

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

## محاضرات في مقياس قانون الأسرة الجزائري

موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق LMD

من إعداد الدكتورة

بن عيشوش فاطمة

الموسم الجامعي: 2022 / 2023

## مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد ونبينا  
المصطفى وعلى اله وصحبه ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين....أما بعد:

عينت الشريعة الإسلامية بالأسرة عناية فائقة، باعتبارها الخلية التي يستمد منها المجتمع  
الجزائري مقومات وجوده وعوامل بقاءه وعناصر قوته، فشرع الله سبحانه وتعالى الزواج وجعله  
ميثاقا غليظا، لان من أهدافه التكاثر وأعمار الأرض، بحيث نظم العلاقة الزوجية تنظيما محكما  
وشاملا، فحفظ لكل من الرجل والمرأة حقوقه، ففي مرحلة الخطبة بين للخاطب كيفية الاختيار  
والأسس الصحيحة لذلك، وإذا تم عقد الزواج صحيحا ومستوفيا لشروطه وأركانه رتب عليه  
حقوقا والتزامات على عاتق الطرفين ، كما حث الزوجين على المعاشرة بالمعروف، ودعا إلى  
إصلاح ذات البين في حالة الشقاق والنزاع.

لذا شكل صدور قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 الإطار القانوني الوحيد الذي نظم  
خطى المشرع الجزائري خطوة موقفة في إيجاد الإطار القانوني للعلاقات الأسرية، وبذلك  
المناسب لتنظيم الأسرة الجزائرية، و على الرغم من وجود بعض النقائص فيه والتي حاول  
المشرع الجزائري تداركها من خلال الأمر رقم 05/02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري،  
فيما يتعلق بالزواج والطلاق وأثرهما، وذلك ضمن الإطار العام لمضمون هذا القانون، فسوف  
نتعرض من خلال هذه المطبوعة إلى الحديث في الفصل الأول منها إلى كيفية إنشاء الرابطة  
الزوجية، وخاصة ما تعلق بالخطبة وشروطها، وتحديد سن الزواج، ونظام تعدد الزوجات،  
وشروط صحة عقد الزواج ، و نتناول في الفصل الثاني من الدراسة إثبات عقد الزواج وأثاره،  
ونتطرق في الفصل الثالث من المطبوعة إلى أحكام الطلاق نتحدث عن أسباب الطلاق وطرقه  
والآثار المترتبة عليه.

## إنشاء الرابطة الزوجية. الفصل الأول:

نتناول في هذا الفصل الحديث عن إبرام عقد الزواج، من التطرق إلى الأركان التي يقوم عليها والشروط التي يجب أن تتوفر فيه من المباحث التالية.

### المبحث الأول : الخطبة

لقد اقر الفقه الإسلامي والقانون القيام بهذه المقدمة قبل عقد الزواج وتسمى بالخطبة أو المرحلة التمهيديّة، والتي تكون مجالات للحرية والاختيار، وتجعل لكلا الطرفين أما أن يقدم على الزواج أو يتراجع عنه وعليه سوف نبين تعريف الخطبة وأثار العدول عنها من خلال ما يلي:

#### المطلب الأول: مفهوم الخطبة

إن الخطبة تمثل في تقاليدنا خطوة أولية تسبق إبرام عقد الزواج وتشكل فرصة للطرفين للتعرف، جل القوانين العربية تعرضت في نصوصها إلى الخطبة والآثار المترتبة عنها، لذا والتقارب وجب علينا التحدث عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري من حيث تعريفها والعدول عنها.

#### الفرع الأول: تعريف الخطبة

فالخطبة في الثقافة الشعبية هي إجراء يعني به إظهار الرغبة في الزواج بفتاة معينة من عائلة معينة، دون أن يكون لهذه الخطبة صفة العقد الرسمي فإن الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة المعدلة «الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة» وعليه فالخطبة هي التماس أو طلب الزواج وهي مقدمة له وليست من شروطه فحكمها الإباحة إذ يصبح الزواج دون خطبة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، ص 27.

وتختلف الخطبة عن الفاتحة من حيث أن الفاتحة هي عبارة عن مجلس، أو اجتماع يحضره عادة أولياء الزوج والزوجة أو من يمثلها شرعا وقانونا، كما يحضره جمع من الناس أقارب وأصدقاء الخطيبين ومن أعيان المنطقة، ويتم فيها إبرام عقد الزواج شفويا بعد تعرف الخاطبين على بعضهما البعض، وتحديد الصداق، وتنتهي بقراءة الفاتحة متنوعة بالدعاء للعريسين بالسعادة والهناء والفاتحة بهذا المعنى هي عبارة عن إبرام عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

في حين أن الخطبة لا تتعدى حدود إجراءات تحضيرية تقتصر على مجرد إعلان الرغبة في الزواج والمصاهرة ثم إبرام عقد الزواج لاحقا وفقا للقواعد المدنية.

وعليه تجدر الإشارة أن هناك اختلاف بين المفهومين، وإن كان من الممكن أن يقعا معا في مجلس واحد متحدين من حيث الزمان والمكان وهذا المعنى جاءت به الفقرة الأولى من نص المادة السادسة من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02/05 على أن اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا، ثم نص المشرع في الفقرة الثانية غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة لمجلس العقد يعتبر زواجا من توفر ركن التراضي وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

وعليه بالرجوع إلى نص المادة التاسعة مكرر والمعدلة بموجب الأمر 02/05 أنه يجب أن يتوفر في عقد الزواج شروط وهي أهلية الزواج والصداق والولي والشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية.

وعليه من السهل عليه استخلاص أن الفاتحة تعتبر زواجا صحيحا إذا توفرت فيها الشروط السابقة الذكر المنصوص عليها في المادة 9 مكرر بالإضافة على توفر ركن الرضا، ولا يحتج لهذا العقد الشفهي أمام السلطات الإدارية والقضائية، إلا إذا أتبعه تسجيل في سجلات الحالة

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، 2018، الجزائر، ص 14.

المدنية وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادتين 21 و22 من قانون الأسرة المعدلتين  
لموجب الأمر 02/05.

### الفرع الثاني: شروط الخطبة

للخطبة شروط مستحسنة، وأخرى واجبة أو لازمة

**أولاً: الشروط المستحسنة:** أن تكون المخطوبة من غير القربيات للخاطب لان التزوج بالقريبة،  
غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفا<sup>1</sup>، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: «اغتربوا لاتصنوا»،  
وكذلك أن تكون الخطبة بكرًا ولودًا، فإن الولد هو زهرة البيت الزوجي وموضع الأُنس والمحبة  
المتبادلة ورباط قوي يجمع بين الزوجين وهو سبيل لحسن العشرة واستقرار الحياة الزوجية.

**ثانياً: أما الشروط الواجبة شرعا وهي:**

فهي تلك التي لا بد من تحققها، فلا تصح الخطبة بدونها وهي تتمثل في شرطين أساسين  
وهما:

1/ أن تكون المخطوبة سالحة للزواج بمعنى شرط في المخطوبة أن تكون خالية من الموانع  
الشرعية وسائر المحرمات المؤبدة المادة 24 ق، أ، ج والمؤقتة وأن لا تكون في عصمة رجل  
آخر، وأن لا تكون معيدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن المادة 30 ق، أ، ج المعدلة في  
2005،

2/ أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير، ومن شروط الخطبة أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير  
خطبة الشرعية، لان في ذلك اعتداء على الخاطب الأول وإيذاء له، فإذا تقدم شاب لخطبة فتاة  
وهي مخطوبة لغيره، فلا يجوز به ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم «لا يبيع أحدكم على بيع  
أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - سالم ناجم، زواج الأقارب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي مكة المكرمة، 1998، العدد 11، ص 171 وما يليها.

<sup>2</sup> - رواه النسائي عن ابن عمر رضي الله عنه، سبل السلام، ج 3، ص 112.

## المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج، وليست عقداً وإن تمت بالاتفاق ورضا الطرفين، فلا تبيح للطرفين أن يختلطا اختلاط الزوجين، حتى ولو ألبس لها الخاتم أو قرأت الفاتحة أو قدم جزء من الصداق أو كله، وهذا ما ينص عليه المشرع الجزائري في المادة 6 المعدلة الفقرة الأولى "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا" وهو نفس الأمر أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 5 المعدلة التي تنص على أن «الخطبة وعد بالزواج».

فالخطبة من الناحية القانونية هي مجرد وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج المستقبلي فقط.

لذا وجب علينا عدم الخلط بين الخطبة وعقد الزواج فالخطبة عقد ملزم للطرفين، ومن ثم يجوز لكل من الطرفين التراجع عنها وعدم إبرام عقد الزواج.

### الفرع الأول: اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد ( المادة 02/6 ق. أ. ج ):

بموجب التعديل لنص المادتين 5 و6 ق.أ.ج بالأمر 02/05 المؤرخ 2005/02/27، فالمشرع الجزائري أعادت ترتيب أحكام الخطبة، بالفصل بين تعريفها المنصوص عليه في المادة (1/5) وحق العدول عنها، مع تباين آثار العدول عن الخطبة بصورة واضحة سواء كان العدول من قبل الخاطب (م 3/5) أو المخطوبة (م 5/04)

فلقد أكدت المادة السادسة في فقرتها الأولى على أن اقتران الفاتحة بالخطبة ليست زواجا ما لم تقترن بركن الرضا وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر أي ركن الرضا وشروط عقد الزواج بمجلس العقد المواد 9 و9 مكرر و 10 و22 المعدلة ق، أ.ج.

ومهما كانت أسباب صياغة الفقرة الثانية من المادة السادسة المعدلة بالأمر 02 /05، ومبررات اجتهادات المحكمة العليا، من أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد هو في حكم الزواج، فإن المقصود هنا هو زواج تتوافر فيه الشروط والأركان الشرعية الواردة في المادة 9

مكرر، فهو ينقصه التوثيق طبقاً لنص المادة 18 المعدلة، ومن ثم لا يعد أن يكون زواجا عرفيا غير رسمي، لأنه يترتب عليه ضياع حقوق المرأة والأولاد داخل الأسرة، وهو لخالق النظام العام الموضوع من قبل الدولة وهو ضرورة تسجيله وأن ، ثباته يكون بمستخرج من سجل الحالة المدنية المادة 22 المعدلة والمادة 39 من الأمر 20/ 70 المتضمن قانون الحالة المدنية.

### المطلب الثالث: العدول عن الخطبة وآثاره:

نصت المادة الخامسة الفقرة الثانية من قانون الأسرة بقولها «يجوز للطرفين العدول عن الخطبة» إذا وقع العدول انقضت الخطبة، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن بطلب من القضاء إلزام الطرف الآخر بالاستمرار وإتمام عقد الزواج، ومن المفروض ممارسة أي حق من الحقوق لا يستوجب التعويض المبدأ<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من حق العدول المقرر للطرفين، فإن الشريعة الإسلامية نصت على ضرورة الوفاء بالوعد «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً»<sup>2</sup>

وقوله صلى الله عليه وسلم « آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان »<sup>3</sup>

فإذا عدل الخاطب عن الخطبة من غير سبب مشروع فإن آثما عند الله أما القانون، فإن الخطبة هي وعد بالزواج فقط وليست عقدا ملزما والعدول عنها لا يوجب التعويض، غير أن انتهاء الخطبة من غير زواج يطرح بعض المشاكل القانونية المتعلقة بالصداق سواء كله أو بعضه، وكذلك الهدايا المقدمة من طرف إلى الطرفين، وكذلك الأضرار المادية المعنوية التي يمكن أن تتجم عن العدول.

<sup>1</sup> - الشيخ محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، ص 61.

<sup>2</sup> - سورة الإسراء، الآية 34.

<sup>3</sup> - عن أبي هريرة، متفق عليه، فتح الباري، ج 1، ص 90.

## الفرع الأول: بالنسبة للصدّاق المقدم المخطوبة:

بالنسبة للمهر أو الصّدّاق المقدم للمخطوبة خلال فترة الخطبة فإنّ قانون الأسرة لم يتعرّض له صراحة أو ضمناً، مثله مثل المشرع التونسي والمغربي، وعليه فلقد اتفق الفقهاء المسلون أنّ المهر هو من حقّ الخاطب وله استرداده إذا قرّر العدول عن الخطبة لأنّ المهر لا يجب للمرأة إلاّ بالعقد الصحيح عند الحنفية، أو بالدخول عند الشافعية، وعندما لا يتمّ عقد الزواج لا تستحقّ المرأة المهر، بل يجب عليها ردّ ما قدمه الخاطب عينا أو ردّ مثله أو قيمته نقداً يوم قبضه<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: بالنسبة للهدايا

بالنسبة للهدايا المتبادلة في فترة الخطبة فإنّ الفقهاء متفقون على ردها، وإنّ اختلفوا في التفاصيل أما قانون الأسرة الجزائري فلقد نصّ في المادة الخامسة في فقرتها الثالثة على أنّ الخاطب لا يستردّ من المخطوبة شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه وعليه أنّ يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته.

وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أنّ تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته، فالواضح أنّ قانون الأسرة فرق بين حالتين الحالة التي يكون فيها العدول من طرف الخاطب ورغبته وإرادته وحده وبين الحالة التي يكون فيها العدول من طرف المخطوبة وإرادتها وحدها، وفرق بين موضوع الهدايا التي تستهلك فعلاً وبين التي لا تستهلك.

## الفرع الثالث: بالنسبة إلى التعويض عن الضرر:

من المعلوم فقهاً وقضاءً أنّ الخطبة هي وعد بالزواج وليس عقداً ملزماً للطرفين، ويترتب على ذلك جواز العدول عنها، وهذا العدول في حد ذاته هو حق لكل واحد من الطرفين يجوز له استعماله متى شاء، ومن يستعمل حقه دون تعسف لا يجوز مقاضاته ولا مطالبته بالتعويض

<sup>1</sup> - سعد عبد العزيز، المرجع السابق ص 18.

وهذا تطبيقا لقاعدة شرعية « الجواز ينافي الضمان » غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء أنه إذا اقتران العدول عن الخطبة أفعالا خاطئة في ذاتها ومستقلة استقلالاً تاماً ورتبت ضرار مادياً أو دينياً لا حد الأطراف جاز الحكم بالتعويض<sup>1</sup>، ومن جملة الأضرار المعتبرة قانوناً الإستغواء أو الاستهواء أي التغيير بالطرق الأخر، التماطل عن إتمام الزواج بالدخول أو استعمال الخديعة و الغش، وكذا عدول الخاطب بعد مرور مدة طويلة من الخطبة ، وهذا المبدأ أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة الخامسة حين نص على أنه « إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض».

### المبحث الثاني : انعقاد عقد الزواج

الحديث عن التراضي أو الرضا تستلزم وجود الإرادة، وليس هذا فحسب بل يستلزم أم تكون هذه الإرادة موجودة وخالية من أي عيب من العيوب، ومعنى هذا أن نصدر هذه الأهلية من شخص بالغ وراشد يمكنه إبرام عقد الزواج بمعنى أن يكون كامل الأهلية لبلوغ سن 19 سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة ولما كان موضوع التراضي يتطلب وجود المتعاقدين أصالة أو بالوكالة، وكذلك وجود الصيغة أي الإيجاب والقبول فإننا نتحدث عن الإيجاب والقبول.

### المطلب الأول: أركان عقد الزواج

نتناول في هذا المطلب ركن التراضي في عقد الزواج وهو الركن الوحيد فيه بعد التعديل.

### الفرع الأول : الإيجاب

هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين للدلالة على إنشاء عقد الزواج وهذا الإيجاب يتطلب شروط معينة وهي:

- أن يكون باتاً بمعنى نهائياً وصريحاً.

<sup>1</sup>د/ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، 2008، ص 37.

-أن يصل إلى علم الطرف الآخر كي يصلح أن يتقرب به فيما بعد القبول.

### الفرع الثاني: القبول

هو ما يصدر ثانيا من العاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته ويشترط أن يكون باتا وصريحا وأن يكون متطابق مع الإيجاب حتى ينعقد العقد، ويعتبر هذا الركن (الرضا) الركن الوحيد حسب التعديل الجديد لقانون الأسرة في المادة التاسعة.

وأما طرق التعبير عن الإرادة في الإيجاب و القبول، فهي لا تخرج عن القواعد العامة وهي الكتابة والإشارة أو بأي طريقة تفيد معنى النكاح شرعا.

### الفرع الثالث: عيوب الإرادة في عقد الزواج

و تتمثل عيوب الرضا في عقد الزواج في الإكراه و الغلط والتدليس والاستغلال، وقد نص المشرع الجزائري على عيوب الرضا في القانون المدني في المواد من 81 إلى المادة 91. أولاً الإكراه: إجبار الولي من في ولايته على الزواج.

الغلط: كأن تتجه إرادة الشخص إلى خطبة فاطمة ليتزوجها فيتفاجأ لمرأة أخرى زوجت له.

ثانيا التدليس: كأن تتجه إرادة الرجل إلى الزواج بامرأة على أساس عيونها خضراء ويتفاجأ أنها مجرد عدسات لاصقة.

ثالثا الاستغلال: كأن تتزوج المرأة شيخ كبير غني من أجل الاستلاء على ثروته.

### المطلب الثاني : شروط صحة عقد الزواج

يقصد اصطلاحا شرط الصحة هو ما يلزم من عدمه أي ما يتوافق على صحة العقد وأن شروط الصحة كما ذكرتها المادة 9 مكرر قانون الأسرة هي الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

## الفرع الأول: أهلية الزواج

إن النظر في النصوص التي تعرض لها المشرع الجزائري من خلال موضوع الأهلية في الزواج، يتبين أنه لم يولها الأهمية اللازمة لا سيما حينما اكتفى ببيان طبيعتها القانونية من خلال الإشارة إليها ضمن المادة 9 مكرر من القانون أين أدرجها ضمن شروط عقد الزواج، وهو ما يحتم علينا التعويض لمكانتها القانونية ضمن المبادئ العامة للأهلية ليتسنى بيان مكانتها والوقوف على بعض خصائصها.

### أولاً: شروط أهلية الزواج

لقد اشترط الفقه جملة من الشروط لا تصح الأهلية إلا بتوافرها جميعاً، وهذه الشروط تظهر في البلوغ و العقل والاختيار وعدم الردة، ولهذا قال الشافعية و المالكية والحنابلة، لان نكاح المرتد وغير المميز والمجنون و المكره فكل هؤلاء لا يصح توليهم الزواج بأنفسهم ولو كانوا ذكورا<sup>1</sup>.

ورغم أنه لا يظهر في القانون الجزائري أن المشرع اشترط لأهلية الزواج شروطاً، إلا أنه صح ببعضها من خلال النصوص التي حاول فيها التحدث عن أحكام الأهلية فلق صرح سن الرشد في المادة 7 من ق.أ حتما نص على أنه «تكتمل أهلية الزواج للرجل والمرأة بتمام 19 سنة، كما صرح بالبلوغ في نفس النص القانوني حينما نص على قدرة الطرفين على الزواج»

كما نص المشرع الجزائري في نص المادة 10 من نفس القانون بقولها «يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر»، كما نص كذلك على حالته القاصرة في نص المادة 13 حين نص على عدم إكراهها بقوله « لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر من ولايته على الزواج.....»

