

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de L'enseignement Supérieur et de La Recherche Scientifique

جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب

Université Ain Témouchent - Belhadj Bouchaib



كلية: الحقوق

قسم: الحقوق

مخبر: الأسواق، التشغيل، التشريع والمحاكاة في الدول

المغربية

أطروحة

مقدمة من أجل نيل شهادة الدكتوراه

ميدان: الحقوق العلوم السياسية

شعبة: الحقوق

تخصص: قانون قضائي

من إعداد: الطالب واضح بخدة



أثر الاتفاقيات الدولية على تعديل

قانون الأسرة الجزائري

ناقش علناً، بتاريخ: 01 جوان 2025 أمام أعضاء لجنة المناقشة المكونة من:

الإسم واللقب الرتبة الصفة مؤسسة الإنتماء

عبد السلام نور الدين	أستاذ	رئيسا	جامعة عين تموشنت
بوجاتي عبد الحكيم	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا	جامعة عين تموشنت
لاكلي نادية	أستاذة محاضرة أ	مشرفة مساعدة	جامعة عين تموشنت
عليان عدة	أستاذ	مناقشا	جامعة غليزان
بوقادة عبد الكريم	أستاذ محاضر أ	مناقشا	جامعة تلمسان
عربي صورية	أستاذة محاضرة أ	مناقشة	جامعة عين تموشنت

السنة الجامعية: 2024~2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا
لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ
لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾

سورة الرم، الآية 21.

شكر وعرفان

لابد لنا ونحن نصل لهذه اللحظة في حياتنا الجامعية من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين جهدا كبيرا فيبناء جيل الغد لبعث الأمة من جديد...

وقبل أن نمضي قدم أسمايات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة...

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة...

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل...

ونخص بالذكر

الذين كانوا عوننا لنا في بحثنا هذا ونورا يضيء الظلمة التي كانت تقف في طريقنا. إلى من زرعوا التفاؤل في دربنا وقدموا لنا المساعدات والتسهيلات والأفكار والمعلومات، ربما دون أن يشعروا بدورهم بذلك فلهم منا كل الشكر...

شكر خاص إلى الأستاذ المشرف على المجهودات الجبارة والنصائح والتوجيهات القيمة التي انارت لنا سبيل اعداد هذه الاطروحة، ومن خلاله أشكر أيضا السادة الأساتذة اعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا عضوية هذه اللجنة لتصويب ما جاء فيها من نقص أو زلل.

لكل هؤلاء لكم منا فائق الشكر والاحترام.

إهداء

إلى من ذكرهما المولى في كتابه "واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً"
أهدي ثمرة جهدي إلى من أنار لي دربي وسبيلي وذلل صعابي مثلي الأعلى أبي العزيز رحمه
الله.

إلى القلب الذي فرح لفرحي وحزن لحزني إلى رمز العطاء بلا مقابل وإلى من أحسنت
تربيتي وكان لها الفضل في نجاحي وأول كلمة نطق بها لساني أمي الغالية أطال الله في
عمرها.

إلى توأم روحي ورفيقة دربي...إلى صاحبة القلب الطيب والنوايا الصادقة "زوجتي الحبيبة
".

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتين أرى التفاؤل بعينهم
...والسعادة في ضحكهم ... إلى الوجوه المفعمة بالبراءة والمحبة التي أزهرت أيامي وتفتحت
بهم براعم الغد "أولادي أنس عبد الرحمن، محمد رياض، والكتكوتة سجود ريتال".

إلى من تحلو بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء إلى يتابع الصدق الصافي إلى من معهم
سعدت وبرفقتهم في دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت إلى من كانوا معي على طريق
النجاح والخير أخي واخواتي.

قائمة أهم المختصرات

الاختصار	التسمية
(إ.س.د)	إتفاقية سيداو.
(م.جع)	محكمة العليا.
م.ق	المجلة القضائية
(ق.أ.ج)	قانون الأسرة الجزائري.
(ج.ر)	جريدة رسمية.
ط	الطبعة.
ع	العدد.
ج	الجزء.
ص	الصفحة.

مقدمة

المساواة بين الرجل والمرأة موضوع نقاش قديم يعود إلى العصور القديمة ولا يزال مستمراً حتى اليوم في مختلف جوانب الحياة وفي جميع الدول، وخصوصاً في الدول الإسلامية. فقد نظم الإسلام الزواج ووضع إطاراً للعلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة، محددًا تلك الرابطة الشرعية المقدسة بحدود تضمن لكل طرف حقوقه وواجباته. هذه الحقوق والواجبات تنقسم إلى نوعين، منها ما هو مشترك، كالمعايشة بالمعروف، وتبادل الاحترام، والمودة والرحمة، وكذلك التعاون والمشاركة في كل ما يعود بالفائدة على الأسرة، ومنها ما يخص كل طرف بمفرده.

ونظرًا لأن قضية حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل تحظى باهتمام دولي كبير، تُعتبر المساواة بين الجنسين أحد المبادئ الأساسية للأمم المتحدة إذ نصت ديباجته على أنه: "نحن شعوب الأمم المتحدة، عزمنا... على الإعلان من جديد إيماننا... بالمساواة في الحقوق بين الرجال والنساء...".

كما نصت المادة الثانية (02) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 على أنه: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد، أو أي وضع آخر دون أية تفرقة بين الرجال والنساء".

وقد تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى إقرار حقوق متساوية بين الجنسين، ومن أبرزها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي أصبحت تعرف باتفاقية "سيداو"، فقد دعت هذه الاتفاقية إلى المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع المجالات والميادين، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو ثقافية أو مدنية، سواء في الحقوق أو التشريعات أو المعاملات، وتعتبر أي تمييز في هذه الأدوار انتهاكًا لحقوق المرأة.

وبغرض متابعة مدى التزام الدول بتطبيق هذه الاتفاقية أنشأت لجنة تعرف باسم: "لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة"، وهي لجنة مهمتها تلقي ودراسة تقارير الدول ومتابعة قضايا المرأة والإهتمام بحقوقها في العالم ومتابعة مدى التزام الدول بتطبيق نصوصها.

وقد نصت المادة 16 من اتفاقية سيداو¹ على أنه: تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة: "....".

وقد صادقت الجزائر على اتفاقية سيداو¹، مع إدراج بعض التحفظات على بعض بنود الاتفاقية، لاسيما المادتين 02 و 16 من هذه الإتفاقية لتضمنها أحكام تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

وقد علّقت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على تحفظات بعض الدول في توصيتها العامة رقم 21 بتاريخ 04 فبراير 1994 والتي جاء فيها: "لاحظت اللجنة بانزعاج كثرة الدول الأطراف التي أدخلت تحفظات على المادة 16 كلها أو جزء منها، ولاسيما عند قيامها أيضا بإبداء تحفظات على المادة 02، مدعية أن عدم الامتثال يمكن أن يتعارض مع رؤية عامة للأسرة تنبني ضمن جملة أمور على المعتقدات الثقافية أو الدينية أو الوضع الاقتصادي أو السياسي للبلد...، وينبغي للدول الأطراف أن تتبذ بحزم أية أفكار تدعو إلى عدم مساواة المرأة بالرجل وتقرها القوانين أوالشرائع الدينية أو القوانين الخاصة أو الأعراف وأن تسعى إلى الوصول إلى مرحلة تسحب فيها التحفظات وبخاصة على المادة 16 من الاتفاقية"².

¹ صادقت الجزائر على اتفاقية سيداو بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996، المتضمن انضمام الجزائر مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر، عدد 06، الصادرة بتاريخ 24 يناير 1996.

² التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 04 فبراير 1994 " المساواة في العلاقات العائلية"، الفقرتان 41 و 44.

وقد بقيت هذه التحفظات وقانون الأسرة الجزائري محل متابعة من قبل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، حيث جاء في التوصيات الختامية لها في 27 يناير 1999 مايلي: "إن اللجنة تشعر بقلق شديد إزاء حقيقة أن قانون الأسرة لا يزال يتضمن العديد من الأحكام المميزة التي تحرم المرأة الجزائرية من حقوق أساسية من قبيل الموافقة الحرة على الزواج وحققها على قدم المساواة مع الرجل في الطلاق، وتقاسم المسؤوليات العائلية ومسؤولية تنشئة الأطفال، والوصاية المشتركة على الأبناء مع الطفل، والحق في الكرامة والاحترام الذاتي، وفوق هذا وذاك إلغاء تعدد الزوجات".

ونظرا لهذه الانتقادات الموجهة لقانون الأسرة الجزائري بشأن التمييز ضد المرأة، والضغط الممارسة على الجزائر من قبل المجتمع الدولي بدعوى إخلالها بالتزاماتها الدولية، خاصة فيما يتعلق باتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، تم تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005 الذي تمت الموافقة عليه بموجب القانون رقم 05-09، وصادق عليه البرلمان بغرفتيه في 04 مايو 2005.

وبفعل هذه الضغوطات فإن المشرع الجزائري وبموجب هذا التعديل حاول إقناع المجتمع الدولي بأنه قد استجاب لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل، في سعيه للقضاء على التمييز بينهما، فأصبح بموجب هذا التعديل يقر للمرأة إمكانية مباشرة الزواج بنفسها بحضور وليها الذي لها إمكانية اختياره بنفسها ودون أن يكون له الحق في الاعتراض عليها، كما قيد المشرع تعدد الزوجات بالترخيص القضائي الذي يستوجب موافقة الزوجتين السابقة واللاحقة، وفي مجال الحقوق الزوجية استبعد المشرع ما كان يسمى بحقوق الزوج تجاه زوجته، واستبدلها بحقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين، باعتبار الزوجة طرف في عقد الزوج وليست معقود عليه، وغيرها من التعديلات التي سيتم بسطها في هذه الرسالة.

وتجب الإشارة هنا أيضا إلى ان الدول وإن كانت في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، على اعتبار أن هذا العمل يتعارض مع مبدأ سيادة الدول. إلا أنه بتطور المدنية وظهور حركة تنقل الأشخاص والأموال أصبحت الدول تقبل بذلك على أساس منطق العدالة الاجتماعية وعلى أساس المعاملة بالمثل. وعلى إثر هذا التبادل القانوني بين الدول، بلغ التنازع ذروته خاصة في المسائل الأسرية ذات العنصر الأجنبي. لذلك وجدت قواعد الإسناد كوسيلة لفض التنازع الحاصل بين قوانين الدول المختلفة، والجدير بالذكر، أن المجال الخصب لتنازع القوانين يكون خاصة في المسائل الأسرية نظرا لاختلاف عقائد وخصوصيات الأفراد، وأمام هذا الوضع يثير الزواج مشاكل عدة من حيث انعقاده والآثار المترتبة عنه، والأمر كذلك بالنسبة لانحلال الزواج والآثار الناجمة عنه.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في أهمية مبدأ المساواة بين الجنسين وما يثيره من جدل واهتمام على مستوى دول العالم، بما في ذلك الجزائر، فقد سعت الجزائر إلى تحقيق المساواة بين الجنسين وتعزيز مكانة المرأة من خلال الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمصادقة عليها، مع التحفظ على بعض بنودها التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية، كما قامت الجزائر بتعديل قانون الأسرة، الذي يُعد من أهم القوانين التي تتناول حقوق المرأة والرجل.

كما تكمن أهمية الدراسة في الكشف عن التعارض بين مضمون قانون الأسرة الجزائري ونصوص اتفاقية سيداو، ومدى تطبيق الجزائر لمبدأ المساواة حسب بنود الاتفاقية، وما يترتب عليه من تبعات على الأسرة الجزائرية عامة، وعلى مواد قانون الأسرة خاصة. وقد تنوعت الدوافع التي جعلتنا نخوض في هذا البحث بين ما هو موضوعي وما هو ذاتي فمن الدوافع دراسة نقاط التوافق والتعارض بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري في تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين في عقد الزواج وآثاره، وكذا أثر التحفظات التي اتخذتها الدولة الجزائرية حول اتفاقية سيداو، وكذا أثر التعديلات التي أدخلتها الجزائر على

مواد قانون الأسرة وتغييرها مما أدى إلى مناقضة أحكام الشريعة الإسلامية، على سبيل المثال مسألة الولاية وغيرها، وأهمية الموضوع في حد ذاته كانت سببا لدراسة الموضوع، بالإضافة إلى الجدل الكبير بين الباحثين في الدول الغربية والإسلامية حول مدى تكريس المساواة بين الرجل والمرأة.

وبناء على ذلك ونظرا لأهمية الموضوع تبرز إشكالية دراسة الرسالة في مدى تأثير الاتفاقيات الدولية على تعديل قانون الأسرة الجزائري؟ وكيف كرسّ المشرع الجزائري مبدأ المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة، وهل وفق في ذلك؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج التحليلي عند تحليل مضمون نصوص قانون الأسرة وبنود اتفاقية سيداو، والمنهج المقارن عند مقارنة التشريع والاتفاقية بالفقه الإسلامي، وكذا التطرق إلى النصوص قبل وبعد التعديل، إضافة إلى حالات تم الاعتماد فيها على المنهج الاستقرائي عند استقراء فحوى النصوص القانونية.

ولدراسة هذا الموضوع تم تقسيم هذه الرسالة إلى بابين، سنبين في الباب الأول مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على مسائل انعقاد الزواج وأثاره، حيث تم تقسيمه إلى فصلين، مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على أحكام الزواج في الفصل الأول، أما الفصل الثاني سنبين فيه أثر الاتفاقيات الدولية على الأحكام المتعلقة بآثار انحلال الزواج، أما الباب الثاني سنتحدث فيه عن أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مسائل انحلال الزواج وأثاره، سنعالج في الفصل الأول أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مجال انحلال الزواج، أما الفصل الثاني سنبين أثر الاتفاقيات الدولية على الأحكام المتعلقة بآثار انحلال الزواج.

الباب الأول
مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على
مسائل انعقاد الزواج وأثاره

يعتبر عقد الزواج من العقود المهمة التي يبرمها الإنسان في حياته، فالزواج عقد رضائي يقوم به كل من الرجل والمرأة على الوجه المشروع، بحيث أن هذا العقد القائم على أساس الرضا، يحقق فيما بعد استقرار وتأسيس أسرة أساسها المودة والرحمة كما قال الله عز وجل في الآية الكريمة ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ* وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹

لقد حظيت الأسرة باهتمام بالغ من قبل المجتمع الدولي نظرا للدور الفعال والأساسي الذي تقوم به داخل المجتمع، كما اهتم بشكل خاص بالمرأة، حيث حرص على تمتعها بمجموعة من الحقوق الخاصة في مجال الأسرة، وذلك قصد تحقيق المساواة بينها وبين الرجل، وعليه فقد أصدرت العديد من الاتفاقيات الدولية المهمة بهذا الشأن و باعتبار الجزائر عضوا في العديد من مقتضياتها بما فيه من وضعية الزوجين من أجل تحقيق المساواة بينهما، قام المشرع الجزائري بتجسيد هذه المقتضيات في تشريعه الأسري، وحاول الى أبعد الحدود إقرار مبدأ المساواة بين الزوجين سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو عند انتهائها، وهذا ما تؤكدته نصوص قانون الأسرة المعدلة.

وعليه ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين نتناول في الفصل الأول مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على أحكام الزواج أين قمنا بالتطرق في المبحث الأول إلى أثر الاتفاقيات الدولية على مسائل انعقاد الزواج (الركن والشروط) ثم في المبحث الثاني تم التطرق إلى أثر الاتفاقيات الدولية على الاشتراط في عقد الزواج، وفي الفصل الثاني تناولنا مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على أثار الزواج، أين نعرض في المبحث الأول تأثير الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية، ثم في المبحث الثاني أثر الاتفاقيات الدولية في مسائل النسب.

¹ سورة الروم الآية: 20

الفصل الأول

مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على أحكام الزواج

الزواج من أهم التصرفات التي يقوم بها الإنسان في حياته، ولهذا كانت حاجة العلاقة الزوجية للعقد ملحة وضرورية من أجل ضمان سلامة الأسرة وبناءها عن طريق الإرادة الحرة، فلا يعقد الزواج إلا بوجود طرفين وهما الزوج والزوجة على أن تنطبق إرادة كل منهما مع الآخر، ونظرا للأهمية التي يكتسبها الرضا في عقد الزواج، أولته الاتفاقيات الدولية اهتماما بالغا بتأكيدھا على حق الزواج بالنسبة للجنسين ونصت هذه الاتفاقيات بصفة خاصة على حق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل¹

لقد توالت المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تضمنت حق المرأة بالمساواة مع الرجل في الزواج وفي اختيار الزوج برضاها الحر والكامل، ابتداء من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 و الذي تضمن كافة حقوق الإنسان المدنية و السياسية و الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية التي يتمتع بها كل فرد سواء كان رجلا أو امرأة²، حيث نص في مادته الثانية³ أن الجنس من أسس التمييز المحظورة، وأكد في مادته السابعة⁴ على جملة من الحقوق المساوية للمرأة والرجل، ونص في المادة 16 على تساوي الجنسين في حق الزواج وفي وجوب قيامه على الرضا الخالي من الإكراه في اختيار الزوج⁵

¹ وحياني جبالي، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 02/05 على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد السابع، ديسمبر 2016، ص230

² انضمت اليه الجزائر و صادقت عليه الجزائر بموجب قانون 11 من الدستور 1963 أنظر أكثر: الديباجة، الإعلان العالمي لحقوق الانسان، الأمم المتحدة، https://www.un.org/ar/udhrbook/pdf/UNH_AR_TXT.pdf.

³ تنص المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس دون أي تفرقة بين الرجال والنساء.

⁴ تنص المادة السابعة: "كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق جميعا في حماية متساوية من أي تمييز يخل بهذا الإعلان."

⁵ تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج الحق في تأسيس أسرة بدون أي تمييز بسبب الجنس أو الدين ولها حقوق متساوية عند الزواج ولا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه فيه."

سنحاول من خلال هذا الفصل البحث في مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على آثار الزواج في مبحثين، سنتناول في المبحث الأول تأثير الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية في حين سنتطرق في المبحث الثاني إلى أثر الاتفاقيات الدولية في المسائل النسب.

المبحث الأول

أثر الاتفاقيات الدولية على مسائل انعقاد الزواج (الركن والشروط)

إن الزواج عقد مدني ذو طبيعة شرعية، تنشأ بواسطته أسرة بين رجل وامرأة (زوج بين شيين: قارنهما)¹ وتكبر وتتسع هذه الأسرة بوجود الأطفال، ونظرا لأهمية هذا العقد وما يترتب عليه من آثار، أولته الشريعة الإسلامية مكانة خاصة، وهذه الأهمية تجسدت في قانون الأسرة الجزائري 84-11²، وكذلك في تعديله بموجب لأمر 05-02³ المؤرخ في 27-02-2005، وأكدت الاتفاقيات الدولية على حماية الأسرة في إنشاء هذا العقد، وعليه سنحاول التطرق إلى أثر الاتفاقيات الدولية على مسائل انعقاد الزواج (الركن و الشروط) ، وذلك من خلال الحديث عن الرضا في عقد الزواج في المطلب الأول، والحديث عن شروط صحة الزواج (الأهلية زواج القصر - إلغاء ركن الولي - الصداق - الشاهدان - انعدام موانع الزواج) في عقد الزواج في المطلب الثاني.

المطلب الأول

اعتبار الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج

يعتبر الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج بعد أن كانت أركان الزواج هي الرضا والولي، بعد أن أصبح الولي شرط من شروط الزواج بدليل نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، وعليه سوف نتطرق الى تعريف الرضا وما يقصد به مصطلح الصيغة (الفرع الأول) كما سنتحدث الى مقومات ركن الرضا في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري(الفرع الثاني).

¹ يوسف محمد البقاعي ، قاموس الطلاب، عربي عربي، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ص299.

² القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1409 الموافق لـ 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

³ الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005م المتضمن تعديل قانون الاسرة، الجريدة الرسمية، عدد 15.

الفرع الأول: تحديد معنى الرضا

سنبيّن خلال هذا الفرع معنى الرضا عقد الزواج (أولاً) ليلي بعد ذلك تبيان معنى الصيغة (ثانياً)، هذا وسيتم التحدث عن مدى صحة التعاقد بالمعاطاة (ثالثاً).

أولاً: تعريف ركن الرضا

الرضا في اللغة بكسر الراء وضمها الرضا والمرضاة مثله ورضيت الشيء وارتضيته فهو مرضي ومرضوٌ أيضاً على الأصل ورضي عنه بالكسر رضىً مقصور مصدر محض، والاسم الرضاء ممدود على الأخص¹ أما اصطلاحاً فيعرف الحنفية الرضا بأنه الإيجاب والقبول بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقام اللفظ² أي ان الرضا هو التوافق التام بين خصائص الفرد و رغباته³

والرضا عندهم توجه إرادة العاقد و نيته إلى إحداث آثار العقد دون إكراه أو ضغط، فهو يختلف عن الاختيار عندهم الذي هو القصد إلى القول أو الفعل الذي هو سبب النتائج، و بذلك قد يتحقق الاختيار دون الرضا لكن تحقق الرضا يتطلب بالضرورة الاختيار، بينما لم يميز جمهور الفقهاء واعتبروا أنهما متلازمان، فعرفوا الرضا بأنه "القصد إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون تلك العبارة أو ما يقوم مقامها ترجمة عما في النفس ودليلاً على الرغبة في العقد و آثاره.⁴

وبعيداً عن الخوض فيما هو أمر قد يكون في بعض الأحيان خفياً من نية واختيار، نعرف الرضا ببساطة بما عرفه الدكتور بدران أبو العينين بدران بأنه " الإيجاب والقبول

¹ رازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، طبعة مدققة، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986، ص103.
² الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج02، الطبعة 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986، ص229.

³ عمر سرار، الرضا عن العمل وأثره على أداء العامل في المؤسسة دراسة ميدانية، مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة، ص215.

⁴ سعيد القاضي، رضا المكلفة في انشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الزائر، 01، 2011، ص25

الصادرين من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما والدلالة على الرضا الباطني بما يترتب عليه، وعليه فهناك ارتباط وثيق بين الرضا في الزواج وبين الصيغة التي يعبر عنها من خلال الإيجاب والقبول، وهو ما يدفعنا إلى البحث عن تعريف الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول.¹

ثانياً: تعريف الصيغة

في اللغة صوغ و صاغ الشيء من باب قال فهو صائغ و صواغ و صياغ أيضا في لغة أهل الحجاز و عمله الصياغة ، ومصدر صاغ الشيء يصوغه صوغا وصياغة وعمله الصياغة والشيء مصوغ و الصوغ ما صيغ ، و رجل صواغ يصوغ الكلام و يزوره وربما قالوا فلان يصوغ الكذب وهي استعارة² ، أما اصطلاحا فهي ترتيب الكلام على نحو معين صالح لترتيب الآثار المقصودة منه، و منه قولهم صيغة البيع و صيغة عقد النكاح وهي من أركان الزواج التي يتم العقد بها لاشتمالها على الإيجاب و القبول وتكون باللفظ الصريح فلا تكفي الإشارة أو الكتابة مع القدرة على النطق، وعرفها النفراوي بأنها كل ما يدل على الرضا من الزوج و الولي أو من وكيلهما.³

بذلك فالصيغة هي الإيجاب والقبول، فالإيجاب هو الكلام الذي يصدر من الولي أو من يقوم مقامه، و القبول هو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه، ومن أمثلتهما البسيطة أن يقول الرجل زوجني ابنتك فيقول وليها قبلت، أو تقول الزوجة زوجتك نفسي فيقول هو قبلت، فالمهم أن يكون بكل لفظ يفيد معنى النكاح والتزويج.⁴

¹ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص 41

² رازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، المصدر السابق، ص 156

³ بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، قسنطينة، ص 156-

⁴ دؤارة تركية، تكريس أحكام اتفاقية الدولية لحقوق المرأة في قانون الاسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، 2017/2018م، ص 217

ما ينعقد به الرضا في العقود يقتضي التقاء رضا المتعاقد الأول برضا المتعاقد الثاني، فيتولد بهذا الالتقاء ما يسمى بالتراضي ولما كان هذا التراضي في حقيقته أمراً باطنياً، ونظراً لأهمية العقود من حيث آثارها على الغير، فإنّ الفقه الإسلامي أوجب ظهور هذا التراضي في صورة واضحة بعيداً عن كل التباس أو تأويل، يسمى صيغة العقد، حيث يتبادل العاقدان من خلالها الإيجاب والقبول .

هذا ولم يعتد الفقهاء بالمعاطاة بديلاً عن الصيغة، في بعض العقود دون غيرها، فالأصل المتفق فيه بين الفقهاء، هو أن تتم صيغة العقد باللفظ لأنه أوضح وسائل التعبير دلالة على المعنى المقصود، ولهذا فإنّ الفقهاء قد فصلوا القول في الألفاظ والعبارات التي تتم بها صيغة العقد، لاسيما في عقد الزواج، فإنّ تعذر اللفظ، يُصار إلى الكتابة، أو الإشارة، أو إلى أية وسيلة أخرى تحقق المقصود.

ثالثاً: مدى صحة التعاقد بالمعاطاة:

المقصود بالمعاطاة، المبادلة الفعلية الدالة على تبادل الإرادتين والتراضي دون صيغة التعاقد. ولقد ميز الفقهاء في هذا المجال، بين نوعين من العقود من حيث انعقادها بالمعاطاة من عدمه.

النوع الأول: العقود التي يكون موضوعها الأساسي الأموال، كعقد البيع والإجارة. فإنها تتعقد بالمعاطاة وإن لم يصدر عن المتعاقدين صيغة واضحة.

النوع الثاني: عقد الزواج، فلا ينعقد بالمعاطاة باتفاق الفقهاء، واشتراطوا فيه الصيغة، أن تكون بألفاظ مخصوصة لا ينعقد الزواج بغيرها، على تفصيل بين المذاهب.¹

الفرع الثاني: مقومات ركن الرضا في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

معظم المواثيق الدولية أكدت على مبدأ توافر رضا الزوجين عموماً في انعقاد الزواج، وبشكل خاص ركزت المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق المرأة على المساواة بين الرجل والمرأة

¹ سعيد قاضي، المرجع السابق، ص 27

في انعقاد الزواج وفي حرية اختيار الزوج وعدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل، وهو ما جاء في المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

كما تضمنت الاتفاقية الدولية للرضا في الزواج و الحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج أن يكون الزواج برضا الطرفين التام كي يعتبر زواجا قانونيا، حيث نصت المادة 01 أنه لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعرايهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون، و استتنت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه لا يكون حضور أحد الطرفين ضروريا إذا اقتنعت السلطة المختصة باستثنائية الظروف وبأن الطرف الغائب قد أعرب عن رضاه أمام سلطة مختصة وبالصيغة التي يفرضها القانون ، ولم يسحب ذلك الرضا.¹

وعليه، استجاب المشرع الجزائري للأصوات المطالبة بتعديل هذه المواد التي اعتبرتها كل من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأسرة وكذا الجمعيات النسوية أنها مواد تمييزية، تمس بحقوق المرأة في نطاق الأسرة، وهذا واضح من خلال الأمر 02-05 المؤرخ في 27-02-2005. واللافت من الأمر أن المشرع الجزائري أثناء تعديله لقانون الأسرة ركز على مبدأ الرضائية في عقد الزواج، حيث ذكره في عدة مواد 04، 06، 09، والمادة 10 و 33، حيث نصت المادة 04 من الأمر 02-05 على أن الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي".

أما في المادة 06 فقد ذكر الرضا كشرط ضروري لانعقاد الزواج، حيث نصت هذه المادة على أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا".

¹دورة تركية، تكريس أحكام الاتفاقيات الدولية لحقوق المرأة في قانون الاسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2017/2018م، ص ص 173-174

في حين نصت المادة 09 على أنه ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، عندما ننظر إلى المادة نظرة تحليلية نجد أن عقد الزواج يتميز عن باقي العقود الأخرى المدنية، لكونه عقد رضائي يتم بتبادل الرضا بين الزوجين لتأسيس أسرة أساسها المودة، والجديد أن هذه المادة جعلت للزواج ثلاث أركان، وهي الزوج والزوجة والتراضي عند من يراها من الناحية الشرعية، لكن تختلف الرؤية عند النظر إليها من الناحية القانونية التي حصرت ركن الزواج في ركن واحد وهو التراضي.¹

وقد أكدت القرارات القضائية على ما جاء في هذه النصوص ومن ذلك قرار المحكمة العليا الذي قضى بمايلي " أن عقد الزواج مبني بصفة عامة على أساس الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة 09 وأن المادة 04 من نفس القانون تعرف الزواج بأنه عقد رضائي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وأنه بناء على ذلك فإنه لا يمكن للقضاة الموضوع إجبار الزوجة ما على الدخول بها رغم معارضتها أو عدم رضاها به. ومن هنا نستنتج أن عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد وهو الرضا، فإذا اختل هذا الركن لم ينعقد العقد أصلا، ويكون باطلا بطلانا مطلقا من الناحية القانونية وهذا ما نصت عليه المادة 33 الفقرة 01 المعدلة، حيث جاءت بما يلي: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".²

فعقد الزواج له ركن واحد فقط وهو الإيجاب والقبول (الصيغة) الدالة على الرضا المعبر عنها بالإيجاب من أحد العاقدين والقبول من الطرف الآخر هذا بالنسبة للحنفية. وأما ما عدا ذلك فيها شروط لعقد الزواج، والشافعية متفقون مع الحنفية في اعتبار الإيجاب والقبول ركناً من أركان عقد الزواج.

¹موهون ملية، زركي مسعودة، أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية العلوم السياسية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، 2021/2022م، ص36

²قرار رقم 415123 المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12/08/2008 المجلة القضائية، ع 01، ص 277، 2008م، ص 277

فلا ينعقد الزواج بأي شكل من الأشكال إذا خلا من الصيغة ولكن مع ذلك فهم مختلفون في بعض ما يشترط لهذه الصيغة (رضا)، من شروط سواء في ماهيتها أو في شروطها وقد ورد في كتب الشافعية بأن أركان النكاح خمسة وهي: زوج وزوجة وولي وصيغة وشاهدان، ولكن مما ينبغي الإشارة إليه أن الشافعية في انساب أقوالهم لا يعتبرون الشاهدين من أركان عقد الزواج. وذلك لخروجهما عن الماهية ويؤكد ذلك الإمام الغزالي في الوسيط بقوله والشاهدين ليس ركناً ولكن تساهلنا بتسميتهما ركناً.

وعليه فإن أركان العقد عند الشافعية هي الصيغة والزوج والزوجة والولي، وعند الحنفية ليس للزواج إلا ركن واحد وهو الصيغة، ولكنهم مع ذلك يجعلون للعقد شروطاً أعلاها شروط الانعقاد ثم شروط الصحة ويلها شروط النفاذ وأخيراً شروط اللزوم، ففيما يتعلق بشروط الانعقاد البعض منها يرجع إلى الصيغة والأخرى إلى العاقدين والأخرى إلى المحل، وإذا انعدم شرط من هذه الشروط بطل العقد ولا يترتب عليه آثار الزواج، كما هو الحكم عند الشافعية.

إذ يمكن القول بأن الحنفية والشافعية متفقون على عدة أمور هي بمثابة الأركان والخلل فيها يؤثر على العقد بالبطلان وهي الصيغة والعاقدان والزوجة فلم يبق الخلاف إلا في الولي، فالحنفية لا يجعلونه ركناً، وأما الشافعية فلا يصححون العقد بدونه.

والإيجاب عند الحنفية هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين بغض النظر عن صدر منه، سواء كان هو الرجل أم المرأة والقبول هو ما صدر من الطرف الثاني، جواباً عن الأول، دالا على الموافقة على إيجاب الأول. فإذا قال رجل لآخر زوجتك ابنتي فقال قبلت

كان الأول مجيباً والثاني قابلاً¹.

¹ إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الاسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 1429هـ / 2009م، ص78

ومن ثم نستنتج بأن المشرع الجزائري سار وفق مذهب الحنفية وما ذهب إليه بعض الحنابلة في جعل ركن الزواج الإيجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة التي ينشأ بها العقد، وهي الأسلوب الذي يلجأ إليه المتعاقدان للتعبير عن رضاها بالعقد سواء جرى ذلك بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل، وقد عني الفقهاء عناية فائقة بموضوع الصيغة التي اعتبرها الأحناف الركن الوحيد في انعقاد العقد، كما عني بها الجمهور كذلك باعتبار أن الرضا هو المعنى الذي تدور حوله أركان العقد، والرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه وتتوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره لأنها هي التعبير عنه وهي الشكل الذي يعتد به وتتخذ هذه الصيغة شكل الإيجاب والقبول.

ومنه فإن الرضا لا يعدّ ركناً من الأركان؛ لأنه أمر معنوي داخلي نفسي لا مجال لإدراكه ولا الإحساس به، وإنما يعبر عنه بالصيغة التي تمثل الركن، والمعبر عنها بالإيجاب والقبول؛ لأن الرضا في حقيقته شرط انعقاد وليس ركناً، ذلك لأن شروط الانعقاد هي تلك الشروط التي يطلب توافرها في أركان العقد عند انعقاده، والرضا مطلوب توافره عند الزوجين حال إبرام عقد الزواج¹.

المطلب الثاني

شروط صحة الزواج

لقد تناول قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توافرها لانعقاد الزواج صحيحاً دون أن يميز ما يعتبر منها من الشروط الشكلية. غير انه على صعيد القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بين شكل الزواج وموضوعه، ويترتب على ذلك اخضاع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي تخضع له الشروط الشكلية، ولقد كانت القوانين القديمة تخضع كل من شكل التصرف و موضوعه لقانون محل الإبرام وأصبحت اليوم القوانين الحديثة تميز بين

¹محفوظ بن صغير، محاضرات في مقياس احكام الزواج، المحاضرة الثالثة، 2021-2022، أنظر أكثر :

<https://view.officeapps.live.com/>

شكل التصرف و موضوعه، وعليه سنتحدث عن الشروط الموضوعية في عقد الزواج(الفرع الأول) ليلي بعد ذلك تبيان الشروط الشكلية لهذا العقد(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الموضوعية في عقد الزواج

تتمثل الشروط الموضوعية في عقد الزواج أساسا في الأهلية(أولا) والولي(ثانيا) والصداق(ثالثا) والشهود(رابعا)، هذا ويشترط ألا يكون هناك مانع من موانع الزواج(خامسا)

أولا: شرط الأهلية

الأهلية لغة من أهل، و أهل الأمر ولاته و أهل البيت سكانه، و أهل الرجل أخص الناس به، و أهل لكذا أي مستوجب له و مستحق له ومنه قوله تعالى: ﴿هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَعْرِفَةِ﴾¹، أي أنه تعالى أهل لأن يتقى فلا يعصى فلا يجعل معه إله و أهل المغفرة لمن اتقاه²، وأهله لذلك الأمر تأهيلا و أهله أي رآه له أهلا، و استأهله استجوبه.

فالمقصود بالأهلية في اللغة هو الجدارة و الكفاية للشيء، أما اصطلاحا فيميز الفقهاء بين أهلية الوجوب و أهلية الأداء، فيعرف علماء أصول الفقه أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لاستعمال الحق، إذ يمكن أن تتوافر في الشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء بمعنى أن يكون مستمتعا بالحق ولا يستطيع استعماله، فعند إطلاق لفظ الأهلية يكون المقصود بها أهلية الأداء.³

إذ لا بد من توافر حد معين من النضج الجسدي و العقلي في الرجل و المرأة المقبلين على الزواج و نقصد بها هنا سن الزواج، وقد آثرنا التطرق إليه أولا كونه أمر مبدئي

¹سورة المدثر، الآية 56.

²دوارة تركية، المرجع السابق، ص 180.

³عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، د.ط، دار الإحياء، التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 266-268.

وأساسي إذ يفترض أن لا يقوم أصلا عقد الزواج بالنسبة لمن كان عديم أهلية الزواج وهو من لم يبلغ السن القانونية و لم يرخص له القاضي قبلها.

فعلى اعتبار أنها مسألة تطرقت لها العديد من الاتفاقيات الدولية، خاصة اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج التي دعت لاتخاذ جميع التدابير المناسبة لإلغاء الأعراف والقوانين والعادات القديمة المتصلة بالزواج والأسرة و التي تتنافى مع المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان خاصة تأمين الحرية التامة في اختيار الزوج وإلغاء زيجات الأطفال وخطبة الصغيرات قبل سن البلوغ ، وتقرير العقوبات الملائمة عند اللزوم.

فمن وجهة نظرنا يعتبر صغر السن من أهم الأسباب التي تحول دون اتخاذ المرأة للقرار السليم بشأن زواجها و بالتالي ففي تحديده حماية لحقوقها، وقد دعت هذه الاتفاقية في مادتها الثانية إلى القضاء على ظاهرة زواج الأطفال من خلال قيام الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتحديد حد أدنى لسن الزواج لا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن و استنتجت حالة تقرير السلطة المختصة قانونا الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية لمصلحة الطرفين الراغبين بالزواج.

حيث لم تحدد هذه الاتفاقية الحد الأدنى للسن أو نوع العقوبات الرادعة عند زواج الأطفال دون السن المحدد وتركت ذلك للقوانين الداخلية لكل بلد ، وهو ما أكدته أيضا اتفاقية سيداو بحظر تزويج الأطفال من خلال اعتبار خطوبة الطفل او زواجه دون أي أثر قانوني وحث الدول الأطراف على اتخاذ كل التدابير الضرورية بما فيها تشريع القوانين اللازمة لتحديد سن أدنى للزواج.¹

¹المادة 61 من إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة.

لذلك قام المشرع الجزائري بتحديد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 بـ 18 سنة بالنسبة للفتاة و 21 سنة بالنسبة للفتى، غير أنه عاد و عدله إلى 19 سنة بالنسبة للرجل و المرأة على حد سواء بموجب الأمر 05-02، حيث أصبحت المادة السابعة من قانون الأسرة تنص " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات، والملاحظ أن هذا التعديل الذي يتضمن تحديد سن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل وللمرأة حقق الانسجام مع سن الرشد القانونية.¹ وكذا المساواة بين الرجل والمرأة سواء في بلوغ السن كاملة او إمكانية الترخيص بالزواج لكليهما من طرف القاضي لضرورة أو مصلحة.

وتكون الجزائر بذلك قد وافقت التزاماتها الدولية بمقتضى اتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، غير أنه يؤخذ على المشرع الجزائري عدم وجود نص في قانون الأسرة حول ما يترتب عن تزويج من لم تكتمل أهليته في الزواج دون رخصة من القاضي.

وكذا ترك الباب مفتوحا أمام القاضي للتخفيف بالزواج قبل بلوغ السن القانونية فكان الأولى تحديدها بسن معينة كحد أقصى في حالات الضرورة القصوى فقط لا يجوز الترخيص قبلها فالزواج له مقاصد وغايات تقتضي توفر الأهلية الكاملة إذ يترتب عليه التزامات قد لا يستطيع الصغير تحملها خاصة منها الالتزامات المالية.

هذا دون أن نهمل الواجبات الأسرية والزوجية، فكيف نتصور من فتاة صغيرة مثلا القدرة على الحمل والإنجاب والتربية الصالحة للنشأ بما فيه صلاح المجتمع، فالأمر لا يتعلق هنا بمجرد البلوغ البيولوجي فقط سواء كان الأمر للذكر أو للأنثى ، لذلك فليس من

¹المادة 01 من القانون المدني الجزائري.

المصلحة الخاصة و لا العامة فتح المجال لعقود زواج يفتقد أطرافها إلى الإدراك و النضج الفكري الكافي لما هم مقدمون عليه.

يجد رأينا هذا دلالة في قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾¹، بمعنى أن يتأمل الوصي اخلاق يتيمه ، فإن رأى منه نجابة دفع إليه شيئاً من ماله فإن أحسن التصرف فيها دفع إليه ماله و إن أساء أمسك ماله عنده، وليس من العلماء من يقول إن وجد الصبي رشيدا ترفع الولاية عنه لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾²

لقد حرص المشرع الجزائري على وجود نوع من التناسق بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة الجزائري، وذلك بتحديد سن 19 سنة كاملة كأهلية للزواج لكلا الجنسين، كما أنه اتفق مع التوجه الدولي وذلك ظاهرا في المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 المؤرخ في 18 كانون الأول/ ديسمبر 1979م.³

حيث أقرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة بمناسبة دورتها الثالثة عشرة سنة 1994، أن السن الأدنى للزواج يجب أن يكون في الثمانية عشرة سنة لكل من الرجال والنساء.⁴

¹سورة النساء، الآية 6 .

²دورة تركية، المرجع السابق، ص 182.

³محمد إبراهيم خير الوكيل، أهم المواثيق و الإعلانات و العهود و الإتفاقيات الدولية و الإقليمية في شأن حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، 1436 هـ - 2015م، ص159.

⁴كيفجي الضيف، حماية الاسرة في المواثيق والمعاهدات الدولية، جامعة 20 أوت 55 سكيكدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، (د،ع)، ص.244.

وما يعاتب عليه المشرع أنه لم يسع إلى تحديد السن الأدنى لمنح الإذن، فقد أعطى بمقتضى المادة السابعة من التعديل بموجب الأمر 05-02 السلطة التقديرية للقاضي في شأن الإذن، الأمر الذي يجعل من حكمه المطلق هذا عاملا مساعدا في خلق تلك الحالة، حالة زواج الصغار - وخاصة أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وأن جمهور الفقهاء ذهب إلى القول بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ،¹ ودليلهم قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾.²

حدّد المشرع السن القانونية للزواج كقاعدة عامة، لكن ترد عليه بعض الاستثناءات في حالة توفر كل من شرط المصلحة والضرورة في أحد المتعاقدين، إن تحديد السن للزواج يعتبر من النظام العام فلا يمكن مخالفته إلا بإعفاء من السن القانونية برخصة يمنحها القاضي، وهذا الأخير أحيانا يرفض تقديم ترخيص بالزواج وهو الأمر الذي يجعل الأولياء والشباب يلجؤون إلى الزواج العرفي الذي لا يتطلب استحضار هذه الرخصة.

أغفل المشرع الجزائري أثر تخلف شرط الأهلية عن عقد الزواج في قانون الأسرة؛ حيث ذكر في المادة 33 من الأمر رقم 05-02³ تخلف بعض الشروط المنصوص عليها في المادة 09 مكرر؛ من صداق وشاهدين، بالإضافة إلى الولي ولم يدرج ضمنها الأهلية.⁴

يستخلص من النصوص القانونية، وخاصة منها ما يتعلق بما جاء في المواد 07 و 09 مكرر و 11¹، أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين، وهذا لا يكون صحيحا ما لم

¹تشار جيلالي: سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية الجزائر، س 1999، ع04، ص، 77، 78.

²سورة الطلاق، الآية 4.

³أنظر المادة 7 مكرر من الأمر 05-02، مرجع سابق.

⁴المادة 33 من الأمر رقم 05-02 تنص على: " يبطل الزواج إذا أختل ركن الرضا إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل " .

يستوف صاحبه سن الأهلية الكامل، و إلا لم يصح العقد وهو الأصل، وبما أن عقد الزواج عقد دائر بين النفع والضرر فإن المادة 83 من ق.أ التي تسمح بزواج القصر بإجازة الولي.

كما اشترط المشرع ضرورة الحصول على إذن قضائي سابق عن العقد أو لاحق به؛ إذ تعبر موافقة الولي على زواج من في ولايته، وقد بلغ سن الرشد، وهذا إجراء لا بد من استكماله وإلا اعتبر غير صحيح²، فأهلية العاقدين بالتمييز فإذا كان أحد العاقدين فاقده الأهلية للعقد بفقده التمييز بأن كان مجنوناً أو صغيراً غير مميز فلا ينعقد الزواج بعبارته³.

ثانياً: شرط الولي

لم يعد للولاية دور تلعبه كشرط من شروط الزواج طالما أن المرأة تختار الولي، كما أن الولي مسلوب من حق التعبير متى كان ذلك ضرورياً محققاً لمصلحة المرأة حيث بسط المساواة بين الجنسين، فإن المادة هذه لم تحققها بقدر ما وضعت المرأة في غير مأمّن متى لم تتحقق الغايات المرجوة من الزواج، فلو أساءت الاختيار مثلاً بحكم قلة تجربتها، لتعذر عليها اللجوء إلى أبيها احتماؤه به، طالما أنها أقصته من الولاية واختارت ولياً غيره وهذا ما يخشى منه، لأن الولي كقاعدة عامة لم يكن يوماً ضد إرادة أولاده في بناء مستقبلهم بل كان دائماً رقيباً موجهاً لهم، لأنه لا يمكن القول بتوافر الشفقة على البنت في غير أبيها، ولأن عنصر شفقة الأصول على الفروع عنصر فطري، لا يتحقق في غير الوالدين.

تنص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"⁴ وغالباً ما ينتهي هذا النوع من الزواج بآثار سيئة ومن تفكك عائلي، وألغيت المادة 12 و عدلت المادة 13: "لا يجوز

¹ الأمر رقم 05-02، مرجع سابق.

² راجع المواد 7 من القانون رقم -11 84، مرجع سابق، و9 مكرر و11 من الأمر رقم -02 05، مرجع سابق.

³ علي عثمان جراي، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق المذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، 1305 - 1375هـ، 1888-1956م، ص26.

⁴ مجدوب منال، الإطار القانوني لكل من الخطبة والزواج في القانون الجزائري، المركز الجامعية، الجزائر، ص115.

للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

وعليه فالمشرع الجزائري جعل الولاية شرط صحة في عقد الزواج، غير أنه ترك الاختيار للمرأة لممارسة الولاية، بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره، وما حضور وليها إلا إجراء شكلي لا يترتب عليه بطلان العقد¹، غير أن تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05 تضمن حكما مخالفا للشريعة الإسلامية، من خلال إلغاء دور الولي في زواج من في ولايته، حيث أصبح للمرأة الراشدة مباشرة عقد زواجها كطرف أصيل، ولا يعتد بإرادة وليها سواء بالقبول أو الرفض، بل يقتصر فقط على الحضور في مجلس العقد².

نستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يتخذ عن شرط الولاية في الزواج بصورة نهائية، لاقتصار التعديلات التي قام بإدخالها في مجال الولاية على الأخذ بالولاية الاختيارية بدلا من الولاية الإجبارية، لذلك فإن هذه التعديلات ومع أنها تمت من أجل مواعمة أحكام هذا القانون مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979 فإنها لم تخرج بدورها عن جانب الاجتهاد في الفقه الإسلامي، وهي بالتالي لم تكرس للمرأة أي مركز قانوني مساوي لمركز الرجل في مجال إبرام الزواج خارج الاجتهاد الفقهي³.

أ_ شروط الولي في عقد الزواج

تنقسم شروط الولي في عقد الزواج الى قسمين شروط متفق عليها وشروط مختلف فيها، وهذا ماسيتم تبيانه في الآتي:

¹أمر سعيد شابعة، عيسى أمعيزة، المركز القانوني للمرأة في ابرام عقد الزواج في القانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد التاسع، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص495.

²أولاد علي حسن، الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد7، العدد2، 202م، ص61.

³أمر سعيد شابعة، المرجع السابق، ص495.

01_ شروط متفق عليها:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الولي الإسلام والعقل والبلوغ، إذ يعدان هذان الشرطان أساسيان ينبغي توافرهما في الولي.

_ الإسلام : لأنه لا ولاية للكافر على المسلمة بالإجماع، وذلك لقوله تعالى : ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾¹، وقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾². لأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز ولهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر " .

_ العقل والبلوغ: لأن المجنون والصبي لا ولاية لهما على أنفسهما، فمن باب أولى ألا تكون لهما ولاية على غيرهما.

02_ شروط مختلف فيها: هناك جملة من الشروط اختلف الفقهاء في اشتراطها وعدم اشتراطها في الولي وهي:

_ الرشد: ذهب الإمام أبو حنيفة، وأكثر أصحاب مالك وهو المشهور في المذهب إلى أنه لا يشترط الرشد في الولي وعليه تجوز ولاية السفیه، قال بن رشد: " وأما الرشد فالمشهور في المذهب أعني، عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها " وذهب الإمام مالك والشافعي إلى اشتراط الرشد في الولي.

وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال، فمن رأى أنه قد يوجب الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال: ليس من شرطه أن يكون رشيدا في المال، ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال: لا بد من الرشد في المال.

¹سورة النساء الآية 141.

²سورة المائدة الآية 51.

العدالة : ذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليه ، على أن للفاسق أن يلي عقد النكاح، يقول الكاساني : « ولنا إجماع الأمة أيضا فإن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد خصوصاً الأعراب والأكراد والأتراك، ولأن هذه ولاية نظر، والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة وكذا لا يقدر في الوراثة فلا يقدر في الولاية كالعدل، ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل. وذهب الأئمة الشافعي وأحمد وهو الأصح في المذهبين، بأنه لا تجوز ولاية الفاسق قوله : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » ؛ لأنها ولاية نظر، فلا يستبدل بها الفاسق كولاية المال¹.

اتحاد الدين: يقول المولى عز وجل: ﴿لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾²، ومدلول هذه الآية أنه لا ولاية للكافر على المسلم. والأكثر من ذلك، فلا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾³. وعليه فإن اتحاد الدين بين المولى و من تحت ولايته ينتج عنه بالضرورة الاتحاد في وجهات النظر بينهما في تقدير المصلحة، والأكثر من ذلك ترتبط الولاية في عقد الزواج بالميراث بصفة تبعية، فلا ميراث مع اختلاف الدين⁴، غير أنه لا مجال لإعمال هذا الشرط في حالة الولاية العامة للحاكم والتي تثبت بدورها حتى لرعاياه غير المسلمين.

الذكورة: تباينت آراء الفقهاء حول مدى ضرورة توافر شرط الذكورة للشخص الذي يتولى عقد الزواج على غيره، حيث يرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة بأنها لا تثبت

¹ محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد1، العدد1، ديسمبر 2015م، جامعة الوادي، ص148.

² سورة آل عمران، الآية 28.

³ سورة الأنفال، الآية 73.

⁴ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4، 1983، ص274.

لأنثى، وقد أسسوا هذا التوجه على أساس أنه مادامت الولاية لا تثبت للمرأة على نفسها بالغة كانت أو قاصرة، فأولى ألا تثبت لها على غيرها، أما بالنسبة للحنفية فقد أثبتوا الولاية للأم وبنت الابن والأخت والعمة وغيرهم من القرابة الوارثين، شريطة ألا يكن عصبات مع الرجال، وهذا هو المشهور لدى الإمام أبو حنيفة، فالولاية تكون لعامة الأقارب المستحقين للميراث ذكورا كانوا أو إناثا.¹

ب_ حكم الولي في عقد الزواج:

رأينا في ما سبق بأن فقهاء الشريعة اتفقوا على أن الولي شرط في عقد الزواج، لكنهم اختلفوا، هل هو شرط صحة في العقد أم شرط تمام، وسبب اختلافهم كما يقول ابن رشد: « أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها كلها أيضا، وسنحاول فيما يلي ذكر أدلة كل فريق مع الاختصار في مناقشتها حول حكم الولي في عقد الزواج، ثم نبين موقف المشرع الجزائري من المسألة ومناقشته.

ذهب الفقهاء في حكم الولي في عقد الزواج مذهبين، فالمذهب الأول: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الولي شرط صحة في العقد، وأنه لا يصح العقد بدون ولي ولا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها، ولا تزوج غيرها سواء كانت بكرة أو ثيبا وليس لها أن توكل غيرها في إنشاء هذا العقد، استدلت أصحاب هذا المذهب بجملة من الأدلة من الكتاب والسنة، ومن المعقول، فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج7، ط2، 1985، 1405، ص197.

