

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

قسم: الشريعة والقانون

التخصص: أحوال شخصية

جامعة الأمير عبد القادر_قسنطينة

كلية الشريعة والاقتصاد

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون
الأخرى في تنظيم مسائل الزواج والطلاق وآثارهما
-دراسة مقارنة-

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون

تخصص: أحوال شخصية

إشراف لأستاذ الدكتور:

كمال لدرع

إعداد الطالبة:

آمال رواق:

لجنة المناقشة:

| | | | |
|-------|--|---------------|----------------------|
| رئيسا | جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية | أستاذ | أ.د.سعاد سطحي |
| مشرفا | جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية | أستاذ | أ.د. كمال لدرع |
| عضوا | جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة | أستاذ | أ.د.منصور رحمانى |
| عضوا | جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية | أستاذ محاضر أ | د.زهرة بن عبد القادر |
| عضوا | جامعة قسنطينة -1- | أستاذ محاضر أ | د.سامي بن حملة |
| عضوا | جامعة با تنة | أستاذ محاضر أ | د.عبد المجيد بوكركب |

تاريخ المناقشة: 5 شعبان 1438هـ/ الموافق 2ماي 2017م

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد حول موضوع: " علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج والطلاق وآثارهما ودراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي "

إلى من قال فيهما الرحمن " وبالوالدين إحسانا" والري
العزيزين أبقاهما الله وحفظهما، ووفقني إلى برهما.
إلى زوجي الغالي وكل أفراد عائلته الكريمة.
إلى قرتي عيني: " نور الجنة، و سيرال بحمانه ".
إلى الأعمام جميع الإخوة، والأخوات، وأبنائهم.
إلى كل من علمني جملة، أو أفادني بفكرة في مجال
العلم والمعرفة.

الشكر والتقدير

الحمد لله عمرا كثيرا، الذي وفقني للإنجاز هذا
البحث، والصلاة والسلام على سيرنا محمد المرسل
للعالمين بشيرا ونزيلا وبعد:

أتقدم بكل معاني الاعتزاز، والإكبار، وفائق التقدير
والاحترام إلى الأستاذ الفاضل: أ.و. كمال درع الذي
تفضل بقبول الإشراف على موضوع البحث؛ لما غمرني
به من اهتمام، وتشجيع حيث لم يبخل علي بعلمه،
ووقته، وجهده مما كان له أعظم الأثر في إنجاز هذا
البحث، وون أن أنسى له تعامله الأبوي معي بكل ما
تحمله الكلمة من معنى؛ فله مني أسمى آيات التقدير
والعرفان، وجزاه الله خيرا الجزاء.

مقدمة

جامعة الأمير عبد العزيز
العلوم الإسلامية

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ﷺ، وعلى آله، وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وسلم تسليما كثيرا أما بعد:

من تمام رحمة الله تعالى بعباده أن جعل لهم من أنفسهم أزواجاً، وجعل بينهم مودة ومحبة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾ (1)، وقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (2) وخلق الإنسان وأسبغ عليه نعماً لا تُعد ولا تُحصى، ومن تلك النعم ما ساقه الله إلينا في معرض الامتنان حيث قال تعالى ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمْلاً﴾ (3)، وقال جل شأنه: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَلَيْسَ بِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِئَعْتِ اللَّهُ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ (4) فإنه من سنن الله في خلقه أن جعل الناس متفاوتين في المواهب، والقدرات مختارين في أفعالهم، وتصرفاتهم، محتاجين إلى بعضهم البعض؛ فالإنسان السوي بما جبل عليه من حب لذريته، وبما فطرت عليه هذه الذرية من نقص يستلزم الرعاية والعناية؛ يقبل على إنشاء أسرة لأنه لن يستقيم أمره إلا بوجود أنيس له يجتمع به شمله، وتستقر معه حياته، فخلق له من نفسه الزوج.

و أن دراسة حقوق الأسرة لها أهميتها التي لا تخفى على أحد؛ إذ هي ترتبط بحياة الإنسان في سائر أحواله، وفي كل مرحلة من مراحل حياته، وكل إنسان تثبت له حقوق، التي تقابلها حتماً واجبات يتعين عليه أدائها؛ فهو لا يخلو من أن يكون ولدًا، أو والدًا، أو زوجًا، ولقد عنيت الشريعة الإسلامية ببيان هذه الحقوق وتنظيمها حتى تتحقق خلافة الله في أرضه.

أهمية البحث:

يكتسي موضوع الأسرة أهمية بالغة إذ تعتبر الدعامة الأساسية لبناء المجتمع لذلك عنيت

(1) _ سورة الروم، الآية: 21.

(2) _ سورة النساء، الآية: 21

(3) _ سورة الكهف، الآية: 46

(4) _ سورة النحل، الآية: 72

البشرية منذ القدم بتنظيم شؤونها عن طريق سن التشريعات والقوانين، لم يجد المشرع الجزائري عن هذا الاهتمام بتنظيم شؤونها عن طريق أفراد مسائلها بقانون خاص يتناول النص على حل أحكامها بداية من الخطبة إلى غاية تنظيم مسائل التبرعات بين أفرادها؛ هذا القانون المستمد في معظم مسائله من مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها، إذ حاول فيه المشرع التوفيق بين أحكام الشرع وتنوع متطلبات العصر المتجددة من خلال مساندة التغيرات المتعلقة بالأسرة الداخلية تماشياً مع ظروف المجتمع، وكذا الضغوطات الخارجية كالاتفاقيات، والمعاهدات العالمية المهمة بشأنها والتي تعقد المؤتمرات الدورية من أجل التحرى في مدى إلتزام الدول الموقعة بتغيير قوانينها الداخلية وفق مبادئ ونصوص هذه المعاهدات كالمعاهدات المتعلقة بترقية حقوق المرأة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضدها.

لم يكتف المشرع بمجرد تحديد الشروط، والآثار، وتقييد القواعد في قانون خاص؛ وإنما وضع له إجراءات عملية لتفعيله واقعياً، وتحقيق الحماية جزائياً في حال الإخلال بها فإضافة إلى قانون الأسرة نجد حرص المشرع على إقرار ترسانة قانونية تعنى بتنظيم بعض موضوعاتها ومسائلها وتسعى من أجل فرض احترام كافة حقوق أفرادها، ومعاقبة كل من يتعدى أو يخل بما عليه من واجبات، وبالتالي حماية الأسرة من أي فعل يمكن أن يمس بكيانها واستقرارها، كونها تعد اللبنة الأساسية في تكوين المجتمع؛ بحيث أن مسائلها منتشرة بين مختلف فروع القانون ويمكن إجمال أهمية البحث فيما يأتي:

— عظمة الأسرة في الإسلام، ورفعة أثارها، جعلت أحكامها جديرة بالبحث والدراسة
— وجود العلاقة بين قانون الأسرة وفروع القانون الأخرى أمر لازم لإثبات الزوجية عند إنكارها من أحد الطرفين وما يترتب على ذلك من أثار هامة في حياة الأسر، كما أن في ذلك تضيق لدائرة العنف، والتعسف في حال الفرقة بالطلاق وغيره من باقي الأنواع التي يتم بها حل الرابطة الزوجية.

— آثار عقد الزواج وثمراته والتي يأتي على رأسها الأولاد، وما لهم من حقوق، وما عليهم من واجبات منتشرة في معظم فروع القانون تستوجب الدراسة والمقارنة.

الإشكالية:

من أجل الإحاطة والإلمام بجوانب الموضوع ينبغي الإجابة على إشكالية البحث الآتية:

ما هي طبيعة العلاقة التي تربط مختلف فروع القانون بقانون الأسرة في التشريع الجزائري، فيما يتعلق بتنظيم مسائل الزواج والحلاله وآثارهما؟ وما مدى توافقها مع أحكام الفقه الإسلامي؟

الدراسات السابقة:

وردت المسائل المتعلقة بأحكام الأسرة عامة في كتب الفقه بين مختصر ومتوسع، كما تناول بالبحث بعض جزئياتها المتصلة بالقانون الجزائري بالإقتصار على دراسة فرع بعينه من خلال رسائل علمية بتخصيص دراسة لجرمة الزنا، أو للجنسية، أو...؛ وفي حدود إطلاعي لم أجد من أفرد مجموع المسائل المتعلقة بالزواج والحلاله والآثار الناتجة عنهما في التشريع الجزائري بالدراسة؛ فضلاً عن محاولة مقارنتها بالفقه الإسلامي، ألهم دراسة الأستاذ عبد العزيز سعد التي كانت بمثابة مدخل لكتابه الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري هذه الدراسة التي تضمنت بعض الإشارات إلى العلاقة مع مختلف فروع القانون؛ إلا أن جل هذه العلاقات التي تضمنها الكتاب تعرضت للتعديل، كما أنه للإشارة أن هذه الدراسة أعاد ذكرها مختصرة الأستاذ بلحاج العربي في كتابه الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.

أسباب اختيار الموضوع: يرجع اختياري لهذا الموضوع لأهميته من جهة، ولجدته وعلاقته الوطيدة بالأسرة التي هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع من جهة ثانية، إذ لم أعر فيما اطلعت عليه على دراسة أكاديمية جادة تتناول الموضوع من وجهة مقارنة بين الفقه والقانون. إضافة إلى أسباب أخرى يمكن إجمالها في الآتي:

أولاً: محاولة الإلمام بالنصوص القانونية عند المشرع الجزائري المتعلقة بالأسرة؛ ثم مقارنتها بما اشتملت عليه أحكام الفقه الإسلامي؛ هذا الأخير الذي تعد أحكامه واجب كفائي على كل مسلم، ومسلمة خاصة في مجال الأسرة حتى لا تضيع الحقوق وتختلط الأنساب.

ثانياً: جهل كثير من فئات المجتمع الجزائري خاصة النساء بأحكام الفقه، والقانون المتعلقة بالأسرة وما ينجر عنه من انتشار لآفات اجتماعية دخيلة على المجتمع الجزائري، مما يؤدي إلى ترك الواجب، والالتزام بما لم يرق عليه الدليل الشرعي كارتفاع نسبة القتل بين الزوجين في الآونة الأخيرة.

ثالثاً: التحقيق في مسألة الاهتمام بالأسرة عند المشرع الجزائري وخاصة مجال الزواج

وانحلاله من أجل الوصول إلى تغطية شاملة ووافية، خاصة وقد كثر الجدل حول هذا الموضوع، إذ كان ولا يزال محط أخذ ورد بين الفقهاء قديما وحديثا.

رابعاً: محاولة جمع ما تفرق في التقنيات المختلفة حول موضوع البحث عند المشرع الجزائري وتحليله، ومحاولة مقارنته بأحكام الفقه الإسلامي بغية المساهمة في إثراء المكتبة الجزائرية الشرعية والقانونية، لاسيما وأن هذا المجال تقل فيه الدراسات المقارنة، مقارنة بما هو الحال عليه بالنسبة للقوانين العربية.

خامساً: الواقع الاجتماعي المرّ، الناتج عن جهل أو سوء فهم لأحكام، وروح قانون الأسرة، بخصوص الحياة الزوجية، سواء في كيفية المعاشرة، أو المحافظة على هذه الرابطة المقدسة واستمراريتها أو حتى إنهائها عند الضرورة القصوى.

منهج البحث: إقتضت طبيعة البحث عدم التقيد بمنهج واحد، إذ اشتمل على الجمع بين كل من المنهج الإستقرائي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن

فالمنهج الإستقرائي وهو المنهج الأكثر اعتماداً ويظهر من خلال تتبع كل الجزئيات المتعلقة بأهم مسائل الأسرة من أحكام الخطبة والزواج، والطرق فك الرابطة الزوجية، وآثار كل منهما كل في بطون كتب الفقه الإسلامي، وكذا في معظم فروع القانون الجزائري.

المنهج التحليلي: وذلك بجمع مختلف أقوال الفقهاء وتحليلها من خلال ردها إلى أصلها، ثم الترجيح فيما بينها على أساس قوة الدليل، وكذا ذلك بجمع مختلف النصوص القانونية عند المشرع الجزائري المتعلقة بموضوع البحث، ووتفسيرها، إضافة إلى الإستشهاد بالإجتهاادات القضائية ونقدها، وتمحيصها.

والمنهج المقارن: ويظهر خاصة في المقارنة بين أدلة الفقهاء بعضها ببعض، ثم مقارنتها بالنصوص القانونية المعبرة على موقف الشرع الجزائري تجاه موضوع البحث

وسلكت في هذا البحث المنهجية الآتية:

- عزو الآيات القرآنية إلى سورها في الهامش بذكر اسم السورة: رقم الآية.
- تخريج معظم الأحاديث، والآثار الواردة في البحث.
- ترجمة وتعريف لبعض الأعلام الواردة في البحث.

- عرض أقوال الفقهاء في المسألة مع ذكر أهم ما وقفت عليه من أدلة, ثم أرجح ما يعضده الدليل.
- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع المتخصصة في مجال دراسة مسائل الأسرة عموماً؛ ومسائل الزواج وانحلاله خصوصاً في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.
- الرجوع إلى كتب اللغة لذكر التعريف اللغوي في معظم الجزئيات الواردة في البحث.
- استخدام الرموز فيما يتعلق بفروع القانون وعلامات الترقيم في صلب البحث وفي الحواشي السفلية.
- تخصيص فهارس في نهاية البحث: تمثلت في كل من فهرس الآيات، فهرس الأحاديث النبوية، فهرس الأعلام، فهرس المصادر والمراجع حيث التزمت الفهرسة الهجائية ابتداءً من الألف إلى الياء؛ كما أسقطت أُل التعريف، وكنية المؤلف [أبو، ابن...].، ثم فهرس الموضوعات. الذي سلكته في كتابة مصادر البحث.
- استخدام الرموز وعلامات الترقيم:
 - عند كتابة المرجع الذي اعتمده في أخذ المعلومة ولأول مرة قمت بكتابته على النحو التالي: اسم الشهرة للمؤلف، ، الاسم كاملاً، عنوان الكتاب، اسم المحقق إن وجد، رقم الطبعة، بلد النشر، دار النشر، تاريخ النشر، الجزء، الصفحة.
 - وعند تكرار المرجع:
- اسم الشهرة، اسم الكتاب، المصدر، أو المرجع السابق؛ متى ورد في صفحة مغايرة، أما في حالة الاعتماد على الكتاب أكثر من مرة في صفحة واحدة فيتم توثيقه في الهامش بذكر عبارة المصدر نفسه، ثم الجزء والصفحة.

الصعوبات:

لقد واجهتني عدة صعوبات في إعداد هذا البحث، يأتي على رأسها سعة مجال البحث، وتشعب مسائله في مختلف فروع القانون الجزائري، وكثرة التعديلات التي مست معظم هذه القوانين التي لها علاقة بموضوع البحث، مع قلة المراجع المتخصصة؛ المتعلقة بالقانون الجزائري فهي ضئيلة جداً إذا ما قورنت بالتشريعات العربية في هذا المجال، كما أن أحكام الأسرة بوجه عام،

وفي موضوع الزواج وانحلاله بوجه خاص غالباً ما تدرس في مجموعة من المسائل غير المنظومة في عقد واحد.

غير أن هذه الصعوبات لا تساوي شيئاً إذا ما قورنت بمتعة البحث في محراب العلم الذي جعل طريقاً إلى الجنة مصداقاً لقوله ﷺ: «من سلك طريقاً يبتيغي فيه علماً سهل الله به طريقاً إلى الجنة»⁽¹⁾.

أهم المصادر والمراجع المعتمدة:

استعنت في إنجاز هذا البحث على جملة من المصادر والمراجع اشتملت على:

أمهات كتب الفقه الإسلامي لاسيما فيما تعلق بالتأصيل الشرعي لموضوع البحث.

و لقد ركزت فيها على كتب المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفية، المالكية، والشافعية، والحنابلة، والتي منها: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، فتح القدير لابن الهمام وحاشية الدسوقي، والمدونة لمالك بن أنس الأصبحي ونهاية المحتاج للشر بيني والمعني لابن قدامة المقدسي إضافة إلى شرح النيل لطيفيش في الفقه الإباضي، والحلى لابن حزم الظاهري.

و المراجع المتخصصة في الأحوال الشخصية ككتاب الزواج والطلاق، والحالة المدنية لعبد العزيز سعد، والخطبة والزواج لمحمد محدة..

خطة البحث:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج وانحلاله وآثارهما دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي.

بتقسيمه إلى بابين: حيف يحمل الباب الأول عنوان: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج وآثاره. وقسم إلى فصلين: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج، والذي تمت دراسته من خلال مبحثين، المبحث الأول: بعنوان علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم نشأة الرابطة الزوجية والشروط الموضوعية، أما المبحث الثاني: فهو علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الشروط الشكلية.

⁽¹⁾ _ مسلم، كتاب العلم، الجامع الصحيح، باب ما جاء في طلب العلم، رقم الحديث: 6297، ص 683

أما الفصل الثاني: الموسوم بعلاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج وجزاء الإخلال بها فتم تقسيمه إلى مبحثين أيضا، يتمثل المبحث الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج الموضوعية والقانونية، ويحمل المبحث الثاني: عنوان: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج.

الباب الثاني خصص لدراسة: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج وآثاره. تم تقسيمه إلى فصين

الفصل الأول بعنوان: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج، والذي بدوره قسم إلى مبحثين

المبحث الأول: العلاقة بين قانون الأسرة وفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية المتعلقة بالشروط الموضوعية، في حين عنون المبحث الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية المرتبطة بالشروط الشكلية.

أما الفصل الثاني الموسوم بعلاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار انحلال الزواج وجزاء الإخلال بها، فأعتمد فيه أيضا التقسيم الثنائي، حيث اشتمل أيضا على مبحثين الأول: يحمل عنوان علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الانحلال القانونية والموضوعية، أما المبحث الثاني فهو: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج.

الباب الأول:

علاقة قانون الأسرة بفروع
القانون الأخرى في تنظيم مسائل
الزواج وآثاره.

الباب الأول..... علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج وآثاره

تعتبر الأسرة أساس قيام المجتمعات، و سر ازدهارها، و معلوم أنه كلما صح أساس البناء و اشتد أصله، كلما دل ذلك على قوته؛ و عدم خضوعه مع التنبأ باستقراره، و عدم خضوعه لميل العواصف و المخاطر، كذلك الحال بالنسبة للأسرة فمتى ما صح أساس بنائها وهو عقد الزواج كلما انعكس ذلك على اشتداد و قوة الأسرة، لذلك جاءت هذه الدراسة في هذا الباب المتعلق بتنظيم أساس قيام الأسرة عن طريق عقد الزواج من خلال التطرق إلى أركان و شروط قيامه ليس فقط في قانون الأسرة باعتباره القانون الخاص الذي تضمن النص على المسائل الموضوعية؛ وإنما باستقراء و التفحص في معظم فروع القانون الأخرى سواء تعلق الأمر بفروع القانون العام و على رأسها الدستور الذي تضمن النص على حماية الأسرة، و كذا فروع القانون الخاص و في مقدمتها القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لفروع القانون الخاص، و كذا بتتبع و تفصي آثار هذا الزواج، سواء أكانت آثار موضوعية أم، إجرائية ناتجة على طرفيه من الزوج و الزوجة، وكذا على غيرهما من الأصول و الفروع

وذلك من خلال تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج

الفصل الأول:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم مسائل الزواج.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ميثاق الأسرة لا يقوم إلا بتوفر أركان و شروط فصل في أحكامها قانون الأسرة و أوجد المشرع ضوابط تكملها في فروع الأخرى تعمل ككفيل إجرائي، أو موضوعي من أجل التطبيق الأمثل لهذه المبادئ، و على الرغم من اختلاف المنطلق بينهما؛ حيث أن مصدر قانون الأسرة هو الشريعة الإسلامية، في حين أن المرجع التاريخي لفروع القانون الأخرى هو القانون الفرنسي، أو القانون الروماني بشكل أوضح إلا أن دراسة هذا الفصل تقتضي محاولة استخراج معظم نقاط الإشتراك بين قانون الأسرة و فروع القانون الأخرى، مع مقارنة كل ذلك بما جاء في الفقه الإسلامي، و يجسد كل ذلك بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين : المبحث الأول بعنوان علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم نشأة الرابطة الزوج، و الذي يقسم إلى مطلبين المطلب الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم نشأة الرابطة الزوجية، و المطلب الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الشروط الموضوعية لقيام الرابطة الزوجية أما المبحث الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الشروط الإجرائية لقيام الرابطة الزوجية.

ف يتم التركيز فيه على تحديد طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية، و الإشارة إلى الشروط الشكلية المتعلقة بتسجيل عقد الزواج في مطلب الأول، ثم تحليل بقية الشروط التي حددها المشرع المتعلقة الأهلية، والفحص الطبي، والشروط الاتفاقية في مطلب ثان .

المبحث الأول:
علاقة قانون الأسرة بفروع
القانون الأخرى في تنظيم نشأة
الرابطة الزوجية الشروط الموضوعية

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

وقسم إلى مطلبين؛ حيث تم في المطلب الأول تفصيل العلاقة المرتبطة بتنظيم نشأة الرابطة الزوجية من خلال الإشارة إلى تعريف المصطلحات المرتبطة بموضوع البحث بشكل مختصر في فرع الأول وهي على التوالي: أولاً: تعريف التقنين، ثانياً: مصطلح الأحوال الشخصية، ثالثاً: مفهوم قانون الأسرة

في حين الفرع الثاني منه خصص لدراسة عقد الزواج ومقدماته بتقسيمه إلى بندين: البند الأول: أحكام الخطبة بين فروع القانون الجزائري، البند الثاني: مفهوم عقد الزواج وشروط قيامه

أما المطلب الثاني فيتم فيه تفصيل العلاقة المرتبطة بتنظيم الشروط الموضوعية لقيام الرابطة الزوجية وقسم بدوره إلى فرعين: الفرع الأول: أركان الزواج تم تناول فيه: تعريف الركن والشرط، ثم الإشارة إلى ركن الرضا في عقد الزواج بين قانون الأسرة وفروع القانون الأخرى

أما الفرع الثاني: فيتم فيه الإشارة إلى العقد ومقدماته.

البند الثاني: شروط صحة الزواج الفقه الإسلامي ويتم في هذا العنصر دراسة شروط صحة الزواج بشكل غير موسع وذلك بالاختصار على العناصر التي تشكل نقاط تداخل مع فروع القانون الأخرى من: الصداق، والشهود، والولي

المطلب الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى

في تنظيم نشأة الرابطة الزوجية

دراسة هذا المطلب تكون من خلال عنصرين التعريف بمصطلحات المرتبطة بقانون الأسرة من جهة، ثم دراسة مقدمات عقد الزواج من جهة ثانية

الفرع الأول: التعريف بمصطلحات المرتبطة بقانون الأسرة :

مسألة تقنين الفقه الإسلامي وجمع أحكامه على صيغة القوانين الوضعية ظهرت في أواخر القرن الماضي 13هـ/19م، عندما لجأت السلطة العثمانية سنة 1276هـ/1868م إلى تقنين الأحكام المدنية، رغبة منها في التسهيل على القضاة، ولقد استحسنت دول العالم الإسلامي هذه الفكرة، ومن ذلك الجزائر.

وأهمية التقنين في مجال الأسرة تفرض نفسها بالنظر إلى كثرة الاختلافات الفقهية حول مسألة معينة في المذاهب الفقهية فضلاً عن وجود الاختلاف بشأنها بين أقطاب المذهب الواحد؛ مما استدعى ضرورة تنظيمها في شكل قواعد قانونية ملزمة، عامة ومجردة بحيث تكون غايتها تنظيم السلوك الاجتماعي؛ مع حسم الاختلاف، عند تعدد الآراء الاجتهادية في المسألة الواحدة وتقديم الرأي الراجح، وفق ضوابط علمية محكمة، مما يسهل الرجوع إلى أحكام الشريعة، ويجنب القاضي الخوض في الاختلافات وما ينجر عنه من ضياع للوقت والجهد⁽¹⁾

أولاً: تعريف التقنين: تتم دراسته من خلال تعريفه في اللغة، ثم في الاصطلاح

أ- تعريف التقنين لغة: من قَتَّنَ يَقْتِنُ تقنيناً، بمعنى: الوضع والسنن، وهو مشتق من كلمة "قانون" الذي هو مقياس كل شيء، وطريقه⁽²⁾.

ب- اصطلاحاً عرفه مصطفى الزرقاء⁽³⁾ «يقصد بالتقنين جمع الأحكام، والقواعد التشريعية

⁽¹⁾ _ بوكركب عبد المجيد، تقنين الأحكام الشرعية ودورها في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية جامعة باتنة، كلية الاجتماعية والعلوم الإسلامية، ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر الواقع والمأمول بين 12-13-14 ربيع الأول 1427هـ، جامعة الشارقة

⁽²⁾ _ الزبيدي المرتضى، تاج العروس، دار صادر، بيروت دت، ج9 ص315.

⁽³⁾ _ الزرقا مصطفى: ولد في مدينة حلب سورية عام 1907م، درس العلوم الشرعية، وتفوق فيها درس اللغة الفرنسية حفظ كتاب الله، عين أستاذاً للحقوق المدنية والشريعة في كلية الحقوق بالجامعة السورية سنة 1944م، ورئيساً لقسمه، وتولى وزارة العدل والأوقاف، شارك في وضع مشروع القانون المدني الأردني الجديد، ومشروع قانون مدني موحد للبلاد العربية عام

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها، وترتيبها وصياغتها بعبارة موجزة، واضحة في بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون، أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس»⁽¹⁾.

ولقد تباينت مراحل تقنين قانون الأسرة، وإلى أن استقر على الشكل الحالي حيث بدأت إرهاصات تقنينه منذ العهد العثماني، مروراً بمرحلتين: الاحتلال، وبعد احتلال الجزائر سنة 1830م

فإبان الاحتلال الفرنسي عملت الإدارة الفرنسية على توقيف العمل بالشريعة الإسلامية، وأحلت محلها تدريجياً قوانينها، ورغم الصعوبات التي واجهتها، حيث سعت لتقنين نظام الأسرة، مطبقة في ذلك مشروع "موران"، الخاص بأحكام الأسرة دون أن تصدره في شكل تشريع، هذا المشروع الذي لم يتقبله الشعب الجزائري، ثم أعقبته بإصدار تشريعات متتالية أثناء فترة احتلالها للجزائر، من أجل طمس الهوية الإسلامية⁽²⁾

واستمر الأمر على حاله إلى أن استقلت الجزائر سنة 1962م؛ ومع استعادة الجزائر لحريتها عمدت على إعادة بناء ما دمره المستعمر بنية إقامة دولة قوية⁽³⁾، واستمر العمل بهذه بموجب قانون رقم 62-157، الصادر في 12/31/1962م الذي بموجبه مدد بواسطته العمل بالتشريع القديم، وأقر في مادته الثانية «أن كل نص تشريعي باطل، إذا ما مس بالسيادة الداخلية أو الخارجية للدولة الجزائرية، أو كان مستوحى من بواعث استعمارية، أو ذا طبيعة

1978 اختارته رابطة العالم الإسلامي. بمكة عضواً في المجتمع الفقهي منذ إنشائه عام 1398هـ (1978م)، له العديد من المؤلفات منها: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد في عدة أجزاء، أحكام الأوقاف، عقد التأمين وموقف الشريعة منه، رسالة في الحديث النبوي، أحكام الزواج والأحوال المتفرعة عنه، شرح القانون المدني في عدة أجزاء، شارك في عدد من المؤتمرات بأبحاث فقهية وإسلامية.

(1) _ الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط العاشرة، دار الفكر، بيروت 1968،: 313/1.

(2) _ مجموعة من القوانين، والمراسيم والتي نذكر منها:

- قانون 02/05/1931م، تناول الخطبة وسن الزواج، مرسوم 19/05/1931م المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية، الأمر الصادر في 23/11/1944م والمتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي، القانون رقم 778-57 المؤرخ في 11/07/1957م، المشتمل على أحكام الغائب، المفقود، الوصايا الولاية والحجر، الأمر رقم 74-592 الصادر في 04/02/1959م، الخاص بمسائل الزواج والطلاق المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر، مرسوم رقم: 1082-59 الصادر في 17/09/1959م، والذي تضمن اللائحة التنفيذية للأمر رقم 59-274 قرار وزير العدل بتاريخ: 11/12/1959م، حيث تولى بيان الوثائق التي تشترط لإبرام عقد الزواج قانون رقم 62-157، المؤرخ في: 06/8/1966م

(3) _ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، الجزائر، دار همومة، 1996م ص7.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

تمييزية أو مس بالمارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية».

واستمر الوضع التشريعي كذلك حتى قام المشرع بإصدار مجموعة من القوانين، كان أولها قانون العقوبات الصادر بالأمر رقم 6-156 بتاريخ 08/06/1966م، قانون الإجراءات المدنية وقانون الإجراءات الجزائية وقانون البلدية، وقانون الولاية، والقانون البحري، والقانون التجاري، والقانون المدني... وغيرها⁽¹⁾.

غير أن المشرع الجزائري وفيما يتعلق بأحكام الأسرة لم يترك مسائله دون تشريع؛ حيث تم إصدار عدة مراسيم منها

- الأمر رقم 224-63 الصادر في 29/06/1963م، حيث تم إصدار تعديل جزئي مشتمل على ستة مواد تتمحور حول السن الأدنى للزواج، وطرق إثبات العلاقة الزوجية، حيث عدل سن زواج الرجل ببلوغ 18 سنة وبالنسبة للمرأة ببلوغ 16 سنة.

واستمرت هذه النصوص مطبقة إلى أن ألغيت كل التشريعات القديمة في 05/07/1975م وأصبحت أحكام الشريعة الإسلامية هي المطبقة وحدها في مجال قضايا الأسرة لمدة عشرين سنة تقريبا، موعدا صدور قانون الأسرة الجزائري في 09 جوان 1984، وأصبح قانونا رسميا للدولة، هذا القانون الذي تباينت حوله الآراء بين مؤيد، ومعارض إلى أن جاء التعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، والذي لم يسلم هو الآخر من شد وجذب بين مؤيد ومعارض على بعض التعديلات المستحدثة التي نص عليها.

ثانيا: مصطلح الأحوال الشخصية:

يعود أصل المصطلح إلى فكرة تنازع القوانين في الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر، والثالث عشر، بسبب بروز مشكلة تنازع القوانين نتيجة تبلور نظامين قانونيين هما: القانون الروماني الذي كان له التطبيق العام في إيطاليا، والقانون المحلي الذي كان يطبق في مدينة معينة، أو مدن بعينها دون أخرى تتمتع باستقلال نسبي، ولتمييز هذين النظامين لجأ القانون الروماني إلى إطلاق لفظ "حال" على القانون المحلي، ثم قسمها إلى أحوال تتعلق بالأموال (الأحوال العينية) وأحوال تتعلق بالأشخاص (الأحوال الشخصية)، وربط مصطلح الأحوال الشخصية بنشأة مشكلة "تنازع القوانين"، ثم تطور هذا التقسيم لدى القوانين الغربية؛ بحيث: أصبح يطلق مصطلح الأحوال

(1) _ عبد الفتاح تقيّة ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 9.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

الشخصية على تلك القواعد الخاصة بالروابط الشخصية في مقابل الأحوال العينية المتعلقة بالأموال⁽¹⁾.

في حين الشريعة الإسلامية قسمت العالم الإسلامي إلى قسمين: دار الإسلام، ودار حرب⁽²⁾، ففي دار الإسلام كل نزاع تطبق فيه أحكام الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

وعموماً فمنذ نشوء هذا المصطلح في الفقه الأجنبي والفقهاء مختلفون في تحديد نطاقه ومضمونه، مع اتفاقهم على إطاره العام، فالأحوال عندهم نوعان نوع ذو طابع شخصي ويُسمى بالأحوال الشخصية، ونوع ذو طابع مالي يسمى بالأحوال العينية، وعندما انتقل هذا المصطلح إلى العربية انتقل حاملاً معه الخلاف في مضمونه.

مفهوم قانون الأحوال الشخصية :

المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية Statut personne

مصطلح "الأحوال الشخصية" عند تعريفه يمكن أن يعرف باعتبارين أو ينظر له من جهتين: الجهة الأولى باعتباره مركباً من كلمتين: الحال، والشخصية والجهة الثانية باعتباره لقباً على علم بعينه.

فأما تعريفه بالاعتبار الأول، فإن كلمة الحال في اللغة: حال الشيء: صفته، وحال الإنسان: ما يختص به من أمور المتغيرة الحسية، والمعنوية.

وتعريف الشخص في اللغة: يطلق على كل جسم له ارتفاع وظهور، ويغلب إطلاقه على الإنسان، وجمعه أشخاص وشخص و تعني لفظاً "شخص" في اللغة الإنجليزية "Person"، وفي اللغة الفرنسية Personne، وكلمة "personne" مشتقة من الكلمة اللاتينية "Persona"

التي تدل على القناع الذي كان يضع الممثل على وجهه لكي يتناسب مظهره الخارجي مع الدور الذي سيقوم به في المسرحية.

أما باعتباره لقباً فقد تعددت التعاريف منها:

(1) _ الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 30.

(2) _ دار الإسلام تشمل جميع الذين يخضعون للسلطة الإسلامية، ودار الكفر، أو الحرب تشمل الدول التي لا تخضع للسلطة الإسلامية ولا تدين بدين الإسلام .

(3) _ سورة المائدة ، الآية رقم: 34.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

-الصفات التي تميز إنسانا عن غيره.

-هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية، أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً.

-أو هو مجموعة الأحكام والمسائل المنظمة للعلاقات داخل الأسرة، بما يشمل أحكام الخطبة والزواج، والمهر، ونفقة والطلاق، والخلع، والنسب... ومصطلح الأحوال الشخصية من المصطلحات القانونية الجديدة التي لم تظهر لدى فقهاء المصريين القدامى، ولاشريعة حموري، ولا في القانون الروماني الذي يعد المرجع الرئيس لمعظم القوانين الأوربية⁽¹⁾

في حين المقصود بالأحوال الشخصية⁽²⁾ عند الفقهاء المعاصرين: «الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية والتزامات أدبية ومادية، وهذا اصطلاح حقوقي حديث، أطلق في مقابلة الأحوال المدنية».

أو هو بموجب ما جاءت به محكمة النقض المصرية: مجموعة ما يميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية؛ ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مُطلقاً، أو أباً أو ابناً شرعياً، وكونه تام الأهلية أو ناقصها، وكونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية، ثم انتهت المحكمة العليا إلى أن الوقف والهبة والوصية والنفقات، وإن كان الأصل فيها أنها من الأحوال العينية، وليست من الأحوال الشخصية، إلا أنها تتبع قضاء الأحوال الشخصية؛ لأنها تقوم في الغالب على فكرة المندوب إليه ديانة، وليس من شأن المحاكم المدنية أن تنظر المسائل التي تحوي عنصراً دينياً، ذا أثر في تقرير حكمها⁽³⁾

الملاحظ أن استحداث مصطلح "الأحوال الشخصية" في الفقه الإسلامي لم يسلم من النقد، حيث أن الفقهاء اعتبروه غير ملائم لمقاصد الشريعة الإسلامية، لما فيه من بعد عن المفاهيم الشرعية التي لا تُعد مجرد أحوال شخصية بقدر ما هي أحوال مجتمعية تمتد لتشمل أحوال المجتمع،

(1) منصور حسن حسن، المحيط في الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1997، ص20.

(2) يرجع أول استعمال لهذا المصطلح في بداية القرن العشرين، على يد الفقيه المصري محمد قدرى باشا، الذي وضع مجموعة فقهية سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" وهو كتاب صنف في شكل مواد قانونية كلها من القول الراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة، ولقد حددت محكمة النقض المصرية في حكمها الشهير بتاريخ 1934/6/21م.

(3) السباعي مصطفى، شرح مدونة الأحوال الشخصية السورية، ط السادسة، دار الفكر، دمشق، ص7-8.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

باعتبار الأسرة نواة المجتمع⁽¹⁾

مع ملاحظة أن من أهم مواضيع الأحوال الشخصية التي تبحث في نطاق القانون المدني هي الأهلية وما يتعلق بها من موانع وعوارض، وكذلك أحكام الوصية، وحق الانتقال والميراث، ويعتبر الزواج من أكثر المواضيع أو العلاقات القانونية إثارة لتنازع القوانين لاختلاف مفهوم ذلك الأخير باختلاف الدول واختلاف أنظمتها القانونية ونظرتها له.

ثالثا: مفهوم قانون الأسرة هو تلك الوثيقة التي تحوي مجموعة من القواعد، التي تنظم حالة الشخص وعلاقاته المالية ميراثا، وهبة، ووصية، ووقفا، وغير المالية من العلاقات الشخصية فهي لا تُقَوِّمُ مال، مع أسرته ومجتمعه، وقد انتقد بعض رجال القانون تسمية قانون الأسرة، لكونه ينظم حالة الشخص كفرد في المجتمع، وليس كعضو في أسرة فقط⁽²⁾.

وهذا ما جسده الدساتير التي تعاقبت على الجزائر من دستور 1963 ودستور 1975، ودستور 1989 بمختلف تعديلاته⁽³⁾.

فالمادة 58 من تعديل الدستور (تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع). المادة: 63 يمارس كل واحد جميع حرياته، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور، لا سيما احترام الحق في الشرف، وستر الحياة الخاصة، وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة.

الفرع الثاني: عقد الزواج ومقدماته:

ويتم تناوله من خلال تقسيمه إلى جزئيتين تتعلق الأولى بالإشارة إلى الخطبة باعتبارها مقدمة، وتمهيد لعقد الزواج، وما يعترتها من أحكام، وما تشكله من تقاطع مع فروع القانون الأخرى.

أما الجزئية الثانية فيتم فيها التطرق إلى مفهوم عقد الزواج وأسس تكوينه من الأركان والشروط؛ مع التركيز على العلاقة المشتركة بين قانون الأسرة، وفروع القانون الأخرى في إطار تنظيم هذا بناء هذا العقد ومقارنة كل ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي.

(1) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 30

(2) معظم الدول التي لا تدين بالإسلام أبقت قواعد الأسرة ضمن الشريعة العامة للقانون الخاص أي أحكام القانون المدني

(3) نص المادة 17 من دستور 1963: "تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع"، ونصت المادة 65 من دستور 1976 على أن: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتحظى بحماية الدولة والمجتمع"، كما نصت المادة 55 من دستور 1989 على أن: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"

البند الأول: أحكام الخطبة بين فروع القانون الجزائري

العقود المهمة ذات الشأن تسبقها مقدمات يبين فيها كل واحد من المتعاقدين مطالبه ورغباته، فإذا ما تلاقت الرغبات يتم العقد بتلاقي الإرادتين؛ وعقد الزواج هو من أخطر العقود لأن موضوعه يمثل الحياة الإنسانية إذ يعقد على نية الدوام ما بقي كلا الزوجان على قيد الحياة، لهذا كانت مقدماته لها شأنه وأهميته، وهذه المقدمات تتمثل في الخطبة بكسر الخاء⁽¹⁾ والتي هي التماس الزواج من امرأة خالية من الموانع الشرعية وتكون صراحة أو تعريضا، بحيث إليها مباشرة أو إلى أهلها⁽²⁾، وهي وعد بالزواج في الفقه الإسلامي وعند المشرع الجزائري، ويحق للطرفين العدول⁽³⁾ عنها، ولا يترتب عن هذا العدول أي أثر إذ ينبغي عدم الخلط بين المخطوبة والمعقود عليها، من حيث الآثار، إذ الخطبة وسيلة لتعارف الخطيبين بعضهما بعض، وللاتفاق حول الشروط الموضوعية، والشكلية لإبرام عقد الزواج؛ إذ هي مرحلة سابقة عنه⁽⁴⁾.

غير أن الخطبة التي تنتهي بالعدول تطرح بعض التزاعات القانونية؛ لما ينجم عن العدول من ضرر؛ إذ قد يتعجل الخاطب دفع المهر كله أو بعض أو يتبادلا الهدايا، وهنا تتجلى علاقة قانون الأسرة بالقانون المدني من خلال أساس فكرة التعويض؛ إذ تقوم المسؤولية القانونية سواء أكانت مدنية أو جزائية على فكرة الخطأ، فإذا كان هذا الخطأ يرتب وصفا يعتبره المشرع جريمة فإنه يرتب المسؤولية الجزائية لأنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص⁽⁵⁾.

لكن إذا لم يرتب خطأ الوصف الجرمي، فإنه متى ما توفرت باقي عناصر المسؤولية من الخطأ والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر؛ تقوم المسؤولية المدنية التي متى ما وجدت

(1) _ الخطبة لغة: بكسر الخاء يقال خطب امرأة أي طلبها للزواج، ينظر لسان العرب لابن منظور، ج 1، ص 362.

بكون الخطبة من المرأة بعرض نفسها على الرجل الصالح.

المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يشير إلى تعريف الخطبة، وإنما أشار فقط إلى تكييفها القانوني بأنها وعد بالزواج حسب المادة 01/5 من القانون : 09/05 المؤرخ في 5 ماي 2005، المتضمن أحكام الأسرة المعدل و المتمم، وهو ما يتوافق مع ما ذهب إليه الفقهاء في تحديد طبيعة الخطبة في كونها وعد، ينظر أبو زهرة الأحوال الشخصية، ص 30.

بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ط الأولى، دار النهضة العربية، 1998 ص 24-25

(2) _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط السادسة 2010، ص 70-71.

(3) _ العدول هو: التراجع عن إتمام أمر بعينه، وهو في هذه الحالة التراجع عن الخطبة باعتبارها مقدمة لإنشاء عقد الزواج.

(4) _ محدة محمد، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 1994، ج 01 ص 14-15

(5) _ بموجب نص المادة الأولى من قانون العقوبات (لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

أركانها استوجب الجزاء وهو التعويض، الذي يقيم عليه التشريع القانوني أساساً قويا في الشق المدني المتعلق بالإخلال الناتج عن العقد أو التقصير⁽¹⁾.

ويمكن تعريف التعويض في الاصطلاح القانوني بأنه: الالتزام بإصلاح الضرر المادي، أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به بأداء مالي أو عيني⁽²⁾.

فالملاحظ لهذا التعريف يجد أنه جمع كل من الواجب القانوني الملقى على عاتق المدين بالتعويض، وبين ذكر أنواع الضرر المستوجبة له، وكيفية هذا التعويض الذي يشمل التعويض العيني بأداء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل كما قد يكون بمقابل، والذي يشمل في الغالب الأداء المالي⁽³⁾.

والمتبع لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية يجد استعمال فكرة التعويض عن الخطأ المدني مطابقة لها في المفهوم، وإن اختلفت في اصطلاح التسمية حيث يوردها الفقهاء باسم فكرة الضمان الذي يطلق ويراد به في اللغة الكفالة والالتزام، أما في الاصطلاح فهو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل⁽⁴⁾.

وسوف يتم التركيز في هذه الدراسة على التعويض عن الأضرار، لما فيه من مسائل مرتبطة بين مختلف فروع القانون الخاص عند المشرع الجزائري، فمن المعلوم أن العدول في حد ذاته لا يستوجب تعويضاً، لأن القانون أباحه في المادة 02/05 من قانون الأسرة، والتعويض لا يترتب إلا عن فعل يكون خطأ وترتب عنه ضرر؛ وحيث توجد علاقة بين الخطأ والضرر حسب المادة 124 القانون المدني، «كل فعل أيا كان يرتكبه الخطأ والضرر، وبسبب ضرر لا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، كذا المادة 124 مكرر» يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

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

(1) بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 101

(2) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص35.

(3) النجار عبد الله محمود، التعويض عن فسخ الخطبة، ط الأولى، دار النهضة العربية، مصر 2002، ص23-24.

(4) الحفيف علي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص08.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة»⁽¹⁾.

والأضرار المادية التي قد تنتج عن العدول عن الخطبة التي تلحق بأحد الخطيبين تكون خاصة إذا استمرت الخطبة لمدة طويلة، كما لو طالب الخاطب خطيبته الاستقالة من الوظيفة، أو طالبته بترك عمله ليتولى إدارة أموالها الخاصة، ففي هذه الأمثلة ترتب ضرر مادي؛ الذي يراد به: هو كل ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله، أما الضرر المعنوي فهو تلك الآلام التي تمس عاطفة الإنسان عن طريق الطعن في سمعته أو شرفه، فيكون على شكل شعور بالحزن وضيق الصدر وانعدام الطمأنينة⁽²⁾.

ولقد نصت المادة 3/5 قانون الأسرة «إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض»، فالتعسف في العدول، مع وجود عناصر المسؤولية التقصيرية هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أ- الخطأ:

والخطأ في اللغة ضد الصواب وهو بمعنى الذنب⁽³⁾ أما في الاصطلاح القانوني فلا تخرج فكرة الخطأ عن كونه إتيان فعل لا يجوز قانوناً، وقد عرف بعدة تعريفات منها: بأنه الإخلال بواجب قانوني يقترن بإدراك فاعله له⁽⁴⁾، وهو الإخلال بواجب قانوني سواء كان التزاماً بالمعنى الدقيق، أو واجبا عاماً تترتب المسؤولية التقصيرية عن الإخلال به⁽⁵⁾.

وبذلك يكون للخطأ عنصران: العنصر المادي، والذي يتمثل في انحراف السلوك، حيث يخرج صاحبه عن الوضع المألوف بين الناس، وذلك بتجاوز الحدود الواجب التزامها فيؤدي إلى

(1) _ القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم والمنظم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني. والأضرار التي تكون أثناء الخطبة أو بعد العدول عنها قد تنشأ عن تصرفات أجنبية عن المخطوبين، فالمضروب منها يستحق التعويض كأن ينسب لأحد الطرفين قذفاً من الغير...

(2) _ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط الثانية، دار البعث قسنطينة، 1989 ص 89

(3) _ ابن منظور، لسان العرب، ج 2، ص 1192، مادة خطأ.

(4) _ السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968 ص 576.

(5) _ المسؤولية التقصيرية هي بدورها تنوع إلى عدة أنواع ذكرها وفصلها في أحكامها المشرع الجزائري في المواد من 124 إلى 140 من القانون المدني على النحو الآتي: المسؤولية عن الفعل الشخصي، مسؤولية متولي الرقابة، مسؤولية المتبرع عن أعمال تابعة، مسؤولية حارس الأشياء، حارس البناء، وكلها تشترك في الأركان الأساسية لقيام المسؤولية التقصيرية الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

التعدي على حق الغير أو مصلحة مشروع له⁽¹⁾ أما الركن الثاني فهو المتمثل في العنصر المعنوي بأن يكون مدركا لما يفعله.

العدول عن الخطبة لا يشكل في حد ذاته أية آثار بالنسبة للطرف العادل أو المعدول عنه من الناحيتين الشرعية، والقانونية لمجرد وجوده، وإنما الآثار التي يمكن الحديث عنها بالنسبة للعدول تتجسد في الوقائع المرتبطة به، وما قد ينتج عنها من أضرار توجب التعويض⁽²⁾.

بسبب تقصير، أو إهمال، أو إخلال بواجب الحيلة أثناء العدول، أو بسبب تصرفات أجنبية عنه، تبين التعسف في استعمال حقه⁽³⁾، وذلك بالنظر إلى الهدف الذي استعمل من أجله هذا الحق، أو بالطريقة التي مارس بها صاحب الحق حقه، والذي جاء النص عليه من خلال نصوص القانون المدني كنص المادة 124 مكرر.

فمتى ما وجدت أحد هذه المعايير في حال استعمال أحد الخطيين لحقه في العدول ترتب التعسف في استعمال الحق الموجب للتعويض؛ وهو الجزء الذي ارتضاه المشرع لمعالجة الضرر أو على الأقل التخفيف من وطأته سيما في حالة الضرر المعنوي⁽⁴⁾.

وفي حالة ترتب ضرر فاحش عن العدول يطبق المعيار الثاني لنظرية التعسف الموجب للتعويض كأن يكون أحد الخطيين ذو قيمة ومرتبة رفيعة في المنصب، أو الأسرة، أو المجتمع فيجد نفسه عرضة للأقارب من العامة نتيجة عدولها عنه، وقد يوجد غرض خفي غير مشروع، ولا يكون إظهار الخطبة إلا صوريا من أجل تحقيق هذا الغرض فيقوم المعيار الثالث لنظرية التعسف بموجب المادة 124 مكرر القانون المدني على آثار العدول عن الخطبة الذي يمثل أحد مقدمات الزواج التي تضمنها قانون الأسرة⁽⁵⁾. المتمثل في إساءة استعماله⁽⁶⁾، سواء تعلق الأمر بأفعال ناجمة عن الخطبة أو أجنبية عنها⁽⁷⁾.

(1) _ وانحراف السلوك يقاس بسلوك الشخص العادي هو الشخص الذي يمتاز بأنه لا هو شديد الحرص ولا كثير التفريط.

(2) _ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ص 36.

(3) _ محمد محمدا، المرجع السابق، ص 74.

(4) _ عز عبد الرحمن، خطبة النكاح، أصله، رسالة دكتوراه، ط1، مكتبة المنار، الأردن، 1985، ص 350.

(5) _ الأمثلة المشار إليها يمكن تطبيقها على المعايير الثلاث وتجسيد فكرة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.

(6) _ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 89.

(7) _ كأن يكون الخطأ معلقا بأهل المخطوبة قصد التأثير به، وامتداد الأذى إليها من خلاله كأن يرمي أهلها بأنه لا يتورعون عن ارتكاب الفواحش أو أن ينسب لأحدهم جريمة مخلة بالشرف والاعتبار... ومن الأمثلة التي تمثل حالات للخطأ عند العدول عن الخطبة، أو تكون من جانب المخطوبة كأن تنسب لمن عدلت عنه ما يسيء إلى سمعته أو يحقره بين قومه.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

والذي يعود تقدير وجوده، وحجمه، ومقدار التعويض المستحق عنه إلى السلطة التقديرية للقاضي أخذاً بنصوص المواد من 131 و132 القانون المدني⁽¹⁾. أما بالنسبة لأساس فرض التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة فيرجع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية التي تقوم على فكرة الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما التي سبق الإشارة إليها⁽²⁾.

ب-الضرر

يقصد بالضرر كل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية⁽³⁾.

ولقد أجمع الفقه والقضاء على تنوع الضرر بصفة عامة إلى نوعين: ضرر مادي، وضرر أدبي، فالأول هو الذي ينطوي على مساس بمصلحة ذات قيمة مالية، وذلك الاعتداء على حق شخص في سلامة جسمه، أو إصابته بجروح تترتب عليها خسارة مالية⁽⁴⁾، والضرر المادي إذا لحق أحد الخطيئين جراء العدول عن الخطبة كان قابلاً للتعويض، ولكن يشترط فيه أن يكون محققاً؛ أي قد وقع فعلاً، ولا يكون وقوعه في المستقبل⁽⁵⁾.

أما الضرر الأدبي فهو ضرر غير مالي، أي أن المصلحة المعتدى عليها لا تدخل تحت التعامل بالمال قصداً، وإن كان تقويمها بالمال ممكناً، وذلك كنوع من الضمان الذي يستهدف جبر المضرور ومواساة المعتدى عليه⁽⁶⁾.

والضرر الأدبي بدوره قد يكون محققاً أو محتمل الوقوع فهو الذي لا يمس المال ولا يمس مصلحة مالية، وهو في الجملة عبارة عن الألم الذي يلحق الإنسان جراء فعل صادر من الغير⁽⁷⁾.

ج- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: : وجود صلة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه

(1) _ القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم والمنظم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(2) _ محمد محدة، المرجع السابق، ص26.

(3) _ الشرفاوي جميل، دروس في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1986، ص 44.

(4) _ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 856.

(5) _ النجار عبد الله مبروك، المرجع السابق، ص 93.

(6) _ النجار عبد الله المبروك، المرجع نفسه، ص 96.

(7) _ خليل سعيد خليل، التعويض فن تفويت الفرصة في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، 2004-2005، ص 136.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

المسؤول، والضرر الذي أصاب المضرور؛ بمعنى آخر يجب أن يكون الخطأ هو السبب في حدوث الضرر، وعبئ إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن، فإذا ما انتفت علاقة السببية، فإن المخطئ لا يلزم بالتعويض⁽¹⁾، وذلك وفقاً لنا تقتضي به المادة 127 القانون المدني «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على خلاف ذلك»⁽²⁾.

وفي مجال العدول عن الخطبة يجب التفريق بين الأفعال التي تشكل ضرراً والأفعال التي يكون صاحبها مغترا لا مغرراً به⁽³⁾، ومثال ذلك عن الضرر المادي: ترك المخطوبة لعملها حتى تتفرغ لشؤون الزواج، أو عن الضرر المعنوي كخروج المخطوبة مع الخطيب إلى النوادي والمنتزهات، والأماكن العامة وتعريض سمعتها للأقاويل...، ثم تأتي بعد العدول عن الخطبة تطالب بالتعويض عما مس كرامتها، ونال أسرتها من جراء القيل والقال عن شرفها وسمعتها، فإن دعواها لا تقبل في كلتا الحالتين، لأن الضرر اللاحق بها كان بسبب خطئها هي، فهي معترة بها ولا مغرر بها⁽⁴⁾، كما أن الضرر المبني على مخالفة الشرع وارتكاب الآثام لا ينجر عنه تعويض لأن في إيجاب التعويض في هذه الحالة خروج عن أحكام الإسلام، ومعلوم أن إقرار المنكر جرمه الدين بنصوص قطعية، ذلك أن كل من المخطوبين أجنبيان عن بعضهما البعض⁽⁵⁾.

كما أن الخاطب الذي يقوم باستئجار الفندق الذي يقام فيه حفل الزواج، أو منزل قبل الزفاف بعدة شهور قصد جعله بيتاً للزوجية مستقبلاً، أو يقوم بسرد أسرار عمله للمخطوبة ثم يحدث بعد ذلك عدول، فلا يمكنه المطالبة بالتعويض عن الضرر بنوعيه المادي والأدبي لأن أفعاله وعدم احتياظه وتحضيره هو ما جني عليه⁽⁶⁾.

(1) _ الصده عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ص 490.

(2) _ الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005... المتضمن القانون المدني.

(3) _ فراج حسين أحمد، أحكام الأسرة دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية تمصر 2004، ص 100

(4) _ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ج 01 ص 78

(5) _ لقلوه تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الرِّبَاَ﴾ سورة الإسراء، الآية: 32.

(6) _ فراج حسين أحمد، المرجع نفسه، ص 110.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

وانعدام رابطة السببية في الأمثلة السابقة بين الخطأ والضرر بعد العدول عن الخطبة راجع إلى أن من يدعي حصول ضرر له من جراء هذا العدول؛ كان يدرك مسبقاً أن العدول جائز للطرف الأخرى، فلذا يجدر به أن يتدبر أمره على هذا الأساس، كما أنه كان يستطيع قبل أن يقدم على ما قد يحصل له بسببه ضرر، أن يطلب من الطرف الآخر أن يحسم الأمر بالزواج أو بعدمه حتى لا يكون مغتراً⁽¹⁾.

فقد يستفيد من عدل من التعويض، وقد يحرم المعدول عنه منه، وقد يستفيد الطرفين معا من التعويض كل بنسبة الضرر الذي أصابه، والمعيار في ذلك يعود للسلطة التقديرية للقاضي⁽²⁾.

فاستعمال حق العدول لغرض غير مشروع يكون فيه أضرار بالغير يوجب التعويض، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا «حيث قضت على العادل عن الخطبة بدفع التعويض للمخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت 4 سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعي عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت للزوجة، وأن الضرر قد أصاب الطاعنة نتيجة انتظارها مدة 4 سنوات كخطيبة»⁽³⁾، وبالتالي لفترة الخطوبة الطويلة كافية لاعتبار العدول الذي يأتي أثر هذه الفترة تعسفياً، وأن انتظار الخطيبة لمدة 4 سنوات كاملة دون أن ينتهي انتظارها بالزواج ضرر معتبر من جانبها، وعلى ذلك فإن من يتقدم للخطبة ويتمادى فيها لمدة سنين، ويعلم أنه لا يستطيع توفير مسكن تأوي إليه الزوجة، فلا يكون بمنأى عن المسؤولية⁽⁴⁾.

ولكن بالتمحيص في آراء الفقهاء نجدهم قد تحدثوا عن تعويض الضرر تأسيساً على نصوص الشريعة ومقاصدها، والتي منها قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁵⁾. وعملاً بالقواعد الفقهية كالتغريب يوجب الضمان.

(1) _ عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط 1، 1984، ص 29.

(2) _ ينظر نص المادة 31 قانون المدني الجزائري.

(3) _ المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في: 23/4/1991، ملف رقم 73919، المجلة القضائية 1993،

(4) _ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 96.

(5) _ الإمام مالك، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: 2171، الموطأ، ج2، ص 290، و أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم: 11384، ج6، ص 115.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ثالثا: مفهوم قانون الأسرة الفرع الثاني: عقد الزواج ومقدماته: البند الأول: أحكام

الخطبة بين فروع القانون الجزائري

البند الثاني: مفهوم عقد الزواج وشروط قيامه

تتم دراسته بالإشارة إلى تعريف عقد الزواج، وأسس تكوينه من الأركان والشروط؛ مع التركيز على العلاقة المشتركة بين قانون الأسرة، وفروع القانون الأخرى في إطار تنظيم بناء هذا العقد ومقارنة كل ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي.

أولا: مفهوم عقد الزواج

خلق الله عز وجل الإنسان، وجعله خليفة في الأرض، واستعمره فيها، ولتتم هذه الخلافة على أكمل وجه شرع له وسيلة لتكاثره وتناسله، تتناسب مع طبيعته، ومع مكانته التي ميزه بها عن سائر المخلوقات لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽¹⁾.

ويعرف في الفقه القانوني المستمد منه القانون الفرنسي الذي يعد بمثابة الأصل التاريخي لمعظم التقنيات العربية التي تتخذ من المدنية الأوروبية رمزا لها بأنه: عقد مدني احتفالي، والذي بواسطته يتحد الرجل والمرأة من أجل العيش معا، ومن أجل التعاون والمساعدة؛ تحت إشراف الزوج رئيس العائلة⁽²⁾ وهذه الوسيلة هي الزواج، ولقد علق الشارع الكريم على هذا الزواج أحكام كثيرة تبقى آثارها على مر الزمان، كثبوت النسب، وحرمة المصاهرة، واستحقاق الميراث... وغيرها، لذلك أحيط بجملة من الأركان، والشروط عند إنشائه تعكس مكانته للناس، وتدفع احتمال جحوده وإنكاره.

و قبل التفصيل نتعرض وبشيء من الإيجاز إلى التعريف بعقد الزواج.

1- التعريف بالعقد:

العقد في اللغة: ما يمسك الشيء ويوثقه، والاتفاق بين الطرفين بأن يلتزم كل منهما بمقتضاه، تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع، والزواج⁽³⁾.

⁽¹⁾ _ سورة الإسراء، الآية 70.

⁽²⁾ _ GHAOUTI BENMELHA élément du droit algérien de la famille tomè premier le mariage et sa dissolution office de publication univercitaires publicud paris 1985 P42

⁽³⁾ _ الفيومي أحمد بن محمد، المصباح المنير، ط الأولى، دار الحديث القاهرة، 2000، مادة عقد ص 275.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

العقد اصطلاحاً: عرفه الجرجاني بأنه: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً. وربط أجزاء التصرف هو عبارة عن اتفاق يبنى عليه التزام، كما تبين عليه آثار⁽¹⁾.

2- **التعريف بالنكاح والزواج:** يطلق على العقد بين الرجل والمرأة، لفظ النكاح، كما يطلق عليه لفظ الزواج، ولذلك نتعرض إلى تعريف كل منهما في اللغة، والاصطلاح.

أ- **النكاح في اللغة:** هو الضم، والجمع، تقول العرب: تناكحت الأشجار، إذا تمايلت، وانضم بعضها إلى بعض⁽²⁾.

وسمي العقد المعروف بين الرجل والمرأة باسم النكاح في الاصطلاح لأن كل واحد من الزوجين يرتبط بالآخر، ويقترن به، وكذا لما فيه من ضم أحد الزوجين إلى آخر شرعاً، إما وطاً، وإما عقداً، حتى صار فيه كأنهما واحد⁽³⁾.

ولقد اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح الأصل فيه العقد أو الوطاء فذهب الحنفية⁽⁴⁾ إلى أن النكاح حقيقة في الوطاء مجاز في العقد، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالاستعمال اللغوي بأن النكاح يطلق ويراد به البضع في نوع الإنسان خاصة⁽⁵⁾. كما استدلوا بالنصوص الشرعية من القرآن والسنة التي إذا أطلق فيهما لفظ النكاح أريد به الوطاء ومثاله قوله تعالى ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾⁽⁶⁾. المراد بالنكاح في الآية الوطاء. وقوله عز وجل ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽⁷⁾.

فالنكاح الذي تحل معه المرأة لمطلقها الأول هو الذي يحصل فيه الوطاء، فأما العقد بلا وطاء فلا تحل معه لمطلقها الأول.

و لم يرد لفظ النكاح بمعنى العقد إلا بورود قرينة تدل على ذلك كقوله تعالى:

(1) _ الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص166.

(2) _ سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر. بيروت. ط الثانية 1408هـ 1988م، ص285.

(3) _ الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس.الأردن، ط الثانية.1418هـ، 1997م، ص10.

(4) _ السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1986، ج4، ص192-193.

(5) _ ابن منظور، المصدر السابق، مادة نكح، ج3، ص714.

(6) _ سورة النور، الآية: 03.

(7) _ سورة البقرة، الآية: 230.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾⁽¹⁾، أي اشتراط إذن الأهل قبل العقد، وذهب المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾ ورواية للحنابلة⁽⁴⁾ إلى إن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء واستدلوا بأنه لم يرد في القرآن الكريم بمعنى الوطاء إلا في مواضع استثنائية، وإن أكثر استعمالاته وردت بمعنى العقد لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾⁽⁵⁾.

وقد ذكر الراجب الأصفهاني في شأن ذلك (أصل النكاح للعقد، ثم استعير للجماع، ومحال أن يكون الأصل للجماع، ثم استعير للعقد، لأن أسماء الجماع كلها كنايةات ولاستقبحهم ذكره...) ⁽⁶⁾.

تظهر فائدة الخلاف بين الرأيين في المسألة فيمن زنا بامرأة، فإنها تحرم على والده وولده عند الحنفية، ولا تحرم عند الجمهور.

بتتبع واستقراء أدلة الرأيين نجد أن النكاح حقيقة في كل منهما، لأن معنى الضم في النكاح قد يكون بالعقد، وقد يكون بالوطء، إذا أمر به الشارع كقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁽⁷⁾ وقوله ﷺ: «إن من سنتنا النكاح»⁽⁸⁾. فالمقصود به تحصيل المصلحة، إنما يكون بالدخول⁽⁹⁾.

ب- تعريف الزواج:

تعريف الزواج لغة: الزوج خلاف الفرد، يقال زوج أو فرد. وفي التنزيل: ﴿كَذَلِكَ وَرَزَجْنَهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾⁽¹⁰⁾ أي قرانهم، وقوله تعالى: ﴿أَوْ يُزَوِّجَهُمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَإِنْ شَاءَ﴾⁽¹¹⁾ أي

(1) _ سورة النساء، الآية: 25.

(2) _ الزرقاني، شرح الزرقاني للموطأ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى، 1411هـ، 1990م، ج3، ص161.

(3) _ الشربيني محمد الخطيب، معنى الاحتجاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر القاهرة، ج3، ص123

(4) _ ابن قدامة موفق الدين، المعني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983 ج7، ص333.

(5) _ سورة النساء، الآية22.

(6) _ الأصفهاني الراجب، مفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد الكيلاني، دار المعرفة.بيروت، دت، ص505.

(7) _ سورة النساء، الآية: 03.

(8) _ أحمد بن حنبل، السنن، دار الفكر، بيروت، دت، ج5، ص163.

(9) _ ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، مكتبة المعارف القاهرة، ج7، ص421.

(10) _ سورة الدخان، الآية: 54.

(11) _ سورة الشورى، الآية: 50.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

يقرنهم، وكل شيئين اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان»⁽¹⁾ والزوج بغير تاء التأنيث يطلق على الذكر، والأنثى. لقوله تعالى ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾⁽²⁾ وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ﴾⁽³⁾ أي امرأة مكان أخرى.

وقوله تعالى ﴿أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾⁽⁴⁾. والتي يقصد بها زينب بنت جحش رضي الله عنها، زوجة زيد بن حارثة⁽⁵⁾.

والزوج يراد به كل من الرجل والمرأة اللذان تم العقد بينهما، كما يقال لكل واحد من القرينين من الذكر والأنثى في الحيوانات المتزاوجة زوج⁽⁶⁾، ولكل ما يقترن بأخر، مماثلا له، أو مضاد زوج لقوله تعالى ﴿فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾⁽⁷⁾. وقال تعالى: ﴿أَحْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾⁽⁸⁾. أي أقرانهم المقتدين بهم في أفعالهم، وقوله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ﴾⁽⁹⁾. من حيث أن له مثيلا أو ضدا⁽¹⁰⁾.

تعريف الزواج اصطلاحا:

وردت بشأنه عدة تعاريف للزواج في الاصطلاح الفقهي، والقانوني منها ما يأتي:

الزواج عقد يفيد ملك المتعة قصدا، أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي⁽¹¹⁾.

والزواج عند ابن عرفة هو: عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية، غير موجب قيمتها، قبله،

(1) _ ابن فارس أبو الحسن أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل، بيروت، باب زوج، ج 03 ص 35.

(2) _ سورة البقرة، الآية 35.

(3) _ سورة النساء، الآية 20

(4) _ سورة الأحزاب، الآية 37

(5) _ ابن منظور، المصدر السابق، باب زوج، ج 03 ص 1885.

(6) _ قلعجي محمد رواس، قنبي حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، ط الثالثة، دار النفائس، الأردن، 1988، ص 234.

(7) _ سورة القيامة، الآية 39.

(8) _ سورة الصافات، الآية 22.

(9) _ سورة الذاريات، الآية 49.

(10) _ الرازي أبو بكر، مختار الصحاح، دار عمان، الأردن، ط الأولى، 1417 هـ-1999 م، ص 142-143

(11) _ ابن الهمام، المصدر السابق ج 3 ص 186

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

غير عالم عاقده حرمتها إن حرمتها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر⁽¹⁾.

والملاحظ لهذين التعريفين يجد أنهما حصرا الزواج على مجرد حل الاستمتاع، قاصرين أهدافه ومقاصده على جانب الشهوة فقط، دون التطرق إلى مقاصده، وذهب أبو زهرة - رحمه الله - إلى تعريف الزواج بقوله الزواج عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة، ويحدد مالكيهما من الحقوق، وما عليه من واجبات⁽²⁾.

فهو عقد دائم في انعقاده، مع عدم انتفاء حق الطرفين في حله لسبب من الأسباب، وتترتب عليه آثاره الشرعية من حقوق وواجبات التي يجب أن يخضع لها الفرد لمصلحة المجموع⁽³⁾.

أما في الاصطلاح القانوني فقد عرفه المشرع في المادة 04 من قانون الأسرة «الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه. تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الشروط الموضوعية

لقيام الرابطة الزوجية

تعتبر الأسرة هي الأساس الذي تعمل كل العلوم، والفنون على إبراز مدى الاهتمام بكل مسائله، كونها المؤسسة الاجتماعية التي ترمي إلى إنشاء اللبنة التي تساهم في بناء المجتمع وتعتمد في استمرارها على الترابط، والتكافل، وحسن المعاشرة، والتربية الحسنة، ونبذ الآفات الاجتماعية وهذا ما حاول المشرع الجزائري تجسيده من خلال نص المادة 04 من قانون الأسرة، وتنشأ الأسرة على عقد الزواج القائم أساسا على أركان، وشروط تعكس أهميته، وما ينتج عنه من آثار.

وبما أن مسائل الأسرة تضمن النص عليها قانون مستقل يعمل على الإحاطة بكل مسائلها وجزئياتها ألا وهو قانون الأسرة، فإنه نسج لبعض هذه المسائل المرتبطة بأساس نشأتها من الأركان والشروط علاقة مع مختلف فروع القانون الأخرى، وإبراز أوجه الترابط بين قانون الأسرة

(1) _ الرصاص، محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993، ج1، ص 235 إلى 240.

(2) _ أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي. القاهرة، دت. ص44.

(3) _ سيد عبد الله علي، المقارنات التشريعية، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرون، دار السلام ط الأولى 1421هـ - 2001، ج 1، ص156.

(4) _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

وفروع القانون الأخرى تقسيم دراسة هذا المطلب إلى فرعين: يتعلق الفرع الأول بدراسة الرضا باعتباره الركن الوحيد لعقد الزواج عند المشرع الجزائري، ثم تخصيص الفرع الثاني إلى دراسة شروط صحة الزواج، مع التركيز على الشروط التي تشكل علاقة مع فروع القانون الأخرى.

الفرع الأول: أركان الزواج

قبل التطرق إلى العلاقة بين فروع القانون الجزائري مع قانون الأسرة فيما يتعلق بالتفصيل في أركان وشروط قيام عقد الزواج⁽¹⁾. ينبغي الإشارة إلى تعريف الركن والشرط.

أولاً: تعريف الركن والشرط: وذلك من خلال تعريف كل منهما في اللغة والاصطلاح

1- تعريف الركن لغة:

الركن في اللغة هو الجانب القوي في الشيء فيقال حبل ركين له أركان عالية، وآوي إلى ركن أي إلى عزه ومنعه⁽²⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِی بِكُمْ قُوَّةٌ أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾⁽³⁾. وقوله تعالى: ﴿فَتَوَلَّى بِرُكْنِهِ﴾ وقوله عز وجل: ﴿فَأَخَذْنَاهُ وَجُودَهُ﴾⁽⁴⁾، أي أخذناه وركنه الذي تولى معه، وركن الإنسان قوته، وأركان كل شيء جوانبه التي يسند عليها، والتي لا يوجد إلا بها⁽⁵⁾.

الركن اصطلاحاً: عرفه علماء أصول الفقه بعدة تعريفات متقاربة المعاني نذكر منها:

(1) _ عرف في اصطلاح الفقهاء بتعريفات كثيرة نذكر منها ما ذهب إليه أبو زهرة رحمه الله بأنه: عقد يفيد حل العشرة بين الرجل، والمرأة على وجه مشروع، بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة، ويحدد ما لكليهما من الحقوق، وما عليه من الواجبات.

ينظر أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت، ص 44.

أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى تعريفه وبعض مقاصده من خلال نص المادة 4 (الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين، والمحافظة على الأنساب).

(2) _ الرازي أبو بكر، المرجع السابق، ص 132.

(3) _ سورة هود، الآية 80.

(4) _ سورة الذاريات، الآية: 39-40.

(5) _ ابن منظور، المصدر السابق، باب ركن، ج 3، ص 1721.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

- عرفه البزدوي بقوله: «الركن هو ما لا وجود للشيء إلى به»⁽¹⁾.

- ومن تعاريف المعاصرين له: هو ما يلزم من عدمه العدم، ومن وجوده الوجود، مع كونه داخلا في الماهية⁽²⁾، فوجود الركن يوجد الشيء وبانعدامه ينعدم، وهو جزء منه داخل في تركيبه الشيء.

فعقد الزواج هو عقد مدني خاص لتوفره على شروط العقد المدني، وفي مقدمتها الرضا من جهة⁽³⁾، ولأنه محاط بشروط وضوابط تجعله يحمل الصبغة الدينية التي تظهر في الإشارات التي أكدت على كل مراحلها الواردة في نصوص الشريعة، والتي لم يحظى بها أي عقد آخر من جهة ثانية⁽⁴⁾.

2- التعريف بالشرط:

أ- **الشرط لغة:** الشين والراء والطاء إذا اجتمعت تطلق ويراد بها العلامة ومن ذلك أشرط الساعة أي علامتها لقوله تعالى: «فقد جاء أشرطها»⁽⁵⁾، وأشرط فلان نفسه لفعل كذا أي عملها وأعددها له⁽⁶⁾، ويراد به أيضا إلزام الشيء والتزامه، وجمعه شروط وشرائط⁽⁷⁾.

ومما سبق نجد أن كلمة الشرط لا تخرج عن المعاني الآتية: العلامة وإلزام الشيء، والتزامه ولذلك تعددت وتنوعت تعريفات الأصوليين للشرط حسب هذا التنوع اللغوي.

ب- **تعريف الشرط اصطلاحا:** على كثرة هذه تعاريف علماء الأصول للشرط يمكن أن نأخذ تعريفين متقاربين في المعنى، وإن فرق بينهما الزمن فقد عرفه القرافي⁽⁸⁾ بقوله: «الشرط هو

(1) _ البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول الإسلام البزدوي، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، 1978، ج 3، ص344.

(2) _ أبو النور زهير، أصول الفقه، دار المدار الاسلامي، ليبيا 2001، ج 01، ص 119.

(3) _ عبد الرحمن الصابوني: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، طص1987ص70.

(4) _ الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط العاشرة، دار الفكر، بيروت، 1968، ج01، ص52.

(5) _ سورة محمد، رقم الآية: 18.

(6) _ الرازي أبو بكر، المرجع السابق، ص 169.

(7) _ ابن منظور، المصدر السابق، باب شرط، ج 4، ص 2235-2236.

(8) _ **القرافي** هو: أحمد بن ادريس شهاب الدين الصنهاجي البهنسي المصري، أحد الأعلام المشهورين، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، كان إماما بارعا في الفقه والأصول، والعلوم العقلية، له الكثير من المؤلفات منها: الذخيرة، القواعد، شرح التمهيد، التعليقات على المذهب، التواقيت في أحكام المواقيت... توفي في جمادى الثانية 684 هـ، ودفن بقرافة.

ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المغرب، تحقيق: محمود محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417 هـ، 1996.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره.

- وعرفه البخاري بقوله: هو ما يقف المؤثر على وجوده في إثبات الحكم⁽¹⁾.

ومن المعاصرين عرفه أبو زهرة بقوله: «الشرط هو الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم ويلزم من عدمه عدم الحكم»⁽²⁾.

ومن مجموع هذه التعاريف يمكن تعريف الشرط بأنه ما يلزم عن عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، ويكون خارجا عن حقيقة الشيء⁽³⁾.

وإذا كان هذا هو المقصود من الركن والشرط عند علماء أصول الفقه، فإن تطبيق الفقهاء لهذين الحكمين الوضعيين على فروع الشريعة في مجال عقد الزواج كان على النحو الآتي:

ثانيا: ركن الرضا في عقد الزواج بين قانون الأسرة وفروع القانون الأخرى:

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الزواج من مضيق، وموسع إذ منهم من قصرها على ركن الصيغة من إيجاب وقبول وهم الأحناف وإذا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ الْكَبِيرَةَ، وَهِيَ بَكْرٌ فَلَبَّغَهَا فَسَكَّنَتْ فَهِيَ رِضَاهَا، وَالنِّكَاحُ جَائِزٌ عَلَيْهَا وَإِذَا أَبَتْ وَرَدَّتْ لَمْ يَجْزِ الْعَقْدُ عِنْدَنَا⁽⁴⁾، وهناك من جعلها خمسة: الزوج والزوجة، الولي، والصداق والصيغة كالمالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، أو أربعة بجمع الزوجين في ركن واحد وهو المحل، والاختلاف حول تحديد أركان عقد الزواج لم يقتصر على فقهاء المسلمين، وإنما تعدى إلى التشريعات القانونية القانونية باعتبار أن كل تشريع أخذ بمذهب معين، وهناك من دمج بين المذاهب مثلما كان الحال عليه في التشريع الجزائري السابق⁽⁷⁾، الذي حدد فيه أركان عقد الزواج جمعا بين المذاهب وهي الرضا، الولي، الشاهدين، والصداق، بينما

(1) _ البخاري علاء الدين، المصدر السابق، ج4، ص173-174.

(2) _ أبو زهرة محمد، أصول الفقه، ادا الفكر العربي، القاهرة، د ت، ص53.

(3) _ سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتراه دولة في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1417هـ، 1997م، ص188.

(4) _ الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ج06، ص229.

(5) _ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط الثالثة، دار الفكر، بيروت، 1992، ج03، ص419.

(6) _ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط الأولى ادار المعرفة، بيروت، لبنان، 1995، ج03، ص188.

(7) _ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، ص116.

الباب الأول: الفصل الأول: عملة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

جاء في التعديل الحالي وقصر الأركان على ركن وحيد وهو الرضا⁽¹⁾.

حيث نص في المادة 09 قانون الأسرة على الركن الوحيد للزواج وهو الرضا، ونص تضمن المادة 09 مكرر منه ذكر شروط صحة الزواج بشكل مجمل، وتم التفصيل فيها شرطا شرطا في المواد الموالية⁽²⁾.

وللتفصيل في مكونات الركن الوحيد لعقد الزواج؛ نتناوله من خلال تحديد المقصود منه، ثم شروط قيامه، وانتفاء العيوب عنه، ثم تطبيقها على مسائل المتعلقة بعقد الزواج، لنصل إلى أثر تخلف الرضا في عقد الزواج.

1: المقصود بركن الرضا في عقد الزواج:

نجد له في الفقه عدة تعريفات منها:

«بأنه توافق إرادة الطرفين في الإرتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا»⁽³⁾.

- ويعرفه الدكتور يدران أبو العينين بدران بأنه «الإيجاب والقبول الصادرين من التعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر يفيدان تحقق المراد من صدورهما»⁽⁴⁾.

والإيجاب هو التعبير البات الذي يصدر من أحد المتعاقدين، ويدل على أنه يود الارتباط بعلاقة زوجية مع الطرف الثاني للعقد ويتضمن عرضا حتى وإن كان بلفظ القبول.

قانون الأسرة لم يعرف ركن الرضا، ولم ينص على الصيغة كما هو الشأن عند الفقهاء لكونه شيئا كامنا في النفس لا يظهر إلا بالتعبير عنه بالصيغة، والفرق جلي بين الكلمتين⁽⁵⁾، مما أجبر المشرع على تحديد المقصود به من خلال نص المادة 10 من قانون الأسرة «يكون الرضا

(1) _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(2) _ حيث تم تفسير معنى الرضا من خلال المادة 10 وتم تخصيص المواد 11 و13 للشروط الولي، بينما اختصت المواد من 14 إلى 17 في تحديد المسائل المتعلقة بالصداق، بينما تم تفصيل موانع الزواج في المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة. كما بين المشرع في المواد من 32 إلى 35 قانون الأسرة حالة انعدام الركن أو أحد شروط البصمة والأثر المترتب على عقد الزواج.

(3) _ سابق السيد، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، دت، ج 2 ص 22.

(4) _ بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، ص 64.

(5) _ بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 32.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر⁽¹⁾ وهو ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية بأن الزواج لا ينعقد إلا بوجود الصيغة التي تتم بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر.

أما القبول فهو التعبير البات النهائي الذي يصدر من الطرف الثاني في العقد الذي وجب له الإيجاب، ويبدل على موافقته على العرض⁽²⁾.

وتعريف الإيجاب بأنه العرض والقبول كان ردا على هذا العرض بالموافقة، فلا يشترط إذا في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أولا يكون إيجابا، والثاني يكون قبولا، فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك على صداق قدره كذا، قالت المرأة أو الولي قبلت، كان الأول إيجابا، والثاني قبول⁽³⁾.

ومما سبق نستخلص أن المادة 10 فقرة 01 جاءت متفقة تماما مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو أن ركن الرضا يتكون من شقين الإيجاب، والقبول وهو ما يعبر الفقهاء عنه بمصطلح الصيغة؛ لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب، والقبول من دون أن تعرفهما، ولم تحدد شروطهما ولهذا ووفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة نرجع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

ويعتبر استعمال لفظ زوج ومشتقاتها⁽⁴⁾. أو مصدر الفعل نكح هما الأكثر استعمالا من أجل إبرام عقد الزواج إلا أن المالكية أجازوا أيضا انعقاد بغير هذه الصيغة فاستعملوا لفظ الهبة والصدقة والتملك.... إلخ⁽⁵⁾ إذا ذكر معها الصداق⁽⁶⁾، بعكس جمهور الفقهاء من الحنابلة، والشافعية، ورواية للأحناف على اشتراط أن تكون صيغة الزواج بفعل الماضي⁽⁷⁾ لأن المقصود هو

(1) _ القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

(2) _ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دت، ص 41.

(3) _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-أحكام الزواج-، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ص 143.

(4) _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(5) _ الخلوقي أحمد بن محمد المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي، دار المعارف، ج 01 ص 376

(6) _ خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية، ط الثانية، دار القلم، الكويت، دت، ص 23.

(7) _ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر بيروت، 1996 ج 07 ص 41-

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقرون القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

حصول الزواج دون جمعه مع عقود أخرى كالبيع أو الهبة، والتي هي عقود مستقلة تدل على معاني مقصودة لذاتها، مغايرة لمعنى الزواج.

بالنسبة للغة إبرام عقد الزواج المشرع في قانون الأسرة لم يحدد اللغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، في حين نجد أن جمهور الفقهاء المسلمين أجاز أكثرهم عقد الزواج بغير اللغة العربية مستدلين في رأيهم على أن العقود تقوم على المقاصد والمعاني لا على الألفاظ والمباني، وأن الزواج ليس أمر تعدي حتى يجب تعلم أركانه باللغة العربية⁽¹⁾، وذهب أصحاب الشافعي إلى أنه لا يصح إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقد يجيدها⁽²⁾.

ويجوز لمن لا يستطيع النطق بها بأن يعقد بغير اللغة العربية وبما أنه عاجز عنها فإنها تسقط عنه، وما يلاحظ على موقف المشرع الجزائري في عدم تحديده للغة التي يتم بها العقد أنه أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وذلك حتى لا يصعب على من أراد الزواج، لأنه إن اشترط لغة معينة فإنه يتوجب على الذي لا ينطق بها يثبت ذلك في قانون الأسرة، أما في قانون الحالة المدنية فقد نص على اللغة العربية وبعد التعديل بلغة أجنبية لمن يطلبها طبقا لنص المادة 127 «يمكن تحرير عقود الحالة المدنية بلغة أجنبية لتكون صالحة للاستعمال في الخارج فقط»⁽³⁾.

أما ما يتعلق بنص المادة 19 قانون الأسرة⁽⁴⁾. والتي نصها «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون»⁽⁵⁾، فهو لا يتناقض مع عدم جواز تعليق عقد الزواج وإنما هو على سبيل الحرية التعاقدية التي جاء بها القانون المدني من خلال نص المادة 106 قانون المدني «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون»⁽⁶⁾، وهو المبدأ الذي نصت عليه أحكام الشريعة

(1) _ أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دت، ص 79

(2) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 190.

(3) _ الأمر رقم 70-20 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014.

(4) _ سيتم التفصيل في الشروط الاتفاقية في عقد الزواج ضمن عنصر الشروط الشكلية لعقد الزواج.

(5) _ القانون رقم: 84/11 المؤرخ في: جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(6) _ القانون رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقروم القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

الإسلامية كقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾، وقوله ﷺ «إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج» وقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلالاً حراماً»⁽²⁾، وأن يكون على سبيل التأيد⁽³⁾، وأن يكون مجرد عن أي عيب من عيوب الإرادة، وباقي شروط الزواج ليكون قرينة على انعقاد العقد.

الأصل في التعبير عن إرادة الزواج أن يكون صراحة باللفظ كما هو الشأن في القاعدة العامة لانعقاد مختلف العقود حسب المادة 59 قانون المدني «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»⁽⁴⁾، بالنسبة للقادر الصحيح أما العاجز فإنه شرعاً وقانوناً مخير بين أحد أمرين الوكالة⁽⁵⁾، أو عقد الزواج بنفسه برغم من عجزه وهذا الأخير اتفق النص فيه مع حال عقد العاجز لمختلف العقود بين القانون المدني، وقانون الأسرة الجزائري. فقد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعائق فيه كالأخرس والأبكم فقد جاء النص في القانون المدني حسب المادة 60 «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه»⁽⁶⁾، وجاء النص في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري على صحة الإيجاب والقبول في عقد الزواج من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة، أو عرفاً كالكتابة أو الإشارة، ومن خلال هذه النصوص نجد أن المشرع الجزائري أجاز زواج الأخرس بالإشارة أو الكتابة أخذاً برواية الأحناف التي فسرت معنى الرضا المنصوص عليه كركن وحيد لانعقاد الزواج في المادة 9 من قانون الأسرة.

(1) _ سورة المائدة، الآية رقم: 01

(2) _ رواه البخاري ومسلم، عن عمرو بن عوف المزيتيؓ، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسة.

(3) _ التأيد: لأن فقهاء المسلمين لا يميزون الزواج المؤقت، ولا زواج المنعة باستثناء زفر من الحنفية، وبعض فرق الشيعة الذين لا يبرزون بين الزواج على سبيل التأيد وزواج المتعة.

ينظر: شتوان بلقاسم، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، ص157

(4) _ القانون رقم: 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

(5) _ الوكالة في الزواج هي نيابة في إبرام عقد الزواج، لسبب من الأسباب، والوكالة في الزواج نص عليها المشرع الجزائري في المادة 20 ق أ من الأمر 11/84 إلا إن المشرع ألغى العمل بما بموجب الأمر 09/05 ويمكن تفسير هذا الإلغاء أنه إلغاء للعمل بالوكالة، ولكن ذلك منتقد على أساس لو كانت إرادة المشرع ذلك لنص على منع التوكيل في الزواج، وقد تكون إرادة المشرع إبقاء الوكالة من خلال نص المادة 222 ق أ «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

(6) _ القانون رقم: 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

الباب الأول: الفصل الأول: ملامة قانون الأسرة بفرع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقهاء القانون، وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي لأي عقد من العقود المدنية⁽¹⁾، ومن المعلوم أن المشرع الجزائري يعتبر الرضا كذلك ركنا في جميع العقود والتصرفات وهذا ما نجد من خلال نص المادة 59 القانون المدني «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»⁽²⁾، وهو الركن الوحيد لعقد الزواج وفق للمادة 09 ق الأسرة «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين».

وبالإضافة إلى ذلك فإن المتمعن في مواد قانون الأسرة بعد التعديل يجد تركيز المشرع على الرضائية عند الزواج شأنه في ذلك شأن باقي العقود المدنية، وذلك يبدو جليا من خلال صياغة المواد 4، 9، 10 و 33 من قانون الأسرة، فالمادة 4 تعرف عقد الزواج بأنه⁽³⁾ «عقد رضائي، والمادة 9 تنص على أساس قيام الزواج هو الرضا، والمادة 33 التي رتب البطلان فقط في حال انعدام الرضا بنصها «يبطل الزواج إذا احتل ركن الرضا»⁽⁴⁾.

2- شروط الرضا:

يشترط الفقهاء لصحة الإرادة في عقد الزواج أن تكون الإرادة جديّة، واعية وغير مشوبة بالإكراه أو عيوب الرضا، إغظافة إلى عدم التقييد بشرط ولا أجل.

أ: الإرادة الجديّة والواعية Volonté Consciente Et Sérieuse

الإرادة الجديّة هي: تتوفر على كل الشروط المتعلقة بالعقل، والأهلية، إضافة إلى الشروط الشرعية المرتبطة بعقد الزواج من الولي، والشهود أي الإرادة المختلفة عن الإرادة الهازلة أو

(1) نص المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان على أنه «لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه»، ونصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية على أنه «لا يعقد زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه»، ونصت المادة 16 من ميثاق اتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة سيداو سنة 1975 على أنه «للمرأة الحرية في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل».

(2) الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم

(3) بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 32.

(4) القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

الصورية، وأن يكون الرضا بات⁽¹⁾ وخال من كل تعليق إلى أجل، أو شرط⁽²⁾؛ بحيث يخضع إرادة الطرفين في تقبل العقد وآثاره كلها⁽³⁾.

ب- الإرادة الخالية من عيوب الرضا: حتى يكون بمعنى صيغة الزواج والركن الوحيد الذي يتم الانعقاد بموجبه وينتفي بانعدامه فإنه يخضع لشروط شكلية، وأخرى موضوعية

ج- مجردا من عيوب الإرادة:

معناه خلو الرضا من العيوب، وفي هذا المقام تبرز العلاقة بين قانون الأسرة، والقانون المدني لكون المشرع لم يتعرض إلى هذه العيوب من خلال قانون الأسرة⁽⁴⁾، كما أن أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بعيوب الإرادة لا نجد فيها تفصيل مستقل بأحكام الزواج، وإنما عبارة عن جزئيات متفرقة بين مختلف العقود المذكورة في أبواب الفقه، وعلى ذلك فبالرغم من الإحالة الموجودة في نص المادة 222 قانون الأسرة على العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يصعب على القاضي الإمام بما بسرعة، ودراستها وفق ما تقضي به إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية⁽⁵⁾، مما يستدعي الرجوع إلى أحكام قانون المدني باعتباره الشريعة العامة لفروع القانون الخاص؛ خاصة وأن التعديل الجزئي لقانون الأسرة سنة 2005 لم يتعرض لهذه العيوب؛ كما أنه لا يوجد نص على الإحالة إلى أحكام القانون المدني، وإنما وردت فقط من باب الاجتهاد القضائي⁽⁶⁾، وعلى العموم فإن العيوب التي يمكن أن تشوب الإرادة في عقد الزواج هي: الغلط، التدليس، والإكراه، والاستغلال.

1: عيب الغلط في عقد الزواج: ويعرف بعدة تعريفات منها: وهم يقوم في ذهن الشخص

(1) _ التعبير البات: هو التعبير الجاد النهائي، الذي لا هزل فيه لقوله ﷺ: "ثلاث جدهن جد، وهزلن جد، النكاح والطلاق، والرجعة"، وفي رواية أخرى ورد بلفظ العناق محل لفظ الرجعة، رواه أحمد وأبو داود والترمذي، وابن ماجه عن أبي هريرة رحمهم الله.

(2) _ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/10/17، ملف رقم 253111.

المجلة القضائية لسنة 2003، العدد الثاني، ص 280.

(3) _ الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج 3 ص 444

(4) _ المادة 222 من قانون الأسرة «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

(5) _ من ذلك التقيد بمواعيد الطعن للدعوى ومع مراعاة عدم تجاوز مدة العدة حسب المواد.

(6) _ الاجتهاد القضائي ويقصد به تطبيقات لمختلف درجات التقاضي سواء على مستوى المحكمة أو المجلس القضائي أو المحكمة العليا للزاعات الأسرية التي وجد فيها عيب من عيوب الإرادة.

الباب الأول: الفصل الأول: عملة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

يجمله على اعتقاد غير الواقع⁽¹⁾، ونص المشرع الجزائري على الغلط كعيب من عيوب الإرادة من خلال نص المواد 82، 83، 84⁽²⁾، من القانون المدني إذا اكتفت المادة 81 على تبين أثر الغلط في العقد وهو جعله باطلا أو قابلا للإبطال⁽³⁾.

فنصت المادة 82 قانون مدني على شروط الغلط والتي يمكن إسقاطها على عقد الزواج، وبالتالي يشترط في الغلط حتى يكون عيبا في الإرادة المبرمة لعقد الزواج أن يكون مؤثرا في صفاته الأساسية التي هي محل اعتبار في التراض كالغلط في شخص المتعاقد معه في عقد الزواج يشكل في الواقع موضوع العقد ذاته أي السبب الرئيسي للتعاقد وبذلك يكون العقد باطلا⁽⁴⁾، أو في صفة من صفاته الأساسية التي هي محل اعتبار في التراضي⁽⁵⁾ تطبيقا لنص المادة 81 من القانون المدني «يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله»⁽⁶⁾. إذا كان هذا هو الأثر عند فقهاء القانون، فقد ذهب فقهاء الشريعة من الحنابلة بأن من وقع في الغلط له الخيار بين الإمساك والفسخ، كمن تزوج امرأة على أنها مسلمة فاتضح أنها كاتبية، وذهب فقهاء الشافعية إذا تزوجت امرأة رجلا على أن له صفة معينة فخرج بخلافها ففيه وجهان: الأول: أن العقد باطل لأن الصفة المشترطة مقصودة لعينها، أما الوجه الثاني إن العقد صحيح؛ لأن مالا يفتقر العقد إلى ذكره وخرج بخلافها يبطل العقد كالمهر، ومن يشترط شروطا بعينه كالعمل والجمال...، فإن كان عليها في ذلك نقص فلها الخيار لأنه نقص في العقد لم ترضى به، وإن لم يكن عليها فيه نقص ففيه الوجهات الخيار وعدمه⁽⁷⁾.

ولعل الأخذ بالغلط كعيب من عيوب الإرادة عند عقد الزواج يجنب الزوجين الآثار المترتبة عند اكتشاف أحدهم لهذه العيوب⁽⁸⁾ مستقبلا كالمطالبة بالتطليق التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال نص المادة 2/53، سواء تعلق الأمر بالغلط في ذات المتعاقد، أو في

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ج 01 ص 70.

(2) الأمر رقم: 58/75، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(3) فيلال علي، الالتزامات نظرية العقد، ط الثانية 2008 الجزائر ص 127.

(4) القاسم محمد حسن، الالتزامات، ط الأولى، دار الجامعة لجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 274-275.

(5) السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق، منشورات محمد الداية، بيروت 1953، ص 104.

(6) الأمر رقم: 58/75، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(7) زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، مصر ط الثالثة، 2000، ج 07 ص 142.

(8) القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426 هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

صفة من صفاته وكانت هي الباعث الرئيسي للتعاقد ككون الزوجة عذراء، أو كون الزوج يعاني من العجز الجنسي... على اعتبار أن ذلك يعد من البواعث الرئيسية لعقد الزواج.

المتأمل في أحكام الفقه الإسلامي يجد أن الفقه المالكي من أكثر المذاهب توسعا فيما يتعلق بمسألة العيب⁽¹⁾.

2: عيب التدليس في عقد الزواج: يعتبر التدليس عيبا من العيوب التي تخل بصفة الإرادة ويعرف بعدة تعريفات منها:

استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد، وهو عيب قد يطرأ على العلاقة الزوجية عن طريق التقرير باستعمال الحيلة أو الخديعة للإيقاع بالطرف الآخر⁽²⁾. فالفرق بين الغلط والتدليس يتمثل في استعمال الطرق الاحتيالية، أي أن التدليس هو غلط مدبر للتأثير على الطرف الآخر، وحمله على التعاقد ولولا هذه الحيل لما قبل التعاقد معه⁽³⁾.

ففي مبادئ الفقه الإسلامي غالبا ما تستعمل مصطلحات مغايرة للتدليس في المبني إلا أنها متفقة معه في المعنى كالتغريب والضرر، فمن الناحية القانونية البحتة هو خطأ عمدي يستوجب التعويض وفقا لنص المادة 86 قانون مدني «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد»⁽⁴⁾.

نظرا لغياب النص عن التدليس في قانون الأسرة في مسألة الرضا، بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نص على التدليس في مسألة التعدد في المادة 08 مكرر 01 «في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق»، وكذلك أكد على جعله من الأسباب التي تتيح طلب التطليق من خلال المادة 6/53 من قانون الأسرة⁽⁵⁾.

ونظرا لكثرة استعمال الحيل والخديعة في مجال الزواج فقد يعد تعديا يستوجب التعويض وفق المادة 124 من القانون المدني التي تعد القاعدة العامة للتعويض «كل فعل أيا كان يرتكبه

(1) _ بباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 202

(2) _ سراج محمد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، سعد سمك للنشر والطباعة، الإسكندرية، ص 82

(3) _ ابن جزري، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، 1982 ص 158.

(4) _ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(5) _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقرون القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض⁽¹⁾، وقد يؤدي الالتزام بآثار التدليس في القانون المدني كقاعدة عامة إلى الحكم حينها ببطان عقد الزواج، أو جعله قابلا للإبطال وهذا نتيجته تمزيق معظم الأسر، خاصة وأن كلا من الرجل والمرأة يضل يلبس قناع الأفضل طيلة مدة الخطوبة، وقد يستمر الحال كذلك طيلة فترة العقد، كأن يظهر الرجل الكرم، والسخاء...، أو أن تظهر المرأة الطاعة، والقناعة، و...، ثم تظهر الحقيقة على خلاف ذلك، فالأخذ بفكرة الإبطال في الزواج ينتج عنه تهديم الأسر؛ فكان الأولى الأخذ بنسبة الضرر وتطبيق فكرة المسؤولية التقصيرية؛ وبالتالي الحكم بالتعويض⁽²⁾.

ولعل قصر المشرع الجزائري للتدليس على مسألة التعدد فقط يعد تقصيرا سيما مع كثرة انتشار الحيل، والكذب والتضليل في وقتنا الحاضر من جراء ضعف الوازع الأخلاقي لدى بعض الأشخاص، وكذا تيسير وسهولة إقامة العلاقات عبر استخدام وسائل الاتصال الحديثة.

كما أن الإحالة الموجودة في نص المادة 222 من قانون الأسرة⁽³⁾ على أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص؛ تصعب من مهمة القاضي للفصل في النزاع في حال وجود التدليس لأنه سيغرق لا محالة في التفريعات، والتفاصيل الفقهية المتعلقة بخيار العيب وخيار الشرط، ومسائل الفسخ المتعلقة بهما، وهذا ما لا يتفق مع المواعيد الإجرائية للفصل في النزاعات المتعلقة بالزواج⁽⁴⁾.

فلو أن المشرع هنا نص على أحكام العيوب مستقلة في قانون الأسرة أو نص على الإحالة على القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

إذ أن فقهاء الشريعة الإسلامية جعلوا التدليس من الأسباب التي تمنع الطرف المغرر به الحق في طلب الفسخ، ويدخل في ذلك كتمان أحد الزوجين عيبا، أو حقيقة هامة ما كان ليقبل بالعقد لو علمها قبل انعقاده، وهو من أسباب الخيار في الزواج، ودليل ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «أما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجد بها برصا أو جنونا أو جذاما، فلا صدق

(1) _ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(2) _ خالد تومي، أعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، موقع إنترنت، بتاريخ: 2014/6/5

(3) _ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة، المرجع السابق، 163.

(4) _ فالدعوى القضائية مقيدة باجراءات، ومواعيد يجب مراعاتها منذ رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم وتنفيذه.

الباب الأول: الفصل الأول: عمالة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

بمسيس إياها، وهو له على من غره منها»⁽¹⁾.

3: عيب الإكراه في عقد الزواج: الإكراه في الاصطلاح هو ضغط مادي أو معنوي⁽²⁾.

يولد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد والإكراه بجانبه المادي والمعنوي يمس حرية الإرادة في إبرام العقود.

فهو بهذا المفهوم قد جرد عقد الزواج من ركنه الوحيد ألا وهو الرضا، فيكون هو الدافع إلى إبرام العقد ولولا وجود هذا الإكراه لم يتم العقد، ولقد ورد النص على هذا المعنى من خلال نص المادة 88 قانون مدني «التي تشترط أن يكون الخطر المهدد به جسيما ومحققا»⁽³⁾.

فشرطه الأول هو وجود الضغط النفسي نتيجة الإكراه بمختلف صورته الذي يولد رهبة في الطرف المتعاقد.

الشرط الثاني: هو أن تحمل هذه الرهبة التي يولدها الإكراه المتعاقد على إبرام العقد، والشرط الثالث هو أن تصدر الوسيلة المكرهه من المتعاقد الآخر أو أن تكون متصلة به، أو أنه لولا هذا الإكراه لما تم العقد.

ولقد تناولت المذاهب الفقهية هذه المسألة بالدراسة والتفصيل، واعتبرت عقد الزواج الذي يتم تحت طائلة الإكراه باطلا، ولم يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج، لخلوه من الرضا، الذي هو أساس عقد الزواج وتم الاستدلال على ذلك بعدة أدلة من القرآن والسنة، فمن القرآن قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآءَاتِيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَنَحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾⁽⁴⁾

ومن السنة النبوية عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا له كارهة فقال صلى الله عليه وسلم: «أمرك بيدك، قالت: أجزت

(1) _ فراج أحمد حسن، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2004 ص 115.

(2) _ الإكراه المادي : ويكون بالضرب أو العنف.

(3) _ فيما يخص قياس وتقدير درجة الجسامة التي تولد الرهبة في نفس العاقد فهي مسألة متروكة لقاضي الموضوع، والعبارة في حالة المكره النفسية ، ولو كانت الوسيلة المستعملة غير جدية.

(4) _ سورة النساء، الآية رقم: 19.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ما فعل أبي لكن فعلت ذلك لأعلم النساء أن ليس للرجال من ذلك أمر».

وقوله ﷺ في الحديث.... قال رسول الله ﷺ: «إن الله وضع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽¹⁾.

والمشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، وعليه فعقد الزواج لا ينعقد بالضغط والإكراه هذا الأخير الذي يتصور أن يكون من ولي المرأة أو من الغير.

ولقد اتجه المشرع الجزائري إلى إلغاء ولاية الإيجاب⁽²⁾ من خلال إلغاء نص المادة 12 قانون الأسرة، وإلغائها بالنسبة للمرأة الراشدة من خلال المادة 1/11 «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره»⁽³⁾.

وأكدت ذلك الفقرة 2 من المادة 33 «إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حاله وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل»، فأبقى المشرع على ولاية المشاركة بالنسبة للقاصرة فقط من خلال المادة 2/11، إلا أن هذا الإبقاء جاء مقيدا بشرط انعدام الإكراه على تزويجها إذ نص في المادة 13 «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها»⁽⁴⁾.

فحتى لو أشرف على تزويج القاصر فإن ذلك مقصور على عدم إكراهها رغم إرادتها، وقد يكون الإكراه ماديا كالضرب أو العنف مثلا، أو معنويا كالتهديد بإيقاع ضرر ما فإذا كان أحد الزوجين تحت طائلة الإكراه قد يتعاقدا توكيا لهذا الضرر فالعقد هنا يكون قابلا للإبطال تطبيقا لنصوص قانون الأسرة لانعدام ركن الرضا⁽⁵⁾.

وتأكد موقف المشرع الجزائري العديد من اجتهادات المحكمة العليا التي نذكر منها القرار

(1) _ رواه ابن ماجه والحاكم في المستدرک، ج 2، ص 198.

(2) _ ولاية الإيجاب : وهي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه فيه أحد، وتثبت عند الفقهاء للصغير والمجنون وأضاف المالكية والشافعية والحنابلة البكر حتى ولو كانت بالغة.

(3) _ القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

(4) _ القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

(5) _ بلحاج العربي، حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ، 1990، العدد الأول، ص 216.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقرون القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

«...يطل الزواج بانعدام ركن الرضا وأنه لا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج»⁽¹⁾.

والقرار «أنه لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها رغم معارضتها له، أو عدم رضاها به»⁽²⁾.

4: عيب الاستغلال في عق الزواج: هذا العيب كان في السابق ينحصر في الغبن وهو يخص الجانب المادي والذي يراد به عدم تعادل البدل في محل العقد لا في الإرادة⁽³⁾، إلا أن هذا المفهوم تطور في العصر الحديث إلى نظرية الاستغلال النفسي حيث أن جانب الاحتفاظ بنظرية الغبن في الحالات المحددة التي نصت عليها، حيث إلى جانب عدم التعادل في التعاقد يقوم عنصر آخر وهو العنصر النفسي المبني على استغلال الضعف النفسي للمتعاقد، وهذا المفهوم الأخير يمكن تطبيقه على عقد الزواج فقد نص المشرع في المادة 90 من القانون المدني⁽⁴⁾. «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متقاربة كثيرا في النسبة مما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا⁽⁵⁾ بينا أو هوى جامحا⁽⁶⁾، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد»، ومن ملاحظة العنصر النفسي وشروطه نجد أنها يمكن تطبيقها على عقد الزواج.

فشروط هذا الاستغلال المعنوي الثلاثة من:

أ/ وجود طيش أو هوى عند أحد المتعاقدين.

ب/ استغلال المتعاقد للطيش أو الهوى المتعاقد الآخر.

جـ/ أن يكون الاستغلال هو الذي دفع الجنون إلى التعاقد، وبذلك نلتقي الاستغلال مع

(1) _ المجلة القضائية 2003، العدد الثاني، ص 267، ملف رقم 249128، المؤرخ في 18/07/2000.

(2) _ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 415123، المؤرخ في 12 مارس 2008.

(3) _ العقد باعتباره مصدرا للالتزام.

(4) _ القانون رقم : 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم لأمر 58/75، المتضمن القانون المدني.

(5) _ الطيش هو : الخفة، والتسرع، وسوء تقدير عواقب الأمور.

(6) _ الهوى: هو الميل القلبي الجامح الذي يتضمن غلبة العاطفة وضعف الإرادة ويتصور الهوى بالنسبة لعقد الزواج بينما بالنسبة للشباب أين يكون ناقوس العاطفة متقدما فقد تم استغلال هذا الجموع العاطفي من المتعاقد الآخر سواء أكانت المرأة أو وليها.

باقي عيوب الإرادة⁽¹⁾.

وبالجمع والمقارنة بين أحكام قانون الأسرة وقانون المدني فيما يتعلق بعيوب الرضا، نجد أنه ومع إمكانية تطبيق هذه العيوب في حال ورودها على عقد الزواج باعتباره عقدا من العقود إلى أن الإشكال يثور بالنسبة إلى احتساب آجال التقادم، فالملاحظ أن القانون المدني الجزائري أطل كثيرا مدد تقادم دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه ورفعها إلى سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه، حسب المادة⁽²⁾ 101، وفي ذلك عدم استقرار المعاملات بين أفراد المجتمع، إذ كيف يتصور أن يظل من تعاقد مع الغالط مهددا بإبطال العقد لمدة خمس سنوات، مع إمكانية امتدادها إلى عشر سنوات من يوم إتمام العقد في حال عدم اكتشاف نقص الأهلية لمثل هذه الأسباب.

ومن ثم يمكن مجارة ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية في هذا الشأن، والعمل على النص على تقليص المدة بأن يكون للطرف المتضرر من عيوب الإرادة في مجال، وأن حدود تطبيق القواعد العامة على هذه العيوب، وتأسيس ذلك على أحكام المادة 222 قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون وقواعد القانون المدني، وذلك نظرا لخصوصية الضوابط القانونية المعمول بها في مجال الروابط الأسرة مقارنة مع تلك المعمول بها في المعاملات المالية ذات الطابع المدني، لأن خصوصية عقد الزواج تحتم ذلك، وأن القول بإدخال عيوب الرضا بالنسبة لهذا العقد لا يعني تأثيره بصفة كلية بأحكام عيوب الإرادة في القانون المدني.

د: مستويات تطبيق قواعد عيوب الإرادة على عقد الزواج. ويمكن تلخيصها في النقاط

الآتية:

1: على مستوى الجزاء المترتب على الرضا المعيب: أثر الإرادة المعيبة في القانون المدني

هو الحق في إبطال التصرف، وقد يكون هذا الإبطال مطلقا أو نسبيا⁽³⁾.

(1) _ بلحاج العربي، النظرية العامة في الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ج 01، ص 84-85.

(2) _ نص المادة 101 قانون مدني «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات.

يبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد».

(3) _ الإكراه فيما يتعلق بزواج القصر، المادة 02/11، وكذا المادة 13 ق أ ج.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

أما بالنسبة لنصوص قانون الأسرة، فبالرغم من أن المشرع أدخل الإكراه والتدليس⁽¹⁾. كعبيين من عيوب الرضا فإنه لم يرتب على وجودهما إبطال التصرف الذي جاء معيبا، ويمكن تفسير إدخال المشرع الجزائري لهما في طلب الفسخ عند عقد الزواج مرده التشبث الخاص لأحكام الفقه الإسلامي، باعتبارها لا ترتب الفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، لكون ذلك خاص بالنظرية التقليدية القانونية⁽²⁾، لذلك نص على الفسخ ولم ينص على إبطاله في حال اشتماله على العيوب⁽³⁾.

وذلك راجع إلى أن المشرع لم يتناول الفسخ كأثر مترتب على عدم صحة العقد في قانون الأسرة بالطريقة نفسها في القانون المدني⁽⁴⁾.

2: على مستوى آجال رفع دعوى الطعن في التصرف المعيب:

القاعدة العامة في القانون المدني عند المشرع أن فوات الزمن يسقط دعوى إبطال التصرف المعيب حيث يترتب على ذلك الفوات دون رفع دعوى الإبطال أو صحة التصرف، على اختلاف بين هذه المواعيد الخاصة بكل عيب على أن دعوى الإبطال كقاعدة عامة تقتضي مضي خمس عشرة سنة بالتقادم من وقت إبرام التصرف القانوني⁽⁵⁾.

بينما المشرع في قانون الأسرة لم يحدد مدة لسقوط الحق في رفع دعوى فسخ عقد الزواج المشوب بعيب من العيوب المنصوص عليها، وذلك حفاظا على استقرار الأسر، وعدم جعلها عرضة للتهديد بانهلال بناء على مواعيد بعينها كون أن الرضا والصيغة عند المشرع تمتاز بالتأييد.

(1) _ بالتدليس فيما يتعلق بالرضا بالزواج بأكثر من واحدة، م 8 ومكرراتها ق أ ج.

(2) _ السنهوري عبد الرزاق، الوجيز في الدواوين العامة للإثبات، منشأة المعارف 2004، ص 13.

(3) _ حتى وإن كان المشرع الجزائري نص على النكاح الفاسد والباطل في الفصل الثالث من الكتاب الأول إلا أن البطلان رتبه بوجه عام من خلال المادة 32 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 «يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»، كما رتبه على انعدام ركن الرضا دون الإشارة إلى وجود العيوب هل هي مؤثرة على صحتها من عدمها، إذ جاء النص 01/33 من ق أ ج «يبطل الزواج إذا احتل ركن الرضا».

(4) _ عبد الكريم الطالب، التزاعات المدنية لمدونة الأسرة، مجلة المحاكم المغربية، عدد رقم 106، يناير-فبراير سنة 2007، ص 30-31.

(5) _ نص المادة 101 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية عن اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة انقطاع الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه، إذا انقضت عشرة 10 سنوات من وقت تمام العقد».

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ومجرد التفكير في التعليق بعمدة معينة يشكل تهديدا لاستقرار العلاقات الأسرية التي تختلف عن المعاملات المالية⁽¹⁾.

3: على مستوى عدم تأثير بعض التصرفات بفساد الرضا:

القاعدة العامة في المعاملات المالية أن أي تصرف قانوني يلزم أن تؤثر فيه شروط صفته التي تتطلب بدورها صدور الرضا من غير أن يكون مشوبا بعيب من عيوب الإرادة التي تفسده، وإلا يترتب على ذلك الحق في طلب إبطاله، فإن هذه القاعدة يرد عليها الكثير من الاستثناءات في المجال الأسري، فمثلا تحديد المشرع الجزائري لشروط معينة لا يتم عقد الزواج في حالة التعدد إلى بموجبها، من خلال نص المادة 08 من قانون الأسرة، يجعل حسب القاعدة العامة أنه في حالة وجود عيب أطلق عليه المشرع -التدليس- بدل الغش فإنه تبعا للقاعدة يترتب عليه إبطال عقد الزواج الذي وجد فيه هذا العيب⁽²⁾.

ولكن المتبع لنص المادة 8 مكرر يجد أن المشرع نص «في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق»، إذ لا يمكن الطعن في صحة عقد الزواج عن طريق التعدد بالرغم من أن الإرادة فيه جاءت معيبة بعيب التدليس في التعدد.

ومما سبق نستنتج أن استعمال المشرع لبعض عيوب الإرادة في مجال الأسرة بطرح إشكالية، هو مدى إمكانية الرجوع إلى نصوص القانون المدني في كل مسألة لم تكن محل تنظيم تشريعي في مجال الأسرة، وحتى بالرجوع إلى أحكام القانون المدني، فإن طبيعة الأسرة ونوع العلاقات التي يربتها عقد الزواج المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية المبني على المكارمة فلا يتلاءم مع الأحكام المتعلقة بالالتزامات والعقود المدنية التي أساسها المشاحنة، كما أن هناك صعوبة أخرى عملية تظهر وهي الاختصاص القضائي لمعالجة النزاع وهو القسم المدني والنصوص الإجرائية التي تحكمه أم هو قسم شؤون الأسرة⁽³⁾.

(1) _ طالب عبد الكريم، النزاعات المدنية المدونة الأسرة، مجلة المحاكم المغربية، عدد رقم 106، يناير فبراير سنة 2007، ص31.

(2) _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(3) _ المواد من 423 إلى 499 المتعلقة بشؤون الأسرة.

ثالثاً: الأثر المترتب عن غياب الرضا في عقد الزواج:

حتى يكون عقد الزواج صحيحاً، وتترتب عليه جميع آثاره، يجب أن تتوفر فيه كل أركانه، وشروطه فإذا اختل واحد منها أثر ذلك على طبيعة العقد وعلى نتائجه، وعقد الزواج في الفقه الإسلامي أو القانوني؛ لا يمكن أن يكون إلا ضمن وصف واحد من ثلاثة أوصاف مقسمة حسب استيفاء العقد لأركانه وشروطه الأساسية، أو عدم استيفائه لها.. وهذه الأوصاف التي تضاف إلى عقد الزواج هي زواج صحيح، أو زواج فاسد، أو زواج باطل⁽¹⁾.

الحكم بفساد عقد الزواج وبطلانه: قبل التطرق إلى الوصف الذي ينطبق على عقد الزواج الخال من ركن الرضا نتعرض إلى تعريف كل من الفساد والبطلان في اللغة، ثم نعرفهما في اصطلاح فقهاء الشريعة والقانون، ثم نتعرض إلى التمييز بينهما في عقد الزواج عند تخلفه.

1: تعريف الفساد والبطلان:

نتناول تعريف الفساد والبطلان في اللغة، ثم في الاصطلاح لدى فقهاء الشريعة والقانون.

تعريف الفساد والبطلان لغة:

أ- تعريف الفساد: فسد يفسد فساداً فهو فاسد وهو نقيض الصلاح، إذ المفسدة ضد المصلحة⁽²⁾ لقوله تعالى: ﴿وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾⁽³⁾. وفسد الشيء بطل، كقولنا فسد العقد ونحوه. بمعنى بطل⁽⁴⁾. لقوله عز وجل ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾⁽⁵⁾.

ب- تعريف البطلان لغة: بطل الشيء يبطل بيمعنى ذهب ضياعاً وخسراً، وجمعه أباطيل وهو نقيض الحق⁽⁶⁾. لقوله تعالى ﴿فَوَقَعَ الْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾⁽⁷⁾.

- وبناء على التعريفات اللغوية للفساد والبطلان، يظهر أن اللفظين متداخلين من حيث معانيهما، إذ قد يطلق البطلان ويراد به الفساد، والعكس صحيح.

(1) _ سعد عبد العزيز ، المرجع السابق، ص 184.

(2) _ ابن منظور ، المصدر السابق، باب فسد ج 05 ص 3412.

(3) _ سورة المائدة، الآية 33.

(4) _ أبو جيب سعدي، القاموس الفقهي، ط الثانية، دار الفكر بيروت، 1988، ص 285.

(5) _ سورة الأنبياء، الآية 22.

(6) _ ابن منظور ، المصدر نفسه، باب بطل، ج 01 ص 302 - 303.

(7) _ سورة الأعراف، الآية 118.

2: تعريف الفساد والبطلان اصطلاحاً:

ونتناول تعريفهما الاصطلاحي لدى علماء الشريعة والقانون كما يأتي:

أ- الفساد والبطلان عند علماء الشريعة:

الفساد والبطلان عند علماء الشريعة يختلف مدلولهما بين الجمهور، والحنفية فالفساد والبطلان مترادفان في المعنى عند الجمهور وفي ذلك يقول الآمدي⁽¹⁾: البطلان هو نقيض الصحة، وأما الفساد فمرادف للباطل عندنا⁽²⁾.

ولأجل ذلك عرف كل من الفساد والبطلان بمعنى واحد في الشرع، وهو ما يقابل الصحيح.

وعرفه السبكي⁽³⁾ بقوله: الباطل هو: الذي لا يترتب أثره عليه، والبطلان والفساد لفظان مترادفان⁽⁴⁾.

أما الحنفية فقد وافقوا جمهور الأصوليين في ترادف الفساد مع البطلان في باب العبادات، وفرقوا بين الفساد والبطلان في العقود فذكر الآمدي تعريف الفاسد بأنه: ما كان مشروعاً بأصله ممنوعاً بوصفه كبيع مال الربا بجنسه متفاضلاً⁽⁵⁾.

ومما سبق نجد أن جمهور الفقهاء لم يفرقوا بين البطلان والفساد، فمعناهما واحد وهو الذي لا يترتب أثره عليه.

أما الحنفية فقد وضعوا مرتبة ثالثة بين الصحيح، الذي هو مشروع بأصله ووصفه جميعاً وبين الباطل الذي لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، وهي مرتبة وسط أطلقوا عليها تسمية الفاسد⁽⁶⁾.

(1) _ الآمدي هو: علي بن أبي محمد بن سالم سيف الدين، كان حنبلي ثم اتبع المذهب الشافعي، أصولي متكلم من مصنفاته: الأحكام في أصول الأحكام، وغاية المرام في علم الكلام.

(2) _ الآمدي سيف الدين، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية بيروت. 1983م ج 01 ص 113.

(3) _ السبكي: علي عبد الكافي بن علي، الشافعي عالم في الفقه والتفسير والأصول والحديث، توفي سنة 756 هـ من مصنفاته الإجماع في شرح المنهاج، لدر النظيم في تفسير القرآن العظيم، كحالة عمر رضا، المصدر السابق، ج 02 ص 461.

(4) _ السبكي علي بن عبد الكافي، الإجماع في شرح المنهاج، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة 1401هـ 1981م. ج 1 ص 69.

(5) _ الآمدي سيف الدين، المصدر نفسه، ج 01 ص 11.

(6) _ ابن الهمام كمال، المصدر السابق ج 02 ص 147.

ب — تعريف الفساد والبطلان في الفقه القانوني:

كلمة الفساد ترد لدى فقهاء القانون بوجه عام عند تعرضهم لنظرية الالتزام، أما كلمة البطلان فقد اعتنى بها فقهاء القانون وعرفوها بعدة تعريفات نذكر منها ما يأتي:

* عرفه السنهوري بقوله بطلان العقد: هو الجزء الذي يرتبه المشرع على عدم استجماع العقد لأركانها كاملة مستوفية لشرائطها⁽¹⁾.

* وعرف بأنه الجزء القانوني على تخلف ركن من أركان العقد، أو عدم توافر شرط من شروط صحته، ويترتب عليه انعدام أثر العقد سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

والملاحظ لهذين التعريفين يجد أنهما يتفقان على أن البطلان هو الجزء المترتب على اختلال أركان العقد، وشروط صحته، والمتمثل في انعدام الآثار المترتبة عنه.

كما يلاحظ اتفاق الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي في التفرقة بين شروط الانعقاد، والأركان في إنشاء العقود⁽²⁾.

ويمكن تحقيق هذه المسألة في التمييز بين الفساد والبطلان في عقد النكاح عند اختلال أحد الشروط، أن عقد الزواج الفاسد هو عقد باطل مقترن بشبهة وذلك:

- أن الباطل والفساد من الأنكحة في نظر فقهاء الحنفية أنفسهم لا فرق بينهما من حيث الانعقاد وعدمه، فكلاهما غير منعقد.

وأن الفرق بينهما إنما هو في وجود شبهة كافية لإسقاط عقوبة الحد في أحدها، وعدم وجود هذه الشبهة في الآخر.

ففي الحالات التي ترافقها تلك الشبهة يسمى النكاح غير المنعقد فاسداً، فتثبت فيه آثار الدخول التي تثبت في كل وطء بشبهة وهي: المهر، والعدة، والنسب.

وفي الحالات التي تتجرد عن الشبهة يسمى باطلاً، بأن يعتبر الدخول الذي يعقبه زنا تجب فيه عقوبة الحد الشرعي، ولا يثبت فيه شيء من آثار النكاح أصلاً.

فتسميه هذا بالباطل، وذلك بالفساد إنما هو لأجل الدلالة على ثبوت هذه الآثار المحدودة،

(1) _ السنهوري، الوسيط في القانون المدني، المصدر السابق، ج 1 ص 486-487.

(2) _ سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، دار المعرفة الجامعية. مصر. 1994. ج 1 ص 225 - 226.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

أو عدم ثبوتها، وليست هذه التسمية للدلالة على الانعقاد كما في المعاملات المالية المستعار منها لفظ الفاسد⁽¹⁾.

ومما سبق في مسألة التمييز بين فاسد النكاح وباطله، نستنتج أنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده عندهم.

بل حتى أن فقهاء الحنفية الذين فرقوا بين الباطل والفاسد في المعاملات المالية، فإنهم في النكاح لم يفرقوا بينهما من حيث الانعقاد، إذ لا فرق بينهما في عدم الانعقاد، لأن تلك الأحكام الاستثنائية التي تترتب على وطء الشبهة وهي: المهر، والعدة، والنسب، لا تستلزم الانعقاد⁽²⁾.

فبالنسبة لأثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة، تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في نص المادتين 32 و33 من قانون الأسرة والتي يمكن التطرق إليها كما يلي:

بطلان عقد الزواج: نص المشرع 32 من قانون الأسرة على أنه «يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد» وتنص المادة 33 منه⁽³⁾ على هذه الحالة وهي أنه يترتب البطلان إذا ما تخلف ركن الرضا وبالتالي فهو منعدم ولا ينتج عنه أي أثر، فالملاحظ أن المشرع الجزائري موقفه يتماشى ومبادئ الفقه الإسلامي في جعل عقد الزواج الخال من الصيغة، أو المنبثق عن الإكراه في حكم العدم⁽⁴⁾.

البند الثاني: شروط صحة الزواج الفقه الإسلامي فيتم في هذا العنصر دراسة شروط صحة الزواج بشكل غير موسع وذلك بالاختصار على العناصر التي تشكل نقاط تداخل مع فروع القانون الأخرى.

أولاً: الصداق: وذلك من خلال الإشارة إلى تعريفه

تعريف الصداق لغة واصطلاحاً

أ- **في اللغة:** يعرف الصداق لغة بأنه: «دفع مال المشهر بالزوجة في الزواج»⁽⁵⁾.

(1) _ الزرقا مصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، المرجع السابق، ص34.

(2) _ فراج أحمد حسن، أحكام الزواج في الإسلام، دار الجامعة الجيدة، الإسكندرية 2004، ص120-121

(3) _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(4) _ محدة محمد، المرجع السابق، ص135-136.

(5) _ المعجم الوسيط، ط الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر ص.51

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ب- في الاصطلاح: تعددت التعاريف الفقهية للصداق، وكلها تدور حول معنى واحد، وهذه بعضها:

حيث عرفه الحنفية بأنه: «اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع»، واعترض بعدم شموله للواجب بالوطء بشبهة، ومن ثم عرفه بعضهم بأنه: «اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء»⁽¹⁾.

وعرفه المالكية بأنه: «ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع»⁽²⁾.

وعند الشافعية هو: «ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا». سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر⁽³⁾. كما عرفوه بأنه: «العوض المستحق».

فقد ذهب فقهاء الشريعة من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة إلى قصره على ما يعطي للمرأة مقابل الاستمتاع بها أي مقابل منافع البضع وفي الحقيقة هو كل ما يبذل للمرأة من طيب عن طيب نفس نظير العقد عليها- فهو منحة تقدير للمرأة بسبب الزواج تحفظ لها حياتها وكرامتها، وليس مجرد عوض عن الاستمتاع بدليل أنه كلما قلت قيمته كلما زادت خيرته وبركته على الأسرة لقول النبي ﷺ: «تيسروا في الصداق»⁽⁴⁾. فهو عربون مودة من الزوج إلى زوجته، واختلف الفقهاء في تحديد طبيعته بين اعتباره من شروط الزواج، ومن اعتبروه واجب ومن اعتبره أثرا من الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج⁽⁵⁾.

يرى المالكية بأنه ركن من أركان عقد الزواج والمقصود بذلك أنه لا يجوز اشتراط إسقاطه. أما جمهور الفقهاء فهو أثر من آثار الزواج ومن ثمة يجوز انعقاد الزواج من غير ذكر الصداق. بمعنى لا يتوقف وجود عقد الزواج ولا صحته شرعا على ذكر المهر فيه؛ بل يثبت الصداق بمجرد العقد الصحيح عند المالكية لو اتفق الطرفان على إسقاط الصداق فالزواج باطل وقد استند الفريق الثاني بقوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾

(1) _ ابن عابدين: رد المحتار ج، 3/100-101

(2) _ الدردير: الشرح الصغير، 1/409

(3) _ الشريبي: مغني المحتاج، 3/291

(4) _ أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج06، ص174، رقم الحديث 10398.

(5) _ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص250.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

والمقصود بالفريضة في هذه الآية هو الصداق وقد نفى الله سبحانه وتعالى الإثم على من طلق زوجته قبل أن يسمى لها مهرا أو قبل الدخول، ومع العلم أن الطلاق لا يقع إلا في الزواج الصحيح ومن ثمة فإن الزواج الذي يتم بدون تسمية المهر فهو الصحيح.

المشرع الجزائري إلى اعتباره في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة شرطا من شروط عقد الزواج، وقد تناولت موضوع الصداق المواد: من 14 إلى 17 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

تنص المادة 14 قانون الأسرة على أن "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، وهذا ما أكدته المادة 2/15 المعدلة من ذات القانون بقولها: «في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل» بينما المادة 2/33 تنص على «إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل».

أما شروط الصداق: فيجب أن يكون المهر مالا متقونا شرعا، مقدورا على تسليمه على أن يكون المهر معلوما.

غير أن العلاقة تظهر من خلال نص المادة 17 من قانون الأسرة وذلك حال معالجة النزاع المتعلق بمشاكل الزوجين حول الصداق من حيث الاختلاف بينهما حول طبيعته، أو مقداره، أو مدى توفر القبض من عدمه... من خلال نصوص الإجراءات المدنية كنص المادة 423 الفقرة 2 منه، وكذا بقية نصوص هذا القانون المتعلقة بكيفية ممارسة هذه الدعوى وصولا إلى طرق الإثبات ووسائل، وإجراءات تنفيذ الحكم من خلال نصوص القانون المدني⁽²⁾.

فالمهر أو الصداق يعد من الآثار أو الحقوق المالية الخالصة للزوجة والصداق لغة يطلق ويراد به مهر المرأة لقوله تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁽³⁾. فيقال أصدق المرأة حين تزوجها أي جعل لها صداقا، سواء ذكرت بفتح الصاد أو بكسرها⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

⁽²⁾ _ كالمواد 330 وما بعدها المتعلقة بالإثبات الواردة في القانون المدني.

⁽³⁾ _ سورة النساء، الآية رقم 04.

⁽⁴⁾ _ الرازي، مختار الصحاح، المرجع سابق، ص 302-304 ، وكذا ابن منظور، المصدر سابق، مادة صدق، ج 10، ص 197.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أنه لم يجعل الصداق ضمن آثار الزواج إذ نص عليه ضمن شروط صحة الزواج من خلال نص المادة 09 مكرر، وفصل في أحكامه من خلال المواد من 14 إلى 17 من قانون الأسرة من خلال تعريفه وذكر أنواعه والإشارة إلى كيفية حل النزاع المتعلقة به⁽¹⁾.

ج- الاختلاف في الصداق

الأول: الخلاف بين الزوجين: وذلك بأن يدعي أحد الزوجين تسمية مقدار معلوم مهرا كخمسين ألف دينار مثلاً، بينما ينكر الآخر أصل التسمية أي ينكر وجود تسمية أصلاً.

فالقاعدة هنا أن البينة على من ادعى التسمية واليمين على من انكرها عملاً بالقاعدة: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»⁽²⁾. فإذا أقام مدعي التسمية البينة على دعواه قضي له بالمهر المسمى، وإن عجز عن إقامتها، وجه اليمين بناء على طلبه إلى المنكر، فإن نكل عن اليمين حكم بالمسمى لأن نكوله عن اليمين إقرار ضمني بدعوى الخصم، أما إذا حلفها حكم للمدعى بمهر المثل.

هذا إذا وقع الخلاف أثناء قيام الزوجية، سواء حدث قبل الدخول أو الخلوة أو بعدها، وكذا إذا وقع الطلاق بعد الدخول أو الخلوة. أما إذا وقع الخلاف بعد الطلاق قبل الدخول أو الخلوة، وثبتت التسمية بالبينة أو النكول وجب نصف المسمى، وإن لم تثبت التسمية وجبت المتعة على ألا تزيد على نصف ما ادعته إن كانت هي المدعية، وألا تنقص عن نصف ما ادعاه إن كان هو المدعي⁽³⁾.

الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر: يسري على الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، ما يسري على الخلاف بين الزوجين، لأن ورثة أحدهما يقوم مقامه، ولأن المهر لا يسقط بالموت.

غير أن المنكر إذا كان من الورثة فإنه لا يحلف على عدم التسمية، وإنما يحلف على نفي العلم بالتسمية، أي يقسم على أنه لا يعلم أن المهر سمي من الجانب الآخر سواء كان الخلاف في المسمى كأن تدعي الزوجة أن المسمى سبعين ألف دينار بينما يدعي الزوج أن المسمى عشرون

(1) _ الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

(2) _ المحكمة العليا، غ.أ.ش 12/01/1987، م ق 1989، 2، ص 65/97، 1 م ق 1990، 4، ص 80.

(3) _ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع 1996 ص 380.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقرون القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ألف دينار، ومنه أيضا اختلاف الزوجين في جنس المهر كأن يقول تزوجتك هذه السيارة وتقول هي على أثاث أو سكن

أم كان الخلاف في قبض الصداق، فالقول للزوجة مع اليمين وإن صرفت اليمين عليه حلف وبرئ منه، فإن نكل حكم لها. وإن كان الخلاف بعد الدخول فالقول للزوج مع اليمين، لأن الغالب أن المرأة لا تسلم نفسها حتى تقبض صداقها، وهذا هو العرف السائد⁽¹⁾.

أم كان الخلاف في صداق السر والعلانية: إذ قد يتفق المتعاقدان سرا على مهر قبل العقد، ثم يعلنان عند العقد مهرا آخر غالبا ما يكون أكثر، وإن اختلفت الدوافع إلى هذا التصرف فقد يكون التعالي والتفاخر، وقد يكون العكس بأن يتم الإعلان على مبلغ أقل بغية الستر أو الخشية من الحسد... إلخ فهو صداق صوري فلا عبرة به والزوج مطالب بصداق السر، أما في حالة النزاع عند تمسك الزوج بصداق السر وتمسك الزوجة بصداق العلن، فالقول للزوجة ويلزم الزوج بدفع الصداق المعلن عليه لأنه الشيء الذي يشهد له الظاهر.

د- إثبات الصداق في التشريع الجزائري.

فيما يتعلق بالمنازعات التي تثور بشأن الصداق أخذ المشرع في نص المادة: 17 «في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين». وفي ذلك توافق مع المذهب المالكي.

ويمكن إرجاع سبب هذه الاختلافات التي تثير إشكالات عملية في الواقع إلى العرف من حيث عدم الاتفاق على المسميات بين الشرط، والمهر، ومبالغ الحناء... وغيرها من المسميات التي هي من صميم الصداق هذا من جهة⁽²⁾.

و من جهة أخرى أن أكبر نسبة تحرير عقود الزواج تتم أمام ضابط الحالة المدنية، ومهمة هذا الأخير هي تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية فقط، دون تحديد قيمة الصداق أو الشروط المالية وغيرها مما يخلق عجز في الإثبات في حال النزاع.

و تفاديا لضياح الحقوق يمكن إلزام محرري عقد الزواج بضرورة توعية المقبلين على الزواج

(1) _ حداد عيسى، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار عناية، 2006.

(2) _ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18/06/1991، ملف رقم، 15 735 م ق، 1992 ص. 69.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

بمخاطر عدم التصريح بقيمة الصداق، وإن كان الصداق مؤجلاً⁽¹⁾.

ثانياً: الإشهاد في عقد الزواج

1 مفهوم الإشهاد لغة: لفظ الإشهاد مشتق من مادة شهد والتي لا يخرج مدلولها عن المعاني الآتي:

العلم: الحضور: شهد المجلس أي حضره، وقوم شهود حضور⁽²⁾، المعايينة: كأن نقول شاهدت القوم أي عاينتهم الأداء: كأن تقول شهد له بكذا أي أدى ما عليه⁽³⁾ فمجموع هذه المعاني متقاربة وكلها تفيد ملامسة الحقيقة والقرب منها

2: مفهوم الإشهاد اصطلاحاً:

و ذلك بتعريفه لدى فقهاء المذاهب الأربعة، ثم تعريفه في الفقه القانوني.

أ. فقهاء المذاهب الأربعة

* **تعريف الحنفية:** عرف فقهاء المذهب الحنفي الإشهاد الذي عبروا عنه بلفظ الشهادة بعدة

تعريفات متقاربة في

ألفاظها ومعانيها والتي منها ما يأتي:

- **تعريف الكاساني⁽⁴⁾:** الإشهاد هو الإخبار عن كون ما في يد الغير للغير⁽⁵⁾.

- **تعريف ابن عابدين⁽⁶⁾:** هو إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء

ولو بلا دعوى⁽⁷⁾.

(1) _ محمد عزمي البكري، كوسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، ط 5 1996، ص385

(2) _ ابن فارس أبو الحسين بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة، مكتبة الخانجي. مصر. ط الثالثة. 1402هـ - 1981م، ج 3 ص 221

(3) _ الرازي أبو بكر، المرجع السابق، ص 176.

(4) _ **الكاساني:** هو علاء ال.ين أبو بكر بن مسعود بن أحمد فقيه حنفي من أهل حلب من مؤلفاته

(5) _ الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي. بيروت. ط الثانية. 1402 هـ - 1982م. ج6، ص266.

(6) _ **ابن عابدين:** هو محمد لأمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه حنفي توفي سنة 1252 هـ 1830 م - نويهض عادل، معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، مؤسسة النويهض الثقافية للتأليف ط الأولى 1404 هـ 1984 م. ج2 ص496.

(7) _ ابن الهمام كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية. دار الفكر. لبنان، ج 07 ص 364.

* تعريف المالكية عرف بعدة تعريفات متقاربة منها:

- تعريف الدردير⁽¹⁾: إخبار عدل حاكما بما علم ليقضي بمقتضاه⁽²⁾.

- تعريف ابن فرحون: هو إخبار يتعلق بمعين⁽³⁾.

- تعريف الكشناوي⁽⁴⁾: الإشهاد أو الشهادة هي إخبار عدل حاكما بما علم، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه⁽⁵⁾.

ومعنى إخبار عدل يفيد بأن الشهادة خبر، لكنه من عدل أي شخص متصف بالعدالة حتى يترجح جانب الصدق على الكذب، وقوله "بما علم" يفيد بأن الشهادة لا تؤد إلا عن علم يؤيده قوله ﷺ: «للشاهد: هل ترى الشمس؟ قال: نعم. قال: على مثلها فأشهد أو دع⁽⁶⁾».

* تعريف الشافعية: لفقهاء الشافعية تعريفات متعددة منها:

- تعريف الرملي: هو إخبار عن الشيء بلفظ خاص⁽⁷⁾.

- تعريف الحصني⁽⁸⁾: هي الإخبار بما شوهد⁽⁹⁾.

* تعريف الحنابلة: تقتصر على تعريف موفق الدين بن قدامة: الإخبار بما علمه الشاهد

(1) _ الدردير هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات الشهير بالدردير، من فقهاء المالكية ولد في بني عدى بمصر من كتبه تحفة الإخوان. أقرب المسالك إلى موطن مالك توفي سنة 1201هـ 1786 م - الزركلي المصدر السابق ج 01 ص 244.

(2) _ الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية. الجزائر. ج 04 ص 31.

(3) _ ابن فرحون برهان الدين تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ط الأولى 1406هـ 1986م ج 1 ص 245.

(4) _ الكشناوي: محمد بن محمد الكشناوي. السوداني، فقيه مالكي ونحوي من كتبه بلوغ الأرب من كلام العرب في النحو. وبهجة الآفاق وایضاح اللبس والأغلاق في علم حروف الأوفاق، وكتاب الدرر واليوافيت توفي سنة 1151هـ 1741م - الزركلي المصدر نفسه ج 7 ص 66-67.

(5) _ الكشناوي محمد، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الإئمة مالك، دار الفكر. بيروت دت، ج 03، ص 212.

(6) _ الصنعاني محمد بن إسماعيل سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المكتبة العصرية. بيروت- 1412هـ 1992م، ج 4، ص 231، وذكر أنه فيه ضعف، لأن في إسناده محمد بن سليمان بن مشمول وهو متكلم فيه.

(7) _ الرملي شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر. بيروت. لبنان. 1984، ج 08، ص 292.

(8) _ الحصني: تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني، فقيه شافعي، عارف بالحديث، والتفسير ولد بالحصن من قرى حوران ونشأ وتعلم بدمشق من كتبه تفسير القرآن توفي سنة 829هـ 1426م - نويهض عادل المصدر السابق، ج 1، ص 110.

(9) _ الحصني أبو بكر الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، المكتبة العصرية. صيدا بيروت، ط الرابعة. 1409هـ - 1988م، ج 2، ص 260.

بلفظ خاص كشهدت وأشهد⁽¹⁾.

ب. تعريف الإشهاد في الفقه القانوني:

الفقه القانوني لا يفرق بين الشهادة كطريق من طرق إثبات العقود والتصرفات وبين لفظ الإشهاد الذي يكون بمثابة ورقة رسمية تدون فيها شهادة الشهود⁽²⁾، سوى أن الشهادة تكونه شفاهة، والإشهاد يكون مكتوبا، وهو الأمر الذي ذهب إليه السنهوري الذي عرفها بقوله: «البينة لها معنيان معنى عام، وهو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن فإذا قلنا البينة على من ادعى واليمن على من أنكى، فإننا نقصد البينة بمعناها العام، ومعنى الخاص وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة أو هي أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة، يقررون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع»⁽³⁾.

وبالمقارنة بين تعريف فقهاء الشريعة وفقهاء القانون للشهادة نجد أنه متشابه في اعتبارها طريقا من طرق الإثبات مع اختلاف في درجة الإلزامية في آدائها في التعريف الشرعي.

و الإشهاد القانوني هو وسيلة مستحدثة لإثبات أقوال الشهود في ورقة رسمية؛ أمام موظف مختص بسماع ما يصدر عن الأشخاص من تصرف، أو قرار، أو عقد، أو إلتزام ويطلب من الغير أن يشهد عليه ويسجل في سجل خاص به، وبعد إستيفاء كتابة الصيغة، وقراءتها يوقع عليها⁽⁴⁾. ومن أشهر أنواع الإشهاد استعمالا لإشهادات الزواج وإشهادات الطلاق⁽⁵⁾.

لم يعرف المشرع الجزائري الإشهاد في الزواج ويمكن تعريفه على أنه إخبار شخص بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، ويعد وسيلة من وسائل الإثبات عند حصول التجاحد⁽⁶⁾.

فقهاء الحنفية نصوا على أن المرأة إذا تزوجت بغير شهود، أو شاهد واحد ثم أشهد بعد

(1) _ ابن قدامة موفق الدين ، المعنى ، دار الكتاب العربي ، بيروت 1983 ، ج 12 ، ص 100.

(2) _ هذه التفرقة بين لفظي الشهادة والإشهاد من حيث التعريف ليست مطبقة في كل الدول، وإنما نجد شائعة على وجه الخصوص في دول المشرق العربي كما هو الحال لمصر، وسورية، ولبنان أين يتم توثيق شهادة الشهود في ورقة رسمية تعرف بالإشهاد، كإشهادات الزواج، وإشهادات الطلاق...، والتي ستعرض لها في باقي فصول البحث.

(3) _ بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 188.

(4) _ إمام محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية. بيروت. د. ت، ص 165.

(5) _ العمروسي أنور، موسوعة الأحوال الشخصية دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. مصر 2000، ج 3، ص 154.

(6) _ أمال رواق، الإشهاد و دوره في اثبات الزواج و انحلاله دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، دار نوميديا

، قسنطينة، 2010، ص 33

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ذلك، لم ييجز النكاح، لأنه اعتبر إقرارا بالعقد الفاسد، وبالإشهاد على العقد الفاسد لا ينقلب الفاسد صحيحا، ومن ثم فلو طلقها الزوج في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه عليه، ولكنه متاركة للنكاح⁽¹⁾.

وكذا الحكم بالنسبة لفقهاء المالكية، فإنهم وإن لم يوجبوا الإشهاد عند العقد، وأوجبوه عند الدخول عن طريق الإعلان فإن ترك ذلك كله يترتب عليه عدم انعقاد الزواج⁽²⁾، أما الإمام الشافعي رحمه الله فقد نص على ضرورة وجود شروط النكاح حال العقد وإلا فسخ⁽³⁾، أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشهود هم شرط لصحة عقد الزواج⁽⁴⁾.

ثالثا: الولاية: وذلك من حيث تعريفها، وكذا الإشارة إلى بعض مسائل الولاية في الزواج في فروع القانون الأخرى عند المشرع

1 : تعريف الولاية في الزواج:

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية في الزواج ولم يحدد أقسامها ولا دليل شرعيتها مما يستوجب الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

أ- **الولاية لغة:** هي سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء، وتطلق على من له السلطة والتقدير منها أخذت كلمة الوالي⁽⁵⁾. فهي تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، ويمثلها قول الله عز وجل: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ﴾⁽⁶⁾.

ب- **الولاية اصطلاحا:** وهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، أو هي: سلطة شرعية تسوغ لصاحبها التصرف بمحلها تصرفا نافذاً غير موقوف على إجازة⁽⁷⁾.

(1) _ ابن الهمام، المصدر السابق، ج3، ص199.

(2) _ ابن رشد الجدي، المصدر السابق، ج2، ص366.

(3) _ الشافعي، المصدر السابق، ج5، ص23-24.

(4) _ زيدان عبد الكريم **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم**، مؤسسة الرسالة 1420هـ، 2000، ج06 ص112

(5) _ ابن منظور، **لسان العرب**، مادة ولي، المصدر السابق، ج15، ص407

(6) _ سورة البقرة: الآية: 257

(7) _ أبو زهرة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص107

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

وهي قسمان: قاصرة ومتعدية⁽¹⁾، وكلا القسمين ينقسم إلى: ولاية على النفس، وولاية على المال، ومحل دراستنا هنا الولاية على النفس لأن الزواج من تصرفات الولاية على النفس. اختلف الفقهاء في موضوع الولاية في عقد النكاح اختلافا كبيرا⁽²⁾، فمن الفقهاء من يقسم الولاية في الزواج إلى قسمان ولاية اختيار وولاية إجبار

أ - ولاية الإجبار: ويقوم الولي فيها بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه فيه أحد، وهي تثبت كما إتفق عليه جمهور الفقهاء على الصغير، والصغيرة، والمجنون، والمجنونة، وأضاف الجمهور البكر حتى ولو كانت بالغة فتكون عليها ولاية الإجبار⁽³⁾.

ب - ولاية الاختيار (الاستحباب): تثبت على المرأة البالغة، العاقلة الثيب لما ذهب إليه الحنفية ذهبت إلى أن المرأة البالغة الراشدة تعقد زواجها بنفسها، ويستحب أن يتولى وليها ذلك على شرطين أساسيين: وهما الكفاءة ومهر المثل، ويبقى العقد موقوفا على إجازة الولي في حالة عدم توفرهما⁽⁴⁾، كما يمكن أن تتنوع الولاية أيضا إلى ثلاثة أنواع:

أ - الولاية على النفس: على نفس الطفل ذكرا كن أو أنثى، من حيث الإشراف عليه، والعناية به، من أجل إعداده للمستقبل، في كل ما يتعلق بجوانب حياته.

ب - الولاية على المال: تتجسد في الإشراف على مال الطفل من حيث المحافظة عليه، وتنميته واستثماره

بالنسبة لولاية الزواج في التشريع الجزائري: نص المشرع في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة بأن ولي الزوجة هو شرط صحة، وجاءت المواد 11، و13 لتحديد من هو الولي ووظيفته وحدود هذه الوظيفة.

فيحق للمرأة الراشدة ممارسة الولاية بنفسها، وليس لأحد أن يقوم مقامها في ذلك، ولها

(1) _ الولاية القاصرة: هي سلطة الإنسان على إنفاذ أقواله وتصرفاته، و الولاية المتعدية هي: سلطته على إنفاذ تصرفات غيره
(2) _ الاختلاف في موضوع الولاية في الزواج إنما هو نعمة من الله عز وجل أنعم بها علينا، ودليل آخر صريح على صلاحية هذا الدين لكل زمان ومكان، إلا أن هذا لا يعني أن نعطي للمرأة الحق المطلق في ممارسة حق تزويج نفسها، بل لابد للولي دور في هذا الأمر، وذلك ليس في ذلك حرج عليها، بل مجرد صونها والحفاظ عليها من أن تقع في الزلل، خاصة وأما تغلب عليها عاطفتها أكثر من عقلها في مجال الزواج.

(3) _ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط السادسة دار المعرفة، بيروت 1982، ج 02 ص 5 إلى 9.

(4) _ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ج 03 ص 284.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

كان أو غيره، في المادة 11؛ بحسب اختيارها ومصلحتها، فلها أن تفوضها بمحض إرادتها لأبيها، أو لأحد أقاربها.

المشرع وإن اعتبر الولاية شرطا من شروط صحة عقد الزواج إلا أنه قيده بعدم إجبار الفتاة القاصر فرضاها على إتمام العقد ركن جوهرى يجب احترامه، حتى وإن كانت صغيرة؛ حسب ما جاء في المادة 13 «و لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجه من دون موافقتها»⁽¹⁾.

فالولي وفق هذه المادة ملزم بأن يأخذ برأي وليته وإن كانت قاصرا من مشاورتها بخصوص مشروع زواجها، فإن وافقت على الزواج باشر العقد نيابة عنها، وإن رفضت فليس له أن يجبرها بل عليه مساعدتها في اختيار الزوج الكفاء لها.

المبحث الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الشروط الإجرائية لقيام الرابطة الزوجية.

إذا كان المشرع نص على كل الشروط الموضوعية لعقد الزواج بمجملتها في نص المادة 09 مكرر، وفصل في شروطها، وضوابطها في مواد موابية؛ فإنه لم يهمل الإشارة إلى وجود شروط شكلية لهذا العقد حتى يطلق عليه عقد رسمي؛ سواء من حيث تحديد صفة الشخص الذي يقوم بتحريره، أم من حيث البيانات التي تحتوي عليها وثيقة العقد، سواء حررت وثيقة الزواج داخل الجزائر أم خارج حدود إقليمها، وتناولته من خلال بيان معنى الشكلية في عقد الزواج المتمثلة بوجه عام في عملية تسجيل عقد الزواج من جهة، ثم نتعرض للإثبات كأثر رئيس لعملية التسجيل من خلال المطلب الأول، وتناول الأهلية، الفحص الطبي، والشروط الاتفاقية في مطلب ثان

المطلب الأول: الشروط الشكلية المتعلقة بتسجيل عقد الزواج:

تتسم أحكام الأسرة بالتشعب من جهة، وبالتجدد والتغير من زمن لآخر من جهة ثانية، وفي الوقت نفسه تتصف بإتصالها الوثيق بأحكام الشريعة الإسلامية، وبعد تقنين مسائلها في شكل قواعد قانونية وجب التدقيق في دراسة المواضيع المتعلقة بها من أجل معرفة أوجه التوافق أو الاختلاف بينهما ودراسة الشروط الشكلية المتعلقة بتسجيل عقد الزواج

⁽¹⁾ _ القانون: 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ومن خلال عنصرين تحديد طبيعة عقد الزواج من جهة، الشروط القانونية لتسجيله من جهة ثانية.

الفرع الأول: طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية:

فالعقد هو ما يكفي لانعقاده اقتران الإيجاب بالقبول، فيكون رضا الطرفين مكوناً وموجداً للعقد.

المستقراً لقواعد قانون الأسرة يجد أنه تضمن ثلاثة أنواع من الشروط تختلف فيما بينها من حيث درجة الإلزامية، والأثر المترتب على تخلفها، وكذا من حيث مصدر ومنشأ هذه الشروط وهي الشروط الشرعية الموضوعية التي تمثل الأركان، وشروط الصحة، والتي مصدرها نصوص الشريعة الإسلامية، والشروط الاتفاقية الجعلية التي مبنها إرادة طرفي العلاقة الزوجية، والشروط الشكلية الإجرائية التي أساسها النصوص القانونية، هذه الأخيرة التي سيتم التطرق فقط للشروط التي لها علاقة بفروع القانون الأخرى، أما التي لا ترتبط بشكل كبير بفروع القانون الأخرى فإننا نكتف بالإشارة إليها.

الشكل في العقود هو: ما يتعين لقيامه إتباع إجراءات بعينها، فلا يكتفى فيه بمجرد الرضا

وتوافق الإرادتين عن طريق تطابق الإيجاب، والقبول، كما هو الشأن في العقد الرضائي⁽¹⁾.

ولمعرفة طبيعة عقد الزواج بين الشكلية والرضائية يتعين البحث في الشروط الإجرائية لهذا العقد التي تجعله لا يكتف بمجرد تبادل عبارات العقد في شكل تصريحات خارجية تعكس الرضا الداخلي، وإنما إلى ضرورة إفراغها في قالب شكلي يظهر الوجه الخارجي المبين لحقيقة هذا العقد.

انقسم فقهاء القانون حول تكييف عقد الزواج إلى قسمين بين مرجح للطبيعة المدنية لعقد الزواج ذات الطابع الرضائي؛ وهذا ما ذهب إليه عبد الرزاق السنهوري⁽²⁾: لأنه يرى الشهادة أمر زائد عن أصل التراضي بين الزوجين، وبانتفاء الرضا بين الزوجين، لا ينشأ العقد، فهو في هذه الحالة تترتب عليه أحكامه، ويظله القانون في حمايته دون حاجة لأي شيء آخر⁽³⁾.

(1) _ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دت، ص 57

(2) _ عبد الرزاق السنهوري: ولد بالإسكندرية سنة 1895 درس الحقوق في جامعة، ثم سافر إلى فرنسا لإكمال دراسته، سافر إلى العراق، وأنشأ كلية للحقوق فيها، شغل منصب وزير المعارف 4 مرات وعين رئيساً وفد مصر في المؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاهاي، كما عين رئيساً لمجلس الدولة المصري، وأسهم في وضع كثير من الدساتير العربية، وقوانينها الخاصة مثل: العراق، سوريا، ليبيا... كما ترك العديد من المؤلفات أهمها: شروح القانون المدني الوسيط، والوجيز، توفي رحمه الله سنة 1971

(3) _ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية القاهرة، 1968، ج 01، ص 150

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

بينما ذهب الرأي الثاني إلى وصفه عقد شكلي وقال عنه أبو زهرة⁽¹⁾. على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية، فإن العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة لا تكون إلا بإباحة الشارع، فلا تناط تلك الإباحة بإرادة الطرفين المجردة ولا برأيهما المنفرد، بل لابد من أمور يشترطها الشارع لبيح تلك العلاقة التي كان الأصل فيها التحريم صونا للأعراض، وحفظا للحرمان، ومنعا للسفاح، فوضع الشارع حدودا بين الحلال والحرام، وفيصلا بين النكاح والسفاح، وكان ذلك بالشهرة والإعلان، فكان لابد من اقتران هذه الشكليات بإرادة العاقدین⁽²⁾.

أن المقصود من عقد الزواج هو توفر ركن الرضا وألا ترتب عليه البطالان فهو من هذه الناحية عقد رضائي، ولكن المتأمل لاتفاق الفقهاء على أن الشهود شرط لصحة الزواج، وعدم اكتفاء المشرع بها، ونصه على إلزامية التسجيل يدل على الشكلية، مما يعكس الطبيعة المختلطة، ولكن الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى ترجيح شكلية عقد الزواج فعقد الزواج عندهم يتم بتحقيق أركانه، وشرائط انعقاده إلا أنه لا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا بشهادة الشهود⁽³⁾، وهذا الاتجاه الأخير هو الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 09 مكرر التي حددت شروط صحة الزواج⁽⁴⁾.

فإضافة إلى الشروط السابقة الذكر وضع المشرع الجزائري شروط تنظيمية وإجراءات إدارية لإبرام عقد الزواج ورتب على تخلفها آثار معينة، وهنا تتوضح العلاقة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية فيما يتعلق بعقد الزواج نجد أنها علاقة متميزة بالارتباط الوثيق والمتانة، وذلك راجع بالأساس إلى طبيعة القانونين، حيث نجد أن قانون الحالة المدنية يهتم بمركز الفرد القانوني الذي يتغير بتغير حالته المدنية لكونه إنسانا منذ لحظة ميلاده ذكرا، أو أنثى، وكونه زوجا، أو

(1) _ أبو زهرة محمد هو 1898 - 1974 م: واسمه محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد ولد في المحلة بمصر تتلمذ في الكتاتيب، انتقل إلى مدرسة القضاء الشرعي 1916 م حاصل على درجة العالمية القضاء الشرعي، ثم اتجه إلى دار العلوم لينال معادلتها سنة 1927 م، اختير سنة: 1933 م للتدريس في كلية أصول الدين، يعد من مؤسسي معهد الدراسات الإسلامية بالقاهرة، له مؤلفات كثيرة منها: نظرية الملكية، ونظرية العقد، والوقف وأحكامه، والوصية وقوانينها، والتركات والتزاماتها، ومحاضرات لأحوال الشخصية في مؤلفات مستقلة ترجم لعدد من الفقهاء، وهم: أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد بن حنبل، وزيد بن علي، وجعفر الصادق، وابن حزم، وابن تيمية، كتاب السيرة في ثلاثة مجلدات، ..

(2) _ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص 57-بتصرف..

(3) _ السيد سابق، فقه السنة، ط الأولى، دار الفتح الإعلامي العربي، مصر، 1424هـ، 2000، ج 02 ص 39.

(4) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

أرملا أو مطلقا، وكونه أبا أو ابنا. إلى حين وفاته، وباعتبار عقد الزواج شمل أهم موضوع متصل بحالة الشخص حيث يشغل جزء كبير من حياته، وتستمر آثاره إلى ما بعد الوفاة في حين قانون الأسرة يحدد الشروط الشكلية والموضوعية للزواج كمرحلة مهمة تمثل حالة الشخص؛ فإن قانون الحالة المدنية هنا يمثل الناحية العملية التي تشرف على مراعاة توفر هذه الشروط الموضوعية، ذلك أن قواعده تنظم التواجد القانوني للفرد داخل الأسرة، والمجتمع فهو يشرف على مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية، أو العائلية للشخص التي رتب القانون عليها أثارا.

"في الجزائر" بدأ العمل بنظام الحالة المدنية في أواخر القرن التاسع عشر إبان الاستعمار الفرنسي بعد ما تحول الاسم الثلاثي إلى لقب مشهور؛ حيث أصدرت الإدارة الاستعمارية الفرنسية في 23 مارس 1882 قانون الحالة المدنية أو قانون الألقاب الذي نص على استبدال ألقاب الجزائريين الثلاثية وتعويضها بألقاب لا ترتبط بالنسب⁽¹⁾، وقد بدأ هذا القانون عن طريق المنطق الاستعماري الذي لا يأخذ في الاعتبار نماذج تأسيس السكان الأصليين وإعادة تعريف الهوية الاجتماعية والوطنية للجزائريين⁽²⁾.

عملا بالإحالة الموجودة في المواد 18 و 21 و 22 من قانون الأسرة⁽³⁾. الخاصة بتسجيل عقد الزواج حيث أسندت إلى الموظف مختص بتحرير عقد الزواج مهمة التحقق من مدى توفر عنصر الرضا عن طريق التعبير الصادر من الزوجين أمام حضور الشهود. بموجب المادة 09 مكرر من بين شروط الصحة، إلا أن النص عليهم لم يأت على ذكر أي شرط من شروط الشهود.

بالعودة إلى قانون الحالة المدنية الذي أوكلت إليه مهمة تسجيل الزواج نجد انه كان يرفع

(1) _ وسبق صدور هذا القانون عدة محاولات، أهم ملامحها إجبار الأهالي -وهو التعبير الشائع لتوصيف الجزائريين- على تسجيل المواليد الجدد، وعقود الزواج لدى مصلحة الحالة المدنية الفرنسية، بعدما كانوا يقصدون القاضي الشرعي، أو شيخ، الجماعة، والغاية من استبدال ألقاب الجزائريين الثلاثية وتعويضها بألقاب لا ترتبط بالنسب هو تفكيك نظام القبيلة لتسهيل الاستيلاء على الأراضي، وإبراز الفرد كعنصر معزول، وتغيير أساس الملكية إلى الأساس الفردي بدلا من أساس القبيلة. وطمس الهوية العربية والإسلامية من خلال تغيير الأسماء ذات الدلالة الدينية.

(2) _ زمولي يسمينة، ماجستير في التاريخ الاجتماعي، الألقاب العائلية في الجزائر من خلال قانون الحالة المدنية أواخر القرن التاسع عشر ميلادي: مدينة جامعة قسنطينة، جويلية 2003، ص 2142.

(3) _ حيث نصت المادة 18 (يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام الموظف المؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون) والمادة 21 التي نصت صراحة على هذه الإحالة (تطبق احكام الحالة المدنية في إجراءات تسجيل الزواج). المادة 22 (يثبت الزواج مستخرج من سجل الحالة المدنية... يجب تسجيل حكم تثبتت الزواج في الحالة المدنية) ، القانون 11/84 المؤرخ في جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

من سن الأهلية الخاص بالشهود إلى واحد وعشرين سنة دون تفريق بينهم في الجنس ولا اشتراط لانتقاء التهمة إلى أن التعديل الأخير لقانون الحالة المدنية نص في المادة 33 منه على⁽¹⁾، (يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين سن التاسعة عشرة 19 سنة على الأقل سواء أكانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين⁽²⁾). ويتأكد من حضور الولي أو موافقته عملا بنصي المادتين 11 و13 ومن دين الزوج إذا كانت الزوجة مسلمة كما على موظف الحالة المدنية التأكد من وجود الترخيص القضائي بالنسبة للقصر من أحد الزوجين أو كلاهما، فإذا ما انتفى أحد هذه الشروط الموضوعية وجب عليه رفض تسجيل العقد لعدم استيفاء الشروط⁽³⁾، ومن بين الشروط الشكلية التي نص عليها المشرع نجد:

الفرع الثاني: شروط تسجيل عقد الزواج، وإجراءاتها :

عقد الزواج من العقود التي يتطلب فيها المشرع الجزائري الرسمية؛ حتى يرتب آثاره القانونية؛ سواء من حيث تحديد صفة الشخص الذي يقوم بتحريره، أم من حيث البيانات التي تحتوي عليها وثيقة العقد، سواء حررت وثيقة الزواج داخل الجزائر أم خارج حدود إقليمها. ويمكن التطرق لهذه الشروط في النقاط التالية:

أولاً: أهلية الشخص لإبرام عقد الزواج

نصت المادة 18 من قانون الأسرة على أنه «يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادة 9، و9 مكرر من هذا القانون»⁽⁴⁾. وما يمكن استنباطه من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حصر الشخص الذي له الحق في إبرام عقد الزواج في الموظف المؤهل قانوناً أو الموثق، ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد من هو الموظف وهذا

(1) _ نص المادة 33 قبل التعديل (يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية ان يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب او غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين).

(2) _ قانون رقم: 20/70، المؤرخ في: 19 فبراير 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 08/14، المؤرخ في: 02 اوت 2014 المتعلق بالحالة المدنية.

(3) _ بن عبدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، ط الثالثة، دار هوامه الجزائر، 2011، ص 117-118.

(4) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الأول: عملة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ما يؤدي بنا الإعتقاد على عبارة «موظف مؤهل قانونا» للرجوع إلى قانون الحالة المدنية بموجب المواد: 76/71 قانون الحالة المدنية.

1: تعريف الموظف المختص بتحرير الزواج: وهم أشخاص خصمهم المشرع بتسمية ضباط الحالة المدنية ورد ذكرهم على سبيل الحصر وحدد المشرع مهامهم ونواهم من خلال المادتين 1 و02 من قانون الحالة المدنية فجاء في نص المادة الأولى «أن ضباط الحالة المدنية هو رئيس المجلس الشعبي البلدي. وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية» أما المادة الثانية فقد نصت على مهام نواب ضباط الحالة المدنية داخل الوطن وخارجه والمتمثلة بالأساس في تلقي التصريحات بالولادات والوفيات وتسجيل وقيد جميع العقود أو الحكام في سجلات الحالة المدنية⁽¹⁾. وكذا نص المادة 87 من قانون البلدية التي جاء فيها نصها (... فيمكنه رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مسؤوليته تفويض إمضائه للمندوبين الخاصين وإلى كل موظف بلدي قصد:

- استقبال تصريحات بالولادة والزواج والوفيات.

- تدوين كل العقود والحكام في سجلات الحالة المدنية.

- إعداد وتسليم كل العقود المتعلقة بالتصريحات المذكورة أعلاه⁽²⁾.

ولقد حددت المادة 71 من قانون الحالة المدنية الأشخاص المكلفين بعقد الزواج وهم ضباط الحالة المدنية، والموثق الذي يقع الزواج في نطاق دائرته بدل القاضي⁽³⁾.

ومن خلال الجمع بين أحكام قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية نجد أن قانون الأسرة اقتصر فقط على اختصاص النوعي المتعلق بتحرير عقد الزواج، أما قانون الحالة المدنية؛ فأضاف على الاختصاص النوعي الاختصاص الإقليمي، الاختصاص النوعي يتركز بالإضافة إلى ضرورة

⁽¹⁾ _ قانون رقم: 08/14 مؤرخ في: 13 شوال عام 1435 الموافق لـ: 9 غشت 2014 المعدل والمتمم للأمر: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1339 الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

⁽²⁾ _ القانون رقم: 10/11 المؤرخ في: 20 رجب 1432 الموافق لـ: 22 جويلية 2011 المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية رقم: 37 المؤرخة في: 03 جويلية 2011.

⁽³⁾ _ من بين المكلفين بتحرير عقد الزواج القاضي إضافة إلى الموثق والموظف المختص إلى أن التعديل الأخير 08/14 المؤرخ في 09 غشت 2014 المعدل والمتمم للأمر رقم: 20/70 المؤرخ في: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية حسب المادة 05 (تتبدل عبارة "قاضي" المستعملة في المواد 71 و72 و73 و75 و76 من الأمر رقم: 20/70 المؤرخ في: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية بعبارة موثق).

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقرون القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

تجري مدى توفر الشروط الموضوعية لعقد الزواج المنصوص عليها في قانون الأسرة على تحرير⁽¹⁾. وتسجيل عقد الزواج وفق بيانات معينة أوجبها القانون حتى يمكن نعت وثيقة الزواج بأنها صحيحة، ورسمية.

ثانياً- تسجيل عقد الزواج والبيانات التي ترد فيه ورد ذكرها على وجه التحديد في 73 من قانون الحالة المدنية (يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون:

1. الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين.
2. ألقاب وأسماء وأبوي وأعمار كل منهما.
3. ألقاب وأسماء وأعمار الشهود.
4. الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء⁽²⁾.
5. الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذ لزم الأمر، فالمادة 73 نصت على مراعاة الشروط الموضوعية وبالتالي الإحالة على قانون الموضوع وهو قانون الأسرة، ثم بعدها حددت الأشخاص المكلفين بتسجيل العقد وهما ضابط الحالة المدنية والموثق، ثم الوثائق الإدارية الواجب توفرها قانوناً: بموجب المواد 74، 75 و76 منه والتي تتمثل في:
أ- شهادة ميلاد كل من الزوجين لا تتعدى مدتها ثلاثة أشهر، وإن لم توجد أجاز لهم تقديم ملخص حكم فردي أو جماعي المثبت للولادة، وإن لم يوجد يقدم الدفتر العسكري أو بطاقة التعريف الوطني أو الدفتر العائلي للوالدين وهذا وفقاً لنص المادة 74 من قانون الحالة المدنية.
ب - شهادة إقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية وهذا بالنسبة للشخص الذي لم يكن ضابط الحالة المدنية على إطلاع على مسكنه أو محل إقامته وفقاً لنص المادة 75 من قانون الحالة المدنية.

⁽¹⁾ _ التحرير: يكون في حالة تحرير العقد عند الموثق، فإن مهمة ضابط الحالة المدنية في هذه الحالة، لا تمتد إلى البحث عن أركان وشروط عقد الزواج شكلاً أو موضوعاً. وغنما يكتفي فقط بكتابته في سجلات الحالة المدنية وهذه العملية لا تعتبر تسجيلاً للعقد وإنما مجرد تحرير له.

ينظر في ذلك -بن عبدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 119.

⁽²⁾ _ قانون رقم: 08/14، المؤرخ في: 13 شوال عام 1435، الموافق لـ: 9 غشت 2014 المعدل والمتمم للأمر: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1339 الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

ج - الترخيص المقدم من القاضي بالنسبة للذي لم يتوفر فيهم شرط السن القانوني للزواج وفقا لنص المادة 76 من قانون الحالة المدنية وكذا نص المادة 07 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

د - تقديم رخصة الزواج بالنسبة لبعض الفئات المذكورة والمحددة وهم الأجانب، موظفي الأمن الوطني، أفراد الجيش الشعبي الوطني والدرك الوطن.

هـ - شهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق النهائي بالنسبة للزوجة التي كانت متزوجة وانحلت علاقتها الزوجية بسبب الطلاق أو الوفاة.

و هذه هي المستندات المطلوبة بالنسبة للجزائريين المقيمين في الجزائر؛ أما بالنسبة لشروط التنظيمية الخاصة بفئات بعينها فيمكن تقسيم الدراسة بشأنها إلى: الشروط التنظيمية الخاصة ببعض الموظفين، ثم الشروط الخاصة بالأجانب

1- الشروط التنظيمية الخاصة ببعض الموظفين وأثر تخلفها

ونتناول في هذه النقطة الشروط التنظيمية الخاصة بزواج موظفي وموظفات الأمن الوطني وكذا أفراد الجيش الوطني الشعبي، والدرك الوطني.

أ: الشروط التنظيمية الخاصة بموظفي وموظفات الأمن الوطني وأثر تخلفها

نصت المادتين 23 و 24⁽²⁾ من المرسوم الذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني على أن موظفي وموظفات الأمن الوطني إذا ما أرادوا الزواج يجب أن يتحصلوا على ترخيص مكتوب من السلطة الوصية عليهم وهذه الرخصة للحصول عليها يجب القيام بما يلي:

- تقديم طلب مكتوب للحصول على الترخيص من الجهة الإدارية التي لها صلاحية توظيفهم في مدة ثلاثة أشهر قبل الاحتفال.

- إرفاق الطلب بنسخة من شهادة ميلاد الزوج وشهادة الجنسية وإذا اقتضى الأمر ذكر مهنة الزوج.

- بالنسبة لموظفات الأمن الوطني يجب أن يثبتن أنهن قد ترسمن وفقا لنص المادة 23 من المرسوم.

⁽¹⁾ _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ المرسوم رقم 83 / 481 المؤرخ في 13 أوت 1983 المتعلق بالأحكام المشتركة لموظفي الأمن الوطني

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

وإن انعدام الرخصة الخاصة بموظفي وموظفات الأمن الوطني لا يؤثر في صحة العقد وإنما نص المادة 23 الفقرة الأخيرة على أنهم يسألون فقط تأديبيا من طرف السلطة التي لها صلاحية التأديب.

ب: الشروط التنظيمية الخاصة بزواج موظفي الجيش الوطني الشعبي والدرك الوطني

وفقا لما جاء في المنشور الصادر عن وزارة العدل المؤرخ في 25 جوان 1969 تحت رقم 364 والنصوص المتعلقة بالنظام العسكري فإن أفراد الجيش الوطني الشعبي وأفراد الدرك الوطني يجب عليهم إذا ما أرادوا الزواج أن يتحصلوا على رخصة الزواج من وزارة الدفاع الوطني، وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يرتب أي أثر على مخالفة هذا الشرط وبالتالي انعقد عقد الزواج صحيحا⁽¹⁾.

بالنسبة للفئات ذات وظائف حساسة الذين خصهم المشرع بإجراءات بعينها ويتعلق الأمر العسكريين⁽²⁾، وموظفي الأمن الوطني⁽³⁾. فبالإضافة إلى المستندات المطلوبة في الحالات العادية يجب عليهم تقديم نسخة من الإذن أو الترخيص الكتابي بالزواج من الهيئة التابع لها في العمل الاختصاص المحلي أو الإقليمي لضابط الحالة المدنية الذي انفرد به عن قانون الأسرة.

2- الشروط التنظيمية الخاصة بزواج الأجانب وأثر تخلفها نصت المادة 31 فقرة 2 من

قانون الأسرة على أنه يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى إجراءات تنظيمية؛ بحيث أُلزم موظف الحالة المدنية أو الموثق قبل قيامه بإبرام عقد الزواج للأجانب إلا بعد حصولهم على رخصة مكتوبة من الوالي⁽⁴⁾، وتميز في الوثائق المطلوبة لزواج الأجنبي بين حالتين:

- حالة زواج الأجانب المقيمين في الجزائر في هذه الحالة إضافة إلى تقديم الطلب من طرفي عقد الزواج إلى الوالي والوثائق التي تثبت حالتهم يقوم الوالي بعد أخذه لرأي مصالح الأمن الوطني الإيجابي بمنح الرخصة وفي حالة ما إذا كان الرأي سلبيا رفض منح الرخصة، وإن تخلفت

(1) _ عقد الزواج لدى الموثق التقاليد و"الشك" يجدان من انتشاره رشيدة بلال نشر في المساء يوم 03 - 05 - 2008
www.djazairess.com

(2) _ منشور وزارة العدل رقم: 364 الصادر في: 1968/01/25.

(3) _ قانون رقم: 481/83 المتعلق بتحرير الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني والصادر بتاريخ: 1983/08/13.

(4) _ القرار الصادر بتاريخ 11 فيفري 1980 عن وزارة الداخلية الذي نص على الإجراءات التنظيمية

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقروم القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

الرخصة فإن ضابط الحالة المدنية أو الموثق لا يمكنه تحرير عقد الزواج بدونها⁽¹⁾.

- حالة زواج أجنبي مقيم في الجزائر والآخر غير مقيم، أو الزوج جزائري والمرأة أجنبية فإن الرخصة المسبقة لإبرام عقد الزواج لا يمكن تسليمها إلا بعد رأي مصادق عليه ومؤيد من مصالح مديرية الأمن الوطني⁽²⁾. ولا يهم بعد ذلك اللغة التي يوثق بها العقد إذ يمكن الكتابة باللغة الأجنبية تطبيقاً للمادة 127 من قانون الحالة المدنية «يمكن تحرير عقود الحالة المدنية بلغة أجنبية لتكون صالحة للاستعمال في الخارج فقط» وبجسب هذه المادة فحتى المواطنين الجزائريين يمكنهم الكتابة بغير اللغة العربية عند الحاجة لاستعمال هذا العقد في الخارج فقط على الرغم من إجبارية الكتابة بالعربية لكل عقود الحالة المدنية حسب المادة 37 «يجب أن تحرر العقود باللغة العربية» فيبقى الاستثناء يخص الاستعمال في الخارج فقط، وذلك استناداً للإحالة الموجودة من قانون الأسرة والمتمثلة في نص المادة 31 من قانون الأسرة «يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية»⁽³⁾. ويستعين ضابط الحالة المدنية أو الموثق في تحرير الزواج والتأكد من المعلومات المقدمة بمجموعة من الوثائق الإدارية فتتمثل في:

- شهادات ميلاد كل من الخطيبين أو بطاقة التعريف لكل منهما في أغلب الحالات، بينما يطلب الدفتر العائلي إذا تعلق الأمر بشخص سبق له الزواج من قبل تطبيقاً لأحكام المادة 74 من قانون الحالة المدنية⁽⁴⁾.

فإن المستندات المطلوبة بالنسبة للأجنبي المقيم بالجزائر فهي بالإضافة إلى المستندات المطلوبة في الحالات العادية فإنه يتعين عليه أن يقدم كل الوثائق التي تثبت أهليته مع التأكد أن إقدامه على الزواج في الإقليم الجزائري ليس فيه غش نحو القانون، أو مساس بالنظام العام أو الآداب العامة⁽⁵⁾. كما يجب عليه الحصول على رخصة كتابية مسبقة من الوالي في المنطقة التي يقيم بها.

(1) _ تعليمة وزارية من وزارة الداخلية تحمل رقم: 80/02 الصادرة بتاريخ: 11/02/1980.

(2) _ قانون رقم: 08/14 مؤرخ في: 13 شوال عام 1435 الموافق لـ: 9 غشت 2014 المعدل والمتمم للأمر: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1339 الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

(3) _ قانون رقم: 08/14 مؤرخ في: 13 شوال عام 1435 الموافق لـ: 9 غشت 2014 المعدل والمتمم للأمر: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1339 الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

(4) _ قانون رقم: 08/14 مؤرخ في: 13 شوال عام 1435 الموافق لـ: 9 غشت 2014 المعدل والمتمم للأمر: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1339 الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

(5) _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار الكاهنة الجزائر، 2000، ص 159.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقروم القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

تعود الناس على إتمام إجراءات عقد الزواج بالبلدية أمام ضابط الحالة المدنية؛ وهو ما يسمح فور إتمام الإجراءات بتسليم الدفتر العائلي ونسخة من عقد الزواج للمتعاقدين إذ أن أغلب المقبلين على الزواج يرغبون في تسلم دفاترهم وعقودهم فور الانتهاء من الإجراءات، غير أن اللجوء إلى الموثق لإبرام مثل هذا العقد، ظل الإقبال عليه قليلا، إذ ينحصر ضمن فئة قليلة من المجتمع الناس ينظرون إلى الموثق كموظف يتولى تحرير مختلف العقود كعقد البيع، الفريضة... في حين يتولى ضابط الحالة المدنية بالبلدية الإشراف على عقد الزواج⁽¹⁾، أغلب الفئات التي تقصده لإتمام العقد، غرضها فرض بعض الشروط، على اعتبار أن عقد الزواج المحرر أمام ضابط الحالة المدنية لا يسمح باللجوء إلى تدوين الشروط المطروحة من الزوجين⁽²⁾، وهذا يعد أهم اختلاف يلاحظ بين عقد الزواج المحرر أمام ضابط الحالة المدنية وذلك المحرر أمام الموثق، فإن عقد الموثق يمنح فرصة لكلا الطرفين لاشتراط كل ما يخطر ببالهما، ولكن على أن لا تخالف هذه الشروط القانون والشريعة الإسلامية وإلا فإنها تجعل عقد الزواج باطلا⁽³⁾، إذ في حال وجود خلاف بينهما، فإن للقاضي السلطة التقديرية في حسم الخلاف بالرجوع إلى ما تم الاتفاق عليه في العقد، في حين أن موظف الحالة المدنية قد يتجنب سؤال كل واحد منهما عن الشروط المتعلقة بعقد الزواج وذلك راجع بالأساس إلى كون استمارة عقد الزواج على مستوى البلديات تخلوا من الحيز المخصص للإملاء مثل هذه الشروط⁴، كما يرغب البعض أيضا في إبرام عقد الزواج لدى الموثق لتجنب الزحام وطول الإجراءات ممن يرغبون في إنهاء الأمر بسرعة، وهو الأمر الذي يوفره عقد الموثق.

إلى أن هذه الفوارق لا تمس أبدا بقيمة العقد إذ أنه في كلتا الحالتين يظل عقد الزواج متمتعاً بقيمة القانونية، ذلك أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 46 من قانون الحالة المدنية فرق بين عقد الزواج كوثيقة وبين الزواج كواقعة بحيث أنه رتب بطلان عقد الزواج كوثيقة إذا ما كانت البيانات الأساسية المذكورة سابقا مزورة أو في غير محلها، فمهمة ضابط الحالة المدنية لا تنحصر في مجرد التحرير الآلي للوثائق وإنما عليه مراعاة الأشكال، والقواعد التي ينص عليها

(1) حوار صحفي مع موثق ببوزريعة الأستاذ: عبد الله منصور منشور على موقع www.djazairress.com تاريخ الإطلاع عليه: 2014/01/05

(2) حسب نص المادة 19 من قانون الأسرة (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يراها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)

(3) تطبيقا لنص المادة 32 من قانون الأسرة (يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد).

الباب الأول: الفصل الأول: عملة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

القانون، كما يجب عليه التحقق من كل المعلومات المصرح بها لديه، ويتأكد من مدى توافرها كما أن ممارسة هذه الوظيفة يمكن أن ينجر عنها أخطاء تقع سواء من المكلفين بتسجيل عقد الزواج أو من مفوضيهم.

هذه الأخطاء قد يترتب عليها أضرار للمواطنين أو للمصلحة العامة، لذلك فإن القانون أخضع ضابط الحالة المدنية إلى نوعين من الرقابة:

أولاً: الرقابة الإدارية

وتكون عن طريق التوقيف المؤقت، أو العزل لضابط الحالة المدنية الذي تقرر في حقه الحكم بعقوبة جزائية مشينة، أو ارتكب أخطاء جسيمة بمناسبة ممارسة مهامه⁽¹⁾.

ثانياً: الرقابة القضائية

إذا وجدت أخطاء في سجلات الحالة المدنية وثبت أن هذه الأخطاء عمدية، أو شبه عمدية لتهاون خطير، أمكن للنائب العام تحريك الدعوى العمومية من أجل طلب معاقبتهم عقوبة مدنية أو جزائية حسب نوع الخطأ المرتكب ومدى جسامته⁽²⁾. وذلك تطبيقاً للمواد من 26 إلى 29 من قانون الحالة المدنية، والرقابة القضائية تترتب نتيجة نوعين المسؤولية، المسؤولية المدنية والجزائية.

أ. المسؤولية المدنية:

وهي المسؤولية المنصوص عليها في المادتين 27 و28 من قانون الحالة المدنية حيث في كلا المادتين يتمثل الجزاء في التعويض⁽³⁾ المدني عن كل الأضرار التي قد تلحق الغير نتيجة تحريف أو تزوير في السجلات أو نتيجة أي خطأ ارتكبه المكلف بالتسجيل بنفسه، أو عن طريق مفوضيه⁽⁴⁾؛ ولأن هذه الأخطاء ليست مذكورة على سبيل الحصر؛ فتثار بصفة أصلية أمام المحاكم، أو بصفة تبعية أمام القسم الجزائي تطبيقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية.

(1) نصت المادة 1/77 دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

(2) سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 60.

(3) قانون رقم: 08/14، المؤرخ في: 13 شوال عام 1435هـ، الموافق لـ: 9 غشت 2014، المعدل والمتمم للأمر: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1339هـ، الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

(4) دفع التعويض للطرف المتضرر حسب جسامته الضرر أساسه القانون المدني تطبيقاً للمواد من 124 إلى 187 من القانون المدني.

الباب الأول: الفصل الأول: ملامة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

كما يتقرر البطلان إذا كان العقد محررا بصورة غير قانونية ولقد أعطى المشرع في نص المادة 77 من قانون الحالة المدنية للموظف المؤهل قانونا صلاحية رقابة مدى توافر الشروط الإدارية ورتب على مخالفته لتلك الشروط تعرضه للعقوبات المنصوص عليها في نص المادة 441 من قانون العقوبات .

ب. المسؤولية الجزائية:

قد يكون الخطأ المرتكب من طرف ضابط الحالة المدنية أو الموثق بشكل جريمة يعاقب عليها القانون وذلك تطبيقا لما نصت عليه بداية المادة 01/77 المعدلة (دون الإخلال بالمتابعات الجزائية وكذا المادة 2/441 من قانون العقوبات يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل شهرين على الأكثر وبغرامة 8.000 دج إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽¹⁾).

1. ضابط الحالة المدنية الذي يقيد وثيقة الحالة المدنية في ورقة عادية مفردة وفي غير السجلات المعدة لذلك والذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج، والذي يتلقى عقد زواج امرأة سبق زواجها وذلك قبل مضي الميعاد الذي حدده القانون المدني وتطبق أحكام هذه الفقرة حتى ولو لم يطلب بطلان وثائق الحالة المدنية أو لزوال البطلان⁽²⁾.

كما تتحقق المسؤولية الجزائية أيضا في حال ارتكاب جريمة التزوير في المحررات العمومية والرسمية من طرف المكلف بتحرير عقد الزواج ألا وهو ضابط الحالة المدنية أثناء أداء مهامه وذلك إما بوضع توقيعات مزورة أو بإحداث تغييرات في المحررات أو الخطوط أو بانتحال شخصية الغير أو الحلول محلها. أو بالكتابات في السجلات وغيرها من المحررات الرسمية أو التغيير فيها طبقا لما نصت عليه المواد: 214 و215 من قانون العقوبات اللتان حددتا العقوبة على مثل هذه الأفعال الجرمية تصل إلى درجة السجن المؤبد.

لكن الملاحظ أن المشرع عدل المواد المتعلقة بالقاضي حول مدى إمكانية إشرافه على كتابة وتسجيل العقود حيث تم استبداله رسميا في قانون الحالة المدنية بالموثق تماشيا مع ما هو منصوص عليه في قانون الأسرة. بموجب المادة 77 من قانون الحالة المدنية «دون الإخلال بالمتابعات الجزائية

⁽¹⁾ _ الأمر رقم 66-156، المؤرخ في: 18 صفر 1366هـ، الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب القانون 23/06

⁽²⁾ _ القانون رقم: 23/06، المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات المعدل .

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

يتعرض ضباط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل، إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما⁽¹⁾ لكن قانون العقوبات من خلال هذين المادتين أبقى على وجود القاضي وإمكانية وقوعه في جريمة التزوير أثناء أداء وظيفته ذلك أن وظيفته لا تقتصر على مجرد التسجيل وإنما يمكن أن يلحق التزوير المحررات العمومية والرسمية حتى وإن لم تكن متعلقة بتسجيل العقود كعقد الزواج مثلاً⁽²⁾.

فمسؤولية ضباط الحالة المدنية تتبع خطورتها وأهميتها من أهمية هفوة في الحالة المدنية وما يترتب عليها من آثار اتجاه الفرد، والأسرة، والمجتمع على حد سواء.

الدتر العائلي هو مستند رسمي لجمع بيانات وثائق أفراد الأسرة المتعلقة بمحلتهم المدنية، وعلى رب الأسرة مهمة حفظه ووجوب إدراج أي حالة تطرأ على أحد أفراد الأسرة فيه عن طريق ضابط الحالة المدنية نصت المادة 117 من قانون الحالة المدنية، وفي حالة التهاون يعرض نفسه للمتابعة الجزائية بتهمة استعمال وثائق إدارية يعلم أن البيانات المدونة فيها أصبحت غير صحيحة وبالتالي إمكانية الحكم عليه بعقوبة مالية وبدنية تطبيقاً للمواد 222 أو 228 حسب الأحوال.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية المتعلقة الأهلية، والفحص الطبي، والشروط الاتفاقية.

وهذه الشروط تشترك في كونها شروط جاء بها المشرع؛ لما تحققه من مصالح تماشى مع روح العصر؛ وإن لم تتضمن مبادئ الشريعة صريح النص عليها، وتناولها على التوالي: الأهلية، والفحص الطبي، ثم الشروط الاتفاقية

أولاً: الأهلية :

الأهلية عند فقهاء الشريعة هي عبارة عن صفة يقدرها الشارع تجعل الشخص صالحاً للخطاب التشريعي⁽³⁾، وتبعاً لذلك اختلفوا فيما بينهم حول جواز تزويج الصغيرة من عدمه، ومدى جواز إجبارها من عدم ذلك إلى عدة آراء، إلا أن الرابع من هذه الآراء هو عدم جواز إجبار البكر الصغيرة على الزواج، ومن باب أولى عدم جواز إجبار الثيب الصغيرة على ذلك لعدة

(1) _ الأمر رقم 70-20 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم بموجب القانون 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014

(2) _ بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 122-123.

(3) _ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق، 2004، ج2، ص783.

الباب الأول: الفصل الأول: عملة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

أسباب يأتي في مقدمتها أن زواج الصغيرة قد يكون فيه خطورة على حياتها، كما لا يشكل فائدة لها منه، وأيضا لأنها في هذه السن لا تقوى على مسؤولية نفسها بسن الصغر فكيف تتحمل مسؤولية الأسرة⁽¹⁾ ومرد هذا الاختلاف هو عدم وجود النص المحدد للسن أهلية الزواج في الفقه الإسلامي، إذ الاتفاق قائم بالنسبة للبالغة، أما الزواج دون البلوغ فهو الذي محل خلاف بالنسبة لثبوت الولاية عليها لنقص أهليتها⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فإنه لا يقرن الأهلية بالبلوغ وعلاماته كما هو الشأن للفقهاء⁽³⁾ وإنما اعتمد السن لتحديد لها واعتماد السن لتحديد سن الأهلية هو المعمول به في معظم التشريعات القانونية العالمية لأنها تعده بمثابة المعيار الثابت، ولقد عمل المشرع الجزائري على توحيد سن أهلية الزواج بسن تسعة عشر سنة لكل من الرجل والمرأة على حد سواء⁽⁴⁾ بنص المادة 7 من قانون الأسرة بنصها «تكتمل أهلية الرجل والمرأة بالزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج»⁽⁵⁾ فالمشرع ربط سن أهلية الزواج مع سن الأهلية القانوني المحدد في نص المادة 40 من القانون المدني⁽⁶⁾ وذلك باعتبار أن عقد الزواج يعد تصرف قانوني، تترتب عنه آثار مهمة للطرفين من جهة، وعلى الأسرة ككل من جهة ثانية، شأنه في ذلك بشأن كل التصرفات القانونية التي يرمها الشخص في حياته، غير أن النص خلا من الإلزامية التشريعية باستخدام مصطلحات كيجب أو يلزم، أو يتعين... مما يوحي أن هذه القاعدة يمكن عدم الالتزام بها؛ ولعل الدليل على ذلك هو الترخيص الموجود في حالتي المصلحة، والضرورة طالما وجدت القدرة على الزواج⁽⁷⁾. فالإجازة تذهب للإلزام، كما أن نص المادة 11

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط السادسة، دار المعرفة، بيروت، 1982، ج 02، ص 5-09.

(2) مذكور محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط الثانية، ص 178.

(3) الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2009، ص 31.

(4) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 27.

(5) القانون 09 / 05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(6) الأمر رقم: 58/75، المؤرخ في: 27 فيبر 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(7) النص على إعطاء السلطة التقديرية للقاضي في منح الترخيص بالزواج دون السن 19 سنة، يظل مجملا مع غياب المرسوم المبين للإجراءات العملية للحصول على هذا الترخيص خاصة، وأن الغالب في منح هذه التراخيص يكون من صلاحيات رئيس المحكمة المتواجد بها مسكن طالب الترخيص، كما هو الشأن في المادة 03/08 من قانون الأسرة، غير أن إعطاء السلطة التقديرية لمصطلح قاضي دون تخصيص بمكان العمل، ولا بتخصص معين، فكان الواجب على المشرع قصره على جهة قضائية بعينها كما نص على ذلك بشأن التعدد.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

من قانون الأسرة «يتولى زواج القصر...» دليل آخر على إمكانية إقامة عقد الزواج دون مراعاة شرط السن القانونية⁽¹⁾.

كما أن نصوص القانون المدني يمكن الاستناد عليها في هذه الحالة حيث نصت المادة 42 على «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة» وكذلك المادة 43 «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقض الأهلية وفقا لما يقرره القانون»⁽²⁾، كما رتبت المادة 44 من القانون المدني أن فاقد الأهلية وناقضها وفق أحكام القانون المدني يخضعون لأحكام النيابة الشرعية المنصوص على مبادئها وشروطها وحالاتها في قانون الأسرة في الكتاب الثاني من المادة 81 من قانون الأسرة⁽³⁾.

ومن خلال ما سبق يتبين أنه بالرغم من محاولة المشرع توحيد سن الأهلية في إبرام مختلف التصرفات القانونية في جميع فروع القانون، إلا أن وجود الاستثناء قد يشكك في وجود الهدف العملي لهذه الوحدة، سيما مع انعدام الأثر القانوني في حال في مخالفة شرط السن في الزواج غير الموثق مثلا؛ ذلك أنه يمنع حتى على القاضي في هذه الحالة الاعتراض بموجب نص المادة 222 قانون الأسرة بنصها «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»⁽⁴⁾ وبما أن نص المادة 7 من قانون الأسرة الذي تضمن أحكام أهلية الزواج، لم يرد فيه لا في منطوق المادة، ولا في مفهومها الإشارة إلى الجزاء المترتب على مخالفة سن تسعة عشر 19 سنة وبالتالي فالإحالة تكون لنص المادة 222 من قانون الأسرة لا محالة.

ثانيا: الفحص الطبي: يعتبر من الشروط الشكلية الجديدة التي أضافها المشرع لعقد الزواج، وسيتم تناوله من خلال بيان تعريفه، ثم بيان الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بجزئياته.

ومفهوم الفحص الطبي بوجه عام: هو دراسة الحالة الصحية للمريض عن طريق برنامج متكامل من أجل استقصاء حالة الشخص المرضية الحالية وعن مدى إصابته بأمراض مزمنة أو

⁽¹⁾ _ القانون 09 /05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

⁽²⁾ _ الأمر رقم 58/75 ، المؤرخ في 27 فبراير 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

⁽³⁾ _ بن ملحمة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص31.

⁽⁴⁾ _ القانون: 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

معدية، أو وبائية من جهة، ومن جهة ثانية البحث في التاريخ الطبي السابق له، ولأسرته خاصة ما يتعلق بالأمراض الوراثية⁽¹⁾، وذلك بتناول موقف الفقه الإسلامي منه. ثم أحكام الفحص الطبي عند المشرع الجزائري بمختلف فروع.

1- موقف الفقه الإسلامي من الفحص الطبي: إن المتتبع لآراء الفقهاء، يجد أن الفقهاء القدامى لم يتناولوا هذه المسألة بالتفصيل القانوني؛ وإنما وجدت الإشارة إلى مسألة خيار العيب في العقود، إذ وسع فقهاء المذهب المالكي في اشتراط خلو أحد الزوجين من الأمراض المخوفة⁽²⁾، وأنه في حالة العقد مع وجود المرض وعدم علم الطرف الآخر به فإنه يوجب له حق الفسخ، واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ: «لا يورد ممرض على مصح»⁽³⁾.

أما موقف الفقهاء المعاصرين من إجراء الفحص الطبي قبل الزواج فقد انقسموا بشأن إلزامية الأخذ به إلى موقفين بين مؤيد، ومعارض ولكل أدلته فاستدل المؤيدين لإجراء الفحص الطبي بعدة أدلة منها: أنه يتلاءم مع مقاصد الشريعة الإسلامية في المحافظة على النسل، وعلى استمرار الحياة الزوجية كما أنه يوازي مسألة خيار العيب التي قال بها الفقهاء القدامى، وأن المتأمل في النصوص الشرعية من الكتاب والسنة يجد بأنها تحث على ضرورة الأخذ بكل أسباب الحيطة والحذر قبل الإقدام على أمر هام قد تكون عواقبه فيما بعد أشد ضررا، أما معارضي إجراء الفحص الطبي فحجتهم أن نتائجه غير دقيقة، وأن في ذلك تعارض مع تمام الثقة والتوكل على الله كما أنه قد تنجر عنه فضح لأسرار الناس، وإشاعة لها وقد يؤدي إلى إحباطهم⁽⁴⁾.

2- الفحص الطبي عند المشرع الجزائري لم يشترط قانون الأسرة الجزائري وجوب التمتع بالحالة الصحية للمقبلين على الزواج، ضمن أحكامه غير أنه وبموجب المادة 7 مكرر جاء النص

(1) _ أبو كيلة عبد الفتاح أحمد، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دار الفكر الجامعي، 2008، ص25.

(2) _ اتفق الفقهاء على جواز فسخ النكاح لوجود العيب في أحد الزوجين، إلا أنهم اختلفوا فيما يثبت له حق الفسخ فذهب الجمهور إلى ثبوت هذا الحق لكلا الزوجين، بينما قصره الأحناف على الزوجة، لأن الزوج يملك الطلاق.

(3) _ أخرجه البخاري في كتاب الطب، باب العدوى، رقم 5775 ومسلم في كتاب السلام باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ولا نوم برقم 2221.

(4) _ الطيار أحمد عبد الله، أثر الأمراض المعدية في الفرقة بين الزوجين، الموقع الإلكتروني، تاريخ الإطلاع: 2011/08/12

الباب الأول: الفصل الأول: عملة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

على إلزامية تقديم وثيقة أو شهادة طبية بنصها«يجب على طالي الزواج أن يقدم وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق تنظيم»⁽¹⁾.

فالملاحظ لهذا النص يجد أنه جاء في شكل ثلاث فقرات احتوت على إلزام ووجوب قانوني يخص المقبلين على الزواج في الفقرة الأولى، وخصت الفقرة الثانية إلزام موجب للمشرفين على عملية تسجيل الزواج، وفي ذلك إحالة إلى قانون الحالة المدنية المنظم لعملية تسجيل العقود من الميلاد، والزواج، والوفاة، أما الفقرة الثالثة فبينت كيفية الفهم وتطبيق العمل لهذا الإجراء الإلزامي الذي يعتبره البعض من شراح القانون أنه من الشروط الموضوعية للزواج⁽²⁾. في حين يعتبره البعض الآخر أنه مجرد شرط شكلي لانتفاء الجزاء على مخالفته من جهة، لأن عقد الزواج يعتبر صحيحا شرعا وقانونا حتى بانعدامه⁽³⁾.

فسر نص المادة 7 بتحديد ضوابطها وحيثياتها، وكيفية تطبيقها المرسوم رقم: 154/06⁽⁴⁾. فهو لا يشمل المعنى العام للفحص الطبي وإنما يقتصر على شهادة طبية تعتبر قرينة شكلية على إجراء الفحوص الطبية لكل من الرجل والمرأة المقبلان على عقد زواجها⁽⁵⁾، وإن كانت المادة الثالثة من المرسوم التي نصت أنه «لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 2 إلا بناء على نتائج:

⁽¹⁾ _ القانون: 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

⁽²⁾ _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ج 01، ص115.

⁽³⁾ _ ذلك أن المادة 06 من قانون الأسرة تحكم بصحة الزواج لمجرد اشتماله على ركن الرضا وشروط الصحة المقررة في المادة 9 مكرر.

⁽⁴⁾ _ المرسوم التنفيذي رقم: 154/06 ، المؤرخ في: 13 ربيع الثاني 1427هـ الموافق لـ: 11 مايو 2006 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من الأمر 02/05.

⁽⁵⁾ _ تطبيقا لنص المادة الثانية من المرسوم 154/06.

-فحص عيادي شامل.

-تحليل فصيلة الدم.

فيتضح منها أن الهدف من إجراء الفحص الطبي هو الوقاية من الاقتران بشريك يحمل أمراضا قد تؤثر عليه وعلى أبنائه مستقبلا، كما ألزم المرسوم الطبيب المشرف على هذا الفحص بضرورة إبلاغ المعني بالأمر بملاحظاته عن نتائج الفحص الطبي، وكذا إعلامه بالأمراض الوراثية والمعدية ومخاطر العدوى منها للشريك أو الأبناء على حد سواء⁽¹⁾.

وهذا هو المقصد الذي من أجله أوجب المشرع هذه الشهادة الطبية، اتقاء لفصل العلاقة الزوجية مستقبلا بسبب اكتشاف مرض آخر⁽²⁾.

ولقد رتب المشرع على ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقوم بتسجيل الزواج مراعاة وجود هذه الشهادة من خلال المرسوم المفسر لطبيعة وشروط تطبيق الفحص الطبي عند المشرع بنصه «يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج».

فبعد نص المشرع على تأكيد علم من يشرف على عملية التسجيل أمرا جيدا، لكن ما يعاب على هذا النص هو إغفال تبين كيفية هذا التأكيد هل يكون بسؤال الطرفين وإذا ما فهمنا ذلك صراحة من منطوق المادة من خلال نصها «... من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد...» ولكن المتأمل للشهادة الطبية كإجراء عملي على أرض الواقع لا يجد الشهادة تحتوي على الإشارة إلى وجود أمراض معينة لأي واحد منهما، إذ تكف بالنص على مجرد تحليل الدم، وفي بعض الأحيان حتى تحليل الدم ولا يكون موجودا وإنما مجرد ورقة رمزية موقعة، ومؤشر عليها من طرف طبيب، مما لا يجعلها حجة لأي واحد من الزوجين عند طلب الطلاق بوجود عيوب مرضية، وهذا ما يتناقض مع الوجوب المنصوص عليه في المادة 6 من المرسوم المفسر لكيفية تطبيق شرط الفحص الطبي⁽³⁾.

(1) _ حسب نصوص المواد: 5/4/2 من المرسوم 154/06.

(2) _ تطبيقا لنص المادة 02/53 المتعلقة بالتطبيق للعيوب المرضية من قانون الأسرة.

(3) _ المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في: 13 ربيع الثاني 1427هـ الموافق لـ: 11 مايو 2006 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من الأمر 02/05

الباب الأول: الفصل الأول: ملاءمة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

من المرسوم 154/06 أنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم كما أن سلطة من يشرف على عملية التسجيل تفضل مقتصرة على التأكد من وجود الشهادة ومن علم طالبي الزواج ما يوجد فيها فقط أي أن دوره سلمي فلا يمكنه التدخل بالامتناع عن تسجيل الزواج حتى وإن كان الطرفان يحملان أمراضا معدية أو فتاكة؟، بصريح الفقرة الثانية من المادة 7 من المرسوم ورتب على هذا الرضا إن وجد المسؤولية القانونية، المدنية والجزائية وإذا لم يبلغ طالبي الزواج عن ذلك، فإنه يمكن للنيابة العامة بموجب نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة مباشرة إجراءات المتابعة ضد الموثق أو الضابط العمومي الذي يباشر تسجيل عقد الزواج دون مراعاة شروطه، وذلك تطبيقا لنص المادة 77 من قانون العقوبات⁽¹⁾.

وباعتبار المشرف على إجراء الفحص يجب أن تتوفر فيه صفة الطبيب بكل ما تتطلبه هذه الصفة من شروط وضوابط لممارسة هذه المهنة وفق تنظيمها، والآثار المترتبة في حال الحياد عنها وفق ما نص عليه المشرع فيما يتعلق بالقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم⁽²⁾ خاصة المواد المرتبطة في هذا المجال بالخطأ الطبي وإفشاء الطبيب لأسرار مريضه⁽³⁾.

الخطأ الطبي: يعرف على أنه «كل مخالفة أو خروج الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليه نظريا وعلميا وقت تنفيذه للعمل الطبي، كما يعرف على أنه «كل تقصير أو إهمال أو خروج الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا وعلميا وقت تنفيذه للعمل الطبي»⁽⁴⁾.

وبذلك يشمل كل من: الخطأ المهني، التجاوزات والغش المرتكب من قبل الأطباء، إفشاء السر المهني، والتي تطبق بشأنها أحكام المسؤولية القانونية عن اقتراف الخطأ، فإذا تعلق الأمر بالخطأ الموجب للتعويض فتطبق عليه أحكام المواد 54 من القانون المدني وما بعدها المتعلقة بالعقد وما يترتب عنه من عناصر المسؤولية العقدية في حال توفر أركانها، أما الغالب الأعم من الأخطاء

(1) _ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الجزائري، المرجع السابق، ص 139-140.

(2) _ القانون رقم: 05/85، المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405هـ، الموافق لـ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

(3) _ ينظر المواد 206 و226 و235 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(4) _ موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1981ص53.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

الطبية ذات الطابع المدني⁽¹⁾ فتتعلق بالمسؤولية التقصيرية والأركان المتكونة منها من الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽²⁾ فتطبق بشأن ذلك أحكام المواد 124 وما بعدها من نصوص القانون المدني.

كما نجد وثيقة الدستور تضمنت النص على هذا الفحص الطبي بالنسبة لإجراءات توقيف القصر المادة: 48 يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية، **الفحص الطبي إجباري بالنسبة للقصر**⁽³⁾.

أما إذا ترتب عن الخطأ الطبي جريمة فإن المسؤولية المترتبة هي المسؤولية الجزائية، ولقد خص قانون العقوبات الجزائي الإخلال بالعمل الطبي بأكثر من مادة فنجد نص المادة 301 من قانون العقوبات تنص «يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيدالة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم أنشرها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاؤها ويصرح لهم بذلك...»⁽⁴⁾.

وبالنسبة لتقييم الرأي الطبي فيما يتعلق بالفحص الطبي فقد أبرز كل من إيجابيات، وسلبات إجراءاته طبعا إذا تم إجراؤه وفق نص المادة 03 من المرسوم 154/06 المتعلق بالفحص العيادي الشامل، وكذلك التحليل المخبري للدم؛ فهو يبين ضرورة إجراء التحليل الجيني قبل الزواج «وهو جزء من اختبار الفحص الطبي لأنه يحقق مصالح شرعية راجية، ويدراً مفسدة متوقعة، وليس في هذا مضادة لقضاء الله وقدره⁽⁵⁾، بل هو قضاء الله وقدره، وينفع التحليل الجيني خاصة في العائلات التي لها تاريخ وراثي لبعض الأمراض ويتوقع الإصابة بها يقينا غالبا والمتوقع كالواقع

(1) _ التونجي عبد السلام، المسؤولية المدنية للطبيب، دار المعارف لبنان، 1972، ص 265-266.

(2) _ منصور محمد حسين المسؤولية الطبية، المسؤولية المدنية لكل من الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999، ص 195-196.

(3) _ وثيقة تعديل الدستور الصادر في 28 ديسمبر 2015

(4) _ القانون رقم: 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

(5) _ القانون رقم: 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم وفي ذلك رد على رأي الشيخ ابن باز رحمه الله - الذي أفنى بعدم الحاجة لإجراء الفحص الطبي وانه يتنافى مع قوله تعالى: " أنا عند ظن عبدي بي " كما روى الحديث القدسي الذي أخرجه البخاري، كتاب التوحيد، باب قوله تعالى ويحذركم الله نفسه.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

والشرع يحتاط لما يكثر وقوعه احتياطه لما تحقق وقوعه⁽¹⁾.

ومن سلبياته أنه يؤدي إلى إيهاام الناس بأمراض قد لا يكون لها وجوه أصلاً مما يؤثر على حياتهم النفسية التي قد تنتهي بنتائج وخيمة كالعزوف عن الزواج أو الانتحار.... مما يفوت فرصة العمر عن الكثير نتيجة فحوص غير أكيدة⁽²⁾.

بالنسبة لما ذكر من تقييم للفحص الطبي يمثل التحليل على الصعيد النظري لأن التطبيق العملي لهذا الإجراء يكاد يقتصر على مجرد شهادة، أو وثيقة موقعة من طبيب أو هيئة طبية تثبت إجراء تحليل الدم، لعدم إجراء الفحص العيادي الشامل، والذي يمكن إرجاعه لعدة فرضيات منها: التكلفة الباهظة لهذه التحاليل، وكذا لنقص التوعية المناسبة لفائدة هذا الإجراء، وأيضاً لعدم تخصيص الدولة مراكز من أجل إجراء هذه الفحوصات لغرض الزواج، بحيث أصبح هذا الإجراء يقتصر على إلزام قانوني هش لا يعكس الهدف أو المقصد الذي وجد من أجله.

ثالثاً: الشروط الاتفاقية: وتسمى أيضاً الشروط الجعلية، ويراد بها الضوابط التي يضعها أحد الزوجين على الآخر فيما يتعلق بمستقبل الحياة الزوجية بينهما؛ فلكل من الزوجين حرية الاشتراط فيما يريانه يعود بالنفع على مسار حياتهما المشتركة عملاً بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»⁽³⁾ غير أن حرية الاشتراط في عقد الزواج تخضع لعدة قيود، نتناولها من خلال بيانها فيما يأتي:

القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج

الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج ليس على إطلاقه، فالشروط في العقد قد تتبع أهواء المتعاقدين التي لا تقف عند حد معين، وقد يؤدي الغلو فيها إلى الخروج عن قواعد الشريعة الإسلامية، والفقهاء مختلفون في وضع هذه الحد لهذه الشروط، فكان أضيقتها مجالاً مذهب الظاهرية، وأوسعها مجالاً مذهب الحنابلة، واحتل المالكية، والشافعية موقفاً وسطاً بينهما؛ الملاحظ أن هناك عدة ضوابط ينبغي مراعاتها؛ يمكن استخلاصها من خلال مضمون قانون الأسرة حول

(1) _ عارف علي عارف، الاختبار الجيني والوقائي من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، مجلة التجديد، جامعة ماليزيا، العدد الخامس، فيفري 1999، ص132-133.

(2) _ عصيات صفوان محمد، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص57.

(3) _ البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ينظر: العسقلاني ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج11 ص497.

الباب الأول: الفصل الأول: عملة قانون الأسرة بقرون القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

نطاق الحرية الممكنة في الاضطرار، والتي يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

أ: مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة

يعتبر قيد النظام العام⁽¹⁾. والآداب العامة⁽²⁾ من القيود الواردة على حرية الاضطرار في عقد الزواج⁽³⁾. وذلك لتعلق مواضيع الأحوال الشخصية بالنظام العام⁽⁴⁾، وعلى هذا الأساس يقع باطلاً كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتهما لأبناهما، ويقع باطلاً أيضاً كل شرط يقضي بتعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها كشرط نفي المهر⁽⁵⁾، وتبرير ذلك يكون بتغليب المصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة

بمقارنة فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون الوضعي كقيد وارد على حرية الاضطرار وما يقابل هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية، وهو عدم مخالفة الشروط للدليل الشرعي، نجد أن الدليل الشرعي ثابت على مر الزمن، ولا يجوز تغييره ولا تبديله، بخلاف فكرة النظام العام فإنها تخضع للتغيير⁽⁶⁾.

وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز للزوجين الاتفاق على ألا يرتب عقد الزواج آثاره

(1) _ النظام العام : مجموعة القوانين التي يقصد منها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية وهذا هو مجال القوانين الدستورية والإدارية، أم كانت هذه المصلحة اجتماعية ويشمل كل ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية من ضوابط.

(2) _ هي احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع معين وعصر معين، بحيث يُفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الخلقي، غير أن هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حد ما، وذلك لاختلاف المعيار لتحديد ما هو من الآداب العامة، أو ليس كذلك من مجتمع لآخر؛ بل ونجده يختلف حتى في المجتمع نفسه من عصر لآخر

(3) _ نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري توجب على النيابة العامة أن تتدخل كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون، والتي يمكن ربط تدخلها بمعيار النظام العام والآداب العامة، تخفيفاً للعبء كما أن بعض مسائل الأحوال الشخصية لا تتطلب إشراك النيابة العامة.

ينظر: حميل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2005، العدد 06، ص 233.

(4) _ إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، لا توجد دار النشر، الطبعة الثانية، 1997، ج 1 ص 43.

(5) _ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 78، ص 79.

(6) _ الصده عبد المنعم فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 338، ص 6339.

ابن موسى عبد الناصر، اقتران العقد بشرط تقييدي في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية في المملكة الهاشمية الأردنية، اللقاء للدراسات والبحوث، الأردن، العدد الأول، 1995، ص 6138.

حمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، 2000، ص 53.

الباب الأول: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

الشرعية⁽¹⁾، والحكمة في ذلك أنه لو ترك الناس وشأنهم في ترتيب ما يحلو لهم من آثار وشروط في العقود، وخاصة في عقد الزواج لخرجوا عن حدود الله، وطغى الظلم والفساد في الأرض⁽²⁾.

ب: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

أباح قانون الأسرة الجزائري حسب نص المادة 19 للزوجين حرية الاشتراط، غير أن هذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد فيه من أحكامه، غير أن تحديد ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة والتي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتنفه بعض الصعوبات، فمثلا قد يبدو للبعض أن هناك تعارض بين إباحة المشرع مثلاً لشرط تعدد الزوجات وفق المادة 8 قانون الأسرة، وما تقضي به المادة 19 منه حول جواز إشتراط انعدامه⁽³⁾.

يمكن للمشرع الجزائري تفادي وقوع هذا التعارض في صياغة النص على هذا الشرط في المادة 8 كقيد من القيود الواردة على تعدد الزوجات، كما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع المغربي حيث نص في المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه: «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها»⁽⁴⁾، وبذلك يكون المشرع قد حسم مسألة هذين الشرطين تشريعياً، وتم رفع الحرج عن القاضي والمتقاضين⁽⁵⁾.

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تقيد تعدد الزوجات إلا بشرط العدل، أما جعله بيد القاضي وموافقته، ومطالبة الرجل بإبداء المبرر الشرعي واقتناع القاضي به، وإعطاء ولاية غير مشروعة له من شأنه أن يعمق ويوسع مساحات الزواج العرفي، والعلاقات غير المشروعة⁽⁶⁾.

(1) _ محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، 2000، ص 53

(2) _ الفتلاوي عبيد، تحول العقد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 63.

(3) _ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، ط الثالثة، الجزائر، 1996، ص 169.

(4) _ ظهر شريف رقم: 22/4/1 الصادر في 12 ذي الحجة هـ الموافق 3 فيفري 2004 المتعلق بتنفيذ الأمر 70/3 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(5) _ بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص 102، ص 103.

(6) _ أبو سراج الذهب فاروق، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، العدد الثامن، ص 6118 .

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

كما أن الشريعة الإسلامية تأبي أن يكون الغرض من التعدد المباهاة، أو التذوق، أو الإهانة، فالتعدد رخصة لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة بوجود مسوغاتها.

وانطلاقاً من هذا فلا حرج في وضع قيود على تعدد الزوجات وإحاطته بإجراءات اجتهادية من وضع المشرع، إذا كان الغرض منها هو حماية جوهر التعدد، وتحقيق العدل فيه، وحماية المرأة من تعسف الزوج وضمن حقوق الزوجة⁽¹⁾.

ومما سبق فأحكام الشريعة الإسلامية لا تمنع الإشتراط ولا تحرمه؛ وإنما تمنع الشروط التي لا توافق مقتضى عقد الزواج، أو تهدف إلى تحقيق غرض غير مشروع لمن اشترطها⁽²⁾.

جـ: جدية المصلحة

تعرف المصلحة في الشريعة الإسلامية بأنها جلب المنفعة ودفع المضرة، أو المفسدة⁽³⁾.

والمصلحة المعتبرة في شريعة هي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين، والنفس، والمال والعقل، والنسل، وفي هذا يقول الإمام الغزالي: «إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكن نعي بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع؛ ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقلهم، ونسلهم، وما لهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة»⁽⁴⁾.

والمقصود بجدية المصلحة أن يكون الهدف من الإشتراط تحقيق مصلحة مقصودة لكلا الزوجين أو أحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد عقد الزواج⁽⁵⁾.

وتقدير جدية المصلحة مرجعه الموازنة بينها وبين الأضرار التي تنتج عنها⁽⁶⁾ فلو أن الزوجة

(1) _ لدرع كمال، نظرة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001، العدد 01 ص 201.

(2) _ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، دار النهضة العربية، بيروت، ص 51.

(3) _ محمد تقي، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994، ص 149.

(4) _ أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بدون سنة، ص 293.

(5) _ فكرة سعيد، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1997، ص 633.

(6) _ شوقي محمد، ضوابط المصلحة والموازنة بينها، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، 2003، العدد 08، ص 14، ص 15.

الباب الأول: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج

اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها، فهذا الشرط يحقق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بزوجها، ولكن إذا أضحت تلك الغاية غير ذات جدوى بسبب أن الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها يلحق الضرر بالزوج ويفوت عليه مصلحة حقيقية مثل نعمة الأولاد، فإن مثل هذا الشرط يبطل لأن الغاية شرع والشرط تصرف، وما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط⁽¹⁾.

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

⁽¹⁾ _ فكرة سعيد، المرجع السابق، ص 633

الفصل الثاني:

علاقة قانون الأسرة بفروع
القانون الأخرى في تنظيم آثار
الزواج وجزاء الإخلال بها

تجهد الدول في صياغة تشريعاتها المتعلقة بالأسرة، متأثرة بواقع التحولات العالمية؛ و ما تفرضه القوانين المتعلقة بحقوق الانسان من جهة، وما تقتضيه مبادئ الشريعة الإسلامية من مبادئ من جهة ثانية، بما فيها المشرع الجزائري الذي ألزم على ابتكار حلول قانونية تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين أصالة الشريعة الإسلامية، وبين التجديد لمثل هذه الأوضاع الجديدة، ففي مسألة عقد الزواج متى انعقد صحيحا ترتبت عليه آثاره، وتختلف هذه الآثار باختلاف التشريعات، كما أن منها التي تفرق بين الآثار الشخصية، والآثار المالية، بحيث لا يخضع النوعين لمبادئ القانون نفسه. كما أن الإخلال بما يشرتب عليه جزاء يختلف بين ما هو مقرر في التشريع القانوني عن ما هو محدد وفق أحكام الفقه الإسلامي و تبعاً بما سبق ذكره تم تقسيم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى

في تنظيم آثار الزواج الموضوعية والقانونية

المبحث الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى

في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج

المبحث الأول:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج الموضوعية والقانونية

المطلب الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم آثار الزواج الموضوعية.

المطلب الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم آثار الزواج القانونية

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

تعد الأسرة اللبنة الأولى في بناء المجتمع؛ لهذا أولى لها الدين الإسلامي رعاية خاصة، عن طريق وضع حقوق محددة لكل أفراد الأسرة تقابلها واجبات على الطرف الآخر، و انطلاقاً من أحكام الشريعة⁽¹⁾ جاءت نصوص قانون الأسرة لتحديد وتنظيم هاته الحقوق والواجبات، أثناء قيام العلاقة الزوجية، أوحى بعد انتهائها⁽²⁾؛ و تبعاً لذلك سيتم تفصيل الدراسة في هذه الآثار مع تقصي العلاقات الموجودة في جل فروع القانون .

المطلب الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج

الموضوعية

وتتم دراسته من خلال تقسيمه إلى فرعين؛ بحيث يتعلق الفرع الأول علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في: تنظيم آثار الزواج الشخصية والمالية على طرفيه، أما الفرع الثاني

الفرع الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في: تنظيم آثار الزواج

الشخصية والمالية على طرفيه

يقصد بآثار عقد الزواج، النتائج المترتبة على انعقاد العقد، والأصل فيها أن تكون بحكم الشارع لما رتبته من آثار ملزمة للطرفين⁽³⁾، أو هي ما يترتب على عقد الزواج من حقوق لأحدهما على الآخر، فإذا انعقد الزواج، وكان صحيحاً نافذاً لازماً، فإن آثاره تترتب عليه مباشرة، وهذه الآثار تنوع إلى عدة أنواع، منها ما هو مشترك بين الزوجين ومنها ما هو خاص بالزوجة على زوجها، ومنها ما هو متعلق بحقوق الزوج على زوجته، وهذا التنوع لآثار الزواج ذكره معظم فقهاء الشريعة الإسلامية، وكان قد أخذ به المشرع قبل تعديله لقانون الأسرة⁽⁴⁾ حيث جاء النص

(1) _ الأخذ بمقاصد الإسلام السمحة، في تكريم الإنسان والعدل والمساواة والمعايشة بالمعروف، وبوحدة المذهب المالكي والاجتهاد، الذي يجعل الإسلام صالحاً - لكل زمان ومكان، لوضع قانون للأسرة، منسجم مع روح ديننا الحنيف.

(2) _ أبو القاسم الطيبي منتدب قضائي، إشكاليات التنفيذ في قضايا الأسرة المتعلقة بحقوق الزوجة والأطفال - الناشر

نموذجاً - مقال على الانترنت modawanat-elosra.blogspot.com تاريخ الإطلاع عليه: ديسمبر 2013

(3) _ أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، دت ص 209.

(4) _ نص المشرع في الأمر 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة على حقوق وواجبات الزوجين في المواد من 36 إلى 39 سنة حيث نصت المادة 36 على الحقوق المشتركة بين الزوجين، وتطرقت المادة 37 إلى واجبات الزوج تجاه زوجته بينما تضمنت المادة 38 النص على حقوق الزوجية، بينما تعرضت المادة 39 إلى واجبات الزوجة.

فوجد ضمن هذه المواد تكرار لبعض الحقوق التي تعتبر واجبات على الآخر، كما هو الحال في المادتين 37 و38، كما أن هذه المواد وإن أخذت في ظاهرها بالتقسيم الفقهي لآثار الزواج المتعلقة بالزوجين، إلا أنها في الحقيقة قد أحلقت بين هذه الحقوق.

قبل التعديل في صورة أربعة مواد:

المادة 36 «يجب على الزوجين:

- 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- 2- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف»
حيث نجدها نصت على بعض الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين وكيفية التعامل مع الأهل والأقارب.

أما نص المادة 37 فقد جاء كالتالي «يجب على الزوج اتجاه زوجته

- 1- النفقة الشرعية حسب وسعة إلا إذا أثبتت نشوزها.
- 2- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة، فقد تطرقت إلى إلى نوعين من واجبات الزوج المتعلقة خاصة بالمال سواء أكانت زوجة واحدة أم في حال التعدد من حيث واجب العدل».

أما المادة 38 فقد أكملت النص على حقوق الزوجة بنصها «يحق للزوجة على زوجها

- 1- زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم.
- 2- حرية التصرف في مالها» فالملاحظ لهذه المادة أنها نصت على بعض حقوق الزوجة المتعلقة بالمال والأهل والتي يمكن إقحامها مع باقي المواد سالفه الذكر.

المادة 39 «يجب على الزوجة:

- 1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.
- 2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم.
- 3- احترام والدي الزوج وأقاربه» 1.

الملاحظ لنص هذه المادة يجد تركيز المشرع على قوامة الرجل في الأسرة من خلال النص على واجب الطاعة، كما تضمنت المادة إشارة إلى واجبات الزوجة نحو أبنائها من الإرضاع والتربية.

يترتب على عقد الزواج عدة آثار موضوعية، وأخرى شكلية عند المشرع، وفي هذه

1_ القانون رقم : 11/84 ، المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

الدراسة سنتناول الآثار الموضوعية التي نص عليها المشرع الجزائري ولها علاقة بفروع القانون الأخرى ثم نقوم بمقارنتها بمبادئ الشريعة الإسلامية، مع الإشارة إلى اجتهادات قضائية في هذا المجال.

والآثار الموضوعية للزواج⁽¹⁾ تتنوع إلى آثار مالية وآثار غير مالية، من هذه الآثار ما يرجع على الزوجين ومنها ما يرجع على الأقارب من الأصول، والفروع.

عقد الزواج يتميز بطبيعة خاصة تميزه، عن باقي العقود المالية، لا سيما من ناحية الآثار، ذلك أن آثار العقود المالية كلها حقوق والتزامات خاصة بالمتعاقدين، أما عقد الزواج فتترتب فيه ثلاثة أنواع من الآثار.

— آثار هي حقوق لأصحابها، كالنفقة الزوجية والطاعة الزوجية، والتوارث...

— آثار فيها حقوق لغير المتعاقدين كنسب الأولاد.

— آثار فيها حقوق عامة للشرع، هي من قبيل النظام العام كالعدة⁽²⁾.

وفقهاء الشريعة من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة متفقون في عدم التفريق بين فاسد النكاح وباطله من حيث الانعقاد، ومن حيث الأحكام وعدم ترتيب الآثار.

فما هو مقرر وفق قانون الأسرة الحالي من آثار فقد جمعها المشرع بمجملتها أي دون تمييز بين حقوق كل زوج على الآخر بموجب المادة 36 «يجب على الزوجين

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

3- التعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر، وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

(1) _ يقصد بالآثار الموضوعية لعقد الزواج النتائج المترتبة عليه بالنظر إلى طبيعته وفق أحكام الشريعة الإسلامية، والتي يمكن ملاحظتها في حال الزواج العربي أو بالفاتحة، فتخرج بذلك الإجراءات الشكلية التي أوجبهما التقنين.

(2) _ الزرقا مصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر. العدد 27، شوال 1401هـ الموافق سبتمبر 1981، ص 31.

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

الملاحظ لنص المادة 36 من قانون الأسرة يجدها قد تناولت آثار الزواج بالنسبة للزوجين على وجه الإجمال، ولم تفرد حقوق أي واحد منهما تجاه الآخر، وكيفية معاملتهم، كما لم تغفل هذه المادة النص على الشق المالي المتعلق بكيفية تسيير شؤون الأسرة.

وهذه المادة وإن بدت جامعة في النص على آثار الزواج، إلا أن قانون الأسرة، لم يكتف بها فقط، وإنما أدرج نصوصاً أخرى تبين بجزء من التفصيل هذه الآثار سواء أكانت آثاراً مالية أم معنوية خاصة بالزوجين أم تمتد إلى الأقارب من الفروع والأصول.

حيث نصت المادة 37 من قانون الأسرة على الذمة المالية للزوجين، والتي يمكن تأكيد استقلالية الذمة المالية للزوجين من خلال ما أورده المشرع في المادة 14 من إعطائه للمرأة حرية التصرف في الصداق أخذاً برأي الجمهور. كما أن هبة المرأة المتزوجة لا تخضع لأي إجراء قانوني يقيد حريتها في التصرف في مالها، وفي القانون التجاري نص التشريع التجاري الجزائري في المادة 07 السابعة من هذا القانون على أن المرأة المتزوجة لا تكتسب صفة التاجر إلا إذا مارست الأعمال التجارية لحسابها الخاص وليس لحساب زوجها. والمادة الثامنة 8 منه «تلتزم المرأة التاجرة شخصياً بالأعمال التي تقوم بها الحاجات تجارها، ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أعمالها الشخصية»⁽¹⁾ أجازت للمرأة سواء كانت تحمل صفة الزوجية أم لا تحملها مباشرة الأعمال التجارية وتلتزم هي شخصياً بإدارتها، والإشراف على أرباحها؛ دون تفريق بينها وبين الرجل، ودون توقف على إذنه⁽²⁾، وعليه إذا أخذنا بحرفية النص يمكن القول أن المشرع الجزائري يأخذ ضمناً بفكرة الترشيد تطبيقاً للمادة 7 الفقرة 02 من قانون الأسرة.

في قواعد القانون المدني تتمتع المرأة عزباء كانت أم متزوجة بالحرية الكاملة التي يتمتع بها الرجل في إبرام التصرفات المالية وهذا الحكم ينطبق على كل التصرفات النافعة أو الضارة أو الدائرة بين النفع والضرر⁽³⁾، مع ضمان عدم التدخل من أي شخص زوجها كان أو غيره؛ متى بلغت سن الأهلية القانونية حسب نص المادة 40 من القانون المدني.

(1) _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(2) _ بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح الأسرة الجديد، موسوعة الفكر الإسلامي، دار الهلال وهران، ص 12-127

(3) _ مسعودي رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار العدد 4، 2004، ص 4-47

كما تضمنت المادة 74 منه، وما بعدها النص على النفقة باعتبارها أثراً من آثار الزواج على الزوجين وعلى الأصول، والفروع بشروط محددة، كما تضمنت المواد من 40 إلى 46 منه، النص على النسب نتيجة الزواج الشرعي، وفي مقابل ذلك النص على حرمة المصاهرة، كما أن الآثار المالية تمتد حتى بعد الوفاة حيث أن الرابطة الزوجية تعد سبباً من أسباب الميراث بموجب المواد من 126 إلى 132 من قانون الأسرة وما ينتج عن الزواج من بنوة، أو أبوة، أو أخوة، أو عمومة يعبر عن القرابة التي تعد الشق الثاني من أسباب الميراث.

وكل هذه الآثار المنصوص عليها في قانون الأسرة تجدها لها علاقة من حيث الوجود، أو الإثبات أو الحماية مع فروع القانون الأخرى ولتفصيل وشائج هذه العلاقة بين الآثار الموضوعية للزواج بفروع القانون الأخرى ثم مقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية جاءت هذه الدراسة في هذا الفرع: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في: تنظيم آثار الزواج الشخصية والمالية على طرفيه. من خلال تقسيم دراسته إلى بندين: فالبند الأول يخصص لتنظيم آثار الزواج الشخصية على طرفيه، أما البند الثاني فيتعلق بتنظيم آثار الزواج المالية على الأصول والفروع:

البند الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج

الشخصية على طرفيه

يرتب عقد الزواج آثار شخصية تتصل بحالة الزوج سواء أكان رجلاً أم امرأة ومن أبرز الآثار الشخصية التي يربتها عقد الزواج⁽¹⁾.

أولاً: - المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة: وهذا طبقاً لنص المادة 36

من قانون الأسرة وهذا النوع من الآثار يمكن أن يطلق عليه اسم الحقوق أو الآثار المعنوية لعدم ارتباطها بمال لقياس قيمتها ويعود مصدرها إلى مبادئ، ومقاصد الشريعة الإسلامية التي تحث على تقديم الشريك في أولوية المعروف بعكس ما يعتقد الغالب الأعم من الأزواج في محاولة استرضاء الجميع في الأسرة، والعمل، والمجتمع على حساب الزوج، فقد كان النبي ﷺ النموذج العملي الذي يفترض التآسي به في معاملته لزوجاته من خلال المودة المتبادلة والمحبة الصادقة التي تجسد

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآءِ تَرِثُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَنَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ

(1) _ شلتوت محمود، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق للنشر والتوزيع، ط الخامسة، ص 164.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١﴾ وحتى يكون كل منهما منبع الأمان والاطمئنان للآخر لقوله تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُفَكِّرُونَ﴾ ﴿٢﴾ وهذه العشرة ليست موجهة لطرف دون آخر، وإنما هو أمر إليهما على حد سواء فكما أمر الزوج بالإحسان للزوجة، ومعاملتها المعاملة الرقيقة التي تليق بدرة نفيسة كانت آخر وصية للنبي ﷺ قبل وفاته بشأنها في قوله ﷺ: «استوصوا بالنساء خيرا» ﴿٣﴾.

أمرت الزوجة بالطاعة ﴿٤﴾ والامتثال لزوجها من خلال الانقياد لأوامره ما لم تؤمر بمعصية، وأن تجعل في نفسها أن في هذا الامتثال تحقيق لجنحتها الدنيوية في سبيل الوصول إلى الجنة الأخروية لما له من فضل عليها لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ﴿٥﴾.

فإن المرأة في عصرنا الحالي أصبحت عاملة مطالبة بطاعة المدير، والمسؤول والقانون... ومع ذلك تدعن دون جدال، أو مناقشة وإذا ما أمرت بطاعة الزوج، تحرك العالم كله جمععة وعويلا على حقوق المرأة المسلموبة في الإسلام.

فإذا ما قامت الزوجة بطاعة زوجها وهي موقنة بفضله عليها كان جزاؤها فوق ما تتوقع لقوله ﷺ: «إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها، قيل لها: ادخلي من أي أبواب الجنة شئت» ﴿٦﴾.

وإذا كانت هذه النصوص والمبادئ لمعاملة الزوج لنصفه الآخر في الشريعة الإسلامية، فإن قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 36 نص على هذه الآثار واستلهمها من روح الشريعة، وإن لم يتضمن التفصيل فيها كل على حدا فإنه أبقى المادة 222 قانون الأسرة كمرجع يعود إليه

(1) _ سورة النساء، الآية رقم: 19.

(2) _ سورة الروم ، الآية رقم: 21.

(3) _ أخرجه البخاري ومسلم في كتاب النكاح ، باب الوصاية بالنساء ، حديث رقم: 4787 ، وأخرجه مسلم في كتاب الرضاع باب الوصية بالنساء رقم: 2671.

(4) _ الطاعة في اللغة تطلق على الموافقة والانقياد، فمصدرها المطاوعة ينظر: الجرجاني محمد الشريف، التعريفات، مكتبة لبنان، ص145.

(5) _ سورة البقرة، الآية 228.

(6) _ أخرجه احمد في مسنده عن عبد الرحمن بن عوف ﷺ رقم الحديث: 1595

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

في حالة انعدام النص⁽¹⁾ وإذا ما أردنا البحث عن هذه الآثار المعنوية في باقي فروع القانون نجد النص عليها لم يأت بينا ومفصلا بالشكل الذي جاء في حال المساس أو الإخلال بالآثار المادية المتعلقة بأحد الزوجين، حيث نجد القانون المدني نص على فكرة التعويض عن الضرر بشقيه المادي من خلال نص المادة 124 من قانون المدني (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة»، والمعنوي من خلال المادة 182 مكرر من القانون المدني بنصها «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة»⁽²⁾ والذي يمكن أن نجد له مخرجا في حال الإخلال بهذه الآثار الشخصية، أو المعنوية لعقد الزواج⁽³⁾، خاصة وأن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا لهذه المسألة.

كما نجد المشرع فيما يتعلق بحالة الزواج المختلط قد نص على إخضاع آثار الزواج بما في ذلك آثاره بالنسبة للمال لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج المادة 12 من القانون المدني تجنباً لمشكلة التنازع المتغير الذي ينشأ نتيجة تغيير الزوج لجنسته بعد الزواج، فنصت على أن الوقت الذي يعتد به بجنسية الزوج هو وقت انعقاد الزواج وليس وقت رفع الدعوى، وفي ذلك تأمين استقرار آثار الزواج وفي ذلك استقرار للأسرة، فلا تتغير هذه الآثار بتغيير جنسية الزوج، حيث تبقى نفسها باستمرار.

و أن في تطبيق قانونين على آثار الزواج يؤدي في غالبية الأحيان إلى تعذر تطبيق أحدهما عند اختلافهما، ويرجع اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج لحكم آثار الزواج إلى الدور المعترف به في المجتمع الإسلامي للرجل داخل الأسرة، فهو رئيسها، وهذا ما يفسر بالطبع اختيار معظم الدول العربية لقانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة أو قانون الموطن

(1) _ جمع المشرع الجزائري حقوق الزوجين في مادة واحدة تماشياً مع الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر، والتي تمنع جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

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

(3) _ ابن زبيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى 2007، ص15.

المشترك لهما.

وإذا كان الأصل هو خضوع آثار الزواج في لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، فإن الاستثناء من هذا الأصل هو أن يطبق القانون الجزائري في حالة كون أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج.

إذ القاعدة العامة في القانون المدني تقتضي أن كل من يسبب ضررا للغير يلتزم بالتعويض ولا تثير هذه القاعدة أية إشكاليات إذا كانت تتعلق بالضرر المادي، أما إذا كان الضرر معنوي ويتعلق بمسائل شخصية فإنه يصعب تقديره لاستحالة معاينته⁽¹⁾.

كما أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة وإن تبني فكرة التعويض عن الضرر المعنوي فإن ذلك كان في مسائل يعينها؛ أورد بشأنها نصوصا ويتعلق الأمر بالخطبة من خلال نص المادة 3/5 من قانون الأسرة «إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض» وبالتالي من آثار العدول عن الخطبة عن المشرع تقرير التعويض عن الأضرار بمختلف أنواعها مادية كانت أو معنوية في حال وجود ضرر.

كما أن المشرع منح التعويض عن الضرر المعنوي في حالة انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق التعسفي بنص المادة 52 إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

فالحكم بالتعويض هنا جاء عاما ومطلقا على أي ضرر كان ماديا أو معنويا⁽²⁾.

وبالعودة إلى نص المادة 124 من القانون المدني التي جاء فيها «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض»⁽³⁾، فهي تتسم بالعموم في النص على التعويض عن الضرر دون تحديد نوع معين، مما يوحي بإمكانية تطبيقها على الإخلال بالآثار الشخصية للزواج، خاصة مع عدم إفرادها بنص خاص في قانون الأسرة؛ إلا أن المتأمل في التطبيق القضائي المتعلق بالإخلال بالآثار الشخصية المتعلقة بالزوجين يجد أنه قلما يفصل فيها بالتعويض فقط عن الضرر المعنوي الذي أصاب الشريك نتيجة إخلال الزوج به، وإنما

(1) _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص42

(2) _ فاروق عبد الله الكريم، الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي، دارالكتب العلمية، 211، ص46

(3) _ القانون رقم: 10/05، المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم : 58/75، المؤرخ في: 26 سبتمبر

1975 المتضمن القانون المدني.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

متى ما وصل الأمر إلى رواق المحاكم فإن موضوع النزاع يتحول من مجرد المطالبة بالتعويض عن الضرر إلى حصول ضرر أكبر منه ثم التعويض عليهما معاً، هذا الضرر يتمثل في تغيير طبيعة النزاع بين الزوجين إلى المطالبة بفك الرابطة الزوجية نتيجة هذا الإخلال⁽¹⁾.

ولعل الحكمة في عدم إفراد مجرد الإخلال بآثار الزواج بالتعويض تعود إلى نية المشرع في الحفاظ على الأسرة، هذه الحكمة المستمدة من معين الشريعة الإسلامية فقد جاء في حديث النبي ﷺ: «إن الشيطان ينصب عرشه على الماء وبين جنوده فيأتيه الواحد ويقول، ما زلت بفلان حتى طرقت بينه وبين أبيه وبين بيته، وبين أمه أو أخيه، يقول: ما فعلت، يوشك أن يصلح، ويأتيه آت فيقول: ما زلت بفلان حتى فرقت بينه وبين امرأته، قال فيدنيه ويضمه إليه، ويقول أنت وأنت وأنت»⁽²⁾.

ثانياً: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة: كان هذا أول بند نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 36 من قانون الأسرة على اعتبار تقديم الحقوق والآثار الشخصية المتعلقة بذوات الزوجين من حلية الاستمتاع، الذي هو القاعدة الرئيسية لتحقيق المقصد من الزواج الذي حث عليه النبي ﷺ: ألا وهو التناسل في قوله ﷺ: «تناكحوا تكثروا فيني أباهي بكم الأمم يوم القيامة»⁽³⁾.

وهو حق لكلا الزوجين، وليس خاصاً بالزوج فقط يحمله متى أراد لما روى عن النبي ﷺ أنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما: «يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقول الليل فقال: بلى يا رسول الله، فقال: لا تفعل، صم وأفطر، قم ونم، فإن لجسدك عليك حقاً، ولعينك عليك حقاً، ولزوجك عليك حقاً»⁽⁴⁾ فذهب الفقهاء إلا أنه يمنع على الزوج أن يبطأ زوجته في نفاس، أو حيض، أو مرض وفيما عدا ذلك يجوز له في الوقت الذي يشاء؛ وأنه بمباشرة زوجته مأجور لما فيه من تحصيل لهما من الوقوع في الحرام⁽⁵⁾.

كما أن روابط الحياة الزوجية لا تقتصر على مجرد الاستمتاع، وإنما تمتد إلى حفظ الآخر في

(1) حالات الضرر المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة المتعلقة بالتنظيم، خاصة الفقرة 02 والفقرة 3 والفقرة 08.
(2) أخرجه مسلم، في صفة القيامة والجنة والنار، باب تحريش الشيطان وبعثه سراياه لفتنة الناس، رقم 2813 من حيث جابر.

(3) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، رقم الحديث: 10142 عن ابن جريج.

(4) أخرجه البخاري، كتاب الصوم، باب حق الجسم في الصوم، رقم الحديث: 1874.

(5) الدردير محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك في مذهب الإمام مالك، دار المعارف، مصر، ج2، ص332.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج

ماله وعرضه وسره لما روى عن النبي ﷺ: «خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي»⁽¹⁾.

فمن مجموع هذه الأحاديث نجد حرص النبي ﷺ وتأكيداه على الاهتمام بالجانب المعنوي بين الزوجين، وأن استحقاق الريادة والأفضلية بين الأزواج أو الزوجات ليس أساسه المال، أو الوسامة، أو المنصب، أو القبيلة وإنما الأولوية تكون على أساس مراعاة الحياة الخاصة وإعطائها حقها، وأنه متى وصف الرجل بالبسالة والشجاعة وكان لزوجته رأي مغاير فهو من هذه الصفات براء، كما أنه متى ما وصفت المرأة بالجمال، والنظافة، وحسن التربية وكان لزوجها غير ذلك فإنها لا تدخل في حديث النبي ﷺ الذي قال فيه: «الدنيا متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة»⁽²⁾ فجعل الخيرية في تبادل المودة والرحمة بينهما من خلال إعطاء كل منهما لحقوق الآخر وأدائه لواجباته.

البند الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج المالية على طرفيه.

قبل التفصيل في معرفة الآثار المالية المتعلقة بطرفي عقد الزواج فإنه يمكن الإشارة إلى تعريف هذه الآثار.

الآثار المالية لعقد الزواج: تطلق ويراد بها النتائج المترتبة بالمال المترتبة على عقد الزواج؛ والتي تتجسد حسب نصوص قانون الأسرة المستنبطة من أحكام الشريعة الإسلامية في كل من المهر والنفقة والميراث، وهذه النتائج منها ما هو خاص بالزوجين ومنها ما يشترك معهم باقي أفراد الأسرة- والذي يكون محل دراسة البند الثاني-، وتتصدر النفقة هذه الآثار؛ فهي تعد من بين أهم الآثار المترتبة على إنشاء الزواج، كما أنها تعد من آثار انحلاله، لذلك نجد عناية المشرع بها حيث أولى لها اهتماما خاصا، فنظم أحكامها الموضوعية في قواعد قانون الأسرة.

أولا: مفهوم النفقة: ذلك بتعريفها في كل من اللغة والاصطلاح:

1- لغة: اختلف علماء اللغة بشأن معناها إما مشتقة من النفوق وهو الهلاك، يقال: نفقت الدابة نفوقاً: أي ماتت وهلكت، وهي تطلق على ما يبذله الإنسان من الدراهم ونحوها فيما

(1) _ الترمذي، السنن، كتاب المناقب، باب فصل أزواج النبي ﷺ رقم الحديث 3895.

(2) _ رواه مسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنها، كتاب الرضاع، باب الخير متاع الدنيا المرأة الصالحة، لرقم الحديث 1467

يحتاجه هو أو غيره، وتجمع على نفقات⁽¹⁾، فالنون والفاء والقاف أصلان صحيحان، يدل أحدهما على انقطاع الشيء، وذهابه ومنه: أنفق الرجل: افتقر أي ذهب ما عنده⁽²⁾، كما تطلق على ما ينفقه الإنسان على غيره⁽³⁾، وإما أن تكون مشتقة من النفاق وهو الرواج، ويقال نفقت السلعة نفاقاً إذا رجحت والجمع أنفاق، ومنه سمي النفاق، وقيل: مشتقة من الإنفاق وهو الإخراج، ومنه النفق: المسلك النافذ الذي يمكن الخروج منه، ولا يستعمل الإنفاق إلا في البذل، وفي ذلك نجد قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ﴾⁽⁴⁾ من اطعام الطعام، والتصدق⁽⁵⁾.

2- اصطلاحاً: عرف الفقهاء النفقة بعدة تعريفات، وهي في مجملها متقاربة

فقد عرفها الحنفية بأنها: الإدراج على الشيء بما به يقوم بقاؤه⁽⁶⁾.

وعرفها المالكية بأنها: ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف⁽⁷⁾.

واقصر الشافعية على تعريف النفقة: بأنها مأخوذة من الإنفاق وهو الإخراج، ولا يستعمل إلا في الخير⁽⁸⁾ وعرفها الحنابلة بأنها: كفاية من يمونه⁽⁹⁾ طعاماً، وكسوة، ومسكناً، وتوابعها، وقد حصر الفقهاء النفقات في ثلاثة أصناف: نفقة الزوجات، ونفقة الأقارب، ونفقة المالك من رقيق وحيوان⁽¹⁰⁾.

و مما سبق يمكن تعريفها بما يأتي: كفاية من يمونه بالمعروف قوتاً، وكسوة، ومسكناً، وتوابعها⁽¹¹⁾.

فتبدأ نفقة الإنسان على نفسه حيث أن المرء مطالب بأن يبدأ في الإنفاق على نفسه إن قدر

(1) _ ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، مادة نفق، ج10 ص357

(2) _ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مادة نفق، ج02 ص942

(3) _ الفيروز أبادي، القاموس الخيط، المصدر السابق، ج03 ص286

(4) _ سورة يس، الآية رقم: 47

(5) _ ابن منظور، المصدر السابق، باب نفق، ج14، ص316

(6) _ ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، ج4 ص193

(7) _ الخرشبي، المصدر السابق، ج4 ص183

(8) _ الشربيني، المصدر السابق، ج3 ص425

(9) _ يمونه: تسهيل للفظ المؤونة ويراد به الشخص الذي يجب إعطاء المؤونة له

(10) _ الكاساني، المصدر السابق 14/4، الدردير، المصدر السابق، 590/3، الشربيني، المصدر السابق 425/3.

(11) _ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج9، ص433.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

على ذلك؛ لحديث جابر رضي الله عنه، أن قال رسول الله ﷺ فيه: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلاهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك...»⁽¹⁾.

وبعد النفس، يأتي دور الأهل من الزوجة، والأبناء، والوالدين، ثم الأقارب.

3 - حكم النفقة الزوجية:

نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية تعتبر من الآثار المالية لعقد الزواج الواجبة قضاءً وديانةً، فإذا امتنع الزوج عن دفعها بلا عذر أثم في الآخرة، ورفع أمره للقاضي لينال عقابه في الدنيا، لإخلاله بواجب من واجباته الشرعية الثابتة عليه بالزواج⁽²⁾.

وقد دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

أ - من الكتاب: قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽³⁾ والقيم على غيره هو المتكفل بأمره، ومن ذلك بذل المال لها في الصداق والنفقة

_ وقوله سبحانه: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁴⁾ فنص سبحانه على وجوب النفقة بالولادة.

_ وقوله عز وجل: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا﴾⁽⁵⁾ فأمر الله تعالى الزوج بالإنفاق، ومن المعلوم أن الأمر للوجوب

ب - من السنة: ما جاء في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف⁽⁶⁾، قال ابن قدامة رحمه الله: فيه دلالة

(1) _ اخرج مسلم، كتب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله، ثم القرابة، الحديث: 99741.

(2) _ جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية، ص 166.

(3) _ سورة النساء، آية: 34.

(4) _ سورة البقرة، آية: 233.

(5) _ سورة الطلاق، آية: 7.

(6) _ البخاري، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم: 5364، ومسلم في الأفضية، باب قضية هند، رقم: 1714.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

على وجوب النفقة لها على زوجها، وأن ذلك مقدر بكفايتها، وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم، وأن ذلك بالمعروف، ولها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه⁽¹⁾.

حديث جابر أن النبي - ﷺ - قال في خطبة حجة الوداع: اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف⁽²⁾ وهو دليل على وجوب النفقة والكسوة للزوجة⁽³⁾.

و عن الرسول أنه قال: الدينار أربعة، دينار تنفقه في سبيل الله، ودينار تعطيه للمساكين، ودينار تعطيه في رقبة، ودينار تنفقه على أهلك، وأعظمها أجراً الدينار الذي تنفقه على أهلك⁽⁴⁾.

روي أن رجلا جاء إلى النبي فقال ما حق المرأة على زوجها؟ قال يطعمها إذا طعم، ويكسوها إذا اكسي⁽⁵⁾.

جـ من الإجماع: فقد نص العلماء على إجماع الأمة على وجوب نفقة الزوجات على الجملة⁽⁶⁾ قال ابن المنذر⁽⁷⁾: اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهم⁽⁸⁾.

دـ من المعقول: دل المعقول على استحقاق الزوجة النفقة في مال زوجها لما للزوج من حق القوامة عليها وما يقابلة التزام بالإنفاق؛ لما تقدمه في المقابل من استمتاع، ولما له عليها من حقوق الاحتباس والطاعة⁽⁹⁾.

(1) ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 348.

(2) أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، رقم: 1218.

(3) الرازي أبو بكر أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن الكريم، دار الكتاب العربي، بيروت، الجزء الأول ص 170.

(4) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الطبعة الثالثة، دار القلم بيروت، ج 02 ص 375.

(5) أبو داود، كتاب النكاح، باب: حق المرأة على زوجها، رقم الحديث: 2142.

(6) ابن رشد، بداية المجتهد، المصدر السابق، ج 2 ص 51، المغني 348/11.

(7) ابن المنذر: (242-319هـ/856-931) هو محمد بن إبراهيم أبو بكر النيسابوري فقيه مجتهد، من الحفاظ كان أحد شيوخ الحرم المكي له كتب بارزة في علوم الدين من الفقه والتفسير، والحديث ومنها: الإشراف على مذاهب أهل العلم، الإجماع، والاختلاف، والأوسط في السنن، وتفسير القرآن.

(8) ابن المنذر، الإجماع، ص 388.

(9) الماوردي أبو الحسن؛ الحاوي الكبير، دار الفكر، بيروت، ج 01 ص 415.

والمذهب المالكي لا مكان فيه للحدوث عن إمكانية إلزام الزوجة بالإففاق عن الزوج، كما لا يقول أيضا بسقوط نفقة الزوجة التي تمارس حرفة أو مهنة⁽¹⁾.

والنفقة المرجع في تقديرها يعود للعرف عند جمهور العلماء، وليس النص؛ إذ تختلف باختلاف الأزمنة وحال الزوجين وعاداتهما⁽²⁾، وهي مقدررة بالكفاية في قول أكثر أهل العلم⁽³⁾.
اشترط الفقهاء لوجوب النفقة الزوجية عدة شروط هي⁽⁴⁾:

- أن تمكن المرأة نفسها لزوجها تمكيناً تاماً، فلا تمنع نفسها عن الزوج؛ إلا لعذر مشروع كأن تمنع نفسها عنه لعدم قبضها معجل المهر، وإذا منعت نفسها لغير عذر، سقطت نفقتها⁽⁵⁾.
- أن تكون مطيقة للوطء بالتمكين من الاستمتاع⁽⁶⁾.

- عدم النشوز: فإذا نشزت سقطت نفقتها عنه مدة نشوزها، فإذا عادت إلى طاعته عادت لها النفقة من تاريخ انقضاء نشوزها.

غير أن حصر موجبات النفقة الزوجية، واختزال الميثاق الغليظ في هذا الثلاثي: الاحتباس، والاستمتاع، والطاعة أصبح في ظل الظروف المستجدة منتقداً، ولعله مما يتنافى مع المقاصد الجوهرية التي جاء الإسلام من أجل إثباتها.

4- نفقة الزوجة عند المشرع الجزائري

نفقة الزوجة عند المشرع الجزائري يراد بها المال الذي يدفعه الزوج إلى زوجته من كل ما هو مقرر بموجب المادة 78 من قانون الأسرة من الطعام، والكسوة، والسكن، والعلاج وما يعتبر

(1) _ وأن كان من فقهاء المغاربة المعاصرين من يؤكد على أجر الكد والسعاية في حال ساهمت في النفقة أو اشتركت معه في الأعمال المتعلقة بالفلاحة أو التجارة أو أي نشاط اقتصادي....مدر عليهما من الأموال وعلى أولادهما، ويعاملونها في ذلك معاملة الشريك أبل لا يتوقف الأمر عند هذا الحد ففي حال وفاة هذا الزوج يخرج نصيبها من أموال الزوج قبل تقسيم التركة على أنه حق ثابت لها في المال، ثم بعد اقتطاع كل الحقوق المتعلقة بالتركة من التجهيز، والديون، والوصايا....يفرض لها نصيبها من الإرث كباقي الورثة دون أي انتقاص. ينظر: الحمداي رعد، النظام المالي للزوجين — دراسة مقارنة بين التشريعات العربية والتشريع الفرنسي سدار الثقافة، عمان، الأردن، 2010ص119.

(2) _ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 9ص54.

(3) _ الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 4 ص23.

(4) _ عبد الله بن عبد العزيز آل الشيخ، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، موقع انترنت: في: 18-12-2013.

(5) _ العيني، الهداية، ج 2ص643، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 11ص348.

(6) _ الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 04ص19، الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 03ص438.

من الضرورات في العرف والعادة وهي واجب عليه بنص المادة 74 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

وإذا كانت هذه الأحكام المقررة للنفقة الزوجية بين أصحاب الجنسية الجزائرية المتحدة، فإن مبادئ القانون الدولي الخاص المتعلقة بأحكامها في إطار الزواج المختلط تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية في جعلها من آثار الزواج إلا أن وجه الاختلاف في تكييفها ضمن الآثار الشخصية⁽²⁾ لعقد الزواج وليس ضمن الآثار المالية له⁽³⁾.

إلا أن الرأي الراجح في الفقه القانوني يعتبر النفقة من الآثار الشخصية لعقد الزواج، إذ نجد أن مسألة نفقة الزوجة عادة ما تبحث ضمن آثار الزواج الشخصية من القانون المدني، ذلك أن النفقة واجبة على الزوج حتى وإن كانت الزوجة غنية وغير محتاجة لها، فالنفقة ليست نظاما، وإنما واجب وحق من شخص إلى آخر، ولكن تبقى مسألة جعل النفقة الزوجية ضمن أي من الآثار مختلفة بين الدول، فهي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي⁽⁴⁾ حسب المادة 09 من القانون المدني⁽⁵⁾.

5. القانون الواجب التطبيق على نفقة الزوجة:

التفرقة بين نوعي الآثار المترتبة على الزواج بين تطبيق قانونا معيننا على الآثار المالية، وعلى الآثار الشخصية قانونا مغايرا، وبين وحدة القانون المطبق اختلفت التشريعات القانونية⁽⁶⁾.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بوحدة القانون المطبق على كلا الآثار المالية، والشخصية بموجب نص المادة 12 من القانون المدني: «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت

(1) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ الآثار المالية: وتنحصر في ما يمتلكه الزوجين قبل الزواج من أموال، وما يكتسبانه خلال الزواج، والنظام القانوني الذي يحدد شروط ملكية هذه الأموال، وإدارتها والانتفاع بها، أو التصرف فيها سواء أكانت عقارات أم منقولات..، وتتكون الآثار المالية من ثلاث عناصر رئيسة هي: الأموال الخاصة بكل الزوجين، والإنفاق الزوجي، والديون المستحقة على كل من الزوجين

(3) _ سلامة عبد الكريم، القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط الأولى، جامع الإمارات العربية المتحدة 2002، ص 281

(4) _ خليل إبراهيم محمد، ت نازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 40، مجلد رقم: 11، سنة: 2009.

(5) _ معظم الدول الغربية تأخذ بازدواجية القوانين تماشيا مع سياسة عدم التفريق بين الزوجين، بدعوى المساواة، أو بالبحث عن ضوابط إسناد أكثر ملاءمة لذلك كقانون الجنسية المشتركة وقانون الموطن بدلا من قانون الجنسية

(6) _ معظم الدول الغربية تأخذ بازدواجية القوانين تماشيا مع سياسة عدم التفريق بين الزوجين، بدعوى المساواة، أو بالبحث عن ضوابط إسناد أكثر ملاءمة لذلك كقانون الجنسية المشتركة وقانون الموطن بدلا من قانون الجنسية

انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج»⁽¹⁾.

وبذلك يتضح أن النفقة تعد من آثار الزواج فتطبق عليها أحكام المادة 12 من القانون المدني، ولا تخصها أحكام المادة 14 من القانون المدني المتعلقة بأحكام القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب، حتى لا يفاجأ أي من الزوجين بقواعد قانون جديد يحكم آثار الزواج نتيجة تغيير الجنسية لأي من الزوجين بعد العقد، وكذا مراعاة للدور الكبير للزوج باعتباره رب الأسرة في المجتمع، وهو من يتحمل أعباء النفقة وفق أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري⁽²⁾.

6- مقدار النفقة الزوجية وأنواعها:

اتفق الفقهاء على أن النفقة الزوجية تشمل: الطعام، والكساء، والسكنى، واختلفوا في وجوب الخادم، والعلاج، وذلك حسب التفصيل التالي:

أ نفقة علاج الزوجة:

لا يخفى على أحد أن توفير الزوج أجرة العلاج لزوجته من مظاهر المودة والرحمة التي هي من مقاصد عقد النكاح، غير أن موقف المذاهب الأربعة على أن العلاج لا يجب على الزوج لزوجته، لأن الواجب على الزوج النفقة العادية، وهذه نفقة طارئة فلا تجب عليه ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في لزوم ذلك على الزوج قضاء، وذلك كما يأتي:

القول الأول: عدم وجوب ثمن الدواء وعدم وجوب أجرة الطبيب على الزوج⁽³⁾، وإنما

تجب في مال الزوجة أو من تلزمه نفقتها، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء، مستندين في ذلك إلى قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال أن الله تعالى ألزم الزوج بالنفقة المستمرة على زوجته، ونفقة العلاج من

⁽¹⁾ _ القانون رقم: 58/75 المؤرخ في: 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في: 13 يونيو 2007

المتضمن القانون المدني

⁽²⁾ _ وإخضاع النفقة إلى قانون الزوج وقت إبرام عقد الزواج أخذت به معظم الدول العربية والإسلامية كالقانون المصري، والقانون العراقي، والسوري...

⁽³⁾ _ ابن عابدين؛ حاشية رد المختار، ج 03 ص 575، الدردير؛ الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 2 ص 511، نهاية المحتاج المصدر السابق، ج 7 ص 195، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 5 ص 536.

⁽⁴⁾ _ سورة الطلاق، الآية رقم: 7.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

الأمر العارضة⁽¹⁾، ولأن شراء الأدوية وأجرة الطبيب إنما تراد لإصلاح الجسم، فلا تلزم الزوج⁽²⁾.

القول الثاني: أن أجرة التطيب وثن الدواء واجب في مال الزوج بالمعروف، وإلى هذا القول ذهب الشوكاني وجمع من المعاصرين واحتجوا بعموم النصوص، ومنها حديث: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال: أن وجوب النفقة على الزوج غايتها حفظ صحتها والدواء من جملة ما يحفظها؛ فالمداداة وإن لم يكن التطيب حاجة أساسية لدى الفقهاء؛ لأن مبنى اجتهادهم أنذاك هو العرف أما الآن فقد أصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء، بل أهم؛ لذا تجب نفقة الدواء على الزوج⁽⁴⁾.

الترجيح: موضوع النفقة أساسه الكفاية والعرف، وهذا المعنى يختلف باختلاف الزمان والمكان والحال، وفي عصرنا الحاضر صار العلاج من الأمراض من جنس الضروريات التي لا يكاد يستغني عنها إنسان، وهو الموقف الذي اتجه إليه المشرع الجزائري حيث ألزم الزوج بتوفيرها بموجب المادة 78 من قانون الأسرة.

ب نفقة النظافة والزينة والخدمة:

أما فيما يتعلق بنفقة النظافة، والزينة، والخدمة، والترفيه، وما تحتاج إليه من المشط، والدهن مما يعود بنظافتها من وسائل التنظيف، فقد ذهب فقهاء المالكية ووجه عند الحنابلة إلى إلزام الزوج بها⁽⁵⁾.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة على خلاف⁽⁶⁾.

ومع تطور العصر؛ وكثرة الفتن، والمغريات يتبين ترجيح القول برأي المالكية بإلزام الزوج بالحد الأدنى من الزينة متى كان قادراً عليها، ذلك أن النفقة منوطة بالعرف، وهذا أحد فروع

(1) _ الكاساني، البدائع الصنائع، ج 4 ص 20.

(2) _ ابن قدامة، المغني المصدر السابق، ج 9 ص 235

(3) _ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، رقم الحديث 1218

(4) _ وهبة الزحيلي؛ الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط رابعة. 110/10

(5) _ المرادوي؛ الإنصاف، ج 9 ص 262

(6) _ ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج 3 ص 579، و ابن قدامة؛ المغني، ج 11 ص 208

قاعدة: لا ضرر ولا ضرار.

ج- نفقة الخدمة: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرأة إن كانت ممن لا تخدم نفسها في بيت أبيها لكونها من ذوات الأقدار، فإنه يلزم الزوج أن يهيئ لها خادماً وتلزمه نفقته، فمن العشرة بالمعروف ان يقدم لها خادماً لانها مما يحتاج إليه في الدوام فاشبه النفقة (1).

فمرجع ذلك كله إلى العرف، وقدرة الزوج استناداً لعدم الزام النبي ﷺ علي بن أبي طالب باحضار الخادم بعد شكوى ابنته فاطمة الزهراء رضي الله عنها، مع تضررها بعدمه، لأن العرف حينئذ لا يلزمه بذلك، ولكونه معسراً.

فلقد اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة، غير أنهم اختلفوا في كيفية تقديرها، وذلك على قولين:

القول الأول: النفقة مقدرة بنفسها، ويقدرها نفقة الطعام على الزوج الموسر مدّين من الطعام كل يوم، وعلى المعسر مد واحد، وعلى المتوسط مد ونصف، وإلى هذا القول ذهب الشافعية (2).

القول الثاني: النفقة مقدرة بالكفاية، وعليه فإنها تختلف باختلاف من تجب لها النفقة، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية (3).

استدل أصحاب القول الأول بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ (4).

وجه الاستدلال: أن الآية فرقت بين الموسر والمعسر ولم تبين المقدار، فوجب الاجتهاد في التقدير، وأشبه ما تقاس عليه النفقة الإطعام في الكفارات، لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوع، وأكثر ما يجب في الكفارة للمسكين مدان في فدية الأذى في الحج، وأقله مد في كفارة الجماع في نهار رمضان وكفارة اليمين والظهار، فأوجبوا على الموسر الأكثر وهو مدان، وعلى المعسر الأقل

(1) _ ابن قدامة؛ الشرح الكبير، ج9 ص236

(2) _ الماوردي؛ الحاوي الكبير، ج11 ص417.

(3) _ الكاساني؛ بدائع الصنائع 429/3، ابن قدامة؛ المغني، ج9 ص231، ابن حزم؛ المحلى، ج10 ص88.

(4) _ سورة الطلاق، الآية: 7

وهو مد، وعلى المتوسط قدر ما بينهما دفعاً للضرر عنه⁽¹⁾.

ونوقش بأن قياس النفقة على الكفارات قياس مع الفارق وهو باطل كما هو مقرر في الأصول، وذلك أن الكفارة أمر تعدي وهي من جنس الصدقة بخلاف النفقة التي هي منوطة بالعرف كنفقة الأقارب، كما أن الكفارة لا تختلف باختلاف اليسر والعسر⁽²⁾.

واستدل أصحاب القول الثاني بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽³⁾.

وجه الاستدلال: أنه أطلق في النفقة ولم يقدرها بحد معين، فمن قدرها بحد فقد خالف مقتضى الآية⁽⁴⁾.

الترجيح: مما سبق يتبين ترجيح رأي جمهور الفقهاء وهو أن النفقة مقدرة بالكفاية لا بالأمداد، وهو ما قرره الأدلة التي ناطت النفقة بالمعروف، بل قد علقت كثيراً من حقوق الزوجية بالمعروف، فالتراضي بين الزوجين بالمعروف، والإمسك بالمعروف، والتسريح بالمعروف، والمعاشرة بالمعروف، وأن لهن وعليهن بالمعروف⁽⁵⁾ وهذا ما رجحه جمع من محققي الشافعية رحمهم الله مخالفين المذهب، كالإمام النووي والأذرعي وغيرهما⁽⁶⁾.

أما عن كيفية تحديد النفقة الزوجية في العصر الحاضر فقد تقدم أنه يراعى في تقدير النفقة حال الزوجين في العسر واليسر، كما يراعى حال الزمان، والمكان، والأسعار، وهذا مقتضى نوط النفقة بالمعروف بين الناس⁽⁷⁾، في حالة وجوب النفقة للزوجية، وطالبته بما فامتنع عن دفعها لغير عذر، كان لها أن ترفع إلى القاضي أمرها، ليلزمه بالإلتفاق عليها، إذا امتثل الزوج لأمر القاضي حصل المراد، وإذا لم يمتثل له وأصر على منعها من النفقة، كان للزوجة بأمر القاضي أن تأخذ من ماله جبراً عنه، بعلمه أو غير علمه، فإذا كان الامتناع بسبب الإعسار، أمر القاضي الزوجة بالاستدانة على الزوج إذا لم تكن ذات مال، ويكون ما تستدينه عليه من النفقة بعد ذلك واجباً عليه يقضيه عند يساره.

(1) _ الشريبي، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3 ص 426.

(2) _ ابن قدامة؛ المغني، المصدر السابق، ج 9 ص 231.

(3) _ سورة البقرة، رقم الآية: 233.

(4) _ الكاساني؛ بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 3 ص 429، ابن قدامة؛ المغني، المصدر السابق، ج 9 ص 231.

(5) _ ابن تيمية؛ الفتاوي الكبرى، المصدر السابق، ج 3 ص 230.

(6) _ الشريبي؛ مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3 ص 426.

(7) _ ابن رشد، بداية المجتهد، المصدر السابق، ج 2 ص 44، ابن قدامة؛ المغني، المصدر السابق، ج 9 ص 231.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

وهو ما تقضي به نص المادة: 78 من قانون الأسرة، المشرع في المادة: 57 مكرر من قانون الأسرة التي ربطت الأحكام الصادرة في مادة النفقة، بالنفاذ المعجل⁽¹⁾.

6- إجراءات سماع دعوى نفقة الزوجية: في حالة النزاع تقوم المحكمة بالاستماع إلى الزوجين للتعرف على حالهما، وتطلب ما لديهما من وثائق، من أجل محاولة الصلح بينهما، فإن لم يصطلحا قدر الخبراء النفقة، مع اعتبار راتب الزوج والتزاماته المالية إن كان ينفق على الوالدين، أو زوجة أخرى، أو أن عليه ديون... ونحو ذلك، وإلى حاله من حيث اليسر، وكذا حال الزوجة، ثم يقدر النفقة المناسبة، ثم يحكم بالاستقطاع الشهري من راتب الزوج، ومن ذلك ما جاء في قانون الأسرة الجزائري في مادته 79 أنه «يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم».

على أنه يراعى في تقدير النفقة التوسط ودخل الملتزم بالنفقة، وحال مستحقها⁽²⁾.

ولا تسمع الدعوى إلا لتاريخ سنة سابقة بصرف النظر عن نوعها لذلك يفضل أن تطلب الزوجة النفقة من تاريخ رفع الدعوى، لسرعة الفصل فيها، وأن أحكام النفقة لها حجية مؤقته قابلة للتغيير لما يرد عليها من التغيير تبعاً للظروف والأحوال، كما يرد عليها الإسقاط والزيادة والنقصان.

ويتم إثبات دخل الزوج بمراعاة حالته المادية من حيث إذا كان له جهة عمل معلومة، أو كان له عمل حر، والاستعلام عن الرصيد البنكي الذي يمتلكه، عن طريق إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات يسار الزوج بشهادة الشهود، متى اطمأنت لهما المحكمة ومن ثم تقضي للزوجة بالنفقة بأنواعها بما يتناسب مع يسار حاله.

الفرع الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج المالية

على الأصول والفروع تنوع نفقة القرابة عند الفقهاء إلى:

1- قرابة الأصول والمراد بذلك قرابة الأب، والأم والأجداد، والجندات ولو من جهة الأم.

2- قرابة الفروع ومعناها قرابة الولد، وأولاده، وأولاد أولاده وإن نزلوا.

⁽¹⁾ _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ محمد الشافعي؛ قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ص 252، وما بعدها.

3- قرابة الحواشي: وهي قرابة الإخوة وأولادهم والأعمام والعمات والأخوال والحالات بناء على هذه الأنواع الثلاثة فإن الفقهاء اختلفوا في حدود القرابة الموجبة للإنفاق؛ بين مضيق وموسع، وتوسط بين هؤلاء طائفة ثالثة فالإمام مالك ضيق نطاق النفقة وجعلها على الأبوين الأب والأم فقط والأولاد الصليبين دون نفقة الأصول والفروع استناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾، ومما لا شك فيه أن الإنفاق عليهما هو من أحسن الإحسان لقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك»⁽¹⁾؛ ومعناه ليس على التملك و لكنه على البر به، والإكرام له⁽²⁾.

البند الأول: نفقة الفروع على الأصول: من الشرع أن الولد الموسر تجب عليه نفقة أبيه، وأمه وأجداده وجداته الفقراء سواء كانوا مسلمين، أو غير مسلمين قادرين على الكسب أم عاجزين، وقد اختلف فقهاء المذاهب في أساس وجوبها فربطها الأحناف بصلة الرحم فكانوا أوسع المذاهب، بينما قصرها المالكية على القرابة المباشرة فقط، أما الحنابلة فرتبوا أساس وجوبها على درجات الإرث، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حسب نص المادة 77 من قانون الأسرة (تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدر والإحتياج ودرجة القرابة والارث)⁽³⁾.

فتجب نفقة الأبوين على ولدهما، لقوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾⁽⁴⁾ ومن الإحسان الإنفاق عليهما، بل إن ذلك من أعظم الإحسان إلى الوالد، ولحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وولده من كسبه»⁽⁵⁾.

(1) _ أخرجه الإمام أحمد، المسند، ج11 ص503، أورده الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة .

(2) _ ابن عبد البر، الإستذكار، تحقيق: عبد المعطي أمين، دار قتيبة، دمشق، ط الأولى، 1993، ج7 ص525

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق: 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ سورة الإسراء، الآية رقم: 23.

(5) _ الألباني، إرواء الغليل في تخرج أحاديث منار السبيل، أخرجه أبو داود (3528، 3529)، والنسائي (211/2)، والترمذي (1/254) وقال عنه حديث حسن صحيح، وقال معقباً عليه وفي الحديث فائدة فقهية هامة قد لا تجدها في غيره، وهي أنه يبين أن الحديث المشهور: (أنت ومالك لأبيك، ليس على إطلاقه، بحيث أن الأب يأخذ من مال ابنه ما يشاء، كلا؛ وإنما يأخذ ما هو بحاجة إليه قلت: والعقل والاعتبار يشهدان لمذهب تقييد حق الأب في مال ابنه بمقدار الحاجة لا غير، إذ لو كان معنى قوله: (أنت ومالك لأبيك) على ظاهره وإطلاقه لاستحق الأب الاستثناء بمال ولده بعد وفاته لا يشركه فيه غيره من الورثة، ولكانت عليه زكاته في حياته إن قصر في أدائها الولد، وليس الأمر كذلك.

دليل وجوب نفقة الأبوين على الولد لقوله تعالى ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾⁽¹⁾ وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله تعالى، ويترك أبويه يتضوران جوعاً، أو يعرضهما للدكد والتعب في تحصيل الرزق، كما ثبت أنه أظاف ﷺ مال الابن للأب بلا تملك وهذا يقتضي أن يثبت حق التملك للأب في مال ولده عند الحاجة، ومن ثم وجب نفقة أقاربه عليه ومن ثم تقدر لهم على الابن نفقة شهرية⁽²⁾.

كما أن اتحاد الدين ليس بشرط في الأصول والفروع، فينفق على والديه ولو كانا كافرين؛ لأنه من الإحسان إليهما، والبر بهما لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾⁽³⁾

وَعَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: قَدِمْتُ عَلَىٰ أُمِّي وَهِيَ مُشْرِكَةٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَاسْتَفْتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قُلْتُ: إِنَّ أُمَّي قَدِمَتْ وَهِيَ رَاغِبَةٌ، أَفَأَصِلُ أُمَّي؟ قَالَ نَعَمْ، صِلِي أُمَّكَ⁽⁴⁾.

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحُسْنِ الصُّحْبَةِ؟ قَالَ: أُمَّكَ، ثُمَّ أُمَّكَ، ثُمَّ أُمَّكَ، ثُمَّ أَبُوكَ، ثُمَّ أَدْنَاكَ أَدْنَاكَ⁽⁵⁾

(ب) وأما بالنسبة لنفقة غير الوالدين من القرابة: فجملة القول فيها أنها لا تجب على الفرع إلا إذا كان موسراً بأن كان يملك نصاباً زائداً عن حوائجه الأصلية، وأن يكون الأصل فقيراً، ولا يشترط عجزه عن الكسب، أما المشرع الجزائري فبموجب نص المادة 77 من قانون الأسرة «تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدر والإحتياج ودرجة القرابة والارث»⁽⁶⁾. يكون قد حصر القرابة في جهة الإرث متبنيا رأي المذهب الحنبلي⁽⁷⁾.

(1) _ سورة لقمان، الآية رقم: 15.

(2) _ أحمد إبراهيم، نظام النفقات في الشريعة الإسلامية، الجامعة المصرية كلية الحقوق، مجلة الحماية الشرعية، مصر 1930

(3) _ سورة لقمان، الآية رقم: 15.

(4) _ البخاري، كتاب: الهبة وفضلها و التحريض عليها، باب: الهدية للمشركين، الحديث رقم: 2476.

(5) _ البخاري، كتاب: الأدب، باب: من أحق الناس بحسن الصحبة، الحديث رقم: 562.

(6) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(7) _ ابن قدامة؛ المغني، ج 9 ص 231.

البند الثاني: نفقة الأصول على الفروع: عني الإسلام بالفرد منذ نعومة أظفاره قبل أي تشريع وضعي، منذ إختيار الزوجة الصالحة؛ التي تمثل منبت الطفل، وأساس رعايته مراحل حياته الأولى؛ بحيث يكون محل تأثر تام بما يحيط به في أجواء الأسرة أو خارجها لقوله - ﷺ - «كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه»⁽¹⁾.

فحق الأبناء في النفقة من الحقوق المقررة باعتبار الصغر والحاجة، إذ أن علاقة البنوة فيما فرض الله على والد الطفل النفقة بمختلف مشتملاتها، بحيث يؤدي واجبه في حدود طاقته ﷻ لا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﷻ⁽²⁾ ولا ينبغي أن يتخذ أحد الوالدين من الطفل سبباً لمضارة الآخر بل إنفاق لقوله تعالى: ﷻ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﷻ⁽³⁾ فيجب على الأب الإنفاق على ولده باعتباره صغيراً غير قادر على الكسب وليس له مال، والنفقة هي ما يحقق للطفل كفايته في حاجاته من غذاء وكساء ومسكن، وقد عد الله تعالى النفقة على الطفل من القربات فقال ﷻ في الحديث الذي رواه مسلم: «أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله»⁽⁴⁾. ولقد قال سيد قطب⁽⁵⁾، في قوله تعالى عن اللوادة ﷻ لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا ﷻ⁽⁶⁾

فلا يستغل الأب عواطف الأم؛ ليهدها فيه، أو تقبل رضاعه بلا مقابل، ولا تستغل هي عطف الأب على ابنه؛ لتثقل كاهله بمطالبها..⁽⁷⁾

فالإلزام بها مرده النهوض بشؤون الفرع بقدر ما هو في حاجة إلى سد عوزه، يكلف بها

(1) _ البخاري، الصحيح، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، رقم الحديث 1319.

(2) _ سورة البقرة، الآية: 233.

(3) _ سورة البقرة: آية 233.

(4) _ الشامي محمد عمر، حقوق الطفل تعليمها وتعلمها من خلال منهج التربية الإسلامية، الأونروا، دائرة التربية والتعليم، معهد التربية، 2001، نص 15.

(5) _ السيد قطب بن إبراهيم: (1324 - 1387 هـ = 1906 - 1967 م): مفكر إسلامي مصري، من مواليد أسيوط، درس بكلية دار العلوم بالقاهرة سنة 1934 م، وعمل في جريدة الأهرام. سجن في سبيل أفكاره، وكتب في مجلتي «الرسالة» و«الثقافة» وعين مدرساً للغة العربية، فموظفًا في ديوان وزارة المعارف. من مؤلفاته: المستقبل لهذا الدين، الإسلام ومشكلات الحضارة، خصائص التصور الإسلامي، في ظلال القرآن، ومعالم في الطريق.. وله العديد من المقالات المنشورة.

(6) _ سورة البقرة، الآية: 233.

(7) _ السيد قطب، في ضلال القرآن، دار الشروق، مصر 1978، ج 01، ص 254.

الأقرب فالأقرب لقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾، وقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهَاتَهُنَّ﴾⁽²⁾

ولحديث عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁽³⁾ ونفقة الأبناء واجب بإجماع الفقهاء وفي ذلك يقول ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم، على أن على المرء نفقة الأطفال الذين لا مال لهم، لأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده، فكما يجب أن ينفق على نفسه، وأهله كذلك على بعضه وأصله⁽⁴⁾

أما عن حكم نفقة الأم على أولادها: فقد ثبت عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: قلتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَلَيْ أَجْرٌ أَنْ تُنْفِقَ عَلَيَّ بَنِي أَبِي سَلَمَةَ، إِنَّمَا هُمْ بَنِيَّ فَقَالَ: «أُنْفِقِي عَلَيْهِمْ، فَلَكِ أَجْرٌ مَا أَنْفَقْتِ عَلَيْهِمْ»⁽⁵⁾ تجب النفقة على كل من يرثه المنفق بفرض أو تعصيب لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁽⁶⁾.

قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالَّذِينَ حَلَّتْ قَنَاتُهُمْ حَفِظَتْ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾⁽⁷⁾

و قال الله عز وجل: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا

(1) _ سورة البقرة ، الآية: 233.

(2) _ سورة الطلاق، الآية: 06.

(3) _ صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وأخرجه مسلم، كتاب الأفضية، باب قضية هند، رقم الحديث : 3233.

(4) _ ابن المنذر الإجماع ، تحقيق: أبو حماد صغيرا أحمد، ط الثانية، مكتبة الفرقان عجمان الإمارات العربية، ص110-111.

(5) _ البخاري ، كتاب الزكاة ، باب زكاة على الزوج و الأيتام في الحجر، حديث رقم: 1398

(6) _ سورة البقرة، الآية: 233.

(7) _ سورة النساء، الآية رقم: 34.

يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً أَنْهَاءً ﴿١﴾ وقال الله عز وجل: ﴿وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ﴾ ﴿٢﴾

أما موقف المشرع الجزائري فقد نص على إمكانية إلزام الأم بالنفقة، بعكس أحكام الشريعة الإسلامي التي جعلتها على سبيل الإحسان، وذلك من خلال نص المادة 76 من قانون الأسرة في حالة عجز الأب تنتقل النفقة إلى الأم .

و بالنسبة لشروط نفقة الفروع فهي متعددة نذكر منها: أن يكون الولد المنفق عليه ليس له مال ينفق منه، بعد أن يثبت نسبه لأبيه، ولا صنعة له تقوم عليها حياته قبل بلوغه، كذلك من بلغ مجنوناً أو أعمى فتستمر نفقته على الأب بحسب يسره، وهذا ما يتفق مع قانون الأسرة، حيث نجد المادة 75 منه تنص تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية، أو بدنية⁽³⁾، أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب، وتقدر حسب حالة الطرفين، وظروف الحال بموجب نص المادة 79 من قانون الأسرة.

أما عن إجراءات المطالبة بنفقة الصغار: فبالجمع بين أحكام المواد 57 مكرر والمادة 80 من قانون الأسرة؛ يتبين أنه متى توفرت شروط استحقاق النفقة أمكن رفع الدعوى سواء أكانت دعوى عادية، أم استعجالية⁽⁴⁾، مع ضرورة البت في القضايا المتعلقة بالنفقة؛ في حين المشرع لم يرتب أي جزاء على عدم احترام هذا الاجراء⁽⁵⁾ وكان ترتيب الأجل يعتبر تحفيزاً فقط ليس إلا؛ لتعذر احترام هذا الأجل في الغالب خاصة مع إشكاليات التبليغ، وضرورة احترام الآجال التي تفصل بين تاريخ وصول التبليغ بعريضة الدعوى، وتاريخ الجلسة، بالإضافة إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع، ومنح المدعى عليه أو نائبه المهلة الكافية للاطلاع على الملف والجواب عن ذلك⁽⁶⁾.

مما فرض على المشرع لإمكانية التغلب على هذه الإشكالية فتح مجال الدعوى ذات الطابع

(1) _ سورة الطلاق، الآية: 07.

(2) _ سورة سبأ، الآية رقم: 39.

(3) _ يتم إثبات حالي الصغر، والبنوة بشهادة ميلاد الصغير، والمرض بواسطة شهادة طبية.

(4) _ بأن تكون المطالبة بالنفقة المؤقتة؛ وذلك لسرعة الفصل في الدعوى.

(5) _ بدليل حتى ترتيب العقوبة الجزائي لا يكون إلا بعد صدور حائز لقوة الشيء المقضي فيه وبشروط معينة.. المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري.

(6) _ القانون رقم: 09/08، المؤرخ في: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج

الإستعجالي أو دعوى المطالبة بالنفقة المؤقتة إعمالاً لمقتضيات قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بقواعد الإستعجال، وكذا المادة 57 مكرر من قانون الأسرة⁽¹⁾.

كما أن استئناف الأحكام المتعلقة بقضايا النفقة يكون في مدة خلال خمسة عشر يوماً حيث نصت المادة 03/304 «يرفع الاستئناف والمعارضة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر، ويجب أن يفصل في ذلك في أقرب الآجال»⁽²⁾.

تعتمد المحكمة في تحديد وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، بالاعتطاع من منبع الربيع، أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة، وأحكام النفقة حجيتها مؤقتة تقبل التغيير، والتبديل حسب تغير الظروف وتقضي المحكمة بالنفقة للصغير من تاريخ رفع الدعوى؛ على أن الحكم بالنفقة السابقة يكون وفق قواعد الإجراءات المدنية والإدارية، بشرط عدم تجاوز مدة السنة؛ بموجب نص المادة 80 من قانون الأسرة⁽³⁾.

الفرع الثالث: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الآثار الشخصية للزواج المرتبطة بالأصول والفروع:

يتعلق الأمر بالآثار الشخصية الناتجة عن عقد الزواج، بالرجوع إلى المادة 36 من قانون الأسرة التي حددت آثار الزواج بنجدها تضمنت خمس فقرات للنص على نتائج الزواج المتعلقة بغير الزوجين من الأصول والفروع والتي يمكن تقسيمها إلى قسمين:

البند الأول: الآثار الشخصية المرتبطة بالفروع

لقد عدد المشرع الفقرات في النص على العناية بالأولاد بحكم أنهم ثمرة الزواج فنص على رعاية أمرهم حتى قبل وجودهم من خلال النص على تنظيم النسل عن طريق تباعد الولادات من خلال 4/36 «التشاور في شؤون الأسرة وتباعد الولادات» من أجل إعطاء كل طفل حقه من العناية، كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعارضوا التنظيم وإنما عارضوا تحديد النسل أو قتل

⁽¹⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ القانون رقم: 09/08، المؤرخ في: 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽³⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

الأبناء خشية الإملاق لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْنُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَوْلَهُمْ كَانَ خِطَاءً كَبِيرًا ﴾⁽¹⁾. ولقوله عز وجل ﴿ قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ ﴾⁽²⁾.

ذلك أن التنظيم الخاص بالأولاد يقصد به استعمال الزوجان أو أحدهما طريقة تمنع من الحمل في وقت معين.

وهذا التنظيم للنسل يتوافق مع موضوع العزل الذي ورد النص على إباحته من لدن المصطفى ﷺ، طالما وجدت حالة من حالات الخشية سواء كانت الخشية على حياة الأم وصحتها، أم الخشية من وقوع حرج دنيوي قد يجر إلى حرج ديني كارتكاب المحذور نتيجة عدم القدرة على إعالتهم، أم الخشية على الرضيع من الحمل الجديد، وتنظيم النسل إباحته مشروطة بموافقة وتشاور بين الزوجين وعدم ترتب ضرر أكبر، وأن يكون باستخدام وسيلة مشروعة، وبلا عدوان على حمل قائم⁽³⁾.

ومن الآثار غير المالية المرتبطة بالأبناء التي جاء النص عليها في المادة 36 من قانون الأسرة «التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم»⁽⁴⁾ فواجب رعاية الأبناء وحتى تربيتهم يعتبر من الواجبات المشتركة بين الزوجين، وهذا الأثر مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية لقوله تعالى ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا فَوْأَ أَنفُسِكُمْ وَأَهْلِيكُمْ ﴾⁽⁵⁾ والوقاية من النار بالنسبة للأهل والذين منهم الأبناء بحكم أن الولد بعض أهله، فيعلمه الحلال والحرام ويجنبه المعاصي والآثام، فقد ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «قلت يا رسول الله نقي أنفسنا، فكيف لنا بأهلينا؟ فقال: «تنبهوهم عما فهاكم وتأمرون بما أمر الله» مما يوجب تعليم الولد الدين والخير وما لا يستغني عنه من الآداب⁽⁶⁾ كما أن تأشير التربية هو الذي يوجه مسار الولد في أمور دينه ودنياه فقد ورد عن

(1) _ سورة الإسراء: الآية رقم: 31.

(2) _ سورة الأنعام: الآية رقم: 140.

(3) _ زوزو فريدة، الحكم الشرعي لتنظيم النسل، بتاريخ 2007/07/09 موقع الكتروني

www.islammessage.com

(4) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ

في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(5) _ سورة التحريم، الآية رقم: 06.

(6) _ القرطبي محمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، ط الثانية، دار الكتاب العربي، لبنان، 1975، ج18، ص181.

النبي ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه...»⁽¹⁾.

لذا فواجب تربية الأبناء على الوالدين هو واجب عظيم بعكس تمام المسؤولية التي تقوم بها الأسرة والتي تمتد آثارها للمجتمع من خلال تعليمه أجدديات اللغة وتحفيظه القرآن الكريم، وتعليمه الكتابة والقراءة من أحكام دينه وديناه، وصقله بمختلف الأخلاق والعادات الحميدة والمبادئ المتأصلة التي تبني له شخصية سوية متكاملة⁽²⁾. وهو ما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، طبقاً لنص المادة 19 من قانون الأسرة المتضمنة النص على الشروط الإتفاقية؛ في عقد رسمي عند إبرام عقد الزواج أو بعده. فإنها لا تتعارض ومقررات الشرع والنظام العام، مستمد من الاتفاق العقدي المبرم بين الزوجين لا من عقد الزواج نفسه⁽³⁾.

البند الثاني: الآثار الشخصية المرتبطة بالأصول:

تتعد وتنوع النتائج المترتبة على عقد الزواج ذات الطابع غير المالي على الأصول بالمفهوم واسع، وعلى الأبوين بالمفهوم الضيق في كل من أحكام الفقه المستوحى من تعاليم الشريعة الإسلامية السمحاء، وكذا قواعد القانون. فنجد أن نصوص الشرع قد ربطت رضا الله وسخطه على الأبناء برضا الوالدين لقوله عز وجل ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِضْلُهُ فِي عَمَيْنِ إِنَّ أَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَىٰ الْمَصِيرِ﴾⁽⁴⁾.

ما جعل مفتاح دخول الجنة طاعتهم، والإحسان إليهما في حياتهما؛ بل إن برهما يتواصل حتى بعد وفاتهما من خلال إمكانية وصول الدعاء الصالح من أولادهما إليهما لما دلت عليه أحاديث النبي ﷺ في هذا المجال.

ومن الآثار الشخصية المرتبطة بالزواج واجب الولاية⁽⁵⁾ على النفس بكل مشتملاتها من حيث التربية، والحضانة، والتزويج.

(1) _ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، رقم الحديث: 1292.

(2) _ سويلم رأفت فريد، الإسلام وحقوق الطفل، دار ابن الجوزي القاهرة، 2004، ص 169.

(3) _ بودراع بلقاسم، الوجيز في القانون التجاري، مطبعة الرياض قسنطينة، 2004، ص 80.

(4) _ سورة لقمان، الآية رقم: 14.

(5) _ سبق التطرق إلى تعريف الولاية، وأقسامها من خلال الفصل الأول من هذا الباب في العنصر المتعلق بشروط صحة الزواج.

المطلب الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار

الزواج القانونية

آثار الزواج لا تقتصر على جانب النتائج الموضوعية التي تشترك بين أحكام الفقه الإسلامي والقواعد القانونية هذه الأخيرة التي تكتفي بإعادة صياغتها؛ وإنما توجد آثار ونتائج تنعكس على وجود هذا العقد- وإن لم يتضمن الفقه الإشارة إليها- وفق التشريع القانوني - يترتب على عقد الزواج من الناحية القانونية باعتباره عقداً⁽¹⁾ عدة آثار موزعة بين مختلف الفروع القانونية الأخرى ولعل أبرزها بالنسبة للزوجين نذكر: الاسم واللقب، والجنسية؛ والتي يمكن التفصيل في دراستها وفق ما يأتي: الفرع الأول الاسم والجنسية، الفرع الثاني: العمل والضمان الاجتماعي، الفرع الثالث: إثبات عقد الزواج.

الفرع الأول: الاسم والجنسية.

الشخص الطبيعي هو الإنسان الذي تتقرر له الشخصية القانونية بمجرد الولادة⁽²⁾ فبمقتضاها يستطيع اكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات حسب نص المادة 25 «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته»⁽³⁾، وبداية الشخصية القانونية تكون بولادته حيا⁽⁴⁾. وقد نصت المادة 26 «تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية»⁽⁵⁾. ومن هنا تبرز العلاقة بين مختلف فروع القانون الخاص فيما يتعلق بهذا الأثر القانوني، حيث نجد الشخص الطبيعي تميزه مجموعة من الخصائص عن غيره، من هذه الخصائص نجد: الموطن، الحالة، الاسم، الذمة المالية، الأهلية

الموطن: هو المكان الذي يقيم فيه الشخص؛ أو أي مكان آخر يتيح العثور على الشخص

(1) _ تم الإشارة في العنصر المتعلق بتسجيل الزواج إلى طبيعة الزواج في التعريف القانوني له ؛ من أنه عقد بنص المادة 04 قانون الأسرة التي عرفت الزواج .

(2) _ الولادة أو الميلاد ويقصد بها : خروج المولود وانفصاله عن أمه انفصالا تاما وتحقق حياة الجنين وقت الولادة بعلامات مميزة كالنبكاء والصراخ ، وللقاضي التحقق من ذلك بكافة طرق الإثبات.

(3) _ القانون رقم: 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للمرسوم رقم: 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

(4) _ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون ونظرية الحق، دار العلوم، 2006، ص: 134

(5) _ القانون رقم: 10/ 05 ، المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، المعدل والمتمم للمرسوم رقم : 58 / 75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

فيه المادة 36: «مواطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن»⁽¹⁾.

الحالة: يقصد بها مجموعة الأوصاف التي إن توافرت في شخص حددت مركزه القانوني، فجعلته صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات؛ التي ما كان ليكتسبها، أو ليتحملها لو لم تتوافر فيه هذه الصفات، فالحالة هي مركز الشخص من حيث الأسرة، أو الدولة أو الدين فكل إنسان يتصف بخصائص أو صفات من حيث انتمائه إلى دولة معينة⁽²⁾، أو إلى أسرة معينة، أو إلى عقيدة معينة⁽³⁾، ويترتب على تحديد مركز الشخص من هذه النواحي الثلاث نتائج وآثار قانونية تتفاوت في أهميتها بسبب تشريعات الدول المختلفة.

البند الأول الاسم :

إطلاق الأسماء على الأفراد طريقة متبعة منذ قديم الزمان لتمييز كل شخص عن سواه، سواء كان طبيعياً أو معنوياً يجب عليه أن يحمل اسماً من شأنه أن يسمح بتمييزه عن غيره من الأشخاص. نتناوله من خلال تعريفه، أنواعه، وكذا حمايته⁽⁴⁾.

1تعريف الاسم وتحديد طبيعته:

أ- تعريف الاسم: ويعرف بعدة تعاريف نذكر منها:

الاسم: هو ما يعرف به الشيء ويستدل به عليه، والاسم يعد الوسيلة أو العلامة التي تساعد على التعرف على الأشياء⁽⁵⁾.

أو هو: الطريقة القانونية التي تستخدم لتمييز الفرد عن غيره، وذلك باستعمال كلمة أو

(1) _ القانون رقم: 05/ 10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للمرسوم رقم: 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(2) _ كاتمائه إلى دولة الجزائر، أو أي دولة تتمتع بأركان الدولة الموضوعية: الإقليم والشعب والسلطة، والركن المعنوي وهو الاعتراف الدولي بها.

(3) _ يقصد به الانحاء الديني للشخص كالانتماء إلى دين معين من الديانات السماوية...

(4) _ ذكر ابن كثير في تفسيره إطلاق الأسماء هو أول ما أمر الله به آدم عليه السلام بعد خلقه لقوله تعالى: "و علم آدم الأسماء كلها.

بجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط الرابعة، 2004، القاهرة، ج1ص452.

(5) _ يمتاز الاسم بأنه غير قابل للتصرف أو التزول عنه كما انه لا يخضع لنظام التقادم المكسب أو المسقط.

مجموعة من الكلمات⁽¹⁾. كما له دور آخر؛ حيث يشير إلى جنس الشخص؛ ما إذا كان ذكراً أو أنثى، ولكن توجد بعض الأسماء المشتركة بين الجنسين، يمكن أن تطلق على أي منهما⁽²⁾.

وهو ضروري بحيث لا يتصور استغناء أي شخص عنه لذا حرصت القوانين ومعظم التشريعات على الاهتمام بتنظيم أحكامه، وللإسم معياني الاسم الشخصي وهو المعنى الضيق، والاسم العائلي **nom de famille ou patronymique**

ويرى فقهاء القانون أنه يلزم في الاسم ألا يكون مثيراً للسخرية، أو الحزن، أو مخالفاً بالحياء، أو بالشعور العام الوطني؛ أو الديني، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بأن يكون لكل طفل اسم حسن لما له من أثر كبير في نفسيته مستقبلاً، حتى يحيا حياة هنيئة بين أقرانه⁽³⁾ و مما يدل على أن التسمية مسنونة بالقرآن قوله تعالى ﴿وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ وَإِنِّي أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾⁽⁴⁾، كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من حق الولد على الوالد أن يحسن أدبه ويحسن اسمه»⁽⁵⁾، وفي ذلك يقول ابن القيم الجوزية فإن صاحب الاسم الحسن قد يحمله اسمه على فعل ما يضاده، والخلق يدعون يوم القيامة بأسمائهم وأسماء آبائهم»⁽⁶⁾ وخير الأسماء في الشريعة الإسلامية كما ذكر الرسول ﷺ، عبد الله وعبد الرحمن، وقد قال ﷺ «أنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسمائكم»⁽⁷⁾.

ب- الطبيعة القانونية للاسم:

لقد اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للاسم إلى عدة تكييفات بين من يصنف الاسم بأنه مجرد نظام إداري، الغرض منه تمييز الأشخاص عن بعضهم وان لكل شخص حق على

(1) _ وزارة العدل معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية تنظيم إجراءات دعاوي النسب وتصحيح الأسماء، محمد حاسم محمد عبد الله محمد موقع انترنت متدانا الكويتي www.kna:kna تاريخ الإطلاع عليه /24 مارس 2015

(2) _ كاسم نضال، ريان عبد الناصر توفيق العطار ، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية _ ط 2 _ بدون ناشر _ بدون تاريخ ص 331.

(3) _ نص المادة 1/28 مدني على انه (يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق.

(4) _ سورة آل عمران، الآية: 436

(5) _ أخرجه البيهقي في الشعب، رقم الحديث: 8658، وقال في شأنه ابن عطية محمد بن الفضل، ضعيف.

(6) _ ابن قيم الجوزي، تحفة المورود في أحكام المولود ، مكتبة لبنان، بيروت، 1410هـ، ص 102.

(7) _ رواه البخاري، باب ما يدعى الناس بأبائهم، الحديث رقم: 6177، ومسلم، رقم الحديث: 1735 وخير الأسماء في الشريعة الإسلامية عبد الله وعبد الرحمن " لقول الرسول ﷺ: أحسن الأسماء إلى الله عبد الرحمن وعبد الله " رواه أبو داود بإسناد صحيح.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

اسمه، وبين من يرى أنه حق ملكية على حق معنوي؛ ولكن الاعتراض على هذا الرأي أن الملكية لا ترد إلا على شيء مادي، والاسم شيء معنوي، ومن يرى أن للاسم طبيعة مزدوجة حق وواجب⁽¹⁾ وهو الرأي الراجح؛ فهو حق من حقوق الشخصية ومن هذه الزاوية فهو ميزة يتمتع بها الفرد وعلى هذا المعنى يعد الحق في الاسم ضرورة فردية لازمة لحياة الفرد، كما له أن يدافع عن حقه في الاسم ضد الانتحال والمنازعات من جانب الغير، كما يجوز نزولاً على مقتضى وصف الحق في الاسم أن يتخذ الفرد لنفسه اسماً مستعاراً⁽²⁾ يخفى خلفه اسمه الحقيقي، ويجب التمتع بالاسم بقدر من الاستقرار فلا يمكن تغييره إلا وفق إجراءات محددة قانوناً⁽³⁾. لذلك وجب تسجيل أسماء المواليد في السجلات المعدة لذلك فهو من هذه الناحية الواقعية أصبح حق لكل شخص أن يكون له اسم خاص به، وواجب أيضاً على المجتمع أن يسمي لكل شخص اسم يتسمى به⁽⁴⁾.

2- أنواع الاسم:

والاسم يتنوع إلى: الاسم الأصلي فالاسم الأصلي: يتكون من عنصرين: الاسم الشخصي وهو الاسم الفردي للشخص **Prenom**، ثم اللقب اسم الأسرة.

أ- الاسم الشخصي: ويكتسب في الغالب بطريقة إرادية⁽⁵⁾، ويطلق عند ولادته من طرف أحد أفراد الأسرة، ويقيد في عقد الميلاد خلال الفترة المحددة لذلك قانوناً⁽⁶⁾، والأصل أن لأسرة المولود الحرية في اختيار اسم، إلا أن هذا الاختيار مقيد بالمبادئ القانونية العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية «يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما

(1) _ الشرفاوي جميل، دروس في أصول القانون، نظرية الحق، دار النهضة العربية، 1966، ص 81.

(2) _ الاسم المستعار: **Pseudonyme**

(3) _ أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، دون ذكر لمعلومات النشر، ج 1، ص 172.

(4) _ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط الأولى، دار الجامعة، القاهرة 1988، إبراهيم الدسوقي أبو

الليل، شرح القانون المدني الكويتي، بدون ط - بدون ناشر - 1990 - ج 2 - ص 180.

(5) _ الأسرة والعائلة هما: مصطلحان مختلفان من حيث المعنى عند فقهاء علم الاجتماع الأسري هي العائلة: جماعة من الأفراد تربطهم روابط قوية ناجمة عن عدة روابط كالزواج، والدم، والتبني تعيش في محيط واحد ويربطهم شعور واحد، أما مصطلح الأسرة فيقصرونه على العلاقة بين الرجل والمرأة بسبب الزواج سواء وجد أبناء أم لا. ومن حيث المعنى الفقهي فهما متطابقين، أما من حيث المعنى القانوني فإن مصطلح الأسرة هو الأكثر استعمالاً من الناحية القانونية.

(6) _ نص المادة 61) يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص

المصرح يجب أن تكون الأسماء أسماء جزائية ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية.

تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة»⁽¹⁾.

ب: الاسم العائلي - اللقب -

وهو اللفظ الذي يطلق على الأسرة التي يعد أساس تعريفها، والأسرة هي: مجموعة من الأشخاص يرتبطون معا برابطة القرابة، وبهذه يتحدد المركز العائلي للشخص ونص القانون المدني على تعريفها المادة 32 «تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد»⁽²⁾، يشترك بين كافة أفراد الأسرة وهو يميز كل أسرة عن الأسر الأخرى، والأسرة تتكون من ذوي القربى، والقرابة تقوم إما على أساس النسب وإما على أساس المصاهرة، ورابطة النسب هي رابطة الدم، والقرابة التي تقوم على أساس النسب هي قرابة مباشرة، أو قرابة حواشي في المادة 33 «القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر»⁽³⁾.

وهناك أنواع أخرى للاسم منها ما يحميه القانون ومنها ما لا يتعرض للحماية إذا استعملت بصفة مستمرة وحمايتها تكون بقدر حماية الاسم المدني كاسم الشهرة⁽⁴⁾ والاسم التجاري⁽⁵⁾.

(1) _ الأمر رقم 20/70، المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم.

(2) _ القانون رقم: 10/05، المؤرخ في: 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للمرسوم رقم: 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(3) _ المادة 34 «يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ماعدا هذا الأصل، وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة». من القانون رقم: 10/05، المؤرخ في: 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للمرسوم رقم: 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(4) _ اسم الشهرة هو الاسم الذي يطلقه الجمهور على شخص ما فيشتهر به، وهو مخالف لاسمه الأصلي، وبحق للشخص أن يحتفظ بكل من الاسم الحقيقي والاسم المشتهر به: **le surnom**

(5) _ الاسم التجاري: وهو استخدام التاجر اسماً يمارس تحته تجارته ويكون مميذاً لخله التجاري، وعنصر من عناصره وهو حق مالي قابل للتصرف فيه وفقاً للمادة 78 تجاري .

الباب الأول: الفصل الثاني: عملة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

والاسم المدني هو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية⁽¹⁾، ومن ثم لا يجوز التصرف فيه ولا يرد عليه التقادم المسقط أو المكسب.

3- طرق اكتساب اللقب:

ويلاحظ من خلال هذه النصوص أن الاسم العائلي يكتسب في الجزائر كقاعدة عامة بالنسب، بالقانون، بالزوجية في حالة معروف الأبوين:

1النسب: وهو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم فينسب الولد لأبيه حسب نص المادة41«ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية»، أما بعد وفاة الزوج أو الطلاق فينسب الولد إلى أبيه إذا ولد خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. وكذلك يثبت النسب بالإقرار أي بإقرار البنوة لمجهول النسب ولو تم ذلك الإقرار في مرض الموت. حسب نص المادة45من قانون الأسرة، أما عن نص المادة 46 من قانون الأسرة بشأن نسب الطفل على أنه «يمنع التبني شرعاً وقانوناً»⁽²⁾، وهي قاعدة أساسية أمرة من النظام العام، لا يجوز مخالفتها.

2القانون: يقوم ضابط الحالة المدنية باختيار اسم للقيط أو للشخص المولود من أبوين مجهولين حسب المادة 04/64من قانون الحالة المدنية «يعطي ضابط الحالة المدنية بنفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي».

3الزوجية: تحمل الزوجة لقب زوجها في معظم الدول الغربية، ولا تفقد لقبها العائلي فيصبح لها لقبان تختار بينهما⁽³⁾، حيث نصت بعض التشريعات على أن المرأة تحمل اسم زوجها، في حين يترك بعض الدول الخيار للزوجين لاختيار اسم عائلة مشترك يضمن اسمهما معاً⁽⁴⁾.

(1) _ كما أن الحق في الاسم يخرج عن دائرة التعامل فلا يجوز لصاحبه التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف بمقابل أو بدون مقابل، كما لا يجوز لصاحبه التنازل عنه أو الترخيص للغير في استعماله، كما لا يرد عليه التقادم وبذلك يكون حق له من هذه الناحية.

(2) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة

(3) _ سعيد جبر، النظام القانوني للاسم المدني، دار النهضة العربية - القاهرة - 1990، ص18.

(4) _ هو الاختلاف المنشئ للتراث بين القوانين : هل يخضع اسمها لقانونها الشخصي أو لقانون الذي تحكم آثار الزواج؟- بالنسبة للقضاء الفرنسي رد الخلاف إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج.

إلا أن هذا اللقب لا يلحق زوجته في القانون الجزائري مسaire لمعظم الدول الإسلامية التي تحتفظ باسمها وبالتالي فإن الزواج لا يعد سببا من أسباب اكتساب الاسم العائلي عند المشرع الجزائري⁽¹⁾.

4- إجراءات تغيير الاسم واللقب: بما أن الشخص لا يستطيع تسمية نفسه ولا يختار لقبه أو اسمه العائلي فإن فرصة تغييره متاحة شرعا وقانونا، فقد ثبت أن النبي ﷺ كان يعجبه الاسم الحسن، ويسارع إلى تغيير الاسم الذي يحمل على النفره، أو الاشمزاز في معناه لما روي عن عائشة رضي اله عنها «أن رسول الله ﷺ كان يغير الاسم القبيح»⁽²⁾.

و من آثار التغيير هو أنه يتم التسجيل والإشارة على هامش في سجلات ومستخرجات عقود الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات المنصوص عليها قانونا.

إجراءات تغيير الاسم واللقب تخضع إلى العديد من الشروط من بينها مطابقتها لباقي أفراد الأسرة من جهة الأب، واحترام القوانين المعمول بها في الجزائر الخاصة باختيار الأسماء الشخصية والعائلية³، ويجب ألا يكون اللقب الذي تم اختياره ماسا بالأخلاق، أو النظام العام، أو مثيرا للسخرية، أو يكون اسما أجنبيا لا يكتسي صبغة عربية، أو اسم مدينة، أو قرية، أو قبيلة، أو اسما مركبا، إلا إذا كانت عائلة المعني بالأمر من جهة الأب تعرف باسم مركب⁽⁴⁾، وذلك استنادا إلى نص المادة 28 من القانون المدني (يجب ان يكون لكل شخص لقب واسم فاكثر ولقب الشخص يلحق أبناءه).

يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين⁽⁵⁾ فإنه يجوز لكل شخص بالغ سن الرشد القانوني المحدد في القانون بـ 19 سنة يرغب في تغيير لقبه أن يتقدم بطلب يتغني فيه تغيير لقبه بشرط وجود أسباب جدية، وموضوعية تبرر طلبه، كأن يكون اللقب مشينا أو ذا نطق أجنبي، على أن يتعهد أمام القاضي بالمحكمة الواقع

(1) _ تفصيل ذلك في عنصر أثر الزواج على الجنسية.

(2) _ أخرجه الترمذي، السنن، رقم الحديث: 2839، بإسناد حسن.

3 تراعى الشروط المطلوبة في الاسم والتي سبق الإشارة إليها في كل من قانون الحالة المدنية، والقانون المدني، وقانون الأسرة.

(4) _ أمغار محمد، إضاءات حول المساطر المتعلقة بتغيير الاسم العائلي أو الاسم الشخصي، موقع انترنت

www.ahewar.org

(5) _ القانون رقم: 05/ 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم: 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975

المتضمن القانون المدني.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج

ضمن دائرة اختصاصها محل إقامته، بأنه لا يرمي من وراء طلب تغيير لقبه إلى إخفاء هوية مشبوهة. وتتمثل الوثائق المطلوبة بملف تغيير اللقب في تقديم طلب خطي موقع عليه من طرف المعني، موجه إلى وزير العدل، حافظ الأختام، وعقد ميلاد المعني وأبناؤه القصر، على أن يتضمن نسخة أصلية تستخرج من سجلات الحالة المدنية ببلدية مكان الميلاد⁽¹⁾. حسب نص المادة الأولى «كل من يرغب في تغيير لقبه لسبب ما؛ ينبغي عليه أن يوجه طلبا مسببا إلى وزير العدل؛ حامل الأختام الذي يكلف النائب العام للدائرة القضائية حيث مكان ولادة الطالب لإجراء التحقيق».

ويشترط تقديم عقد الزواج بالنسبة للأشخاص المتزوجين، فضلا عن نسخة أصلية تستخرج من سجلات الحالة المدنية ببلدية مكان إبرام عقد الزواج، فضلا عن نسخة من الإعلان بالجرائد اليومية، على أن ترسل الصفحة التي ورد بها الإعلان كاملة لمعرفة اسم الجريدة، وتاريخ الإعلان والعدد، إضافة إلى شهادة الجنسية الجزائرية، وصحيفة السوابق القضائية رقم 03، وثلاث صور شمسية حديثة، ومستخرج من جدول الضرائب، ويمكن للغير تقديم اعتراض في رسالة يوجهها إلى وزير العدل، خلال مهلة ستة أشهر ابتداء من تاريخ نشر الإعلان بالجرائد اليومية طبقا لنص المادة 03: «تقدم الاعتراضات في هذا الشأن إلى وزير العدل حامل الأختام خلال مهلة ستة أشهر ابتداء من تاريخ النشر المذكور أعلاه، وبعد التحقيق في الملف من قبل وزير العدل يرفع الملف عند الانقضاء المهلة المذكورة إلى لجنة مشكلة من ممثلين لوزير العدل وممثلين لوزير الداخلية يعينان لهذا الغرض من السلطة التابعين لها»⁽²⁾. وبعدها تعرض الملفات الكاملة على لجنة وزارية مشتركة، تتكون من ممثلين عن وزارة العدل ووزارة الداخلية بعد انقضاء المهلة المذكورة أعلاه ستة أشهر، وللجنة أن تنظر أيضا في الاعتراضات التي يقدمها الغير ضد صاحب الطلب، وهو ما يعني أن تغيير اللقب يتم فقط للأشخاص الذين تقبل طلباتهم.

ويوجه الإذن بالتغيير في حالة الموافقة على الطلب إلى ضابط الحالة المدنية المختص لياشر الأمر بالإصلاح وتصحيح عقود الحالة المدنية (الميلاد والزواج) لصاحب اللقب الجديد وأولاده

⁽¹⁾ _ المرسوم التنفيذي رقم 24/92، المؤرخ في: 13 جانفي 1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 70 - 20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

⁽²⁾ _ مرسوم التنفيذي رقم 24/92، المؤرخ في: 13 جانفي 1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 70 - 20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

القصر، بناء على طلب وكيل الجمهورية الواقع في دائرة⁽¹⁾.

ومن النصوص التي نص عليها قانون الحالة المدنية المرتبطة بتغيير اللقب ما ورد في المادة 55 من قانون الحالة المدنية: يترتب على تغيير اللقب أو الاسم تصحيح عقود الحالة المدنية، أن كل شخص يتذرع بسبب معين لتغيير لقبه يمكن أن يخصص له بذلك ضمن الشروط التي تحدد بموجب مرسوم وفق نص المادة 56.

أن الأسماء الواردة في عقد الولادة يجوز تعديلها للمصلحة المشروعة بناء على نص المادة 57 يمكنك ذلك بكتابة عريضة⁽²⁾ وتقديمها إلى السيد وكيل الجمهورية، أما اكتساب اللقب بالزواج في الجزائر فلا يحدث حيث تظل الزوجة محتفظة باسمها الأصلي قبل الزواج فللقب الزوج لا يلحق بالزوجة؛ في حين أن إجراءات تغيير الاسم بسيطة وسهلة وهي كالاتي:

تقديم طلب إلى وكيل الجمهورية بالمحكمة محل الإقامة مسبب، ويكون هذا الطلب مرفق بشهادة ميلاد أصلية للمعني بالأمر مع شهادة ميلاد أصلية للوالد أي أب المعني مع تقديم شاهدين.

وعليه فإن إجراءات تغيير الاسم تختلف عن إجراءات تغيير اللقب

5: الحماية القانونية للاسم الحق في الاسم قد يكون محلا للاعتداء شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق، ولذلك قرر القانون حمايته عن طريق دعويين هما المنازعة في الاسم وأو بانتحال الغير اسم

⁽¹⁾ _ الأمر رقم المتضمن شروط تغيير اللقب... المرسوم التنفيذي 92 _ 24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71 _ 157 المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب

المصدر: تغيير اللقب العائلي www.mouwazaf-dz.com

⁽²⁾ _ نموذج لعريضة تغيير اسم

محكمة الشلف يوم 2008/011/04

مكتب السيد وكيل الجمهورية إلى السيد وكيل الجمهورية

لصالح: السيد..... في حق ابنه.... الساكن ب..... طالب القائم في حقه الأستاذ..... محامي لدى.....

الكائن مكتبه ب.....

الموضوع: طلب تغيير اسم حسب المادة 55 و56 من قانون الحالة المدنية

يتشرف الطالب أن يتقدم إلى سيادتكم بما يلي:

- حيث أن ابن الطالب المولود بتاريخ 15/07/1998 والمسجل لدى الحالة المدنية باسم.....

- حيث أن الطالب ينوي تغيير اسم ابنه إلى..... وذلك ل (ذكر السبب

- حيث أن الطالب يلتمس تغيير اسم ابنه من... إلى... وتصحيحه في عقد الحالة المدنية حسب المواد 55 و56 من قانون الحالة المدنية.

- حيث أن التماس الطالب مؤسس قانونا ينظر: www.arabic.mjjustice.dz تاريخ الإطلاع يوم: 03 أوت 2014.

شخص معين؛ دون أن يكون له في الأصل.

والتي تختلف حسب نوع الاعتداد ومداه.

أ: جريمة انتحال اسم الغير: نص قانون الحالة المدنية على قواعد لتنظيم الحالة الشخصية أو المدنية لأفراد الأسرة من حيث ولادتهم، وزواجهم، ووفاتهم كما نظم القانون المدني القواعد الخاصة باللقب العائلي وكل مساس بهذه القواعد قد يؤدي إلى خلل في نظام الأسرة، لذا جاء قانون العقوبات بأحكام خاصة تتعلق بمخالفة أحكام هذه القوانين بالاعتداء على اللقب العائلي في المواد 247، 441، 442 قانون العقوبات⁽¹⁾.

إن اللقب العائلي لا يعتبر مجرد بيان من بيانات وثيقة الميلاد فقط بل حق من الحقوق التي يرثها الابن عن أبيه، وهو مقتصر على الابن الشرعي وفق ما نصت عليه المادة 48 من القانون المدني على أنه: «لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر»⁽²⁾.

وهو محمي بحكم القانون، وأن كل من ينتحل اسما عائليا ويستعمله دون حق يعرض نفسه للمتابعة الجزائية، ويمكن أن يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 500 إلى 5000 دج تطبيقا لنص المادة 247 من قانون العقوبات التي تقضي: «كل من انتحل لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية اسم عائلة خلاف اسمه وذلك بغير حق يعاقب بغرامة من 500 إلى 5000 دج».

يتضح من هذا النص أن الاعتداء على الاسم ينطوي على فعل إيجابي من المدعي عليه⁽³⁾.

ويتم ذلك في أمرين هما: إما الاعتراض على التسمي بهذا الاسم، وإما إشاعة عدم أحقيته في الاسم بين الناس والحماية هنا هي المطالبة بوقف الاعتداء أو التعويض استنادا للمادة 47 من القانون المدني «لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن

(1) _ الأمر 156-66 ، المؤرخ في: 08 افريل 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

(2) _ القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للمرسوم 75-58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن

قانون المدني.

(3) _ توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، المرجع سابق - ص 631

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون لحقه من ضرر»⁽¹⁾.

وتكون صورة الانتحال وفق احتمالين:

الأول: يفيد أن مجرد التشابه في الأسماء لا يتحقق معه انتحال الاسم مادام المسمى لم يعتمد إلى استغلال هذا التشابه؛ لأنه في حالة استغلال التشابه نكون بصدد انتحال للشخصية⁽²⁾ وليس انتحال الاسم.

الثاني: فلا يعد انتحال للاسم إطلاق اسم شخص على البضائع التجارية مثلاً؛ ومع ذلك يجوز للمضروور أن يطلب وقف الاعتداء، والتعويض عما يترتب عليه من ضرر مادي أو أدبي.

الأركان: وقوع الانتحال على لقب الغير يتطلب توفر ثلاثة أركان رئيسة وهي: الركن المادي، محل الانتحال، الركن المعنوي.

فالركن المادي يتمثل في انتحال شخص لقب الغير دون أي حق، وذلك بقصد التهرب من مسؤولية بعينها مدنية كانت أو جزائية، أو بنية الحصول على منفعة ويكون استعمال لقب الغير استعمال شرعي ومبرر في حالة الاستعمال عن طريق الصدفة دون قصد الانتحال.

أما محل الانتحال فهو وقوع الانتحال على وثيقة رسمية؛ بحيث لا يسمى انتحالا إذا وقع على ورقة عادية أو عرفية لا تقبل في الإثبات.

في حين الركن المعنوي: يتمثل في القصد جنائي عام أي انصراف إرادة الجاني إلى إتيان الفعل مع علمه بأن ذلك معاقب عليه قانونا. وبذلك تكون الجريمة قد استوفت عناصرها وأن الفاعل يستحق العقاب⁽³⁾.

إجراءات المتابعة: يشترط لقبول دعوى المنازعة في الاسم توافر أربعة شروط هي: أنها تفترض أن الغير استعمل اسم شخص ما استعماله كاسم علم أي تسمية لشخص أو شيء ما وليس مجرد لفظ لغوي⁽⁴⁾. يشمل أيضا حالات استعمال الغير لاسم شخص آخر كاسم مستعار له واستعمال الاسم في الأغراض التجارية، وأن هذا الاستعمال لا يستند إلى مبرر قانوني أي عدم

⁽¹⁾ _ القانون رقم: 05/ 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، المعدل والمتمم للقانون رقم: 58/75 ، المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

⁽²⁾ _ وبالتالي تطبيق عليه أحكام المادة 247 من قانون العقوبات

⁽³⁾ _ سعد عبد العزيز الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر 2013 ص 207

⁽⁴⁾ _ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط الأولى، دار الجامعية، القاهرة 1988 ص 631.

مشروعية الاستعمال، ثم أن لرافعها صفة ومصلحة معينة في مباشرتها⁽¹⁾.

تخضع إجراءات المتابعة في هذه الجريمة للقواعد العامة لتحريك الدعوى العمومية. بمجرد قيام أركان الجريمة، ولا تخضع لأي قيد يغفل يدها عن تحريك الدعوى العمومية، كما هو الحال بالنسبة للاعتداء على معظم الجرائم المتعلقة بالأسرة. وإذا كان الزواج لا يؤثر على اسم الزوجين في القانون الجزائري فمن الممكن تخويل كل منهما حق مباشرة دعوى المنازعة في الاسم دفاعاً عن لقب عائلة الآخر، لأن ذلك مقتضى علاقة قرابة المصاهرة التي تربط بين كل من الزوجين وعائلة الزوج الآخر وهذا ما أكدته المادة 35 من القانون المدني التي تنص على أن «يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر»⁽²⁾ فإذا لم يثبت المدعي توافر هذه الصفة حكم بعدم قبول الدعوى.

البند الثاني: الجنسية: ينجر على عقد الزواج عدة آثار بنسبة للزوجين نتيجة التزامهما بأحكامه، وهذه الآثار تتنوع ما بين آثار شخصية وأخرى مالية، وآثار قانونية⁽³⁾، منها ما فصله المشرع الجزائري فيها من خلال نصوص قانون الأسرة في تنظيم أحكامها، ومنها ما ترك مهمة تنظيمها لفروع القانون الأخرى، ومنها ما اجتمع النص عليها في جملة من فروع القانون كل من جهة اختصاصه.

أولاً: آثار عقد الزواج على الجنسية بالنسبة للزوجين: يتنوع العقد المختلط، أو العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بحسب الأطراف، أو السبب، أو الموضوع⁽⁴⁾ بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية حيث نجد المشرع الجزائري نظم قواعد قانون الدولي الخاص من خلال نصوص القانون المدني في موضوع تنازع القوانين من حيث المكان من المادة 09 قانون مدني إلى المادة 24 منه. ول معرفة أثر الزواج على جنسية الزوجين كأثر قانوني تم تقسيمه إلى:

1- أثر الزواج على جنسية الزوجين: تعد الجنسية حق دستوري حيث تضمن النص عليها

(1) _ سعيد جبر _ النظام القانوني للاسم المدني _ مرجع سابق _ ص 203

(2) _ القانون رقم: 05/ 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم: 58/75، المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(3) _ الآثار القانونية هي: مجموعة الانعكاسات التي يربتها القانون على إبرام تصرف قانوني معين سواء أكان عقدا بإدارة مشتركة، أو بإرادة منفردة.

(4) _ بحسب أطرافه الجزائري يتزوج من امرأة تركية، أما بحسب سبب كأن يعقد جزائريان زواجهما بفرنسا ويتم قانوناً تسجيله هناك ما بحسب الموضوع كأن تكون العقار موضوع البيع موجود في الأردن

مشروع الدستور الجديد في المادة: 30 الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون.

شروط اكتساب الجنسية الجزائرية، والاحتفاظ بها، أو فقدانها، أو إسقاطها، محددة بالقانون.

وهي أحد آثار القانونية للزواج المختلط⁽¹⁾.

تعد رابطة الجنسية ذات أهمية كبيرة في تكوين الدول إذ هي المكون الرئيس لركن الشعب، كما أنها تعد الأداة المعتبرة عالميا لتوزيع سكان الكرة الأرضية، وبالتالي فالجنسية هي أداة قانونية، وسياسية تربط الفرد بدولة معينة، وتختلف الدول في إعطاء الجنسية الأصلية بين طريقتين على أساس الدم⁽²⁾، أو على أساس رابطة الإقليم، وتختلف طرق اكتساب الجنسية حسب السياسة السكانية للدولة كالتجنس⁽³⁾ والزواج. ولمعرفة أثر الزواج على الجنسية عند المشرع الجزائري، نجد هناك تداخل بين كل من نصوص القانون الدولي الخاص، ونصوص قانون الجنسية، ونصوص قانون الأسرة المنظمة أصلا لعقد الزواج.

ذلك أنه إذا كان الزواج بين المواطنين يكون وفق قانون الأسرة وحسب ما تنص عليه نصوصه وقواعده القانونية، فإن عقد الزواج المشتمل على عنصر أجنبي في مجال القانون الدولي الخاص.

تكون أهميته مختلفة باختلاف المفاهيم الدولية حول طبيعته القانونية، والآثار المترتبة عنه هو هذه الصفة يثير عدة إشكالات عملية من الناحية القانونية بالنسبة للجنسية وتأثيرها على الزواج أو بالنسبة لتأثيرها على الطرف الآخر في العلاقة الزوجية.

وتظهر هذه الأهمية البالغة التأثير في جل التشريعات القانونية بما في ذلك التشريع الجزائري الذي حدد شروط اكتساب الجنسية، أو فقدانها بسبب الزواج، من خلال الأمر 01/ 05 الذي

(1) _ يعرف الزواج المختلط بأنه الزواج الذي تختلف فيه جنسية الزوجين وقت انعقاد الزواج أو بعده ينظر ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن - تنازع القوانين - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998ص89.

(2) _ رابطة الدم: يقصد بها الأداة القانونية التي تربط الفرد بدولة معينة وتكتسب بمجرد ميلاد الشخص، دون النظر إلى مكان الولادة، أما رابطة الإقليم فتتركز على الأرض، والمكان الجغرافي الذي تكون واقعة الولادة سواء أكان برا، أم بحرا، أم جوا.

(3) _ التجنس: في اللغة هو التطبع بالجنس، وفي اللغات الغربية مأخوذ من كلمة natura التي تعني الأصل هو كسب الأجنبي الصفة الوطنية حسب تقدير الدولة المطلق، ودون أثر رجعي وذلك بنا على طلب بعد استيفاء الأجنبي لكافة الشروط التي يتطلبها القانون. ينظر: فهمي محمد كمال القانون الدولي الخاص ط لثانية، 1980 بند129ص176

تضمن إدراج الزواج كسبب مسهل لاكتساب الجنسية، غير أن المشرع وإن جعل من الزواج سبب لاكتساب الجنسية، إلا أن صاحب الجنسية الأصلية يبقى متمتعاً بامتيازات دستورية منها ما كانت مقررة بموجب دستور 1989. بموجب نص المادة: 51 «يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون»

ومنها ما جاء به التعديل الدستوري الأخير حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 51 تنص «التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها شرط لتولي المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية»

فالمشرع الجزائري الذي قسم الجنسية إلى قسمين جنسية أصلية، وجنسية مكتسبة وبين طرق اكتساب هذه الأخيرة⁽¹⁾، ومن بين هذه الطرق أدرج المشرع اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط، ومما لا شك فيه أن الجنسية المكتسبة بمقتضى الارتباط العائلي تتأثر إلى حد كبير بالأوضاع الاجتماعية المتأصلة في المجتمع وفق جملة من اعتبارات تكون في بعض الأحيان تتفق مع عادات المجتمع وتقاليده، وفي أحيان أخرى قد تكون هذه الاعتبارات بعيدة كل البعد عن النظام العام⁽²⁾ أو الآداب العامة⁽³⁾ وقد نص المشرع في المادة 24 من القانون المدني «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص لسابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر

(1) _ طرق اكتساب الجنسية حسب المادة من قانون الجنسية الجزائري هي الزواج، التجنس (حسب نص المادتين 9 مكرر والمادة 10 من الأمر رقم: 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390هـ، الموافق لـ 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 05-01، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ، الموافق 27 فبراير 2005

(2) _ النظام العام فكرة مرنة نسبية تتغير من مجتمع لآخر، بل في المجتمع الواحد قد تختلف من زمن لآخر، ولم يتفق فقهاء القانون على وضع تعريف دقيق محدد له ولكن المعنى التقريبي بأنه مجموعة الأسس السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والخلقية التي تسود المجتمع في وقت من الأوقات وتدخل في مقوماته بحيث إذا احتلت احتل استقرار المجتمع؛ لذا فالقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام جميعها قواعد أمره، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ينظر: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، بيروت 1977 رقم 144 ص 528-529.

مثاله: القواعد المتعلقة بالإجراءات في القضاء، كل قواعد الأحوال الشخصية من الزواج وآثاره...
(3) _ الآداب العامة: هي فكرة أيضا تختلف الفقه بشأن تعريفها ولكن معظم التعريفات تتصل في أن المقصود بها مجموعة القواعد الخلقية، والبيئية الضرورية لقيام المجتمع سليماً من الانحلال، والتي يعد الخروج عنها انحرافاً يدينه المجتمع، ويشترط في القواعد القانونية المتعلقة بها أن تكون أمره يقع على الفرد مخالفتها، لأن في ذلك إهياراً للكيان الأخلاقي للمجتمع.
والآداب العامة بهذا المفهوم تعني الطابع الأخلاقي في النظام العام مثلاً: إقامة العلاقات الجنسية بين الرجال والنساء نظير مبلغ من المال ويرجع للسلطة التقديرية لقاض في تحديد مضمون كل من النظام العام والآداب العامة.

ينظر: الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة در لثقافة للنشر والتوزيع عمان، 1997 ص 184

«⁽¹⁾لأمر الذي يستدعي بيان حقيقة جنسية طرفي العقد بعد الزواج تتقاسمه نظريتان أساسيتان هما:

أ- مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة الواحدة:

unité De Nationalité Dans La Famille، Principe De L التي تتزوج من وطني في جنسية زوجها بقوة القانون. بمجرد انعقاد زواجهما، بغض النظر عن أي إجراء شكلي آخر، وبالتالي فالأجنبية تمكن منها مثلاً دون الحاجة إلى طلب، أو توافر شروط الإقامة، أو الحصول على موافقة السلطة أن تكتسب الجنسية على هذا الأساس، فلا يبقى كأثر مباشر إلا الدخول الفعلي بالزوجة حتى يكون جريان الجنسية على سائر أفراد الأسرة الواحدة⁽²⁾.

و هذا الاتجاه وجهت له الكثير من الانتقادات نذكر منها:

- مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة مبدأ دولي في الجنسية يقضي أنه لكل شخص الحق في اختيار الجنسية التي يرغب فيها، وهذه الفكرة تؤدي إلى الإخلال به.

- الاستفادة من جنسية جديدة. بمجرد عقد الزواج يؤدي إلى تعدد الجنسيات سيما في الأجنبية التي تود الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية، وفي حالة عدم الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية قد يفسح المجال إلى فكرة انعدام الجنسية.

- المواطنة الفعلية لا تقتصر على مجرد حمل الجنسية، وبالتالي هذه الفكرة قد تؤدي إلى الإسهام في دخول عناصر دخيلة على الجماعة الوطنية لا تدين بالولاء للدولة بقدر ما تكيد له من المكائد⁽³⁾.

⁽¹⁾ _ الأمر رقم: 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390هـ، الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 05-01، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ، الموافق 27 فبراير 2005

⁽²⁾ _ هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجنبي والموطن، منشأة المعارف الاسكندرية المجلد الأول 1977ص 136

⁽³⁾ _ وفي هذا الشأن نجد اتفاقية جامعة الدول العربية بقرارها رقم 776 بتاريخ 5 أبريل 1954 من الدورة العادية التي نصت على تشجيع الزواج بين دول الوطن العربي من المحيط إلى الخليج والتي ورد فيها «تكتسب المرأة العربية بالزواج جنسية زوجها العربي، وتسقط عنها به جنسيتها السابقة ما لم تطلب الزوجة الاحتفاظ بجنسيتها في عقد الزواج أو بإعلان لاحق خلال ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج، وإذا سحبت حكومة دولة الزوج جنسيتها الجديدة وفقاً لقوانينها تسترد جنسيتها السابقة، أما إذا كان الزوج ليست له أية جنسية فلا تسقط عن المرأة بزواجها منه جنسيتها السابقة» فمثل هذه التدابير جدير بأن تأخذ بعين الاعتبار في إطار القانون الدولي الخاص لأن الزواج وسيلة للتلاقي باعتباره ميثاق غليظ أساسه الترابط والمودة، والرحمة بين الرجل والمرأة وغايته إنشاء أسرة على أساس مستقر. كما نصت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها له.

ونظرا لكل هذه الانتقادات جاءت الفكرة الثانية.

ب: نظرية استقلال الجنسية في الأسرة:

تقوم هذه الفكرة على أساس أن الزوجة تحتفظ بجنسيتها الأصلية أو التخلي عنها نتيجة إبداء رغبتها في أخذ جنسية زوجها، ودون فرضها عليها وهذا المبدأ كفيل بمراقبة مدى صلاحية الأجنبية للاندماج في المجتمع وقابليتها للتوافق مع رعاياه⁽¹⁾، كما أنه يعد ضمانا للأجنبية في حال عدم استمرار هذا الزواج بأن لا تجد نفسها محرومة من جنسية الزوج، ومن جنسية بلدها الأصلي في آن واحد.

و الملاحظ للتطبيق العملي لهتين الفكرتين يجد أن معظم الدول أخذت بالنظرية المعاصرة لاستقلال الجنسية في الأسرة، نظرا لما تمليه المعطيات الإيديولوجية، والسياسية، والاجتماعية الحديثة، فمن الدول من أخذت بنظرية الاستقلال بصفة مطلقة بحيث لم ترتب أي أثر على الجنسية بسبب زواج الأجنبي بالوطني احتراماً لإرادته؛ ولا يترتب على الزواج أي أثر مباشر على جنسيته ما لم يعبر عن إرادته بوضوح⁽²⁾.

و المتأمل لموقف المشروع الجزائري يجد أنه جعل الأصل أنه لا أثر للزواج على جنسية الأجنبي بل يبقى محتفظاً بجنسيته، ولكن يحق له طلب اكتساب جنسية زوجه طبقاً للشروط المقررة قانوناً⁽³⁾.

ويكون بذلك المشرع الجزائري قد تبني موقفاً وسطاً بين نظريتي التبعية، والاستقلال في اكتساب الجنسية بالزواج؛ حيث مكن الزوج الأجنبي سواء أكان رجلاً، أم امرأة من اكتساب الجنسية الجزائرية بسبب الزواج متى توفرت له جملة من الشروط؛ والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين من الشروط.

(1) _ الأخذ بفكرة استقلال الجنسية يعد تطبيقاً عملياً لما جاءت به الاتفاقيات العالمية المختصة بالدفاع عن حقوق المرأة في كافة المجالات والتي نذكر منها اتفاقية montevideo مونتيفيديو التي أسفرت عن اتفاق بين دول أمريكا 1933 حول إزالة أي أثر للزواج المختلط سواء حال اكتساب الجنسية أم زوالها. اتفاقية نيويورك الصادرة في 10 ديسمبر 1962 لتوكيد وجود توافر الرضا الكامل في الزواج وتحديد السن الأدنى فيه وتوثيق عقد الزواج وتحديد آثاره.

(2) _ والقيد الحسين، الزواج المختلط في دول المغرب العربي، مقال كلية حقوق وحدة، مقال منشور في الموقع www.article.droit.blogspot.com تاريخ الإطلاع عليه 20/11/2009.

(3) _ إذ تضمنت المادة 9 تحديد ركن الزواج الوحيد عند المشرع الجزائري ألا وهو الرضا، ونصت المادة 9 مكرر على شروط صفة الزواج بجملة، أما تفصيلها فكان في المواد المفسرة لكل شرط كالمادة 11 و 13 المتضمنة أحكام الولي، المواد من 14 إلى 17 المفصلة لأحكام الصداق.... الخ.

2- الشروط المتعلقة بالزواج المكسب للجنسية، والشروط المتعلقة بالدولة وطالب

الجنسية.

وقبل معرفة القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج تثار مسألة موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على مقدمات عقد الزواج أي على الخطبة، وإذا ما كانت تعتبر من المسائل الموضوعية سيما وأنها تعتبر من الخطوات الأساسية لقيام الرابطة الزوجية.

فمن الشروط المرتبطة بالخطبة والتي يترتب على وجودها وجود عقد الزواج، وبانعدامها انعدامه معرفة من تحل بينهما الخطبة، ومن تحرم خطبتها من النساء بسبب وجود مانع⁽¹⁾.

ولقد اختلف الفقه بشأن القانون الواجب التطبيق على الخطبة بين من يرى تطبيق قانون مكان إقامة الخطبة، وبين من يرى أنه يجب تطبيق قانون جنسية كل من الخطيبين⁽²⁾.

و المتأمل لتكييف الخطبة عند المشرع الجزائري يجد أنه لا يجعل من الخطبة عقدا ملزما مثل الزواج، وإنما اعتبرها مقدمة من مقدماته؛ أي ليست لها قوة الالتزام المتوفرة في العقد⁽³⁾.

فهي لا ترقى إلى درجة العقد، ولا يترتب عليها أي أثر من آثاره؛ بحيث أنه يحق للطرفين العدول عنها، وأن ما ينتج عن العدول من آثار خاصة ما كان منها نتيجة أفعال ضارة مصاحبة للعدول، فإنه يمكن حينها مساءلة الشخص على أساس المسؤولية التقصيرية، وبالتالي تطبق عليها قاعدة التنازع التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية⁽⁴⁾، طبقا لنص المادة 20 قانون المدني الجزائري «يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج ويكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت

(1) _ ثبتت نصوص وأدلة كثيرة من الشرع تمنع ذلك.

(2) _ حيث نصت المادة 35 من قانون الخاص بتنظيم العلاقات القانونية إن العنصر الأجنبي من القانون رقم 5 الصادر في فبراير 1961.

(3) _ بموجب نص المادة 01/05 من قانون الأسرة، وعلى هذا الاتجاه باعتبارها وعدا غير ملزم أخذ القضاء الفرنسي، وكذا القضاء المصري وأنها وعد بالزواج وأن العدول عنها لا يترتب مسؤولية إلا إذا اقترن العدول بخطأ تقصيري.

(4) _ درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج والحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر سياسية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة الجزائر، العدد الرابع جانفي 2011 ص 238.

فيه»⁽¹⁾.

موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للخطبة، والقانون الواجب التطبيق عليها، وهل يطبق عليها القواعد الشكلية الخاصة بعقد الزواج التي يراد بها الطرق اللازمة لإظهار الزواج، والإفصاح عنه إلى العالم كإشهاره، وتحريره في وثيقة معينة والتي يمكن تصنيفها إلى ما يأتي:

الأول: قانون الدولة التي تتم فيها الخطبة، أي قانون بلد إبرامها.

الثاني: قانون الوطن المشترك للخطيبين.

الثالث: قانون الجنسية المشتركة للخطيبين .

الرابع: إلى القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية⁽²⁾.

أو أنها لا تسري عليها أحكام الشكل بالنسبة للزواج، خاصة وأن المشرع الجزائري لا يفرض أي شكل معين للخطبة، فمتى توفر أي عامل من العوامل السابقة فإنه يطبق، إذ قد يطبق قانون بلد آخر لا يمت للخطيبين بصلة، إلا أنهما ارتضيا أن يكون شكل الخطبة وفقه.

و الراجح أن المشرع الجزائري سكت عن هذه المسألة لاعتباره الخطبة لا تخضع لشكل من الأشكال وإذا ما وجد فإنه يمكن تطبيق القاعدة التي تحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج⁽³⁾.

النوع الأول: الشروط المتعلقة بالزواج: اشترط المشرع الجزائري عدة شروط في الزواج

حتى يكون مؤثرا في الجنسية، وسببا في اكتساب الجنسية الجزائرية تتمثل فيما يأتي:

- أن يكون الزواج صحيحا، وقائما منذ ثلاث سنوات على الأقل.

- أن يكون الزواج مختلطا.

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 9 من قانون الجنسية 05/01 على ما يأتي:

أولا: أن يكون عقد الزواج صحيحا وقائما منذ ثلاث سنوات: فشرط كون الزواج

⁽¹⁾ _ الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل

والمتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

⁽²⁾ _ ينظر في ذلك نص المادة 19 قانون المدني الشروط الشكلية: «تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه يجوز أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية».

⁽³⁾ _ موقف المشرع الجزائري يتماشى مع التشريعات والاتفاقيات الدولية فقد أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام عقد الزواج والاعتراف بصحة المؤرخة في 14 مارس 1978 في مادتها الثانية أن الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها.

الباب الأول: الفصل الثاني: عملة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

قائما منذ ثلاث سنوات على الأقل، أي تحديد ميعاد زمني منذ قيام عقد الزواج المستوفى لكامل الشروط القانونية، مع الاشتراط الوجود الفعلي لهذا الزواج ، من أجل تفادي المشرع صيغة الزواج الصوري، أو على بياض الذي قد يبرم بغية الغش والتحايل على قانون الجنسية⁽¹⁾ وكذا من أجل إعطاء الجهة المختصة الفرصة الكافية للتعرف على هوية الأجنبي، والاستدلال على جدية العلاقة الزوجية، ويتسنى اكتشاف حيلة الانضمام إلى المجتمع الوطني للقيام بأي نشاط لا يتفق ومصلحة البلاد⁽²⁾.

يمكن الاستدلال على ميعاد قيام هذا العقد بمسحرج من السجلات الحالة المدنية⁽³⁾ أو بموجب حكم في حالة عدم تسجيله⁽⁴⁾.

وعقد الزواج يعتبر مستمرا طالما لم يصدر حكم يقضي بإلغاء العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق وكذلك لم يصدر الحكم بوفاة أحد الزوجين قل انقضاء هذه المدة، لذلك فلا يمكن للأجنبي الحصول على جنسية زوجه الجزائري إذا انتهت العلاقة الزوجية بالوفاة أو الطلاق قبل انقضاء أجل الثلاث سنوات⁵. وتجدر الإشارة إلى أن تحديد المدة لتمكين الطرف الأخر من الجنسية ليس حكرا على المشرع الجزائري، وإنما ورد النص عليه في مختلف التشريعات المقارنة، مع اختلاف في تحديد هذه المدة، تبعا لحاجة الدول أو عدم حاجتها للسكان⁽⁶⁾.

اشتراط المشرع لاكتساب الجنسية الجزائرية صحة الزواج وقانونيته، وأن يكون قائما لمدة معينة⁽⁷⁾، بمفهوم المخالفة لو كان الزواج باطلا، أو صدر حكم قضائي نهائي بطلانه كأن تخلف فيه ركن الرضا أو وجد فيه مانع من الموانع يعتبر باطلا بنص المادتين 32 و33 من قانون

(1) _ حسب نص المادة 9 من الأمر رقم : 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الجنسية.

(2) _ مقني بن عامر، إجراءات التقاضي والإثبات في المنازعات الجنسية دار الجامعة الجديدة الطبعة 2009 ص 180.

(3) _ حسب المادة 02/97 من قانون الحالة المدنية (ويرجى مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبية، وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة القنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية. الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

(4) _ حسب نص المادة 22 قانون الأسرة الجزائري (وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي).

5- طيبة محمد، الجديد في قانون الجنسية والمركز القانوني لمعدد الجنسيات دار هومة الجزائر 2006 ص 35-36.

(6) _ جبار صالح الدين ، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مجلة الفكر، العدد الحادي عشر 11 جامعة البليدة 2 ص 149.

(7) _ حيث جاء النص كما يأتي «يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس» من الأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم .

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

الأسرة⁽¹⁾، حيث نجد المشرع الجزائري اقتصر على ترتيب الآثار التي يربتها عقد الزواج الصحيح على الجنسية ولم يشر إلى إمكانية بطلانه؛ وأن الحكم بموجبه قد يكون قبل مضي مدة ثلاث سنوات ففي هذه الحالة لا تكتسب الزوجة الأجنبية الجنسية الجزائرية مما يثير إشكالية مصير الجنسية الجزائرية المكتسبة إذا صدر الحكم ببطلان الزواج بعدها.

إن المتأمل في النصوص الخاصة بكسب الجنسية وآثاره وكذا النصوص الخاصة بالفقد أو التجريد.⁽²⁾

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة، فإذا حكم بسحب الجنسية الجزائرية المكتسبة بسبب الزواج لانعدام الأساس القانوني لاكتسابها صار منعدما؛ ولكن قد يكون هذا الحل غير ملائم ويؤدي إلى نتائج سلبية وخطيرة على هذا الأجنبي (زوجا كان أو زوجة) في حالة تخليه على الجنسية السابقة مما يؤدي إلى انعدام الجنسية⁽³⁾.

وبالتالي كان على المشرع الجزائري تنظيم هذه المسألة بترتيب سحب الجنسية الجزائرية على شرط استرداد جنسيتهم السابقة من أجل تفادي حالة انعدام الجنسية.

وفي ما يخص هذا الشرط الأول المتعلق بصحة الزواج تظهر العلاقة المتينة ما بين أحكام قانون الأسرة وقواعد قانون الجنسية ولمعرفة صحة الزواج يشترط توفره على كل الأركان والشروط القانونية التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة⁽⁴⁾ كما أن مسألة صحة الزواج بين مختلفي الجنسية تضمنت النص عليها المواد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان⁽⁵⁾.

(1) _ حيث جاء النص في المادة 32 « بطلان الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد» وكذا المادة 33 « بطلان لزواج إذا اختل ركن الرضا» من القانون 09/05

(2) _ حيث جاء النص على التجريد في المادة 18 قانون الجنسية أما حالاته فقد تناولها المشرع بالتفصيل في المادة 22 من قانون الجنسية.

(3) _ صلاح الدين جبارت، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مجلة المفكر العدد 11، جامعة بسكرة ص 157 السنة 2014.

(4) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(5) _ نص عليها المشرع الجزائري في المواد من: 9 إلى 24 من القانون المدني.

إضافة إلى الشروط السابقة (الموضوعية والشكلية) وضع المشرع الجزائري شروطا نصت تنظيمية إدارية خاصة بزواج الجزائريين بالأحزاب نصت عليها المادة 31 من قانون الأسرة.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقواعد القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

أو ما يسمى قواعد القانون الدولي الخاص إذ نص القانون المدني الجزائري على قانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، ونصت المادة 19 منه على القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج، وحيث أن مسألة صحة الزواج أو بطلانه بين مختلفي الجنسية تثير إشكالية تحديد القانون الذي يرجع إليه للفصل في مسألة صحة الزواج، فهل يرجع إلى القواعد الداخلية في القانون الجزائري أم القواعد الموضوعية المنصوص عليها في قانون الأسرة أم إلى قواعد الإسناد المتعلقة بتنازع القوانين⁽¹⁾؟

وموقف الفقه الراجح في هذه المسألة يرى ضرورة الخروج من التزاع بالتفريق ما بين الشروط الشكلية للزواج وبين الشروط الموضوعية للقانون المتضمن قواعد الإسناد الجزائرية، وبالرجوع إليها نميز بين القواعد الخاصة بقواعد الزواج في شروطه وأركانها، وبين قواعد الإسناد الخاصة بآثار عقد الزواج.

فقواعد الإسناد الواجبة الإعمال على شروط الزواج نجدها أيضا تتنوع إلى نوعين قواعد الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج، وكذا قواعد الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للزواج، وبالتأمل في نصوص القانون المدني الجزائري نجده أخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين طبقا لنص المادة 11 من القانون المدني⁽²⁾ بنصه يسري على

أما إذا ما تعلق الأمر بزواج الأجنبي المقيم بالجزائر فقد نظم تلك الإجراءات الصادر بتاريخ 11 فيفري 1980 عن وزارة الداخلية والذي أزم موظف الحالة المدنية أو الموثق قبل قيامه بإبرام عقد الزواج للأجنبي الحصول على رخصة مكتوبة من الوالي، وفقا للمادة 10 من الأمر 211/66 المؤرخ في 1966/07/21 التي تلزم الأجبيين المقيمين في الجزائر أن يحصلوا على رخصة الزواج تمنح لهما من طرف الوالي وذلك بعد تقديمهما طلب موقع من طرفهما يتضمن هويتهم، وعنوانهما وكذا المعلومات الواردة في بطاقة إقامتهما فمتى ما توفرت تلك الشروط منحت لهما الرخصة بالزواج.

أما إذا كان أحد الأجنبي مقيم في الجزائر والأخر غير مقيم فإنه لا تحصل على الرخصة إلا بعد استشارة مصالح الأمن الوطني فمتى ما كان إيجابيا رد هذه المصالح أعطيت الرخصة وإلا فلا.

⁽¹⁾ _ يطلق عليها تنازع القوانين *règle de conflit* أو قواعد الإسناد *règle de rattachement* فتكون مهمة هذه القواعد الحكم على القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها من ضمن بقية القوانين الأخرى المتنازعة؛ بحكم أنه هو أكثرها إيفاء بمقتضاها من وجهة نظر هذا القانون ينظر في ذلك سامي عبد الله الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية ص 5 وما بعدها..

⁽²⁾ _ **الشروط الموضوعية هي:** الشروط التي تتعلق بمحل العقد وهي عند المشرع الجزائري تتعلق بشروط صحة الزواج، وهي الأركان والشروط التي تنص عليها أحكام الفقه الإسلامي على خلاف بينهم

الشروط الشكلية: فهي القناة التي يفرغ فيها العقد وتعطيه جانب الرسمية، ونص عليه المشرع الجزائري بالكتابة أو التوثيق، ومثل هذه الشروط لم ينص عليها الفقهاء لمذاهب قديما، وإذا كان معظم الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى استحسان الكتابة وهناك من ذهب إلى وجوب الكتابة.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

الشروط الموضوعية القانون الوطني لكل من الزوجين إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة؛ وإنما مقيدة بنص المادة 13 منه⁽¹⁾ «يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج».

وإذا ما بحثنا عن الشروط الموضوعية لعقد الزواج في قانون الأسرة نجدها مشمولة في نص المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بنصه «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين» ونص المادة 9 مكرر التي تضمنت النص على شروط صحة الزواج.

و الشروط الموضوعية هي الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم بانعدامها فهي الأسس الجوهرية لقيام عقد الزواج المتمثلة أساسا في: الرضا، والأهلية، والصداق، وموافقة الولي، وحضور الشاهدان مع خلو الزوجين من الموانع الشرعية، ولكن عند تطبيق الشروط الموضوعية التي يحكمها قانون جنسية الزوجين طبقا للمادة 11 و12⁽²⁾

والشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري في المادة 9 و9 مكرر وكذا الشروط المستوحاة من أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 قانون الأسرة يمكن تقسيمها إلى عدة أقسام على اختلاف بين الفقهاء غير أنها كلها شروط جوهرية؛ حيث أن التطبيق العملي لهذه الشروط الموضوعية التي يحكمها قانون جنسية الزوجين طبقا للمواد السابقة تثير إشكالية اختلاف الفقهاء بشأنها وتمثل في التطبيق الجامع⁽³⁾ ولكن هذا الاتجاه منتقد من الناحية العملية لأنه يجعل العلاقة القانونية مستحيلة الانعقاد بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين⁽⁴⁾. والموزع⁽¹⁾ لقانون جنسية الزوجين أو الطرفين.⁽²⁾

(1) _ الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في : 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

(2) _ فصل المشرع في كل شرط من هذه الشروط في قانون الأسرة الأهلية المادة 7، وعلى أحكام الصداق من 14 إلى 17، الولي 11 إلى 13 انعدام الموانع الشرعية المواد من المادة 23 إلى المادة 30 من قانون الأسرة، أما الشهود فلم يتضمن التفصيل فيها إلا شرط العدد، في حين باقي ما يتعلق بهذا الشرط من أحكام فيمكن استخلاصها من المادة 222 قانون الأسرة التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية ك، كما يمكن أخذ بعض التفاصيل المتعلقة بالشهود مما ورد النص عليه في قانون الحالة المدنية.

(3) _ **التطبيق الجامع** : هو إدماج الشروط الموضوعية لكل من قانون الزوج والزوجة ، والناتج هو الذي يطبق عليهما معا، فعقد الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية، إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الأخر.

(4) _ وأغلب التشريعات القانونية التي أخذت صراحة بهذا التطبيق نذكر على سبيل المثال القانون الألماني، القانون التركي، القانون البولوني والبرتغالي والنمساوي والقانون التشيكوسلوفاكي.

التطبيق الموزع هو الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 11 القانون المدني⁽³⁾ وكذا المادة 97 قانون الحالة المدنية⁽⁴⁾ «إن الزواج الذي ينعقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان عقد الزواج».

فإذا ثار نزاع حول شروط صحة زواج الجزائرية، فهذا النزاع يخضع إلى قانون جنسية الزوج والزوجة، ولعل سبب اختيار هذا الضابط يرجع إلى أن النزاع حول الشروط الموضوعية للزواج، معناه الاختلاف حول صحة أو بطلان عقد الزواج — ما يعني تهديد الرابطة الزوجية المقدسة التي يجب عدم التساهل في القول ببطلانها.

مما سبق نجد من الشروط الموضوعية التي نص عليها المشرع نص المادة 9 و9 مكرر والمواد التي تولت تفسير هذه الشروط الجملة في المادة 9 مكرر حيث نص المشرع الجزائري في المادة 11 القانون المدني المعدلة والمتعلقة بالشروط الموضوعية للزواج بتطبيق قانون جنسية كل من الزوجين وهذا النص جاء موضحا لشروط الموضوعية على حد الخصوص، مما جعل الأمر أكثر سهولة من أجل تطبيق القانون المختص مع مراعاة مسألة نوع التطبيق الجامع أم الموزع.

أما بالنسبة للشروط الشكلية فإن القانون الواجب التطبيق عليها نص عليه المشرع الجزائري في المادة 19 القانون المدني أما ما يدخل ضمن هذه الشروط من مسائل فإنه يخضع لقانون القاضي حسب المادة 9 القانون المدني المعروض أمامه النزاع من أجل تحديد طبيعة المسائل التي تدخل ضمن المراسيم الشكلية المراد بها إظهار الزواج وإعلانه أو الإفصاح عنه إلى العالم الخارجي كتحرير عقده من أجل إثبات، وممارسة طقوس دينية أو مظاهر عرفية يعتقد الطرفين بالزاميتها، حيث وبالرغم من اتفاقية لاهاي التي نصت على اعتماد قاعدة لوكيس التي وإن وقعت عليها

(1) _ أي تطبيق الشروط الموضوعية للزوج على حد، ثم الشرط الموضوعية للزوجة من الناحية الأخرى دون النظر إلى مدى توفرها أو انعدامها في الطرف الآخر.

(2) _ أعراب بالقاسم ، القانون الدولي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2003، ص 235.

(3) _ باستثناء بعض الشروط التي يستحيل تطبيقها تطبيقا موزعا فإنها تعتبر بمثابة الزوج القاعدة ومثال ذلك شرط انعدام الموانع..... 9 مكرر وكذا المواد من 23 إلى 30 قانون الأسرة واستثنت موانع الزواج نظرا لخطورتها على، ولأنها تهدف لحماية الرابطة الزوجية في ذاتها، وليس لحماية شخص الزوج أو الزوجة.

(4) _ الأمر 70- 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير عام 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

ينظر: بن عياد جلييلة، بعوي خالد، الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، دون معلومات النشر، الجزائر 2009 ص 107.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

الجزائر ودخلت حيز التنفيذ ابتداء من 1 ماي 1991 إلا أن المشرع نجده جعلها مخيره بين قانون مكان الانعقاد حسب النظرية، وبين القانون الوطني للزوجين أو بقانون موطنهما المشترك أو القانون الساري على الشروط الموضوعية.

لكون الزواج المختلط صحيحا وقانونيا، فإذا كان بلد انعقاد الزواج هو الجزائر فإنه إضافة إلى الشروط السابقة فإن المشرع الجزائري وفقا للمادة 31 قانون الأسرة «يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية»⁽¹⁾، وهذه الأحكام التنظيمية فسرهما قانون الحالة المدنية بالرخصة الإدارية من الوالي مثلا، كما يشترط في الزوج إذا كان أجنبيا، أو من دولة لا تدين بالإسلام تقديم شهادة الإسلام في حالة اقتترانه بالجزائرية تطبيقا لنص المادة 30 التي تجعل من الموانع المؤقتة اختلاف الدين «يحرم من النساء مؤقتا... زواج المسلمة من غير المسلم»⁽²⁾ إلى جانب شرط صحة الزواج وهذا ما يكون طبقا لقواعد قانون الأسرة الجزائري وبالتالي ضرورة توفر ركن الرضا، وشروط صحة عقد المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من ولي وصداق وشهود وأهلية مع انعدام الموانع الشرعية إضافة إلى الشروط الشكلية الواجبة تحققها قانونا كالفحص الطبي، والتسجيل، ومراعاة سن الزواج⁽³⁾

بالنسبة للشروط الشكلية التي تحكم عقد الزواج وفق قواعد قانون الجنسية تتمثل بقية الشروط في:

الشرط الثاني: الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر عامين على الأقل⁽⁴⁾ وهذه الفترة جعلها المشرع بمثابة فترة تجربة لمعرفة مدى اندماج طالب الجنسية في المجتمع⁽⁵⁾ والإقامة المعتادة والمنتظمة يراد بها القامة الفعلية المتكونة من عنصرين أحدهما مادي تتمثل في المكوث والحلول الفعلي

⁽¹⁾ _ الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

⁽²⁾ _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽³⁾ _ المواد 9 و9 مكرر وكذا المادة 7 و7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري .

⁽⁴⁾ _ المراد الإقامة في الجزائر أن تكون مشروعة أي مرخص للأجنبي حتى ترتب آثارها، وبالتالي فالإقامة غير المشروعة غير الموافقة للتنظيم الساري المفعول بالنسبة للأجانب لا يعتد بها ينظر مصطفى محمد الباز، جنسية المرأة في القانون الدولي الخاص والمقارن والفقهاء الإسلاميين، دار الفكر الجامعي الإسكندرية سنة 2005 ص... وشرط مشروعية الإقامة يرى به بعض المفسرين رأي المشرع، لكن هناك من لديه رأي مغاير بأن الإقامة التي نص عليه المشرع من الإقامة الفعلية دون اشتراط شرط القانونية لأن المقصود هو الاندماج في المجتمع ووجود عقد الزواج. وإن القول بعدم شرعية الإقامة لا يؤدي بالضرورة إلى ما لا تحمد عقباه ضد استقرار وأمن الدولة، لطالما أن هناك شروط أخرى يجب أخذها بعين الاعتبار من أحجل الموافقة أو رفض الطلب.

⁽⁵⁾ _ محمد طيبة، القانون الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لتعدد الجنسيات، دار هومة، الجزائر، 2006 ص36.

بالجزائر عن طريق السكن وهو يعتبر عنصر مادي، وعنصر معنوي يتمثل في توافر نية الاستقرار والذي يمكن استنتاجه من وصف المعتادة والمنظمة الوارد في 9 «الإقامة المعتادة والمنظمة بالجزائر لمدة عامين على الأقل».

وحصر المشرع المدة في سنتين فقط بسبب الزواج المختلط حيث يشترط مدة 07 سنوات على الأقل لطالب الجنسية في غير الزواج⁽¹⁾، إذن قد جعل الزواج بمثابة العنصر المخفف للحصول على الجنسية الجزائرية مقارنة بشرط التجنس لذات الغاية⁽²⁾، بحيث دون هذا الشرط لا توجد أي رابطة تبرر منح الدولة جنسيتها لطالبا إذ لا يمكن للدولة أن تفرض جنسيتها على شخص غير مقيم فيها

والأصل أن الإقامة المستمرة والمنظمة لا يشوبها أي انقطاع، لكن إذا وجد غياب طارئ أو عارض يمكن أن يحدث لأي شخص حتى لو كان يتمتع بجنسية أصلية كالسفر للعلاج.. وغيره؛ فإنه لا يقطع الإقامة طالما أنه بنية الاستقرار في الجزائر، التي تستشف باتخاذ مواقف مختلفة⁽³⁾.

الشرط الثالث: التمتع بحسن السيرة والسلوك: مصلحة المشرع تقتضي الاستفادة ممن

يعطي الجنسية الجزائرية، ويمكن التأكد من توافر هذا الشرط من عدمه من خلال صحيفة السوابق العدلية فإذا كان الشخص قد حوكم بعقوبة جزائية في الجزائر، ولعل الحكمة من ذلك تكمن في تجنب البلد دخول المجرمين أو أصحاب السوابق مما يشكل خطرا عليه دون أن يقيد ذلك بمجال معين. فإن هذا الشرط يعتبر غير متوفر أما إذا كان قد عوقب جنائيا في الخارج، فإن إعطاء الجنسية من عدمه يخضع للسلطة التقديرية حول إمكانية الأخذ بهذه العقوبة من عدمه وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 09 «يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج»⁽⁴⁾.

-إضافة إلى الشرط المتعلق بالناحية الأخلاقية لطالب الجنسية اشترط المشرع الجزائري

(1) _ بن عباد جلية، بعوني خالد الجنسية الجزائرية في ضل التعديلات الجديدة، دون دار نشر، الجزائر 2009 ص 108-109

(2) _ زروقي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دار هومة 2009 ص 336.

(3) _ معوض عبد التواب، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المكتبة القانونية مصر 1983 ص 15.

(4) _ يلاحظ أن هذا الشرط المتعلق بالناحية الأخلاقية للأجنبي المتزوج ؛ الذي يود الحصول على الجنسية بسبب الزواج ليس حكرا على المشرع الجزائري، وأما معظم التشريعات العربية المقارنة الخاصة بالجنسية اشترطت ذلك، وإن حصرته في مجال معين من الجرائم كما نص ذلك المشرع المصري كنص المادة 04 الذي حصرها في جرائم المخلة بالشرف.

الباب الأول: الفصل الثاني: ملاءمة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

بالموازاة مع الشروط السابقة شرطا آخر يتعلق بالحالة الاقتصادية لطالب الجنسية ألا وهو إثبات القدرة الكافية للمعيشة أو إثبات القدرة على تغطية كافة النفقات وبالتالي حتى لا يكون عبئا على المجتمع، والمشرع هنا لم يفرق بين حالة المرأة والرجل أي سواء كان الأجنبي هو من يتحمل المسؤولية أم لا وذلك من باب المساواة في الشروط وعدم التفرقة على أساس الجنس⁽¹⁾.

الشرط الرابع: تقديم الطلب وصدور مرسوم بمنح الجنسية: فعقد الزواج لوحده أو حتى مع توفر باقي الشروط الأخرى (الأخلاقية والاقتصادية، مع مرور المدة الزمنية لا تعتبر كافية لنيل الجنسية الجزائرية كأثر للزواج على الجنسية، وإنما يجب أن تكلل هذه الشروط بطلب منا لأجنبي المدرى الحصول على الجنسية الجزائرية تطبيقا لنص المادة 25 من قانون الجنسية» ترفع طلبت اكتساب الجنسية الجزائرية أو التخلي عنها أو استردادها إلى وزير العدل، مصحوبة بالعقود والوثائق والمستندات التي تثبت استيفاء الشروط القانونية» فإذا ما توفر في الأجنبي زوجا كان أو زوجة كل الشروط السابقة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون الجنسية، وأثبت بالوثائق القانونية ذلك كان له تقديم طلب إلى وزير العدل.

ولكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يعط أي أجل لوزير العدل لدراسة طلبات التجنس عن طريق الزواج وفي ذلك أثر ذو معنيين إيجابي يراعي مصلحة الدولة في إعطائها الوقت الكافي لدراسة أحوال هذا الأجنبي والرد عليه بالإيجاب أو بالسلب دون أن تكون مقيدة بأجل معين⁽²⁾، وأثر سلبي إذ لم يعد لتقليص المهلة من 7 سنوات إلى سنتين أي معنى في ضل تراكم طلبات الجنسية بسبب الزواج، ولا وجود لأي قيد يلزم الوزير بالموافقة بالمنح أو بالرفض.

مما سبق يتضح مدلول المشرع الجزائري من الجنسية، حيث بدا المشرع أقل تشددا، يجعل الأصل والقاعدة الأساسية أنه لا أثر للزواج على جنسية الأجنبي، وأنه يبقى محتفظا بجنسيته الأصلية⁽³⁾ ولكن يحق له طلب اكتساب جنسية زوجه طبقا للشروط التي يقررها الزوج بخصوص التجنس وعليه بدأنا في تبيان هذه الشروط من خلال التفصيل في الشرط الأول، والمتعلق بعقد الزواج المختلط أن يكون صحيحا أي أن يكون الزواج قانونيا، ثم مستوفيا لجميع أركانه وشروطه

(1) _ بن عياد حليمة، بعوني خالد، المرجع السابق، ص 110

(2) _ حسب المادة 27 من قانون الجنسية القديم كان يقيد هذه الرد على الطلب 12 شهرا والمادة... في القانون القديم إلى سنتين حسب نص المادة 9 قانون الجنسية.

(3) _ جبار صالح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة المفكر العدد الحادي عشر، ص 148.

طبقا لما يستلزمه القانون المختص⁽¹⁾.

كما قد يكون للسلطة المختصة رأيا مغاير وبالتالي تحكم برفض الطلب صراحة أو ضمنا كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهذا ما يقتضيه نص المادة 26 «إذا لم تتوفر الشروط القانونية يعلن وزير العدل عدم قابلية الطلب بموجب مقرر معلل».

3- آثار اكتساب الجنسية عن طريق الزواج:

يؤثر اكتساب الجنسية عن طريق الزواج على المركز القانوني وبالتالي تتعرض الآثار الفردية والجماعية قانون الجنسية لم يجعل منها أثرا مباشرا للزواج وإنما أخذ بالشكل المخفف لاستقلال الجنسية بحيث يمكن للأجنبية المتزوجة الاحتفاظ بجنسيتها ولها أيضا إمكانية الدخول في جنسية زوجها إن أبدت رغبتها في ذلك متى توفرت الشروط التي عددها المشرع في المادة 9 مكرر، ووافقت الدولة الجزائرية منحها إياه إذن فالمشرع الجزائري أخذ بمبدأ الأثر المخفف لاستقلالية الجنسية حيث لم يجعل للزواج أثرا مباشرا على جنسية الزوج⁽²⁾، هذا الأثر يجعل الزوج الأجنبي في مركز أفضل من مركز الأجانب العاديين مقارنة بشروط التجنس، كما أن هذا الأثر المخفف لا يجعل الزوج يدخل في جنسية زوجته بقوة القانون إنما يخضع لإرادته واختياره، وفي ذلك تحقيق فوائد لعدة أطراف بداية من الزوج، ووصولاً إلى الدولة حيث يستفيد الزوج من المساواة في المعاملة فيصبح باكتساب للجنسية عن طريق الزواج يتمتع بامتيازات المواطن.

و مصلحة للأسرة حيث أن وحدة جنسية الزوجين يؤثر على جنسية الأبناء، كما له أثر معنوي على توحيد رباط الأسرة وتماسك أفرادها.

أما أثره على الدولة فيكمن في تقوية وتوحيد أحد عناصرها المتمثل في الشعب متى ما وجد عناصر موحدة في للسكان كان لذلك أكبر الأثر في وحدته مع تعزيز عنصر الولاء والانتماء بينهم⁽³⁾.

(1) _ سالمة أحمد عبد الكريم، المبسوط في شرح نظام الجنسية، دار الفكر العربي القاهرة الطبعة الأولى ص 640.
وهنا تثار إشكالية الزواج القانوني عند المشرع الجزائري يريد بذلك الزواج المستوفي لركن الرضا وشروط الصحة والخل طبقا للمادة 18 أم أن مجرد توفر شروط الصحة يستدعي صحته ويمكن إثباته بحكم حسب المادة 6 والمادة 222 من قانون الأسرة.
(2) _ إطلاق لفظ الزوج هنا عام يشمل الزوج أو الزوجة.

(3) _ قنحي ناصف حسام الدين — انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد الأسرة دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 38 ثمانية وثلاثون، العدد الأول ص 241.

- كما يمكن أن يترتب أيضا من آثار اكتساب الجنسية طبقا للتشريع الداخلي تغيير اسميهما وألقابهما طبقا للمادة 27 من نفس الأمر⁽¹⁾.

ويتولى ضابط الحالة المدنية التأثير في سجلات الحالة المدنية بالبيانات المتعلقة باكتساب الجنسية وعند الاقتضاء تغيير الاسم واللقب بناء على أمر النيابة العامة، ومنه طبقا 02/27 وهو ما يتم بأمر من الطرف الأصلي النيابة العامة باعتبارها طرف مشترك في كل من دعاوي الأسرة ودعاوي الجنسية⁽²⁾.

من آثار اكتساب الجنسية الجزائرية بسبب الزواج هو مبدأ المساواة بين مكتسب الجنسية الجزائرية والمواطن الأصلي في الحقوق والواجبات، فلا يسمح بإبعاده عن الوطن ما لم تسقط عنه الجنسية، ولا تسليمه لدولة أجنبية إذا ما اقترف جريمة في الخارج، وتراعى شؤونه في الداخل، أي أنه يخضع كغيره لمبدأ المساواة في كل ما يتعلق بالحقوق والالتزام ماعدا ما استثني بنص المادة 73 من وثيقة الدستور المتعلقة بشروط الترشح إلى منصب رئاسة الجمهورية والتي يمنع فيها صاحب الجنسية المكتسبة لا يحق أن ينتخب لرئاسة الجمهورية إلى المترشح الذي (يتمتع فقط بالجنسية الجزائرية الأصلية).

فالعبارة في اكتساب الأبناء الجنسية الجزائرية هو ميلاد الطفل وعليه فالأبناء الذين يولدون بعد انعقاد الزواج المختلط يكتسبون الجنسية الجزائرية بناء فقط على حق النسب من جهة الأب والأم على حد سواء حسب الحالة⁽³⁾ أما إذا وجد أبناء غير القصر قبل عقد الزواج فلا يكتسبون الجنسية الجزائرية تبعا لوالديهم وإذا أراد الحصول عليها، فما عليهم إلى إتباع طريق التجنس، متى توفرت فيهم المعايير والشروط القانونية، ذلك لأن قانون الجنسية قانون خاص فلا يجوز التوسع في تفسير أحكامه ولا يقاس عليها⁽⁴⁾.

أما عن زواج المسلم إذا اعتبرناه يمثل جنسية الإسلام وغيره دار الحرب فقد نص القرآن

(1) _ ينظر تفصيل ذلك في عنصر الاسم كأثر من آثار الزواج.

(2) _ حسب نص المادة 23 قانون الأسرة «يجب أن يكون كل واحد من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة»

(3) _ ينظر نص المادة 17 من الأمر رقم: 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق: 27 فبراير 2005 التي تنص على منع الأم الجنسية لأولادها من الامر 01/05.

(4) _ جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في ق الجزائري (جامعة البليدة) مجلة الفكر العدد الحادي عشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بسكرة ص 155.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

الكريم على الزواج المختلط في هذا الإطار وقيده بشروط مضبوطة ومحكمة وبذلك فال جمهور الفقهاء على زواج المسلم بالكتابية التي تعتنق دينا سماويا إلا في حالات معينة كأن تكون مستوطنة في دار الحروب وكان بينهما أي دار الحرب ودار المسلمين حينها فقد يخشى منه إفشاء أسرار المسلمين.

أما زواج المسلم من المشركة فهو محرم لقوله تعالى " ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ^١ وَلَا أُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ﴾⁽¹⁾، ومما سبق نصل إلى القول بجرمة زواج المسلم من المشركة مطلقا، أما زواجه من الذمية أو الكتابية فقد يترتب عليه اكتساب للجنسية الإسلامية متى توافر شرطان يتمثلان في ما يأتي:

- صحة الزواج وقيامه متضمنا كل الأركان والشروط التي تشترطها الشريعة الإسلامية.
- التوطن الدائم إي استقرار الزوجة في دار الإسلام، وبالتالي أن تكون الشروط الموضوعية للزواج وقت انعقاده وفق أحكام الشريعة الإسلامية وكذا شرط الإقامة في بلد الأم.
- لكن بتطور الزمن وما صاحبه من تطور فقهي، وقانوني في مجال القانون الدولي الخاص، وكذا قانون الجنسية واستدل الضابط الديني بفكرة معنوية قانونية تربط بين الشخص بدولة معينة كأساس وحيد للتمييز بين الأشخاص الوطني والأجنبي وبالتالي يكون عقد الزواج المختلط بعيدا عن الاعتبارات الدينية التي أصبحت متضمنة في النصوص القانونية.

4- أثر الزواج على فقدان الجنسية:

سبق الإشارة إلى تأثير الزواج على الجنسية حيث يعتبر طرفا مسهلا لاكتسابها، إلا أنه في الحقيقة يعتبر سيفًا ذو حدين، فهو كما يعتبر سببا من أسباب اكتساب الجنسية، يعتبر أيضا سبب من أسباب فقدانها وما قد ينجر عليه من آثار.

كما أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بفقدان الجنسية بسبب عقد الزواج لم يأخذ بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في ترتيب هذا الأثر؛ حيث لم يترتب أي أثر مفقد لجنسية الزوج. الذي يكتسب جنسية المرأة الجزائرية غير أنه رتب أثرا سلبيا غير تلقائي على جنسية المرأة الجزائرية التي تتزوج أجنبي وتكتسب جنسية هذا الأخير عن طريق الزواج، وهذا ما نجده مقننا من خلا نص المادة 18 قانون الجنسية «يفقد الجنسية الجزائرية».

(1) _ سورة البقرة، الآية رقم: 221

3- المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي والمكتسبة من جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب المرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية.

- يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري رتب فقد الجنسية الوطنية للمرأة من جراء اكتساب جنسية زوجها الأجنبي بفعل الزواج إذا توفرت جملة من الشروط التي إجمالها فيما يأتي:

1- صحة عقد الزواج: يعتبر عقد الزواج صحيحا باكتمال كل الشروط الشكلية والموضوعية⁽¹⁾.

2- اكتساب المرأة الجزائرية جنسية الزوج عن طريق عقد الزواج.

فالمشرع الجزائري مكنها من التخلي عن الجنسية الجزائرية متى أظهرت رغبتها في اختيار جنسية زوجها مع كون قانون الزوج يمنح لها الحق في اكتساب جنسيته مراعاة لرغبة وإرادة المرأة دون أن يكون الفقد تلقائيا، أو بقوة القانون وفي ذلك تباين مع موقف المشرع مع آثار اكتساب الجنسية.

أما فيما يتعلق بآثار فقدان الجنسية الجماعية أي بالنسبة لآثار الفقد على الأبناء القصر فقد أخذ المشرع الجزائري بالموقف الذي اتفقت عليه التشريعات القانونية المقارنة ألا وهو النص على عدم انصراف أثر فقد الجنسية بالزواج إلى الأبناء القصر للمعني بالفقدان، وهذا ما جاء منصوصا عليه في المادة 21 «لا أثر لفقدان الجنسية الجزائرية في الحالات المنصوص عليها في المادة 18 أعلاه» على الأولاد القصر وفي ذلك تطبيق لما نصت عليه الاتفاقيات الدولية⁽²⁾ حيث أن السحب، أو الفقدان على الأبناء قد يؤدي إلى انعدام الجنسية بالنسبة للأولاد في بعض الحالات كون أن المشرع لم يشترط حصولهم فعلا على الجنسية الجديدة لأهمهم دون أن يقيد ذلك بأي شرط وإنما جاء النص مطلقا على كل الأبناء القصر.

الفرع الثاني: العمل والضمان الاجتماعي: من خلال التطرق إلى جوانب العلاقة مع

القوانين المنظمة للعمل والضمان الاجتماعي.

(1) - وعموجب هذا الشرط تتضح العلاقة بين قانون الجنسية مع قانون الأسرة أساس أركان الزواج وشروطه

(2) - فقد نصت اتفاقية نيويورك المتعلقة بمجالات انعدام الجنسية المبرمة في 30 أوت 1961 في مادتها السادسة على أنه لا يستطيع أي مواطن دولة أن يتسبب فقد زوجته أو أولاده لجنسيتهم دون سبق حصولهم على جنسية دولة أخرى.

البند الأول العلاقة بين قانون الأسرة والقوانين المتعلقة بالعمل والوظيفة العمومية

علاقة قانون الأسرة بقانون العمل، وقانون الوظيفة العامة تتمثل في أن هذه القوانين أشخاص؛ والمتزوج هدفه إعالة أسرته، وأبنائه، والأعزب يعمل ليعيل مكفوليه من آباء، أو أقارب... هكذا، لذلك تتراءى العلاقة بينه وبين قانون الأسرة، فمن الواجب أن يتناسب هذا القانون وظروف الأسرة في المجتمع.

البند الأول العمل: هو كل ما يبذل من جهد إنساني سواء من الرجل أو المرأة، ذهنيا كان، أو جسمانيا في مقابل أجر، وبموجب المادة 19 من قانون الأسرة أجاز قانون الأسرة فيما يتعلق بالشروط الاتفاقية للزوجة وخص من بين شروط الزوجة شرط العمل بمعناه العام؛ دون تخصيص بظرف معين سواء أكان بسبب ضرورة ملحة أم لغير ذلك، ومن القواعد التي تبين وجود هذه العلاقة بينهما مثلا وجود الحد الأدنى للأجور، وإحداث الترقيات التي تؤدي إلى الزيادة في الإنتاج ومما ينعكس إيجابا على ارتفاع الأجور، وتحسين ظروف المعيشة للأسرة.⁽¹⁾ كما نصت وثيقة الدستور في المادة: 55 على أنه «لكل المواطن الحق في العمل يضمن القانون في أثناء العمل الحق في الحماية، والأمن، والنظافة.

الحق في الراحة مضمون، ويحدد القانون كيفية ممارسته.

يضمن القانون حق العامل في الضمان الاجتماعي.

تشغيل الأطفال دون سن 16 سنة يعاقب عليه القانون.

تعمل الدولة على ترقية التمهين وتضع سياسات للمساعدة على استحداث مناصب الشغل.

كما أن هناك ارتباط واضح بين قانون الأسرة وقانون الوظيفة العمومية من خلال العطل الاستثنائية: للمتزوجين الموظفين من الحق في رخص خاصة بمناسبة بعض الأحداث المرتبطة بالأسرة مثل ختان الأبناء، أو تزويجهم، أو وفاة قريب من الأسرة— وفاة طفل (ثلاثة أيام) بحسب درجة الترتيب القرابة المنصوص عليه في المادة 33 قانون المدني مع الحق في الاحتفاظ بكامل الأجر وكل الامتيازات الوظيفية.

فلقد نصت المادة 212: للموظف الحق في غياب خاص مدفوع الأجر مدته ثلاثة (3)

⁽¹⁾ _ العقابلية زيد، حقوق المرأة العاملة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثامن، 414.

أيام كاملة في إحدى المناسبات العائلية الآتية:

-زواج الموظف.

-ازدياد طفل للموظف.

-ختان ابن الموظف.

-زواج أحد فروع الموظف.

-وفاة زوج الموظف.

-وفاة أحد الفروع أو الأصول أو الحواشي المباشرة للموظف أو زوجه⁽¹⁾.

ينص قانون العمل في الجزائر على مبدأ تكافؤ الفرص بغض النظر عن الجنس كما تجدر الإشارة أنه لا يشترط موافقة الأب، أو الزوج من أجل الحصول على منصب عمل، وإنما يقتصر الأمر على الشروط الإدارية المطلوبة للرجال أو النساء على حد سواء فموجب المادة 17 من «بمنع أي تمييز بين العمال على أساس النوع أو الوضعية الاجتماعية أو النسبية»⁽²⁾.

والتطرق إلى عمل المرأة الذي اعتبره قانون الأسرة حقاً لها، ولا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال سبباً لسقوط الحضانة⁽³⁾، وكذا ما جاء في المادة 57 مكرر بإعطاء صلاحيات لرئيس المحكمة للفصل على وجه السرعة في مسائل الحضانة، المسكن، الزيارة والنفقة، وإنشاء صندوق للنفقة، وإسناد الولاية على الطفل إلى حاضنه⁽⁴⁾.

وحق المرأة في العمل في النصوص الوطنية يعتبر حقاً دستورياً بحيث يؤكد مبدأ المساواة بين المواطنين دون تفرقة بحسب الجنس⁽⁵⁾ في عدة نصوص منها المادة: 31 «تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح

(1) _ قانون الوظيفة العمومية رقم: 03/06 المؤرخ في 15/07/2006، باب العطل والغيابات، المواد من 194 إلى 215

(2) _ قانون 11/90 المؤرخ في: 21 فبراير 1990 المتعلق بعلاقات العمل

(3) _ وفق نص المادة 02/67 من قانون الأسرة (ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

(4) _ القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير

2005

(5) _ 5°NICOLAS VALTICOS, **DROIT INTERNATIONAL DU TRAVAIL**, 2éme ED, Dalloz, Paris, 1983, p 449.

الباب الأول: الفصل الثاني: عمالة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية».

المادة 31 مكرر: «تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة.

يحدد قانون عضوي كيفيات تطبيق هذه المادة»، بل نجد حتى مشروع تعديل الدستور نص على ذلك من خلال المادة 31 مكرر: 2 «تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل.

تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات»⁽¹⁾. فحق العمل للمواطنين جميعاً على أساس المساواة بينهم، لا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة، أما صور التمييز التي نرصدها ضد المرأة في مجالات العمل أو الوظيفة العامة، فلا سند لها من القانون، بل هي ممارسات واقعية تفسرها ثقافة مجتمعية تتبنى التمييز ضد المرأة في مجالات العمل كما في غيره من مجالات الحياة الأخرى⁽²⁾.

أولاً: حق المرأة في العمل يقره الإسلام. فلا توجد نصوص شرعية تحدد مجالات عمل المرأة، أو تحظر عليها أعمالاً، أو مهناً، أو وظائف معينة، ومن ثم لا وجود للتمييز في مجال العمل على أساس الجنس من المنظور الإسلامي.

بالنسبة لمسألة أثر عمل الزوجة برضا زوجها: فإذا عملت الزوجة داخل بيتها كأن تغزل

(1) _ القانون رقم 01-16-المورخ في: 26 جمادى الأولى 1437 الموافق 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري

(2) _ حق المرأة في العمل في الميثاق الدولية والإقليمية: الميثاق الدولية تقرر حق المرأة في العمل على أساس المساواة الكاملة مع الرجل في الأجر لدى تساوى قيمة العمل وفي الفرص والمعاملة للعمال من الجنسين الذين لديهم أعباء عائلية. كافة شروط وظروف العمل والأجر، وحقوق المرأة العاملة أثناء الحمل والوضع وتربية الأطفال من ذلك: المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة السادسة من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك المادة العاشرة من العهد ذاته. أما المادة 11 من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو) فتلزم الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق. كما تقرر تدابير لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة ضماناً لحقها الفعلي في العمل. وأصدرت منظمة العمل العربية منذ تأسيسها عام 1965 اتفاقيات وتوصيات بشأن الحد الأدنى من الحقوق التي يتعين على الدول العربية توفيرها للعمال. وكانت أول اتفاقية بشأن المرأة العاملة هي الاتفاقية رقم 5 لسنة 1976 التي نصت على مساواة المرأة والرجل في كل تشريعات العمل في كافة القطاعات، ومساواة المرأة والرجل في. ونصت المادة الثانية من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1981.

أو تنسج أو تطبخ... وتبيع ما صنعتها، لا تسقط نفقتها لتحقق الاحتباس والتمكين⁽¹⁾، لقد اختلف الفقهاء في وجوب نفقتها فيما إذا خرجت من بيتها للعمل بإذن زوجها، وانقسموا إلى فريقين:

القول الأول: لا نفقة للزوجة إذا خرجت من بيت زوجها للعمل لنفسها بإذنه، وهذا قول للحنفية والشافعية، وهو مقتضى مذهب الحنابلة⁽²⁾، قال ابن قدامة: «إذا سافرت زوجته بغير إذنه، سقطت نفقتها عنه؛ لأنها ناشز وكذلك إن انتقلت من منزلها بغير إذنه وإن سافرت بإذنه في حاجته فهي على نفقتها؛ لأنها سافرت في شغله ومراده، وإن كان في حاجة نفسها سقطت نفقتها؛ لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء حاجتها»⁽³⁾.

القول الثاني: تثبت للزوجة العاملة النفقة إذا خرجت للعمل بإذن زوجها، وهذا هو القول الآخر للحنفية والشافعية وهو مقتضى مذهب ابن حزم لأنه يلزم الزوج بالنفقة بمجرد العقد ولو ناشزاً⁽⁴⁾.

أما عن أثر عمل الزوجة بدون رضا زوجها خارج البيت: اختلف الفقهاء فيما بينهم وأصل خلافهم في هذه المسألة: النشوز هل يسقط النفقة أم لا؟ القول الراجح لجماهير أهل العلم لا نفقة للزوجة إذا عصت زوجها، خرجت من بيتها للعمل دون رضاه، وهو موقف المذاهب الأربعة، وحثهم أن النفقة إنما تجب في مقابل التمكين⁽⁵⁾.

مع مراعاة شروط خروج المرأة من بيتها للعمل كوجود العذر الموجب الذي تقره الشريعة الإسلامية كحاجتها إلى الكسب، ومن الحالات المعبرة عن ذلك: وفاة الزوج مع بقاء الأسرة دون معيل، أو أن تكون بكراً معيلة لأبوين عاجزين عن الكسب، ولا يوجد من يقوم على شأنهم غيرها⁽⁶⁾، أو أن تكون عبقرية، مبدعة بحيث تستفيد الأمة من علمها بشروط بعينها بأن يكون متناسباً مع طبيعتها كأنتى، وأن لا يكون على حساب وظيفتها الأصلية تجاه أسرتها كأم أو

(1) ابن عابدين؛ حاشية رد المحتار، المصدر السابق، ج 3 ص 775.

ويؤيد هذا أن الحنابلة ذهبوا إلى أنه لا نفقة لها فيما إذا سافرت بإذن زوجها لحاجتها، لتعذر التمكين حينئذ، انظر: المرادوي؛ الإنصاف 273/8، وقياساً على ثمن المبيع إذا تعذر تسليمه، كما صرح به ابن قدامة؛ الكافي 85/3.

(2) ويؤيد هذا أن الحنابلة ذهبوا إلى أنه لا نفقة لها فيما إذا سافرت بإذن زوجها لحاجتها، لتعذر التمكين حينئذ، انظر: المرادوي؛ الإنصاف 273/8، وقياساً على ثمن المبيع إذا تعذر تسليمه، كما صرح به ابن قدامة؛ الكافي 85/3.

(3) ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9 ص 287.

(4) ابن حزم، المحلى، ج 10 ص 88.

(5) ابن عابدين؛ حاشية رد المحتار، ج 3 ص 577.

(6) لقوله تعالى: "...وأبونا شيخ كبير" سورة القصص، الآية رقم: 23.

كزوجة، على أن تكون محجبة، محتشمة محافظة على أخلاقها لقوه تعالى: ﴿وَلَا يَدْرِي زَيْنَتُهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنَاتِ أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّالِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْأَرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الْطِفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضُرُّنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (1) وقوله تعالى ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا وَاللَّهُ أَكْبَرُ وَأَنَا صَاحِبُ الْمَقَامِ الْمَكِينِ﴾ (2)، وأن يكون خروجها بإذن وليها لأن ذلك مقتضى بر الوالدين، أو زوجها لأنه من حقوقه عليها (3)، على أن يكون عملها لكفاءتها الذهنية، أو المهنية وليس لجمالها، وجاذبيتها (4).

ثانيا: أحكام تشغيل النساء في قانون العمل: تتمثل في المبادئ والقواعد القانونية لحماية المرأة، وأهمها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في أحكام التشغيل، ويقوم على احترام الحقوق الأساسية التي يتمتع بها العمال مثل الحق في الضمان الاجتماعي، والصحة، والأمن، وطب العمل، والحق في العطل، واللجوء إلى الإضراب...، ويوجب المشرع العقاب على هذا التمييز بعقوبات متفاوتة بين الغرامة وأحكام السجن للمعاودين (5).

كما تحتل الوظيفة العمومية مكانة هامة في المجتمع الجزائري نظرا لما تشكله من نسبة كبيرة في قطاع التوظيف، حيث أعطى المشرع للموظف مجموعة من الحقوق والامتيازات كما ألقى

(1) _ سورة النور، الآية رقم: 31.

(2) _ سورة الأحزاب، الآية رقم: 59.

(3) _ الطعيمات هاني، حقوق الإنسان وحرياته، دار الشروق، عمان، 2006، ص 320.

(4) _ كما هو منتشر في الآونة الأخيرة وللأسف الشديد حتى في بلادنا أين أصبحت النساء في المحلات يكدن ينافسن السلع المعروضة بالنسبة لكمية وكيفية الزينة الموجودة عليهن، مما يفتح الباب على مصرعه لأصحاب النفوس المريضة الذين قال تعالى في شأنهما: ﴿يُنِسَاءَ النَّبِيِّ لَسَنُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَحْضَعْنَ قُلُوبَكُمْ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (الأحزاب: 32).

(5) _ في حالة الوظيفة العمومية فإن لها الاستفادة من كامل الحقوق المنصوص عليها في المواد من 26 إلى 39 بموجب الأمر رقم: 03-06 المؤرخ في: 19 جمادى الثانية 1427 هـ، الموافق 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأجر في تنظيمه آثار الزواج ...

عليه في المقابل جملة من الواجبات لا تختلف من موظف إلى آخر بالنظر إلى الحالة القانونية ومع ذلك نجد المرأة تحظى بخصوصية معينة باعتبار مهمتها في المجتمع التي ترتبط أساساً بصفتها في الأسرة كزوجة، أو كأم فالأصل أن تعمل المرأة في جميع الأعمال دون تمييز، غير أن القانون يأخذ بمبدأ التمييز الإيجابي⁽¹⁾ لصالحها، فيحظر تشغيل النساء في الأعمال الضارة بهن صحياً، أو أخلاقياً، وفي ذلك تمييز "من أجل" حماية المرأة⁽²⁾.

ومن صور التمييز الإيجابي أيضاً أنه يحظر عمل المرأة في الأشغال الخطيرة، أو التي تضر بصفتها حسب نص المادة 11 من القانون المتعلق بالوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل⁽³⁾.

علاوة على ذلك وجدت تشريعات وتدابير بعينها لصالح المرأة في فترة الأمومة، ونجد من وجوب تعليق العمل خلال فترة ما قبل وما بعد الولادة.

- منع الفصل عن العمل خلال فترة ما قبل وما بعد الولادة.

- الاستفادة من ساعات الرضاعة الطبيعية ساعتان في اليوم الواحد بحيث تتمكن المرأة من مدة صباحية وأخرى بعد الزوال ساعة كل حصة لرضاعة مولودها للأشهر العشرة الأولى، وساعة واحدة في الستة أشهر للعام الموالي، وتشمل هذه المزايا العاملة المرضعة في كافة القطاعات الرسمية، والخاصة دون تمييز التزاماً بالنص القرآني ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ﴾⁽⁴⁾

- الاستفادة من كامل الأجر أثناء عطلة الأمومة، كما تعتبر فترة غيابها في هذه المرحلة فترة عمل وفقاً للقانون، وبالتالي تنال أجرها حول هذه الفترة بنسبة 100% لمدة 98 يوماً وفي ذلك توافق مع ما أرسته منظمة العمل الدولية في مجال العمل التي حددت عطلة الأمومة لمدة أربعة عشر 14 أسبوعاً على الأقل، ومبدأ تقاضي الأجر كاملاً أثناء هذه الفترة⁽⁵⁾.

ولها الحق في الإحالة على الاستيداع من أجل تربية الولد الذي يقل عمره عن خمس سنوات

(1) _ القانون رقم 16-01 المؤرخ في: 26 جمادى الأولى 1437 الموافق 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري

(2) _ وقد نصت المادة 10 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967 على أنه «لا تعتبر تدابير تمييزية تلك التدابير التي تتخذ لحماية المرأة، في بعض أنواع الأعمال، لأسباب تتعلق بصميم تكوينها البدني».

(3) _ القانون 07/88 المؤرخ في: 26/01/1988 المتعلق بالوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل.

(4) _ سورة البقرة، الآية رقم: 233

(5) _ Art 4/1 de la convention de l'OIT N°183 sur la protection de l'antennaire, 2000.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

أو من أجل العناية بطفل معاق، أو من أجل الالتحاق بالزوج في تغييره لمكان عمل، أو في حالة تعيين زوج الموظف في ممثلية جزائرية في الخارج أو مؤسسة أو هيئة دولية أو كلف بمهمة تعاون، فإن مدة استفادة الزوج من الاستيداع تكون مساوية لمدة مهمة الزوج الموظف⁽¹⁾ وتتمتع بوضع المؤمن الاجتماعي⁽²⁾، ولا تأثير لزوجها على استفادتها من الضمان الاجتماعي لتمييزها بالاستقلالية، وحتى بالنسبة للتقاعد تستطيع الاستفادة من التقاعد المبكر⁽³⁾.

مما سبق نلاحظ أن تعامل التشريع الجزائري بمرونته فيما يتعلق بحقوق المرأة المتزوجة الخاصة بالعمل وآثاره بالموازاة مع تصديقه على اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز اتجاه المرأة، حيث أبدت الجزائر تحفظاتها بشأن المواد: 02، 9-2، 15-4، 16 من بنود الاتفاقية متمسكة بذلك بالمبادئ التي تضمن النص عليها قانون الأسرة⁽⁴⁾، كما أنه لا يمكن للزوج منع زوجته من العمل بعد الزواج باعتبار أن القانون لم يشترط موافقة الزوج على عقد عمل الزوجة⁽⁵⁾.

لكن على الرغم من الحماية التي تقررها القوانين للمرأة العاملة لضمان حقوقها، إلا أن الواقع العملي يشير إلى أن المرأة لا تزال تعاني من صور التمييز ضدها في مواقع العمل، كما تعاني من حرمانها من ممارسة بعض الوظائف العامة التي هي حق للمواطنين جميعاً. لكن هذا التمييز

(1) _ مدة الاستيداع حسب الحالات العادية المنصوص عليها في المادة 146 هي تتراوح بين ستة أشهر كمدة دنيا قابلة للتجديد خلال خمس سنوات خلال الحياة المهنية بموجب المادة 149 من قانون الوظيفة العمومية.

(2) _ نصت المادة 146 من قانون الوظيفة العامة على أنه (تكون الإحالة على الإستيداع بقوة القانون في الحالات الآتية: في حالة تعرض أحد أصول الموظف أو زوجه أو أحد الأبناء المتكفل بهم لحادث أو لإعاقة أو مرض خطير.

للسماح للزوجة الموظفة بتربية طفل يقل عمره عن خمس سنوات

للسماح للموظف بالالتحاق بزوجه إذا اضطر إلى تغيير إقامته بحكم مهنته

لتمكين الموظف من ممارسة مهام عضو مسير لحزب سياسي

(3) _ بئينة شريط، المرأة والقانون الأسرة والنظام القضائي في الجزائر والمغرب وتونس، في التجربة الجزائرية، طبعة إشراف سورية سعد زوي، مكتب اليونسكو التابع لمنظمة الأمم المتحدة، الرباط المغرب، مطبعة ليون المغرب، سنة 2010، ص 39-40. بجياوي أعمر، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة، تيزي وزو، 2010، ص 135.

كما يمكن أن يستشف من إقدام المشرع على إلغاء المواد المفصلة لحقوق كل واحد من الزوجين على حدا بما في ذلك الذي واجب طاعة الزوجة لزوجها واستبدله بنص المادة 36 قانون الأسرة التي تتناول الحقوق والواجبات مشتركة بينهما

(4) _ بجياوي أعمر، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة، تيزي وزو، 2010، ص 135.

(5) _ كما يمكن أن يستشف من إقدام المشرع على إلغاء المواد المفصلة لحقوق كل واحد من الزوجين على حدا بما في ذلك الذي واجب طاعة الزوجة لزوجها واستبدله بنص المادة 36.

والحرمان واقعي لا يسنده إلى شرع أو قانون⁽¹⁾.

بل على العكس يخالف كل الشرائع والقوانين والاتفاقيات الدولية التي تقر حقوق المرأة، ونشير إلى بعض مظاهر معاناة المرأة العاملة فيما يلي:

1- نقص الخدمات المساعدة للمرأة العاملة على تحمل مسؤولياتها الأسرية أثناء عملها، مثل دور حضانة الأطفال، ووسائل المواصلات المناسبة. ويعرضها ذلك للإرهاق البدني والنفسي ويضعف من مشاكلها الأسرية.

3- تعرض النساء والفتيات في مواقع العمل للمضايقات والتحرش، مما قد يدفع المرأة للتضحية بعملها رغم حاجتها الماسة إليه⁽²⁾.

كما أن الملاحظ لقانون الضرائب في التشريع الجزائري يجد نص المادة 105 من قانون الضرائب في الفقرتين الأولى والثانية أنه «تفرض الضريبة على رب أسرة سواء بسبب مدخولاته الشخصية أو مدخولات زوجته وأولاده. والأشخاص الذين يسكنون معه والذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة بموجب المادة 128 وفي حالة وفاة الزوجة فإن المدخولات المقبوضة من قبل الزوج بعد الوفاة والمكتسبة قبل الوفاة من قبل أحد الزوجين تدخل كلها في مدخول الزوج المفروض عليه الضريبة»⁽³⁾ وجاء في نص المادة 424 من هذا القانون «يكون كل من الزوجين عندما يعيشان تحت سقف واحد مسؤولا بالتضامن عن الأموال والمداخيل التي يملكها منذ الزواج ومن الضرائب المؤسسة باسم زوجه برسم الضريبة التكميلية على مجموع الدخل».

فالمشرع من خلال هذه المواد تبني نظام الإدماج بين أموال الزوجين في فرض الضريبة، وهو ما يتعارض مع مبدأ استقلال الذمة المالية المنصوص عليه شرعا وقانونا، ولم يفرض المشرع على المرأة المتزوجة ضريبة متميزة عن زوجها إلا إذا توفرت فيها حالات معينة نصت عليها نص الفقرة 105/03 «المرأة المتزوجة تكون موضوع فرض ضريبة متميزة».

1. عندما تكون أموالها مفصولة ولا تعيش مع زوجها.

(1) _ بدأ المشرع الجزائري في تجسيد عدم التمييز بين الجنسين في الآونة الأخيرة من خلال تعديله لوثيقة الدستور حيث جاء في نص المادة.

(2) _ فتوح الشاذلي، أستاذ بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية 2012، الحكومة تدرس تعديل قانون «الضمان الاجتماعي» لبواكب التغيرات.

<http://www.ncwegypt.com/index.php/ar/docswomen/pslara/441-worklawara>

(3) _ القانون رقم: 76-101 سنة 1976 المتضمن قانون الضرائب

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

2. عندما تكون في طريقها للانفصال الجسماني أو الطلاق، وتقييم منفصلة عن زوجها ضمن الشروط المنصوص عليها في التشريع الحالي العمل به.

3. عندما يتركها زوجها أو عندما تترك بنفسها منزل الزوجية، وتكون في حوزتها مدخولات متميزة عن مدخولات زوجها».

وقد نص عليه المشرع في المادة 12/ف 02 من القانون المدني.

غير أن المشرع تراجع عن هذا النظام وتبنى نظام الفصل قانون المالية لسنة 1992 على أنه «تفرض ضريبة الدخل على كل مكلف بالضريبة حسب دخله الخاص ومدخيل أولاده والأشخاص الذين معه والمعتبرين في كفالتهم، ومن أجل تطبيق الفقرة السابقة تعتبر متميزة عن تلك المعتمدة أساساً لفرض الضريبة على المكلف بها.

أ. أولاده إذا قل عمرهم عن 18 سنة أو عن 25 عاماً إذا كانوا يزاولون دراستهم أو يعانون عجز.

ب. وفقاً لنفس الشروط الأولاد الذين يأويهم في بيته وعلى هذا فالمرأة المتزوجة إذا كانت لها مدخولات، فإنها تكون موضوع فرض ضريبة مستقلة عن مدخولات زوجها.

الحقوق الرامية إلى رعاية الأطفال: نصت المادة: 65 «يلزم الآباء تحت طائلة المتابعات، بضمان تربية أبنائهم وعلى الأبناء واجب القيام بالاحسان إلى آباءهم ومساعدتهم⁽¹⁾، و جاء به نص المادة 58 من دستور 1996 «تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل».

تعمل الدولة على تسهيل استفادة الفئات الضعيفة ذات الاحتياجات الخاصة من الحقوق المعترف بها لجميع المواطنين، وإدماجها في الحياة الاجتماعية

تحمي الأسرة والدولة الأشخاص المسنين». من جوهر هذه النصوص يمكن التطرق إلى ما يأتي:

البند الثاني: الضمان الاجتماعي: يرتبط مفهوم الصحة وبعض الإجراءات الخاصة بحمايتها بقانون الأسرة⁽²⁾ بحيث تقوم وزارة الصحة بإحصائيات في كل سنة متعلقة بالأسرة مثل حالات

(1) _ القانون رقم 16-01 المورخ في: 26 جمادى الأولى 1437 الموافق 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري

(2) _ مثلاً إجراء الاختبار الذي يقوم به الزوجان قبل الاقتران لتفحص ما إذا كانت فصائل دميهما متناسبة أم لا حتى تتفادى ترتب آثار سلبية في المستقبل وبالدرجة الأولى الأطفال المعوقين وهناك مشروع تريد من ورائه وزارة الصحة تنسيقاً مع المنظمة

الإجهاض, حالات الموت بالضرب من الزوج، الأمهات العازبات⁽¹⁾.

أولاً: الصحة لغة: هي خلاف السقم، وبالتالي ذهاب المرض⁽²⁾، أما في الاصطلاح: فهي حالة التوازن النسبي لوظائف الجسم، الناجمة عن تكيفه مع عوامل البيئة المحيطة، وهو مفهوم فيه دلالة على اتساع أبعادها، وتعزيزها، والارتقاء بها على السلامة والكفاءة الجسمية والعقلية، أي التوافق بين صحة الجسم، والنفس، والمجتمع في إطار القيم⁽³⁾.

و عرفت المنظمة العالمية للصحة OMS في المادة الأولى من ميثاقها، أثناء الندوة العالمية بنيويورك بتاريخ 1946/07/22، بنصها على أنها: «حالة من اكتمال السلامة بدنيا وعقليا واجتماعيا، لا مجرد الخلو من المرض أو العجز»⁽⁴⁾.

الحق في الصحة في التشريع الجزائري أصبح عليه الصفة الدستورية حتى يكون في مأمن من تصرفات المشرع العادي⁽⁵⁾، ونص الدستور الجزائري لا يضمن الصحة وإنما يضمن حماية-رعاية- الصحة وهما أمران مختلفان⁽⁶⁾ ويتتج عن ذلك هدفين وليس هدفا واحدا: الأول خاص بحماية الصحة العمومية، والثاني التحكم في مصاريف الصحة⁽⁷⁾.

ولقد نصت النص في المادة 54 من الدستور «الرعاية الصحية حق للمواطنين.

العالمية للصحة بإبعاد الأم المصابة بداء السيدا عن أفراد أسرتها إلزاما لتفادي إصابتهم بهذا الفيروس وتضمن لهم الاتصال بطرق علمية وطبية، ولها دور كبير في مسألة إثبات الأبوة المقيدة بأحكام قانونية أيضا مبدأ سرية الملف الطبي وهذا لحماية الأسرة من الفضائح عندما تكون لديها مشاكل

⁽¹⁾ _ ومن بعض هذه القوانين هي المرسوم التنفيذي 97-152 المتعلق بالأجر الوطني الأدنى المضمون المرسوم 96-209 المجلس الوطني للصحة والأمن وطب العمل تفاديا لوقوع مشاكل.

⁽²⁾ _ ابن منظور: لسان العرب، المصدر السابق، مجلد الثاني ص 507 و288-289.

⁽³⁾ _ إحسان علي محاسنة: البيئة والصحة العامة، دار الشروق، (بدون تاريخ)، ص 71.

⁽⁴⁾ _Genevieve Giudicelli-Delage: Droit a la protection de la santé et droit pénal en France ; Rev. S.C.; 1996, p 13

⁽⁵⁾ _ لم يشذ الدستور الجزائري عن الدساتير الحديثة، بالنص على الرعاية الصحية وتكريسها في صلبه، هذا التشريع (الدستور) الذي يمثل قمة المشروعية وقمة التسلسل الهرمي للقواعد القانونية، قد خصها لا محالة بمكانة رفيعة، الشيء الذي يترتب عليه كفالتها والتزام القوانين، بما لأن التشريعات التي تصدرها الدولة يجب أن تكون متقيدة به. وهو ما اتضح جليا من خلال إصدار ترسانة من القوانين المعنية بالرعاية الصحية بدءا من القانون الأساسي لحماية الصحة وترقيتها وصولا إلى مجمل القوانين الاجتماعية المعنية بها...

⁽⁶⁾ _ نص المادة 54 من الدستور (...الرعاية الصحية حق للمواطنين....

⁽⁷⁾ _ حسب المادة 162 من دستور 1996 على أن: «المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، وله استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها.

تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها.

تسهل الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين

والحق في الصحة عادة ما يرتبط بالحق في الضمان الاجتماعي اهتم المشرع بالطبقة العاملة أثناء وبعد ممارس العمل عن طريق أنظمة القانونية التي وفرت للعمال الحماية منها اسم التأمينات الاجتماعية في حالة العجز أو الوفاة⁽¹⁾، حيث قام المشرع الجزائري بتوحيد نظام الضمان الاجتماعي بداية من سنة 1983 أين أصبح يطبق دون تمييز على جميع القطاعات، وعلى جميع فئات العمال ودون استثناء بمن فيهم الأجانب⁽²⁾.

حيث تتولى صناديق الضمان الاجتماعي تسيير الأداءات العينية، والنقدية للتأمينات الاجتماعية وقد ظهر الضمان الاجتماعي بشكل واضح في المواد 55، 58، 59. بمناسبة إصدار المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، 1996⁽³⁾، والقانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم⁽⁴⁾.

فالحق في الحماية الاجتماعية يكون قائما فقط عند القدرة على تحمل تكلفة الحصول على العلاج له ولذويه من فروع الأسرة، لأن الصحة لها تكلفتها وهي مشروطة بالضمان الاجتماعي؛ وهو ما نصت عليه المادة 116 من قانون المالية، الذي حدد كفاءات مساهمة هيئات الضمان الاجتماعي في ميزانية القطاعات الصحية⁽⁵⁾.

(1) _ أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003 ص 175.

(2) _ وفي التاريخ المذكور صدرت مجموعة من القوانين هي على التوالي: قانون رقم: 83/11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية - قانون رقم: 83/12 المتعلق بالتقاعد، قانون رقم: 83/13 المتعلق بمحوادث العمل والأمراض المهنية، قانون 83/14 المتعلق بالالتزامات المكلفين بالضمان الاجتماعي، قانون 83/15 المتعلق المؤرخ في: 02/07/1983، قانون الضمان الاجتماعي، المعهد الوطني للعمل، الطبعة الثانية، 2006 ص 304.

(3) _ وهو المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، منشور في: ج. ر. ج. عدد 76 لسنة 1996. إضافة إلى المواد من المادة 29 إلى المادة 59.

(4) _ القانون رقم 83-11 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 94-04 مؤرخ في 30 شوال 1414 الموافق 11 أبريل سنة 1994، والأمر رقم 96-17 مؤرخ في 20 صفر عام 1417 الموافق 6 يوليو سنة 1996

(5) _ تنص المادة 116 من القانون رقم 02-11 المؤرخ في 24 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2003 على أن: «تخصص مساهمة هيئات الضمان الاجتماعي في ميزانية القطاعات الصحية والمؤسسات الاستشفائية المتخصصة (عما فيها المراكز

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

الثاني: الفئات الخاضعة للتأمينات الاجتماعية: إن نسبة المستفيدين من نظام الضمان الاجتماعي في تزايد مستمر، والتي يمكن تقسيمها إلى ثلاث فئات رئيسية هي: فئة العمال الأجراء⁽¹⁾ - فئة أصحاب العمل وذوي النشاط المهني المستقل⁽²⁾ - فئة ذوي حقوق المستفيد أي أسرة المستفيد هذه الأخير التي لها علاقة بقانون الأسرة حيث ذوي الحقوق سواء عن طريق أداء عيني في تغطية المصاريف، أو بواسطة أداء نقدي بواسطة التعويض البعدي أو اللاحق⁽³⁾ تشمل كل من:

زوج المؤمن له⁽⁴⁾، الأولاد المكفولون الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة، الأولاد البالغون أقل من 25 سنة الذي لهم عقد التمهيدي بأجر يقل عن نصف الأجر الوصي الأدنى المضمون، الأولاد البالغون أقل من 21 سنة الذين يواصلون دراستهم، الأولاد المكفولون من الحواشي من الدرجة الثالثة والإناث بدون دخل مهما كان سنهن. الأولاد المصابين بعاقة أو مرض مزمن تمنعهم من ممارسة أي نشاط مأجور. الأصول المكفولون: أصول المؤمن له، أصول الزوجة عندما لا تتجاوز مواردهم الشخصية المبلغ الأدنى المعاش للتقاعد.

إلى جانب هذه الفئات الثلاثة هناك فئة رابعة وهي: فئة الطلبة والعمال المقبولين للتكوين في الخارج، ومن خلال جمع هذه الفئات نلاحظ التأثير الواضح لنظام الضمان الاجتماعي بالأسرة من أجل تحقيق الحماية لها بمختلف مكوناتها بداية من الزوجين وصولاً إلى الأصول والفروع، وكذا من خلال أنواع التأمين التي يوفرها.

فالتأمين على الأمومة مثلاً يهدف إلى حماية المرأة وطفلها المولود لذلك تمارس هيئات

الاستشفائية الجامعية) للتغطية المالية للأعباء الطبية لصالح المؤمن لهم اجتماعياً ودوي حقوقهم. يطبق هذا التمويل على أساس المعلومات المتعلقة بالمؤمن لهم اجتماعياً ودوي حقوقهم المتكفل بهم في المؤسسات الصحية العمومية، في إطار العلاقات التعاقدية التي تربط الضمان الاجتماعي بوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات. تحدد كفاءات تطبيق هذا الحكم عن طريق التنظيم. تحدد هذه المساهمة، على سبيل التقدير، في سنة 2003، بمبلغ خمسة وعشرين مليار دينار (20.000.000.000)». المصدر: الجريدة الرسمية رقم 86 لسنة 2002.

(1) المادة 03 من قانون 11/83: "يستفيد من أحكام هذا القانون كل العمال سواء أكانوا أجراء أم ملحقين بالأجراء أياً كان قطاع النشاط الدين ينتمون إليه والنظام الذي كان يسري عليهم من تاريخ دخول هذا القانون حيز التطبيق."
(2) وتشمل كل من يمارسون أعمالهم على استقلال وتظم مجموعة متنوعة من أصحاب الحرف والتجار وذوي.
(3) ديب عبد السلام، قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية، دار القصة للنشر، طبعة 2003 ص 304 وما يليها.

(4) يستفيد من الأداءات العينية إذا لم يكن يمارس نشاطاً المهنة الحرة، أو يمارس مهنة معينة، أو مأجوراً.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

الضمان الاجتماعي رقابة على احترام القواعد الطبية المقررة وتحصل المستحقة. بموجب هذا التأمين على تعويضات عينية، أما التعويضات النقدية فهي لا تؤدي إلا للسيدات العاملات المؤمن عليهن وتهدف هذه التعويضات ضمان دخل بديل للعاملة في الفترة السابقة، واللاحقة على وضع الحمل بواسطة أداء عيني أو نقدي لاحق.⁽¹⁾

كما يهدف التأمين على الوفاة إلى حماية أسرة المؤمن عليه في حالة وفاته، ويختلف مدى الضرر الذي يصيب أسرة المتوفى باختلاف الظروف، حيث يتعلق بالدخل الذي كان يحصل عليه عائل الأسرة علاوة على ما يقتضيه من مصروفات كمصروفات الجنائز وكذلك عدد الأشخاص الذي يعولهم ومدى احتياجات هؤلاء، ويستفيد ذوي الحقوق العامل من منحة الوفاة⁽²⁾، كما يوفر هذا النظام جارية الأرملة واليتامى القصر، واليتامى المعوقين، والفتاة العزباء وعديمة الدخل.

الفرع الثالث: إثبات الزواج

وسيلة الوصول إلى الحق كما بينها الفقه الشرعي، والقانوني هي الدعوى، التي تستند إلى طرق وقواعد إثبات، هذه القواعد لها أهمية بالغة، إذ الحق دون دليل يستند عليه هو كعدم وتزداد هذه الأهمية فاعلية في مجال الأسرة، باعتبارها الخلية الأساسية لبناء المجتمع، وبما أن الزواج كان في الماضي فإنه ليس في وسع القاضي التعرف على حقيقة حدوثه؛ ومن ثم يتعين عليه أن يستعين بوسائل تعيد أمامه رواية ما حدث، وهي: أدلة الإثبات.

البند الأول: التعريف بالإثبات:

ونتطرق فيه إلى مفهوم الإثبات من الناحيتين اللغوية، والاصطلاحية.

أولاً لغة: كلمة الإثبات مصدر، وفعله ثبت أو أثبت، وتطلق هذه الكلمة ويراد بها عدة معاني متقاربة.

- تأتي بمعنى الاستمرار، والاستقامة فيقال ثبت الشيء إذا دام، واستمر⁽³⁾ وهو ضد

(1) _ المادة 34 من المرسوم رقم: 27/84 المؤرخ في 11/02/1984، المتضمن قانون الضمان الاجتماعي، ص344.

(2) _ منحة الوفاة تساوي 12 شهرا من الأجر الذي كان يتقاضاه المؤمن، ويدفع دفعه واحدة لمستحقه، وفي حالة تعدد هم توزع بينهم بأقساط متساوية.

(3) _ الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، دار الحديث. القاهرة. ط: الأولى 1421هـ-2000م، ص53

الزوال⁽¹⁾.

- تأتي بمعنى الإطمئنان، والإقرار⁽²⁾ مصدقا لقوله تعالى: ﴿وَكَلَّا نَقْصُ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِ فُؤَادَكَ﴾⁽³⁾، وقوله تعالى: ﴿وَمَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَتَثْبِيتًا مِنْ أَنْفُسِهِمْ كَمَثَلِ جَنَّةٍ بِرَبْوَةٍ أَصَابَهَا وَابِلٌ فَكَانَتْ أَكْطَلَهَا ضِعْفَيْنِ فَإِنْ لَمْ يُصِبْهَا وَابِلٌ فَطُلٌّ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾⁽⁴⁾

- تأتي بمعنى التثبيت لقوله عز وجل: ﴿وَإِذْ يَمْكُرُ بِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِيُثْبِتُوكَ أَوْ يَقْتُلُوكَ أَوْ يُخْرِجُوكَ وَيَمْكُرُونَ وَيَمْكُرُ اللَّهُ وَاللَّهُ خَيْرٌ الْمَكْرِينِ﴾⁽⁵⁾

وتأتي بمعنى المضاد له، أي بمعنى التدعيم، والتقوية لقوله تعالى: ﴿يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ وَيُضِلُّ اللَّهُ الظَّالِمِينَ﴾⁽⁶⁾ بمعنى يقوي المؤمنين، ويدعمهم بالأدلة والحجج، ومن ذلك كلمة الثابت التي تدل على الحجة، والبينة، والمعنى نفسه تأخذه كلمة ثبت.

- وتأتي بمعنى الصحة، والتحقق كقولنا: ثبت الأمر إذا صح⁽⁷⁾، والثبت، والتثبيت، والإثبات استعمالها تدور حول جعل الشيء واضحا وصحيحا، ومستقرا⁽⁸⁾.

(1) _ الفيروز أبادي مجد الدين بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث. مؤسسة الرسالة ط: الخامسة 1416هـ - 1996م، 190.

(2) _ الألوسي أبو الفضل شهاب الدين، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفكر. بيروت 1414هـ - 1993م ج 3 ص 57.

(3) _ سورة هود، الآية: 120.

(4) _ سورة البقرة، الآية: 265.

(5) _ سورة الأنفال، الآية: 30.

(6) _ سورة إبراهيم، الآية: 27.

(7) _ الفيروز أبادي، المصدر السابق، مادة ثبت، ص 191.

(8) _ الإثبات في اللغة الفرنسية Preuve، وغيرها من اللغات المشابهة، تشتق مصدرها من الكلمة اللاتينية Probation وهذا الأخير يتعلق بلفظ Probus التي معناها الجيد والصالح، والترية، ومن هنا فإن كلمة إثبات تنصرف إلى عملية يكتب بواسطتها ادعاء ما صح، فيصبح أكثر قوة، أما الكلمة الألمانية Beweis المأخوذة من اللفظ الفرنسي Avis فإنها وإن كانت تستعمل بمعنى الإثبات إلا أنها من باب استعمال الجزء كناية عن الكل إذ أنها لا تدل على أكثر من قرينة Jndice وبالإنجليزية

ثانيا: تعريف الإثبات اصطلاحا:

حاول فقهاء القانون تعريف الإثبات بعدة تعريفات منها ما يأتي:

-الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها⁽¹⁾ أي وضع يرتب حقا، أو يعدله، أو يرتب انقضاؤه، سواء أكان حقا موضوعيا متعلقا بنظام الإجراءات، إذ الوقائع القانونية⁽²⁾ Les fait juridique أما أن تكون تصرفات قانونية Actes juridiques، وإما أن تكون مجرد أفعال مادية Fait matériels⁽³⁾.

وهناك من فقهاء القانون المحدثين من ذهب إلى أن المراد بالإثبات لا يخرج عن ثلاث معان

هي:

1-الإدعاء بالعناصر التي تحصل بها قناعة القاضي بخصوص الدعاوى التي تقدم له، وهذا هو المعنى الواسع للإثبات وهو المقصود من قولهم: أن عبيء الإثبات يقع على عاتق المدعي.

2-ومعنى أضيق من السابق ويراد به: العناصر، والأدلة التي تقدم وهي إما كتابة أو شهادة... أو غيرها من وسائل الإثبات المختلفة.

3-والمعنى الأخص ويراد به النتيجة التي تحصل من بعد تقديم الأدلة⁽⁴⁾.

ومما سبق يمكن القول أن الإثبات هو الكل المركب من هذه المعاني الثلاثة بداية من الإدلاء بالعناصر التي تحصل بها قناعة القاضي، مروراً بالأدلة والوسائل القانونية التي تعضدها، ووصولاً إلى النتيجة التي حكم بها القاضي⁽⁵⁾ والتي يمكن إجمالها في الحالات الآتية:

Evidence - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية وفي القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون الجزائر. د.ت.

(1) _ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وأثار الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة. 1968- ج2 ص13-14.

(2) _ الواقعة القانونية : هي محل الإثبات أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معين. فالعمل غير مشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها التزاما بالتعويض، والعقد تصرف قانوني يرتب القانون عليه الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان، وكل من العمل غير مشروع والعقد واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً.

(3) _ أبو الوفا أحمد، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية. ط الثالثة. 1998م، ص13.

(4) _ بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1988م- ص15.

(5) _ سعد نبيل إبراهيم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف. الإسكندرية. 2000م ص109.

ولما كان الإثبات هو تأكيد الحق، فإن المشرع الجزائري لم يسمح بالتمسك بأي دليل بل أكد على أدلة معينة دون غيرها لإثبات عقد الزواج، فالأصل في إثباته هو الكتابة، غير أنه أجاز بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباته.

رغم أن المقرر في الفقه الإسلامي أنه يتم إثبات عقد الزواج بشهادة الشهود لا يتوقف على بينة كتابية، غير أن هذه الحقيقة لا تمنع من إحداث تنظيمات إدارية بقصد حماية العلاقة الزوجية والمحافظة على مصالح العقد، كما لا تتعارض مع سن قانون تراه الدولة مفيدا، أخذا بالأساليب الحديثة المتطورة؛ ومن هنا قام المشرع بتنظيم توثيق عقد الزواج دون أن يكون هناك أي مساس بالقواعد الشرعية.

الإشكال الذي يطرح في هذا المجال يتعلق بما إذا كانت الكتابة شرطا لصحة عقد الزواج أم أنها وسيلة للإثبات فحسب، أي تكييفها في عقد الزواج هل هي شرط لوجود التصرف وانعقاده، وبالتالي عدم توافرها يؤدي إلى بطلان العقد، وعدم قيامه أصلا، أم أنها وسيلة للإثبات فحسب. وفي هذه الحالة يبقى العقد على رضائته وأن انعدامها لا يترتب عليه انعدام العقد أو فساده؟ وأنه يمكن إقامة الدليل على وجوده بكافة الوسائل الأخرى.

للإمام بهذه الإشكالية تم تقسيم هذا العنصر إلى قسمين: إثبات عقد الزواج بالكتابة،، إثبات عقد الزواج بالبينة الشرعية- الشهود-.

أولا: إثبات عقد الزواج بالكتابة (ق الأسرة وق الحالة المدنية) طبيعة الكتابة في عقد الزواج: على ضوء آراء الفقهاء ثم التفصيل في تكييف الكتابة في الزواج عند المشرع القانوني.

أ- طبيعة الكتابة على ضوء آراء الفقهاء: المستقرا لنصوص الشريعة من الكتاب والسنة لا يجد نصا يعينه يلزم بالكتابة في عقد الزواج، وعلى الرغم من انعدام الإجماع بين الفقهاء المعاصرين على إدخال الكتابة ضمن أركان أو شروط عقد الزواج إلى أن الكثير منهم اعتمد قوله تعالى

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾⁽¹⁾ للتبرير وجوب وإلزامية كتابته وفي ذلك يقول محمد محمدا رحمه الله «... إذا كان

التوجيه الرباني في القرآن الكريم قد نص توثيق الأمور المدنية بين الناس بقوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ فإن توثيق عقد الزواج، ولكونه

(1) _ سورة البقرة، الآية رقم: 281.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

جامع في أحكامه قطعاً أكثر من الأمور المدنية هو من باب أولى⁽¹⁾ ولأن توثيق الزواج بالكتابة بمثابة الإشهار، والإعلان الذي يكون من الشهود لا سيما في حالة فساد الدمم نتيجة ضعف الوازع الديني كما أن الفقه الإسلامي يثبت الزواج حتى شهادة السماع، هذا الحكم الذي يتناسب مع فترة زمنية معينة كانت الدمم على فطرتها من الطهارة والنقاء، غير أنه بعد أن تغيرت الدمم وقلت الأمانات بين الناس وادعى منهم ما ليس له به حق فصلاحيّة الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان تفرض بذاتها وضع الحلول المناسبة لمواجهة هذا النقص في الدمم والضمان⁽²⁾.

لذلك كان من اللازم على المشرع الوضعي أن يرسّي الوسائل الكفيلة بحفظ الحقوق والواجبات المترتبة على عقد الزواج، والكتابة تعتبر من أكثر الوسائل فعالية لحماية هذه الحقوق واحترامها خاصة متى وصل الأمر إلى القضاء (في حالة التزاع).

فتوثيق عقد الزواج إذن لا يخالف القواعد الشرعية في شيء، بل إنه كفيل بسد الثغرات وحماية الحقوق للمرأة والأطفال على حد سواء، إذا ما حاول الزوج التنكر لقيام العلاقة الزوجية⁽³⁾.

ومما فالكتابة في عقد الزواج لا تخالف القواعد الشرعية في شيء، ولا تنحصر في مجرد الإثبات فحسب، بل تنعكس على معظم المعاملات القانونية ذات الطابع الإداري التي تشترط الصفة القانونية كإجراءات رفع الدعوى القضائية.

و السؤال الذي يطرح هو تكيف الكتابة في عقد الزواج هل هي ركن من أركانه أم شرط من شروط صحة العقد، أم وسيلة من وسائل الإثبات؟

يكفي لانعقاد الزواج توفر أركانه وشروط صحته شرعاً، غير أنه ونظراً للآثار الخطيرة التي تترتب على عدم التسجيل كادعاء الزوجة كذبا وبهتاناً، أو نفيها تهرباً من الحقوق المترتبة على

(1) _ محمد محدة ، المرجع السابق، ص300-301.

(2) _ حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع الإسكندرية 1998، ص192-157.

(3) _ هناك من التشريعات من يفرض عقوبة زجرية في حالة انعدام الكتابة في عقد الزواج من ذلك ما جاء في ق الأحوال الشخصية الأدين المادة 17 منه (ج-إذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية يعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وبغرامة على كل منهم لا تزيد على مائة دينار.

د-وكل ما دون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية يعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما مع العزل من الوظيفة بنظر القانون الأردني.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

هذا الزواج كأن يكون مراد الزوج من إنكاره للعلاقة الزوجية، نفي نسب أولاده إليه، جرى العمل في معظم الدول الإسلامية الإلزام بكتابة عقد الزواج في سجلات رسمية ووفق إجراءات إدارية معينة⁽¹⁾.

وهذا الإلزام القانوني بكتابة عقد الزواج، اختلف فقهاء القانون في تحديد طبيعته تبعا لاختلاف التشريعات القانونية في ترتيب الجزاء على عدم الأخذ بهذا الإلزام القانوني، وجاء هذا الاختلاف لكون المشرع الوضعي ليس له إنشاء حكما شرعيا يحل حراما، أو يجرم حلالا، بل هو شرط يترتب عليه أثر قانوني، والإلزام به هو من باب السياسة الشرعية، التي يمكن لولي الأمر إلزام رعيته بما يراه في ذلك من مصالح، فالتوثيق لدى الموظف المختص نظام أوجبه القوانين الخاصة بحشية الجحود، وحفظا للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة⁽²⁾.

وفي هذه الحالة إذا صدر أمر أو قانون من ولي بإيجاب التوثيق تصبح طاعته لازمة شرعا لأن الله عز وجل قال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁽³⁾، وقال رسول الله ﷺ: «السمع والطاعة حق على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية فإذا أمر بمعصيته فلا سمع ولا طاعة»⁽⁴⁾.

والمشرع الجزائري شأنه شأن التشريعات العربية فرض عدة إجراءات إدارية لمنع التلاعب في عقد الزواج من أجل إشعار المجتمع بأهمية هذا العقد، ومن أجل ردع الناس حتى لا يجرؤوا على إنكاره، فألزم بتسجيل عقد الزواج، لأنه بمثابة سند توثيقي لواقعة الزواج يهدف إلى ضمان إيجاد وسيلة لإثبات الرابطة الزوجية.

وهذا الإلزام القانوني يمكن استخلاصه من نصوص قانون الأسرة الجزائري خاصة المواد: 18 و 21 و 22 ونصوص قانون الحالة المدنية، فهذه المواد مجتمعة تنص على ضرورة إفراغ عقد الزواج في قالب رسمي وتسجيله يتم بموجب وثيقة عند ضابط الحالة المدنية من خلال نص المادة 21 قانون الأسرة «تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج» وبموجب

(1) _ الذهبي محمد حسين ، الشرعية الإسلامية بين مذاهب أهل السنة والشيعة، مكتبة وهبة، د ت ص 150.

(2) _ الأشقر عمر سليمان ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، دار النقاش، الأردن، ط الثانية، 1425هـ-2005، ص 134-135.

(3) _ سورة النساء، الآية 59.

(4) _ البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، كتابة الأحكام، باب السمع والطاعة ما لم تكن في معصية، ج 09، ص 78.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

عقد توثيقي والذي نصت عليه المادة 05 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة الموثق⁽¹⁾ على أن الموثق هو ضابط عمومي، مكلف بتحرير العقود التي يجب إفراغها في شكل رسمي كما جاءت تعليمة من مديريةية الشؤون الدينية⁽²⁾ يمنع فيها الأئمة من مباشرة العقد الشرعي - الفاتحة - في المساجد إلا بعد الإطلاع على وثيقة رسمية تثبت انعقاد الزواج من الناحية المدنية، ومن هذه الوثائق الدفتر العائلي⁽³⁾ أو مستخرج من سجلات الحالة المدنية، أو وثيقة مسلمة من الموثق الذي أشرف على مراسيم انعقاد هذا الزواج.

فالكتابة تبقى في الظروف الراهنة مسألة تنظيمية فرضتها ظروف الحياة حيث أصبح الإثبات بالشهادة غير مأمون ومع ذلك فالإثبات بالكتابة لا يغن عن دور الشهود في الإثبات، ولا ينقص من قيمته، فما وجدت الكتابة إلا زيادة لوسائل الحماية للعلاقة الزوجية من الإنكار وكذا من أجل الحصول على منافع قانونية للزوجين أو لأولادهما.

إذا كان هذا هو الحال بالنسبة لإثبات الزواج المكتمل الأركان الشرعية والقانونية والموثق لدى الجهات الرسمية من حيث نشأته وإثباته، فإن الحال يختلف بالنسبة للزواج العرفي غير المسجل خاصة وأن هذا الزواج مرتب لجميع آثاره من الناحية الشرعية، ولكن من الناحية القانونية الصرفة فهو يفتقر إلى إفراغه في قالب رسمي وهو ما يعرف في الجزائر بالزواج بالفاتحة⁽⁴⁾، وصورته تتمثل في حضور جماعة من المسلمين يكون منهم ولي الزوجة وخلالها يتم تبادل الإيجاب والقبول بين الولي من جهة، والزوج أو وكيله من جهة ثانية، وخلالها يتم الحديث عن الصداق ويحدد قيمته⁽⁵⁾، ويكون ذلك على يد إمام أو شخص يفقه في أمور ومبادئ الدين الإسلامي وهو عادة ما يعرف بالطالب، وبذلك يتم الزواج مشتملا على ركن الزواج وشروطه، فصورته تتلاءم مع

(1) _ القانون رقم 02/06، المؤرخ في: المتعلق بتنظيم مهنة الموثق 21 محرم 1427 هـ، الموافق لـ 20 فبراير 2006.

(2) _ نص التعليمة الصادرة من وزارة الشؤون الدينية التي تمنع الأئمة من قراءة الفاتحة ما لم يتم عقد الزواج المدني تفاديا لأي تجاوزات جريدة الخبر: الصادرة بتاريخ: 2006/11/27 ص12.

(3) _ بحيث يتم تسليم الدفتر العائلي إلى الزوج ويكون مثبتا للزواج مباشرة بعد انعقاده أمام ضابط الحالة المدنية، أو بعد إرسال الموثق إليه بنسخه من انعقاد الزواج عنده في غضون ثلاثة أيام من انعقاده والدفتر العائلي يعتبر سند رسمي له قوة إثبات بحيث لا يمكن الطعن فيه إلا عن طريق الطعن بالتزوير لما أخضعه المشرع وأحاطه بإجراءات دقيقة وصارمة لا يمكن مخالفتها.

ينظر: الغوتي بن ملحعة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات، الجزائر، 2006. وهي عبارة عن ملخص تنقل من العقد الأصلي المحرر في سجلات الحالة المدنية أو الدفتر العائلي. بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص86

(4) _ الفاتحة: والمراد بها قراءة سورة الفاتحة لما لها من فضل نبينا وتبركا؛ وإذا قرأت مع انعقاد مجلس العقد كان هذا زواجا وإذا لم يتوافر ركن الزواج وشروطه اعتبرت قراءتها مجرد التبرك.

(5) _ سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص111.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

العقود المغفلة⁽¹⁾ كما تتلاءم مع نص المادة 04 قانون الأسرة «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة أو الرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»⁽²⁾

لعل أهم الأسباب والعوامل التي أدت إلى انتشار مثل هذه الزيجات يمكن حصرها فيما يأتي:

أولاً: تأثر الأسرة الجزائرية بالعادات والتقاليد تأثراً عاطفياً سيما أولئك الذين يقطنون في البوادي وبعض المناطق النائية، والذين جرت العادة عندهم بالاكتفاء بإشهار الزواج عن طريق جمع أفراد عائلي الطرفين أو أقاربهم أو جيرانهم في حفل الوليمة.

ثانياً: وجود الشروط الإدارية التي تعد عند بعض المواطنين عبئاً ثقيلاً من أجل استكمالها.

ثالثاً: التسرع في إبرام عقد الزواج في تزويج الأولاد والبنات خاصة من قبل بعض الأولياء حتى قبل بلوغ الأبناء سن الرشد القانوني.

بالنسبة لهذا النوع من الزواج غير المسجل فإن إثباته يتم بمقتضى ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة، الفقرة الثانية «في حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا ما توافرت أركانه، ثم يتم بعد ذلك تسجيله في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة»⁽³⁾ فإذا ما أراد أحد الزوجين، أو كلاهما، أو أي شخص له مصلحة في إثبات هذا الزواج العرفي من الناحية القانونية من أجل زيادة الحماية القانونية له⁽⁴⁾، وكذا من أجل الاستفادة من الآثار التي يرتبها عقد الزواج قانوناً، فإذا تم الزواج داخل التراب الوطني والمحكمة المختصة بتسجيل العقد هي التي وقع في دائرة اختصاصها إقامة الزوجين أو إقامة أحدهما⁽⁵⁾ عملاً بأحكام المادة 39 من قانون الحالة المدنية⁽⁶⁾

(1) _ العقود المغفلة: هي العقود التي لم يصرح بها أصحابها لضابط الحالة المدنية في الآجال المحددة للتصريح.

(2) _ محمد محدة، المرجع السابق، ص 50-51.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م، المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(4) _ هناك من يرى إلى ضرورة النص على عدم سماع دعوى إقرار الزواج بأثر رجعي، وفرض عقوبة جزائية على من يمتنع على التسجيل القانوني للزواج من أجل القضاء على هذه الظاهرة تماشياً مع ذهب إليه القانونين الأردني والعراقي في هذا المجال، ينظر: بدوي علي، عقود الزواج العرفية، المجلة القضائية المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2002، ص 174 وما بعدها.

(5) _ سعد فضيل، المرجع السابق، ص 111.

(6) _ المادة 39 قانون الحالة المدنية (... عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله، أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحزبي.

وإذا كان الزواج ابرم خارج التراب فالمحكمة المختصة بتسجيل العقد هي محكمة الجزائر دون سواها وذلك وفقا لأحكام المادة 99 من قانون الحالة المدنية.⁽¹⁾

عقد الزواج في الخارج يكون صحيحا متى ما حرر طبقا لما هو مشروط في القوانين الجزائرية، وبالتالي مراعاة الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون الأسرة وكذا مراعاة الطابع الشكلي لهذا العقد طبقا لما ورد النص عليه في قانون الحالة المدنية⁽²⁾ وهذا ما صرح به المشرع في المادة 97 من قانون الحالة المدنية «إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج»، ويجري مثل ذلك بالنسبة لعقد الزواج الذي يتم في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعيان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قنصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية، غير أنه إذا كانت الزوجة أجنبية من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم⁽³⁾، مع ضرورة التمييز بين حالتين:

أولا: حالة إثبات الزواج الذي فيه اتفاق بين الزوجين بحيث لم ينف أي واحد منهما قيام العلاقة الزوجية، فإن إجراءات إثبات عقد الزواج تتمثل في رفع دعوى إثبات الزواج العرفي - غير المسجل - والتي لا تختلف عن غيرها من الدعاوي المدنية فيما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى وشروطها أمام قسم شؤون الأسرة⁽⁴⁾، وتكون هاته الدعوى في شكل عريضة افتتاحية تتوفر على الشروط المحددة قانونا، وتودع بأمانة ضبط المحكمة، فإذا ما تم إثبات واقعة الزواج بعد قيام وكيل الجمهورية بالتحقيقات اللازمة، يرسل الطلب مرفقا بملف تحقيقه إلى رئيس المحكمة، بموجب

يضاف مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبلاستناد على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبلاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية.

⁽¹⁾ _ المادة 99 قانون الحالة المدنية (إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به، فإنه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم بين رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في السجلات القنصلية) من الأمر 20/70، لمؤرخ في: 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

⁽²⁾ _ موقع انترنت منشور بتاريخ: 12 أبريل 2014 [www. Courdenedeja.m justice.dz](http://www.Courdenedeja.justice.dz)

⁽³⁾ _ قانون رقم: 08/14 مؤرخ في: 13 شوال عام 1435 الموافق لـ: 9 غشت 2014 المعدل والمتمم للأمر: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1339 الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

⁽⁴⁾ _ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية، مرجع سابق، ص 162.

عريضة مختصرة ليصدر رئيس المحكمة بعد ذلك حكما بإثبات الزواج⁽¹⁾.

بحيث يجب على من يريد إثبات الزواج وفق الإجراءات المدنية بأن يتقدم بدعوى بذلك لدى المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة تكون في شكل مقال مكتوب موقع عليه من الأطراف، ويجب أن يشتمل مقال الدعوى على الهوية الكاملة والمضبوطة لكفاية الأطراف من خلال شهادة الميلاد، ويحدد موطن، أو محل إقامتهم عن طريق بطاقة الإقامة⁽²⁾.

يحدد في المقال الوقائع والطلبات المتمثلة أساسا في بيان تاريخ الزواج ومكانه، مع الإشارة بإيجاز إلى حفل الزفاف والمأدبة التي أقيمت بمناسبته، وإلى مقدار الصداق مع بيان المؤجل منه والمعجل، والولي، وذكر أسماء بعض الشهود الذين حضروا الإيجاب والقبول ومدة اتصال الرابطة الزوجية أو تاريخ انقطاعها، مع الإشارة إلى الأبناء أو حمل الناجين عنها، وتاريخ وفاة أحد الزوجين عند الاقتضاء وما إذا حدثت هذه الوفاة أثناء عيشها تحت سقف واحد، وبيان المصلحة من طلب ثبوت الزوجية، وتفصيل الأسباب القاهرة التي حالت دون توثيق العقد، كل ذلك من أجل تمكين المحكمة من تمحيصها، وتكوين قناعتها حول طبيعتها تطبيقا للفقرة 02 من المادة 22⁽³⁾.

مع وجوب إرفاق كل ما سبق بالمستندات اللازمة كبيان ولادة الأبناء إن وجدوا، وقائمة الشهود الذين سيتم الاستماع إليهم من طرف هيئة المحكمة لإثبات الدعوى... وغير ذلك من الوثائق التي يمكن للمحكمة اعتمادها لإصدار الحكم.

وهذا ما أيدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها والتي منها: «...حيث أنه بالإطلاع على ملف دعوى الطعن ثبت أن الزواج العرفي موضوع النزاع تتوافر فيه الأركان الشرعية، وفقا لأحكام قانون الأسرة بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد، وأفادوا بأنه حدد فيه الصداق والإيجاب والقبول، وكان ذلك بمعرفة الإمام الذي قرأ الفاتحة، وحيث أن الزواج ينعقد في أي مكان سواء بداخل المسجد أو خارجه... لأن المكان الذي ينعقد فيه العقد لا يدخل ضمن أركان الزواج، ولا في شروط صحته؛ وحيث أنه لا اختلاف بين الزوجين حول وجوده؛ وحيث أن هذه الأوجه صحيحة ومقبولة استوجب نقص القرار المطعون فيه»⁽⁴⁾

(1) _ سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية، المرجع نفسه، ص162.

(2) _ محمد محدة، المرجع السابق، ج 01، ص 112-113.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث ملف رقم: 38 962 المؤرخ في: 28/09/1993.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

ففي هذا القرار نجد المحكمة العليا قررت أن مجرد توفر الأركان من ولي، وصدّق وشهود مع توافر الإيجاب والقبول يؤدي إلى حكم بصحة الزواج دون النظر إلى مكان انعقاده. ولقد استثنى الفقهاء مسائل أجازوا إثباتها بشهادة السماع كالنكاح، النسب، والطلاق والوقف... وهي ضرورة دعت إليها الحاجة الشديدة، أجزيت استحساناً لأن هذه الأمور يختص بمعابيتها خواص من الناس، ويعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر مسوغاً للشهادة⁽¹⁾.

ثانياً: حالة تسجيل الزواج الذي ثار بشأنه نزاع: وهي الحالة التي يدعي فيها أحد الزوجين أنه ارتبط مع الزوج الآخر زواجا عرفياً (غير مسجلاً) وغالباً ما تكون الزوجة هي المدعية، ويتنكر الزوج الآخر لرابطة الزوجية، أو يحصل نزاع بشأن وجوده أو صحته سواء بين الزوجين أثناء حياتهما، أو بين أحدهما وورثة الزوج الآخر، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما، وعقد الزواج الذي يكون محل نزاع يستوجب تسجيله في سجلات الحالة المدنية، يتم إثباته بحكم⁽²⁾.

معلوم أن إثبات عقد الزواج من الناحية الشرعية يكون بشهادة الشهود الذين تتوفر فيهم شروط الشهادة على خلاف بين المذاهب بشأن هذه الشروط هل هي مقصودة لاستثماره وإخراجه من السرية إلى العلنية، أم هي مقصودة لإثباته عند الإنكار والاختلاف فيه فالجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة يقولون بعدم التفريق بين هذه الشروط لأن الغرض من الإشهاد على الزواج هو إظهار شأن هذا العقد، وفي الوقت نفسه توثيق العقد والتمكن من إثباته عند إنكاره والتنازع فيه⁽³⁾ غير أن المقصود به عند الأحناف إشهاره، وإخراجه من السرية إلى العلنية، فصحوه بحضور من لا تقبل شهادتهم من فروع العاقدين، أو أوصولهما وإن كانت شهادة هؤلاء ممنوعة في غير هذا الموضع⁽⁴⁾.

ففي حالة الحكم بصحته ينظر إلى طبيعة الحكم⁽⁵⁾، وإذا صار الحكم نهائياً بعد إجراءات التبليغ يتولى المحضر القضائي تنفيذه بإرسال نسخة منه عن طريق وكيل الجمهورية إلى ضابط الحالة المدنية لمكان إبرام العقد، وتسجيل الزواج بتاريخ انعقاده، كما أنه في جميع الأحوال لا يمكن الأمر

(1) _ طلبة أنور، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994، ص261.

(2) _ بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، مركز الدراسات والبحوث القانونية، الموسوعة القضائية، الجزائر، ص36، 37.

(3) _ شلي مصطفى، أحكام الأسرة، الإسلام دار النهضة العربية، بيروت، ط1977، ص116.

(4) _ السرخسي شمس الدين، الميسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ - 1986، ج 05، ص34.

(5) _ هل هو حكم حضوري قابل للاستئناف، حكم غيايي يحتاج إلى الطعن بالمعارضة

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية إلا إذا كان الزواج صحيحا لا يشوبه أي عيب وتتوافر أركانه الشرعية، والقانونية كما حددها المادة 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة. وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في عدة قرارات منها «أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، وأن الشهود الذين تم سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ما عدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القضائي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج ومن كل ذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

⁽¹⁾ _ المجلة القضائية ، العدد الخاص باجتهاد عريضة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، سنة 2001، قرار رقم: 210 422 المؤرخ في 17-11-1998.

المبحث الثاني:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج

المطلب الأول: الدعوى الجزائية وإجراءات ممارستها

المطلب الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

تعتبر الأسرة هي الأساس الذي تعمل كل العلوم على إبراز مدى العناية والاهتمام بكل مسائله وجزئياته، وتعتمد على الترابط، والتكافل، وحسن المعاشرة، والتربية الحسنة، وحسن الخلق ونبد الآفات الاجتماعية وهذا ما حاول المشرع الجزائري تجسيده من خلال نص المادة 04 من قانون الأسرة على الأهداف الزواج «..من أهدافه ، تكوين أسرة أساسها المودة ، والرحمة، والتعاون وإحسان الزوجين، والمحافظة على الأنساب»⁽¹⁾.

مسائل الأسرة تضمن النص عليها قانون مستقل يعمل على الإحاطة بكل مسائلها وجزئياتها ألا وهو قانون الأسرة، فإنه وفي حال الاعتداء على هذه المسائل بما يشكل جريمة، فإن مهمة التصدي لأي نوع من أنواع هذه الاعتداءات مادية كانت أم معنوية تؤول إلى قانون العقوبات من أجل تحقيق الحماية الجنائية للأسرة،

وتجدر الإشارة إلى الاختلاف حول منطلق الدراسة؛ إذ أن معالجة هذا الموضوع قد تتخذ عدة طرائق منهجية واتجاهات مختلفة ولعل أولى هذه الاتجاهات: هل ننظر إلى الموضوع من جهة " القانون الجنائي"، مما كان سيلزمنا بالاعتناء على الجرائم الماسة بالأسرة والمنصوص عليها في القانون الجنائي حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص؛ وإما أن ننظر إلى الموضوع من جهة: "الأسرة" مما يتركز معه النظر إلى كل إلزام يقابله تقصير يمكن أن يتحول إلى جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات⁽²⁾.

أما الاتجاه الثاني فيتمثل في الانطلاق من نوعية الجرم المرتكب ومدى تعلقه بذات وجسم أحد أفراد الأسرة، أم بشرفه واعتباره

أما ثالث اتجاه يمكن إتباعه لدراسة الحماية الجنائية للأسرة أو علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات، فيتجلى بدرجة العقوبة الجزائية، وتنوعها تشديدا، أو تخفيفا، أو حتى إعفاء بالنظر إلى طبيعة من وقع عليه الاعتداء ومدى درجة قرابته من الأسرة.

الاتجاه الرابع هو التمييز في نوعية الحماية الجنائية فيما تتعلق بالطابع الموضوعي للجرائم المرتكبة، أو الطابع الإجرائي عملا بتجسيد العلاقة بين كل من قانون الأسرة وقانون العقوبات، أو العلاقة بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات الجزائية عند المشرع الجزائري لما لهذه الإجراءات

⁽¹⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ الحماية الجنائية للأسرة بحث لنيل الإجازة المغرب موقع انترنت.... <http://www.maghress.com>

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

من خصوصية، ومؤسسة النيابة العامة من أهمية وفاعلية. مع مقارنة كل ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي فيما وجدت فيه أوجه المقارنة.

فمن أجل الحفاظ على ديمومتها وفق المقاصد التي شرعت لأجلها، ولترتيب الآثار المتوخاة منها، جاءت الحماية الجنائية لأساس قيامها وهما الزوجان، ولما ينتج عنها من آثار من الأصول والفروع من مختلف أصناف التعدي والتجاوز.

المطلب الأول: الدعوى الجزائية وإجراءات ممارستها

الفرع الأول: مفهوم الدعوى، والسلطة المختصة بها

الفرع الثاني: مفهوم الشكوى، وشروط ممارستها

البند الأول: مفهوم الدعوى

الدعوى هي: مجموعة من الإجراءات التي يلجأ إليها الشخص يدعي حقا، أو يطالب بحمايته أمام القضاء⁽¹⁾.

وهذا التعريف يشمل كل من الدعويين المدنية والجزائية⁽²⁾، وإذا كان الفرق بينهما يخضع لطبيعة النزاع، ومن يقوم بتحريكه، إذا تعلق الأمر بفعل جرمية تستوجب التعويض ففي هذه الحالة وجد تداخل بين الدعويين، فإذا أثر المضرور الطريق الجنائي فلا يمكنه اللجوء إلى القاضي المدني للمطالبة بالتعويض؛ إلا بعد الفصل في النزاع أمام القاضي الجنائي طبقا لقاعدة الجنائي يقيد المدني، وكذا لأن الحكم الصادر في الدعوى العمومية له حجية الشيء المقضي فيه؛ فلا يمكن مخالفته لدى القاضي في الدعوى المدنية، في حين في حالة العكس فإن القاضي الجنائي لا ينتظر القاضي المدني بالتبعية⁽³⁾.

يعمل قانون العقوبات على الإحاطة بالحياة الإنسانية بالحماية عن طريق تجريم كل ما فيه مساس بحق الإنسان في الحياة، يعمل على المساهمة في تجسيد هذه الحماية للأسرة عند الإخلال بالقواعد المنظمة لموضوعاتها باعتبارها الخلية الأولى لبناء المجتمع، إذ في أحضانها يتكون الفرد،

(1) _ المادة 01/3 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(2) _ تعرف الدعوى العمومية على أنها: مطالبة النيابة العامة الدولة باسم المجتمع أمام القضاء بتوقيع العقاب على المتهم

(3) _ بموجب قواعد الأمر رقم: 66-155 المؤرخ في: 18 صفر 1366 هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 02-15 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو سنة 2015

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج

وتتولد لديه مشاعر المودة والرحمة بين مختلف مكوناتها⁽¹⁾ عن طريق تجريم بعض الأفعال الصادرة عن أحد أطراف العلاقة الزوجية، أو أحد المنتسبين إلى الأسرة من الأصول، والفروع وترتيب الجزاء، أو عن طريق تغيير صفة الفعل الإجرامي وبالتالي تغيير وصف العقوبة تشديدا وتخفيفا.

فالمأمل في حال المجتمع يجد أن وجود هذا الرادع سلاح ذو حدين بالنسبة لمدى تحقيق الحماية، فمن شأنه أن يؤدي إلى الحماية من جهة، وقد يؤدي إلى إنهاء العلاقة الزوجية من جهة ثانية، إذ أن أغلب القضايا التي وصلت إلى المحاكم، وخاصة القضاء الجنائي ترتب عنها انحلال العلاقة الزوجية، وقبل التفصيل في الجرائم المترتبة على الإخلال بآثار الزوجية، سواء المتعلقة منها بطرفي العلاقة المحسدة في التقصير بحقوق وواجبات أحد الزوجين، أم ما تعلق بالجرائم المترتبة على الإخلال بآثار الزواج المرتبطة بأصول وفروع الأسرة، لا بد من الإشارة إلى مفهوم النيابة العامة، والطرق الأساسية المنتهجة لرفع مثل هذه الدعاوى من أحد الأطراف اللذين سبق ذكرهم⁽²⁾.

البند الثاني: السلطة المختصة بها: وذلك من خلال بيان مفهوم النيابة العامة، وتحديد دور النيابة العامة باعتبارها طرف أصلي في مسائل الأسرة، وكذا باعتبارها طرف منظما في مسائل الأسرة:

أولا: مفهوم النيابة العامة: اختلف الفقه حول تحديد مفهوم النيابة العامة فمنهم من ربطها بالسلطة التنفيذية؛ وذلك لقيامها بتحريك الدعوى العمومية حول كافة الجرائم، وهناك من يعتبرها سلطة قضائية لأن من يباشر مهامها تابع للقضاء، وهناك اتجاه ثالث يراها أنها هيئة لا تخضع لأي سلطة من السلطات الثلاث فهي تسهر على تطبيق القانون، وتنفيذه، ومتابعة المجرمين مما يجعلها صاحبة دور خاص بها، وقد جعلها المشرع الجزائري سلطة مخولة بالدفاع عن المجتمع، فبالإضافة إلى دورها الهام في المجال الجزائي في تحريك الدعوى العمومية من خلال المواد من 01 إلى 29 من قانون الإجراءات الجزائية⁽³⁾ لأنها تمثل المجتمع، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما يرد عليها استثناءات وهما:

⁽¹⁾ _ شهبون محمد، الحماية الجنائية للواجبات الزوجية في مسودة مشروع القانون الجنائي <http://www.marocdroit.com>

: //www.marocdroit.com

⁽²⁾ _ Sabine abravanel-jolly, La protection du secret en droit des personnes et de la famille, doctorat & notariat, collection de thèses, dirigée par bernard beignier, defrénois, paris

⁽³⁾ _ الأمر رقم: 66-155 المؤرخ في: 18 صفر 1366هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02-15 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق ل 23 يوليو 2015 23 يوليو سنة 2015.

1: حالة إذا ما علق المشرع تحريك الدعوى على شروط معينة كضرورة تقديم شكوى من المتضرر أو طلب أو إذن.

2: إعطاء الحق للمتضرر من الجريمة في رفع الدعوى عن طريق الإدعاء المباشر⁽¹⁾، ولقد منح لها المشرع مركزا رئيسا في مسائل الأسرة⁽²⁾ حسب المادة 3 مكرر من قانون الأسرة⁽³⁾ كطرف أصلي، وكذا في المنازعات المتعلقة بالجنسية بموجب المادة 02/37 بنصها» وتعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون⁽⁴⁾، وتكون لها في هذه الحالة جميع الحقوق والضمانات التي أقرها المشرع لسائر الخصوم.

بإقحام شخص آخر في الدعوى المتعلقة بشؤون الأسرة، وإذا كانت كذلك فهل تكون النيابة العامة طرفا يمثل دائما شعار المدافع عن قضايا المجتمع فتعتبر خصما للطرفين، أم أنها خصما لأحدهما فقط، خاصة وأن أكثر قضايا الأسرة تكون بين الزوجين، كأن تكون إلى جانب الزوجة مثلا باعتبارها العنصر الضعيف عند غالبية المجتمع، أم أن لها دور محايد أرادته المشرع من وراء ترسيم حضورها⁽⁵⁾.

ولعل إدخال النيابة العامة في القضاء الأسري بعد أن كانت السمة الغالبة لوظيفتها في المجال الزجري عن طريق الإدعاء والاتهام⁽⁶⁾ يبرز حقيقة العلاقة بين فروع القانون المختلفة، فالدعوى القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلا لا تكون مقبولة إلا بعد تلقي النيابة العامة

(1) _ بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2007، ج 01 ص 50-51

(2) _ وللنيابة العامة صفة في الدعوى باعتبارها ممثلة للمجتمع مثال ذلك دعوى تصفية التركة المادة 182 قانون الأسرة باعتبار النيابة صاحبة صفة في الدعوى فهي مدعية أو مدعى عليها وللنيابة الأهلية في مباشرة الإجراءات أمام القضاء المثلة في وكيل الجمهورية أو مساعديه 22.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

الأمر رقم: 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390هـ الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005 التي تنص على منع الأم الجنسية لأولادها من الامر 4.01/05

(5) _ اختلف فقهاء قانون الأسرة الجزائري سيما القانونيين منهم حول الغاية من جعلها طرفا أصليا في دعاوى الأسرة بين مؤيد يرى أن تدخلها الوجوبي يفرض حماية الأسرة باعتبارها أساس المجتمع أساس المجتمع، وبين من يرى أنها غير مفيدة من الناحية العملية وأنها مجرد إضافة للمال والوقت وفي مقدمتهم الأستاذ عبد العزيز سعد وبين من يرى أن هذه المادة تحتاج إلى تنظيم يبين طبيعة تدخلها في مثل هذه القضايا.

(6) _ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة وفق آخر تعديل، دار الثقافة 2012، ص 48.

نسخة من عريضة الدعوى⁽¹⁾.

أما عن دورها في المجال المدني فيكون في حالة حماية النظام العام سواء بصفتها مدعية أم مدعى عليها تطبيقا لنص المادة 256 قانون الإجراءات المدنية والإدارية «يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منظم» وكذا المادة 257 قانون الإجراءات المدنية والإدارية «تدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام»⁽²⁾ أو بصفتها متدخلة في خصومة من أجل إبداء الرأي بما يحقق سلامة التطبيق حسب نص المادة 259 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وباعتبار القانون المدني يمثل الشريعة العامة لفروع القانون الخاص، فكان دور النيابة العامة في شؤون الأسرة قبل التعديل⁽³⁾ ينحصر في مسائل ثلاثة وهي تعيين المقدم⁽⁴⁾ والحجر⁽⁵⁾ والمفقود والغائب⁽⁶⁾.

والملاحظ للمشرع بالرغم من أن المادة 03 مكرر جامعة لكل دعاوي شؤون الأسرة في جعل النيابة العامة طرفا أصليا، إلا أنه مع ذلك أبقى على إمكانية مباشرتها لهذه الدعاوى في مجال شؤون الأسرة المتعلقة بالمحالات الثلاثة التقديم، والحجر وحالة المفقود والغائب، وقد يكون ذلك من باب التأكيد، أو لأن هذه المواد لم يطرأ عليها أي تغيير بموجب التعديل 02/05 لقانون الأسرة⁽⁷⁾.

فدور النيابة العامة في شؤون الأسرة لا يعرف فيه تكييف صفتها القانونية بمعنى باعتبارها

(1) _ سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 184-185.

(2) _ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) _ قانون رقم: 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(4) _ المقدم طبقا لنص المادة 99 قانون الأسرة (هو من تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقضا بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة).

(5) _ الحجر: حسب المادة 101 و102 من قانون الأسرة يكون على من يعانى ضعفا وعدم سيطرة في ملكات النفس أو العقل نتيجة عنه أو سفه أو غفلة، ولا يكون إجراء الحجر إلا بناء على طلب أحد الأقارب أو من له مصلحة، أو من النيابة العامة.

(6) _ يفرق بين الغائب والمفقود: في كون الأول حياته ثابتة ولكن حالت ظروف دون رجوعه لبلده كالعامل مثلا أو الدراسة أما المفقود فلا تعلم حياته من موته.

فحسب المادة 114 من قانون الأسرة يصدر الحكم بفقده أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة.

(7) _ الشامي أحمد، مرجع سابق، ص 254-255.

طرفا أصليا أو باعتبارها طرفا منظما.

ثانيا: دور النيابة العامة في مسائل الأسرة:

1: دور النيابة العامة باعتبارها طرف أصلي في مسائل الأسرة:

حسب صريح نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، وكذا من خلال اجتهادات المحكمة العليا التي جاء في أحد قراراتها «يجب إطلاع النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا على قضايا الأحوال الشخصية»⁽¹⁾ وأيد هذا الموقف ما نصت عليه المادة 257 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتجسد هذا الدور إما بتقرير حق، أو إنشاء مركز قانوني، أو إنكاره⁽²⁾.

2: باعتبار النيابة العامة طرف منظما في مسائل الأسرة:

وهو الدور المطابق لوظيفتها في المجال المدني أين يقتصر على مجرد إبداء الرأي من أجل التطبيق السليم للقانون، وبالتالي حتى وإن كان حضورها وجوبي، فيكون دورها اختياري فلا تبدي الطلبات، والدفوع إذ ليس لها أي مصلحة في الوقوف إلى جانب أي طرف⁽³⁾.

وبالجمع بين الدورين وتطبيقه على الممارسات العملية للنيابة العامة نجد أن دورها ومركزها الفعلي كطرف منظم⁽⁴⁾، كما لها امتياز الطعن لصالح القانون حسب المادة 297 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث إذا لم تعتبر مركزها كطرف منظم في الدعوى صار وجودها وعدمه سواء، وكان بمثابة هدر للحبر والمال، خاصة وأن معظم قضائها يكتبون في جلسات شؤون الأسرة بترديد عبارة التماس تطبيق القانون، مما يحتم على المشرع ضرورة التدخل بإصدار مرسوم تنظيمي يبين بالتدقيق القواعد الإجرائية والتنظيمية لوظيفتها ولا يكتف بمجرد النص على الدور الشكلي لها، سيما فيما يتعلق بترتيب البطلان في حالة عدم تبليغها بملف القضية، سواء حضرت أم لم تحضر، وسواء قدمت المذكرة الجوابية أم لم تقدم، وقد يتم الفصل في القضية دون الأخذ برأيها أصلا.

(1) _ المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ملف رقم 401 317، المؤرخ في: 2006 /10/11 الصادر في المحلة القضائية العدد الثاني ص 489.

(2) _ ومثال ذلك طلب ثبوت الزواج أبوة أو إنكارها أو إنشاء مركز قانوني جديد كطلب التفريق بين الزوجين.

(3) _ إن المتبع للمشرع المغربي الذي نص في المادة 03 من مدونة الأسرة المغربية على إدراج النيابة العامة طرفا في قضايا شؤون الأسرة أوضح مهمتها باعتبارها طرفا أصليا وهو ما يكاد يتطابق مع كان ينص عليه المشرع الجزائري بالنسبة لحالات حماية القصر وعزل الوصي وتصفية التركة حفاظا على المال العام، وكذا الإشراف على مسائل الحجر والفقد والغياب.

(4) _ باستثناء الطعن عن طريق المعارضة، وذلك لأن جميع الأحكام تصدر حضورية في حق النيابة العامة.

فبالمقارنة بين دور النيابة العامة في شؤون الأسرة بدورها في المجال الجزائري، يلاحظ أن هذا الأخير أكثر فاعلية، وهو ما هو مطالب به المشرع من خلال بيان القواعد التنظيمية الخاصة بدور النيابة العامة في المجال المدني من أجل إزالة اللبس، والغموض الذي يشوب دورها وطبيعتها في النزاع المتعلق بشؤون الأسرة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مفهوم الشكوى، وشروط ممارستها وذلك من خلال جزئيتين.

البند الأول: الشكوى من خلال تعريفها في اللغة وفي اصطلاح الفقهي والقانوني.

أولاً: تعريف الشكوى: من خلال تعريفها في اللغة والاصطلاح.

1 تعريف الشكوى لغة: من شكى الرجل أمره، وتشاكى القوم شكاً بعضهم بعضاً، وتطلق ويراد بها عدة معان: إظهار ما أصاب الشخص من مكروه⁽²⁾، أو إخبار إنسان عن آخر فعل به فعلاً أحوجه إلى شكايته⁽³⁾، العلة من القيد؛ الحرص على سمعة الأسرة واستبقاء الود القائم بين أفرادها، والتستر على أسرارها.

2-تعريف الشكوى اصطلاحاً: وذلك عند كل من فقهاء الشريعة والقانون.

أ-تعريفها عند فقهاء الشريعة: استعمل الفقهاء هذا المصطلح بعدة معان حيث تكاد تجتمع في التعاريف التي أوردوها فعرفها الأحناف بأنها مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته⁽⁴⁾، أما المالكية فذهبوا إلى قصر التعريف على طلب معين في ذمة معين لا تكذبها العادة⁽⁵⁾، ويكاد يتطابق مع ما ذهب إليه فقهاء الشافعية⁽⁶⁾، أما الحنابلة فذهبوا إلى القول بأنه إضافة إنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته⁽⁷⁾.

فتعريف الفقهي للشكوى يتركز على طلب عند القاضي بحق معلوم عند الغير. وهو ما

(1) _ سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل - دار هومة الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، ص184-185.

(2) _ ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، باب شكى، دار صدر بيروت 1375هـ، ج17 ص441-442.

(3) _ الفيروز أبادي مجد الدين، القاموس المحيط، ط الثانية، مكتبة مصطفى الحلبي، 1371هـ، ج 04 ص352.

(4) _ ابن الهمام كمال الدين، فتح القدير لمكتبة التجارية الكبرى، ج06، ص137.

(5) _ القرافي شهاب الدين، الفروق، دار إحياء الكتب العربية، ط الأولى، 1346هـ، ج04، ص72.

(6) _ الشيرازي، المجموع شرح المهذب، مكتبة الإرشاد، دط، ج19، ص6247.

(7) _ ابن قدامة موفق الدين، المغني، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، الطبعة الأولى، دار هجر مصر، 1411هـ، ج14، ص275.

يتوافق مع تعريف الدعوى في القانون.

ب تعريفها عند فقهاء القانون: هي إجراء يباشره المحني عليه الضحية، أو وكيله الخاص يقصد به تبليغ السلطة المختصة بأن يلزم شخصا آخر بأدائها تحقيقا لمصلحة له مشروعة⁽¹⁾ كالنيابة العامة يطلب فيه منها تحريك الدعوى العمومية في بخصوص جرائم معينة مقيدة بقوة القانون على سبيل الحصر لإثبات مدى قيام المسؤولية الجنائية، وتوقيع العقوبة على المشكو عليه⁽²⁾، بمعنى آخر رفع القيد الوارد على النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية⁽³⁾.

أو هي البلاغ الذي تقدمه الضحية، أو المضرور للسلطات القضائية أو النيابة بطلب تحريك الدعوى العمومية⁽⁴⁾.

Garraud عرفها هي عبارة عن إخبار موجه للعدالة من طرف شخص تعرض شخصيا إلى ضرر نجم بسبب جريمة وقعت عليه⁽⁵⁾.

أمام ضباط الشرطة القضائية طبقا لنص المادة: 17/1 ق ا ج ج «يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12 و13 ويتلقون الشكاوى والبلاغات يقومون بجمع الاستدلالات وإجراء التحقيقات الابتدائية»، كما يمكن تقديمها للنيابة العامة طبقا لنص المادة: 36 من نفس القانون «يقوم وكيل الجمهورية بتلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات ويقرر ما يتخذ بشأنها» وحق الشكوى هو حق مقرر للمحني عليه دون غيره⁽⁶⁾.

نصت عليه المادة 04/339 ق.ع. «ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا للمتابعة». كما نصت على ذلك المادة 369 ق.ع⁽⁷⁾

(1) _ سماتي الطيب، حماية حقوق الضحية خلال الدعوى الجزائية في التشريع الجزائري ط الأولى مؤسسة لبديع، 2008، الجزائر ص13.

(2) _ الدناصوري عز الدين، والشواري عبد الحميد، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية منشأة المعارف، الإسكندرية 1228-1229.

(3) _ عبد المطلب إيهاب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية، المركز القومي للإصدارات القومية، ج01، ص67-68.

(4) _ مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص: 2.

(5) _ سماتي الطيب، حماية حقوق ضحايا الجريمة في التشريع الجزائري، مؤسسة البديع الجزائر 2008، ص89.

(6) _ سرور أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص403.

(7) _ **المادة 369**: «لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور والتنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات».

كما يحق للمجني عليه توكيل غيره لتقديم الشكوى عنه بعد ارتكاب الجريمة.

فالشكوى يقصد بها البلاغ أو الإخطار الذي يقدمه المجني عليه إلى السلطات المختصة طالبا تحريك الدعوى العمومية بشأن جرائم معينة. وقد تكون بتعبير غير مقيد يصدر من المجني عليه، أو ممن يمثله يوجه إلى النيابة العامة، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي، ويكشف بوضوح عن إرادة المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم⁽¹⁾ حسب نص المادة 72 «يجوز لكل شخص متضرر من جناية أو جنحة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص»⁽²⁾، وتنقضي بوفاة المجني عليه، أو بمرور الزمن أو بسحبها والتنازل عنها. أما عن طبيعة حق تقديم الشكوى فهو حق شخصي للمتضرر، ففي حالة وفاته بعد أن قام بتقديم شكواه، فهذا لا يؤثر في الأمر شيئا بل تبقى الدعوى العمومية قائمة وليس من حق ورثته التنازل عنها لأنها في مثل الحالة تكون بيد النيابة العامة⁽³⁾، فمتى قامت النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية قبل تقديم شكوى من المعني بالأمر في الدعاوى التي تستوجب تقديمها فإن ذلك غير جائز، وأن كل إجراء تقوم به يقع باطلا بطلانا مطلقا.

البند الثاني: شروط ممارستها وذلك بتبيين شكل الشكوى وإجراءاتها:

لم يتطلب القانون في الشكوى شكلا معينا، وإنما اشترط أن تكون بصورة واضحة وقاطعة، فقد أحاز أن تقدم شفاهة، أو مكتوبة وموقعة من المجني عليه⁽⁴⁾، ولما كانت الوكالة تسقط بوفاة الموكل، فإنه يجب على الوكيل أن يتقدم بالشكوى قبل وفاة الموكل، بينما لا يسقط الحق في الشكوى إذا توفي الوكيل أو الممثل القانوني⁽⁵⁾.

المعمول به حاليا أن الشكوى تقدم للسيد وكيل الجمهورية من الشاكي شخصيا المتمتع بالأهلية، والصفة، والعبارة في ذلك وقت تقديم الشكوى لا وقت وقوع الجريمة⁽⁶⁾.

وتسجل ثم ترسل إلى الضبطية القضائية لسماع أطراف الشكوى، وحتى الشهود إن أمكن، ثم إرجاع الملف إلى السيد وكيل الجمهورية ليقوم إما بإحالة الملف على المحكمة، أو إلى

(1) _ علواني فرج هليل، التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الإسكندرية، 2003، ج1 ص84

(2) _ عدلت بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 جريدة الرسمية 84، ص10.

(3) _ الشلقاوي أحمد، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ج1 ص41

(4) _ عز الدين الدينصورى، وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص1234.

(5) _ علواني فرج هليل، التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الإسكندرية، 2003، ج1 ص103.

(6) _ الشلقاوي شوقي أحمد، المرجع السابق، ج1، ص43.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

قاضي التحقيق أو للحفظ، وأثر تقديم الشكوى يتمثل في استرداد النيابة لحريتها فقط⁽¹⁾.
و التنازل عن الشكوى حق شخصي للمجني عليه وبالتالي لا ينتقل إلى الورثة⁽²⁾ و ينقضي الحق في الشكوى بموت المجني عليه⁽³⁾. إذا قدمت الشكوى صحيحة ضد شخص معين بالذات فإنه يستوي أن يكون هذا الشخص المشتكي منه حاضرا أو غائبا، إذ يصح تقديم الشكوى ضد شخص غائب⁽⁴⁾.
و تحريك الدعوى يرمي إلى هدفين في وقت واحد هما عقاب الجاني، وتعويض المجني عليه⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج

الفرع الأول: العلاقة في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج المتعلقة بالزوجين

البند الأول: الجرائم المرتبطة بالعنف المادي

أولا: الزوجية كسبب التأديب.

ثانيا: بالعنف الجنسي: جريمة الخيانة الزوجية.

يعد عقد الزواج أساس تكوين الأسرة المادي عن طريق التكاثر والإنجاب، وأساسها المعنوي فهو رمز الأمن والطمأنينة لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ ءَايْتَهُ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾⁽⁶⁾، وله أهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية، وذلك مصداقا لنصوص كثيرة نذكر منها قوله تعالى: ﴿وَآخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا

(1) _ الديناصوري عز الدين، الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 1238

(2) _ مقلد عبد السلام، الجرائم المعلقة على شكوى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989 ص 36

(3) _ معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الإجراءات الجزائية، مكتبة علم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، طنطا، الطبعة

السادسة، 2002، ج 1 ص 85 و 95

(4) _ محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، 2005، ص: 181.

(5) _ عبد الله اوهايبيبة، المرجع السابق، ص: 96

(6) _ سورة الروم، الآية رقم: 21.

عَلِيظًا⁽¹⁾، وقوله تعالى: ﴿ هُنَّ لِيَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٌ لِهِنَّ ﴾⁽²⁾. وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ وَأَنَا خَيْرُكُمْ لِأَهْلِي»⁽³⁾ وهو الوسيلة الوحيدة التي ارتضتها كل الشرائع والديانات السماوية، من أجل تحقيق المقصد من الوجود المتمثل في تكثير عباد الله على الأرض لقوله تعالى: ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾⁽⁴⁾.

ويرتب عقد الزواج كغيره من العقود حقوق والتزامات على عاتق طرفيه تتوافق مع المقاصد التي شرع لأجلها، ولكن قد يحدث أن يتزاح الزواج عن المبادئ التي وجد من أجل تجسيدها، سيما بين من يفترض أنهما أساس تكوينه ألا وهما الزوجان بأن ساد بينهما الشقاق، والضعينة، والمكائد المتبادلة التي قد تؤدي إلى الإضرار واعتداء أحدهما على الآخر.

ففي مثل هذه الحالات وجب وفق مبادئ الشريعة الإسلامية إزالة هذا الضرر طبقاً لقول الرسول ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁵⁾، والقاعدة الفقهية "الضرر يزال"⁽⁶⁾ إما بأبغض الحلال عند الله وهو الطلاق، وإما تحت تدخل المشرع من أجل رفع هذه الأوضاع الدخيلة على مقاصد عقد الزواج التي وجد لتحقيقها عن طريق تجريم مختلف التصرفات المشينة الماسة بحقيقتها، وتحديد العقوبة المناسبة. والتي تعد من قبيل العنف الأسري⁽⁷⁾.

وستتناول في هذا العنصر موقف المشرع الجزائري من خلال بيان الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية عن طريق إحصاء وتحليل الجرائم المنصوص عليها، وكذا العقوبات المناسبة لها، والتي لها علاقة بقانون الأسرة؛ مع محاولة مقارنتها بأحكام الفقه الإسلامي، وتبين مدى فاعليتها من خلال تقسيمها إلى بندين بحيث يتعلق البند الأول: الجرائم المرتبطة بالعنف المادي.

(1) _ سورة النساء، الآية رقم: 21.

(2) _ سورة البقرة، الآية رقم: 187.

(3) _ أخرجه الترمذي، السنن، رقم الحديث: 3895 وصححه الالباني في سلسلة الاحاديث الصحيحة رقم 1174.

(4) _ سورة الذاريات، الآية رقم: 56.

(5) _ أخرجه الإمام مالك مرسلًا في الموطأ رغم كثرة طرقه وتعددتها إلا أنها لا تعضده، ولا يصح إلا مرسلًا كما قال الحافظ ابن عبد البر.

(6) _ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2 ص 965 فقرة 752.

(7) _ وتختلف معايير تعريف العنف الأسري اختلافًا واسعاً من بلد لآخر، ومن عصر لآخر. لا يقتصر العنف الأسري على الإساءات الجسدية الظاهرة بل يتعداها ليشمل أموراً أخرى كالتعريض للخطر أو الإكراه على الإحرام أو الاختطاف.

أولاً: الزوجية كسبب التأديب ثانياً: بالعنف الجنسي: جريمة الخيانة الزوجية

سلب حق أو التعدي على خصوصية وتشمل التهديد والإكراه والحرمان والإهمال سواء بشكل مباشر أو غير مباشر العنف الأسري⁽¹⁾ حصراً في الجرائم الآتية: بموجب قانون العقوبات هذه: كالخيانة الزوجية، إهمال الأسرة، والضرب والجرح المرتكبة ضد أحد الزوجين-، الحماية الجنائية للمرأة زوجة أم حماية للعلاقة الزوج.

البند الأول: الجرائم المرتبطة بالعنف المادي:

أمام تفاهم ظاهرة العنف وفي إطار التعديل الأخير نص المشرع صراحة على تجريم العنف بمختلف صورته بما في ذلك العنف بين الأزواج، أخذاً بما نصت عليه التشريعات المقارنة، وبرزت مظاهر الحماية الجنائية للمرأة المتزوجة، بعد توقيع الجزائر ومصادقتها على العديد من الاتفاقيات والإعلانات الدولية لحقوق الإنسان، وفي مقدمتها اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة سيداو؛ التي تؤكد على ضرورة حماية المرأة، عن طريق الإصلاحات التشريعية التي تساعدها على إبراز مكانتها الحقيقية في المجتمع وذلك بتعديل النصوص القانونية التي لها علاقة بموضوع المرأة⁽²⁾، كآثى وكأم وخاصة كزوجة، وذلك حرصاً من المشرع على ضرورة تحسين ظروف كل مكونات المجتمع، وعلى رأسها الأسرة.

فقد سعى المشرع إلى تجريم كل ما يمس باستقرار الأسرة، وهذا ما أكد وزير العدل حافظ الأختام الطيب لوح⁽³⁾ بشأن مشروع القانون المعدل والمتمم لقانون العقوبات يرمي إلى الحد من مظاهر التمييز والعنف «الذي لا يزال يهدد المرأة الجزائرية في الوسط العائلي والمهني». فحدد في سبيل ذلك عدة جرائم.

1 مفهوم العنف لغة ضد الرفق ويراد به الشدة والخرق، ويقال عنيف إذا لم

(1) مشروع قانون العقوبات يرمي إلى حماية المرأة من مظاهر التمييز والعنف لوح.

(2) موضوع الحماية الجنائية للمرأة يحتل أهمية كبيرة سيما في الآونة الأخيرة، ودراسة النصوص القانونية المتعلقة به ومقارنتها بالمبادئ الشرعية الإسلامية وكذا مقارنتها بالاتفاقيات الدولية؛ ويحتاج إلى الكثير من التفصيل إذ يمكن إفراده في رسالة دكتوراه مستقلة. كآثى وكأم، وكبنت أو قريبة، أو زوجة.

(3) تصريح صحفي لوزير العدل حافظ الأختام الطيب لوح لوسائل الإعلام، يوم الاثنين بالجزائر العاصمة حول مشروع القانون المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

يكن رفيقا في أمره، العنف الأسري ويعرف أيضاً بعدة تسميات أخرى كالإساءة الأسرية⁽¹⁾، وهو أحد أهم أنواع العنف وأخطرها، لمكانة الأسرة في المجتمع، ويتنوع إلى العنف الجسدي⁽²⁾ والجنسي⁽³⁾، واللفظي⁽⁴⁾ وبالتهديد أو العنف المعنوي والحسي الصادر من قبل الأقوى في الأسرة ضد الذين يمثلون الفئة الأضعف، مما يترتب عليه أضرار شتى بدنية، ونفسية، واجتماعية.

أما مفهوم العنف الأسري فهو استخدام غير شرعي للقوة وقد يصدر من واحد أو أكثر من أعضاء الأسرة ضد أفراد آخرين، ويشمل عنف الزوج ضد زوجته بالضرب غير المشروع، وإلحاق الأذى بها، أو العنف الجنسي، ومنه أيضاً عنف كلا من الزوج والزوجة نحو أولادهما، وعنف الأولاد نحو والديهما وعن الحكم الشرعي للعنف، مما لاشك أن العنف الأسري بكل أنواعه وأمطه محرم، لأنه من الإيذاء، والضرر والاعتداء الذي دلت الآيات الكثيرة والأحاديث الصحيحة على تحريمه، وهو غير الضرب المشروع بشروطه وآدابه وضوابطه.

و القانون وحده غير كاف لتغيير السلوك الإنساني لمنع وقوع العنف الأسري، بضع التدابير الاحترازية للوقاية منه والتصدي له ولمرتكبيه وعدم إفلاتهم من العقاب⁽⁵⁾.

يتخذ العنف أشكالاً متعددة: من:

العنف الجسدي المتضمن كل احتكاك يهدف إلى التسبب في الشعور بالخوف، والألم،

(1) _إعداد: عبد الله بن أحمد العلاف، Al-alaf@hotmail.com بحث عن العنف الأسري وآثاره على الأسرة والمجتمع، متطلب من ضمن متطلبات مرحلة الماجستير تخصص العلاج الأسري، تخصص علم النفس. بحث من موقع www.uqu.edu.sa

(2) _ **العنف الجسدي**: وهو كل ما قد يؤدي الجسد ويضره نتيجة تعرضه للعنف، مهما كانت درجة الضرر

(3) _ **العنف الجنسي**: إجبار الشخص على ممارسة الجنس رغماً عنه، سواء باستخدام القوة أم التهديد من أجل الحصول على اللذة غير مرغوب فيها.

(4) _ **الإيذاء اللفظي**: وهو كل ما يؤدي مشاعر الضحية من شتم، وسب، أو أي كلام يحمل التحريض... مما يشعرها بالامتهان، أو الانتقاص بقدرها.

(5) _ عرض مشروع قانون خاص حول العنف الأسري على مجلس الأمة مؤخراً-في ديسمبر 2015-بشكل يتلاءم مع الطبيعة الجرمية لتلك الأفعال وتكون العقوبات الرادعة ملائمة ومتناسبة معها وتتضمن أوامر وإجراءات ذات طابع اجتماعي بشكل يمكن معه تحقيق حماية أفضل ومعالجة أفضل للحالات والضحايا والمدانين أيضاً، وتتضمن أحكامه تدابير احترازية تمنع أو تحد من وقوعه، وآليات عملية تتعلق بطريقة التبليغ عنه وحماية ضحاياه أثناء وبعد الإجراءات القضائية، كما يتطلب إجراءات قضائية خاصة وعقوبات مختلفة تناسب مع مفهوم الجريمة وطبيعتها وتحقق مفهوم العقوبة والإصلاح.

http://gomhuriaonline.com/main.asp? تاريخ الإطلاع عليه: 7 ماي 2014

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

والجرح، أو التسبب في المعاناة الجسدية، أو الأذى الجسدي. ويشمل الضرب، الصفع، اللكم، الخنق، الدفع...، وغيرها من أنواع الاحتكاك التي تؤدي إلى الإصابة الجسدية للضحية. ويمكن أن يشمل العنف الجسدي بعض السلوكيات أيضاً مثل حرمان الضحية من الرعاية الطبية عند الحاجة، وحرمان الضحية من النوم، أو وظائف أخرى ضرورية للعيش...، أو العنف المعنوي المتمثل في السيطرة، والإذلال، والعزل، والتهديد، والتخويف، والحرمان، واللوم...

بخصوص هذا النوع من العنف المرتبط بالحياة الزوجية فقد تم استحداث مادة جديدة تقرر حماية الزوجة من الاعتداءات العمدية التي تسبب لها جروحا، أو عاهة، أو بتر أحد أعضائها... مع إدراج عقوبات متناسبة مع الضرر الحاصل للضحية، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة القانونية حفاظا على فرص استمرار الحياة الزوجية.

ودراسة هذا النوع من العنف من خلال التركيز على حماية الزوجين ببيان مختلف جرائم التي قد تشكل العنف المادي: كالتأديب بالضرب، والجرح، القتل، والعنف الجنسي في نصوص قانون العقوبات وقانون الأسرة من خلال ما يأتي: أولا: الزوجية كسبب التأديب

ثانيا: العنف الجنسي: جريمة الخيانة الزوجية

أولا: الزوجية كسبب موجب للتأديب: وتتناول فيه تعريف التأديب، التكييف الشرعي والقانوني له، مع إبراز العلاقة بين الغاية من التأديب في قانون الأسرة من جهة، وبين التجريم المنصوص عليه في قانون العقوبات من جهة ثانية مع تبين تأثير وصف العقوبة تخفيفا وتشديدا وإلغاء من خلال الجزاء المترتب.

الحق في الحماية الجنائية مكفول لكافة أفراد الأسرة دون تمييز بما في ذلك الزوجان، إلا أن هذه الحماية تظهر بشكل بارز بالنسبة للزوجة حيث انتشرت مشكلة العنف ضدها لتفرض نفسها على المجتمع، فنجد قانون العقوبات نص على تجريم العديد من التصرفات من أجل حمايتها وحفظ كرامتها كزوجة خاصة ما يتعلق بالمساس بسلامتها الجسدية كتجريم الاعتداء المادي بمختلف صورته عملا بما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

أ - تعريف التأديب: لغة أدب أدبا أي علمه رياضة النفس، الناس إلى المحامد وينهاهم عن

(1) - أفراح جاسم محمد، العنف الأسري ضد الزوجة - دراسة ميدانية في مدينة بغداد، دكتوراه في قسم علم الاجتماع

كلية الآداب جامعة بغداد 2007

المقايح، وأدبه تأديبا هو اضرب والوعيد على إساءته⁽¹⁾.

اصطلاحا: الردع بالضرب أو الجرح⁽²⁾.

أقرت الشريعة الإسلامية حق تأديب الزوجة بضوابط محددة مستمدة من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية ومنها: آية النشوز قوله تعالى ﴿ وَاللَّي تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ بِكَبِيرًا ﴾⁽³⁾ وفي هذا المقام يقول الرازي: «الذي يدل عليه أنه تعالى ابتداء بالوعظ، ثم ترقى منه إلى الضرب وذلك تنبيه يجري مجرى التصريح في أنه مهما حصل الغرض بالطريق الأخف وجب الاكتفاء به، ولم يجز الإقدام على الطريق الأشق⁽⁴⁾.

ومصدقا لما روي عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال قلت: يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: "أن تطعها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تمجر إلا في البيت⁽⁵⁾.

ولقوله ﷺ: «فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، وهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»⁽⁶⁾.

ووجه الدلالة من هذه النصوص أن إقرار الشريعة الإسلامية للزوج بالتأديب لم يكن مطلقا، وإنما أحاطته بقيود متعددة أرادت منها تضييق نطاق تطبيقه على المجال الذي يتفق ومصلحة الأسرة، وأن الضرب ما هو إلا وسيلة إصلاح لا تشرع إلا عند ترجيح ترتب المقصود كضربها على أمر مشروع كتقصير الزوجة في حق من حقوق الله، فلا يضربها مجرد مطالبتها

(1) _ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة أدب، وكذا أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1998، ص48

(2) _ إبراهيم بن صالح التميمي، الولاية الخاصة في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط الأولى، 1428هـ، ص52.

(3) _ سورة النساء، الآية رقم: 34

(4) _ الرازي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، ط الثالثة، دت، ج10، ص72.

(5) _ أبو داود سليمان السجستاني، السنن، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، رقم: 2142 المكتبة العصرية صيدا، بيروت دت، ج2، ص244.

(6) _ أخرجه مسلم بن الحجاج النيسبوري، رقم: 1218، ج02 ص890-891

بحقوقها عنده كطلب النفقة مثلا لأن هذا يعتبر نشوزا منه (1).

من المعلوم أن أسباب الإباحة مصطلح قانوني، وإن وجدت تطبيقاته لدى فقهاء الشريعة الإسلامية نتيجة استعمال الحقوق وأداء الواجبات التي تبيح إتيان الأفعال المحرمة على الكافة، وتمنع من مؤاخذه الفاعل (2). و لعل الحكمة من تشريع التأديب تتجلى في تقدير الشارع أن مصلحة الأسرة ومن ورائها مصلحة المجتمع تقتضي أن يكون لبعض أفرادها سلطة على البعض الآخر، وإن تدعم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها (3)، فضلا على أنه يجب مراعاة مرتبة الضرب حسب التدرج الذي جاءت به الآية بأن يكون الضرب آخر الوسائل المتخذة من الزوج مصداقا لقوله تعالى ﴿فِعْظُوهُنَّ وَأَهْبِجُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ (4).

ولكن الغريب في الأمر أن يمارس هذا العنف وكأنه أمر إلزامي من مبادئ الدين الإسلامي من أرباب الأسر الذين استأمنهم الله تعالى عليهن لحديث جابر مرفوعا: «اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف..» (5)، فيفترض أن يكونوا منبع الحماية، والرعاية، والمودة والرحمة بدافع الرجولة أو مسؤولية الزوج (6) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْدُوا إِتَّ اللَّهُ لَا يُحِبُّ

(1) _ أبو سنيينة محمد جمال ، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة عمان، 2005 ص56.

(2) _ عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت ج 01، ص467

(3) _ وقد اختلفت القوانين العقابية في الدول العربية في النص على هذا الحق بين اتجاهات ثلاثة، الأول منها نص صراحة على حق الزوج في تأديب زوجته كما هو حال المشرع الجزائري في المادة 36 في القانون رقم 11/84 في المادة 41 / 1 من قانون العقوبات نافذ، وكذلك المادة 53 من قانون العقوبات الإماراتي. أما الاتجاه الثاني فلم يأت على ذكر الأمثلة لحالات استعمال الحق وإنما جاء بنص مطلق لكل استعمال لحق تقررته الشريعة كما في المادة 60 من قانون العقوبات المصري التي نصت على «لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة» وهو أيضاً ما أخذت به قوانين العقوبات الليبي، والكويتي، والبحريني. أما الاتجاه الثالث فيتمثل في قوانين العقوبات اللبناني والسوري، والأردني والقطري والعماني، التي نصت على انه « لا يعد جريمة الفعل الذي يجيزه القانون... » محددة حالات إباحة تأديب الأولاد من قبل آبائهم وأساتذتهم، وإباحة العمليات الجراحية وغيرها دون أن تأتي على ذكر حق تأديب الزوجة.

(4) _ سورة النساء، الآية رقم: 34.

(5) _ محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي - بيروت الطبعة: الثانية -

1405 - 1985، وهو قطعة من حديث جابر الطويل في صفة حجته ﷺ (رواه مسلم 2 / 297 صحيح).

(6) _ جريدة الوطن يوم الأربعاء الموافق 5 ربيع الآخر 1427.

المُعْتَدِينَ ﴿١﴾.

وجاء عن النبي ﷺ قال في خطبة حجة الوداع: «ألا واستوصوا بالنساء خيرا لأن ما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا»⁽²⁾ ومع إجازة الضرب بمرره فقد أرشد ﷺ إلا أنه لا يضرب الخيار حيث قال: «ولن يضرب خياركم»⁽³⁾.

أما مقام استعمال هذا الحق فهو حالة نشوز الزوجة على ما أوجب الله عليها من معاشرة الزوج بالمعروف، كأن يدعوها إلى الفراش فلا تجيبه -دون وجود عذر شرعي-، أو خروجها من المنزل دون إذنه، أو تبذير ماله الذي أوتمت عليه⁽⁴⁾.

ولقد وضحت الشريعة الإسلامية حدود التأديب؛ إذ نصت على عدم إجازة اللجوء إلى الضرب إلا إذا لم يحقق الوعظ والهجر الغاية في إصلاح الزوجة، فنجدها قد اشترطت حتى ضمن نطاق هذه الوسائل حدودا معينة لا يمكن تجاوزها وإلا عد الزوج خاضعا للمسؤولية عن فعله⁽⁵⁾. ففي الوعظ مثلا لا يعتمد على التشهير بزوجه على الملأ أو يستخدم اللفظ الفاحش وفي ذلك يقول تعالى ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَدِلْ لَهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾⁽⁶⁾ لأن السب والقذف ليسا من الحقوق الشرعية التي تدخل ضمن حدود حق التأديب. أما فيما يتعلق بالوسيلة الثانية أي الهجر في المضجع، فقد حدده الفقهاء بما لا يزيد على مدة الإبراء المقدرة بأربعة أشهر لقوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾⁽⁷⁾ وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾⁽⁷⁾.

(1) _ سورة البقرة، الآية رقم: 190.

(2) _ ابن ماجه، السنن، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، رقم الحديث: 1851.

(3) _ البخاري، كتاب النكاح، باب حق المرأة على زوجها، حديث رقم: 484.

(4) _ فليس له حق تأديبها إذا لم تجبه لمعصية؛ لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

(5) _ الألفي محمد عبد الحميد، الجرائم العائلية والحماية الجنائية للروابط الأسرية، ط 1999، دار الفكر العربي، 1999، ص 145-146.

(6) _ سورة النحل، الآية رقم: 125.

(7) _ سورة البقرة، الآية رقم: 226-227.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

على اعتبار أن التنوع والترتيب بالوسائل يرجع إلى روح مقاصد الشريعة مراعاة للاختلاف في طبائع البشر فمن النساء من يكفيها الوعظ حتى لو كان بالإشارة، ومنهن من يفيد المهجر معها، لذلك فهذا الاتجاه من الفقه يذهب إلى أنه إذا كان مجرد إيهام الزوجة بإيقاع الضرب كافيًا لإصلاحها فلا يجوز العدول عن ذلك إلى إيقاع الفعل بها وبالمقارنة بين أدلة الرأيين يمكن ترجيح الرأي الأول لقوة الأدلة⁽¹⁾.

كما اشترط الفقهاء أن يكون المهجر داخل المنزل وليس خارجه، في حين اشترطوا في الضرب وهو الوسيلة الأخيرة أن يكون الضرب خفيفاً، بأن لا يكون مبرحاً، أو متلفاً فالفقهاء متفقون على ترتيب المسؤولية على الزوج في حالة خروجه عن حدود التأديب⁽²⁾، ورجحوا التدرج حتى الوصول إلى مرحلة الضرب وفي ذلك قال الخزقي من فقهاء الحنابلة «... وإذا ظهر منها ما يخاف نشوزها⁽³⁾ وعظها، فإن أظهرت نشوزاً هجرها، فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحاً»⁽⁴⁾.

و قال الكاساني بعدما بين حقوق الزوج على زوجته «ومنها ولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بأن كانت ناشزة، فله أن يؤدبها لكن على الترتيب فيعظها أولاً على الرفق واللين... فلعلها تقبل الموعدة وتترك النشوز، وإلا هجرها حتى تترك النشوز وإلا ضربها»⁽⁵⁾.

و اختلف الفقهاء في وقت اللجوء إلى الضرب إلى رأيين:

الرأي الأول: فالإمام مالك وأبو حنيفة⁽⁶⁾، يريان أن الضرب لا يكون لأول معصية وإنما يكون لتكرار النشوز والإصرار عليه، فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين، وإن عادت كان له أن يهجرها فقد يتحقق الوفاق بين الزوجين دون اللجوء إلى الوسيلة الثالثة، فإن عادت كان له أن يضربها، وحجة أصحاب هذا الرأي إن الواو وردت للترتيب، فضلاً عن أن قوله تعالى:

(1) _ عبد المؤمن الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2000، ج07، ص318.

(2) _ عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، المرجع السابق، ج 01، ص517-518.

(3) _ النشوز في اللغة: الارتفاع والعلو، ويراد به الارتفاع من المرأة وعصيانها وسوء عشرتها للزوج، والخروج عن الطاعة الواجبة في التفريط في حقوقه.

(4) _ ابن قدامي، المغني، دار الفكر بيروت لبنان 1984، ج08، ص129.

(5) _ الكاساني، بدائع الصنائع، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج02، ص494.

(6) _ ابن عابدين، حاشية رد المحتار إلى الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1979 ج4 ص79.

"فعضوهن" كان بصيغة الأمر، والأمر يدل على الوجوب، وتترتب المسؤولية بحق الزوج إن ضرب زوجته ما لم يستخدم الوسيلتين السابقتين على الضرب أي الوعظ والهجر قبل ذلك. والحجة في ذلك أن الآية الكريمة قد اتبعت هذا الترتيب في قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾⁽¹⁾، وبالتالي يستبعد التأديب بالضرب إذا تحققت الطاعة بالوسائل الأخرى، لقوله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾، عالج نشوز الزوجة على التدرج بأمور.

1- الوعظ والإرشاد: فإذا ظهر من الزوجة أمارات النشوز كأن لا تؤدي حقوقه عليها، فهذه يعظها ويخوفها بالله عز وجل، ويبين لها فضائل الطاعة، وحسن المعاشرة، وعقوبة المعصية؛ لئلا يستفحل الأمر، والموعظة عمل تهديء مؤثر، وهو أول واجب، ولكنه قد لا ينفع مع بعض النساء لهوى في النفس، أو استعلاء بجمال، أو جمال، أو جاه ونحو ذلك مما ينسي الزوجة أنها شريكة في حياة، وليست نداءً له.

2- والهجر حركة استعلاء نفسية من الرجل على كل ما تدلي به المرأة من جمال أو افتخار، وهو علاج نفسي بالغ، يفوت عليها السرور والاستمتاع، ولا يجوز للزوج أن يصرح بهجرها أمام الناس؛ لئلا يذلها ويهين كرامتها فتزداد نشوزاً وإصراراً، وقد لا تنفع هذه الخطوة مع بعض النساء الناشزات، فينتقل إلى ما بعدها إن أصرت على النشوز بالضرب غير المبرح.

3- الضرب إجراء ودواء يُلجأ إليه عند الضرورة، وهو وإن كان أعنف من الهجر فهو أهون، وأصغر من تحطيم بيت الزوجية بالفراق بسبب النشوز، والإصرار عليه، فإذا أصرت على النشوز ضربها ضرباً غير شديد ولا شائن، ويجتنب أثناء الضرب الوجه تكرامة له، ويجتنب أماكن الجمال؛ لئلا يشوهها، ويجتنب البطن وما يخشى منه الموت.

4- وهو ضرب تأديب مصحوب بعاطفة المؤدب المربي، فليس ضرب تعذيب للانتقام والتشفي، ولا ضرب إهانة للتحقير والإذلال. ويكون باليد على كتفها، أو بوسيلة خفيفة؛ لأن القصد التأديب لا التعذيب⁽³⁾.

(1) _ سورة النساء، الآية رقم: 35

(2) _ سبق تخريجه،

(3) _ إذ أن الضرب لا يكون خفيفاً وبسيطاً إلا إذا أستعمل الزوج يده في الضرب، وعلى العكس يكون الضرب شديداً، إذا لجأ الزوج إلى العصا أو أية آلة أخرى معدة للإيذاء، ومن باب والى إذا استخدم قدمه في الضرب، إذ لا نكون في هذه الحالة إمام ضرب ولا صفع حتى وإنما أمام رفس.

قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالَّذِينَ حَفِظْتُ لَهُمْ فَتُنْتُ حَفِظْتُ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّي تَخَافُونَ ذُؤُورَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿١﴾

5- وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أصبَحْنَا يَوْمًا وَنِسَاءَ النَّبِيِّ ﷺ يَبْكِينَ، عِنْدَ كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْهُنَّ أَهْلُهَا، فَخَرَجْتُ إِلَى الْمَسْجِدِ، فَإِذَا هُوَ مَلَأَنُ مِنَ النَّاسِ، فَجَاءَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، فَصَعَدَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَهُوَ فِي غُرْفَةٍ لَهُ، فَسَلَّمَ فَلَمْ يُجِبْهُ أَحَدٌ، ثُمَّ سَلَّمَ فَلَمْ يُجِبْهُ أَحَدٌ، ثُمَّ سَلَّمَ فَلَمْ يُجِبْهُ أَحَدٌ، فَناداهُ، فَدَخَلَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: أَطَلَقْتَ نِسَاءَكَ؟ فَقَالَ لَا، وَلَكِنْ آيَتٌ مِنْهُنَّ شَهْرًا فَمَكَثَ تِسْعًا وَعِشْرِينَ، ثُمَّ دَخَلَ عَلَى نِسَائِهِ. (2)

أما الرأي الثاني وهو في مذهب الشافعي أنه من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكررت المعصية أو لم تتكرر وسواء سبق الضرب وعظ، وهجر أم لم يسبق شيء من ذلك. وحجة أصحاب هذا الرأي أن عقوبات المعاصي لا تختلف بال تكرار وإن الواو التي وردت في الآية الكريمة جاءت لمطلق الجمع وليس للترتيب مما يبني عليه أن لا مسؤولية على من يضرب زوجته لأول معصية لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة شرعا ولكنهم قرروا أن التلف الناتج عن ضرب الزوج لزوجته يعد جناية موجبة للضمان؛ لأنه بالتلف تبين أنه تجاوز الحد والمقصد المشروع (3).

وعليه فالتأديب عن طريق هذه الوسيلة، ليس حقا مطلقا للزوج وإنما مقيد بحدود لا يجوز تجاوزها، بأن لا يكسر عظما، ولا يدمي جسدا، ولا يشوه خلقة (4).

فيمنع اللجوء إلى التأديب بالضرب إذا كانت الزوجة ممن لا ينفع معها الضرب، بل العكس سيعطي نتائج عكسية كأن تكون ذات كرامة عالية، أو منصب اجتماعي مرموق لا يقبل مثل هذه الممارسات وتعددها عنفا ضد المرأة بأن يقوم بجرها من شعرها، وصفعها على وجهها،

(1) سورة النساء، الآية رقم: 34

(2) لبيخاري، كتاب النكاح، باب هجرة النبي صلى الله عليه و سلم نساءه في غير بيوتهن، حديث رقم: 4907

(3) حسن السيد حامد خطاب، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، إيتراك للنشر والتوزيع، مصر، 2002، ص 64- 65.

(4) عملا بالثابت من الأحاديث النبوية الكثيرة في هذا المقام والتي منها: قول النبي ﷺ: «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها آخر اليوم».

الباب الأول: الفصل الثاني: عملة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

ورأسها، ورفضها برجله فهذا لا يعتبر حقا بقدر ما يعد تعديا؛ لأن حق تأديب الزوج لزوجته وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي هي مصدر هذا الحق يشترط أن لا يكون فيه إذلال أو تحقير أو أن يكون تأديب الزوج مصحوبا بالعاطفة.

أما موقف المشرع الجزائري من التأديب فيمكن معالجته من خلال الجمع بين نصوص قانون الأسرة، وقانون العقوبات حوله ففي قانون الأسرة نجد إن إلغاء المواد المتعلقة بالتأديب من قانون الأسرة القديم⁽¹⁾ التي نصت على التأديب كحق للزوج⁽²⁾ ومنها نص المادة 01/39 من قانون الأسرة: «يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة»⁽³⁾، والتي يستفاد منها بإباحة تأديب الزوج لزوجته وبالتالي يكون الفعل المرتكب في ممارسة حق دون إساءة استعماله لا يعد جريمة. ومع انضمام الجزائر لاتفاقيات الدولية التي تحظر أي شكل من أشكال التمييز ضد المرأة فشأنها شأن الدول الإسلامية الموقعة على الاتفاقية⁽⁴⁾ هو رفع هذه المادة تماشيا مع بنود الاتفاقية، وكذا مساندة لبعض الاتجاهات المعاصرة المدافعة عن حقوق المرأة والمطالبة بالمساواة، والمفسرة واجب الطاعة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية تفسيرا خاطئا بعيدا كل البعد عن مبادئها وبسبب تجاهل مكانة الرجل في الوقت ذاته، وقوامته في الأسرة أيا كانت صفته أبا كان أم زوجا⁽⁵⁾، ولكن ذلك لا يعني بالضرورة إلغاء النص على التأديب كونه يمكن تضمينه لعموم المادة 222 من قانون الأسرة بنصها «كل ما لم يرد النص عليه النص في هذا القانون يرجع فيه على

(1) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ حق تأديب الزوجة رفع النص عليه صراحة عند المشرع في المادة 36 من القانون 09/05 ، لعدة أسباب يأتي في مقدمتها توقيع الجزائر على اتفاقيات تحظر مثل هذه التصرفات كاتفاقية سيداو القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ال...، وكذا المكاسب التي حققتها المرأة في الوقت الحاضر من إنجازات ومزايا (وان كانت من الناحية الصورية).

(3) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ كاتفاقية سيداو أو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الموقعة في: والتي

2- Carin Benninger – Budel / Violence against women in Indonesia / Implementation of the convention on the Elimination of all forms of Discrimination against women /committee on the Elimination of Discrimination against women /Eighteenth Session

(5) _ ابن مشري عبد الحميد، ضوابط تأديب الزوجة بين الشريعة والقانون، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر. بسكرة، العدد السادس، ص40.

أحكام الشريعة الإسلامية»⁽¹⁾.

أما عن موقف قانون العقوبات فتجسد من خلال المادة 39 «لا عقوبة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون»⁽²⁾. فلفظ القانون جاء مطلقا يعبر عن كل قاعدة قانونية سواء كانت مفرغة في نص تشريعي أم لم تكن بمعنى الموازاة مع نصوص قانون الأسرة فقد يكون نصا تشريعيًا، أو قاعدة واردة في الشريعة الإسلامية؛ ذلك أن نصوصها ترتقي بالحقوق إلى مرتبة الحقوق القانونية، وعليه فإن تأديب الزوجة يعد من تطبيقات استعمال الحق أو إذن القانون⁽³⁾. كما يمكن اعتباره من خلال مجمل نصوص التشريع الجزائري، حيث نجد نص المادة الثانية من الدستور تنص على ما يلي: «الإسلام دين الدولة»⁽⁴⁾. غير أن هناك من يرى بأنه لا يمكن التسيب به عند القاضي الجزائري فإذا قدمت الزوجة شكوى ضد الزوج بسبب الضرب فإن الحكم سيكون لصالحها استنادا إلى المواد 264 وما بعدها من قانون العقوبات التي قسمت جريمة الضرب والجروح العمدية إلى أربعة تقسيمات تشترك في العناصر العامة المكونة للجريمة وهي العنصر المادي⁽⁵⁾ والمعنوي⁽⁶⁾ وهي: الجروح⁽⁷⁾. الضرب⁽⁸⁾. العنف والتعدي الجسيمين. العنف والتعدي البسيطين⁽⁹⁾ ويستنبط من هذه المواد بأن المشرع قرن العنف بمدة العجز عن ممارسة العمل إلى أربعة أقسام⁽¹⁰⁾.

(1) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ الأمر 156/66 ، المؤرخ في 18 صفر 1386 ، الموافق 08 يونيو 1966 ، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

(3) _ بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، مطبعة عمار قرني باتنة، 1992، ج1 ص101

(4) _ ورد نصها في دستور 1989 المعدل يوم 28 نوفمبر 1996

(5) _ العنصر المادي : يتمثل في العنف والتعدي الخالي من كل تفكير في إحداث الوفاة، حتى لا نكون بصدد محاولة قتل عمدي تظهر بالبداية في التنفيذ، ويجب مبدئيا أن يمارس الفعل المشكل للعنف ضد شخص إنسان وليس ضد الأشياء.

(6) _ العنصر القصدي : ويتحقق بمجرد الإرادة وارتكاب فعل الاعتداء. أي يسأل عن جميع النتائج حتى ولو كانت غير متوقعة من قبله، ولا يهتم الغلط في الشخصية أو سوء التصويب من قبل الفاعل، كما لا يعد رضا الضحية سببا لعدم المسؤولية.

(7) _ الجروح: وهي إصابات الجسم الإنساني الناتجة عن الاحتكاك أو الاصطدام بشيء مادي: كتمزق الجلد أو أنسجة الجسم والخدوش، الكسور، .. الخ.

(8) _ الضرب : وهو كل علامة أو أثر يحدث على جسم الإنسان بواسطة ضغط أو دفع حتى ولو لم يسبب جروحا.

(9) _ العنف البسيط مخالفة معاقب عليها بالمادة 442 مكرر 1 ق.ع.ج.

(10) _ قرن المشرع بين جرائم العنف والظروف الملازمة لارتكابه تشديدا، وتخفيفا وبين نوع ودرجة العقوبة المسلطة على الجاني في المواد 164 وما بعدها من قانون العقوبات. وأسس عناصر هذه الجرائم في أربعة، اثنان مشتركان في كل جرائم الضرب والجرح العمديين وهما: الفعل المادي والعنصر المعنوي، واثنان آخرا خاصان بالعنف المؤدي إلى الوفاة وهما: وفاة

الباب الأول: الفصل الثاني: عملة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

وعليه نستنتج أن حق التأديب مقيد بشروط وأسباب محددة من: صدور نشوز من الزوجة، وأن يلتزم الزوج بمراحل التأديب ووسائله، وكذا الغاية من تشريعه شرعا، وقانونا، فإذا ما ثبت تعسف الزوج في استعمال هذا الحق سواء بترتيب ضرر فاحش لحق الزوجة ناجم عن الضرب المبرح أو تجاوز مدة المهجر، أو بمعرفة قصد الزوج هل هو الانتقام أو الإيذاء وذلك بالنظر إلى قرائن الأحوال كأن تجاوز المراحل المحددة لعلاج النشوز بأن تجاوز مرحلة النصح والمهجر إلى الضرب مباشرة وذلك وفق سلطة القاضي التقديرية، فإذا ما ثبت التعسف من الزوج في استعمال هذا الحق سقط عن فعله صفة الإباحة وأصبح في مركز مسؤولية جنائية ومدنية⁽¹⁾

أعمال العنف العمدية في قانون العقوبات تشتمل وفق نص المادة 264 قانون العقوبات كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100000 مائة الف إلى 500000 خمس مائة ألف إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مر عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشرة يوما.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحرم الفاعل من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة 1 على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر.

وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر احد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس على عشر سنوات.

وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة⁽²⁾.

ف طالما أن قانون العقوبات هو قانون وضعي⁽³⁾ لم ينص على الأخذ بما هو مقرر في الفقه

ضحية العنف وصلة السببية المؤثرة ما بين وفاة الضحية والعنف.

بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ج1، ص364-365.

(1) _ الحديثي عمر فخري، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، ط1، 2011 ص150.

(2) _ عدلت 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 الجريدة الرسمية 84 ص22

(3) _ بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، 2003، ص119-120

الإسلامي فيما يتعلق بهذه المسألة⁽¹⁾ ومن خلال عرض الاتجاهين المفسرين لإرادة المشرع فيما يتعلق بمسألة تأديب الزوجة، جاء مشروع تعديل قانون العقوبات بهذه الاقتراحات الجديدة التي تجرم من خلال النصوص التي تناولت حالات العنف بين الزوجين وأنه لا يعد أمرا أسريا داخليا سيما في حالة التعسف والعود وإن تباعدت الجرائم المقترفة عن بعضها البعض من حيث التكيف والوصف القانوني، ، حيث تم استحداث مادة جديدة تقر بحماية الزوجة من الاعتداءات العمدية التي تسبب لها جروحا أو عاهة أو بتر أحد أعضائها أو الوفاة مع إدراج عقوبات متناسبة مع الضرر الحاصل للضحية، وتضع المادة الجديدة صفح الضحية حدا للمتابعة القانونية وجاء في التعديلات الجديدة أيضا على تجريم أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي، أو النفسي، أو المعاملة المهينة، الذي بحكم تكراره يبين إصرارا على إيذاء الضحية كما شدد المشرع في العقوبة حسب المادة 266 مكر: حماية خاصة لأحد الزوجين من الاعتداءات العمدية التي يحدث جروحا أو يسبب بتر عضو، أو عاهة مستديمة أو تؤدي إلى الوفاة مع تحديد العقوبات المناسبة مع الضرر الحاصل وتكون أكثر شدة إذا ما وقعت بين غيرهم في ظروف عادية وتتراوح العقوبات بين 3 و5 سنوات سجنا، وقد تصل العقوبات إلى حد الحبس بين 10 و20 سنة إذا نشأ عن الضرب والجرح فقد عضو أو بتر أحد الأعضاء أو عاهة مستديمة، كما قد يواجه الرجل المعنف عقوبة السجن المؤبد إذا أدى الضرب إلى الوفاة، حتى دون قصد إحداثها، ولا يستفيد من ظروف التخفيف.

فبخصوص العنف الجسدي، واللفظي المرتبط بالحياة الزوجية تم استحداث هذه المادة التي تقر حماية الزوجة من الاعتداءات العمدية التي تسبب لها جروحا، أو عاهة، أو بتر أحد أعضائها، أو الوفاة مع إدراج عقوبات متناسبة مع الضرر الحاصل للضحية.

كما نصت المادة 266 مكرر 1: «يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات كل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تأثر على سلامتها البدنية أو النفسية. يمكن إثبات حالة العنف الزوجي بكافة الوسائل.

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية. كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق ، وتبين أن الأفعال

⁽¹⁾ _ عكس قانون الأسرة الذي أخذ بالإحالة إلى نصوص الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص وفق ما هو مقرر في المادة 222 منه

ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.

لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حامل أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت تهديد السلاح.

حتى تصبح من الأوصاف التي تؤدي إلى تشديد العقوبة شأنها في ذلك شأن مختلف أنواع الاعتداء على الأصول والفروع، سواء نتج عنها مرض، أو عجز تتجاوز مدته عشرين يوما أو تقل عن ذلك، أو لم ينتج عنها مرض أو عجز أصلا، وسواء أدت إلى إحداث عاهة دائمة أو أدت إلى الموت دون نية إحداثه»⁽¹⁾.

«بالرغم من المكاسب التي حققتها المرأة الجزائرية غير أن مظاهر العنف والتمييز التي تتعرض لها يهدد حقوقها المكتسبة ويقوض مسار ترقيتها، وبالرغم من مما حقته المرأة من تفوق في مختلف المجالات فهي لا تزال ضحية للعنف والتمييز باستمرار في الحياة العائلية، والمهنية، والفضاء العمومي مما تطلب وضع إطار قانوني لمعالجة هذه الظواهر»⁽²⁾.

المادة 279 «يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة التلبس بالزنا»⁽³⁾.

كما نجد نص المادة الأولى من القانون المدني «يسري القانون على جميع المسائل التي تناو لها نصوصه في لفظها أو في فحواها إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية»⁽⁴⁾ وكذا نص المادة 222 من قانون الأسرة بنصها «كل ما لم يرد النص عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»⁽⁵⁾، ومما سبق تتضح أن حق التأديب مشروع وأذن به المشرع الجزائري، وهو ما نجده مجسدا من خلال تطبيقات المحكمة العليا التي جاء في إحدى قراراتها «حيث أنه وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه وإلى عريضة الطاعن

(1) _ القانون 15-19 المؤرخ في: 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم. لأمر 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات.

(2) _ تصريح الطبيب لوح حول تعديلات التي مست قانون العقوبات، تاريخ الإطلاع عليه: 20 يناير 2016، موقع الإنترنت: <http://www.aps.dz>.

(3) _ الأمر 156/66، المؤرخ في: 18 صفر 1386، الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

(4) _ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 27 فير 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(5) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

ووقائع الملف يتبين أن قاضي الموضوع عندما قضى بتطبيق المطعون ضدها تأكد لديه توفر الضرر المعترف شرعاً وذلك باعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي»⁽¹⁾ «... متى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التخليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها، وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التخليق والتعويض معاً، لثبوت تضررها عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون»⁽²⁾.

لكن الفهم والتفسير الخاطئ لمبادئ الشريعة الإسلامية من طرف بعض الأزواج يكون تأديب الزوجة يعني استباحة جميع حقوقها أدى إلى استفحال الظاهرة، فحق الزوج في التأديب يدور مع علته وجوداً وعدمها وهي الإصلاح، فإذا ما أراد الوصول إلى غرض آخر؛ عد سيء النية وكان فعله معاقباً عليه. كأن يريد بالتأديب الزوجة الانتقام منها لأجل تحقيق مآرب أخرى كحملها على الإنفاق من مالها على الأسرة مثلاً. عد المبرر غير مشروع وبالتالي رفع الإذن به حتى وإن كان من حيث الجسامة في الحدود المرخص بها في الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

ب - صور إخلال الزوج بحقه في تأديب زوجته:

صور إخلال الزوج بحقه في تأديب زوجته في حالتين الأولى حالة تجاوز الزوج لحدود حقه في التأديب والثانية في تعسفه في استخدام حقه في التأديب وفيما يلي نبين المقصود بكل من الصورتين.

1- **التجاوز في استعمال حق التأديب**⁽⁴⁾: لتحقق التجاوز في استعمال حق التأديب لابد من تحقق شرطين وهما:

أ- توافر سبب التأديب، فلا يصح القول بتجاوز التأديب إلا مع قيام ذلك الحق.

(1) _ المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث، 2001/01/23، ملف رقم: 25855 المحلة القضائية 2002، العدد الثاني ص 417.

(2) _ المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث، 1999/05/18، ملف رقم 192665، المحلة القضائية، عدد خاص، ص 116

(3) _ داوود صباح سامي، تأديب الزوجة بين الإباحة والتجريم، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2010، ص 252.

(4) _ التجاوز اصطلاحاً بأنه خروج الفعل من دائرة المباح عن عمد أو خطأ، أو هو تخطي الحدود المقررة للإباحة قانوناً سواء عمداً أو خطأً أما في القانون فيقصد به الخروج على حدود الإباحة المرسومة قانوناً وذلك باستخدام قوة لات تناسب مع حدود الحق ولا تتجاوزها.

ب- الخروج عن الحدود المرسومة لحق التأديب ذلك أن غاية النظام القانوني هو التوفيق بين مصالح الأفراد والمصلحة العامة فلا يسمح بطغيان مصلحة على أخرى إلا في حدود تلك الغاية. وتجاوز حدود هذا الحق قد يكون عمداً وقد يكون في صورة الخطأ أيضاً، فيتحقق التجاوز العمدي عندما يتعدى الزوج حدود حقه في التأديب وهو يعلم بذلك ويريد، أي علم الفاعل بحقيقة أفعاله من جانب وإرادة إحداث النتيجة المعاقب عليها من جانب آخر⁽¹⁾. الغاية من التأديب:

2- التعسف في استعمال حق التأديب⁽²⁾: يلزم أن يقترن بسوء نية الجاني الذي يتخذ من استخدام الحق المشروع؛ وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع⁽³⁾. ومن هنا أيضاً تكمن أهمية التفرقة بين التجاوز والتعسف في استخدام الحق، فالحق في تأديب الزوجة قد أبيض لتقويم وتصحيح سلوك الزوجة في حالة نشوزها فالغاية هي الإصلاح، أما إذا ابتغى الزوج غاية أخرى غيرها فلا وجود للحق ولا للإباحة، وتتحقق المسؤولية الجزائية.

وهذا التعسف قد يتصور أيضاً في الوسيطتين الأخيرتين وهي الوعظ والهجر، فمن يهجر زوجته من غير سبب سوى الإضرار بهما أو إجبارها على فعل غير مشروع أو حتى لو كان مشروعاً لكن لغیر الغاية التي حددها الشارع. فأنحراف قصده عن غاية الإصلاح أخرج الفعل من إطار المشروعية إلى دائرة المسؤولية بصرف النظر عن البواعث الدافعة للتصرف محل التجريم. لأنه ناقض مقصد الشارع الحكيم من إيجاد الحق، وأن التجاوز يحول تصرفه إلى اعتداء على الزوجة، وبالتالي فلا ضرر ولا ضرار⁽⁴⁾.

فإذا كانت الحقوق في الشريعة الإسلامية، مقررة بمقاصدها فإنها عند المشرع نسبية وليست مطلقة ومفاد ذلك أن لصاحب الحق أن يمارس حقه في الإطار المرسوم قانوناً لهذا الحق، وفي التأديب المباح لا يجوز للزوج أن يقصد غير التأديب المباح من تهذيب الزوجة وإصلاح حالها،

(1) إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل العدد رقم: 22، ص 23.

(2) يقصد بالتعسف اصطلاحاً بأنه استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع أو هو استعمال للحق مما يؤدي إلى الإضرار بالغير فهو يخالف المقاصد والأهداف التي رسمها وحددها الشرع أو القانون على نحو يسبب الإضرار بالغير

(3) وهذا ما يتفق مع تعريف التعسف لدى الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط الثالثة، 1984 ص 193.

(4) سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار البعث قسنطينة، 1989، ص 207.

فالتأديب مقرر في القانون بنطاقه؛ فمتى ما وجد الانحراف عد تعديا موجب للجزاء⁽¹⁾.

ج - جزء الإخلال بحق التأديب من خلال إباحة تأديب الزوجة يعتبر استعمالا للحق مقرر بمقتضى القانون:

تأديب الزوج زوجته في حدود ما هو مقرر شرعا أو قانونا، أو عرفاً... أي أن أفعال الضرب والعنف التي يمارسها الزوج تجاه زوجته؛ واستناداً للقانون تعد من قبيل استعمال الحق، الذي يعد هو سبب من أسباب الإباحة، والتي بمقتضاها لا يمكن مساءلة الزوج جزائياً، ولا مدنيا عما يوقعه من اعتداء على زوجته. بما أنه استخدم حقه المنصوص عليه قانونا، لذلك فإن الإخلال الزوج بحقه في تأديب زوجته سواء أكان بصورة التجاوز أو التعسف، يترتب عليه جزاء وهو يختلف باختلاف المسؤولية التي ترتبت عليه، فالفقه الإسلامي والقانون متفقان فيما يتعلق بمسألة منع التعسف في التأديب الزوج لزوجته، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الاستناد إلى هذا الحق لارتكاب العنف ضد الزوجة، وأن ذلك سيوقعه حتما تحت طائلة التجريم والعقاب⁽²⁾.

ولعل من أهم التدابير المنصوص عليها في قانون العقوبات المعدل استحداث مادة جديدة مكررة تقرر حماية الزوجة من الاعتداءات العمدية لتجريم وكذا أي شكل من أشكال التعدي، أو العنف اللفظي، أو النفسي، أو المعاملة المهينة الذي يحكم تكراره يبين إصرار على إيذاء الضحية ويتخذ العنف شكل التعدي الجسدي الذي لا تنجر عنه بالضرورة جروح التي تسبب لها جروحا أو عاهة أو بتر أحد أعضائها أو الوفاة مع إدراج عقوبات متناسبة مع الضرر الحاصل للضحية. ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة القانونية حفاظا على فرص استمرار الحياة الزوجية، المادة 266 مكرر⁽³⁾.

و لعل أهم صور الجزاء المترتب على هذا الإخلال.

أ - الجزاء العقابي الذي سبق تقريره.

ب - الجزاء المدني: إذ أن للزوجة التي تتعرض للعنف البدني والنفسي مما يعد إخلالا من

(1) _ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003، ص 209

(2) _ أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2000، ص 50.

(3) _ القانون 15-12 المتضمن تعديل قانون العقوبات.

الزوج بحقه في التأديب الحق من الناحية المدنية المطالبة بحقوقها على الوجهين التاليين:

1 - التعويض عن الضرر البدني والنفسي: فللزوجة الحق بالمطالبة بالتعويض⁽¹⁾ عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابها نتيجة إخلال الزوج بحقه في التأديب، فالتعويض هو جبر للضرر الذي يلحق بالشخص وحق المحني عليها في التعويض يعني حقها في الحصول على ما يجبر الضرر ممن أوقعه أو تسبب في وقوعه على أساس تحقق أركان المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

2 - حق الزوجة في طلب التفريق: وفي حالة الإخلال بحقوق فأن للزوجة اللجوء إلى الأجهزة القضائية، إذ يعد وجود سلطة قضائية ضمانه مهمة من ضمانات تمتع المرأة بحقوقها، عن طريق التجسيد العملي للنصوص القانونية، فهو من أهم أسس الالتزام بسيادة القانون. وحق التقاضي حق مكفول بالتساوي للمواطنين، ويبين النظام الإجراءات اللازمة لذلك⁽³⁾، ويثبت حق الزوجة في طلب التفريق استناداً لإخلال الزوج في حقه بالتأديب بكافة صورته سواء الغلو في المهجر في المضجع، قياساً على المهجر كدرجة ثانية للتأديب في الشريعة الإسلامية، أو بصورة الضرب المادة 53/ 10 فيعطيها الحق في طلب التفريق إذا هجرها زوجها مدة تزيد عن أربعة أشهر، أما فيما يتعلق بطلب التفريق جزاء إخلال الزوج بحقه في التأديب بوسيلة الضرب فإن قانون الأسرة اعتبره إضرار بالزوجة إذ تستطيع بموجبه طلب التطبيق وهذا ما أكدته المحكمة العليا

(1) - استناداً للقواعد العامة للقانون المدني؛ خاصة المتعلقة منها بالمسؤولية التقصيرية المادة 124 وما بعدها.

(2) - أن من أهم الأسباب والدوافع المفسرة للعنف ضد الزوجة هي كالآتي:

- تعاطي الكحول والمخدرات. وجود خلل نفسي عند الزوج، الحالة الاجتماعية والتخلف، التنشئة الاجتماعية الخاطئة، وما يفرضه الوالدان من بعض المفاهيم الخاطئة لدى أطفالهم بالترقية في المعاملة بين الصغار الذكور والإناث من ترسيخ لمفهوم خضوع الأنثى للذكر في العائلة.

السلوك المستفز ل الزوجة: كأن تقلل احترامه وتعمل على استفزازه لفظياً مما يفقده السيطرة على نفسه وجعله لا يتحكم في تصرفاته.

تميز الزوجة الاجتماعي والاقتصادي: فقد يحدث العنف كرد فعل من قبل الزوج نتيجة لشعوره بتفوق زوجته في العمل أو التعليم كما إن النزاعات بشأن الأموال وحق الزوجة في الاستقلالية الشخصية ومحاولته هو بالمقابل إبقاءها في ضائقة مالية أو إجبارها على تسليم أجورها وامتيازاتها الحكومية الممنوحة لها في بعض النظم الاجتماعية، قد يكونان من ضمن هذه الأسباب أيضاً....

فقد تتداخل بعض هذه الأسباب كلها أو جزء منها مع البعض الآخر في أغلب الأحيان فتدفع الجاني إلى السلوك العنيف تجاه زوجته، فهذه الظاهرة الإجرامية ما هي إلا تعبير عن مجموعة من العوامل الشخصية والبيئية وأن اختلفت في درجة التأثير.

بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المطلقة في الجزائر، مقال صادر. مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية، العدد: 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو لكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 91 وما بعدها.

(3) www.nfsp.org.sa/supportingcenter الحماية القانونية للمرأة، تاريخ النشر 2015 /06/05

في أحد تطبيقاتها حيث جاء في قرارها «حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن الطاعن الزوج عوقب من أجل جنحتين الضرب والجروح العمدية ضد زوجته، وكذلك تعرض الأولاد القصر لخطر وسوء السلوك، وهذا يعد ضرراً معتبراً شرعاً وحسب الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة، وبالتالي قضاة المحكمة طبقوا القانون تطبيقاً سليماً»⁽¹⁾، وجاء في قرار آخر أن «ضرب الزوجة المبرح يعبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي يتوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، وإلى العريضة، تؤكد توفر الضرر المعتبر شرعاً»⁽²⁾ ففي الشريعة انقسم الفقهاء المسلمون بين رأيين يذهب أولهما إلى أنه لا يجوز طلب التفريق للضرر انطلاقاً من أن الضرر الواقع على الزوجة بالضرب أو الاعتداء عليها أو إهانتها يكون أهون من الضرر الذي يصيب الحياة الزوجية لو تم التفريق، فإن مهمة القاضي تنحصر في الإصلاح ما بين الزوجين، فأما لم يوفق في إصلاح ذات البين فله أن يفرق بينهما وهو اتجاه فقهاء المالكية والرأي الثاني للشافعية والرواية الثانية عن الإمام أحمد بن حنبل؛ إذ ضرب الزوجة لدى فقهاء الشريعة يدخل ضمن الرخصة وليس العزيمة⁽³⁾.

3: الإصلاح بينهما بواسطة الحكيم

عند تفاقم النزاع بين الزوجين، وتكرر شكواهما ولا بينة مع واحد منهما ولم يقدر على الإصلاح بينهما بعث القاضي وللزوجين أن يبعثا الحكيم دونه، إن ارتفعا إليه حكيم حكماً من أهل الرجل وحكما من أهل المرأة من أهل العدالة وحسن البصيرة؛ فإن لم يكن في أهلها من تتوفر فيه هذه الخصال بعث من غيرهما، وعليهما أن يسعيا بالإصلاح فإن لم يستطيعا كان عليهما أن رأيا أن يفرقا فرقا

والحكمان وكيلان عن الزوجين، ولهما أن يفعلا ما فيه مصلحة الزوجين من جمع أو تفريق

1 قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ

يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽⁴⁾

2- وقال الله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ

(1) _ المجلة القضائية، القرار الصادر بتاريخ: 06-01-1996 العدد 54، سنة 1999، ص 1100.

(2) _ المجلة القضائية، قرار رقم: 258555، المؤرخ في: 23/01/2001، العدد 02، سنة 2002، ص 419.

(3) _ أبو العباس عادل عبد المنعم، الزواج والعلاقات الجنسية في الإسلام، مكتبة القرآن، القاهرة، ص 117.

(4) _ سورة النساء، الآية 35.

إِصْلَاحِ بَيْنِ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿١﴾

4- التفريق إذا تعذر الإصلاح

إذا لم يحصل الجمع بين الزوجين، وتعذر الإصلاح والتوفيق بينهما، أجبر الحاكم الزوج على خلعه أو فسخها أو طلاقها بعوض أو بدون عوض؛ لأنه تعذر الإصلاح، فلم يبق إلا الطلاق، فلا ضرر ولا ضرار:

1- قال الله تعالى ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٢﴾

2- وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، مَا أَعْتَبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حديقته قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اقْبَلِ الحديقة وطلقها تطليقة». (3)

بالنسبة لعبء الإثبات فالواقع العملي أصبح يعتبر أن مجرد تصريحات المرأة التي تدعي العنف ذات مصداقية، حيث يمكن معالجة صعوبة إثبات العنف الزوجي، الذي عادة ما يقع وراء أبواب مغلقة، وأصبحت مسألة الإثبات تفرض إيجاد مقاربة جديدة بعيدة عن الأسلوب التقليدي مجرد الاقتصار على العقوبات السالبة للحرية، ولقد نص التعديل الجديد بقانون العقوبات على معاقبة كل شكل من أشكال العنف من: الضرب والجرح، أو أي نوع من الإيذاء ضد أحد أفراد الأسرة من الزوجة، والأصول، والفروع من أجل تجسيد حماية الأسرة، وكذا لمسيرة مجموعة من المستجدات التي عرفتها قوانين أخرى محليا، ودوليا، وتجسيدها لمبدأي الحرية والمساواة (4).

ثانيا: الجرائم المرتبطة بالعنف الجنسي: وذلك بتعريفه وكذا الإشارة إلى بعض الجرائم

المتعلقة به.

(1) _ سورة النساء، الآية 114.

(2) _ سورة البقرة، الآية رقم: 229.

(3) _ البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع و كيفية الطلاق هيه، حديث رقم: 5273، ج3 ص406

(4) _ قانون رقم 15-19 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

تعرف منظمة الصحة العالمية العنف الجنسي بأنه: أي فعل جنسي، أو محاولة للحصول على فعل جنسي، أو تعليقات أو تحرشات جنسية غير مرغوب فيها، أو أفعال مشبوهة موجهة بطريقة أو بأخرى، ضد الحياة الجنسية للشخص باستخدام الإكراه، من قبل أي شخص بغض النظر عن علاقته بالضحية فهو إجبار الشخص على الانخراط في ممارسة الجنس رغماً عنه، سواء باستخدام القوة أم التهديد من أجل الحصول على مشاركة في نشاط جنسي غير مرغوب فيه⁽¹⁾.

فقد يتخذ العنف صوراً أخرى مغايرة عن الإيذاء المادي للزوجة، بإكراهها على الواقعة الجنسية والذي تكاد تجمع أغلب التشريعات العقابية على عدم تجريم المعاشرة القسرية، أو المعاقبة عليها، بما في ذلك المشرع الجزائري فوفقاً لأحكام قانوني الأسرة والعقوبات لا يسأل الزوج عن جريمة اغتصاب زوجته إذا وطئها بالقوة.

حيث لم يشر المشرع إلى طبيعة العلاقة التي تجمع الجاني بالضحية، أي صفته مما قد يدخل في نطاق النص الزوج الذي يواقع زوجته كرها، فيما يسمى الاغتصاب الزوجي، أو العنف للوصول للجماع، كما هو جار به العمل في بعض التشريعات الأجنبية؛ إذ أن قانون الأسرة المنظم لعلاقة الزوجين، لم يتطرق إلى هذه المسألة وإنما يرجع في تفصيلها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي تعتبر استمتاع الزوج بزوجه من مقتضيات عقد الزواج⁽²⁾، والتي تخرج هذه الحالة من نطاق الاغتصاب، أو العنف.

فطبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية على النقيض عنه يعد رفض الزوجة للمعاشرة نشوراً يعطي للزوج الحق في معاقبتها وتأديبها، إلا إذا وجد ما يبرره كما لو كانت مريضة أو نفساء، أو كان الزوج مصاباً بأحد الأمراض الجنسية كالزهري، أو السيلان، أو الايدز. وحتى في هذه الحالة لا يعد الزوج مسئولاً سوى عن جريمة تمس الحق في سلامة الجسم لتسببه بنقل المرض إليها، غير أننا نجد إن هناك بعض التشريعات المقارنة قد اعترفت بهذا الفعل بوصفه جريمة محددة عقوبة مرتكبها⁽³⁾.

و من أهم الجرائم المرتبطة به ما يأتي:

(1) www.who.int/mediacentre موقع منظمة الصحة العالمية على الإنترنت، بعنوان، العنف الممارس ضد المرأة من

قبل شريكها المعاشر والعنف الجنسي الممارس ضدها، نوفمبر 2014

(2) عملاً بالإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من قانون الأسرة

(3) أمل فاضل عبدو الحشان، **العنف ضد المرأة**، دراسة مقارنة في القانون الجنائي والقانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد 2002 وتأتي في مقدمة هذه الدول بريطانيا.

1- جريمة التحرش الجنسي يعتبر التحرش الجنسي انتهاكا لحرمة المرأة الجسدية والمعنوية

يمكن أن نعرف التحرش بأنه «أي فعل أو قول يحمل دلالات جنسية تجاه شخص آخر، ويتأذى منه ذلك الشخص، ولا يرغب فيه».

و يتخذ التحرش صور مختلفة، منها:

-تحرش جنسي باللفظ: مثل إصدار أقوال خادشة للحياء أو ألفاظ جنسية مهينة وفاحشة

أو ألفاظ واصفة بطريقة مبتذلة ومسيئة لأعضاء المرأة الأنثوية.

-تحرش جنسي باللمس: مثل الاحتكاك الجسدي والمداعبة الجنسية باللمس باستخدام اليد

أو الجسم كله ضد أماكن حساسة، و جنسية في جسد المرأة.

ويعرّف بـ «الإمعان في مضايقة الغير بتكرار أفعال، أو أقوال، أو إشارات، من شأنها أن

تنال من الكرامة، وأن تخدش الحياء وذلك بغاية حملة على الاستجابة لرغباته أو رغبات غيره

الجنسية أو ممارسة ضغوط عليه من شأنها إضعاف إرادته على التصدي لتلك الرغبات». وبالتالي

يقوم على: التكرار في المضايقة، ويكون عبارة عن التصرف بالأفعال، والأقوال وحتى الإشارات،

لإشباع رغبة جنسية، وعادة ما الجنسية يمارس التحرش الجنسي في الأماكن العامة المكتظة، وفي

أماكن العمل والدراسة.

المادة 341 مكرر من قانون العقوبات وأكد في هذا الشأن أن المضايقات التي تعاني منها

المرأة سيما في الأماكن العمومية أفضت إلى «جرائم قتل في العديد من الأحيان».

وتم تشديد العقوبات على جريمة التحرش الجنسي ومضاعفة العقوبة في حال إذا ما كانت

الضحية من المعاقين أو من المحارم. وكذا محاربة مختلف أشكال العنف الممارس ضد المرأة في

الأماكن العمومية، لتجريم التصرفات غير الأخلاقية مع تشديد العقوبات إذا تعلق الأمر بالقاصر.

كما يقترح في نفس الإطار تعديل المادة 341 مكرر⁽¹⁾ من قانون العقوبات لتشديد العقوبات

على جريمة التحرش الجنسي ومضاعفة العقوبة في حالة ما إذا كانت الضحية من المعاقين أو من

المحارم.

كما أنه حسب الإعلان العالمي لوقف العنف ضد النساء يعتبر التحرش الجنسي شكل من

⁽¹⁾ _ الأمر 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق 08 يونيو 1966، المعدل والمتمم بالقانون 04-15 المتضمن قانون العقوبات.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

أشكال العنف التي ينتج عنها اعتداء على النساء من خلال سلوكيات واضحة أو ضمنية تحمل صبغة جنسية، وتصدر من شخص له نفوذ على آخر يرفض الاستجابة للرغبة، ومصدر العنف هنا نابع من الألم والضييق الذي يجد من حرية النساء.

وعقب المصادقة على مشروع القانون المعدل والمتمم لقانون العقوبات أكد السيد لوح إلى أنه «راعى خصوصية المجتمع الجزائري الثقافية والدينية وبالمصادقة عليه تكون الجزائر قد عرفت مزيدا من التقدم في مجال الإصلاحات لسد الفراغ القانوني والتكفل بالظواهر التي يعرفها المجتمع في صمت»، فهو يرسم الطريق التي يجب على المشرع الجنائي الجزائري إتباعها فالمادة 45 التي تنص على أن كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، وورد في المادة 46 بعدها لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم. وهاتان المادتان من صميم القانون الجنائي.

كما يقترح في نفس الإطار تعديل المادة 341 مكرر من قانون العقوبات لتشديد العقوبات على جريمة التحرش الجنسي ومضاعفة العقوبة في حالة ما إذا كانت الضحية من المعاقين أو من المحارم⁽¹⁾.

وتم أيضا استحداث مادة جديدة لمحاربة مختلف أشكال العنف الممارس ضد المرأة في الأماكن العمومية لتجريم التصرفات غير الأخلاقية مع تشديد العقوبات إذا تعلق الأمر بقاصر. فعلى المشرع تعديل ووتفعيل نصوص القانون بمختلف فروعها بما يتلاءم مع أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة وأنه من قواعد السياسة الشرعية أنه يجوز لولي الأمر تقييد المباح.

2- جريمة إبعاد وخطف قاصرة دون عنف والزواج منها:

" المادة 6: يتم الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 عدل المواد 3 مكرر 295 و 2 مكرر 295 و 1 مكرر 295 و 1 مكرر 293

وتحرر كما يأتي:

«المادة 293 مكرر 1: يعاقب بالسجن المؤبد كل من يخطف أو يحاول خطف قاصر لم يكمل ثماني عشرة (18) سنة عن طريق العنف أو التهديد أو الاستدراج أو غيرها من الوسائل.

⁽¹⁾ _ تصريح الوزير العدل الطيب لوح حول تعديل قانون العقوبات، منشور على شبكة الإنترنت: www.aps.dz بتاريخ: 20 جانفي 2016.

وتطبق على الفاعل العقوبة المنصوص عليها في

الفقرة الأولى من المادة 263 من هذا القانون إذا تعرض القاصر المخطوف إلى تعذيب أو عنف جنسي أو إذا كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية أو إذا ترتبت عليه وفاة الضحية. لا يستفيد الجاني من ظروف التخفيف المنصوص عليها في هذا القانون مع مراعاة أحكام المادة 294 أدناه»⁽¹⁾.

1- أركان الجريمة وتقوم هذه الجريمة أساسا على هذه الأركان:

أ - **الركن المادي:** يكون بأخذ القاصر إلى مكان لا يراه فيه أهله، دون تهديد أو عنف أو تحايل، وويتمثل في فعل الخطف بنقل الطفل من مكانه الطبيعي الذي وجد فيه إلى مكان آخر وإخفائه عن والديه أو من هو في رعايته، ويستوي أن يكون الجاني قد ارتكب فعل الخطف، أو جزء منه بنفسه فالقانون قد سوى بين الفاعل والشريك في جرائم الخطف واعتبر كليهما فاعلا أصليا وهو ما يظهر من قرار المحكمة العليا: «بأن الحكم محل الطعن بالنقض في دعوى الحال والذي أدان الطاعن بنفس التهمة الموجهة لأخيه الذي سبقت إدانته عن نفس الفعل، طبق القانون تطبيقا سليما، ولم يخل بحجية الشيء المقضي فيه كما يتوهم»⁽²⁾ يتكون من هذه عناصر

الخطف والإبعاد: بحيث يحتفي عن أنظار أهله أو من يقومون برعايته، جنس و سن الضحية: أن تكون الضحية أنثى، ولا تتجاوز عمرها الثامنة عشر يوم الوقوع، جنس الفاعل: بأن يكون مرتكب الجريمة رجل ضد فتاة

ب - **الركن المعنوي:** يتمثل الركن المعنوي في القصد الجنائي العام المرتكز على العلم والإرادة وهذه الجريمة، ولا يهم الباعث بعد ذلك مهما كان شريفا⁽³⁾.

حتى يتجنب الخاطف العقاب فيمكن إبطال الزواج حسب قانون الأسرة لانعدام الركن الوحيد للزواج وهو الرضا حسب المادة 33 من قانون الأسرة⁽⁴⁾، وكذا القانون المدني حسب

⁽¹⁾ _ القانون رقم: 15-12، المؤرخ في: 28 رمضان 1436هـ، الموافق لـ 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.

⁽²⁾ _ المحكمة العليا، ملف رقم: 251929 مؤرخ في: 25/07/2000، المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2000، الديوان الوطني للأشغال، 2001، ص: 201

⁽³⁾ _ حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 20-22.

⁽⁴⁾ _ الأمر: 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، المعدل للقانون 11/84 المؤرخ في: 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

المادة 102 منه⁽¹⁾ فلا يجوز تثبيته لانعدام الأهلية، كما أن المادة 01/77 من قانون الحالة المدنية⁽²⁾ حرمت هذا الزواج، ونصت على معاقبة ضابط الحالة المدنية الذي يجرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين بالعقوبات المقررة في المادة 141 من ق العقوبات⁽³⁾.

نصت المواد 291- 293 من الدستور على تجريم الاعتداء والعنف على الحريات الفردية دستوريا والتي منها الخطف، فالدستور الجزائري نص على الحقوق والحريات العامة والخاصة من المادة 29 إلى 50 منه "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة إنسان"⁽⁴⁾، وفي خطف القاصر بالتحديد، يعتبر المشرع جريمة الخطف تقع ولو لم يحصل خداع أو عنف، فالمشرع لا يعير لرضا القاصر أهمية إذا ارتكب الخطف على قاصر، أما إذا تعدى القاصر 19 عاماً، فلا تقوم جريمة الخطف إذا ذهبت الفتاة مثلاً مع شاب برضاها وموافقته، فالرضا ينفي عنصر الخداع والعنف المكوّن لجرم الخطف، بأن هربت من بيتها من تلقاء نفسها دون تدخل المتهم⁽⁵⁾.

زواج القاصرة من خاطفها يضع حداً للمتابعة الجزائية إلا بشكوى ممن لهم صفة إبطال الزواج، وهم والد القاصرة المبعدة، أو أخوها، أو من له وصاية على نفسها غير أنه لا يجوز لحكم بأية عقوبة إلا بعد الحكم بإبطال عقد الزواج⁽⁶⁾؛ فيظهر دور الولي في تحريك الدعوى الجزائية ضد الجاني، وذلك بعد حصوله على حكم بإبطال هذا الزواج، فقد قضت المحكمة العليا «... بأن الوجه المثار من قبل النائب العام والمأخوذ من اشتراط إتمام إجراءات إبطال الزواج

(1) _ المادة 102: (إذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة)

(2) _ المادة 01/77 (يعاقب القاضي الشرعي أو ضابط الحالة المدنية الذي يجرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات).

(3) _ المادة 01/441 (يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين).

1- ضابط الحالة المدنية الذي يقيد وثيقة في ورقة عادية مفردة، وفي غير السجلات المعدة لذلك، والذي لا يتحقق من موافقة الولي ...

وتطبق أحكام هذه الفقرة حتى ولو لم يطلب بطلان وثائق الحالة المدنية أو لزوال البطلان).

(4) _ في الفصل الرابع من الدستور 1989 المعدل سنة 1996

(5) _ حسني محمود نجيب، الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصري، دار النشر القاهرة، 1984، ص 12.

(6) _ قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 5 جانفي 1988 ملف رقم 49521.

قبل الحكم وجيه وينجر عنه نقض القرار المنتقد⁽¹⁾ والمقصد من ذلك محاولة الحفاظ على العلاقة الأسرية⁽²⁾.

لم يخصص المشرع الجزائري ضمن جرائم الاختطاف المعززة بظروف التشديد؛ قسما خاصا باختطاف المرأة المتزوجة سواء صاحبها العنف الجنسي، أم لم يصاحبها، على الرغم من خطورتها وتأثيرها على العلاقة الزوجية نصت المادة 2/326 من قانون العقوبات.

3 - الخيانة الزوجية: جريمة الزنا بين الزوجين: وسيتم التركيز على دراسة هذه الجريمة لما يبرز فيها من تباين واختلاف بين أحكام الشرع والقانون من جهة، وكذا لما يعترئها من تمايز بين فروع القانون عند المشرع الجزائري من جهة ثانية

أودع الله سبحانه وتعالى في الإنسان حب الشهوات وخاصة شهوة الجنس لقوله تعالى: ﴿ زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَتَابِ ﴾⁽³⁾، حيث قضت حكمته عز وجل أن لم يترك البشر حسب هواهم فشرع لهم الزواج ووضع له الأحكام، والضوابط مصداقا لقوله: ﴿ وَمَنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾⁽⁴⁾. وجعل من آثاره الميل بين الزوجين بالفطرة والسليقة لأجل عمارة الأرض، ولقد حرص على تحقيق هذه السكينة عن طريق تحريم كل ما من شأنه أن يمس بجرمة الميثاق الغليظ واعتبر كل ما ليس علاقة زوجية زنا وعده من الكبائر، وعاقب مقترفيها في الدنيا قبل الآخر، سواء كانت بالرضا أم بالإكراه، وسواء كانت بين المتزوجين أم غيرهم⁽⁵⁾.

و لقد عمل التشريع القانوني على تجريم ما يؤثر على صفاء العلاقة الزوجية، وينخر في

(1) _ المحكمة العليا ، ملف رقم: 128928 مؤرخ في: 03/01/1995، المحلة القضائية العدد الأول لسنة 1995، الديوان الوطني للأشغال، 1995، ص: 249.

(2) _ أوهابية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري- التحري والتحقيق- ط السادسة، دار هومة، 2000، ص110.

(3) _ سورة آل عمران، الآية رقم: 14

(4) _ سورة الروم، الآية: 21

(5) _ المشهداني محمد، شرح قانون العقوبات -القسم الخاص- في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، ص184.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

استمرارها سواء تعلق الأمر بالجانب المادي أم المعنوي لحماية لقدسيته من التدنيس، وعناية بالأسرة من التحلل والضياع⁽¹⁾.

و من هذه الجرائم الخيانة الزوجية وسنتناول هذه الجريمة في كل من أحكام الشريعة الإسلامية وعند المشرع الجزائري ببيان شروط قيام جريمة الزنا بين الزوجين وشروط تقديم الشكوى والتنازل عنها وبيان وسائل اثبات هذه الجريمة وحالات الاشتراك فيها وظروف الشدائد بشأنها.

أ- مفهوم الخيانة: الإخلال بوعد الوفاء والإخلاص، وفي الزواج تعني ممارسة الجنس مع شخص آخر غير الزوج أو الزوجة.

فالخيانة الزوجية هي العلاقة الجنسية غير المشروعة المرتكبة من أحد طرفي عقد الزواج سواء ارتكبها الزوج أو الزوجة مع غيره، فكل منهما يعد خائناً للزوجية.

وهناك من يرى أن العلاقة الجنسية ليست شرطاً للحديث عن الخيانة الزوجية، فهي قد تتم بالنظر أو الشهوة أو حتى بمجرد تبادل الأحاديث الحميمية⁽²⁾.

فالخيانة الزوجية أوسع وأشمل من مجرد الاقتصار على الجانب المادي فقط؛ فهي وفق أحكام الشريعة الإسلامية تحرم أي نوع من العلاقات المحرمة بين الرجل والمرأة كالمواعدة، والمحادثات الخلوية الغرامية، وتبادل اللقاءات والخلوة،... إلخ فتجريم كل هذه المسائل يعتبر خير رادع

(1) _ الدسوقي عزت، أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص33.

(2) _ وبالتالي فذلك يجعل بعض الرجال يسعون للقيام بزواهم العاطفية والجنسية متحدين مختلف القبول سواء منها الدينية والاجتماعية، فأضحت الظاهرة منتشرة جدا لدرجة ظهورها للعلن نظرا لاتساع مساحة التساهل معها من طرف المجتمع وبعض الزوجات. وتجسد هذه الفكرة مرتكزا شرعيا في الإقرار بأحقية الرجل المسلم في تعدد الزوجات المشروطة بضرورة العدالة.

أما بالنسبة للمرأة، فالعقاب الاجتماعي ضد الخيانة غالبا ما يكون قاسيا. والمرأة الخائنة تتعرض للتطليق بشكل تلقائي، وحكم المجتمع تجاهها يكون قاسيا ويتم احتقار الزوج الذي يستمر في الزواج مع خائنة بل يتم الطعن في رجولته. أنه لعدم تكافؤ العلاقة ما بين الزوجين فإن المطلوب من المرأة التفاني في خدمة الزوج من كل الجوانب، سيما الجانب الجنسي حيث لا يتم الاعتراف اجتماعيا برغبتها الخاصة. فهي مجرد مفعول به حسب الاعتقاد السائد، وليس لها الحق في الحب والعاطفة. فالمرأة الوقورة هي التي لا تعترف أبدا بمشاعرها ولو تجاه الزوج. وتقبل وضعية القهر الجنسي والعاطفي. ولا زالت هذه الحقوق النفسية للمرأة تدخل ضمن الطابوهات رغم أهميتها في تحقيق التوازن النفسي، ذلك أن الحق في الحب والحنان هو أحد مقومات إنتاج شخصية متوازنة.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

للحيلولة دون الوقوع في الفاحشة من قبيل سد الذرائع⁽¹⁾، هذا المبدأ الذي يعتبر أصلاً من أصول الفقه وهو معنى قول الشيخ أبو زهرة: إن مبدأ سد الذرائع يوثق الأصل العام الذي قام عليه التشريع الإسلامي كله⁽²⁾.

ويعد مبدأ سد الذرائع من القواعد المهمة في مصادر الشريعة الإسلامية، ولقد عبر الإمام ابن القيم على أهميتها بقوله «وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف؛ فإنه أمر ونهي، والأمر نوعان؛ أحدهما: مقصود لنفسه، والثاني: وسيلة إلى المقصود، والنهي نوعان؛ أحدهما: ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني: ما يكون وسيلة إلى المفسدة؛ فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين»⁽³⁾.

ومن أبرز الأدلة على منع فعل ما يؤدي إلى الحرام ولو كان جائزاً في ذاته التي لها علاقة بموضوع سد الذريعة للحيلولة دون الوقوع في الفاحشة ما يأتي من الأدلة:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنَاتِ أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّبَاعِيْنَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوَاتِبِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتَوْبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة: أن الله منعهن من الضرب بالأرجل، وإن كان جائزاً في نفسه لئلا يكون سبباً إلى سماع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعي الشهوة للرجال.

الدليل الثاني: أنه - ﷺ - حرم الخلوة بالأجنبية ولو كان ذلك في إلقاء القرآن، والسفر بها ولو في الحج، وزيارة الوالدين، سداً للذريعة ما يحاذر من الفتنة وشهوات النفس، وفي ذلك نجد

(1) قال شيخ الإسلام: «و الذريعة ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء، ولكن صارت في عرف الفقهاء يعبر عنها بما أفضى إلى فعل محرم».

(2) أبو زهرة محمد، مالك حياته وعصره وآراؤه وفقهية، ط الثانية، دار الفكر العربي، مصر ص 431.

(3) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى، 1991، ج 3، ص 171.

(4) سورة النور، الآية 31.

الباب الأول: الفصل الثاني: عمارة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

قول النبي - ﷺ - أنه قال: «لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم، فإن ثالثهما الشيطان» (1).

الدليل الثالث: أمر الله تعالى بغض البصر في قوله تعالى ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ﴾ (2) وإن كان إنما يقع على محاسن الخلقة والتفكر في صنع الله - سداً لذريعة الإرادة والشهوة المفضية إلى المحذور (3).

الدليل الرابع: نهى الله تعالى المرأة إذا خرجت إلى المسجد أن تتطيب أو تصيب بخوراً، وذلك لأنه ذريعة إلى ميل الرجال وتشوفهم إليها؛ فأمرها أن تخرج تفلة - أي لا تتطيب - وأن تقف خلف الرجال، وأن لا تسبح في الصلاة إذا نأها شيء، بل تصفق بطن كفها على ظهر الأخرى، كل ذلك سداً للذريعة، فهذه الشروط لخروجها لأداء الصلاة فكيف إذا خرجت بملء زينتها لغير سبب مشروع؟.

الدليل الخامس: أمر الله تعالى أن يفرق بين الأولاد في المضاجع، وأن لا يترك الذكر ينام مع الأنثى في فراش واحد وإن كانوا إخوة؛ لأن ذلك قد يكون ذريعة إلى مفسدة، لما روي النبي ﷺ أنه قال: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع» (4) وهذا أيضاً من باب سد الذرائع.

تتأرجح ظاهرة الخيانة الزوجية بين الشرع، والقانون، إن على مستوى الطبيعة الفقهية أو التكليف القانوني، أو الأركان أو بالنسبة لثبوتها وعقوبتها طبقاً للمواد 339 إلى 341 قانون العقوبات الأحكام الموضوعية أما الأحكام الشكلية فتضمنها قانون الإجراءات الجزائية؛ فلا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على الشكوى.

ب - تعريف الزنا لغة: الزنا أتى المرأة من غير عقد شرعي جمعها زناة، وزوان (5)

تعريفها وفق مبادئ الشريعة الإسلامية: اتفقت تعريفات المذاهب الفقهية على أن معنى

(1) _ أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة 320/6 عارضة الأحوذى.

(2) _ سورة النور، الآية: رقم: 30

(3) _ القرافي شهاب الدين عبد الرحمان، شرح تنقيح الفصول، شركة الطباعة الفنية المتحدة تحقيق: طه عبد الرؤوف، 1973 ص353.

أبوداود، السنن، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة 130/1 رقم: 495

(4) _ أبوداود، السنن، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة 130/1 رقم: 495.

(5) _ المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ص294.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

فاحشة الزنا لا يخرج عل إيلاج مكلف فرج امرأة لا تحل له دون شبهة، فإذا كان الجاني محصنا فحده هو الرجم حتى الموت، وإن لم يكن محصنا فحده هو الجلد (1).

فذهب الأحناف إلى أنهما: وطأ حرام في قبل المرأة الحية في غير ملك أو شبهة الملك (2) وعرفها فقهاء المالكية بكونها إيلاج مسلم مكلف حشفته في فرج آدمي مطبق عمدا بلا شبهة (3) أما فقهاء الشافعية فعرفوها بأنها وطأ رجل من أهل الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد وغير ملك ولا شبهة ملك (4) في حين عرفها الحنابلة بأنها فعل الفاحشة في قبل أو دبر (5).

جريمة الزنا تعد من أخطر الجرائم المدمرة للحياة الزوجية والمهدمة لبنائها، ويرجع تجريمها بالأساس إلى رغبة التشريعات الجنائية في حماية العلاقة الزوجية، وليس مجرد كونها تمس الآداب والأخلاق العامة المشرع الجزائري جعل من من الحقوق والواجبات المشتركة حسب قانون الأسرة المادة 2/36 «المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة» (6).

تجريم الزنا في الشريعة الإسلامية وفي قانون العقوبات بني على الأسباب نفسها، فنظرا لإضراره وآثاره السيئة سواء على الفرد أو المجتمع كما أنه من الكبائر بعد الشرك بالله وقتل النفس لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ﴾ (7) حيث يتسبب في انتشار الأمراض الخطيرة المدمرة للأجيال بل ويؤدي إلى ضياع النسب وفساد العلاقة الزوجية إضافة إلى ظهور فئة من المجتمع التي تعرف بأولاد غير الشرعيين كنتيجة لهذه العلاقات، وقد قال الرسول ﷺ: «لا تزال أمتي بخير ما لم يفشي فيهم الزنا فإذا فشا فيهم الزنا ولد الزنا فيوشك أن يعمهم الله عز وجل بعقاب» (8).

و الولد من الزنا يثبت نسبه بالولادة من أمه فقط، طالما أنها حملت في الحرام وهذا سواء في

(1) _ أحمد خليل، جريمة الزنا، دار المطبوعات الجامعية طبعة سنة 1982 ص 1-2.

(2) _ الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق ج 07، ص 33.

(3) _ الدردير، الشرح الصغير، المصدر السابق، ج 4، ص 122.

(4) _ الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، ج 3، ص 334.

(5) _ الحجاوي، الإفناع، المصدر السابق، ج 4، ص 250.

(6) _ القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة.

(7) _ سورة الفرقان، الآية رقم: 68.

(8) _ الامام أحمد، المسند، مسند النساء، رقم الحديث: 26214.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

القانون حسب نص المواد 40، 41 من قانون الأسرة الجزائري، أو في الشريعة الإسلامية بنص القرآن والسنة النبوية كحديثه ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽¹⁾.

لم يعرف جريمة الزنا وإنما ركز على تحديد الجزاء المقرر على مرتكبيها؛ يتراوح بين الحبس والغرامة تعرف جريمة الزنا في الاصطلاح القانوني هي: كل اتصال جنسي أو معاشرة جنسية بين شخص متزوج وشخص آخر.

أو هي جماع غير شرعي تام يقع بين رجل وامرأة كلاهما أو أحدهم متزوج، بناء على رغبتهما المشتركة واستناد إلى رضائهما المتبادل دون غش أو إكراه، ويمكن تعريف جريمة الزنا وفق القواعد والأركان التي جاء بها المشرع الجزائري كالآتي: بأنه كل وطئ أو جماع تام غير شرعي يقع من رجل متزوج أو مع امرأة متزوجة استنادا إلى رضائهما المتبادل وتنفيذا لرغبتها الجنسية⁽²⁾.

و يلاحظ تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي في تحديد حقيقة الزنا وأنها تقتصر على الوقع الذي يكون من امرأة متزوجة أو من رجل متزوج.

ج - أركانها: اختلفت آراء الفقه الإسلامي في تعريف الزنا إلا أن جميعها أكد أن لها ركنان أساسيان هما: 1- الوطء المحرم 2- تعمد الوطء، أما عن أركانها عند المشرع الجزائري فهي الثلاثة: 1- الركن المادي هو فعل الوطء. 2- والركن المعنوي هو القصد الجنائي وهو ما يسمى بالعلم والإدارة. 3- أما الركن المفترض هو قيام علاقة الزوجية.

فعل الوطء: فلا يؤثر سن المرأة أو إمكانية حملها من عدمه، قيام الرابطة الزوجية: فهي الركن المفترض، ويكفي فيها العقد الصحيح فلا يشترط الدخول فقط، وتدخّل في هذا الوصف المطلقة طلاقا رجعيا، كما لا يمكن المتابعة بجريمة الخيانة في فترة الخطبة.

أولا: الركن المفترض:

يقصد به وجود صفة الزوجية للجاني بمعنى أن يكون مرتبط بعقد زواج قائم⁽³⁾ وإن لم يتم

(1) _ البخاري، كتاب الحدود و الديات ، باب :باب في أولادنا الزنا ، رفق الحديث :10551

(2) _ سعد عبد العزيز، جرائم الواقعة على نظم الأسرة، دار هومة، الجزائر 2013 ص94-95.

(3) _ قيام الزوجية تعني أنها لم تنقض بأي طريقة من طرق انحلالها وبالتالي المطلقة رجعيا لا يرفع الحل ولا يزيل ملك الزوج طالما أن العدة قائمة فإذا زنت في فترة العدة قامت في حقها جريمة الزنا أما إذا انقضت العدة فان الطلاق يصبح بائنا وعندئذ لا تقوم الجريمة

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج

الدخول صحيح شرعا وقانونا طبقا لنص المواد 9-22 من قانون الأسرة؛ حال ارتكاب جريمة الزنا فبانعدامه تصبح الجريمة غير مكتملة الأركان كأن يكون العلاقة بين الجاني ورافع الشكوى قائمة على مجرد خطبة أو زواج باطل مخالف للقانون أو للشريعة⁽¹⁾، فالزواج هو الشرط الأساسي لإمكانية قيام جريمة الزنا عن طريق خيانة أحد طرفي العلاقة للطرف⁽²⁾، وبذلك يلاحظ تضيق المشرع الجزائري لدائرة فاحشة الزنا حيث حصرها إلا إذا كان أحد طرفي العلاقة الجنسية المحرمة أو كليهما متزوجا؛ ومن ثم كان على المشرع تسمية هذه الجريمة -تجوزا- بالخيانة الزوجية، بعكس مبادئ الشرع التي تجعل من أي علاقة جنسية بين رجل وامرأة خارج مؤسسة الزواج زنا دون النظر إلى صفة مقترفها؛ سواء وقع الفعل من متزوج أو من غيره ؛ أللهم إلا فيما يتعلق بتشديد العقوبة، والأمر نفسه في حالة ما إذا دفعت المتهمه بوفاة الزوج وانقضاء عدة الوفاة فعليها تقديم ما يثبت ذلك⁽³⁾.

مسألة إثبات الزواج تثير عدة إشكالات عملية عند الموازنة بين نصوص قانون الأسرة وقانون العقوبات من عدمه فيما يتعلق بعقد الزواج الموثق في سجلات الحالة المدنية وفق نص المادة 18 من قانون الأسرة، وبين عقد الزواج الشرعي المشتمل على كافة الأركان والشروط والخال من التوثيق والذي يعرف بالزواج العرفي، ذلك أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 22 من قانون الأسرة، نجد أن الفقرة الأولى منها قضت بأن الزواج يثبت بشهادة مستخرجة من سجلات الحالة المدنية في حالة توثيقه، في حين جاء في الفقرة الثانية أن الزواج يكون صحيحا إذا توفرت فيه الشروط الشرعية للزواج ويمكن تشبيته بحكم قضائي، وقانون العقوبات الذي يعتبر عقد الزواج هو ركن أساسي لإمكانية المتابعة بجريمة الزنا، فالمسألة تحتاج إلى التروي فقبل مباشرة الإجراءات الجزائية المتعلقة بهذه الجريمة على الزوج المتضرر إثبات الزواج عن طريق حكم قضائي؛ وبموجبه يستطيع متابعة الطرف الآخر بجنحة الزنا بالموازاة مع توافر باقي الأركان.

ثانيا: الركن المادي: (الوطء غير المشروع) اختلف الفقهاء فيما يخص تحديد المقصود بالوطء هل هو إيلاج عضو الذكر في المكان الطبيعي للمرأة فقط أم يمتد إلى اللواط أو حتى الالتصاق

(1) _ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 95.

(2) _ منزل الزوجية عند المشرع الجزائري يختلف عن معناه المدني أو وفق قانون الإجراءات المدنية، إذ لا يقتصر على مكان إقامة الزوجين؛ وإنما يتسع ليشمل كل مكان اتخذ الزوج محلا لإقامته كان يستأجر شقه ويخفيها عن زوجته فان القانون يعتبرها هنا منزلا للزوجية.

(3) _ سعد عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 54.

الباب الأول: الفصل الثاني: عملة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

دون إيلاج؛ ولا تقوم الجريمة لما دون الوطء مما يعد من الأفعال المخلة بالحياء التي يرتكبها أحد الزوجين مع غيره مثل القبلات والملازمات الجنسية... (1).

ثالثا الركن المعنوي: عن علم وإرادة يضره الجاني في نفسه، وبذلك لا تقوم جريمة الزنا حال الإكراه على ممارستها، وكذا حال الجهل بوجود عقد الزواج (2)، ومن ثم يتبين لنا أن جريمة الزنا تشترط فقط توفر قصد جنائي عام (3).

د - إجراءات الدعوى الجنائية المتعلقة بها: بالنسبة لإجراءات رفع هذه الدعوى الجنائية، فهي من بين الدعاوى التي يشترط فيها القانون تقديم الشكوى، ولقد نص المشرع على ذلك في المادة 1/339 من قانون العقوبات الجزائي على أن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات آثر المشرع تغليب حق الأسرة، على حق المجتمع بالرغم من أن ضرر جريمة الزنا يلحقهما معا، وذلك من أجل صيانة والحفاظ على كيان الأسرة من خلال تقييد النيابة العامة على تحريك الدعوى العمومية بواسطة شكوى الزوج الضحية، كما أنه لا تتحرك الدعوى العمومية في حق الشريك لأن في تحريكها مساس بالزوج الشريك، واشتراط الشكوى لتحريك الدعوى العمومية، قيد أورده المشرع على حرية النيابة العامة في إقامة المتابعة على جريمة الخيانة الزوجية بهدف المحافظة على كيان الأسرة ودوام استمرارها، فيمنع على النيابة العامة أن تسير في تحقيق جريمة الزنا قبل أن يتقدم الزوج، أو وكيله الخاص يطلب فيها مباشرة الدعوى العمومية وما تأتية قبل ذلك من إجراءات تكون باطلة قانونا، والحكم الصادر بناء عليها يكون باطلا بدوره (4)، وإذا ما تم مباشرة بعض الإجراءات من النيابة العامة سيما في حالة التلبس (5)، فإنها تضل بمباشرة الإجراءات الأولية التي قد يستعان بها مستقبلا حال تقديم الشكوى، لأن الإجراءات التي تتخذ قبل الشكوى

(1) _ بوسقيعة أحسن، المرجع السابق ص 130، 131.

(2) _ أحمد خليل-جريمة الزنا- دار المطبوعات الجامعية طبعة سنة 1982 ص 1-2 الصادر عيد الرحمان العرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان بيروت، لبنان، 2001 القرافي شهاب الدين عبد الرحمان، شرح تنقيح الفصول، شركة الطباعة الفنية المتحدة تحقيق: طه عبد الرؤوف، 1973 سعد عبد العزيز، جرائم الواقعة على نظم الأسرة، دار هومة، الجزائر 2013 بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2002، ص 103.

(3) _ محمود زكي شمس، الموسوعة العربية للاجتهادات القضائية الجزائية، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ج 06 ص 6218.

(4) _ فودة عبد الحكيم، الجرائم الماسة بالأداب العامة والعرض، دار الكتب القانونية القاهرة، 1994، ص 628

(5) _ علواني فرج هليل، التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الاسكندرية، 2003، ج 01، ص 112

هي من قبيل المحافظة على أدلة الجريمة حتى يمكن مباشرة الدعوى.⁽¹⁾

ويتضمن الحكم الإشارة إلى أن الدعوى قد رفعت تبعا لشكواه، وإلا كان حكمها معيبا واجبا لغائه، وإذا وافته المنية بعد تقديم الشكوى ضد الزوج الآخر فإن الوفاة لا يترتب عليها سقوط حق النيابة العامة في متابعة الإجراءات اللازمة لإقامة الدعوى⁽²⁾.

هـ -التنازل والصفح: وفي كل الأحوال فإن صفح الضحية يوقف حتى تنفيذ الحكم بعد صدوره عملا بنص المادة 339 من قانون العقوبات، فتراجع الزوج المتضرر بعد تقديم شكواه فإنه يضع حدا للمتابعة المتخذة ضد زوجته، بانقضاء الدعوى العمومية تطبيقا لأحكام المادة 3/06 من قانون الإجراءات الجزائية«تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت هذه الشروط لازمة للمتابعة»⁽³⁾.

كما يحق للزوج المضروب رافع الشكوى التنازل عنها في أي مرحلة من مراحلها الإجرائية، وله أيضا أن يوقف تنفيذ العقوبة في أي وقت شاء حتى لو كان الحكم نهائيا، وهذا ما جاء مجسدا من خلال اجتهادات المحكمة العليا والتي منها«...ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوج الشاكي أمضى على تصريح مصادق عليه بمصالح البلدية يستفاد منه أنه تسحب شكواه من أجل الزنا ضد زوجته، وشريكها فإن قضاة الاستئناف بإدانتهم للآخرين بتهمة الزنا، والحكم على كل واحد منهما بسنة سجنا نافذا، أخطئوا في تطبيق القانون ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة التأسيس على الوجه المشار من الزوجة الطاعنة»⁴ ولا يتخذ التنازل شكلا معينا، وقد يستفاد من تصرف معين كأن يعود الزوج إلى معاشرته زوجته الزانية وإذا توفي الشاكي، فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته⁽⁵⁾.

ز -إثبات جريمة الزنا: وذلك بالإشارة إلى أدلة إثبات جريمة الزنا في الشريعة، ثم مقارنتها

بأدلة إثبات جريمة الزنا عند المشرع

1- أدلة إثبات جريمة الزنا: شددت الشريعة الإسلامية فيها نظراً لخطورة الجرم، وأنه لا

(1) _ بوكحيل الأخضر، الإجراءات الجنائية، مطبعة الشهاب، -دت- ص 105.

(2) _ قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/11/27، المجلة القضائية 1990، العدد 01، ص 295

(3) _ عدلت بالقانون 05/86، المؤرخ في: مارس 1985 الجريدة الرسمية رقم: 10 ص 347

لعور نبيل، وأحمد صقر، قانون العقوبات نصا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2007، ص 214 4

(5) _ مقلد عبد السلام، الجرائم المتعلقة على شكوى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989 ص 28-29

الباب الأول: الفصل الثاني: عملة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

يمكن معاقبة فاعلها إلا نتيجة يقين تام باقتراف هذه الجريمة، فاشتراط في الشهود أن يكونوا أربعة لقوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي يَأْتِيكِ الْفَحِشَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ (1)

اتفق الفقهاء على دليل الشهود ودليل الإقرار، ثم اختلفوا حول شروطهم: 1- الذكورة. 2- الأصالة. 3- ألا يتقدم الحد. 4- أن يكون عدد الشهود أربعة. 5- أن تكون الشهادة في مجلس واحد. 6- أن يقتنع القاضي بالشهادة.

وموانع الشهادة ثلاثة: 1- القرابة. 2- العداوة. 3- التهمة (2)

والأدلة الأخرى من: - الإقرار (3)، - القرائن (4)

الجزاء: عقوبة الزنا وفق أحكام الشريعة الإسلامية تختلف كلية على ما هو مقرر عند المشرع فهي عقوبة بدنية مقررة بالكتاب والسنة والإجماع فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَدَّ عَذَابُهُمَا طَافَةً مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (5)

من السنة: ما روي عن عبادة بن الصامت رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله عليهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وجلدة ونفي سنة والشيب بالثيب جلد مائة والرجم» (6).

من الإجماع: أجمع علماء الأمة الإسلامية على وجوب جلد الزاني رجلا كان أم امرأة مائة جلدة ما لم يكن محصنا لأن عقوبة المحصن (7) هي الرجم بالحجارة حتى الموت لما روي أنه ﷺ رجم معز والغامدية، واختلفوا في تغريبهما بين كونه عقوبة تعزيرية ترجع سلطة تقديرها للحاكم

(1) _ سورة النساء، الآية رقم: 15

(2) _ عودة عبد القادر، التشريع الجنائي، مرجع سابق، ج2 ص395

(3) _ يعنى اعتراف المتهم بنفسه على نفسه لأن المقر على نفسه فهو أعرف الناس بالحقيقة

(4) _ كظهور الحمل على المرأة التي لا يعرف لها زوج، والذي يمكن درؤه بالشبهة

(5) _ سورة النور، الآية رقم: 02

(6) _ رواه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى، رقم: 4390، ج 06 ص189

(7) _ شروط الإحصان: البلوغ، العقل، الحرية، الوطأ التام، تقدم الوطء بنكاح صحيح. ينظر: الزحيلي وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، ج06، ص36.

وبين من يقول بوجوبها مع التفريق بين الرجل والمرأة في فرضها⁽¹⁾

2- أدلة إثبات الجريمة عند المشرع الجزائري فقد عددها نص المادة 339 معدلة على سبيل الحصر وهي: التلبس، الاعتراف الكتابي، الإقرار القضائي بنصها: «يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة»⁽²⁾، فقد تضمنت المادة 341 من قانون العقوبات الأدلة القانونية التي تثبت الجريمة.

فحسب نص المادة 341 من قانون العقوبات: «الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما عن طريق وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي»⁽³⁾ وإذا لم تتوفر أحد هذه الأدلة الثلاث للقاضي فإنه ملزم قانونا بالحكم بالبراءة بغض النظر عن اقتناعه الشخصي بأدلة أخرى⁽⁴⁾ وهذا ما جاء عن المحكمة العليا في اجتهاد لها بأن: «الإقرار القضائي في جريمة الزنا شخصي يلزم المقر وحده دون غيره، وأن القضاء بإدانتهم بناء على إقرار الزوجة الزانية وحدها وفي غياب إقرار المتهم يعد قصورا في التعليل وسوء في تطبيق القانون يعرضه للنقض»⁽⁵⁾.

1- التلبس: وتثبت بتحرير محضر بذلك، الشرطة القضائية للمتهمين وهما في وضع يدل دلالة قطعية على ارتكابهما جريمة الزنا دون إيقاف أو قبض لأن الأمر متوقف على الشكوى من

(1) ابن رشد، بداية المجهد ونهاية المتصد، ج 02 ص 436.

(2) عدلت بالقانون 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 ج/ر 7 ص 324.

(3) نلاحظ أن المشرع الجزائري أورد النص على طرق وإجراءات إثبات جريمة الزنا في نص المادة 341 من ق العقوبات في حين كان من الأجدد النص عليها في قانون الإجراءات الجزائية في الفصل الخاص بطرق الإثبات.

(4) زبدة مسعود، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1989 - ص 113.

(5) الاجتهاد القضائي لغرفة الجرح والمخالفات، قسم الوثائق المحكمة العليا، عدد خاص جزء 01، سنة 2002، ص 263.

المعني.

2- الاعتراف الكتابي: الصادر عن المتهم المتمتع بكافة قواه العقلية في جو خال من الإكراه، أو الضغوط النفسية. بمحض إرادته يقر فيه، ويصور فيه جريمة الزنا المرتكبة بكل صراحة ووضوح.

3 الإقرار القضائي: وهو الأقوال والتصريحات التي يدي بها المتهم أمام القضاء أثناء إجراءات المحاكمة ينسب فيها إلى نفسه الأفعال المتعلقة بجريمة الزنا. فيجوز للقاضي الاعتماد عليه في تكوين قناعته في إثبات الفعل الإجرامي وبالتالي إدانة المتهم والحكم عليه.

«من الصعب إثبات جريمة الخيانة الزوجية من وجهة نظر القانون⁽¹⁾، سواء على القاضي أو الضبطية القضائية، لأنه قيدها بشروط». فقد نصت المادة 339 من قانون العقوبات على جزاء اقتراف هذه الجريمة.

مو في الأخير يمكن القول بضرورة تعديل المواد المتعلقة بالخيانة الزوجية، عن طريق وضع تشريع يجرم كافة أشكالها؛ فبالنسبة مثلا لمسألة التلقيح الاصطناعي فإن الفقهاء يرون أن التلقيح من غير ماء الزوج بكافة صورته يأخذ حكم جريمة الزنا؛ ذلك أن النتيجة واحدة وهي اختلاط الأنساب، فإذا حدث الحمل في هذه الصورة فيكون الجنين الناتج قد نسب إلى أب لم يخلق من مائه رغم أن الزنا لم يتحقق بصورته التقليدية، ويرى اتجاه آخر من الفقهاء أن التلقيح الاصطناعي لا يأخذ حكم جريمة الزنا على أساس أن الزنا لا يتم إلا بالاتصال الجنسي المعروف كركن أساسي للجريمة، وهو ذات الزنا معروف في القانون، وأساسه الخيانة الزوجية⁽²⁾.

فالتلقيح الاصطناعي من غير الزوج بكافة صورته السالفة الذكر - التي يطلق عليها حالات الزنا البيولوجي - يؤدي إلى نسب غير مشروع، فجميع هذه الأفعال تشكل اعتداء فاضح على مبادئ الدين والأخلاق مما يستوجب ضرورة تدخل المشرع الجزائي لتجريمها لما لها من آثارها سيئة بالنسبة للطفل، والأسرة، والمجتمع على حد سواء⁽³⁾.

والأصل أن تقديم الشكوى للزوج الضحية تقديرا، ومراعاة للألم الذي أصابه هالم ينحل

(1) _ المحامي عمر مهدي، موضوع جنحة الزنا في الجزائر 1 www.djazairress.com

(2) _ الزيني محمد محمود، التلقيح الصناعي بين الحل والحزمة دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، 1417هـ، ص 11 وما بعدها.

(3) _ عبيد حسن، الحمل الاصطناعي الإشكالات والموانع موقع الإنترنت: arabic.baynat.org32013/12/13

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

الزواج بطلاق أو وفاة وهنا تثار مسألة الزواج العرفي بالفاخرة والزواج الموثق⁽¹⁾، حيث يتطلب ضرورة وجود عقد زواج وإرفاق نسخة منه مقيمة في سجلات الحالة المدنية بالشكوى، أما إذا كان عقد زواجهما قد أبرم بالطريقة العرفية وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية؛ ولم يسبق أن وقع تسجيله، فمتى ما قرر أحد الزوجين تقديم شكوى عليه إثبات واقعة الزواج أولا وفقا لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة التي جاء فيها أنه: «يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي»⁽²⁾.

بالإضافة إلى أن إثبات العقد ما زال قائما ولم يقع انحلاله بالطلاق، وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في أحد قراراتها القاضي بأن: «المتابعة لن تتم إلا بتقديم عقد من الحالة المدنية يثبت منه زواج الشاكي وأن الادعاء بالزواج يجب أن يجزم إثباته إلى عقد مسجل بالحالة المدنية»⁽³⁾ كما أن حدوث الطلاق بعد قيد الشكوى لا يؤثر على دور النيابة العامة حول موضوع النزاع؛ ذلك الزوجية شرط لتحريك الدعوى فقط وليس لممارستها.

وبالنسبة لحالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل: ونكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا؛ حيث يمكن في هذه الحالة حسب قانون العقوبات متابعة الزوجة بجرمة الزنا، وذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء باعتبار علاقة الزواج لم تنقطع بعد، وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية، وفعلا حدث ذلك ببعض المحاكم الجزائرية أين أدينت المطلقة عرفيا التي أعادت الزواج عرفيا بجرمة الزنا. في حين لا تقضي به محاكم أخرى. وهنا يبرز التناقض الكبير بين أحكام الجهات القضائية.

الأعدار المخففة: العلاقة الزوجية لا تقتصر فقط على اعتبارها عنصرا تكوينيا في جريمة الخيانة الزوجية، وإنما تمتد إلى التأثير على وصف العقوبة تخفيفا، أو تشديدا، حيث يتمتع الزوجين بظرف مخفض للعقوبة في جرائم القتل، أو الجرح، أو الضرب الذي يرتكبه أحد الزوجين ضد الزوج الآخر أو شريكه عند مفاجئتهما متلبسا بجرمة الخيانة الزوجية، وعليه حصر عذر الاستفزاز في أحد الزوجين في حالة التلبس دون غيرهم من الأقارب كالأب، أو الابن، أو الأخ

(1) _ محدة محمد، المرجع السابق، ص43

(2) _ الأمر 09/05 للمؤرخ في 4 ماي 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(3) _ قرار المحكمة العليا، غ.ج. في: 1982/11/09، ملف رقم 23022، ن.ق، 1983، 02، ص. 76

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

وهذا ما يتعارض مع القيم الاجتماعية للمجتمع، كما نص المشرع على عذر الاستفزاز في جريمة الزنا من خلال المادة 279 من قانون العقوبات «يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعدار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة التلبس بالزنا»⁽¹⁾.

فتوفر أركان عذر الاستفزاز فإن العقوبة تخفض طبقا لنص المادة 283 من قانون العقوبات: «إذا ثبت قيام العذر فتخفض العقوبة على الوجه الآتي:

1- الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد

2- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأي جناية أخرى.

3- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بجنحة.

في الفقرتين المنصوص عليهما 1 و 2 من هذه المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر»⁽²⁾

خلافًا لما تأخذ به الشريعة الإسلامية من اعتبار أن كل علاقة جنسية رضائية بين رجل وامرأة تشكل جريمة الزنا سواء كان أحدهما متزوجا أم لم يكن ومن اعتبار أن هذه الجريمة جريمة تمس بكيان المجتمع وعقاب فاعليها لا يستلزم تقديم شكوى مسبقة من أحد⁽³⁾.

و في الختام يمكن القول بأن هاته الحماية غير كافية ورتبت نتائج مأساوية حيث كان من نتائجها التزايد المذهل للجرائم الأخلاقية؛ و عزوف نسبة كبيرة من الشباب عن الزواج بسبب الفرص الإباحية المتاحة لهم؛ كما أن العنوسة لم تعد تشكل الهاجس المؤرق لبعض الفتيات لأنهن صرن يرسمن العلاقة مع الطرف الآخر مبناهما السعادة والرفاهية المطلقة، بالابتعاد عن عقد زواج مثقل بالالتزامات العائلية والمتزلية.

كما أن الجاني لا يشعر بأي ألم مادي لقاء اللذة التي وجدها، مقارنة بتبعات الزواج ولكنه في مقابل كل ذلك قد يجني على نفسه من جهة بالأمراض الفتاكة التي قد يتعرض لها، ويجني على المجتمع من جهة ثانية نتيجة كثرة حالات الإجهاض، والقتل بالنسبة للأطفال حديثي الولادة،

(1) _ الأمر رقم 66-156 ، المؤرخ في 08 يونيو 1966 المنضمّن قانون العقوبات.

(2) _ الأمر: رقم 66-156 ، المؤرخ في 08 يونيو 1966 المنضمّن قانون العقوبات.

(3) _ قلة من القوانين الجنائية العالمية من لا تعاقب عليها ؛ ومن بينها القانون الإنجليزي ففي رأيهم أن العقاب لا يجدي، لمن لا يردعه الضمير والأخلاق.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

فضلا على أن إنزال مثل هذه العقوبات المتمثلة في تقييد الحرية تزيد من تكاليف الدولة بالنسبة لمصاريف السجون، وكثرة الأبناء غير الشرعيين في دولة ينص دستورها على أن الإسلام هو دين الدولة⁽¹⁾.

فالشريعة الإسلامية التي تضمنت النص على العقوبة البدنية التي قد يتراءى للبعض أنها قاسية، تضمنت أيضا النص على أنه في أوج شقاق ومشاحنة الزوجين، يأتي التوجيه السماوي بأن ﴿وَلَا تَسْؤُوا الْفُضْلَ بَيْنَكُمْ﴾⁽²⁾، إذ العلاقات التي تبني على المودة، والرحمة، تكون فيها المراهنة معه على العامل القيمي أكثر من العامل القانوني القضائي لقوله تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾⁽³⁾.

ترك المشرع الأمر للزوج المجني عليه إن شاء صفح وعفا، فجعل القانون الشكوى حقا خاصا بالمتضرر؛ ولا يمكن تقديمها من غيره كالابن، أو الأب، أو غيرهما، رغم أن عار الجريمة سيلحقهما⁽⁴⁾.

الأدلة القانونية محددة على سبيل الحصر في المادة 341 من قانون العقوبات وهو استثناء من القاعدة العامة المقررة في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية بنصها «يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الشخصي، ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه»⁽⁵⁾.

4 - جريمة الاغتصاب.

شهد العصر الحديث انفجار هذه الجريمة بصورة غير مسبوق، وهي من أبرز جرائم الاعتداء على العرض⁽⁶⁾، كما أن المتبع لنصوص الشريعة الإسلامية لا يجد نص صريح يقرر عقوبة

(1) _ سعد عبد العزيز الجرائم الواقعة على الأسرة، دار هومة، 2013، الجزائر ص 106

(2) _ سورة البقرة، الآية رقم: 237

(3) _ سورة الملك، الآية رقم: 14

(4) _ يوسف وهاي: "جرائم بيت الزوجية والحماية الجنائية للزوجين على ضوء تعديلات القانون الجنائي الأخيرة"، مقال

منشور بمجلة الملف، عدد 5- يناير 2005

(5) _ الأمر رقم: 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم

(6) _ عبد الواحد العلمي: القانون الجنائي المغربي القسم الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، 2000. الدار البيضاء.

المغتصب؛ كما في جريمة الزنا ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢٠﴾﴾ (1) فإن كثيراً من الفقهاء يرون أن عقوبة المغتصب هي عقوبة الزاني، بالقياس على الزنا؛ بعكس فقهاء المالكية الذين يطبقون عليها حد الحراة، في قوله تعالى ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جَزَاءُ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٢٤﴾﴾ (2) لوجود العنف والإكراه في جريمة الاغتصاب؛ وبالتالي عقوبتها تنحصر في القتل أو تقطيع الأيدي والأرجل من خلاف أو النفي..، وقد يكون السجن مدى الحياة شبيهاً بعقوبة النفي كما يحدث في حالات الاغتصاب التي تقع على المحارم أو الاعتداء على الأطفال، ولكن هناك الكثير من الحالات التي يعد فيها عذر الاستفزاز؛ بحيث يكون سلوك الضحية وملابسها في الشارع، دافع أساسي في ارتكاب هذه الجريمة، لذلك فالحجاب في الشريعة يعتبر أيضاً، إجراء احترازي؛ لوقاية المرأة والمجتمع ككل، يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلْبِيزِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٥١﴾﴾ (3)

هذا الأذى أو التحرش يطول حتى المحجبة أي التركيز هنا على الحماية الزجرية للمرأة كأنثى، تعد من أشد الجرائم الجنسية فبموجبها يتم الاعتداء على جسد المرأة من خلال ممارسة أفعال جنسية عن طريق الإكراه، إلى حد أن يشكل اقرارها مساس بأحد الكليات الخمس في الشريعة الإسلامية، فضلا عما يشكله الاعتداء على الشرف والعفة في المجتمع، وما قد ينجم عنه من تهديد لاستقرار حياتها الزوجية إن كانت متزوجة، وما قد تسفر عنه من أمومة غير شرعية إلى

(1) _ ورد النص صريح على حرمة الزنا، وتقدير الحد على مرتكبيها في القرآن وفي السنة النبوية سواء أكان فاعلها فبالنسبة لغير المحصن حدها مائة 100 جلدة لكل واحد منهما لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2]، أما عقوبة المحصن فهي الرجم حتى الموت «وهذا قول عامة أهل العلم من الصحابة، والتابعين، ومن بعدهم من علماء الأمصار في جميع الأعصار، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا الخوارج». " ثبت الرجم عن رسول الله ﷺ بقوله وفعله في أخبار تشبه المتواتر، وأجمع عليه أصحاب رسول الله ﷺ " انتهى من ابن قدامة، المغني، (39/9).

(2) _ سورة المائدة، الآية رقم: 33.

(3) _ سورة الأحزاب، الآية رقم: 59.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

غير ذلك ومنه تلحق أضراراً مادية ومعنوية على السواء⁽¹⁾، وفي سبيل إسباغ المشرع على المرأة من الحصانة في أنوثتها وعرضها ضد كل اعتداء المادة 336 من قانون العقوبات.

والمشرع لم يشترط في المرأة أن تكون بكراً، أو ثيباً، عازبة أو ذات زوج، فتحقق الجريمة ولو كانت بغياً معلوم فسادها، وذلك على أساس وجوب حماية الشرف الذي اعتمده المشرع في تجريمه لمواقعة المرأة دون رضاها.

أما عن الظروف المشددة في جريمة الاغتصاب، تعود إلى صفات في المجني عليها، أو التي ترتبط بصفة في الفاعل، والتي تتحدد في مجموعها في صفات: القصور، الحمل، الإعاقة، وعلاقة القرابة أو الولاية أو الخدمة.

هتك عرض المرأة:

لما كان الاغتصاب يتطلب بالضرورة أن يكون الفاعل ذكراً والمفعول فيه أنثى، فإنه باتحاد الجنس يختلف نوع الجريمة، بين جريمة الشذوذ الجنسي في حال توافق الطرفين أو غير مرید للفعل، لكون بصدد جريمة هتك العرض هذا الأخير الذي لا يفترض اتصالاً جنسياً بين الجاني والمجني عليها في صفات: القصور، الحمل، الإعاقة، وعلاقة القرابة أو الولاية أو الخدمة⁽²⁾.

هتك عرض المرأة:

لما كان الاغتصاب يتطلب بالضرورة أن يكون الفاعل ذكراً والمفعول فيه أنثى، فإنه باتحاد الجنس يختلف نوع الجريمة، بين جريمة الشذوذ الجنسي في حال توافق الطرفين أو غير مرید للفعل، لكون بصدد جريمة هتك العرض هذا الأخير الذي لا يفترض اتصالاً جنسياً بين الجاني والمجني عليه.

البند الثاني: الجرائم المرتبطة بالإهمال: وتتم دراسته من خلال عنصرين

أولاً: الجرائم المرتبطة بالترك من: ترك مقر الأسرة، أو إهمال الزوجة الحامل، ثانياً: الجرائم المرتبطة بالامتناع عن الإنفاق.

قضايا الإهمال العائلي لها أنواع صنفها القانون في مجالات، وهي ترك مقر الأسرة، إهمال الزوجة الحامل، الإهمال المادي والمعنوي للأطفال وعدم تسديد النفقة التي تعتبر من أبرز القضايا

(1) _ موقع إلكتروني تم الإطلاع عليه في جويلية 2015 dvosami@hotmail.com

(2) _ أحمد الخليلي: "القانون الجنائي الخاص"، ج 2، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 1986.

المتداولة حاليا في المحاكم.

نظم المشرع العلاقات الأسرية في إطار قانون الأسرة، حيث خص الحياة الأسرية بالترابط والتكافل وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون الأسرة⁽¹⁾، ونظرا لخطورة الاستهزاء بالرابطة الأسرية، باعتبارها الخلية الأساسية في بناء المجتمع عمل على ضمان الحماية الجنائية لها من أي إخلال بغير سبب جدي بالالتزامات المتبادلة بين أفرادها مما قد يعكر صفوها واستقرارها، ودفع بالمشرع إلى اعتبار إهمال الأسرة جريمة في إطار قانون العقوبات بدلا من تناولها في قانون الأسرة، ولمعرفة حالات الإهمال المتعلقة بالزوجين باعتبارهما يمثلان حجر أساس قيام الأسرة، نتناولها من خلال.

أولا: الجرائم المرتبطة بالترك وتمثل في: جرائم الإهمال الأسري: ترك مقر الأسرة، وإهمال الزوجة الحامل.

تتكون الأسرة من أشخاص تجمع بينهم صلة القرابة، وصلة الزوجية، وتحضى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع. بموجب نص المادة 58 من الدستور، وإذا لم تقم الأسرة بأحد وظائفها نتج عن ذلك خلل في تكوينها وتماسكها.

ولقد حثت الشريعة الإسلامية على رعاية الأسرة وحفضها فيما يتعلق بأمور الدنيا لقوله ﷺ: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي» وعلى أمور الآخرة لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنفُسَهُمْ وَأَهْلِيَهُمْ نَارًا﴾⁽²⁾، ومن هذا الحديث يتضح عظم المسؤولية التي وضعت على كاهل الآباء من تربية، ورعاية للأبناء وكذلك مسؤولية الزوج اتجاه الزوج الأخرى في مختلف جوانب الحياة.

و لأهمية الزواج في المجتمع جعلته يحضى بقيمة رفيعة لدى مختلف المجتمعات البشرية، وهذه الأهمية تنعكس على الآثار التي يسفر عنها؛ فمن أجل الحفاظ على الروابط الأسرية جرم المشرع إهمال الأسرة، بسبب الإخلال بالالتزامات الأسرية أو بالتنكر لجميل الأصول، وبالضبط في المواد 330.331.332 من قانون العقوبات.

⁽¹⁾ _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

⁽²⁾ _ سورة التحريم، الآية رقم: 6

عاقب المشرع على التخلي عن الالتزامات الأسرية سواء أكانت مادية، أم أدبية⁽¹⁾.

يعرف الإهمال لغة: الإهمال مصدر أهمل أي تركه ولم يستعمله، عمداً أو نسياناً، ويرد بعدة معان: كالتقصير، التغافل، التهاون، التكاسل⁽²⁾.

واصطلاحاً: لم يعرف المشرع الجزائري الإهمال وترك مهمة تعريفه للفقهاء⁽³⁾، وإنما نص عليه في قانون العقوبات عنوان ترك الأسرة، في نصوص المواد 330 مكرر، والمادة 331 من قانون العقوبات.

1: إهمال الزوجة الحامل، 2: ترك مقر الأسرة:

جعل المشرع الحرية للأشخاص في ممارسة الشكوى في جرائم بعينها، ومن بين هذه الجرائم جريمتين من جرائم الإهمال الأسري، وهما جريمة ترك مقر الأسرة وجريمة ترك الزوجة الحامل المنصوص عليهما في الفقرة الأولى والثانية المادة 330 قانون العقوبات⁽⁴⁾.

و تأخذ جرائم الإهمال حسب التعديل 15-12 صورتين والمنصوص عليها، والمعاقب عليها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 330 و330 مكرر من قانون العقوبات، فقد تم تعديلها وهي متعلقة بالإهمال العائلي وتشمل إهمال الزوج لزوجته سواء كانت حاملاً أم لا؛ لتنص على حماية الزوجة من الإكراه والتخويف الممارس عليها من أجل حرمانها من مواردها مع التنصيص على الصفح لوضع حد للمتابعة القضائية؛ من خلال المادة 333 مكرر من قانون العقوبات، وكذا تعديل المادة 341 لتشديد العقوبة على التحرش الجنسي، وتوسيع نطاقها ليشمل التجريم في غير الحالات التي يستغل فيها الفاعل سلطته أو وظيفته لارتكاب الجريمة مع مضاعفة الجريمة إذا كان الفاعل من المحارم أو الضحية قاصر⁽⁵⁾.

(1) _ المكّي محمد عبد الحميد، جريمة هجر العائلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 5، 6.

(2) _ مسعود جبران، الرائد معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، ط السابعة، 1992، ج 01 ص 292

(3) _ عادل يوسف شكري، المسؤولية الناشئة عن الإهمال، دار النشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص 63.

(4) _ **المادة 330**: " يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج:

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) ويتخلى عن آفة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي . ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينيئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية.

القانون 15-19 المؤرخ في: 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم، الأمر 156/66 المؤرخ في: 18 صفر 1386، الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات. 5

1: جريمة إهمال المرأة الحامل: كان المشرع يتص على هذه الصورة المتعلقة بالزوجة الحامل التي تكمن في إهمال الزوج لزوجته بشكل متعمد بأن يتركها خلال مدة حملها مع علمه بوجود هذا الحمل، وبتوفر هذين الركنين: الركن المادي (ترك بيت الزوجية)⁽¹⁾، والركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي الذي أشار إليه المشرع بعبارة "عمدا" ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك دون موجب قاهر، والهدف من تجريم هذا الفعل هو حماية طفل المستقبل، إضافة إلى تجريم الإجهاض حماية للجنين؛ أحاطه بحماية أكبر من خلال تجريم فعل إهمال الزوجة الحامل لما ينتج عليه من خطر على صحة الجنين والأم على حد سواء⁽²⁾، وهذا يدل على مدى اهتمام المشرع بمصلحة الأطفال بالدرجة الأولى حتى وإن كانوا أجنة في بطون أمهاتهم⁽³⁾، يشترط لتقديم الشكوى من الزوج المضرور إضافة إلى الشروط السابقة وجوب بقاء الزوج المضرور في مقر إقامة الأسرة⁽⁴⁾.

وبالنسبة لإجراءات المتابعة والجزاء لا تتخذ إلا بناء على شكوى الزوج المتروك، وأن صفح الضحية، أو سحب الشكوى، أو التنازل قبل صدور الحكم عنها يضع حدا للإجراءات بنص المادة 4/330 قانون العقوبات: «يضع الصفح حدا للمتابعة الجزائية»⁽⁵⁾.

مع ملاحظة أن المشرع الجزائري قد عدل المادة 330 البند الثاني من قانون العقوبات، التي كانت تتعلق فقط بتخلي الزوج عن زوجته وهي حامل مع علمه بذلك، أما التعديل الأخير لقانون العقوبات بموجب قانون 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 فقد حذف مسألة المرأة الحامل. جعلها عامة في مجرد ترك الزوجة على أساس أنها تفضل محتاجة إلى أشد الرعاية في غياب زوجها.

2- جريمة ترك الأسرة:

ويراد بها مغادرة أحد الزوجين مسكن الزوجية دون سبب جدي ولا عذر شرعي وهو صورة من صور الإهمال العائلي حيث أن الأسرة بحاجة ماسة لجمع شملهم حتى ينمو الأولاد في

(1) _ بوسقيعة حسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ط16، دار هومة الجزائر 2013، ص151-152.

(2) _ عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارنة، دار بلفيس، الجزائر، ط الثانية، 2016، ص188

(3) _ المتيت أبو البزيد علي، جرائم الإهمال، مؤسسة شباب الجامعة، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، 1977 ص35.

(4) _ أوهابيه عبد الله، المرجع السابق، ص 111.

(5) _ بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية، دار هومه، عين مليلة، ج1، ص74 و75.

الباب الأول: الفصل الثاني: عملة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

بيئة سليمة خالية من المشاكل، فالحياة الزوجية تهدف من حيث الأساس إلى تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، وتتطلب قدرا كبيرا من التعاون والتكافل بين الزوجين، فإن تخلى الوالدين أو أحدهما عن وظيفته وتركه لمقر الزوجية دون عذر لمدة تتجاوز الشهرين، ودون أن يدع لهم مالا ينفقون منه مدة غيابه، يشكل جريمة يعاقب عليها القانون⁽¹⁾.

للجريمة ركنان: مادي ومعنوي.

1-الركن المادي: يقوم هذا الركن على العناصر التالية: الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة، وجود ولد أو عدة أولاد، عدم الوفاء بالالتزامات العائلية، مرور مدة الإهمال المقدرة بأكثر من شهرين.

أ-الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة: تتجلى صورته بمغادرة أحد الزوجين لمقر الأسرة المعتاد مع بقاء زوجه بمقر الزوجية، فمن المعلوم أن عقد الزواج ينشئ التزامات مادية متبادلة للزوجين وكذا إتجاه الأولاد يمنع الإحلال بها، فبالنسبة للأب باعتباره صاحب السلطة الأبوية وبالتالي لا يتخلى عن التزاماته في ممارسة ما يفرضه عليه القانون نحو أولاده وزوجه، وبالنسبة للأم بوصفها صاحبة الوصاية القانونية على الأولاد عند وفاة الأب، وهذا ما يعني عدم قيام هذا العنصر في حالة عند انفصال الزوجين لانعدام مقر الأسرة⁽²⁾.

ب- وجود ولد أو عدة أولاد: ربط المشرع التخلي عن الالتزامات العائلية بالارتباط بالسلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وعليه فلا مجال للحديث عن قيام هذه الجريمة دون وجود رابطة الأبوة أو الأمومة؛ فقد جاء في الحكم الصادر عن محكمة بومرداس قسم الجنح «...أن الوقائع المتابع بها المتهم لا تؤلف من عناصرها المتوفرة الشروط المطلوبة لأركان جنحة الإهمال العائلي في حين تشترط المادة 330 من قانون العقوبات أن الأب الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين أو الزوج الذي يتخلى عمدا لمدة تتجاوز الشهرين عن زوجته مع علمه أنها حامل وهي الشروط غير المتوفرة في قضية الحال، إذ أن المتهم ليست له صفة الأب لكونه ليس له أولاد، ولم يترك مقر الزوجية كما أن الزوج المهملة ليست حاملا»⁽³⁾ كما أن الجريمة لا تقوم في حق الكفيل الذي يهمل المتكفل بهم على الرغم من أن قانون الأسرة اعتبر الكفيل بمنزلة الأب نص المادة 116 من

(1) _ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 18.

(2) _ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، ط 10، 2009، ج 1 ص 150.

(3) _ محكمة بومرداس، الحكم الصادر بتاريخ: 2003/2/15 فهرس قم: 307.

الباب الأول: الفصل الثاني: عملة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

قانون الأسرة على أن «الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفق وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي»⁽¹⁾.

ج- عدم الوفاء بالالتزامات العائلية: يعني التخلي عن الوفاء بالالتزامات من الأب أو الأم سواء أكانت التزامات أدبية من التربية والتعليم والرعاية المنصوص عليها في المادة 64 من قانون الأسرة الخاصة بمقتضيات ممارسة واجب الحضانة، أم كانت التزامات مادية متعلقة أساسا بالإحلال بالنفقة بكل مشتملاتها المحددة في المادة 78 من قانون الأسرة من الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة⁽²⁾.

د- مرور مدة الإهمال المقدرة بأكثر من شهرين: وإثبات مدة التخلي تقع على عاتق الزوج الشاكي بالتعاون مع النيابة العامة ويكون ذلك بكل الوسائل القانونية، ولا تنقط مدة إلا بالعودة مع قيام السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الغرض، وطبيعة العودة استئناف الحياة الزوجية أم مجرد قطع المدة المحددة قانونا، ولا تنقطع هذه المدة إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية وفي ذلك قطع للطريق على الزوج المتحایل بالحضور إلى بيت الزوجية بين الحين والآخر⁽³⁾.

يخضع للسلطة التقديرية للقاضي أمر تحديد ما إذا كانت العودة بقصد استئناف الحياة العائلية، أو قطع المهلة، من أجل التنصل من الجريمة عن طريق الرجوع المؤقت⁽⁴⁾.

كما أنه ما لا تدركه في حالة ترك الزوجة لبيت الزوجية وانتقالها للعيش رفقة أبنائها في بيت أهلها، وبقاء المنزل الزوجي فارغا، فهنا لا تقوم التهمة على الزوج في حال أثبت أن الزوجة قد تركت البيت فعلا، فترك الزوجة لبيت الزوجية يسقط تهمة الإهمال عن الزوج في كثير من الحالات، لأن الهد من نص التجريم ليس تسليط العقاب على الأزواج بقدر ما هو تكريس الحقوق والواجبات داخل الأسرة.

⁽¹⁾ _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

⁽²⁾ _ القانون: 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

⁽³⁾ _ المرصفاوي حسن، جريمة هجر العائلة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 8، العدد 1، 1964، ص 122-123.

⁽⁴⁾ _ مصير تلك القضايا لا يكون دائما لصالح الطرف المتضرر نظرا لوجود أركان وإجراءات يجب توفرها؛ يجهلها المتضرر، والتي تحول دون قيام الجريمة، أو حتى الحصول على التعويض المالي الضروري.

وللمتضرر إثبات عكس ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية⁽¹⁾ وذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك حيث جاء في أحد قراراتها: «يعتبر مشوبا بالقصور ومنعدم الأساس القانوني، وبالتالي يستوجب نقض القرار الذي لم يوضح المدة التي استغرقها ترك مقر الأسرة ولم يشر إلى شكوى الزوجة المهجورة»⁽²⁾

2- الركن المعنوي: الإرادة والعلم: يتجسد في الوعي المكلف بالتزاماته وخطورة إخلاله بواجباته، فمتى حالت ظروف خاصة وأجبرت أحد الوالدين إلى ترك مقر أسرته؛ فإن السبب عندئذ سيكون سببا جديا وشرعيا، إذ تتطلب الجريمة قصدا جنائيا يدل على أن مغادرة مقر الأسرة يكون مصحوبا بإرادة لا تقبل التأويل، يقتضي أن يكون الوالد أو الوالدة واعيا بخطورة إخلاله بواجباته الأسرية وعواقب ذلك⁽³⁾، فسوء النية مفترضة وهذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: «يقع تحت طائلة النقص، القرار القاضي بالإدانة لعدم توضيحه لسبب ذلك الترك»، ويتدخل هذه الجرائم ضمن الجرائم السلبية⁽⁴⁾.

البند الثاني: الجرائم المرتبطة بالامتناع عن الإنفاق: وذلك بالتفصيل في أحكامها من خلال عنصرى تكييف الامتناع، وطرق التنفيذ

من الأمثلة العملية على التكامل بين فروع القانون المختلفة النفقة، حالة التوقف عن أداء النفقة المنصوص عليها في قانون الأسرة، والمكالبة بها وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ و يعاقب قانون العقوبات عليها؛ إذ يجب أن تتوفر على القصد الجنائي المتمثل في الامتناع عن الأداء اختياريًا، أما إذا كان مرده عدم القدرة على الإنفاق فينتقي بذلك القصد، مع سعي المشرع التأكد ما إذا كان المزمم بالنفقة معسرا أم موسرا قبل اللجوء إلى إجراءات إهمال الأسرة؛ حتى لا يتخذ الإعسار مطية للتخلص من أداء النفقة، تطبيقا لنص المادة 01/53 من قانون الأسرة، وكذا المادة 333 من قانون العقوبات، ولكن يشترط وجود حكم قضائي نافذ يأمر المدين بأداء النفقة للمستفيد.⁽⁵⁾

(1) _ محمد عبد الحكيم مكي، جريمة هجر العائلة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر الطبعة، 1999، ص 117.

(2) _ المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، الصادر بتاريخ 31 مارس 1989، ص 197.

(3) _ مكي محمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 115.

(4) _ الجرائم السلبية: هي الجرائم التي يكون موضوعها امتناع شخص عن القيام بفعل القانون القيام به، وهي عكس الجرائم الإيجابية التي موضوعها ارتكاب شخص فعل ينهى القانون عن القيام به مثل القتل.

(5) _ من حكم المحكمة، أو قرار، أو أمر استعجالي أو حكم أجنبي مهور بالصيغة التنفيذية تطبيقا قانون الإجراءات المدنية.

الباب الأول: الفصل الثاني: ملاءمة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

فتحريك الدعوى يكون بيان اللحظة التي يبدأ منها افتتاحت الدعوى كمنشأ إجرائي، وهو ما يفترض انتقال الدعوى من حالة السكون إلى حالة الحركة⁽¹⁾، فلا تتخذ ضد الزوج تارك الأسرة أي إجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر، وهو حق شخصي له، ففي حالة وفاته بعد أن قام بتقديم شكواه، تبقى الدعوى العمومية قائمة وليس من حق ورثته التنازل عنها لأنها في مثل هذه الحالة تكون بيد النيابة العامة، يلزم إتباع الإجراءات التي يتم بموجبها اقتضاء الحقوق والدفاع عنها⁽²⁾

و الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع تتحدد بمكان وقوع الفعل الضار وبالتالي محل الزوجية في حالة النزاع بين الزوجين، عند تركه من الزوج الآخر مع مراعاة باقي الشروط الأخرى، والتأكيد على إمكانية التنازل عن الشكوى في أي وقت من الأوقات حفاظا على الأسرة؛ لأن الغاية هي القضاء على الضرر وليس تخريب الأسرة، أو مضاعفته، تماشيا مع الأهداف التي ما وجدت الأسرة إلا لتحقيقها المنصوص عليها في قانون الأسرة⁽³⁾.

كما أن المحكمة المختصة بمحل النزاع هي المحكمة التي يوجد فيها موطن الأب، أو الأم، عند تعلق النفقة بالأصول إذ يمكن الرجوع للقواعد العامة للإختصاص طبقا لنص المادة 37 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تحدد الاختصاص بمكان وقوع الجريمة، أو بمحل إقامة أحد الأشخاص المتضررين.⁽⁴⁾

و أيضا المادتان 2/423، والمادة 5/426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن المختص بنظر الدعاوى المتعلقة بالنفقة تكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن، أو مسكن الدائن بالنفقة.

و بذلك يتضح انحياز المشرع إلى جانب الضحية في مثل هذه الجريمة، على عكس وقوعها في إطار الزواج المختلط حيث نجد نص المادة 14 من القانون المدني نص على أنه «يطبق القانون

(1) _ فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر، الجزائر، 2008، ص: 27.

(2) _ الحكماءوي عبد الحكيم، نظام الجزاءات الإجرائية الجنائية بين التشريع ومنهجية التنفيذ، اسم الموقع:

www.fsjes-agadir.info

(3) _ تطبيقا للمادة 04 من قانون الأسرة (...من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب.

(4) _ لعور أحمد، ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ص03

الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها»⁽¹⁾.

ثانيا: على مستوى طرق تنفيذ النفقة

القاعدة العامة أن الأحكام القضائية لا تنص على طرق ووسائل التنفيذ لموضوع الحكم ومنطوقه، فإن المادة 57 مكرر من قانون الأسرة تبرز خصوصية على مستوى تنفيذ الأحكام الخاصة بقضايا النفقة، نظرا لما تقتضيه من طابع الاستعجال، لكن الأحكام الصادرة بهذه الحقوق لا تجد طريقها إلى التنفيذ في أحيان كثيرة، حيث ألزمت بخصمها من أموال المحكوم عليه سواء كانت هذه الأموال منقولات، أو عقارات، أو باقتطاع قدر النفقة من منبع الربح كمبالغ الكراء، أو الأجرة التي يتقاضاها المزمم بالإفناق من الدولة أو من غيرها⁽²⁾، فقيام الزوج بالوفاء بها بعد إبلاغه، انتفى أحد شروط الحس، وللمحكمة أن تقضى بانتهاء الدعوى، كما أن نص المشرع على إمكانية الصفح فإنه يوقف كل الإجراءات الموالية تمهيدا للحكم عليه بالعقوبة الجزائية.

الفرع الثاني: العلاقة في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج المرتبطة بالأصول والفروع

وتتم درلستها بتقسيمها إلى بندين يتعلق البند الأول بالجرائم المرتبطة بحماية الطفل من جرائم الإيذاء المادي والأخلاقي، ويخصص البند الثاني للجرائم المرتبطة بتعريض الأطفال للخطر والجرائم المرتبطة بالاعتداء على المال

البند الأول: الجرائم المرتبطة بحماية الطفل من جرائم الإيذاء المادي والأخلاقي

يولي المشرع الجزائري أهمية كبيرة لفئة الطفولة؛ من خلال نص المادة 3: يتمتع كل طفل دون تمييز يرجع إلى اللون أو الجنس أو اللغة أو الرأي أو العجز أو غيرها من أشكال بجميع الحقوق التي تنص عليها اتفاقية حقوق الطفل وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة المصادق عليها، وتلك المنصوص عليها في التشريع الوطني لاسيما الحق في الاسم وفي الجنسية وفي الأسرة وفي الرعاية الصحية ساواة والتربية والتعليم والثقافة والترفيه وفي احترام حياته الخاصة.

يتمتع الطفل المعوق، إضافة إلى الحقوق المذكورة في هذا القانون، بالحق في الرعاية والعلاج والتعليم والتأهيل الذي يعزز استقلالته ويسرّ مشاركته الفعلية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

⁽¹⁾ _ الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005

⁽²⁾ _ نظرا للإشكالات القانونية، والعملية المتعلقة بتنفيذ النفقة جاء النص على القانون المتعلق بصندوق النفقة.

يتمتع الطفل الموهوب برعاية خاصة من الدولة لتنمية مهاراته وقدراته⁽¹⁾.

أنواع الحماية الجزائية للطفل: وتشمل الحماية الموضوعية للطفل، المسؤولية الجزائية للطفل:

عدم اكتمال نمو الطفل يجعله عرضة للعديد من الجرائم الماسة بسلامة جسده، وأخلاقه لذلك جاءت النصوص القانونية المشرع من أجل محاولة حمايته⁽²⁾.

و بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية نجد أنها حددت المسؤولية الجزائية بالتفريق بين المراحل العمرية للأطفال فيما بينهم⁽³⁾، بحيث فرقت بين الأطفال والبالغين في نظام خاص⁽⁴⁾ تبدأ بمرحلة الصبي غير المميز⁽⁵⁾، ثم مرحلة التمييز، وصولاً لمرحلة البلوغ⁽⁶⁾.

المادة 2: يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي: "الطفل": كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة .

يفيد مصطلح "حدث" نفس المعنى.

كما حددت المادة حالات الخطر التي قد تصيب الطفل صحته، أو أخلاقه، أو تربيته، أو أمنه، أو عرضه، أو تكون ظروفه الإجتماعية، أو سلوكه يعرضانه للخطر، أو البيئة الموجودة:

- فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند.

- تعريض الطفل للإهمال أو مساس بحقه في التعليم.

- التسول بالطفل أو تعريضه.

عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية.

(1) _ القانون رقم: 15-12، المؤرخ في: 28 رمضان 1436هـ، الموافق ل: 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.

(2) _ يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد وآليات حماية الطفل من قانون حماية الطفولة وترقيتها المادة الأولى

(3) _ عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي دراسة مقارنة، مكتبة دار التراث، القاهرة، 2005، ص 515.

(4) _ قصير علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر 2008 ص 4 .

(5) _ وتشمل الطفل دون سن 07 سنوات، وخلالها ترفع العقوبة؛ مع وجوب الضمان عملاً بالقاعدة المقررة في الشريعة الإسلامية و أن الدماء والأموال معصومة، أي غير مباحة وأن الأعداء الشرعية لا تنافي هذه العصمة.

(6) _ تبدأ هذه المرحلة من سن السابعة، إلى أن الفقهاء اختلفوا في أفضائها، وفيها تترتب المسؤولية التأديبية غايتها الإصلاح.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

- من خلال استغلاله لا سيما في المواد الإباحية وفي البغاء واشراكه في عروض جنسية.
- الاستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله.
- الاستغلال الاقتصادي للطفل، لاسيما بتشغيله أو تكليفه بعمل يحرمه من متابعة دراسته أو يكون ضارا بصحته أو بسلامته البدنية أو المعنوية.
- وقوع الطفل ضحية نزاعات مسلحة وغيرها من حالات الاضطراب وعدم الاستقرار
- الطفل اللاجئ.
- الطفل الجانح"الطفل الذي يرتكب فعلا مجرما والذي لا يقل عمره عن عشر (10) سنوات.
- وتكون العبرة في تحديد سنه بيوم ارتكاب
- الممثل الشرعي للطفل": وليه أو وصيه أو كافله أو قدم أو حاضنه.
- "الوساطة": آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق
- الطفل الجانح ومثله الشرعي من⁽¹⁾ الضحية أو ذوي حقوقها من جهة وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد للجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل.
- مصالح الوسط المفتوح: مصالح الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح.
- "سن الرشد الجزائري": بلوغ ثماني عشرة (18) سنة كاملة.
- تكون العبرة في تحديد سن الرشد الجزائري بسن الطفل يوم ارتكاب الجريمة⁽²⁾.
- كما أن بداية المسؤولية الجزائية: وهذا ما نصت عليه المادة 49 من قانون العقوبات«لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر(10) سنوات
- لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب فإنه في المخالفات لا يكون محلا إلا ومع ذلك للتوبيخ.

(1) _ القانون رقم: 15-12 المؤرخ في: 28 رمضان 1436هـ، الموافق لـ 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.

(2) _ القانون رقم: 15-12 المؤرخ في: 28 رمضان 1436هـ، الموافق لـ 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.

يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة»⁽¹⁾.

أولاً حق الطفل في الحياة والصحة السليمة: وضعية القاصر أثناء قيام العلاقة الزوجية: سنعالج كيفية اهتمام المشرع الجزائري بفئة الطفولة أثناء قيام العلاقة الزوجية باعتبارهم أهم أثر من آثار الزواج.

1- حق الطفل في الحياة:

يتعلق هذا الحق بحياة الطفل وصحته منذ أن يكون في بطن أمه، إلى أن يشب، وهو مقرر في الإسلام، فقد حرم الإسلام قتل الأطفال عامة وخوفاً من الفقر خاصة، فقال تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾⