة، الآية 224.

2- سورة البقرة، الآيتين:226-227

3- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 516. ابن عابدين، رد المحتار، ج2، ص 750.

4- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 518.

المال أو الحج أو الظهار، لما قال ابن عباس: ((كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء)) ولأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ، ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف، فيكون مولياً لتحقق المنع باليمين، وهو ذكر الشرط والجزاء.

ولا يكون الحلف بالطلاق والعتاق إيلاء على الرواية المشهورة عند الحنابلة، لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم، بدليل قراءة أبيّ وابن عباس: ((للذين يقسمون)) مكان(يؤلون) وفسر ابن عباس: (يؤلون) بقوله: (يحلفون بالله) والتعليق بشرط ليس بقسم، فلا يكون إيلاء، وإنما يسمى حلفاً تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى. ولا إيلاء أيضاً عند الحنابلة إن حلف على ترك الوطء بنذر أو صدقة مال أو حج أو ظهار أو تحريم مباح ونحوه، فلا يكون الزوج مولياً لأنه لم يحلف بالله تعالى ، فأشبه ما لو حلف بالكعبة.

2- أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر لأن الله تعالى جعل للحالف تربص أو انتظار أربعة أشهر، فإذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها فلا معنى للتربص لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك أو مع انقضائه، فدلَّ على أنه لا يصير بما دون تلك المدة مولياً، ولأن الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون أربعة أشهر ، بدليل ما روي عن عمرτأنه سأل: «كم تصبر المرأة عن الزوج؟ فقيل : شهرين وفي الثالث: يقلُّ الصبر، وفي الرابع: ينفدُ الصبر» فإذا نفد صبرها طالبت، فلا بد من الزيادة على ذلك، ويكفي زيادة لحظة.

3- أن يحلف الزوج على ترك الوطء في القبل (أو الفرج): فإن ترك الوطء بغير يمين ولا قصد إضرار، لم يكن مولياً لظاهر الآية: (**لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ**)[البقرة : 227/2] وإن قال: لا وطئتك في الدبر، لم يكن مولياً لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه، ولا تتضرر المرأة بتركه، وإنما هو وطء محرم، وقد أكد منع نفسه منه بيمينه. وكذا إن قال : (والله ، لا وطئتك دون الفرج) لم يكن مولياً، لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب في الفيئة، ولا ضرر على المرأة في تركه.

4- أن يكون المحلوف عليها امرأته، لقوله تعالى:(**لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ**) [البقرة: **8/ 885**] ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه، فلا يكون مولياً منها، كالأجنبية. وإن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها، لم يكن مولياً ؛ لأنه إذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً الإضرار، فأشبه الممتنع بغير يمين.

ويصح الإيلاء بالاتفاق من المطلقة الرجعية في العدة؛ لأنها في حكم الزوجة يلحقها الطلاق، فيلحقها الإيلاء. ولا يصح من المطلقة البائنة، لانقطاع الزوجية.

ويصح الإيلاء من كل زوجة، مسلمة كانت أو ذمية، حرة كانت أو أمة، لعموم قوله سبحانه : ﴿ **لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ** ۖ ﴾ [البقرة: **8/ 882**] ولأن كل واحدة منهن زوجة، فصح الإيلاء منها كالحرة المسلمة.

ويصح الإيلاء قبل الدخول وبعده، لعموم الآية، ولتوافر المعنى؛ لأنه ممتنع من جماع زوجته بيمينه، فأشبه ما بعد الدخول. ويصح الإيلاء من المجنونة والصغيرة إلا أنه لا يطالب بالفيئة في الصغر والجنون لأنهما ليسا من أهل المطالبة.

ولا يصح الإيلاء من الرتقاء والقرناء، لأن الوطء متعذر دائما، فلم تنعقد اليمين على تركه، كما لو حلف عى ألا يصعد السماء.

أما الحالف فشرطه أن يكون زوجاً عاقلاً بالغاً قادراً على الوطء، ومسلماً عند المالكية فلا يصح إيلاء غير الزوج، ولا إيلاء الصبي والمجنون؛ لأن القلم مرفوع عنهما وليسا مكلفين، ولا إيلاء المجبوب والأشل، للعجز عن الوطء وتعذره منه قبل اليمين، ولا تتضرر المرأة بيمينه، ويصح عند الحنفية والشافعية والحنابلة إيلاء المسلم والكافر والحر والعبد، والسليم والخصي، والمريض الذي يرجى برؤه، والمحبوس والسكران، لقدرتهم على الوطء، فصح من كل منهم الامتناع عنه ولعموم آية الإيلاء، ولا يصح الإيلاء عند المالكية من الكافر لأنه ليس أهلا للكفارة عن اليمين، ولأنه ليس أهلا للمغفرة والرحمة بالفيئة المصرح عنها في الآية:(**فَإِنْ فَاءُوفَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**) [البقرة : **882/8**] فإن الكافر لا تحصل له مغفرة ولا رحمة بالفيئة.

ويصح الإيلاء في حال الرضا والغضب، فلا يشترط في الإيلاء كونه في حال الغضب، ولا قصد الإضرار، لعموم آية الإيلاء، ولأن الإيلاء كالطلاق والظهار وسائر الأيمان، سواء في الغضب والرضا، ولأن حكم اليمين في الكفارة وغيرها سواء في الغضب والرضا، فكذلك في الإيلاء.

ثالثا– آثار الإيلاء:

يترتب على الإيلاء التفريق، لكن اختلف الفقهاء في كيفية التفريق بسبب الإيلاء على أمرين:

الأول: أن الفيء عند **الجمهور**: يكون قبل مضي المدة، ويكون بعدها، وعند **الحنفية:** الفيء يكون قبل مضي المدة. وعليه إن حصل الفيء قبل مضي المدة زال الإيلاء ولزم الحانث كفارة اليمين بالاتفاق، وإن لم يحصل الفيء بعد مضي المدة، رفعت الزوجة الأمر للقاضي، والقاضي يخيّر الزوج بين أمرين هما:

الفيء أو الطلاق، فإن فعل، وإلاّ طلق عليه القاضي، ويكون الطلاق رجعيا لا بائنا، وعند الحنفية: الطلاق بائن.[1]

الثاني: أن الطلاق عند **الجمهور** لا يقع بمجرد مضي المدة، وإنما يقع بتطليق الزوج، أو القاضي إذا رفعت الزوجة الأمر إليه.

ويرى **الحنفية:** أنه بمجرد مضي مدة الأربعة الأشهر، تطلق الزوجة طلقة بائنة.

وسبب الخلاف: تفسير المقصود من قوله تعالى: ﴿ **فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾[2]. المعنى عند الحنفية: فإن فاؤوا في هذه الأشهر، فإن الله غفور رحيم لما أقدموا عليه من الحلف على الإضرار بالزوجة، وإن لم يفيئوا في هذه الأشهر، واستمروا في أيمانهم، كان ذلك عزما منهم على الطلاق، ويقع الطلاق بحكم الشرع، فتكون النتيجة إذا مضت الأربعة أشهر بدون فيئة، وقع الطلاق.

والمعنى عند الجمهور: للذين يحلفون يمين الإيلاء انتظار أربعة أشهر، فإن فاؤوا بعد مضي المدة، فإن الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين وعزم الظلم للمرأة، وإن عزموا الطلاق بعد انقضاء المدة، فإن الله سميع لطلاقهم، عليم بما يصدر عنهم من خير أو شر، فيجازيهم عليه. والنتيجة أن مضي الأجل لا يقع به طلاق، وإنما يعرض الأمر على القاضي، فإما فاء وإما طلق.

الحنفية نظروا لقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ** ﴾ بترك الفيئة، والجمهور نظروا لقوله تعالى: ﴿ **فَإِن فَاءُوا**﴾ بعد انقضاء المدة. والراجح لدى رأي الجمهور إذ لو وقع الطلاق بانقضاء المدة، لما كان هناك حاجة إلى العزم عليه بعد وقوعه، ولأن في إعطاء المهلة للرجل لمراجعة نفسه وإدراك خطئه، خيراً من إيقاع الطلاق وإنهاء الزواج.

الفرع الثاني: التفريق للظهار

لم يتعرض قانون الأسرة للظهار كطريق من طرق إنحلال الزواج، وهو ما يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإستنباط أهم أحكامه، لذلك سنتناول في هذا الفرع التعريف بالظهار لغة وفقها وحكمه الشرعي (أولا)، ثم شروطه (ثانيا)، وأثره وأحكامه (ثالثا) وذلك فيما يأتي:

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 527.

2- سورة البقرة، الآية:227

أولا- تعريف الظهار لغة وفقها وحكمه الشرعي:

1- **الظهار لغة:** مصدر مأخوذ من الظهر، مشتق من قول الرجل إذا ظاهر امرأته : (أنت علي كظهر أمي)، وكان طلاقا في الجاهلية، ويقال: كانوا في الجاهلية إذا كره أحدهم امرأته، ولم يرد أن تتزوج بغيره آلى منها أو ظاهر، فتبقى لا ذات زوج ولا خلية عن الأزواج تستطيع أن تنكح غير زوجها الأول، فغيّر الشارع حكمه إلى تحريم الزوجة بعد العود (العزم على الوطء) ولزوم الكفارة.

2- **الظهار شرعا:**" تشبيه الرّجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد، أوبجزء منها يحرم عليه النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ، كأن يقول لها: أنت علي كظهر أمي أو أختي، أو بحذف كلمة (علي)".

وتعريفات فقهاء المذاهب للظهار متقاربة، نذكرها فيما يأتي:

عرَّفه **الحنفية** بقولهم: " **تشبيه المسلم زوجته أو ما يعبّر به عنها من أعضائها، أو جزءاً شائعاً منها بمحرمة عليه تأبيداً** ".[1] فلا ظهار لذمّي عندهم، ويشمل الظهار الزوجة الكتابية والصغيرة والمجنونة، ويمكن تشبيه الزوجة أو ما يعبر به عنها كالرأس والرقبة، أو تشبيهه جزءاً شائعاً من الزوجة كقوله: نصفك ونحوه. والمشبّه به إما جملة القريبة المحرم مثل : أنت علي كأمي، أو عضو يحرم النظر إليه من أعضاء محرمة عليه نسباً أو مصاهرة أو رضاعاً كالظهر وغيره. وإنما خصّ هذا اليمين باسم الظهار تغليبا للظهر، لأنه كان الأصل في استعمالهم. فلو شبه زوجته بمن تحرم عليه مؤقتاً لم يكن ظهاراً مثل: أنت علي كظهر أختك أو عمّتك، فإن الأخت والعمّة تحرمان حرمة مؤقتة.

وعرَّفه **المالكية** بقولهم: " **الظهار تشبيه المسلم المكلف من تحل من زوجة أو أمة أو جزأها بمحرَّمة عليه أو بظهر أجنبية، وإن تعليقا أو مقيداً بوقت** ".[2] فلا ظهار عندهم لكافر، ولا لصبي ومجنون ومكره ويتحقق الظهار بتشبيه الزوجة بمحرمة عليه، كأن يقول لها: أنت أمي أو جزء منها كيدها ورجلها، والظهار وفقا لهذا التعريف تشبيه الزوجة بالمحرمة عليه أصالة، أو المحرّمة عليه وقت اليمين مثل ظهر أجنبية. والظهار المعلق بشرط عندهم مثل: إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي، وإن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي. أما إن علقه بأمر محقق كأن يقول: إن جاء رمضان فأنت علي كظهر أمي أو فلانة الأجنبية، تنجز من الآن، ومُنع منها حتى يكفّر.[3] وإن قيّد الظهار بوقت مثل: أنت علي كظهر أمي في هذا اليوم أوالشهر انعقد الظهار مؤبداً ولا ينحلّ إلا بالكفّارة.

1- ابن عابدين، رد المحتار على الدر االمختار، ج**2**، ص 790.

2- بهرام الدميري، الشرح الصغير، ج**2**، ص 634.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 556

وعرّفه **الشافعية** بأنه: " **تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلالا على التأبيد** ".[1] فلا يصح الظهار من صبي ومجنون، ومغمى عليه، ولا من مكره، ويصحُّ من ذمي لعموم آية الظهار، ولا يصح تشبيه الزوجة بغير محرمة على التأبيد.

وعرّفه **الحنابلة** بقولهم: " **تشبيه الزوج امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد، كأمه وأخته من نسب أو رضاع، أو حماته، أو يشبهها بظهر من تحرم عليه تحريما مؤقتا كأخت امرأته وعمتها وخالتها، أو يشبهها برجل كأبيه أو زيد، أو بعضو منه كظهره أو رأسه، ولو بغير عربية** ".[2]

3- الحكم الشرعي للظهار:

الظهار محرم لقول الله تعالى: **(وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا)**.[3] ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم، قال تعالى: **(مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ)**[4] ، وقال تعالى: **(وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُم)**. [5]

ثانيا- ركن الظهار وشروطه:

ركن الظهار عند الحنفية هو **اللفظ الدال على الظهار**، والأصل فيه قول الرجل لإمرأته: أنت علي كظهر أمي، ويلحق به قوله: أنت علي كبطن أمي، أو فخذ أمي، أو فرج أمي.[6]

وقال الجمهور غير الحنفية: للظهار أركان أربعة هي: **المظاهر** (الزوج)، و**المظاهر منها** (الزوجة مسلمة كانت أو كتابية)، و**اللفظ** أو **الصيغة** (ما يصدر عن الزوج من ألفاظ صريحة أو كناية) **والمشبه به** (هو من حرم وطؤه وهو الأم ويلحق بها كل محرمة على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة).

1- شروط المظاهر:

المظاهر عند الحنفية والمالكية هو: **كل زوج مسلم عاقل بالغ**، فلا يلزم ظهار الذمي.

وعند الشافعية والحنابلة هو: **كل زوج صح طلاقه، وهو البالغ العاقل سواء أكان مسلماً أم كافراً، حراً أم عبداً**. وظهار السكران صحيح كطلاقه بالاتفاق. ولا يصح ظهار المكره عند الجمهور غير الحنفية وبه تكون شروط المظاهر:

1- الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 352

2- ابن نجار الفتوحي الحنبلي، منتهى الإرادات في جمع المقنع، ج5، ص 425.

3- سورة المجادلة: الآية 58

4- سورة المجادلة: الآية 58

5- سورة الأحزاب: الآية 33

6- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 561.

أ- **أن يكون عاقلا:** فلا يصح ظهار المجنون والصبي غير المميز، والمعتوه والمدهوش والمغمى عليه والنائم، كما لا يصح طلاقهم، لأنه يترتب عليه التحريم، وهؤلاء ليسوا أهلا لخطاب التحريم.

ب- **أن يكون بالغاً:** فلا يصح ظهار الصبي وإن كان عاقلاً مميزاً لأن الظهار من التصرفات الضارة المحضة، فلا يملكه الصبي، كما لا يملك الطلاق وغيره مما يضرُّ بمصلحته.

ج- **أن يكون مسلماً** في رأي الحنفية والمالكية: فلا يصح ظهار الذمي عندهم، لأن حكم الظهار تحريم مؤقت يزول بالكفارة، والكافر ليس أهلا للكفّارة التي هي قربة إلى الله تعالى، فلا يكون من أهل الظهار.

ولا يشترط كونه مسلما في رأي الشافعية والحنابلة، لعموم آية الظهار:**(وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ)** من غير تفريق بين مسلم وكافر، ولأن الكافر مخاطب بفروع الشريعة، وأهل للكفّارة بغير الصوم من إطعام وإعتاق رقبة، ولأنه أهلٌ للطلاق، فيكون أهلا للظهار، فإن كان المظاهر كافراً كفّر بالعتق أو الطعام لأنه يصح منه ما ذكر في غير الكفّارة، فصح منه في الكفارة، ولا يكفر بالصوم لعدم صحته منه.[1]

ونخلص مما تقدم أنه يشترط في المظاهر عند الفريق الأول شرطان هما: الإسلام والتكليف، وشرط واحد عند الفريق الثاني وهو التكليف.أما الاختيار أو الطواعية فهو شرط عند الجمهور غير الحنفية ويدخل عندهم شرط التكليف، فلا يصح ظهار المكره، وليس شرطا عند الحنفية فيصح ظهار المكره والمخطئ، كما يصح طلاقهما.

2- شروط المظاهر منها:

المظاهر منها هي: امرأة المظاهر مسلمة أو كتابية، كبيرة أو صغيرة، وشروطها فقها ما يلي:

أ- **أن تكون زوجته:** أي أن تكون مملوكة له بملك النكاح، فلا يصح الظهار من الأجنبية لعدم الملك لقوله تعالى:" **من نِسَائِهِمْ** ".[2] ويصح الظهار عند الجمهور غير الشافعية معلقا بالملك كأن يقول لإمرأة: إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي، أو يقول: كل امرأة أتزوجها فهي عليّ ظهر أمي.

ب- **قيام ملك النكاح من كل وجه:** فيصح الظهار من الزوجة ولو كانت في أثناء العدة من طلاق رجعي، ولا يصح الظهار من المطلقة ثلاثا، والمبانة والمختلعة وإن كانت في العدة، بخلاف الطلاق لأن المختلعة والمبانة يلحقها عند الحنفية صريح الطلاق، لأن الظهار تحريم، وقد ثبتت الحرمة بالإبانة والخلع، وتحريم المحرّم محال، ولأنه لا يفيد إلاّ ما أفاده سابقه، فيكون عبثا.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 562

2- سورة المجادلة: الآية 58

جـ- أن يكون الظهار عند الحنفية مضافاً إلى بدن الزوجة، أو عضو منها يعبر به عن جميع البدن، أو جزء شائع منها، فلو أضافه إليها مثل: أنت عليّ كظهر أمي، أو إلى عضو يعبر به عن الجميع مثل: رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك عليك ظهر أمي، أو إلى جزء شائع مثل: ثلثك أو ربعك أو نصفك ونحو ذلك كظهر أمي، كان مظاهرا. أما لو قال: يدك أو رجلك أو أصبعك لا يصير مظاهراً عندهم. ويصير مظاهراً عند بقية المذاهب لأنه عضو يحرم التلذّذ به فكان كالظهر.

3- شروط المشبه به[1]:

المشبه به هي: الأم، ويلحق به كل محرمة على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

وقد اختلفت الآراء الفقهية سعة وضيقا في تحديد المشبه به.

فقال **الحنفية** يشترط في المظاهر به أو المشبه به ما يأتي:

أ- أن يكون امرأة يحرم نكاحها عليه على التأبيد، سواء أكان التحريم بالنسب كالأم والبنت والأخت والعمة والخالة، أم بالرضاع، أم بالمصاهرة كامرأة أبيه، أو زوجة ابنه، وأم زوجته.

ب- أن يكون عضواً لا يحل له النظر إليه، كالظهر والبطن والفخذ والفرج، فلو شبهها برأس أمه أوبوجهها أو يدها أو رجلها، لا يصير مظاهراً، لأن هذه الأعضاء من أمه يحل له النظر إليها.

جـ- أن يكون من جنس النساء، فلو قال الزوج لامرأته: أنت علي كظهر أبي أو ابني لا يصح، لأن الشرع إنما ورد فيما إذا كان المظاهر به امرأة.

وذهب **المالكية** إلى أن المشبه به هو من حرم وطؤه أصالة من آدمي (ذكر أو أنثى) أو غيره أي مثل البهيمة.

ورأى **الشافعية** أن المشبه به فقط : كل من حرم وطؤه على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة إلاّ مرضعة المظاهر وزوجة الإبن، لأنهما كانتا حلالا له في وقت.

ويوسّع **الحنابلة** في صحة الظهار بالمشبه به ليشمل ما يأتي من الأصناف، سواء أكان التشبيه بكل المشبه به أم بعضو منه كاليد، والوجه، والأذن.

- كل محرم من النساء على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة.
- كل محرّم من النساء تحريماً مؤقتاً.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 563 وما بعدها.

– كل محرّم من الرجال أو البهائم أو الأموات ونحوهم. وخالفهم فيما ذكر أكثر العلماء، فلا يكون التشبيه بمن ذكر ظهاراً، لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع، كما لو قال: أنت علي مثل مال زيد.

4– شروط الصيغة:

قد يكون الظهار بالألفاظ الصريحة أو بالكناية، والصريح هو ما لا يحتمل إلا الظهار كقوله: أنت عليّ كظهر أمي، وبهذه الصيغة تحرم عليه زوجته لمظاهرته منها دون توقف على نية.[1]

والكناية اللفظ الذي يحتمل الظهار وغيره مثل أنت عليّ كأمي فهذه الصيغة تحتمل أنها كأمه في **الاحترام** أو **التحريم**، فإن قصد التحريم كان ظهاراً، لأن الكناية مع النية كاللفظ الصريح فيه، وإن نوى بذلك الطلاق كان طلاقا.[2]

ثالثا– أثر وأحكام الظهار:

يترتب على الظهار الأحكام الآتية[3]:

1– تحريم الوطء بالإتفاق قبل التكفير، وعند الجمهور غير الشافعية: تحريم جميع أنواع الاستمتاع غير الجماع كاللمس والتقبيل والنظر بلذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها لسائر بدنها ومحاسنها، والمباشرة فيما دون الفرج لقوله تعالى: **(وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسَّا)**[4]. والكفارة لا تجب بالظهار نفسه وإنما تجب بالعودة لقوله تعالى: **(ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة)** والعود الذي تجب به الكفارة عند الجمهور هو **العزم على الوطء** وقال الشافعية هو **إمساك الزوجة بعد ظهارها وقتا يتمكن فيه من الطلاق فلا يطلق.**

2– للمرأة أن تطالب المظاهر بالوطء لتعلق حقها به، وعليها أن تمنعه من الاستمتاع حتى يكفّر عن الظهار، وعلى القاضي إلزامه بالتكفير دفعا للضرر عنها، إلى أن يكفر أو يطلق.

الفرع الثالث: التفريق بسبب اللعان

تقتضي دراسة مسألة التفريق بسبب اللعان التي يرجع القاضي فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية التعريف باللّعان فقها وتحديد سببه (أولا)، ثم بيان مشروعيته (ثانيا)، وشروطه (ثالثا)، وآثاره (رابعا) وذلك فيما يأتي:

1– محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 330.

2– الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 352. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 117.

3– محمود علي السرطاوي، المرجع نفسه، ص 330. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 570.

4– سورة المجادلة، الآية : 58.

أولا- تعريف اللعان وسببه:

يعرّف **الأحناف والحنابلة** اللعان بأنه: " شهادات مؤكّدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج، ومقام حد الزنا في حق الزوجة ".[1]

وعرّفه **المالكية** بأنه: " حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته، أو على نفي حملها منه، وحلف زوجة على تكذيبه أربعة أيمان، بصيغة :« أشهد بالله لرأيتها تزني ونحوه» وبحضور حاكم، سواء صح النكاح أو فسد ".[2]

وعرفه **الشافعية** بأنه: " كلمات معلومة، جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد." [3]

وسبب اللعان أمران:[4]

أولهما هو قذف الرجل زوجته قذفاً يوجب حد الزنا لو قذف أجنبية، وهو عند المالكية: ادعاء رؤية الزنى بشرط ألاّ يطأها بعد الرؤية، فإن ادعى الزنى دون الرؤية، حد للقذف، ولم يجز اللعان على المشهور عندهم خلافاً لغيرهم.[5]

وثانيهما: نفي الحمل أو الولد، ولو من وطء شبهة أو نكاح فاسد.

ثانيا- مشروعية اللعان:

شرع اللعان بين الزوجين بقوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِين وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ** ﴾.[6]

1- ابن عابدين، الدر المختار، ج2، ص805. كشاف القناع، ج5، ص 450.

2- الشرح الصغير، ج2، ص657 وما يليها.

3- مغني المحتاج، ج3، ص 367.

4- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 244. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص367. ابن قدامة، المغني، ج7، ص 392 وما يليها.

5- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 530

6- سورة النور، الآيات: من 6 إلى 9

وسبب نزول هذه الآيات: ما أخرجه الجماعة إلا مسلماً والنسائي عن ابن عباس: « أن هلال بن أمية[1] قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشَريك بن سحماء، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: البينة أو حد في ظهرك ! فقال : يا نبي الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق، يلتمس البينة، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يكرر ذلك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبياً، إني لصادق، ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزلت الآيات».[2]

فكان أول لعان في الإسلام ما حدث بين هلال بين أمية وزوجته، وهذا رأي الجمهور، وقد حكى الماوردي عن أكثر العلماء أن قصة هلال أسبق من قصة عويمر. وروى الجماعة إلا الترمذي عن سهل بن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعويمر العجلاني : « قد نزل فيك وفي صاحبتك، فاذهب فأت بها، فتلاعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم.[3] وهذا رأي النووي في شرح مسلم أن السبب في نزول آية اللعان: قصة عويمر العجلاني.

يختلف بهذا حكم الزوجين عن الأجانب في حال القذف، فإن قذف إنسان غيره، أو اتهم رجل امرأة ليست زوجة له بالزنا، وكانت عفيفة، ولم يأت بأربعة يشهدون بصحة اتهامه، فإنه يحد حد القذف وهو ثمانون جلدة، زجرة له ولأمثاله عن ارتكاب هذه المعصية ، ودفعا للعار عن المقذوف. أما إن اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها منه، ولم يأت بأربعة يشهدون على ادعائه، فلا يحد حدّ القذف، وإنما يشرّع في حقه اللعان.[4]

ثالثا- شروط اللعان:

شروط اللّعان نوعان: شروط وجوب، وشروط صحة إجراء اللعان، وبيان ذلك فيما يأتي:

1- شروط وجوب اللعان:

شروط وجوب اللعان عند الحنفية ثلاثة هي:[5]

1- هو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم، كما جاء في رواية ابن عباس عند أبي داود.

2- رواه الجماعة إلا مسلما والنسائي عن ابن عباس، أنظر: نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص 272.

3- نيل الأوطار، المرجع السابق، ص268

4- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 533

5- الدر المختار وحاشية ابن عابدين، ج2، ص 805 وما بعدها. فتح القدير، ج3، ص 259.

أ- قيام الزوجية مع امرأة ولو غير مدخول بها، وكذا ولو في أثناء العدة من طلاق رجعي لقوله تعالى:﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ** ﴾[1] فلا لعان بين غير الزوجين أو بقذف امرأة أجنبية، فإن قذفها ثم تزوجها فعليه حد القذف ولا يلاعن، لأنه وجب في حال كونها أجنبية، ولا لعان بقذف زوجة صارت ميتة، لأن الميتة لم تبق زوجة، ولأنه لا يتأتى اللعان منها، ولا لعان بقذف المرأة المبانة، ويحد زوجها الأصلي كالأجنبي. وهذا شرط متفق عليه. ويصحُّ اللعان عند الجمهور من غير زوج في حالتين: البائن لنفي الولد، والموطوءة بنكاح فاسد أو شبهة. ولو ارتدّ زوج بعد وطء فقذف وأسلم في العدة لاعن. ولو لاعن ثم أسلم في العدة صح لعانه، لتبين وقوعه في صلب النكاح.[2]

ب- أن يكون النكاح صحيحا لا فاسدا، فلا لعان بقذف المنكوحة بنكاح فاسد لأنها أجنبية. وخالفهم بقيّة الأئمة حيث أجازوا اللعان من امرأة نكحها نكاحاً فاسداً لثبوت النسب به، كالزواج بلا ولي أو بدون شهود ثم قذفها، لكن جواز اللعان في هذه الحالة مقيّد بما إذا وجد بينهما ولد يريد الزوج نفيه، فإن لم يكن بينهما ولد حدّ الزوج ولا لعان بينهما.

ج- أن يكون الزوج أهلا للشهادة على المسلم، بأن يكون طرفا اللعان زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في قذف، فلا لعان بين كافرين، ولا من أحدهما عبد أو صبي أو مجنون أو محدود في قذف أو كافر، أو أخرس للشبهة. ويصح بين الأعميين والفاسقين، لأنهما أهل لأداء الشهادة لكن لا تقبل شهادتهما للفسق ولعدم قدرة الأعمى على التمييز، والحاصل أن الحنفية اشترطوا أهلية الشهادة في الزوج لأن كلمات اللعان شهادات، واشترطوا أيضا أن تكون الزوجة ممّن يحد قاذفها، لأن اللعان بدل عن حد القذف في الأجنبية. ولم يشترط الجمهور هذين الشرطين[3].

أما المالكية فإنهم يشترطون الإسلام في الزوج فقط لا في الزوجة، فإن الذمية تلاعن لرفع العار عنها وقالوا: يشترط في المتلاعنين كونهما بالغين عاقلين، سواء أكانا حرين أم مملوكين، عدلين أم فاسقين. ويقع اللعان في حال العصمة اتفاقا، وفي العدة من الطلاق الرجعي والبائن خلافا للحنفية، وبعد العدة في نفي الحمل إلى أقصى مدة الحمل. ويقع اللعان من الزوجين في النكاح الصحيح والفاسد.[4]

1- سورة النور، الآية:6

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 534.

3- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 535

4- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص243. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 117

ولم يشترط الشافعية والحنابلة[1] الإسلام في المتلاعنين، وقالوا : يصح اللعان من كل زوج يصح طلاقه بأن يكون الزوجان مكلفين أي بالغين عاقلين، سواء أكانا مسلمين أم كافرين أم عدلين أم فاسقين أم محدودين في قذف أم كان أحدهما كذلك. ويصح اللعان أيضا من الحر، والعبد، والرشيد، والسفيه، والسكران، ومن الناطق والأخرس والخرساء المعلومي الإشارة عند الشافعية، ومن المطلق رجعياً، ويصح من الزوج للمطلقة بائناً لنفي الولد، وكذا عند الحنابلة إذا لم يكن هناك ولد.[2] ويصح عندهم لعان الموطوءة بنكاح فاسد أو شبهة كأن ظنها زوجته ثم قذفها ، ولاعن لنفي النسب.

والخلاصة أن الحنفية اشترطوا في المتلاعنين الإسلام، والنطق، والحرية، والعدالة، وأن يكون اللعان في حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما في الطلاق الرجعي لا البائن، وخالفهم الجمهور فيما شرطوه إلاّ أن المالكية شرطوا إسلام الزوج فقط، واتفقوا على اشتراط التكليف: البلوغ والعقل. ويصح اللعان من الأخرس عند الجمهور غير الحنفية.

أماالحنابلة والشافعية فقد ذكروا شروطاً ثلاثة للّعان هي:

أ- أن يكون بين الزوجين، ولو قبل الدخول.

ب- سبق قذف الزوجة بزنا مثل قوله: زنيت، أو يا زانية، أو رأيتك تزنين.

ج- أن تكذّبه ويستمر التّكذيب إلى انقضاء اللعان، فإن صدّقته ولو مرة أو عفت الزوجة عن الحدّ أو التعزير أو سكتت، أو ثبت زناها بأربعة سواه، فلا لعان ولا يلحقه النسب، لأن اللعان كالبيّنة إنما يقام مع الإنكار.

2- شروط صحة إجراء اللعان:

ذكر الحنابلة شروطاً ستة في إجراء اللعان، بعضها متّفقٌ عليه وبعضها مختلفٌ فيه، وهي فيما يأتي:[3]

أ- أن يكون بحضور القاضي أو نائبه، وهذا متفق عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه ولاعن بينهما، ولأنه يمين في دعوى، فلم يصح إلا بأمر الحاكم كاليمين في سائر الدعاوى، وهذا يتطلب رفع الأمر إلى الحاكم من أحد الزوجين، فإن تراضى الزوجان بغير الحاكم بإجراء اللعان بينهما لم يصح ذلك، لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد، فلم يجز بغير الحاكم كالحد.

1- الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص278 وما يليها. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج7، ص 394

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص535

3- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 538.

ب- أن يكون بعد طلب القاضي بأن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه، فإن بادر به قبل أن يلقيه القاضي عليه لم يصح، كما لو حلف قبل أن يحلّفه القاضي، وهذا متفق عليه أيضا.

ج- استكمال لفظات اللعان الخمس، فإن نقص منها لفظة، لم يصح. وهذا متفق عليه.

د- أن يأتي كل من الزوجين بصورة اللعان، كما حدّدها القرآن الكريم، واختلف الفقهاء في إبدال لفظة بمعناها كأن يبدّل بقوله : إني لمن الصادقين قوله: لقد زنت، أو يقول بدل (**إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ**)، لقد كذب والظاهر عند الحنابلة أنه يجوز هذا الإبدال، لأن معناهما واحد. أما إن أبدل بلفظة **(أشهد)** لفظا من ألفاظ اليمين، فقال: أحلف أو أقسم، فلا يعتد به عند الشافعية والحنابلة على الصحيح، لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق، ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ، واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التغليظ، فلم يجز تركه، ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام: أشهد. والظاهر أن هذا رأي المالكية والحنفية أيضا.

هـ- الترتيب بين ألفاظ اللعان، وأن يبدأ الرجل بالحلف على المرأة، ثم تحلف المرأة، فإن قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة، أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل، لم يعتد به وهذا متفق عليه، لأن اللعان على رأي الحنفية شهادة، والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج، فلا يصح قبل وجود شهادته.

و- الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضرا، وتسميته ونسبته إن كان غائبا. وهذا متفق عليه بين الفقهاء، ولا يشترط عند الشافعية والحنابلة حضور الزوجين معا، بل لو كان أحدهما غائبا عن صاحبه جاز، كأن يلاعن الرجل في المسجد، والمرأة على باب المسجد، لعدم إمكان دخولها.

هذا وقد اشترط المالكية حضور جماعة للّعان، أقلها أربعة عدول. وقال الشافعية والحنابلة: يستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين، لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروه على حداثة منهم، فدلّ على أنه حضره جمع كثير من الناس، لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعا للرجال، ولأن اللعان بني على التغليظ، مبالغة في الرّدع به والزّجر، وفعله في الجماعة أبلغ في الردع، ويستحب ألاّ ينقصوا عن أربعة، لأن بيّنة الزنا الذي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة.

واشترط المالكية أيضا لصحة اللعان:

- عدم وطء الزوجة مطلقاً بعد رؤيتها تزني، أو بعد علمه بحمل من غيره، أو وضع، فإن وطئ المرأة الملاعنة بعد علمه بحمل من غيره أو وضع، أو رؤية لها تزني، امتنع اللعان لها ولا يمكَّن منه.

- تعجيل اللعان بعد علمه بالحمل أو الولد، فإن أخّر لعانها ولو يوما بلا عذر بعد علمه بالحمل، أو الوضع، أو رؤية الزنا، امتنع لعانه لها، ولا يُمكَّن منه أيضا.

- لفظ (**أشهد**) في الأربع مرّات منه أو منها، واللعن منه في الخامسة، والغضب منها في الخامسة، كما ورد في النص القرآني في أيمان اللعان.

رابعا- آثار اللعان:

يترتب على اللعان بين الزوجين أمام القاضي الآثار التالية:[1]

1- سقوط **حد القذف** أو **التعزير** عن الزوج، وسقوط **حد الزنا** عن الزوجة.

2- تحريم الوطء والاستمتاع بعد التلاعن من كلا الزوجين، ولو قبل تفريق القاضي لحديث: " **المتلاعنان لا يجتمعان أبدا** ".[2]

3- وجوب التفريق بين المتلاعنين، فلا تتم الفرقة عند الحنفية إلا بتفريق القاضي، لقول ابن عباس في قصة هلال بن أمية: « ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما»[3] وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبل اللعان، فلو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر، ولو طلقها الزوج وقع طلاقه.

وذهب المالكية والحنابلة (في الراجح من الروايتين عن أحمد) إلى القول: أنه تقع الفرقة باللعان دون حكم القاضي، لأن سبب الفرقة وهو اللعان قد وجد، فتقع الفرقة به من غير حاجة إلى تفريق القاضي، ولقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " **المتلاعنان يفرق بينهما، ولا يجتمعان أبدا** ".

وقال الشافعي رحمه الله: تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده، وإن لم تلاعن المرأة، لأنها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق. قال ابن قدامة في المغني: " **ولا نعلم أحدا وافق الشافعي على هذا القول.**"

4- الفرقة باللعان طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني، لأنها بحكم القاضي كما في التفريق بسبب العنة، وكل فرقة من القاضي تكون طلاقاً بائناً، وقال الجمهور وأبو يوسف: فرقة اللعان فسخ كفرقة الرضاع.

5- انتفاء نسب الولد عن الرجل، وإلحاقه بأمه إذا كان اللعان لنفي النسب. ويترتب على نفي النسب عدم التوارث، وعدم إلزام النفقة، سواء نفقة الآباء على الأبناء أو نفقة الأبناء على الآباء.

1- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ص550. ابن جزي القوانين الفقهية، ص 244. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 376.

2- رواه أبو داود عن سهل بن سعد، أنظر: نيل الأوطار، المرجع السابق، ج**6**، ص**274**.

3- رواه أحمد وأبو داود، أنظر: نيل الأوطار، المرجع السابق، ج**6**، ص**274**.

نخلص في الأخير أن أحكام الإيلاء والظهار تهدف إلى حماية الزوجة ورفع الظلم عنها، لذلك كان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يجعلها سببا من أسباب التفريق ويدرجهما في المادة **53** من قانون الأسرة، ثم إن اللعان يقوم مقام حدّ القذف بالنسبة للزوج ومقام حدّ الزنا بالنسبة للزوجة ويترتب عليهما أثران يقعان ضمن مسائل انحلال الزواج وآثاره وهما: لزوم التفريق بين الزوجين، ونفي النسب، لذلك كان من الأجدر بالمشرع أن ينظم أحكامه كلاً في موضعه الذي يتناسب معه.

خلاصة الفصل الأول:

بعد دراسة موضوع انحلال الزواج بالطلاق في الفصل الأول، تبيّن أن **ق.أ.ج** لم يعالج مسائل عديدة ومهمة في الطلاق بمختلف صوره محيلا تنظيمها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **888** من قانون الأسرة، لكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية اتّضح لنا الخلاف الواسع بين فقهاء الشريعة في كثير من المسائل، والمشرّع لم يحدّد في المادة أعلاه مذهبا أو معياراً معيّنا يرجع إليه القاضي لاستنباط حكم المسألة المطروحة أمامه، مقارنة مع بعض التشريعات العربية فمثلا نجد المشرع العراقي في الوقت الذي أحال المشرع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص في القضية المطروحة أمامه جاء ويسّر السبيل أمام القاضي مبيّنا وراسما له مسلك الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فأرشده في ذلك إلى الاستعانة بالأحكام التي أقرها الفقه والقضاء الشرعي في العراق أولاً، ثم في البلاد الإسلامية الأخرى بشرط أن تتقارب قوانين تلك البلاد مع القوانين العراقية. أما المدوّنة المغربية فقد أحالت القاضي إلى المذهب المالكي في كل ما لم يرد النّص عليه. ونحن نميل إلى تحديد معيار معيّن للقاضي يرشده إلى النص الفقهي الواجب التطبيق وفي ذلك كسب للوقت وتوحيد للاجتهاد القضائي.

ومن بين أهم المسائل التي أغفل المشرع تنظيمها في قانون الأسرة ما يلي:

– تفويض الزوجة بالطلاق، لكن هذا الفراغ قد يُسدُّ بالمادة 19 التي تحدثت عن الشروط المقترنة بعقد الزواج، والتي قد تتضمّن شرط التفويض بالطلاق.

– شروط تحقق الطلاق، ومن يقع منه الطلاق؟ ومن لا يقع منه ؟

– أقسام الطلاق والأحكام المقترنة بها.

– المشرّع لم ينص في المادة **49** من **ق.أ.ج** على الطلاق العرفي وطرق إثباته، لكن القضاء بإجتهاده سدّ هذا الفراغ التشريعي موجّها العمل القضائي في المحاكم والمجالس عندما قرر أنه يمكن للزوج إحضار شاهدين ممّن حضروا الطلاق والتصريح أمام القاضي بشهادة الطلاق بعد أداء اليمين، ليصدر بعد ذلك القاضي حكما قضائيا بإثبات الطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء دون الحاجة لصلح لأن الطلاق وقع وإنتهى.

– لم يُفصّل قانون الأسرة في بيان الفُرق التي تعدُّ فسخا وتلك التي تعدُّ طلاقا، مقتصراً فقط على ذكر بعض حالات الفسخ في المادة **2/33** وبعض حالات الطلاق في المواد:**48، 53، 54، 55.** ضف إلى ذلك أنّ المشرع لم يذكر الفسخ في معرض بيانه لطرق انحلال الزواج في المادة **47** من قانون الأسرة

والتي قصرها على الطلاق والوفاة فقط، مما يقتضي بالضرورة في العمل القضائي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للتمييز بين الطلاق والفسخ حتى ينضبط الأمر انضباطا تاما.

– لم ينص **ق.أ.ج** على ثلاثة أنواع من التفريق يحصل بحكم الشّرع هي: التفريق للإيلاء والتفريق للظهار، والتّفريق بسبب اللّعان، مع أن أحكام الإيلاء والظهار تهدف إلى حماية الزوجة ورفع الظلم عنها لذلك كان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يجعلها سببا من أسباب التفريق ويدرجهما في المادة **53** من قانون الأسرة، ثم إن اللعان يقوم مقام حدّ القذف بالنسبة للزوج ومقام حدّ الزنا بالنسبة للزوجة ويترتب عليهما أثران يقعان ضمن مسائل انحلال الزواج وآثاره وهما: لزوم التفريق بين الزوجين، ونفي النسب، لذلك كان من الأجدر بالمشرع أن ينظم أحكامه كلاًّ في موضعه الذي يتناسب معه.

أما فيما يخص الاجتهاد القضائي في مسائل الطلاق فقد خلصت الدراسة إلى ما يلي:

– الشهادة المقررة قضاءا في إثبات الطلاق هي الشهادة على القطع بمعاينة الشاهد شخصيا واقعة الطلاق زمانا ومكانا، حيث يشهد بأنه سمع واقعة تلفظ الزوج بالطلاق، وهذا المقرر في الفقه المالكي.أما الشهادة على السماع فغير مستصاغة لأنها إنما أجيزت استحسانا في مسائل محصورة دفعا للحرج وتعطيل الأحكام، وليس إثبات الطلاق من بينها، فالحكم بإثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهادة مستفيضة لا تقوم عليه حجة، وفي ذلك فتح لباب الفساد وتفكيك لروابط الأسرة بإشاعة الدعاوى الكيدية المتعلقة بالطلاق.