وجه الدلالة من هذه الآية وجهان كما قال الماوردي في الحاوي الكبير: (أحدهما: نهي الأولياء عن عضلهم والعضل المنع في أحد التأويلين، فلو جاز لهم التفرد بالعقد لما أثر عضل الأولياء، ولما توجه إليهم النهي. والثاني: قوله في سياق الآية: ﴿إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، والمعروف ما تناوله العرف بالاختيار وهو الولي والشاهدان.

فهذه الآية ليس فيها أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيمهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد، لا حقيقة ولا مجازاً بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص، بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من هم تحت ولايتهم.

أما المذهب الثاني ذهب فيه الحنفية إلى عدم اشتراط الولي في عقد الزواج، وإنما قالوا باستحبابه على وجه الندب وبالتالي يصح الزواج عندهم بدون ولي، ولا يحق له الاعتراض على العقد إلا إذا لم تحسن الاختيار، وزوجت نفسها من غير كفاء أو دون مهر المثل، عندها يلجأ إلى القاضي لطلب فسخ العقد.

حيث استدل أصحاب هذا المذهب بجملة من الأدلة من الكتاب والسنة ومن المعقول. من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾.¹

فهذه الآية فيها نص على انعقاد النكاح بعبارتها، فكانت حجة على المخالف، قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾² وجه الدلالة في هذه الآية: من وجهين أحدهما: أنه أضاف النكاح إليها فيقتضي تصور النكاح منها، والثاني: أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهي،

¹سورة الأحزاب، الآية 50.

²سورة البقرة، الآية 230..

قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾¹ وجه الدلالة في هذه الآية أنه أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي.

إذ أن إسناد الإنكاح إلى الأولياء قد ورد في آيات أخرى، فوجب أن يكون الإسناد حقيقيا في البعض الآخر، ولا قائل بأن إسناد الإنكاح إلى الأولياء مجازيا، فوجب أن يكون المجاز في إسناد النكاح إلى النساء لأنهن محل العقد، يدل على ذلك ما صح من الحديث في سبب نزول قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾، فدل ذلك على أن الآية لا تصلح للاحتجاج فيما ذهب إليه الحنفية. وإضافة النكاح إليهن ليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك.²

ثانيا: شرط الصداق

اعتبر المشرع الجزائري الصداق شرطا من شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر من ق.أ.ج وقام بتنظيم أحكامه في المواد 14، 15، 16 و 17 منه، ثم تعرض إلى أثر تخلفه في المادة 33 ف2 المعدلة، لذلك سنتناول موضوع الصداق في هذه النقاط وفق ما يلي:

أ_ تحديد معنى الصداق:

يعني مهر المرأة، ويسمى بصداق لإشعاره بصدق الرغبة في الزواج الذي هو الأصل في إيجاب المهر، وجمعه أصدقه وصدق، وله عدة أسماء الصداق، المهر، الأجر، الصدقة النحلة، الفريضة والعقر³

ويعرف في الفقه أنه «المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها⁴ كما يعرف على أنها اسم للمال الذي تستحقه المرأة، إما بعقد النكاح، سواء بالتسمية أو

¹سورة البقرة، الآية 230.

²محمد بجاق، المرجع السابق، ص152-155.

³حسين بن محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، (ط1)، منشورات دار القلم العربي، سوريا، 1995، ص82

⁴يوسفي كهينة، ولامي ليلي، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، - بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013م، ص35.

بالعقد، وإما بالدخول في عقد فاسد أو بشبهة، وله أسماء منها : الصداق والنحلة والأجر والفريضة والعقر¹

هذا وقد عدد الفقهاء المسلمين الشروط الواجب توافرها في الصداق من ذلك أن يكون مالا ذا قيمة، إذ لا يصح الصداق بالمال اليسير والتافه، وأن يكون طاهرا يصح الانتفاع به و ألا يكون الصداق مغسوبا إذ يجب أن يكون مملوكا للزوج، وأن يكون معلوما غير مجهول² أما المشرع الجزائري فقد عرف الصداق وعبر عنه بكونه هدية أو نحلة تدفع للزوجة فقد نصت المادة 14 من ق.أ.ج أن: الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها مما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء»³.

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد ركز على القيمة المالية في تعريفه للصداق وأهمل في مقابل ذلك قيمته المعنوية كرمز للتعاطف والمودة التي يعبر الزوج بواسطته عن إرادته الجدية في بناء الحياة الزوجية⁴

وقد سار المشرع الجزائري على منوال الفقه الإسلامي في تحديد الشروط الواجب توافرها في الصداق؛ فاشتراط أن يكون من نقود أو غيرها، أي من الأشياء القيمة التي لها قيمة مالية، وأن يكون مباحا شرعا، أي طاهرا صالحا للانتفاع به، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء، وهذا ما جاء في نص المادة 14 ق.أ.ج على أن: «الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها مما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

في حين نصت المادة 16 على استحقاق الصداق حيث نصت على أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، وبالتالي فإن الصداق أو المهر هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو

¹ أحمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، 1977، ص241.

² يوسف كهيبة، ولامي ليلي، المرجع السابق، ص36.

³ أنظر المادة 14 من الأمر 02-05، مرجع سابق.

⁴ يوسف كهيبة، ولامي ليلي، المرجع السابق، ص35.

الدخول بها كرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة، والأدل على وجوب الصداق من قوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وقوله تعالى ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾¹.

ب_ حكم وجوب الصداق:

هو إظهار هذا العقد ومكانته، وإعزاز المرأة وإكرامها، وتقديم الدليل على بناء حياة زوجية كريمة معها، وتوفير حسن النية على قصد معاشرتها بالمعروف، ودوام الزواج، وفيه تمكين المرأة من تهيؤ للزواج بما يلزم لها من لباس ونفقة، وكون الصداق واجبا على الرجل دون المرأة، ينسجم مع المبدأ التشريعي في أن المرأة لا تكلف شيء من واجبات النفقة سواء كانت أما أم بنتا أم زوجة، و إنما يكلف الرجل بالإنفاق، سواء الصداق إما نفقة المعيشة و غيرها، لأن الرجل أقدر من الكسب و السعي للرزق.

وأما المرأة فوظيفتها إعداد المنزل وتربية الأولاد و إنجاب الذرية الصالحة، وهي أعباء ليست بالهينة ولا باليسيرة، ووضع القرآن مبدأ توزيع المسؤوليات المالية بين الرجل والمرأة²، قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾³

(ان أعظم النساء بركةً أيسرهنَّ مؤونةً) وقال خير الأحباب ﷺ: خير الصداق أيسره وفي الحديث: " التمس ولو خاتماً من حديد" ولما لم يجد، قال له ﷺ: زوجتها بما معك من القرآن.⁴

¹مجذوب منال، المرجع السابق، ص115.

²وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج،08، ط،03، دار الفكر، دمشق،2012، ص ص 249-248.

³سورة النساء: آية 34.

⁴صلاح سيف الدين، حقوق الزوج والزوجة وأصول المعاشرة الزوجية، دار الجيل، بيروت،1415هـ - 1995م، ص35.

ج_ أنواع الصداق:

الصداق في عقد الزواج نوعان صداق مسمى وصداق المثل وهذا ما سيتم تبياناه في هاته الجزئية:

01_ الصداق المسمى:

وهو ما يتفق عليه في العقد الصحيح أو الفرض بعده بالتراضي وهو الصداق الذي يثبت بمجرد اتفاق الزوجين معا مهما بلغت قيمته طالما تم بإرادة ورضى الطرفين أو بعبارة اخرى ما اتفق عليه في العقد الصحيح، أو فرض بعد التراضي وهو ما أشارت اليه المادة 9 مكرر، "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الاتية، أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج، والمادة 15 من قانون الأسرة الجزائري: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل."

ويعتبر من جملة الصداق في العقد، ما جرى عرف الناس عليه من تقديم الزوج للزوجة البكر قبل الزواج ثيابا أو نحوها وللزوجة في المالكية أن تمنع نفسها حتى تقبضه فاذا سلمت له ليس لها بعد ذلك الا المطالبة بالصداق كدين في ذمته ولا يترتب الطلاق عن تعذر الوفاء به، وان اختلف الزوجان في قبض حال الصداق، فالقول قول الزوجة قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول طبقا للمادة 17 من قانون الاسرة الجزائري¹ فإذا عرفت هذا فالمستحب ألا يعقد النكاح إلا بصداق مسمى الاقتداء برسول الله ﷺ فإنها لا يعقد إلا بمسمى، ولأنه أذع للخصومة.² ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾³.

¹ عبد الكريم نذير، نور الدين حمادي، حق الزوجة في الصداق في ظل القانون الاسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد5، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021، ص560

² سورة البقرة، الآية 236

³ صلاح سيف الدين، المرج السابق، ص35

02_ الصداق المثل:

مهر المثل هو مهر امرأة من أقارب أبيها كالأخوات والعمات وبنات الأعمام، ولا يعتبر بأمرها وخالتها إلا إذا كانتا من قبل أبيها، بأن يكون أبوها تزوج بنت عمه، فإن أمها وخالتها تكون من قبل أبيها، وذلك لأن قيمة الشيء، إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه، والإنسان من جنس قوم أبيه، لا من جنس قوم أمه.

ويعتبر في مهر المثل، أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والصلاح والبلد والعصر والبركة والأدب والعلم وما إلى ذلك من كل الصفات التي يرغب فيها، ويختلف المهر باختلافها على أن يراعى حال الزوج بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساءها، في المال والحسب وعدمها، وإذا لم توجد من تماثلها في صفاتها، من أقارب أبيها، اعتبر مهر المثل بمهر امرأة من أسرة تماثل أسرة أبيها في المكانة والمنزلة الاجتماعية.

وعندما يراد إثبات مهر مثل امرأة يشترط إخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول، بأن يقولوا نشهد أن مهر مثلها مائة جنيه مثلاً، لأن فلانة التي هي من أقارب أبيها تساويها في الأوصاف المعتبرة من كذا وكذا وقد تزوجت بهذا المبلغ¹.

يشترط فيه ما يشترط في السلعة من كونه طاهراً منتقياً به شرعاً مقدوراً على تسليمه. معلوم القدر والصفة للمتعاقدين. ولا بد من علم الأجل فيهما، كأن يكون مؤجلاً كله أو بعضه، وألا يكون مجهولاً قدرًا وصفة ولا مغضوباً، فإن وقع على أن يصدقها نجساً كخمر، أو يصدقها حيواناً من بقر أو غنم أو معز أو إبل شاردة، أو سمكا في ماء مجهولاً قدرًا أو صفة أو أجلاً فسخ النكاح قبل البناء لفساده ولا شيء لها، وإن بني بها ثبت النكاح بصداق المثل².

رابعاً: الشهود

نص المشرع الجزائري على الإشهاد في الزواج لكنه لم يحدد الشروط التي يجب أن تتوفر في الشهود حتى تصح شهادتهم وهذا ما يجعلنا ووفقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة

¹ احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص254

²² بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص191

بالرجوع إلى الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية وأوجبوا توافرها في الشهود وهذا يعكس الذين يقولون بأنه يرجع في ذلك إلى قانون الحالة المدنية مخالفين بذلك ما نص عليه قانون الأسرة الذي أحال في حالة وجود نقص أو السهو فيه الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، و هناك شروط اتفقوا عليها فقهاء الشريعة الإسلامية وشروط لم يتفقوا عليها و هي كالتالي:¹

أ_ شروط الشهادة:

يشترط في الشهاد أن يكون مسلماً، إذ اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام في الشهود وعدم قبول شهادة الكافر، وذلك لقوله تعالى: (مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ)، وقوله تعالى: (وَأَشْهَدُوا دُؤْيِ عَدْلٍ مِّنْكُمْ)².

كما يشترط فيه البلوغ بحيث اتفق الفقهاء على اشتراط البلوغ في الشاهد فلا تقبل شهادة الصبي، وفضلاً عن ذلك يشترط فيه العقل واليقظة بحيث اتفق الفقهاء على رد شهادة المجنون والمغفل لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل»³.

هذا ولا بد وأن يكون عدد الشهود اثنين ولا تقبل الشهادة بأقل من ذلك، مع ضرورة عدم وجود التهمة حيث اتفق الفقهاء إلى رد الشهادة مع وجود التهمة، ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم: رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه ورد شهادة القانع لأهل البيت، ناهيك عن العدالة، و ينبغي أن تكون في الشاهد صفات يتحلى وينفرد بها حتى تكون له مرتبة توجب له رتبة الاختصاص بقبول قوله.⁴

ب_ حكم الإشهاد على عقد الزواج

¹ بولعود زبير، اركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد

الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء مديّة، 2001-2004، ص22

² سورة البقرة، الآية، 288

³ سورة الطلاق، الآية 02

⁴ حمزة احمد، الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد19، جامعة الجلفة،

ص152.

يرى جمهور الفقهاء أن الشهادة شرط في الزواج لا يصح بدونها، وحثهم في ذلك قول الرسول - صلى الله عليه وسلم: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له، فالنبي - ﷺ - نفى النكاح الذي لم يحضرها الشهود بقوله " لا نكاح "، وهو يتوجه إلى الصحة.

أما المالكية: فإنهم وإن اشترطوا الشهادة في النكاح إلا أنهم لم يجعلوها شرطاً لأصل صحة العقد، بل جعلوها في دوامه صحيحاً، فهي عندهم شرط في حل الدخول فقط، فلو أشهد على العقد حين إجرائه أو بعده كان صحيحاً نافذاً متى حصل الإشهاد قبل الدخول.

وقد استندوا في ذلك بما نقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه تزوج صفية بنت حبي بغير شهود، قاله ابن المنذر. و ورد أنه اشترى جارية، فقال الناس ما ندري أتزوجها رسول الله أم أخذها أم ولد؟ فلما أراد أن يركب حجبها فعلم أنه تزوجها " متفق عليه " في رواية مالك، فقال مالك: استدلوا على تزوجها بالحجاب.

فهذان الأثران يدلان على أن الشهادة في عقد النكاح ليست شرطاً لازماً لصحة أصل العقد، لأن فعل النبي - ﷺ - - تشريع، والأصل فيه عدم الخصوصية إلا أن يدل الدليل عليها، وبهما ثبت أن مقارنة الشهادة في العقد ليست بلازمة، والأحاديث السابقة كل على طلب الشهادة.

والتوفيق بين هذا وذاك، ينبغي أن تحمل الأحاديث الواردة في الشهادة على لزومها في الجملة ولو بعد العقد وقبل الدخول، ويكون النكاح الخالي من الشهادة حين العقد إلى الدخول غير دائم الصحة، أما القائلون بعدم اشتراط الشهادة أصلاً لصحة عقد النكاح فقد استدلوا بما استدل به مالك من فعل النبي - صلى الله عليه وسلم من تزوج صفية والجارية بغير شهود. ولكنهم لم يروا في الأحاديث السابقة ما رآه مالك من وجوب العمل بها، فإنها كلها ضعيفة لم يسلم واحد منها من مقال. ولذلك قال ابن المنذر (لا يثبت في الشاهدين في النكاح خير).

وإن كان حديث ابن عباس صحيحاً فالمراد من البيئة فيه ما يظهر النكاح لا خصوص الشهادة، واستدلوا ثانياً بأن النكاح ليس أني حالاً من البيع وغيرها مما أمر الله فيه بالإشهاد في كتابه الكريم¹، قال تعالى: "وأشهدوا إذا تبايعتم"²، وقال تعالى: "وأشهدوا شهدين من رجالكم"، وحديث ابن عباس - رضي الله عنهما أن النبي - ﷺ - قال: "البغايا للآني ينكن أنفسهن بغير بيئة".

ج_ موقف المشرع الجزائري فيما يخص الشهود

اعتبر المشرع الجزائري الشهود شرط صحة في عقد الزواج حيث نص على ذلك في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:...شاهدان"، كما نص في المادة 33 على فسخ العقد قبل الدخول إن تخلف الشهود عن مجلس العقد، والظاهر أن المشرع الجزائري قد وافق بذلك فقهاء الحنفية والحنابلة، كما وافق قول بعض فقهاء الشافعية الذين جعلوا من الشهود شرط صحة في عقد الزواج. بالرجوع إلى النصوص القانونية لقانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية ذات الصلة نجد أنها لم تقدم معنى للإشهاد في عقد الزواج ولا الشروط الواجب توفرها في الشهود - وهو ما جعلنا نبدأ بعرضها في الفقه أولاً - حيث أكدت الاتفاقيات الدولية على المساواة بين المرأة و الرجل ودعت إلى حضر التمييز بينهما في كل الظروف بشكل عام وخاصة عند انعقاد الزواج.

وأكد المبدأ الأول من توصية الأمم المتحدة المتعلقة بالرضا بالزواج والحد الأدنى للزواج و تسجيل عقد الزواج أنه لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا كلا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه وبإعرايهما عنه بشخصيتهما وذلك بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج ، وبحضور الشهود ، وفقاً لأحكام القانون.

¹رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، ب ط ، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص228-230.

²سورة البقرة، الآية 282.

كما أكدت المادة 01 من الاتفاقية الدولية بشأن الرضا في الزواج و الحد الأدنى لسن الزواج في الفقرة الأولى من مادتها الأولى على وجوب إعلان الزواج والزامية حضور الشهود دون أن تحدد عددهم ، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري باشتراطه حضور شاهدين اثنين و بذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري قد اعتبر الزواج عقداً شكلياً لا يكفي فيه رضا الطرفين بل يشترط فيه حضور الشهود لصحته، و فيما عدد الاشتراط العدد باثنين لم يحدد المشرع الجزائري أي شرط آخر .

مما يعني طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة الرجوع إلى الشريعة الإسلامية التي حدد فقهاؤها شروط الشهود على النحو السابق بيانه، ونشير هنا أنه فيما يخص شرط الذكورة على سبيل التحديد لما فيه من ارتباط بمبدأ المساواة بين الجنسين المكرس في المواثيق الدولية فإننا نجد باستقراء الاجتهاد القضائي - كما سيأتي لاحقاً - أنه أخذ برأي الجمهور في اشتراط كون الشاهدين ذكراً ، و هو ما يخالف مقتضيات المساواة بين الجنسين التي كرستها كل المواثيق الدولية و حتى الدستور الجزائري.

أما عن آثار تخلف شرط الشاهدين في الفقه الإسلامي فإن الجمهور يرى أن عقد الزواج بغير شاهدين عند إجرائه باطل، أما المالكية فيجعلونه موقوفاً إلى غاية الدخول فإن تم الإشهاد قبله كان العقد صحيحاً وإن لم يتم الإشهاد وتم الدخول كان العقد باطلاً، ولم نجد في الاتفاقيات الدولية شيئاً عن أثر عدم الإشهاد في الزواج.

في حين رتب المشرع الجزائري في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري عن الزواج بدون شاهدين الفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل، وفيما يخص الاجتهادات القضائية المتعلقة بالشهود، فقد جاء في قرار المحكمة العليا فيما يتعلق بذكورة الشاهدين أن الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين وتم نقض القرار المطعون فيه لاعتماده على شهادة امرأتين.¹

¹دورة تركية، المرجع السابق، ص 191-192.

خامسا: انعدام موانع الزواج:

يعتبر عقد الزواج من أهم وأخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته على الإطلاق نظرا لما يترتب عليه من آثار لا تنحصر في الزوجين فحسب بل تتعداهما إلى أولادهما وأسرتهما كذلك، لذلك يحرص قانون الأسرة كل الحرص على ضرورة توفر كافة المقومات والشروط المطلوبة فيه عند إبرامه حتى يضمن له نشأة صحيحة واستمرارا، فإذا نشأ كذلك ترتبت جميع آثاره عليه فور تمامه.

ومن بين أهم الشروط التي يجب أن تتوافر في الزواج حسب المادة 9 مكرر من قانون الأسرة هي انعدام الموانع الشرعية للزواج، والتي أكد عليها المشرع الجزائري في فصل مستقل تحت عنوان "موانع الزواج" حيث جاء في المادة 23 أنه يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة، وإن دل ذلك على شيء فإنه يدل على أهمية هذا الشرط لبناء زواج صحيح وبالتالي أسرة سليمة، وباعتبار الأسرة هي من الدعامات التي يقوم عليها المجتمع فإنه من الطبيعي أن ترتبط بالنظام العام، وما يؤكد ذلك هو الأثر الذي يترتب على مخالفة موانع الزواج، فقد خصص المشرع الجزائري الفصل الثالث من الباب الثاني للنكاح الفاسد والنكاح الباطل.¹

كما أوجبت المادة 23 من قانون الأسرة أن يكون كل من الزوجين خالي من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة وجاءت بعدها المادة 24 لتحديد وبيان موانع النكاح المؤبدة في حين تطرقت المادة 30 إلى المحرمات مؤقتا من النساء، وتدور موانع الزواج بين موانع مؤبدة وأخرى مؤقتة وهي كالاتي:

¹وردة دلال، مدى ارتباط موانع الزواج بالنظام العام في ظل قانون الأسرة الجزائري، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 05، العدد02، جامعة أبي بكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، 2020م، ص74.

أ_ موانع النكاح المؤبدة:

وهي ثلاث، القرابة، الرضاع، المصاهرة، حيث قال الله تعالى " حَرَمْتُ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ، وَبَنَاتِكُمْ ، وَأَخَوَاتِكُمْ ، وَعَمَّاتِكُمْ ، وَخَالَاتِكُمْ وَبَنَاتِ الْأَخِ ، وَبَنَاتِ الْأُخْتِ " ¹

01_ المحرمات بالقرابة:

نصت المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري على أن " المحرمات بالقرابة هي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت ". ويتضح من الآية الكريمة ومن نص المادة، أنه يحرم على الرجل بالقرابة أربعة أنواع من النساء نلخصها في التالي:

- أصول الرجل وإن علون: ومن ذلك الأم، الجدة من جهة الأب، الجدة من جهة الأم.
- فروع الرجل و فروع فروعه وإن نزلن: و من ذلك البنت و بنت البنت ، مع الإشارة أنه يحرم على الشخص أن يتزوج من المرأة التي زنى بها (باعتبار أن الزانية لا تتكح حتى تتوب) ، كما يحرم عليه أن يتزوج من ابنته من الزنا. ²
- فروع الأبوين وفروع فروعهم الإناث وإن نزلن: كالأخوات وبناتهن
- الطبقة الأولى من فروع الأجداد والجندات: ومن العمات والخالات، بغض النظر عن كون العمّة شقيقة للأب أو أما.

في حين أن الطبقة الثانية لا تحرم على الرجل ومن ذلك بنات العم والعمّة وبنات الخال والحالة.

وتبقى الحكمة من تحريم هذه الأصناف هي درء المفساد التي قد تؤدي إلى قطع الرحم وتنتشر الفساد الاجتماعي والانحلال الأخلاقي، بالإضافة إلى سد باب الطمع وفتح باب النقاء أمام الأفراد، ناهيك عن مخاطر الزواج من المقربات حتى المسموح الاقتران بهن ومن

¹سورة النساء، الآية 23.

²مجدوب منال، المرجع السابق، ص 117.

ذلك بنات العم باعتبار أنه قد ينجم عن هذه الروابط ميلاد أطفال غير طبيعيين، أو معاقين ذهنيا.....

02_ المحرمات بالمصاهرة:

جاء ذكرهن في المادة 26 من قانون الأسرة المعدل والمتمم وهن أصول الزوجة بمجرد العقد عليها وهن:

- زوجة أصل الرجل وإن علا ومن ذلك زوجة الأب وزوجة الجد بغض النظر عن كونه من جهة الأب أو الأم، وإذا كانت تحرم زوجة الأب على الرجل فإنه لا تحرم ابنتها عليه.¹

03_ المحرمات بالرضاعة :

فالمحرمات من الرضاع سبع كالمحرمات من النسب، وهن كما قال ابن جزى الكلبي في القوانين الفقهية: الأم والبنت والخالة والأخت والعمة وبنت الأخ وبنت الأخت ومثلهن من الرضاع.

وقد نص القرآن الكريم على الأم من الرضاع والأخت بقول الله تعالى: وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ [النساء:23]، ونص الحديث على تحريم الجميع من حيث العموم فقال النبي صلى الله عليه وسلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. رواه البخاري ومسلم.

ب - موانع النكاح المؤقتة :

نصت عليها المادة 30 منق.أ، هي تلك التي تمنع الزواج مؤقتا و يمكن زوالها بعد مرور فترة معينة أو حدوث تغيير معين و منها:

¹مصادقا لقوله تعالى " ولا تتكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا و ساء سييلا " ، الآية 22. ، سورة النساء ، مع الإشارة أنه يستوي أن يتم الدخول من عدمه باعتبار أنه ورد في الآية الكريمة مصطلح النكاح أي العقد.

01-المحصنة

يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة متزوجة من رجل آخر، وهذا لقوله تعالى (و المحصنات من النساء) فالمقصود بالمحصنات هو المتزوجات، و الحكمة من ذلك هو منع الانسان من الاعتداء على حق الغير و حفظ الانسان من الاختلاط.

02- الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها

فلا يجوز للرجل أن يجمع بينالأختين أو امرأة و عمتها أو خالتها، و ذلك سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع، أما اذا طلق الزوج زوجته و انتهت عدتها فيجوز له ان يتزوج من اختها أو عمتها أو خالتها .

03-المطلقة ثلاثا

إذا طلق الزوج زوجته للمرة الثالثة فإنها لا تحل له إلا إذا تزوجت بغيره و طلقها أو توفي عنها بعد الدخول (المادة 51 ق.أ)، و تعتبر المرأة المطلقة ثلاثا حسب قانون الاسرة اذا طلقها زوجها بموجب ثلاثة أحكام قضائية متتالية.

04- المرأة المعتدة

لا يجوز للرجل أن يتزوج امرأة في فترة عدتها وهي الفترة التي تحددها الشريعة الإسلامية بعد الطلاق أو وفاة الزوج، و الحكمة من ذلك معرفة براءة الرحم، كما أنها تعتبر فترة حداد في حالة وفاة الزوج.

05-زواج الزانية

لا يجوز للرجل أن يتزوج امرأة زانية حتى تتوب و تظهر التوبة. تعتبر هذه الموانع مؤقتة لأنها تزول بعد زوال السبب الذي يمنع الزواج مثل زوال العدة أو توبة المرأة الزانية أو الزواج من رجل آخر بالنسبة للمطلقة ثلاثا.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية في عقد الزواج

فضلا عن الشروط الموضوعية السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد أوجب إفراغ عقد الزواج في شكل معين، إذ لا بد من إبرامه إما أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا¹، وهذا كأصل عام إلا أنه قد يحدث وأن يقوم الأطراف بإبرام عقدا عرفيا

أولا: الأشخاص المؤهلون قانونا لإبرام عقد الزواج

يتم إبرام عقد الزواج إما أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا والذي يقصد به في هذا الصدد رئيس المجلس البلدي أو أحد نوابه، أما خارج الوطن يعتبر ضابط الحالة المدنية رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية أو رؤساء المراكز القنصلية، وعليه كل عقد زواج لم يتم إبرامه أمام الموثق أو شخص مؤهل قانونا يعد عقدا عرفيا²

ثانيا: وثائق الزواج

لقد ألزم المشرع الجزائري في عقد الزواج ضرورة تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلو الزوجين من أمراض قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، بحيث يتم التأشير على ذلك في عقد الزواج³.

هذا وقد أوجب المشرع الجزائري على بعض الفئات منها موظفي وموظفات الأمن الوطني وكذا أفراد الجيش الوطني وأفراد الدرك الوطني ضرورة الحصول على ترخيص مكتوب من السلطة الوصية، كما ينبغي تقديم عدة وثائق عند تسجيل عقد الزواج لاسيما شهادة ميلاد الزوجين وشهادة إقامة للزوج والترخيص المذكور أعلاه حسب الأحوال وشهادة وفاة الزوج السابق.

¹ المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري

² العقد العرفي للزواج هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه بحضور جماعة من المسلمين ويتوافر الشروط والأركان الشرعية إلا أن مثل هذه العقود لا ترتب آثارا قانونيا إلا بعد تثبيتها بحكم صادر من المحكمة المختصة

³ المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري

ثالثا: تسجيل عقد الزواج

إذا تم تحرير عقد الزواج أمام الموثق فإنه يقوم بتسجيله في سجلاته ويسلم للزوجين شهادة تثبت ذلك ثم بعد ذلك يقوم بإرسال ملخص عقد الزواج في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بدوره بنسخه في سجل الحالة المدنية¹، أما إذا تم إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية فإنه يقوم بتسجيله ويسلم للزوجين الدفتر العائلي².

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد حاول مسايرة التحولات الاجتماعية والثقافية التي شاهدها البلاد نتيجة العولمة، كما حاول إزالة بعض القيود التي كانت حملا ثقيلًا على المرأة الجزائرية، هذا وقد قيد إبرام العقد بضرورة تقديم شهادة طبية قبل إبرام عقد الزواج وذلك لخطورة الآثار التي قد تتجر عليها.

¹ المادة 72 الفقرة 02 من قانون الحالة المدنية الجزائري

² المادة 72 الفقرة 01 من قانون الحالة المدنية الجزائري

المبحث الثاني

أثر الاتفاقيات الدولية على الاشتراط في عقد الزواج

إذا كانت الأسرة هي اللبنة الأولى التي يتكون منها المجتمع، هاته الأسرة التي تبدأ برجل وامرأة، فإن لقائهما يجب أن يكون مبني على نظام مستقيم، هذا النظام الذي يعرف بعقد الزواج، إذ المولى سبحانه وتعالى لم يترك الإنسان الذي كرمه بالعقل إلى ما تمليه عليه طبيعته في أمر الأزواج مثل بقية المخلوقات فسن له طريقة خاصة ألا وهي الزواج الذي يبني على المودة والرحمة والإحسان والتعاون بين الزوجين والمحافظة على الأنساب ولا تتحقق هذه المقاصد والأهداف السامية بين الزوجين إلا إذا حسنت العشرة بين الزوجين ورفرت عليها أجنحة المودة والمحبة وساد جو الزوجية الوفاء والصفاء، هذا وإذا كان الشرع والقانون قد حدد الآثار التي تنشأ عن عقد الزواج فإنه أجاز للزوجين أن يشترطان في عقد الزواج الشروط التي يريانها ضرورية لضمان حقوق بعضها البعض¹.

المطلب الأول

حرية الاشتراط في عقد الزواج

تتجدد حاجات الناس تبعاً لتطور المجتمعات مما يقتضي معه ظهور مشتراطات جديدة، لم يحدد الشارع تنظيمها، وبالتالي يكون وضع الشروط هو السبيل الوحيد أمام الزوجين لتحقيق منافع ومصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، الأمر الذي جعل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة تعطي لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة وذلك لضمان حقوقهما، وقيام علاقة زوجية خالية من المشاكل، إلا أن ذلك

¹ خليل عمرو، الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة البليدة 02، ص ص 415-416.

لا يعني أن للزوجين مطلق الحرية في الاضطرار، وذلك لوجود حدود لهذه الشروط، وعليه سوف ندرس في الفرعين الموالين حكم الاضطرار في عقد الزواج و أقسامه¹.

الفرع الأول: الاضطرار في عقد الزواج بين الحضر والإباحة

إن حكم حرية الاضطرار في عقد الزواج تابعة لحرية التعاقد، بدليل أن من يقولون بمبدأ حرية التعاقد يفتحون باب الشروط في العقود؛ فيجعلون للعقاد أن يشترط عند إنشاء العقد ما شاء من الشروط. وعلى العكس من ذلك، فإن الذين يقولون بأن الأصل في العقود المنع ويتمسكون بمقتضيات العقود التي أقرها الشارع والآثار التي اعتبرها؛ لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضيات العقود. وتفريراً لذلك اختلف الفقهاء ما بين مضيق وموسع فيما يتعلق بحرية التعاقد، وبالتالي حرية الاضطرار، حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى أن الأصل في الاضطرار الحظر، وذهب رأي آخر إلى أن الأصل في الاضطرار الإباحة².

والاضطرار أو الشرط في الزواج، هي الالتزامات³ الناشئة لأحد الزوجين باتفاقها زيادة على الآثار التي يربتها العقد، وتعد من مقتضاه لحكم الشرع، أو تحديدا لهذه الآثار⁴، غير أن إباحة الاضطرار في عقد الزواج ليست على إطلاقها، فالإرادة في العقود بصفة عامة، ومن بينها، عقد الزواج ليست مطلقة الحرية في اشتراط ما تريد، لأن العقود في الشريعة الإسلامية لا تقوم على الإرادة وحدها، فالإرادة نفسها مقيدة بالشرع تحليلاً وتحريماً، ومقيدة بنوع العقد والشروط التي من ضمنه وطبيعته، ولقد يبيح الاضطرار في عقد الزواج، وثبتت مشروعيته بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

¹ حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاضطرار في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، ص 239.

² حداد فاطمة، المرجع نفسه، ص 244.

³ زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 18.

⁴ خدام هجير، حرية المرأة في الاضطرار في عقد الزواج بين القانون والشريعة، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 347

فمن القرآن الكريم قوله عز وجل: (... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)، فالزوج إذا تعهد بالالتزام بشرط لزوجه فعليه الوفاء به ما دامت فيه مصلحة مشروعة للزوجة ولا تمس حقوق غيرها، أما السنة النبوية الشريفة قول رسول الله ﷺ: ﴿أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُؤْفُوا بِهِ ، بِمَا مِنْ إِسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجُ﴾¹ ، كما أن للمرأة الحرية في اشتراط هذا النوع من الشروط فإنه و بالمقابل للرجل الحرية في قبولها أو رفضها.

أولاً: الرأي القائل بان الأصل في الاشتراط الحظر

يمثل هذا الرأي مذهب الظاهرية المتمثلون في أتباع داوود بن علي وابن حزم الأندلسي، إضافة إلى رأي كل من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها، فإرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشئ من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاؤه، وإن فعلته كان باطلاً، فهذه المذاهب تتفق مبدئياً على أن الأصل في الاشتراط الحظر ويتمسك أصحابها جميعاً بهذا المبدأ إجمالاً، وإن اختلفوا في التفاصيل.²

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الأصل في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته. فالشروط الجائزة هي التي توافق مقتضى العقد وتلائم حكمه، أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة المعتمدة في إثبات الأحكام الشرعية واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾³ ، ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله سبحانه وتعالى

¹فتح الباري، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب: الشرط في المهر عند عقد النكاح، 970/2، رقم الحديث، 2572، أنظر أكثر: <https://www.islamweb.net/ar/library/content/52/4948/> ، أطلع عليه: 2023/07/31 ، 01:20 .

²عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، ص 339-394.

³سورة البقرة، الآية 224.

بين لنا الحدود التي لا يصح لعباده أن يتجاوزوها، ومن ثمة فإن كل شرط لم يرد به دليل معين يكون تعدياً لحدود الشريعة لا يجب الوفاء به.¹

وتقوم نظرية مقتضى العقد على أساس أن إرادة الزوجين لا تنشأ عقداً بقدر ما تحقق انضمامهما إلى نظام قانوني؛ بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة والاتجاه نحو إبرام عقد الزواج وليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره، وفي هذا تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام.² لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط، ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقاً تبعاً لاختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعاً لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءمته لحكمته وانتفاء ذلك.³

ثانياً: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة

يمثل أصحاب هذا الرأي مذهب الحنابلة، وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁴ وطائفة من فقهاء المالكية، وهو الرأي ذاته القائل بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي؛ لأن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد والعقود مركبة على الشروط وحسب أنصار هذا الرأي، فإن للأفراد أن يبتدعوا صوراً جديدة من العقود والشروط على أن يكون ذلك في دائرة معينة هي دائرة الحلال والمباح ولا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام لأن الإرادة في نظرهم كافية وحدها لتحقيق الالتزامات؛ فالله تعالى أمر بالوفاء بالعقود والنذور والعهود على وجه العموم ولم يستثن منها إلا ما كان محرماً بنصوص الكتاب والسنة، بل إن الله تعالى أمر المسلمين بالوفاء بعهودهم حتى مع المشركين، وهذا كله دليل على أن إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها. واستدلوا على ذلك في الآية الكريمة التي أوجبت الوفاء

¹نشوة العلواني، عقد الزواج و شروط الإتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003م، ص95.

²محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص72.

³حداد فاطمة، حجاب ياسين، المرجع السابق، الآية 245.

⁴رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص95.

بالعقود، وهي قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾¹. ووجه الدلالة أنها توجب الوفاء بما أحل الله من عقود و جاء الخطاب في هذه الآية بلفظ الإيمان والتكريم والتعظيم على وجوب الوفاء بكل عقد وعهد سواء كان بين الإنسان وربه، أو بين الناس فيما بينهم.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج

كثيرا ما يحدث أن يشترط أحد الزوجين على الآخر شروطا يريد بها تحقيق منفعة لنفسه، وحماية مصالحه أثناء سريان عقد الزواج ونفاذه، وهذا نظرا للحوادث التي يسيء فيها أحد الزوجين للآخر والتي تعتبر حافزا للتفكير في وضع الشروط فيقبل بها الطرف الآخر طواعية من غير إكراه، فماهي نظرة المشرع الجزائري لمسألة الاشتراط في عقد الزواج وخاصة بعد التعديلات التي أدخلت على القانون بموجب الأمر 05-2002.

إن الاشتراط في عقد الزواج مبني بصفة عامة على الرضا، على كونه عقد يحق لطرفيه وضع الشروط التي يريانها مناسبة بشرط ألا تتنافى مع عقد الزواج وجوهره³، وفي ذلك يقول أبو زهرة: "اختلف الفقهاء فيما يلزم من الشروط بين مضيق وموسع وما بين ذلك، فالظاهرية منعوا كل شرط إلا ما جاء النص لإثباته، والحنابلة وسعوا سبيل الشروط وأجازوا كل شرط إلا ما قام الدليل على منعه، وذهبت الشافعية والحنفية وأكثرهم المالكية إلى أن الشروط المعتبرة هي التي تكون متفقة مع مقتضى العقد".⁴

أما المشرع الجزائري فقد خصص لباب الاشتراط في عقد الزواج المادة 19 من القانون 84-11 التي تنص على أن للزوجين ان يشترطان في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها مناسبة مالم تتنافى مع هذا القانون⁵.

¹سورة المائدة، الآية 1.

²سمير عبدو: الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحياء، جامعة باتنة، ع14ص.461.

³موهون مليية، زركي مسعودة، المرجع السابق، ص42.

⁴أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د، ط)، (د، س)، (د، ج) ص.156.

⁵المادة 19 من قانون 84/11 المؤرخ في 1984.

فالشافعية والمالكية والحنفية يضيّقون من الشروط ومنهم من يجيز الاشتراط وهم الحنابلة، فالشافعية قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام الأولى شروط توافق مقتضى عقد النكاح كأن تشترط المرأة الإنفاق عليها أو معاملتها بالمعروف أو غير ذلك من مقتضيات النكاح، والثانية شروط تخالف مقتضى عقد النكاح ولا تخل بمقصوده الأصلي وهو الوطء، كشرط ألا يتزوج عليها أو لا نفقة لها، أو ألا يخرجها من بلدها أو بيتها، و الثالثة شروط تخالف مقتضى العقد، وتخل بمقصود عقد النكاح الأصلي كأن تشترط المرأة أن لا يطأها وأن يطلقها ولو بعد الوطء، أو أن لا يطأها إلا مرة واحدة في السنة، أو ليلا أو نهارا.

إذ أن حكم هذه الشروط، أن النوع الأول هو الذي يوافق مقتضى العقد الجواز لأن هذا الشرط تحصيل حاصل، لأن مثل هذه الأمور مطلوبة دون اشتراط بمجرد عقد الزواج، فالزوج ملزم بها حتى ولو لم تشترط الزوجة ذلك، وصح العقد و المهر.¹

أما المالكية فقد قسموها إلى شروط جائزة شروط مكروهة وشروط منافية لعقد الزواج، فالشروط الجائزة هي الشروط التي يقتضيها العقد حتى لو لم تذكر كالمعاشرة والنفقة والمبيت وغير ذلك مما هو من مقتضيات النكاح، أما الشروط المكروهة وهي التي لا يقتضيه العقد ولا ينافيها العقد ذلك منحسناً لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها أو بيتها فمثل هذه الشروط لا تؤدي إلى فسخ عقد الزواج لا قبل الدخول ولا بعده ولا يلزم الوفاء بها وإنما يستحب الوفاء بها، وهذه الاشتراطات مكروهة لما فيها من غبن زائد على الزوج وحد من حرية.² أما الشروط المنافية لعقد الزواج فهي قسمان شروط يفسخ النكاح بها قبل الدخول وجوبا ومثال ذلك أن تشترط المرأة ألا يأتيها الرجل إلا ليلا أو نهارا أو يشترط عليها ألا ترثه

¹ وحياني جيلاني، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 1440/1439 هـ - 2018/2019 م، ص 64.

² وحياني جيلاني، مظاهر المساواة بين الزوجين، في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 68.

أو لا يرثها وفي مثل هذه الشروط فإن العقد يلغى قبل الدخول فإذا حصل الدخول لزم العقد الشرط وللمرأة مهر المثل في هذه الحالة.

وشروط يفسخ بسببها العقد قبل الدخول وبعده: كأن يشترط الأجل في النكاح، سواء عين الأجل أم لم يعين، وكذلك نكاح الشغار، والملاحظ هنا أن رأي المالكية لا يختلف عن رأي الشافعية.¹

بينما الشروط عند الحنفية فالشرط صحيح وهو ما كان من مقتضى العقد أو ملائم لمقتضى العقد ولا يتنافى مع أحكام الشرع وجب الوفاء به كاشتراط المرأة أن يسكنها وحدها وأما الشرط الفاسد المخالف لمقتضى العقد، أو غير ملائم لمقتضى العقد كاشتراط الخيار لأحد الزوجين، أو لكل منهما العدول عن الزواج في مدة معينة بطل الشرط وصح العقد.²

أما بالنسبة للشروط عند الحنابلة: تنقسم الشروط عن الحنابلة الى ثلاثة أقسام شرط يجب الوفاء به: وهو ما يعود نفعه و فائدته إلى المرأة، كأن يشترط لها ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، فمثل هذه الشروط يجب الوفاء بها عند الحنابلة، وإن لم يلتزمها الزوج فلزوجه فسخ النكاح.³

وشرط لا يلزم الوفاء به: وهو أن تشترط عليه أن يطلق زوجته، فمثل هذا الشرط باطل عند الحنابلة؛ للنهي عنه في الحديث فقد «نهى النبي - ﷺ - أن تشترط المرأة طلاق أختها»، قالوا: "ولأنها شرطت عليه فسخ عقده، وإبطال حقه وحق امرأته، فلم يصح، كما لو شرطت عليه فسخ بيعه".

¹ وحياني جيلاني، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 65-66.

² عدلان مطروح، الشروط المقترنة بعقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد الثاني عشر، جامعة تبسة، ص 168.

³ محمد المختار، محمد عبد القادر المهدي، الشروط في النكاح" لا سابقة ولا لاحقة نموذجاً"، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 17، العدد 2، المعهد العالي لدراسات والبحوث الإسلامية، موريتانيا، 2022، ص 95.

وكذا شرط ينافي مقصود العقد: فإن تضمن العقد شرطاً ينافي مقصوده كأن يشترط أن لا مهر لها، أو ألا ينفق عليها أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها، أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحببتها أو أكثر.. الخ، فمثل هذه الشروط عند الحنابلة يبطل فيها الشرط ويصح العقد؛ لأنها تنافي مقتضى العقد؛ ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع، فأما العقد في نفسه فصحيح؛ لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به، فلم يبطله.¹

المطلب الثاني

تقييد الحق في تعدد الزوجات

تعد مسألة تعدد الزوجات من المسائل المجزوم فيها شرعاً بجوازيتها مع وجوب مراعاة الضوابط الشرعية، والمتمثلة في عدم الجمع في عصمة الزوج أكثر من أربعة زوجات والقدرة على النفقة وتحقيق العدل بينهم، إلا أنه وبعد استقلال الدول العربية والإسلامية وانضمامها للأمم المتحدة ومصادقتها على اتفاقيات حقوق الإنسان، وتماشياً مع التطور في المجتمعات الحديثة وامتثالاً لنصوص الاتفاقيات الدولية وخاصة إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة الصادر سنة 1967، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، وتسمى اختصاراً CEDAW والتي أثرت على وضعية المرأة وحقوقها وحولت النقاش على المستوى الدولي إلى نقاش داخلي في كل دولة، وترتب عن ذلك قيام جل الدول العربية بإدخال تعديلات على قانون الأسرة بما يتلاءم مع أحكام تلك الاتفاقية ويضمن حقوقاً أكثر للمرأة.²

¹ محمد المختار، محمد عبد القادر المهدي، المرجع السابق، ص96.

² ومدين محمد، سلطات القاضي في منح رخصة تعدد الزوجات: دراسة مقارنة، جملة الفقه والقانون، العدد الرابع، ديسمبر، 2013، ص59.

ولقد نص قانون الأسرة الجزائري الصادر سنة¹ 1984 على إباحة التعدد كأصل عام، مع تقييده ببعض القيود التي تمنع سوء استعماله من قبل الزوج للإضرار بالزوجة السابقة أو اللاحقة فقد قيد التعدد بالشروط الفقهية العامة وأضيف شرط المبرر الشرعي وشرط علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة بهذا الزواج، إلا أنه لم يكن مقيد بترخيص قضائي. ولكن مع صدور الأمر رقم 02-05 الصادر في 27 فبراير 2005، والمعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 سالف الذكر، عُلق تعدد الزوجات على وجوب استصدار ترخيص قضائي من رئيس المحكمة الذي يقع في دائرة اختصاصها المسكن الزوجية²، إلا أن ذلك شجع بطريقة غير مباشرة على نقشي ظاهرة الزواج العرفي من خلال تحايل الأزواج على القانون وممارسة التعدد عن طريق الزواج العرفي ثم تثبيته لاحقاً.

أباح المشرع الجزائري نظام التعدد كأصل عام، إلا أنه ضبطه بمجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية تضيق مجال اللجوء إليه حفاظاً لكرامة المرأة وضماناً لاستقرار المجتمع، حتى لا يكون التعدد مجرد نزوة عابرة، ذلك أن تقييد المباح الداعي إلى المصلحة أصل شرعي مقرر فقها وقضاء³.

لقد أباحت الشريعة الإسلامية نظام تعدد الزوجات، إلا أنه قيده بقيود خاصة؛ إذ أوجبت على الرجل أن يجمع في عصمته أكثر من زوجة بشرط ألا يتجاوز أربع زوجات وأن يكون قادراً على تحقيق العدل بينهما والإنفاق، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبيين في الفرع الأول الحد الأقصى لعدد الزوجات، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن حكم تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية واتفاقية سيداو.

¹ الأمر رقم 11/84، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق

² المادة 8 من القانون الأسرة الجزائري

³ حورية سويقي، مقارنة قانونية بين التقييد نظام تعدد الزوجات ونقشي ظاهر الزواج العرفي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الثالث، سبتمبر 2021، ص 1361

الفرع الأول: الحد الأقصى لعدد الزوجات

أباح الإسلام التعدد، ولكن قيده بأربع زوجات ويحرم الجمع بين أكثر من ذلك، بأكثر من امرأة و فق ما احل الشرع إلأربع زوجات¹ وهذه الحرمة ثابتة في القرآن والسنة والإجماع، بقول الله تعالى في سورة النساء الآية 03: ﴿وإن خفتن ألا تعسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا﴾ وقد روي عن قيس بن الحارث أنه أسلم وعنده ثمان نسوة، فقال له الرسول صلي الله عليه وسلم: اختر منهن أربعاً وفارق البواقي.²

أولاً: القدرة على العدل

إذا كان الرجل غير قادر على العدل بين زوجاته، فإنه يحرم عليه الزواج بأكثر من واحدة. فالإقتصار على الواحدة مأمور به إذا خاف الرجل ألا يعدل، وقال الرسول ﷺ " من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل" ولا بد أن تتوفر لدى الزوج نية العدل، وما اشترطه المشرع على الزوج الراغب في التعدد من وجوب إثبات قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته ولم يبين الإجراءات الكفيلة لتحقيق القاضي من هذا الشرط. وهنا يشير جانب من الفقه إلى أن العدل المقصود هو العدل الذي يستطيع الزوج تحقيقه من حيث التسوية بين الزوجات من الناحية المادية، وليس المراد به التسوية في العاطفة وعليه يكون العدل في المسائل سابق ذكرها التي تكون في مقدور الإنسان كالنفقة من مأكّل ومشرب ومسكن وحسن المعاشرة والمبيت.

ثانياً: القدرة على الإنفاق

قيدت الشريعة الإسلامية إباحة التعدد بضابط القدرة على الإنفاق فإن لم يكن لدى الشخص من أسباب الرزق ما يستطيع معه الإنفاق على أكثر من زوجة، فلا يحل له شرعاً الإقدام

¹ شفيق السمرائي، حقوق الإنسان في المواثيق والاتفاقيات الدولية، دار الغنتر للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2015م -

1436هـ، ص 207

² حورية سويقي، المرجع السابق، ص 1361

على الزواج بزوجة أخرى، والقدرة على الإنفاق مرتبطة بالقدرة على العدل ذلك أن هذا الأخير تصرف مادي يراد به أن يكون للزوج القدرات المادية الكافية من أجل توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، ويندرج ضمن مفهوم القدرة على الإنفاق حسب قرار المحكمة العليا الصادر سنة 1987 المساواة بين الزوجات في النفقة مع وجوب توفير لكل منهم سكناً منفرداً، غير أنه من الصعب تحقيق ذلك في الظروف الحالية.¹

الفرع الثاني: حكم تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية واتفاقية سيداو

يمكن حصر أقوال الفقهاء والمفسرين في بيان الحكم الفقهي لمسألة تعدد الزوجات، في قولين هما:

أولاً: إباحة تعدد الزوجات إلى أربع

وعلى هذا القول جمهور الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين فلقد أباحت الشريعة الإسلامية التعدد عموماً، على ألا يتجاوز أربع زوجات في آن واحد، وذلك بنص القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ وَالْمُتَأَمِّلُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ، يجدها قد أباحت التعدد، لكن بشرط عدم تجاوز أربع زوجات، وبشرط العدل بين الزوجات، وإلا فالإقتصار على الزوجة الواحدة أفضل، وعلل القرآن الكريم أفضلية الزوجة الواحدة على تعدد الزوجات بقوله: ﴿ذُلِّكَادَنِي أَلَّا تَعُولُوا﴾ أي ذلك أقرب للعدل وأبعد عن الظلم، وفيه تنبيه على أن العدل عزيز، وقليل من يحققه.

ثانياً: المناسبة في تشريع التعدد.

والمنتبع لسبب ورود إباحة التعدد، يجده قد ورد تبعاً لا استقلالاً فسورة النساء عالجت حقوق الضعفاء من الناس وهم: اليتامى، والنساء، والسفهاء، وأمرت بالإحسان إليهم جميعاً، وذكر المفسرون أن سبب نزول هذه الآية كما روى عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنهما:

¹حورية سويقي، المرجع السابق، ص1362.

" يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها يشركها في ماله، ويعجبه مالها وجمالها، فيريد أن يتزوجها من غير أن يقسط في صداقها، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره فنهوا أن ينكحهن إلا أن يقسطوا لهن ويبلغوا بهن أعلى سنتهن في الصداق، وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن وغاية ما اعتمده القائلون بهذا الرأي من أصحاب مدرسة المنار في التفسير، الشيخ محمد عبده، وتلميذه محمد رشيد رضا، أنهم نظروا نظرة مقاصدية إلى غايات التشريع وأهدافه، حيث جمعوا بين آيتين كريمتين، المذكورة سلفا سورة النساء الآية 3 و الآية 129 هي: قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوا كَالْمُطَلَّعِ ۗ وَإِنْ تَصْلَحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ۗ¹

وذكر الإمام المفسر محمد رشيد رضا في تفسيره المنار فقال: " فمن تأمل الآيتين علم أن إباحة تعدد الزوجات في الإسلام أمر مضيق فيه أشدّ التضيق لأنه ضرورة من الضرورات التي تباح لمحتاجها بشرط الثقة بإقامة العدل، والأمن من الجور، وإذا تأمل المتأمل مع هذا التضيق ما يترتب على التعدد في هذا الزمان من المفساد جزم بأنه لا يمكن لأحد أن يربي أمة فشا فيها تعدد الزوجات، فإن البيت الذي فيه زوجتان لزوج واحد لا تستقيم له حال، ولا يقوم فيه نظام، بل يتعاون الرجل مع زوجاته على إفساد البيت كان كل واحد منهم عدو للآخر، ثم يجيء الأولاد بعضهم لبعض عدو، فمفسدة تعدد الزوجات تنتقل من الأفراد إلى البيوت، ومن البيوت إلى الأمة .