<sup>1</sup> - د/ وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج 9، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 12، بدون سنة، ص 6700.

إلا أن المشرع الجزائري لم يعط اهتمام لشرط عدم الردة على الرغم من أنه منع زواج المسلمة لغير مسلم وهذا ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة حينما نصت صراحة على أنه «يحرم من النساء مؤقتا زواج المسلمة مع غير المسلم»

والردة كما هو معلوم يفسح عقد الزواج مباشرة لان صاحبه مرق على الدين، فتطلق منه زوجته وتحجز أمواله ويستتاب، فإن فعل أقيم عليه الحد<sup>1</sup>.

فلقد نص المشرع الجزائري في المادة السابعة المعدلة على أنه «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة.....» وانطلاقا من هذه المادة، يتحدد سن الزواج لبلوغ الرجل والمرأة سن 19 سنة وهي نفس السن المنصوص عليها في القانون المدني في المادة 40 منه وهي سن بلوغ الأهلية المدينة.

ويتحقق السن القانوني لاكتساب الأهلية في الزوجان أن يكونا عاقلين وبالغين، وتقدير سن الزواج يكون وقت إبرام العقد والسن وقت الدخول، وفي حالة إبرام عقد الزواج دون القانوني، فيعاقب ضابط الحالة المدينة والموثق والزوجين بالحبس والغرامة أو بإحدى العقوبتين، غير أن قانون الأسرة لم ينص على هذه القاعدة<sup>2</sup>.

### ثانيا: الاستثناء على قاعدة الأهلية

إن لكل قاعدة استثناء، ويمكن في السن القانوني للزواج إذا يمكن للقاصر أن يبرم عقد الزواج، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة السابعة من قانون الأسرة « للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

<sup>1</sup> - د/ دليلة فركوس، محاضرات في قانون الأسرة لانعقاد الزواج، دار الخلدونية، ط6، الجزائر، سنة 2016، ص 103.

<sup>2</sup> - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات باجي مختار، عنابة، الجزائر، سنة 2006، ص 96.

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

ويتم ذلك وفقا للإجراءات التالية:

\*تقديم طلب ترخيص من ولي القاصر أو القاصرة من أجل إبرام عقد الزواج ويقدم إلى قاضي الشؤون الأسرة.

\*يتم تحديد جلسة (سرية) قاضي شؤون الأسرة والنيابة العامة والأطراف، لأجل سماع القاصر والاضطلاع على الهيئة الخارجية التي تؤكد قدرة الطرفين على الزواج من عدمه، والتحقق من توفر ركن التراضي بينهما.

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

\*يقدم الترخيص (الشهادة) لإبرام عقد الزواج الذي يسلم إلى ضابط الحالة المدنية استكمال إبرام عقد الزواج.

ومن خلال هذا الترخيص يكسب القاصر أهلية الزواج أي يرشد (في أمور الزواج فقط دون ذلك تعتبر قاصرا) أي تمنح له أهلية التقاضي التي حصرها المشرع الجزائري في آثار عقد الزواج فقط والمتمثلة في الحقوق والواجبات (الالتزامات)<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الولاية

ليست الولاية في الزواج حكرا على شخص معين بل هي مخولة شرعا وقانونا لأشخاص متعددين، هؤلاء الأشخاص يشترط فيهم مجموعة من الشروط لا يمكن حصرها إلا من خلال التعرض للمفهوم العام، والمشرع الجزائري حاول الإحاطة المتعلقة بالولاية في الزواج في المادتين 11 و13 من قانون الأسرة دون إغفال المادة 9 مكرر من نفس القانون التي تضمنت الولي كشرط في الزواج.

<sup>1</sup>- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 24.

## أولاً: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً

**1/ لغة:** هي الحماية والمحبة والنصرة<sup>1</sup>، ومنه قوله تعالى «فأقيموا وآتوا الزكاة واعتصموا بالله هو مولكم فنعم المولى ونعم النصير»<sup>2</sup>

**2/ اصطلاحاً:** هي سلطة شرعية تحول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء كان موضوع التصرف يخصه، أو كان يخص من في ولايته، ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة. وعلى هذا فإن الولاية في عقد الزواج تتمثل في قدرة الشخص على إنشاء عقد الزواج لغيره بسلطة خولها له المشرع.

أما في الاصطلاح القانوني هي السلطة تجعل التصرف الإنسان نافذا شرعاً، وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية، وقد تناول المشرع أحكامها في المادتين 11 والمادة 13 من ق.ا.ج.

## ثانياً: أقسام الولاية وأنواعها

قد تكون الولاية قاصرة وهي: ولاية الشخص على نفسه ما دام أهلاً للتعاقد، فهي مقتصرة على إبرام عقد الزواج وقد تكون هذه الولاية متعدية وهي: ولاية الشخص على الغير، فقد تكون ولاية على المال أو على النفس أو عليهما معاً، وهي إما أن تكون مستمدة من الشارع كولاية الأب والجد الصحيح فلا يملك أحدهما التنازل عنها، وإما أن تكون مستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي والوكيل<sup>3</sup>، وتنقسم إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار.

<sup>1</sup> - محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج2، ط3، دار صادر بيروت، لبنان، سنة1994، ص 405 .

<sup>2</sup> - سورة الحج، الآية78 .

<sup>3</sup> - ابن عابدين، دار المختار، 55/3 .

**1- ولاية الإجبار:** تكون هذه الولاية على الفتاة البكر أي الصغيرة غير البالغة، حيث يكون للولي سلطة تزويجها ويمكن إجبارها على الزواج متى تحققت مصلحتها، إلا أن هذه الولاية قد ألغيت في قانون الأسرة، وهذا بموجب المادة 13 من قانون الأسرة «لا يجوز للولي، أيا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها» بينما يعتبر الأب لدى معظم فقهاء المذهب المالكي وليا مجبرا لابنته الصغيرة القاصرة.

**2/ولاية الاختيار:** تثبت للولي على المرأة العاقلة البالغة والراشدة فلها حق الاختيار بين القبول والرفض فيقوم الولي بالنيابة عنها بعد استشارتها، فلو بغير كفاء أو تزوجت دون أن تعرف حاله، فمن حق وليها استشارتها (كأبيها أو جدها) أن يطلب من القاضي فسخ العقد ولاختيار لها في ذلك

**ثالثا: شروط الولي**

1 . الأهلية الكاملة أي العقل والبلوغ، فالمجنون والمعتوه أو الصغير ليس له ولاية على نفسه فلا ولاية له على غيره.

2 . الإسلام في الولاية على المسلمة، إذ لا ولاية لكافر على مسلم ولا لمسلم على كافر، فالولاية مبنية على التعصيب في الإرث، ولا توارث مع اختلاف الدين.

3 . عدم الإكراه: فلا يعقد الزواج بالإكراه لعدم توفر الرضا.

**رابعا: الولاية في قانون الأسرة الجزائري**

تنص المادة 11 من قانون الأسرة في فقرتها «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره» يستشف من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يفرق بين كون المرأة بكر أو ثيبا.

كما يفهم من خلال هذا النص تأويل معنى الحضور بالنسبة للولي أنه يحتمل أن يكون حضوره مطلوباً على سبيل الإلزام لمباشرة العقد، أو أنه على سبيل الاختيار لمجرد سماع العقد، فيكون حضوره بذلك شكلياً.

كما أن الفقرة «بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره» قد ساوت بين حضور الأب أو غيره ممن تختاره المرأة لعقد زواجها.

والجدير بالذكر أنه لا اعتبار لما يقال من أن ولي المرأة ربما يستغل حقه، ويمنع ابنته من الزواج ممن ترضى حتى ولو لم يوجد به عيب، فبإمكان المرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي لحسم المتوقف حسب ما يراه مناسبا، لأن الفقه الإسلامي في مجمله يقر بإسقاط الولاية عن الولي في حالة المنع بدون مبررات معقولة، وبالتالي فإن القاضي ولي من لا ولي له.

### الفرع الثالث: الصداق

#### أولاً: تعريف الصداق

الصداق: هو الحق المالي الذي أوجبه الشارع الحكيم على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو بالدخول بها، كرمز في الرغبة في الاقتران بها وللصداق عدة أسماء وردت في القرآن الكريم النحلة، والأجرة، الفريضة وغيرها.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من التقنين بأنه «هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود وغيرها من كل ما هو مباح شرعاً، و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

وتستحق حق المرأة المهر بالعقد في الزواج الصحيح وبتأكيد الدخول الحقيقي، فإذا تم عقد الزواج صحيحاً وجب المهر على الزواج بمجرد العقد ولو لم يتم الدخول بها<sup>1</sup>.

#### ثانياً: أنواع المهر:

المهر نوعان: المهر المسمى والمهر المثل.

**1/ المهر المسمى:** هو ما اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي.

<sup>1</sup>. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ط7 منشورة جامعة دمشق، سوريا، 1996، ص265

**2/مهر المثل:** هو مهر امرأة من قوم أبيها، كأختها أو من تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السن والجمال، والمال، ونحو ذلك من الصفات.

وأما ما يصلح أن يكون مهرا فهو كل مال مقوم، معلوم نقدا كان أو منقولا قيميا أو مثليا، أو كان منفعة يمكن تقديرها بمال، ويشترط فيه أن يكون من الأمور المباحة والمشروعة فلا يصح أن يكون من حرام، لأن الزواج قصد به الحلال ولا سبيل إلى ذلك إلا بالحلال.

### ثالثا: النزاع حول الصداق

لقد فصلت المادة 17 من قانون الأسرة في حالة النزاع حول الصداق فقد نصت على ما يلي: « في حالة نزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول فالقول للزوجة مع اليمين و إن كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين». وهو ما سار عليه قضاء المحكمة العليا<sup>1</sup>

### الفرع الرابع: انعدام الموانع الشرعية

يجب أن يكون الزوجين خالين من الموانع الشرعية التي تمنع نشوء عقد الزواج واستمراره، وهذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر والمادة 23 من قانون الأسرة (يجب أن يكون كل من الزوجين خال من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة).

### أولا: المحرمات من النساء

**1/ المحرمات بصورة مؤبدة:** وهي من كان سببها ثابت لا يزول كالأم، والبنت، والأخت وغيرها.

**2/ محرمات بصورة مؤقتة:** وهي ما كان سببها أمرا يتحمل الزوال كزوجة الغير، والمشاركة والمعدة من طلاق أو وفاة وغير ذلك.

<sup>1</sup> . المحكمة العليا، قرار رقم 23515، المؤرخ في 18/06/1991، م.ق، سنة 1992، العدد 04، ص 69.

وأحكام هذا الموضوع نجدها في المواد من 23 إلى 31 من قانون الأسرة وهي مصنفة على النحو التالي:

\*المحرمات تحريماً مؤبداً بسبب القرابة والمصاهرة والرضاع.

\*المحرمات بسبب القرابة<sup>1</sup>: قال تعالى ((حرمت عليكم أمهاتكم، وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم، وبنات الأخ، وبنات الأخت))<sup>2</sup>. ومن هذا النص نستنتج أن المسلم يحرم عليه بسبب القرابة أربعة أنواع:

\*الأصل من النساء وإن علا وهي الأم، وأم الأم وإن علت، وأم الأب، وأم الجدة وإن علت لأنها تدخل في لفظ الأم دلالة.

الفرع وإن نزل ونقصد به البنت، وبنت الإبن وإن نزل وما تناسل منها، وبناتكم فهو لفظ عام لكل بنت.

فروع الأبوين أو أحدهما و إن نزلن: وهن الأخوات شقيقات الأب أو الأم، وفروع الإخوة والأخوات فيحرم على الإنسان أخواته جميعاً، وأولاد أخواته وفروعهم مهما كانت الدرجة.

فرع الأجداد والجندات: إذا انفصلن بدرجة واحدة وهن العمات والخالات شقيقات أو لأب أو لأم، وكذلك عمات الأصل وخالاته.

والحكمة في ذلك هي عدم اختلاط الأنساب.

\*بسبب المصاهرة: يحرم بالمصاهرة أربعة أصناف وهي:

<sup>1</sup>. إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، دار الجور وجدة، المملكة المغربية، 2006، ص 49.

<sup>2</sup>. سورة النساء، الآية 23.

أ. زوجة الأصل: وهو الأب وإن علا سواء كان من العصابات كأبي الأب، أو كان من ذوي الأرحام كأبي الأم، وبمجرد عقد الأب عليها عقد صحيح تصبح محرمة على فروعه وإن لم يدخل بها، ويمتد التحريم من زوجة الأب إلى زوجة الجد أيضا وإن علا.

ب /أصل الزوجة: وهي أمها، وأم أمها، وأم أبيها وإن علت سواء أدخل بزوجته أم لم يدخل، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

ج/فروع الزوجة: وهي بناتها، وبنات بناتها، وبنات أبنائها وإن نزلن شرط الدخول بالزوجة، فإن لم يكن هناك دخول فلا تحرم عليه فروعه بمجرد العقد فلو طلقت أو ماتت عنه قبل الدخول بها، فله أن يتزوج بنتها

\*المحرمات بسبب الرضاع:

قال تعالى «حرمت عليكم... وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة...»<sup>1</sup>

هذه الآية صريحة في تحريم الأمهات الأخوات بسبب الرضاعة.

ولقد جاءت المادة 27 من قانون الأسرة مجسدة لهذا المعنى بقولها ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)) وهذا التحريم يشمل ما يلي:

أ/أصول الشخص من الرضاع: أي أمه من الرضاعة وأمها وإن علت وأم أبيه رضاعا وأمها وإن علت.

ب/فروعه من الرضاع: أي بنته رضاعا، وبناتها وإن نزلت وبنات غبناها رضاعا وبناتها وإن نزلت.

ج/فروع أبويه من الرضاع: أي أخواته رضاعا وبناتهن وبنات إخوته رضاعا وبناتهن وإن نزلن.

<sup>1</sup> - سورة النساء الآية 23.

## د/المحرمات تحريما مؤقتا:

وهي الحرمة التي تكون بسبب ظرفي ومؤقت، فإذا زال الظرف زال التحريم، وقد حصرها

المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون الأسرة والمتمثلة في

**\*المحصنة:** أي زوجة الغير فلا يجوز الزواج بها ما دامت في عصمة زوجها.

**\*المعدة من طلاق أو وفاة:** يكون هذا المانع مؤقت إلى حين انتهاء العدة فترة العدة المحددة

شرعا وقانونا.

**\*المطلقة ثلاثا:** لا تحل لزوجها الأول حتى تتكح زوجا آخر نكاحا صحيحا، أو يطلقها

إراديا غير محللا.

**\*الجمع بين الأختين:** لا يجوز الجمع بين الأختين سواءا كانت شقيقة للأب أو للأُم أو من

الرضاع.

**\*الجمع بين المرأة عمتها وخالتها:**

**\*زواج المسلم بغير المسلم:** لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم فيعتبر باطلا على عكس

الرجل.

## خامسا: الشهادة الطبية

أضاف المشرع الشهادة الطبية لإتمام عقد الزواج و هذا ما نصت عليه المادة 7 مكرر

المضافة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 بأنه ((يجب على طالبي الزواج أن

يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) تثبت خلوهما من أي مرض أو أي

عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج))، وهذا معناه أن المشرع قد اشترط لإبرام عقد

الزواج شهادة طبية توضح الحالة الصحية لكل من الزوجين، و ذلك من باب اتخاذ

الاحتياطات الصحية اللازمة أو الوقائية، للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية أو

المعدية، أو الجنسية التي ستؤثر مستقبلا على صحة الزوجين المؤهلين وعلى الأطفال عند

الإنجاب.

ومن ثم فقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بإلزام المقبلين على الزواج هذا الفحص الطبي، طبقا للتعديلات الجديدة عام 2005 (المادة 7 مكرراً ق، أ، والمرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 2006/05/11)، كإجراء وقائي قبل الزواج دفعا للأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن التفريق بعد الزواج ، لأنه لا ضرر و ضرار في الإسلام<sup>1</sup>.

### 1/ فوائد الفحص الطبي قبل الزواج:

\*تعتبر هذه الفحوصات من الوسائل الوقائية للحد من الأمراض الوراثية الشائعة في المجتمع وهذا من باب إعلام الزوجين ضمانا لاستقرار العلاقة الزوجية.

\*إمكانية معرفة المقبلين على الزواج من التعرف على الصحة الخاصة لكل منهما تقاديا للأمراض المعدية والخطيرة ، وكذلك التحقق من الأمراض المزمنة التي تؤثر على مواصلة الحياة واستقرارها بعد الزواج ((كداء السكري، والضغط الدموي...و غيرها)).

\*التقليل من ارتفاع نسب المعاقين في المجتمع والتأثير المالي والإنساني على الأسرة والمجتمع

### الفصل الثاني: إثبات عقد الزواج وآثاره.

لقد اهتمت التشريعات الجزائرية لحالة الأشخاص كغيرها من تشريعات الدول الأخرى، ولاسيما ما تعلق منها بإثبات وتسجيل عقود الزواج، وذلك بقصد الحفاظ على الروابط الأسرية، فنظمت طرق ووسائل إثبات عقود الزواج بنصوص خاصة.

وعليه بالرجوع إلى النصوص القانونية يمكن القول أن الاستدلال على إثبات عقد الزواج بين الرجل والمرأة أمام الجهات القضائية والمصالح الإدارية والاجتماعية لا يكفي فيه الاعتماد على الإثبات العام المنصوص عليه في المادة 323 وما بعدها من القانون المدني مثل اليمين

<sup>1</sup>- د/ بلحاج العربي ، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2015 ، ص 196.

والشهادة و الاعتراف و الإقرار وغيرها. بل أن الاستدلال على قيام عقد الزواج وإثباته محصور في القوانين الجزائرية في وسيلة واحدة منصوص عليها في المادة الخامسة من القانون رقم 224 . 63 والمادة 22 من قانون الأسرة والمادة الأولى من القانون رقم (777- 57) الملغى أن الزوج المنعقد في الجزائر بين المواطنين الفرنسيين المسلمين لا يمكن إثباته والاحتجاج به إلا إذا كان مسجلا في سجلات الحالة المدنية<sup>1</sup>.

### المبحث الأول: طرف تسجيل عقد الزواج العرفي

تتخصر طريقة تسجيل الزواج في سجلات الحالة في التشريع الجزائري بموجب طريقتين وهما. **المطلب الأول: الطريقة المباشرة:** وهذه الطريقة تم النص عليها في المادة 72 من قانون الحالة المدنية، كما ورد النص عليها قبل ذلك في المادتين 2 و3 من القانون رقم 777 . 57 وغيرها من نصوص متفرقة.

وهذه الطريقة تتطلب أن يقدم كل من الزوج والزوجة إلى ضابط الحالة المدنية ويصرحا بحضور شاهدين وولي الزوجة أنهما يرغبان في إبرام عقد الزواج مقابل صداق معلوم، فيقوم ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج وتسجيله حالا في سجلاته، ثم يقوم بتسليم الزوجين دفترا عائليا فورا وأن يتقدم الزوجان إلى الموثق لإبرام عقد زواجهما، حيث يتعين عليه أن يقوم بتحرير العقد وفقا للشروط العامة لتحرير العقود، ثم يسلم إلى الزوجين إشهادا على ذلك، يقوم بإرسال الملخص من العقد إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بدوره بتسجيله في سجلات الحالة المدنية خلال أجل معين.