– الاجتهاد القضائي في تكييف الخلع مر بمرحلتين: **الأولى** تم فيها تكييف الخلع بأنه عقد رضائي وفق ما ذهب إليه أكثر أهل العلم من أنه لا يجب على الزوج إجابة طلب الزوجة للخلع، وإنّما يندب له ذلك. **والثانية** هي التي تغيّر فيها التوجه العام للاجتهاد القضائي في مادة الخلع بصورة فجائية، ودون أدنى إعلان، فأصبح الخلع حقا إراديا خالصا للزوجة لا ينازعها فيه أحد، فإرادة الزوج في هذه المرحلة (ابتداء من عام 1992) ليست محل اعتبار، حيث صار الخلع في هذه المرحلة حق إرادي للزوجة، لا يتوقف إيقاعه على قبول الزوج، وهذا معناه أنه عندما تطلب الزوجة الطلاق بالخلع مقابل مال تدفعه ولم يرض الزوج، ترفع أمرها إلى القضاء، ومستند القضاء في هذه المرحلة يوافق ما ذهب إليه الإمام الشوكاني رحمه الله. وقرارات المحكمة العليا الصادرة في هذه المرحلة والمقررة طلاق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج شكّلت شرعية قضائية إن صحّ القول للمشرّع الجزائري لتعديل نص المادة **54** من قانون الأسرة سنة 2005

– اجتهاد المحكمة العليا في معظم قراراتها يجمع كلّه على تطليق الزوجة للضرر المعتبر شرعا في صوره المختلفة ومؤدّاه في ذلك أن تطليق الزوجة للضرر مبدأ واضح المعالم في أحكام الشريعة الإسلامية ومنها استمدّ مختلف تطبيقاته للضرر وبالأخصّ من المذهب المالكي الذي انفرد بشكل واسع في مسألة التطليق للضرر بتفصيلات واسعة.

الفصل الثاني:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل آثار انحلال الزواج

الفصل الثاني:

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل آثار انحلال الزواج

وبعد دراستنا لمسائل الطلاق وصوره وما يترتب عليها من أحكام تخصّنا في موضوع البحث، فإنه يجدر بنا أن نبيّنَ أنَّ من سماحة الشريعة الإسلامية أنّها رفعت من شأن عقد الزواج وجعلته مخالفا لباقي العقود، ولم تجعل انحلاله وانفصامه نتيجة الطلاق، كفسخ أيّ عقد من العقود، تنقطع جميع آثاره بمجرد انحلاله، بل رتّبت على الطلاق الذي ينحلُّ به عقد الزواج آثارا أو تبعات معنوية ومالية، بعضها تلتزم بها الزوجة وهي الآثار المعنوية، والبعض الآخر يلتزم بها الزوج وهي الآثار المالية، وذلك ليكون لعقد الزواج صفة خاصة تميّزه عن باقي العقود.

وقانون الأسرة الجزائري كغيره من القوانين العربية، رتّب على الطلاق آثارا معنوية ومالية، تناول بعض مسائلها بالتنظيم في بعض مواده، وسكت عن بعضها الآخر، وبذلك يكون قد فتح المجال واسعا للاجتهاد القضائي فيها طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة. وهذه المسائل التي يجتهد فيها قضائيا والمتعلقة بآثار انحلال عقد الزواج بالطلاق ستكون موضوع الدراسة في هذا الفصل، وذلك ضمن مبحثين، نتناول في الأول أهمّ مسائل آثار الطلاق المعنوية، ونتطرق في الثاني إلى أهم مسائل آثار الطلاق المالية.

المبحث الأول: مسائل آثار الطلاق المعنوية

نقصد بآثار الطلاق المعنوية العدّة، والحضانة، وحقّ الزيارة، وقد تناولها قانون الأسرة بالتنظيم في بعض نصوصه، وترتبط بهذه الآثار جملة من المسائل الهامّة لم ينص عليها قانون الأسرة، ممّا يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط أحكامها الفقهية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

وتبعا لذلك سيتمُّ تقسيم الدراسة في هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول في الأول المسائل المتعلّقة بالعدّة، ونتطرّق في الثاني إلى المسائل المتعلّقة بالحضانة، أما المطلب الثالث فيخصّص لدراسة حق الزيارة.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالعدّة

نصّ المشرع على العدة كأثر من آثار الطلاق في المواد:58، 59، 60، 61 من قانون الأسرة ضمّنها الأحكام الآتية:

- المطلقة غير المدخول بها لا تعتدُّ.
- عدّة المطلّقة غير الحامل ثلاثة قروء.
- عدّة المطلقة اليائس من المحيض ثلاثة أشهر.
- حساب مدة عدّة المطلقة – غير الحامل واليائس من المحيض– يبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق.
- عدّة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام.
- عدّة زوجة المفقود أربعة أشهر وعشرة أيام، تبدأ من تاريخ صدور الحكم بفقده.
- عدّة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر، يبدأ سريانها من تاريخ الطلاق أو الوفاة.
- لزوم المعتدّة المطلّقة والمعتدّة المتوفّى عنها زوجها المسكن العائلي، وعدم الخروج منه، أثناء فترة العدّة إلا في حالة الفاحشة المبينة.
- حق المعتدّة المطلقة في النفقة خلال فترة العدّة.

ورغم أن المشرّع نصّ على هذه الأحكام، فإن العديد من المسائل التي تدخل في نطاق العدة أغفل تنظيمها، ولعلّ أهمّها تلك المتعلقة بعدّة المرأة التي لم تحض، وعدّة المستحاضة، وعدّة المتحيّرة، والمقصود بالقرء في حساب العدّة، وحقوق المعتدّة وواجباتها، وهي المسائل التي سنبيّن أحكامها في هذا المطلب طبقا لما هو مقرر في أحكام الفقه الإسلامي، ومنها يستمدُّ القاضي قضاءه.

الفرع الأول: مفهوم العدّة

يتحدّد مفهوم العدّة بتعريفها، وتبيين حكمها وأدلّة مشروعيّتها، والحكمة من تشريعها، وسبب وجوبها وأنواعها وتحوّلها، وهذا ما سنعرضه تباعاً وفق الآتي:

أولا- تعريف العدة:

يقتضي تعريف العدّة، تعريفها لغةً وشرعاً، وذلك على النحو الآتي:

1- تعريف العدّة لغة:

العدّة بكسر العين جمع عدد، أصل العدة مأخوذ من العدّ أو هي مصدر كالعدّ، يقال عدَّ الشيء، يَعدُّه عدّا وتعدادا، وعدّه وعدّده. ومعنى العدّ الإحصاء، تقول عددّت الشيء إذ أحصيته. فعدة المرأة المطلقة أو المتوفّى عنها زوجها هي ما تعدّه من أيام أو من أقرائها أو حملها أو أربعة أشهر وعشر أيام.[1]

2- تعريف العدة فقها:

للعدّة تعريفات متقاربة في المعنى ذكرها فقهاء المذاهب، وهذه التعريفات مع شرحها، فيما يأتي:

أ- تعريف الحنفية:

عرّف الأحناف العدّة بقولهم:" تربُّص يلزم المـرأة عند زوال النكاح أو شبهته." [2]

وفيما يأتي شرح لهذا التعريف:

- **تربّص:** هو التثبُّت والانتظار، قال تعالى: " **فتربصوا حتى يأتي الله بأمره** " [3] أي: انتظروا.

والمقصود انتظار المدّة للتزويج.[4] وسمّي التربص عدّة لأن المرأة تحصي الأيام المضروبة عليها وتنتظر الفرج الموعود لها.[5]

- **يُلزم المرأة:** تعبير يفيد أن العدّة على المرأة واجبة.[6]

1- لسان العرب، فصل العين، حرف الدّال،ج4 ، المرجع السابق، ص272- 275.

2- عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، ج3، المرجع السابق، ص80. ابن همام، شرح فتح القدير، ج4، المرجع السابق، ص 307.

3- سورة التوبة، الآية: 24.

4- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج3، المرجع السابق، ص 502.

5- عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، المرجع نفسه، ج3، ص80.

6- قيدوا التعريف بالمرأة احترازا عن الرجل لأنه لا تلزمه عدة، أما ما يلزم الرجل من الانتظار وعدم التزوج إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا وأراد أن يتزوج بمن لا يجوز له الجمع بينهما وبين مطلقته كأختها وعمتها وخالتها أو بنت أختها أو بنت أخيها

- **عند زوال النكاح:** بمعنى زوال النكاح المتأكد بالـدّخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة بالفرقة أو الموت.[1]
- **شبهته:** أي شبهة النكاح، وهو الوطء بشبهة.

ب- تعريف المالكية:

عرّف المالكية العدّة بقولهم:" **تربص المرأة زمانا معلوما قدّره الشرع علامة على براءة الرحم مع ضرب من التعبد** ". [2] وفيما يأتي شرح لهذا التعريف[3]:

- **تربُّص المرأة:** بمعنى انتظار المرأة المطلقة أو المفسوخ نكاحها أو المتوفى عنها زوجها.
- **زمانا معلوما:** أي مدّة معلومة.
- **قدّره الشرع:** بمعنى أن هته المدة قدّر بدايتها ونهايتها الشرع.
- **علامة على براءة الرّحم:** بمعنى أن العدة جعلت أصلا للدلالة على براءة الرحم.
- **مع ضرب من التعبّد:** ليتناول الصغيرة التي لا يأتي منها الحمل، أو المتوفى عنها قبل الدخول، فإن عدّة كل منهما لا لبراءة الرّحم، ولكن للتعبُّد كما في الحالة الأولى أو للحزن على الزوج كما في الحالة الثانية.

ج- تعريف الشافعية:

عرف الشافعية العدة بعدة تعاريف، وإن اختلفت ألفاظها فإنها متقاربة في المعنى، من بينها هذا :" **اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها من الحمل أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها** "[4]. وفيما يأتي شرح لهذا التعريف:

- **اسم لمدّة:** بمعنى العدة اسم للمدة التي تتربص فيها المرأة.

=أو إذا كان معه أربع زوجات وطلق واحدة طلاقا رجعيا وأراد أن يتزوج بخامسة فإنه لا يسمى عدة اصطلاحا وإن وجد فيه معنى العدة. ينظر: زين الدين ابن نجم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، المرجع السابق، ص 138.

1- ابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، ج4، المرجع السابق، ص307. عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، المرجع السابق، ص26.

2- شرح أبي الحسن على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، المرجع السابق، ص 107.

3- وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة- رسالة مقدمة لنيل درجة الماجيستير، إشراف الأستاذ الدكتور أحمد سيد عثمان، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1405 هـ- 1985م. ص 130.

4- مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص384. تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج8، ص 229.

- **تربّص:** بمعنى أن تنتظر المرأة وتمنع نفسها من النكاح في تلك المدة للتأكد من براءة رحمها من الحمل.[1]
- **المرأة:** شملت الحرّة والأمة، وخرج بقولهم: " امـرأة " الرجل فلا عدةّ عليه.[2]
- **لمعرفة براءة رحمها من الحمل:** المراد بالمعرفة ما يشمل الظن ما عدا وضع الحمل يدلُّ على براءة الرحم ظنا، ومعرفة براءة الرحم من الحمل تكون فيمن يولد لها.[3]
- **أو للتعبّد:** التعبد هو ما لا يعقل معناه عبادة كان أو غيرها.[4] والتعبُّد هنا في العدّة يخصُّ جميع أنواع المعتدات: المتوفى عنها زوجها، والمطلقة صغيرة كانت أو كبيرة أو آيسة.
- **أو لتفجّعها:** بمعنى تحزّنها وتوجّعها كما في فرقة الموت، يقال: فجعته المصيبة أي أوجعته.[5]

وهذه الأمثلة الواردة في التعريف انفرد كل قسم فيها عن الآخر، وقد يجتمع التعبّد مع التفجع في فرقة الموت لمن لا يولد لها، أو كانت الفرقة بالموت قبل الدخول، وقد يجتمع الثلاثة: براءة الرحم والتعبد والتفجع كما في طلاق المدخول بها التي يولد لها، وذلك لأن العدة فيها نوع من التعبد دائما.[6]

د- تعريف الحنابلة:

يُعرّف الحنابلة العدّة بقولهم: " **اسم لمدة معلومة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها من الحمل** ".[7] وفيما يلي شرح لهذا التعريف:

- **اسم لمدة معلومة:** هي مدة العدة.
- **تتربص فيها المرأة:** بمعنى المدة التي تنتظر فيها المرأة للتأكد من براءة رحمها وذلك يحصل بوضع الحمل أو بمضي قروء أو أشهر.[8]

بعد استعراض التعاريف السابقة والتمعّن فيها، تبيّن أن معانيها كلها متقاربة وإن اختلفت ألفاظها، فجميع الفقهاء متفقون أن العدّة هي المدة التي تتربص فيها المرأة بسبب الفرقة- طلاق أو فسخ- أو موت

1- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، ج**2**، المرجع السابق، ص 328.
2- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، ج**2**، المرجع نفسه. ص 328.
3- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، ج**2**، المرجع نفسه، ص 328.
4- تحفة المحتاج، ج8، المرجع نفسه، ص 229.
5- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، ج**2**، المرجع السابق، ص 328.
6- حاشية البجيرمي على الخطيب، ج**4**، المرجع السابق. ص 35.
7- كشف القناع، ج**5**، المرجع السابق، ص 411.
8- كشف القناع، المرجع نفسه، ص 411.

زوجها وأن السبب الذي شرعت من أجله العدّة هو التعرف على براءة الرحم أو التفجع على وفاة الزوج أو للتعبد، وإن اختلفوا في التعبير عن العدة حيث عبر عنها فقهاء الحنفية بمدلول التربّص، وعبر عنها فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة بمدلول المدّة التي تلزم المرأة الانتظار، إلا أن هذا الاختلاف لا يترتب عليه شيء، وذلك لما سبق بيانه أن العدة لغة تأتي بمعنى العدد أو بمعنى المعدود، فالحنفية عبروا عن العدة بالعدد والمالكية والشافعية والحنابلة عبروا عنها بالمعدود ولا فرق بين الاثنين.

ثانيا- حكم العدة وأدلة مشروعيتها:

العدّة واجبة والأصل في وجوبها الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب فمنه:

1 – قوله تعالى: ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾.[1]

وجه الدلالة من الآية:

قال ابن كثير: هذا أمر من الله سبحانه وتعالى للمطلقات المدخول بهنّ من ذوات الأقراء بأن يتربّصن بأنفسهنّ ثلاثة قروء، أي تمكث المرأة بعد طلاق زوجها لها ثلاثة قروء ثم تتزوج إن شاءت.[2]

وقال القرطبي: هذا خبر والمراد به الأمر[3]، والأمر للوجوب ما لم يصرفه عن ذلك، ولم يوجد هنا ما يصرفه.

2- قوله تعالى: ﴿ **يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ** ﴾.[4]

وجه الدلالة من الآية:

قال الشوكاني: نادى الله تبارك وتعالى النبي صلى الله عليه وسلم أولا تشريفا له ثم خاطب معه أمته... والمعنى إذا أردتم أن تطلقوا النساء وعزمتم على ذلك فطلقوهنّ مستقبلات لعدّتهن واحفظوا الوقت الذي وقع فيه الطلاق حتى تتم العدة.[5] فقوله: ﴿ **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾ أمر يقتضي الوجوب.

3- قوله تعالى: ﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا** ﴾.[6]

1- سورة البقرة، الآية 228.

2- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، المرجع السابق، ص 269.

3- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، المرجع السابق، ص 112.

4- سورة الطلاق، الآية 01

5- الشوكاني، تفسير فتح القدير، ج5، المرجع السابق، ص 240.

6- سورة الطلاق، الآية 04.

وجه الدلالة من الآية:

بيّن الله عز وجل العدة الواجبة على المطلقة الآيسة التي انقطع عنها الحيض لكبرها، والعدة الواجبة على الصغيرة التي لم تحض، وحدّدها بثلاثة أشهر لكل منهما، كما بيّن أن عدة الحامل تنتهي بوضع الحمل.[1]

أما السنة:

فقد وردت عدة أحاديث تدل على مشروعية العدة منها: ما رواه الإمام مسلم عن فاطمة بنت قيس قالت: " **طلقني زوجي ثلاثا فأردت النقلة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: انتقلي إلى بيت ابن عمك عمرو بن أم مكتوم فاعتدي عنده** ".[2]

ووجه الدلالة من الحديث: هو بيان أن العدة واجبة على المطلقة، ولا يحلُّ لها تركها أبدا.

أما الإجماع:

فقد أجمع العلماء على وجوب العدة في الجملة، وإن اختلفوا في أنواع منها.[3]

ثالثا- الحكمة من مشروعية العدة:

شرعت العدة تحقيقا لعدة مصالح منها:

1- معرفة براءة رحم المرأة من الحمل، وأن لا يطأها زوج آخر غير المفارق لها حتى لا يجتمع ماء لواطئين فأكثر في رحم واحد، وبذلك يحصل الاشتباه في الأنساب فتضيع، وفي ذلك من الفساد ما تمنعه الشريعة السمحاء والعقل السليم.

2- تعظيم وتقديس عقد الزواج، واحترامه، ورفع قدره، وإظهار شرفه، فهو يختلف عن سائر العقود الأخرى بحيث أنه لا ينتهي بمجرد إنهاء العقد، بل تترتب عليه آثار يلتزم بها كلا الطرفين تجاه الآخر.

3- تطويل واتسّاع زمن الرجعة حتى تهدأ النفوس، ويذهب الغضب، ويجد الزوج لنفسه متّسعا من الوقت يمكنه من المراجعة لقوله تعالى: ﴿ **لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا** ﴾.[4]

1- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج4، المرجع السابق، ص381.

2- صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، ص 103.

3- ابن قدامة، المغني، ج9، ص76. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 384. حاشية الباجوري، ج2، ص281، شرح أبي الحسن على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، ص 108.

4- سورة الطلاق، الآية 01.

4- تعظيم واحترام الزوج إن كان متوفّى، فتظهر الزوجة تحزنها وتفجعها على فقده، وذلك لن يكون إلاّ بالعدة.

5- حق الزوجة المطلقة في النفقة والسكنى، ما دامت في العدة.

6- الاحتياط في ثبوت نسب الولد، وتميّز أبيه عن غيره.

7- حق الزوج الثاني هو أن لا يسقي ماؤه زرع غيره لقوله صلى الله عليه وسلم: " **لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره** ".[1] وذلك حتى يعلم هل الولد منه أم لا ؟ فيكون على بصيرة من أمره.[2]

رابعا- سبب وجوب العدة:

إن سبب وجوب العدة هو الفرقة بين الزوجين والتي قد تحصل بالطلاق أو التفريق أو الفسخ أو المتاركة كما قد تحصل بوفاة الزوج.

فإذا كانت الفرقة بوفاة الزوج، فإن العدة تجب على الزوجة، بقطع النظر عن حصول الدخول، وعدم حصوله لقوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾.[3] فالآية وردت مطلقة بإيجاب العدة دون تفرقة بين تحقق الدخول وعدم تحققه، وهذا فيما إذا كان عقد الزواج صحيحا، أما إذا كان فاسدا فإنه لا عدة على المتوفى عنها زوجها مالم يتحقق الدخول، فإذا تحقق الدخول بعد العقد الفاسد فإن على المتوفى عنها زوجها أن تعتد عدة هي غير عدة الوفاة.[4]

أما إذا كانت الفرقة لغير وفاة الزوج، كالطلاق، والتفريق، والفسخ، والمتاركة، فإنه لا عدة على الزوجة إذا كان غير مدخول بها لقوله تعالى: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا** ﴾.[5]

1- أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وصحّحه ابن حبان وحسّنه البزار من حديث رويفع بن ثابت. أنظر: سنن الترميذي، ج3 المرجع السابق، ص437، باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل. سنن أبي داود، ج2، المرجع السابق، ص 248 حديث رقم:2158 باب في وطء السبايا.

2- الجرجاوي، حكمة التشريع وفلسفته، ج2، ص74-75.

3- سورة البقرة، الآية: 234

4- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 235

5- سورة الأحزاب، الآية:49

أما إذا كانت مدخولا بها حقيقة أو حكما فإنه تجب عليها العدة لقوله تعالى:﴿ **والمطلقات يتربّصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾.[1]

وتجب العدة بعد الدخول ولو كان العقد فاسدا.[2]

ونخلص ممّا تقدم أن العدة تجب على هؤلاء النسوة:

1- المتوفى عنها زوجها المدخول بها وغير المدخول بها إذا كان العقد صحيحا، أما إذا كان فاسدا فإنه لا عدة على المتوفى عنها زوجها قبل الدخول.

2- المطلقة أو المفارقة لزوجها (بغير وفاة) إذا تم الدخول حقيقة أو حكما بعد عقد صحيح.

3- المفارقة لزوجها المدخول بها دخولا حقيقيا بعد عقد فاسد.

أما الدخول الحكمي (الخلوة) بعد عقد فاسد فلا يوجب العدة عند جمهور الفقهاء غير المالكية، ولا فرق بين أن تكون الفرقة حاصلة بطلاق رجعي أو طلاق بائن ببينونة صغرى أو ببينونة كبرى، كما لا فرق بين أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية.

خامسا- أنواع العدة وتحولها:

1- أنواع العدة:

عدة المرأة على ثلاثة أنواع وهي: العدّة بالأقراء، والعدّة بالأشهر، والعدّة بوضع الحمل، وشرح ذلك فيما يأتي:

أ- العدة بالأقراء:

اختلف الفقهاء في المقصود بالقرء في قوله تعالى: ﴿ **والمطلقات يتربّصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾.[3] فذهب بعض الفقهاء كالحنفية والحنابلة إلى أن المقصود بالقرء هو الحيض[4] وذهب المالكية، والشافعية،

1- سورة البقرة، الآية 228.

2- فاروق عبد الله كريم، المرجع نفسه، ص236.

3- سورة البقرة، الآية 228.

4- السرسخي، المبسوط، ج3، ص32. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج9، ص80

والظاهرية إلى أن المقصود به هو الطهر[1] وعلى كلا التفسيرين يجب على المرأة المطلقة أن تعتد ثلاثة قروء إذا كانت مدخولا بها[2].

ويشترط للعدة بالقرء ما يأتي:

- أن تكون الزوجة مدخولا بها حقيقة أو حكما.
- أن تكون من ذوات الحيض، فلا تكون صغيرة لم تبلغ سن الحيض أو آيسة تجاوزت سن الحيض.
- أن لا تكون حاملا.
- أن لا تكون معتدة من وفاة.

ب- العدة بالأشهر:

تعتد المرأة بالأشهر في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا توفي زوجها في زواج صحيح، ولم تكن حاملا وقت وفاة زوجها، ومدة العدة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ** ﴾[3] أما إذا كان العقد فاسدا وتم الدخول، فإن المتوفى عنها زوجها تعتدُّ بالأقراء لا بالأشهر، وسبق بيان أن المتوفى عنها زوجها لا عدّة عليها إذا كان العقد فاسدا ولم يتم الدخول.

الحالة الثانية: إذا كانت المفارقة لزوجها (بغير الوفاة) لم تكن قد بلغت سن الحيض وتم الدخول فإن عدتها ثلاثة أشهر.

الحالة الثالثة: إذا كانت المفارقة لزوجها (بغير الوفاة) ممّن بلغت سن اليأس فعدتها ثلاثة أشهر، والدليل الشرعي لهذه الحالة والتي قبلها قوله تعالى: ﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** ﴾.[4]

1- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص240. أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه المذهب الشافعي، ج2، ص93

2- والفرق بين المذهبين أنّ من فسر القرء بالطهر رأي أنها إذا دخلت المطلقة الرجعية في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج، ومن فسره بالحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة. ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ج**2**، ص 97

3- سورة البقرة، الآية: 234

4- سورة الطلاق، الآية 04.

وقد حدّد بعض الفقهاء سن اليأس بخمسين سنة، وبعضهم كالحنفية بخمس وخمسين سنة، وعليه الفتوى عندهم، وحدّدها بعض الفقهاء عندهم بستين سنة.[1] ولا دليل على ترجيح أي رأي من هذه الآراء ما دامت المسألة تختلف من امرأة لأخرى، لذلك ينبغي اللجوء إلى الطب ليحسم الأمر.

جـ- العدة بوضع الحمل:

لا خلاف بين الفقهاء في أن المطلقة أو المفارقة لزوجها (ما عدا المتوفى عنها زوجها) إذا كانت حاملا فإن عدتها تنتهي بوضع الحمل ولو بلحظات بعد الطلاق والفراق لقوله تعالى: ﴿ **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا** ﴾.[2]

والحمل الذي تنقضي به العدّة ما تبيّن منه شيء من خلق الإنسان، أما إلقاء مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي فلا تنقضي به العدة.[3]

أما المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا، فإن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى انقضاء عدتها بوضع الحمل[4] وذهب بعض الفقهاء منهم الجعفرية إلى أنها تعتدُّ بأبعد الأجلين، وينسب هذا الرأي إلى علي بن أبي طالب وإبن عباس رضي الله عنهما[5] ومعنى ذلك أنه بعد وفاة الزوج ينظر فإذا كانت مدة الحمل أكثر فعدّتها بوضع الحمل، أما إذا كانت مدة أربعة أشهر وعشرة أيام هي الأكثر فعدتها تنتهي بمضي المدة.

2- تحول العدة من نوع إلى نوع آخر:

تبيّن لنا مما تقدم أن العدة قد تكون بالأقراء، وقد تكون بالأشهر أو بوضع الحمل، ولكن قد يحدث من الأمر ما يحوّل العدّة من نوع إلى نوع آخر، وذلك كما يأتي:

أ- إذا كانت الزوجة المطلقة ممّن لم تحض أو كانت آيسة فبدأت عدتها بالأشهر ثم حاضت أثناء العدّة فإنها تبدأ العدة بالأقراء ولا تحتسب المدة الماضية، ذلك لأن الأصل هو الاعتداد بالقروء والعدة بالأشهر خلف عنها.[6]

1- ابن قدامة المقدسي، المغني، ج9، ص93.

2- سورة الطلاق، من الآية 04.

3- الشيرازي، المهذب، ج2، ص142

4- ابن قدامة المقدسي، المرجع نفسه. النووي، روضة الطالبين، ص1519.

5- الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ص235. ابن قدامة المقدسي، المرجع نفسه، ص 110

6- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص240

ب- إذا كانت المعتدة من ذوات القرء، ثم صارت من الآيسات قبل انتهاء القروء الثلاثة، فإن الفقهاء اختلفوا على ثلاثة أقوال، هي فيما يأتي[1]:

الأحناف قالوا: أنها تعتد ثلاثة أشهر بعد بلوغها سن اليأس.

المالكية قالوا: أنها تعتد تسعة أشهر فإن لم تحض فيها اعتدت بعدها ثلاثة أشهر.

الجعرفية قالوا: أنها تستأنف العدة بثلاثة أشهر.

ج- إذا كانت المرأة مطلقة طلاقا رجعيا ومات زوجها وهي في أثناء العدة، فإن عدة الطلاق تتحول إلى عدة الوفاة، فتعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ولا تحتسب مدة ما قبل الوفاة.[2]

د- إذا مات زوج المطلقة وهي في العدّة، فتعتد عدة الوفاة ولا تحتسب المدة الماضية.

الفرع الثاني: مسألة عدّة المرأة التي لم تحض

لم يتطرّق قانون الأسرة لمسألة عدّة المرأة التي لم تحض أي تلك التي لم تر الدم بعد، ولعل السبب في ذلك هو أنه يمنع زواج الصغيرة، إلا أن مسألة عدم الحيض لا تختصُّ بالتي لم تبلغ فقط، وإنما تمتد لكل امرأة لم تحض بعد، بما في ذلك المرأة التي بلغت السن القانوني للزواج.

وعلى المستوى العمل القضائي- وفي حدود إطلاعنا- لم نسجل قرارا قضائيا للمحكمة العليا يعالج مسألة عدّة المرأة التي لم تحض، وبما أن المسألة تقتضي الإجتهاد، فإننا نرى وجوب استعراض آراء فقهاء المذاهب فيها وأدلتهم، ثم الترجيح بينها. وذلك فيما يلي:

أولا- آراء الفقهاء:

أجمع الفقهاء على أن الآيسة من المحيض، والصغيرة التي لم تبلغ سن الحيض، إذا طلقتا فإن عدة كل منهما ثلاثة أشهر فقط .[3]

وقد استندوا في إجماعهم هذا على قوله تعالى:﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** ﴾[4]. فقد بين الحق تبارك وتعالى عدة المطلقة اليائسة من المحيض، والصغيرة التي لم تحض، وحددها بثلاثة أشهر فقط فلا يصار إلى خلافه.

1- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص240

2- المرجع نفسه، ص 241.

3- ابن قدامة، المغني، ج9، ص 89. البهوتي، كشاف القناع عن متن القناع، دار الفكر للطباعة، بيروت لبنان، 1982 ج5، ص 418. الدردير، الشرح الصغير، ج1، ص461. الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص 68.

4- سورة الطلاق: الآية 04.

واتفق الفقهاء أيضا على أن دم الحيض يبدأ من سن التاسعة، أما قبل التسع سنوات فإذا رأت المرأة دما فهو ليس دم حيض بل دم علة وفساد.[1]

وفي هذا يقول ابن قدامه في المغني: " **وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين لأن المرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد من تحيض لتسع، فقد روى الشافعي أنه قال: رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة... فإن رأت دما قبل ذلك فليس بحيض لأنه لم يوجد من مثلها متكررا، والمعتبر في ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة ولم يوجد ذلك فلا يعتد به**".[2] وعلى ذلك فإذا رأت المرأة دما قبل تسع سنوات ثم طلقت اعتدت بثلاثة أشهر.

وقد اختلف الفقهاء في عدّة من بلغت سنا تحيض فيه النساء في الغالب ولم تحض، وذلك على أقوال فيما يأتي:

- **الأحناف** قالوا: إن كانت المرأة قد بلغت بالسن خمس عشرة سنة على قول الصاحبين[3]، أو سبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة، لكنها لم تحض فإنها تعتد ثلاثة أشهر، فمن كان طهرها أصليا فعدتها ثلاثة أشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض، أو استمرت لا تحيض إلى الثلاثين أو الأربعين.[4]

وفي رواية عن القاضي أبي بكر محمد بن الفضل أن عدتها لا تنقضي بالأشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا ؟ فإن ظهر حملها اعتدت بالوضع، وإن لم يظهر اعتدت بالأشهر.[5]

- **المالكية** قالوا: إذا كانت تطيق الوطء فإنها تعتد ثلاثة أشهر وإن بلغت الثلاثين، أما إذا كانت لا تطيق الوطء فلا عدة عليها.[6] وفي قول آخر: تعتد بثلاثة أشهر بعد تربصها تسعة أشهر، فإن أتمت السنة ولم يأتها حيض ولم يظهر بها حبل فقد حلت، وإن أتى عليها حيض انتظرت حيضة ثانية أو تمام السنة، فإن

1- ابن قدامة، المغني، ج9، ص93. ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ط2، دار الفكر بيروت، 1977، ج3، ص 311.

2- ابن قدامة، المرجع نفسه، ص92-94

3- وهما: أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني أصحاب أبي حنيفة وتلاميذه.

4- عبد الغني الغنيمي الدمشقي الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، حققه وفصله وضبطه وعلق على حواشيه محمد محي الدين عبد الحميد، ط4، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1979، ج3، ص 80. ابن الهمام الحنفي، المرجع نفسه،ج4، ص311، 312.

5- ابن الهمام الحنفي، المرجع نفسه، ج4، ص312.

6- الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص72- 73. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص28. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4، ص144.

تمّت السنة من غير دم حلت، وإن حاضت انتظرت الثالثة أو تمام السنة فتحل بأقرب الأجلين الحيض أو سنة كاملة.[1] وفي هذا يقول الشيخ محمد عليش: " وقولهم عدة الشابة التي لم تر الحيض ثلاثة أشهر فقط يجب قصره على من لم تحمل كما هو الغالب، لأن التي تحمل ولا تحيض لا تدل الثلاثة أشهر على براءتها من الحمل، إنما الذي يدل عليها مضي مدته الغالبة من غير ظهوره وهي التسعة أشهر على أنها إن ولدت بدم فقد حاضت... ومن حاضت في عمرها ولو مرة لا تكفيها ثلاثة أشهر".[2]

– **الشافعية** قالوا: إذا بلغت المرأة سنا تحيض فيه النساء في الغالب كخمس عشرة سنة فلم تحض، فعدتها ثلاثة أشهر، وإن ولدت ولم تر حيضا قبله، ولا نفاسا بعده، ففي عدتها قولان:

الأول وهو قول الشيخ أبو حامد الأسفرايني: أنها تعتد بثلاثة أشهر.

الثاني: لا تعتد بالشهور، بل تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الأقراء.[3]

– **الحنابلة** قالوا: إن بلغت المرأة سنا تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر في ظاهر قول الخرقي وقول أبي بكر الخلال، وفي رواية لأبي طالب عن الإمام أحمد أنها تعتد سنة، قال القاضي أبو يعلى: هذه الرواية أصح.[4]

– **الظاهرية** قالوا: تعتد من لم تحض بثلاثة أشهر وإن كانت كبيرة. [5]

مما سبق نستنتج أن للفقهاء في هذه المسألة عدة أقوال:

الأول: أن عدة من بلغت سن الحيض ولم تحض، ثلاثة شهور، وإن بلغت ثلاثين أو أربعين سنة سواء كانت تلد أو لا تلد، بهذا قال الأحناف، والمالكية في قول، والشافعية في قول، والحنابلة في رواية، والظاهرية.

واستدلوا على ذلك بعموم قوله تعالى:﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾[6]. ووجه الدلالة من الآية:

1– أبو عبد الله محمد بن أحمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى، دار المعرفة بيروت، د. ط، د. ت، ج2، ص 79.

2– أبو عبد الله محمد بن أحمد عليش، المرجع نفسه، ج2، ص 79.

3– الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 387.

4– ابن قدامة المقدسي، المغني، ج9، ص93– 94. ابن قدامة المقدسي، الكافي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي بيروت،، ط3، 1982، ج3، ص309.

5– ابن حزم، المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق، دار الأفاق الحديثة، بيروت، ج**10**، ص 265.

6– سورة الطلاق: الآية 04.

– أن من بلغت سنا يحيض فيه غيرها ولم تحض، تدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ **وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** ﴾ وإن كانت كبيرة لعموم الآية.[1]

– أن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها، لهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء في الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين– اعتدت بالأقراء اعتبارا بحالها، فكذلك إذا لم تحض في سن تحيض فيه النساء وجب أن تعتد بالأشهر اعتبارا بحالها.[2]

الثاني: أنها تعتد سنة وهي رواية لأبي طالب عن الإمام أحمد، واستدل على ذلك بأن من أتى عليها زمان الحيض فلم تحض صارت مرتابة ويجوز أن يكون بها حمل منعها من الحيض، فيجب أن تعتد بسنة كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده .[3]

الثالث: تعتد ثلاثة أشهر بعد تربُّصها تسعة أشهر– أي سنة كاملة – إذا كانت ممّن يحمل ويلد، وبهذا قال بعض علماء المالكية، مستدلين على ذلك بأن من تحمل ولا تحيض لا تدل الثلاثة شهور على براءة رحمها من الحمل، إنما الذي يدلُّ على ذلك هو مضي مدة الحمل الغالبة من غير ظهوره وهي التسعة أشهر.[4]

الرابع: إنها لا تعتد بالشهور، بل تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الأقراء إذا كانت ممّن تحمل وتلد، وبهذا قال الشافعية في وجه، مستدلين على ذلك بأنه لا يجوز أن تكون المرأة من ذوات الأحمال ولا تكون من ذوات الأقراء، وعلى ذلك تعتد بالأقراء.[5]

الخامس: أن عدتها لا تنقضي بالأشهر، بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت أم لا ؟ فإن لم يظهر بها حبل اعتدت بالأشهر– أي بثلاثة أشهر– وإلى هذا ذهب القاضي أبو بكر محمد بن الفضل من الحنفية.

ثانيا– الترجيح بين آراء الفقهاء:

من خلال عرض آراء الفقهاء وأدلتهم، يمكن أن نرجح ما ذهب إليه القاضي أبو بكر محمد بن الفضل من علماء الحنفية، من أن المرأة التي لم تحض تعتد بثلاثة أشهر، لكن بعد التأكد من خلو الرحم من الحمل وذلك لأن العدة حق من حقوق الله، وحق الله يجب أن يحتاط له، فتكون العدة ثلاثة شهور كما

1– الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص76.

2– ابن قدامة، المغني، ج9، ص93– 94. أبو إسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، **المبدع** طبعة 1980، المكتب الإسلامي، بيروت، ج8، ص 125.

3– ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 94.

4– أبو عبد الله محمد بن أحمد عليش، فتح العلي المالك، ج2، ص 79. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج2، ص 68.

5– الإمام أبي إسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف، الشيرازي، **المهذب**، ج2، ص 144.

ذكر جمهور الفقهاء، ولكن بعد التأكد من خلو الرحم من الحمل، وهذا أمر ميسور وسهل في عصرنا الحاضر نظرا لتطور العلوم والتكنولوجيا، فبالطب الحديث يمكن التأكد من وجود الحمل أم عدمه بعد عشرة أيام فقط من حدوث الحمل[1] ولا يحتاج الأمر إلى أن تعتد بسنة كما قال أبو طالب في رواية عن الإمام أحمد، وذلك لأنه إذا ظهر أنه ليس بها حمل لم تكن مرتابة، ولا تحتاج إلى أن تتربص تسعة أشهر قبل العدة كما ذكر بعض علماء المالكية، وأما ما قاله الشافعية في وجه من حيث أنها تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الأقراء فهذا قياس مع فارق، لأن الكبيرة التي تباعد حيضها من ذوات الأقراء، وهذه في رأينا ليست من ذوات الأقراء لعدم حيضها.

الفرع الثالث: مسألة السن الذي تصير به المرأة من الآيسات

لم يحدّد قانون الأسرة السن الذي تصير به المرأة من الآيسات، لذلك يبقى المجال مفتوحا للاجتهاد القضائي في إطار أحكام الشريعة الإسلامية. ولم نعثر- في حدود إطلاعنا- على أي اجتهاد قضائي يحدّد السن الذي تصير به المرأة من الآيسات.

وتبعا لذلك، ستقتصر الدراسة في هذا الفرع على استعراض آراء فقهاء المذاهب في المسألة وأدلتهم، ثم الترجيح بينها. وذلك فيما يلي:

أولا- آراء الفقهاء في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات:

اختلفت آراء فقهاء المذاهب في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات، وذلك على النحو الآتي:

1- الأحناف، ولهم روايتان:

الأولى: لا تقدير للآيس بسن معينة، ولكن تكون المرأة من الآيسات إذا بلغت من السن ما لا يحيض فيه مثلها، ويعرف ذلك بالاجتهاد والمماثلة في تركيب البدن والسمنة والهزال، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع عنها الدم حكم بإياسها، وهذا هو ظاهر الرواية.

الثانية: يمكن تقدير الآيسة بسن معينة، لكن اختلف في التقدير، والمختار أن سن اليأس تقدر بخمس وخمسين وهي رواية الحسن ابن زياد قال في الفتح والبحر: عليه أكثر المشايخ. وفي رواية أخرى عن

1- محمد علي البار، **خلق الإنسان بين الطب والقرآن**، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1980.

محمد أنها مقدرة في الروميات بخمس وخمسين سنة، وفي غيرهن بستين، وقيل: ستون مطلقا، وقيل: سبعون، وقيل: خمسون.[1]

2- المالكية قالوا: الآيسة هي من بلغت سن الخمسين ولم تبلغ السبعين، فسن اليأس هو السن بين الخمسين والسبعين، فالتي لم تبلغ الخمسين دمها حيض قطعا، ومن بلغت السبعين دمها غير حيض قطعا، وأما التي بين الخمسين والسبعين فهي الآيسة، فإذا رأت الدم في هذه الفترة ترجع إلى النساء العارفات بأحوال الحيض لمعرفة دمها هل دم حيض أم لا ؟ فإن كان دم حيض اعتدت بالأقراء، وإلا فبالأشهر، وان انقطع الدم بعد الخمسين فعدتها بالأشهر قطعا.[2]

3- الشافعية قالوا: المعتبر في اليأس في قول هو يأس عشيرتها أي أقاربها من الأبوين، وذلك لتقاربهنَّ طبعا، وخلقا، ويعتبر الأقرب فالأقرب إليها، فإذا بلغت السن الذي ينقطع فيه حيضهنَّ فقد بلغت سن اليأس، وفي قول آخر يعتبر يأس كل النساء للاحتياط وطلبا لليقين وذلك بحسب ما يبلغها وما يمكن معرفته من أخبار النساء، لا كل نساء العالم لأن ذلك غير ممكن. فهذه أشهر الأقوال في المذهب، وقيل: ستون، وقيل: خمسون، وقيل: اثنان وستون، وقيل: سبعون، وقيل: خمسة وثمانون، وقيل: تسعون، وقيل: غير العربية لا تحيض بعد الخمسين، ولا تحيض بعد الستين إلا قرشية.[3]

4- الحنابلة: اختلفت الرواية عن الإمام أحمد في السن الذي تصير فيه المرأة من الآيسات، فروي عنه أن أوّله خمسون سنة لأن عائشة رضي الله عنها قالت: لن ترى المرأة في بطنها ولدا بعد خمسين سنة، وروي عنه إن كانت من نساء العجم فخمسون، وإن كانت من نساء العرب فستون لأنهن أقوى طبيعة، وقيل تنتهي سن اليأس عند الستين.[4]

وقال الخرقي: " إذا رأت الدم بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض، فعند ذلك لا تعتد به، وتعتدُّ بالأشهر كالتي لا ترى دما ". [5]

1- السرسخي، المبسوط، ج6، ص 27. ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج4، ص 318، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج3، ص 515.

2- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، على الشرح الصغير للدردير، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، د.ط، د.ت ج1، ص 461. علي الصعيدي العدوي، حاشية العدوى على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني، ج2، ص 109. الخرشي المالكي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج4، ص 142.

3- الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 387- 388.

4- ابن قدامة، المغني، ج9، ص92، ابن قدامة، الكافي، ج3، ص 306.

5- ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 93.

5- الظاهرية قالوا: ليس هناك من سن معينة لليأس، ولكن إذا رأت العجوز المُسنّة دما أسود فهو حيض وعلى ذلك تعتد بالأقراء.[1]

ثانيا- الترجيح بين آراء الفقهاء:

بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء في المسألة يتضح لنا ان أقرب الآراء إلى الصواب هو ما ذهب إليه الظاهرية والأحناف في الرواية القائلة بعدم التقدير بسن معينة، وذلك لأن اليأس مما يختلف فيه النساء، فرب امرأة تجاوزت الخمسين والحيض يأتيها على عادتها كما كان قبل ذلك، وأخرى لم تصل الخمسين انقطع حيضها نهائيا، فعلى ذلك يختلف الحكم من امرأة إلى أخرى، ويرجع في ذلك إلى الاجتهاد والمماثلة في تركيب البدن والسمنة والهزال والله أعلم.

الفرع الرابع: مسألة الأقراء في حساب العدة

نص قانون الأسرة في المادة **58** بأن عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة قروء، إلا أنه لم يُبيّن معنى القرء، هل المقصود به الحيض؟ أم الطهر؟ محيلا ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

وعلى مستوى العمل القضائي لم نجد- في حدود إطلاعنا- اجتهادا للمحكمة العليا يُبيّن معنى القرء والمقصود منه، لذلك سيتم في هذا الفرع بيان آراء فقهاء المذاهب في هذه المسألة وأدلتهم، ثم مناقشتها والترجيح بينها.

أولا- آراء الفقهاء في معنى القرأ والمقصود به:

القرء لغة مشترك بين الطهر والحيض، ويجمع على أقراء وقروء وأقرؤ، وللفقهاء رأيان في تفسير القرء[2]:

ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن المراد بالقرء **الحيض**، لأن الحيض معرّف لبراءة الرحم، وهو المقصود من العدة، فالذي يدلُّ على براءة الرحم إنّما هو الحيض لا الطّهر.