ونقل عن شيخه محمد عبده قوله : " كان للتعدد في صدر الإسلام فوائد أهمها صلة النسب، والصهر الذي تقوى به العصبية، ولم يكن له من الضرر مثل ما له الآن : لأن الدين كان متمكنا في نفوس النساء والرجال، وكان أذى الضرة لا يتجاوز ضررتها، أما اليوم فإن الضرر ينتقل من كل ضرة إلى ولدها إلى والده، إلى سائر أقاربه، فهي تغري بينهم العداوة والبغضاء : تغري ولدها بعداوة إخوته، وتغري زوجها بهضم حقوق ولده من غيرها، وهو بحماقته يطيع

¹سورة النساء الآية 129.

أحب نسائه إليه، فيدب الفساد في العائلة كلها، ولو شئت تفصيل الرزايا والمصائب المتولدة من تعدد الزوجات، لأتيت بما تقشعر منه جلود المؤمنين، فمنها: السرقة، والزنا، والكذب والخيانة والجبن والتزوير، بل منها القتل، حتى قتل الولد والده، والوالد ولده، والزوجة زوجها، والزوج زوجته، كل ذلك واقع ثابت في المحاكم : وناهيك بتربية المرأة التي لا تعرف قيمة الزوج ولا قيمة الولد وهي جاهلة بنفسها، وجاهلة بدينها لا تعرف منه إلا خرافات وضلالات، فلا سبيل الى تربية الامة مع فشو تعدد الزوجات فيها.¹

ثالثاً: حكم تعدد الزوجات في الاتفاقية الدولية (سيداو)

تؤكد اللجنة من جديد الفقرة 14 من توصيتها العامة رقم 21، التي تفيد بأن تعدد الزوجات ينافي حق المرأة في المساواة مع الرجل، ويمكن أن تكون له عواقب عاطفية ومالية خطيرة عليها وعلى من تعولهم إلى حد يستوجب عدم تشجيع هذه الزيجات وحظرها. ومنذ أن اعتمدت هذه التوصية العامة، تلاحظ اللجنة بقلق استمرار ممارسة تعدد الزوجات في العديد من الدول الأطراف، وأشارت اللجنة في ملاحظاتها الختامية إلى التدايعات الخطيرة لتعدد الزوجات على حقوق الإنسان والرفاه الاقتصادي للمرأة ولأولادها، ومن ثم ظلت تتادي بإلغائه.

وينبغي أن تتخذ الدول الأطراف كل ما يلزم من تدابير تشريعية وسياساتية لإلغاء ممارسة تعدد الزوجات. ومع ذلك، فإن ممارسة تعدد الزوجات لا تزال سارية في العديد من الدول الأطراف، كما أن الكثير من النساء يعشن ضرائر، كما أوردت اللجنة في توصيتها رقم 27. وبناء على ذلك، ينبغي للدول الأطراف أن تتخذ التدابير اللازمة لضمان حماية الحقوق الاقتصادية للنساء اللاتي يعشن حالياً في زيجات متعددة الزوجات.²

¹ سعيد خنوش، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية دراسة مقارنة، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 01، 2020، ص ص 468-469

² المادة 14، إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة مترجمة، الأمم المتحدة، 30 أكتوبر 2013، ص 14/7
أنظر أكثر: <file:///C:/Users/Mimi/Downloads/N1354001.pdf>

الفصل الثاني

مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على آثار الزواج

إن الإسلام شريعة الله في الأرض جاء ليُلبي ضروريات وحاجات المجتمع البشري بكافة شرائحه وفئاته من رجال ونساء صغارا أو كبارا، أقوياء أو ضعفاء، والمرأة بصفة خاصة تحتل مكانة متميزة في المجتمع لكونها تمثل نصفه، فقد كرمتها الشريعة الإسلامية مقارنة بما كانت عليه في الحضارات السابقة لظهور الإسلام والتي كانت تهضم في إثرها العديد من حقوقها؛ فلم يكن لها حق الإرث وليس لها على زوجها أي حق وليس للطلاق عدد محدد، باختصار لم تتمتع بأي مكانة اجتماعية، ولما بزغ فجر الإسلام أعلن الإنسانية الكاملة للمرأة بمنحها حقوقها الطبيعية ومساواتها في بعض الحقوق مع الرجل بما يتلائم وطبيعتها، وخصوصا في الأمور التي تتصل بالحقوق الزوجية، ويستوي في ذلك الحقوق غير المالية المتمثلة في المعاشرة بالمعروف والعدل بين الزوجات وحق الزوجة في الإنجاب وعدم الاضرار بها، والحقوق المالية المتمثلة في تكريس ذمة مالية مستقلة للزوجة وسلطتها على أموالها المكتسبة بطرق أخرى، وبالرجوع الى القوانين الوضعية أيضا نجد أن المشرع الجزائري قد أولى المرأة حضور قوي ومكانة متميزة في قانون الأسرة بتكريسه للمساواة بين المرأة والرجل في الحقوق الزوجية والتي تركز على جملة المبادئ العليا والكليات التي يجليها القرآن الكريم وتؤكدّها السنة النبوية¹.

ينتج عقد الزواج حقوقا غير مالية بين الزوجين، وهي تلك التي لا تتعدى الجانب الإنساني للطرفين، بحيث يلتزم كل واحد منهما باحترام الآخر وعدم التعدي عليه والتودد إليه، ويحاول إرضاءه في كل ما يستطع إليه سبيلا.

والحق غير المالي الناتج عن عقد الزواج، علاقة روحية بين زوجين يرتبطان ببعضهما عن طريق رابطة زوجية شرعية ومشروعة ديانة وقانونا²؛ ولذلك تتخذ الدول

¹ كركوري مباركة حنان، مبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق الزوجية بين الشريعة والقانون، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثامن، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق، ولقطة، ص 219

² جمال العياشي، الحقوق الزوجية غير المالية من مواد قانون الأسرة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 2، جامعة تيزي وزو، 2021، ص 142

الأطراف جميع التدابير اللازمة للقضاء على التمييز ضد المرأة في جميع الأمور الناشئة عن الزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص لضمان المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحق في عقد الزواج ؛ و نفس الحق في حرية اختيار الزوج وعدم عقد الزواج إلا بموافقتها الحرة والكاملة؛ نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه¹، إضافة الى ذلك تعرض المشرع الجزائري للحقوق الزوجية غير المالية ضمن مجموعة من الحقوق الزوجية على إطلاقها، لاسيما ضمن المادة 36 من قانون الأسرة، فيما أظن الفقه الشرعي في بيان الحقوق غير المالية للزوجين، وفتح الباب شاسعا أمام الفقه القانوني للإدلاء بدلوه، وهو الذي كوّن ثروة غنية في هذا الباب من آثار العقود الزوجية.²

فالأثار الناجمة على ذلك تتمثل في مجموعة من الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق الزوجين، وهذه الحقوق والواجبات قد تكون ذات صبغة شخصية بحتة، ومثال ذلك ما تقرره الشريعة الإسلامية من حق الزوجة على زوجها في العدل وحسن المعاشرة والإخلاص وثبوت النسب، و آثار شخصية ذات طابع مالي كحق الزوجة في المهر، وحقها في النفقة الزوجية.³

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتحدث في المبحث الأول عن تأثير الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية أما المبحث الثاني سنتطرق فيه عن أثر الاتفاقيات الدولية في مسائل النسب.

¹Nadia Ait-zai، 'Les Effets Du Divorce En Algérie Au Regard Du Code De La Famille'، Revue Algérienne des Sciences Juridiques et Politiques ، 2015/03/01، page 78.

²جمال العياشي، المرجع السابق، ص142

³درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007-2008، ص30.

المبحث الأول

تأثير الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية

للاتفاقيات الدولية اثار عديدة على الحقوق والواجبات الزوجية، بحيث نجد أن القانون الدولي صريح في المساواة المطلقة وصريح في رفع كل القيود عن المرأة في الزواج، فلها كل الحرية في اختيار شريك حياتها بدون أية قيود، وبعد انضمام الجزائر الى جميع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان و خاصة إتفاقية " سيداو " أو ما تعرف بـ "كوبنهاجن" وهي الاتفاقية الخاصة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة¹ التيمن شأنها أن تكفل الحماية للمرأة خاصة عندما أقرت بتساوي المرأة من حيث الرضائية لعقد القران، والتأكيد على ضرورة تسجيل الزواج بموجب عقد رسمي، الأمر الجدير بكفالة الحماية للمرأة²، بحيث نصت على مختلف الحقوق غير المالية بين الزوجين و التي تقتضي بدورها القضاء على كل تمييز من شأنه منع المرأة من التمتع بكافة حقوقها المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص المساواة بين المرأة والرجل، بالإضافة إلى حقها في الإنجاب وتنظيم النسل، وحقها في اختيار مسكنها ومحل إقامتها بالإضافة إلى تكريسها لحق المرأة في الحصول على جميع المعلومات وتثقيفها، كما منعت نصوص الاتفاقية الإضرار بالمرأة بمعناه العام ومناهضة كل تعامل يلحق أضرارا مادية أو معنوية بالمرأة.³

إلا أن ما يعيب هذه الاتفاقيات هو أنها تبادت في المطالبة بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع المسائل دون مراعاة للفارق بين الجنسين والتي تجعل مسألة تحقيق المساواة المطلقة التي تسعى لها الاتفاقيات الدولية مستحيلة فطالبت بالتساوي بين كل من المرأة والرجل في الحقوق و النظام المالي و الميراث، ودعت إلى إلغاء القوامة واستبدالتها

¹ محمد توفيق قاديبي، مظاهر التوازن بين مركزي المرأة والرجل في قانون الاسرة الجزائري، جامعة عبد الرحمن بن خلدون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيارت، ص142.

² حسناوي العارم، خنوسي كريمة، تأرجح الإتفاقيات الدولية بين الحماية و هدم الكيان الاسرة المسلمة، مجلة صوت القانون، العدد1، المجلد التاسع، 2022، ص918.

³ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص233.

بالشراكة واتخذت من العنف الأسري واضطهاد المرأة في المجتمعات العربية المسلمة ذريعة لفك الأسرة، حيث خلقت نزاع دائم بين مركز الرجل والمرأة وهو ما تجسده اتفاقية سيداو في المادة 16 التي هزت كيان الأسرة، في حين أن الشريعة الإسلامية نظمت دور كل منهما وأكدت على احترام المرأة وعدم معاملتها معاملة الجاهلية وفصلت أيضا في مسألة الميراث.¹ لذلك سوف نقوم بتطرق الى عنصرين مهمين في هذا المبحث المقسم الى مطلبين تأثير الإتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة غير المالية والمالية.

المطلب الأول

تأثير الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية غير المالية

إن أثر الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية غير المالية يقصد به الآثار الشخصية المعنوية² التي تفرض على الزوجين، لذلك فإن الحديث عن هذه الآثار إنما سيثمل بعض المسائل التي تخص مركز المرأة مقارنة بالرجل من باب المساواة في هذه الآثار، محاولين تبيان حق المساواة في الحقوق والالتزامات بين الزوجين في اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الفرع الأول) وفي القانون الأسرة الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إقرار حق المساواة في الحقوق والالتزامات بين الزوجين في اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة

نصت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمعروفة كشرعية دولية لحقوق المرأة، على جملة من الأحكام والالتزامات التي تستوجب على الدول اتخاذها من أجل حماية وكفالة حقوق المرأة، حيث أنظمت معظم الدول وصادقت عليها بعدما أجازتها

¹ حسناوي العارم، المرجع السابق، ص 919.

² بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونية الأسريين الجزائري وتونسي «دراسة مقارنة»، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المخبر المتوسطي لدراسات القانونية، 2018/ 2019، ص 93.

الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، لتصبح سارية المفعول في سبتمبر 1981.

أكدت هذه الاتفاقية على تكريس مبدأ المساواة المطلقة بين المرأة والرجل في كل المجالات، ذلك ما أفضى إلى جدل واسع حول هذه الاتفاقية، وتعتبر هذه الجزئية هي ما جعلت معظم الدول العربية والإسلامية تبدي تحفظاتها في كل ماله شأن بذلك، ومن جهة أخرى تمخض عن هذه الاتفاقية آليات لتنفيذها وتكريسها من أهمها: اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي تعمل على رصد مدى وفاء الدول الأطراف لالتزاماتها بأحكام اتفاقية سيداو¹.

كما أكدت اتفاقية سيداو على ضرورة القضاء على كل تمييز بين الرجل والمرأة باتخاذ كل الآليات التشريعية لضمان ذلك، كما نصت على مبدأ المساواة في العلاقات الأسرية، ويتضح ذلك من المادة 16 التي جاء فيها: «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحق في عقد الزواج و نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر الكامل...» وكذا البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية، وجملة من التوصيات الأخرى².

تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها، وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي، أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج.

¹بيدي أمال، اتفاقية سيداو بين الالتزام الدولي والتحفظ عليها، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، المجلد 7، العدد 1، 2022، صص 400-401

²لعميري ياسين، تكريس حقوق المرأة في عقد وحل زواجها في القوانين المغاربية - بين الالتزام الدولي والمقتضى الشرعي، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2021م، صص 127

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة لكي تكفل لها حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في ميدان التربية، وبوجه خاص لكي تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(أ) شروط متساوية في التوجيه الوظيفي والمهني، والالتحاق بالدراسات والحصول على الدرجات العلمية في المؤسسات التعليمية على اختلاف فئاتها، في المناطق الريفية والحضرية على السواء، وتكون هذه المساواة مكفولة في مرحلة الحضانة وفي التعليم العام والتقني والمهني والتعليم التقني العالي، وكذلك في جميع أنواع التدريب المهني،

(ب) التساوي في المناهج الدراسية، وفي الامتحانات، وفي مستويات مؤهلات المدرسين، وفي نوعية المرافق والمعدات الدراسية،

(ج) القضاء على أي مفهوم نمطي عن دور الرجل ودور المرأة في جميع مراحل التعليم بجميع أشكاله، عن طريق تشجيع التعليم المختلط، وغيره من أنواع التعليم التي تساعد في تحقيق هذا الهدف، ولا سيما عن طريق تفتيح كتب الدراسة والبرامج المدرسية وتكييف أساليب التعليم،

(د) التساوي في فرص الحصول على المنح والإعانات الدراسية الأخرى،

(هـ) التساوي في فرص الاستفادة من برامج مواصلة التعليم، بما في ذلك برامج تعليم الكبار ومحو الأمية الوظيفي، ولا سيما البرامج التي تهدف إلى التعجيل بقدر الإمكان بتضييق أي فجوة في التعليم قائمة بين الرجل والمرأة،

(و) خفض معدلات ترك الطالبات الدراسة، وتنظيم برامج للفتيات والنساء اللاتي تركن المدرسة قبل الأوان،

(ز) التساوي في فرص المشاركة النشطة في الألعاب الرياضية والتربية البدنية،

ح) إمكانية الحصول على معلومات تربوية محددة تساعد على كفالة صحة الأسر ورفاهها، بما في ذلك المعلومات والإرشادات التي تتناول تنظيم الأسرة¹.

وإذ تشير إلى أن التمييز ضد المرأة يشكل انتهاكا لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعد عقبة أمام مشاركة المرأة على قدم المساواة مع الرجل، في حياة بلدهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويعوق نمو رخاء المجتمع والأسرة، ويزيد من صعوبة التنمية الكاملة لإمكانات المرأة في خدمة بلدها والبشرية، وإذ يساورها القلق وهي ترى النساء في حالات الفقر، لا يئنان إلا أدنى نصيب من الغذاء والصحة والتعليم والتدريب وفرص العمالة والحاجات الأخرى، وإذ تؤمن بأن إقامة النظام الاقتصادي الدولي الجديد، القائم على الإنصاف والعدل، سيسهم إسهاما بارزا في النهوض بالمساواة بين الرجل والمرأة، وإذ تتوه بأنه لا بد من استئصال الفصل العنصري وجميع أشكال العنصرية والتمييز العنصري والاستعمار الجديد والعدوان والاحتلال الأجنبي والسيطرة الأجنبية والتدخل في الشؤون الداخلية للدول إذا أريد للرجال والنساء أن يتمتعوا بحقوقهم تمتعا كاملا².

الفرع الثاني: إقرار حق المساواة في الحقوق والالتزامات بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

تأثر الجزائر بمبدأ المساواة نابع كذلك من تبنيها لميثاق منظمة الأمم المتحدة المتعمدة في 26 جوان 1945 بسان فرانسيسكو حيث جاء في ديباجته " ان نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد و قدره و بما للرجال و النساء من حقوق

¹Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against women, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979, entry into force 3 September 1981, in accordance with article 27(1), page 3-4

²لجنة الأمم المتحدة، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، نيويورك و جنيف، 2006، ص74

متساوية"، ومن هنا يظهر بجلاء ووضوح كبيرين بتأكيد هيئة الدول الأطراف على تكريس مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في شتى الميادين.¹

تتعلق أغلب هذه الأحكام بالمعاملات والروابط داخل الأسرة، والتي يبدو أن المشرع الجزائري بعد التعديل اهتم بها بشكل أساسي محاولا بناء أسرة قائمة على التشاور والتعاون في إطار المساواة بين الزوجين، وذلك سواء في العلاقة بينهما أو بينهما وبين أهاليهم خاصة في جوانبها غير المالية.

تتمثل أهم الأحكام المساوية بين الزوجين في إطار العلاقات غير المالية، والتي ذكرها المشرع الجزائري في الفقرات 1-4 من المادة 36 في المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، إذ لم يحدد المشرع في الفقرة الأولى من المادة 36 ما المقصود بها، غير أنه يمكن القول إنها كل ما يتعلق بالحياة الزوجية المشتركة بين الزوجين، ويمكن ذكر أهمها:

أولاً: حق الاستمتاع:

هو حق العشرة الطبيعي والفطري بين الزوجين في إطار ضوابط معينة تميز علاقات الإنسان الجنسية عن الحيوان، وهو حق مكفول لكلا الطرفين يلتزم بموجبه كل زوج بتمتع الزوج الآخر وتمكينه من الاستمتاع به استمتاعا مباحا ومشروعاً، في الوقت الذي يريده، وبالنحو الذي يحتاجه، ولا يجوز له الامتناع أو الإعراض عنه إلا بمبرر شرعي كالمرض أو الإحرام وغيرها، وإلا كان عليه وزر الامتناع.

فقد جاء في قانون الأسرة الفصل الرابع من الكتاب الأول تحت عنوان حقوق وواجبات الزوجين، حيث نصت المادة 36 فقرة 02 من ذات القانون على أنه: "يجب على الزوجين المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة".

¹ميثاق الأمم المتحدة (النص كامل)، السلام و الكرامة و المساواة على كوكب ينعم بالصحة، أنظر أكثر: ميثاق الأمم المتحدة (النص الكامل) | الأمم المتحدة (un.org)

فهذه المادة قد جعلت المعاشرة بالمعروف حق للزوجة في مقابل الزوج وهو في الوقت ذاته حق للزوج في مقابل الزوجة، لذلك استهلت بكلمة "يجب" بمعنى أنه حق لكل طرف في العلاقة الزوجية وواجب عليه نحو الطرف الآخر.

وتجب الملاحظة هنا أن المشرع الجزائري وبمناسبة تعديل قانون الأسرة سنة 2005، قد ألغى المادة 37 التي كانت تضع واجبات على الزوج اتجاه زوجته والمادة 38 التي كانت ترتب حقوق للزوجة من قبيل زيارة أهلها والتصرف في مالها، كما ألغى المادة 39 التي كانت تنص على واجبات الزوجة نحو زوجها وأولاده وأقاربه.

إنحسّن المعاشرة يعتبر من الحقوق المشتركة بين الزوجين، أي أن كل طرف يحسن معاشرة صاحبه، ولا يفعل اتجاهه ما ينكره الشرع أو الطبع أو العرف قولاً أو عملاً، مما من شأنه أن يضفي صفة المودة والرحمة المطلوبة في الحياة الزوجية¹.

فالزوج ينبغي له أن يعامل زوجته بالحسنى، وأن يقوم بما يجب عليه وبما يضمن لها حفظ كرامتها وصيانتها وأن يتقي الله فيها وألا يعرضها للإهانة أو الضرب المبرح، فإن هذا ليس من أخلاق أهل الإسلام التي حث عليها النبي صلى الله عليه وسلم، وإن للزوج أن يستمتع بزوجه، كما يثبت الحق ذاته للزوجة.

أما مقدار الاتصال فمتروك لقدرة الزوجين وظروفهما على ألا يتجاوز ذلك مقدارا يتضرر فيه أي منهما، فمن حق الزوج أن تلبيه زوجته كلما طلبها ما لم يوجد بها مانع ما، أما الزوجة ففي الغالب لا تطلب زوجها حياء لهذا أجمع غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة تحديد مدة قصوى لا يجوز للزوج تجاوزها دون اتصاله بزوجه فيها، غير أنهم اختلفوا في تحديد هذه المدة.

¹ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص183.

ولقد قررت المحكمة العليا في عديد اجتهاداتها أن عجز الزوج عن مباشرة زوجته يعد سببا من أسباب التطليق، ومن ذلك القرار الذي جاء فيه أنه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج. وأن الإجتهد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها، وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق". ويجد هذا الإجتهد مبرره فيما جاء به المشرع في المادة 53/ف2 ق.أ، من أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج¹.

ثانيا: المساكنة الشرعية

لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية المساكنة ولم يتعرض أغلبهم حتى بالإشارة إليها لفظاً، فقد درج فقهاء الشريعة الإسلامية على استعمال مصطلح حقوق الزوج وحقوق الزوجة والحقوق المشتركة في إشارة منهم إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في إطار العلاقة الزوجية، ولعل الإشارة الوحيدة غير المباشرة كانت عندما يستخدم هؤلاء لفظ "السكن" المقتبس من آيات الذكر الحكيم فيما يعني حل الاستمتاع بين الزوجين والعشرة بالمعروف، وكذا السكن الشرعي أو سكنى الزوجية².

جاء في بدائع الصنائع: "ولو أراد الزوج أن يسكنها مع ضررتها أو مع أحمائها كأم الزوج وأخته... فأبت ذلك... لأنهن ربما يؤذيها ويضررن بها في المساكنة وإباؤها دليل الأذى والضرر... ولو كانت في منزل الزوج ليس معها أحد يساكنها فشكت إلى القاضي..."³.

¹ المحكمة العليا، غ، أش، م، 19/11/1984، ملف رقم 34784، المجلة القضائية، 1989، عدد 03، ص 73.

² علي أحمد عبد العالي الطهطاوي، كتاب النكاح، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص 69.

³ نقلا عن: معروف عائشة، التزام المساكنة بين الزوجين وأثر الاخلال به، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2023، ص 20

وقد عرف الغوثي بن ملحة المساكنة الشرعية بقوله: المساكنة الشرعية: وهذا يعني استقبالا للزوجة في محل الزوجية الذي أعده الزوج لها، وهذا لتقوم (لتقيم فيه) مع الزوج، بشرط أن يكون مسكنا شرعيا تتوفر فيه أسباب الراحة والاستقرار، وهو مجهز بمرافق الحياة الضرورية."

وقد عرفت محكمة التعقيب التونسية المساكنة بين الزوجين على أنها: "تشارك الزوجين الحياة الزوجية والتزام كلاهما بالوفاء بواجباته المترتبة على عقد الزواج وبالمقابل تمتعه بالحقوق المقررة بموجب نفس العقد تكريسا لتبادلية هذا الالتزام، بما يفيد استمرار الزواج وتحقيقه الغايات التي شرع من أجلها"¹.

فمن حق كل زوج مساكنة الآخر في منزل الزوجية والإقامة معه فيه، ولا يجوز له أن يغادره دون سبب مشروع، ولا أن يمنعه من السكن معه، وقد كان هذا الحق يعتبر من حقوق الزوج على زوجته، والتزام عليها أكثر مما هو حق لها، غير أنه بتطور الأفكار وتغيير الظروف أصبح يأخذ معنى الحق بالنسبة لها تماما كما هو حق له.²

ثالثا: المعاشرة بالمعروف والاحترام والمودة والرحمة:

من الحقوق المعنوية المشتركة، حسن العشرة المبنية على المودة الصادقة، فيبذل كل واحد من الزوجين وسعه لإسعاد الآخر وحسن صحبته بإشاعة المودة والرحمة في البيت وترك الهجر غير المشروع³، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾⁴،

¹ورد ذكر هذا التعريف عند: معروف عائشة، المرجع السابق، 25.

²فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وأثار عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17 جوان 2017، ص 106

³سورة النساء، الآية 19

⁴ربيحة غلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق قانون خاص، 2011م، ص 30

وجاء في الصحيح أن النبي قال لعائشة كنت لك كأبي زرع لأم زرع، أي في حسن العشرة.

وتكون المعاشرة بالفضل والاحسان قولاً وفعلاً وخلقاً مصداقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي" مع أن الإسلام قد نظر إلى المرأة بعين الرأفة والرحمة رعاية لضعفها الطبيعي في الخلقة، وصونا لكرامتها الزوجية فقد خاطب الله تعالى الأزواج وأمرهم أن يعاشروا زوجاتهم بالمعروف، والأمر هنا للوجوب، والمعاشرة بالمعروف هي الإجمال بالقول والمبيت والنفقة على قدر الاستطاعة.

فحسن المعاشرة ليس إجابة الزوجة زوجها إذا دعاها أو قيامها بإعداد الطعام واللباسولا بالنفقة عليها من طعام وكسوة وسكنى فقط، وإنما العشرة معنى ينبعث من قلب أحدهما إلى قلب الآخر فيملاً الحياة استقراراً وسكناً وسعادة¹.

ويجب أن تبنى العلاقة بين الزوجين على الاحترام والتقدير ومراعاة كل واحد منهما حقوق الآخر ومشاعره، وهذا يجلب المحبة والمودة بينهما ويظل منزل الزوجية بظلال من الهدوء والسكينة، ويجعل المنزل جنة يفيئ إليها كل واحد من الزوجين ليجد في تلك الظلاله راحة النفس وهدوء البال²، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾³

وعن سليمان بن عمرو بن الأحوص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "استوصوا بالنساء خيراً، فإنما هن عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن، فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضرباً غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً، ألا إن لكم من نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حق، فأما حقكم

¹ إبراهيم رفعت الجمال، الحقوق غير المادية بين الزوجين، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 125.

² ربيحة غلغات، المرجع سبق ذكره، ص 31

³ سورة الروم، الآية 21.

على نسائكم: فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم: أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن"¹.

هذا ويعتبر خروجاً وخرقاً للمعاشرة بالمعروف تسلط الزوج على الزوجة وقهرها باستغلاله القوامة استغلالاً تعسفياً أو دون قيود كاستعمال العنف والضرب والجرح العمدي، والطرده من المسكن والإهانات المتكررة والإساءة للآخر²، وهو ما أكدته المحكمة العليا في عديد قراراتها ومنه القرار الذي جاء فيه أنه: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتمدة شرعاً التي تستوجب التخليق دون اشتراط صدور حكم جزائي"³.

وقضت في قرار آخر لها بأن: "...لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأدليل..."⁴.

المطلب الثاني

أثر الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية المالية

عن آثار الزواج المالية والمادية هي تلك الحقوق التي يكون موضوع الحق فيها يقوم بالمال أو هي ما تعلق بأموال عائدة للزوجين، فللبحث عن مدى تكريس مبدأ المساواة في آثار الاتفاقيات الدولية على النظام المالي للزوجين والنظام المالي في قانون الأسرة، (الفرع الأول)، إضافة إلى ذلك يتعين التطرق إلى حق المرأة في النفقة والميراث (الفرع الثاني).

¹ - أخرجه النسائي برقم الحديث 9124، باب كيف الضرب، أنظر، عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، ج8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001، ص 264.

² العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 401.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/01/23، ملف رقم 258555، الملحة القضائية، العدد 02، 2002، ص 417.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1987/01/12، ملف رقم 43864، الملحة القضائية، العدد 01، 1991، ص 44.

الفرع الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على النظام المالي للزوجين

يقصد بالنظام المالي للزوجين بحسب الفقه العربي بأنه مجموعة الأحكام والقواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال فترة الزواج وهي أحكام تتعلق بتوزيع الثروة المكتسبة بين الزوجين ونصيب كل واحد منهما.

أي يقصد بالنظام المالي للزواج مجموعة من القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين والتي بمقتضاها يتم تحديد حقوق وواجبات الزوجين من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه، وبعد انحلال عقده وتسوية حقوق كلا الزوجين بعد انتهاء العلاقة الزوجية.¹

أولاً: النظام المالي في الاتفاقيات الدولية

يتمثل النظام المالي بين الزوجين في القواعد التي تنظم وتحدد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج، والأموال المكتسبة بعد الزواج، وطريقة التصفية والقسمة بينهما على التساوي، ورد في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي ألزمت دول الأعضاء بإعطاء الجنسين نفس الحقوق والمسؤوليات عند حل الزواج وخاصة النظام المالي.²

فقد أشارت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة إلى مبدأ استقلال الذمة المالية للمرأة، حيث جاء في توصيتها رقم 21: "إن حق المرأة في حيازة الممتلكات وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها هو المحور الذي يدور حوله حق المرأة في التمتع بالاستقلال المالي".

¹ياسين منصور، القانون الواجب تطبيق على النظام المالي للزواج دراسة في قانون الدولي الخاص المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، ص 1

²زبيدة إقروفه، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي و قانون الاسرة الجزائري، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، بجاية، ص 48

وقد ورد النص على حق المرأة في التمتع بالاستقلال المالي اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 01/15، حيث أثبتت الحقوق للمرأة عموماً، وكذلك في المادة 01/16/حالتها أثبتت الحقوق للمرأة المتزوجة.

غير أن الملاحظ هنا أنه وإن كانت الاتفاقية تقرر الأخذ بنظام استقلالية الذمة المالية، إلا أنها وفي نفس التوصية رقم 21 أشارت في مضمونها إلى إمكانية العمل بنظام الاشتراك المالي حيث جاء فيها أيضاً أنه: "في كثير من الدول بما فيها تلك الدول التي يوجد فيها نظام الملكية المشتركة، ليس ثمة حكم قانوني يشترط استشارة المرأة عند بيع الممتلكات أو عند التصرف في تلك الممتلكات بشكل آخر، وهذا يقيد قدرة المرأة على مراقبة التصرف في الممتلكات".

ثانياً: النظام المالي في قانون الأسرة

اعترف القانون الجزائري للزوجة بالحق في دخول المجالين السياسي والاقتصادي وأعطاهما حق التصرف المطلق في أموالها المتحصل عليها بسبب الزواج أو تلك العائدة من نشاطها السياسي أو الاقتصادي أو عن طريق التبرع كالهبات والوصايا مثل الرجل، فاعترف المشرع الجزائري في نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل بمبدأ استقلالية النظام المالي لكل زوج واستثنى كل واحد منهما بممتلكاته وعوائد عمله وأصوله وأملكه.

كما أعطى للزوجين بمقتضى هذا النص أيضاً الحق في الاتفاق بينهما على تنظيم معين للعائدات والأموال والمداخيل التي يجنيانها معا ابتداء من تاريخ إبرام العقد، فتحفظ الزوجة بكامل أهليتها المالية بعد الزواج ولها كامل الحرية في أن تدير أموالها وتتصرف فيها فهي ليست بحاجة لإذن الزوج أو مساعدته حتى تقوم بالتصرف في أموالها وليس للزوج الحق في منعها.

كما لا تلزم الزوجة بالمساهمة في الأعباء والتكاليف المالية حيث لم يلزمها القانون بذلك بخلاف الزوج، الذي يقع على عاتقه تحمل كل تبعات العلاقة الزوجية من نفقة

وتكاليف عائلية، و لم يسقط القانون حق الزوجة في النفقة ولم يجعل عملها أو نشاطها السياسي أو الاقتصادي سببا لحرمانها منها، فرغم تعدد مصادر دخلها أو كثرة أموالها يبقى الرجل ملزما بنفقة زوجته و أولادها، بل ولها حق المطالبة بتطبيقه إن أخل بالتزام أداء النفقة.¹

وترتبيا على هذه الاستقلالية، فإن المرأة المتزوجة تكون هي المسؤولة وحدها عن التزاماتها المالية المتعلقة بحقوقها وذمتها المالية، فتسأل في أموالها الخاصة عن ديونها، وتكون جميع أموالها ضامنة لوفاء بديونها طبقا لمبدأ الضمان العام، كما تلتزم أيضا بالضمان الخاص الذي يحصل عليها أيدئتها، نتيجة رهن أموالها أو تقرير حق إمتياز أو حق تخصيص، كما أنه وطبقا للقواعد العامة للإفلاس في القانون التجاري فإن إشهار إفلاس المرأة المتزوجة لا ينتج عنه إفلاس زوجها، والعكس صحيح.

هذا ويتميز النظام المالي للزوجين الذي يحدده المشرع الجزائري في الفصل الرابع في المادة 37 ق.أ (المعدلة) سنة 2005²، وفقا لأحكام الفقه الإسلامي، بالسهولة والبسر وعدم التعقيد، إذ أنه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة، و هو مبدأ الاستقلال النظري للذم لكل واحد منهما، و مع هذا فإنه يجوز لهما الاتفاق حول الأموال المشتركة بينهما، التي ستكتسب أثناء قيام الحياة الزوجية، على كيفية استثمارها وتوزيعها، و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما في عقد الزواج ذاته، أو في وثيقة مستقلة لاحقة.

فقد أصبحت صياغة بعض مواد قانون الأسرة الجديد تفر المساواة بين الزوجين، بالنظر إلى أن المرأة المتزوجة التي أصبحت تحترف الأعمال المكتسبة، وتساهم في تنمية أموال الأسرة خلال فترة الزواج، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى إنصافها في هذا الخصوص

¹ مروان سارة، إشكالية حماية الأسرة في ظل التجسيد القانوني لمبدأ تمكين المرأة في الاتفاقية الدولية و القانون الجزائري،

مجلة صوت القانون، المجلد التاسع، العدد الخاص، 2023، ص1324

² المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق

(المادة 2/37 ق.أ.المعدلة)، ذلك أنه عند الافتراق، قد يستأثر الزوج بكل الثروة الزوجية، دون إغارة الاهتمام إلى كدها ومساهماتها ومجهودها في تنمية أموال الأسرة.

فقد أحسن صنعا قانون الأسرة الجديد المعدل سنة 2005، عندما أجاز للزوجين أن يتفقا على كيفية إدارة الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها أثناء الزواج، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، وهذا وفقا لمساهمة كل واحد من الزوجين، و ما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء من أجل ذلك، و هذا يدخل فيما يسمى عند الفقهاء المسلمين بالسعاية¹.

وذكرت المادة 36 من قانون الاسرة (المعدلة) مجموعة من الحقوق والواجبات والتي تمثلت في المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، و المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والتعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم والتشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات وحسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم والمحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف، وزيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف².

الفرع الثاني: حق المرأة في النفقة والميراث

اتفقت كلمة الفقهاء في المذاهب المختلفة على أن أسباب وجوب النفقة ثلاثة هي زوجة وقرابة وملك، فتجب للقريب المحتاج على قريبه القادر، مع اختلاف بين الفقهاء في القرابة الموجبة للنفقة كما سيتضح فيما بعد، وتجب للزوجة على الزوج والمملوك على المالك دون العكس.

¹ بلحاج العربي، ص 25

² المادة 36 من قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق

أما بالنسبة لحق المرأة في الميراث فهو حق كغيره من الحقوق لم تتلاق تشريعات البشر حول تنظيمه فلم تسر بصدده على وتيرة واحدة أو مسلك موحد بل تباينت فيه تباينا كبيرا سواء في مبدأ الاعتراف بهذا الحق أصلا أو من حيث مدى هذا الاعتراف.

وعلى أية حال سوف يلحظ كل من له قلب يعقل أو بصر يبصر دون عناء من خلال عرض التنظيمات القانونية المختلفة لحق المرأة في الميراث، أن المرأة لم تتل حقا فيها على نحو ملزم وبقدر عادل يناسب دورها في الحياة إلا مع مجيء الإسلام، وذلك هو نفس الوضع بالنسبة لسائر حقوقها وحقوق الرجل أيضا فقد رسم الإسلام للناس الأحكام التي تتناسب أحوالهم وتصلح بهم وتحقق العدل بينهم على نحو يرفع عن كواهلهم أنواع الظلم والحوّب.¹

أولاً: حق الزوجة في النفقة

النفقة لغة من نفق الشيء نفقا بفتح النون والفاء، من الإخراج و الذهاب، وتجمع على النفقات²، إما أنها مأخوذة من النفوق وهو الهلاك وإما أنها مأخوذة من النفاق يعني الزواج، وقد يكون المعنيان مقصودين في أن واحد لان المال مطلوب و يستهلك بالإنفاق³.
تنقسم النفقة بإعتبار أسبابها الى ثلاثة أقسام وهي: نفقة القرابة، النفقة الزوجية، نفقة ملك⁴.

لم يعرف المشرع الجزائري النفقة الزوجية، واكتفى بذكر مشتملاتها من خلال المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها: تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة¹.

¹ خالد جمال أحمد حسن، حق المرأة بين الشريعة والقانون، عالم المعرفة للنشر و التوزيع، أسبوط، ص 7-8

² أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة تج: عبد السلام هارون، دار الجيل، لبنان، 1999، ج 5، ص 454

³ أحمد جماد عبد الله عبد الرحيم، النمى عبد الرحمن محمد يوسف، وآخرون، النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية و قانون الأحوال الشخصية السوداني، لسنة 1991 م للمسلمين (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، العدد الثاني، ص 87

⁴ محمد يعقوب طالب العبيدي، أحكام النفقة لزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة، 1425-2004م، ص 8

تجب نفقة الزوجة على زوجها بالكتاب؛ السنة؛ الإجماع والقياس، ولو كانت غنيّة أو فقيرة، وسواء كانت مسلمة أو غير مسلمة².

أجمع الفقهاء المسلمون منذ القديم أن نفقة الزوجة واجبة مبدئياً على زوجها سواء كان موسراً أو معسراً، وهي من النظام العام طالما أنّ الزوجة في عصمته ومادام عقد الزواج قائماً ولم ينحل، وأخذ بذلك المشرع الجزائري من خلال المادة 37/ف1 قبل تعديلها التي تنص على أنه: «يجب على الزوج نحو زوجته، النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها...».

والنفقة هنا تشمل الغذاء والكسوة والسكن... الخ وهي حقالكل زوجة سواء كانت مسلمة أو كتابية أو غنية أو فقيرة لكن بشروط من بينها:

- أن يكون عقد الزواج صحيحاً، المشرع الجزائري أوجب النفقة على الزوجة المدخول بها.
- أن تكون الزوجة سالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها دون ذلك يسقط حقها في النفقة، أما الزوجة العاملة إذا أذن لها زوجها أو تزوجها عالماً بعملها فلا يسقط حقها في النفقة³.

تجب نفقة الزوجة على الزوج؛ فيلزم الزوج نفقة زوجته، قوتاً، وسكناً، وكسوة بما يصلح لمثلها، وهذه النفقة تجب للزوجة التي في عصمته، وكذا المطلقة طلاقاً رجعيّاً، ما

¹قانون رقم 84-11، المرجع السابق

²لبنى جغبور، جمال قتال، عمل الزوجة و أثره على نفقتها الشرعية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية و السياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، 2022، ص349

³ علال أمال، اثر النظام العام على النظام العام للزوجين، مجلة القانون و العلوم السياسية، المجلد 9، العدد1، جامعة أبو بكر بلقايد، 2023، ص ص264-265

دامت في العدة، وأما المطلقة البائن فلا نفقة لها، ولا سكنى، إلا أن تكون حاملاً فلها النفقة¹، لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾².

ثانياً: حق المرأة في الميراث

ميراث المرأة في الإسلام يؤدي إلى تحقيق العدل والمساواة للمرأة ويوضح لها مكانتها وحقوقها داخل المجتمع، كما يجعلها عنصراً فعالاً ومنتجاً، والله سبحانه وتعالى تولى تقدير ميراثها برحمته وعدله ولم يدعه للعباد الذين تتنازعهم الأهواء، فجاء حقها في الميراث موضعاً وجلياً بالرغم من إنكار الكثير من الأعراف والتشريعات لهذا الحق، وبالرغم من كثرة الشبهات المثارة حول هذا الموضوع، وكما هو معلوم فإن الله حقق العدالة ووضح الحقوق والإسلام جاء لينبذ كل هذه الشبهات، فقد كانت المرأة قديماً تباع وتشتري فلا إرث لها ولا ملك، وحتى أنها كانت تقتل وهي صغيرة فجاء الإسلام وساوي بين الرجل والمرأة في أصل استحقاق الميراث، ولكنه فاضل بينهما في الأنصبة لحكمة يعرفها عز وجل³.

يستدل مفسرون وفقهاء بآيات سورة النساء على أساس مشروعية توريث المرأة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾⁴، فقد أورد الطبري في تفسير هذه الآية جملة من الأقوال من بينها: أنها نزلت لتتسخ عادةً جرى عليها العرب قبل الإسلام، إذ كانوا يورثون الأبناء ويوصون للأبوين، فجاءت هذه الآية لترسي حق النساء في الميراث، وفي تفسيره أيضاً لآية سورة النساء: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾⁵، يورد

¹ بدر الدين الطيب عبد الصمد عثمان، النفقة وأحكامها في الفقه الإسلامي، بحث صفى لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، مقديشو، - الصومال - كلية الشريعة، قسم الفقه، 1435هـ - 1436هـ، ص7

² سورة الطلاق، الآية 7

³ قريع عادل، الحق في الميراث بين العرف والقانون، مجلة التراث، المجلد 10، العدد 1، 2020م، ص 52-53

⁴ سورة النساء، الآية 11

⁵ سورة النساء، الآية 7

الطبري ما نصه : وذكر أنّ هذه الآية نزلت من أجل أنّ أهل جاهلية كانوا يُورثون الذكور دون الإناث¹.

الاسلام نظام شامل لتنظيم جميع شؤون الأسرة، فهو صورة حقيقية لحياة اجتماعية واقعية هدفها إقامة العدل وحفظ التوازن في الحقوق والواجبات للفرد والمجتمع دون تمييز بين جنس وآخر، وقد أولى الإسلام عناية كبيرة بالمرأة فأعلى من قدرها ورفع شأنها وأنزلها مكانة لم تبلغها أمة مضت، ولم تتركها أمة تلت فأبطل ما كان عليه العرب والعجم من هضم لحقها في الملكية أو التصديق عليها في التصرف في أملاكها.

وقد ثبت عن يحيى، عن عبيد بن حنين، أنّه سمع ابن عباس قال: قال عمر بن الخطاب: ﴿وَاللَّهِ إِنْ كُنَّا فِي الْجَاهِلِيَّةِ مَا نَعُدُّ لِلنِّسَاءِ أَمْرًا، حَتَّى أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِنَّ مَا أَنْزَلَ، وَقَسَمَ لَهُنَّ مَا قَسَمَ﴾. ومن أهم الجوانب التي اعتنى بها الإسلام في حقوق المرأة، أنّه أقر لها حقاً في الميراث بعد حرمانها منه، مع الحفاظ على حق الرجل قال تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا لِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا لِلرِّجَالِ مِنْ فَضْلِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾، فالآية الكريمة صريحة بأن لكل من الرجل والمرأة حق في الميراث سواء قل أو كثر، كما نصت الآية على نصيبهما في الميراث على استقلال دون أن يقول للرجال والنساء نصيب، وذلك لبيان أصالتهن في استحقاق الإرث، بل الأمر أكثر من ذلك فقد جعل الله سبحانه وتعالى نصيب الأنثى هو الأصل في الميراث وجعل نصيب الذكر يعرف بالإضافة إلى نصيبها، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ﴾².

¹مهنة العزة، حق المرأة في الميراث في التشريع الأردني مقتضيات التغيير وأفاق التغيير، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، فبراير 2017، ص2

²رقية مالك علاوي، في الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الشريعة في الجامعة العراقية وهي جزء من متطلبات نيل شهادة ماجستير في الشريعة الإسلامية، تخصص (فقه مقارن)، الجامعة العراقية، كلية الشريعة، الدراسات العليا، 1434هـ - 2013م، ص13

الإسلام هو دين الدولة الرسمي¹، كما أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا لقانون الأسرة الجزائري، كما تؤكد ذلك المادة 222 منه والتي تنص على " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية²، والأصل في المرجعية الفقهية لقانون الأسرة الجزائري هي المذهب المالكي، إلا أن المشرع في كتاب الميراث يخرج من حين إلى آخر في عدد محدود من المسائل عن دائرة المذهب المالكي إلى مذاهب أخرى وهذا لا يتنافى مع الأصل الذي سار عليه³.

كرس المشرع قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما كرس حالات تتساوى فيها المرأة مع الرجل في الميراث وحالات أخرى ترث فيها المرأة ولا يرث الرجل، وهو ما يشكل إنصافا للمرأة على الرغم مما يثيره من إشكالات قانونية وعملية متعلقة بأحكام الميراث عموما في أحيان عديدة⁴.

يعتبر الحق في الميراث حقا ثابتا للمرأة في قانون الأسرة الجزائري شأنها شأن الرجل وهو ما تؤكد مواد متفرقة منه، كالمادة 141 التي تولت تحديد أصحاب الفروض من الرجال في حين حددت المادة 142 منه أصحاب الفروض من النساء، إضافة إلى المواد 144-149 والمادتين 155 و156.

ولقد تعرضت مسألة الميراث إلى الكثير من الانتقادات، بحجة أن نظام الميراث في القانون الجزائري، يعتبر إجحافا في حق المرأة باعتبار أن حصتها في الإرث أقل من الرجل، فلقد نصت جميع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ولاسيما

¹ المادة 2 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المتضمن مبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، الباب الأول الفصل الأول، الصادر بتاريخ 27 جمادى الأولى عام 1437هـ، الموافق 7 مارس 2016، ص6

² المادة 222 من قانون رقم 11/84، المرجع السابق

³ أحمد غرابي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 8، العدد 2، 2015، ص121

⁴ إقروفة زبيدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، ص ص 7-8

مساواتها مع الرجل في جميع الحقوق سواء أثناء قيام الزواج، أو بعد انحلاله ومن بينها حقوق المرأة في الميراث.

وعلى هذا نصت المادة 06 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة أنه تتمتع المرأة سواء أكانت متزوجة أو غير متزوجة بحقوق مساوية لحقوق الرجل في الميراث¹، فمن خلال المادة نجد أن الإعلان وضع المرأة في ميزان متساوي مع الرجل فيما يخص مسألة الميراث في حالة وفاة أحدهما²، لكن المشرع الجزائري خالف هذه الاتفاقيات الدولية فيما يخص مسألة الإرث وبما أن أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية حاول الحفاظ على مبادئه في سنه لمختلف المواد التي تخص هذه المسألة.

¹ زرقط عمر، أثر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على التشريعات الوطنية (قانون الأسرة نمو الدساتير الجزائرية، ودجا) ، مجلة صوت القانون، المجلد التاسع، العدد الخاص، 2023، ص1439

² عبد الجليل مفتاح، حماية الأسرة في الإتفاقيات الدولية و الدساتير الجزائر، مجلة الإجتهد القضائي، العدد السابع، بسكرة،

المبحث الثاني

أثر الاتفاقيات الدولية في مسائل النسب

تعد مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة إشكالية عويصة مطروحة على مستوى القضاء، حيث أن هذا الأخير غالباً ما كان يرفض الإثبات بهذه الطرق الحديثة، على أساس أنها لا تعد من الوسائل المقررة شرعاً لإثبات النسب، لكن بعد تدخل اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال وخلصوا إلى إجازة الأخذ بهذه الطرق العلمية لإثبات النسب، ولحل هذا الإشكال متعلق بإثبات النسب، وتماشياً مع تطورات العلمية الحديثة في مجال الإثبات أورد المشرع نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت جواز الأخذ بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب، ولعل من أهم هذه الطرق العلمية لإثبات النسب البصمة الوراثية أو تحليل الحامض النووي.

ونظراً لأهمية هذه الوسيلة في مجال إثبات النسب، يجدر بنا البحث للإجابة عن كثير من الإشكالات المتعلقة بمدى كفاية الطرق العلمية لإثبات النسب، ومدى مشروعية الاستفادة من تقنية البصمة الوراثية وبيان حجيتها في مجال إثبات النسب في ظل أحكام قانون الأسرة الجزائري¹، وعليه سوف نتطرق إلى معرفة ماهية الطرق التي تثبت النسب في قانون الأسرة الجزائري (المطلب الأول)، ومدى مشروعية إثبات النسب ابن الزنا (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طرق إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري

الأساس في النسب هو إثباته، فإن كان الميلاد واقعة فإن النسب إثباته، وإذا كان المولود وجوداً فإن النسب إنتماء، وعليه فإن المشرع الجزائري أقر به ونظمه بحيث نص على أن طرق إثبات النسب هي: الزواج وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة، ونظراً للتطورات والاكتشافات

¹ عمارة مباركة، الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري (البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب نموذجاً)، المجلد 5، العدد 2، جامعة الوادي، الجزائر، أكتوبر 2021، ص 19

العلمية الحديثة كان لازماً على المشرع ان يتماشى مع هذا التطور العلمي وعليه تم إضافة الطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب متى كانت العلاقة الشرعية¹، وعليه سوف نتطرق الى معرفة الطرق التقليدية (الفرع الأول)، يلي بعد ذلك التحديث عن الطرق الحديثة في قانون الاسرة الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطرق التقليدية لإثبات النسب

ومرادنا بالطرق القديمة ما ذكره الفقهاء القدامى في كتبهم الفقهية وتعرضوا له باستفاضة، والطرق المتفق عليها الزواج الصحيح والإقرار والبينة الشرعية.

أولاً: الزواج الصحيح

إذا ثبت النكاح صحيحاً وتوافرت كامل أركانه وشروطه وانتفت موانعه، فالنتيجة القطعية ثبوت نسب الولد إلى الفراش لقوله صل الله عليه وسلم: (الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ) قال ابن دقيق العيد: والحديث أصل في إلحاق الولد صاحب الفراش، وقال فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة، كما أن المعقول يؤيد هذا، ولثبوت النسب بالفراش² اشترط الفقهاء شروطاً لا بد من توافرها وهي كالتالي:

أ_ شرعية الزواج: النكاح الصحيح سبب في ثبوت النسب.

ب_ أمكانية التلاقي بين الزوجين: ذهب الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الى اشتراط امكانية التلاقي بين الزوجين لثبوت النسب.

ج_ تصور إمكان حدوث الولادة من الزوج: ويخص هذا بأن يكون الزوج بالغاً معافى من جميع العاهات التي تحول عن الإنجاب كالخصاء و الجب و العنة.