**المطلب الثاني: الطريقة غير المباشرة:** هذه الطريقة ورد النص عليها في المادة 39 من قانون الحالة المدنية وورد النص عليها كذلك في المادة 22 من قانون الأسرة والمادة الخامسة من القانون رقم (224 . 63) المعدلة بالأمر رقم (69 . 72) ويمكن حصرها في صورتين هما:

<sup>1</sup> - عبد العزيز بوسعيد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام اقسام المحاكم ، دار هومة ، ط2 2014 ، ص 203 .

أ . تتمثل في اللجوء إلى رئيس المحكمة بواسطة وكيل الجمهورية تطبيقاً لنص المادة 39 من ق . ج . م . التي جاء فيها أنه عندما لا يتم التصريح بالعقد أمام ضابط الحالة المدنية فإنه يلجأ مباشرة إلى قيد العقد عم طريق حكم بسيط يصدره رئيس المحكمة تطبيقاً لنص المادة الخامسة من القانون رقم ( 224 . 63 )، وتتطلب هذه الحالة تحرير طلب يتضمن هوية وعنوان الزوجين، ويرسل إلى رئيس المحكمة المختصة عن طريق وكيل الجمهورية، مرفقاً بالوثائق الإثباتية بحث يقوم وكيل الجمهورية بدراسة الطلب ن ثم تقديمه إلى رئيس المحكمة للفصل فيه وفقاً لقواعد القانون والشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

ب . الحالة الثانية: يتم اللجوء مباشرة إلى المحكمة في حالة وجود نزاع بين الزوجين أو من أحدهما أو ورثة الزوج الآخر من أجل إثبات قيام عقد زواج شرعي وقانوني بموجب قرار قضائي، يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية، عن طريق عريضة افتتاحية تودع لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة وإشهاد الشهود الذين حضروا مجلس العقد العرفي، فيقوم القاضي بدراسة العريضة ثم بأمر أو بحكم بقبول الدعوى، وتدوين العقد في سجلات الحالة المدنية.

### المطلب الثالث: إجراءات التسجيل عقد الزواج العرفي وإثباته

\* ترفع عريضة افتتاحية أمام قسم شؤون الأسرة يطلب فيها المدعي إثبات الزواج العرفي وتسجيله.

\* يجب أن يثبت الطرفان بأن الزواج قد توفرت فيه جميع أركان العقد المطلوب.

\* اطلاع النيابة العامة على الملف.

صدور حكم بأمر بتقييد الزواج لدى مصالح الحالة المدنية بأثر رجعي أي من تاريخ الانعقاد.

<sup>1</sup> - سعد عبدالعزيز، المرجع السابق، ص 304 . 305 .

## المبحث الثاني: آثار عقد الزواج

نظرا لأن عقد الزواج يربط بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، فإنه من المنطق بعد انعقاده صحيحا، أن تترتب عليه جملة من الآثار الشرعية.

**المطلب الأول: النفقة** وتعرف على أنها اسم لما يصرفه لما يصرفه الإنسان على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن، بمعنى آخر كل ما تطلبه الحياة الزوجية بحسب ما تعارف عليه الناس.

أما استحقاق الزوجة للنفقة الشرعية يكون بموجب الزواج الصحيح، أما الزواج الفاسد أو الباطل فلا تستحق الزوجة بمقتضاه النفقة

### الفرع الأول: تقدير النفقة

إذا كانت الزوجة تقيم مع زوجها في بيت الزوجية، فهو من يتولى الإنفاق عليها بإحضار ما يكفيها من طعام وكسوة وغير ذلك من الأمور.

فإن كان موسرا فرض لها نفقة اليسر، وإن كان معسرا فرض لها نفقة الإعسار، وإن كان متوسط الحال فرض لها نفقة متوسطة بين الأمرين<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: المطالبة بالنفقة ومراجعة مقدارها

نص قانون الأسرة في المادة 80 على أن النفقة لا تستق إلا من تاريخ رفع الدعوى للمطالبة بها، ولا يمكن للزوجة المطالبة بأثر رجعي إلا لمدة سنة قبل رفع الدعوى والسبب في ذلك هو دفع الزوجة إلى عدم المماطلة في المطالبة بالنفقة فالأصل في وجوب النفقة يثبت بمجرد امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته، ولو امتد ذلك سنوات. إلا أن القانون أعطى القاضي مدة سنة واحد سابقة على الادعاء وهذا لدفع الزوجة للمطالبة بالنفقة وعدم المماطلة هذا من جهة، ومن جهة أخرى إرهاب الزوج ووضعه في ضيق وحرص إذا ما طالبت الزوجة سنوات كثيرة خاصة بالنفقة وربما يعجز عن دفعها كاملة.

<sup>1</sup> - د بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، 146.

أما مسألة مراجعة تقدير النفقة، فالقاضي لا يجوز له أن يراجع قيمة النفقة إلا بعد مرور سنة كاملة من تاريخ صدور الحكم بها، وإذا اقتنع بضرورة مراجعتها فعليه تثبيت حكمه و تقديم حجج وأدلة تتعلق مثلا بارتفاع الأسعار وغلاء المعيشة، فالضرورة هنا تقتضي مراجعة تقدير قيمة النفقة.

### الفرع الثالث: عقوبة الامتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء

من خلال نص المادة 331 من قانون العقوبات نجد أنها تعاقب كل من امتنع عمدا ولمدة لا تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه وأصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور بإلزامه بدفع النفقة المهم بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 500 إلى 5000 د.ج .

### المطلب الثاني : النسب

هو أن يتبع الولد أباه في القانون والدين والحضارة ويثبت له الميراث، وينتج عنه موانع الزواج ويترتب عليه الحقوق والواجبات الأبوية والبنوة<sup>1</sup>.

وقد اعترفت الشريعة الإسلامية وهذا حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين الأفراد لقوله تعالى "وهو الذي خلق من ماء بشرا وجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا" بذلك فإن النسب هو رابطة سامية تربط بين الطفل وأبويه فلا بد أن للولد نسب ينسب إليه فينسب إلى أبوه وأمه الحقيقية.

لذلك نصت المادة 44 من قانون الأسرة على ما يلي (يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه)

الفرع الأول: طرق إثبات النسب لقد نصت المادة 40 من قانون الأسرة على طرق إثبات النسب فقد نصت على انه "تثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو بالبينة أو نكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد(33،32،34) من هذا القانون.

<sup>1</sup>- المرزوقي عائشة، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، 2003، ص23.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

كما تضيف مادة 41 من قانون الأسرة (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن

الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة) لذلك فإن أساليب إثبات النسب تتمثل في:

أولاً/الزواج: ويقصد به الزواج الصحيح والزواج الفاسد، وحتى الزواج الباطل، طبقاً لنص المادة

34 من ق.أ، فبقيام علاقة الزوجية يثبت النسب، لقوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش

والعاهر للحجر "

ثانياً/الشبهة:

وهو زواج يقع بالخطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص فمن وطأ امرأة ظنا منه أنها حليلته، وهي

حرام عليه أي جهل بالتحريم<sup>1</sup>.

فإذا حملت منه فإن الحمل ينسب إليه، والشبهة نوعان شبهة عقد وشبهة فعل<sup>2</sup>.

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

باطل.

الفرع الثاني:الإقرار

هو الاعتراف بنسب شخص ما إليه و هو نوعان:

إقرار بأصل النسب ونصت عليه المادة 44 من قانون الأسرة (يثبت النسب بالإقرار بالبينة، أو

الأبوة أو الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه)

كالإقرار بنسب الطفل في الزواج العرفي.

الفرع الثالث: البينة هو إقامة الحجة على ذلك وتتمثل البينة في شهادة رجلين أو أكثر وامرأتين

أو الشهادة بالتسامح المستفيضة:

<sup>1</sup> - محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 213 .

<sup>2</sup> - محمد ابو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 21

اتفق الفقهاء على أقل مدة حمل هي 6 أشهر يتكون الجنين ويولد حيا أي مضت 6 أشهر بتاريخ الدخول وقد أستمد ذلك من الآيتين الكريمتين<sup>1</sup> لقوله تعالى " ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله و فصاله ثلاثون شهرا" و قوله أيضا "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه و هنا على وهن و فصاله في عامين " .

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

#### الفرع الرابع: أقصى مدة الحمل

اختلف الفقهاء في تحديد أقصى تاريخ للحمل اختلافا كبيرا لانعدام النص الصريح، وأعتمد التحديد على ما جرت به العادة في ولادة النساء لذلك فإن أقصى مدة للحمل هي 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة كما نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه ( ينسب الود لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة)

#### الفرع الخامس: الطرق الحديثة لإثبات النسب

##### أولاً: البصمة الوراثية

هي طريقة من طرق العلمية وقد نص المشرع في المادة 40 من قانون الأسرة في الفقرة 2 على أنه ( يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب )

ويقصد بالطرق العلمية كل الوسائل العلمية التي تثبت العلاقة بالتقنية الحديثة بين الولد وأبيه فقد تمكن علماء الهندسة الوراثية من التعرف على محتويات نواة الخلية وتفكيك الصبغيات المكونة لها وتوصلوا إلى أن هذه الصبغيات تحتوي على الجينات التي تحمل الصفات الوراثية

<sup>1</sup> - محمد وafa، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، 2003، ص 203 .

لصاحبها، ولكل شفرة من التحليل الجيني للحمض النووي ADN شفرة مماثلة من شريط ADN في أمه أو أبيه، أي نصفها من أبيه و النصف الآخر من أمه<sup>1</sup>.

ومن هنا تتضح درجة الدقة التي توفرها هذه التقنية في إثبات النسب وأصبحت بذلك البصمة الوراثية دليلاً قوياً في الإثبات وهذا لعدم تغيرها وكذا تطور تقنياتها ونتائجها الدقيقة لذلك تستخدم لإثبات النسب في المستشفيات أو للإثبات في أطفال الأنايب أو عند التنازع عن الطفل المفقود أو اللقيط و كذا في حالة اتهام المرأة بالحمل الغير الشرعي<sup>2</sup>.

بالرغم من كل ذلك إلا أنه لا يجوز للبصمة الوراثية أن تتقدم على طرف الشرعية والقانونية لثبوت النسب التي أوردها المشرع المادة 40 من قانون الأسرة.

**ثانياً: الضوابط القانونية لإجراء تحاليل البصمة الوراثية:**

\* أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القاضي نصت عليه المادة 40 إذا يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

\* كما يمكن للنيابة العامة طلب اللجوء إلى التحليل البصمة الوراثية حول قضايا نزاع النسب مثل المادة 03 مكرر ( تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون

**في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون) يأخذ بالبصمة لإثبات النسب**

\* في حالة وجود نزاع يشترط ثبوت الفراش باعتباره من الأدلة الشرعية القانونية لثبوت النسب فالشخص لإثبات نسبة بالفراش الصحيح لا يجوز إجراء البصمة الوراثية لنفسه لأنه لا ينفي في

<sup>1</sup>- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 492 .

<sup>2</sup>- داودي عبد القادر، المرجع السابق، 200.

الشرع والقانون إلا باللعان طبقاً للمادة 41 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي (ينسب الولد لأبيه متى ان الزواج شرعياً و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة)

### ثالثاً: الطرق الشرعية لنفي النسب

يقصد بها اللعان أو الملاعنة والتي تعني في اللغة الإبعاد أو الطرد ويوجب التحريم بين الزوجين لأن الزوج يبعد نسب الولد منه ويطرده واللعان لا يتم إلا بحكم قضائي يصدر عن القضاء بناء على الزوج وهذا في حالتين<sup>1</sup>.

- 1- يرفع الدعوى بعد ثبوت جريمة الزنى شريطة إلا يطأ زوجته الزوج زوجته بعد ذلك.
2. دعوى أثناء الحمل عندما يتأكد الزوج بأن الحمل الذي ببطن زوجته أو الولد الذي وضعته ليس من صلبه.

واللعان هو شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنى في حقه<sup>2</sup> قال تعالى (( والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه ان كان من الكاذبين ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. ))

فقد بين الله تعالى في الآية الكريمة طريقة اللعان وهي أن يشهد الزوج 4 مرات أنه صادق فيما نسب لزوجته من فعل فاحش وفي الخامسة يلعنه الله إن إذن فالعدل هو شرط واجب للتعدد بدونه يفقد التعدد كل أهدافه الإنسانية اتجاه الزوجات والأولاد لما يترتب على ذلك من فساد وفتن تؤدي إلى شقاق في الأسرة وتولد الأحقاد والعداوة بين الأولاد.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص132.

<sup>2</sup> - عبد القادر داودي ، المرجع السابق ، ص363

### المطلب الثالث: العدل بين الزوجات في حالة التعدد في التقنين

خصص المشرع مادة كاملة في تقنين الأسرة تضم ثلاثة فقرات تعالج نظام التعدد وهي المادة 08 منه كما رتب آثارا على التعدد في حالتي التدليس وعدم استصدار ترخيص من القاضي، خصه بالمادتين 08 مكرر و08 مكرر 01، وقد حذا من خلال معالجته لمسألة التعدد حذو الشريعة الإسلامية مع اشتراطه لبعض الضوابط والإجراءات القانونية التي لا بد على الرجل المقدم على الزواج القيام بها لصحة قانونا وفق الأطر الشرعية، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال النقاط التالية.

#### الفرع الأول: تحليل المواد 08.08 مكرر و08 مكرر 01 من التقنين

التعدد حق للرجل جعله الله نعمة للمرأة والرجل ن لهذا لهما الاستقامة في استعمال هذا الحق، كما أن القانون أباح لهما لا ليحمله كما يقول المثل "حق أريد به باطل" حيث يجوز أن يباشر هذا الحق في حدد ما يسمح به القانون ويظهر ذلك في نصوص المادة 8/8 مكرر و08 مكرر 01 من تقنين الأسرة فالمادة 08 منه نصت على ما يلي: (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

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

أما المادة 08 مكرر فقد نصت على: ( في حالة التدليس ، يجز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق).

وفي المادة 08 مكرر 01 نص المشرع على ما يلي: ( يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه)

## أولاً: مضمون المادة 08 من التقنين

. لقد تضمنت المادة 08 من التقنين مجموعة من الشورع نحاول توضيحها كالآتي:

**1/ العدد :** وهو الاقتصار على أربع، ويفهم ذلك من عبارة " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية " وبالتالي فإن الزواج بخامسة هو زواج باطل قانوناً.

وجود المبرر الشرعي.

توفر شروط و نية العدل.

إخبار الزوجة السابقة واللاحقة وموافقتهما.

تقديم طلب الترخيص المسبق بالزواج لرئيس المحكمة الكائن مقرها بمكان مسكن الزوجية، يثبت فيه ما تم ذكره أعلاه.

. وقد اعتمدت هذه المادة على ما جاء في الشريعة الإسلامية التي تعتبر كمصدر ثان للقانون، ولهذا الاعتماد حقق المشرع عدة نتائج بإباحة التعدد وهي:

\* أنه جعل القانون مطابقاً لروح الشريعة الإسلامية باعتبار أن المادة الثانية من دستور 1996 ينص على أن (الإسلام دين الدولة )، فإن الأحوال الشخصية تخضع للشريعة الإسلامية.

\* أنه أبعث الأشكال عن جملة من التساؤلات التي يمكن أن يثيرها تطبيق نظام التعدد وفقاً للمنظور الشرعي لإمكانية جهل بعض الأشخاص بأحكام الشريعة الإسلامية ووفقاً للمنظور القانوني بسبب الإجراءات القانونية التي لا يمكن مخالفتها.

## ثانيا: تحليل الشروط المتضمنة في نص المادة 08 من التقنين:

### 1/ المبرر الشرعي

. في البداية تشير إلى أن المبرر الشرعي ليس له ذكر في الشريعة الإسلامية فلو عدنا إلى القرآن الكريم والسنة لا نجد فيها أثرا يذكر فيه المبرر الشرعي، وإنما هو شرط مستحدث جاء به وتبناه بعض علماء الإجماع وبعض الفقهاء وقد لجئوا إلى ذكره بصدد تعدادهم لمجمل المبررات التي تكون سببا في اللجوء إلى التعدد سواء كانت شخصية أو اجتماعية أو اقتصادية.

وما دامت الشريعة الإسلامية لم تأت بمثل هذه المبررات فكان على المشرع أن يتقاضى استعمال مصطلح "شرعي" واستبداله بعبارة "مشروع" حتى لا ينسب إلى الشرع ما لم يأت به، ثم إننا و إن سلمنا لهذا المبرر المشروع فعبارة "المشروع" عبارة غامضة ومبهمه فالمبررات الشخصية عديدة ومتنوعة والمبررات الاجتماعية أيضا كثيرة، وبالتالي فإنها تحدث صدمات مستمرة بين الشخص المعدد والقاضي، لأن هذه العبارة على إطلاقها تحدث تساهلا كبيرا أمام الأشخاص الراغبين في تعدد زوجاتهم لأنهم سيدخلون أي سبب وراء إقدامهم على التعدد تحت غطاء المبرر المشروع و ليس للقاضي نفيها لأنها مسألة نسبية و شخصية وتختلف باختلاف تقديرات الأشخاص ونظرتهم إلى الأشياء، فما يراه أحدهم مبررا كافيا للتعدد قد لا يراه الآخر وقد يكون في نفس الوقت للقاضي رأي ثالث متباين.

### 2/ توفر شروط و نية العدل

\*تقوم الشريعة الإسلامية على العدل في كل شيء، وأن العدل بين الزوجات هو شرط وارد لقوله تعالى " فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " 1 .

<sup>1</sup> - سورة النساء ، الآية رقم 03.

وقد تناول فقهاء الشريعة وتفصلوا فيه، بحيث فرقوا بين العدل الظاهري والعدل الباطني (المعنوي)، فالأول يمكن التوصل إليه، فالسرائر لا يعلم بها إلا الله.

\*لهذا فعبرة (نية) العدل التي جاء بها المشرع و التي أخضع تقديرها القاضي الموضوع بعيدة كل البعد عن مجال التقدير الشخصي للإنسان، والخوف من عدم العدل الظاهري، قد يكون من تقدير الشخص نفسه ومدى استطاعته في العدل بين زوجاته عند إقدامه على التعدد، وهذا حتى لا يكون إثماً أمام الله تعالى.

وبالتالي فقد كان الأجدر بالمشرع أن يكتفي بعبارة " العدل " وأن يلتزم القاضي عند تقديره لهذا الشرط بالجانب المادي الخارجي فقط، ولا يسعى وراء النية أو العدل الباطني، لأن هذا يعتبر من الأمور النفسية اللصيقة بشخص الإنسان والتي لا يمكن التحقق من وجودها مهما اتبع من سبل وأقام من تحقيقات.

#### 4/ القدرة على الإنفاق

وهو شرط وارد في القرآن الكريم في قوله تعالى: " ذلك أدنى ألا تعولوا" فقد استهدى كثير من المفسرين والشرح على أن لفظ "ألا تعولوا" يقصد به ألا تكثروا عبادتكم من غير أن يكون عندكم من أسباب الرزق مت تستطيعون به الإنفاق عليهم والقيام بشؤونهم وشرط القدرة على إنفاق يشترط فيمن يقدم على الزواج لأول مرة بوحدة .