ولقوله تعالى: :﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾[3]. فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر، فدل على أن الأصل الحيض.

1- ابن حزم، المحلى، ج2، ص 190.

2- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ص 597 وما يليها. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 235. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 385، ابن قدامة، المغني، ج7، ص 452 وما يليها.

3- سورة الطلاق: الآية 04.

ولأن المعهود في الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض، لقول رسول صلى الله عليه وسلم للمستحاضة : " **دعي الصلاة أيام أقرائك** ".[1] ولقوله: " **طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان** "[2]، فإذا اعتبرت عدة الأمة بالحيض، كانت عدة الحرة كذلك.

ولأن ظاهر قوله تعالى: ﴿ **يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾ وجوب التربص ثلاثة كاملة، ومن جعل القروء الأطهار، لم يوجب ثلاثة، لأنه يكتفي بطهرين وبعض الثالث، فيخالف ظاهر النص، ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة، فيوافق ظاهر النص، فيكون أولى من مخالفته.

ولأن العدة استبراء، فكانت بالحيض، كاستبراء الأمة، لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل، والذي يدل عليه هو الحيض، فوجب أن يكون الاستبراء به.

ويرى المالكية والشافعية: أن القرء هو الطهر، لأنه تعالى أثبت التاء في العدد **ثلاثة**، فدلّ أن المعدود مذكر، وهو الطهر، لا الحيضة. ولأن قوله تعالى: ﴿ **فطلقوهن لعدتهن** ﴾ أي في وقت عدتهن، وبما أن الطلاق في الحيض محرم، فيصرف الإذن إلى زمن الطهر، وأجيب بأن معنى الآية مستقبلات لعدتهن.

ولأن القرء مشتق من الجمع، فأصل القرء الاجتماع، وفي وقت الطهر يجتمع الدم في الرحم، وأما الحيض فيخرج من الرحم، وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته.

وفائدة الخلاف أنه إذا طلقها في طهر، انتهت عدتها في رأي المالكية والشافعية بمجيء الحيضة الثالثة، لأنها يحتسب لها الطهر الذي طلقت فيه، ولا تخرج من عدتها إلا بانقضاء الحيضة الثالثة في رأي الحنفية والحنابلة، وقد روي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أنهما قالا: " يحل لزوجها الرجعة إليها، حتى تغتسل من الحيضة الثالثة " مما يؤيد رأي الحنفية والحنابلة.[3]

ثانيا– الترجيح بين آراء الفقهاء ومناقشتها:

والراجح من الآراء عند البعض هو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة، لاتفاقه مع الواقع والمقصود من العدة، فالنساء عادة تنتظر مجيء الحيض ثلاث مرات، فيتقرر إنقضاء العدة، ولا تعرف براءة الرحم إلا بالحيض، فإذا حاضت المرأة تبيّن أنها غير حامل، وإذا استمر الطهر تبين غالبا وجود الحمل. وقد روي

1– رواه أبو داود والنسائي، أنظر: نيل الأوطار، ج6، ص 290 وما يليها نقلا عن وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص597

2– رواه أبو داود. أنظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 598.

3– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 598.

النيسابوري عن الإمام أحمد بن حنبل: " كنت أقول: إنه الأطهار، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض " ورجوعه عن رأي سابق يكون عادة لمسوغات أو مرجحات أقوى.

وتبعا لما تقدم بيانه، يمكن القول بأن الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة لا تحل الإشكال نظرا لاختلاف آراء الفقهاء في المسألة، وصعوبة تبيّن الراجح من الأقوال لتكافؤ الأدلة.

فمدة العدة التي تتربص فيها ذات القرء، إذ قلنا أن القرء هو الطهر، تختلف عن مدة تربصها إذ قلنا أن القرء هو الحيض، بمعنى أن في الأولى، **طهر** ثم حيض، ثم **طهر** ثم حيض، ثم **طهر**، وبابتداء الحيضة الثالثة تنقضي عدتها، أما الثانية، فطهر، ثم **حيض**، ثم طهر ثم **حيض**، ثم طهر ثم **حيض**، ثم طهر، وهنا يثار التساؤل هل تنقضي عدتها تماما بالطهر من الحيضة الثالثة ؟ أم تنقضي حتى تغتسل ؟ وبكل قال الفقهاء، كما رأينا.

لذلك فإن السكوت عن معنى القرء سيؤدي لا محالة إلى تضارب الأحكام القضائية وفتح باب المنازعات فمثلا قد يدّعي الزوج مراجعة طليقته في الحيضة الثالثة آخذا بأن القرء هو الحيض، وتدفع الزوجة بخلاف ذلك من أن عدتها قد انقضت آخذةً بأن القرء هو الطهر، وكل منهما يدعي حقا أقره الشرع، ولحسم هذه المسألة فإن الأمر يتطلب اجتهادا قضائيا رصينا يحدّد المقصود بالقرء، أو نصا صريحا من المشرع في التعديلات القادمة يُبيّن معنى القرء أهو الحيض؟ أم الطهر؟

الفرع الخامس: مسألة عدة المستحاضة

لم يتعرض قانون الأسرة لعدة المستحاضة، ولم نجد– في حدود إطلاعنا– تطبيقا قضائيا لهذه المسألة ممّا يقتضي بالضرورة بيان أحكامها في الفقه الإسلامي، وذلك بعرض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيها وأدلّتهم (أولا)، ثم مناقشتها والتّرجيح بينها (ثانيا).

أولا– آراء الفقهاء:

المستحاضة أو ممتدة الدم هي التي يستمر عليها الدم بلا انقطاع. فإن ميّزت بين دم الحيض ودم الاستحاضة عملت به، والحال كذلك إن كانت لها عادة أنها تحيض في الشهر كذا، هذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من المالكية، والحنفية، والشافعية، والحنابلة.[1]

فإن لم يكن لها مرد من تمييز أو عادة أو نسيت:

1– ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير،ج4، ص312. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج4، ص138.

فالحنفية في إحدى الروايتين عندهم أنها تعتدُّ **بثلاثة أشهر**، وفي الرواية الثانية وهي الرّاجحة في المذهب أنها تعتد **بسبعة أشهر**.[1]

أما المالكية، فهم يرون أن المستحاضة غير المميزة بين دم الحيض والاستحاضة كالمرتابة، تمكث سنة كاملة، تقيم تسعة أشهر استبراء لزوال الريبة، لأنها مدة الحمل غالبا، وثلاثة أشهر عدة، وتحلُّ للأزواج فتكون عدة المستحاضة غير المميزة، ومن تأخر عنها الحيض، لا لعلة، أو لعلة غير الرضاع **سنة كاملة** أما المميزة المستحاضة ومن تأخر حيضها لرضاع فتعتدُّ بالأقراء.[2]

أما الحنابلة فالذي عليه جمهورهم: أنها إذا كانت ناسية لوقتها أو كانت مبتدئة، فعدتها ثلاثة أشهر كالآيسة[3]. لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة، فجعل لها حيضة كل شهر، بدليل أنها تترك فيها الصلاة ونحوها.[4]

أما الشافعية فعندهم قولان، الأول: أنها تعتد بثلاثة أشهر، أما الثاني: فإنّها تؤمر بالتربص إلى سن اليأس أو أربع سنين، أو تسعة أشهر، ثلاثة أقوال، وهذا أخذا بالاحتياط، ولا تمتد الرجعة وحق السكنى إلى جميع هذه المدة لأن الزوج يتضرر بذلك، بل لا يزيد ذلك عن ثلاثة أشهر ويختص الاحتياط بما يتعلق بها وهو تحريم النكاح.[5]

ثانيا- الترجيح بين آراء الفقهاء:

بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء في المسألة يتضح لنا أن أقرب الآراء إلى الصواب هو أن المستحاضة إن كانت مميزة أو لها عادة عملت بذلك، وهذا عليه المذاهب الأربعة كما رأينا. فإن لم تكن مميزة أو نسيت عادتها، فعدتها ثلاثة أشهر لأن قول الله تعالى:﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾ يتضمن هذا المعنى، ولأن ذلك محقق للمصلحة، فلا يطيل الانتظار على المطلقة إن أرادت أن تتزوج، ولا ينهك كاهل الزوج بالإنفاق مدة طويلة، وفضلا عن هذا كله فإنه لا يتنافى مع مقصد الشارع من تشريع العدة، لأن الثلاثة أشهر كافية للتعرف على براءة الرحم.

1- محمد أبو زهرة، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 376.

2- المرجع نفسه. ص 376

3- المرجع نفسه. ص 376 وما يليها.

4- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 609.

5- النووي، **روضة الطالبين**، المرجع السابق.

الفرع السادس: مسألة عدة المتحيرة

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة عدة المرأة المتحيّرة، وهو الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط حكمها المناسب طبقا للمادة 222 من نفس القانون. ولن يتأتى ذلك إلى بعرض آراء الفقهاء وأدلّتهم (أولا)، ثم مناقشتها والتّرجيح بينها (ثانيا).

أولا- آراء الفقهاء :

المرأة المتحيّرة هي التي يرتفع عنها الحيض، لا تدري ما رفعه بعد أن كانت تحيض، فهي متحيّرة في أمرها، أتعتدُّ بالأقراء؟ أم تعتد بالأشهر؟ أم كيف تصنع؟ للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب إليه المالكية، والحنابلة، وقول الشافعي في القديم، وأصح قولي الشيعة، وهو قضاءعمر بن الخطاب رضي الله عنه[1]. ومفاده بأن المرأة التي يرتفع حيضها لا تدري ما رفعه، فإنها تمكث تسعة أشهر، وهي مدة الحمل عادة، ثم تعتد بثلاثة أشهر فتكون **سنة**، فإن لم تر الدم خلالها انقضت عدتها، فإن رأت الدم خلال السنة انتظرت **سنة ثانية** من يوم رأت الدم، فإن مضت السنة من غير أن ترى الدم، انقضت عدتها، وإن رأت الدم في خلالها انتظرت **سنة أخرى**، وهكذا حتى تمضي ثلاثة قروء أو تمضي سنة دون أن ترى فيها الدم، فتنقضي عدتها بذلك.

وذلك لما روي عن ابن المسيب أنه قال: قال عمر بن الخطاب: (أيُّما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها، فإن لم يستبن حملها في التسعة أشهر، فلتعتد ثلاثة أشهر بعد التسعة التي قعدت من الحيض).[2] ولأن المقصود من العدة معرفة براءة الرحم وخلوه من الحمل، وتتحقق هذه المعرفة بمضي هذه المدة، فيكتفى بها.[3]

الرأي الثاني: وقال به الحنفية والشافعي في الجديد، ومفاده أن المرتابة بالحيض أو ممتدة الطهر، وهي التي ارتفع حيضها، ولم تدر سببه من حمل أو رضاع أو مرض، فإنها تبقى أبدا حتى تحيض أو تبلغ سن من لا تحيض، ثم تعتد بثلاثة أشهر، لأنها لمّا رأت الحيض صارت من ذوات الحيض، فلا تعتدُّ بغيره، وهذا مروي عن الصحابة علي بن أبي طالب، وعثمان بن عفان، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.[4]

1- الإمام مالك، **المدونة الكبرى**، ج5، ص108 وما بعدها. ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص 71. ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج**2**، ص78 وما يليها.

2- محمد رواس قلعه، موسوعة فقه عمر بن الخطاب، دار الطبع والنشر غير معروفة، ط1، 1981، ص499 وما يليها.

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 608.

4- الكساني، بدائع الصنائع، ج3، ص 195. ابن قدامة، المغني، ج8 ص 71 وما بعدها.

الرأي الثالث: ومفاده أن المتحيرة تعدُّ مرتابة وعدّتها ثلاثة أشهر. وهذا ما قال به الإمام_الطبري من أن تأويل الآية: ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم ﴾، بالحكم فيهن وفي عدتهن، فعدتهن ثلاثة أشهر[1]. ويقول أحمد محمد شاكر: " **والحق أن التي ترتفع حيضتها لغير رضاع أو تدعي ذلك فعدتها ثلاثة أشهر، وهي مرتابة لأن قوله تعالى: ﴿إن ارتبتم﴾ معناه إن ارتبتم في حيضها** ".[2]

وروى الإمام البخاري عن مجاهد قال: " **إن لم تعلموا يحضن أو لا يحضن، واللائي قعدن عن المحيض واللائي لم يحضن، فعدتهن ثلاثة أشهر**".[3]

ثانيا- الترجيح بين الآراء:

بعد بيان آراء الفقهاء في عدّة المتحيرة، فإنه يظهر لنا ترجيح الرأي الثالث لما فيه من الرفق بالناس، وعدم تطويل العدة على المرأة، وهذا محقق للمصلحة فلا نترك المرأة محبوسة الشك، ولا نثقل كاهل الزوج بالنفقات طول فترة العدة.

فإن رأت المرأة الدم خلال مدة الرضاع اعتدت بالأقراء، وإن لم تر الدم حتى فطم ولدها اعتدت بالأقراء أيضا، فإن لم يأتها الدم حتى ارتبنا في أمرها فهي عندئذ، كما يقول بعض الباحثين مرتابة وعدتها ثلاثة أشهر، وهنا لا بد من الاستعانة بخبرة الأطباء في هذا الشأن، لأن المرأة في هذه الحالة ليست من الآيسات، ولا من المرتاب فيهن. أما من يرتفع حيضها لمرض كالمرتابة تعتدُّ بثلاثة أشهر بعد الاستعانة بخبرة الطبيب الشرعي، وهذا ما رجحه بعض الباحثين والفقهاء وهو رأي صواب، لأن الغالب الأعم ظهور الحمل في الأشهر الثلاثة الأولى، وعندما نضيف خبرة الطبيب الشرعي نتيقن من وجود الحمل أو عدمه.

الفرع السابع: أحكام العدّة أو حقوق المعتدة وواجباتها

لم يفصل قانون الأسرة في أحكام العِدَد أو حقوق المعتدة وواجباتها، مما يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لبيانها طبقا للمادة 222 من نفس القانون.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها تبيّن أن العدّة تتعلق بها عدّة أحكام نلخصها فيما يلي:

1- الطبري، جامع البيان للطبري، ج14، ص140.

2- نظام الطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص101.

3- صحيح البخاري، الطلاق، باب: واللائي يئسن، 36- 203715.

أولا- تحريم الخطبة والزواج:

المعتدة لا يحلُّ لها أن تتزوج ما دامت في العدة، ولا تجوز خطبتها تصريحا ولا تعريضا ما دامت في العدة لأن المطلقة طلاقا رجعيا في حكم الزوجة، فلا يجوز خطبتها، ولبقاء بعض آثار الزواج في المطلقة ثلاثاً أو بائناً. والمعتدة من وفاة تجوز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً لقوله تعالى: ﴿ **ولا جناح عليكم فيما عرَّضتم به من خطبة النساء** ﴾[1] ولأنه في عدة الطلاق لا يجوز للمعتدة الخروج من منزلها أصلا ليلا ولا نهارا، ويجوز للمتوفى عنها عند الحنفية الخروج نهاراً، ولأن إثارة العداوة بالتعريض لزوجها الأول يتصور في المطلقة لا المتوفى عنها.

وأما الزوج فيجوز له أن يراجع زوجته في العدة إن كان الطلاق رجعياً، وإن كان الطلاق بائناً بينونة صغرى فله أن يعقد عليها عقداً جديداً في أثناء عدتها، وإن كان الطلاق بائناً بينونة كبرى فإنها لا تحلُّ له حتى تنكح زوجا غيره بالشروط المعروفة.

ولا يجوز للأجنبي إجماعا نكاح المعتدة، لقوله تعالى:﴿ **ولا تعزمُوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله**﴾[2] أي لا تعقدوا عقدة النكاح حتى تنقضي العدة التي أمر الله بها، ولبقاء الزوجية في الطلاق الرجعي وبعض آثار الزواج في طلاق الثلاث والبائن، فإذا تزوجت المعتدة فالنكاح باطل لأنها ممنوعة من الزواج لحق الزوج الأول، فكان نكاحا باطلا كما لو تزوجت وهي في نكاحه، ويجب أن يفرق بينهما.

ويجوز لصاحب العدة أن يتزوج بمطلقته المعتدة، لأن الإلزام بالعدة إنما شرع مراعاة لحق الزوج، فلا يجوز أن يمنع حقه، فالعدة لحفظ مائه وصيانة نسبه، فلا يصان ماؤه عن بعضه، ولا يحفظ نسبه عنه، فإذا انقضت العدة جاز لأي شخص أن يتزوجها.[3]

ثانيا- حرمة الزوج على الغير:

إذا كانت مطلقته الرجعية في العدة وفي عصمته ثلاث نساء غيرها، فلا يحلُّ له أن يتزوج من أخرى حتى تنتهي من عدتها، وإذا كانت مطلقته في العدة فلا يحلُّ له أن يتزوج وهي في العدّة من امرأة تعتبر محرما لها كأختها أو عمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها.[4]

1- سورة البقرة، الآية:**807**

2- سورة البقرة، الآية:**807**

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 619.

4- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 348

ثالثا- حرمة الخروج من البيت:

للفقهاء آراء متقاربة في مسألة خروج المعتدة من البيت نلخصها فيما يأتي[1]:

الحنفية: فرقوا بين المطلقة والمتوفى عنها زوجها، فقالوا: يحرم على المطلقة البالغة العاقلة الحرة المسلمة المعتدة من زواج صحيح الخروج ليلا ونهارا، سواء أكان الطلاق بائنا أم ثلاثا أم رجعيا، لقوله تعالى: ﴿ **لا تُخرجُوهنَّ من بُيوتهنَّ ولا يَخرُجن إلاَّ أن يأتينَ بفاحشة مُبيّنة** ﴾[2] وقوله تعالى:﴿ **أسكنُوهُنّ من حيثُ سكنتم** ﴾[3] والأمر بالإسكان نهي عن الإخراج والخروج. وأما في الطلاق الثلاث أو البائن فلعموم النهي عن الخروج، ومساس الحاجة إلى الحفاظ على الأنساب وعدم اختلاط المياه. وأما المتوفى عنها زوجها فلا تخرج ليلا، ولا بأس أن تخرج نهارا في حوائجها، لأنها تحتاج إلى الخروج بالنهار لاكتساب ما تنفقه، لأنه لا نفقة لها من الزوج المتوفى. هذا كله في حال الاختيار، أما في حالة الضرورة فلكل معتدة الحق في الخروج.

المالكية والحنابلة: أجازوا للمعتدة الخروج لضرورة أو عذر، كأن خافت هدماً أو غرقاً أو لصوصاً أو غلاء كرائها أو نحوه كما قرر الحنفية، وأجازوا أيضا للمعتدة مطلقا الخروج في حوائجها نهاراً، سواء أكانت مطلَّقة أم متوفى عنها لما روى جابر قال: " **طُلّقت خالتي ثلاثا، فخرجت تجذُّ نخلها، فلقيها رجل فنهاها، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: أخرجي فجُذّي نخلك، لعلك أن تتصدقي منه، أو تفعلي خيراً** ".[4]

وليس للمعتدة المبيت في غير بيتها، ولا الخروج ليلا إلاّ لضرورة، لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش.

الشافعية: لم يجيزوا للمعتدة مطلقا، سواء أكانت رجعية أم مبتوتة أم متوفى عنها زوجها الخروج من موضع العدة إلا لعذر.

رابعا- النفقة:

نفقة المعتدة واجبة على الزوج المطلق الآتي حسب التفصيل الآتي[5]:

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 619 وما يليها.

2- سورة الطلاق، من الآية:65.

3- سورة الطلاق، من الآية:65.

4- رواه النسائي وأبو داود.

5- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص624

1- إذا كانت المعتدة مطلقة طلاقا رجعيا وجبت لها النفقة بأنواعها المختلفة من طعام وكسوة وسكنى بالاتفاق، لأن المعتدة تعدُّ زوجة ما دامت في العدة.

2- إذا كانت معتدة من طلاق بائن: فإن كانت حاملا، وجبت لها النفقة بأنواعها المختلفة، لقوله تعالى: ﴿ **وإن كنَّ أولات حمل فأنفقوا عليهنَّ حتى يضعن حملهنَّ**﴾[1]. وإن كانت غير حامل فقد اختلف فقهاء المذاهب في وجوبها على النحو الآتي:

الحنفية: في رأيهم تجب لها النفقة بأنواعها بسبب احتباسها في العدة لحق الزوج.

الحنابلة: في رأيهم لا تجب لها النفقة، لأن فاطمة بنت قيس طلّقها زوجها البتة، فلم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى، وإنما قال: " **إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة** ".[2]

المالكية والشافعية: في رأيهم تجب لها السكنى فقط لقوله تعالى: ﴿**أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجدكُم**﴾[3] فهذه الآية تدلُّ أن الله أوجب لها السكنى مطلقا سواء أكانت حاملا أم غير حامل. ولا تجب لها نفقة الطعام والكسوة لمفهوم قوله تعالى: ﴿ **وإن كنَّ أولات حمل فأنفقوا عليهنَّ حتى يضعن حملهنَّ**﴾ فدلَّ بمفهومه على عدم وجوب النفقة لغير الحامل.

3- إذا كانت معتدة من وفاة، فلا نفقة لها بالاتفاق لانتهاء الزوجية بالموت، لكن أوجب لها المالكية السكنى مدة العدة إذا كان المسكن مملوكا للزوج، أو مستأجراً ودفع أجرته قبل الوفاة، وإلا فلا حق لها في السكنى.

4- إذا كانت معتدة من زواج فاسد أو شبهة، فلا نفقة لها عند الجمهور، إذ لا نفقة لها في الزواج الفاسد، فلا نفقة لها في أثناء العدة منه.

خامسا- الحداد: ومعناه ترك الزينة، ويجب على المرأة التي توفي عنها زوجها سواء في ذلك المدخول بها أو غير المدخول بها، ولا حداد على الصغيرة، كما لا يجب الحداد على المعتدة الرجعية، بل يستحب لها أن تتزين ليراجعها الزوج.

1- سورة الطلاق: من الآية 65.

2- رواه أحمد والنسائي.

3- سورة الطلاق: من الآية 65.

واختلف الفقهاء في مسألة الحداد على المعتدة من طلاق بائن، فذهب الحنفية والشافعي في القديم وأحمد في رواية إلى أنه يجب عليها، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم: **(نهى المعتدة أن تختضب بالحناء)** فشمل كل معتدة إلا أنه لم يجب على الرجعية لأنها زوجة حكما ويستحب له أن يراجعها.[1]

وذهب الشافعي في الجديد والمالكية وأحمد في رواية إلى أنه لا يجب عليها الحداد، [2]وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: " **لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلاّ على زوج أربعة أشهر وعشراً** ".[3]

سادسا- ثبوت الإرث في العدة :

إذا طلقت المرأة طلاقا رجعيا ثم توفي الزوج وهي في العدة ورثت منه، وإذا توفيت في أثناء العدة من طلاق رجعي ورثها الزوج كذلك، وإذا كان الطلاق بائنا فلا ميراث بينهما إن توفي أحدهما في العدة ما لم يكن الزوج قد طلقها بائنا وهو في مرض موته، فإنها ترث منه إن كان قد دخل بها معاملة له بنقيض مقصوده وهو ما يسمى بطلاق الفار من الميراث.

المطلب الثاني: الحضانة

من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل هي الحق في الرعاية والتربية، وهذا ما اصطلح على تسميته بالحضانة في قانون الأسرة، فهي من أبرز النتائج المتولدة عن انحلال الزواج، لذا كانت الشريعة الإسلامية السبّاقة إلى وضع أحكام شرعية لحماية الأطفال نتيجة هذا الانفصال، حيث أنهم أول ضحاياه مفتقدين بذلك من يرعاهم و يُسيّر شؤونهم في أول مرحلة من حياتهم، والتي تتسم بالعجز والضعف على القيام بهذه الشؤون لوحدهم. لذلك خصص المشرع الجزائري لهذا الغرض المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة تناول فيها أحكام الحضانة، ومع ذلك نجده أغفل تنظيم جملة من المسائل ذات الصلة بموضوع الحضانة أو لم يفصل في أحكامها أحيانا، محيلا القاضي فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **888** من **ق.أ**. لذلك سيتم في هذا الطلب دراسة أهم هذه المسائل ضمن الفروع الآتية:

1- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص348.

2- ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص123. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص348

3- رواه الترمذي: سنن الترمذي، ج5، ص 172

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة

شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده لا يوجد نصا يحددها ما عدا نص المادة **62** التي تنص في فقرتها الثانية على ما يلي: " **ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك** "، فالمشرع من خلال هذه المادة إشترط أهلية الحاضن دون أن يحدد باقي الشروط، والمقصود بالأهلية هنا: القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمصاعب تتعلق بحضانة الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون أهلا وقادرا على الاعتماد على نفسه بالمستقبل. ولتحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن حتى يكون أهلا للقيام بالحضانة يجب الرجوع إلى نص المادة **888 ق.أ.ج** التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص يتعلق بمسألة معينة.

وبالرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بشروط الحضانة نجد أن هناك شروطا يجب أن تتوافر في الرجال والنساء معا، فتثبت لمن كان أهلا لذلك مع مراعاة الأولوية في الترتيب (أولا) وهناك شروطا يجب توافرها في النساء (ثانيا)، كما أن هناك شروطا تخص الرجال (ثالثا).

أولا- الشروط العامة الواجب توفرها في الرجال والنساء:

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء وإن تقدمت حضانة النّساء على الرجال، لأنهن بحكم الفطرة والتكوين هُنّ الأقدر على رعاية الصغير، ولأنهن بالحضون أشفق، وعلى القيام بأموره أصبر، وبأمر التربية أبصر، وتتمثل هذه الشروط في:

1- **الأهلية في الحضانة:** وهي تولي شؤون الصغير ورعايته، لذلك لا يعقل لمن هو ليس من أهل الولاية أن تسند له الحضانة، فالصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره لأن الحضانة مهمة شاقة لا يتحمّل مسؤوليتها إلا الكبار، لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا، والبلوغ ليس المقصود به البلوغ الطبيعي للإنسان المعروف بالحيض عند المرأة والإمناء عند الرجل، إنما المقصود به في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام سن التاسعة عشر 19 حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، ويثور إشكال في هذا الصدد حول موقف الصغيرة التي تزوجت قبل بلوغ السن القانوني بموجب ترخيص من رئيس المحكمة، فهل تستحق الحضانة أم لا ؟ إن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة صراحة، ولكن يمكن القول أنه ما دامت الفتاة مؤهلة للزواج فإنها بذلك تصبح أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج، وتتحمل بالتالي نتائج فشل هذا الزواج. فالأم تقدر على تربية الطفل وهي متزوجة رغم صغر سنها، فإنها كذلك تقدر على احتضانه وهي مطلقة، وهذا ما يستشف

من المادة 07 من **ق.أ.ج** من الفقرة الأخيرة التي جاء فيها: " **يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات**" إلا إذا ثبت عدم قدرتها على ذلك.

2- **العقل:** هذا الشرط يتماشى والمنطق، فالعقل هو الإدراك، وبه يعرف الإنسان ما يقدم عليه، لذا قد يبلغ الشخص السن القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني، لكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته،[1] فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل لأنه هو في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه حسب ما أوضحته المواد 82 ،83 ،84 من **ق.أ.ج** وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره. فالمجنون يفتقد الإدراك والتمييز، ويشكل خطرا على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له، فهو مصاب باختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والأمور القبيحة والمدركة للعواقب، بحيث يقضي هذا الاختلال إلى منع جريان الأفعال والأقوال على منهج العقل إلا نادرا . فقد يكون الجنون أصليا أي أنه بلغ مجنونا، أو كان طارئا أي أصابه الجنون بعد أن بلغ عاقلا، أو كان جنونه مطبقا أي على سبيل الاستمرار والدوام أو غير مطبق أي يعتريه تارة ثم ما أن يحدث العكس يزول تارة أخرى، فإما أن يكون زمن الجنون أكثر من زمن الإفاقة، ولأن الهدف من الحضانة كفالة مصلحة في كل الأحوال فإنه يعتبر مانعا من استحقاق حضانة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي الإحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصلحته وكذلك يحتاج المعتوه لرعاية الغير، وهو يأخذ حكم المجنون والصغير، فالولاية تثبت لغيرهم فلا ولاية لهم على المحضون لأن الحضانة نوع من الولاية، ولا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى أن لا تثبت له ولاية على غيره.

وإلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذّر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق.[2]

أما **القضاء** فهو يراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضون ويعتبرها الركيزة الأساسية لإسناد الحضانة وتحقيق المصلحة إنما يرتبط ارتباطا وثيقا بسلامة الحاضن عقليا، وهذا ما ظهر جليا في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في:**88-28-2527** حيث جاء فيه: " **من المقرر شرعا بأن الحكم بالحضانة يجب أن**

1- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 149.

2- سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنار، مصر، 1986 ص 64. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 380 . التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج 4، كتاب الأحوال الشخصية، ط 2 دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 21879 .

يراعي مصلحة المحضون، وكذا مراعاة شروط جدية تكون متوفرة في الشخص المكلف بالحضانة ومن جملتها أن تكون الحاضنة غير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية ".[1]

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا ما يفيد وجوب توافر شرط العقل: " **إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعدُّ انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجرُّ عنه النقض دون إحالة.**"[2]

3- القدرة: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، فرعاية الطفل والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقية تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك. فلا حضانة للعاجز كامرأة بلغت سن الشيخوخة أو رجل هرم، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية إلاّ أن يكون عندهما من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة يجعلون العمى مانعا كالعجز، وينيطون حضانة العمياء وغيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون، ولو كان ذلك بمساعدة غيرها. وقد يؤثر المرض على ما يلزم توفره من القدرة في الحاضن، مما يؤدي إلى عجز صاحبه عن القيام بما عليه من واجب أو على الأقل يؤثر على قدرته بما ينبغي أن يكون الأداء الذي يحقق الغاية المنشودة من الحضانة. ويجب التفرقة بين المرض الذي لا يخشى منه خطر أو يتوقع من إصابته ضرر، كالصّداع اليسير والحمى الطارئة أو الضرس، وهذا النوع من المرض لا يؤثر على حق الحضانة، أما المرض الذي يطول ويمتدّ فهو ذلك الذي يخشى منه على المصاب به، بل وعلى غيره كالجذام والسلّ والجرب والزهري، فهو يكون مانعا ومؤثرا على حق الحضانة ابتداءً بالمحضون واستمرارا خشية الإضرار، وحفاظا على حياته وماله من الضياع، لذلك اشترط بعض الفقهاء أن يكون المرض فاحشا وليس خفيفا حتى لا تحرم الحاضنة أو الحاضن من حق الحضانة.

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، إذ جاء في قرارها المؤرخ في: 09-07-1984 ما يلي: " **من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون. ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعدُّ خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعدٌّ عاجزة عن القيام بشؤونها. ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا**

1- المجلس الأعلى، **غ.ق.خ**، قرار مؤرخ في:22-12-1965، المجلة الجزائرية، 1968، العدد 4، ص1242.

2- المحكمة العليا، ملف رقم:265727 قرار مؤرخ في:13-02-2002.

القواعد الفقهية، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ ".

وجاء في القرار المؤرخ في:**05-05-2522** ما يلي: " **أن المريض ضعيف القوة لا حضانة له، وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والمقعد، والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لعجزها عن القيام بشؤون ابنها** ".[1]

نستخلص من قضاء المحكمة العليا أن توفر شرط القدرة في الحاضن هي مسألة تقديرية تعود لسلطة القاضي، فهو الذي يتحقق في مدى توفرها عن طريق دراسة الحالة المعروضة عليه وفحص وقائعها لمعرفة مدى استطاعة وقدرة الحاضن على تولي الحضانة.

4- الأمانة: الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، فلا يجب أن يكون الحاضن فاسقا، لأن الفاسق غير أمين على نفسه فلا يصحُّ أن يكون أمينا على غيره. و قد ضرب الفقهاء أمثلة للفسق الذي يجعل الحاضن غير أمين، ومما قالوه أن يكون شريرا أو مشتهرا بزنا أو لهو مجرّم أو يكون سارقا، فقد اتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة إلا أنهم اختلفوا حول درجة الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة، وبين الفسق الأقل حدّة. أما المالكية والشافعية والحنابلة فاتفقوا على أن الفسق مانع من موانع الحضانة، لأن الفاسق لا يمكن الاعتماد عليه في تربية الصغير ولا ثقة فيه، بل يخشى منه أن ينشأ فاسقا مثله، وتقدير الفسق الذي يضيع به الولد والذي لا يضيع به متروك أمره للقاضي.

ويشترط في الأمانة: أن لا يكون الحاضن فاسقا[2] وأن لا يكون مهملا، وأن يكون مكان الحضانة مصونا يؤمن فيه على نفس المحضون.[3]

ونص قانون الأسرة على شرط الأمانة في المادة 62 والتي جاء فيها: " وحفظه صحة وخلقا "، فهذا الشرط يتعيّن مراعاته وتكريسه في التطبيقات القضائية لأن القانون أقرّه واعتمده، وخلاف ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:09-07-1984، **م.ق**، 1989 عدد 4، ص78.

2- رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة) ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية مصر، 2012 ص 118.

3- عز الدين محمد الغرياني، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية، 1997، ص 46.

أما عن موقف القضاء من هذه المسألة فقد تشدد في اعتبار الأمانة شرطا أساسيا لممارسة الحضانة، ويظهر هذا جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في: 30-09-1997 ما يلي: " **من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة.** "[1]

ثانيا- الشروط الخاصة بالنساء:

يشترط الفقه في المرأة الحاضنة بالإضافة إلى الشروط العامة المتقدّم بيانها ما يلي:

1- **ألاّ تتزوج بغير قريب محرم:** فإن تزوّجت بغير ذي رحم محرّم من الصغير المحضون أي بأجنبي سقط حقها في الحضانة، لما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: " يارسول الله ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له شفاء وزعم أبوه أن ينتزعه منّي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي".[2] ونصت المادة 66 من قانون الأسرة على هذا الشرط بقولها: " **يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرّم** ".

فإذا كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه، وإبن أخيه، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له الحق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته.

أما عن موقف القضاء من هذا الشرط، فقد تم تكريسه في عديد قرارات المحكمة العليا، منها القرار المؤرخ في: 18-05-2005 حيث جاء فيه: " **يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم، حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ تطبيقه، وذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة** ".[3]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:30-09-1997 **م.ق.**

2- جمال الدين بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، كتاب الطلاق، حضانة الولد ومن أحق به، ط**2**، ج3، مؤسسة الريان، لبنان، 1995، ص 265.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:18-05-2005 ملف رقم:331058 نقلا عن نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى الجزائر، 2008، ص 134.

2- **أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون:** فلا حضانة لمن ليست رحم محرم للمحضون كبنت العم وبنت الخالة. أي أن تكون الحاضنة من محارم المحضون كأمّه أو أخته أو جدّته، فلا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن عند الحنفية الحق في حضانة الإناث، كما لا حق لابن الخال وابن الخالة وابن العم وابن العمّة في حضانة الإناث.[1]

3- **عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه ويكرهه ولو كان قريبا له:** لأن سكناها مع المبغض يعرضه للأذى والضياع. فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكنى عنها. وهذا شرط عند المالكية، ولقد نصت عليه المادة **50** من **ق.أ.ج** بقولها: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ". واشترطوا أيضا ألا يسافر ولي المحضون أو الحاضنة ستة برد فأكثر.

وشرط الشافعية والحنابلة إنه إذا كان المحضون رضيعا: أن ترضعه الحاضنة، فإن لم يكن لها لبن، أو امتنعت عن الإرضاع، فلا حضانة لها، لأن في تكليف الأب استئجار مرضعة تترك منزلها وتنتقل إلى مسكن الحاضنة عسرا عليه، فلا يكلف ذلك.[2]

4- **أن لا تمتنع عن حضانته دون أجر في حال إعسار أبيه:** فإن كان الأب معسرا وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة إن امتنعت عنها وكانت الحضانة دون أجر، وهذا شرط عند الحنفية. [3]

5- **الإسلام:** اختلف الفقهاء في شرط الإسلام على أقوال نذكرها فيما يلي:[4]

الشافعية والحنابلة يشترطون الإسلام في الحاضن، فلا حضانة عندهم لكافر على مسلم، لأن الحضانة من باب الولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم.

أما المالكية فلا يشترطون الإسلام في الحاضنة، فإن خيف على الولد أن تسقيه الحاضنة خمرا، أو تغذيه بلحم الخنزير ضمّت حاضنته إلى مسلمين ليراقبوها ولا ينزع منها الولد، ولا فرق في ذلك بين الذمية والمجوسية.

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص408

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 689

3- المرجع نفسه، ص 689.

4- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 359.

أما الأحناف فإنهم يجيزون حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة، لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام أو تتوب في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة.[1]

أما عن موقف قضاء المحكمة العليا فإنه لم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل المسلمة أو غير المسلمة مستمدا ذلك من رأي الإمام مالك رضي الله عنه، حيث ساوى بين الأم المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ:13-03-1989 بقولها: " **من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر إلى البلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة والقانون** ".[2]

وفي نفس الإتجاه جاء القرار المؤرخ في:**87-28-2525** مقرّرا ما يلي: " **في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها (يعني من يقيم بالجزائر) أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة** ".[3]

ثالثا- الشروط الخاصة بالرجال:

يشترط في الرجل الحاضن أيضا ما يأتي[4]:

1- **أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى مشتهاة:** وهي التي حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع، حذرا من الخلوة بها، لانتفاء المحرمية بينهما، وإن لم تبلغ حد الشهوة أعطيت له بالاتفاق، لأنه لا فتنة. فلا يكون لإبن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة. وأجاز الحنفية إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها، إبقاءها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه.

وكذلك أجاز الحنابلة تسليمها لغير محرم ثقة إذا تعذر غيره. وأجاز الشافعية تسليمها لغير محرم إن رافقته بنته أو نحوها كأخته الثقة، وتسلم لها لا له، إن لم تكن في رحله، كما لو كان في الحضر، أما لو كانت بنته أو نحوها في رحله، فإنه تسلم إليه، فتؤمن الخلوة.

1- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، المرجع السابق، ص 605

2-المحكمة العليا، ملف رقم:52221 قرار مؤرخ في: 13-03-1989 **م.ق** العدد 01، سنة 1993 ص48.

3- المحكمة العليا، ملف رقم:56597 ، قرار مؤرخ في:25-12-1989 **م.ق** العدد 03 سنة 1991، ص 262.

4- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 689-690

2- **أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء** كزوجة أو أم أو خالة أو عمة فلا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الطفال كما للنساء. فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة وهذا شرط عند المالكية.

واشترط المالكية أيضا ألاّ يسافر عن المحضون ولي المحضون أو تسافر الحاضنة سفر نُقلة، **ستة برد** فأكثر، فإن أراد الولي أو الحاضنة السفر المذكور، كان له أخذ المحضون من حاضنته إلا أن تسافر معه بشرط كون السفر لموضع مأمون وأمن الطريق، وهو شرط يقيد شروط الحضانة للنساء.

الفرع الثاني: الحالات التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نص قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه إلاّ أنه لم يُفصّل في أحكامها، لذلك ستكون هذه الحالات محل دراسة في هذا الفرع من خلال قرارات المحكمة العليا الصادرة في شأنها، وذلك فيما يأتي:

أولا- سقوط الحضانة بالتزوج بأجنبي عن المحضون و التنازل عنها:

نصت على هذه الحالة المادة **66** من قانون الأسرة بقولها: " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون". فهذا النص يثير مسألتان سنتطرق لهما فيما يأتي:

1- مسألة زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:

طبقا للمادة **22** أعلاه فإنه في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة، في حين تنص المادة **52** من **ق.أ.ج** على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، والسؤال الذي يطرح في هذا الصّدد: هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يُعدُّ تنازلا اختياريا عن الحضانة أم غير اختياري ؟ وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟

جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في:**07-08-2555** مبيّنا جواب السؤال أعلاه بما يأتي:" **من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدُّ مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعدُّ تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .**" [1]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم:58812 ، قرار مؤرخ في:05-02-1999. **م.ق**، 1992، العدد 4، ص 52

فطبقا لهذا القرار يعد زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون تنازلا اختياريا عن الحضانة تسقط به، إلا أنه وقع تطور في موقف واتّجاه المحكمة العليا، حيث اعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة حيث جاء في أحد قرارتها:" **من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، و متى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا القانون تطبيقا صحيحا** ".[1] وتأكد هذا التغير في موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يُعتبر تنازل غير اختياري عن الحضانة، ومن ثمة فإن طلاقها من هذا الزواج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة **52** من نفس القانون، حيث جاء في هذا القرار ما يأتي: " **إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم، رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة، يعد مخالفة للقانون** ".[2]

2- مسألة التنازل عن الحضانة:

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرّا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، بعبارة أدقّ كل تنازل من شأنه أن يهدّد مصلحة المحضون لا يُعتدُّ به، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:**09-07-1984** بقولها: " **من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون** ".[3] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها الموالية من أنّ تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها، يُعدُّ مخالفا لأحكام الحضانة. فقد جاء في قرارها المؤرخ في:**21-04-1998** ما يلي: " **من المقرر شرعا و قانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها، وله القدرة على الحضانة، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول و تعامل معاملة نقيض قصدها** ".[4]

1- المحكمة العليا، ملف رقم 252308، قرار مؤرخ في: 21-11-2000، **م.ق** العدد02 ، سنة 2001، ص284.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 19-12-1988 ملف رقم:51894 ، **م. ق.**

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 1984/07/09 ملف رقم 32829، **م. ق**، ، العدد 01 سنة 1999.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:21-04-1998، **م.ق**، عدد خاص،2001، ص175.

ثانيا- سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة، يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر، بمعنى أنه قد يكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني توافر عذر مقبول عقـلا ومنطقا ومنها على سبيل المثال: أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون، إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه، ولا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها، وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة. فلقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في قرارها المؤرخ في: **02-12-1985** بقولها: " **من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة. ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية** ".[1] وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:18-05-1999 بقولها:" **أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها** ". [2] إلا أن هذا الاجتهاد لم يدم طويلا، بل حدث تغيّر في اتجاه المحكمة العليا في قراءتها للمادة 68 سالفة الذكر عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة، وعدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد، وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون.[3]

ثالثا- سقوط الحضانة عند اختلال أحد شروطها:

إذا اختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة، ونصت على هذه الحالة المادة 67 من قانون الأسرة، أي التربية والرعاية الصحية والخلقية، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحة المحضون، وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص في قرارها المؤرخ في:**05-05-2522** بأنه: " **متى كان من المقرر شرعا أن**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:02-12-1985 ملف رقم:388225 **ن. ق**، العدد 44، ص 157.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 18-05-1999، **إ.ق**، عدد خاص،2001 ص185

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:13-02-2008 ملف رقم:424292، **م. ق**، العدد 01 لسنة 2008.

إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله ".[1]

كما أكدت في قرارها المؤرخ في:**09-01-1984** أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق بقولها:" **حيث الحاضنة فاقدة للبصر ومن المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينهما القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق، دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي ".**[2]

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت: " **بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا** ".[3] فلقد اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يُعدُّ مخالفة للقانون وأحكام المادة **62** من قانون الأسرة.

رابعا- سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

المسألة هنا جوازية للقاضي، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية. حيث جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في:**82-22- 2557** ما يلي: " **أنه من المقرر قانونا 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، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط** "[4]. إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يُعدُّ سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة.[5]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:09-07-1984 ملف رقم:33921

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:09-01-1984 ملف رقم:31997 **م.ق** العدد 01 ص73.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:17-03-1998 ملف رقم:179471 **م.ق** ص172.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:21-11-1995 ملف رقم:111048 **ن.ق** العدد 52، ص102.

5- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:22-09-1986 ملف رقم:43594 **ن.ق**. العدد 44، ص175.

الفرع الثالث: عدم تجزئة الحضانة

يقصد بتجزئة الحضانة أن يقتصر طلب الأم في الحضانة على الإناث دون الذكور أو العكس، أو تختار الأصغر سنا، فيما تمتنع عن حضانة الآخرين رغم أن ذلك من حقها. وهي المسألة التي لم يرد النص عليها في **ق.أ.ج**. فجاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في:**02-04-1984** معالجا هذه المسألة من أجل المحافظة على لم شمل الأبناء وتجنب تفرقتهم بعدم تجزئة حضانتهم، مقرّراً عدم تجزئة الحضانة للأم إن كان لها الحق فيها، وذلك بعدم السّماح لها باختيار من تحضن من الأبناء. ومما جاء في هذا القرار: " **أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الحضانة تسند للأم من باب أولى ما دامت شروطها متوفرة فيها و لا تسقط عنها ما لم يجردها من هذا الحق مانع شرعي. وحيث أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمّهم إلى أمهم أولى وأحق، وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب. ومن جهة أخرى أنه ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضونين من الالتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في بقائهما عند جدتهما لأبيهما، وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي**".[1]

فهذا القرار استمد قضاءه من أحكام الشريعة الإسلامية، حيث نجد مصطلح الشريعة حاضر بقوة في ثنايا هذا القرار وحيثياته ومعتمدا عليه في التوجيه والتدليل لهذا الاجتهاد. بل رفع هذا القرار من مكانة الشريعة حينما نقض القرار المطعون فيه لمخالفته قواعد الشريعة.

وفي هذا القرار توجيه للعمل القضائي، حيث لا مجال لتجزئة الحضانة وتفرقة الأولاد عن بعضهم البعض بعد أن فُرّقُوا عن أحد أبويهم. فالأصلح لهم البقاء والعيش معا سواء كانت الحاضنة أمّهم أو غيرها إلى أن يبلغوا السن المحدد لانتهاء الحضانة وهذا من أجل الحفاظ على الأبناء، خاصة وأنهم في مرحلة صعبة من أطوار العمر من الناحية النفسية والاجتماعية، ولهذا فإن تجزئة الحضانة تعدُّ سببا من أسباب سقوطها عن الأم رغم أحقيتها في ذلك.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:02-04-1984، ملف رقم:2549، **م. ق** لسنة 1989، عدد 04، ص77

الفرع الرابع: مكان ممارسة الحضانة ومسألة الانتقال بالمحضون إلى بلد آخر:

المكان لا يقصد به المسكن فحسب بل يتسع ليشمل البلدة التي يسكنها الحاضن رجل أو امرأة لأنه مقيد الحركة فليس له أن ينتقل بالمحضون من بلد إلى آخر حسب هواه ومشيئته.[1] ونظرا لحق الرؤية وحق ولي النفس في مباشرة مهام ولايته، فإن مكان الحضانة يعني أن يحدد بما يفي بهذه الحقوق.

والمشرع الجزائري لم ينص على المكان الذي تمارس فيه الحضانة، وبسكوته هذا ترك أمر تحديده للقاضي أي منح له الحرية في اتّخاذ وتطبيق ما يراه مناسبا عندما يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **888** من قانون الأسرة، وهذا ما نتج عنه إشكالات على مستوى الواقع العملي، ومن التطبيقات القضائية لهذه المسألة ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:11-11-2010 ملف رقم:571700 من أنه:" **يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة** ".[2]

وقد نصت المادة 69 من قانون الأسرة على أنه:" **إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**" فالمشرع لا يحبّذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، بل أوحى برغبته في ممارسة الحضانة في بلد يقيم فيه أهل المحضون حتى لا ينقطع عن أبيه وأمه.[3] أما إذا ما غيرت الحاضنة موطنها وانتقلت بالمحضون فهذا يؤدي إلى تدخل القاضي لإسقاط الحضانة عنها من عدمها آخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون لاستحالة ممارسة الأب حقه في الرقابة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في:21-11-1995 حيث جاء فيه ما يلي:" **إن إقامة الأم بالخارج يعدُّ سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة، وذلك لبعد المسافة** ".[4] أما تحديد درجة البعد فهي مسألة واقع، متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي ينظر إلى مصلحة المحضون من خلال المعطيات المعروضة في

1- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص153.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:11-11-2010، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2011، ص 252

3- ديابي باديس، المرجع السابق، ص 93

4- المحكمة العليا غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:21-11-1995 **ن.ق**، العدد**78**.

القضية المطروحة. حيث جاء في قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ:26-12-2001 ما يلي: " **تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر**".[1]

فمكان ممارسة الحضانة لم يرد النص عليه في قانون الأسرة كما تقدم بيانه أعلاه، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **888** من قانون الأسرة تبيّن أن للفقهاء آراء متقاربة في تحديد مواطن الحضانة وما يترتب عليه:[2]

الأحناف فصلوا القول كما يأتي:

1- إذا كانت الأم هي الحاضنة في حال قيام الزوجية، أو أثناء العدة من طلاق أو وفاة، فمكان الحضانة: هو المكان الذي تقيم فيه مع الزوج، ولا يجوز لها الانتقال به إلى بإذن الزوج، لأن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم، والمعتدة يلزمها البقاء في مسكن الزوجية سواء مع الولد أو بدونه، لقوله تعالى: " **لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ** ". [3]

2- إذا كانت الأم مطلقة وانتهت العدة: فمكان حضانتها هو أيضا مكان إقامة الزوج، ولا يجوز لها الخروج من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت بحيث لا يمكن الوالد أن يبصر ولده، ثم يرجع في نهاره، إلا إذا انتقلت به إلى وطنها، وكان قد تزوجها (أي عقد عليها عقد زواج) فيه. فإذا توافر هذان الشرطان: الوطن وكونه مكان العقد، جاز للأم الانتقال بالمحضون إليه، وإلا لم يجز، ويسقط حقها في الحضانة.

3- إذا كانت الحاضنة غير الأم كالجدة والأخت أو الخالة أو العمة فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه ورضاه، حتى لا يتضرر الولد، فلو انتقلت إلى بلد آخر بغير إذن الأب سقط حقها في الحضانة.

وقال **المالكية:** مكان الحضانة للمطلقة بعد انقضاء العدة هو مكان إقامة والد المحضون، فليس لها السفر سفر نُقلة والانقطاع من بلد إلى بلد **ستة برد 133 كم** فأكثر، فإن سافرت إلى مكان يبعد هذه المسافة عن بلد إقامة الأب سقط حقها في الحضانة لاحتياج المحضون إلى رعاية الولي. ولا يسقط حقها في الحضانة بسفر التجارة والزيارة والحج ونحوه.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 26-12-2001، نقلا عن نبيل صقر، المرجع السابق ص138.

2- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 696 وما يليها.

3- سورة الطلاق: من الآية 65.

وذهب **الشافعية** إلى القول: أنه إذا كان السفر لأحد الزوجين المفترقين بالطلاق سفر حاجة كتجارة وحج، كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعود. وإذا كان السفر من أحد الزوجين سفر نقلة، كان الأب أولى من الأم بالحضانة بشرط أمن الطريق وأمن البلد المقصود بالسفر، حفظا للنسب، فإنه يحفظه الآباء، أو رعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق. فإن كان السفر مخوفاً، أو البلد الذي يسافر إليه مخوفاً، فالمقيم أحق بالحضانة للولد.

وقرر **الحنابلة** أنه متى أراد أحد الأبوين الانتقال بالمحضون إلى بلد آمن، مسافة القصر فأكثر، ليسكنه فتسقط حضانة الحاضنة، ويكون الأب أحق، مالم يرد بنقلته مضارته، فإن أراد بنقلته مضارة الأم لم يسقط حقها في الحضانة.

الفرع الخامس: مسألة سقوط الحضانة بسبب عمل الحاضنة

نصت المادة **67** من قانون الأسرة المعدّل والمتمم بالأمر:**05-02** في فقرتها الثانية على أنه: " **لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون**".[1]

فهذه المادة استدرك فيها المشرع النص على عمل المرأة من خلال الفقرة الثانية (المضافة) مقنّنا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، فقد جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في:**29-05-1969** ما يلي: " **من المقرر شرعا وقضاءً أن ابتعاد الأم الحاضنة عن أولادها المحضونين، وانشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا يؤدي إلى سقوط حق الحضانة عنها، وإنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط** ". [2]

كما جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ: 18-07-2000 ما يلي: " **من المستقر عليه قضاءً أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق**

1- لقد كانت المادة 67 تنص قبل تعديلها (في ظل القانون 84-11) على ما يلي: تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه. غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه.

2- المجلس الأعلى، **غ. ق.خ**، قرار مؤرخ في:29-05-1969، **ن.ق** أكتوبر 1970، ص 50. نقلا عن العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة، 2018، ص 348.

القانون وعرضوا قراراهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

وتأسيسا على هذا الاجتهاد ذهب المشرع إلى أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوطها[2] ولا سقوط حقها في ممارسة الحضانة، واحتياطا ربط المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه استثناءً من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية، وغيرهما ممّا يخلُّ بمصلحة المحضون، وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ:03-07-2002 من أن: " **عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية** ".[3]

وما أقرته المحكمة العليا في هذا القرار، له ما يسانده من وجهة نظر الفقه الإسلامي في الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة. فقد اهتم الفقه الاسلامي بمصلحة المحضون، وجعل له الأولوية في كل ما يرجع عليه بالنفع ويدفع عنه الضرر، فاشترط في الحاضنة كونها خلية متفرغة حتى لا تنشغل بحقوق الغير عن حق المحضون في الرعاية والتربية والاهتمام بكل ما يلزمه من عناية وخدمة، ولذلك جعلوا زواج الحاضنة بأجنبي من مسقطات حقها في الحضانة لانشغالها بحقوق الزوج، وقياسا على ذلك فإن خروج المرأة للعمل بالمفهوم الحديث (الموظفة) يسقط حق الحضانة بالنسبة لها، وخاصة تلك التي تعمل طوال أيام الأسبوع. حتى وإن لن ينص الفقهاء القدامى على ذلك صراحة، كون المسألة لم تكن مطروحة لديهم بشكلها المعروف حاليا، إلا أن ما يفهم من خلال تتبع نصوصهم في هذا الشأن أنهم يجعلون عمل المرأة عائقا يحول دون استحقاقها الحضانة، وعلى هذا فمعيار سقوط حق الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة هو

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:18-07-2000، ملف رقم:245156، **م.ق**، عدد خاص، 2001، ص188

2- هذا الموقف من المشرع يدل على الاتجاه السياسي في تعزيزه لحرية المرأة في العمل، وطريق إلى تحقيق مساواتها بالرجل في مختلف مناحي الحياة الاجتماعية والسياسية، كما يلحظ هذا الاتجاه من خلال المادة 19 من قانون الأسرة التي تجيز لها اشتراط العمل أو الاستمرار فيه، فإذا تخلف شرطها بعد الزواج فلها الحق في طلب التطليق طبقا للفقرة التاسعة من المادة 53 غير أن الدور الحقيقي للمرأة لا يظهر أثره إلا في تربية النشء وكفاية الولد من الرعاية والعناية وعاطفة الأمومة التي يفتقر إليها الولد في دار الحضانة بعيدا عن أمه لفترة طويلة. أنظر: بن صغير محفوظ، كتابه المرجع السابق، ص306.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:03-07-2002، ملف رقم:274207، **م.ق**، العدد الأول، 2004، ص262

التقصير وعدمه في القيام بواجبات المحضون. يرى فقهاء الحنفية[1] والحنابلة[2] أنه يجب على الحاضنة القيام بواجبات المحضون فإن لم تقم بذلك بأن قصرت في رعاية المحضون سواء من حيث الصحة والنظافة والتعليم والتأديب، بحيث يلحق تقصيرها الضرر في جسمه وسلوكه، أو تسببت في إضاعة مصالحه، فإن هذا يؤدي على سقوط حقها في الحضانة. ويلحق بتقصير الحاضنة كثرة خروجها من البيت على وجه يؤدي إلى إضاعة المحضون، فقد اتفق الفقهاء قديما وحديثا على أن المرأة التي تعمل خارج بيتها ويؤدي خروجها المتكرر إلى الإضرار بالمحضون فإن هذا يفقدها حقها في حضانة الصغير. فقد جاء في كتاب المبسوط للسرسخي: " **وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهنَّ في ذلك مع الشفقة وقدرتهنَّ على ذلك بلزوم البيوت** ".[3] وجاء في كتاب الفتاوى الهنـدية: " **ولا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة** ".[4] وفي روضة الطالبين: " **الشرط الخامس كونها فارغة خلية** ".[5]

ولقد اختلف الفقهاء في صور العمل التي لا تؤدي إلى فقد حق الحضانة، وذلك على النحو الآتي:

ذهب الأحناف إلى أن عمل المرأة إذا لم يؤثر على المحضون، بأن كانت مدة خروجها قصيرة فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة، كما لو كانت قابلة أو مغسلة.[6]

وذهب مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى أن عمل المرأة يكون في ضوء قدرتها على تربية المحضون ورعايته، فإذا تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة غيرها عنها في الحضانة فيبقى حقها في الحضانة قائما وعلى هذا فعمل المرأة يجب أن ينظر إليه من خلال أداء الحقوق والواجبات الأسرية.[7]

أما الشيخ أبو زهرة فقد ذهب إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق، فقال: إن المرأة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها، وعليه تفقد حقها في الحضانة. وتقدير الاستطاعة يرجع فيه إلى القاضي.[8]

1- الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج1، ص 565 و566

2- البهوتي، الروض المربع، المرجع السابق، ص 629.

3- السرسخي، المبسوط، المرجع السابق، ج5، ص 207

4- الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج1، ص 566

5- النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج6، ص506

6- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص 603

7- وممّن قال بهذا الرأي مصطفى شلبي وعبد الرحمان الصابوني، أنظر: عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط9، 1983، ص 279. مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص764.

8- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص407.

ويرى محمد عقلة سقوط حق المرأة العاملة في حضانة الصغير، مبرّراً رأيه بأن الواقع العملي يثبت الأثر السلبي لعمل المرأة، وما يسببه من تفكّك الأسر وضياع الناشئة.[1]

والذي نرجّحه من الآراء في هذه المسألة القول بعدم سقوط الحضانة بمجرد عمل المرأة، إنما يمكن النظر إلى طبيعة هذا العمل، فإن كان يستغرق منها وقتا طويلا يؤدي إلى التفريط في حق المحضون يسقط حقها في الحضانة.[2] كما يجب أيضا ضرورة مراعاة الجوانب النفسية والعاطفية عند دراسة أثر العمل، وعدم الاقتصار على الجوانب المادية فقط، فإن العلماء عندما تحدثوا عن الحضانة تطرقوا لتأديب المحضون ورعايته وتعليمه والقيام بمصالحه، ولا شك أن من أعظم المصالح مراعاة الجوانب النفسية والعاطفية والتربوية للمحضون.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه ما دام المشرع يتجه إلى تشجيع خروج المرأة للعمل، فيكون بالضرورة عليه مراعاة قوانين العمل المعمول بها لظروف المرأة الحاضنة، وتقليص ساعات عملها بما لا يتعارض مع واجبها الأسري بحضانة صغارها. فمشاركة المرأة في الحياة العامة يجب ألاّ يؤثر سلبيا على واجباتها الأسرية، لأن تربية الجيل الجديد وتشكيل شخصيته يُعدُّ من أولى أولويات وظائف الأم، فإذا ما غابت هذه الوظيفة فإن المتوقع هو وجود جيل يعاني أبناؤه من خلل عاطفي ونفسي، ووجود جيل متفكك الأسر متقطّع الروابط.[3]

ومن هنا يمكن القول أنه في جميع الحالات التي تكون عليها الحاضنة يجب تقديم ومراعاة مصلحة المحضون، كما ذهب إلى ذلك المشرع الجزائري وكرّسته الاجتهادات القضائية المستندة أساسا إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وذلك لأن حق المحضون أولى وأهمّ من حق الحاضن، فلا يكون للمرأة العاملة الاحتفاظ بحقها في الحضانة ما لم تتحقق وتتأكد مصلحة المحضون.

المطلب الثالث: حق الزيارة

جاء في نص المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: " **وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة** ". فهذا النص جاء مقتضبا يفتقد للتفصيلات اللازمة المتعلقة بحق الزيارة سيّما فيما يخص مكان الزيارة ومدّتها، وحق زيارة الأجداد للأحفاد، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى أحكام

1- محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط2، 1990، ج3، ص 370.

2- بن الصغير محفوظ، كتابه المرجع السابق، ص 309 وما يليها.

3- بن الصغير محفوظ، كتابه المرجع نفسه، ص 310.

الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **222** من نفس القانون لاستنباط الحكم الفقهي المناسب لهاتين المسألتين. وقبل ذلك لابأس أن نتطرق أولا إلى مفهوم حق الزيارة.

وتبعا لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في الأول مفهوم حق الزيارة، ونتطرق في الثاني إلى مسألة مكان الزيارة ومدتها، أما الفرع الثالث فيخصص لمسألة زيارة الأجداد للأحفاد.

الفرع الأول: مفهوم حق الزيارة

من خلال هذا الفرع سنحاول ضبط تعريف لحق الزيارة ومضمونه من الجانب الفقهي والقضائي **(أولا)** ثم بيان أدلة مشروعية حق الزيارة **(ثانيا)**، والأهداف المقصودة من تقرير حق زيارة المحضون **(ثالثا)**.

أولا- تعريف حق الزيارة ومضمونه:

تعرف الزيارة على أنها الذهاب عند شخص بقصد الالتقاء به، أو الذهاب عند شخص لرؤيته والبقاء معه مدة معينة.

وعرفها بعض الفقه على أنها:" **رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون** ".[1]

وقد أطلق عليها العديد من المصطلحات، منها حق الرؤية أو حق مشاهدة المحضون، إلا أن المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة استعمل مصطلح الزيارة، والتي تعتبر أوسع من حيث المعنى للرؤية والمشاهدة، التي تقترب من المشاهدة البصرية أو الالتقاء بالمحضون وبالتالي يتضح أن الزيارة أقرب لمضمون ما يحتاجه الحاضن ممن تقررت له الزيارة من رؤية والوقوف على شؤون المحضون.

ومهما يكن الأمر فإن الزيارة قررت لمصلحة شخص سواء كانت هذه المصلحة عبارة عن مجاملة أو عبارة عن عطف، أو حنان أو تمسك، لذلك تبقى الحجة الأخيرة سببا كافيا لإدراك أن حق الزيارة من أحكام الحضانة، فليست العبرة بطبيعته القانونية، بل العبرة بالنتائج المترتبة على هذا الحق والدور الذي سيلعبه في حياة الطفل.[2]

وجاء في قرار المحكمة العليا:" **أن الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أموره ولا بدّ من توطيد علاقة الزائر بالمحضون وتمتينها خاصة إذا كان الزائر هو الأب**

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج، ط2، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص 297.

2- زكية حميدو، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2005/2004، ص 186.

أو الأم إذا كانت الحضانة لغيرها، والزيارة ليست قائمة على الحاضنة أو الزائر، إنما هي أمر يضبطها القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف أو لآخر مراعيا في ذلك مصلحة المحضون ".[1]

فهذا القرار يبين مضمون الحق في الزيارة، وكونها لا تنحصر في الرؤية البصرية أو الالتقاء، بل يترتب عليها متابعة شؤونه والوقوف على أموره، وترسيخ صلة الرحم، ويقع على القاضي عند التعرض للحضانة ترتيبها بما يتناسب ومصلحة المحضون.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا:" **متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناؤه.."**

يستخلص من هذا القرار أن ترتيب الزيارة يكون حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون من حيث التدرج في سنّه وصحّته وكذلك نشاطه الدراسي أو التدريبي ومكان ممارسة الحضانة وغيرها من العوامل التي تؤثر على نفسية المحضون، لذلك يقع على القاضي البحث على كل ما من شأنه أن يساعد في ترتيب الزيارة، في أحسن الظروف على ضوء مصلحة المحضون سواء من حيث المدة أو المكان، وكذلك لمن تقررت لهم مراعيا الشريعة الاسلامية والعرف والتقاليد والعادات التي تحفظ الأخلاق. لذلك يجب على القاضي عندما يحكم بالطلاق ويفصل في حق الحضانة والزيارة أن يراعي هذه العناصر كلها، ومن أهمها حاجيات المحضون ومصلحته.

ثانيا- أدلة مشروعية حق الزيارة:

دلَّ على مشروعية حق الزيارة، كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وإجماع المسلمين.

1- دليل مشروعية حق الزيارة من الكتاب:

قال الله تعالى:﴿ **فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ**﴾[2] قال ابن كثير في تفسيره لهذه الآية: وهذا نهي عن الإفساد في الأرض عموما، وعن قطع الأرحام خصوصا، بل وقد أمر الله تعالى بالإصلاح في الأرض وصلة الأرحام، وهو الإحسان إلى الأقارب في الأقوال والأفعال.[3]

وفي الآية وعيد شديد لقاطع الرحم كما علّق على ذلك الطبري في تفسيره قائلا: ﴿ **أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ**﴾ يقول تعالى ذكره: هؤلاء الذين يفعلون هذا بعين الذين يفسدون ويقطعون الأرحام، الذين لعنهم الله

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:1990/04/16، ملف رقم 59784 **م. ق** 1991، العدد 4، ص126.

2- سورة محمد: الآية 23/22.

3- ابن كثير، المرجع السابق، ص227.

فأبعدهم من رحمته، **(فأصمهم)** يقول: فسلبهم فهم ما يسمعون بآذانهم من مواعظ الله في تنزيله، **(وأعمى أبصارهم)** يقول: وسلبهم عقولهم فلا يتبيّنون حجج الله، ولا يتذكرون ما يرون من كبره وأدلته.[1]

وقال الله جل وعلا: ﴿ **الَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ ۚ أُولَٰئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ** ﴾.[2]

وقال أيضا: ﴿ **وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ ۙ أُولَٰئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ**﴾.[3] فلا يجوز منع الأم والأب من رؤية الأبناء بعد الطلاق، ففي الآيتين السابقتين وعيد مترتب على ذلك حيث قال في الأولى: ﴿**أولئك هم الخاسرون**﴾ وفي الثانية: ﴿ **أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار**﴾ وفي هذا الصدد يقول ابن كثير في تفسيره: " المراد به صلة الأرحام والقرابات كما فسره قتادة، كقوله تعالى: ﴿**فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ**﴾ ورجحه الطبري، وقيل المراد أعم من ذلك فكل ما أمر الله بوصله وفعله قطعوه وتركوه وقال مقاتل بن حيان في قوله تعالى: ﴿ **أولئك هم الخاسرون**﴾ قال: في الآخرة، وهذا كما قال تعالى:﴿ **أُولَٰئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ**﴾.

وقال سبحانه:﴿ **لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ** ﴾.[4] فهذه الآية في سياق الرضاع، لكنها تدل بعمومها عل تحريم قصد إضرار أحد الزوجين بالآخر ولعلّ من أعظم الضرر الذي يدخل في هذا النهي أن يحول أحد الوالدين دون رؤية الآخر للمحضون.[5]

2- دليل مشروعية حق الزيارة من السنة:

من الأحاديث التي تدل على التحذير من قطع الرحم عموما: ما روي عن أبي هريرة –رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:« **خَلَقَ اللهُ الخلقَ، فلمَّا فرغَ منه، قامت الرَّحِمُ فأخذت بحَقْو الرَّحمن، فقال له: مَه، قالت: هذا مقامُ العائذِ بك من القَطِيعة، قال: أَلَا تَرْضَيْنَ أنْ أصِلَ مَن وصلكِ،**

1- أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، د.ط، ج1، دار المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2000، ص 320

2- سورة البقرة، الآية: 27.

3- سورة الرعد، الآية:25

4- سورة البقرة، الآية: 233.

5- الطبري، المرجع السابق، ص 503.

وأقطعُ مَن قطعكِ، قالت: بلى يا ربِّ، قال: فذاك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" اقرءوا إن شئتم: فهل عسيتُم إنْ تولَّيتُم أن تُفْسِدوا في الأرض وتُقَطِّعوا أرحامَكم».[1]

أما قوله صلى الله عليه وسلم: " **من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة.**"[2] ففيه نهيٌ صريح عن التفريق بين الوالدة وولدها ولعل هذا الحكم يشمل الوالد أيضا، ولذلك قال ابن قدامة: لا يجوز التفريق بين الأب وولده، وهذا قول أصحاب الرأي ومذهب الشافعي، وقال بعض أصحابه: يجوز وهو قول مالك وليث، لأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه، ولأنه لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص عليه، لأن الأم أشفق منه، ولا نسلم أنه ليس من أهل الحضانة[3].

وعن عبد الرحمن بن عبد الله عن أبيه قال: " **كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فانطلق لحاجته، فرأينا حمرة معها فرخان فأخذنا فرخيها، فجاءت الحمرة صلى الله عليه وسلم فقال: من فجع هذه بولدها ؟ ردوا ولدها إليها** "[4] فإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم أشفق لحال الحمرة التي فرق بينها وبين أولادها، فما بال أقوام يمارسون هذا التفريق على مستوى البشر؟

3- دليل مشروعية حق الزيارة من الإجماع:

أطال فقهاء الشريعة في الكلام عن مسألة الزيارة، ومن بين هذه الأقوال:

قال الشربيني: " وظاهر أنها لو كانت بمسكن زوج لها لم يجز له دخوله إلا بإذن منه، فإن لم يأذن أخرجتها إليه ليراها ويتفقد حالها ويلاحظها بقيام تأديبها وتعليمها، وتحمل مؤنتها، وكذا حكم الصغير المميز والمجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه، فيكونان عند الأم ليلا ونهارا ويزورهما الأب ويلاحظهما بما مر".[5]

قال البهوتي:" فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا ولا يمنع زيارة أمه، وإن اختارها كان عندها ليلا وعند أبيه نهارا ليعلمه ويؤدبه ".[6]

1- مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، المرجع السابق، حديث رقم:4742.

2- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته الجامع الكبير، ط3، ج1، حديث رقم:6412، المكتب الإسلامي للنشر والتوزيع، د.ط، 1998، ص 1136.

3- ابن كثير، المرجع السابق، ص 459.

4- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الجهاد، حديث رقم:20314، دار المعرفة، بيروت لبنان، د.ط، 1980، ص **702**.

5- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص425

6- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص 630

وورد في الموسوعة الفقهية ما يلي:" لكل من أبوي المحضون إذا افترقا حق رؤيته وزيارته، وهذا الأمر متفق عليه بين الفقهاء، لكنهم يختلفون في بعض التفاصيل، وبيان ذلك فيما يلي: يرى الشافعية والحنابلة أن المحضون إذا كان أنثى لا يمنع أحد الأبوين من زيارته عند الآخر لأن المنع من ذلك فيه حمل على قطيعة الرحم، وإن كان المحضون ذكرا لا يمنعه من زيارة أمه، لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم ".[1]

وجاء في فتاوى اللجنة الدائمة:" إذا خرجت الزوجة من بيت الزوجية أو حصلت فرقة بين الزوجين بطلاق مثلا وبينهما مولود أو أكثر، فإنه لا يجوز في الشريعة الإسلامية أن يمنع أحدهما الآخر من رؤية المولود بينهما وزيارته ".[2]

ثالثا- الأهداف المقصودة من تقرير حق زيارة المحضون:

يتمثل دور الحق في الزيارة في ترسيخ صلة الرحم من خلال تمتين العلاقات الأسرية من جهة، وأداة للوقوف ورقابة المحضون من جهة أخرى.

1- حق الزيارة لتمتين العلاقات الأسرية:

تعدُّ الحضانة من الأمور المهمة للطفل المحضون فلذة كبد الوالدين والأسرة والمجتمع أثناء قيام الزوجية وبعد الفرقة، فلا بد للمحضون أن ينعم برعاية حقيقية لا تشعره بفراق والديه، وعلى الوالدين أن يتفهموا حالة المحضون، وإلاّ تدخل القانون بما له من سلطة ملزمة لتنفيذ ما يعانيه المحضون من مشاكل عميقة وخطيرة بحسب اعتباراته المتعددة بتنفيذ ما هو مطلوب.[3]

ولقد قررت زيارة محضون لحماية المصالح الاجتماعية للمحضون، غير أنه يجب أن تكون لهذه الزيارة دور في تحقيق الرعاية اللازمة للمحضون من خلال تمتين علاقة القرابة، وكذلك الإشراف على تربية ورقابة المحضون.

2- الزيارة أداة لرقابة مصلحة المحضون:

الزيارة تعدُّ أداة لرقابة تربية المحضون (على دين أبيه) وتعليمه وتفقّد صحته وخلقه طبقا لما نصت عليه المادة **28** من قانون الأسرة الجزائري.

1- وزارة الشؤون الدينية والأوقاق، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، دار السلاسل للطبع، الكويت، 1990.

2- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المجموعة الأولى، الرضاع والكفارات والنفقات والحضانة، رقم الفتوى:21102، ص 204.

3- نواف حازم خالد، نشوان زكي سليمان، مشاهدة االمحضون، دراسة مقارنة، مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية، العدد15، المجلد 4، السنة 2013، جامعة كركوك، ص 373.

وقد ذهب فقهاء المالكية إلى أنه من حق الأب أن يأخذ المحضون من حاضنته ليسلمه إلى أحد الكُتّاب لتعليمه أو إلى الصانع لتدريبه، ولكن أن لا يبيت إلاّ عند حاضنته.[1] وعليه وجب على الحاضن أن يترك المحضون يتّصل بأبيه أو أمه حتى يراعي مصالحه ويراقب شؤونه ويوجّهه التّوجيه السليم وبالمقابل إذا كان الأب هو الحاضن وجب عليه أن لا يحرم الأم من الالتقاء بولدها، لأنها بفطرتها تحمل الحنان والعطف والشفقة، ستتمكن بواسطة هذه الزيارة من تقديمها له.[2]

فالوقوف على أمور المحضون ومتابعة شؤونه نوع من الرقابة تمنح لصاحب الزيارة على الحاضن من خلال رعايته للمحضون، وبالدرجة الأولى على المحضون من خلال الوقوق على صحته وتربيته وتعليمه وأحوله المعيشية، شرط لا يتعسف في استعمال حقه في الزيارة.

الفرع الثاني: مسألة مكان الزيارة ومدتها

لقد ألزمت المادة 64 من **ق.أ.ج** القاضي بأن يحكم بحق الزيارة عندما يحكم بإسناد الحضانة دون تفصيل، سواء ما تعلّق بالمدة المخصصة للزيارة أو من حيث المكان المناسب للزيارة، لذلك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط هذه التفاصيل (أولا) لنرى بعد ذلك مدى تطبيقها في القضاء الجزائري (ثانيا).

أولا- مدة الزيارة ومكانها في الفقه الإسلامي:

حق الرؤية أو الزيارة لأحد الأبوين غير الحاضن مقرر شرعا باتفاق الفقهاء لصلة الرحم، ولكنهم ذكروا آراءً مختلفة نسبيا، بحسب تقدير المصلحة لكل من الولد والوالد الذي يكون ولده في حضانة غيره.

1- **المذهب الحنفي**[3]: إذا كان الولد عند الحاضنة، فالأبيه حق رؤيته، بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن الأب أن يراه فيه كل يوم. وإذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة، أو لانتهاء مدة الحضانة، فلأمّه رؤيته، بأن يخرجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم. والحد الأقصى كل أسبوع مرة كحق المرأة في زيارة أبويها، والخالة مثل الأم.

1- نواف حازم خالد، نشوان زكي سليمان، مشاهدة المحضون، المرجع السابق، ص 383.

2- زكية حميدو، المرجع السابق، ص193

3- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ص 696

2- **المذهب المالكي:**[1] للأم أن ترى أولادها الصغار **كل يوم مرة**، وأولادها الكبار **كل أسبوع مرة**. والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم، وأما بعد بلوغ سن التربية التعليم، فله مطالعة ولده من آن لآخر، أي الإطلاع عليه.

3- المذهب الشافعي:[2] ويقول فقهاء المذهب:

– أن المميز إن اختار أباه بعد تخييره في سن التمييز، لم يمنعه زيارة أمه. ويمنع الأب الأنثى من زيارة أمها إذا اختارته لتألف الصيانة وعدم البروز للناس، والأم أولى منها بالخروج لزيارتها لسنّها وخبرتها.

– لا يمنع الأب أم المحضون من زيارته، ذكرا كان أو أنثى، لأن في المنع قطعا للرحم، لكن بشرط أن لاتطيل المكث، ويمكنها من الدخول، فإن بخل بدخولها إلى منزله، أخرجه إليها.

– الزيارة مرة في أيام، أي في يومين فأكثر، لا في كل يوم، إلاّ إذا كان منزلها قريبا، فلا بأس بدخولها منزل الأب كل يوم.

– إذا مرض المحضون فالأم أولى بتمريضه، ذكراً أو أنثى، لأنها أهدى إليه، وأصبر عليه من الأب ونحوه، والتمريض يكون في بيت الأب إن رضي به، وإن لم يرض يكون التمريض في بيتها. ويجب الاحتراز في الحالين من الخلوة بها.

4- **الحنابلة** مثل الشافعية قالوا: إن اختار المميز أباه، كان عنده ليلاً ونهارا، ولا يمنع من زيارة أمه، ولا تمنع هي من تمريضه. وإن اختارها كان عندها ليلا، وعند أبيه نهارا ليؤدّبه ويعلمه. وأما البنت فتكون عند أبيها بعد إتمام سن السابعة إلى الزفاف، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر، لأن فيه حملا على قطيعة الرحم، ولكن من غير أن يخلو الزوج بالأم، ولا يطيل المقام، لأن الأم صارت بالبينونة أجنبية عنه، والورع إذا زارت ابنتها: تحري أوقات خروج أبيها إلى معاشه، لئلا يسمع كلامها، والكلام وإن كان غير عورة، لكن يحرم التلذذ بسماعه.

وإن مرضت البنت، فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب، لحاجتها إليه. والأم تزور ابنتها، والغلام يزور أمه على ما جرت به العادة كاليوم في الأسبوع.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 700. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 257

2- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص700

ثانيا-التطبيقات القضائية لمدة الزيارة ومكانها:

1- الوقت المحدد لزيارة المحضون:

المشرع لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الزيارة ساعة واحدة أو عدة ساعات، وترك تحديد ذلك للقاضي في إطار أحكام الشريعة الإسلامية وحسب العرف أو العادة، لذلك يجب على القاضي حينما يحدد وقت الزيارة أن يراعي فيه مصلحة المحضون، وسنّه، وظروفه الصحية والنفسية بحيث لا يضار المحضون، ولا المسند له الحضانة، ولا من له حق الزيارة.

وما جرى عليه العمل القضائي في بلادنا أن القاضي يحكم بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وفي الأعياد الدينية والوطنية، وكذا في أيام العطل المدرسية إذا كان المحضون متمدرس في دور التعليم. وقد حدّدت المحكمة العليا وقت الزيارة بمرة في الأسبوع على الأقل في أحد قراراتها بقولها:" **متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناؤه على الأقل مرة في الأسبوع ليتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين في كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه** ".[1]

يعتبر هذا القرار مرجع يوجه قضاة الموضوع في قضائهم في مسألة وقت الزيارة. فهناك عدة أحكام قضائية لم تحد عن قرار المحكمة العليا أعلاه، وعلى سبيل المثال ما قضت به محكمة تلمسان بأنه:" **يبقى للأم حق الزيارة كل خميس وجمعة وفي الأعياد الدينية والوطنية ابتداء من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية السادسة مساءا.**"[2] وجاء في حكم آخر صدر عن محكمة المشرية ما يلي:" **تجب الزيارة للأب كل يوم خميس وجمعة وفي الأعياد الدينية والوطنية ابتداء من الساعة 09 صباحا إلى غاية 06 مساءا** ".[3] وقضت محكمة عين تموشنت في حكم لها بما يلي: " **بحق الأب في زيارة ابنته**

1- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:1990/04/16، ملف رقم 59784 **م. ق** لسنة 1991، العدد 4، ص126.

2- محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، حكم مؤرخ في:1999/03/13، قضية رقم: 98/279829، غير منشور، ذكرته زكية حميدو، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2005/2004، ص201.

3- محكمة المشرية، قسم الأحوال الشخصية، حكم مؤرخ في:1999/12/07، قضية رقم:99/30311، غير منشور، نقلا زكية حميدو، المرجع السابق، ص 201.

يوم الجمعة وخلال العطل الرسمية (الوطنية والدينية) ابتداء من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساءا." [1]

لكن وفي المقابل، صدرت عدة أحكام خالفت مضمون القرار سالف الذكر، حيث كان لمحكمة تلمسان حكم آخر مخالف قضت فيه بما يلي:" **إسناد الحضانة للأب ويبقى للأم حق الزيارة مرة في كل شهر قابلة للتعديل**" [2] وفي حكم آخر لها قضت بأنه: " **للأب حق الزيارة كل يوم جمعة وفي الأعياد الدينية والوطنية لمدة ثلاث ساعات ما بين الساعة التاسعة صباحا والسادسة مساءا بحضور الأم مراعاة لمصلحة المحضون."**[3] وفي نفس السياق قضت محكمة سيدي بلعباس:" **بإسناد حضانة الطفل لأمه ولأبيه حق زيارته مرّة واحدة كل شهر."**[4]

وما يعاب على هذه الأحكام أنها جعلت الزيارة مرة كل شهر، وهي مدة طويلة، تضر بمصلحة المحضون، لذلك يجب على المحاكم والمجالس القضائية تكريس ما تبنّته المحكمة العليا من حق الزيارة مرة في الأسبوع على أن تكون في النهار من التاسعة إلى السادسة مساءا، على أن يعود المحضون لحاضنه في الليل.

وتبعا لما جاء في قرار المحكمة العليا سالف الذكر يتضح أن للقاضي سلطة تقدير مدة الزيارة حسب الأعراف وحالة المحضون، على أن تكون في النهار.

ويستخلص من آراء الفقهاء المالكية أن مشاهدة المحضون تتم بصورة دورية تتناسب مع ما تشمله المشاهدة من تأديب المحضون، تعليمه ورعايته في كل يوم أو في أسبوع أو في كل شهر.

وإن أحقية الأم بالحضانة بعد الفرقة لا يعني إطلاق يدها في عواطف الأب لأنه لا يقل شفقة على ولده المحضون منها، لذلك ليس للحاضنة الأم أن تمنع الأب من مشاهدة ولده المحضون، وإنما عليها تمكينه وتسهيل الأمر له ليتواصل في تربيته وتعليمه في مكان ووقت معلوم. جاء في قرار المحكمة

1- محكمة عين تموشنت، قسم الأحوال الشخصية، حكم مؤرخ في:2000/02/22، قضية رقم: 99/40531، غير منشور ذكرته زكية حميدو، المرجع السابق، ص201.

2- محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، حكم مؤرخ في:1998/12/15، قضية رقم: 98/112533، غير منشور، نقلا عن زكية حميدو، المرجع السابق، ص 201.

3- حكم محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، حكم مؤرخ في:1999/03/13، قضية رقم 98/284034، غير منشور نقلا عن زكية حميدو، المرجع السابق، ص201

4- محكمة سيدي بلعباس، قسم الأحوال الشخصية، حكم مؤرخ في:1997/03/02، قضية رقم:96/128435، غير منشور، نقلا عن زكية حميدو، المرجع نفسه، ص201.

العليا:" **ولما كان من الثابت في قضية الحال أن البنت المحضونة تجاوز عمرها العامين يوم رفع الدعوى، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة في بيتها، وبحضورها بحجة إرضاع البنت كل ساعتين طبقوا صحيح القانون** ".[1]

2- تحديد مكان زيارة المحضون:

إن الأصل في الرؤية أن تكون لدى من بيده الولد، وعند عدم الاتفاق على زمان ومكان الرؤية يعين القاضي موعدا دوريا ومكانا مناسبا، ويراعى في تحديد المكان أن يتمكن فيه بقية أهل الولد من رؤيته أملا في التعاطف والتآلف الأسري وصلة الرحم، وحتى لا يبقى مجال لأي شوائب ترسب في نفسية المحضون، ويكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يُسبّب حرجا للمطلقة لأنها أصبحت أجنبية عنه.[2] وهذا الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها والذي جاء فيه:" **من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة** ".[3]

وهذا تطبيق سليم للقانون يرفع الحرج، ومع ذلك يمكن حدوث الزيارة بتوفر محرم للحاضنة، كما أن حدوث الزيارة لا يفترض معه الالتقاء بين الوالدين، خاصة إذا كان هذا المكان تتحقق معه مصلحة المحضون في الزيارة، كأن تكون المنطقة التي تمارس فيه معزولة كالمداشر والقرى أو التجمعات السكانية التي لا يجد بها أمكنة مناسبة للرؤيا، خاصة في حالة إقامة صاحب الحق في الزيارة في مكان بعيد عن مكان ممارسة الحضانة، وكان المحضونين صغارا، أو في حالة مرض، أو من البنات، ولم يكن هناك أماكن تساعد على حدوث الزيارة، أو أن الخروج بهم للخارج قد يجرح شعورهم ويؤثر على نفسيتهم.[4]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 1991/04/23، **م. ق** 1993، العدد 2، ص47.

2- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص160.

3- المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار مؤرخ في:1998/12/15، **م. ق** 2001 ،عدد خاص، ص 194

4- بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد السادس، جانفي 2019 ص 164.

ولكن على العموم فإن الزيارة يجب أن تكون في مكان ينعم به كل من المحضون وصاحب الحق في الزيارة بالأمن والهدوء، خاصة إذا كان صاحب الزيارة يسكن في مكان قريب من مكان ممارسة الحضانة، ففي ذلك جمع الولد مع أقاربه، ولا شك أن في ذلك دعم أواصل القرابة، وخلق جوّ أسري من خلاله يتعرف المحضون على أهله ويتواصل معهم من جهة، ومن جهة أخرى لا تقتصر معرفته على أقاربه من جهة الحاضن فقط بل تمتدُّ لكل الأقارب. كما أن هذا المكان قد يكون مناسبا (في الحالة التي يكون فيها بعيدا عن مسكن الحاضنة) لأنه يكون بعيدا عن التعسف واستغلال المواقف والتضييق في ممارسة الحقوق. خاصة وأنه يقع على حساب نفسية المحضون التي تتأثر سلبيا في جو يكون به خلافات بين الوالدين، حتى ولو لم تخرج هذه الخلافات للعلن، لذلك من المناسب إبعاده عن كل ما من شأنه أن يعكّر نفسيته، ويبقى أمر ضبطها للطرفين بالتراضي أو القاضي بما يتفق مع مصلحة المحضون.[1]

لذلك كلّما كان المكان يتحقق فيه شروط رؤية المحضون في أحسن الظروف، كأن يتوفر في هذا المكان الحدائق، ودور الشباب، أو دور الحضانة، وغيرها من الأماكن التي ينعم فيها المحضون وصاحب الحق في الزيارة بالطمأنينة حسب طبيعة المكان وأعراف كل منطقة سواء في المدن الحضرية أو القرى التي قد يصعب معها تحقيق الغرض من الزيارة، خاصة إذا كان من تقررت له الرؤية يسكن في مكان بعيد، أو أن المكان معزول، أو المكان يسبب توترا للمحضون أو يضر بنفسيته، كأن يكون هذا المكان بالقرب من المحلات التجارية أو المصانع التي تصدر ضجيجا، أو محطات النقل وغيرها من الأماكن التي لا يتوافر فيها الهدوء. أو حالة المحضون كأن يكون حديث الولادة أو مريضا مثلا مما يجعل الحاضن يرفض تسليم المحضون بحجة المرض أو مثلا سوء الأحوال الجوية أو غيرها، وعليه يمكن للمشرع ومن ورائه القضاء التدخل في هذا المجال وتحديد أمكان لزيارة المحضون سواء من المرافق العامة كدور الشباب والحدائق أو غيرها من الأماكن المناسبة، دون أن تسبب حرجا أو تمس بأخلاق المحضون أو تأثر عليه سلبا، ويقع على القضاء تحديد مكان الزيارة ومراقبته في حالة الإضرار بأحد الأطراف.[2]

1- بن عامر يزيد، المرجع السابق، ص 165.

2- في مصر صدر قرار وزير العدل رقم 1087 لسنة 2000 بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به بذلك. وجاء نص المادة 4 منه على النحو التالي: في حالة عدم اتفاق الحاضن أو من بيده الصغير والصادر لصالحه الحكم على المكان الذي يتم رؤية الصغير، يكون للمحكمة أن تنتقي من الأماكن التالية مكانا للرؤية وفقا للحالة المعروضة عليها وبما يتناسب قدر الإمكان وظروف أطراف الخصومة مع مراعاة أن يتوفر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير ولا يكبد أطراف

ولكن في الواقع وفي كثيرا من الحالات، يحاول عادة من بيده المحضون بعد انفصام الحياة الزوجية بين أبوي المحضون الاستئثار به، وإبعاده عن الآخر لمنعه من مشاهدته ممّا يجعل معه المحضون محور هذا النزاع، ودرءا لهذا النزاع ومن أجل تعويض المحضون فراق أبويه نظم فقهاء الشريعة علاقة الأولاد بأبويهم بعد طلاقهم حسب اجتهاداتهم بما يستنبطونه من أحكام الكتاب والسنة النبوية، ودفعوا بعد ذلك مشرعي القوانين إلى تنظيم مسألة زيارة المحضون محاولة منهم لردم أكبر قدر ممكن من الهوّة السحيقة التي يعيشها المحضون.

وإدراكا من القضاء لهذه الصعوبات التي تعطّل الزيارة في المكان الملائم فقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بما يلي: " **من المستقر عليه فقها وقضاءا أن حق الشخص لا يقيد إلا بما يقيّده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه، وبدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لمّا قضي بزيارة الأم لابنها شرط ألا تكون الزيارة خارج مقر الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقمع حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه** ".[1]

ويعتبر هذا تطبيق سليم للقانون مرجعه أحكام الشريعة الإسلامية يبين مدى حرص القضاء على ضبط الزيارة بعيدا عن التخوف، والتضييق، والمراقبة، وهذا يعتبر تكريسا واضحا ومستنيرا من القضاء لكيفية حدوث الزيارة والدعوى إلى التعاون وتسهيل الزيارة من الطرفين بعيدا عن المصادمات واستغلال الظروف، وتصفية الحسابات الشخصية على حساب المحضونين، وهذا القرار يعتبر مرجعا يستهدي به قضاة الموضوع في تنظيم زيارة المحضون.

وفيما يخص ممارسة الحضانة في بلد أجنبي، فقد أسقط قضاء المحكمة العليا الحضانة عن الأم التي تقطن بلدا أجنبيا، حيث جاء في أحد قراراته ما يلي: **وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه تبيّن أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الاسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من**

=الخصومة مشقة لا تحتمل:1- أحد النوادي الرياضية أوالاجتماعية. 2- أحد مراكز رعاية الشباب. 3- إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التي تتوافر فيها حدائق. ذكره بن عامر يزيد: زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 173.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:30-09-1990 ملف رقم:79891، **م ق**، 1992، العدد 1، ص55

قانون الأسرة، حتى ولو لم تذكر هذه المادة نصا في القرار، فإن معناها يستنتج من الأسباب، وذلك كون رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب، غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا يُمكّن الأب من القيام بمسؤوليته، خاصة وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي، مما يفقد حق الأب في الزيارة والمراقبة، وهذا ما يؤدي إلى حرمانه من العطف والحنان على الأبناء المحضونين، هذه أسس سليمة وكافية تجعل القرار سليما في قضائه".[1]

أما إذا كان الزوجان يقيمان في نفس البلد الأجنبي فلا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، هذا ما قضى به قرار المحكمة العليا:" **لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي".**[2]

كما لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمه ويسافر به إلى مكان بعيد عن إقامة الحاضنة، وبالتالي يتبين دائما أن القضاء يعمل دائما على تكريس زيارة المحضون في كافة الظروف، حتى بوجود عوائق في الواقع، كالإقامة في بلد أجنبي، أو بعد المسافة بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة، لذلك ينتظر من القضاء والمشرع معا بذل الكثير من الجهود من أجل تنظيم الزيارة بما يناسب مصلحة المحضون.

الفرع الثالث: مسألة حق زيارة الأجداد للأحفاد

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:**21- 04-1998** ما يلي: " **من المقرر شرعا أنه كما تجب نفقة الجد لابن الابن، يكون له حق الزيارة أيضا.** حيث أن الجد يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى فكما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا للمادة 77 من قانون الأسرة، وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن" .[3]

فلقد أثبتت البحوث المجراة في مجال الطب النفسي وعلم النفس الاجتماعي مدى أهمية تواجد الأجداد بالنسبة إلى المسار الطبيعي للنمو الفكري والعاطفي للطفل باعتبارها مصدرا فياضا للمحبة والعطف والحنان، ومرجعا أساسيا للقيم والأخلاق التي تتوارثها الأجيال جيلا بعد جيل، فبقدر ثراء هذا الموروث

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 2001/12/26، ملف رقم: 273526، **م. ق**، 2004، عدد 1، ص 264.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 2002/05/08، ملف رقم 282033، **م. ق**. 2004، العدد 2، ص 363.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:21-04-1998 ملف رقم:189181، إ. **ق.غ.أ.ش**. عدد خاص، ص192 نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص331

بمختلف مكوناته بقدر ما تكون للحضارة التي ننتمي إليها جذورا أصيلة تمنحها خصوصية تميزها عن غيرها من الحضارات الأخرى في العالم.

وهذا الدور المنشود من تواصل الأجيال لا يمكن تحقيقه إلا في ظل مجتمع يعمل على تكريس مضامين التواصل بين الأجداد والأحفاد سيما عند وفاة أحد أبوي الطفل، حيث يجد هذا الصغير نفسه فجأة في حالة يُتم سواء من جهة أب أو أم، وهي مرحلة من عمر الطفل تجعله في أمس الحاجة لمساعدته على التكيف مع هذا الوضع الخاص بتضافر جهود كل العائلة دون إقصاء لأي فرد منها وخصوصا أصول المتوفى من الأبوين بحكم أن الأجداد في مثل تلك الحالات تصبح لهم نفس المكانة التي كانت للمتوفى من الأبوين بالنسبة للأحفاد لا على مستوى تلبية الحاجيات العاطفية فقط بل أيضا على مستوى تلبية الحاجيات المادية[1].

ولضمان هذه المكانة فقد تبنى قانون الأسرة فكرة تقوم على أساس التناظر مفادها أن: " **الأبناء هم امتداد للآباء والأحفاد هم امتداد للآباء**"، فقد نصت المادة 169 من ق.أ على أن: **من توفى وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة.**

وحول ما يمكن أن تعطيه علاقة القرابة بين الأجداد والأحفاد من أحقية في ممارسة حق الزيارة يندرج القرار أعلاه الذي تولى البتّ في مسألة حق زيارة الأجداد للأحفاد، وهو ما يجعلنا نتساءل عن الرأي الفقهي المتبنى من القضاء حول هذه المسألة ؟

فلقد اعتبر القضاء في القرار أعلاه أن حق الأجداد في زيارة الأحفاد حقا أصيلا مستمدا من إلزامية نفقة الأصول على الفروع عملا بمقتضيات المادة **77** من قانون الأسرة، لكن بالرجوع إلى المادة **64** قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين المقارنة تبين لنا أن إقرار القضاء الجزائري لحق الزيارة يختلف عمّا أقرّته تلك القوانين من حيث الصورة المخوّلة للأجداد لممارسة هذا الحق والتي أفرزت اتّجهان بخصوص صور ممارسة حق زيارة الأجداد للأحفاد، هما:

- **الاتجاه الأول:** يقرُّ سواء للأجداد أو الأحفاد حقّاً أصيلا في المحافظة على العلاقات الشخصية بين الطرفين دون تحديد صورة معينة لممارسة هذا الحق، وقد كرس هذا الاتجاه القانون الفرنسي والقانون البلجيكي والقانون الكندي. وقد أقرّ فقه القضاء في هذه الدول حق الزيارة باعتباره يندرج ضمن إحدى تطبيقات الحق في المحافظة على العلاقات الشخصية بين الأجداد والأحفاد.

1- الجد ملزم بتوفير الرعاية المادية لأحفاده ولو مع وجود الأبوين بشرط عسرهما، لأن المادة 76 من ق.أ جعلت الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في إنفاق ولدها.

– **الاتجاه الثاني:** يقر للأجداد حقا أصيلا في زيارة الأحفاد في حالة إسناد حضانة الأحفاد لغير الأجداد، أي في صورة حصول طلاق بين الأبوين، لأنه لا مجال للحديث عن إسناد الحضانة إلا في حالة حصول طلاق بين الأبوين.[1]

لقد بين القرار محل التعليق الحالة التي تخول للجد حق زيارة أحفاده، وهي متمثلة في وفاة أحد أبوي الطفل، هذا ما يستنتج من عبارة: " **حق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد، وهو بمنزلة والده المتوفى**"

ولعل السبب في إقرار القضاء الجزائري لتلك الحالة هو تجنب الآثار السلبية المترتبة عن تبني سواء الاتجاه الأول أو الاتجاه الثاني، إذ يؤثر حق الزيارة المسند بصفة أصلية إلى الأجداد دون تحديد صور محددة لممارسته على صلاحيات الوالدين وعلى نظام الأسرة، مما ينشئ نوعا جديدا من النزاعات القضائية داخل الأسرة لم يكن معهودا من قبل.

كما أن حق الزيارة المسند إلى الأجداد في صورة حصول طلاق بين الزوجين المعتمدة في الاتجاه الثاني، فهي بدورها تحدث نوعا من التمييز بين الأجداد وفقا للحالة الزوجية التي عليها أبوا الحفيد، فينشأ بذلك حق الزيارة للجد لحفيد من أبوين منفصلين بالطلاق، فيما يُحرم غيره من الأجداد من هذا الحق بسبب عدم حصول طلاق بين أبوي الحفيد.

وإضافة إلى ما سبق بيانه، فإن اختيار القضاء الجزائري في جعل صورة ممارسة حق الزيارة مرتبطة بصفة حصرية بوفاة أحد أبوي المحضون، تكمن في أنها جاءت استجابة لمتطلبات الواقع المفرز في المجتمع الجزائري، حيث يُبيّن هذا القرار بصفة جليّة أن مسألة الأجداد للأحفاد لا تطرح عادة أمام القضاء إلا في صورة وفاة أحد أبوي الطفل وإصرار من بقي حيا من الأبوين بصفة تعسفية على حرمان أصل قرينه المتوفى من التواصل مع أحفاده، وتأسيسا على ذلك جاء هذا الاجتهاد القضائي أولا لحماية هذه الفئة من الأجداد لضمان حقهم في المحافظة على استمرار العلاقة العائلية التي تربطهم بأحفادهم، وثانيا ليضع حدا لرفض بعض محاكم الدرجة الأولى للطلبات المتعلقة بمنح حق الزيارة للأجداد بسبب ما يشهده قانون الأسرة من فراغ تشريعي في هته المسألة.

فهذا القرار اعتمد قاعدة مفادها أن وفاة الوالد لا تمنع حق الجد في زيارة المحضون لأنه من الأصول ويقوم مقام الأب المتوفى، بل إن مصلحة المحضون تقتضي رؤية الأجداد والأعمام والأخوال وغيرهم للمحضون لما في ذلك من صلة رحم وخلق وسط أسري يعوّض الفراق بين الوالدين حتى بوجود كليهما،

1– وهو الاتجاه المتبنى من قبل القانون المصري، حيث تنص المادة 163 من قانون الأحوال الشخصية في مصر على أنه: " يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له الحق في حضانته ".

بل إن من هؤلاء من يكون أحرص عليه من الحاضن نفسه، خاصة في ظل ما تحتله صلة الرحم في الدين الإسلامي من أهمية بالغة، وهو ما أكده القضاء في أحدى قراراته، عندما قضى المجلس الأعلى :" **من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزمن محدد خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية، وبما يتفق مع مصلحة الطفل**".[1]

وفي نفس السياق صدر قرارا للمحكمة العليا قضى بما يلي:" **للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة لمن يستحق حقوق الحضانة.. ومتى كان ذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى**".[2]

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا:" **أن الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أموره، ولابد من توطيد علاقة الزائر بالمحضو ن وتمتينها خاصة إذا كان الزائر هو الأب نفسه أو الأم إذا كانت الحضانة لغيرها، والزيارة ليست قائمة على الحاضنة أو الزائر، إنما هي أمر يضبطها القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف أو لآخر مراعيا في ذلك مصلحة المحضون** ".[3]

فكل هذه القرارات طبقت في الحقيقة ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، والتي تدعو إلى مراعاة مصلحة المحضون في كل الظروف والتي تتكرس بصلة رحمه التي تتسع لكل من لهم الحق في رؤية المحضون حتى في وجود السلطة الأبوية، ودون التوقف على وفاة أحدهم، ليقوم مقامه قريبه.

المبحث الثاني: مسائل في آثار الطلاق المالية:

نقصد بآثار الطلاق المالية المتعة والنفقة ومتاع البيت، وإن كان قانون الأسرة لم ينص على المتعة كأثر من آثار الطلاق المالية، فإن تنظيمه للنفقة ومتاع البيت كان بشكل مقتضب يفتقد للتفصيلات اللازمة، ممّا يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط الأحكام المتعلقة بهذه الآثار طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

وتبعا لذلك سيتمُّ تقسيم الدراسة في هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول في الأول مسألة المتعة ونتطرّق في الثاني إلى مسألة النفقة، أما المطلب الثالث فيخصّص لدراسة مسألة النزاع في متاع البيت.

1- المجلس الأعلى، قرار مؤرخ في: 1969/10/08 ، **ن.ق** 1969، ص327.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 2001/04/21، **م. ق**.2001، العدد2، ص300

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 16-04-1990، **م.ق** لسنة 1991، العدد 4، ص 126

المطلب الأول: مسألة المتعة كأثر من آثار الطلاق.

قانون الأسرة الجزائري لم ينص على المتعة المقررة في الفقه الإسلامي كأثر من آثار الطلاق المالية، وإنما تحدث عن حق المطلقة في التعويض في حالة الطلاق التعسفي، فقد نصت المادة **78** منه المعدلة بالأمر:**07**-02 على ما يلي:" **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها** ".

فهذا النص القانوني منح للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له أنه تعسّف في استعمال حقه في الطلاق، بأن لم يقدّم المبرّرات الشرعية التي أدّت به لطلب الطلاق، أو تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها، فهنا لا بد من حفظ حقوق المطلقة بالكامل، والتي يندرج ضمنها التعويض عن الطلاق التعسفي.[1]

وعلى مستوى العمل القضائي نجد عدّة تطبيقات لمسألة المتعة كأثر من آثار الطلاق المالية، إلا أنّ هذه التطبيقات لم تعتمد موقفا واحدا، ولعل اجتهاد القضاء في المسألة تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة جعلت الحكم فيها دون نسق واحد واجتهاد موحد.

وقبل استعراض وتحليل ومناقشة موقف القضاء الجزائري من مسألة المتعة مقارنة بما هو مقرر في الفقه الإسلامي اقتضت الضرورة التطرق إلى مفهوم الطلاق التعسفي (الفرع الأول)، ثم التعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الثاني)، فالمتعة وعلاقتها بالتعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

يقتضي تحديد مفهوم الطلاق التعسفي تعريف التعسف وبيان محله في الطلاق (أولا) ثم تحديد معاييره (ثانيا)، وذلك فيما يأتي:

أولا- تعريف التعسف ومحله في الطلاق:

يعرف التعسف لغة واصطلاحا، وقانونا، وذلك على النحو الآتي:

1- التعسف لغة:

يقال عسف فلانا: أخذه بالقوة والعنف وظلمه، وعسف السلطان: أي ظلم، وتعسّف فلان فلانا: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف: إذا كان ظلوما.[2]

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 187.

2- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1994، ص 1082

2- التعسف اصطلاحا:

لم يتعرض علماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف باعتباره نظرية ذات أركان وأسس وتطبيقات، كما لم يعرفونه لحداثته، بل تعرضوا له تحت مسميات مختلفة. إلا أن العلماء المعاصرين عرفوا التعسف بقولهم: " **مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل** ".

3- التعسف قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري التعسف وإنما بين مظاهره في ثلاث صور على سبيل المثال في المادة **124 مكرر** من القانون المدني حيث جاء فيها: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا كان بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

فقد سموا فقهاء القانون على وجه العموم طلاق التعسف بهذه التسمية لأن الزوج يوقعه لغير سبب معقول مما جعل القانون يرتّب عليه تعويضاً ماليا للزوجة المطلقة.[1] فالزوج عندما يستعمل حقه في إيقاع الطلاق ينبغي عليه أن يبرر ذلك تبريرا شرعيا ويثبته أمام القضاء، وإن لجأ إلى الطلاق دون أن يقدّم المبرّر الشرعي ويثبته فإن القانون هنا يعتبره متعسّفا في استعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عن قصد وتعمّد، وبالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة.[2]

ثانيا- معايير التعسف في الطلاق:

لقد نصت المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها** ".

فهذا النص لم يُبيّن المعايير التي يمكن أن يستند إليها القاضي لمعرفة ما إذا كان طلاق الزوج بإرادته المنفردة فيه تعسف وضرر يصيب الزوجة ؟ لذلك فإن المسألة تقتضي الاجتهاد القضائي والرجوع إلى الفقه الإسلامي عملا بنص المادة **222** من قانون الأسرة.

ومعايير التّعسف في الطلاق في الفقه الإسلامي تنقسم إلى نوعين:

1- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الأبيار الجزائر، د. ط، 2010. ص59

2- عبد الفتاح تقية، المرجع نفسه، ص95.

1- **المعايير الذاتية**، وتنقسم بدورها إلى فرعين:

أ- **معيار قصد الإضرار**: وذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصدا الإضرار بها، كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهية أو يطلقها في مرض موته قاصدا حرمانها من الميراث، أو طلقها دون أن توجد منفعة أو مصلحة يحققها من هذا الطلاق، كل ذلك يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوجة والضرر ممنوع في حق الزوجة[1]. وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " **لا ضرر ولا ضرار**".[2]

ب- معيار المصلحة المشروعة: إن الله عز وجل شرع الطلاق وجعله بيد الرجل ليكون حلاً نهائيا لحياة زوجية في استمرارها مفسدة كبرى وضررا عظيما، لذا شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة الزوجية، ولم يشرع الطلاق إلا لهذا القصد، لذلك فإن إيقاع الطلاق لغير ذلك القصد يكون مناقضا لقصد المشرع من تشريع الطلاق، كما أن في إيقاعه دون سبب يُعدُّ سعيا في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض.

2- المعايير الموضوعية، وتنقسم إلى قسمين:

أ- **معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:** قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناء على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق، إلا أنه بالموازنة بين المصلحة المرجوة والمفسدة التي تلحق الزوجة والأبناء والمجتمع يتبين أن المفسدة والضرر الناتج عن هذا الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، وبذلك يكون الزوج متعسفا في طلاقه.

ب- معيار الضرر الفاحش: طلاق الزوج لزوجته قد يضر بها ضررا فاحشا خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا، وتكون الزوجة قد اعتمدت عليه في النفقة وتقدّم بها العمر، فإن حدث الطلاق، وهي في هذه الحالة فإنها تصبح في أمس الحاجة إلى من ينفق عليها، و إلى من يخفف عنها مشقة الحياة، لذلك يكون طلاق الزوج قد أضر بها ضررا فاحشا.[3]

الفرع الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

من خلال هذا الفرع تتضح مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي، والذي يُلزم به الزوج بأدائه لمطلّقته بحكم قضائي نتيجة للضرر اللاحق بها، وهو الأثر المترتب عن التعسف في استعمال حق إيقاع الطلاق

1- جميل فخري محمد جانم، **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي**، دار الحامد، عمان، ط1، 2009. ص 201.

2- سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ص784، رقم الحديث: **8020**، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د. ت، د. ط.

3- جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 202- 203.

الذي قام به الزوج، وتتم معالجة ذلك بتعريف التعويض (أولا)، وبيان أساسه في القانون (ثانيا)، ثم نستعرض آراء الفقهاء فيه (ثالثا)، لنرى بعد ذلك الموقف القضائي (رابعا).

أولا- تعريف التعويض:

التعويض **لغة** مأخوذ من العوض أي البدل، والعوض اسم مفرد والجمع أعواض، والمصدر هو العوض.[1]

أما **اصطلاحا:** فلم يكن مصطلح التعويض شائعا، ولم يكن مستخدما من قبل الفقهاء، بل كانوا يستخدمون مصطلح الضمان. إلا أن التعويض عرفه بعض العلماء المعاصرين بأنه: " **المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا بغيره في نفس أو مال أو شرف، والتقدير في تعويض الشرف من باب التعزيز الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم، يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر** ".[2]

أما التعويض عن الطلاق التعسفي فيقصد به البدل بسبب الضرر الواقع على المرأة بالطلاق، ويقصد بالضرر حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة وفقدانها العائل ومعاناتها من الوحدة، وألم الفراق، وما شابه ذلك.[3]

و**قانونا:** المشرع لم يعرف التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، وإنما وضح أن القاضي إذا تبين له وجود تعسف من جانب الزوج، حكم بالتعويض للزوجة بسبب الضرر الحاصل لها من الطلاق التعسفي، والسلطة التقديرية للقاضي واسعة في ذلك سواء كان ذلك في تحديد معيار التعسف أم في قيمة التعويض المقدم من الزوج للزوجة من خلال المادة 52 من **ق.أ.**

ثانيا – أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون:

لئن كان الطلاق حق أصيل للرجل، فإن هذا الحق غير مطلق، إذ يمارسه الرجل وفق ضوابط شرعية ووفق ما تدعو إليه الحاجة، وإلا عد متعسفا في استعمال حقه في الطلاق، إلا أن التعسف في الطلاق يختلف في طبيعته عن التعسف في استعمال الحق في القانون المدني المنصوص عليه في المادة 124 مكرر. فالشخص صاحب الحق المقرر له قانونا، إذا ما استعمله في حدود ما ذكر في هذه المادة يكون متعسفا في استعمال حقه، وبالتالي يتحمل مسؤولية تعسفه ويلزم بالتعويض، فمسألة إثبات التعسف تقع

1- محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج2، ص 928

2- محمد مدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار كنوز اشبيلية، الرياض، د. ط، 1999، ص 35.

3- عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 99.

على عاتق الطرف المتضرر، لأنه يدعي خلاف الأصل، فالأصل أن الشخص يستعمل حقه في الإطار المحدد له قانونا ولا يلزم بإثبات مبررات استعماله لهذا الحق، في حين أن الزوج إذا طلق يعد بصفة آلية متعسفا في استعمال حقه تجاه الزوجة إلا إذا أثبت عكس ذلك، لأن هذا الحق له طبيعة خاصة لأن مصدره العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، وأن أساس تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 124 و124 مكرر من القانون المدني، وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعا.[1]

ثالثا- موقف القضاء من التعويض عن الطلاق التعسفي:

لبيان موقف القضاء من التعويض عن الطلاق التعسفي نعرض قرار المحكمة العليا رقم:**807025** المؤرخ في:**88-08-8000** المقرر يلي:" **إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق**".[2]

وتأكيدا لهذا المبدأ جاء في حيثيات هذا القرار:" **لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق، وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 و124 من القانون المدني. وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا يدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون، وأن قرارهم يكون سليما، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 من القانون المدني أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك** ".[3]

لقد تم التمييز في هذا القرار بين التعويض الناتج عن التعسف في استعمال الحق المقرر في المادة **41** من القانون المدني قبل التعديل وفي المادة **124 مكرر** بعد التعديل، والتعويض الناتج عن الطلاق التعسفي المقرر في قانون الأسرة في المادة **52**، فالأول يقع إثباته على الطرف المتضرر لأنه يدعي

1- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 122.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم:235367، قرار صادر بتاريخ:22-02-2000.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:22-02-2000، ملف رقم:235367، **م.ق**، 2001، العدد 01، ص 275.

خلاف الأصل، والأصل أن الشخص يستعمل حقه في الإطار المحدد له قانونا ولا يلزم بإثبات مبررات استعماله لهذا الحق، في حين أن الزوج إذا طلق بإرادته يعدُّ بصفة آلية متعسفا في استعمال حقه تجاه الزوجة إلاّ إذا أثبت عكس ذلك، فهذا الحق له طبيعة خاصة لأن مصدره العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، لذلك فإن أساس تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من قواعد المسؤولية التقصيرية أو التعسف في استعمال الحق وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعا.

رابعا- آراء فقهاء الشريعة في التعويض عن الطلاق التعسفي:

لقد أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم لمتعة الطلاق، أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي على مذهبين بناء على الخلاف السابق بينهم فيما إذا كان الأصل في الطلاق الإباحة، ومن ثم لا يعدُّ الزوج المطلق متعسفا، أم أن الأصل في الطلاق المنع، ومن ثم فإن المطلق لغير سبب يعدُّ متعسفا.

فقد ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي[1] وقد استدلوا بجملة من الأدلة منها:

- العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق، وتبيح لولي الأمر أن يقيد المباح ويفرض عقوبة أو جزاء على من أساء[2].

- قياس التعويض على المتعة المستحقة للمطلقة التي أوجبها بعض الفقهاء، واستحبها البعض الآخر، ورغب فيها القرآن، وجعلها بالمعروف.[3]

- إن الطلاق وإن كان حقا للرجل، فهو مقيد بأن تدعو الحاجة إليه، وبأن لا يترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار بهم، فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك.[4]

1- من بين هؤلاء الفقهاء: وهبة الزحيلي، أحمد الغندور، مصطفى السباعي، أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج7، ص 532. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، ط1، 1967، ص69. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ص243. يقول السباعي في التعويض عن الطلاق التعسفي: " **وهذا حكم جديد لم يكن معمولا به من قبل وهو حكم عادل** ". أنظر: مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 243.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص 532.

3- مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 244.

4- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، الطبعة 02، 1990، ص131.

– قياس التعويض عن المخالعة في الإسلام، حيث أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يأخذ من زوجته العوض المتفق عليه، أو يسقط شيئا من مهرها إذا رضيت بذلك مقابل طلاقها، لذلك فإن للزوجة أن تأخذ من زوجها تعويضا متى ارتضاه.[1]

وذهب فريق آخر من العلماء المعاصرين إلى رفض التعويض عن الطلاق التعسفي.[2] وقد استدلوا على ذلك بجملة من الأدلة، نعرض أهمها فيما يأتي:

– أن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة، لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر إنما استعمل حقه الشرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مساءلته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق.[3]

– إن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر والمنع، ولا يباح إيقاعه إلا للحاجة، لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يجب ستره، بحيث لو عرض الأمر على القضاء، لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي.[4]

– إن القول بإلزام الزوج بالتعويض في حالة الطلاق يترتب عليه إلزام الزوج بالعيش مع زوجته وهو كاره لها وهذا ما يتعارض مع الغاية الأسمى من الزواج، ويُبعدُه عن مقاصده، ويجعله إرادة مفروضة على علاقة الزوجين.[5]

– إن القول بالتعويض يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق الذي لا ظلم فيه، فقد يكون الدافع إلى الطلاق ريبة أحاطت بالزوجة فطلقها الزوج خشية العار، وسترا لها، وليس من العدل أن تعوض في هذه الحالة.[6]

1– عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، ص 138. وقد تم نقد هذا الاستدلال بأنه قياس مع الفارق لأن مقابل الخلع المقدم للزوج هو ثمن حرية الزوجة، بينما تقييد الطلاق بالتعويض قيد على الحرية، أنظر عبد الناصر توفيق العطار، المرجع نفسه، ص 140.

2– من بين هؤلاء الفقهاء: محمد أبو زهرة، محمود السرطاوي، زكي الدين شعبان، أنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 285، يقول أبو زهرة في منع التعويض: " والحق أن الأصل في الطلاق هو الحظر ولا يباح إلا للحاجة، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية وقد تكون مما يجب ستره، و يتنازعها الخصوم فيما بينهم شدا وجذبا، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق، ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطا فاسدا فيلغى". غير أن تعويض المطلقة أمر قرره الشارع حين أوجب المتعة، ومنه فلا يجوز الحكم لها بغير متعة. أنظر: محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 285.

3– عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص100.

4– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص311–312.

5– عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، ص 143.

6– عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 101.

– لا يوجد في القرآن أو السنة دليل يقضي بالتعويض عن الطلاق بخلاف الحقوق الأخرى للمطلقة.[1]

وقد رجح الكثير من الباحثين بأن الرأي القائل بعدم التعويض عن الطلاق هو الحكم الصحيح الذي يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، لكن تعليل ذلك بأن الطلاق حق مطلق للزوج في الشريعة الإسلامية غير صحيح لأن الراجح عند أكثر الفقهاء أن الأصل في الطلاق المنع ولا يباح إلا للحاجة، لذلك فإن التعليل الصحيح لهذا الحكم هو أن يقال: إن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر والمنع ولا يباح إيقاعه إلا لحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يجب ستره، بحيث لو عرضت على القضاء لكان في ذلك من التشهير والازدراء بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي وفي إلزام الزوج بالتعويض إرغام له على استمرار معيشة مشتركة لا تحقق المثل الأعلى الذي أقامه لنفسه، ومثل هذا الإرغام يخرج الزواج عمّا شرع له، ويجعله علاقة مفروضة على إرادة الطرفين، وليست قائمة على التقدير المتبادل المبني على الرغبة المشتركة، ومثل هذه الحالة تأباها كرامة الزوجين بلا شك.[2]

وأن توابع الطلاق المالية التي تستفيد منها المطلقة، كدفع مؤخر الصداق، ونفقة العدة، والمتعة، لمن تجب لها من المطلقات تعتبر كتعويض للزوجة عن الضرر الذي يكون قد لحقها بسبب الطلاق، فلا تكون هناك حاجة إلى تقرير تعويض آخر زيادة على ما أوجبه الشارع وألزم المطلق به.[3]

الفرع الثالث: موقف القضاء من المتعة

لقد أصدر قضاء المحكمة العليا مجموعة من القرارات تصدّى من خلالها لمسألة متعة المطلقة كأثر من آثار الطلاق، منها القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) بتاريخ:08-04-1985، حيث جاء فيه: **إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المادة يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة ويدفع مبلغ آخر كتعويض.**[4]

1- عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، ص 144.

2- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 134.

3- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص 257.

4- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:08-04-1985، ملف رقم:35912 ، **م.ق** لسنة 1989، العدد 01، ص 89.

تتمثل وقائع وإجراءات هذا القرار في أن الطاعن (ر.أ) قد رفع دعوى أمام محكمة الأغواط يطلب من خلالها الإشهاد له بطلاقه المتلفظ به ثلاثا لزوجته، فأصدرت المحكمة حكما يقضي بالطلاق الرجعي بين الزوجين وإسناد حضانة الأولاد الثلاثة لأمهم وبالإنفاق عليهم من قبل أبيهم بمبلغ شهري لكل واحد منهم قدره 150 دج زيادة على المنحة العائلية ابتداء من شهر أكتوبر سنة 1980 وتخصيص سكن لهم ولأمهم تتوفر فيه الشروط الضرورية للحياة و200 دج كنفقة إهمال هذه الأخيرة ابتداء من بداية نفقة أولادها تضاف إلى 500 دج شهريا ابتداء من تاريخه كأجر لها على الحضانة و600 مقابل نفقة العدة و 800 دج مقابل المتعة و6000 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي.

وبعد استئناف الحكم المذكور أعلاه، أصدر مجلس قضاء الأغواط قرارا بتاريخ: 08-02-1983 يقضي بتأييد الحكم أعلاه، ونتيجة لذلك أقام المدعي في الأصل (ر.أ) طعنا يرمي إلى نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء الأغواط، فأصدر المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) القرار أعلاه المؤرخ في:08-04-1985 محل التحليل والمناقشة القاضي بنقض قرار مجلس قضاء الأغواط جزئيا في أجرة الحضانة والتعويض والمتعة وإحالة القضية إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

بالرجوع إلى حيثيات القرار المذكور أعلاه يتبين أن الطاعن (ر.أ) استند في طعنه على ثلاثة أسباب نعرض السبب الثالث منها فقط المأخوذ من انعدام الأساس القانوني لتعلقه بالمسألة المراد البحث فيها ومما جاء في هذا السبب أن الحكم بالمتعة والتعويض فيه مخالفة للنصوص الفقهية التي تعتبر المتعة تعويضا ومن ثم فالحكم به معها ليس هناك ما يبرره شرعا والمجلس بموافقته على ذلك قد حاد عن القواعد المذكورة وعرض من أجلها قراره للنقض.

ناقش المجلس الأعلى هذا السبب وخلص في رده عليه إلى أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطي لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها وهي تعويض في حد ذاتها وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في قضية الحال بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في حقها بالنسبة للمتعة والمجلس إذ وافق على ذلك وهو كما ذكر فإنه حاد عن الشرع وعرض قراره للنقض الجزئي.

يتبين من خلال القرار أعلاه أن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) قد تولى البت في ثلاثة مسائل مهمة هي: حكم الطلاق المتلفظ به ثلاثا، وأجرة الحضانة، ومتعة المطلقة وعلاقتها بالتعويض، وهذه الأخيرة هي التي تعنيها الدراسة.

حيث يتضح من القرار أعلاه أنه لم يميز بين المتعة والتعويض، معتبرا أن المتعة تعويض، وهو ما تضمنه القرار حرفيا من خلال عبارة :" **متعة... في حدّ ذاتها تعتبر تعويضا** " وفي نفس الوقت يعرف المتعة ضمنا بأنها تخفيف لألم الفراق، ويعتبر أن القضاء بما يخالف هذا المبدأ خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالقرار أعلاه يتناقض ويتعارض من وجهتين، الأولى أنه بين بأن المتعة إنما يقصد بها التخفيف عن ألم فراق الزوج، ومن جهة ثانية يعتبرها تعويضا، الأمر الذي يجعلنا نتساءل كيف يعد القضاء بما يخالف هذا التكييف خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية والوصف الشرعي للمتعة في صلب القرار معيب وغامض[1].

هذا ما يقودنا لطرح الأسئلة الآتية: ما حكم متعة المطلقة بإرادة الزوج في الفقه الإسلامي؟ ما علاقة المتعة بالتعويض؟ وهل تغني المتعة عن التعويض ؟

أولا- حكم متعة المطلقة بإرادة الزوج في الفقه الإسلامي:

المتعة في المذهب المالكي تعرف بأنها: " **ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها، ويعطيه المطلق على قدر حاله حسب يسره وعسره.**"[2]

وعرفها الشافعية بأنها: " **المال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها قصد تطييب نفسها عن الألم الذي لحقها وجبرا لخاطرها بسبب الطلاق**".[3]

ولم يضع فقهاء الحنفية والحنابلة تعريفا لمتعة المطلقة مع أنهم أفردوا لها بابا خاصا في الفقه.

ووردت مشروعيتها في القرآن الكريم، وذلك في قوله تعالى: ﴿**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين**﴾.[4]

1- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية: 2006-2007، ص 76.

2- عبد العزيز حمد آل مبارك، تدريب السالك إلى أقرب المسالك، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 1988، ج3 ص 160.

3- الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 317.

4- سورة البقرة، الآية:236.

وقوله تعالى: ﴿ **وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين**﴾. [1]

وقوله تعالى: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا**﴾.[2]

ووجه الدلالة من عموم هذه الآيات أن الله تعالى أوجب المتعة لجميع المطلقات، المدخول بهن وغير المدخول بهن، وسواء سمي لهن مهر أم لم يسمّ لهن مهر.

واختلف الفقهاء في حكم متعة المطلقات بطلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، ولكل أدلته فيما ذهب إليه، وهذه مذاهبهم كالآتي[3]:

المذهب الأول: ذهب الحنابلة في رواية والمالكية في قول والظاهرية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء سمي لها مهر أم لم يسم، وساء طلقت قبل الدخول أم بعده.

المذهب الثاني: ذهب المالكية في المشهور، والشافعية في القديم إلى أن المتعة مستحبة لكل مطلقة.

المذهب الثالث: ذهب الشافعية في الجديد، والحنابلة في رواية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة ما عدا المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية المهر.

المذهب الرابع: ذهب الحنفية والشافعية في القديم والحنابلة في الصحيح إلى أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر إلا أن الحنفية والحنابلة في قول أوجبوا المتعة للمطلقة قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر وإنما فرض بعد العقد.

ويمكن الترجيح بين هذه المذاهب بالتفريق بين حالتين: وجوب المتعة واستباحتها.

- **الوجوب:** تكون المتعة واجبة إذا طلقت المرأة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق وذلك بنص الآية: الكريمة ﴿**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين**﴾.[4]

- **الاستحباب:** وتكون مستحبة في الطلاق قبل الدخول وبعد الفرض، وكذا في الطلاق بعد الدخول.

ثانيا- العلاقة بين المتعة والتعويض:

قد يشتبه الحق المالي للمطلقة بين المتعة والتعويض، وهو ما يلاحظ من خلال ما جاء به الاجتهاد

1- سورة البقرة، الآية:241.

2- سورة الأحزاب، الآية:49

3- محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر:05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع- رويبة الجزائر، طبعة 2012، ص 119 وما يليها.

4- سورة البقرة، الآية:236.

القضائي الصادر عن المحكمة العليا بموجب القرار أعلاه الذي لم يفرق في ذلك، مما يقتضي بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض، وذلك بإيجاز فيما يلي:

1- أوجه الشبه بين المتعة والتعويض[1]:

متعة المطلقة تشبه التعويض عن الطلاق التعسفي في نقاط يمكن تلخيصها وفق الآتي:

- إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.
- إن كلا من المتعة والتعويض يتفق على مقدارهما الزوجان، فإن اختلفا قدرهما القاضي.
- اختلف الفقهاء ورجال القانون في بيان الحد الأعلى والأدنى لكل من المتعة والتعويض.
- إن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرا لخاطر المرأة وتخفيفا لها عن آلامها، وتعويضا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها.
- إن كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

2- أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض[2]:

متعة المطلقة تختلف عن التعويض عن الطلاق التعسفي في نقاط، يمكن تلخيصها في الآتي:

- إن المتعة ثبتت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والأثر عن الصحابة والتابعين، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف التي بنيت مشروعيتها على أدلة من القرآن والسنة.
- تجب المتعة بمجرد الطلاق، ولكل مطلقة عند الأخذ بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيا.
- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقا أم فسخا، وسواء كان الطلاق من الزوج أم من القاضي، أما التعويض فإنه يجب في حالة واحدة وهي تعسف الزوج في إيقاع الطلاق.
- إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة (عن طريق الخلع)، أما التعويض عن الفرقة إذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج فقد أوجب بعض الفقهاء التعويض عليها لزوجها.

1- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص137.

2- المرجع نفسه، ص 138.

ثالثا/ مسألة هل المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي ؟[1]

اختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة هل المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي على رأيين:

1- **الرأي الأول:** ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي يقول عبد الرحمان الصابوني في ذلك: " ونرى أن يكون هذا التعويض، المتعة التي شرعها الله ".[2] بل إن من العلماء من يرى بأن المتعة تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض، حيث يقول الأستاذ علي حسب الله: " ويقترح بعض المفكرين أن يكون للمرأة على الزوج تعويض إذا أساء استعمال حقه في الطلاق ليفكر في عاقبة أمره قبل أن يقدم على تطليق امرأته، والشريعة العادلة أرفق بالمرأة وأرحم وأسبق إلى ما فكروا فيه، فقد أوجبت لها هذا التعويض باسم المتعة- أي الترفيه وتخفيف الألم- سواء أساء الرجل في استعمال حقه أم أحسن، لأن في استقلاله بالطلاق إساءة لها، وإيحاشا على كل حال ".[3]

وهناك من الفقهاء من ذهب إلى أن القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض قد تعسفت في ذلك، ويرون أن العدول عن مبدأ التعويض إلى الأخذ بنظام المتعة أولى، حيث أن المتعة تغني عن التعويض ولا تعسف فيها[4].

2- **الرأي الثاني:** ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، ويرون أن المتعة إنما تجب للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهر، وتستحب لغيرها والتعويض يجب لكل مطلقة ما دامت لا يد لها في إيقاع الطلاق، لأن الطلاق إن وقع غالبا ما يكون لاختلاف الزوجين فيما بينهما، وهي طرف فيه، لكن قد يكون السبب المباشر في الطلاق تصرفات الزوج اللامسؤولة، مما يترتب عليه رد فعل الزوجة الرافضة فينشأ الخلاف.

1- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 141-141.

2- الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 119.

3- علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين، دار الفكر، مصر، الطبعة 01، 1968، ص 613.

4- محمد علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني- انحلال عقد الزواج والآثار المترتبة عليه- منشورات الجامعية الأردنية، عمان.

وبذلك يظهر بأن التعويض يجب لمن لا متعة واجبة لهن، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض[1].

وبعد استعراض آراء الفقهاء والتمعن فيها نرجح المذهب الأول القائل بأن المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، لأن في فرض التعويض على الزوج المطلق أضرارا أشد ومفاسد أعظم، ذلك أنه يؤدي إلى كشف ما أمر الله بستره من أسرار البيوت، وهتك لأعراض الناس التي أوجب الإسلام سترها والمحافظة عليها، بالإضافة إلى تبادل التهم الباطلة بين الزوجين وأسرهما من أجل الحصول على هذا التعويض، أو التملص من دفعه، والتي تؤدي في النهاية إلى إثارة العداوة والبغضاء والكراهية بين الأسر،كما أن الإلزام بالتعويض قد يحتم على الزوج العيش مع زوجة وهو كاره لها، فينشأ بينهما الشقاق والنزاع، مما يجعل الحياة الزوجية بينهما لا تطاق، وكل ذلك بسبب الإلزام بالتعويض[2]. أما إذا علم الزوج المطلق أن ما طبق عليه من نظام المتعة هو ما أمر الله تعالى به، أذعن له وأطاع واستجاب لأمر الله، على العكس من تطبيق نظام التعويض الذي يرى فيه المطلق عقوبة له.

وبعد بيان آراء الفقهاء في المتعة، يمكن أن التعليق على القرار أعلاه بما يلي:

ذهب القرار إلى أن المتعة إنما يقصد بها التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك للتخفيف على المطلقة من ألم الفراق. فإذا لم يثبت للقاضي وجه التعسف في الطلاق فإن المطلقة لا تستحق المتعة (بمعنى عدم التعويض) بدليل ما جاء أيضا في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ:27-01-1986 المتضمن ما يلي:" من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من الطلاق غير المبرر، 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 ذلك استجوب النقض جزئيا فيما يخص المتعة "[3].

في حين أقرت الشريعة الإسلامية المتعة لكل مطلقة (على خلاف بين العلماء في وجوبها أو استحبابها) تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وأن التعويض على رأي بعض الفقهاء المعاصرين القائلين به

1- توفيق أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجيستير، الجامعة الأردنية، 1990، ص 124.

2- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 144.

3- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، مؤرخ في:27-01-1987 ، ملف رقم:39731، **م.ق**، 1993، العدد 04، ص 61.

إنما تستحقه المطلقة تعسفيا، ومن هنا يمكن القول بأن المتعة شرعت بدلا عن الطلاق وليس تعويضا عن الضرر.

كما تبين لنا من مجموع الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص التعويض أنه يحكم بالمتعة لكل مطلقة طلاقا تعسفيا- أي غير مبرر- ويحكم بالتعويض بدعوى مستقلة عن الضرر الذي لحق المطلقة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 22-02-2000 المتقدم بيانه في معرض حديثنا عن موقف قضاء المحكمة العليا من أساس التعويض عن الطلاق التعسفي.

لذلك يمكن القول أن ما ذهب إليه القضاء الجزائري يعتبر رأيا اجتهاديا وسطا بين إيجاب المتعة شرعا، وتقرير الحق في التعويض قانونا، وهذا لا يستقيم لاختلاف موجب كل من المتعة والتعويض، فإن اتحدا في الحكمة فقد اختلفا في السبب، ومن ثم يكون لكل منهما حكمه الخاص[1].

فعندما يعتبر القضاء الجزائري المتعة الشرعية ذاتها تعويضا وهو الصحيح، إلا أنه قد خالف وجه تشريعها عندما جعلها تعويضا في حال الطلاق بغير مبرر، كما خالف وجه التعويض الذي قال به بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة والقانون في حالة الطلاق التعسفي، فقد جعله مستحقا في حالة ثبوت الضرر كما نصت على ذلك المادة 55 من قانون الأسرة بقولها:" عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

المطلب الثاني: النفقة

نص قانون الأسرة على النفقة كأثر من الآثار المالية للطلاق في المادتين **22 و58** حيث أقرّ للزوجة المطلقة الحق في نفقة العدة والمسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجاره لها، كما نص على النفقة كأثر من آثار الزواج والطلاق في المواد: من 74 إلى 80 من نفس القانون حيث أقرّ للزوجة والأبناء الحق في النفقة بمشتملاتها، وقد سبق بيان ذلك في معرض دراستنا لأهم مسائل آثار الزواج المالية في الفصل الثاني من الباب الأول من هذا البحث. لذلك ستقتصر الدراسة في هذا المطلب على أهم مسائل النفقة (**نفقة العدة، نفقة السكن)** كأثر من آثار الطلاق التي يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية لسدّ الفراغ التشريعي الذي يسودها. وعليه سيتم تقسيم الدراسة في هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول مسألة نفقة العدّة ونتطرق في الثاني إلى مسألة الحق في السّكن " مسكن ممارسة الحضانة أو بدل الإيجار".

1- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 143.

الفرع الأول: مسألة نفقة العدة

لعل أهم نقطة تثيرها مسألة نفقة العدة كأثر من آثار الطلاق المالية على مستوى العمل القضائي هي شروط وجوبها وحالات استحقاقها، لذلك سيتم بيان حالات نفقة العدّة (أولا)، ثم نستعرض موقف الاجتهاد القضائي منها (ثانيا).

أولا- حالات نفقة العدة:

لقد أوجب المشرع نفقة العدة بموجب المادة 61 بقوله: " ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق " دون أن يوضح شروط وجوبها وحالات استحقاقها، وما إذا كانت العدة المقصودة في النص تقتصر على الطلاق الرجعي أم تمتد لتشمل الطلاق البائن بكل صوره.

فالفقه الإسلامي قرر حق النفقة في العدة بموجب القاعدة الشرعية " من حبس لأجل غيره وجبت نفقته " فانطلاقا من هذه القاعدة نظر الفقه الإسلامي في حبس المعتدات أثناء العدة، فوجدوا أن بعضا منهن حبس لحق الزوج فأوجبوا النفقة عليها، وبعضا منهن لم يكن حبسه لحق الزوج فلم يوجب عليه نفقتهن[1]. وهو الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن حالات العدة التي لا تجب فيها النفقة وتلك التي تجب فيها النفقة ؟ وآراء فقهاء المذاهب في نفقة المعتدة من طلاق بأنواعه الثلاثة.

1- حالات العدة التي لا تجب فيها النفقة:

أ- **الحالة الأولى:** كل امرأة توفى عنها زوجها، إذ لا سبيل إلى إيجاب نفقتها على أحد، فزوجها مات ولا يمكن إيجابها عليه، لأن لا ملك له بعد وفاته، وليس هو أهلا بعدها للإيجاب عليه، وأما عدم إيجابها على ورثته فلأن نفقة الزوجية حق شخصي على الزوج فلا ينوب عنه ورثته فيها.

ب- الحالة الثانية: كل امرأة معتدة بسبب فرقة حاصلة من جهتها، وهي محظورة شرعا كالموطوءة بشبهة أو بزنا.

ج- الحالة الثالثة: كل امرأة فارقها زوجها بعد أن كان يعاشرها بغير عقد صحيح، وذلك يشمل نوعين: المفارقة بعد زواج فاسد، والموطوءة بشبهة، ذلك لأن في الحالتين لا يكون أحدهما سببا في احتباس الرجل للمرأة، بل يجب عليهما أن يتفرقا منه، لأن الأصل في النفقة من حيث وجوبها تكون جزاء الاحتباس. وعليه فإذا كان الاحتباس غير جائز شرعا كانت النفقة غير واجبة، إلا في أثناء الاحتباس غير المشروع[2].

1- الشيخ الكمال بن الهمام، فتح القدير، الجزء 3، ص39.

2- ابن عابدين،الحاشية على الدار المختار، مطبعة بولاق،مصر، الجزء 02، ص 1034.

2- حالات العدة التي تجب فيها النفقة:

تجب النفقة في الحالات الآتية:

أ- الحالة الأولى: كل امرأة فارقها زوجها بغير وفاة بعد زواج صحيح شرعا بسبب من عنده، سواء أكانت الفرقة بالطلاق، أم كانت بالفسخ، وسواء كان سبب الفسخ مشروعا، كاختياره نفسه بعد البلوغ، أم لم يكن مشروعا كارتداده، وفعله بأحد أصولها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة.

ب- الحالة الثانية: كل امرأة كان سبب افتراقها من زوجها من جهتها، ولكنه مع ذلك سبب غير محظور شرعا، كأن تختار نفسها بالبلوغ أو لنقصان مهرها عن مهر أمثالها[1].

ج- الحالة الثالثة: كل امرأة طلقها القاضي على زوجها بعد طلبها.

3- نفقة المعتدة من طلاق:

إن ما هو معلوم بضرورة أحكام الطلاق الشرعية، أن الطلاق إما أن يحصل قبل الدخول بالزوجة أو بعده، ومتى حصل الدخول فإنه إما أن يكون الطلاق رجعيا أو بائنا، ولكل حالة حكمها فيما يأتي:

3- 1- المطلقة قبل الدخول:

إذا طلق الرجل زوجته قبل أن يدخل بها، فإنها تطلق منه طلقة بائنة، لا عدة فيها، و ذلك لخروجها عن حكم المادتين 58 و59 من قانون الأسرة، واللتين أوجبتا العدة على المدخول بها و المتوفى عنها زوجها ولو قبل الدخول وهذا طبقا لقوله تعالى: ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾، و حيث لا تجب العدة فإنه لا يمكن الحكم للمطلقة قبل الدخول بالنفقة، لأن النفقة مقابل الاحتباس الحاصل بموجب العدة[2].

3- 2- المطلقة طلاقا رجعيا:

يتفق الفقه في المذاهب الأربعة على حق المطلقة طلاقا رجعيا في النفقة بكل مشمولاتها من سكنى، و كسوة، وعلاج، و ذلك لكون وجود رابطة الزوجية بعد الطلاق الرجعي الذي لا يزيل ملك الاستمتاع، ولا يرفع حلية، وهذه المطلقة هي التي ينطبق عليها نص المادة 61 من قانون الأسرة.

3- 3- المطلقة طلاقا بائنا:

لقد انقسم الفقه بشأن نفقة المطلقة طلاقا بائنا إلى فريقين:

1- ابن عابدين، المرجع السابق، ج2 ، ص958.

2- القرطبي، الكافي على مذهب الامام مالك، المرجع السابق، ص 627.

فالأحناف يرون أن المرأة تتمتع بالنفقة لأنه لم يرد في كتاب الله ما يدل على خلاف ذلك، واستدلوا في هذا الشأن بقوله تعالى: **لينفق ذو سعة من سعته،** ولقوله تعالى:﴿**أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن**﴾، كما تتمتع المرأة بالنفقة في حالة بقائها في بيتها دون أن ترتكب فاحشة مبينة وهذا طبقا لقوله تعالى: ﴿ **ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾ ذلك أن فقهاء الأحناف نظروا في هذه الآية من حيث أنه لا فرق بين مطلقة و أخرى، سواء كان طلاقها رجعيا أم بائنا، فلها الحق في هذا الشأن في النفقة بكل مشتملاتها: الغذاء، الكسوة، السكنى، التطبيب، إضافة إلى أن المطلقة طلاقا بائنا، كانت قبل الطلاق تستمتع بحق النفقة لكون أن العدة أثر من آثار العقد الصحيح بعد حله.

فالنفقة تجب على الزوج مقابل احتباس زوجته بموجب العقد، وحيث أن الاحتباس موجود في العدة لفائدة الزوج فلا مبرر لإسقاط نفقة المطلقة ولو بانت.

بينما يرى الإمام مالك ويؤيده الإمام الشافعي في ذلك، أن المطلقة طلاقا بائنا لا تتمتع بحق النفقة ولها حق السكنى ما لم تكن حاملا، فإن كانت كذلك فلها النفقة حتى تضع حملها و إلا فإنها تتمتع بحق السكنى فقط[1]. وقد استدلا في ذلك بالحديث الذي روته **فاطمة بنت قيس** والتي جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: " يا رسول الله إن زوجي طلقني فبت طلاقي " وهي تشاكي من أجل حقوقها، فقال لها **رسول الله صلى الله عليه وسلم:** " **لا نفقة لك ولا سكنى** ". ولكن **عمر بن الخطاب** رضي الله عنه لم يعمل بهذا الحديث، وطعن في صحته فيما روى عنه أنه قال: **لا نترك كتاب ربنا، وسنة نبينا لامرأة لا ندري أحفظت أم نسيت؟** [2]

إن المشرع لم ينص في المادة 61 من قانون الأسرة على المطلقة طلاقا رجعيا، وإنما نص على المطلقة بصفة عامة دون أن يخصص للمطلقة طلاقا بائنا نصا يحكم وضعها، الأمر الذي يجعلنا نقول أنه أعطى للمطلقة حق السكن وحق النفقة بكل مشتملاتها طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة، وهو في ذلك يعتمد رأي الأحناف باعتبارهم فقهاء الاجتهاد بالرأي وأكثر ملائمة لعصرنا، إضافة أن حديث فاطمة بنت قيس مطعون فيه من صحابي بارز ضرب أروع الأمثلة في العدل حتى صار رمزا للأمة.

1- محمد الزرقاني، الشرح على موطأ الإمام مالك، ج3، ص207 و ما بعدها

2- الحافظ ابن كثير، الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، بشرح الدكتور: احمد محمد شاكر، الطبعة الثالثة، سنة 1979، دار التراث، القاهرة.

ثانيا: موقف الاجتهاد القضائي من نفقة العدة كأثر

لقد كان موقف القضاء الجزائري واضحا و صريحا من نفقة العدة، فقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:22-10-1984 ما يأتي:" **متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها، سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية** ".[1]

وفي السياق جاء القرار المؤرخ في:18-06-1996 مقررا ما يلي:" **من المستقر عليه قضاءً أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل** ".[2]

يفهم من القرار أعلاه، أن كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها مدة عدتها، فيجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة، وعلى الجهة القضائية أن تحكم بها، و تحددها إجماليا أو شهريا، و تشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق، فيدفعها المطلق إلى مطلقته وفقا لقواعد إجراءات التنفيذ، إما بصفة رضائية أو بطريقة جبرية، و هذا هو مدلول المعنى الذي أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 61 من قانون الأسرة بقولها:" **ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق**".

وعليه فإنه يجب على الجهة القضائية في هذه الحالة أن تراعي حال كل من الزوج والزوجة عند تقدير قيمة النفقة، وفي كل الأحوال فإن القضاء يهتم اهتماما خاصا ما تعلق بالعدة من حيث مبدأ مواعيدها وآجالها حين يفصلون في منح المطلقة نفقة العدة، وذلك لأن إشكالا يطرح نفسه بحدة في هذا الخصوص، وهو أن هناك من النساء من يعتدن بثلاثة أشهر و أخريات يعتدن عدة وضع الحمل، وهي فترة قد تكون قصيرة أقل من ثلاثة أشهر، كما قد تكون طويلة، قد تصل إلى ثمانية أو تسعة أشهر، و قد تكون عدة طلاق ثم تتحول إلى عدة وفاة.

لذلك فإن ما يستوجب من الجهة القضائية المختصة في هذه الحالة، أن تدرس هذه الوضعية حالة بحالة، مما يتطلب منها أن تأخذ بعين الاعتبار بعض الأمور الأساسية لهذه الحالات، فإذا كانت الزوجة حاملا وقت الطلاق، فإنه بالاعتماد على شهادة طبية يمكن أن تعرف الفترة المتبقية لوضع الحمل، والتي هي فترة للعدة، مما يتطلب بالضرورة إعمال السلطة التقديرية للقاضي لتقدير النفقة المستحقة لتلك الفترة،

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش قرار مؤرخ في: 1984/10/22، ملف رقم:34327، **م.ق**، 1989، العدد 03، ص69

2- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 75029، قرار مؤرخ في:1996/06/18، **م.ق**، 1994، العدد 02، ص65.

ذلك أنه ليس من العدل أن تلزم المطلقة الحامل بأن تعتد إلى غاية وضع حملها، في حين أن المطلق لا يلزم بالإنفاق عليها خلال تلك الفترة علما بأن القانون يمنحها حق البقاء في مسكن الزوجية إلى غاية انقضاء عدتها، ولا تحرم من ذلك إلا في حالة ارتكابها الفاحشة المبينة، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من قانون الأسرة[1].

وعلى مستوى العمل القضائي لاحظنا أن معظم الأحكام القضائية الصادرة من مختلف الجهات القضائية والمقرّرة نفقة العدة لا تبين فترة العدة المقررة شرعا وقانونا، كما أن المبلغ المحكوم به هو نفسه تقريبا لكل المطلقات مما يتطلب لفت الانتباه له في هذا الصدد، و هو عدم التمييز في الأحكام القضائية بين فئات النساء المقررة لهن العدة بأصالة الأحكام الشرعية للعدة.

وعليه فإن ما درج عليه القضاء في ما يتعلق بمبلغ نفقة العدة لا يحقق الإنصاف، فالتي تعتد بثلاثة قروء ليست كالتي تعتد عدة وضع الحمل، والتي تكون عدتها قصيرة ليست كالتي عدتها طويلة.

بالإضافة إلى ذلك، فإن ما لاحظناه على تلك الأحكام القضائية أن القاضي لا يشير في حكمه إلى تنازل المرأة على حقها في نفقة العدة، حيث أن كثيرا من النساء اللواتي يقدمن على الطلاق بالتراضي نجد القاضي في هذه الحالة يهمل جانب هذه النفقة، إذ يكتفي فقط بالإشهاد للطرفين على اتفاقهما على الطلاق دون الإشارة إلى التنازل عن هذا الحق في الحكم[2].

تبعا لما تقدم يتضح أن موقف الاجتهاد القضائي فيما تعلق بالمسألة المذكورة أعلاه أنه متفق على أن نفقة العدة واجبة لكل معتدة من طلاق، أو تفريق، أو فسخ، سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا، وهذا ما يتطابق ورأي فقه الأحناف.

الفرع الثاني: الحق في السّكن " مسكن ممارسة الحضانة أو بدل الإيجار"

نصت المادة 72 من قانون الأسرة المعدّل والمتمّم بالأمر :**07-08** على ما يأتي: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

1- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 212.

2- عبد الفتاح تقية، المرجع نفسه، ص 213

يتضح من هذا النص أن المشرع قد كفل للحاضنة المطلقة الحق في السكن حتى ولو كانت حاضنة لابن واحد أو بنت واحدة [1] على خلاف ما ورد النص عليه في المادة 52 قبل تعديلها من خلال عبارة: "مع محضونيها" والذي يفهم منها أنه يشترط أن تكون المطلقة حاضنة لأكثر من واحد حتى تستحق السكن.

ولئن كان النص القانوني أعلاه أقر للحاضنة الحق في المسكن أو أجرته، فإنه لم يُبيّن ما إذا كان ذلك مقترن بشرط أن لا مسكن لها ؟ وما إذا كانت أجرة السكن تعني السكن المستقل الذي يأوي الأطفال مع أمهم؟ وهل يلزم بها الأب عندما تسكن الحاضنة وأطفالها في مسكن والدها ؟

كما يظهر أيضا أن المشرع قد أغفل عمدا النص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر، وذلك عكس ما كانت تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة 52 قبل تعديلها، بقولها: " تفقد المطلقة حقها في السكن في حال زواجها أو ثبوت انحرافها".

ضف إلى ذلك، أن المشرع لم يبين الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا، ولم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق، وكذا الحكم عند الفرقة باللعان.

ومن المسائل التي تصدت لها المحكمة العليا **مسألة إقامة الحاضنة عند أهلها، أو أن يكون لها مسكن**، حيث جاء في قرارها المؤرخ في:08-05-2002 ما يلي:" **إن إقامة الحاضنة عند أهلها، لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته** ."[2]

وفي نفس السياق، صدر عن المحكمة العليا عددا من القرارات كرست بموجبها اجتهاد قضائي مفاده أن مسكن ممارسة الحضانة أو أجرته هو حق للمحضون وليس للحاضن، فقد جاء في حيثيات القرار المؤرخ في:**22- 02-8005** ما يلي: " **لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها الناتجة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار**".[3]

1- وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في عديد القرارات على أن الحاضنة تستحق مسكنا لممارسة الحضانة، أو بدل إيجار مقابله عند تعذر توفيره، مهما كان عدد الأولاد المحضونين. كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا ما يلي: إن السكن حق للمحضون، حتى ولو كان المحضون وحيدا، لأنه من عناصر النفقة. أنظر القرار المؤرخ في:16-11-2005، ملف رقم:348956، **م.م.ع**، 2005، عدد 02، ص 315. والقرار المؤرخ في:13-03-2002، ملف رقم:276760، **م.ق** 2004، عدد 01، ص 274،

2- قرار المحكمة العليا المؤرخ في:08-05-2002، ملف:282052، **م. ق** لسنة 2004، عدد 01، ص 279.

3- قرار المحكمة العليا المؤرخ في:11-04-2007، ملف:384529، **م. م.ع** لسنة 2008، عدد 02، ص 291.

وبالرجوع إلى آراء فقهاء المذاهب في هذه المسألة، نجد أن النفقة والسكن للمحضون واجبة على من تجب عليه نفقة الولد في الجملة عند جمهور العلماء، وإنما اختلفوا في سكنى الحاضنة نفسها.

قال ابن عابدين بعد ذكره خلاف فقهاء الحنفية في ذلك: " **والحاصل أن الأوجه لزوم أجرة المسكن على من لزمه نفقة المحضون، فإن السكن من النفقة، لكن هذا إن لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها، فلا تجب الأجرة لعدم احتياجه إليه.**" وقال أيضا: " **فينبغي أن يكون هذا توفيقا بين القولين، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل**".[1]

والخلاف عند المالكية كما قال الدردير في حاشيته على مختصر خليل:" **إنما هو فيما يخص الحاضنة من المسكن، وأما السكنى فيما يخص المحضون فعلى الأب اتفاقا** "، ومذهب المدونة الذي به الفتوى أنه على الأب للمحضون والحاضنة معا، ولا اجتهاد فيه. وقيل تؤدي الحاضنة حصتها من الكراء. قال سحنون: " **سكنى الطفل على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها بالاجتهاد، ويكون عليه من الكراء على قدر ما يجتهد الحاكم**". والمشهور أن على الأب السكنى وهو مذهب المدونة خلافا لابن وهب القائل أن أجرة المسكن على الحاضنة، وعلى المشهور قال سحنون تكون السكنى على حسب الاجتهاد.[2]

وجاء في النوادر لأبي زيد القيرواني: " قال ابن القاسم فيمن طلق امرأته وله منها ولد، فإن كان مليئا فعليه أن يخدم، والسكنى عليه وعليها، وقال أيضا فيمن طلق امرأته وله منها ولدان: أنه ليس عليه لهما إلا النفقة، وليس عليه أن يكتري لهما. وسئل أشهب عمن طلق امرأته وله منها ولد يلزمه كراء منزل لولده، قال: نعم، وقال ابن القاسم: وإن لم يكن له ما ينفق على ولده منها إلا دارا، فإن كان فيها فضل وإلا فلا نفقة عليه."[3]

وأما الشافعية والحنابلة فقد اعتبروا السكنى من النفقة، فمن تجب عليه نفقة الحاضنة يجب عليه إسكانها.[4] حيث جاء في نهاية المحتاج: " ومؤنتها – ومنها السكنى– على من تلزمه نفقتها ".[5]

ويتحصل من مجموع أقوال الفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: يقضي للحاضنة المطلّقة بالسكنى مطلقا، وفق ما جاء في المدونة.

1- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص 562.

2- الدردير، الشرح الكبير، ج 02، ص 533-534.

3- أبو زيد القيرواني، النوادر والزيادات، تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1999، ج5، 58-59.

4- ابن قدامة، المغني، ج11، ص 402.

5- الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص225.

الوجه الثاني: يقضي بعدم وجوب المسكن للحاضنة على رأي ابن وهب.

الوجه الثالث: يقضي بأن لها ذلك إذا لم يكن لها مسكن.

وما قيل في الوجه الثالث هو الأرجح عند فقهاء الترجيح في المذهب الحنفي على رأي ابن عابدين[1] لأن المتتبع لعبارات الفقهاء يجدها تكاد تتفق حول إعداد المسكن للحاضنة التي لا تملك مسكنا، وأما التي لها مسكن، فلا يلزم المطلق بإسكانها وهو الراجح في مذهب الحنفية والمالكية، وهذا الذي مال إليه من المعاصرين الشيخ أبو زهرة والسيد سابق ومصطفى شلبي ومحمد بلتاجي وغيرهم[2].

وعلى هذا فجملة الملاحظات التي يمكن إبداؤها بشأن ما ورد في الفقرة الثانية من المادة **58** من قانون الأسرة، والتي نصت على أنه:" **تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**"، فهي كالآتي:

1- إن النصوص الفقهية الواردة في هذه المسألة، وخاصة وفق مذهب الحنفية كما هو قول ابن عابدين: " لكن هذا إن لم يكن لها مسكن"، صريحة في الكلام عن الحاضنة التي ليس لها مسكن، وهي التي على الأب سكناها هي ومحضونها، أما المشرع فلم يقيد حق الحاضنة في الاستقلال بمسكن الزوجية بهذا القيد المهم، إنما أطلق القول بأنه للمطلقة الحاضنة هذا الحق، ولم يفرق – كما ذهب إلى ذلك الفقهاء- مع أن هذا التفريق مهمٌ جدا في الحالات التي يكون للمطلقة مسكن آخر غير مسكن مطلقها، حيث يعفي ذلك الزوج من الخروج من مسكنه الذي قد لا يكون في استطاعته الحصول على غيره[3].

2- أغفل المشرع الحالات التي يكون فيها المحضون ذا مال يمكن معه استئجار منزل الحاضنة له ولحاضنته، ذلك أن نفقة الصغير إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في ماله صغيرا كان أو كبيرا. ومما لا شك فيه أن المطلقة لا حق لها بذاتها في مسكن الزوجية بعد انتهاء الصلة بينها وبين الزوج، فإنما يأتي حقها في مسكن الزوجية باعتباره من نفقة المحضون على أبيه، فإذا كان للمحضون نفسه مال فنفقته أصلا من هذا المال، ولا حق له أو لحاضنته عندئذ في مسكن الزوجية السابق، وهنا كان الأولى بالمشرع إبقاء المادة على ما كانت عليه قبل التعديل، وهو الأمر الذي عليه جمهور الفقهاء.

1- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، ص 562.

2- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص410، السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ج2، ص222، محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، ص196.

3- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 315.

3- لا يمكن تصور بقاء المطلقة في بيت مطلقها بعد صدور حكم الطلاق، إذ أصبحت بذلك أجنبية عليه، فكيف يعقل بقاؤهما في بيت واحد إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن الذي عادة ما تطول مدة تنفيذه، ولا يسمى بيت الزوجية، لأن الزوجية لم تعد قائمة، بل يسمى بيت مطلقها.

وقد فصل الرملي ذلك وهو في سياق الحديث عن سكنى المعتدة من طلاق بائن بقوله: " ولو كان في الدار حجرة سكنها أحدهما، وسكن الآخر الحجرة الأخرى من الدار، فإن اتحدت المرافق- كمطبخ ومستراح- اشترط محرم، وإن كان في الدار بيت- يقصد حجرة واحدة- فإنه لا يجوز له أن يساكنها ولو مع محرم، لأنها لا تتميز من المسكن بموضع إلا إذا بني بينهما حائلا، وبقي لها ما يليق بها سكن جاز، وإلا بأن لم تتحد المرافق بل اختصت كل من الحجرتين بمرافق فلا يشترط المحرم إذ لا خلوة." [1]

وعلى هذا فإرادة المشرع غير واضحة في هذه المسألة، إذ يلزم من ذلك إما توفير سكن مستقل لها عن مسكنه إذا توفر لديه مسكن آخر - وهذا على خلاف الغالب- وإما أن يتخلى لها عن مسكنه الوحيد، فيقع بذلك المطلق في الضيق والحرج، وهذا تجاوز كبير لم يقل به أحد من الفقهاء.

والفصل في هذه المسألة من وجهة نظرنا يقتضي أمرين:

الأول: سرعة الفصل في قضايا الحضانة على وجه الاستعجال، وهذا ما استدركه المشرع من خلال نص المادة **75** مكرر من قانون الأسرة بقوله: " **يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن**".

الثاني: إذا ثبت للقاضي أن الحاضنة لا مأوى لها إطلاقا، فهنا تقدم مصلحة المحضون، وتبقى الحاضنة في بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. أما إن كان لها مسكن خاص أو أهل تأوي إليهم، فإنها تمكث في بيت أهلها وتستحق بدل الإيجار منذ انتهاء عدتها وخروجها من بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي، هذا إن تعذر عليه توفير سكن ملائم للحاضنة قبل تنفيذه للحكم القضائي.

لذلك فالأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدما على توفير السكن للحاضنة، لأنه في مقدور المطلق توفيره لها حال صدور الحكم بإيجابه.

وقد سئل ابن حجر الهيثمي عن الأم الحاضنة إذا طلبت أجرة المسكن الذي تحضن فيه أولادها هل يجب على الأب استئجار المسكن أم لا ؟ وهل تسقط حضانتها إذا لم يكن لها مسكن أم لا ؟ وهل يدخل في مؤنة الحضانة أجرة المسكن أم لا ؟ فأجاب بقوله: " **الأم الحاضنة إن كانت في عصمة الزوج الأب**

1- الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص 163.

فالإسكان عليه، وإلا فليس لها إلا أجرة الحضانة فتستأجر منها مسكنا إن شاءت ولا تسقط حضانتها بعدم ملكها أو نحوه لمسكن".[1]

كما أن بدل الإيجار يكون الأفضل بالنسبة للحاضنة القاصر التي لا يكون بمقدورها الانفراد بسكن مستقل عن أهلها، وحتى لو أمكنها قانونا فإن العرف والواقع يأبيان ذلك، لما قد ينجر عنه من مفاسد قد تلحق الحاضنة وتضيع بذلك مصلحة المحضون.

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في حيثيات قرارها المؤرخ في:**22-28-8007** ملف رقم:348644 ما يلي: **حيث يستفاد من القرار المطعون فيه، أنه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين، وخصص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة، وهو قضاء لا يتماشى والمنطق فالشيء المجزأ يعتبر شيء واحد. فكان ينبغي عندئذ على قضاة الموضوع، أن يقضوا بأجرة المسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي من المسكن ليكون قضائهم متماشيا مع أحكام المادة 72 من قانون الأسرة، على أساس أن المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق، يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد، مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص السكن لممارسة الحضانة** ".[2]

المطلب الثالث: النزاع في متاع البيت

موضوع النزاع حول متاع البيت أفرد له المشرع نصا وحيدا في قانون الأسرة هو المادة **73** والتي جاء فيها: " **إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين.**" [3]

1- ابن حجر الهيثمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، بيروت، لبنان، 1983، 216/4.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:14- 12-2005، ملف رقم:348644، م. ق، عدد 59، ص244.

3- يفهم من صياغة النص أن النزاع حول متاع البيت من النزاعات التي يخلفها طلاق الزوجين أو وفاة أحدهما، فيثار النزاع حول ملكية ما هو موجود بالبيت من متاع بين المطلقين أو بين الزوج الباقي على قيد الحياة وورثة الزوج المتوفى، ومن المتصور جدا أن يثار هذا النزاع بين ورثة كلا الزوجين في حالة وفاة الزوجين كلاهما، على اعتبار أنّ ذلك المتاع من التركة. وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع أورد نص المادة 73 من قانون الأسرة في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، من الباب الثاني انحلال الزواج، في حين يرى بعض الباحثين أن النزاع إذا ثار بين ورثة الزوج المتوفى، والزوج المتبقي على قيد الحياة لن يصنف على أنه نزاع حول متاع البيت على الوجه الذي نظمه المشرع الجزائري بل هو من النزاعات الميراثية. أنظر: حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت، قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة

فهذا النص يفتقد للتفصيلات اللازمة سيّما فيما يتعلّق بتحديد ما يعتبر من متاع البيت (الفرع الأول) وبموضوع الإثبات في مختلق صور النزاع حول متاع البيت (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم متاع البيت

لم يعرّف قانون الأسرة متاع البيت، إلا أنه أشار في نص المادة 73 إلى أنواع المتاع، فهناك من المتاع ما هو خاص بالنساء، وآخر خاص بالرجال، ومنه ما هو مشترك بينهما، وصنّف المشرع بذلك ثلاثة معايير أساسية يستند عليها القاضي للفصل في النزاع محدّدا متاع النساء، ومتاع الرجال، والمشترك بينهما، فالمسألة تخضع لتقدير القاضي منطلقا من معطيات العرف وعادات الناس.

ويتحدد مفهوم متاع البيت بتعريفه (أولا)، وتمييزه عمّا يشابهه من مصطلحات قد تتداخل فيما بينها، وهي جهاز البيت وأثاث البيت (ثانيا)، وبتبيين المقصود بالأموال المشتركة بين الزوجين والتي جعل لها المشرع تنظيما خاصا إثر تعديل قانون الأسرة سنة 2005 (ثالثا).

أولا- تعريف متاع البيت:

متاع البيت هو كل ما يمكن أن يتم الانتفاع به في بيت الزوجية من فراش وأثاث وأدوات منزلية، ويستوي في ذلك أن يكون ممّا يخص الرجال أو ممّا يخص النساء، أو مما يخص النساء والرجال على حدّ سواء.[1]

ومتاع البيت على النحو الذي عرفه الأستاذ سعد عبد العزيز هو: " مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين، وباقي أفراد الأسرة مثل: الأواني والأفرشة، والأغطية، وجهاز التلفزيون، والبرّاد، والكراسي، والأرائك، وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الجلوس وغرفة النوم وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك.[2]

ولا يهم أن يكون اقتناء هذا المتاع قبل العيش المشترك أو بعده، فقد تشتري الزوجة- خاصة إذا كانت عاملة- أشياء تضيفها لبيتها أثناء الحياة المشتركة بينهما دون أن يكون لها بيّنة على ذلك، وهذا هو الغالب في نزاع متاع البيت

=وتطبيقاتها القضائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية- المجلد:58 العدد:01، السنة 2021، الصفحة من 129-144.

1- بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ما جيستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، ص 85

2- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والإجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، العدد 5، 2002، ص 261.

ثانيا- تمييز مصطلح متاع البيت عما يشابهه من مصطلحات:

إنَ مصطلح متاع البيت يتداخل حتما مع مصطلحي جهاز البيت وأثاث البيت، وبيان ذلك فيما يأتي:

2- جهاز البيت:

يقترب مصطلح متاع البيت من مصطلح جهاز البيت، والذي هو في عرف الجزائريين ما تأتي به العروس من بيت أهلها إلى بيت زوجها ويشمل مقتنيات تخصّها شخصيا مثل: اللباس والمصوغات والإكسسوارات وأدوات التزيين.

فالجهاز يقصد به ما يتجهز به الشخص لمناسبة، وفي مثل هذه الحالة هو ما تأتي به المرأة من بيت أهلها إلى بيت زوجها يوم زفافها، أو بأيام قلائل من الزفاف كما هي عليه العادة. وقد تكون المرأة اشترت هذا الجهاز من مالها الخاص أو من المهر الذي قدمه لها الزوج، أو اشتراه لها أهلها، أو هو من مجمل الهدايا التي تلقتها يوم عرسها، وقد يكون من الجهاز ما يهده الزوج لزوجته فترة الخطوبة.

وهناك من يعرّف الجهاز بأنه: " ما يُعدُّ به مسكن الزوجية من أثاث، وفراش، وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إليه ".[1]

وعليه فالجهاز يشمل مقتنيات للاستعمال المشترك بين الزوجين كالمفروشات والأغطية والأجهزة المنزلية والكهرومنزلية حسب الوضع المادي للزوجين، وحسب العرف وعادات المنطقة والأسر.

إن جهاز البيت بهذا المعنى هو ما يعدُّ به مسكن الزوجية من أثاث وفراش وأدوات منزلية عند الزفاف وهو كلّ ما تحتاجه الزوجة عند زواجها لتجهّز به نفسها أو تجهّز به بيت الزوجية، وقد جرى العرف على أن تقوم الزوجة وأهلها بالمشاركة في إعداد مسكن الزوجية.

2- أثاث البيت:

أثاث البيت هو ما يوجد في البيت من خزائن، وأرائك، وأسرّة، ومفروشات، وجميع الأدوات التي يفترض أن يعدها الزوج في بيت الزوجية استقبالا لزوجته، مهيئا لها إقامة مريحة فيه، والأصل في هذه الأشياءأن استعمالها يكون مشتركا بين أفراد الأسرة جميعهم، فهي من الضروريات التي تستقيم بها الحياة المشتركة للزوجين، ومن معهما مثل والدي الزوج، والأولاد، أو الإخوة.

كما يتضمن البيت أدوات وأشياء خاصة بالزوج كملابسه، وأدوات عمله، وأشياء أخرى يستعملها في حياته اليومية قد تكون أدوات رياضة، أو صيد، أو غيرهما.

1- مروان قدومي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث – قسم العلوم الإنسانية- المجلد 19 (1)، 2005، ص 133

و ما جرى عليه العمل القضائي في بلادنا أن الأثاث يعدُّ ملكا للزوج كقاعدة عامة باستثناء إذا قدمت الزوجة بينة على ملكيتها له، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:**22-02-2525** أين قضت فيه بما يلي: " **أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين مثل الفراش والغطاء وغرفة النوم وما شابه ذلك من أرائك وزرابي وأواني الطبخ هو مبدئيا يعتبر ملك للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها، فإنّ لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه**".[1]

إن متاع البيت تطبيقا لنص المادة 73 من قانون الأسرة يتضمن هذه العناصر كلها، حيث منها ما هو مخصص للزوجة، ومنها ما هو مخصص للزوج، ومنها ما هو مشترك بينهما. والواضح في هذا السياق أن نص المادة يخلط بين المتاع، والجهاز، والأثاث، مع أن لفظ متاع أعمُّ وأشمل من لفظي الجهاز والأثاث فالجهاز على ما تقدم يخص الزوجة، والأثاث يخص الزوج مبدئيا. ونظرا للتداخل الحاصل آثر المشرع أن يترك السلطة التقديرية للقاضي حتى يفصل في المسألة بناءً على معطيات العرف والعادة كل ذلك في إطار أحكام الشريعة الإسلامية. فإذا عجز القاضي عن الفصل في نزاع يتمحور حول متاع البيت، إعمالا لسلطته التقديرية وانطلاقا من معايير المادة 73، يرجع إلى القاعدة الفقيهة الشهيرة " **البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر**" هذا ما يفهم من قرار المحكمة العليا المؤرخ في:21- 02- 2001 والذي من حيثياته ما يأتي: " **حيث أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأنَ القاضي الأول قد أجاب في الحكم بإرجاع الأثاث و الملابس باعتبارها من متاع البيت المنصوص عليه بالمادة 73 من قانون الأسرة بخلاف المصوغ فإنه لا يدخل ضمن المتاع المنصوص عليه بالمادة المذكورة إنما يخضع لقاعدة البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر، مع أن المصوغ يعتبر من متاع البيت و المعتاد للنساء و تنطبق عليه المادة 73** ".

ثالثا- الأموال المشتركة بين الزوجين:

الأصل أنّ لكلا الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للزوج الآخر، ولكليهما الحرية الكاملة في التصرف في أمواله، وعليه فإنّ الزوجة تظل مستقلة بأموالها رغم زواجها، غير أنَّ مساهمتها في إنماء ثروة الأسرة يؤدي حتما إلى اختلاط مالها بمال زوجها، فقد تساهم في اقتناء سيارة أو شراء مسكنا أو انجاز مشروع دون أن يوثق هذا الاشتراك رسميا، وفي هذه الحال تجد الزوجة نفسها خاوية الوفاض إذا

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:16-01-1989، **م.ق**، عدد1، ص 55.

انحلّ الزواج بطلاق أو وفاة الزوج. لأنّ هذه العلاقة قائمة على انفصال ذمتيهما واستقلالهما، وحرية تصرف كل من الزوجين فيما يملك.[1]

ولهذا تدخّل قانون الأسرة في تعديله للمادة **2/37** سنة 2005 وسمح للزوجين أن ينشئا رباطا ماليا باتفاقهما في عقد الزواج ذاته بموجب شرط أو في عقد مستقل، وذلك بالنص على ما يلي: " **غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل منهما** ". وهذا استثناء على المبدأ الوارد في الفقرة الأولى من نفس المادة القائل: " **لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر**".

إن وجود هذا الاشتراك فرضته الظروف الاجتماعية والاقتصادية وحتى الثقافية والسياسية، وبمقتضاه يشترك الزوجان في أموالهما المكتسبة، فتنشأ بإرادة الزوجين ذمّة مالية موحّدة تتعلق بالأموال المكتسبة من طرف كل واحد منهما خلال الحياة الزوجية.

قد يُسْهم كل من الزوجين بنصيب من ماله لشراء مسكن أو شراء سيارة أو فتح حساب مشترك أو أيّ مشروع اقتصادي أو حتى الانفاق على الأولاد، دون أن يتم تقييد هذا الاشتراك في وثيقة تحدّد نصيب كل منهما، وهذا ما يسمّى بالاشتراك المالي الفعلي، وهو واقع أغلب الأسر الجزائرية، ذلك أنّ الانفصال التّام لأموال الزّوجين واستقلال ذمّتيهما لا ينفي وجود نوع من التداخل المنسجم بين أموال الزوجين، لأنه من الصعب التعبير عن الحياة الزوجية المشتركة القائمة على المودّة دون أن يساهم كل من الزوجين بموارده المالية.[2]

إن الشريعة الاسلامية التي تعدُّ مصدرا ماديا ورسميا لقانون الأسرة لا تمنع الزوجان من اشتراط ما يشاءان من شروط، تنظيما لعلاقتهما سيّما المالية منها، بل ترى أنَ أحق الشروط رعاية ووفاءً هي تلك الشروط التي يتضمّنها عقد الزواج. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **إنَّ أحقَّ الشروط أن توفُّوا بها ما استحللتم به الفروج** ".[3]

1- حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت، قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة وتطبيقاتها القضائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية- المجلد:58 العدد:01، السنة 2021، ص133.

2- هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 1، سنة 1994، ص159.

3- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم:5151.

فالنظام المالي المشترك هو مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية المنظمة بشكل مفصل للعلاقة المالية بين الزوجين من حيث نشأة وتكوين ذمة مالية جديدة، وتوزيعها، واقتسامها، وتصنيفها، وبيان الديون المتعلّقة بها. وتظهر أهميّته أكثر عند انحلال الزواج بالطلاق أو بوفاة أحد الزوجين ومزاحمة ورثة الزوج المتوفى للزوج المتبقي.

وتبعا لما تقدم يكون عقد الاشتراك المالي مرتبط بعقد الزواج، فالحياة الزوجية المشتركة هي السبب في وجوده، أما زواله فيكون **بالاتفاق** أيضا كما نشأ، الأمر الذي يميّزه عن حالة النزاع حول متاع البيت، أو **بانحلال الزواج** بالوفاة أو الطلاق، الأمر الذي يجعله يشبه مسألة النزاع حول متاع البيت.