¹ هنان مليكة، الغثبات في شؤون الاسرة، المركز الجامعي نور البشير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، البيض، 2019-2020، ص10

² شمس الدين ابن عبد الله محمد بن ابي بكر بن أيوب المشهور: ابن القيم الجوزية، ، زاد المعاد في هدى عير العباد، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، ، الطبعة الأولى، 1430هـ - 2009م، ص901

د. عدم نفي النسب: إذا تم عقد النكاح صحيحاً وحصل التلاقي بين الزوجين وحملت الزوجة وحصل لدى الزوج شك حيث سار يعتقد أن الحمل ليس منه، فله نفي الولد عن طريق اللعان¹، أما في قانون الأسرة فأشارت المادة 41 إلى هذا الشرط قولها: ولم ينفه بالطرق المشروعة، وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/10/15 قولها: وحيث أنه مادام أن المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة².

ثانياً: إقرار النسب

إذا كان الفراش في المرتبة الأولى لإثبات النسب على نحو ما سبق بيانه فيأتي بعد الفراش في المرتبة الثانية إقرار الشخص بثبوت النسب إليه وفقاً لنص المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار ويعدّ الإقرار أحد الطرق غير المباشرة أو الكاشفة للنسب، لأنّ المقر يخبر بالحق لغيره ولا ينشئ ذلك الحق، ومعنى الإقرار بالنسب إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر. وتتنوع القرابة إلى قرابة مباشرة وهي الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالبنوة والأبوة والعمومة وقرابة غير مباشرة وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر كالأخوة والعمومة³.

ويثبت النسب بهذا الإقرار إذا توافرت شروط تتمثل أساساً في أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب، كلقيط أو نحوه، وأن أن يكون استلحاقه به ممكناً من حيث العقل والعادة، وأن أن لا يُكذّب المستحق إن كان أهلاً للإقرار، وفضلاً عن ذلك يشترط ألا ينازعه فيه أحد،

¹مصطفة العربي باشا، طرق إثبات النسب من منظور الشرع والقانون والقضاء، جامعة وهران أحمد بن بلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ص 57-61

²المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، قرار رقم 605592، بتاريخ 15/10/2010، قسم الوثائق، العدد 1، 2010، ص 247

³شروقي محترف، إثبات النسب و نفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008، ص 25

لأنه لو نازعه فيه أحد تعارضاً، فاحتاج الأمر إلى مرجح، وإن كان الإقرار عليه وعلى غيره كالإقرار بأخ له اعتبرت الشروط الأربعة مع كون المقر جميع الورثة¹.

ثالثاً: ثبوت النسب بالبينة الشرعية:

تعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعاً و قانوناً باتفاق العلماء كما ذكر ذلك ابن القيم بحيث قال: "فإنما ثبوت النسب فجهاته هي الفراش والاستحقاق والبينة والقافة فالثلاثة الأولى متفق عليها... و البينة لغة من التبيين بمعنى الوضوح أي الدليل والحجة أما معناها الشرعي فقد عرفها علاء الدين الطرابلسي بأنها "اسم لكل ما يبين الحق و يظهره"، وسمى النبي (ص): "الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الأشكال بشهادتهم"، وذهب الحنفية وجمهور الفقهاء إلى أن البينة هي الشهود لأن بهم يبين الحق و يظهر².

تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"، يستنتج من هذه المادة أن النسب المعترف به في القانون الجزائري هو النسب الشرعي أي انتساب الولد إلى أبوين قامت بينهما علاقة زواج، والأمر ذاته بالنسبة لعقد الزواج المختلط زواج الجزائري أو الجزائرية مع الأجانب، إذا تم احترام النصوص التنظيمية الخاصة به، خاصة ما تعلق بالحصول على الرخصة الإدارية وفقاً لما تقرره خاصة المادة 31 من قانون الأسرة المعدل سنة 2005.

لنسب علاقة وثيقة بصحة الزواج لذا يثبت النسب بإثبات صحة الزواج، بمعنى لا بد من العودة إلى الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج، وذلك ما قرره القضاء الجزائري في قرار صادر عن المجلس الأعلى: "أنه من المقرر شرعاً أن الولد للفراش الصحيح وأن

¹ ياسر محمد جابر، إثبات النسب في الشريعة الإسلامية و قانون القطري، جامعة قطر، صص 18-19

² قاشي علاء، غثبات النسب كأثر مترتب عن الزوجا بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، العدد الأول، ديسمبر 2019، صص 71

أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد 64 يوماً لا يثبت نسبه لصاحب الفراش¹.

الفرع الثاني: الطرق الحديثة لإثبات النسب

إن المشرع الجزائري أجاز للقاضي من خلال نص الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة أن يلجأ إلى الطرق العلمية (البصمة الوراثية، الحمض النووي) لإثبات النسب، لكنه لم يحدد هذه الطرق على سبيل الحصر، بل على العكس جاء بعبارات واسعة تمثلت في "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية..." وهذه العبارة تشمل كل الطرق العلمية الحديثة بحسب التطور العلمي.

بإضافة إلى ذلك أن المشرع قد أحسن صنعا في عدم تحديد وسيلة إثبات معينة لإثبات النسب ليترك المجال مفتوحا لكل وسيلة علمية يراها القاضي مناسبة وتكون لديه يقين كافي لتأسيس حكمه عليها.

الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب لا تستخدم إلا حينما لا يمكن استعمال الطرق الشرعية التقليدية، وأن وسيلة تحليل البصمة الوراثية رغم نفاعتها في إثبات النسب، إلا أنها لها عيوب تضعف من قطعيتها دلالتها، ومن بين هذه العيوب الأخطاء البشرية التي يمكن أن تحصل أثناء التحاليل، إضافة إلى قابليتها على الاستتساخ، وبعض العوائق المادية والقانونية التي تحول دون تطبيقها على مستوى واسع في المنازعات المتعلقة بالنسب².

اتفق الفقهاء على أن الفراش والإقرار والبينة طرق يثبت بها النسب شرعاً؛ وأجمع العلماء المعاصرون على أن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها من الطرق كالبصمة الوراثية والقيافة والقرعة إلا عند التنازع في الإثبات أو عدم الدليل الأقوى، أو عند تعارض الأدلة، واختلف الفقهاء في اعتبار القيافة والقرعة طرقاً لثبوت النسب؛ حيث أجمع

¹ عبد الكريم موكة، القانون الواجب تطبيق على النسب في عقود الزواج الدولية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،

المجلد 16، العدد2، 2021، ص92

² عمارة مباركة، المرجع السابق، ص29

العلماء المعاصرون في هذا العصر، أن البصمة الوراثية تقدم على القيافة في إثبات النسب وذلك لقوة دلالتها العلمية غيرالمبنية على الحدس والتخمين، وهذا من باب قياس الأولى، وحيث أن البصمة الوراثية قدمت على القيافة فمن باب أولئأن تحل بديلا عن القرعة، فكل موضع فيه قافة أو قرعة فالبصمة الوراثية فيه أولى¹.

المطلب الثاني

مدى مشروعية اثبات نسب ابن الزنا

لا شك أن الزنا جرما كبير و أنه مفسدة للمجتمع، و مسألة ولد الزنا من المسائل التي أعطى فيها الفقه الإسلامي، إستنادا ظاهراً للأدلة الشرعية من القرآن و السنة (حديث)، و عليه سوف نقوم بتطرق الى معرفة مدى مشروعية إثبات نسب ابن الزنا².

الفرع الأول: حقيقة الزنا

من خلال هذا الفرع سنبين حقيقة الزنا في اللغة(أولاً)، ثم بعد ذلك سنبين حقيقتها في الاصطلاح(ثانياً)، ليلي بعد ذلك ادراج التعريف المختار لزنا(ثالثاً).

أولاً: حقيقة الزنا في اللغة:

الزنى: مقصور، لغة أهل الحجاز

الزنا: ممدود، لغة بني تميم.

والمرأة تزاني مزناة، وزناء، أي تباغي.

لقوله تعالى: {وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا}³، بالقصر، والنسبة إلى المقصور زنوي،

¹ بلشبير يعقوب، نسب الطفل غير شرعي بالبصمة الوراثية: الطفل الطبيعي، 3 ماي 2012، ص112

² سيد سقا، نقد الموروث الفقهي نموذجاً ولد الزنا، سلسلة أحكام الجاهلية تبغون، الطبعة الأولى، E-kutub Ltd، ديسمبر

2015، ص 20-30

³ سورة الإسراء: الآية 32.

ثانيا: حقيقة الزنا في الاصطلاح:

عندما يتناول الفقهاء مصطلح الزنا؛ فإنهم يريدون به الوطء في القبل وقد عرفوه بعدة تعاريف كما يلي:

أ_ الأحناف: عرف الأحناف الزنا بأنه " وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك، وشبهه الملك "

ب_ المالكية: عرف المالكية الزنا بأنه " وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه تعمدًا "

ج_ الشافعية: عرف الشافعية الزنا بأنه: " أن يأتي رجل وامرأة بفعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة "

د_ الحنابلة: عرف الحنابلة الزنا بأنه: " فعل الفاحشة في قبل أو دبر "

ثالثا: التعريف المختار

بعد دراسة تعريفات الفقهاء السابقة للزنا، يبدو أن التعريف المناسب هو تعريف الشافعية اللذين قالوا إن الزنا هو: أن يأتي رجل وامرأة بفعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة وذلك للسببين هما أن تعريف الشافعية تجتمع فيه كافة شروط الزنا وأن أن تعريف الشافعية كان شاملا مانعا¹.

وولد الزنا هو الولد التي أتت به أمه من طريق غير شرعي، أو هو ثمرة العلاقة المحرمة ، أي هو الولد الذي ينتج عن علاقة محرمة بين الرجل والمرأة من وجه غير مشروع، أي دون وجود شبهة للرجل فيها، ولا عقد ولا ملك، فهو ولد غير شرعي ناتج عن سفاح لا عن نكاح².

لم يعرف المشرع الجزائري النسب بل اكتفى ببيان قواعد إنشائه وإثباته، فقد نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البيئة أو

¹ نجوى عوني، هشام أحمد عدوان، الإجراءات الوقائية من الزنا، عمل مقدم إستكمال شهادة البكالوريوس في التربية الإسلامية، جامعة القدس المفتوحة، 2006-2007م / 1427-1428هـ، ص3.

² سليم محمودي، حكم نسب ولد الزنا في الشريعة الإسلامية، مجلة صوت القانون، المجلد 7، العدد3، 2021م، ص786.

بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون¹.

الفرع الثاني: مشروعية إثبات نسب ابن الزنا

يطلق الزنا (الفاجر)² على وطأ المرأة من غير عقد شرعي، وهذا هو المعنى المراد منه في القرآن الكريم³، كما في قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يَبَايِعُكَ عَلَى أَلَّا يَشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ﴾⁴.

بالنسبة لإثبات نسب طفل عن علاقة غير شرعية فهو أمر غير مقبول وغير جائز باتفاق جمهور الفقهاء الشريعة الإسلامية مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر". والواضح من أحكام المحكمة العليا أنها أخذت برأي جمهور الفقهاء بعدم انتساب ابن الزنا لأبيه⁵.

في هذا الصدد لا بد علينا من التنويه أن المحكمة العليا في أحد قراراتها سنة 2006 أقرت بأنه لا يجب الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي وإلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية.

إلا أن جميع كتب علماء أهل السنة أجمعت على أن ولد الزنا لا يُنسب إلى أبيه الزاني⁶، بل يُنسب إلى زوج المرأة إن كانت متزوجة، وإلى أمه إن لم تكن متزوجة، فليس للأب الذي من صلبه هذا الولد الحق فيه أبداً، وليس للولد الذي هو من صلب ذلك الرجل الحق في أبيه فأصحاب المذاهب الأربعة وكذلك الظاهرية متفقون على إلحاق ولد الزنا بأمه، ويقولون

¹ عيسى امعيزة، مدى مشروعية التنسب ولد الزنا في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مجلة حقائق الدراسات النفسية و الاجتماعية، العدد التاسع، العدد 2، ص 250.

² يوسف محمد البقاعي، المرجع بق ذكره، ص 288.

³ سعد بن تركي الختلان، نسب ولد الزنا، كلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ص 6.

⁴ سورة الممتحنة، الآية 12.

⁵ يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 50.

⁶ عدنان بن محمد بن عتيق الدقيلان، نسب ولد الزنى، العدل، العدد الثاني والعشرون، ربيع الاخر، 1425هـ، ص 1261.

صراحة: إن المرأة المتزوجة إذا أتت بولد (سفاح) فإنَّ الولد يُنسب للزوج في أي حال، سواء كان هذا المولود شبها للزوج أو لم يكن، إلا إذا أراد الزوج أن ينفيه فيحق له ذلك، ولكن لا بد أن ينفيه باللعان¹.

في الشريعة الإسلامية لا ينتج الإقرار أثره المتمثل في إثبات النسب إلا في ظل وجود علاقة شرعية بين الأب والأم، إذ أن الإقرار المستند على العلاقة غير الشرعية لا يثبت النسب فرابطة الدم لا تكفي لإثبات النسب متى ثبت أن الابن مولود نتيجة علاقة جنسية خارج نظام الزواج، لذلك فإن أي واقعة مصاحبة للإقرار يثبت منها العلاقة غير الشرعية بين الأب والأم ستحبط لا محالة إثبات النسب، فالإقرار في الشريعة الإسلامية لا يثبت إلا النسب، بغض النظر عن كون أن إثبات الزواج ليس شرطاً جوهرياً لصحة الإقرار، بينما لا يقيم القانون الفرنسي هذا الربط بين النسب والزواج، إذ يعول القانون الفرنسي على رابطة الدم لإثبات النسب دون النظر في شرعية هذا الأخير، فمتى ثبت طبيياً أو مخبرياً أن الطفل له علاقة بالأب فإنه يثبت نسبه إليه حتى ولو كان ميلاد هذا الطفل خارج مؤسسة الزواج والعكس صحيح، فيمكن نفي النسب عن الابن المولود في الفراش متى ثبت طبيياً أو مخبرياً بعدم وجود أي رابطة دم بينه وبين الأب للفراش، والولد المستفيد من قرينة الفراش هو المولود بموجب عقد زواج سواء كان العقد صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً والمولود أثناء قيام العلاقة الزوجية بشرط أن تكون مدة الحمل سنة أشهر على الأقل أو قبل انقضاء عشرة أشهر من فك الرابطة الزوجية، فإذا استفاد الولد من قرينة الفراش نسب لأبيه بقوة القانون ولا ترد هذه القرينة إلا باللعان، أما الولد الذي لا يتمتع بقرينة الفراش فإن نسبه يعتبر مقطوعاً من أبيه.²

¹ سيد سقا، ولد الزنا (دراسة نقدية للموروث الفقهي)، الطبعة الأولى، دار المصورات للطباعة ونشر و التوزيع، 1442هـ - 2021م، ص26.

² زرقون نور الدين، الإقرار بالبنوة بين الصرامة قاعدة الولد للفراش والمرونة قاعدة إحياء الولد، دفاقر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد2، 2022، ص6

فمذهب جمهور الفقهاء يرى أن ولد الزنا لا ينسب لأب بحال، وإليه ذهب أكثر أهل العلم، قال به أبو يوسف وبعض الحنفية، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، وحجتهم من السنة والمعقول، وما ورد في نفي الملاعنة، ومنه ما أخرجه البخاري، عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لا عن بين رجل وامرأة، فانقضى من ولدها، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة، قالوا: ولد الزنا أسوأ حالا من ولد الملاعنة، فيأخذ حكمه، إذ أنهم يستدلون بأربعة أوجه:

الوجه الأول: ماء الزنا هدر لا حرمة له، فلا يرتب أثر.

الوجه الثاني: إن الزاني تعدى حدود الله في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحقنا الولد به لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها ويكون الولد له، فكان لا بد من أن يعامل بنقيض قصده.

الوجه الثالث: إن الأبوة وصف شرف لا يستحقها إلا من سلك إليها الطريق الحلال، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾¹.

الوجه الرابع: يصعب التأكد من أن ولد الزنا من الزاني لأن التي طاوخته ساقطة المروءة والشهادة².

جاءت مشروعية إقامة حد الزنا، في الكتاب والسنة والإجماع، والمعقول، وشددت في إثبات هذه الجريمة؛ حتى تصان الأعراض من المساس بها أو النيل منها؛ ولتحفظ الأنساب، وجعلت الشريعة الإسلامية حفظ العرض من الضرورات الخمس، فشرعت عدد من الأحكام تحفظ أعراض الناس من النيل منها، كما شددت في عقوبة الزاني، فجعلت غير المحصن بالجلد والتغريب والمحصن بالرجم حتى الموت، لأسبقيته في الزواج وممارسته بخلاف غير

¹سورة النساء: الآية 24.

²شاحبة أعمر سعيد، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية المجلد 7، العدد6، 2018م، صص 438-439 .

المحصن الذي لم يسبق له الزواج، فجعلت عقوبته الجلد، و أن كل هذه العقوبات بهدف إصلاح المجتمع، والبعد عن الفساد، وزجر الناس عن ارتكاب الجرائم، وتأديب من تسول له نفسه بارتكاب الجرائم، وشددت في درء الحدود بالشبهات ومنعت إقامة الحد في وجود الشبهة، كل هذه التدابير التي وضعتها الشريعة الإسلامية في إقامة عقوبة الزنا هدفت من خلالها بيان سماحة الإسلام، ورأفته، وعدم إيقاع الظلم بالعباد جزافاً، بل لا بد من التثبت في إثبات الجريمة، ثم المعاقبة عليها¹.

يتضح لنا من خلال هذا الباب مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على مسائل انعقاد الزواج وأثاره مجموعة من الاستنتاجات المستخلصة والتي تتمثل فيما يلي:

- إن هذا الواقع الذي تقر به كل الشرائع السماوية ترفضه اتفاقية " القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة " التي ترفض هذا الواقع وتدعو إلى المساواة في الحقوق بين المرأة والرجل، وتطالب باتخاذ خطوات لتعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تجعل من التمييز عرفاً متmadياً.
- يمكن القول ان المشرع الجزائري قد وفق في تجسيد مبدأ المساواة بين الزوجين بعد التعديل 2005، حيث وازن بين أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص انشاء عقد الزواج و اتفاقية سيداو الى حد ما رغم انه تحفظ على جملة من الاحكام الواردة في المادة 16 من الاتفاقية، التي تخالف مبدأ وقيم المجتمع الاسلامي والتي تخالف الفطرة السلية للجنسين حيث من غير المنطق السليم تجسيد المساواة التامة بين الزوجين.

- تعتبر إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سيداو من أبرز الاتفاقيات الدولية التي تركز مبدأ المساواة المطلق بين الجنسين من خلال إلزام الدول الأطراف فيها بإلغاء وتعديل كل ما قد يشكل تمييزاً ضد المرأة في تشريعاتها الوطنية، من بينها

¹شباب عادل، إسماعيل محمد سعيدات، اثر تطبيق العقوبة على صاحب الظرف في جريمة الزنا، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية، المجلد 12، العدد1، 2023، ص ص259-260.

الجزائر، لذا ينصب هذا العمل على تبيان مكانة هذه الاتفاقية في التشريع الأسري الجزائري ومدى تأثيره بينودها ومقتضاها، مع التركيز أن المشرع الأسري أخذ كأصل عام بمبدأ المساواة عملاً بالاتفاقية ولكن بطريقة تميز بها إذ في الوقت ذاته لم يجعله على إطلاقه ولم يستغن عنه تماماً.

- رتب الشارع الحكيم على عقد الزواج حقوقاً مشتركة بين الزوجين، وحقوقاً للزوج على زوجته، وحقوقاً للزوجة على زوجها، وبمراعاة هذه الحقوق والواجبات تسير الحياة الزوجية سيراً حسناً منتظماً وتستقر الأسرة ويتحقق السكن والألفة والاطمئنان.

- تنص المادة الرابعة من قانون الأسرة من الأمر 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 على أن الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب، فنص هذه المادة يتماشى مع أحكام ديننا الحنيف ومع ما تقتضيه الفطرة السوية للطبع الإنساني، وبمقتضى التعديل الجديد أصبح عنصر الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج للدلالة على أنه العنصر الجوهر في العقد حيث يتم تحديد المسؤوليات وتبادل الالتزامات.

- التزام المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في تقنين مواد قانون الأسرة، مراعيًا في ذلك نص المادة 222: من قانون الأسرة التي تنص على مايلي: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

- بالنسبة للشروط الموضوعية لعقد الزواج، بالرغم من أن المشرع خصها بقاعدة إسناد مستقلة، إلا أنها لم تكن واضحة التطبيق في حال اختلاف الزوجين في الجنسية.

- المشرع الجزائري لم يخص الشروط الشكلية لعقد الزواج بقاعدة مستقلة، مما يستوجب إخضاع عقد الزواج شكلياً إلى القاعدة التي تحكم العقود عموماً.

- تبقى أهلية الزواج خاضعة لقانون الجنسية ولا تسري عليها قواعد التنازع الأخرى الخاصة بعقد الزواج.
- لم يفرق المشرع الجزائري بين الآثار المالية والآثار الشخصية لعقد الزواج، وأخضعها لضابط إسناد واحد هو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وهو ما نتج عنه تجميد القانون الوطني للزوج بوقت انعقاد الزواج.

الباب الثاني

أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة
في مسائل انحلال الزواج وأثاره

دعت الاتفاقيات الدولية إلى المساواة بين الزوجين في انعقاد الزواج و انحلاله كمبدأ عام، وعلى اعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مستمد بالدرجة الأولى من الشريعة الإسلامية فإننا ننطلق من القول أن أمر الزواج والطلاق قبل الإسلام لم يكن منظما بما يحمي حقوق أطرافه خاصة المرأة¹ ، فقد كان الرجل قبل الإسلام يطلق زوجته كما يشاء ويراجعها كما يشاء إلى أن جاء الدين الإسلامي بأحكام تضمن المحافظة على الأسرة وتكفل ضمان حقوق الزوجين².

لا تجمع التشريعات على مفهوم واحد لمسألة انحلال الزواج بحيث ترى الشريعة الإسلامية بأنّ الزواج رابطة أبدية، عكس ما هو الحال عند الطوائف المسيحية الكاثوليكية، إذ ترى بأن الرابطة الزوجية لا تنقضي إلا بالوفاة، وفي القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية يجوز انتهاء الزواج بالإرادة المنفردة للزوج، وبالتطليق في حالات معيّنة بناء على طلب الزوجة³.

وعليه ارتأينا تقسيم هذا الباب الى فصلين نتناول في **الفصل الأول** أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مجال انحلال الزواج، اين نتطرق إلى المبحث الأول المعنون أثر الاتفاقيات الدولية على الطلاق بإرادة المنفردة للزوج، ويليه المبحث الثاني بعنوان أثر الاتفاقيات الدولية على طلب الطلاق من طرف الزوجة، ثم نتناول في **الفصل الثاني** أثر الاتفاقيات الدولية على الأحكام المتعلقة بآثار انحلال الزواج، أين نعرض في المبحث الأول أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مسائل الحضانة والولاية المالية

¹ أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، ، الطبعة 2، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، 1998، ص14.

²دورة تركية، المرجع السابق، ص277.

³دربة أمين، تنازع القوانين في مجال و إنحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، دفاثر السياسة و القانون، العدد الرابع، جانفي 2011م، ص243.

على الأطفال، ويليه المبحث الثاني معنون بأثر الاتفاقيات الدولية على الآثار المالية لانحلال الزواج.

الفصل الأول

أثر الاتفاقيات الدولية

على قانون الأسرة في مجال انحلال الزواج

بما أن الجزائر من بين الدول التي صادقت على اتفاقية سيداو الرامية للقضاء على أي شكل من أشكال التمييز بين الرجل والمرأة، وعلى مختلف أصعدة الحياة بما فيها فك الرابطة الزوجية، فقد تأثر التشريع الأسري الجزائري بهذا المبدأ وسعى المشرع تبعاً لمختلف الضغوطات التي وقع تحتها إلى تكريسه في مجال فك الرابطة الزوجية، وغداً ذلك واضحاً وجلياً بالخصوص في مقابلة طلاق الزوج بالإرادة المنفردة والخلع بالنسبة للزوجة، لكن بالمقابل حاول الحفاظ على الثوابت والقيم التي تبناها واستمدتها من الشريعة الإسلامية لحد ما¹.

من آثار الاتفاقيات الدولية على إنحلال الزواج، وما يترتب عليه من آثار، أن ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة من حيث أحقية فك الرابطة الزوجية، فمنح للمرأة حق الخلع زيادة عن التطلق مثلما منح لزوج الطلاق بإرادته المنفردة، أما من حيث الآثار فقد أعاد ترتيب المراتب المستحقين للحضانة أعطى للأم الحاضنة حق الولاية على أبنائها القصر.

وفي إطار المساواة المكرسة بموجب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بصفة عامة واتفاقية سيداو بصفة خاصة، فإنه يجب أن يكون للمرأة نفس الحقوق مع الرجل فيما يتعلق بفسخ عقد الزواج، وهوما انعكس على مضمون نص المادة 53 من خلال توسيع حالات طلب التطلق².

يعتبر موضوع إنهاء العلاقة الزوجية من المواضيع التي اهتمت بها الاتفاقيات الدولية والتي أكدت على أنه يكون للمرأة نفس الحقوق مع الرجل عند فسخ عقد الزواج، وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجده قد وفر الحماية اللازمة للمرأة إذا أصبح إستمرار

¹ لبرباح زكرياء، مظاهر المساواة بين الزوجين في إطار الأحكام الموضوعية لطلاق بإرادة الزوج المنفردة والخلع، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، ص324.

² المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري،

الحياة الزوجية مستحيلا، وعليه فحل هذه الرابطة إما أن يكون بإرادة الزوج لوحده ويسمى في هذه الحالة بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة، أو بإرادة الإثنتين ويسمى الطلاق بالتراضي، أو بإرادة الزوجة لوحدها ويسمى إما تطليقا أو خلعا¹.

وعليه نظم المشرع الجزائري مسألة انحلال الرابطة الزوجية التي تتم بالإرادة المنفردة للزوج من خلال عدة نصوص قانونية خاصة بالمادتين 49 و 50 منه، اللتان تضمنتا عدة مسائل مهمة أحدثت نقاشا حادا بين مختلف المهتمين والمختصين و رجال القانون حول التنظيم الذي انتهجه المشرع².

لذا قمنا بتقسيم هذا الفصل أثر الاتفاقيات الدولية على الطلاق بإرادة المنفردة للزوج الى مبحثين كل مبحث تم تقسيمه الى مطلبين، ففي المبحث الأول تطرقنا الى أثر الاتفاقيات الدولية على الطلاق بإرادة المنفردة للزوج، أين تم التطرق في المطلب الأول الأساس الدولي وقانوني وشرعي للطلاق بإرادة المنفردة للزوج، ويليه المطلب الثاني الذي تم عرض الضمانات القانونية لحماية الزوجة في الطلاق بإرادة المنفردة للزوج، أما المبحث الثاني سنبين فيه أثر الاتفاقيات الدولية على الطلاق من طرف الزوجة.

¹فحموص نوال، انعكاسات المادة 16 من إتفاقيات سيداو على قيام الرابطة الزوجية وانحلالها في قانون الاسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد6، العدد1، جوان 2021م، ص601.

²المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول

أثر الاتفاقيات الدولية على الطلاق بإرادة المنفردة للزوج

نظم المشرع الجزائري مسألة انحلال الرابطة الزوجية التي تتم بالإرادة المنفردة للزوج من خلال عدة نصوص قانونية خاصة بالمادتين 49 و 50 منه، اللتان تضمنتا عدة مسائل مهمة أحدثت نقاشا حادا بين مختلف المهتمين والمختصين ورجال القانون حول التنظيم الذي انتهجه المشرع، لذلك أثر علينا الأمر بأن نتناول أهم المسائل التي تثيرها المادتين، لمعرفة مدى صحة الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري ومدى موافقته في ذلك لما هو معمول به في الشريعة الإسلامية، فنتشأ أهم علاقة للإنسان في حياته وهي الزواج، لكن قد تحدث خلافات زوجية تمنع من إبقاء الرابطة الزوجية وإن كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن من حق الزوجة أيضا فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ولكن مقيد بحالات معينة، وعليه سوف نتناول فيما يلي: الأساس الدولي والقانوني والشرعي على الطلاق بإرادة المنفردة للزوج (المطلب الأول)، ويليهِ الضمانات القانونية لحماية الزوجة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاساس الدولي والقانوني والشرعي على الطلاق بإرادة المنفردة للزوج

سوف نتناول في هذا المطلب الأساس القانوني والشرعي والدولي على الطلاق التعسفي بإرادة المنفردة للزوج بحيث نتطرق في الفرع الأول الى ماهية الطلاق بإرادة المنفردة للزوج وفي الفرع الثاني الأساس الدولي و القانوني و الشرعي للطلاق بإرادة المنفردة.

الفرع الأول: ماهية الطلاق بإرادة المنفردة للزوج

من خلال هذا الفرع سيتم تحديد معنى الطلاق بإرادة المنفردة (أولا)، كما سنبين خلال هذا الفرع أنواع الطلاق بإرادة المنفردة (ثانيا) مع ضرورة تبيان حكمه (ثالثا).

أولاً: تحديد معنى الطلاق بإرادة المنفردة

يعرف الطلاق لغةً: الانفصال التام¹ وبأنه كلمة مشتقة من الفعل الثلاثي (طلق)، بمعنى حرّر، أو فك قيده، ويُعرف اصطلاحاً بأنه فسخ عقد الزواج بين الرجل وزوجته باستخدام اللفظ المباشر، أو ما دلّ عليه، أو وصف معناه بشكل صريح، أو ارتبط بمفهومه، وقد يتم بشكل غير مباشر عن طريق القاضي الشرعي وباتفاق الزوج والزوجة، الطلاق جائز وذلك كما ورد في التشريع الإسلامي الذي يتضمن القرآن الكريم شرعاً، والسنة النبوية الشريفة، وإجماع علماء وفقهاء الإسلام².

فالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو طلاق عادي يباشره الزوج بنفسه أو بنائبه بمحض مشيئته، أي كان السبب الذي دفعه إلى حل رابطة الزوجية ودون أن يكون ملزماً بالتصريح بهذا السبب، إلا أن هذا الحق ليس على إطلاقه يستعمله الزوج إضراراً بزوجته متى شاء، بل له شروط وأوقات و ضمانات، ومخالفاتها تعتبر تعسفاً من الزوج في استعمال حق الطلاق ووجب تعويض المطلقة عن الضرر الناتج عنه حسب المادة 52 من ق أ³.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 52 من ق أ⁴ جاءت في النص الفرنسي بمصطلح (*divorce par répudiation*) مقابلاً لمصطلح "الطلاق" بالإرادة المنفردة للزوج (فقط) بالرغم من تضارب المفاهيم، وقد تناول المشرع الجزائري مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة في المادتين 48 و 54 من قانون الأسرة⁵.

¹ أنوار مجيد هادي، الطلاق العاطفي وعلاقته بفعالية الذات لدى الاسر، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012م، 1433هـ، ص25

² محمد فهمي، كمال الأخلاق في الزواج والطلاق، دار النوارس للدعاية والنشر، الطبعة الثالثة، 2018، ص35.

³ عبد الحق حنان، العشي نورة، إشكالية ترجمة المصطلح المستمد من الشريعة الإسلامية، في قانون الأسرة الجزائري - انحلال الزواج والصلح نموذجاً- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 57، العدد 05، 2020، ص64.

⁴ تنص المادة 52 من ق أ على أنه: " إذا تبين للقاضي نصف الزواج في الطلاق حكم المطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."

⁵ عبد الحق حنان، العشي نورة، إشكالية ترجمة المصطلح المستمد من الشريعة الإسلامية في قانون الاسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد: 5، 2020م، ص64.

بالنسبة لهذا النوع من الطلاق، هناك تقارب واضح خاصة في سلطة حل الرابطة الزوجية بإرادة أحادية الجانب دون موافقة الزوجة، فيما يتعلق بالجزء المتباين، فإنه ليس مهماً بالنسبة لنا مثل المبدأ الذي يتم بموجبه تأسيس الطلاق بالإرادة من جانب واحد¹.

المشرع الجزائري وفي الوقت الذي ألف ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 84-11، وأعطى معناً للطلاق إذ نص صراحة على أن: "الطلاق حل عقد الزواج...، فقد وضح أن الطلاق وسيلة يحل بها عقد الزواج وهذا التعريف قريب لتعريف الحنابلة الذين عرفوا الطلاق بأنه حل عقد النكاح، ثم بين المشرع بعدها الأنواع التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة².

هذا وقد تنوعت تعريفات الطلاق في الفقه الإسلامي ومن بين التعاريف نجد مثلاً: الطلاق عند الحنفية هو: «رفع قيد النكاح الصحيح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص»، وعند المالكية يعرف على أنه: «رفع حلية تمتع الزوج بزوجته» أو هو «صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته»، أما عند الشافعية فهو: «حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه»، هذا وقد عرفه الحنابلة على أنه: حل قيد النكاح.

إن هذه التعاريف تؤدي معنى واحد، مؤداه أن الطلاق يرفع حلية الاستمتاع والاستمرار في العلاقة الزوجية، غير أن أفضل تعريف في نظري للطلاق من حيث كونه جاء جامعاً مانعاً مفصلاً لأفراد المعرف بطريقة سهلة بسيطة هو تعريف الحنفية «رفع قيد النكاح الصحيح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص»³.

¹Debbanacer·L'opposabilité Du Jugement De Divorce Par La Volonté Unilatérale Au Sein De L'ordre Juridique Français ·REVUE ELBAHITH DES ETUDES ACADÉMIQUES ، volume 7 ، N°: 1 ، Page 1057

²هشام نبيح، الإطار القانوني لحماية الأطفال ضحايا الطلاق في ظل قانون الأسرة الجزائري، المركز الجامعي، ريكّة، الجزائر، ص221

³بوجمعة حمد ، المرجع السابق، 265.

ثانياً: أنواع الطلاق بإرادة المنفردة

للطلاق أقسام عدة حسب الشخص الذي قام بعملية الطلاق، فالزوج يملك الطلاق باعتبار العصمة بيده ويسمى هذا النوع من الطلاق بالطلاق بإرادة الزوج، كما أن الزوجة أيضاً تملك الحق في الطلاق ويسمى الطلاق بطلب من الزوجة بشقيه الخلع والتطليق، ونفصل هذه الأنواع الآتي:

أ_ الطلاق الرجعي:

لغة هو نسبة إلى الرجعة¹، وهي اسم مصدر "رجع"، وهو نقيض الذهاب، ويقال: رجعت عن الشيء أي رددته، والطلاق الرجعي اصطلاحاً فهو ما يجوز معه الزوج رد زوجته في عدتها من غير استئناف عقد²، أي أن الزوج بعد أن يتلفظ بالطلاق أمام زوجته يقع الطلاق حالاً وتحسب له طلقة، لكن بإمكان الزوج مراجعة زوجته تتم المراجعة بوطء الزوج زوجته مادامت في فترة عدتها فهي مازالت زوجته ما لم تنتهي عدتها والتي تقدر بثلاثة أشهر للمرأة اليائسة من المحيض وبثلاثة قروء للمرأة التي تحيض وتحسب العدة من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق³.

لا يجوز خطبة المعتدة من طلاق رجعي سواء بطريق التصريح أو التعريض، لأن المطلقة رجعيًا تظل على ذمة زوجها خلال فترة العدة، ويجوز له مراجعتها دون مهر أو عقد جديدين ودون رضاها، كما أنهما يتوارثان وخطبة الغير للمعتدة رجعيًا قد تفسدها على مطلقها وتحرمه من حقه المقرر شرعاً إذا أراد مراجعتها لأنها قد تفضل من خطبها عليه، رغم أنه أولى الناس بها وقد يكون له أولاد منها وفي حاجة إلى جمع شمالاً للأسرة، ومن ثم فإن إجازة

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط:4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص331.

² هشام ذبيح، المرجع السابق، ص223.

³ حياة بنت عبد الله بن محمد المطلق، إحداد المطلقة، جامعة الأمير نورة بنت عبد الرحمن، ص1761.

خطبتها إلى الغير تؤدي إلى البغضاء بين الخاطب والمطلق وقد تمتد هذه البغضاء إلى ذويهما، فضلا عن أنها تؤدي إلى تفكك الأسرة¹.

ب_ الطلاق البائن:

وهو ما لا يجوز للزوج الرجوع فيه إلى المطلقة وله مصاديق عدة، منها: طلاق الصغير، وطلاق اليائسة، الطلاق قبل الدخول لطلاق الخلع والمباراة، طلاق الحاكم الشرعي (الطلاق القضائي). الطلاق الرجعي على عكس الأول، هو ما يحق للزوج الرجوع فيه فيالعدة.

أما شروطه فهي (البلوغ، العقل، الاختيار)، والقصد، وتعيين المطلقة، طهارة الزوجة من الحيض والنفاس، أن يكون في الزواج الدائم، وإشهاد رجلين عادلين لدى الإمامة، وأما أحكامه ومسائله فهي كثيرة، وقد غير الشرع الإسلامي الكثير من العادات الجاهلية في هذه المسائل وهذّب بعضها، فمثلاً منع ممارسة الضغط من قبل ذوي المرأة عليها وتركها حرّة في اختيار زوجها والرجوع إلى الزوج الأول²: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾³، كما منع الطلاق أكثر من مرتين وجعل الطلاق الثالث غير رجعي، بقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾⁴، كذلك وضع التشريع الإسلامي التحكيم العائلي في قضايا الأسرة والخلاف بين الزوجين: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقَالَهُ بَيْنَهُمَا﴾⁵.

معناه المنفصل الذي يفصل بين الزوجة وزوجها على الفور على وفق ما عرفه الفقهاء اذ يعتبر الطلاق البائن الذي ليس للزوج بعده أن يراجع المطلقة وقيل هو ما لا يصح

¹ محمد عزمي البكري، في الأحوال الشخصية، المجلد الأول، موسوعة الفقه والقضاء، القاهرة، مصر، ص26.

² محمد مصطفى، الأصول العام لنظام التشريع: دراسة مقارنة بين الإسلام والقانون الوضعي، مركز الحضارة للتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، مارس 2016، صص 146-147.

³ سورة البقرة، الآية 232.

⁴ سورة البقرة، الآية، ص229.

⁵ سورة النساء، الآية 35.

للزوج الرجعة معه، وقيل: (المطلقة البائنة هي التي لا رجعة لزوجها عليها لكونها مطلقة ثلاثاً أو دونها بعوض أو بغيره وقد انقضت عدتها).

والطلاق البائن على ضربين، البائن بينونة صغرى: وهو الذي يجوز للزوج الرجوع الى زوجته بعقد ومهر جديدين، والبائن بينونة كبرى: وهو الطلاق الذي يحرم المرأة على الرجل فلا يحق له الرجوع الى المطلقة إلا بعد أن تتكح زوجا غيره ويدخل بها دخولا حقيقيا بموجب عقد نكاح صحيح ثم يفارقها اما بالطلاق أو الموت وتنتهي عدتها¹.

ثالثاً: حكم الطلاق بالإرادة المنفردة:

اعتبر الإسلام الزواج أبديا ووسيلة للاستقرار والتناسل، ولكنه لم يرض أن يجعل منه سجنا لا يخرج منه الزوجان إلا بالوفاة أو الطلاق، فشرع الطلاق وبغض فيه، فقال عليه السلام: "أبغض الحلال عند الله الطلاق" وقد أمر الله تعالى الزوجين بالإبقاء على الحياة الزوجية والصبر على ما يصيب أحد الزوجين خلالها ما أمكن إلى ذلك سبيلا، ثم شرع الإسلام علاجا للحالات التي ينشأ عنها شقاق و نزاع بين الزوجين، فأوجد نظام التحكيم بين الزوجين و هو أن يختار الزوج شخصا من أهله، و تختار الزوجة شخصا أهلها و يحاول الحكمان التوفيق و الإصلاح بين الزوجين حرصا على استمرار الحياة الزوجية بينهما².

الفرع الثاني: الأساس الدولي والقانوني والشرعي للطلاق بإرادة الزوج المنفردة

في هذا الصدد سنتطرق إلى أساس الطلاق بالإرادة المنفردة في الإتفاقيات الدولية (أولا) ليلي بعد ذلك تبيان أساسه وفقا للتشريع الجزائري (ثانيا) هذا وسيتم تبيان الأساس الشرعي لهذا النوع لفك الرابطة الزوجية (ثالثا).

أولا: الأساس الدولي للطلاق بإرادة الزوج المنفردة

¹ حياة بنت عبد الله بن محمد المطلق، المرج السابق، ص 1761.

² لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة، مذكرة مكملة لنيل درجة الماستر في القانون الخاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، مدرسة الدكتوراه، دراسات قانونية، تخصص شؤون الأسرة، 2012/2011، ص ص 13-14

بعد أن كان الطلاق يقع من جانب واحد كما هو الحال بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية في فصلها 44 الذي يعتبر أن: "الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع من الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك، أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي" فتكون المدونة قد خولت للرجل وحده الحق في تقرير مصير مؤسسة الزواج.

وغالبا ما يقدم الرجل على حل هذه الرابطة رغما عن إرادة الزوجة ومن ثم إجبارها على قبول واقع شاركت في بنائه وأجبرت بإرادة الزوج المنفردة على إنهائه سواء بمبرر أو بدونه، وفي المقابل فإن سلطة المرأة في إنهاء العلاقة الزوجية ظلت محدودة، إذا ما قورنت بالسلطات الممنوحة للرجل، حيث لا يسمح لها سوى بطلب التطلاق أمام القاضي في حالات معدودة على سبيل الحصر، وحتى في ظل هذه الحالات كانت المرأة تعاني ببطء مسطرة التطلاق التي تتطلب الكثير من الوثائق المثبتة للضرر الذي قد يستحيل على الزوجة الراغبة في الطلاق في الحصول عليها.

وأمام هذا الوضع المتدني الذي تعيشه المرأة والذي يتعارض جملة وتفصيلا مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية، كان لزاما على المشرع المغربي التدخل لتصحيح المسار وإرجاع الحقوق إلى أصحابها، لذلك جاءت تعديلات مدونة الأسرة في هذا السياق وتبنت مبادئ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات كإطار للعلاقة بينهما، فأقرت مجموعة من المقتضيات الجديدة في سبيل تحقيق التوازن بين حقوق الرجل والمرأة انسجاما مع مقتضيات هذه الاتفاقيات الدولية، ومع مبادئ العدالة، فالعقد الذي تبرمه إرادتان لا تبطله الإرادة الواحدة.

تم إخضاع الطلاق لرقابة من القضاء وتم تقليص إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية، وتوسيع مجال هذه الإرادة لفائدة الزوجة بتوسيع حالات وأسباب التطلاق، حيث شملت بالإضافة إلى الحالات الواردة في مدونة الأحوال الشخصية حالة التطلاق بسبب الإخلال بأحد الشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد، وحالة التطلاق للشقاق، وحالة التطلاق

الاتفاقي، أما على مستوى آثار الطلاق فقد تم إقرار مجموعة من المقننات التي تضمن حصول المرأة على مستحقات منصفة، وفي وقتها بحيث لا يقع الطلاق إلا بعد إيداع المستحقات، وتم الإقرار بحق المسكن كحق مستقل عن النفقة، ومن بين أهم المقننات، ما جاءت به المادة 97 والمادة 101 والمتعلقان بالتعويض عن الضرر، الذي يمكن أنينجم عن الطلاق مع مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق¹.

وبهذا تكون مدونة الأسرة قد حققت نوعا من الانسجام مع مقننات الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي أكدت على أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل، وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة، وبعد رصد حقوق الزوجة وعلاقتها بمقننات الاتفاقيات الدولية، لا بأس أن نتطرق فيما بعد لحق الأبناء أثناء قيام العلاقة الزوجية وبعد الطلاق أيضا.²

ولقد أكدت الاتفاقية الخاصة بالطلاق التي أقرتها الدورة الحادي عشر لمؤتمر لاهاي لقانون الدولي الخاص بتاريخ أول يونيو سنة 1980 رغبة كل من الدول الموقعة على هذه الاتفاقية لتسهيل الاعتراف بالطلاق والانفصال الجسدي الذي يقع على أرض كل منها، قررت ابرام اتفاقية لهذا الغرض واتفقت على النصوص التالية:

المادة 1: تطبق هذه الاتفاقية على اعتراف الدولة المتعاقدة، بالطلاق وبالانفصال الجسدي، الواقع في دولة أخرى متعاقدة، على أثر اجراءات قضائية أو أخرى معترف رسميا بها في هذه الدولة، ولها فيها أثرها القانوني.

¹الحسن المحندي، المرجعية الدولية للمدونة الأسرة المغربية دراسة وتحليل، كلية الأدب والعلوم الإنسانية، بنمسك، ص 3-4.

²الموضع نفسه.

المادة 2: مع عدم الاخلال بالنصوص الأخرى لهذه الاتفاقية، يعترف بالطلاق وبالانفصال الجسدي في اية دولة متعاقدة أخرى إذا كان عند تاريخ تقديم الطلب في الدولة التي تم فيها الطلاق أو الانفصال الجسدي (والتي يطلق عليها دولة الأصل).

فللمدعى عليه محل اقامة معتاد في هذه الدولة، أو كان للمدعى محل اقامة معتاد بالإضافة الى أحد الشروط كأن يكون محل الإقامة المعتاد المشار اليه قائما لمدة سنة على الأقل قبل تاريخ تقديم الطلب أو أن يكون هو آخر محل اقامة للزوجين معا أو أن يكون المدعى من رعايا هذه الدولة، فضلا عن استيفاء أحد شروط والمتمثلة أساسا في أن يكون للمدعى محل اقامة معتاد في هذه الدولة، أو أن يكون قد أقام فيها لمدة متصلة دامت عاما كاملا على الأقل قبل مضي عامين سابقين على تاريخ تقديم الطلب أو أن يكون طالب الطلاق من رعايا هذه الدولة، أو أن يكون طالب الطلاق موجودا في هذه الدولة، عند تقديم الطلب أو أن يكون الزوجان قد اعتادا الإقامة في آخر الأمر في دولة لا يعترف قانونها بالطلاق عند تاريخ تقديم الطلب¹.

ثانياً: الأساس القانوني للطلاق بإرادة الزوج المنفردة

إن المشرع الجزائري لا يعتبر الطلاق ولا يعترف به إلا إذا كان قد وقع في ساحته وصرح به الزوج أمام القاضي، وصدر بخصوصه حكم قضائي يقضي به، أي أن حكم القاضي منشئ للطلاق، وعلى هذا التفسير الكثير من الفقهاء الذين تصدوا لشرح هذه المسألة، ومن بينهم بلحاج العربي الذي يرى أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة، وكذلك الأستاذ فضيل سعد، وكذلك الأستاذ عمر زودة الذي يرى أن الطلاق لا يقع إلا أمام الجهة الرسمية، وأن الطلاق لا يقع إلا بصور حكم قضائي " وغيرهم كثير من الباحثين ...

¹الجريدة الرسمية، قرار رئيس جمهورية مصر العربية، المتضمن الإتفاقية الخاصة للإعتراف الدولي بالطلاق والانفصال الجسدي التي أقرتها الدورة الحادي عشر لمؤتمر لاهاي قانون الدولي الخاص، العدد 37 (تابع) في 11 سبتمبر سنة 1980.

على أن هناك فريقاً آخر من الفقهاء والباحثين على قلتهم قالوا بأن الطلاق حق للزوج كما نصت على ذلك المادة 48 ق أ ج ، فلا يجوز للقاضي أن يصدر الطلاق نيابة عن الزوج ، ولكن دور القاضي ينحصر في الكشف عن الطلاق الواقع من طرف الزوج وإثباته من خلال حكم قضائي، فللقاضي دوره سلبي في هذا الموضوع يتمركز في الكشف لا الإنشاء، وهذا الرأي الأخير هو الرأي المنسجم مع بقية نصوص القانون، كما أن هذا الرأي هو الذي درج عليه التطبيق والاجتهاد القضائي في الكثير من الأحكام وممن تبني هذا الرأي الدكتور رشيد بن الشويخ الذي يرى بأن الزوج إذا طلق زوجته بإرادته المنفردة فيكون حكم القاضي كاشفاً لا منشئاً وذلك حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية والنصوص القانونية وكذلك الدكتور المطاعي نور الدين في أطروحته للدكتوراه.

من خلال نص المادة 49 فقرة 1 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم يفهم أن طلاق الزوج الذي يوقعه بإرادته خارج ساحة القضاء لا يعتد به، ذلك أن الطلاق لا يثبت إلا إذا صدر بحكم قضائي، فإن لم يكن صادراً بحكم قضائي فإنه لا يعتد به من حيث تاريخه ، فالقاضي لا يعتبر نائباً عن الزوج في إصدار الطلاق أبداً، بل المصدر للطلاق هو الزوج وهو ما أكدته المادة 48 ق أ ج¹ «... يخل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة لكن تاريخ سريان هذا الطلاق هو تاريخ إثباته بحكم قضائي، لذلك من الخطأ أن يقال أن الزوج لا يعتد بطلاقه إن كان طلاقه خارج ساحة القضاء، ولكن تاريخ الاعتداد بتصريحه بالطلاق هو تاريخ إثباته بحكم قضائي، ذلك أن القاضي كما يقال لا يحكم إلا بما طلب منه، فلا يعقل أن يتمتع القاضي عن الحكم بالطلاق إذا صرح به الزوج سلفاً ورفع بخصوصه دعوى قضائية، غير أن القاضي له يتمهل في الحكم حتى يقوم بإجراء عدة جلسات صلح على أن لا تتجاوز مدتها الثلاث أشهر .

¹ المادة 48 ن قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق.

و تجدر الإشارة إلى أن الطلاق في نظر المشرع الجزائري لا يتم إلا بعد صدور حكم قضائي¹ يقضي به، مما يعني أن مشرعنا الجزائري لا يعترف بالطلاق الواقع خارج المحكمة مع أنه طلاق شرعي طبقاً للشريعة الإسلامية، فبهذه المادة نكون أمام ظاهرة جد معقدة وهي ظاهرة ازدواجية الطلاق، بمعنى طلاق عرفي يتلفظ به الزوج خارج دائرة المحكمة وطلاق رسمي يصدر بشأنه حكم قضائي. فنص المادة 49² أوقفنا في المحذور وخالف ضوابط الشريعة الإسلامية من خلال جعل كل علاقة زوجية قائمة لم يصدر حكم قضائي يقضي بانحلالها، تكون من الناحية الشرعية علاقة محرمة ومن الناحية القانونية صحيحة أي متزوجان قانوناً ومطلقان شرعاً³.

الذي يملك حق الطلاق دائماً هو الزوج وحده.. أما الزوجة فلا تملك إلا طلب الخلع أو التطليق وفي أحوال معينة.. والواقع أن انفراد الزوج بحق الطلاق دون الزوجة ودون رقابة القضاء تثير عدة مشكلات اجتماعية خطيرة... ولذلك يتجه رأي الكثيرين نحو ضرورة موافقة القاضي على الطلاق حتى لا تكون لنوبات الغضب العارضة أثر في إنهاء عقد الزواج. كما أن عقد الزواج وهو ينشئ التزامات متبادلة بين الزوجين لا يجوز إطلاقاً أن تبطله الإرادة المنفردة للرجل دون المرأة.. إلا إذا الغينا اعتبار المرأة طرفاً ثانياً في العقد.. واعتبرناها مجرد محل للعقد لا طرفاً فيه... ولا شك أن إجراءات الطلاق أمام المحكمة ودفع قيمة رسوم دعوى الطلاق تتيح للرجل فرصة واسعة أن يراجع نفسه.. كما يمكن محاولة التوفيق بين الزوجين قبل عرض الأمر على القضاء إعمالاً لنص الآية القرآنية..

¹ جاسم محمد المطوع، منهج الثقافة الزوجية رقية اجتماعية شرعية (الطلاق)، دار سيبويه للطباعة والنشر والتوزيع، 10 سبتمبر 2012، ص74

² قرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، صالح للنشر بمجلة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ت، رقم 301، ص89.

³ جنادي نبيلة، ازدواجية الطلاق بمراد الزوج بين الواقع أمام المحكمة وخارجها مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ص275

{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ
هُ بَيْنَهُمَا أَنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }¹

ثالثاً: الأساس الشرعي للطلاق بإرادة الزوج المنفردة

الطلاق هو حل لرابطة الزواج بلفظ صريح أو كناية، يتلفظ به الزوج² تكريماً للقاعدة الشرعية "العصمة بيد الزوج، فالزوج هو الذي يعمل على إنهاء قيد النكاح باختياره دون تدخل من القاضي، مصداقاً لما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية، فمن السنة النبوية أنه عن ابن عباس قال: «أتى النبي رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله المنبر فقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته وهو يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»، والمقصود بهذا الحديث أن الذي يملك الطلاق وحل العصمة هو الزوج بإرادته حتى وأن كان عبداً وهو الذي يأخذ بساق المرأة، فالطلاق في الشريعة الإسلامية هو تصرف شرعي يصدر عن الزوج بإرادته المنفردة أي هو تصرف انفرادي ولكن هذا لا يمنعه من أن يتفق مع زوجته على إيقاعه".

أجاز الإسلام الطلاق في مجموعة من الحالات التي لا تعود فيها الحياة بين الزوجين تقبل الاستمرارية، ولا تقوم الحياة العائلية بينهما على المودة، والاحترام المتبادل، وعند استحالة عيش الزوج والزوجة معا بالاعتماد على الأسباب سابقة الذكر، أو لوجود سبب مقنع يجعل استمرار الحياة الزوجية معدوماً، ويسبب الضرر للعائلة وخصوصاً للزوجة، فعندها يكون الطلاق هو الحل الأنسب لحماية الزوجين، والمحافظة على الأولاد في حال وجودهم، ليتجنبوا أية أضرار كبيرة قد تؤثر على نفسياتهم³.

¹سورة النساء آية (33).

²أبو بكر جارب الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد أدب وأخلاق وعبادات ومعاملات، الطبعة الثانية، مكتبة دار التراث، ص448.

³محمد فهمي، المرجع سبق ذكره، ص32.

المطلب الثاني

الضمانات القانونية لحماية الزوجة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

إذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه يترتب عليه حقوق للزوجة على مطلقها، وحقوق للزوج على مطلقته، وتختلف الضمانات القانونية لحماية الزوجة في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من دولة إلى دولة، حيث تعتمد على التشريعات المحلية والقوانين الزوجية المعمول بها في كل بلد. لذا سوف نقوم بالتطرق الى أهم الضمانات لحماية الزوجة في الطلاق بإرادة المنفردة للزوج.

الفرع الأول: النفقة الزوجية وحقوق الزوجة في الأموال والممتلكات

غالبية التشريعات بما في ذلك المشرع الجزائري قد أقرت للمطلقة العديد من الحقوق سواء المادية أو المعنوية على حد سواء، فنجد في مقدمة ذلك حق المطلقة في النفقة (أولاً) وكذا حقها في الأموال والممتلكات (ثانياً).

أولاً: النفقة الزوجية

اتفق الفقهاء على أن النفقة لا تجب لشخص على غيره إلا إذا توافرت أسبابها وهي: الزوجية، والقرباة، وأما الملكية كسبب ثالث فلا حاجة لذكرها لزوال العمل بهذا النظام منذ زمن بعيد، فالزوجية هي تلك العلاقة التي بمقتضاها يلزم الزوج بالنفقة على زوجته، والقرباة هي سبب مستقل يجب بمقتضاها أن ينفق الشخص على قريبه ويتصدر هذا السبب ممن تجب لهم النفقة الأولاد¹.

"والطاعة واجبة شرعا على الزوجة إذا أوفأها الزوج عاجل صداقها وهياً لها المسكن الشرعي المناسب لها وطلبها إلى هذا المسكن ولم يوجد مانع شرعي، ووجوب الطاعة على الزوجة مقرر بحكم الشرع فلا يتوقف على قضاء القاضي، والطاعة تشمل الطاعة الواجبة بمسكن الزوجية والتي تقتضيها الإقامة المشتركة بين الزوجين، كما تشمل الطاعة الواجبة بالعودة

¹صالح بوبشيش، نفقة الزوجة والأولاد في الة الإعسار والإمتناع بين الفقه الإسلامي و القانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، العدد الخامس، 1423هـ، 2002م جامعة باتنة، ص203.

إلى مسكن الزوجية والقرار فيه وعدم هجره دون حق شرعي وطاعة الزوجة لزوجها طاعة مطلقة فتشمل الطاعة الواجبة في منزل الزوجية كما تشمل حق الزوج في احتباس زوجته له¹.

وقد كان المشرع الجزائري ينص في المادة 39 فقرة 1 من قانون الأسرة قبل تعديله على أنه: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة." فالمشرع الجزائري - قبل تعديل قانون الأسرة - كان يحذو حذو الفقه الإسلامي، ويعتبر الزوج قواما على الزوجة بدليل عبارة "رئيس العائلة"، فألقى على عاتقه واجب الإنفاق على الزوجة، كما ألقى على عاتقها واجب طاعته ومراعاته، غير أنه ألغى هذا النص بعد التعديل، فألغى بذلك حقا رئيسيا من حقوق الزوج، كما كان القضاء يحكم بالنشوز على الزوجة الممتنعة الالتحاق بمسكن الزوجية ويعتبرها خارجة عن طاعة زوجها، حيث جاء في حكم محكمة سطيف بأن: "النفقة المحكوم بها للزوجة بالحكم المؤرخ في 24 نوفمبر 1966 تنتهي في 08 جويلية 1968 وهو اليوم الذي ثبت فيه نشوز الزوجة وامتناعها عن الرجوع إلى بيت زوجها.."، فعلى الزوجة إذن واجب طاعة الزوج، وإن أخلت بهذا الواجب عدت ناشزا والنشوز مبدئيا يسقط النفقة².

وتعد النفقة من النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده، وهي من أهم الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه حسب نص المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري وقد نصت المادة 74 من قانون الأسرة أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون، والسبب المباشر لوجوب النفقة للزوجة على زوجها هو حق الزوج في

¹ غناي زكية، موقف القضاء الجزائري من مبدأ سقوط نفقة العدة بالنشوز، جامعة بومرداس، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 1، مخبر قانون الأسرة، (الجزائر)، 2022، ص 2002.

² غناي زكية، المرجع السابق، ص 2002.

احتباسها ودخولها في طاعته واستيفائه لحقوقه الزوجية ومن خلال ما جاء في مواد قانون الأسرة يتضح لنا أن الشروط الواجب توافرها حتى تجب نفقة الزوجة على زوجها هي:

أ- الدخول بالزوجة.

ب- أن يكون عقد الزواج صحيحا.

ج- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة.

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة على أن النفقة" تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، إن كل امرأة متزوجة لها الحق في النفقة من زوجها وهي تعد من الآثار المترتبة على الزواج وهو غير ملزم بها في فترة الخطوبة وتعتبر النفقة دينا في ذمة الزوج وتعتبر حقا لها في حالة يسرها أو عسرها عندما يكون الزوج قادرا على الكسب وهي حق لها شرعا وقانونا حتى ولو كانت عاملة أو موظفة وتتقاضى راتبا شهريا، إلا أنها لا تستحق هذه النفقة إن كانت ناشزا وثبت نشوزها بحكم أو لم يثبت احتباسها حقيقة أو حكما بسبب منها.

وقد يطرح مشكل الإنفاق على القاضي حال قيام الزوجية، إذ يكون ملزما عليه بالتصدي للدعوى على أن يضع القاضي نصب عينيه مشتملاتها المتمثلة في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن عند تقديرها عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة.

وقد منحت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير النفقة على أن يراعي حالة الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم وعليه مراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار الضرورية مهما كان وضع الزوج من العسر، ومن هنا كان من الجائز الزيادة أو الإنقاص في قيمة النفقة حسب تغير حالة الزوج المالية أو الأسعار في البلد غير أن القانون قيد القاضي بعدم مراجعة قيمة النفقة قبل مضي سنة على فرضها إلا في الحالات الاستثنائية¹.

¹مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل قانون 15/01 المتضمن انشاء صندوق خاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الخامس، مارس 2015، ص ص 208-209-210.

لكن قد يكون طلب الزوج للطلاق بسبب من الزوجة التي امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية رغم صدور حكم قضائي بإلزامها بالرجوع، فمتى أثبت الزوج أن حكم الرجوع قد أصبح نهائياً وأنه سعى لتنفيذه وبسعي منه إلا أنها امتنعت وثبت امتناعها بمحضر رفض الرجوع إلى البيت الزوجية محرر من طرف المحضر القضائي فإنه يستجاب لطلبه المتضمن الطلاق وبتظلمها لنشوزها لتحرم في الأخير من حقها في النفقة.

وقد تعرض المشرع الجزائري في الباب الثالث من قانون الأسرة إلى النفقة من خلال نصوص المواد 74 إلى غاية المادة 80 إلى النفقة الواجبة على الزوج لزوجته ونفقة الولد الواجبة على الأب ووجوبها في حالة عجز الأب على الأم ووجوبها أيضاً على الأصول على الفروع والفروع على الأصول بحسب القدرة والاحتياج وما تشمله النفقة وما يعتبر من الضروريات بحسب العرف والعادة وما يجب على القاضي مراعاته عند تقديرها وتاريخ استحقاقها.

فإذا كانت النفقة واجبة على الزوج لزوجته ولا مجال للحديث عنها في إطار هذا المقال فإننا نبحث عن هذه النفقة المقررة للمطلقة وأولادها بعد الطلاق وكيف تقدر، فإن المشرع الجزائري تعرض بالنصوص السابقة للنفقة بوجه عام باعتبارها واجبة على الزوج حين قيام العلاقة الزوجية أو حين انتهائها بالطلاق.

وإذا كان موضوع يتعلق بالنفقة المحكوم بها لصالح المطلقة وأولادها بعد الطلاق فإن ذلك يعني عدم التعرض لهذه النفقة في ظل قيام العلاقة الزوجية إلا أن بعض هذه النصوص صالحة للتطبيق بعد الطلاق¹.

إن العلاقة الزوجية قد تتعرض للطلاق بحكم يصدره القاضي باعتبار أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم كما نصت على ذلك المادة 49 من قانون الأسرة²، وأنه على القاضي النظر

¹ مبروك بن زيوش، المرجع السابق، ص 210.

² المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

في تبعات الطلاق المادية من بينها حق المطلقة بنفقة إهمالها ونفقة العدة ونفقة الأولاد والتعويض عن الطلاق التعسفي عند انعدام أسبابه.

إن هذه التبعات يحكم بها قاضي شؤون الأسرة على مستوى المحكمة بناء على سلطته التقديرية مراعيًا فيها النصوص المنظمة لها ولاسيما المواد 52 و53 و55 و61 من قانون الأسرة¹ بخصوص حق المطلقة في التعويض عن الضرر اللاحق بها سواء كان الانفصال عن مطلقها طلاقًا بإرادة المطلق أو تطبيقًا بطلب من الزوجة أو بسبب نشوز الزوج، كما يتعين عليه وعند الحكم بالطلاق وبعد إسناد حضانة الأولاد لأهمهم المطلقة إن توافرت شروط إسنادها لها أن يحكم لهم بالنفقة الغذائية.

لقد ألزمت المادة 72 من قانون الأسرة وعند حصول الطلاق على الأب توفير مسكن ملائم للحاضنة المطلقة أو دفع بدل الإيجار عند تعذر إيجاد مسكن لها ومن حق المطلقة البقاء في مسكن الزوجية حتى يمثل المطلق للحكم القاضي بتخصيص مسكن لها أو دفع بدل الإيجار.

ومن هذا المنطلق فإن المطلق ملزم بنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري بدفع نفقة لأولاده وهي النفقة التي تتضمن غذاء الولد وكسوته وعلاجه وسكنه وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، ومن ثم فإن تقدير مبالغ النفقة يخضع لمجموعة من الضوابط والمعايير التي تساعد في تحديد مبالغ الإنفاق ومن بينها مراعاة المكلف بها وحال مستحقها بما يتلاءم مع مستوى الأسعار ومراعاة عادات وأعراف الوسط الاجتماعي، ويعتبر دخل المطلق أو أجرته الشهرية معيارًا أساسيًا في تحديد مبالغ النفقة والمعتبر في ذلك قوله تعالى لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۗ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ

¹المادة 52 53 55 61 قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

عُسْرٍ يُسْرًا¹، ومن ثم فإن الأصل في تقدير النفقة من قبل القاضي مراعاة الإمكانات المادية للمطلق الملزم بها وكذا حال الدائن بها المستحق لها، والتقدير الذي يتعين على القاضي أن يأخذ به بعين الاعتبار أنه يعتمد في تحديدها على الضروريات اللازمة للعيش دون الرفاهيات التي قد يتبرع بها المطلق لأولاده عند انعدام أي نزاع بينه وبين أم أولاده، ومن هنا لو لم يكن أجر الملزم بالنفقة محل اعتبار فإن ذلك سيؤدي إلى تكليف الدائن بها بما يتجاوز السعة والقدرة وتكليفه بما لا يطيق وهو ما يعني أن القاضي عند الحكم بذلك دون اعتبار لهذا الضابط يكون قد خالف خطاب الله تعالى ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً﴾².

ثانياً: الأموال والممتلكات

حقوق الزوجة في الأموال والممتلكات في بعض القوانين يمكن للزوجة أن تطالب بحصة من الأموال والممتلكات المشتركة بينها وبين زوجها بناءً مبدأ التساوي في توزيع الممتلكات بعد الطلاق.

إذا لم يكن بإمكان الزوجين الاتفاق على كيفية تقسيم الأموال، فإن كل زوج منهما بإمكانه أن يطلب تقسيم الممتلكات أي التجزئة (ostiums) من الممكن القيام بالتقسيم حالاً، عندما يتم طلب الطلاق للمرة الأولى. أي لست هناك حاجة للانتظار حتى انتهاء فترة التروي التي تستغرق ستة أشهر، تقوم المحكمة الابتدائية بتعيين منفذ التقسيم الذي سوف يقوم بتقسيم الممتلكات، ويتوجب دفع أجرة لمنفذ التقسيم مقابل هذا العمل، ففي بداية التقسيم يتوجب طلب توضيح عن قدر الممتلكات والديون لكل من الزوجين، يفضل أن تستعين بمساعدة الخبير لاستيضاح الممتلكات والديون، ومن الممكن أن يُساعد المحامي بخصوص ذلك، تقدم

¹سورة الطلاق، الآية 7.

²سورة الفرقان، الآية 67.

معلومات عن المسائل الحقوقية المتعلقة بالطلاق مكاتب المساعدة القانونية (*oikeusaputoimisto*) التابعة للدولة والمحامون والقانونيون الآخرون¹. من يدعي من الزوجين ملكية شيء من الأشياء، داخل بيت الزوجية (أو خارجه)، مما يدخل ضمن ملكيته الخاصة، في حالة النزاع بينهما، سواء أثناء فترة الزواج أو بعد انتهائه بالطلاق أو التطلق أو الخلع أن يثبت تلك الملكية بكافة الوسائل المقررة شرعا وقانونا وفقا للمادة 73 من ق. أ ، بما في ذلك الكتابة و شهادة الشهود و إقرارا الطرف الآخر، و النكول عن اليمين وغيرها، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها المشهورة، من أن الشريعة الإسلامية تسمح بشهادة الشهود، إذ اقتضى الحال في كل مواضع المنازعات المتعلقة بالأثاثوأمته البيت الزوجي، وذلك مهما بلغ التصرف القانوني من قيمته²، وفي حال عدم وجود البينة و ثار النزاع بين الزوجين أو رثتهما حول متاع البيت، فالقول للزوج أو ورثته في المعتاد للرجال مع أداء اليمين ، و القول للزوجة أو ورثتها في المعتاد للنساء مع أداء اليمين و المشتركات يقتسمنها مع أداء اليمين (المادة 73 ق.أ).

الفرع الثاني: حضانة الأطفال والحق في السكن:

فضلا عن حقوق المطلقة المذكورة سلفا من نفقة وحماية ممتلكاتها نجد حقوق أخرى لا تقل أهمية من ذلك حق حضانة الأطفال (أولا) و حقها في السكن (ثانيا).

أولا: حضانة الأطفال

عادة يبقى الأطفال الصغار مع أمهاتهم بعد الطلاق، الذكور حتى سن العاشرة و يمكن للقاضي أن يمددها إلى سن السادسة عشرة ، أما البنات فإلى سن الزواج، وتحدد المحكمة

¹الممتلكات عند الطلاق، <https://www.infofinland.fi/ar/family/divorce/property-in-a-divorce> ، 2023 ،

أطلع عليه بتاريخ 2023/08/19.

²بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 32-33.

مقدار النفقة اللازمة للطفل، ويكون الآباء مسؤولين عن دفع النفقة، وفيما يلي مثال على ذلك:

بعد طلاق آمنة بنت إبراهيم أعطاها القاضي الحنفي حق حضانة ابنها أبي زيد، وحدد نفقة رعايته بنحو نصف فضة يدفعها الأب لابنه، ولما رفض الأب أن يدفعها، سمح القاضي لآمنة بأن تقترض المال اللازم، على أن يكون مطلقها مسؤولاً عن ردّ النقود، وتظل حضانة ابنها أبي زيد من حقها عامين، سواء تزوجت أم لم تتزوج، بقيت في هذه المدينة أو لم تبقى، وبعد انقضائها يجب أن تراجع المحكمة، وعادة تمتد حضانة الطفل في هذه الحالة¹.

إن من أهم الآثار القانونية لانحلال رابطة الزواج؛ وضع الطفل عند من هو أقدر على حضانته، أو عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، بحيث تكفل للطفل التربية الصحيحة والتوجيه السليم وتسد مهمة القيام بها عادة إلى النساء.

وهي أيضا عامل مادي يتصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين هما: كون الحضانة حقا وكونها واجبا فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى واجب على الحاضن. ولهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة حق الزوجة الأم في طلب الحكم بحضانة ولدها الصغير، كما ينتج عنه حق للولد على أمه بشأن حضانته، وينشأ مقابل ذلك واجب يتعلق بحضانتها للولد الصغير كمبدأ عام لقوله عليه الصلاة والسلام " ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"².

والحضانة من واجبات الأبوين معا ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإذا افترقا فهي للأم، ثم للأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربوندرجة مع مراعاة مصلحة

¹ إسماعيل كيار، المرأة العثمانية بين الحقائق والأكاذيب، دار النيل للطباعة والنشر، الطباعة الأولى، القاهرة، مصر، 1435هـ - 2014م، ص167.

² ربيعة إلغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما بإجتهدات قضاء المحكمة العليا، ص35.

المحضون، ما لم يقدر القاضي خلاف الترتيب مراعيًا المصلحة الفضلى للمحضون، وإذا لم يوجد الأبوان، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، يختار القاضي من يراه صالحًا من أقارب المحضون، أو غيرهم، أو إحدى المؤسسات المؤهلة لهذا الغرض.

وإذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف أو غيره، فتكون الحضانة لها ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك. وإذا كان المحضون صغيرًا لا يستغني عن أمه تلتزم بحضانتها، ويجب على الأب أو غيره من أولياء المحضون، النظر في شؤونه، وتأديبه¹، حيث تنص المادة 64 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 على أن: « الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.... ما يحيل وبالنظر إلى اتجاه المذاهب الأربعة في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة أن المشرع الجزائري بمزاوجته لهؤلاء المستحقين في صورة النساء مرة والرجال مرة، قد أثر تحقيق المساواة في توزيع حق الحضانة بين الأم والأب من جهة وبين أهل الأم من جهة وأهل الأب من جهة ثانية تحقيقًا لمبدأ المساواة بين الأم والأب في الحضانة، إذ نظر المشرع للحضانة من هذا الترتيب من منظور أنها حق للحاضن قبل أن تكون واجبًا عليه وحق للمحضون، وهو ما يترجمه نص المادة 66 من ق أ ج حين ينص على جواز التنازل على حق الحضانة ما لم يضر بمصلحة المحضون، ورغم ذلك وتحقيقًا لكون الحضانة ليست حقًا فقط للحاضن، بل واجب عليه وحق للمحضون فإنه يلاحظ ابتداءً من أحكام نص المادة 64 قبل تعديل سنة 2005 أو بعده أن الثابت في النص هو مصلحة المحضون النفسية والاجتماعية والتربوية والمادية، ما يحيل إلى أنه مبدئيًا فلا مشكل في صدد الإسناد، وبأن ترتيب نص المادة 64 ليس من النظام العام ولا يلزم القاضي، ولا يقوم على سبب شرعي بقدر ما يتعلق بواقع مجتمعي رأى في فترة التعديل وما سبقها، بأن جانب تغليب الإسناد للنساء فيه نصرة للمرأة على حساب الرجل لاسيما وأن تبعات الحضانة من نفقة

¹ عبد القادر شخيلي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي والمواثيق الدولية، العبيكان، الطبعة الأولى، 1438هـ - 2016م، ص122.

وبدل إيجار تلقى على عاتق الأب في ظل وجود المحضون لدى النساء من جهة الأم (أوجدة لأم أو خالة)، ما أثار حينها مسألة أن الأم بهذا الترتيب لها أن تتزوج، وفي الوقت حينه تحتفظ بحضانة الطفل بطريقة غير مباشرة، ما رأى فيه بعض الرأي أنه إجحاف في حق الأب فكان تعديل نص المادة تحقيقاً لهذا العدل المأمول»¹.

ثانياً: حق السكن:

قضى المشرع الجزائري بحق المطلقة في السكن من أجل ممارسة الحضانة وذلك في آخر تعديل لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 في المادة 72 منه حيث نصت " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار".

ما يمكن استخلاصه من هذه المادة أنها صححت وضعاً غير عادي ومجحف في حق المرأة الحاضنة الذي كانت تعيشه في ظل قانون الأسرة 84-11، وكذلك جاءت هذه المادة لحماية حقوق الطفل المحضون في العيش الكريم مع أمه في مسكن لائق بعد فك الرابطة بين والديه، ويشترط في مسكن الحضانة أن يشتمل على المواصفات الضرورية لأن يكون صالحاً للعيش فيه، كما جاءت الفقرة الثانية من المادة 72 على النحو الآتي: " وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، فالمشرع الجزائري يطلب من الزوجة الحاضنة أن تبقى مع زوجها السابق وهو قد أصبح أجنبياً عنها، فإذا كان ذلك ممكناً في العدة من طلاق رجعي فإنه غير ممكن إذا كان الطلاق بائناً ومعلوم أن الطلاق وفقاً لقانون الأسرة الجزائري لا يكون إلا بموجب حكم قضائي وبالتالي يكون بائناً بعد صدور الحكم، فبقاء الحاضنة في بيت الزوجية ليس له ما يبرره ولا يقوم على أساس ديني، فإن إسناد المسكن الزوجي للزوجة الأم للقيام بمهام الحضانة معناه طرد صاحب المسكن أي الزوج السابق، فعليه أن يتدبر أمره، هذا ما ذهب إليه التقرير الدوري للجزائر

¹ هلتالي احمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية و محاذير المنح، مجلة الأستاذ للدراسات القانونية و السياسية، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018م، ص 381-382.

حيث جاء فيه: (... وتمنح المحاكم المدنية الجزائرية في الغالبية الكبرى في حالات حضانة الطفل أو الأطفال للأم، تبعا لذلك فإن الأب مطالب وفقا للأحكام الجديدة بتوفير مسكن لائق أو عوضا عن ذلك بدفع منحة سكن تسمح بتغطية تكاليف إيجار مسكن لكي تتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المستندة إليها في ظروف مقبولة ... " وجاء في رد الجزائر على توصية لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة رقم 65 و 26 ، أن الأب مطالب وفقا للأحكام الجديدة بتوفير مسكن لائق أو عوضا عن ذلك يدفع منحة سكن تسمح بتغطية تكاليف إيجار مسكن تتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المسند إليها في ظروف مقبولة، وبهذا يتبين جليا أن قانون الأسرة من خلال مضمون التقرير المجمع للتقريين 3 و 4 الذي تقدمت به الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة اتجه نحو تكريس حماية المرأة في نطاق الأسرة وتوفير السكن للحاضنة هو حماية لها من أجل ممارسة حقها في الحضانة بكرامة وظروف ملائمة¹.

¹ بلحبيب سامية، حبار آمال، الحقوق المالية للمرأة المطلقة بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد 1، 2021، صص 928-929.

المبحث الثاني

أثر الإتفاقيات الدولية على الطلاق من طرف الزوجة

باعتبار أن الجزائر من الدول التي صادقت على اتفاقية سيداو¹ ورغم إبدائها تحفظات بشأنها، إلا أن المشرع الجزائري عدل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وظهر عليه بشكل جلي محاولة تركز مبدأ المساواة بين الزوجين في مجال فك الرابطة الزوجية بشكل متذبذب بين الثوابت والقيم التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وبين مفهوم المساواة المستورد من الاتفاقيات الدولية، وظهرت محاولة المشرع التوفيق بين مفهوم المساواة على اختلافه بين الدين وما جاءت به المفاهيم الحديثة الجديدة. وتكمن أهمية مسألة المساواة بين الزوجين في مجال فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه الإسلامي ومقتضيات اتفاقية سيداو في أهمية هذا الموضوع لما يكتسبه من تبعات اجتماعية قد توصف بالخطيرة، فتهدد استقرار الأسرة من شأنه زعزعة المجتمع ككل، وكذلك من نقاط الأهمية جدة الموضوع لما فيه من مقابلة بين إرادة الزوج في إيقاع الطلاق وإرادة الزوجة في طلب الخلع¹، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى حق المرأة في التطلق، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن إقرار الخلع كحق للمرأة دون موافقة الزوج .

المطلب الأول

حق المرأة في التطلق

في الحياة الزوجية يحدث أن تنفر المرأة من زوجها فتتضرر في البقاء معه، لأنه لا يوفيهما حقوقها، أو لا يقوم بالالتزامات ومطالب الزواج، فلها أن تلتجئ إلى القضاء لطلب حل الرابطة الزوجية عن طريق التطلق، ويعتبر هذا طريقا لإزالة الضرر عن الزوجة، كما أن للزوجة طريقا آخر لحل الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة، وتسمى الفرقة في هذه الحالة

¹بريخ زكرياء، المرجع السابق، ص329.

خلعا، وهذا ما جاء به قانون الأسرة الجزائري في المادة 54 منه، و عليه سوف نتطرق إلى حق المرأة في التطلاق بالتفصيل و إلى أهم العيوب الموجودة و التي تحول دون تحقيق هدف الزواج (الفرع الأول) بإضافة إلى شروط التطلاق لعدم الإنفاق (الفرع الثاني)¹، ثم أسباب أخرى للتطلاق(الفرع الثالث).

الفرع الأول: التطلاق بسبب وجود عيوب تحول دونتحقق أهداف الزواج

طلب الزوجة التطلاق وهو طلب الزوجة من القضاء فك الرابطة الزوجية استنادا للقانون الأسرة الجزائري²، بحيث أجاز المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطلاق لوجود عيوب تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، إلا أنه لم يُعرف المقصود بالعيوب ولم يبين نوعه أهو عيب جنسي أو غير ذلك، بل وصفه بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، واعتمد المشرع في ذلك عبارة واسعة وعمامة وردت في الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون الأسرة دون أن يذكر أي عيب من العيوب ولو على سبيل المثال واكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديدها، وهو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج. وحسنا ما فعل المشرع باعتبار العيوب والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة ومن الصعب جمعها.

وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا بزوجها لم تكن على دراية به قبل الزواج أو اطلعت على مرض أصابه بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل مرض العقم، أو من شأنه دفع الزوجة إلى الإشمئزاز منه فإنه من حقها أن تطلب التطلاق لتدفع الضرر عن نفسهاواستجابة القاضي لهذا السبب لا بد أن يكون العيب ناتجا عن مرض مستمر و دائم لا يتوقع شفاؤه، أما إذا كان مرضه من الأمراض التي يمكن الشفاء منها خلال أجل يراه الأطباء وجيزا، فإنه و في هذه الحالة لقاضيئون الأسرة أن يمهل الزوج أجلا لمواصلة

¹المياء شافعة، المرجع السابق، ص137

²مخلوف هشام، حماية حقوق المرأة في مسائل آثار الطلاق على ضوء الإجتهد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، العدد الحادي عشر 2018، ص503

العلاج، كما يمكن تمديده مرة أو مرتين، وعند الاستمرار على نفس الحال يحكم لها بالتطليق من الزوج.

وإذا كان المرض الذي أصاب الزوج ليس من شأنه الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج مثل ما يصيب الزوج جراء حادث مرور و يمنعه من الحركة أو الصرع الطارئ المتقطع الذي يأتي الزوج حيناً و يتركه أحياناً، فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه لأن مثل هذا المرض لا يحول دون تحقيق الغرض من الزواج، ولم يحدد المشرع الجزائري مدة محددة يسقط خلالها حق الزوجة في طلب التطليق، بل أباح لها أن ترفع دعواها متى توافرت شروطها والمتمثلة في رفع دعوى التطليق وأن يتم التأكد وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون أن يرتبط ذلك بزمن معين، وهذا الموقف أسلم من اعتبارها راضية ضمناً لأن مجرد رفع الدعوى يعتبر رفضاً و متى حصل ذلك كان البقاء بعده ضرراً وجب رفعه، و بالتالي الاستجابة لطلبها، فإن تنازلت عنه صراحة أمام القضاء، فلا يحق لها أن تطلب التطليق لنفس العيب مرة أخرى إلا لسبب آخر غير العيب الذي تنازلت عنه، لأن مدة سكوتها قد تتطلبها طبيعة المرض، كما لو كان الظن يغلب على شفائه منه، فانتظرته إلا أنه يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة مهلة معينة يمنحها للزوج المصاب من أجل العلاج.

الفرع الثاني: التطليق لعدم الإنفاق و شروطه

تتمايز الشروط في هذه الحالة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري بشكل يوجب طرحها كما يلي:

أولاً: الشروط التي نص عليها قانون الأسرة:

نصت المادة 53 فقرة 1 من ق أ على أنه «: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ل ...

عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة

المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون." وهي المواد المتعلقة بمشمولات النفقة وتقديرها وتاريخ استحقاقها.¹ وعليه فإنه يشترط في التطبيق لعدم الإنفاق الشروط الآتية:

أ_ أن يكون قد صدر حكم من المحكمة بوجوب نفقة الزوجة على زوجها:

وهذا يعني أن يكون الزوج قد امتنع عن الإنفاق على زوجته مدة معلومة، فأقامت الزوجة دعوى أمام المحكمة ضده، وأثبتت امتناعه عن النفقة، واستصدرت حكماً على الزوج بأنه يجب عليه أن ينفق عليها، وبمقتضى هذا الشرط في قانون الأسرة الجزائري فإنه يلزم الزوجة للوصول إلى حقها في التفريق لعدم الإنفاق أن تقيم دعويين متباينتين الأولى تطالب فيها الزوج بالإنفاق، ثم تنتظر حتى ما إذا صدر الحكم بذلك وامتنع الزوج عن تنفيذه مدة معينة رفعت دعوى أخرى تطالب فيها بالتفريق مستحبة الحكم السابق، أما في الفقه الإسلامي ونظراً لعدم الحاجة إلى مثل الحكم الأول فيه، لاعتبار أن النفقة تجب فيه بمجرد تسليم الزوجة نفسها إلى زوجها، ومن ثم عدم اشتراط صدور الحكم بوجوب النفقة فإنه لا يلزم الزوجة في سبيل الحصول على حقها في التفريق عند عدم إنفاق زوجها عليها إلا دعوى واحدة تطلب فيها مباشرة بالتطبيق.

فالفرق واضح بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في خصوص هذه النقطة، ففي الأول، وباشتراط صدور الحكم، استهلاك للجهد والوقت والمال، بشكل غير مرغوب فيه حيث إن الزوجة لا تكاد تعترم أن تطلب حقها في التفريق لعدم الإنفاق، إلا ونجدها تتراجع أمام ذلك نظراً للإجراءات المعقدة، والقيود المضيقة.

فهي توازن بين ما يحتمل أن تحصل عليه من تطلق وبين ما ستخسره مؤكداً من مال وجهد ووقت في استصدار حكم بإلزام الزوج بالنفقة، ثم إثبات عدم تنفيذه له بموجب محضر امتناعه عن الدفع و السداد محرر من طرف المحضر القضائي بعد مباشرة اجراءات التنفيذ، مما يجعلها تقلع عن فكرة التطلاق أساساً، ومن ثم العيش في كنف زوج لا

¹المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

قوامه له وبذلك يضيع - باشتراط مثل هذا الشرط - حقها في طلب التطلق، ولذا يرجى من المشرع الجزائري تعديل الفقرة الأولى بإلغاء هذا الشرط.

ب_ ألا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج:

ومفهوم ذلك أنه إذا استطاع الزوج أن يثبت أن الزوجة كانت عالمة بإعساره وقره وقت الزواج ورضيت بحاله الذي هو عليه إلى أن دخل بها، فإن حقها في طلب التطلق يكون قد سقط برضاها بحاله.

ويتوافق المشرع الجزائري في هذا الشرط مع المذهب المالكي فقد جاء في حاشية الدسوقي: وحاصل فقه" المسألة أنها إذا علمت عند العقد فقره فليس لها الفسخ، إلا أن كان مشهورا بالعطاء وانقطع وجاء في التاج والإكليل": ويثبت لها حق الفسخ بالعجز عن النفقة الحاضرة لا الماضية، حرين أو عبيدين أو مختلفين، ما لم تكن علمت فقره، ورضيت به قبل العقد، أو عرفت أنه من السؤال..."

وهو نفسه ما ذهب إليه ابن القيم من الحنابلة، حيث يقول: "والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أن الرجل إذا غر المرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك، فظهر معدما لاشيء له، أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته، ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم أن لها الفسخ، وإن تزوجته عالمة بعسرته أو كان موسرا ثم أصابته جائحة أجاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك، ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرق بينهم وبينهن".

ويأتي هذا الشرط مخالفا لما ذهب إليه جمهور الحنابلة والشافعية من ثبوت حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق ولو كانت عالمة بعسرته وقت العقد، وعدم تقييد حق الزوجة بمثل هذا الشرط حيث جاء في كشف القناع في الفقه الحنبلي " فإن اختارت المقام ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، أو رضيت بعسرته ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، أو تزوجته عالمة

به أي بأنه معسر، وفي نسخة أي بعسرته بالنفقة، ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، أو تزوجته معسرا، أو شرط ألا ينفق عليها أو أسقطت النفقة المستقبلية ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك لأن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فيتجدد لها الفسخ كذلك " .

وجاء في المذهب في الفقه الشافعي : وإن اختارت المقام معه على الإعسار ثم عن لها أن تفسخ فلها أن تفسخ، لأن النفقة يتجدد وجوبها في كل يوم فيتجدد حق الفسخ، وإن تزوجت بفقير مع العلم بحاله ثم أعسر بالنفقة فلها أن تفسخ، لأن حق الفسخ يتجدد بالإعسار بتجدد النفقة¹.

الفرع الثالث : أسباب التظليق الواردة 53 ق.أ.

1 - غياب الزوج دون عذر ولا نفقة :

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للغيبة فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى عدم التفريق للغيبة، كما ذهب مالك وأحمد إلى جواز التفريق إذا طال الغيبة وتضررت منها المرأة بأن خشيت على نفسها الزنا ولو كان الزوج قد تركها مالا تنفق منه، أما المشرع الجزائري في الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة والتي تنص على: "يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب الآتية:

أ_ الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر: جعل غياب الزوج أحد أسباب التظليق وذلك بعد مضي سنة وقد استمد هذه القاعدة من مذهب مالك أحمد دفعا لضرر عن المرأة، ولقد نص والمشرع الجزائري في هذه الفقرة على شروط يجب توفرها حتى تتمكن الزوجة من رفع التظليق بسبب الغيبة إذا تغيب الزوج عنها بدون عذر مقبول ودون سبب جدي، يعني أنه متعمدا الاضرار بزوجته، إذ لا بد أن تكون مدة غياب الزوج سنة وتحسب هذه المهلة من يوم الغياب الى غاية يوم رفع دعوى التظليق، فنجد أن في فقرة باللغة الفرنسية تنص على أن

¹ الطيب بن جامعة، المعيار، مجلة دورية محكمة تصدر عن المركز الجامعي تسمسليت، العدد2، ديسمبر2010، ص 23-24.

الغياب الذي يبيح للزوجة طلب التطلاق يشترط معه أن يكون بدون عذر أو نفقة عكس فقرة باللغة العربية والتي تنص على الشرطين مجتمعين، وهنا يكمن السؤال هل يمكن للزوجة المطالبة بالتطلاق للغياب الزوج لأكثر من سنة دون مبرر شرعي ولكنه ترك لها النفقة، فأى من النصين يأخذ القاضي؟ إلى جانب أن المشرع الجزائري لم يبين ما المقصود من العذر الشرعي المبرر للغياب والذي يحول دون تطلاق زوجته عليه¹.

2 - الضرر المعتبر شرعا:

إن الحكم بالتطلاق جبرا، لا يجوز قانونا ولا شرعا إذا كان غير قائم على أحد الأسباب الموجبة لإثباته شرعا، فلا يسوغ قانونا أن تطلب الزوجة التطلاق، أو تحصل عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من زوجها. فالزوجة لا تطلق جبرا على زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بكل الوسائل، ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليها منه، هذا وإن الضرر لا يكون سببا للتطلاق إلا بتوافر الشروط التالية:

- أ_ أن يكون صاحب الضرر الزوج وليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته.
- ب_ يجب أن ينتج عن الخطأ الصادر عن الزوج أضرار تلحق بالزوجة أو أحد فروعها أو أصولها.
- ج_ أن يكون مرتكب الضرر راشدا وأهلا للتصرفات القانونية.
- د_ لا يمكن أن يعاقب الزوج بسبب الضرر الذي لحق بالزوجة نتيجة لممارسة حقه الشرعي كرفضه مثلا أن تكون تربية الأولاد على ديانة أهم المسيحية.²

¹ سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الاسرة في تقدير حالات التطلاق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السادس، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، ص288.

² دليلة برف، التطلاق لدرر المعتبر شرعا في الإجتهد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، ص116.

فإذا اجتمعت هذه الشروط يجوز للمرأة حينئذ طلب التطلاق طبقا للمادة 53 فقرة 10 ق. أ، وإذا أثبتت الزوجة دعواها ببينة، أو اعترف الزوج، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها طلاقاً بائناً، وإذا عجزت عن البينة أو لم يقر زوجها رفضت دعواها، غير أنه إذا طال أمد الخلاف وتكررت دعواها دون أن تثبت ادعاءاتها، فإن على القاضي أن يعين حكماً للتوفيق بين الزوجين المتنازعين، يكون أحدهما من أهل الزوجة والثاني من أهل الزوج، يحاولان إصلاحاً بينهما، وعلى هذين الحكمين أن يعدا تقريراً عن مهمتهما في أجل أقصاه شهرين.

وإذا تبين من تقرير الحكمين أنه هناك ضرر من الزوج على زوجته وفشلاً في التوفيق بينهما فما على القاضي عندئذ إلا الحكم بالتطلاق وإلزام الزوج بالتعويض إذا طلبته الزوجة¹.

3 - الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

وهو ما نصت عليه الفقرة 3 في المادة 53 ق.أ أي أن يهجر الزوج زوجته في الفراش لمدة تفوق 4 أشهر قصد الإضرار بها، ونعتقد بأن الفقرة الثالثة من المادة 53 تقصد الإيلاء أي الهجرة المصحوبة بالقسم والذي إذا طال مدته قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة، ولذلك حدّد النص القرآني وكذا النص القانوني مدّة أربعة أشهر تنتظرها الزوجة قبل اللجوء لطلب التطلاق.

4 - ارتكاب فاحشة مبينة :

نصت الفقرة 7 من المادة 53 ق. أ على أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق لارتكاب فاحشة مبينة، والمقصود بالفاحشة هو الخطأ المخل بالأداب بصفة خطيرة أو جسيمة، وهناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقة الجنسية التي ترتكب من ذوي الأرحام

¹ المحكمة العليا، غ أ ش، 5 ماي 1986، 23 مارس 1685، م ق، العدد 2، 1990، ص 50.

والمنصوص عليها في المادة 337 مكرر قانون العقوبات، لذلك يحق للزوجة طلب التطلاق من زوجها بعد ارتكابه لهذه الفاحشة.

5- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة :

يعتبر الحكم على الزوج سببا من الأسباب المادية لطلب التطلاق، لأنه في الحقيقة يعتبر نوع من التفريق للضرر، ولقد اختلف الفقهاء في موقفهم من الحكم الفرقة بسبب الحكم على الزوج و الغيبة، فنجد أن الحكم على الزوج في معناه الحقيقي هو أيضا غيبة الزوج عن زوجته، ف جاء نص المادة 53 فقرة 4 ق.أعلى أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق من زوجها في حالة الحكم الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، ولا بد من توافر بعض الشروط لأخذ بهذا السبب في التطلاق منها:

أ- صدور حكم قضائي و نهائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به.

ب- أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية، و تعذر الاستمرار في الرابطة الزوجية بما وصلت إليه من البغض و الكراهية.

ج- أن تكون العقوبة مشينة، أي أن الفعل المجرم يتعلق بأعمال شائنة منافية للأخلاق و متصلة بالأسرة.

6- مخالفة أحكام المادة 08 منق.أ :

يجب على الزوج العدل و النفقة الشرعية في حالة تعدد الزوجات، وفي حالة ما إذا توافر الضرر للزوجة الناتج عن مخالفة المادة 08 من ق.أ. أجاز المشرع للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق وفقا لأحكام المادة 08 مكرر من نفس القانون.

7 -الشقاق المستمر بين الزوجين :

أجازت الفقرة 8 من المادة 53 ق.أ للزوجة طلب التطلاق للشقاق المستمر، و يقصد به استحالة العشرة الزوجية بين الزوجين و استمرار التنافر بينهما، مما يلحق ضررا بأجدهما او كليهما، ولقد ثبت من خلال قرارات المحكمة العليا تجسيدها للتطلاق للشقاق في قرارها رقم

1399353 الصادر بتاريخ 1996/099/24 و الذي جاء فيه: (من المستقر عليه ان استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان في قضية الحال ان المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن اصابتها بمرض الاعصاب و اصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فان القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة سبب كافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون).

8 - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :

طبقا للمادة 19 منق.أ و التي تتيح للزوجين ان يدرجا في عقد الزواج او عقد رسمي لاحق الشروط التي يريانها ضرورية في الحياة الزوجية، لاسيما منها شرط عدم تعدد الزوجات او عمل الزوجة، وعليه فان أي مخالفة لأي من الشروط ان وجدت في عقد الزواج يكون سببا موجبا للتطبيق، مالم تكن هذه الشروط مخالفة لأحكام قانون الأسرة، كما سمح المشرع بمقتضى المادة 37 فقرة 2 من قانون الأسرة للزوجين ان يتفقا في عقد الزواج او عقد رسمي لاحق له حول الأموال المشتركة بينهما و المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وذلك مع تحديد النسب، فانه لا يمكن للزوج ان يقوم بتغيير او تعديل هذا الشرط بإرادته المنفردة، واذا لم توافقه الزوجة في ذلك جاز لها طلب التطبيق مع حقها في الأموال المشتركة وفقا للنسب المتفق عليها في العقد.

المطلب الثاني

إقرار الخلع كحق للمرأة دون موافقة الزوج

تجدر الإشارة بداية أن مصطلح التطلاق قبل البناء لا وجود له في نصوص قانون الأسرة وأن المشرع الجزائري لم يورد حلا قانونيا واضحا بالنسبة لمبادرة الزوجة إلى طلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء، غير أن إطلاق هذا المصطلح بهذه الصورة له مبرراته أولها أن الزوجة لا تملك حق فك عصمة الزواج بإرادة منفردة مثل الزوج وإنما يطلقها القاضي.

لذلك كان طلب فك الرابطة الزوجية من قبلها تطليقاً وليس طلاقاً، أما قبل البناء فذلك تمييزاً له عن الحالات المعروفة المتعلقة بالزواج التام الذي مكنها فيه القانون من الخلع الذي تخلع فيها الزوجة الزوج مثلما يخلع الثوب، مع ضرورة الإشارة الى أن المشرع الجزائري لم يجعل تطبيق أحكام الخلع والتطليق قصراً على المدخول بها بالضرورة، و عليه سوف نتطرق إلى أهم فرعين مهمين في هذا المطلب أولاً ماهية الخلع (الفرع الأول)، و يليه حكم طلب الزوجة الخلع (الفرع الثاني)¹.

الفرع الأول: مفهوم الخلع

سيتم خلال هذا الفرع تحديد معنى الخلع لغة واصطلاحاً فضلاً عن تعريف المشرع الجزائري له (أولاً)، كما سيتم تبيان مشروعية الخلع (ثانياً)، وكذا التطرق إلى أركانه (ثالثاً).

أولاً: تحديد معنى الخلع

أ_ لغة: خَلَعَ الشيء يخلعه خلعا واختلعه: إِلا أَنْ فِي الخَلْعِ مُهْلَةٌ؛ وسوى بين الخلع والنزع. وَخَلَعَ النَّعْلَ والثوب والرداء يَخْلَعُهُ خَلْعاً: جرده. وَالخَلْعَةُ مِنَ الشَّيْبِ: مَا خَلَعَتْهُ فَطَرَحَتْهُ عَلَى آخِرِ أَوْ لَمْ تَطْرَحْهُ. وَكُلُّ ثَوْبٍ تَخْلَعُهُ عَنْكَ خَلْعَةٌ، وَخَلَعَ عَلَيْهِ خَلْعَةٌ.

قال العلامة اللغوي ابن منظور في لسان العرب: (خلع الشيء يخلعه خلعه واختلعه كنزعه. وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرده. وخلع امرأته خلعا (بضم الخاء) وخلاعا فاختلعت وخالعه أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له فهي (خالع) والاسم الخلعة. وقد تخالعا واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة، وسمي الفراق بين الزوجين خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن فقال تعالى: «هن لباس لكم وأنتم لباس لهن وهي ضجيعه وضجيعته، فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه

¹ زمورة داود، التطليق قبل البناء في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، المجلد9، العدد1، 2022ص352.

فأجابها إلى ذلك، فقد بانّت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه والاسم من كل ذلك الخلع¹.

ب_ **الخلع اصطلاحاً:** تنوعت عبارات الفقهاء في تعريف الخلع، نذكر من ذلك جملة من التعريفات المشهورة عند فقهاء المذاهب الخمسة السنية، فتعريف الحنفية جاء في الدر المختار: (هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها (أي الزوجة) بلفظ الخلع أو ما في معناه)².

وعرفه عبد الرحمن الصابوني أحد الفقهاء المعاصرين بأنه إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها من مهر³.

ج_ الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 54 على انه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها مقابل مال يتم بالاتفاق عليه، وفي حالة عدم اتفاقهما على شيء يحكم القاضي بما ليتجاوز قيمة الصداق المثل وقت الحكم، وقد عرفها المشرع الجزائري بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها، واستعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره من الألفاظ الدالة عليه.

يقصد بالخلع بفتح الخاء في اللغة يقصد به النزع أو الإزالة فيقال خلع المرء ثوبه وهو بضم الخاء طلاق المرأة مقابل عرض تلتزم به المرأة وتم استيعاب هذا المعنى من قوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٍ لِهِنَّ﴾⁴، وتم استعارة لفظ الخلع لحلال رابطة الزوجية

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1119، ص1258.

² شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي والقانون الاسرة الجزائري، والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، 2008، ص9.

³ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الفكر، 1968، ص495.

⁴ سورة البقرة، الآية 187

التي جعلت من الزوجين كل منها لباس للآخر، والملاحظ ان المشرع الجزائري نظم المادة 54 في شقين أساسيين يخص الأول حق الزوجة في مخالعة زوجها دون موافقته، والشق الثاني يخص تدخل القاضي في تحديد مبلغ الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه، الا أنه لم ينص المشرع على شروط الخلع في نص المادة 54 بل اكتفي فقط بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتم الاتفاق عليه، وعموما فإن شروط الخلع انطلقا من كون الخلع طلاق تحل به الرابطة الزوجية فلا بد أن يكون الزوج أهلا لإيقاع هذا الطلاق وتكون الزوجة محلا للطلاق أي بعقد صحيح طبقا لنص المادة 09 من قانون الأسرة.

وبما أن الخلع هو طلاق على مال فيشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، فلا بد أن يكون الزوج بالغاً لسن 19 سنة وفقاً لنص المادة 07 من قانون الأسرة وغير محجوز عليه وفقاً لنص المادة 85 أسرة وينوب عنه وليه عند فقدان الأهلية لأي عارض من عوارض الأهلية وذلك تطبيقاً لنص المادة 210 فقرة 2 ق.أ، وانطلاقاً من كون الخلع من عقود المعاوضة فإنه لا بد أن تتوفر في الزوجة أهلية التبرع عملاً بنص المادة 203 ق.أ فإذا لم تبلغ سن الرشد بموجب نص المادة 40 مدني لا يمكن للزوجة أن تخالع نفسها¹.

ثانياً: مشروعية الخلع

يأخذ مشروعيته من قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾²، ومن حديث ابنِ عَبَّاسٍ أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَنْتَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: "مَا أَعْتَبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ: "أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟ قَالَتْ نَعَمْ، قَالَ: "اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقِيهَا تَطْلِيقَةً"³.

¹ عليوي نسيم، دور قانون الأسرة في حالة العنف الممارس ضد الزوجة، المجلد 34، العدد 4، 2020 ص ص 307-308.

² سورة البقرة، الآية 229.

³ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، باب الخلع، وكيف الطلاق فيه؟ حديث رقم 5273، ط1، دار بن كثير، لبنان، 2002، 1344، أنظر أكثر، <https://bukhari.lna.io/8286/>.

من هنا انعقد إجماع علماء المسلمين على أنّ الخلع مشروع، سوى ما يُروى عن بكر بن عبد الله المزني التابعي بنسخ آية الخلع بقوله تعالى: ﴿وَأْتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾¹، ولم يقل بهذا غير هذا غير خاصة أنه من شرط النسخ تأخر الناسخ والتعارض مع تعذر الجمع وهو غير وارد هنا، ويقوي جواز أخذ المهر مقابل الخلع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾²، وزعم ابن سيرين وأبو قلابة وابن شبرمة أن الجواز مرهون بإتيان الزوجة بفاحشة مبينة يتأولون القرآن على ظاهره في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾³.

غير أن إجماع العلماء على مشروعيته دون اشتراط ذلك قد سبقهم، والنص يرد ما ذهبوا إليه، وقيل أن أوّل خُلِعِ وقع في العرب أنّ عامر بن الظرب أحد ملوك العرب زوج ابنته من بن أخيه، فنفرته فقال: "لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك وقد خلعتُها منك، فكان الأوّل عند العرب، وخلع امرأة ثابتاً لأول في الإسلام."

ثالثاً: أركان الخلع:

للخلع ثلاثة أركان أساسية من دونها لا يكون للخلع معنى، وتتمثل هذه الأركان في الزوجان والصيغة وال عوض، وسوف نحاول من خلال هذا العنصر عرض هذه الأركان تباعاً وذكر شروط قيام كل ركن منها كما يلي:

أ_ الشروط الواجب توافرها في الزوجة المخالعة:

باعتبار أن الخلع فرقة مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، اشترط العلماء أن تكون المخالعة في زواج صحيح وأهلاً للتصرفات المالية؛ وذلك بكونها بالغة عاقلة راشدة، ليصح فعلها عن

¹سورة النساء، الآية 20.

²سورة النساء، الآية 4.

³سورة النساء، الآية 19.

نفسها، وهذا باتفاق جميع الفقهاء بخلاف المجنونة والصغيرة الناقصة الأهلية¹ أو غير المميزة لإصابتها بعارض من عوارض الأهلية، فلقد اعتبر فقهاء المالكية والحنبلة أن الخلع الواقع من السفیهة أو الصغيرة المميزة لا يكون صحيحاً.

لكن الملتزم بعوض الخلع يجب أن يكون أهلاً للتبرع، غير محجورٍ عليه لصغرٍ أو سفه، حتى ولو أذن لها الولي، أما فقهاء الحنفية فيصح عندهم الخلع إذا أذن لها الولي والتزم بدفع عوض الخلع من ماله الخاص²، وعليه فإن الدعوى في خلع السفیهة أو الصغيرة ناقصة الأهلية ترفع من طرف وليها الشرعي أو وصيها أو مقدمها حسب كل حالة، ولقد أكدت ذلك نص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة"³.

ب_ الصيغة:

وهي اللفظ الدال على إيقاع الخلع، إذ أن الخلع من العقود المفيدة لإبانة الزوجة بعوض مخصوص، فلا بد من صيغة دالة عليه كتنظيره في الزواج والعقود الأخرى، ويقع الخلع بألفاظ صريحة كخالعتك على كذا أو بلفظ الكناية بما يفيد الفرقة مع القرينة كقوله بعتك وطلاقك بكذا، والخلع لا يقع إلا مع ثبوت النية والقرينة، ويشترط في الصيغة ما يلي:

1_ صحة القبول من الزوجة: أي أن تكون عالمة بمعنى الخلع، فإذا كانت أجنبية ولقنها زوجها العربية ككلمة اختلعت منك المهر ونفقة العدة، فقالت هذه الكلمات، وهي لا تعرف معناها وقبل الزوج فإنها تطلق منه بائناً ولا شيء له قبلاً بذلك، لأنها جاهلة بمعنى الخلع،

¹ محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، فقه وأصول، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008، ص624.

² وسن كاظم زرزور، الطلاق الخلعي - دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون العراقي -، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، جامعة واسط العراق، المجلد7، العدد16، 2011، ص433.

³ قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25/02/2008، الجريدة الرسمية، الصادر بتاريخ، العدد23، 2008/04/11.

وعذر في عدم سقوط حقها، ولا يلزم منه عدم طلاقها إذا قبل الزوج، فيقع الطلاق دون الحصول على بدل، أما الخلع بالنسبة للمرأة فهو بمثابة معاوضة، لأنها تعطي الرجل مالاً ملكاً له في نظير فك الرابطة الزوجية، وعليه يحق لها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج¹.

2_مطابقة الإيجاب بالقبول: وهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب كأن يقول الزوج مثلاً: خالعتك على مهر، فنقول قبلت، أما إذا قالت قبلت بأقل من ذلك أو أكثر من ذلك فلا يصح لأنه إيجاب آخر، وأن يكون الإيجاب بالقبول دون فارق زمني طويل، كما اشترط أن يكون القبول في نفس المجلس إلا إذا علقه الزوج بأداء أو قبض، وإذا تم القبض بانتهائه.

ج_بدل الخلع:

في الأصل لا يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة ما دفعه لها من صداق أو غيره إلا في حالة واحدة، وهي إذا خاف ألا تقيم حدود الله، واستحالت العشرة بينهما، فهنا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته ما دفعه مقابل مخالعتها وذلك لتفتدي به نفسها، وعليه فإن بدل الخلع هو المقابل الذي تدفعه الزوجة إلى زوجها أو من ينوب عنها مقابل طلاقها، ويجوز أن يكون مقابل الخلع كل ما يصح أن يكون صداقاً، من نفود أو غيرها، بشرط أن يكون مباحاً شرعاً، كما يجب أن يكون المقدار معلوماً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ولا يمكن أن يكون مقابل الخلع التنازل عن حضانة الأبناء من قبل الأم إلى الأب أو عن نفقتهم، أو عن أي حق من حقوقهم، لأن هذه حقوق الأطفال وليست حقوق الزوجة، فلا يحق لها جعلها مقابل الخلع لأنها ليست من حقها.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توافرها في أركان الخلع في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي هي مصدر التفسير له طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، كما أن القانون أهمل وألغى

¹محمد طاهر جرمون، عبلة بن عمر، الخلع بين الإباحة والتقييد في ظل الشريعة الإسلامية، والتشريعات المغربية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 8، العدد 2، 2020، ص 222.

شرط الصيغة وذلك عند منح الزوجة حق الخلع دون موافقة زوجها، وبالتالي لا يتطلب الأمر القبول منه، كما ترك كذلك السلطة للقاضي في تحديد قيمة الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه، إذ أنه لم يبين أو يورد الشروط الخاصة بمقابل الخلع¹.

الفرع الثاني: شروط صحة الخلع

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توفرها لصحة الخلع مكتفياً بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان، وفي حالة عدم اتفاقهما يحدده القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل الأمر الذي يتعين معه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ولهذا يشترط لصحة الخلع توفر الأهلية القانونية لكل من الزوجين، وأن تكون هناك علاقة زوجية قائمة بينهما، بالإضافة إلى أن يكون الخلع بمقابل مالي.

أولاً: الأهلية القانونية:

موضوع الأهلية القانونية يتم التطرق إليها من خلال طرفي العلاقة الزوجية وهما الزوج والزوجة :

أ_ بالنسبة للزوج:

يجب أن يكون راشداً عاقلاً وأهلاً للتصرف في ماله، بحيث لا يمكن للصغير والمجنون أن يخالعا زوجته لأنه في حكم فاقد الأهلية، بحيث يشترط فيه أن يكون بالغاً 19 سنة كاملة حسب المادة 7 من قانون الأسرة، إلا أنه يمكن للقاضي أن يجيز الخلع قبل بلوغ هذا السن إذا وجدت مصلحة في ذلك وهذا أخذاً بالمذهب المالكي القائل من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن "، بينما السفية فيمكنه أن يطلق، لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط ومن ثم فقد ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلعه لصحة طلاقه، لكن إذا استلم العوض السفية بدون إذن وليه فهو بمثابة دين لم تبرأ الزوجة منه، أما بالنسبة للزوج

¹ محمد طاهر جرمون، عبلة بن عمر، المرجع السابق، ص 224

المريض مرض الموت فإنه إذا خالغ زوجته فإن الخلع ينفذ، والعيوض يلزم وذلك حسب اتفاق الفقهاء.

ب_ بالنسبة للزوجة:

يشترط فيها أن تكون متمتعة بأهلية التبرع حسب المادة 203 من قانون الأسرة، بحيث أنها إذا لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 7 من قانون الأسرة فلا يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك، لأن الخلع بالنسبة لها هو في حكم المعاوضة الشبيهة بالتبرع، ومن ثم فلا يصح للصغيرة أو المجنونة أو السفينة أن تخالغ زوجها بمال. وإذا خالغ الأب ابنته البالغة فيقع الخلع موقفاً على إجازتها ويجوز الخلع إذا خالغها من ماله، وإن خلع المحجور عليها لسفه أو جنون لا يلزم به مال، ولكن يقع به الطلاق رجعيًا هذا إذا كان مدخولاً بها وبائناً إذا لم يكن مدخولاً بها.

يثار إشكال بخصوص خلع المرأة التي تكون قد بلغت الثامنة عشر فهي قاصرة ويعتبرها القانون غير قادرة على إدارة أموالها، وفي هذا يرى الدكتور محمد أبو زهرة " أنها تعامل معاملة السفينة في خلعها"، أما بالنسبة لخلع الزوجة المريضة مرض الموت فهو مقبول وتكون ملزمة ببذل الخلع، لأنها أهلاً لجميع التصرفات المالية¹.

جعل الله الطلاق بيد الرجل، يوقعه إذا أحس بنفرته من العشرة الزوجية مع من ارتبط بها، وقد تكون المرأة تحس بهذا الإحساس، والرجل متمسك بها، فشرع الله لها الخلع لتفتدي نفسها، بأن تعطي زوجها ما قدم في سبيل ذلك الزواج من مال، ولذلك - قال ابن رشد في بداية المجتهد: والفقهاء أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل).

¹ حبار امال، الخلع بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دفاثر السياسة و القانون، العدد 18 جانفي، 2018، ص 196-197

قد يختلف حكم الخلع بحسب أسبابه الموجبة له، فقد يكون الزوج هو الذي يكره الزوجة، وقد تكون الزوجة هي الكارهة لزوجها أو قد يكون السبب الاثنان معاً ولصحة شروطه لابد من توفر الشروط الآتية:

- _ أن تكون الزوجة المخالعة أهلاً لإيقاع الطلاق.
- _ أن تكون الزوجة المخالعة محلاً لإيقاع الطلاق.
- _ البذل من جانب الزوجة.
- _ أن تكون الزوجة عند التزامها ببذل الخلع من أهل التبرعات.
- _ أن تكون الزوجة راضية غير مكرهة ولا جاهلة معنى الصيغة.
- _ أن تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما في معناه كالإبراء والافتداء ويشترط الجعفرية إضافة إلى حضور شاهدين ووجود الكراهية بين الزوجين أو بين الزوجة خاصة.

ثانياً: الآثار المترتبة على الخلع

يترتب على الخلع آثار تتمثل أساساً في وقوع الطلاق بائن لأنه طلاق على مال، ولزوم البذل في ذمة الزوجة، و سقوط كل حق ثابت وقت الخلع لكل واحد من الزوجين قبل الآخر بسبب الزواج الذي يتخالعان منه..¹.

¹ إبراهيم السلامي، أحمد حميد العيمي، أحكام قوانين الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية و القانون، دراسة مقارنة، دار المعتمد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2016م - 1438هـ ص ص 90-91

الفصل الثاني
أثر الاتفاقيات الدولية على الأحكام المتعلقة بآثار
انحلال الزواج

كان لتصديق الجزائر على الاتفاقية الدولية¹ اتفاقية سيداو "عدة آثار وانعكاسات على المنظومة القانونية الوطنية تصدرها قانون الأسرة الجزائري، فأمام الضغوطات الداخلية والخارجية ومطالبة لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بضرورة تنفيذ الجزائر لما جاء في الاتفاقية وتحقيقاً لمبدأ المساواة بين الجنسين، تمت الاستجابة لذلك بتعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02.

فمن آثار اتفاقية سيداو على انحلال عقد الزواج وما يترتب عليه من آثار أن ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة من حيث أحقية فك الرابطة الزوجية، فمنح للمرأة حق الخلع زيادة على التطلق مثلما منح للزوج الطلاق، أما من حيث الآثار فقد أعاد ترتيب مراتب المستحقين للحضانة بحيث تعتبر الحضانة من آثار انحلال الزواج، وهي من المسائل المهمة في رعاية الطفل وتحقيق حمايته.

وتثير هذه المسألة إشكالات عديدة في مجال تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن نتيجة لاختلاف التشريعات حول القانون الواجب التطبيق وأعطى للألم الحاضنة حق الولاية على أبناءها القصر، في هذا الإطار سعت مختلف الدول إلى وضع قواعد لحل مشكلة تنازع القوانين في الحضانة، إلا أن هذا لا يعني إيجاد حل لكل التعقيدات التي يثيرها موضوع الحضانة في القانون الدولي الخاص، سواء ما يرتبط بتطبيق ضابط الجنسية أو الإشكالات الناتجة عن إسناد الحضانة في الزواج¹.

وهذا ما سنتناوله في المبحثين المواليين فبالنسبة الى المبحث الأول فقد تناولنا أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مسائل الحضانة والولاية المالية على الأطفال ويليه المبحث الثاني بعنوان أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مسائل الحضانة والولاية المالية على الأطفال.

¹ خديجة حمادي، كمال مخلوف، المرجع السابق، ص

المبحث الأول

أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مسائل الحضانة والولاية المالية على الأطفال تعتبر الحضانة والولاية المالية من آثار فك الرابطة الزوجية، يترتب على قيامها السهر على تربية الطفل ورعايته وصيانتهم كل انحراف وحفظه من كل إهمال، وهذا الأمر لا يثير أي إشكال عندما يكون طرفا العلاقة ينتميان لنفس الجنسية أو يقيمان بنفس الموطن ويخضعان لنفس النظام القانوني، لكن عند إنحلال الزواج في الزواج المختلط يخلق التنازع حولها مجموعة من المشاكل من قبيل القانون الواجب التطبيق على الحضانة وأي القوانين تحكمها.

في هذا الإطار، سعت الدول إلى وضع قواعد اتفاقية دولية سواء متعددة الأطراف أو ثنائية من أجل وضع وإيجاد الحلول المناسبة لمنازعات الحضانة، التي تعرض على القاضي في مجال تنازع القوانين في إطار الزواج المختلط، في المقابل سعت بعض التشريعات إلى وضع قاعدة إسناد خاصة بها وربطها بضوابط إسناد تتناسب مع مصلحة الطفل محل منازعات الحضانة¹.

¹أمحمدي بوزينة أمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ص573

المطلب الأول

أثر الاتفاقيات على مسائل الحضانة

تعتبر الحضانة من الأثار غير المالية المعنوية تترتب من الطلاق، وعليه سوف نقوم بدراستها من خلال تناول مفهوم الحضانة(الفرع الأول)، وشروط استحقاق الحضانة ومسقطاتها(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الحضانة

من خلال هذا الفرع سيتم تحديد معنى الحضانة(أولاً)، كما سيتم التطرق إلى مشروعية الحضانة(ثانياً)، يلي بعد ذلك الحديث عن تكييف الحق في الحضانة(ثالثاً).

أولاً: تحديد معنى الحضانة

سنكتفي من خلال هذه الجزئية إلى تحديد معنى الحضانة فقهاً، يلي بعد ذلك تحديد معناها قانوناً.

أ_ معنى الحضانة فقهاً:

قال ابن منظور: مصدر الحاضن والحضانة والحاضن المواضع التي تحضن فيها الحمامة على بيضها، والواحد محضن وحضن الصبي يحضنه حضناً ربا، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه، وحضان جمع حاضن لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه وبه سميت الحاضنة وهي التي تربي الطفل.

قال الخطيب الشربيني له: هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه كطفل وكبير ومجنون وتربية، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك، وقيل الحضانة شرعاً: تربية الولد ممن له حق الحضانة¹.

¹ يوسف حسيني، أبو عبد الله مصطفى بن العدوي، تيسير العلام في أحكام الحضانة، دار اللؤلؤة للنشر والتوزيع، 2018،

الحضانة مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤنثه وتربيته، مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهو الجنب لان الحضنة تضم الطفل إلى جانبها، فهي صيانة العاجز و القيام بمصالحه، وهذا التعريف يشمل الصغير و المعتوه و البكاره¹.

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما في اللغة ضم الشيء إلى الحضن وهو الجنب، وفي اصطلاح الفقهاء التزام الطفل لتربيته والقيام بحفظه وإصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة²، هذا وقد عرفها المذهب الشافعي بأنها "حفظ من لا يستقل بأمره عما يضره، وتربية بما يصلحه"، أما المذهب الحنبلي: "حفظ صغير ومجنون ومعتوه عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم".

ب_ معنى الحضانة قانونا

جاء في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

ومنه نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ركز في تعريفه للحضانة على أسباب والأهداف من رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دينابه والسهر على حمايته والمحافظة على إبراز مهمة الحاضن في القيام بواجباتهنحو المحضون³.

والحضانة هي تربية المحضون وتنشئة تنشئة سليمة على العقيدة الإسلامية والأخلاق الفاضلة، وتربية جسمه وعقله ووجدانه، وإصلاح سائر شؤونه مما هو في حاجة إليه من تنظيف ولباس ومأكل ومشرب، وهي تربية الطفل ورعاية شؤونه الشخصية أي كل

¹بختي حمزة، ، الإبراء من الحضانة، قانون الاسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد7، افريل 2022،ص378.

²محمد عزمي البكري، الحضانة و مسكن الحضانة، دار محمود للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى،القااهرة، مصر، 2015م - 2016م، ص7.

³عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الرابع، 2021م، ص472.

ما يتعلق به من خدمات خاصة بشخصه وبدنه وعقله أو ما يحتاج إليه من خدمات مادية ومعنوية تتطلبها الرعاية من يكون في سنه، وحفظ الصغير أو المعتوه أو المعاق مما يضره، وتربيته ورعاية مصالحه إلى أن يكبر أو يصلح¹.

الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية التي يثور بشأنها تنازع القوانين بعد انحلال الزواج، بعض القوانين العربية خصتها بضابط إسناد خاص². بينما اعتبرت قوانين أخرى من آثار انحلال الزواج ويسري عليها القانون المطبق عليه، ولكن هناك مبدأ عام في شأن الحضانة وهو مراعاة مصلحة المحضون (المادتان 67 فقرة 2، 69 من قانون أسرة) عند إسنادها لمن يستحقها.

ولم يخص القانون الجزائري الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، وبالتالي قاعدة الإسناد المناسبة هي القانون المطبق على انحلال الزواج باعتبارها من آثاره، وهو الرأي الراجح في القانون المقارن³.

وتثير الحضانة مشاكل قانونية في الزواج المختلط تتعلق بمستحقها من الأبوين إذا كان غير مسلم أو يقيم في الخارج، ويتضح فيما يلي تطور موقف المحكمة العليا في هذا الشأن من خلال تحليل بعض أحكامها.

ففي القرار صادر عن المجلس الأعلى في 1989/1/2⁴، وافق على القرار المطعون فيه الذي رفض إعطاء صيغة تنفيذية لحكم أجنبي قضى بإسناد الحضانة للأم المقيمة في

¹ محمد حسني أبو ملح، المرأة بين الشريعة وجاهلية العصر، أمواج للطباعة والنشر والتوزيع، 2011، ص 147.
² المادة 43 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، وقد أسندت الحضانة القانون جنسية الاب الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998، الذي حدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة ب: - القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية. قانون جنسية المحضون - قانون مقر سكناه على أن يطبق القاضي القانون الافضل للطفل من بينها.

³ الطيب زروتي، إجتهد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، ص 366.

⁴ القرار رقم 52207، المجلة القضائية، 1990، عدد 4، ص 74.

الخارج، مذكرا بمبدأ مستقر عليه اجتهاده وهو في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر فان من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، معتبرا وجود المحضونفي الخارج يغير من اعتقاده ويبعده عن دينه وعادات قومه، ويحرم الأب من ممارسة حقه في الزيارة ورقابة ابنه، وقد اعتبر المجلس الأعلى هذه المسائل من النظام العام الذي يحول دون منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي، وهو نفس المبدأ الذي اعتمده المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 1990/2/19¹، وقرارها المؤرخ في 2001/12/26².

من المؤكد أن تربية المحضون على دين أبيه من مصلحته، ومعتبرة سكن الأم في بلد أجنبي يحرم الأب حقه فيرقابة أبنائه، وإمكانية زيارتهم دوريا، واعتبرت في قرار آخر³ أن منح الحضانة لمستحقها مشروط ضمنا بالسكن في الجزائر، وأن انتقال الحاضنة للتوطن في بلد أجنبي مشروط بموافقة القاضي لإثبات الحضانة لها أو إسقاطها عنها بالمرعاة لمصلحة المحضون طبقا للمادة 69 من قانون الأسرة.

ولكن في قرار حديث⁴، بالرغم من كون الحاضنة اكتسبت جنسية أجنبية وتقيم في بلد أجنبي غير مسلم، وافقت المحكمة العليا على حكم الموضوع الذي أسند إليها الحضانة مادامت هي مسلمة، وهكذا لم يعد اختلاف جنسية الحاضنة عن المحضونين (خمسة أولاد) وبعد المسافة بين مقر إقامة الأب في الجزائر ومقر ممارسة الحضانة في الخارج، وكأن الصفة الدينية للحاضنة تغني عن حق الأب في رقابة أبنائه وحرمانه من حق الزيارة عمليا. فالحضانة وفقا للمادة 62 من قانون الأسرة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام

¹القرار رقم 59013، المجلة القضائية، 1990، عدد 4، ص 117.

²المجلة القضائية، سنة 2004، عدد 1، ص 264.

³القرار رقم 91671، المؤرخ في 1993/6/23، المجلة القضائية، 2008، عدد 1، ص 72.

⁴القرار رقم 57038، المؤرخ في 2008/9/10، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 2، ص 313.

بذلك¹. وقد جاء في شرح قانون الأسرة الجزائري على أن أمر الحضانة يتوقف وجوده على شخصين هما الحاضن والمحضون وهو الطفل الصغير أما الحاضن فهو إما رجل أو امرأة يكون مكلفا وملزم بتأدية هذا الواجب، أما الطفل فيعتبر حق يثبت له منذ ولادته، إذ ينحصر نطاقها في ولاية التربية تكون للنساء وتسمى بالحضانة وهي حق للأُم ثم لمحارمه من النساء، والولاية على النفس وهي تربية وحفظ من لا يشغل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل أو المسن الهرم أو المجنون، وذلك برعاية شؤونه وتقديم طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه في سن معينة ونحوها، والولاية على المال إن كان له مال ويتم برعاية مصالحه وحفظ ماله دون هدره حتى يحين الوقت الذي يكون فيه أهلا لمباشرة شؤونه ومصالحه².

ثانياً: مشروعية الحضانة:

الحضانة مشروعية وواجبه بالقرآن والسنة والإجماع، وهذا ما سيتم تبيينه في هذا الصدد بشيء من التفصيل وفقاً للأتي:

أ_ في القرآن:

قال الله تعالى في شأن مريم: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾³ حيث قال ابن كثير: وإنما قدر الله كون زكريا كافلاً لسعادتها لتقتبس منه علماً جماً نافعا وعملاً صالحاً، وقيل: ولأنه زوج خالتها، وقيل: زوج أختها كما ورد في الصحيح، فإذا بيحيى وعيسى وهما: ابنا الخالة»

ب_ في السنة:

فعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كانت بطني له وعاء وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني قال: أنت أحق به ما لم تتكحي⁴.

¹المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري. 02-05

²شهرزاد عبد الله، المكي صلوح، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 5، العدد 1، 2021، ص 159.

³آل عمران، الآية 37

⁴يوسف حسيني، أبو عبد الله مصطفى بن العدوي، المرجع السابق، ص 10

جـ. في الإجماع:

قال ابن المنذر له: (وأجمعوا على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل؛ أن الأم أحق به ما لم تتكح)¹. فقد عرف الحنفية الحضانة على أنها : حفظ الطفل وإمساكه وغسل ثيابه، في حينعرفها المالكية كالتالي: "الحضانة هي حفظ الولد في بيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه، أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه"، أما الحنابلة فقد جاء في تعريفهم للحضانة على أنها حضانة الطفل: "حفظه" عما يضره، وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وتكحيله وربطه في المهد، وتحريكه لينام، ونحو ذلك ، وعرفها الشافعية أيضا بقولهم: "الحضانة شرعا حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل، وكبير ومجنون وتربيته أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك". يقول الإمام أبو زهرة : يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات، فأما الولاية الأولى فهي ولاية التربية، فالدور الأول منها يكون للنساء وهو يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا".

ثالثاً: تكييف الحق في الحضانة

في هذا الصدد سنبين موقف الشريعة الإسلامية من الحضانة، ثم نبين موقف المشرع الجزائري منها، ليلي بعد ذلك التطرق إلى الحضانة في اتفاقية سيداو (حقوق المرأة) _ موقف الشريعة الإسلامية من الحضانة

اختلف الفقهاء² من أصحاب المذاهب الإسلامية في تكييف الحق الحضانة³ فذهب الحنفية إلى أن الحضانة حق للحاضنة، لأنها لا تجبر إذا امتنعت، ولكن قيدوا هذا الأمر فيما إذا لم يكن للصغير ذو رحم محرم فحينئذ تجبر الام كي لا يضيع الولد، في حين ذهب

¹المرجع نفسه، ص 11

²صنوبر، نور النبيل، الاتفاقيات المعقودة لدى مكاتب الإصلاح والتوفيق الاسري، أنواعها وتكييفها وحجبتها، ص 60.

³محمد دجوي، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقها وقضاء، دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، 1969، ص 375.

الجصاص من الحنفية إلى أن في حضانة الولد حقا للام كما أن في هذه الحضانة حقا للولد¹، حضانة الصغار ذكورا او إناثاً².

وعند المالكية أن الحضانة حق للحاضنة على المشهور وعند بعضهم حق للمحضون، في حين ذهب الشافعية إلى أن الحضانة حقين، حق الأم وحق الولد، أما فقهاء الحنابلة فقد اختلفوا في هذا الأمر فذهب بعضهم إلى أن الحضانة حق للولد وذهب بعضهم الآخر انها حق للحاضنة.

ويرى الجعفرية أن الحضانة للام والأب ما لم يقع الطلاق، فإن طلقها فالأم أحق بالذكر حتى يكمل الحولين من عمره وأحق بالأنثى حتى تكمل سبع سنين هذا هو المشهور بين فقهاء الجعفرية، وهناك آراء أخرى ترى أن الأب أحق بالحضانة، والظاهر لدى العلماء المحققين ان الحضانة تتعلق بها ثلاث حقوق معاً، وبمعنى آخر ثبتت الحضانة في الشرع توفيرالحقوق ثلاثة وهي:

1. حق المحضون وهو الصغير أو الصغيرة في تأمين حاجاتها ومستلزمات حياتها من طعام وشراب وسكن ونوم ونظافة لأن المحضون صغير وعاجز عن توفير ذلك بنفسه، فكان لابد من توفيره له بالحضانة.

2. حق الحاضنة لان لها من الشفقة على المحضون ما لا يخفى فكان لابد من تلبية هذه الرغبة وإشباع هذه العاطفة.

3. حق الولي: لأنه الذي ينتسب اليه الطفل، وتجب عليه نفقته، وهو المسؤول عن تعليمه وتهذيبه وتخليقه بالأخلاق الحميدة، فكان لابد من إثبات حقه في حضانته³.

¹ياسر محمد سعيد، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1439-1018، ص372.

²عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، 1993، ص9.

³ياسر محمد سعيد، المرجع السابق، ص372.

ب_ موقف المشرع الجزائري من الحضانة وحقوق المرأة:

اتجه الرأي الغالب في التشريع المقارن إلى أن الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج كون أن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية، ويرى الأستاذ الدكتور الطيب زروتي أنها لا تعد أثرا للزواج ولا لانحلاله، وإنما داخلة في الولاية الشرعية على الأولاد، حيث إنه عملا بأحكامها المقررة في قانون الأسرة؛ يترتب عليها حقوقا للأولاد ولها علاقة بالوالدين بغض النظر عن علاقة الوالدين فيما بينهما سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها، وتعد الولاية على النفس وصيانة الصغير من أهم الحقوق المرتبطة بها، فمنح الحضانة مرتبط بمراعاة مصلحة المحضون مما يقتضي إسنادها إلى قانونه الشخصي، وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على القانون الواجب التطبيق على الحضانة وأسندته للقانون الذي يسري على انحلال الزواج بالتالي يطبق عليها قانون الزوج وقت رفع الدعوى كأصل عام، واستثناء يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وعليه يرجع القاضي إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية المتعلقة بالحضانة، حيث تنص المادة 212 من القانون المدني على: " ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى واستثناء تنص المادة 13 من القانون نفسه على أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فإنه يطبق القانون الجزائري وحده ما عدا ما يخص بأهلية الزواج، بالتالي يطبق هذا الحكم بالأولوية إذا توافر شرط التطبيق المتمثل في كون أحد الزوجين جزائريا إبرام الزواج، وتقرر هذا الحكم في القانون الجزائري وغيره، لمواجهة حالات خاصة يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس، وحينئذ فالعبرة بما يقضي به القانون الجزائري¹.

¹ خديجة حمادي، كمال مخلوف، إشكالية تنازع القوانين ف الحضانة (دراسة مقارنة)، مجلة المعارف، المجلد 17، العدد 2، ديسمبر 2022، ص ص 9-10

جـ. الحضانة في اتفاقية سيداو (حقوق المرأة)

أما بخصوص الحضانة في اتفاقية سيداو وحسب ما ورد في المادة 1/16 من خلال الفقرة (د) " نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول " فالحضانة من وجهة نظر اتفاقية سيداو مسؤولية لكل من الزوج والزوجة من منطلق مبدأ المساواة في الزواج، وعلى الدول الأطراف أن تعمل على تقاسم المسؤولية للوالدين اتجاه أطفالهما من حيث الرعاية، والحماية، والإعالة، بغض النظر عن الحالة الزوجية القائمة بطريقة شرعية أو غير شرعية، والواضح في عملية الحضانة في بعض البلدان لا تلتزم بمبدأ منح الوالدين غير المتزوجين نفس المعاملة للأطفال الذين هم ثمرة العلاقات غير الشرعية وكذلك لا يتمتع أطفالهم بنفس الوضع الذي يتمتع به الأطفال المولودون بطريقة شرعية، وخاصة أن كثيراً من الآباء لا يشاركون في تحمل المسؤولية لأبنائهم وإعالتهم في حال كانت الأمهات مطلقات، أو يعشن منفصلات، ولذا طالبت اتفاقية سيداو الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل الفضلى، وعلى الدول الأطراف أن تعمل على تقاسم المسؤولية للوالدين اتجاه أطفالهما من حيث الرعاية، والحماية، والإعالة، والأخذ بعين الاعتبار مصالح الأطفال الفضلى، بغض النظر عن حال الزوجين هل هي قائمة أم لا ؟ وهل يعيشان مع أطفالهما أم لا ؟ فتمتد للذكر إلى سن التاسعة وللأنثى لسن الحادي عشر، وتسقط الحضانة في حال فقد أي شرط من شروط الحضانة.

وعليه تكون الحضانة للذي يليه ممن تتوافر فيهم الشروط، وإذا سقط أي مانع من موانع الحضانة يعود حق الحضانة للحاضن، وكذلك نصت المادة (159) أنه تجب أجرة الحضانة على من تجب عليه نفقته وتسري حضانة الأم لطفلها حتى يصل سن البلوغ كما

يحظر سفر الحاضنة خارج البلاد دون إذن الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحة الطفل المحضون، وذلك حسب ما نصت المادة (166) من قانون الأحوال الشخصية.¹

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة ومسقطاتها

لقد حددت الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري شروط استحقاق الحضانة (أولاً) كما حددا أيضا شروط إسقاطها (ثانياً).

أولاً: شروط استحقاق الحضانة

يشترط فيمن يتولى الحضانة شروط تتمثل أساساً في التكليف والإسلام والعدالة والقدرة على الحضانة.

أ_ **التكليف:** فلا يستحقها مجنون ولا معتوه؛ لعدم قيامها بتدبير شؤونها فضلاً عن شؤون غيرهم، ومثلها من يصاب بالإغماء الكثير، وكذلك لا يستحقها صبي غير مميز، وكذا الصبي المميز عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأنه بحاجة إلى الرعاية والاهتمام بينما ذهب المالكية إلى أنه يستحقها إذا كان مميزاً غير مضيع للمال عاقلاً مستوفياً لشروط الاستحقاق.

ب_ **الإسلام:** إن المرتدة لا تستحق الحضانة للطفل المسلم باتفاق العلماء، وأما بالنسبة للكتابية فقد اختلف الفقهاء في ذلك وفق الآتي: إن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة وبعض المالكية اشترطوا الإسلام في الحاضنة، وبالتالي فلا يجيزوا استحقاق الكتابية للحضانة على الطفل المسلم؛ لأن الحضانة فيها شيء من الولاية، ويقول الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾²، ولأن من أهم مقاصد الحضانة - وهي التربية على الهدى الإسلامي - تفوت فيما لو أخذت الكتابية الحضانة.

¹فانت عبد الله صادق سلهب، فادي قسيم فواز شديد، الحضانة بين اتفاقية سيداو وقانون الأحوال الشخصية الساري في الضفة الغربية - فلسطين، 2017م، ص7.

²سورة النساء، الآية 141 .

بينما ذهب الحنفية والمالكية في الراجح إلى جواز حضانة الكتابية للطفل المسلم إذا توافرت فيها شروط الحضانة وتبقى في حضانتها إلى أن يصبح عاقلاً للأديان أو إذا خيف عليه أن يألف الكفر؛ لأن الأم أكثر شفقة على ابنها حتى ولو كانت كتابية، والذي يظهر أن الأرجح هو اشتراط إسلام الحاضن؛ لقوة أدلة الجمهور بذلك، ولأن أثر الحاضنة غير المسلمة على الطفل المسلم كبير جداً وسلبى فربما تحبب له الكفر ولا تعلمه الآداب الإسلامية؛ لأن الفتى متى تشربت روحه هذه المعتقدات الباطلة فيصعب تغييرها لديه ويكون قد خرج عن الإسلام ولاسيما في عصرنا.

ج_ العدالة: لقد اشترط جمهور الفقهاء العدالة في الحاضن، وقرروا بعدم استحقاق الفاسق الحضانة؛ لعدم الثقة به في أداء واجب الحضانة، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى عدم اشتراط العدالة في الحاضن؛ لأن اشتراطها يوقع في الحرج الشديد ولاسيما في زماننا هذا، ولأن طبع الإنسان ولو كان فاسقاً يدفعه للاعتناء بأولاده والاهتمام بهم ورعايتهم".

د_ القدرة على الحضانة: يشترط في الحاضن القدرة على تربية المحضون وحفظه ورعايته؛ لذلك لا تستحق المريضة والعاجزة الحضانة لحاجتهما المعين يرعى شؤونهن¹.

هذا ويشترط أن يكون الحاضن مأموناً على المحضون، وكذلك المكان الذي سيقوم فيه مأموناً، كما يشترط سلامة الحاضن من الأمراض المعدية، وخلو الحاضنة من الأزواج أو أن تكون متزوجة من محرم للطفل الصغير؛ لأن جمهور الفقهاء قالوا بسقوط حق الحضانة إذا تزوجت الحاضنة برجل أجنبي عن الصغير؛ لأن انشغالها سيكون للزوج دون الطفل الصغير، وليس لرضى الزوج بالحضانة اعتباراً؛ لاحتمال رجوعه وتضرر الولد، ودليلهم قوله: أنتِ أحقُّ بهِ ما لم تتكحي». وعند الشافعية وجهان في سقوطها بعد زواج الحاضنة: الأول- لا يسقط حقها في الحضانة، والثاني - يسقط".

¹عدنان الكول، الخلاصة الفقهية في الأحوال الشخصية، دار الحياة للنشر و التوزيع، 2019، ص179.

وتجدر الإشارة إلى أثر عمل المرأة في حقها في الحضانة: فإنه يمكن تخريجه على قول الفقهاء في مسألة الزواج، ويمكن القول بأنه يترك لتقدير القاضي في هذا الزمان الذي اختلفت فيه الأعمال، فمنها ما يسمح برعاية الأبناء فيها ومنها غير ذلك، إضافة إلى ذلك فقد يكون الطفل في مدرسته وقت عمل الحاضنة فلا تضييعه وتعود لترعاه، فالأمر يعود للقاضي لتقدير هذه الحالات، مراعيًا المصلحة الفضلى للمحضون.

فضلا عن ذلك يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم من الصغير: وهذا ما اشترطه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في قول؛ بسبب الاختلاط بين الحاضن والمحضون.

وقال الشافعية في الصحيح: إنه لا يشترط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للصغير فيما إذا كان دون سن الاشتهاء، هذا في الحاضنة من النساء وأما بالنسبة للحاضن من الرجال فلم يشترط الجمهور هذا الشرط إذا كان الصغير أنثى¹.

ثانياً: مسقطات الحضانة:

يسقط حق الحاضن في الحضانة إذا فقد شرطاً من الشروط السابقة، وتجدر الإشارة إلى بيان رأي الفقهاء في مسألة سفر الحاضن بالمحضون حيث إن المالكية والشافعية والحنابلة قد ذهبوا إلى أنه لو أراد أحد الأبوين السفر-مسافة القصر أو أكثر - بالطفل والعودة والآخر مقيم فحق الحضانة تكون للمقيم؛ لما في السفر من إضرار بالطفل، وأما إذا كان السفر للإقامة وكان الطريق آمناً فالإقامة مع الأب أفضل سواء أكان هو المقيم أم المسافر؛ لأن بقاءه مع الأب فيه حفظ للنسب والتأديب. وأما إذا كان السفر دون مسافة القصر فالحكم فيه كالحكم في الإقامة.

بينما ذهب الحنفية إلى أنه لو كان الأب يريد الانتقال به فالأم أحق به، وإن كانت الأم تريد الانتقال به إلى بلد كان أصل النكاح فيه فتبقى الأحقية للأم، وإن كان بلتا آخر

¹عدنان الكول، المرجع السابق، ص ص180-181.

فالأب أحق به". والذي يظهر من خلال استعراض آراء الفقهاء أن غايتهم رعاية الطفل الصغير وحفظه؛ لذلك يعود الأمر في تقدير ذلك إلى القاضي ولاسيما في هذا الوقت.

ومن الأهمية بمكان بيان مسألة عودة الحضانة: حيث إن الحضانة - كما تقدم تسقط إذا فقد شرط من شروط الاستحقاق، لكن لو تحقق الشرط الذي سقطت الحضانة من أجله فهل تعود الحضانة لها؟ كما لو تزوجت من غير محرم للصغير ثم طلقت فالفقهاء لهم أقوال عدة وهي كالاتي:

أ_ **الحنفية:** إذا كان الطلاق رجعيًا فلا تستحق الحضانة؛ لقيام الحياة الزوجية فلا بد أن تنتهي عدتها، وإذا كان بائنا فيعود حقها في الحضانة.

ب_ **المالكية:** لا يعود حقها في الحضانة أبناء لرضاها بتسليم الولد الصغير حين إقدامها على الزواج.

ج_ **الشافعية والحنابلة:** يعود حقها في الحضانة سواء أكان الطلاق رجعيًا أم بائنا؛ لأن المطلقة الرجعية لا يجوز الاستمتاع بها قبل الرجعة كالبائنة¹.

المطلب الثاني

أثر الاتفاقيات الدولية على مسائل الولاية على مال الأطفال

بالدرجة الأولى كما أعطت الاتفاقية للمرأة حق الولاية على مال الأطفال والقوامة والوصاية على أولادها مثلها مثل الزوج تمامًا، وحتى لها الحق في التبني². ولذلك سوف نتناول ماهية الولاية وأهم أنواعها (الفرع الأول)، إضافة إلى مبررات منح المشرع للأمم الولاية الأصلية على مال ابنها القاصر (الفرع الثاني).

¹ عدنان الكول، المرجع السابق، ص 183-184.

² نعار زهرة، حماية حقوق المرأة وفق لإتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولاي طاهر، سعيدة، ص 199.

الفرع الأول: مفهوم الولاية على مال الأطفال

سيتم من خلال هذا الفرع تحديد معنى الولاية على الأطفال (أولاً)، ليلى بعد ذلك تبيان أنواع الولاية (ثانياً)، وذلك على النحو المبين أدناه:

أولاً: تحديد معنى الولاية

من خلال هذه الجزئية سيتم تعريف الولاية لغة واصطلاحاً وقانوناً، كما سيتم التطرق إلى تعريف الولاية على مال الأطفال.

أ - تعريف الولاية لغة:

الولاية لغة: "بفتح الواو وكسرهما": مصدر ولي أو اسم منه، فيقال: ولي الشيء ولاية، إذا ملك أمره، وتولى الأمر أو العمل تقلده، وهي تطلق على ما يتولاه المرء، ويقوم به من الأعمال، مما يجعل له السلطة على النفس أو المال، أو على كليهما معاً، فيقال فلان له ولاية على اليتيم وله ولاية على مال الصبي والقائم بها هو الولي الذي أسند إليه هذا الأمر وفوض إليه وفي التنزيل العزيز قوله تعالى: {فَلْيُمْلِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ}¹.

ب- تعريف الولاية شرعاً: استعمل جل الفقهاء كلمة الولاية بمعنى تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، وعرفت الموسوعة الفقهية الكويتية بأنها عبارة عن: "سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من القيام على شؤون الصغار الشخصية والمالية".

ج- تعريف الولاية قانوناً:

عرف القانون الولاية على أموال القاصرين بكونها: نيابة شرعية يقوم الولي بمقتضاها مقام القاصر في إبرام التصرفات القانونية ورعاية شؤونه المالية².

¹سورة البقرة، الآية 282 .

²حسام الدين خليل فرج، عطيات فارس عبد الحميد، ولاية الأم على مال القاصر، في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقوانين الخليجية و بعض القوانين العربية، مجلة الذخيرة للبحوث و الدراسات الإسلامية، المجلد6، العدد2، قسم العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، 2022م، صص345-346.

من خلال ما تقدّم من تعريفات يتضح أن الفقهاء أجمعوا على اعتبار الولاية سلطة، إلا أن التعريف الأخير تميز عن غيره من التعريفات من خلال بيانه للطبيعة الإلزامية للولاية، فلا يستطيع الولي أن يتنحى عنها ما لم تقم أسباب موجبة لذلك؛ وفي هذه الحالة وجب استئذان القاضي لاتخاذ الإجراءات اللازمة التي من شأنها تحقيق مصالح القاصر.

د- تعريف الولاية على المال:

الولاية على المال كما عرفها أحد الفقهاء هي نفاذ الأعمال القانونية التي يجريها الولي أو الوصي أو القيم على مال الغير، وعرفها أحدهم بقوله: "... الولاية عن المال تكون بنفاذ الأموال والتصرفات في الأمور التي تتعلق بالمال كالبيع والإجازة والرهن ونحوهم، وعرفها آخر بأنها نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته جبرا لعجزه عن النظر فيها، تحقيقا للمصلحة المولى عليه، أو لمصلحة الغير الذين لهم حقوق على أمواله".

يتضح من خلال هذا التعريف الأخير أن من أسباب الولاية إما حفظ مصلحة المولى عليه أو حفظ حقوق غيره، ومن هنا برز الاختلاف بين الفقهاء في تحديد موجبات الولاية، لاختلافهم في نظرهم إلى الولاية على المال وكذا فهم مختلف النصوص الشرعية فلم يحصل اتفاق كامل على أسباب الولاية.

أما من الناحية القانونية فقد تعددت أسباب الولاية نذكر منها: الصغر، الجنون، العته والسفه. فصغر السن كالقاصر الذي هو محور دراستنا يعد سببا من أسباب الولاية ويمكن تعريف الولاية على مال القاصر بأنها نيابة قانونية تثبت لشخص تتوفر فيه الشروط اللازمة لممارستها، تكون له السلطة على أموال المولى عليه حفظا وتنمية ويلتزم فيها بالحدود المرسومة قانونا¹.

¹ ابن جامع أسماء، رحمانى منصور، ولاية الام على مال القاصر بين الإطلاق والتقييد، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 8، العدد 2، 2020، ص ص 145-146.

ومن الفقهاء من يقول أن الولاية سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب أثارها عليها دون التوقف على إجازة أحد، فإذا كانت السلطة متعلقة بشأن من شؤون العاقد كتزويجه لنفسه وبيعه ماله كانت ولاية أصلية قاصرة وإذا كانت متعلقة بشأن من شؤون غيره كأن يزوج ابنته أو يتصرف في مال ولده - كانت ولاية متعدية¹.

ثانياً: أنواع الولاية

في هذا الصدد سنبين أنواع الولاية سواء من حيث المصدر أو من حيث الأصل، أو من حيث الموضوع، وذلك على النحو المبين أدناه:

أ_ الولاية من حيث العموم والخصوص عامة وخاصة: العامة تعني ولاية السلطان ومن يعينه من القضاة، أما الخاصة فهي كولاية الأب على ولده، وهي أقوى من الولاية العامة ومقدمة عليها لكونها مبنية على القرابة.

ب_ الولاية من حيث المصدر أو الأصالة ذاتية (أصلية): جعلية نيابية مكتسبة الذاتية هي التي تثبت للشخص لسبب قام فيه من غير أن يستفيدا من خلال شخص آخر، كولاية الأب والجد بسبب القرابة، الجعلية هي التي تثبت للشخص بواسطة شخص آخر، كالوصي المختار الذي تم تعيينه من قبل الولي (وهي الولاية النيابية الاختيارية) أو القاضي أو القانون (وهي الولاية النيابية الجبرية).

ج_ الولاية من حيث الموضوع الولاية: على النفس الولاية على المال الولاية على النفس والمال.

د_ الولاية من حيث التعدي وعدمه قاصرة: القاصرة تعني ولاية الشخص البالغ الكامل الأهلية على نفسه وماله، المتعدية فهي التي تتعدى إلى غيره كولاية الولي أو الوصي على الصغير".

¹حمر العين عبد القادر، ولاية الأم أساس مسؤوليتها عن الأفعال الضارة لأبنائها القصر، مجلة الأستاذ البحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد4، العدد2، 2019م ص1139 .

تبين لنا فيما سبق بأن أنواع الولايات فيها نوع من التشابك والتداخل إذ يمكن وصف نوع واحد منها بعدة تسميات في آن واحد وفق الزاوية التي ينظر إليها، فمثلاً ولاية الأب ولاية قانونية لكونها مستمدة من القانون، وأصلية لكونها لم يستمدها من شخص أو جهة أخرى، ومتعدية لكونها تتعدى على ولده القاصر، وولاية على النفس والمال في نفس الوقت. وهكذا بالنسبة لولاية الوصي المختار أو المنصوب أو القيم، وسنتطرق إلى جميع أنواع هذه الولايات من خلال دراستنا هذه في كلا القانونين العراقي والمصري كل في حينه¹، و مسألة الولاية على مال الأطفال تقتصر كما يلي:

- 1- للأب وللجد العصبي من السلطة على مال القاصر ما للوصي ويسأل مسؤوليته، ويحاسب محاسبته.
- 2- تكون الولاية على مال القاصر، أو الحمل حفظاً، وتصرفاً، واستثماراً للأب ثم الجد العصبي إن لم يكن الأب قد اختار وصياً، ولا يجوز لأحد منهما التخلي عن ولايته إلا بإذن القاضي.
- 3- لا ينزع مال القاصر من يد الأب والجد العصبي ما لم تثبت خيانتة أو سوء تصرفه فيه.
- 4- لا يجوز لأحد ولو أباً أو جداً عصبياً التبرع بمال القاصر أو بمنافعه تحت طائلة البطلان والضمان والمسؤولية الجزائية².

الفرع الثاني: مبررات منح المشرع للأمم الولاية الأصلية على مال ابنها القاصر

قد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 بحق المرأة في الولاية و الوصاية على أولادها القصر فنص على وجوب صون الكرامة الإنسانية للمرأة و ما يتبعها من حقوق مدنية تتعلق بالأهلية التامة كحق الإشتراك في

¹ أكرام زاده الكوردي، أحكام الولاية على أموال القاصر في قانون العراقي و المصري، دراسة مقارنة، مجلة الرسالة للدراسات و البحوث الإنسانية، المجلد 5، العدد2، جوان، 2020، ص ص 13-14.

² مشروع قانون الأحوال الشخصية، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، سوريا 2007، 2007/6/7، أنظر أكثر:

. <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Arab-Dlaws/Syria-Dlaw2.html>

الولاية و الوصاية على الأولاد ، و تطبيقا لهذا البند أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1979 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي نصت في فقرتها الأولى من المادة 16 على المساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق و المسؤوليات فيما يتعلق بالولاية و القوامة و الوصاية على الأطفال و تبنيهم، و في كل الأحوال تكون مصلحة الأطفال هي الراجحة.¹

ولقد اعترف المشرع الجزائري في المادة 87 من قانون الأسرة للأُم بالولاية²، و هذا ما قامت به بعض التشريعات العربية كالتشريع التونسي و المغربي اللذين اعترفا للأُم بالولاية بعد الأب، و هذا ما جاء في الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية و التي تنص على " القاصر وليه أبوه أو أمه..."، و الفصل 155 من نفس القانون التي تنص على " للأب ثم للأُم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة و لا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية، و كذلك المادة 230 من مدونة الأسرة المغربية و التي تنص على يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب الولي وهو الأب والأُم والقاضي..... والمادة 231 من نفس القانون " صاحب النيابة الشرعية الأب الراشد، الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته." فلا تحل الأم محله إلا في حالة ما إذا ألم به ما يمنع ولايته حيث نصت المادة 236 من مدونة الأحوال الشخصية على أن " الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي ولأُم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب³.

¹ موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، جامعة محمد بوقرقوبمرداس، كلية الحقوق و العلوم التجارية، 2005/2006، ص35.

² المادة 87 من قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق.

³ بلجراف سامية، إسناد الولاية الأصلية على مال القصر الى الأم في قانون الاسرة الجزائري، مجلة البحث القانوني و السياسي، المجلد3، العدد1، 2018، ص71.

أما في مصر فقد صدر القانون 126 لسنة 2008 حيث جاء في المادة 54 منه " تكون الولاية التعليمية على الطفل للحاضن و عند الخلاف على ما يحقق مصلحة الطفل الفضلى يرفع أي من ذوي الشأن الأمر إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر الوقتية ليصدر قراره بأمر على عريضة ، مراعيًا مدى يسار ولي الأمر ، وذلك دون المساس بحق الحاضن في الولاية لتعليمية ¹ "

و قد جاء هذا النص في مواجهة ضرورة اجتماعية كشف عنها الواقع العملي و تتعلق بقرار تعليم الطفل بين الحاضن والقائم بالولاية على النفس بعد انتهاء العلاقة الزوجية ، حيث يعمد الأب أو من أسندت له الولاية على النفس إلى إرغام الحاضنة على التنازل عن بعض حقوقها و حقوق أبنائها الشرعية في مقابل الولاية التعليمية و من ثم فقد منح لها المشرع الولاية التعليمية كجزء من الولاية على النفس و تبقى الولاية على المال للأب و الجد من بعده و يمكن للأم إذا تبرعت بمال للولد القاصر أن تشتت عدم دخوله ضمن سلطة الولي.

أما في قانون الأسرة الجزائري فيأتي هذا التعديل إثر تزايد المشكلات التي تواجه المرأة بعد صدور الحكم بحقها في الحضانة، التي يختلقها أزواج مماطلون، أو ممن يحاولون المساومة على الحضانة، من خلال عدم تسليم البطاقات الثبوتية للأبناء، أو استكمال إجراء لهم، ما يخلق للمرأة المطلقة وأبنائها مشكلات كبرى، تمهد الكيان الأسري، وحقوق الأطفال ومستقبلهم.

كما أن منح الولاية لمن أسندت له الحضانة في حال الطلاق من شأنه أن يضع حدا للمشاكل العديدة التي تعترض النساء المطلقات و الحاضنات ولاسيما اشتراط إذن الزوج في العديد من الحالات، كما وضع حدا لمشكل مسؤولية الأم عن أفعال ابنها المحضون الضارة.

¹ المادة 126 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 ، المعد و المتمم بالقانون رقم 126 لسنة 2008.

فالولاية كما يرى الإمام أبو زهرة ثلاث أقسام ولاية على النفس وولاية تربية وولاية على المال و في تعديل قانون الأسرة و على عكس ما كان عليه سابقا أصبحت الولاية بجميع أنواعها تنتقل إلى الأم في حال الطلاق و إسناد الحضانة إليها و ذلك بقوة القانون، فتعطي للأم سلطة كاملة و مباشرة على الولد المحضون و أصبحت الأم الحاضنة مسؤولة عن أفعال ابنها المحضون الضارة وفقا لنص المادة 134 من القانون المدني على أساس مسؤولية متولي الرقابة، على خلاف ما كان عليه الوضع قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005.

حيث كانت المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية و التي تناولت هذا الموضوع ضمن أحكام الولاية، و التي تسند الولاية إلى الأب و لا دخل للأم فيها ويمارسها الأب من خلال ممارسته حق الزيارة رغم أنها عمليا مدة قليلة لا تتجاوز ساعات في الأسبوع، و قد يتخلف عنها الأب في حالات كثيرة، و تجد هذه الولاية سندها في أحكام القانون المدني وكثيرا ما كان الأب يدفع بعدم مسؤوليته نظرا لاستحالة ممارسة واحب الرقابة بسبب وجود الطفل تحت نظام الحضانة¹.

ولقد منح المشرع الجزائري للأم في المادة 87 من قانون الأسرة صراحة الولاية على أبنائها في حالة وفاة الأب، ولا تحل محله في حياته إلا في حال حصول مانع له منعه من الولاية على ابنه²، فتباشر نيابة عنه ما استعجل من الأمور، فإذا زال المانع زالت ولايتها واسترددها الأب كما في حال فقد الأب أو حصول مانع له فولايتها ولاية مؤقتة و مستعجلة.

غير أن المشرع لم يحدد لنا هذه الأمور المستعجلة التي تتولى فيها الأم الولاية المستعجلة، لكن يمكن القول بأنها تلك الأحوال التي تقتضي السرعة في انجازها و يخشى من تأجيلها ضياع مصلحة الطفل لو طال انتظار عودة الأب من غيبته أو شفائه من مرضه أو من العارض الذي لحقه و العجز الذي أصابه، أو بإرجاع الولاية له بعد انتهاء مدة حبسه والحالات المستعجلة نجدها خاصة في الأمور المدرسية وحضور مجالس الأولياء

¹ بلجراف سامية، المرجع السابق، ص72.

² القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بأمر 05-02، المرجع السابق.

و مراعاة شؤون القاصر في أموره الدراسية و متابعتها و توقيع الوثائق المتعلقة بدراسته و استخراج الوثائق الإدارية كبطاقة التعريف و جواز السفر و رخصة السياقة وكل ما يحتاج تصريحاً شرفياً من الأب و قد قضت المحكمة العليا بتاريخ 17 / 05 / 1998 " من المقرر قانوناً يكون الأب ولياً على أولاده القصر و بوفاته تحل الأم محله قانوناً"¹.

¹ بلجراف سامية، المرجع السابق، ص73.

المبحث الثاني

أثر الإتفاقيات الدولية على الأثار المالية لإتحلال الزواج

تنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على إمكانية منح القاضي تعويضاً للمطلقة عن الضرر اللاحق بها متى تبين له تعسف الزوج في الطلاق، من دون أن يبين أساس هذا التعويض وعلته، هل هي المتعة التي أقرها الله تعالى للمطلقات، أم التعويض الذي يقوم على نظرية التعسف في استعمال الحق؟، هذا الفراغ التشريعي الذي يظهر جلياً خاصة عند تصفح القرارات الصادرة عن العليا، إذ يذهب بعض القضاة إلى منح التعويض على أساس التعسف، فيما يكتفي آخر بالمتعة مبرر بدليلها الواضح في القرآن والسنة، ومن القضاة من أقر بأحقية الزوجة في التعويض والمتعة معاً، وسيتم بيان ذلك أدناه و عليه سنتناول في هذا المبحث مطلبين بحيث يتمثل المطلب الأول في التعويض عن الطلاق بإرادة المنفردة للزوج و المطلب الثاني حماية حق المرأة المطلقة في نفقة العدة¹.

المطلب الأول

التعويض عن الطلاق بإرادة المنفردة للزوج

إن الطلاق ينقسم إلى قسمين هما: الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج والقسم الثاني: الطلاق الذي يكون بتراضي الزوجين، وعليه فالطلاق التعسفي لا يتصور إلا في القسم الأول، أي الذي يكون بإرادة الزوج وعليه فإن المرأة تستحق تعويضاً يحكم به القاضي، ولذلك سوف نتناول فيما يلي: ماهية التعويض عن الطلاق (الفرع الأول) و الأساس القانوني للتعويض المالي عن الطلاق التعسفي (الفرع الثاني).

¹تواتي نورة، تعسف الزوج في الطلاق و أثره في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، المجلد 7، العدد2، مجلة القانون و العلوم السياسية، 2021، ص335.

الفرع الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

من خلال هذا الفرع سيتم التطرق إلى تعريف التعويض لغة واصطلاحاً وقانوناً (أولاً) كما سيتم تحديد معنى الطلاق التعسفي (ثانياً) ليلى بعد ذلك تبيان فحوى التعويض عن الطلاق التعسفي (ثالثاً).

أولاً: تعريف التعويض

حتى يتم تحديد معنى التعويض تحديداً دقيقاً لا بد من تبيان معناه لغة واصطلاحاً وقانوناً، وذلك على النحو المبين أدناه

أ_ لغة:

التعويض مأخوذ من العَوْضُ، والعَوْضُ وَاحِدُ الأَعْوَاضِ، تَقُولُ مِنْهُ: عَاضَهُ وَعَاضَهُ وَعَوَّضَهُ تَعْوِيزًا وَعَاوَضَهُ أَي أَعْطَاهُ العِوَضَ،¹ ويقال: عاضك الله مما أخذ منك عوضاً وعياضاً وعوّضك، واعتاض خيراً مما ذهب عنه وتعوّض.²

ب_ اصطلاحاً:

التعويض هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره سواء كان في ماله أو عرضه أو عاطفته، والأصل فيه جبران النقص أو التلف الذي أصاب صاحب الحق³، والتعويض عن الطلاق التعسفي هو البديل بسبب الضرر الواقع على الزوجة بحرمانها من حياة زوجية مستقرة وفقدانها للعائل وغيرها من الأضرار التي تلحق بها.

ج_ قانوناً:

المشرع الجزائري لم يعرف التعويض وإنما وضح أن القاضي إذا تبين له وجود تعسف من جانب الزوج حكم للمطلقة بالتعويض للضرر، وإذا لم يتبين له ذلك فلا تعويض والسلطة التقديرية للقاضي واسعة سواء في تحديد درجة التعسف أو مقدار التعويض⁴.

¹تواتي نورة، المرجع نفسه، ص335.

²أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري جار الله، أساس البلاغة، تحقيق باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، 1988، ص685.

³محمد الزحيلي، التعويض المالي في الطلاق، دار المكتبي، الطبعة الأولى، سوريا، 1998، ص48.

⁴تواتي نورة، المرجع نفسه، ص335.

إذ حاول بعض فقهاء القانون المدني تعريف التعويض ومن هذه التعريفات، حيث عرف البعض التعويض اصطلاحاً بأنه: مبلغ من النقود، أو أي ترضية من جنس الضرر يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية في التعامل"¹.

كما يُعرف بأنه: "الحق الذي يثبت لدائن نتيجة إخلال مدينه بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل نقدي أو أي معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن، ولو لم يحصل الإخلال بالتزام من جانب المدين، وعرفه البعض بأنه: "ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر، فهو جزاء المسؤولية، أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق فيتعويض الضرر الذي نجم عنه، وعلى هذا ينبغي مقابلة هذا الضرر بمال عوض عنه". هذا وقد عرفه أصحاب المصطلحات القانونية بأنه: "ما يُعطى للمرء مقابل ضرر معجم لحق به، ويقدر في المسؤولية غير التعاقدية طبقاً لحجم الضرر، مبدأ الموازنة بين الضرر والتعويض".

وبالتالي فالتعويض هو وسيلة القضاء في إزالة الضرر أو التخفيف منه، وهو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية، وهو ليس عقاباً على المسؤولية عن الفعل الضار. مما سبق من التعريفات يمكن أن نخلص إلى أن التعويض في القانون هو جبر وإزالة الضرر الناشئ عن المسؤولية المدنية، وإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر"².

¹ محمد عبد العزيز أبو عباد، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي و علاقته بالتعويض الاضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص 28.

² نبيلة عبد الفتاح قشطي، الإعتبارات المتدخلة في قناعة التراضي، مجلة البصائر للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 02، العدد 03، 2021، ص ص 3-4.

ثانيا: تعريف الطلاق التعسفي

يقصد بالتعسف أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي تثبت له بعوض أو بغير عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف الحكمة المشروعية.

أما الطلاق التعسفي فتكاد تخلو النصوص القانونية من وضع تعريف للطلاق التعسفي، ويمكن وضع تعريف للطلاق التعسفي هو أن يطلق الزوج زوجته من دون الحاجة إلى مسوغ شرعي.

الطلاق يجب أن يبرر وإذا وقع بدون سبب معقول وجدي يعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه، ووقع الطلاق بقصد الإضرار بالزوجة وبالتالي يتحمل النتائج المترتبة، ويعتبر تعسفا في استعمال الحق.

في الطلاق خروج من الحكمة التي قضت بإباحته كالطلاق في مرض الموت، والطلاق بغير سبب مشروع رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه، ويمكن القول أنه سبب الطلاق تعسفيا لأن الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق وإنهاء رابطة الزوجية عند عدم وجود سبب يبرر إنهاؤها، فلا يجوز استخدام الطلاق كوسيلة لإيذاء الزوجة. فالطلاق التعسفي هو أن ينهي الزوج استخدام حقه في الطلاق الموكل إليه شرعا وأن يقوم بذلك دون سبب أو حاجة تدعوا إليه فيكون مناقضا لقصد الشارع وهو دفع الضرر.¹

ثالثا: فحوى التعويض عن الطلاق التعسفي

تحرم الشريعة الإسلامية استعمال الحق خارج الحدود الشرعية له، وتحرم استعماله للإضرار بالغير، وقد تبنى القانون الوضعي نظرية التعسف في استعمال الحق التي وضعها الفقه والقضاء، ولم يتوان بعض المشرعين الأسريين العرب في اعتبار الزوج المطلق بإرادته

¹بن أحمد رانيا، الإطار القانوني للطلاق التعسفي، والتعويض عنه في القانون الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الثامن، العدد الثاني، ديسمبر 2022، جامعة أبي بلقايد، مخبر الدراسات المتوسطة تلمسان، الجزائر، ص 235-236.

المنفردة متعسفا إذا لم يكن له سبب معقول، لذلك يقتضي الأمر قبل الحديث عن التعويض عن الطلاق التعسفي إلقاء الضوء على التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

يمكن استخلاص النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي من الحلول المبعثرة، حيث لم يسبق للفقهاء القدامى تعريفه، ولم يبحثوا موضوع التعسف كنظرية مستقلة، بل تحدثوا عنه ضمن حديثهم عن جزئياته أثناء تناولهم للموضوعات المختلفة والتي لها علاقة بالتعسف، ولم يعرف الفقه الإسلامي كلمة إساءة أو تعسف في استعمال الحق والتي استعملها فقهاء القانون في الغرب بمسميات *The abuse of rights* أو *L'abus des droits* فقد استعمل بعض الفقهاء مصطلح الاستعمال المذموم بدلا من التعسف أو الإساءة في استعمال الحق، حيث قال الشاطبي: إذا تناول مباحا على غير الجهة المشروعة، فقد حصل له في ضمنه جريان مصالحه على الجملة، وإن كانت مشوبة فبمبتوع هواه، والأصل هو النعمة، لكن هواه أكسبها بعض أوصاف الفساد، ولم يهدم أصل المصلحة، وإلا فلو انهدم أصل المصلحة لانعدم أصل المباح لأن البناء إنما كان عليه، فلم يزل أصل المباح، وإن كان مغمورا تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم"

كما استعمل ابن قيم الجوزية مصطلح المضارة بدلا من التعسف في كتابه الطرق الحكيمة الذي جاء فيه: "وفي" "السنن" : "أن رجلا كانت له شجرة في أرض غيره، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة، فشكا ذلك إلى النبي فأمره أن يقبل بدلها، أو يتبرع له بها، فلم يفعل فأذن لصاحب الأرض أن يقلعها، وقال لصاحب الشجرة : إنما أنت مضار"، فالمقصود من التعسف هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل على وجه يلحق بغيره الأضرار.¹

¹شوقور فاضل، أليات التعويض عن الطلاق بإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة، ص 337-338.

رغم أن إيقاع الطلاق من طرف الزوج بإرادته المنفردة حق منحه له الشريعة الإسلامية، ذهب بعض الفقهاء إلى تقييده بضرورة وجود حاجة إليه ولأسباب مبررة له، وفي حالة إيقاعه خارج الأطر الشرعية والتشريعية المرسومة له يكون الزوج متعسفا، الأمر الذي يترتب عليه تعويض الزوجة المطلقة عن ذلك الطلاق التعسفي، وقد اختلف الفقهاء حول الأصل في الطلاق هل الحظر أم الإباحة؟ حيث يرى بعضهم أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأنه مشروع في نفسه، إذ جاء في المبسوط للسرخسي وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء"، كما يرى الدكتور محمد سمارة: "إن تبرير الطلاق وإدعاء أسباب له، لم يأت له نص من كتاب و لا سنة و لم يقل به أحد من فقهاء الإسلام، فلم يباح الإسلام الطلاق لسبب معقول، وبمنعه لغير سبب معقول، وإنما أباح الطلاق فقط وإباحته كانت عامة، بينما يرى البعض الآخر أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا للضرورة القصوى والحاجة الملحة، إذ يرى ابن عابدين أن الراجح هو أن الأصل في الطلاق الحظر، حيث جاء في رد المحتار على الدر المختار: "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر ، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، ويقول السرطاوي في نفس السياق ومما سبق يتبين رجحان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة إلا لحاجة تدعو إليه، وهو ما يذهب إليه الدكتور عبد الرحمن الصابوني الذي يقول : "ولهذا فإننا نرجح الرأي القائل أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة تدعو إليه مما تتعذر معها العيشة الزوجية المشتركة. يترتب على اعتبار أن الأصل في الطلاق الإباحة عدم تعسف الزوج في طلاقه لزوجته ولو أوقعه بدون سبب ما دام أن العصمة بيده وأن الله قد ملكه حق الطلاق بإرادته المنفردة، وأما القول بأن الأصل في الطلاق الحظر والمنع فهذا يؤدي إلى القول بأن هناك تعسف في الطلاق متى طلق الزوج زوجته بدون حاجة ملحة أو مسوغ شرعي، وهو ما ذهب إليه عامة الفقهاء المعاصرين مثل مصطفى السباعي الذي استحسنتبني القانون للطلاق التعسفي بقوله: وهذا تشريع جميل بلا ريب من شأنه أن يخفف عن المطلقة ألم الطلاق، إن

الحكم بتعسف الزوج في الطلاق يرتب تعويضا لفائدة الزوجة المطلقة قد يخفف عنها الأضرار الناتجة عن تلك الفرقة، وقد يردع بعض الأزواج عن إيقاع الطلاق دون سبب وحاجة تدعو إليه.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للتعويض المالي عن الطلاق التعسفي

تبين مما سبق أن التعويض عن الطلاق ليس له أساس في الشريعة الإسلامية إلا من خلال المبادئ العامة والقواعد الكلية.

أولاً: حالات التعسف في استعمال الحق

لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من القانون المدني الحالات التي يكون فيها صاحب الحق متعسفا في استعماله حقه على النحو التالي:

أ_ أن يكون استعمال الحق بنية إلحاق الضرر بالغير.

ب_ أن تكون الفائدة المرجوة من استعمال الحق أقل من الضرر الذي نجم عنه.

ج_ أن يكون الغرض من استعماله الوصول إلى فائدة غير مشروعة.

بالتأمل في مضمون المادة 124 والحالات التي تضمنتها نقول بأن معيار التعسف في القانون يدور بين النفع والضرر الناجم عن استعمال الحق ومدى مشروعية التصرف. فالتعسف المدني يقوم كلما كان الهدف من استعمال الحق إلحاق الضرر بالغير أو كان الضرر الذي بشاعته أكبر من الفائدة التي يصبو إليها صاحب الحق¹.

والمعيار الثالث للتعسف أن يبتغي صاحب الحق باستعماله مصلحة غير مشروعة.

نحاول الآن أن نبحث عن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال المعايير الثلاثة المذكورة سلفاً، بالنسبة للمعيار الأول وهو استعمال الحق بنية إلحاق الضرر بالغير فإنه

¹لاتي محمد، أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص 263.

يصعب تطبيقه عن الطلاق التعسفي لأن النية أمر داخلي ولا يمكن التوصل إليها إلا من خلال القرائن الدالة عليها كأن يطلق الرجل امرأته في مرض الموت.

فالطلاق في مرض الموت قرينة على نية إلحاق الضرر بالمطلقة وهو حرمانها من الميراث فالضرر هنا مادي بالإضافة إلى الضرر المعنوي الذي يصيبها، ومع ذلك تبقى مسألة نية حرمان الزوجة من الميراث مسألة ظنية لا يمكن القطع بها، فقد يطلق الرجل امرأته في مرض الموت ولا ينوي حرمانها من الميراث، وبخاصة إذا اثبت أن الزوجة كانت تؤذيه أو أنها ارتكبت فاحشة مبينة في حالة مرضه¹.

ثانياً: سبب التعويض في الطلاق

من المؤكد أن الطلاق يؤدي للمرأة ويسبب لها ضرراً معنوياً و خصوصاً إذا كانت الفرقة من قبل الزوج لا من قبلها، لذلك فإن الشريعة راعت جانبها بأن أوجبت لها التعويض عما لحقها من ضرر معنوي نتيجة الطلاق وهذا في حالة ما إذا كانت الفرقة من قبل الزوج، أما إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة فلا تعوض عما لحق بها من ضرر لأنها مصدر ضررها.

قال في المنتقى وكل فرقة من قبل المرأة قبل البناء وبعده فلا متعة فيها ووجه ذلك أنها التي اختارت الفراق فلا تسلى عن المشقة التي تلحق بها، وفيه أيضاً بالنسبة للملاعنة ومن في معناها: وكذلك المفارقة عن مقابحة كالملاعنة فلا متعة لها، لأن المتعة تسلية عن الفراق والملاعن لا يريد تسلية من لاعن من الزوجات وبهذا يتضح أن سبب التعويض هو ما لحق الزوجة من ضرر معنوي، وجدير بالذكر أن إيجاب التعويض في حالة ما إذا كانت الفرقة بسبب الزوج دون ما إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة قد يوحي : بأن فيه معنى العقوبة على الزوج، على أساس أنه قد تعسف في استعمال حقه بحيث أضر بزوجه ولكن أجاب بعض الفقهاء صراحة على أن المتعة ليست إلا تعويضاً لما لحق المطلقة من ضرر قال

¹المادة 222 من القانون 84-11 المرجع السابق.

العيني: أن المتعة ليست غرامة ذلك بأن الطلاق فعل حاصل بإذن الشرع¹، واحتج لذلك بقوله تعالى: " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرِبُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتَّوهُنَّ " ².

ثالثا: الحق في مطالبة المطلقة بالتعويض:

الحق في مطالبة المطلقة بالتعويض عما نالها من جزاء استعمال حق الطلاق مقيد بأن لا يساء استعماله، وإلا رتب للمطلقة حق مطالبة المطلق بالتعويض عما نالها من جزاء ذلك من ضرر مادي أو أدبي للحجج التي ساقها أصحاب هذا الرأي، والتي نضيف إليها ان المشرع الوضعي قد اظهر إهتمامه بنظرية التعسف في استعمال الحق حيث أحلها مكانا بارزا في الباب التمهيدي لتكون من المبادئ الهامة التي تسود جميع نواحي القانون، ولم يرد بالضرورة ان يقيم المبدأ على غير أساس قانوني، فالتعسف في استعمال الحق ليس الا صورة من صور الخطأ التقصيري، فيدخل بذلك الاعتبار في نطاق المسؤولية التقصيرية، ويبدو واضحا ان الأحوال التي يكون استعمال الحق فيها مشروعا وغير مشروعا لم يقصد المشرع إيرادها على سبيل الحصر، بل هيضوابط تهيئ للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد، وحق الطلاق كغيره من الحقوق يمكن ان يرتب في جانب من يسئ استعماله تعويضا لمن لحقه ضرر (وهي المطلقة غالبا)، سواء أكان الضرر ماديا أو أدبيا، كما لو كانت الزوجة تمارس عملا تتكسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج بناء على طلب الزوج وهذا يمثل الضرر المادي ويتمثل الضرر الأدبي او المعنوي فيما لو كانت ملابسات الطلاق تثير الظنون حول سمعة المطلقة، ويختلف قضاء المحاكم في مصر إلى رأيين :

الأول: يقوم على ان الطلاق في الأصل ممنوع، وهو لا يباح الا لحاجة، فهو ليس مباحا للزوج إباحة مطلقة، وانما هو حق مقيد ليس له ان يستعمله الا إذا تحققت الحاجة اليه فإذا

¹ فاروق عبد الله كريم، الضرر المعنوي والتعويضي في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، العراق، ص158.

² سورة البقرة الآية236.

اوقع الزوج الطلاق بغير سبب يكون قد اساء في إستعمال حقه، ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء اكان الضرر ماديا أو ادبيا.

الثاني: يقوم على ان الطلاق مطلق للزوج، ولا يترتب عليه للمطلقة سوى استحقاقها لمؤخر صداقها ونفقة عدتها، وان مؤخر الصداق ونفقة العدة هما كل التعويض المستحق للمطلقة¹ والمقصود بهذا أن يُلزم الزوج إذا طلق زوجته بلا سبب بدفع تعويض مالي لزوجته، بناءً على ما لحقها من ضرر بسبب سوء استعماله للطلاق.

والأصل في الطلاق ألا يترتب عليه حقوق مالية تتجاوز الحقوق المرتبة شرعاً كالنفقة والمتعة، وإلزام الزوج بدفع شيء فوق ذلك هو من أخذ ماله بلا حق، وهذا محل نص لا يسوغ الاجتهاد فيه.

غير أن هذه المسألة لا تسوّغ أخذ المال على أي طلاق؛ وإنما ترى أن هذه الصورة متعلقة بجزئية لا ينالها النص، وهي الطلاق الذي لا تحبه الشريعة، ولا يحقق مقاصدها، والذي يترتب عليه مفسد وأضرار كثيرة لا تريدها الشريعة، ويلحق المرأة بسببه ضرر مادي ونفسي، فيقع بسببه ضرر، والضرر ي زال، فاستعمال الزوج الطلاق بهذه الصفة هو من التعسف في استعمال الحق، فيلزم الزوج بتعويض زوجته عن هذا الضرر، وهذا من قبيل العقوبة المالية القضائية.

فهذه جزئية معينة من النظر تبعد هذه الصورة من محل النص. غير أنه يشكل عليه أمور، إذ أن الطلاق التعسفي كان موجوداً من قديم، ولم يفرض المسلمون عليه أي تعويض مالي، فهو ليس نازلة خاصة بعصرنا تقتضي اجتهاداً يراعي مصلحة معينة².

¹أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، 2015، ص ص53-54

²فهد صالح العجلان، المحرر في السياسة الشرعية، أفاق المعرفة للنشر، جوان2022، ص325

المطلب الثاني

حماية حق المرأة المطلقة في نفقة العدة

حقوق المرأة وهي مطلقة قررها الإسلام، بحيث حفظ كرامتها في المجتمع، بعد أن قرر لإيقاع الطلاق أسباباً معقولة يبتني عليها، وآداباً يجب على الزوج مراعاتها، كما بيناه سابقاً، فمن حقوقها نفقة العدة على الزوج باعتبار قدرته المالية¹، و عليه سوف نتناول في هذا المطلب مفهوم العدة (الفرع الأول) بحيث نتعرف على مفهوم العدة و ماهي اهم أنواعها بإضافة إلى حكم مشروعية نفقة العدة و يليه معرفة حق المطلقة في نفقة العدة(الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم العدة

من خلال هذا الفرع سيتم تحديد معنى العدة(أولاً) كما سيتم التطرق إلى مشروعية العدة(ثانياً) هذا وسيتم أيضاً تبيان أنواع المعتدات(ثالثاً).

أولاً: مفهوم العدة

أ - **التعريف اللغوي:** إنها مأخوذة من العد والحساب وجمع العدة عدد كسدره وسدر. وسميت بذلك لاشتغالها على العدد من الأقرء أو الأشهر غالباً. والعدة بكسر العين هي مقدار ما يعد ومبلغه، ويقال عدة كتب وعدة رجال، وعدة المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي مدة حددها الشارع الحكيم حيث تقضيها المرأة دون زواج بعد طلاقها أو وفاة زوجها، وجمع هو عدد بكسر العين، فأما العدة بضم العين تعني الاستعداد وما اعد لأمر يحدث وجمععدة هو عدد بضم العين.

ب **التعريف الاصطلاحي:** عرفها الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي : بأنها المدة التي تنربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها.²

¹ أبو النصر مبشر الطرازي الحسيني، الإسلام الدين الفطري لأبدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1985 ص134
² رابح العراجي، حقوق المعتدة وواجباتها في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، جوان، 2018، ص246.

أما الأستاذ احمد فراج في كتابه أحكام الأسرة في الإسلام: ذكر بان العدة شرعا هي تربص يلزم المرأة عند الفرقة من نكاح صحيح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت أو بعد وطأ بشبهة أو نكاح فاسد، وإذا حصلت الفرقة بأي سبب من الأسباب فلا يحل للمرأة أن تتزوج إلا بعد أن ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لانتظارها.¹

أما الإمام أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية: ذكر بان العدة في اصطلاح الفقهاء هي اجل ضرب لانقضاء ما بقي من اثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تنفصم عن الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع.²

أما الأستاذ بلحاج العربي ذكر بأن العدة هي مدة تمكث فيها الزوجة في بيت الزوجية لمعرفة براءة الرحم وحفظا لنسب الولد إن كان هناك حمل، أما المذاهب الأربعة فكان تعريفهم للعدة كما يلي:

- الحنفية: العدة هي اسم لأجل وضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح.
- المالكية : العدة هي المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم، لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه.³

تنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، وإذا كانت دراستنا مركزة على نفقة المطلقة فإننا سنتطرق إلى نفقة المطلقة من طلاق بائن وطلاق من رجعي، وللمطلقة نفقة المعتدة من طلاق رجعي اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية وفقه القانون على وجوب النفقة طلاق رجعي سواء كانت حاملا أو غير حامل واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: " وَعَلَى

¹ احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

² الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 371.

³ رابح العراجي، المرجع السابق، ص 246-247.

المُولودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا"، وقوله تعالى: " لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا .¹

كما أكدت المحكمة العليا في قرار لها رقم 3390091² هذا المعنى بقولها: (عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات..... حيث انه فيما يخص عبارة العدة والمسكن التي أشار إليها الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه فان المقصود بها أن المطلقة أثناء فترة العدة تقيم في مسكن الزوجية إلى انتهاء عدتها كما تنص عليه الشريعة الإسلامية وأحكام المادة 61 من قانون الأسرة وبذلك فان نفقة المطلقة ومسكنها أثناء تلك الفترة على عاتق الطاعن)³.

ثانياً: مشروعية العدة:

ورد الأمر بضرورة الاعتداد من طلاق أو وفاة في النصوص الشرعية في القرآن والسنة المشرفة وقال عز وجل ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾، أما السنة الشريفة فقد قال النبي عليه افضل الصلاة والسلام: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة اشهر وعشرا).

والعدة الشرعية كانت موجودة في الجاهلية قبل الإسلام، والذي أقرها بعد مجيئه وأحدث فيها تعديلات رفع بموجبها الظلم والغبن على المرأة التي كانت تعتد على وفاة زوجها مدة سنة كاملة تلبس فيها الثياب الرثة ولا تقرب فيها طيبا او زينة، فانقص الشارع الحكم هذه المدة إلى أربعة أشهر وعشرا والغى لبس الثياب الرثة⁴.

¹أقتال جمال، نفقة المطلقة كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، المجلد6، العدد1، المكز الجامعي، تامنغست 2020، ص89.

²قرار المحكمة العليا، رقم 390091 الصادر بتاريخ 2007/04/11، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص ص 247-248.

³أقتال جمال، المرجع السابق، ص89.

⁴أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص179.

أما عن ميقات بدأ العدة، فبالنسبة للمطلقة فتبدأ فور وقوع الطلاق، حتى ولو علمت به متأخرة أما في حالة الوفاة فهي تبدأ من وقت الوفاة مباشرة، أما انتهاؤها فتنتهي بانقضاء أربعة اشهر وعشرة أيام في حالة الوفاة، أو بانقضاء ثلاثة قروء بالنسبة للمطلقة أو ثلاثة اشهر بالنسبة للمطلقة التي تجاوزت سن الحيض، أما عدة المطلقة الحامل فهي وضع حملها¹.

ثالثاً: أنواع المعتدات:

لما كانت نفقة المعتدة متعلقة بزمن مخصوص، وهو يختلف بحسب نوع العدة، كان لا بد من معرفة أنواع المعتدات وهنّ ثلاثة أنواع: معتدة بالقروء، معتدة بالأشهر، ومعتدة بوضع الحمل، وبيانها كما يلي:

أ_ المعتدة بالقروء:

ثبتت العدة بالقروء بنص القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾². والقروء جمع قرء، والقرء والقراء في اللغة: الحيض، والطهر ضد. وَذَلِكَ أَنَّ أَوَّلَ مَعْنَى الْقَرَاءِ الْوَقْتُ، فَقَدْ يَكُونُ لِلْحَيْضِ وَالطَّهْرِ. وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: الْقَرَاءُ يَصْلُحُ لِلْحَيْضِ وَالطَّهْرِ. قَالَ: وَأَظْنُهُ مِنْ أَقْرَأَتِ النُّجُومِ إِذَا غَابَتْ وَالْجَمْعُ: أَقْرَاءٌ. والاعتداد بالأقراء: هو متعلق بالمطلقة المدخول بها التي تحيض غير حامل وعدتها هي ثلاثة قروء. واختلف الفقهاء في معنى القرء في الآية السابقة على قولين، وهما:

1_ القرء هو الطهر:

أي تطهر المعتدة ثلاثة أطهار، وهو مذهب المالكية والشافعية، وكان يقول به أحمد، ثم رجع عنه، استدلوا على أن القرء هو الطهر بجملة أدلة منها ما يلي: إن لفظ "القرء" مشترك بين الحيضة والطهر، ووجود التاء في العدة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا

¹ مسعودي محمد لمين، العدة كألية شرعية لمواجهة ظاهر الطلاق، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد السادس، العدد الأول، 2022، ص746.

² سورة البقرة، الآية 288.

طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ¹ . أي في عدتهن، والطلاق في الحيض محرّم، فيصرف الإذن إلى زمن الطهر الذي تُطلق فيه النساء.

قول النبي صلى الله لعمر بن الخطّاب لما طلق ابنه عبد الله امرأته وهي حائضٌ: «مُرّه فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ. فأشار الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الطهر، وأخبر أنه العدة التي أمر الله تعالى أن تُطلق لها النساء، فصح أن القرء هو الطهر.

قالوا: إن القرء مشتق من الجمع، يقال: قرأت كذا في كذا؛ إذا جمعته فيه، وإذا كان الأمر كذلك، كان بالطهر أحق من الحيض؛ لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم، والحيض خروجه منه، وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته فعلى القول بأن القرء هو الطهر، فعندما تُطلق في الطهر (وهو السنة)، وبقي من زمن طهرها فترة ولو لحظة حسبت قرءا كاملا لأن بعض الطهر وإن قل يصدق عليه اسم قرء، وتنقضي العدة ببداية الحيضة الثالثة.²

2_ القرء هو الحيض:

أي تحيض المعتدة ثلاث حيضات، وهو مذهب الأحناف والحنابلة، واستدلوا على أن القرء هو الحيض بجملة أدلة منها ما يلي :

لقد أمر الله تعالى في قوله: «وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ»¹ بالاعتداد بثلاثة قروء، ولو فسّر القرء بالطهر لكان الاعتداد بطهرين، وبعض الثالث؛ لأن بقية الطهر الذي صادفه الطلاق محسوب من الأقراء، والثلاثة اسم لعدد مخصوص، والاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه، فينتج عنه ترك العمل بمقتضى الآية، ولو فسرنا القرء بالحيض

¹ سورة الطلاق، الآية 1.

² فاطمة عبد العزيز، دليلة براف، نفقة المرأة المعتدة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الإمراتي، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الإسلامية، المجلد 13، العدد 4، 2021م، ص 515.

لكان الاعتداد بثلاث حيض كوامل؛ لأنّ ما بقي من الطهر غير محسوب من العدة، فينتج عنه العمل بمقتضى الآية تاما.

قوله عز وجل: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثُ أَشْهُرٍ﴾. فقد جعل الله تعالى الأشهر بدلا عن الأقراء عند اليأس عن الحيض، والمبدل هو الذي يُشترط عدمه لجواز إقامة البدل، مقامه فدل أن المبدل هو الحيض، فكان هو المراد من القرء المذكور في الآية.

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «طَلَّقُ الْأُمَّةِ اثْنَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ». ومعلوم أنه لا تفاوت بين الحرّة والأمة في العدة فيما يقع به الانقضاء؛ إذ الرق أثره في تنقيص العدة التي تكون في حق الحرّة، لا في تغيير أصل العدة، فدل أن أصل ما تنقضي به العدة هو الحيض.

قالوا : إنّ العدة إنّما وجبت للتعريف عن براءة الرحم، والعلم ببراءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر، فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر إن المعهود استعمال القرء بمعنى الحيض في غير حديث؛ مثل ما روي عنه أنه قال فاطمة بنت أبي حبيش : فانظري إذا أتى قُرُوكِ فلا تُصَلِّي، فَإِذَا مَرَقَرُوكِ فَتَطَهَّرِي، ثُمَّ صَلِّي ما بينَ القُرءِ إلى القُرءِ»، هذا وفائدة الاختلاف بين الفريقين : أنّ من طلق زوجته في حالة الطهر، فإنه لا يحتسب بذلك الطهر من العدة عند من يفسر القرء بالحيض، حتّى لا تنقضي عدتها ما لم تحض ثلاث حيض بعده، وعند من يفسر القرء بالطهر يحتسب بذلك الطهر من العدة فتتقضي عدتها بانقضاء ذلك الطهر الذي طلقها فيه، وبطهر آخر بعده، فإذا دخلت في الطهر الثالث انقضت عدتها¹.

¹ فاطمة عبد العزيز، دليلة براف، المرجع السابق، ص ص 515-516

وبالتالي فإن نفقة المطلقة التي يغطيها صندوق النفقة هي النفقة التي يحكم بها قاضي شؤون الأسرة بعد حكمه بفك الرابطة الزوجية بحيث تقتصر على نفقة العدة بأنواعها الثلاثة، والتي تعتبر ديناً في ذمة المطلق، وتقدر بحسب حال الزوج أو المطلق حسب استحقاقها يسراً أو عسراً على أن لا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية.

أما بالنسبة للنوع الآخر من أنواع النفقة للمرأة هي المرأة المطلقة الحاضنة، فمن المقرر قانوناً أن الأب يكون ملزماً بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضنة في حالة الطلاق، وفي حالة تعذر ذلك يكون ملزماً بدفع بدل الإيجار، وأن هذا الالتزام في الحالتين يكون اتجاه الحاضنة وليس اتجاه الأبناء مباشرة¹.

ب- المعتدة بالأشهر على نوعين:

النوع الأول: المعتدة الآيسة والصغيرة فعدتهما من طلاق زوجيهما بعد الدخول ثلاثة أشهر لقوله تعالى ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾²

النوع الثاني: المعتدة من وفاة زوجها غير الحامل فعدتها أربعة أشهر وعشر، سواء أكانت صغيرة أم كبيرة، أم ذات حيض دخل بها الزوج أم لم يدخل لعموم قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾³.

ج- المعتدة الحامل :

و عدتها وضع حملها ولو بعد لحظة من طلاق زوجها أو موته سواء أكانت حرة أم أمة لعموم قوله تعالى ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ هذا ما اتفقوا عليه، إلا ما

¹ أسماء تخنوني، إشكالات صندوق النفقة للمرأة المطلقة الحاضنة في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة و القانون، العدد

19 ، جوان 2018، ص589

² سورة الطلاق، الآية 4

³ سورة البقرة، الآية 234

روي عن علي وابن عباس له من أن عدة المتوفى عنها زوجها الحامل تكون بأبعد الأجلين. ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك فيما يأتي :

1- عدة التي ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه.

2- عدة المستحاضة التي لا تميز.

3- عدة المفقود زوجها.

4- في العدد وتداخلها.

فهذه أربعة مواضع يحسن أن توضح كل منها على حدى.¹

الفرع الثاني: حق المطلقة في نفقة العدة

تستحق الزوجة المطلقة المعتدة النفقة من مال زوجها يدفعها المطلق إلى مطلقته أثناء مدة عدتها ماعدا في حالة النشوز الثابت؛ ويجب على المحكمة أن تحدد لها إجمالاً أو شهرياً وتحكم بها مع الإشارة إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق؛ وذلك عملاً بأحكام المادة 61 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"؛ ويكون الحكم الذي حكم بإسقاطها مخالفاً للقانون، ولو صدر الحكم بإسقاطها بناء على ارتكاب الزنا؛ هذا ويتعين التأكيد على أن هذا الحق يسقط شرعاً إذا غادرت المطلقة المسكن العائلي ولم تقض فيه العدة دون مبرر شرعي ما دامت في عدة طلاقها.

ولم يحدد النص لصالح المعتدة من وفاة حقا في نفقة العدة. ويبدو أن المشرع تبنى رأي بعض الفقه الذي يرى أن الزوجة المتوفى عنها زوجها ملزمة شرعاً بان تعتد عدة الوفاة، فتبقى في مقر الزوجية طيلة مدة العدة دون أن يكون لها أي حق في النفقة، بخلاف هذا يرى بعضهم ضرورة تحديد نصيب أو حق للمتوفى عنها، كنفقة العدة من تركتها زوجها قبل

¹ سامية محمود حنبظاظة، سلسلة الأبحاث المحكمة، بحث في الفقه المقارن في العدة في الإسلام وأثرها في المجتمع، 2019م، ص 60.

توزيعها على الورثة باعتبارها ديناً على الزوج نشأ بعد الوفاة؛ لكن مادام أنه من كان ينفق عليها قد توفي فليس من المنطق أن تطالب بالإنفاق ممن ليس له صفة المنفق عليها¹.

لم ينص المشرع الجزائري على نفقة عدة المختلعة في مادة صريحة من قانون الأسرة الجزائري، إلا أننا نجد في المادة 61 من قانون الأسرة ما يلي "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

وبما أن المشرع الجزائري أدرج الخلع في فصل الطلاق فإنه يعتبره طلاقاً، ولكن لم يفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، ففي المذهب المالكي الطلاق البائن لا نفقة للمعتدة منه في حين نجد أنّ المذهب الحنفي يعتبر الخلع طلاق بائن وللمعتدة النفقة، وهذا ما أخذ به اجتهاد المجلس الأعلى حيث أصدر قرار في 10-02-1971 قضى فيه بما يلي "لكن حيث فالنفقة حق ثابت شرعاً من حقوق الزوجة يتعين على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أم لم تطلبها، ولا تسقط إلا إذا اسقطها الحاكم في بعض الأحوال المحددة شرعاً أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع، والمجلس القضائي له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالسبب إذا غير سديد.

يتضح من خلال هذا القرار من عبارة أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع" بمفهوم المخالفة إذا لم تسقطها الزوجة أي نفقة العدة فإن القاضي يحكم بها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ في اجتهاده بالمذهبين الحنفي والحنبلي الذين يقولان بأنّ للمختلعة نفقة العدة.

لكن ما يلاحظ أيضاً أن تعليل سبب النفقة في أثناء العدة أن هذه المدة محبوسة من أجل الزوج وعلى اعتبار أن المختلعة مطلقة طلاق بائن لا يحق للزوج أن يراجع زوجته

¹قويدري جغلاف خيرة، تطور الحقوق المالية للمطلقة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، الجزائر، ص ص44-45.

سواء في عدتها أو بعد انتهاء عدتها إلا بعقد جديد، فإنه في هذه المدة ليست محبوسة من أجل الزوج، لأنَّ الزوج لا رجعة له عليها كما أن هذا القرار لا يفرق بين المطلقة طلاقاً رجعيًا الذي يملك فيه الزوج حق الرجعة والطلاق البائن الذي لا يملك الزوج فيه حق الرجعة، فلما ألزم الزوج بنفقة العدة مادام أنه لا يملك الرجعة على المختلعة.

كما ذهب المالكية إلى أن كل مطلقة يملك بها الزوج رجعتها كانت لها النفقة عليه مادامت في العدة، بخلاف من لا يملك رجعتها فلا نفقة عليه إلا أن تكون حاملاً، لهذا نجد أن القضاة أخذوا بالمذهب الحنفي، ولكن في تعليلهم للحكم كان خاطئاً لأنهم أخذوا بالمذهب المالكي، إذن الحكم بالمذهب الحنفي والتعليل بالمذهب المالكي فكان الأولى أن يكون التعليل كالأتي لها نفقة العدة لأنها تعتد من ماء زوجها بسبب عدم وضوح المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 التي تجيز للقضاة أن يعودوا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة انعدام النص ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية متعددة المذاهب فكان لزاماً على المشرع الجزائري أن يوضح موقفه بأي المذاهب يأخذ بدلاً من أن يترك القضاة يتيهون في مذاهب الشريعة الإسلامية مما يجعل قراراتهم متناقضة أو قابلة للطعن وأن يبيّن في مادة قانونية مسألة نفقة عدة المختلعة ونفقة عدة المطلقة طلاقاً بائناً ونفقة عدة المطلقة طلاقاً رجعيًا¹.

أولاً: وجوب نفقة الزوجة أثناء العدة

تجب نفقة المرأة المطلقة على زوجها طيلة مدة العدة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۗ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾²، فالحكم من هذه الآية يقضي أن المرأة لها السكنى عند زوجها أثناء العدة، وكذلك فإن المرأة لها النفقة على زوجها خلال فترة العدة، وهو وما

¹كمال بعاكية، حبار أمال، سلطة القاضي في الحكم للمختلعة بالسكنى و النفقة و المتعة، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 11، العدد 1، 2022م، صص 257- 258

²سورة الطلاق، الآية 1

أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 61 من قانون الأسرة حيث جاء فيها " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

فحسب نص المادة فإن نفقة الزوجة المطلقة تجب على الزوج المطلق طول مدة العدة سواء كانت بالأقراء أو بالأشهر، أو وضع الحمل، وتشمل هذه النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات بحسب العرف والعادة ويجب على القاضي عند تقديره للنفقة أن يراعي حال الطرفين وظروف المعاش¹.

بما أن العدة هي حكم شرعي إسلامي بحت كرسه المشرع الجزائري في قانون الأسرة كما أسلفنا، يوجب على الزوجة عدم الزواج فترة معينة، فقد أحاطه الشرع بتبعات أهمها نفقة المرأة المعتدة و سكنها، لذا نشير في البداية لأحكامها في الفقه الإسلامي، حيث أوجب الشرع الإسلامي النفقة من طعام و كسوة و سكنى للمرأة المعتدة من طلاق رجعي أو من فرقة فسخ بسبب الزوج أو من فرقة فسخ من جهة الزوجة بسبب ليس فيه معصية².

وبذلك فإن النفقة لا تجب للزوجة في ثلاث حالات هي إذا كانت العدة من دخول فاسد أو وطء بشبهة ، أو كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعصية الزوجة لأن الجريمة لا تثبت حقا، والحالة الأخيرة هي وفاة الزوج كونه هو المكلف بالنفقة و لا ينتقل إلتزامه هذا إلى ورثته³،

أما المعتدة من طلاق بائن، فإن كانت حاملا فقد اتفق الفقهاء أن لها النفقة⁴ لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ خلا خلاف بين العلماء في وجوب النفقة و السكنى للحامل المطلقة ثلاثا أو أقل منهن حتى تضع حملها، وإن لم

¹كمال دراجي، كريمة محروق، دور صندوق النفقة في ضمان الوفاء بنفقة النفقة و المحضون دراسة في قانون 15-01،مجلة العلوم الإنسانية، المجلد32، العدد 3، ديسمبر2021،ص182.

²دوارة تركية، المرجع السابق، ص315.

³محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق،ص374.

⁴محمد أبو زهرة، المرجع نفسه،ص 384.

تكن حاملا فقد اختلف الفقهاء في نفقتها وسكناها إذ يرى جماعة أن لها النفقة و السكنى، وهو قول الكوفيين ، لقوله تعالى (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ)، أما المالكية والشافعية وجماعة أخرى فقالوا أن لها السكنى دون النفقة إذ قالوا أن الآية السابقة تخص السكن دون النفقة التي فصلتها آيات أخرى، أما أحمد و أبو داوود و أبو ثور و إسحاق فقد قالوا أن لا نفقة لها ولا سكنى.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الأول في نص المادة 61 من قانون الأسرة التي نصت أنه لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق، فلفظ الطلاق دون تحديد يشمل كل حالات الطلاق دون تحديد لحالة معينة، وخيرا فعل المشرع الجزائري بذلك لما فيه من العدل تجاه المرأة ، فطالما تبقى محبوسة عن الزواج لا بد من وجود من ينفق عليها و يسكنها في هذه الفترة.

ونظرا لما أثبت الواقع من مشاكل في مجال التزام الزوج بالنفقة عموما سواء كان نفقة الزوجة أو الأبناء فقد صدر القانون المتعلق بإنشاء صندوق النفقة الذي جاء كرد فعل لما آلت إليه الأوضاع الإجتماعية لعدد هائل من النساء رفقة أطفالهن بعد الطلاق، أين أصبح الكثير منهن يجدن أنفسهن في الشارع دون معيل أو دخل يقينهن ذل السؤال، كما لعبت المنظمات والجمعيات النسوية دورا هاما في ممارسة الضغوط ليرى هذا القانون النور، غير أن المثير للإهتمام في هذا القانون أنه برغم صدوره متأخرا وكون بلدان مجاورة قد سبقتنا إليه منذ زمن، إلا انه يسجل عليه العديد من الملاحظات نتناولها فيمايلي حسب ترتيب المواد التي أوردتها:¹

1- إن تعريف النفقة الوارد في المادة 02 من هذا القانون حصرها في النفقة المحكوم بها للأطفال أو المرأة المطلقة سواء بصفة مؤقتة بعد رفع دعوى الطلاق أو المحكوم بها بصفة

¹دورة تركية، المرجع السابق، ص ص316-317.

نهائية بعد الطلاق، وبذلك فهي لا تشمل الأطفال اليتامى و أمهاتهم وأبناء المسجونين وزوجاتهم والمفقودين..... رغم كونهم هم أيضا بحاجة للمساعدة.

2- تنص المادة 03 من هذا القانون على حالة تعذر دفع النفقة أو عجز المدين بها عن ذلك، فما هو أساس تقدير العجز أو التعذر وما هو المعيار المعتمد في ذلك.

3- يلاحظ في المادة 04 من هذا القانون الإحالة على قرار مشترك بين وزير العدل ووزير المالية ووزير التضامن ونفس الأمر نجده في المواد 06 و 07 و 10 وهو الأمر الذي قد يكون سببا في تعطيل تنفيذ هذا القانون لكثرة الإحالات على التنظيم اللاحق.

4- في المادة 05 من هذا القانون جاء النص أن القاضي المختص يبت في الطلب في أجل 05 أيام من تاريخ تلقيه الطلب، وهي مدة طويلة مقارنة بالحاجة الفورية للأطفال وحاضنتهم لمختلف حاجيات الحياة اليومية، فكان الأولى جعله أمرا على عريضة أو أمرا إستعجاليا، وهو نفس الأمر الذي نجده في المادة 06 فمهلة 25 يوما لصرف المستحقات من طرف المصالح المختصة تنطبق عليها نفس الملاحظة.

5- تنص المادة 07 من هذا القانون على تبليغ القاضي المختص من طرف المستفيد بأي تغيير يطرأ على حالته الإجتماعية أو القانونية من شأنه التأثير على إستحقاق النفقة، فمن غير المنطقي أن يبلغ القاضي من طرف المعني مهما كان التغيير الذي يطرأ فكان الأولى إخضاع ذلك إلى تحقيق اجتماعي دوري أو مفاجئ تقوم به المصالح المختصة.

6- جاء في المادة 09 من هذا القانون أن أمين خزينة يتولى تحصيل المستحقات المالية لصندوق النفقة من المدينين بالنفقة بأمر بالإيراد صادر عن المصالح المختصة وهو الأمر الذي قد يجعل هذه المبالغ لا تحصل لسنوات وسنوات فكان الأولى تكليف مصالح الضرائب بذلك أو محضرين قضائين.

و أخيرا فبالرغم من أننا نسجل بإيجابية فكرة إنشاء صندوق النفقة لما فيه من حماية للمرأة، وحفظ لكرامتها سواء أثناء فترة العدة أو فيما بعد إذا كانت حاضنة الأطفالها، إلا أنه ينبغي تدارك ما فيه من نقائص لسد كل الثغرات التي يمكن أن تؤثر على نجاعته¹.

فالزوج ملزم بنفقة زوجته حتى لو كانت ذات ميسرة، ولا يتدخل القضاء في نفقة الزوجة التي في كنف زوجها لأن ما بين الرجل وأسرته أقوى من القضاء ومن التشريع، ولكن التشريع الإسلامي يتدخل كتشريع اجتماعي لحساب أفراد الأسرة إذا جانب أفرادها الصواب. فهو يلزم الزوج بالنفقة لزوجته في حالة الخلاف بينهما كما أنه إذا طلقت الزوجة كان لها الحق في نفقة سنة حماية للمرأة من التعرض للسوء واستمرار هذه الصلة بعد الطلاق قد يدفع بعض الأشخاص إلى تعديل مواقفهم بعودة الحياة الطبيعية إلى الأسرة هذا إلى جانب نظام العدة الذي يقضي بعدم زواج المرأة قبل مضي ثلاثة أشهر كفرصة مواتية يمكن استثمارها لإزالة أسباب الخلاف².

يمكن القول كخلاصة عامة أن فك الرابطة الزوجية على الرغم من كونه الحل الأخير إلا أنه في بعض الأحوال قد يكون الحل الأفضل لإنهاء الحياة الزوجية، وعلى الرغم من كون الأصل العام أن العصمة بيد الزوج الذي بإمكانه إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة إلا أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أيضا فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق طلب التطلق من القاضي إذا توافرت أسبابه القانونية أو عن طريق الخلع دون اشتراط رضا الزوج بذلك مقابل مبلغ من المال في هذه الحالة الأخيرة كونه لا يشترط وجود أي سبب فيها لطلب المرأة إنهاء الزواج، فهي تكاد تشبه حالة إيقاع الزوج للطلاق بإرادته المنفردة غير أنه مقيد بالنسبة للمرأة بوجود اللجوء إلى القضاء.

¹دوارة تركية، المرجع السابق، ص318.

²محمد حسين إسماعيل، عبد الحليم رضا، و آخرون، مقدمة في الخدمة الاجتماعية، مكتبة الانجلومصرية، 2010م، ص34.

ويترتب عن فك الرابطة الزوجية سواء بشكل تعسفي من الزوج دون سبب أو بناء على طلب الزوجة التطلق حق هذه الأخيرة في التعويض عما يلحقها من ضرر، وهو أمر يقدره القاضي، كما يترتب عن انحلال الزواج في جميع الأحوال حق المرأة في نفقة العدة، وهو حكم إسلامي لا تعرفه القوانين الدولية، هذا ويحق للمرأة الإحتفاظ بأولادها طوال فترة إمتداد سن الحضانة و على والدهم نفقتهم إلى غاية إنتهاء الأجل القانوني لذلك، وعليه توفير سكن لممارستها حضانة أولادها.

وقد جاء في تعديل قانون الأسرة أيضا أن الولاية عن الأولاد تؤول إلى المرأة عند إحتفاضها بحضانة أولادها وهو ما أنهى من خلاله المشرع الجزائري الكثير من المشاكل العملية التي كانت تعاني منها المرأة والأولاد، ووافق به أيضا أحكام الإتفاقيات الدولية التي تحضر التمييز في كل الشؤون المتعلقة بالزواج و إنحلاله وما ينتج عنهما من آثار بما في ذلك رعاية الأبناء و الولاية على شؤونهم.

أما فيما يخص فك الرابطة الزوجية فإضافة إلى حالة تراضي الزوجين عن الطلاق الزوج بإمكانه إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، كما أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بالتطبيق من القاضي إذا توافرت أسبابه القانونية، أو عن طريق الخلع دون رضا الزوج مقابل مبلغ من المال، وهو ما يشكل نسبيا نوعا من المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية المكرسة في الإتفاقيات الدولية كون ذلك مقيد بالنسبة للمرأة بوجوب اللجوء إلى القضاء خلاف للرجل وحماية للمرأة من وقوع الطلاق التعسفي من الزوج أو تضررها من التطلق أقر لها المشرع التعويض عما يلحقها من ضرر ورتب عن إنحلال الزواج في جميع الحالات حق المرأة في نفقة العدة، و حقها في الإحتفاظ بحضانة أولادها وعلى والدهم نفقتهم إلى غاية إنتهاء الأجل القانوني لذلك، و توفير سكن ملائم لذلك، و منحها القانون الولاية عن الأولاد المحضون تيسيرا لشؤون حياتها و إياهم، فوافق بذلك

أحكام الإتفاقيات الدولية في عدم التمييز في الشؤون المتعلقة بالزواج و إنحلاله وما ينتج عنهما من آثار.

وبعد أن أوردنا بعض الملاحظات على نصوص قانون الأسرة - كل منها في مقامه فإننا نأمل أن يواصل المشرع الجزائري تقدمه في تنقيح قانون الأسرة آخذا بعين الإعتبار في كل مرة إقتراحات وملاحظات ذوي الإختصاص للوصول إلى نصوص قانونية تكفل تنظيم وحماية المراكز القانونية لأفراد الأسرة كقاعدة عامة في الأحوال العادية المستقرة، كون أن الأصل في الأسرة قيامها على المودة والرحمة والتعاون، وتتضمن الحلول المناسبة التي تضمن حماية حقوق جميع أفراد الأسرة إن أصابها الشقاق في بعض الأحوال لعلاجها أو إنهائها كي لا يغدو الإستثناء قاعدة.

منح المشرع الجزائري للمرأة حق فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق، والذي جاءت به المادة 53 من قانون الأسرة، إلا أن المشرع قيده بسلطة القاضي حتى يعطي للزوجة الطلاق من عدمه، إلا أنه لم يجعل هذا السلطة مطلقة وإنما قيدها بضوابط عدة حتى لا يكون هناك اجحاف فيحق المرأة في انهاء الرابطة الزوجية، كما يبدو أن القاضي يلعب دورا ايجابيا في التطلق بحيث هو من له السلطة في تقدير حالات التطلق حتى عندما يقيد المشرع الحالة بضوابط يجب توافرها لتبقى له سلطة تقدير وجودها من عدمه حتى يعطي للمرأة امكانية التحلل من زواجها.

الخاتمة

وفي الختام من خلال التعرض إلى مدى تكريس المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، وهل وفق في هذا المسعى، تم التوصل الى مجموعة من الاستنتاجات أهمها وأولها هو أخذ المشرع بمبدأ المساواة بين الزوجين وخاصة بعد التعديل الأخير، وفق ما جاءت به الشريعة الاسلامية من أحكام تجسد هذا المبدأ بين الزوجين وما نصت عليه اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة، ففي ما يتعلق بالخطبة ساوي بين الخاطب ومخطوبة من حيث انشاء والعدول، أما فيما يخص الهدايا فهنا ميز بين الخاطبين في رد الهدايا المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري، أما فيما يتعلق بالزواج فإن المشرع الجزائري بعد التعديل ادرج العديد من المواد تدعم مركز المرأة القانوني وكذا الاجتماعي، حيث ساوى بين الرجل والمرأة في حرية اختيار الزوج و جعل الرضا الركن الوحيد لانعقاد الزواج، أي أن الزواج كعقد يتمشى ومبدأ سلطان الارادة.

توحيد من سن الزواج لكلا الجنسين بـ 19 سنة كاملة حسب نص المادة 07 من الأمر 02_05 المعدل والمتمم لقانون رقم 84_11 وهو ما أكدته المادة 16 في فقرتها الثانية من اتفاقية سيداو حول توحيد من الزواج ادنى لكلا الجنسين.

لكل من الزوجين حق اشتراط ما يناسبه في عقد الزواج، ومع التأكيد على حق المرأة في اشتراط عدم التعدد وتقييد هذا الاخير بقيود قضائية صارمة يصعب على الرجل تحقيقها. أما فيما يخص آثار عقد الزواج فقد المادة 37 فقرة 1 فإن حق المرأة التصرف في مالها ولكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة فيما يخص الأثار المالية، أما غير المالية محاولة تحقيق التوازن بين الحقوق والواجبات مع تكريس مبدأ التشاور في تسيير شؤون الأسرة، إلغاء مبدأ القوامة و الطاعة الزوجة المادتين 38 و 39 ملغتين.

يمكن القول أن المشرع الجزائري قد وفق في تجسيد مبدأ المساواة بين الزوجين بعد التعديل 2005 حيث وازن بين أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص إنشاء عقد الزواج واتفاقية سيداو إلى حد ما رغم أنه تحفظ على جملة من احكام الواردة في المادة 16 من الاتفاقية.

من خلال هذا البحث حاولنا دراسة موضوع حقوق المرأة في قانون الأسرة ومقارنتها بالاتفاقيات الدولية سواء العامة منها، التي تنظم مجال حقوق الإنسان ككل أو الخاصة كالاتفاقيات التي تهدف إلى النهوض بأوضاع المرأة والطفل.

الجزائر بعد مصادقتها على هذه الاتفاقيات أصبحت ملزمة بها، وفاءا بتعهداتها الدستورية ، كما أصبح واجبا عليها أن تلائم تشريعها الوطني معها ، وذلك ما شكل هاجسا حقيقيا للمشرع في صياغة نصوص قانون الأسرة ، بشكليضمن المزيد من الحماية للمرأة في إطار الأسرة. وقبل صدور هذا القانون اختلفت الرؤى تجاهه، فهناك من كان يرى ضرورة الإبقاء عليه باعتباره مستمداً من الشريعة الإسلامية لأنه مكسب اجتماعي وقانوني.

ومن أهم النتائج التي تم التوصل إليها وهي كالآتي:

- لقدنصت المادة 07 من قانون الأسرة على اكتمال أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة، وجاء في الأسباب الموجبة لهذا التحديث العمري الحديث عن المساواة بين الرجل والمرأة في سن الزواج تطابقا مع سن الرشد القانوني واستجابة لكثير من الاتفاقيات الدولية التي نادى بمبدأ المساواة بين الجنسين.
- فيما يخص تعدد الزوجات ضيق تضييقا غير معتبر شرعا على التعدد في الزواج، وجاء قانون الأسرة الجزائري أكثر تضييقا حتى كاد أن يكون ممنوعا، حيث نصت المادة 8 منه على إمكانية الزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروطه ونية العدل، كما اشترطت على الزوج ضرورة إخبار كل من الزوجة أو الزوجات السابقة والمرأة التي يرغب في الزواج بها.

- فيما يخص حرية المرأة في الزواج : لم تكن المرأة في ظل قانون الأسرة مؤهلة لتزويج نفسها بنفسها، بل لابد من ولي ذكر يقوم مقامها للتعبير عن موافقتها في مجلس عقد الزواج، ولقد كانت صلاحيات الولي قبل التعديلات التي طالت قانون الأسرة سنة 2005 تسمح له بإمكانية إجبار من هي تحت ولايته على الزواج، لكن بعد هذه التعديلات تم إلغاء ولاية الإجبار، وتم السماح للمرأة الراشدة إبرام عقد زواجها بنفسها لكن بحضور وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، و بذلك جاء قانون الأسرة بمقتضيات جديدة تجسد حرية المرأة ورضاها الكامل في الزواج ، وذلك بتقليص دور الولي الذي أصبح حضوره شرفيا وشكلياً فقط ، وكل هذا يؤكد سعي المشرع الجزائري إلى تحقيق الانسجام مع الاتفاقيات الدولية على حساب الشريعة الإسلامية ورأي جمهور الفقهاء.
- بالنسبة للاشتراط في عقد الزواج: فقد تضمنت المادة 19 المعدلة جملة من الشروط على سبيل المثال لا الحصر مثل اشتراط عدم الزواج عليها.
- النظام المالي للزوجين: لقد تم بمقتضى المادة 37 من قانون الأسرة المعدلة تقنين نظام أموال الزوجين وذلك بموجب وثيقة رسمية على يد موثق بصفته ضابطاً عمومياً محلفاً، وبهذا يحول دون وقوع مشاكل من شأنها أن تفسد العلاقة الزوجية، ولكن إذا ساءت هذه العلاقة ووصلت إلى الطلاق فإن ذلك من شأنه أن يسهل عملية الإثبات، ويتم بذلك التوصل إلى أنسب الطرق القانونية والقضائية لحل النزاع المالي بين الزوجين، وبذلك تكون أملاك المرأة وأموالها كشريك مساهم وفعال في اقتصاد البيت محمية في إطار نظام الأملاك المشتركة بين المرأة و الرجل.
- بموجب المادة 36 من قانون الأسرة المعدل تم النص فقط على الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، فقد أصبح حسن معاملة كل من الزوجين الأبوي الآخر وأقاربه واحتراماً متبادلاً، لكن يلاحظ أن المشرع الجزائري بموجب هذا التعديل قد تخلى تماماً عن واجب الطاعة الملزم للمرأة تجاه زوجها باعتباره رئيس العائلة، وقام

بتوزيع المسؤوليات بين الزوج والزوجة حيث أصبح تسيير شؤون الأسرة يتم بالتشاور بينهما، إلغاء واجب الطاعة يؤكد سعي المشرع إلى الاستجابة لمقتضيات الاتفاقيات الدولية الداعية لفكرة المساواة بين الجنسين، لكن ذلك يصطدم حتما مع الأحكام الشرعية الثابتة، ذلك أن آثار الزواج يعد كأصل عام من عمل الشارع، حماية للحياة الزوجية، وصيانة لمكانة الأسرة، وما يجب عليها تحت اسم القوامة، والقوامة على هذا النحو ليست خرقاً لمبدأ المساواة إنما هي تقدير.

- بالنسبة لفك الرابطة الزوجية: لقد جاءت تعديلات قانون الأسرة بمجموعة من المقتضيات الجديدة في سبيل تحقيق التوازن بين حقوق الرجل والمرأة انسجاماً مع مبادئ الاتفاقيات الدولية، التي تعتبر أن العقد الذي تبرمه إرادتان لا تبطله الإدارة الواحدة.

وهكذا على مستوى الحق في إنهاء الرابطة الزوجية، تم توسيع حالات وأسباب التطليق لفائدة الزوجة، حيث شملت بالإضافة إلى الحالات السابقة حالة التطليق للشقاق، أو لإدانة الزوج جزائياً، أو لمخالفة الأحكام المتعلقة بتعدد الزوجات، أما على مستوى آثار التطليق فقد تم إقرار حق المرأة فيالتعويض.

وفيما يخص الخلع أصبح بإمكان المرأة خلع نفسها من زوجها دون حاجة إلى موافقته، وبذلك كرس المشرع مبدأ المساواة بين الجنسين عند حل عقدة الزواج.

- الحضانة: حفاظاً على حقوق الطفل، تم إدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في صلب قانون الأسرة، ومن أهم ما جاء به قانون الأسرة في هذا المجال هو المادة 64 التي تنص على مراعاة مصلحة المحضون في تطبيق المواد المتعلقة بالحضانة، وبذلك قد وسعت من صلاحيات القضاء في اتخاذ ما يراه مناسباً في أحكام الحضانة، لا تقيده في ذلك إلا مصلحة المحضون، وكذلك تنظيم حق الزيارة لضمان حق الطفل في الاتصال بأبويه، والتمتع برعايتهما المشتركة.

- تم إعطاء الأم سلطة ممارسة الولاية في غياب الأب، أو حصول مانع له، وتحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، وذلك ما جاءت به المادة 64 من قانون الأسرة بعد تعديلها.

- الميراث يعتبر الحق في الميراث من الحقوق التي أثارت الكثير من الخلافات، وإذا كانت الاتفاقية الدولية تدعو إلى مساواة الرجل بالمرأة في الميراث، فإن الشريعة قد منحت الحق في الميراث مثلها مثل الرجل، ووضعت الشريعة تنظيم لها باعتبار أن الرجال قوامون على النساء ملتزمون بكافة مسائل الحياة، فقال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِهِمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى﴾ وتسمح هذه التفرقة بإعفاء المرأة من التكاليف والأعباء.

وفي الأخير تعتبر فكرة حقوق الإنسان واحدة من بين العديد من مجالات الاختلاف بين الغرب والشرق - الدول الإسلامية - بسبب التباين الموجود بينهما في النظرة إليها وفي مفهومها.

فالمواثيق والاتفاقيات قد تأثرت كثيرا بالتقاليد الغربية للحقوق الإنسان وخاصة الصادرة في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، لهذا فالأحكام المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة تتعارض في مفهومها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

كما أن المؤتمرات على تنوع طروحاتها وتعدد أساليبها ترمي إلى ابتداع أنماط وأشكال جديدة من الحياة الاجتماعية والاقتصادية، تحطم الحواجز الأخلاقية، وتعارض القيم الدينية وتنتشر الإباحة باسم الحرية، وتشجع على التحلل باسم التحررية، لذلك لم يكن بمقدور الدول الإسلامية بما فيها الجزائر احترام مبادئ مخالفة لخصوصياتها الدينية، كما أنها لم تشارك في وضعها، وذلك ما جعلها تتحفظ بشأنها.

ولهذا على واضعي هذه النصوص الدولية الاهتمام بالشرعية الإسلامية وإبراز أهميتها ومكانتها في إثراء مبادئ حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة بصفة خاصة، لما تتضمنه من قيم ومبادئ عالمية صالحة لكل زمان ومكان.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: السنة النبوية

المعاجم:

1. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر.

قائمة المراجع:المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

2. إبراهيم السلامي، أحمد حميد العيمي، أحكام قوانين الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية و القانون، دراسة مقارنة، دار المعترف للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2016م - 1438هـ.

3. إبراهيم رفعت الجمال، الحقوق غير المادية بين الزوجين، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.

4. أبو القاسم محمود بن عمرو بن احمد الزمخشري جار الله، أساس البلاغة، تحقيق باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، 1988.

5. أبو النصر مبشر الطرازي الحسيني، الإسلام الدين الفطري لأبدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1985 .

6. أبو بكر جارب الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد أدب وأخلاق وعبادات ومعاملات، الطبعة الثانية، مكتبة دار التراث.

7. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د، ط)، (د، س)، (د، ج).

8. احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة تح: عبد السلام هارون، دار الجيل، لبنان، 1999، ج5.

9. أحمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، 1977.

10. أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، ، الطبعة 2، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، 1998.
11. إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الاسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن.
12. إسماعيل كيار، المرأة العثمانية بين الحقائق والأكاذيب، دار النيل للطباعة والنشر، الطباعة الأولى، القاهرة، مصر، 1435هـ - 2014م.
13. انوار مجيد هادي، الطلاق العاطفي وعلاقته بفعالية الذات لدى الاسر، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012م، 1433هـ.
14. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، 2015.
15. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، 2015.
16. بدران أبو العينين بدران، احكام الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
17. برباح زكرياء، مظاهر المساواة بين الزوجين في إطار الأحكام الموضوعية للطلاق بإرادة الزوج المنفردة والخلع، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان.
18. بلبشير يعقوب، نسب الطفل غير شرعي بالبصمة الوراثية: الطفل الطبيعي، 3 ماي 2012.
19. بلحاج العربي، أحكامالزواجفي ضوء قانوننا لأسرة الجديدوفقآخرتعديلاتتومدعمبأحدثاجتهاداتالمحكمة العليا، ط01، دارالثقافةللنشر والتوزيع،الأردن، 2012.
20. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، قسنطينة.
21. جاسم محمد المطوع، منهج الثقافة الزوجية رقية اجتماعية شرعية(الطلاق)، دار سيبوية للطباعة والنشر والتوزيع، 10 سبتمبر 2012.
22. جاسم محمد المطوع، منهج الثقافة الزوجية رقية اجتماعية شرعية(الطلاق)، دار سيبوية للطباعة والنشر والتوزيع، 10 سبتمبر 2012.

23. جنادي نبيلة، ازدواجية الطلاق بغرادة الزوج بين الواقع امام المحكمة وخارجها مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري.
24. حسين بن محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، (ط1)، منشورات دار القلم العربي، سوريا، 1995.
25. حياة بنت عبد الله بن محمد المطلق، إحداد المطلقة، جامعة الأمير نورة بنت عبد الرحمن.
26. خالد جمال أحمد حسن، حق المرأة بين الشريعة والقانون، عالم المعرفة للنشر و التوزيع، أسيوط.
27. رازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، طبعة مدققة، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986.
28. ربيحة إلغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما بإجتهادات قضاء المحكمة العليا.
29. رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ب ط، دار الفكر العربي، مصر، 2001.
30. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
31. سامية محمود حنبظاظة، سلسلة الأبحاث المحكمة، بحث في الفقه المقارن في العدة في الإسلام وأثرها في المجتمع، 2019م.
32. سعد بن تركي الختلان، نسب ولد الزنا، كلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
33. سيد سقا، نقد الموروث الفقهي نمودجا ولد الزنا، سلسلة أفحكم الجاهلية تبغون، الطبعة الأولى، E-kutub Ltd، ديسمبر 2015، ص 20-30
34. سيد سقا، ولد الزنا (دراسة نقدية للموروث الفقهي)، الطبعة الأولى، دار المصورات للطباعة ونشر و التوزيع، 1442هـ - 2021م، ص26.
35. شفيق السمرائي، حقوق الإنسان في الموثيق والاتفاقيات الدولية، دار الغنر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015م - 1436هـ.

36. شمس الدين ابن عبد الله محمد بن ابي بكر بن أيوب المشهور: ابن القيم الجوزية، ، زاد المعاد في هدى غير العباد، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، ، الطبعة الأولى، 1430هـ - 2009م.
37. شوقور فاضل، أليات التعويض عن الطلاق بإرادة المنفردة للزوج في قانون الاسرة..
38. شوقور فاضل، أليات التعويض عن الطلاق بإرادة المنفردة للزوج في قانون الاسرة.
39. صلاح سيف الدين، حقوق الزوج والزوجة وأصول المعاشرة الزوجية، دار الجيل، بيروت، 1415هـ - 1995م.
40. صنوير، نور النبيل، الاتفاقيات المعقودة لدى مكاتب الإصلاح والتوفيق الاسري، أنواعها وتكييفها وحجيتها.
41. عادل أحمد سركيس، الزواج وتطور المجتمع، وكالة الصحافة العربية، 2021.
42. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الفكر، 1968.
43. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط أي شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، د.ط، دار الإحياء، التراث العربي، بيروت، لبنان.
44. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010،
45. عبد القادر شيخلي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي والمواثيق الدولية، العبيكان، الطبعة الأولى، 1438هـ - 2016م.
46. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة.
47. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، 1993.
48. عدنان الكول، الخلاصة الفقهية في الأحوال الشخصية، دار الحياة للنشر والتوزيع، 2019، ص179.
49. عدنان بن محمد بن عتيق الدقيلان، نسب ولد الزنى، العدل، العدد الثاني والعشرون، ربيع الاخر، 1425هـ.

50. علي عثمان جرادي، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق المذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، 1305 - 1375هـ، 1888 - 1956م..
51. علي أحمد عبد العالي الطهطاوي، كتابالنكاح، ط01، دارالكتبالعلمية، لبنان، 2005.
52. فاتن عبد الله صادق سلهب، فادي قسيم فواز شديد، الحضانة بين اتفاقية سيداو وقانون الأحوال الشخصية الساري في الضفة الغربية - فلسطين، 2017م.
53. فاروق عبد الله كريم، الضرر المعنوي والتعويضي في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، العراق
54. فهد صالح العجلان، المحرر في السياسة الشرعية، أفاق المعرفة للنشر، جوان 2022.
55. الكاساني علاء الذين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج02، الطبعة 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986.
56. مجدوب منال، الإطار القانوني لكل من الخطبة والزواج في القانون الجزائري، المركز الجامعية، الجزائر.
57. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط:4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
58. محمد إبراهيم خير الوكيل، أهم الموثيق و الإعلانات و الجهود و الإتفاقيات الدولية و الإقليمية في شأن حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، 1436هـ - 2015م.
59. محمد الزحيلي، التعويض المالي في الطلاق، دار المكتبي، الطبعة الأولى، سوريا، 1998.
60. محمد الزحيلي، التعويض المالي في الطلاق، دار المكتبي، الطبعة الأولى، سوريا، 1998.
61. محمد توفيق قادييري، مظاهر التوازن بين مركزي المرأة والرجل في قانون الاسرة الجزائري، جامعة عبد الرحمن بن خلدون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيارت.
62. محمد حسني أبو ملح، المرأة بين الشريعة وجاهلية العصر، أمواج للطباعة والنشر والتوزيع، 2011، ص147.

63. محمد حسين إسماعيل، عبد الحليم رضا، و آخرون، مقدمة في الخدمة الاجتماعية، مكتبة الانجلومصرية، 2010م.
64. محمد عبد العزيز أبو عبادة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي و علاقته بالتعويض الاضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011.
65. محمد عزمي البكري، الحضانة و مسكن الحضانة، دار محمود للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2015م - 2016م.
66. محمد عزمي البكري، في الأحوال الشخصية، المجلد الأول، موسوعة الفقه والقضاء، القاهرة، مصر.
67. محمد فهمي، كمال الأخلاق في الزواج والطلاق، دار النوارس للدعاية والنشر، الطبعة الثالثة، 2018.
68. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.
69. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4، 1983.
70. محمد يعقوب طالب العبيدي، أحكام النفقة لزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة، 1425-2004م.
71. ميدان مدين، إشكاليات تطبيقية، قانون الخلع المصري، حانة القانون، 2023.
72. نشوة العلواني، عقد الزواج وشروط الإتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003م.
73. هشام ذبيح، الإطار القانوني لحماية الأطفال ضحايا الطلاق في ظل قانون الاسرة الجزائري، المركز الجامعي، ريكة، الجزائر.
74. هنان مليكة، الغثبات في شؤون الاسرة، المركز الجامعي نور البشير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، البيض، 2019-2020.

75. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج7، ط2، 1985، 1405.
76. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، ط03، دار الفكر، دمشق.
77. ياسر محمد جابر، إثبات النسب في الشريعة الإسلامية و قانون القطري، جامعة قطر.
78. ياسر محمد سعيد، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1439.
79. يوسف حسيني، أبو عبد الله مصطفى بن العدوي، تيسير العلام في أحكام الحضانة، دار اللؤلؤة للنشر والتوزيع، 2018.
80. يوسف محمد البقاعي، قاموس الطلاب، عربي عربي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1984.

ثانيا: الأطروحات والرسائل الجامعية:

1. بدر الدين الطيب عبد الصمد عثمان، النفقة وأحكامها في الفقه الإسلامي، بحث صفي لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، مقديشو، - الصومال - كلية الشريعة، قسم الفقه، 1435هـ - 1436هـ.
2. بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونية الأسريين الجزائري وتونسي "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المخبر المتوسطي لدراسات القانونية، 2018/ 2019.
3. بولعواد زبير، اركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء مديّة، 2001-2004.
4. خدام هجيره، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين القانون والشريعة، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق والعلوم السياسية.

5. درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007-2008.
6. دوار تركية، تكريس أحكام اتفاقية الدولية لحقوق المرأة في قانون الاسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، 2018/2017م.
7. ربيعة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق قانون خاص، 2011م.
8. رقية مالك علاوي، في الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الشريعة في الجامعة العراقية وهي جزء من متطلبات نيل شهادة ماجستير في الشريعة الإسلامية، تخصص (فقه مقارن)، الجامعة العراقية، كلية الشريعة، الدراسات العليا، 1434هـ - 2013م.
9. سعيد القاضي، رضا المكلفة في انشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الزائر، 01، 2011.
10. شروقي محترف، إثبات النسب و نفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008.
11. لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة، مذكرة مكملة لنيل درجة الماستر في القانون الخاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، مدرسة الدكتوراه، دراسات قانونية، تخصص شؤون الأسرة، 2012/2011.
12. محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، فقه وأصول، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.
13. محمد مصطفى، الأصول العام لنظام التشريع: دراسة مقارنة بين الإسلام والقانون الوضعي، مركز الحضارة للتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، مارس 2016.

14. معروف عائشة، التزام المساكنة بين الزوجين وأثر الاخلال به، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2023.
15. موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، جامعة محمد بوقرقوب مرداس، كلية الحقوق و العلوم التجارية، 2006/2005.
16. موهون ملية، زرقي مسعودة، أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية العلوم السياسية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، 2022/2021م.
17. نجوى عوني، هشام أحمد عدوان، الإجراءات الوقائية من الزنا، عمل مقدم إكمال شهادة البكالوريوس في التربية الإسلامية، جامعة القدس المفتوحة، 2006-2007م / 1427 - 1428هـ.
18. وحياني جيلاني، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 1440/1439هـ - 2019/2018م.
19. وحياني جيلاني، مظاهر المساواة بين الزوجين، في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان.
20. يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009.
21. يوسف كهيبة، ولامي ليلي، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، - بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2012م.

ثالثا: المقالات والمدخلات:

1. احمد جماد عبد الله عبد الرحيم، النمش عبد الرحمن محمد يوسف، وآخرون، النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية و قانون الأحوال الشخصية السوداني، لسنة 1991 م

- للمسلمين (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، العدد الثاني، ص87
2. أحمد غرابي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 8، العدد 2، 2015.
3. أسماء تخونني، إشكالات صندوق النفقة للمرأة المطلقة الحاضنة في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة و القانون، العدد 19 ، جوان 2018.
4. اممر سعيد شابحة، عيسى أمعيزة، المركز القانوني للمرأة في ابرام عقد الزواج في القانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد التاسع، جامعة زيان عاشور، الجلفة..
5. إقروفة زبيدة، إشكالات الميراث في قانون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية.
6. اكرام زاده الكوردي، أحكام الولاية على أموال القاصر في قانون العراقي والمصري، دراسة مقارنة، مجلة الرسالة للدراسات و البحوث الإنسانية، المجلد 5، العدد2، جوان، 2020.
7. أمحمدي بوزينة أمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الإتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر.
8. أولال علي حسن، الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد7، العدد2، 202م.
9. بختي حمزة، ، الإبراء من الحضانة، قانون الاسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد7، افريل 2022.
10. بلجراف سامية، إسناد الولاية الأصلية على مال القصر الى الأم في قانون الاسرة الجزائري، مجلة البحث القانوني و السياسي، المجلد3،، العدد1، 2018.
11. بلحبيب سامية، حبار أمال، الحقوق المالية للمرأة المطلقة بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد1، 2021..

12. بن أحمد رانيا، الإطار القانوني للطلاق التعسفي، والتعويض عنه في القانون الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الثامن، العدد الثاني، ديسمبر 2022، جامعة أبي بلقايد، مخبر الدراسات المتوسطة تلمسان، الجزائر.
13. بن جامع أسماء، رحمانى منصور، ولاية الام على مال القاصر بين الإطلاق والتقييد، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 8، العدد 2، 2020.
14. بيدي أمال، اتفاقية سيداو بين الالتزام الدولي والتحفظ عليها، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، المجلد 7، العدد 1، 2022.
15. تشوار جيلالي: من الزواج بين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية الجزائر، س 1999، ع 04..
16. تواتي نورة، تعسف الزوج في الطلاق و أثره في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، المجلد 7، العدد 2، مجلة القانون و العلوم السياسية، 2021.
17. جمال العياشي، الحقوق الزوجية غير المالية من مواد قانون الاسرة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 2، جامعة تيزي وزو، 2021.
18. حبار امال، الخلع بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دفاثر السياسة و القانون، العدد 18 جانفي، 2018.
19. حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع.
20. حسام الدين خليل فرج، عطيات فارس عبد الحميد، ولاية الأم على مال القاصر، في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقوانين الخليجية و بعض القوانين العربية، مجلة الذخيرة للبحوث و الدراسات الإسلامية، المجلد 6، العدد 2، قسم العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، 2022م.
21. الحسن المحندي، المرجعية الدولية للمدونة الأسرة المغربية دراسة وتحليل، كلية الأدب والعلوم الإنسانية، بمسبك-<https://academia-arabia.com/ar/reader/2/139039>

22. حسناوي العارم، خنوسي كريمة، تأرجح الإتفاقيات الدولية بين الحماية وهدم الكيان الاسرة المسلمة، مجلة صوت القانون، العدد1، المجلد التاسع، 2022..
23. حمر العين عبد القادر، ولاية الأم أساس مسؤوليتها عن الأفعال الضارة لأبنائها القصر، مجلة الأستاذ البحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد4، العدد2، 2019.
24. حمزة أحمد، الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد19، جامعة الجلفة.
25. حورية سويقي، مقارنة قانونية بين التقييد نظام تعدد الزوجات وتفشي ظاهر الزواج العرفي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الثالث، سبتمبر 2021.
26. خديجة حمادي، كمال مخلوف، إشكالية تنازع القوانين في الحضارة (دراسة مقارنة)، مجلة المعارف، المجلد17، العدد2، ديسمبر 2022.
27. خليل عمرو، الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة البليدة 02.
28. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال و إنحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، دفاثر السياسة و القانون، العدد الرابع، جانفي 2011م.
29. دليلة براف، والي عبد اللطيف، التطبيق لدرر المعتبر شرعا في الإجتهد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة..
30. ذبيح هشام، احكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مجلة الأستاذ البحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع، المجلد الأول، 2018.
31. رابح العراجي، حقوق المعتدة وواجباتها في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، جوان، 2018.
32. زبيدة إقروفه، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي و قانون الاسرة الجزائري، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، بجاية، ص48

33. زرقط عمر، أثر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على التشريعات الوطنية، (قانون الأسرة نمو الدساتير الجزائرية، ودجا) ، مجلة صوت القانون، المجلد التاسع، العدد الخاص، 2023.
34. زرقون نور الدين، الإقرار بالبنوة بين الصرامة قاعدة الولد للفراش والمرونة قاعدة إحياء الولد، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد2، 2022.
35. زمورة داود، التطبيق قبل البناء في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، المجلد9، العدد1، 2022 .
36. سعيد خنوش، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية دراسة مقارنة، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد01، 2020.
37. سليم محمودي، حكم نسب ولد الزنا في الشريعة الإسلامية، مجلة صوت القانون، المجلد 7، العدد3، 2021م.
38. سمير عبدو: الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحياء، جامعة باتنة، ع14.
39. سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الاسرة في تقدير حالات التطبيق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السادس، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد.
40. شابحة أعر سعيد، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية المجلد 7، العدد6، 2018م.
41. شباب عادل، إسماعيل محمد سعيدات، اثر تطبيق العقوبة على صاحب الظرف في جريمة الزنا، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية، المجلد 12، العدد1، 2023.
42. شهرزاد عبد الله، المكي صلوح، تنازع القوانين في الحضارة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 5، العدد1، 2021م.
43. شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي والقانون الاسرة الجزائري، والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، 2008.
44. صالح بوبشيش، نفقة الزوجة والأولاد في الة الإعسار والإمتناع بين الفقه الإسلامي و القانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، العدد الخامس، 1423هـ، 2002م جامعة باتنة.

45. الطيب بن جامعة، المعيار، مجلة دورية محكمة تصدر عن المركز الجامعي، تسميبت، العدد2، ديسمبر2010.
46. الطيب زروتي، إجتهد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة.
47. عبد الجليل مفتاح، حماية الاسرة في الإتفاقيات الدولية و الدساتير الجزائر، مجلة الإجتهد القضائي، العدد السابع، بسكرة.
48. عبد الحق حنان، العشي نواره، إشكالية ترجمة المصطلح المستمد من الشريعة الإسلامية، في قانون الأسرة الجزائري - انحلال الزواج والصلح نموذجاً- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 57، العدد05، 2020.
49. عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد العاشر، بسكرة الجزائر نوفمبر 2006.
50. عبد الكريم نذير، حمادي نور الدين ، الحضانة في التشريع الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الرابع، 2021م.
51. عبد الكريم نذير، نور الذين حمادي، حق الزوجة في الصداق في ظل القانون الاسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد5، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021.
52. عبد الكيرم موكه، القانون الواجب تطبيق على النسب في عقود الزواج الدولية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد2، 2021.
53. عدلان مطروح، الشروط المقترنة بعقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد الثاني عشر، جامعة تبسة.
54. علال أمال، اثر النظام العام على النظام العام للزوجين، مجلة القانون و العلوم السياسية، المجلد 9، العدد1، جامعة أبو بكر بلقايد، 2023م.
55. عليوي نسيمة، دور قانون الاسرة في حالة العنف الممارس ضد الزوجة، المجلد34، العدد4، 2020.

56. عمامرة مباركة، الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب في قانون الاسرة الجزائري (البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب نموذجاً)، المجلد 5، العدد 2، جامعة الوادي، الجزائر، أكتوبر 2021.
57. عمر سرار، الرضا عن العمل وأثره على أداء العامل في المؤسسة دراسة ميدانية، مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة.
58. عيسى امعيزة، شابحة أعمار سعيد، مدى مشروعية التنسيب ولد الزنا في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة حقائق الدراسات النفسية و الاجتماعية، العدد التاسع، العدد 2.
59. غناي زكية، موقف القضاء الجزائري من مبدأ سقوط نفقة العدة بالنشوز، جامعة بومرداس، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 1، مخبر قانون الأسرة، (الجزائر)، 2022.
60. فاطمة عبد العزيز، دليلة براف، نفقة المرأة المعتدة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الإمراتي، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الإسلامية، المجلد 13، العدد 4، 2021م.
61. فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وأثار عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، العدد 17 جوان 2017.
62. فحموص نوال، انعكاسات المادة 16 من إتفاقيات سيداو على قيام الرابطة الزوجية وانحلالها في قانون الاسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، جوان 2021م.
63. فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الاسرة الجزائري، صالح للنشر بمجلة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ت، رقم 301.
64. قاشي علال، غثبات النسب كأثر مترتب عن الزوجان بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، العدد الأول، ديسمبر 2019.
65. قتال جمال، نفقة المطلقة كأثر من أثار فك الرابطة الزوجية، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، المجلد 6، العدد 1، المكز الجامعي، تامنغست 2020.

66. قريع عادل، الحق في الميراث بين العرف والقانون، مجلة التراث، المجلد 10، العدد 1، 2020م.
67. قويدري جغلاف خيرة، تطور الحقوق المالية للمطلقة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، الجزائر.
68. كركوري مباركة حنان، مبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق الزوجية بين الشريعة والقانون، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثامن، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق، ولقطة.
69. كمال بعاكية، حبار أمال، سلطة القاضي في الحكم للمختلعة بالسكنى و النفقة و المتعة، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 11، العدد 1، 2022م.
70. كمال دراجي، كريمة محروق، دور صندوق النفقة في ضمان الوفاء بنفقة النفقة و المحضون دراسة في قانون 15-01، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 3، ديسمبر 2021.
71. كيافجي الضيف، حماية الاسرة في الموثيق والمعاهدات الدولية، جامعة 20 أوت 55 سكيكدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، (د،ع).
72. لاتي محمد، أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
73. لبنى جغيور، جمال قتال، عمل الزوجة و أثره على نفقتها الشرعية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية و السياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، 2022، ص 349
74. لعميري ياسين، تكريس حقوق المرأة في عقد وحل زواجها في القوانين المغاربية - بين الالتزام الدولي والمقتضى الشرعي، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2021م..
75. مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل قانون 15/01 المتضمن انشاء صندوق خاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الخامس، مارس 2015

76. محمد المختار، محمد عبد القادر المهدي، الشروط في النكاح" لا سابقة ولا لاحقة نموذجاً"، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 17، العدد 2، المعهد العالي لدراسات والبحوث الإسلامية، موريتانيا، 2022.
77. محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانوناً وقضاء، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 1، العدد 1، ديسمبر 2015م، جامعة الوادي..
78. محمد دجوي، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقها وقضاء، دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، 1969.
79. محمد طاهر جرمون، عبلة بن عمر، الخلع بين الإباحة والتقييد في ظل الشريعة الإسلامية، والتشريعات المغربية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 8، العدد 2، 2020.
80. مخلوف هشام، حماية حقوق المرأة في مسائل آثار الطلاق على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الحادي عشر 2018.
81. مدين محمد، سلطات القاضي في منح رخصة تعدد الزوجات: دراسة مقارنة، مجلة الفقه والقانون، العدد الرابع، ديسمبر، 2013.
82. مروان سارة، إشكالية حماية الأسرة في ظل التجسيد القانوني لمبدأ تمكين المرأة في الاتفاقية الدولية و القانون الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد التاسع، العدد الخاص، 2023، ص 1324
83. مسعودي محمد لمين، العدة كألية شرعية لمواجهة ظاهر الطلاق، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد السادس، العدد الأول، 2022.
84. مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الحقيقة مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن الجامعة أدرار، الجزائر، المركز الجامعي، تمناست.
85. مصطفى العربي باشا، طرق إثبات النسب من منظور الشرع والقانون والقضاء، جامعة وهران أحمد بن بلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية.
86. مهند العزة، حق المرأة في الميراث في التشريع الأردني مقتضيات التغيير وأفاق التغيير، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، فبراير 2017.

87. نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية " التطليق " مجلة التحولات، العدد الأول، يناير، جامعة المدية، ص ص 24-25-26.
88. نبيلة عبد الفتاح قشطي، الإعتبارات المتدخلة في فناعة التراضي، مجلة البصائر للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 02، العدد 03، 2021.
89. نعار زهرة، حماية حقوق المرأة وفق لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي طاهر، سعيدة.
90. هلتالي احمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية و محاذير المنح، مجلة الأستاذ للدراسات القانونية و السياسية، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018م..
91. وحياني جيلالي، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 02/05 على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد السابع، ديسمبر 2016.
92. وردة دلال، مدى ارتباط موانع الزواج بالنظام العام في ظل قانون الأسرة الجزائري، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 05، العدد 02، جامعة أبي بكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، 2020.
93. وسن كاظم زرزور، الطلاق الخلعي - دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون العراقي-، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، جامعة واسط العراق، المجلد 7، العدد 16، 2011.
94. ياسين منصور، القانون الواجب تطبيق على النظام المالي للزواج دراسة في قانون الدولي الخاص المغربي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، ص 1

سابعا: النصوص التشريعية والتنظيمية:

أ_الاتفاقيات:

- اتفاقية سيдаو معاهدة دولية تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1891 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، تم عرضها لتصديق بقرار 43/811 في 81 ديسمبر 1979، وانضمت إليها الجزائر في 22 ماي 1981، ودخلت حيز التنفيذ سبتمبر 1981.

- إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة مترجمة ، الأمم المتحدة، 30 أكتوبر 2013، ص 14/7 أنظر اكثر:
 - <file:///C:/Users/Mimi/Downloads/N1354001.pdf>
 - لجنة الأمم المتحدة، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، نيويورك و جنيف، 2006، ص 74
 - ميثاق الأمم المتحدة (النص كامل)، السلام و الكرامة و المساواة على كوكب ينعم بالصحة، أنظر أكثر : ميثاق الأمم المتحدة (النص الكامل) | الأمم المتحدة.
 - انضمت اليه الجزائر و صادقت عليه الجزائر بموجب قانون 11 من الدستور 1963 أنظر أكثر: الديباجة، الإعلان العالمي لحقوق الانسان، الأمم المتحدة، https://www.un.org/ar/udhrbook/pdf/UNH_AR_TXT.pdf
- ب_ الدساتير:**

- التعديل الدستوري لسنة 2016، المتضمن مبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، الباب الأول الفصل الأول، الصادر بتاريخ 27 جمادى الأولى عام 1437هـ، الموافق 7 مارس 2016.

ج_ القوانين:

- الجزائر، رئاسة الجمهورية، قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادر بتاريخ 12 جوان 1984.
- الجريدة الرسمية، قرار رئيس جمهورية مصر العربية، المتضمن الإتفاقية الخاصة للإعتراف الدولي بالطلاق والانفصال الجسدي التي أقرتها الدورة الحادي عشر لمؤتمر لاهاي قانون الدولي الخاص، العدد 37 (تابع) في 11 سبتمبر سنة 1980.
- قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25/02/2008، الجريدة الرسمية، الصادر بتاريخ، العدد 23، 2008/04/11.
- قانون 84/11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1409 الموافق ل: 09 جوان. 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 05/02 المتضمن تعديل قانون الاسرة المؤرخ في 27 فيفري 2005م الجريدة الرسمية، رقم15 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996، المعد والمتمم بالقانون رقم 126 لسنة2008.
- القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، وقد أسندت الحضانة القانون جنسية الاب الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998، الذي حدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة ب: - القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية. قانون جنسية المحضون - قانون مقر سكناه على أن يطبق القاضي القانون الافضل للطفل من بينها.

خامسا: المحاضرات البيداغوجية

1. محفوظ بن صغير، محاضرات في مقياس احكام الزواج، المحاضرة الثالثة، 2021-
2022، أنظر أكثر : <https://view.officeapps.live.com/>

خامسا: مواقع الكترونية:

الممتلكات عند الطلاق :

- <https://www.infofinland.fi/ar/family/divorce/property-in-a-divorce> ،2023
أطلع عليه بتاريخ 2023/08/19.

- مشروع قانون الأحوال الشخصية، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، سوريا2007،
2007/6/7، أنظر أكثر -<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Arab-Dlaws/Syria-Dlaw2.html> .

سادسا: القرارات القضائية

- _ قرار المحكمة العليا، غ أ ش، 5 ماي 1986، 23 مارس 1685، م ق، العدد 2، 1990.
- _ قرار المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، قرار رقم 605592، بتاريخ 15/10/2010،
قسم الوثائق، العدد 1، 2010.
- قرار رقم 415123 المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12/08/2008 المجلة
القضائية، ع 01، س 2008، م.

- قرار المحكمة العليا، رقم 390091 الصادر بتاريخ 2007/04/11، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008.
- القرار رقم 52207، المحكمة العليا، غ.أ.ش، المجلة القضائية، 1990، عدد 4.
- القرار رقم 59013، المحكمة العليا، غ.أ.ش، المجلة القضائية، 1990، عدد 4.
- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/01/23، ملف رقم 258555، المجلة القضائية، العدد 02، 2002.
- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، م، 1984/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية، العدد 03، 1989.
- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1987/01/12، ملف رقم 43864، المجلة القضائية، العدد 01، 1991.
- القرار رقم 91671، المؤرخ في 1993/6/23، المجلة القضائية، عدد 1، 2008،
- القرار رقم 57038، المؤرخ في 2008/9/10، مجلة المحكمة العليا عدد 2، 2008،

❖ المراجع باللغة الأجنبية:

1. Nadia Ait-zai، 'Les Effets Du Divorce En Algérie Au Regard Du Code De La Famille'، Revue Algérienne des Sciences Juridiques et Politiques، 01/03/2015.
2. Debba nacer، 'L'opposabilité Du Jugement De Divorce Par La Volonté Unilatérale Au Sein De L'ordre Juridique Français'، REVUE ELBAHITH DES ETUDES ACADÉMIQUES، volume 7، N°: 1.
3. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against women، 'Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979، entry into force 3 September 1981, in accordance with article 27(1).

فهرس المحتويات

مقدمة

- الباب الأول: مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على مسائل انعقاد الزواج وأثاره 7
- الفصلاأول: مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على أحكام الزواج 9
- المبحث الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على مسائل انعقاد الزواج (الركن والشروط) 11
- المطلب الأول: اعتبار الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج 11
- الفرع الأول: تحديد معنى الرضا 12
- الفرع الثاني: مقومات ركن الرضا في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري 15
- المطلب الثاني: شروط صحة الزواج 19
- الفرع الأول: الشروط الموضوعية في عقد الزواج 19
- الفرع الثاني: الشروط الشكلية في عقد الزواج 42
- المبحث الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الاشتراط في عقد الزواج 44
- المطلب الأول: حرية الاشتراط في عقد الزواج 44
- الفرع الأول: الاشتراط في عقد الزواج بين الحضر والإباحة 45
- الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج 48
- المطلب الثاني: تقييد الحق في تعدد الزوجات 51
- الفرع الأول: الحد الأقصى لعدد الزوجات 53
- الفرع الثاني: حكم تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية واتفاقية سيداو 54
- الفصل الثاني: مظاهر تأثير الاتفاقيات الدولية على آثار الزواج 57
- المبحث الأول: تأثير الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية 59

- المطلب الأول: تأثير الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية غير المالية... 61
- الفرع الأول: إقرار حق المساواة في الحقوق والالتزامات بين الزوجين في اتفاقية مكافحة جميع اشكال التمييز ضد المرأة..... 61
- الفرع الثاني: إقرار حق المساواة في الحقوق والالتزامات بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري..... 64
- المطلب الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الحقوق والواجبات الزوجية المالية 70
- الفرع الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على النظام المالي للزوجين 71
- الفرع الثاني: حق المرأة في النفقة والميراث..... 74
- المبحث الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية في مسائل النسب 80
- المطلب الأول: طرق اثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري 81
- الفرع الأول: الطرق التقليدية لإثبات النسب 82
- الفرع الثاني: الطرق الحديثة لإثبات النسب..... 85
- المطلب الثاني: مدى مشروعية اثبات نسب ابن الزنا 86
- الفرع الأول: حقيقة الزنا 86
- الفرع الثاني: مشروعية إثبات نسب ابن الزنا 88
- الباب الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مسائل انحلال الزواج وأثاره . 94
- الفصل الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مجال انحلال الزواج 96
- المبحث الأول: أثر الإتفاقيات الدولية على الطلاق بإرادة المنفردة للزوج 99
- المطلب الأول: الأساس الدولي والقانوني والشرعي على الطلاق بإرادة المنفردة للزوج.. 99
- الفرع الأول: ماهية الطلاق بإرادة المنفردة للزوج..... 99

- الفرع الثاني: الأساس الدولي والقانوني والشرعي للطلاق بإرادة الزوج المنفردة 107
- المطلب الثاني: الضمانات القانونية لحماية الزوجة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج 114
- الفرع الأول: النفقة الزوجية وحقوق الزوجة في الأموال والممتلكات 114
- الفرع الثاني: حضانة الأطفال والحق في السكن 120
- المبحث الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الطلاق من طرف الزوجة 125
- المطلب الأول: حق المرأة في التطلق 125
- الفرع الأول: التطلق بسبب وجود عيوب تحول من تحقيق أهداف الزواج 126
- الفرع الثاني: شروط التطلق لعدم الإنفاق 128
- المطلب الثاني: إقرار الخلع كحق للمرأة دون موافقة الزوج 133
- الفرع الأول: مفهوم الخلع 134
- الفرع الثاني: شروط صحة الخلع 140
- الفصل الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الأحكام المتعلقة بآثار انحلال الزواج 145
- المبحث الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على قانون الأسرة في مسائل الحضانة والولاية المالية على الأطفال 147
- المطلب الأول: أثر الاتفاقيات على مسائل الحضانة 147
- الفرع الأول: مفهوم الحضانة 147
- الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة ومسقطاتها 156
- المطلب الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية مسائل الولاية على مال الأطفال 160
- الفرع الأول: مفهوم الولاية على مال الأطفال 160

الفرع الثاني: مبررات منح المشرع للأمم الولاية الاصلية على مال ابنها القاصر	164
المبحث الثاني: أثر الإتفاقيات الدولية على الأثار المالية لإنحلال الزواج	167
المطلب الأول: التعويض عن الطلاق بإرادة المنفردة للزوج	168
الفرع الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي	168
الفرع الثاني: الأساس القانون للتعويض المالي عن الطلاق التعسفي	173
المطلب الثاني: حماية حق المرأة المطلقة في نفقة العدة	177
الفرع الأول: مفهوم العدة	177
الفرع الثاني: حق المطلقة في نفقة العدة	184
خاتمة	195
قائمة المصادر والمراجع:	201
الفهرس:	224

ملخص:

لقد قمنا بعمل بحث ودراسة موضوعية حول موضوع أثر الاتفاقيات الدولية على تعديل قانون الأسرة الجزائري بحيث نرى أن الاتفاقيات الدولية تؤثر بشكل كبير على مسائل انعقاد وانحلال الزواج وقوانين الأسرة. تسعى هذه الاتفاقيات إلى توحيد المعايير والمبادئ المتعلقة بالزواج، مثل سن الزواج والموافقة الحرة للطرفين، ومنع التمييز بين الجنسين، وتركز على حماية حقوق الإنسان، بما في ذلك حقوق المرأة والطفل، وتحث الدول على منع الزواج القسري والمبكر. أما في مجال انحلال الزواج، تساعد الاتفاقيات الدولية على تبسيط وتوحيد الإجراءات القانونية لضمان العدالة وسرعة البت في القضايا، كما تضمن حقوق الأطراف المعنية مثل النفقة والرعاية والحضانة. كما أنها تسعى أيضاً لمنع التمييز في قضايا الطلاق والانفصال وتحقيق المساواة بين الجنسين، وتسهيل الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية لحماية حقوق الأفراد عبر الحدود. تعطي الاتفاقيات الدولية من الأهمية بشكل خاص على حماية حقوق الأطفال في حالات الطلاق، بما يضمن لهم الرعاية والنفقة والعيش في بيئة مستقرة. وتعمل هذه التأثيرات على تحسين وتطوير قوانين الأسرة الوطنية لتكون أكثر توافقاً مع المعايير الدولية وتحقيق العدالة والمساواة بين جميع الأطراف المعنية.

الكلمات المفتاحية: الاتفاقيات الدولية - الزواج - الطلاق - اتفاقية سيداو - الخلع.

Abstract:

We have done substantive research and study on the issue of the impact of international conventions on the amendment of Algerian family law, in which we believe that international conventions have a significant impact on the issues of the convening and dissolution of marriage and family laws. focuses on the protection of human rights, including women's and children's rights, and urges States to prevent forced and early marriage. In the area of dissolution of marriage, international conventions help to streamline and standardize legal procedures to ensure justice and expeditious disposition of cases, as well as the rights of parties concerned such as maintenance, care and custody. It also seeks to prevent discrimination in divorce and separation cases and achieve gender equality, and to facilitate the recognition of foreign judicial rulings to protect individuals' rights across borders. International conventions focus in particular on protecting children's rights in cases of divorce, ensuring care, maintenance and living in a stable environment. These influences improve and develop national family laws to be more in line with international standards and achieve justice and equality among all parties involved.

Keywords: International Conventions - Marriage - Divorce - Sidwon Convention - Dislocation.

Résumé:

Nous avons fait des recherches et études de fond sur la question de l'impact des conventions internationales sur la modification du droit de la famille algérien, . Nous croyons que les conventions internationales ont une incidence importante sur les questions de la convocation et de la dissolution des lois sur le mariage et la famille. Ces conventions visent à normaliser les normes et principes du mariage, comme l'âge du mariage et le libre consentement des parties, et à prévenir la discrimination fondée sur le sexe. Se concentre sur la protection des droits de l'homme, y compris les droits des femmes et des enfants, et exhorte les États à prévenir les mariages forcés et précoces. Dans le domaine de la dissolution du mariage, les conventions internationales aident à simplifier et à normaliser les procédures juridiques pour assurer la justice et une disposition rapide des cas, ainsi que les droits des parties concernées tels que l'entretien, la garde et la garde. Elle vise également à prévenir la discrimination dans les cas de divorce et de séparation, à assurer l'égalité entre les sexes et à faciliter la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères pour protéger les droits des individus au-delà des frontières. Les conventions internationales portent en particulier sur la protection des droits de l'enfant en cas de divorce, sur la garantie d'une assistance, d'un entretien et d'un environnement stable. Ces influences améliorent et développent les lois nationales sur la famille pour qu'elles soient plus conformes aux normes internationales et pour que justice et égalité soient obtenues entre toutes les parties concernées.

Mots-clés : Conventions internationales - Mariage - Divorce - Convention de Sidwon - Dislocation.