#### فكيف إذا ما أقدم الرجل على التعدد ؟

غير أننا لو رجعنا إلى نص المادة 08 من التقنين لا نجد أي ذكر لهذا الشرط، يمكن القول أن المشرع تناول شرط القدرة على الإنفاق بشكل ضمني غير مصرح به، ونلمس ذلك في قوله (توفرت شروط و نية العدل) فقد أشار إلى ذلك بكلمة شروط والشروط الظاهرة التي قد يتعين على الرجل المتعدد على العدل بين أهله من زوجاته وأولاده هي ما يتمتع به رزق واسع، وإذا كان قصد المشرع ما فهمناه يكون قد وقع في خطأ فادح لكون العدل لا يتحقق دائماً مع وجود

الرزق الوفير فقد يكون الزوج في غناه أكثر ظلما و جورا من الزوج الفقير الذي قد يعدل بين زوجاته رغم ما أوتي من رزق يسير.

### الفرع الثاني: علم الزوجة السابقة واللاحقة والتأكد من موافقتهما

جاء في المادة 08 من التقنين (يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها...) إذ العلم بهذا الزواج أمر وجوبي حتى لا تفاجئ الزوجة الأولى أو الثانية أو هما معا.

وهذا يعني أن علم الزوجتين أمر وجوبي، وهو شرط آخر مضاف إلى بقية الشروط السابقة، أضف إلى ذلك حصول الموافقة المسبقة على الزواج من طرف الزوجتين، وهذا ما يتضح في نص المادة 08 من التقنين ( إذا تأكد من موافقتهما... )

والحقيقة أن ما جاء به التعديل الجديد يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية وخصوصا مسألة حصول الموافقة المسبقة على الزواج من طرف الزوجين، وهي مسألة نادرة جدا، بل أن هذه الموافقة تعد مستحيلة من الكثير من الأحيان كما أن هذا الأسلوب أي الموافقة المسبقة من الزوجين يؤدي في النهاية إلى انتشار ما يسمى بالزواج العرفي في البداية ثم في مرحلة لاحقة يتم تشييته بحكم قضائي تمهيدا لتسجيله ويصبح أمرا واقعا، وهذه وجهة نظر تحمل الكثير من الصواب، يجب على المشرع معالجتها و قبل التعديل كان يتطلب ضرورة اختبار الزوجة السابقة واللاحقة و لم يشترط حصول الموافقة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: تقديم طلب ترخيص للقاضي

وضع التعديل الجديد لقانون الأسرة شروطا مسبقة لتعدد الزوجات فمنح للقاضي بموجب نص المادة 08 من التقنين صلاحيات واسعة للبيت في أحقية الزوج لأكثر من زوجة، أو عدم

<sup>1</sup> - د/بن شويخ رشيد، المرجع السابق ، ص17.

أحقيته، لذا وجب على الزوج تقديم طلب الترخيص للقاضي، ويتبين ذلك من عبارة ( وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ).

ويثبت فيه الشروط المذكورة سابقا، فإذا توفرت الضوابط السابقة جاز لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج، ولا يتحقق ذلك إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة على الزواج، بالإضافة إلى المبرر الشرعي، وثبوت قدرة الزوج من الناحية المادية على توفير العدل وشروطه الضرورية للحياة الزوجية، ويتضح ذلك من خلال القول (يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية )

ويتبين لنا من تحليل ما تضمنته هذه المادة أن قانون الأسرة يتميز بمبدأين هما:

#### المبدأ الأول:

هو الإبقاء على نظام تعدد الزوجات حيث حافظ المشرع على احترام القواعد العامة الثابتة للشريعة الإسلامية وحافظ على مشاعر المواطنين المتمسكين بمقومات وحدتهم ومكونات شخصيتهم العربية الإسلامية، وهو بذلك أقر للرجل الحق في الزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية.

#### المبدأ الثاني:

هو المبدأ المتعلق بوضع شروط لحماية نظام التعدد وضمان حسن تطبيقه.

#### الفرع الرابع: الضمانات القضائية الواردة في المادتين (08 مكرر و 08 مكرر 01).

منح المشرع ضمانات قضائية للمرأة في حالة التعدد سواء كانت زوجة معدد بها أو معدد عليها ( أي الزوجة السابقة أو اللاحقة) ونلمس هذا من خلال المادة 08 مكرر التي نصت على أنه ( في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق) فهذه المادة ذكرت أنه في حالة التدليس من الزوج، فإنه للمرأة حق طلب التطبيق فمسألة التدليس

تعني الإخفاء المتعمد للحقيقة و تزييفها و يتعذر أن يتبين ذلك بسهولة والتدليس في عقد الزواج هو إخفاء حقيقة الزواج الأول على المرأة الثانية أو إخفاء للزواج الثاني على المرأة الأولى، كما لو كان الرجل متزوجا في العاصمة وبعد ذهابه للعمل في مكان آخر أعاد الزواج هناك دون أن يكون لأحدهما علم بوجود الثانية ولا تظهران إلا عند تقسيم التركة ومن خطورته أنه يعتبر نوعا من الغش يصاحب تكوين العقد وبالتالي فإنه من الأفعال الخطيرة التي تعيب الإدارة، والتدليس هنا سبب في رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة حسب نص المادة 08 مكرر المذكورة أعلاه، ولهذا يكون المشرع قد حاول وضع حماية قضائية أو ضمانه لكل من الزوجة السابقة واللاحقة.

### أولا: بالنسبة للزوجة السابقة

الزوجة الأولى أو الزوجة السابقة تستطيع أن ترفع أمرها إلى القضاء ليحصل التفريق بينها وبين زوجها، إن كان يصيبها من ذلك الزواج أذى تستطيع إثباته، بل لقد فتحت شريعتنا الباب أمام التفريق إن اتبع الزوج هواه، عندئذ يحصل العذر الذي يبيح للمرأة طلب التطلاق.

ونجد لهذا سند في السنة النبوية الشريفة، فعندها ذهب بنو هاشم بن المغيرة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستأذنه في تزويج بنت أبي جهل من علي بن أبي طالب ولم يأذن إلا إذا طلق علي فاطمة كي لا يطعن في كرامتها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن بني هاشم بن المغيرة استأذنوني في أن يزوجوا ابنتهم علي بن أبي طالب فلا آذن، ثم لا آذن، ثم لا آذن، ألا أن يريد بن أبي طالب أن يطلق ابنتي، إن ابنتي بضعة مني، يربيني ما يربها، و يؤذيني ما يؤذيها"

وقال صلى الله عليه وسلم موضحا : " وإني لست أحرم حلالا ولا أحل حراما ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله صلى الله عليه و سلم وبنت عدو الله عند رجل أبدا"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - د / فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، وحدة الرعاسنة1986، ص31.

فالتعدد بالنسبة للزوجة الأولى الغالب فيه إلا يكون برضاها، لذلك كان لها الحق عند إبرام عقد الزواج أن تشتط لنفسها ألا يتزوج امرأة ثانية عليها، أو تشتط التطلق في حالة إقدام زوجها على التعدد بدون موافقتها<sup>1</sup>، استنادا إلى نص المادة 19 من التقنين التي نص على ما يلي: ( للزوجين ان يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ، ما لم يتنافى من أحكام هذا القانون) وكذلك نص المادة 08 مكرر التي أعطت لها حق طلب التطلق فالشريعة منحها هذا الحق.

بالاشتراط مادام هذه الشروط لا تتعارض مع كتاب الله وسنة رسوله لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم"<sup>2</sup>

وقوله أيضا " أحق الشروط أن توفوا ما استحلتم به الفروج "<sup>3</sup>

فإذا لم تحترم شرط المرأة هنا فلها أن تختار بنفسها وتطلب التطلاق لعدم الوفاء بالشرط، وهنا شائع في مذهب الإمام أحمد بن حنبل فهي أن اشتطت مثل هذا الشرط وأخل به الزوج فإن رضيت بالحالة الجديدة بها ونعمت، وإن لم ترضى فلها أن تطلب فسخ الزواج وبه تتحلل من هذه الرابطة

### ثانيا: بالنسبة للزوجة اللاحقة

إن زواج الرجل بامرأة ثانية أو ثالثة أو رابعة لا يتم إلا بموافقة المرأة التي يريد الاقتران بها، ذلك أن طرفي الزواج هي المرأة ويجب أن يكن التعدد برضاها لتكن زوجة شرعية تتمتع هي وأولادها بحقوق الزوجة المشروعة<sup>4</sup>، فإذا اعتقدت بأن هذا الزواج يلحق بها ضررا فقد جعل

<sup>1</sup> - د/محمد معروف الدوالي، المرأة في الإسلام، دار النفائس، الطبعة الأولى، سنة 1989، ص 178.

<sup>2</sup> - رواه البخاري و مسلم.

<sup>3</sup> - رواه البخاري و مسلم

<sup>1</sup> - محمد معروف الدوالي، المرجع السابق، ص 78.

الإسلام أمرها بيدها، لكنها إن قبلت الزواج من متزوج، ولكنها في الغالب لا يفعل ذلك إلا إذا علمت أن زوجها هذا في مصلحتها هي.

هنا نطرح السؤال التالي:

ما الحل مع زوجة تزوجت مع رجل متزوج وهي لا تعلم بأنه متزوج وقوعها في الغش الناتج عن التدليس بسبب إخفائه عنها هذا الأمر الذي لو علمت به لما أقدمت على إبرام عقد الزواج؟.

والتدليس هنا إيقاع الزوجة في غلط، ويكفي في التدليس مجرد الكتمان ورجوعا إلى المادة الثامنة مكرر، نجد المشرع منح الحق للزوجة اللاحقة بطلب التظليق طبقا للمادة 53 الفقرة العاشرة.

( يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب التالية : كل ضرر معتبر شرعا).

غير أننا نرى أن هذا النوع من الحماية لا يعدوا أن يعدوا أن يكون إضرار مقنعا لكنتا الزوجين، فلو كنا أمام عقد لم يتم به الدخول فليس في ذلك أي إشكال، فيجوز للزوجة المطالبة بفسخ العقد في هذه الحالة، لكن لنفرض أن الزوجة اللاحقة أمضت مع زوجها مدة معتبرة وأنجبت خلالها أطفالا، وبعد ذلك علمت بالغش الذي وقعت فيه فهل نشجعها على الطلاق، وعلى تشريد الأطفال، وندعمه بنصوص قانونية، فكيف نوجه هذه الزوجة إلى الطلاق ليس إلا لأنها علمت بأن زوجها سبق له الزواج بأخرى مع العلم أن زواجه منه لم يكن إلا لكونها اقتنعت به كزوج ورأت فيه الكفاء لها.

وكيف يمكن للقاضي أن يمكن للقاضي أن يستجيب لطلبها ويفرق بينهما ما دام الزوج قائما بواجباته الزوجية ويعدل بينهما ونفس التساؤل يطرح بالنسبة للزوجة الأولى.

أما المادة 08 مكرر 01 نصت على أنه (يفسخ الزواج الجديد إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشرط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه).

ويستخلص من نص المادة أن القانون وبمقتضى التعديل الجديد قد يسمح بالزواج بأكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات لا يمكن إبرام عقد الزواج إلا من خلالها وهذه الضوابط هي وجود المبرر الشرعي، توفر شروط ونية العدل، إخبار الزوجة السابقة واللاحقة وموافقتها بالإضافة إلى تقديم طلب الترخيص المسبق بالزواج للقاضي يثبت فيه هذه الضوابط، كما نص القانون في فحوى المادة على ضرورة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا تزوج الزوج دون استصدار ترخيص من القاضي بناء على الشروط الواردة في المادة 08 أعلاه. وهو ما يفهم بأنه إذا حصل دخول فلا يمكن فسخ الزواج، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إذا لم تكن راضية سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها وفقا للقواعد العامة. ويبدو أن التعديل الجديد قد تأثر ببعض قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية، فعلى سبيل المثال نص قانون الأحوال الشخصية السوري في تعديل سنة 1975 في المادة 17 على أنه (القاضي ألا ياذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي و كان الزوج قادرا على نفقتهما) وقد نص القانون المغربي المعدل سنة 1993 في الفصل 30 منه على وجوب إشعار الزوجين في حال الزواج بأخرى، كما نص أيضا على أنه للقاضي ياذن بالتعدد إذا حيف عدم العدل بين الزوجات.

### الفصل الثالث: انحلال عقد الزواج وآثاره

تتحل الرابطة الزوجية أما بالوفاة أو الطلاق أو بالفسخ، أو عن طريق الطلاق وهذا ما تنبأه المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة تتحل الرابطة الزوجية بالوفاة أو بالطلاق. فان كان الطلاق هو أبغض الحلال عند الله عز وجل، الاحل استثنائي عند الضرورة والحاجة، ولقد قيده الله سبحانه وتعالى بأحكام شرعية يجب إتباعها حتى يقع الطلاق صحيحا، وقد تناوله المشرع الجزائري في قانون الأسرة في الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج.

وعليه سنوضح مفهوم الطلاق وطرق إيقاعه، ثم نتطرق إلى الآثار المترتبة عليه من خلال  
المباحث التالية:

### المبحث الأول: مفهوم الطلاق

سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى إعطاء تعريف للطلاق والحكمة من مشروعيته،  
وأقسامه، وطرق إيقاعه، من خلال المطالب التالية:

#### المطلب الأول: تعريف الطلاق

يعرف الطلاق في الشريعة الإسلامية بأنه حل رابطة الزواج، ورفع قيد النكاح في الحال،  
وإنهاؤه باختيار الزوج بلفظ صريح أو كتابة، ويتم اللجوء إلى الطلاق عند الحاجة إلى الخلاص  
من هذه الرابطة، وفك عقد الزواج الذي يرفع الحرج عن الزوجين، ويحصل هذا عند تباين  
الطباع والأخلاق، وتتنافر القلوب فيتعذر على النفس معاشرة شخص تبغضه ولا يستطيع التآلف  
معه.

**الفرع الأول: مشروعية الطلاق:** الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع فمن القرآن نجد قوله  
تعالى «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»<sup>21</sup>.

وقوله كذلك «يأيتها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن»<sup>3</sup>.

**ومن السنة النبوية:** نجد أحاديث كثيرة منها ما رواه مالك عن نافع أن عبد الله عمر طلق  
أمّته وهي حائض، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول  
الله عن ذلك فقال رسول الله «مره فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر،

1

<sup>2</sup> - سورة البقرة، الآية 229.

<sup>3</sup> - سورة الطلاق، الآية 01 .

ثم، ان شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فذلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء<sup>1</sup>.

ومن الاجماع: فلق أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول على أن للرجل أن يطلق زوجته ولم يذكر أحدا هذا الأمر، إلا إذا كان الطلاق مشروع.

أما حق الطلاق فهو مقرر شرعا وقانونا لكل من الزوجين غير أن للزوج أن يوقعه لمحض إرادته أما المرأة فلها أن تطلبه عن طريق القاضي إذا تضررت من زوجها.

### المطلب الثاني: طرق الطلاق

لقد نص المشرع في المادة 48 من قانون الأسرة على ثلاث طرق لوقوع الطلاق وهي الطلاق بإرادة المنفردة للزوج، والطلاق بالتراضي بين الطرفين، والطلاق يطلب من الزوجة.

### الفرع الأول : الطلاق بإرادة المنفردة للزوج

إن أولى حالات الطلاق هي الحالة التي يلجأ فيها الزوج إلى المحكمة ويطلب منها الحكم له بالطلاق بينه وبين زوجته، وإذا كان في قانون الأسرة عدم وجود نص يجعل طلب الزوج للطلاق متوقف على ذكر الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق ومعرفة ما إذا كانت تلك الأسباب جدية و شرعية مقبولة، أم أنها أسباب غير مشروعة.

فإذا تبين للقاضي أن طلب الطلاق في هذه الحالة تعسفي غير شرعي ولا مبرر له، فإنه في هذه الحالة تطبق نص المادة 52 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02/05 لسنة 2005 والتي جاء فيها إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في طلب الطلاق فله أن يحكم للمطلقة لما تستحقه من تعويض كما لحقها من ضرر مادي ومعنوي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أشار إلى هذا الحديث الإمام ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج3، ص 218.

<sup>2</sup> - سعد عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 136.

## الفرع الثاني : الطلاق بالتراضي:

لقد ورد النص في المادة 48 المعدلة بموجب الأمر 02/05 على أن حل الزواج بالطلاق يتم إما بإرادة الزوج المنفردة، أو بتراضي الزوجين، أو بناء على إرادتهما المشتركة. وبناء على ذلك يجوز للزوجين بموجب طلب أحدهما وموافقة الطرف الآخر، أو طلب مشترك بينهما، أن يلجأ إلى المحكمة بقصد طلب الطلاق ووضع حد للرابطة الزوجية. وهذا الطلاق من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معا، يعد استنفاد جميع الطرف اللازمة للصلح بين الزوجين، واتفق على إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي.

## الفرع الثالث: التطليق

من خلال الاطلاع على نص المادة 53 من التقنين نجد أنه تنص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق أو التطليق كما توفر لها سبب واحد على الطلاق من الأسباب التي اشتملت عليها هذه المادة وعددها عشرة أسباب وهي:

- 1- عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ، ما لم تكن عالمة باعتباره وقت إبرام عقد الزواج.
- 2- العيب الذي يحول دون تحقق الهدف من الزواج مثل عدم القدرة على إنجاب.
- 3- الهجر في المضجع أكثر من أربعة شهور عمدا بدون مبرر.
- 4- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس شرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5 . الغيبة بعد مرور سنة كاملة بدون عذر ولا نفقة.

6 . مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7 . ارتكاب الزوج فاحشة مبينة.

8 . الشقاق المستمر بين الزوجين لمدة معتبرة.

9 . مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

ومعنى هذا الكلام وببساطة هو أنه إذا تحقق للزوجة سبب من هذه الأسباب واستطاعت أن تثبته بأنه وسيلة من وسائل الإثبات، فإن من حقها أن تتوجه إلى محكمة مقر الزوجية مدعمة بالأدلة تتحصل على الحكم التطبيق

#### الفرع الرابع: حالة طلب الطلاق للنشوز:

هذه الحالة تضمنتها المادة 55 من قانون الأسرة هي حالة نشوز أحد الزوجين، ويتمثل النشوز في كثرة الشجار حول أمور تافهة، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير عناصر ومكونات النشوز<sup>1</sup>.

#### المطلب الثالث: أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق إلى قسمين:

**الفرع الأول: الطلاق الرجعي :** وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إرجاع الزوجة التي مازالت في عدتها دون حاجة إلى عقد مهر جديدين.

والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج يكون رجعياً إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط.

أما بانتهاء العدة ولم يراجعها هنا يصبح الطلاق بائناً.

**الفرع الثاني: الطلاق البائن:** وهذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين: طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى.

<sup>1</sup> - سعيد عبد العزيز، المرجع السابق، 138.

\*الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها وبعد انتهاء العدة، غير أنه لا يستطيع إرجاعها إلا بعقد ومهر جديدين، لأن العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة.

\*الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي يكون للزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث، أي طلقها للمرة الثالثة، فهو لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلاً آخر بعدة ويدخل بها، فإن طلقها بعد ذلك أو توفي عنها وانتهت عدتها، جاز له بعد ذلك أن يتزوجها بعقد و مهر جديدين<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن انحلال عقد الزواج

يترتب عن انحلال عقد الزواج جملة من الآثار الشرعية والقانونية، سنتناول الحديث عنها من خلال المطالب التالية:

#### المطلب الأول: العدة

إن الحديث عن العدة كأثر أو كنتيجة من آثار الطلاق ونتائجه يقودنا إلى الحديث عن العد أو المهلة التي أوجبها كل من الشرع والقانون على المطلقة إن تتربص خلالها لا تتزوج إلا بعد انقضائها، فإن تزوجت قبل نهاية مدة العدة فإنها تكون قد خالفت الشريعة وخالفت المادة 30 من قانون الأسرة.

#### الفرع الأول: تعريف العدة وأنواعها

تعرف العدة لغة، ثم في الاصطلاح الشرعي، ثم بيان حكمها ودليل مشروعيتها

#### أولاً: تعريف العدة لغة

العدة في اللغة لها معنيان: أحدهما إذا جاءت بكسر العين ويقصد بها الإحصاء فيق العَدْتُ الشيء عدة، أي أحصيته إحصاءاً، ويقال عدة المرأة، أي أيام أقرانها. ويقال انقضت عدتها،

<sup>1</sup> د/بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق، 177.

والمعنى الثاني جاء بضم العين ويقصد به الاستعداد للأمر أي التهيؤ له والتحوط، فيقال أخذت للأمر عدته.(1)

كما يقال "العدة بكسر العين" أي "عدة النساء" هي الواجبة على المرأة عقب فراق الزوج، وقد اهتم التشريع الإسلامي بأمر العدة وأفرد لها أحكاما خاصة ولى الله عز وجل وضعها وبين ضوابطها. وتطلق العدة لغة على أيام حيض المرأة أو أيام طهرها وهذا غير المعنى الشرعي.(2)

### الفرع الثاني: تعريف العدة اصطلاحا

فلقد عرفها فقهاء الحنفية فقالوا للعدة تعريفان مشهوران أحدهما أنها أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح أو الفراش، فقولهم أجل ضرب المراد به ما يشمل عدة ذوات الحيض وهي ثلاثة قروء، وعدة اليأس من المحيض لكبر أو صغر السن وهي ثلاثة أشهر، وعدة الحامل وهي وضع الحمل وعدة المتوفي عنها زوجها إذا لم تكن حاملا، وهي أربعة أشهر وعشرا.

وقولهم لانقضاء ما بقي من آثار النكاح معناه أن النكاح له آثار مادية وهي الحمل، وأدبية وهي حرمة الزوج فضرب هذا الأجل لتقتضي به هذه الآثار.(3)

وعند المالكية فالعدة هي مدة تمتع فيها الزواج بسبب طلاق المرأة أو موت الزوج أو فسخ النكاح، والبعض الآخر يقول أن العدة هي المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه.(4)

وعند الشافعية العدة مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها.(5)

---

(1)-الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الجيل، ج1، بيروت، ص314، لسان العرب لابن منظور، طبعة دار المعارف، ص 2834.

(2)-المستشار أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 04.

(3)-عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، قسم الأحوال الشخصية، دار الارشاد للطباعة والنشر، بدون سنة نشر، ص461.

(4)-وجدي شفيق، نفقة الزوجة ونفقة العدة في ضوء الفقه والتشريع، شركة نفائس للطباعة، ط1، مصر 2016، ص81.

(5)-الخطيب الشربيني محمد بن أحمد، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (د.ط.)، ج2، بيروت، ص125. مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1958، ج3، ص384.

وعند الحنابلة العدة هي التربص المحدود، والمراد به المدة التي ضربها الشارع للمرأة فلا يحل لها التزوج فيها بسبب طلاقها أو موت زوجها. (1)

ونخلص من هذه التعاريف إلى أن العدة عند فقهاء الشريعة لها معاني متفاوتة وإن اختلفت ألفاظها، فالجميع متفقون على أن العدة هي المدة التي تربص فيها المرأة بسبب طلاقها أو فسخ نكاحها، أو موت زوجها وأن السبب الذي شرعت من أجله العدة هو التعرف على براءة الرحم أو التفجع على وفاة الزوج أو التعبد، وإن اختلفوا في التعبير عن العدة حيث جعلها الحنفية هي مدة التربص وجعلها المالكية والشافعية والحنابلة هي نفس المدة التي يلزم المرأة الانتظار، إلا أن هذا الاختلاف لا يترتب عليه تغير في المعنى، ذلك كما رأينا سابقاً أن العدة في اللغة يراد بها العدد والمالكية والشافعية والحنابلة عبروا عنها بالمعدود ولا فرق بينهما، ولذلك تكون التعاريف كلها متعارضة في المعنى، ونستنتج أن تعريف العدة عند فقهاء الشريعة الإسلامية جاء على وجه الخصوص فإنه تختص بما يعد من أيام المرأة المفارقة لزوجها في الحياة أو الممات، أما المعنى اللغوي فقد جاء عاماً ومطلقاً من المعنى الشرعي من حيث أنه يعم كل ما يعد من الأزمنة والدرهم وغيرها في قوله تعالى: "إن عدة الشهور عند الله..." (2)

### الفرع الثالث: دليل مشروعيتها

فالعدة واجبة والأصل في وجوبها الكتاب والسنة والإجماع وفيما يلي هذه الأدلة بالترتيب

1- أدلة العدة من القرآن نجد قوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء..." (3) وقوله تبارك وتعالى: "بأنها التي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة..." (4) يقول الشوكاني في تفسيره للآية أن الله تبارك وتعالى نادى النبي صلى الله عليه وسلم أولاً تشريفاً له ثم خاطب معه أمته والمعنى أنه إذا أردتم أن تطلقوا النساء وعزمتن على ذلك فطلقوهن لعدتهن

(1)-البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، طبعة وزارة العدل، ج5، ص411.

(2)-سورة التوبة، الآية 36.

(3)-سورة البقرة، الآية 226.

(4)-سورة الطلاق، الآية 01.

واحفظوا الوقت الذي وقع فيه الطلاق حتى تتم العدة<sup>(1)</sup>، وقال عزّ وجل: "واللّائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللّائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهنّ"<sup>(2)</sup>.

بين الحق تبارك وتعالى العدة الواجبة على الأيسة التي انقطع عنها الحيض لكبرها، والعدة الواجبة على الصغير التي لم تحض وحددها بثلاثة أشهر لكل منهما، كما بين عدة الحامل ينتهي بوضع الحمل<sup>(3)</sup>.

2- أدلة العدة من السنة النبوية ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لفاطمة بنت قيس: "انتقلي إلى بيت ابن عمك عمرو بن مكتوم فاعتدي عنده"<sup>(4)</sup>.

بين الحديث أن العدة واجبة على المطلقة ولا يحل لها تركها أبداً.

3- أما الإجماع أجمعت الأمة على وجوب العدة على المرأة إذا كانت الفرقة بطلاق أو فسخ أو موت ، لما أجمعوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها<sup>(5)</sup>.

#### الفرع الرابع: حكمة مشروعيتها

تكمن بالدرجة الأولى في معرفة براءة الرحم حتى لا تكون هناك اختلاط الأنساب، وكذلك إعطاء فرصة للزوجين لإعادة الحياة الزوجية لمجراها الطبيعي ويرى الإمام محمد أبو زهرة أن العدة شرعت للحداد على الزوج السابق فلا يصح للحرّة الكريمة أن تتزوج فور طلاقها إذ يعد ذلك إهانة بالزوج الأول والعشرة التي قامت فيه وهي تستوجب الوفاء به.

وشرعت أيضاً لتعظيم احترام حق الزوج إذا كان متوفياً وحداداً وحزناً ووفاء عليه وذلك بترك التزين لأربعة أشهر وعشرة أيام<sup>(6)</sup>

(1)- الشوكاني الإمام محمد بن علي، تفسير فتح القدير، ج5، دار المعرفة، 1998، بيروت، ص240.

(2)- سورة الطلاق، الآية04.

(3)- الإمام النووي محمد الدين أبو زكرياء بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، تح: محمد محمد تام، ج10، دار الفجر، 1999، ط1، القاهرة، ص103.

(4)- المرجع نفسه.

(5)- ابن قدامي موفق الدين عبد الله، المغنى على مختصر الخرقى، دار الكتب العلمية، 1994، بيروت، لبنان، ص76.

(6)- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، 2016، عمان - الأردن، ص308 وما يليها.

وعليه فإن العدة لا تخرج عن أنواع ثلاثة وهي عدة الحامل وتتقضي عدتها بوضع الحمل والعدة بالأشهر وتتقضي بها عدة الأيسة من المحيض والمتوفى عنها زوجها والعدة بالأقراء وتتقض بها عدة ذوات الحيض.

كما نجد المشرع الجزائري، وكذلك الاجتهاد القضائي تبني الرأي السائد لدى فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص المطلقة غير المدخول بها فلا عدة للزوجة غير المدخول بها وهذا ما نستشفه من خلال نص المادة 58 من قانون الأسرة وقد أكد هذا الموقف قضاة المحكمة العليا في عدة قرارات قضائية صائبة منها القرار الصادر 1996/06/18<sup>(1)</sup> والذي جاء فيه: «من المقرر شرعا أن تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها» ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعدت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي طبقوا صحيح القانون.

وتأكيدا لقول الفقهاء بأن الخلوة الصحيحة تعتبر دخولا حقيقيا تجب به توابع العصمة بما فيها العدة وقد تبني القضاء الجزائري هذا المبدأ من خلال قراراته والتي من بينها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18<sup>(2)</sup> والذي جاء فيه ما يلي: «من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد الزواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يتم الاحتفال بالدخول، ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سليم، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعن أبرم عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية المفروض فيه توفر الشروط المطلوبة، وأن المحكمة تأكدت من موضوع الدخول والاختلاء بين الزوجين، فإن القاضي الذي منحها جميع توابع العصمة والصداق بعد الطلاق طبق الشرع والقانون تطبيقا صحيحا».

(1)- المحكمة العليا ، غ.أ.ش، بتاريخ 1996/06/18، ملف رقم 137571، المجلة القضائية، ع02، 1997، ص93.

(2)- المحكمة العليا ، غ.أ.ش، بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 74375، المجلة القضائية، ع01، 1993، ص 59.

وقد أكدت المحكمة العليا في قرار آخر أن الخلوة الشرعية تتحقق بدخول الزوجة بيت الزوجية ولو لليلة واحد، وهذا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2005/09/14<sup>(1)</sup> والذي جاء فيه: " يُعد بناءً دخول الزوجة بيت الزوجية ولو لليلة واحدة "

### الفرع الخامس: احكام نفقة العدة

سنتناول فكرة أحكام نفقة العدة في مسألتين مهمتين وهما إذا كان لكل مطلق الحق في نفقة العدة طيلة مدة العدة إلى غاية نهايتها ويلزم الزوج المطلق بدفعها لها فالسؤال المطروح في هذا الصدد هل هذه النفقة هي حق لكل مطلقة معتدة دون استثناء أم أن هناك من لا تستحقها والسؤال الثاني نتساءل عن الحالات التي يسقط فيها نفقة العدة وللإجابة على هاتين المسألتين يتطلب الأمر دراسة أحكام نفقة العدة بين الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي وقانون الأسرة من هذه الأحكام.

### أولاً: حالات استحقاق نفقة العدة

إذا تقررت العدة في حق المرأة فإنها تخضع لجملة من الأحكام الشرعية والقانونية، فيتقرر بموجبها للمطلقة حقوقاً وواجبات فيصبح لها الحق في النفقة والميراث في حالة وفاة الزوج في عدة الطلاق، كما يجب أن لا تتزوج ولا تخطب في هذه الفترة ولا تخرج من البيت الزوجي إلا للضرورة وعذر<sup>(2)</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري على عدم خروج المطلقة من البيت الزوجي والاعتداد فيه بموجب نص المادة 61 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: «لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة» وجاء هذا النص مطابقاً لقوله تعالى: «لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة». <sup>(3)</sup>

(1)- المحكمة العليا ، غ.أ.ش، بتاريخ 2005/09/14، ملف رقم 342922، المجلة القضائية، ع01، 2005، ص 413.

(2)- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 339.

(3)- سورة الطلاق، الآية 01.

ومن خلال هذه الآية الكريمة يتبين أن الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها تعتد في المنزل الذي كانت تسكنه عند الفرقة أو الوفاة مع زوجها، ولا عبرة بالعرف السائد في الوقت الحاضر وهو خروج الزوجة من بيت الزوجية والذهاب إلى أهلها لأنه عرف مخالف للنص القرآني السابق: «ولا تخرجوهن من بيوتهن» وعلّة بقاء المطلقة في البيت الزوجي بعد الطلاق يتجلى في أمرين مهمين وهما تيقن المرأة من براءة رحمها منعا لاختلاط الأنساب، وكذلك إعطاء فرصة للزوجين بعد الطلاق للعودة إلى بعضهما لمواصلة حياتهما الزوجية من جديد بعد زوال عاصفة الغضب وهدوء النفس وذلك من حرص الإسلام على إبقاء الرابطة الزوجية والتتويه بتعظيم شأن الزواج وهذا ما يستشف من قوله تعالى: «لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا».(1)

إن الكلام عن المطلقة المستحقة لنفقة العدة يستوجب علينا في البداية أن نميز بين المطلقة نوعان الرجعية والمبتوتة.

فالمطلقة الرجعية هي التي طلقها زوجها طلقة، وطلقتان فتعتد بعد الطلاق بحكمين هما إمكانية مراجعتها من قبل زوجها أو التيقن من براءة رحمها من الحمل ويمكن للزوج أن يراجعها دون الحاجة إلى عقد ومهر جديدين واتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة والسكن بعد الطلاق الرجعي لأن هذا النوع من الطلاق لا يزيل الحل ولا يرفع النكاح فتبقى هذه الزوجة مدة العدة زوجة حكمية لها نفس حقوق الزوجة في الظروف العادية من مأكّل وملبس ومسكن ومصاريف العلاج، وغير ذلك مما يقتضي به الشرع.(2)

أما المطلقة البائن فنوعان: مطلقة بائنة بينونة صغرى ومطلقة بائنة بينونة كبرى، فالبائنة بينونة صغرى هي التي طلقها زوجها طلقة أو طلقتين ولم يراجعها في عدتها بانقضاء العدة صارت بائن بينونة صغرى، ويمكن للزوج مراجعتها بعد انقضاء العدة ولكن بعقد ومهر جديدين.

(1)-سورة الطلاق، الآية 01.

(2)-أحمد حلمي مصطفى، النفقة الزوجية وما في حكمها، في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مصر، 2008، ص144 وما يليها.

أما المطلقة البائن بينونة كبرى فهي التي طلقها زوجها ثلاث طلاقات فباتت منه، فلا يمكن للزوج مراجعتها حتى تتكح زوج آخر ويدخل بها ثم يطلقها أو يتوفى عنها دون تحليل هنا فهذه الأخيرة تعدد للتأكد من استبراء رحمها من الحمل فالمشعر الجزائري من خلال نص المادة 61 من قانون الأسرة جاء بنص عام فلن يفرق بين المعتدة الرجعية والمبتوتة، فالمطلقة التي مازالت في فترة العدة سواء كانت معتدة رجعية أو مبتوتة حائلا أم حاملا فهي تستحق نفقة العدة دون تمييز بينهما.

فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون أن المعتدة من وفاة لا تستحق النفقة وقد خالفهم الإمام مالك بإعطائها الحق في السكن<sup>(1)</sup> سواء كانت حامل أو غير حامل وهذا تماشيا مع روح الشريعة الإسلامية، وقد ساير المشعر الجزائري هذا الرأي من خلال المادة 61 من قانون الأسرة التي تنص: «ألا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها...».

أما المعتدة من طلاق رجعي فإن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على أن المعتدة الرجعية لها النفقة بكل مشتملاتها من طعام وكسوة ومسكن طيلة مدة الطلاق الرجعي إلى أن تنقضي عدتها، ولكن أول إشكال يصادفنا عند البحث في موضوع نفقة المعتدة من طلاق رجعي، يتلخص في عدم النص الصريح على الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري فنجد المشعر الجزائري لم يتحدث عن الطلاق الرجعي صراحة ولم يوضح مفهومه وآثاره واكتفى بتوضيح الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى، وذلك من خلال الرجوع إلى مفهوم الطلاق الرجعي نقول أن مراجعة الزوج لزوجته تم دون عقد ومهر جديدين، بل هي مواصلة طبيعية للحياة الزوجية وتتفق المذاهب لأربعة على حق المطلقة الرجعية في النفقة بكل مشتملاتها من سكن وكسوة وعلاج، لبقاء الرابطة الزوجية قائمة بينهما لأنه لا يزال ملك الاستمتاع بين الزوجين.<sup>(2)</sup>

(1)-مصطفى ابن العدي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1642، ص182.

(2)-عبد الرحمان الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، ط3، 2000، ص246.

أما المشرع الجزائري من خلال نص المادة 61 من قانون الأسرة ينصها على أنه: «لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها غلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق» إن المشرع الجزائري في المادة 61 لم ينص على المطلقة طلاقا رجعيا وإنما نص على المطلقة بوجه عام ما يفهم أنه أعطى للمطلقة سواء كانت رجعية أو مبتوتة الحق في النفقة والسكن دون تمييز بينهما.(1)

فالمطلقة التي مازالت في فترة العدة سواء كانت معتدة رجعية أو مبتوتة حائلا أم حائلا فهي تستحق نفقة العدة دون تمييز لأن المشرع الجزائري ربط النفقة بالعدة، فكلما وجبت على المطلقة العدة استحققت النفقة، وهذا ما أكده سعد عبد العزيز كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها ويجب على الزوج أن ينفق عليها، فالمعتدة لا تستحق النفقة بسبب بقاءها في حكم الزوجة وإنما بسبب احتباسها.(2)

1- إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب معصية من جهة الزوجة توجب التفريق بينهما كالردة، لأنها حبست نفسها بغير حق فصارت كالناشز بل أبعد لأنها أزلت الحِلَّ بينهما، فكل فرقة جاءت من قبل المرأة وكانت بمعصيتها توجب سقوط النفقة عنها.(3)

2- المعتدة من وفاة ولو كانت حاملا، لأنه لا سبيل إلى إيجاب نفقتها على الزوج لانتهاء ملكه بالوفاة كما لا يجب على غيره من الورثة لأن حق النفقة شخصي مترتب على عقد الزواج الذي عقد شخصي محض، فكل ما يترتب عليه من حقوق يكون حقا شخصيا فلا مجال لإيجابه على غيره، وذهب علي بن ابي طالب وابن مسعود وأبي هريرة إلى أن المتوفي عنها زوجها لها النفقة والسكن من جميع التركة سواء كانت حاملا أو غير حامل لأن الزوجة محبوسة في العدة لحق

(1)-آث ملويا، مرجع سابق، ص 201.

(2)-سعد عبد العزيز، الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 1982، ص145.

(3)-خالد محمد شحادة الطويل، حقوق المرأة المطلقة والمتوفي عنها زوجها في القانون الأردني والشريعة الإسلامية، ط1،

2009، ص 82.

الزوج فيتعلق حقها في النفقة بالتركة كغيره من الديون فيبقي التركة على حكم ملك المتوفى حتى تؤدي منها النفقة، كما تؤدي الديون والوصايا(1).

3-المعتدة من فرقة بسبب زواج فاسد ودخول شبهة لأن حال العدة يقاس بحال الزواج، والمرأة لا تجب لها النفقة في الزواج الفاسد، فكذا لا تجب لها في حال العدة.

اما بخصوص الزواج الفاسد أو الدخول بشبهة لا يكونان سبب في احتباس الرجل للمرأة، إذ يجب عليها أن يتفارقا فوراً وبالتالي لا تستحق المرأة نفقة العدة في هذه الحالة(2)

### ثانياً: إجراءات المطالبة بالنفقة

إن مشاكل النفقة بالنسبة للمرأة لا تطرح في الحالات العادية وإنما تطرح في حالة وجود نزاع وخاصة في مرحلة التقاضي وفك الرابطة الزوجية، ففي هذه الظروف يترك الرجل المرأة بدون نفقة وخاصة في حالة هجره للعائلة أو في حالة امتناع الزوج عن دفع النفقة أو التوقف عن دفعها إما ظلماً أو عجزاً.

ففي حالة غياب الزوج وعدم إرسال نفقة إلى زوجته، فهل لها أن تطلب من القاضي فرض نفقة لها لأن النفقة واجبة على الزوج سواء كان حاضراً أم غائباً، وقد تطول الإجراءات القضائية ويرفض الزوج دفع النفقة هنا قد تتضرر المطلقة من هذه الوضعية فهذا من جهة ومن جهة ثانية في حالة ما إذا استجاب القاضي لطلبها وحكم لها بالنفقة فالسؤال المطروح هل سيحكم بالنفقة؟ من يوم توقف الزوج عن دفع النفقة أن من يوم رفع الدعوى القضائية للمطالبة بالنفقة وصدور الحكم القضائي بدفع النفقة؟

فالمشرع الجزائري في نص المادة 80 لم يراعي هذه الظروف الاجتماعية الصعبة للمرأة، ونص في المادة 80 على أحقية المرأة في النفقة بداية من تاريخ رفع الدعوى القضائية ووضع استثناء مفاده الحكم للمطلقة بالنفقة لمدة سنة قبل رفع الدعوى إذا كان للزوجة بينة، ومن الصعب تقديم الزوجة دليل أو بينة يثبت فيها عدم إنفاق الرجل وخاصة في حالة امتناعه ذلك لأنها من

(1)-د/عبد الودود السريتي، احكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1992، ص 349-350.

(2)-أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 199.

الأمر الداخلي الصعبة الإثبات، إضافة إلى أن تحديد مدة سنة واحدة قبل رفع الدعوى هو فقر على الواقع المعاش.<sup>(1)</sup>

بحيث يرى الدكتور بلحاج العربي " أن منع الحكم بالنفقة أكثر من سنة سابقة على الإلءاء حتى لا يترك مجال لإرقاق الزوجة لزوجها<sup>(2)</sup>، وهذا مهانة للزوج من ارهاقه بالديون المتركمة نلاحظ أن هذا الموقف فيه تحيز للزوج وتغطية لإهماله في أداء النفقة الواجبة عليه، فكان من الأفضل والأحسن ترك الأمور لادعاء الطرفين وتشمل هذه الادعاء بالبينة، وربما أغلب الانتقادات الموجهة لقانون الأسرة كانت تركز على هذه النفقة وان فيها إجحاف في حق المرأة وأن المرأة مازالت تعاني من ظاهرة امتناع لزوج عن دفع النفقة على الرغم من المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري على شمل النفقة بالنفء المعجل المنصوص عليه في المادة 57 مكرر من الأسرة بنصها: «يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولأسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن» وتجريمه لفعل الامتناع عن دفع النفقة ضمن قانون العقوبات حيث نصت المادة 1/331 على ما يلي: «يعاقب بالحبس من ستة اشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج زجر كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعانة أسرته...» وقد خول قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 02/423 أن دعاوى النفقة سيطر فيها قسم شؤون الأسرة، والمحكمة المختصة هي محكمة موطن الدائن بالنفقة حسب ما جاء في المادة 426 من ق.إ.م.إ. وقد سماها المشرع النفقة الغذائية وهل أراد المشرع الجزائري من هذا المصطلح إخراج بقية أنواع النفقات من هذا الحكم، والملاحظ أن الدائن بالنفقة هو الزوجة والزوج هو المدين بها فالمشرع الجزائري جعل المحكمة المختصة هي محكمة موطن الدائن بالنفقة وهي الزوجة ولهذا المشرع الجزائري أحسن ما فعل يوفر للزوجة جهد التنقل إلى موطن المدين وهو الزوج للمطالبة بالنفقة والمطالبة بهافي موطن إقامتها وهذا إجراء الجاني لمصلحة المرأة.

(1)-لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة، 2004، ص 141.

(2)-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2007، ص 176.

## المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

الطلاق التعسفي مصطلح حديث في تسميته قديم في المعنى فلقد تطرق له الفقهاء قديما في كتبهم تحت عدة أسماء كالطلاق الحرام والطلاق المكروه أما مصطلح الطلاق التعسفي بهذا المسمى نشأت مع نشأة نظرية التعسف، ويسمى الطلاق تعسفيا إذا مارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثابت له او بمقتضى اباحة مأذون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره أضرار أو يخالف حكم مشروعيته، والطلاق التعسفي بهذا المعنى أن الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع وأساء استعمال فقه وطلق زوجته دون سبب شرعي وبنيّة الإضرار<sup>(1)</sup>، بحيث يصير مفيدا بالحاجة الضرورية، فلا يسوغ له إيقاع الطلاق دون حاجة أو بدون سبب إلهن لما فيه الاضرار بالغير بدون سبب، فإن خالف الطلاق هذه الأمور كان طلاقا تعسفيا وانطلاقا من كون ان الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي لا تتوفر فيه الضوابط الشرعية لإيقاع الطلاق يمكن القول بأن الطلاق التعسفي هو صورة من صور الطلاق البدعي لأن التعسف له صورتان الأولى مجاوزة الحق والثانية مناقضة قصد الشارع.<sup>(2)</sup>

أما من زاوية القانون الوضعي نجد أن المشرع من خلال نص المادة 52 من قانون الأسرة والذي ينص على أنه (غذا تبين تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في النص أعلاه لم يبيّن متى يكون الطلاق تعسفيا، مما يستوجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة لمتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق، لأنه لا يمكن الحكم على تصرف ما بالتعسف إلا إذا انطبقت عليه معايير بطريقة التعسف في استعمال الحق ولمعرفة هذه المعايير يجب التطرق أولا إلى صور الطلاق التعسفي واسقاط هذه المعايير عليها لمعرفة ما إذا كان الزوج متعسفا أم لا؟

(1)-مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العراق، 2009، ص

(2)-بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط1، 2007، ص 123.

## الفرع الأول: صور الطلاق التعسفي:

الطلاق شرع ليكون آخر حل وبعد فشل كل محاولات الصلح لوضع حد للخلافات الزوجية والتي لا يمكن معها استمرار الحياة بين الزوجين، ولم يشرع الطلاق إلا لهذا المقصد، فإذا وقع الطلاق خلاف هذا القصد كان الزوج متعسفا وتتعدد صور التعسف وتتخذ أشكالا نذكرها كالاتي.

### أولاً: الطلاق بغير سبب مشروع

إن فكرة الطلاق التعسفي كما بينها سابقا تبقى قائمة على أساس عدم وجود مبرر أو سبب معقول للطلاق، ولا يعني هذا عدم وجود سبب أصلا للطلاق، بل لا يكاد يوجد طلاق من غير سبب ولكن هل هذا السبب معقول ومبرر لإنهاء الرابطة الزوجية أم لا؟ لقد اختلفت التفسيرات لحقيقة هذا السبب هل هو معقول أم لا وهذا الاختلاف يرجع لاختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكان لآخر وحتى في البلد الواحد، ومن زمان لآخر، ومن شخص لآخر، وبناء على ذلك ان تكيف طلاق الزوج بكونه متعسف ام لا متروك لسلطة القاضي هذا ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها<sup>(1)</sup> ((بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي يخضع لسلطتهم التقديرية)) وعليه لما كان التعسف في الطلاق وإثباته من عدمه امر متروك للجهة القضائية وحدها المخولة لتحديد طبيعة الطلاق ومعيار التعسف فيه، وينبغي على القاضي مراعاة معيار حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية ((لا ضرر ولا ضرار))، وهذا ما يجسد السلطة التقديرية الموضوعية للمحكمة، لأنها جهاز حيادي ولمن رأى أنه مظلوم رفع أمره إلى الجهات القضائية العليا<sup>(2)</sup>، وعليه إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقه وأن الزوجة

(1) - المحكمة العليا، غ. ق.خ، بتاريخ 1969/05/29، نقلا عن: بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الاسرة، ص 75.

(2) - تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2006 / 2007، ص 56.

أصابها ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه تعويض عادل(1).

وعليه فالمشرع الجزائري بقضائه الحكم بالتعويض للزوجة المطلقة بدون سبب معقول كان مستنده مبدأ التعسف في استعمال حق الطلاق لأن انتفاء السبب المشروع يعتبر قرينة للضرر والمستمدة من الفقه الإسلامي والذي يقضي بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير(2)، وهذا في حد ذاته تطبيق بدأ التعسف في عياره الذاتي والذي يعتد بالباحث والدافع في استعمال الحق وبناء على ذلك فقد وضع فقهاء الشريعة معايير للوصف التعسفي يساعد القضاء في ضبط هذا الفعل وتحديد ماهيته بحيث لا يمكن الحكم على تصرف معين بالتعسف إلا إذا انطبقت عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق.

**ثانيا: إسقاط معايير الوصف التعسفي على حالة الطلاق بدون مبرر:**

انطلاقا من أن الطلاق جعل بيد الرجل كحق أصيل له إلا أن هذا الحق غير مطلق غذ يمارسه الرجل وق ضوابط شرعية ووفق ما تدعوا إليه الحاجة وبذلك لا يكون متعسفا في استعمال الطلاق بوجه عام، ولقد بينت المادة 124 مكرر من القانون المدني المعدلة في 2005 بنصها: ((يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة))

وتبعا لهذا النص يعد الزوج متعسفا في طلاقه في الحالات الثلاثة وهي:

1- إذا وقع الطلاق بقصد الأضرار بالزوجة وهذا الأمر يتطلب توفر نية الأضرار لدى الزوج، هنا القاضي يبحث عن الأسباب التي حركت إرادة الزوج في إيقاع الطلاق والبحث كذلك عن الأخطاء التي ارتكبتها الزوجة، فإذا تبين من خلال هذه النوايا أن هذه الأسباب تافهة بحيث لا

---

(1)-محمد علي الصابوني،مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية،ج1، ص 101.

(2)-

تعد أن تكون سببا في طلاق الزوجة، تبين أن هذا الزوج قصد الإضرار بالزوجة وليس هناك منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق سوى الإضرار بها، كأن يكون الدافع لذلك الطلاق فهو الانتقام والكراهية مثلا. (1)

2- يكون الزوج متعسفا في طلاقه في حالة ما إذا كان بطلاقه يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الذي يصيب الزوجة، فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة كبيرة كان انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد فتتحقق المسؤولية<sup>(2)</sup>، فمثلا فلو طلق الزوج زوجته مثلا لكونها لا تتجب إلا الإناث، وهو يريد الزواج ثانية من امرأة أخرى لعلها تتجب الذكور ففي الحالة يجب على الزوج تعويض زوجته، أما إذا طلقها لأنها عقيم لا تتجب أبدا وهو يريد الذرية فإن فائدة الحصول على الذرية كبيرة بالنسبة للضرر الناشئ للمطلقة، فطلاقه غير تعسفي ولا يلتزم بتعويض زوجته، والعبرة هنا لا تكون بنية الزوج وإنما بسلوكه الذي يقدر بالرجوع إلى السلوك المألوف للرجل العادي. (3)

3- يكون الزوج متعسفا في طلاقه يسعى إلى تحقيق مصلحة غير مشروع يخالف حكما او مقصدا شرعيا فإنه يكون متعسفا فيه، والمعيار هنا موضوعي وإن كان يستدل به للكشف عن النية في استعمال الحق بطريقة غير مشروعة.

ومن الأمثلة عن ذلك طلاق الزوج زوجته طلاقا باتا في مرض الموت بغرض حرمانها من الميراث، لأنه استعمل الطلاق في غير ما شرع له، وإنما قصد من طلاقه مصلحة مادية غير مشروعة وهو حرمانها من الميراث وبالتالي فإنه اتخذ حق الطلاق وسيلة لتحقيقها فيعد طلاقه تعسفيا. (4)

(1)- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، ط1، 2009، ص 93.

(2)- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ص 126.

(3)- تقيية عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 58.

(4)- ابن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2007، ص 171.

فإذا انطبقت معايير التعسف على واقعة الطلاق وأصرّ على عدم الإرجاع، فإنه يترتب على طلاقه الجزاء الأخروي الذي وضعه الشارع والممثل في الإثم، كما يترتب عليه التعويض للمطلقة عما لحقها من ضرر مادي ومعنوي.

### الفرع الثاني: حالات الاستحقاق

لم يحصر المشرع الجزائري الحالات التي تستحق فيها المطلقة التعويض وغنما استشف ذلك من نص المادة 52 من قانون الأسرة ومن مجموع قرارات المحكمة العليا ويمكن إبراز ذلك فيما يلي:

**الشرط الأول:** إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق كأن يطلق الزوج زوجته لغير سبب معقول أو مشروع وهنا تستحق الزوجة تعويضاً فمثلاً كأن يطلقها بغرض الزواج من امرأة أخرى، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1998/11/17 بقولها: ((من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون ومتى تبين من قضية الحال، أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً))<sup>(1)</sup>، فمن خلال فحص مواقف الطرفين يتمكن القاضي من إجراء عملية الموازنة بين دافع الزوج إلى الطلاق، وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال، وقد يستخلص القاضي ذلك من خلال تنازل الزوجة عن موقفها وتمسكها بالعودة إلى الحياة الزوجية، ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتصلب<sup>(2)</sup> وهذا ما قضت به محكمة سعيدة في حكمها الصادر بتاريخ 2008/05/21 بأن الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفياً ويعطي للمطلقة الحق في التعويض، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم ان المحكمة سعت إلى اصلاح ذات البين بين طرفي الدعوى إلا أنها فشلت بسبب إصرار الزوج على الطلاق، وحرر محضر عدم الصلح بجلسة 2008/04/30، حيث

(1)- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210451 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 252.

(2)- بلحاج العربي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص 237.

ان المدعي لم يقدم سببا جديا لحل عقدة النكاح مما يجعله متعسفا في ذلك، ومنه يكون طلب المدعى عليها للتعويض طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة طلبا مؤسسا بتعيين الاستجابة إليه مع خفض المبلغ للحد المعقول.(1)

وذهبت نفس المحكمة من خلال حكم صادر في 2009/07/1 إلى اعتبار الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفيا، وذلك نظرا لتصميم الزوج على الطلاق في محاولتي الصلح التي سعت المحكمة لإصلاح، إلا أن محاولاتها جاءت بالفشل لإصرار الزوج على الطلاق دون سبب جدي ومعارضة الزوجة له في ذلك مطالبة بالرجوع إلى البيت الزوجين ما يجعل طلبها للتعويض مؤسس يتعين الاستجابة له لجبر الضرر اللاحق بها(2)، وذلك أن الزوج لو كان يريد تأديبها فقد اتعظت، ورجعت عن موقفها وتمسكت بالعودة إلى منزل الزوجية، في حين نجده هو يرفض استمرار الحياة الزوجية رغم إذعانها، وهذا ما يتناقض مع قوله تعالى: «فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا».(3)

وعليه فإذا استعمل الزوج حقه في الطلاق لوضع حد للمشاكل الاجتماعية ووافقت الزوجة على ذلك، كان استعماله لحق الطلاق في إطار ما وضع له ولا يسأل الزوج في هذه الحالة، لأن التعسف يكون مستبعد في حالة الطلاق الذي يثبت فيه مسؤولية كل من الزوجين وحتى ولو لم يكن طلاقا بالتراضي، لأنه جاء نتيجة تراكم المشاكل بين الزوجين، وأصبح الطلاق هو الحل الوحيد بعد استفحال النزاع بين الطرفين ورفضهما للصلح الذي سعى غليه القاضي لجعل كل واحد منهما مسؤولا عن هذا الطلاق.

ومن هنا يتضح لنا من خلال هذا الشرط أن مسؤولية الزوج في استعمال حقه بالطلاق التعسفي هو الأساس القانوني الوحيد لحصول المطلقة على حقها في التعويض. وبانعدام شرط التعسف كمشاركة الزوجة في مسؤولية الطلاق تجعلها تفقد حقها في المطالبة بالتعويض.

(1)-محكمة سعيدة، ق.ش.أ، بتاريخ 2008/05/21، رقم الفهرس 1983، 08.

(2)-محكمة سعيدة، ق.ش.أ، 2009/07/01.

(3)-سورة النساء، الآية 34.

**الشرط الثاني:** بالرجوع إلى نص المادة 52 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: ((إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)) من خلال نص المادة تبين أن المشرع ربط حق المطلة في الحصول على التعويض عن الطلاق التعسفي بوقوع ضرر حقيقي على الزوجة، حيث أن نص المادة أعلاه جاء بصيغة عامة حيث لم تبين نوع الضرر، هل شمل الضرر المعنوي، أم يقتصر على الضرر المادي فقط، لأن الضرر المعنوي في الطلاق واقع لا محالة، لأن الزوجة تتضرر معنويًا جراء الطلاق التعسفي<sup>(1)</sup> فهل يقصد المشرع الجزائري بالضرر الذي يلحق بالمطلة الضرر المادي إضافة إلى الضرر المعنوي المفترض وقوعه في كل حالات الطلاق، أما الضرر المادي في الطلاق فيقول الأستاذ عبد العزيز سعد، انه يوجد ضرر مادي في الطلاق وأعطى مثالاً عن ذلك إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك أو عملها، ثم بعد أن تركت وظيفتها دون ترتكب اي خطأ من جانبها)).<sup>(2)</sup>

وشرط التخلي عن الوظيفة هو شرط أوجبه المرأة على نفسها بالتعاقد ولم يثبت إلا بناء على رضاها، والضرر الذي يلحقها من فقدان الوظيفة سببه قبولها للشرط لا الطلاق في حد ذاتهن فهو ضرر لا يلحق كل المطلقات في حين ان الضرر الموجب للمطلة حق التعويض يجب أن يكون عامًا في جميع المطلقات لتعلقه بالطلاق في حد ذاته لا بالمرأة المطلقة.<sup>(3)</sup>

### **المطلب الثالث: الحضانة**

تتطلب دراسة مفهوم الحضانة البدء بتعريف الحضانة لغة واصطلاحًا، وبيان أدلة مشروعيتها، وشروط أحقية المطلقة بالحضانة.

### **الفرع الأول: تعريف الحضانة**

الحضانة بكسر الحاء مصدر مأخوذ من حِضن بكسر الحاء والحاء والضاد والحنون أصل واحد يقاس عليه، وهو حفظ الشيء وصيانته.

(1)-الحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص 22.

(2)-عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 306.

(3)-غناي زكية، مرجع سابق، ص 39.

فالمعنى الأول للحضانة هو الضم إلى الصدر، فيقال حضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته<sup>(1)</sup>، وحضن الطائر بيضة: إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، واحتضن الشيء جعله في حضنه وحضن الصبي يحضنه حضنا والحضانة بهذا المعنى تعني الحفاظ والرعاية والتربية.<sup>(2)</sup>

وحاضنة الصبي هي التي تقوم على تربيته<sup>(3)</sup>. ما يهمننا من هذه المعاني ما له علاقة بالطفل وهو تربيته وحفظه ورعايته.

ويتضح من خلال ما سبق أن الحضانة في اللغة يراد بها تربية الصغير والعناية به وحفظه خلال الفترة التي يكون فيها عاجزا عن العناية بنفسه، فلا بد له من شخص يتولى هذه المهمة ويسمى بالحاضن أو الحاضنة يتولى سائر احتياجاته الطفولية.

### الفرع الثاني: التعريف القانوني للحضانة

جاء في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، ويبدو من خلال التعريف أن المشرع الجزائري في تعريف الحضانة ركز على أسبابها وأهدافها، محددًا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية.

### الفرع الثالث: أدلة مشروعية الحضانة

فقد ثبت مشروعية الحضانة بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع تتعرض لها فيما يلي:

#### 1- من القرآن الكريم:

قال تعالى: «والوالدات..... لا مولود له بولده»<sup>(4)</sup> ووجه الدلالة من الآية أن الله سبحانه وتعالى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن، والحضانة من لوازم الإرضاع وجعل الأم أحق

(1)-ابن منظور محمد بن مكرم الافريقي المصري، مرجع سابق (مادة حضن)، ص 661.

(2)-القاموس المحيط، ج4، باب النون فصل الحاء، ج4، ص 217.

(3)-مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة الأميرية، 2002، ص 2002.

(4)-سورة البقرة، الآية 233.

بإرضاع أولادها<sup>(1)</sup>، لتوافر الشفقة لديها أكثر من الأجنبيات، وانتزاع الولد الصغير فيه إضرار به وبها، فإذا كانت الأم هي التي تقوم بإرضاعه وهو في حضانتها فلا إشكال أما إذا كان الإرضاع لغيرها فغنه لا ينبغي تضييع حق الأم في الحضانة، وكذلك رعاية لمصلحة المحضون.<sup>(2)</sup>

وقوله تعالى: «وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا»<sup>(3)</sup>، قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية: قوله تعالى: «كما ربياني» خص التربية ليتذكر الإنسان شفقة الأبوين وتعبهما في التربية، وهذه الآية كذلك ذكرت التربية صراحة في إشارة ضمنية إلى الحضانة فبدون حضانة لا مجال للحديث عن التربية.<sup>(4)</sup>

وقال تعالى: «ومن أحيها فكأنما أحيها جميعا»<sup>(5)</sup> وهذه الآية تدل أيضا على وجوب الحضانة للطفل مطلقا حتى ولو كان لقيطا أو ضالا، لأن في الحضانة إحياء للنفس البشرية، كما أشارت الآية إلى ذلك صراحة.<sup>(6)</sup>

## 2- من السنة النبوية:

وردت عدة أحاديث تدل على وجوب الحضانة منها ما روى عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن امرأة قالت: "يا رسول الله: "إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني واران أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق منه ما لم تتكحي"<sup>(7)</sup> يدل الحديث على أن الأم أحق لحضانة ولدها إذا افتقرت عن أبيه، فليس له انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاتها وأولويتها لحضانة ولدها، وأقرها صلى الله عليه وسلم على ذلك وحكم لها، كما دل الحديث على أن الأم

(1)- الجصاص، الجامع لأحكام القرآن الكريم، ج1، ص 479.

(2)- عبله عبد العزيز عامر، الرضاع والحضانة فقها وقضاء، دار النهضة العربية، 2011، ص 48-49.

(3)- سورة الإسراء، الآية 25.

(4)- مختصر تفسير القرطبي، 628/2.

(5)- سورة المائدة، الآية 32.

(6)- المدونة الكبرى، ج2، ص 258.

(7)- أبو داود، سنن أبي داود، مرجع سابق، باب من أحق بالولد، ج2، 251 رقم الحديث (2278) وحسنه الألباني في إرواء الغليل 244/7.

إذا نكحت سقط حقها في الحضانة، وفي حديث عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة قالت رسول الله "إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد نفني وسقاني من بئر أبي عنبه، فجاء زوجها فقال النبي صلى الله عليه وسلم "يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به".(1)

3-من الإجماع: فقد أجمعت الأمة على مشروعية الحضانة لأنها السبيل إلى حفظ النفس البشرية من الضياع، ولم ينكر أحد من الصحابة رضوان الله عنهم حق الأم في حضانة طفلها.(2)

والحكمة من مشروعية الحضانة هو حرص الإسلام على العناية بالفرد منذ ولادته، عند خروجه من بطن أمه يكون بحاجة إلى من يتولى أموره وحوائجه، لذلك نجد الشرع جعل حضانة الصغير إلى غيره حفاظا على مصلحته وحتى لا يلحقه أي ضرر أو هلاك، فأعطت الشريعة الإسلامية الحضانة للأم حتى يتمتع الطفل بأكبر قدر ممكن من الحب والحنان والعطف والرعاية.(3)

#### الفرع الرابع: شروط الحضانة

لكن يثبت للأم المطلقة الحق في حضانة صغيرها ينبغي أن تتوفر فيها عدة شروط، وهذه الشروط مختلف فيها بين المذاهب الفقهية، فالبعض متفق عليه والبعض الآخر مختلف فيه.

1- شرط العقل، يجب أن تكون الحاضنة متمعة بقواها العقلية فلا حضانة للصغير أو المجنون أو المعتوه، لأن هذا الأخير بحاجة من يتولى شؤونه وهذا نص عليه المشرع الجزائري في المواد 82 و 83 و 84 من قانون الأسرة الجزائري، كما أن إسناد الحضانة إلى هؤلاء الأشخاص فيه ضرر على المحضون، فغير العاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى أن لا تثبت به الولاية على غيره.(4)

(1)-سنن النسائي، ج6/185-186، الترمذي رقم الحديث (1368).

(2)-

(3)-وفاء معتوق، المرجع السابق، ص 453.

(4)-شهر الدين قالة، أحكام الطلاق المضطرب نفسيا، مجلة الفكر، العدد 06، جامعة باتنة، الجزائر، 358.

وإلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق منه بما لا يليق بالمحضون فيبيدهه.(1)

2- الأمانة على الأخلاق: اشترط جمهور الفقهاء في الحضانة الأمانة على الأخلاق يجب أن يتوفر في الحاضن الأمانة فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، وعليه فلا حضانة للمرأة الفاسقة، حيث اتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة، إلا أنهم اختلفوا في درجة الفسق، فهم يفرقون بين الفسق المطلق والفسق الأقل حدة، فهم يرون أن الفسق المطلق يمنع من الحضانة وتاركة الصلاة عندهم تدخل في هذا الإطار، كخروج الأم من المنزل وانشغالها عن صغيرها بالزنا، بل شددوا هؤلاء في رأيهم فاعتبروا كثرة انشغال المرأة بالصلاة والتعدد على حساب تربية صغيرها هو في حد ذاته سبب من أسباب انتزاع الحضانة منها(2)، وقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة(3) على أن الفسق مانع من موانع الحضانة لأن الفاسق لا يمكن الاعتماد عليها في تربية الصغير، ولا ثقة فيه بل يخشى منه أن ينشأ فاسق مثله، وعليه فالفاسقة ليست أهلاً لتحقيق مقاصد الحضانة، كما أضاف بعض الفقهاء خروج المرأة المتكرر من المنزل يفوت مصلحة الولد، ويجعله معرضاً للضياع والخطر، فغنها تصبح غير آمنة على طفلها فلا تكون لها الحضانة إذ ليست أهلاً لها(4) وتقدير كثرة الخروج يعود إلى القاضي هو الذي يقدر هذه المسألة ولقد شدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة في الأخلاق شرطاً جوهرياً في الحاضن وكرس ذلك في العديد من القرارات القضائية ومنها القرار الصادر بتاريخ 1984/1/09 الذي جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعاً ان سقوط حق الحضانة على الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضاً حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معاً، وللحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى

(1)-الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، لبنان، 2006، ص 159.

(2)-وهبة الزحيلي، مرجع سابق، 728 وما بعدها.

(3)- رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية-دراسة مقارنة، ط1، 1999، ص246.

(4)-ابن عابدين، رد المحتار، ج2، ص 872، الزيلعي، سنن الحقائق، ج3، ص 46.

بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها".(1)

3- شرط القدرة: ويقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، فلا تثبت الحضانة للعاجزة عن ذلك لكبر السن أو مرض أو شغل، فإذا كانت مريضة بمرض يقعدها الفراش أو مرض معدي وضار كالبرص والجذام والزهري فإنه يخشى انتقال العدوى إلى الصغير، كما يشترط أغلب الفقهاء أن لا تكون الحاضنة كفيفة، بل لا تكون حتى ضعيفة البصر، واعتبر المالكية والشافعية والحنابلة أن العمى مانع لممارسة حق الحضانة إذا كانت غير قادرة على القيام بشؤون المحضون وقد يكون لها ذلك بمساعدة غيرها، أما إذا منعها شيء آخر من ذلك عن رعاية شؤون المحضون فلا يكون لها الحضانة.(2)

أما الحنابلة فيرون أن المرض غذا كان فاحشا ومعديا وخيف على الطفل من حليبها فإن المرأة في هذه الحالة تحرم من الحضانة حماية للطفل وحفاظا عليه، ولقد سائر القضاء الجزائي هذا الموقف في اعتبار القدرة شرط أساسي وجوهري لممارسة الحق في الحضانة حيث جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/07/9: " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت في قضية الحال ان الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤونها من ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذه الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن لمخالفة هذا المبدأ".(3)

4- أن تكون الأم الحاضنة لطفلها غير متزوجة فغن تزوجت رجعت الحضانة إلى من يليها في المرتبة، وهي ام الأم لان شفقتها على ولد غبنتها شفقة أمه عليه اتفاقا إلا إذا الزوج غير أجنبي

(1)- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، ع 01، 1989، ص 73.

(2)- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 576.

(3)- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 3391، المجلة القضائية، ع 04، 1989، ص 76.

من الطفل، ومن الأدلة على ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم بشأن حضانة طفلها (1)، وإن الغرض من الحضانة هو المحافظة على مصلحة المحضون وغالبا ليس للمحضون مصلحة في بيت الحاضنة وهي مشغولة بزوجها، والزوج ليس أيا للمحضون فلا يملك له عاطفة الحنان والمودة وهي مشغولة بزوجها، فلا تتفرغ للقيام بحقوق المحضون. (2)

5- شرط البلوغ: مادامت الحضانة هي تولى شؤون الصغير ورعايته فيشترط في الحاضنة أن تكون بالغة سن الرشد المدني وهو تمام التاسع عشر (19) كاملة حسب المادة 40 من القانون المدني (3).

ولكن إذا كانت غير بالغة وتزوجت بموجب ترخيص قضائي من رئيس المحكمة فهل تستحق الحضانة ام لا؟

المشرع الجزائري لم يتناول هذه النقطة صراحة، ولكن مادام يرخص لها بالزواج على أساس انها راشدة فإنها تصبح أهلا لتحمل مسؤولية الزواج والنتائج المترتبة عن فك الرابطة الزوجية في حالة الطلاق وبالتالي تكون قادرة على احتضان أطفالها وهي مطلقة إلا إذا ثبت العكس، وهذا ما نستخلصه من نص المادة السابعة (07) من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "يكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

ومما سبق يتضح أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المطلقة لكي تستحق الحضانة يجب أن تتوفر فيها الشروط السابقة الذكر، وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي الجزائري من أحقية المطلقة في حضانة أطفالها إذا توفرت فيها الشروط السابق ذكرها.

#### المطلب الرابع: النزاع حول المتاع

إن من أكثر الحقوق المالية الناجمة عن الطلاق والتي تكثر شأنها النزاعات بين المتطالقين هو النزاع القائم حوا محتويات المنزل الزوجي ومي يملكه الزوجان من أثاث ومفروشات وغيرها من

(2)-عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج3، الأردن، 2007، ص 207.

(3)-الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

محتويات البيت الزوجي، فبعد الطلاق تقع بين الأصهار وأقارب الزوجين وحتى المتطالقين منازعات خطيرة فكل طرف يدعي أن أثاث بيت الزوجية ملك له، وفي غالب الأمر لا يكون بيد أحدهما وكليهما دليل قاطع يثبت أن ملكيتهما له.

عندما يقع الطلاق أو تحدث الوفاة فإنه يقع النزاع حول أمتعة البيت الزوجي من أثاث وأفرشة، وأغطية وأدوات منزلية وتجهيزات وغيرها بين المتطالقين فكل طرف يدعي أن أثاث البيت الزوجي ملك له، والبحث في موضوع المتاع يستدعي أولاً تحديد المقصود بالمتاع وشروطه، ثم تحديد من الذي يمتلك هذا المتاع وطرق إثباته على ضوء أحكام الاجتهاد القضائي الجزائري.

### الفرع الأول: تعريفه وشروطه

لا بد من تعريف المتاع لغة واصطلاحاً من خلال ما يلي:

#### أولاً: المتاع لغة واصطلاحاً

يعرف المتاع في اللغة بأنه كل ما ينتفع به، ويرغب في اقتنائه كالطعام وأثاث البيع والسلعة والمال، وأصله ما يتبلغ به من الزواد، ويأتي عليه الفناء، وهو اسم من متعته بالثقل: إذا أعطيته ذلك والجمع أمتعة<sup>(1)</sup>.

وأما تعريف المتاع اصطلاحاً: فيراد به كل ما كان في البيت سواء ذهباً أو فضة، فيشمل المتاع بذلك كل ما ينتفع به في بيت الزوجية، من أثاث، وملابس، وأدوات مرافق، وكذا كل ما يملك ويرغب في اقتنائه ولو كان ذهباً أو فضة، فالمتاع هو ما ينتفع به في بيت الزوجية من فراش وأدوات منزلية، كما جرى العرف عندنا، أن تحضر الزوجة معها مجموعة من الأفرشة والأدوات الكهرو منزلية<sup>(2)</sup>، وأحياناً قد تحضر الزوجة غرفة نوم أو استقبال أو غيرها بغرض الانتفاع بها في حياتها الزوجية، فقد جرت العادة أن الرجل يهتم بتأثيث البيت، وشراء الأشياء اللازمة له إلا أن ولوج المرأة عالم الشغل، واحترافها لأعمال تدر عليها كسب مالي جعلها هي الأخرى تساهم بقدر كبير في تأثيث البيت الزوجي حسب عادة وعرف كل منطقة.

(1) - ابن منظور، مرجع سابق، ج 8، ص 329.

(2) - إسماعيل محمد عبد الحميد الشندي، اختلاف الزوجين في الدعوى وأثره في الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 279.

لقد ذكر المشرع الجزائري متاع البيت في المادة 73 من قانون الأسرة تحت عنوان النزاع في متاع البيت، غير أنه لم يورد تعريفا لهذا صريحا ووضاحا للمتع، وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا يتضح أن مصطلح المتاع يطلق على مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك مثل الأفرشة، والأغطية، وجهاز التلفزيون، والبراد، والكراسي والأرائك وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل أو قاعة الجلوس، وغرفة النوم وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك، وهناك بعض الأشياء تخص المرأة فقط كالمصوغ وأدوات التجميل والألبسة النسائية وآلة الخياطة وغيرها، وهناك أشياء تخص الزوج وحده مثل أدوات التجارة وكل ما يتعلق بمهنته وأدوات الصيد والسيارة فإنه لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى ولو كانت موجودة في بيت الزوجية، فيجب الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني لإثباتها<sup>(1)</sup>

للفصل في موضوع النزاع وتحديد وسيلة الإثبات التي كفلها المشرع الجزائري في نص المادة 73 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو وريثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينه، فالقول لزوجة وورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين".

من خلال هذه المادة لا بد من توفر ثلاثة شروط مجتمعة وهي:

- 1- أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين هو وجود المتاع حقيقة.
- 2- أن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له.
- 3- لا يكون للمدعي منهما دليل كتابي أو شهي لإثبات ما يدعيه، هنا يحكم القاضي بناء على الفقرة الثانية من المادة 73 من قانون الأسرة.

إذا تخلف شرط من هذه الشروط، وتبين أن النزاع في حد ذاته قائم حول وجود المتاع من عدمه في بيت الزوجية، أو كان النزاع قائم حول ملكية المتاع فإذا تعلق الأمر بمسألة وجود المتاع في بيت الزوجية، كأن يدعي الزوج أن ما تطالب به الزوجة قد أخذته وقت خروجها من بيت

(1) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 148.

الزوجية وتدعي هي عكس ذلك، أو ثبت أن المدعية قد شملت أمتعتها بشهادة الشهود مثلا أو بمحضر إثبات في مثل هذه الحالة مع وجود قرينة قوية، أو دليل إثبات فإن القاضي في هذه الحالة يحكم بناء على قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

وفي هذه المسألة قضت المحكمة العليا بأنه<sup>(1)</sup>: "من المقرر قانونا في إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبيق القاعدة العامة في الإثبات" البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" ومتى تبين في قضية الحال أن المدعى عليه أنكر وجو الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين المدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" ونفس السياق ذهبت المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 1992/10/27 جاء فيه مايلي: "الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام النصيب وخرق واضح لقواعد الإثبات، ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعاها والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين لمتمة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبب وخرقوا قواعد الإثبات ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الأثاث والمصوغ"<sup>(2)</sup>.

وبصفة عامة يجب على المشرع أن يقوم بصياغة نصوص يضع من خلالها تعريف واضح لمتاع البيت الزوجي والشروط الواجب توافره للإعمال إما القواعد العامة في القانون المدني الجزائري وهي: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" أو تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة. لقد عالج الفقه الإسلامي النزاع حول متاع البيت الزوجي وأفاض في المسألة وهذا

(1) - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1999/03/16، المجلة القضائية، 2001، ص 245.

(2) - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1992/10/27، ملف رقم 86097، عدد خاص، ص 233.

بالنظر إلى أهمية الموضوع، كما سوف نتناول موقف المشرع الجزائري والاجتهاد القضائي في هذا الشأن فيما يلي:

### الفرع الثاني: وسائل إثبات النزاع حول الصداق

إن وقع خلاف بين الزوجين سواء حال الاجتماع، أو الافتراق، نشأت بملك شيء من متاع البيت وكان الشيء مما يملكه الرجال غالبا أو النساء غالبا ويشهد العرف بذلك، هنا يكون للنساء هذا المتاع، وما يكون للرجال ففي هذه المسألة قولان مشهوران للفقهاء.

ذهب أصحاب الرأي أنه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت واختصما، فيما يصلح للرجال كالسلاح والعمامة والقميص، فهو للرجال، وما يصلح للنساء كالخمر والحلي والحريير فهو للمرأة وهذا مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد.

فقد نقل الجصاص عن أبي حنيفة ومحمد قولهما في متاع البيت، إذا اختلف فيه الرجل والمرأة، أن ما يكون للرجال فهو للرجال، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما كان للرجل والمرأة فهو للرجل فحكموا فيه لظاهر هبته المتاع<sup>(1)</sup>.

فقال الدردي من المالكية " أن تنازع الزوجان قبل البناء أو بعده في متاع البيت، أي الكائن فيه للمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين كالحلي وما يناسبها من الملابس ونحوها، وإن لم يكن في حوز الرجل الخاص، ولم تكن فقيرة معروفة له، وظاهر من خلال أقوال الفقهاء أن هذه المسألة مبنية على العرف والعادة، إذ العادة محكمة في الشرع<sup>(2)</sup>.

لم يتكلم المشرع الجزائري على الجهاز ولم يتطرق إلى أحكامه، غير أن الظاهر من خلال قراءة المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها لا توجب على الزوجة متاعا أو جهازا، بل تقر أن الصداق حق للزوجة تتصرف فيه كما شاء وفق مصلحتها، وبالتالي لا يجوز لأحد أن يرغمها في تجهيز البيت وتأثيثه من مالها الذي قبضته كمهر لها، فقد جاء في المادة 14 من قانون الأسرة لقولها أن " الصداق هو ما يدفع لحلة الزوجة من نقود وغيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

(1) - تقية عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دار الكتاب الحديث، 2012، ص 251.

(2) - إسماعيل محمد عبد الحميد الشندي، المرجع السابق، ص 296.

والواقع غير ذلك فقد ساهم المرأة مع زوجها في شراء أثاث ومتاع البيت، وخاصة المرأة العاملة، فغالبا ما يكون لها دور فعال في النهوض لحاجيات البيت المختلفة ومستلزماته ولا أحد يستطيع إنكار مساهمة الزوجة في ملكية كثير من أغراض البيت ومتاعه، ولكن عند وقوع الطلاق وعدم التفاهم على قسمة الأمتعة، غالبا ما يلجأ الأطراف إلى القضاء من أجل الفصل في النزاع وإعطاء كل ذي حق حقه فالمشرع الجزائري قد عالج هذه المنازعة من خلال نص المادة 73 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يقتسم انها مع اليمين".

ومن خلال هذا النص نجد المشرع وضع بين يدي القاضي مجموعة من الخطوات ينبغي مراعاتها للفصل في النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت وهي:

أ- التأكد من وجود الأمتعة: في حالة رفع دعوى أمام القاضي، فأول أمر يتأكد منه وهو وجود المتاع سواء كانت في مسكن الزوجية أو في مكان آخر، فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف، كأن ادعت الزوجة أنها أبقتها لمسكن الزوجية، وأنكر الزوج ذلك فتطبق عليها القاعدة الفقهية "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"<sup>(1)</sup> أما إذا ادعى الزوج أن المتاع لم يكن موجودا أصلا في مسكن الزوجية فعليه أن يقوم بإثبات دعواه، فإذا عجز فالقول للزوجة مع يمينها، وهو ما قضت به لمحكمة في قرارها في 16/03/1999 بقولها "من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند احد الزوجين نطبق القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" ومن تبين في قضية الحال أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضاوا لرفض الدعوى في الحال، دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه، خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>(2)</sup>، كما نجد قرار آخر صادر عن المحكمة

(1) - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007، ص 76.

(2) - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 16/03/1999، ملف رقم 216836، عدد خاص، ص 245.

بتاريخ 1988/08/17 جاء فيه مايلي: " متى كان مقررا شرعا أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ومن ثم فإن ادعاء الزوج أن الزوجة أخذت مصوغها وأثاثها يصير مكلفا بإثبات دعواه، فإن عجز فالقول للزوجة مع يمينها، ومن ثم فإن القضاء بما يحالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الخلاف حول المتاع لم يكن حول وجوده بمنزل الزوجية بل كان حول إدعاء الزوج أن زوجته أخذته معها، فإن قضاة الموضوع حتما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع وتلقوها منه مباشرة يكونوا بقضائهم بما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية" (1).

ب- حالة وجود البينة أو الدليل:

لقد تبني المشرع الجزائري بموجب المادة 73 من القانون المدني قاعدة من شهد له الظاهر مع يمينه، فما يكون صالح لاستعمال الرجل فهو للرجل وما يكون صالحا لاستعمال المرأة كالحلي والزينة فالقول فيه للزوجة مع يمينها(2).

في حالة وجود الدليل أو البينة على تملك الأمتعة المكتوبة في القائمة، فلا إشكال يطرح، إذا قدم أحد الزوجين الدليل على تملك شيء من الأشياء فإنه يقضى له بذلك، فلا بد من معرفة ان الشيء الخاص بالمرأة لا مانع من أن يملكه الرجل إذا أقام على ذلك البينة ولو كان من لوازمها فإن جاء بالبينة على ذلك أخذه، فقد شرى الزوج لزوجته مجموعة ذهبية بقيمة مالية مرتفعة، فعلى الرغم من أن الحلي من لوازم المرأة ومما تختص به عن الرجل فمادام قدم الدليل على ملكيته، فله حق استرداده(3).

أما بالنسبة للمرأة فإذا أقامت البينة على تملك شيء يختص به الرجال وهو من لوازمهم، فلها الحق في أخذه مادامت أنها أقامت الدليل على ذلك، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1986/05/05 "على أن من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن

(1) - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1988/08/17، ملف رقم 50075، منشور للمجلة القضائية، العدد 04، 1990، ص64.

(2) - لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص161 و162.

(3) - رشدي عمري، تنازع الزوجين في جهاز ومتاع البيت - دراسة مقارنة-، مجلة الراشدية للبحوث القانونية، ع2، 2010، ص104.

ما يخص النساء للنساء، ومن ثم فاليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على من سنده العرف، والزوجة أثبتت بفاتورة أنها اشترت جهاز تلفزيون وأن الزوج اعترف أن الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي للزوجة وكان اليمين عليها بكون موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه"<sup>(1)</sup>.

وإذا لم يقدم أي من الزوجين دليلاً على ملكيته للشيء المتنازع عليه، فإن الفقرة الثالثة من المادة 73 من قانون الأسرة حددت ثلاث حالات يمكن للقاضي الاعتماد عليها لفض النزاع وهي:

1- يحكم للزوجة في المعتاد للنساء مع يمينها فالمصوغ وأدوات التجميل والألبسة النسائية، وغيرها من الأمور التي يشهد لها العرف أنها للنساء، كما أن هناك أمور موضوعية تخضع لتقدير القاضي فإذا كانت الزوجة خياطة مثلاً فإن آلات لخياطة وملحقاتها من قماش وغيرها هي للزوجة مع تحليفها اليمين المتممة<sup>(2)</sup>.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/04/17 بقولها: "حيث أنه وبالفعل فإن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين تطبيقاً للمادة 73 المذكورة على أنها تركت في بيت الزوجية أثاثها ومصوغتها وأنها قد امتنعت عن تأدية اليمين الموجهة وذلك يعتبر نكولاً منها.

حيث أن المادة 347 من القانون تعتبر الناكل خاسراً لدعواه وهو مبدأ عام يشمل اليمين الحاسمة واليمين المتممة المنصوص عليها بالمادة 348 من القانون المدني، والمعروف أن اليمين على معنى المادة 73 من قانون الإجراءات هي يمين متممة، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئياً فيما يخص الأثاث والمصوغ.

(1) - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1983/05/05، ملف رقم 40925، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، قانون السرة مع التعديلات، مرجع سابق، ص 401.

(2) - عبد القادر بن داود، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 240.

حيث أن قرار المحكمة العليا بما فصل في من نقاط قانونية لم يترك من النزاع ما يتطلب الفصل فيه فإن النقض يتم بدون إحالة"<sup>(1)</sup>.

أما عن الأمتعة المشتركة التي يمكن للطرفين الاشتراك فيها، وهي صالحة للاستعمال من طرف النساء والرجال معا، فهنا بعد أداء اليمين يقسم انها بالسوية أو يقسمان ثمنها، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/04/21 بنصها: " من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يقسم انها مع اليمين ومتى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد بما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين شأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة والمقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنها دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 02/73 من قانون الأسرة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"

---

(1) - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/04/14، ملف رقم 81850، عدد خاص، ص320، مقتبس عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 410.

## خاتمة

بعد عرضنا لهذه المحاضرات المتعلقة بالخطبة والزواج والطلاق والتي تكتسي أهمية بالغة في الحياة الأسرية، حيث حاولنا من خلال هذه السلسلة الحرص على التبسيط والوضوح في عرض هذه المحاضرات حتى يسهل على الطلبة استيعابها وفهمها.

ونخلص إلى إن عقد الزواج كسائر العقود يتميز بطابعه الخاص، فهو من أهم العقود في حياة الإنسان لان من مبادئه الديمومة والاستمرار، لذا يتوجب على الإنسان حسن الاختيار، ومن الأهداف التي يقوم عليها المحبة والمودة والمعاشرة بالمعروف، وحفظ النوع البشري.

وهذا العقد تسبقه مرحلة تمهيدية حاسمة للتعرف وتقارب وجهات النظر بين الخطيبين هي مرحلة الخطبة، ولكن هذا العقد قد تعثره بعض المشاكل فتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، فيكون الحل الأنسب للطرفين وهو إنهاء الرابطة عن طريق الطلاق الذي شرعه الله تعالى كاستثناء ووسيلة علاجية لابد منها، لان أساس الحياة الزوجية الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان.

فمن خلال هذه الدراسة يتضح لنا جليا إن هذه المواضيع التي عالجهها المشرع الجزائري مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، إلا انه توجد بعض النقائص والفراغات يجب على المشرع الجزائري تداركها وتعديلها حتى تسير التطورات الحاصلة في المجتمع، بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

## المصادر والمراجع

### أولاً: القرآن الكريم

#### كتب الحديث وعلومه

- 1/ الجصاص، أبي بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.
- 2/ الشوكاني الإمام محمد بن علي، تفسير فتح القدير، ج5، دار المعرفة، بيروت، 1998.
- 3/ القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر، الجامع لأحكام القرآن المبين، ط1، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006.
- 4/ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري صحيح البخاري، ط1، دار اليقين للنشر والتوزيع، 2009.
- 5/ الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر.

#### ثانياً: معاجم اللغة

- 1/ ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري، لسان العرب، دار المعارف، بيروت.
- 2/ ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، مج2، ط7، دار صادر، بيروت، لبنان.
- 3/ الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج1، دار الجيل، بيروت.

#### ثالثاً: الكتب الفقهية:

- 1/ ابن قدامي، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمود بن قدامة، المغنى والشرح الكبير، مطبعة المنار المصرية، ج9، د.س.

2/ ابن عابدين، محمد أمين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد بعد الموجود، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.

3/ الشربيني، محمد الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1985.

4/ البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع لطالب الاقتناع، طبعة وزارة العدل، ج5، الرياض، 1430.

5/ النووي، مجموع شرح المهذب، دار الطباعة المنيرية، مصر، 1344هـ.

6/ الغرياني، الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، لبنان، 2006.

6/ عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، قسم الأحوال الشخصية، دار الارشاد للطباعة والنشر، دن.

7/ الشافعي، محمد ابن إدريس، الأم، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1983.

رابعا: المراجع القانونية:

1/ أحمد حلمي مصطفى، النفقة الزوجية وما في حكمها، في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مصر، 2008.

2/ أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

3/ بنزيمة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، 2007.

- 4/ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات، ط1، دار الخلدونية، 2008.
- 5/ تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، ط1، دار الفكر العربي، 2009.
- 6/ رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، ط1، مصر، 1999.
- 7/ عبلة عبد العزيز عامر، الرضاع والحضانة فقها وقضاء، دار النهضة العربية، مصر، 2011.
- 8/ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
- 9/ احمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.
- 10/ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، د ط، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- 11/ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 12/ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.
- 13/ بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015.
- 14/ دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، دار الخلدونية، 2016.

- 15/ سعد عبد العزيز، الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
- 17/ عبد الحميد عبد الرحمان الفقي، آثار الطلاق المالية دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الغد، القاهرة، 1996
- 18/ عبد الرحمان الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الاسلامي، ط3، د.د.ن، 2000.
- 19/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 20/ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومة، 2014.
- 21/ عبد الفتاح تقيّة، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، 2012.
- 22/ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، 2007.
- 23/ عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار البصائر للنشر والتوزيع، 2007.
- 24/ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج3، الأردن، 2007.
- 25/ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.

26/ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، 2013

27/ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

28/ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

29/ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

30/ لحسين الشيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2015.

31/ لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر، 2003.

32/ لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

33/ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.

34/ محمد علي الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ج1، د.س.

35/ محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة شرعية وفقهية، منشأة المعارف، مصر، 1998.

36/ وهبة الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1997.

#### خامسا: النصوص القانونية:

1/ القانون 11/84 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع 24، المؤرخة في 12/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر.ع 15، المؤرخة في 27/02/2005.

2/ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 23/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21، المؤرخة في 23/04/2008.

3/ الأمر رقم 165/66، المؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم.

4/ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ع 78، المعدل والمتمم بالأمر 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، ج.ر.ع 18، 2007.

5/ القانون رقم 01/15، المؤرخ في 04/01/2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر.ع 01، المؤرخة في 07/07/2015.

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
02	الفصل الأول: إنشاء الرابطة الزوجية
02	المبحث الأول: الخطبة
02	المطلب الأول: مفهوم الخطبة
02	الفرع الأول: تعريف الخطبة
04	الفرع الثاني: شروط الخطبة
04	أولاً: الشروط المستحسنة
04	ثانياً: أما الشروط الواجبة شرعا
05	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة
05	الفرع الأول: اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد ( المادة 02/6 ق.أ.ج )
06	المطلب الثالث: العدول عن الخطبة وآثاره
07	الفرع الأول: بالنسبة للصداق المقدم المخطوبة
07	الفرع الثاني: بالنسبة للهدايا
07	الفرع الثالث: بالنسبة إلى التعويض عن الضرر
08	المبحث الثاني: انعقاد عقد الزواج
08	المطلب الأول: أركان عقد الزواج
08	الفرع الأول: الإيجاب
09	الفرع الثاني: القبول
09	الفرع الثالث: عيوب الإرادة في عقد الزواج
09	المطلب الثاني: شروط صحة عقد الزواج

10	الفرع الأول: أهلية الزواج
10	أولاً: شروط أهلية الزواج
11	ثانياً: الاستثناء على قاعدة الأهلية
12	الفرع الثاني: الولاية
13	أولاً: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً
13	ثانياً: أقسام الولاية وأنواعها
14	ثالثاً: شروط الولي
14	رابعاً: الولاية في قانون الأسرة الجزائري
15	الفرع الثالث: الصداق
15	أولاً: تعريف الصداق
15	ثانياً: أنواع المهر
16	ثالثاً: النزاع حول الصداق
16	الرابع: انعدام الموانع الشرعية
19	خامساً: الشهادة الطبية
20	الفصل الثاني: إثبات عقد الزواج وآثاره
21	المبحث الأول: طرف تسجيل عقد الزواج العرفي
21	المطلب الأول: الطريقة المباشرة
21	المطلب الثاني: الطريقة غير المباشرة
22	المطلب الثالث: إجراءات التسجيل عقد الزواج العرفي وإثباته
22	المبحث الثاني: آثار عقد الزواج
23	المطلب الأول: النفقة
23	الفرع الأول: تقدير النفقة
23	الفرع الثاني: المطالبة بالنفقة ومراجعة مقدارها

24	الفرع الثالث: عقوبة الامتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء
24	المطلب الثاني: النسب
24	الفرع الأول: طرق إثبات النسب
25	الفرع الثاني: الإقرار
25	الفرع الثالث: البينة
26	الفرع الرابع: أقصى مدة الحمل
26	الفرع الخامس: الطرق الحديثة لإثبات النسب
26	أولاً: البصمة الوراثية
27	ثانياً: الضوابط القانونية لإجراء تحاليل البصمة الوراثية
28	ثالثاً: الطرق الشرعية لنفي النسب
29	المطلب الثالث: العدل بين الزوجات في حالة التعدد في التقنين
29	الفرع الأول: تحليل المواد 08.08 مكرر و08 مكرر 01 من التقنين
30	أولاً: مضمون المادة 08 من التقنين
31	ثانياً: تحليل الشروط المتضمنة في نص المادة 08 من التقنين
33	الفرع الثاني: علم الزوجة السابقة واللاحقة والتأكد من موافقتهما
33	الفرع الثالث: تقديم طلب ترخيص للقاضي
34	الفرع الرابع: الضمانات القضائية الواردة في المادتين (08 مكرر و08 مكرر 01).
35	أولاً: بالنسبة للزوجة السابقة
36	ثانياً: بالنسبة للزوجة اللاحقة
38	الفصل الثالث: انحلال عقد الزواج وآثاره
39	المبحث الأول: مفهوم الطلاق
39	المطلب الأول: تعريف الطلاق
39	الفرع الأول: مشروعية الطلاق

40	المطلب الثاني: طرق الطلاق
40	الفرع الأول : الطلاق بإرادة المنفردة للزوج
41	الفرع الثاني:الطلاق بالتراضي
41	الفرع الثالث: التطليق
42	الفرع الرابع: حالة طلب الطلاق للنشوز
42	المطلب الثالث: أقسام الطلاق
42	الفرع الأول: الطلاق الرجعي
42	الفرع الثاني: الطلاق البائن
43	المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن انحلال عقد الزواج
43	المطلب الأول: العدة
43	الفرع الأول: تعريف العدة وأنواعها
43	أولاً: تعريف العدة لغة
44	الفرع الثاني: تعريف العدة اصطلاحاً
45	الفرع الثالث: دليل مشروعيتها
46	الفرع الرابع: حكمة مشروعيتها
48	الفرع الخامس: أحكام نفقة العدة
48	أولاً: حالات استحقاق نفقة العدة
52	ثانياً: إجراءات المطالبة بالنفقة
54	المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي
55	الفرع الأول: صور الطلاق التعسفي
55	أولاً: الطلاق بغير سبب مشروع
56	ثانياً: إسقاط معايير الوصف التعسفي على حالة الطلاق بدون مبرر
58	الفرع الثاني: حالات الاستحقاق

60	المطلب الثالث: الحضانة
60	الفرع الأول: تعريف الحضانة
61	الفرع الثاني: التعريف القانوني للحضانة
61	الفرع الثالث: أدلة مشروعية الحضانة
63	الفرع الرابع: شروط الحضانة
66	المطلب الرابع: النزاع حول المتاع
67	الفرع الأول: تعريفه وشروطه
67	أولاً: المتاع لغة واصطلاحاً
67	تعريف المتاع اصطلاحاً
70	الفرع الثاني: وسائل إثبات النزاع حول الصداق
75	خاتمة
76	قائمة المراجع
82	الفهرس