إن الاشتراك المالي هو تنظيم لانفصال مالي محتمل حتى لا يقع الزوجان في خلاف حول عائدات مالية بينهما، في حين النزاع حول متاع البيت يثار بعد انحلال الرابطة الزوجية، وهو أحد النزاعات المالية المثارة بعد هذه المرحلة لعدم وجود تنظيم، ولا اتّفاق مسبق.

الفرع الثاني: مسألة الإثبات في صور النزاع حول متاع البيت.

إن أصل النزاع حول متاع البيت هو ادعاء كل من الزوجين أو أحدهما أو ورثة أحدهما أو ورثة كلا منهما أن ما في البيت من متاع أو جزء منه ملكا له أو ملك لمورثهم، في حين أنَ الطرف الآخر **ينكر وجود هذا المتاع أصلا** أو **ينكر ملكية الطرف الآخر له**، أو أن **يدعي أنَ الطرف الآخر قد أخذ ما يخصُّه عند مغادرة البيت الزوجي**، أو أن **قائمة المتاع المقدّمة من طرف المدعي مبالغ فيها.**

ويشتدُّ النزاع عند انعدام البيّنة على وجود المتاع أصلا أو على ملكيته للزوج المدّعي، وهو ما يطرح أمام القضاء مسألة لإثبات، سواء في وجود المتاع محل النزاع أصلا **(أولا)**، أو في ملكيته لأحد الطرفين **(ثانيا)** أو في قيمته إذا انعدم عينا **(ثالثا)**.

أولا- مسألة إثبات وجود متاع البيت:

قد يطالب أحد الطرفين بمتاع معين يدعي وجوده بمسكن الزوجية، وفي الغالب المرأة هي من تقدم على هذه الخطوة لأنها هي من تغادر البيت مخلّفة متاعها وراءها إما برضاها أو يرغمها على ذلك الزوج أو أهله وليس غريب أن يقدّم الزوج الطلب لأن الواقع يُبيّن أنّ بعض الأزواج هم من ينتقلون إلى بيت الزوجة، فيُزفّ إليها بدلا من أن تزفَّ إليه، فإذا حدث خلاف بينهما أعقبه طلاق كان هو من يغادر البيت مخلّفا متاعه.

كما يمكن للزوجة وهي تغادر المنزل أن تأخذ بعض أغراض الزوج انتقاما منه خاصة إذا كانت أشياء ذات قيمة بالنسبة له كوثائقه الخاصة أو وثائق تتعلق بوظيفته أو أدوات عمله، فيطالبها قضاءاً بإرجاعها.

وما جرى عليه العمل القضائي في بلادنا أن المدّعي يقدّم في الجلسة قائمة يعدّد ويصفُ فيها المتاع المطلوب، فيعرض القاضي هذه القائمة على المدعى عليه ليناقشها ويردّ عليها، فإذا أقرّ بوجودها وبامتلاك المدّعي لها يتوقّف النزاع عند هذا الحدّ. أما إذا أنكر وجود هذا المتاع أصلا أو ادّعى أن المدعي أخذ كل ما عدّد في القائمة. في حين هذا الأخير يتمسّك بوجود المتاع المطلوب في بيت الزوجية، وينفي استلامه. فإن وضع مثل هذا يقتضي تطبيق القاعدة العامة في الاثبات " **البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر**" وهي قاعدة مستمدّة من أحكام الشريعة الإسلامية، مع العلم أن المسألة محل الدراسة تثير مشكل ملكية المتاع المتنازع عليه دون وجود المتاع من عدمه. ومنه جاء اجتهاد المحكمة العليا في القرار المؤرخ في: 31-01-1995 معلّلا ما يلي: " **حيث أن قضاة الموضوع بمجلس قضاء البويرة قد خرقوا المبادئ العامة لوسائل الاثبات، لأنه كان من المفروض توجيه يمين انكار للمطعون ضده في حالة تصميمه على أن الطاعنة لم تترك أيّة متاع لها بمنزل الزوجية وعجز هذه الأخيرة عن التّدليل على ما تدّعيه، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه منعدم الأساس القانوني** ".[1]

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:16-03-1999 بما يلي: " **حيث أنه وفي حالة إنكار وجود الأمتعة المطالب بها عند أحد الزوجين ستطبق القاعدة العامة البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر وليس المادة 73 من قانون الأسرة التي تطبق عندما يدور النزاع حول ملكية الأمتعة المطالب بها، وبذلك فقضاة الاستئناف قد أصابوا لما حكموا بأن قاضي الدرجة الأولى بتوجيه اليمين للمدعية قد خالف القاعدة العامة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر باعتبار أنَ المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها. ولكن كان على قضاة الموضوع تطبيق هذه القاعدة العامة وتوجيه اليمين للمدعى عليه عوضا عن رفض الدعوى في الحال** ".[2]

يتضح من القرارين أعلاه أن المدّعي ملزم بتقديم بيّنة على وجود المتاع وعلى عدم استلامه، ولأن هذه الواقعة مادية فإنها تثبت بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود من الجيران والأقارب، كما يمكن للقاضي أن

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 31-01-1995، **ن. ق** 1996، عدد 49، ص 237

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 16-03-1999، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص 245.

يعيّن محضرا قضائية لينتقل إلى بيت الزوجية لمعاينة ما به من متاع. هذا ما أشار إليه قرار المحكمة العليا المؤرخ في:23-05-2001 في حيثياته: " **حيث أنه من المعروف قانونا أن المادة73 من قانون الأسرة تنص على اليمين فيما هو موجود فعلا من المتاع سواء مصوغا أو أثاث أي المتاع المتواجد وفيه نزاع حول ملكيته، وأما وأن يقدّم أحد الخصمين قائمة يدّعي من خلالها تواجد المتاع دون مشاهدته ومعاينته فهذا يحتاج إلى تطبيق القواعد العامة للإثبات المبنية على القاعدة القانونية الشرعية البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر**".[1]

وتبعا لما تقدم، فعلى من يدّعي وجود المتاع أن يقدّم الدليل على ذلك بأن يقدم بينة، ولما كانت الواقعة مادية أمكن إثباتها بكافة الطرق المتاحة قانونا، سيّما بشهادة الشهود، خاصة وأن العلاقة بين الزوجين تشوبها اعتبارات غير مادية تحول دون الحصول على البينة، وقد أشار نص المادة 336 من القانون المدني على مثل هذه الوضعية فسمح بالإثبات بشهادة الشهود إذا كان مانعا معنويا يحول دون الحصول على الدليل الكتابي.[2]

وتجب الإشارة أنّ اليمين التي قصدها قضاء المحكمة العليا في القرارين أعلاه ليست يمين إثبات وإنما هي **يمين إنكار** يوجّهها القاضي للزوج الذي ينفي أصلا وجود المتاع المتنازع عليه في منزل الزوجية. هذا ما بيّنته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:21-04-1998 حيث جاء فيه: " **حيث أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأن الطاعنة لم تقدم الدليل على المقياس الذهبي دون أن يذكر أن المطعون ضده هو الذي قدم الدليل بشأنه. وفي حالة إنكاره، عليه أن يؤدي يمين النفي تطبيقا لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر**".[3]

وتأكيدا لصفة اليمين التي بينتها المحكمة العليا في قراراتها السابقة من أنها يمين إنكار يوجهها القاضي للمدعى عليه، قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:12-10-2005 بما يلي: " **لما عجزت المدعية (الطاعنة حاليا) عن تقديم البيّنة عن باقي الأثاث كان من المفروض على قضاة**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 23-05-2001، **م.ق** 2003، عدد1، ص 363

2- نصت المادة 336 من القانون المدني في فقرتها الأولى على ما يلي: " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ".

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 21-04-1998، اجتهاد قضائي 2001، عدد خاص، ص242

الموضوع توجيه يمين الإنكار للمطلق طبقا للأحكام العامة المتعلقة بقواعد الاثبات، ولما قضى قضاة الموضوع بخلاف ذلك جعلوا قرارهم عرضة للنقض جزئيا فيما يخص الأثاث محل النزاع ".[1]

ويمين الإنكار هذه تخضع لأحكام المواد من **343** إلى **350** من القانون المدني، فإذاحلف من وجّهت إليه حكم لصالحه، وإذا نكل أو غاب عن جلسة اليمين حكمت المحكمة لصالح المدعي، جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:14-04-1992 ما يلي: " **حيث أنّه بالفعل فإنَ المطعون ضدها قد وجّه لها القاضي الأول تأدية اليمين.... وذلك يعتبر نكولا منها، حيث أن المادة 347 من القانون المدني تعتبر الناكل خاسراً لدعواه، وهو مبدأ عام يشمل اليمين الحاسمة واليمين المتمّمة ".**[2]

ثانيا- مسألة إثبات ملكية متاع البيت:

إذا ثبت للقاضي أن المتاع المذكور في القائمة موجود فعلا في بيت الزوجية، يبقى بعد ذلك إثبات ملكية أحد الزوجين له. جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:27-10-1992 ما يلي: " **حيث أنَ المادة 73 من قانون الأسرة لا تمنح أي طرف بتوجيه اليمين إليه قبل التأكد من وجود ما يدّعيه أولا، ثم تأتي مرحلة اليمين بعد ذلك عند عجز أحد الطرفين عن إثبات ما يدعيه، وأن الإكتفاء بأداء اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود المدّعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبيب وخرقا واضحا لقواعد الاثبات".**[3]

فهذا الاجتهاد يوجه القاضي إلى التأكد من وجود المتاع قبل أن يوجه اليمين للخصم على ملكيته للمتاع.

تجدر الإشارة في هذه المسألة أنّ الفقه الشرعي فيما يخص تحديد ملكية متاع البيت في حال حدوث نزاع وثبوت وجوده يرى أن المتاع يقسّم مناصفة بينهما على اعتباره أنهما ساكنان فيه، وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أو مات أحدهما فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته فذلك كلُّه سواء. فإذا كانا الزوجان ساكنين البيت في أيديهما معا، فالظاهر أنه في أيدهما كما تكون الدار في أيدهما، أو بيد الرجل فيحلف كل منهما لصاحبه على دعواه، فإن حلف جمعا فالمتاع بينهما نصفان.[4]

ومقتضى هذا الرأي أنه إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما حول ملكية أحدهما لمتاع البيت وقدّم بينة على ذلك فإن النزاع يفصل فيه لصالح صاحب البيّنة بناءً على قاعدة البينة على من ادّعى، فإذا لم يقدّم

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:12-10- 2005، **ن. ق**، 2008، عدد 63، ص 335.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 14-04-1992، اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص، ص 230

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:27-10-1992 اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص 233

4- مبروك المصري، دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية، رسالة ماجيستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، 1990، ص 444.

أحدهما بيّنة وحلف كلاهما قُسّم المتاع بينهما مناصفة، وفي هذا تفصيل عند أهل الفقه على النحو التالي:

لم يميز الفقه المالكي بين ما إذا كان النزاع حول متاع البيت حال قيام الزوجية أو بعدها ولا قبل الدخول أو بعده، ولا بين ما إذا كان منزل الزوجية ملك للزوج أو للزوجة، غير أنَ إثبات ملكية متاع البيت يقتضي البينة، فالزوج الذي يقدّم البيّنة يُقضى له بالمتاع، فإن قدّم كلٌّ منهما بيّنة يقدّر القاضي أقواها حجة وأعدلها ويحكم لصاحبها، أما إذا تساوت البيّنتين وتكافأتا سقطتا كلاهما، وأخذ القاضي هنا بالظّاهر أي ما هو متعارف عليه للرجل كان للزوج، وما هو متعارف عليه للنساء كان للزوجة، مع يمين الزوج أو الزوجة حسب الحالة.[1]

والفقه الحنفي هو الآخر لم يخرج عن القاعدة حيث اعتبر أن حل النزاع حول متاع البيت يخضع إلى قاعدة ما هو صالح للرجل عادة فهو للزوج مع يمينه، وما هو صالح للنساء فهو للزوجة مع يمينها، غير أنهم اختلفوا في المتاع الذي يشترك الزوجان فيه. حيث قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني أنَّ القول للزوج في كل ما يصلح لهما من متاع، لأنّ يده متصرفة ويدها حافظة، واليد المتصرفة مالكة والظاهر يشهد له بذلك. في حين قال زفر أنه في حالة اشتراكهما في الصلاحية فإنَ المال يكون مناصفة بينهما ما لم ترجح دعوى أحدهما ببيّنة أو بظاهر آخر يشهد له. أما أبا يوسف فيرى أنَ القول لها فيما جرى العرف على ما تدخل به، لأنّ العرف قد جرى على أن المرأة لا تدخل إلى بيت زوجها إلاّ بجهاز يليقُ بها فكان الظاهر شاهدا لها، وما زاد على ذلك فالقول للرجل لأنّ يده عليها، أما إذا كان النزاع عند أبي حنيفة بين الزوجة وورثة الزوج فالقول لها باعتبارها تحوز محل النزاع.[2]

الواضح أن نص المادة **73** من قانون الأسرة قد أخذت بمعيار الصلاحية لحل النزاع بناء على الآراء الفقهية إذ انعدمت البينة، أما عن تطبيق ذلك في القضاء الجزائري فإنه إذا ثار نزاع بين الزوجين حول ملكية متاع البيت بمختلف عناصره، وقدّم أحدهما بيّنة بملكيته، وعجز الآخر على تقديم ما يثبت ملكيته للمتاع المتنازع عليه واقتنع القاضي فصل لصالح صاحب البيّنة بغضّ النّظر عمّا هو مخصّص للنساء أو الرجال أو ما هو مشترك بينهما فالبينة تغني عن تطبيق القاعدة الواردة في المادة **73**.

1- فيزيلي مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2007، ص 639.

2- حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص140

فإذا ادّعت مثلا الزوجة ملكية آلة الخياطة ورغم أنَ هذه الآلة من خصوصيات النساء في الغالب، لكنه ثبت للقاضي أنّ من يمارس هذه الحرفة هو الزوج وليست الزوجة. أو أنّها تدّعي ملكية مصوغات معيّنة وانعدمت البيّنة ثم تبيّن أنَ الزوج اشتراه هدية لإحدى قريباته بمناسبة زفافها أو نجاحها أو أنه يمتهن مهنة الصّياغة فصل في النزاع لصالحه، فالمسألة هنا موضوعية تخضع للسلطة التقديرية القاضي.

أما إذا لم يقدّم أيّ من الزوجين بينة على ملكية المتاع فإن القاضي يفصل في النزاع بناءً على اليمين التي يدلي بها الزوجان تطبيقا للمادة 73 استنادا إلى معيار الصلاحية، هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:13-03-2002 حيث جاء فيه ما يلي: " **حيث أنّ القرار المنتقد فعلا أساء تطبيق القانون وخاصة المادة 73 من قانون الأسرة فيما يخص النزاع الخاص بالأمتعة بين طرفي قضية الحال لكون كل من الطاعنة والمطعون ضدّه يدّعيها لنفسه، ويزعم بأنها له أو ساهم في شراءها، وكان من المفروض إزاء هذا الخلاف وانعدام أي حجة لأيّ منهما توجيه اليمين للمطلقة في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال فتوجه اليمين بشأنه للزوج المطعون ضده، والمشتركات بينهما يقتسمانها مع يمينهما وذلك إعمالا لأحكام المادة 73 بفقرتيها من قانون الأسرة** ".[1]

واليمين طبقا للمادة **73** من قانون الأسرة قد توجه لكل واحد من الطرفين حسب ما هو مخصّص لكل منهما وقد توجّه لكل منهما في حال قسمة المشتركات بينهما، كما أن لهذه اليمين إجراءات معيّنة سيّما فيما يخص صيغتها ومكان أدائها، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

1- اليمين للطرفين بحسب ما هو مخصص لكل منهما:

إذا لم يستطع أحد الطرفين أن يأتي بالبينة على متاع البيت فصل القاضي في القضية بموجب العرف حسب ما جاءت به المادة **73** فقرة **01 من** ق.أ وبمقتضاها يقضي بالمتاع للزوج إذا كان من الأشياء التي هي للرجال في عرف الناس، ويقضي بالمتاع للمرأة إذا كان من الأشياء التي هي للنساء في عرفهنّ، وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في: 27-01-1986 بما يلي: " **من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخصُّ النساء للنساء، وما يخصُّ الرجال للرجال، ولما كان موضوع النزاع خاص بالنساء كانت اليمين على الزوجة، وما يخالف ذلك خرق لقاعدة الاثبات في الشريعة الاسلامية يؤدي إلى نقض القرار** ".[2]

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:13-03-2002، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد2، ص 359.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:27-01-1986، مجلة المحكمة العليا، 1989 العدد1، ص 108.

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:18-07-1988 بأن: " **متاع البيت الموجود ببيت الزوجية المشاهد منه إن وقع الخلاف عليه بين الزوجين، ولا بيّنة منهما على الشيء منه، يعمل من شأنه ما هو منصوص عليه فقها من أنه يُفرّق فيه بين ما هو من خصائص الرجال وما هو من خصائص النساء وما هو يستعمل من كليهما، ولكل من الأحوال الثلاثة حكم خاص بها، فالمرأة تحلف على ما يصلح لها وتأخذه، وللرجل كذلك، وما يصلح لهما معا يحلف كل منهما، ويُقسّم بينهما، وهذا إذا كان المتاع موجود بالبيت الزوجي غير مختلف على وجوده به** ".[1]

وفي قرار آخر أكّدت المحكمة العليا تطبيق معيار الصلاحية مع اليمين، حيث جاء فيه: " **حيث أنه بالرجوع إلى المادة 73 من قانون الأسرة فإنّ نصّها صريح لا يحتمل اللبس، وهو ما ينبغي تطبيقه في قضية الحال، فكان على قضاة الموضوع أن يوجّهوا اليمين إلى الزوجة فيما يخص مصوغها على أنّها تركته في بيت الزوجية عند خروجها منه طبقا لمتطلبات المادة 73** ".[2]

ويظهر من هذه القرارات أن قضاء المحكمة العليا أخذ بما اتفق عليه جمهور الفقهاء، وذلك بإعماله لمعيار صلاحية المتاع للأطراف عند الفصل في النزاع، كما أنَ القول بأن المتاع خاص بالنساء أو خاص بالرجال المعيار فيه هو العرف، فما هو صالح للنساء فهو للمرأة مع يمينها، وما يصلح للرجال فهو للرجل مع يمينه فالفساتين مثلا والمصوغات، وأدوات النسيج، والخياطة هي عادة للنّساء، والبدلات، والبرنس، وبندقية الصّيد هي للرجال عادة، وتبقى للقاضي سلطة في تقدير ما هو للرجال، وما هو للنّساء حسب معطيات المجتمع وتطوّره.

2- قسمة المشتركات مع يمين كل منهما:

يتضمّن المنزل الزوجي حال قيام الزوجية حتما أشياء خاصة بالزوجة، وأشياء خاصّة بالزوج، وأخرى يشتركان فيها، فالأشياء المشتركة بينهما هي الأشياء التي يستعملانها في حياتهما مع بعض، كأدوات المطبخ وغرفة النوم، وغرفة الاستقبال، والتّلفاز، والثّلاجة، وغيرها كثير، فهذه الأشياء قد تكون موجودة بالبيت قبل دخول الزوجة إليه، أو قد تحضرها معها يوم زفافها، أو يشتريها الزوجان خلال فترة قيام زواجهما سواء من مال الزوج أو مال الزوجة أو يشتركان فيها، فيساهم كل منهما بجزءٍ من المال. واليمين في هذه الحالة يوجهها القاضي لكلا الطرفين، وهناك من يرى أن هذه اليمين من شأنها أن تحسم النزاع بين الطرفين فهي كاليمين الحاسمة من حيث حجيّتها ذلك لأنّ اليمين الحاسمة يتوقف عليها حسم النزاع.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:18-07-1988، مجلة المحكمة العليا، 1990 العدد4، ص 64.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:17-03-1992 **ن. ق**، 1997، عدد 50، ص 75.

ومع ذلك يبقى الاختلاف قائما بين اليمين الحاسمة واليمين الموجهة في نزاع البيت، لأن هذه الأخيرة لا يوجّهها أحد الخصوم للآخر، وتختلف كذلك عن اليمين المتمّمة التي يوجهها القاضي لأحد الخصوم الذي قدم للمحكمة أدلة غير كافية وغير مقنعة بغرض إتمام قناعته، فاليمين طبقا للمادة **73** من **ق.أ** هي يمينٌ من نوع خاص أفردها المشرع لحلّ النزاعات المتعلقة بملكية متاع البيت.

وعن التطبيق القضائي لهذه الحالة فإننا رصدنا قراراً للمحكمة العليا مؤرخ في:16-01-1989 نرى أنه خالف تطبيق قاعدة المتاع المشترك التي أقرّتها المادة **73** حيث أنه أعمل معيار الصلاحية فيما هو مخصص لهما معا أي مشترك بينهما. حيث جاء في هذا القرار ما يلي: " **أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين مثل الفراش والغطاء وغرفة النوم وما شابه ذلك من أرائك، وزرابي، وأواني الطبخ هو مبدئيا يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أنّ ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه** ".[1]

3- إجراءات اليمين:

لم تبين المادة **73** من قانون الأسرة صيغة اليمين المقررة في نزاع متاع البيت، ولا مكان أدائها، غير أنّ بعض قرارات المحكمة العليا تؤكد أداءها في الجلسة أمام القاضي أو أي مكان آخر يرى القاضي أنَ أدائها فيه أنجع وهو غالبا المسجد، و يحضر جلسة اليمين المتخاصمين أو ورثتهما و يتلقاها كاتب الضبط في جلسة المحكمة، أما إذا كانت خارج الجلسة فقد يتلقاها القاضي نفسه أو المحضر القضائي أو حتى كاتب الضبط. جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:23-05-2000 ما يلي: " **لكن وحيث أن الأصل في اليمين تؤدى أمام الهيئة القضائية، ومادام قضاة الاستئناف درجة ثانية يخوّل لهم تحويل مكان أداء اليمين أو إلغائها حسب ما يراه القضاة ضمانا لبلوغ نتيجة الأحكام القضائية** ".[2]

وعمليا اليمين كانت تؤدى بالمسجد في وقت محدد، وفي الغالب يكون يوم الجمعة بعد صلاة العصر، على اعتبار أنّ الوازع الديني يكون قويا، ضف إلى ذلك أنه لا يتصوّر أن يحلف المدعي كذبا احتراما للمكان. جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:06-10-1986 ما يلي: " **اليمين المعتمد عليها في الحكم يجب بيان صيغتها، ومكان أدائها، وتحديد الأشياء المؤدّاة عليها، فاليمين يجب أن تكون بالمسجد، والقرار المطعون فيه اقتصر على القول بأن الزوجة أدّت اليمين دون أن تبيّن مكان أداءها**

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:16-01-1986، **م. ق**، 1991، عدد 3، ص 55.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:23-05-2000، **م. ق**، 2002، عدد1، ص 297.

والكيفية التي أدّيت بها وهذا يجعل الاعتماد عليها في الحكم على الزوج برد ما هو مطالب به غير شرعي".[1]

ثالثا- تقدير قيمة المتاع حالة عدم وجوده وثبوت ملكية المدعي له:

إنّ الكلام عن تحديد قيمة المتاع يثار في حالة رفض المدعى عليه تسليمه أو في حالة عدم وجود المتاع بسبب إتلافه مثلا مع ثبوت ملكيته للمدعي له، غير أنَ الكلام عن تحديد قيمة المتاع يعد عملاً فنياً يتجاوز سلطة القاضي التقديرية ممّا يجعله يستعين بأهل الإختصاص من تجار و حرفيين مثل الصّاغة أو النّجارين، وهذا ما هو مقرّر قضاءً حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:18-05-1999: " **حيث أنه فعلا فالقرار المنتقد أيّد الحكم المستأنف القاضي على الطاعن بدفع مبالغ مالية مقابل أمتعة المطعون ضدها، مع أن تقدير مبلغ الأمتعة هي مسألة فنية يرجع فيها إلى الخبرة من الصناع والتجار خصوصا عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، وعليه الوجه مؤسّس ".**[2]

والخبرة تعني تعيين المحكمة شخصا من ذوي الاختصاص العلمي أو الفني أو التقني للاسترشاد والإستئناس بأرائه لحل مسألة يحتاج حلّها إلى دراية علمية أو تقنية تخرج عن إطار التكوين العام للقاضي. فالقاضي ينير مداركه بالخبرة ولا يمكنه في أيّ حال من الأحوال أن يلتزم بمضمونها، ذلك أنّ التقدير من اختصاصه هو، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 11-04-1988 بقولها: " **لكن فيما يخص تحديد قيمة الأمتعة فإنه لم يكن للمجلس أن يترك الأمر بيد المنفذ لتحديد مبلغ الأمتعة لأنّ ذلك من عمله هو، ولا يمكن أن يمنح سلطته فيه للمنفذ، ومن ثم فإنه خالف القانون في هذا الجانب، لذا ينقض قراره جزئيا في هذا التكليف ".**[3]

وفي الأخير نخلص إلى القول أن النزاع الغالب بين الزوجين بعد النفقة والأموال المشتركة بينهما هو النزاع حول ملكية متاع البيت، حيث تنشأ عديد المشاكل بين المطلقين أو من يرثهما حول مقتنيات البيت التي قد يكون اشتراها الزوجان أثناء حياتهما الزوجية، أو التي أحضرتها الزوجة معها عند زفافها، أو التي اقتناها الزوج استقبالا لزوجته ما دامت الحياة الزوجية مستمرة ومستقرة فإن هذه الأمتعة تعتبر مالاً مشتركا بينهما، لتتحول إلى سبب نزاع بمجرد أن تنحل هذه العلاقة ويتفرق الزوجان بموجب حكم طلاق أو بوفاة أحدهما، وينحصر هذا النزاع في نفي المدعي عليه وجود المتاع أصلاً أو نفي ملكية المدعي لما هو

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:06-10-1986 ، **م. ق**، 1989، عدد2، ص 91.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:18-05-1999 **إ. ق**، 2001، عدد خاص، ص 248.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:11-04-1988، **م. ق**، 1992، عدد 2، ص 40.

موجود من متاع، ولقد أفرد المشرع لهذه المسألة نصا وحيدا هو نص المادة **73** من ق.أ ولقد تبيّن أنه ليس كافيا، لذلك وجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإستنباط الأحكام المتعلقة بهذه المسألة بداية من حصر ما هو من متاع البيت إلى الإثبات في مختلف صور النزاع حول متاع البيت التي قد تثار.

خلاصة الفصل الثاني:

نخلص من دراسة هذه الفصل أن العديد من المسائل التي تدخل في نطاق العدة أغفل قانون الأسرة تنظيمها، ولعلّ أهمّها تلك المتعلقة بعدّة المرأة التي لم تحض، وعدّة المستحاضة، وعدّة المتحيّرة والمقصود بالقرء في حساب العدّة، وحقوق المعتدّة وواجباتها، الأمر الذي يقتضي الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من **ق.أ.ج.** وعلى المستوى العمل القضائي (في حدود إطلاعنا) لم نسجّل اجتهادات قضائية تعالج هذه المسائل، وقد تبين لنا من دراسة هذه المسائل فقهيا أن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيها لا يحلُّ الإشكال نظرا لاختلاف آراء الفقهاء في المسألة الواحدة، وصعوبة تبيّن الراجح من الأقوال لتكافؤ الأدلة، لذلك فإن السكوت عن بيان أحكام هذه المسائل سيؤدّي لا محالة إلى تضارب الأحكام القضائية وفتح باب المنازعات. لذلك فإن الأمر يتطلب اجتهادا قضائيا رصينا يحدّد أحكام هذه المسائل بدقة موجّها وموحّدا بها العمل القضائي، أو نصا صريحا من المشرع في التعديلات القادمة يُبيّن أحكامها بدقة ووضوح.

لم ينص **ق.أ** على مسألة عدم تجزئة الحضانة، فجاء الاجتهاد القضائي معالجا هذه المسألة من أجل المحافظة على لم شمل الأبناء وتجنب تفرقتهم بعدم تجزئة حضانتهم، مقرّراً عدم تجزئة الحضانة للأم إن كان لها الحق فيها، وذلك بعدم السّماح لها باختيار من تحضن من الأبناء، مستمدا قضاءه من أحكام الشريعة الإسلامية حيث نجد مصطلح الشريعة حاضر بقوة في ثنايا هذا القرار وحيثياته ومعتمدا عليه في التوجيه والتدليل لهذا الاجتهاد، بل رفع هذا الاجتهاد من مكانة الشريعة حينما نقض القرار المطعون فيه لمخالفته قواعد الشريعة.

ولقد استدرك المشرع في المادة 67 من **ق.أ** النص على عمل المرأة من خلال الفقرة الثانية (المضافة) مقنّنا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي من أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة **كقاعدة عامة والاستثناء** إسقاط الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية، وغيرهما ممّا يخلُّ بمصلحة المحضون. وما أقره الاجتهاد القضائي في هذه المسألة له ما يسانده

من وجهة نظر الفقه الإسلامي في الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة، فمعيار سقوط حق الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة هو التقصير وعدمه في القيام بواجبات المحضون.

ولقد ساهم القضاء في تنظيم زيارة المحضون بما يتناسب مع مصلحته من خلال الاجتهاد القضائي المستنبط من الشريعة الإسلامية ودوره في ترسيخ الحق في الزيارة على ضوء مصلحة المحضون، خاصة ما أقرّه من توجيهات من خلال التنظيم المرن للزيارة، وممارستها في حدود المعقول بتحديد وقتها ومكانها وكذلك توسيع أصحاب الحق في الزيارة بما يحقق صلة الرحم (إقرار حق زيارة الأجداد للأحفاد) وكذلك ممارسة حق الزيارة في جوء من الألفة والطمأنينة بعيد عن الصدمات أو التخوف، ومنع كل ما من شأنه تعطيل ممارسة الزيارة.

أقر المشرع في قانون الأسرة الحق في التعويض عن الطلاق التعسفي، ولم ينص على متعة الطلاق التي أقرها الفقه الإسلامي كأثر من آثار الطلاق يتحمّلها الزوج، الأمر الذي دفع القضاة إلى الاجتهاد فمنهم من حكم بأن المتعة والتعويض منفصلين، ومنهم من حكم بأنهما شيء واحد، وهنا تباين الاجتهاد.

وفيما يتعلق بمسائل النفقة فقد بيّنت الدراسة أن الاجتهاد القضائي الصادر بشأنها استمد من أحكام الشريعة الإسلامية آخذا برأي جمهور الفقهاء فيما يخص وجوب نفقة العدّة، موجّها العمل القضائي إلى أن كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها مدة عدّتها، فيجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة، وعلى الجهة القضائية أن تحكم بها، وتحدّدها إجماليا أو شهريا، وتشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق. إلا أن ما سجلناه على هذه الاجتهاد وما تلاه من أحكام قضائية صادرة من مختلف الجهات القضائية أنها لم تبيّن فترة العدة المقرّرة شرعا وقانونا، كما أن المبلغ المحكوم به هو نفسه تقريبا لكل المطلقات مما يتطلب لفت الانتباه له في هذا الصّدد. فما درج عليه القضاء في ما يتعلق بمبلغ نفقة العدة لا يحقق الإنصاف، فالتي تعتد بثلاثة قروء ليست كالتي تعتدّ عدة وضع الحمل، والتي تكون عدتها قصيرة ليست كالتي عدتها طويلة..

وفيما يخص مسألة نفقة السكن، فإن المادة 72 من ق.أ.ج ألزمت الأب أن يوفر للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة أو أن يدفع أجرته إن تعذر عليه ذلك، إلاّ أنها لم تُبيّن ما إذا كان ذلك مقترن بشرط أن لا مسكن لها ؟ وهل يلزم بها الأب عندما تسكن الحاضنة وأطفالها في مسكن والدها ؟ فجاء الاجتهاد القضائي مقرّرا أن إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته لأن مسكن ممارسة الحضانة أو أجرته هو حق للمحضون وليس للحاضن، ومستند هذا الاجتهاد يتوافق مع الرأي الفقهي القائل أن للحاضنة المطلّقة السكن مطلقا وهو قول للمالكية.

وفيما يتعلق بالنزاع في متاع البيت فقدأفرد المشرع لهذه المسألة نصا وحيدا هو نص المادة **73** من **ق.أ**. ولقد تبيّن أنه ليس كافيا، لذلك وجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإستنباط الأحكام المتعلقة بهذه المسألة بداية من حصر ما هو من متاع البيت إلى الإثبات في مختلف صور النزاع حول متاع البيت التي قد تثار.

الخـــــاتمة

الخاتمة:

لقد تمّ التوصل من خلال هذا البحث إلى أهمّ النقائص التشريعية في مسائل الزواج وانحلاله وموقف القضاء منها، وتبعا لذلك تبيّن لنا قيمة ومكانة الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي لسدّ هذه النقائص.

فأهمّ النتائج المتوصل إليها فيما يخصّ النقائص التشريعية في مسائل الزواج وانحلاله بالطلاق أساسا وموقف القضاء منها، نلخّصها تباعا فيما يلي:

1- رغم التعديل الذي مسّ المادتين 05 و06 من ق.أ.ج فإن النقص ما زال يشوبهما، إذ نجد المشرع أغفل تنظيم جملة من المسائل المتعلقة بالخطبة، فلم ينص على شروط صحة الخطبة، ومصير المهر بعد العدول عن الخطبة، ولم يحدّد شروط الضرر الموجب للتعويض عن العدول عن الخطبة وهي المسائل التي تقتضي الاجتهاد القضائي فيها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة. وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بهذه المسائل، وجدنا أنها قليلة ومقتضبة لم تحمل في طيّاتها أحكاما فقهية مفصلة، وإنما تضمّنت أحكاما عامة مشارا إليها بعبارة **من المقرر شرعا**، ومع ذلك لم تحد هذه الأحكام عن ما هو مقرر في الفقه المالكي.

2- المواد المتعلقة بركن الرضا جاءت ناقصة غير كافية لمعالجة جميع المسائل التي يثيرها ركن الرضا في عقد الزواج، ولعل أهمّها تلك المتعلقة بشروط الإيجاب والقبول والاشتراط في عقد الزواج، والتي من شأنها أن تطرح عدة إشكالات في الواقع العملي، نظرا لتشعّب أحكامها وتباين آراء الفقهاء فيها.

3- قانون الأسرة لم يوضّح الآثار القانونية المترتبة على الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانوني، كما أنه أغفل بيان الجزاء القانوني عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج، وبالإضافة إلى هذا، فإنه لم يحدّد السن الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عند منح الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما ولئن نص **ق.أ** على تزويج القاصر لمصلحة أو ضرورة بشرط استصدار رخصة قضائية، فإنه في المقابل سكت عن مسألة زواج المصاب بإعاقة ذهنية.

4- قانون الأسرة لم ينص على الخلوة ولم يبيّن أحكامها وما ينجرُّ عنها من آثار، محيلا ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 منه. فجاء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مقرّرا أن الخلوة الصحيحة تعدُّ بمثابة الدخول الحقيقي تستحق الزوجة بموجبها كامل الصّداق ولها الحق في جميع توابع العصمة، ولو لم يقع احتفال بالدخول، وهذا يتوافق مع قال به الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه والحنابلة والشافعي في مذهبه القديم.

5- أغفل المشرع تنظيم جملة من المسائل المهمة المتعلقة بموضوع الولاية نراها قد تثير عدة إشكالات في التطبيق القضائي، لعلّ أهمّها وأبرزها مسألة عضل الولي، وتعدّد الأولياء، وغياب الولي، وخيار البلوغ وخيار الإفاقة، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للتقصي عن أحكامها تبيّن سعة الخلاف بين آراء الفقهاء في المسألة الواحدة، وصعوبة تبيّن الراجح من الأقوال لتكافؤ الأدلة. لذلك فإن السكوت عن بيان أحكام هذه المسائل سيؤدّي لا محالة إلى تضارب الأحكام القضائية وفتح باب المنازعات.

6- المحكمة العليا تراجعت عن موقفها الفقهي بشأن شرط الذكورة، وقررت أن الزواج العرفي يمكن إثباته بشهادة رجل وامرأتين لأنها شهادة مقبولة شرعا وقانونا وفق أحكام المادة **64** فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية (سابقا). ولا شك أن سند الموقف الذي اتخذته المحكمة العليا في هذا القرار هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية بخصوص هذه المسألة.

7- القضاء الجزائري لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية وطابع اجتماعي، حيث يتم اللجوء للبينة أو ما يسمى بشهادة الشهود، باعتبارها الدليل الأنجع من حيث القوة الثبوتية. ولقد أخذت المحكمة العليا بشهادة التسامع في العديد من قراراتها، مقرّرة أنه يمكن قضاءً إثبات الزواج بالشهرة والتسامع، إذ تجوز الشهادة على الزواج عن طريق التسامع المتواتر حتى ولو لم يحضر الشاهد مجلس العقد، متى كان ما يشهد به تسامعا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب.

وفي توجيه للعمل القضائي اعتمد قضاء المحكمة العليا قاعدة فقهية في مسألة الإثبات مفادها أن الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج يثبت بشهادة الشهود ويمين، وقد استمد هذه القاعدة من فقه الشيخ خليل معتمدا على نقوله في باب أحكام الشهادة، كونه يشكل أحد المرجعيات الأساسية للمذهب المالكي بالجزائر.

8- لم ينص المشرع في قانون الأسرة على شروط استحقاق النفقة الزوجية، ومسألة سقوط النفقة بسبب نشوز الزوجة، فتصدى القضاء لذلك حيث حصر شروط استحاق النفقة الزوجية في شرطين اثنين هما: أن يكون عقد الزواج صحيحا، وتمكين الزوج من الاستمتاع. أما فيما يخص النُّشوز فقد طبق قضاء المحكمة العليا قاعدة فقهية في قراراته الشهيرة مفادها أن النشوز يسقط الحق في النفقة مستمدا ذلك من مذهب الجمهور بما فيهم المالكية.

9- آجال نفي الحمل ضيّقة جدّا وفق ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا، وهذا يتوافق مع مذهب الإمام مالك رحمه الله ومن معه من جمهور الفقهاء، فالإمام مالك حدّد ذلك بيوم واحد من يوم العلم وإلا سقط الحق في المطالبة باللعان.

10- ما قرره القضاء بشأن مدة نفي النسب باللعان بأن لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم يلتقي إلى حد كبير مع قول ضعيف روي عن أبي حنيفة أنه قدّره بسبعة أيام، وروي عنه تقديره بثلاثة أيام.

11- استقر القضاء على أن النسب ثابت بالفراش، لا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان وهذا قضاء سليم موافق لآراء معظم الفقهاء في العصر الحديث حول هذه المسألة، لكي لا يفتح باب التشكيك في الأنساب، والذي ينتج عنه فتن كثيرة تؤدي إلى الطلاق وشتات الأسر.

12- من خلال تتبع أهمّ القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في مسألة ولد الزنا، لاحظنا موقفين اثنين:

الأول: ومفاده أن ولد الزنا لا يثبت نسبه لأبيه (الأب البيولوجي) أخذاً برأي جمهور الفقهاء، ويظهر هذا الموقف في عدد من القرارات، أما **الموقف الثاني:** فإنه يظهر من بعض قرارات المحكمة العليا الصادرة حديثا ومؤدّاه أنه يمكن إلحاق نسب ولد الزنا بأبيه على أساس نكاح الشبهة، وقد ثبت بعد بيان أحكام الشبهة في الفقه الإسلامي أن هذا التكييف ليس له مستند شرعي. أما ما تعلق بإثبات نسب العلاقة غير الشرعية أو الاغتصاب فهو مخالف لرأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، بل مخالف حتى للرأي القائل بإثبات نسب ولد الزنا من أبيه، لأنه وطبقا لهذا الرأي فإنه يلحق به طبقا لدليل الإقرار لا بطريق نكاح الشبهة، وبذلك فإن هذا الاجتهاد قد أدّى إلى تقويض ما هو مستقر عليه قضاءً طيلة سنوات من أن ولد الزنا لا ينسب لأبيه.

13- قانون الأسرة لم يحدّد بالتفصيل الأسباب المؤدّية لبطلان أو فساد العقد، كما لم يفصّل في الآثار المترتبة على عقد الزواج الفاسد، وما وقع بين أيدينا من قرارات قليل يتعذّر معه الخروج بتصور كامل عن تطبيق آثار الزواج الفاسد والباطل كما وردت في الفقه الإسلامي، ومع ذلك استخلصنا منها الآتي: عدم صحة العقد على المرأة في وقت عدتها، وعدم صحّة العقد على المتزوجة، ويترتّب على هذا الزواج الفاسد (الباطل) الفسخ قبل الدخول وبعده، وثبوت النّسب متى كان الزوج الثاني حسن النية أي لم يكن يعلم التحريم، وهذا قضاءٌ يوافق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين، من أنه يثبت النّسب في الأنكحة المتفق على فسادها إذا لم يعلم العاقدان التّحريم. الزواج الذي لا تتوفر فيه الأركان المقرّرة شرعا يكون باطلا، وأن العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة لا تعدُّ زواجا، إذ لا يمكن تصحيحها وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق للمرأة. اعتماد ما جاء في مختصر الشيخ خليل في باب أحكام النكاح

في معرض الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث، حيث قال: إلا نكاح المريض زوجا كان أو زوجة، فلا إرث فيها.

14- قانون الأسرة لم ينص صراحة على تفويض الزوجة بالطلاق، ومع ذلك فإن هذا الفراغ قد يُسدُّ بالمادة 19 من نفس القانون التي نصّت على الشروط المقترنة بعقد الزواج، والتي قد تتضمّن شرط التفويض بالطلاق.

15- قانون الأسرة لم يُبيّن شروط تحقق الطلاق، ومن يقع منه الطلاق ؟ ومن لا يقع منه ؟

16- قانون الأسرة لم ينص على أقسام الطلاق والأحكام المقترنة بها.

17- المشرّع لم ينص في المادة 49 من **ق.أ** على الطلاق العرفي وطرق إثباته، لكن القضاء بإجتهاده سدّ هذا النقص التشريعي موجّها العمل القضائي في المحاكم والمجالس عندما قرّر أنه يمكن للزوج إحضار شاهدين ممّن حضروا الطلاق والتصريح أمام القاضي بشهادة الطلاق بعد أداء اليمين، ليصدر بعد ذلك القاضي حكما قضائيا بإثبات الطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء دون الحاجة لصلح لأن الطلاق وقع وإنتهى.

18- الشهادة المقررة قضاءا في إثبات الطلاق هي الشهادة على القطع بمعاينة الشاهد شخصيا واقعة الطلاق زمانا ومكانا، حيث يشهد بأنه سمع واقعة تلفظ الزوج بالطلاق، وهذا المقرر في الفقه المالكي.أما الشهادة على السماع فغير مستصاغة لأنها إنما أجيزت استحسانا في مسائل محصورة دفعا للحرج وتعطيل الأحكام، وليس إثبات الطلاق من بينها، فالحكم بإثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهادة مستفيضة لا تقوم عليه حجة، وفي ذلك فتح لباب الفساد وتفكيك لروابط الأسرة بإشاعة الدعاوى الكيدية المتعلقة بالطلاق.

19- الاجتهاد القضائي في تكييف الخلع مر بمرحلتين: **الأولى** تم فيها تكييف الخلع بأنه عقد رضائي وفق ما ذهب إليه أكثر أهل العلم من أنه لا يجب على الزوج إجابة طلب الزوجة للخلع، وإنّما يندب له ذلك. **والثانية** هي التي تغيّر فيها التوجه العام للاجتهاد القضائي في مادة الخلع بصورة فجائية، ودون أدنى إعلان، فأصبح الخلع حقا إراديا خالصا للزوجة لا ينازعها فيه أحد، فإرادة الزوج في هذه المرحلة (ابتداء من عام 1992) ليست محل اعتبار، حيث صار الخلع في هذه المرحلة حق إرادي للزوجة، لا يتوقف إيقاعه على قبول الزوج، وهذا معناه أنه عندما تطلب الزوجة الطلاق بالخلع مقابل مال تدفعه ولم يرض الزوج، ترفع أمرها إلى القضاء، ومستند القضاء في هذه المرحلة يوافق ما ذهب إليه الإمام الشوكاني رحمه الله. وقرارات المحكمة العليا الصادرة في هذه المرحلة والمقررة طلاق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج شكّلت شرعية قضائية إن صحّ القول للمشرّع الجزائري لتعديل نص المادة **54** من قانون الأسرة سنة 2005

20- لم يُفصّل قانون الأسرة في بيان الفُرق التي تعدُّ فسخا وتلك التي تعدُّ طلاقا، مقتصراً فقط على ذكر بعض حالات الفسخ في المادة **2/33** وبعض حالات الطلاق في المواد:**48، 53، 54، 55.** ضف إلى ذلك أنّ المشرع لم يذكر الفسخ في معرض بيانه لطرق انحلال الزواج في المادة **47** من قانون الأسرة والتي قصرها على الطلاق والوفاة فقط، مما يقتضي بالضرورة في العمل القضائي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للتمييز بين الطلاق والفسخ حتى ينضبط الأمر انضباطا تاما.

21- اجتهاد المحكمة العليا في معظم قراراتها يجمع كلّه على تطليق الزوجة للضرر المعتبر شرعا في صوره المختلفة ومؤدّاه في ذلك أن تطليق الزوجة للضرر مبدأ واضح المعالم في أحكام الشريعة الإسلامية ومنها استمدّ مختلف تطبيقاته للضرر وبالأخصّ من المذهب المالكي الذي انفرد بشكل واسع في مسألة التطليق للضرر بتفصيلات واسعة.

22- لم ينص قانون الأسرة على ثلاثة أنواع من التفريق يحصل بحكم الشّرع هي: التفريق للإيلاء والتفريق للظهار، والتّفريق بسبب اللّعان، مع أن أحكام الإيلاء والظهار تهدف إلى حماية الزوجة ورفع الظلم عنها لذلك كان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يجعلها سببا من أسباب التفريق ويدرجهما في المادة **53** من قانون الأسرة، ثم إن اللعان يقوم مقام حدّ القذف بالنسبة للزوج ومقام حدّ الزنا بالنسبة للزوجة ويترتب عليهما أثران يقعان ضمن مسائل انحلال الزواج وآثاره وهما: لزوم التفريق بين الزوجين، ونفي النسب، لذلك كان من الأجدر بالمشرع أن ينظم أحكامه كلاً في موضعه الذي يتناسب معه.

23- إن العديد من المسائل التي تدخل في نطاق **العدة** أغفل قانون الأسرة تنظيمها، ولعلّ أهمّها تلك المتعلقة بعدّة المرأة التي لم تحض، وعدّة المستحاضة، وعدّة المتحيّرة، والمقصود بالقرء في حساب العدّة، وحقوق المعتدّة وواجباتها، الأمر الذي يقتضي الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من **ق.أ.** وعلى المستوى العمل القضائي (في حدود إطلاعنا) لم نسجّل اجتهادات قضائية تعالج هذه المسائل، و قد تبين لنا من دراسة هذه المسائل فقهيا أن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيها لا يحلُّ الإشكال نظرا لاختلاف آراء الفقهاء في المسألة الواحدة، وصعوبة تبيّن الراجح من الأقوال لتكافؤ الأدلة، لذلك فإن السكوت عن بيان أحكام هذه المسائل سيؤدّي لا محالة إلى تضارب الأحكام القضائية وفتح باب المنازعات. لذلك فإن الأمر يتطلب اجتهادا قضائيا رصينا يحدّد أحكام هذه المسائل بدقة موجّها وموحّدا بها العمل القضائي، أو نصا صريحا من المشرع في التعديلات القادمة يُبيّن أحكامها بدقة ووضوح.

24- لم ينص قانون الأسرة على مسألة عدم تجزئة الحضانة، فجاء الاجتهاد القضائي معالجا هذه المسألة من أجل المحافظة على لم شمل الأبناء وتجنب تفرقتهم بعدم تجزئة حضانتهم، مقرّراً عدم تجزئة الحضانة

للأم إن كان لها الحق فيها، وذلك بعدم السّماح لها باختيار من تحضن من الأبناء، مستمدا قضاءه من أحكام الشريعة الإسلامية حيث نجد مصطلح الشريعة حاضر بقوة في ثنايا هذا القرار وحيثياته ومعتمدا عليه في التوجيه والتدليل لهذا الاجتهاد، بل رفع هذا الاجتهاد من مكانة الشريعة حينما نقض القرار المطعون فيه لمخالفته قواعد الشريعة.

25- لقد استدرك المشرع في المادة 67 من **ق.أ.ج** النص على عمل المرأة من خلال الفقرة الثانية (المضافة) مقنّنا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي من أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة **كقاعدة عامة والاستثناء** إسقاط الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية، وغيرهما ممّا يخلُّ بمصلحة المحضون. وما أقره الاجتهاد القضائي في هذه المسألة له ما يسانده من وجهة نظر الفقه الإسلامي في الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة، فمعيار سقوط حق الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة هو التقصير وعدمه في القيام بواجبات المحضون.

26- لقد ساهم القضاء في تنظيم زيارة المحضون بما يتناسب مع مصلحته من خلال الاجتهاد القضائي المستنبط من الشريعة الإسلامية ودوره في ترسيخ الحق في الزيارة على ضوء مصلحة المحضون، خاصة ما أقرّه من توجيهات من خلال التنظيم المرن للزيارة، وممارستها في حدود المعقول بتحديد وقتها ومكانها وكذلك توسيع أصحاب الحق في الزيارة بما يحقق صلة الرحم (إقرار حق زيارة الأجداد للأحفاد) وكذلك ممارسة حق الزيارة في جوء من الألفة والطمأنينة بعيد عن الصدمات أو التخوف، ومنع كل ما من شأنه تعطيل ممارسة الزيارة.

27- أقر المشرع في قانون الأسرة الحق في التعويض عن الطلاق التعسفي، ولم ينص على متعة الطلاق التي أقرها الفقه الإسلامي كأثر من آثار الطلاق يتحمّلها الزوج، الأمر الذي دفع القضاة إلى الاجتهاد، فمنهم من حكم بأن المتعة والتعويض منفصلين، ومنهم من حكم بأنهما شيء واحد، وهنا تباين الاجتهاد.

28- فيما يتعلق بمسائل النفقة فإن الاجتهاد القضائي الصادر بشأنها استمد من أحكام الشريعة الإسلامية آخذا برأي جمهور الفقهاء فيما يخص وجوب نفقة العدّة، موجّها العمل القضائي إلى أن كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها مدة عدّتها، فيجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة، وعلى الجهة القضائية أن تحكم بها، وتحدّدها إجماليا أو شهريا، وتشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق. إلا أن ما سجلناه على هذا الاجتهاد وما تلاه من أحكام قضائية صادرة من مختلف الجهات القضائية أنها لم تبيّن فترة العدة المقرّرة شرعا وقانونا، كما أن المبلغ المحكوم به هو نفسه تقريبا لكل المطلقات مما يتطلب لفت الانتباه

له في هذا الصّدد. فما درج عليه القضاء في ما يتعلق بمبلغ نفقة العدة لا يحقق الإنصاف، فالتي تعتد بثلاثة قروء ليست كالتي تعتدّ عدة وضع الحمل، والتي تكون عدتها قصيرة ليست كالتي عدتها طويلة.

29- المادة 72 من **ق.أ.ج** ألزمت الأب أن يوفر للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة أو أن يدفع أجرته إن تعذر عليه ذلك، إلاّ أنها لم تُبيّن ما إذا كان ذلك مقترن بشرط أن لا مسكن لها ؟ وهل يلزم بها الأب عندما تسكن الحاضنة وأطفالها في مسكن والدها ؟ فجاء الاجتهاد القضائي مقرّرا أن إقامة الحاضنة عند أهلها لا يُسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته، لأن مسكن ممارسة الحضانة أو أجرته هو حق للمحضون وليس للحاضن، ومستند هذا الاجتهاد يتوافق مع الرأي الفقهي القائل أن للحاضنة المطلّقة السكن مطلقا وهو قول للمالكية.

30- فيما يتعلق بالنزاع في متاع البيت فقدأفرد المشرع لهذه المسألة نصا وحيدا هو نص المادة **73** من **ق.أ** ولقد تبيّن أنه ليس كافيا، لذلك وجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإستنباط الأحكام المتعلقة بهذه المسألة بداية من حصر ما هو من متاع البيت إلى الإثبات في مختلف صور النزاع حول متاع البيت التي قد تثار.

أمّا فيما يخص قيمة ومكانة الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي لسدّ النقص التشريعي في مسائل الزواج وانحلاله، فقد توصلت الدراسة إلى ما يلي:

1- إن معظم قرارات المحكمة العليا الصادرة قبل سنة 1984 وبعدها في ظل سريان قانون الأسرة رقم:84-11 قبل تعديله والمتّعلقة بمسائل الزواج وانحلاله تستند في أسسها وحيثياتها إلى ما هو مقرّر في الشريعة الإسلامية، بالنظر إلى توافقها مع ما استقر عليه القضاء من جهة، ومن جهة أخرى تماشيها مع ما هو مقرر في القانون.

2- مصطلح الشريعة الإسلامية حاضر بقوة في معظم تلك القرارات وحيثياتها، معتمد عليه في تأسيس تلك القرارات وتسبيبها، ومستعمل كحجّة في الرد كلما طرأ التباس بين المقرر شرعا والمقرر قانونا، ومثال ذلك تقرير القضاء لوقوع الطلاق العرفي واحتسابه إذا تلفظ به الزوج أمام جماعة من المسلمين، وهو ما يلتقي مع ما قرره فقهاء الشريعة من الاعتداد بتلفظ الزوج بالطلاق واحتسابه عليه خاصة إذا تمّ أمام الشهود ثم بيّن أي ذلك الاجتهاد لدفع الإلتباس كون ذلك يتعارض مع المادة **49** من قانون الأسرة التي تقول: أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، أنها قاعدة إجرائية ليس إلاّ.

3- رفع القضاء في تلك الفترة من مكانة الشريعة الإسلامية لمّا قرّر في أحد اجتهاداته أنه: " لا حكم يعلو على الشريعة " و " أن القرار الذي لا يكون معتمدا على أي أساس قانوني أو شرعي يكون مشوبا بالانعدام في الأساس القانوني".

4- الاجتهاد القضائي في مسائل الزواج وانحلاله لم يغفل عن استعمال بعض المقاصد والقواعد الفقهية في توجيه قراراته، فذكر أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة، معللا ذلك بقاعدة إحياء الولد. ومن القواعد الفقهية، والتي هي من فروع أصل سد الذرائع، قاعدة المعاملة بنقيض القصد، فعليها عوّل الاجتهاد القضائي وانحاز إلى توريث المطلقة في مرض الموت، ولو وقعت وفاة المطلق بعد مدة طويلة، وهذا منه استعمال للقاعدة إلى غايتها القصوى.

5- لما استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أن اللعان لا يتم أمام المحاكم، بل مكانه المسجد العتيق، ولا يصح في غيره من المساجد، يكون قد التفت إلى تلك الخاصية وراعى الطبيعة الدينية التي صبغت بها منظومة الأحوال الشخصية، وتماشيا مع ما جرى به العمل والعرف.

6- من جملة الكليات التي وسع الاجتهاد القضائي مجالها، الكلية الواقعة في المادة **53** الفقرة **10** منها والتي تقول: " كل ضرر معتبر شرعا "، فقد أدخل فيها صورا من أسباب التطليق أهمها: ضرر الضرب، والطرد والإهمال، والضرر بسبب عقم الزوج وعدم الإنجاب لمدّة طويلة، وجعله من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، كما أدخل إطالة المدة بعد عقد الزواج وقبل الدخول، وعدم قيام الزوج بإتمام ذلك، في قاعدة " كل ضرر معتبر شرعا " في طلب التطليق، وأدخل أيضا ضمن هذه القاعدة طول الخصام بين الزوجين واستفحاله.

7- ينفرد مختصر خليل بالتوجه إليه بقوة دون غيره من معتمدات المذهب المالكي، وذلك بالتّنصيص على اسمه وإيراد نقوله ضمن اجتهادات وقرارات المحكمة العليا، فهذه المكانة التي تبوأها مختصر خليل ضمن تلك الاجتهادات مردّها إلى كونه يمثل أحد المرجعيات الأساسية للمذهب المالكي بالجزائر إلى جانب رسالة ابن أبي زيد القيرواني، وتحفة الحكام لابن عاصم.

فمختصر خليل إنّما حظي بهذا الاهتمام والتقدير من المحكمة العليا في اجتهاداتها لما له من قيمة علمية جدٌّ عالية حيث نجد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا رفع من قيمة مختصر خليل لما جعل مخالفته كمخالفة القانون، فقد تضمن ما يلي: " من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في طلب السكن المستقل عن أهل الزوج وذلك لقول خليل: ولها أن تمتنع من أن تسكن مع أقاربه " إلى أن قرر" أن قضاة الموضوع لما قضوا بأن للطاعنة الحق في المعاش المستقل عن أهل الزوج دون السكن المستقل فإنهم خالفوا القانون ".

8- لم تبتعد المحكمة العليا في قراراتها واجتهاداتها في مسائل الزواج وانحلاله عن ما هو مقرر في مشهور مذهب مالك بل وقفت عنده، فقضت بإبطال الزواج في العدة بقولها من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ورغم أن هذا منصوص عليه قانونا في المادة 32 من قانون الأسرة، فإن تصدير قرارها بقولها: من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، فيه تعزيز وتقوية وترسيخ لما هو مقرر قانونا بما هو مقرر في مشهور مذهب مالك رحمه الله تعالى. ولمّا قضت في أحد قراراتها بتوريث المطلقة في مرض الموت، ولو وقعت وفاة المطلّق بمدة طويلة أصابت عين مذهب الإمام مالك رحمه الله. ويزداد اهتمام قضاء المحكمة العليا بمشهور مذهب مالك لما قرّر أن اللعان لا يتم أمام المحاكم، ولا يصح إلا في المسجد العتيق دون غيره من المساجد. ولمّا رأى في أحد قراراته الشهيرة أنه يعدُّ بناءا دخول الزوجة بيت الزوجية ولو ليلة واحدة، منوّهٌ أن ذلك يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية لإمكانية الاتصال بين الزوجين، فما اختاره هذا الاجتهاد من اعتبار ذلك بناء، وبالتالي يترتب عليه دفع الصداق كاملا والعدة، وما يلحقها من نفقة، قضاءٌ مستمد من مشهور مذهب مالك رحمه الله الذي يرى أن العدة تترتب عن وطء ممكن عادة وإن تصادقا على نفيه، لأنها حق لله تعالى، فلا تسقط. ولمّا توصّل في اجتهاده إلى توريث المطلقة في مرض الموت ولو وقعت وفاة المطلق بعد مدّة طويلة، أصاب عين مذهب الإمام مالك رحمه الله بل هو مما انفرد به عن سائر المذاهب الفقهية.

9- إن قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها وإن كانت جعلت من مذهب الإمام مالك قبلتها في استيراد نقوله فإن ذلك لم يمنعها من التوجه إلى غيره، بل ومخالفة بذلك جمهور الفقهاء، وهذا يترجم تحرّرها وعدم تعصّبها وتستحق أن تسمّى ما اختارته باجتهادات قضائية بالفعل. لكن عدم التقيد بمذهب فقهي معين قد يؤدي إلى التضارب في الأحكام القضائية، وعدم الاستقرار.

أما عن التوصيات، فإننا نوصي فيما يتعلق بالعمل القصائي بما يلي:

1- ضرورة مراعاة تخصّص القضاة في مجال شؤون الأسرة، وذلك بإسناد مهمة ممارسة العمل القضائي في هذا المجال لفئة من القضاة مؤهّلة تأهيلاً خاصا يجمع بين العلم الشرعي والقانوني الوافر والمتعمّق، ولها المعرفة الواسعة والثقافة العالية، والقدرة على الاجتهاد والتّطبيق السليم للقانون.

2- ضرورة تكوين محامين مختصين في الشريعة والقانون بما يضمن لهم القدرة على الدفاع والمساهمة في تحقيق العدل بين المتقاضين.

3- رفع الحجب عن الاجتهادات القضائية، سيّما تلك الصادرة قبل صدور قانون الأسرة 84-11 وتمكين الباحثين من الأرشيف الخاص بها، وتيسير الإطلاع عليها.

4- توجيه العمل القضائي إلى الأخذ من الأقوال الفقهية المعتبرة بما يحقّق المصلحة مع صحة الدليل، مما يعمل على وحدة القضاء.

5- ضرورة قيام قضاة المحكمة العليا بعملية الإعلام المتعلقة بتغير الاجتهاد في مادة الأسرة، وذلك بأن يتم هذا الأمر على الأقل على مستوى المجلة القضائية الجزائرية الصادرة عن وزارة العدل، وحتى تكون عملية الإعلام في هذا الشأن ناجحة وفعّالة لابد أن ترتكز على ثلاثة أمور أساسية هي:

- تحديد التوجه الاجتهادي الجديد بدقة.
- بيان المؤيّدات الفقهية لهذا التوجه القضائي الجديد.
- بيان الأسباب الموضوعية التي دفعت قضاة المحكمة العليا إلى ممارسة هذا التغير الحدّي.

6- الاجتهاد يجب أن يكون بإجماع جميع الغرف على مستوى المحكمة العليا، وطبقا لإجراءات مقررة قانونا وهذا الأمر من شأنه أن يبعث الطمأنينة والثقة بين أفراد الهيئة القضائية أولا، كما يبعث روح الاطمئنان على الحقوق القانونية والقضائية داخل المجتمع.

7- إنشاء مخبر علمي في المحكمة العليا يضمُّ باحثين مختصين في الشريعة والقانون ذات كفاءة، يتابع ويعالج النوازل المستجدة.

وفيما يتعلق بمواد القانون، نوصي بما يلي:

1- إعادة النظر في الصياغة الفنية للنصوص القانونية، فيراعى في ذلك توحيد المصطلحات والابتعاد عن التّعميم والغموض.

2- تقنين وإيراد التّفاصيل اللاّزمة المتعلقة بالمسائل المختلف فيها فقهيا، وذلك لحسم الخلاف وتحقيق مقاصد التقنين، مثل: شروط الشاهدين في عقد الزواج، زواج القصر والمحجور عليهم، حكم طلاق المريض مرض الموت وأثره في توريث الزوجة المطلقة، المقصود بالقرء، وعدة المتحيرة والمستحاضة.

وفي الأخير فإن هذه النتائج والتوصيات التي رأيناها جديرة بالعرض، تبقى محل نقاش ونظر حسب تعدد وجهات النظر، واختلاف الفهم والآراء، ومع ذلك يبقى هذا القانون- في رأينا- مشوبا بالقصور شكلا وموضوعا في مسائل الزواج وانحلاله، ممّا يتطلب إجتهادات قضائية رصينة تسدّ ذلك النقص والقصور التشريعي، لتشكّل فيما بعد شرعية قضائية إن صحّ القول للمشرّع الجزائري لإعادة النظر في بعض المواد.

قائمة المـراجع

قائمة المـراجع:

القرآن الكريم برواية حفص عن قراءة عاصم.

أولا- القواميس والمعاجم:

1. الجرجاني، محمد السيد الشريف، **معجم التعريفات**، تحقيق محمد صديق المنشاوي، د.ط ، دار الفضيلة للطباعة والنشر والتصدير، القاهرة، مصر، د. س. ن.
2. الجرجاني علي بن محمد، **كتاب التعريفات**، تحقيق وزيادة: د. محمد عبد الرحمان المرعشلي، دار النفائس بيروت ط2، 2007.
3. مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، ج1، ط 4، مصر، دار الشروق الدولية، 2004.
4. محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، ج1، ط3، دار صادر، بيروت لبنان، 1994.
5. محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، **التعريفات الفقهية**، ط**2**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية 2008.
6. المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، دار المشرق بيروت، ط**2**، 2003.

ثانيا- كتب التفسير:

1. أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، د. ط، ج**1**، دار المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2000.
2. الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق القمحاوي، **5** أجزاء، د.ط بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، 1993.
3. القرطبي أبو عبد الله أحمد بن محمد بن أبي بكر، **الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان**، تحقيق عبد المحسن التركي، 24 جزء، ط**1**، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2006.

ثالثا- كتب الحديث:

1. ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، ج**5**، دار السلام، الرياض، السعودية، د.ط 1997.
2. ابن ماجة، **سنن ابن ماجه**، تحقيق خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط**8**، 1996.
3. أبو داود، **سنن أبي داود**، دار المعـرفة، بيروت لبنان، د. ط، 1980.
4. أبو زكريا محي الدين النووي، **شرح صحيح مسلم**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط**2**، 1996.

5. البخاري، **صحيح البخاري**، تحقيق محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، بيروت، ط**2**، 1422هـ.
6. الدار قطني، **سنن الدار قطني**، ج4، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1، 2004.
7. الشوكاني، **نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار**، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي السعودية، ج**28**، ط1، 2006.
8. مالك بن أنس الأصبحي، **موطأ الإمام مالك**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، د.ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1985.
9. محمد ناصر الدين الألباني، **صحيح الجامع الصغير وزيادته الجامع الكبير**، ط3، ج1، المكتب الإسلامي للنشر والتوزيع، 1998.
10. مسلم بن حجاج، **صحيح مسلم**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان د. ط- د. س، ن.
11. النسائي، **السنن الكبرى**، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، ط1 2001.

رابعا- النصوص القانونية:

1. الأمر رقم:70- 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المتعلق **بالحالة المدنية** المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1970، العدد**82**).
2. الأمر رقم:75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 **المتضمن القانون المدني** المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1975، العدد **52**).
3. القانون رقم: 84-11 لمؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ: 9 يونيو سنة 1984 المتضمن **قانون الأسرة** المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1984، العدد **82**).
4. القانون رقم:08- 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ:25 فبراير 2008 المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية** (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2008، العدد**82**).

خامسا- كتب الفقه الإسلامي:

أ- كتب المذاهب:

***- كتب المذهب الحنفي:**

1. ابن الهمام كمال الدين، **فتح القدير شرح الهداية شرح بداية المبتدي**، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي، 10 أجزاء، ط**2**، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2003.

2. ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف** تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، 13 جزءا، طبعة خاصة، الرياض، السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 2003.
3. ابن نجيم المصري الحنفي، زين الدين بن براهيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع تكملة الشرح لمحمد بن حسين بن علي القادري الطوري**، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، 9 أجزاء، ط1 بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1997.
4. البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد، **مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، تحقيق: أحمد محمد سراج وعلي جمعة، جزءان، ط1، القاهرة، مصر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع 1999.
5. الجصاص الرازي أبو بكر، **شرح مختصر الطحاوي**، تحقيق: سائر بكداش وآخرون، 8 أجزاء، ط1 بيروت، لبنان: شركة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتزيع، والمدينة المنورة، السعودية: دار السراج 2010.
6. السرخسي شمس الدين، **المبسوط**، 30 جزءا، د.ط، بيروت لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع 1989.
7. الطحاوي أبو جعفر، **مختصر الطحاوي**، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، د. ط، حيدر أباد، الهند: دار إحياء المعارف النعمانية، د. س. ن.
8. الكساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، 10 أجزاء، ط1، بيروت لبنان: دار الكتب العلمية، 2003.
9. المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر، **الهداية شرح بداية المبتدي شرح العلامة عبد الله اللكنوي**، 8 أجزاء، ط1، كراتشي، باكستان: منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، 1417 هـ.

*** – كتب المذهب المالكي :**

1. ابن رشد الحفيد أبو الوليد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، جزءان، ط **2**، بيروت، لبنان: دار المعرفة 1982.
2. الباجي أبو الوليد، **المنتقى شرح موطأ مالك**، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطاء، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط**2**، 1999.
3. الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي، **مواهب الجليل شرح مختصر الخليل** تحقيق: زكريا عميرات، ج1، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1995.

4. الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المالكي، **مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل**، بيروت، لبنان: دار الفكر، ط3، 1992.
5. الخرشي: **الخرشي على مختصر سيدي خليل**، دار صادر، بيروت، لبنان، د. ط ، د. س. ن.
6. الدردير أبو بركات أحمد بن محمد بن أحمد، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك وبالهامش حاشية الشيخ محمد الصاوي المالكي**، أخرجه ونسقه وأخرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالقانون الحديث: مصطفى كمال وصفي، 04 أجزاء، د .ط، القاهرة، مصر: دار المعارف، د. س. ن.
7. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د. ط، ج2، بيروت، لبنان، دار إحياء الكتب العربية، دون سنة نشر.
8. الصادق عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي**،ج2، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط**2**، 2002.
9. الصاوي، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط**2**، 1955.
10. عبد العزيز حمد آل مبارك، **تدريب السالك إلى أقرب المسالك**، ج**0**، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط**2**، 1988.
11. عبد الوهاب البغدادي، **المعونة على مذهب أهل المدينة**، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ج1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، ط**2**، 1998.
12. محمد بشير الشفقة، **الفقه المالكي في ثوبه الجديد**، ج3، دمشق سوريا: دار القلم للنشر والتوزيع، ط**2** 2007.

*** – كتب المذهب الشافعي:**

1. البكري، أبو بكر عثمان بن محمد الدمياطي الشافعي، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، دار الفكر، بيروت، ط**2**، د. س. ن.
2. الرافعي أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الشافعي، **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، 13 جزءا، ط**2** ، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1997.
3. الرملي، شمس الدين بن محمد، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** مع حاشيتي أبي الضياء الشبراملي وأحمد بن عبد الرزاق المغربي الرشيدي، 08 أجزاء، ط3، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2003.
4. الشافعي محمد بن إدريس، **الأم**، تحقيق حسان عبد المنان، الأردن: دار بيت الأفكار الدولية، د. ط ، دون سنة نشر.

5. الشربيني، شمس الدين محمد ابن الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، 04 أجزاء. ط**2** بيروت، لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، 1998.

6. الشيرازي إبراهيم بن علي، **المهذب في فقه الشافعية**، تحقيق محمد الزحيلي، ج4، دمشق سوريا: دار القلم ط**2**، 1996.

7. الغزالي أبو حامد، **الوجيز في فقه المذهب الشافعي**، قدم له وضبطه: طارق فتحي السيد، بيروت لبنان: دار الكتب العلمية، ط**2**، 2004.

8. الماوردي، **الحاوي الكبير**، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتاب العلمية بيروت، ط9، 1999.

*** – كتب المذهب الحنبلي:**

1. ابن القيم، **زاد المعاد**، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط**85**، 1994.

2. إبن المنجي، زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد التنوخي الحنبلي، **الممتع في شرح المقنع**، تحقيق: عبد المالك بن عبد الله، مكة المكرمة السعودية: مكتبة الأسدي، ط3، 2003.

3. ابن النجار الفتوحي الحنبلي، **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات**، بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1999.

4. ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط**2**، 1987.

5. ابن قدامة موفق الدين، **الكافي**، 5 أجزاء، الجيزة، مصر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان 1997.

6. البهوتي منصور بن يوسف، **الروض المربع شرح زاد المستنقع**، تعليق عبد الرحمن ناصر السعدي مؤسسة الرسالة، بيروت، د. ط، د. س. ن.

7. البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، تحقيق عبد الله بن محمد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ناشرون بيروت، لبنان، ط**2**، 2000.

8. البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الفكر بيروت، لبنان، د.ط، 1982.

9. محمد بن صالح العثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستنقع**، 15 جزءا، ط**2**، السعودية، دار ابن الجوزي للطباعة والنشر والتوزيع، 1426 هـ.

10. المرداوي علي بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، تحقيق: محمد بن حامد الفقي **28** جزءا، ط**2**، السعودية، مطبعة السنة المحمدية، 1956.

11. موفق الدين ابن قدامة المقدسي، **المغني شرح مختصر الخرقي**، 15 جزءا، ط**0**، الرياض، المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، 1997.

ب- الكتب الفقهية المتخصصة:

1. محمد مدني بوساق، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**، دار كنوز اشبيلية، الرياض، د. ط 1999.
2. أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية في فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، ط**2**، عمان: دار المسيرة، 2009.
3. بدران أبو العينين بدران، **الزواج والطلاق في الإسلام**، مؤسسة شباب جامعة الإسكندرية، مصر، د.ط دون سنة نشر.
4. بورقعة سفيان بن اعمر، **النسب ومدى تأثير المستجدات الطبية في إثباته**، ط**2**، الرياض: كنوز اشبيليا، 2007.
5. التواتي بن تواتي، **المبسط في الفقه المالكي بالأدلة**، ج4، كتاب الأحوال الشخصية، ط**8**، دار الوعي الجزائر، 2010.
6. جميل فخري محمد جانم، **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي**، دار الحامد، عمان ط**2**، 2009.
7. رشدي شحاتة أبو زيد، **شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية** (دراسة مقارنة) ط**2**، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية مصر، 2012.
8. سمير محمد محمود عقبي، **الحضانة في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنار مصر، 1986.
9. عبد الله بن محمد الطيار وعبد الله بن محمد المطلق ومحمد بن إبراهيم الموسى، **الفقه الميسر النوازل المعاصرة في فقه الأسرة**، ط**2**، مدار الوطن للنشر والتوزيع، الرياض السعودية، 2012، ج11، ص54.
10. عثمان محمد رأفت، **عقد الزواج، أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي**، دار الكتاب الجامعي القاهرة، ط**2**، 1977.
11. علي الخفيف، **فرق الزواج في المذاهب الإسلامية**، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، ط1، **8002**.
12. علي الخفيف، **فرق الزواج في المذاهب الإسلامية**، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، ط1، **8002**.
13. عمر سليمان الأشقر، **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق**، دار النفائس الأردن، ط**8** 2005.

14. عوض بن رجاء العوفي، **الولاية في النكاح**، ط**2**، مطابع الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة السعودية، **8008**.
15. محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دون طبعة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر القاهرة، مصر، د. ت. ن.
16. محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، دون طبعة، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، دون سنة نشر.
17. مصطفى ابراهيم الزلمي، **أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن**، دراسة مقارنة بالقانون نشر إحسان للنشر والتوزيع، العراق، ط 1، 2014
18. مصطفى إبراهيم الزلمي، **أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن**، نشر احسان للنشر والتوزيع، العراق، ط1، 2014.
19. نضال محمد أبو سنينة، **الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية**، ط**2**، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

ج- كتب الفقه العام:

1. أحمد الغندور، **الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي**، مكتبة الفلاح، القاهرة، مصر، ط4، 2001.
2. النووي، **روضة الطالبين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991.
3. القرافي، **الذخيرة**، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط**2**، 1994.
4. القرافي، **الفروق**، عالم الكتاب، القاهرة مصر، ج4، دون طبعة، دون سنة نشر.
5. الغرياني الصادق، **الأسرة أحكام وأدلة**، ط10، ليبيا: دار ومكتبة بن حمودة للنشر والتوزيع، 2013.
6. بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية**، بيروت: دار النهضة العربية، د.ط ، دون سنة نشر.
7. سعيد رمضان البوطي، **محاضرات في الفقه المقارن**، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط**8** 1981.
8. سيد سابق، **فقه السنة**، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، دون طبعة، دون تاريخ سنة النشر.
9. شهاب الدين الصنهاجي القرافي، **الفروق**، ج4، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، دون طبعة، دون تاريخ نشر.
10. عبد الرحمن الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج2، ط**7**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.

11. عبد الرحمان الصابوني، **نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام**، ط9، القاهرة : مكتبة وهبة، 1983.
12. عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993
13. عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ط6، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية د.ت.ن.
14. عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 2010.
15. عبد المجيد محمود مطلوب، **الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية**، ط2، مؤسسة المختار للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة مصر، 2004.
16. عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان، **كتابة البحث العلمي والدراسات الإسلامية**، السعودية، جدة: دار الشروق، ط2، 1403هـ
17. عبد الوهاب البغدادي، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، ج3، تحقيق وتعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، المملكة العربية السعودية: دار ابن القيم للنشر والتوزيع، ط1، 2008.
18. فتحي الدريني، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط**2** 1994.
19. محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، دون طبعة، دون سنة نشر.
20. محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، خرج أحاديثه وعلق عليه: عبد العزيز بن عبد الفتاح القارئ، السعودية، المدينة المنورة: المكتبة العلمية، ط**2**، 1396 هـ.
21. محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي، **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة**، تحقيق: يحي مراد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط**2**، 2009.
22. محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**،ج1، د.ط، منشورات مكتبة النهضة بغداد، د. س. ن.
23. محمد عقلة الابراهيم، **حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة**، دار الضياء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط**2**، 1986.

24. محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط**8**، 1977.
25. محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط**2**، الدار الجامعية، بيروت لبنان، 1983.
26. محمود بلال مهران، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي**، دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، ط**2** 2000.
27. مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، سوريا، ج2، ط2، 2004.
28. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، **الموسوعة الفقهية**، ط**2**، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ، 1992.
29. وزراة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، **الموسوعة الفقهية**، ط**8**، مطبعة ذات السلاسل 1989.
30. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع دمشق سوريا، ط2، 1989.
31. وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، ج**8**، دار الفكر دمشق، ط3، **8028**.

سادسا- كتب القانون:

1. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، **العقد والإرادة المنفردة**، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط**2**، 1995.
2. أبو العينين بدران، **الزواج والطلاق في الشريعة والقانون**، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د.ط، دون تاريخ نشر.
3. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة العليا الدستورية العليا ومحكمة النقض**، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ط**7 8000**.
4. بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط**2** القبة، الجزائر: دار الخلدونية، 2008.
5. دليلة فركوس، جمال عياشي، **محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج**، دار الخلدونية، القبة الجزائر، ط**2**، 2016.
6. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج2، المجلد الأول، القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، 1982.

7. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، ج2**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان 1970.

8. عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، دار هومة، الجزائر، د.ط ، 2013.

9. عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، 2007.

10. عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له**، ط**2**، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

11. العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج**1**، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2017.

12. الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط**8** 2008.

13. فاروق عبد الله كريم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي**، دون طبعة، إقليم كردستان العراق، جامعة السليمانية، كلية الحقوق، 2004.

14. مبروك المصري، **الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، د.ط 2010.

15. محمد محدة، **الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج**، دار الشهاب للطباعة والنشر والتوزيع، باتنة، الجزائر، د.ط، دون سنة نشر.

16. محمد محدة، **الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري**، ج**1**، دار الشهاب، الجزائر، ط**8**، 2000.

17. محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الفكر ناشرون وموزعون، ط3، الأردن 2010

18. محفوظ بن الصغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري** المعدل بالأمر رقم:**07- 08**، دار الوعي للنشر والتوزيع– رويبة الجزائر، طبعة 2012.

19. محمد توفيق قديري، **النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، مطبعة دار الماهر العلمة سطيف، الجزائر، **8022**.

20. محمد كمال الدين إمام، **الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة فقهية وتشريعية وقضائية**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2011.

21. محمد كمال الدين إمام، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة مصر، د.ط 2008.

22. مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط6، مطابع دار الفكر، دمشق، سوريا 1963.

23. نجمي جمال، **قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2016.

24. حبيب إبراهيم الخليلي، **المدخل للعلوم القانونية**، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992.

سابعا- المقالات والمداخلات العلمية:

1. بدوي علي، **عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع**، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد2، 2002.

2. بلقاسم مطالبي، **مقاربة نقدية للقرار رقم :617374 الصادر عن المحكمة العليا**، (اعتبار الإغتصاب نكاح شبهة يثبت به النسب)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12.

3. بن عامر يزيد، **زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد السادس، جانفي 2019.

4. بوشمة خالد، **البناء بالزوجة بين الدخول الحقيقي والحكمي على ضوء الاجتهاد القضائي**، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق- جامعة سعد دحلب البليدة.

5. بولقصيبات أحمد، **الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري**، دراسة تقييمية، مجلة التراث، العدد 03.

6. تشوار جيلالي، **سن الزواج بين الإذن والجزاء**، مقال منشور في المجلة الجزائرية، العدد4، 1999.

7. حجاري محمد، **دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة** دراسة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي، منشور في مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، العدد السابع، فيفري **8022**.

8.حسيني عزيزة، **النزاع حول متاع البيت، قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة وتطبيقاتها القضائية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية– المجلد: 58 العدد1، السنة 2021

9. السلامي محمد مختار، **التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الإثبات**، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002.

10. سي يوسف زاهية، **تعليق على المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد**2**، **8020**.

11. شامي أحمد، **موقف المحكمة العليا من البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب ونفيه**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد**2**، سنة 2020.

12. عبد الرزاق نجيب، **طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة**، العدد**2**، مجلة الحقوق الكويت، **8002**.

13. عبد السلام عبد القادر، **النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والإجتهاد القضائي**، مجلة الأحياء، العدد5، 2002.

14. عبد العزيز آيت المكي، **التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، والتعويض عن ضرره فقها وقانونا**، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد **22، 8022.**

15. عبد الله حاج أحمد، **إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه" دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري**" مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد**2**، العدد**2**، ديسمبر 2015.

16. محمد توفيق قديري، **موقف المحكمة العليا من المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة لإثبات النسب بالطرق العلمية نموذجا**، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، **82- 87** أكتوبر 2018، جامعة الوادي.

17. ناصر عبد الله، **البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب**، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، 2000.

18. نجيب محمد مثنى ناجي، **حكم التعويض عن الضرر في العدول عن خطبة الزواج**، مقال منشور في مجلة القانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، العدد 14، 2008

19.نواف حازم خالد، نشوان زكي سليمان، **مشاهدة االمحضون**، دراسة مقارنة، مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية، العدد15، المجلد 4، السنة 2013، جامعة كركوك.

20. الياس مسعودة نعيمة، **تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء**، مقال منشور، كلية الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة.

ثامنا- أطروحات الدكتوراه ورسائل الماجستير:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. تقية عبد الفتاح. **أحكام الطلاق بين أحكام التشريع والاجتهاد القضائي**، رسالة دكتوراه دولة في القانون كلية الحقوق (بن عكنون) جامعة الجزائر، السنة الجامعية: **8002-8005.**

8. زكية حميدو، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية:**8002- 8007.**

3. علال برزوق أمال، **أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية:**8022- 8027.**

2. فيزيلي مليكة، **حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر.

5. قديري محمد توفيق، **النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية**، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، **8022.**

6. محفوظ بن الصغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.

ب- رسائل الماجستير:

1. الأدمعي تمام، **أحكام الجينات البشرية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير في الفقه ومذاهبه، كلية الشريعة جامعة دمشق، 2005.

2. بوخاتم آسية، **الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007.

3. توفيق أبو هاشم، **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي**، رسالة ماجيستير، الجامعة الأردنية، 1990.

4. ثائر سمير رافع الروسان، **أحكام المعتوه في الأحوال الشخصية دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير. تخصص القضاء الشرعي، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2009.

5. عبد المالك رابح، **الصداق في قانون الأسرة الجزائري** – دراسة مقارنة- رسالة ماجيستير في العلوم القانونية، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، بن عكنون، 1996.

6. فؤاد مرشد داوود بدير، **أحكام النسب في الفقه الإسلامي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا قسم الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية بنابلس فلسطين، السنة الجامعية 2001-2002.
7. مبروك المصري، **دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية**، رسالة ماجيستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، 1990.
8. هشام ذبيح، **المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجيستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015.
9. وفاء معتوق حمزة فراش، **آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة-** رسالة مقدمة لنيل درجة الماجيستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مصر، 1985.

تاسعا- المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1990، العدد**2**
2. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1991، العدد**8**
3. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1994، العدد**0**
4. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1997، العدد**8**
5. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1999، العدد**2**
6. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2001، عدد خاص.
7. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2002، العدد**8**
8. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2003، العدد**2**
9. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2003، العدد**8**
10. المجلة القضائية للمحكمة العليا،2007، العدد**2**
11. مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد**2**
12. مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد**8**
13. مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد**2**
14. مجلة المحكمة العليا، 2013، العدد**2**
15. مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد**2**
16. المجلة قضائية للمحكمة العليا، 2015 العدد**2**

عاشرا- القرارات والاجتهادات القضائية:

1. بلحاج العربي، **الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
2. سايس جمال، **قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائر**، جزءان، منشورات كليك، ط**2**، 2014.
3. نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، دار الهدى، الجزائر، 2008.

Abstract:

The Algerian legislator has been very brief in regulating topics that fall within the scope of marriage and its dissolution. It was confined to mentioning the most prominent provisions of those topics without entering into their details except in a few issues, and it did not discuss a number of important related issues, thus leaving a space to the judge of family affairs to refer to the provisions of Islamic Sharia to adjudicate the dispute before him, pursuant to the text of Article 222 of the Family Code.

Therefore, this research seeks to clarify two types of issues; issues about which there is no text in the Algerian family law, and others in which a text was distinguished by ambiguity and lack of detail, and then we refer to the most important judicial decisions issued by the Supreme Court in these issues, if any, with a commentary to them. After that, the reference of justice and its jurisprudential choices become clear after presenting a summary of the jurisprudential views in the four schools of thought on the issue at hand.

It has been demonstrated through this research that the jurisprudence of the Supreme Court is strongly directed to Khalil's summary being one of the basic references for the Maliki school of thought in Algeria, and because of its very high scientific value, also the Supreme Court did not walk away, in its decisions and jurisprudence, from what is established in the famous Malik doctrine.

The decisions of the Supreme Court and its jurisprudence, even if they were made from the doctrine of Imam Malik, this did not prevent it from going to other sources, but rather contravening the majority of jurists, and this translates its liberation and non-intolerance, however, failure to adhere to a particular jurisprudential doctrine may lead to conflicting judicial rulings and instability.

Key words: Family law, Islamic Sharia, issues, marriage, divorce, judgements, jurisprudence, lack of legislation.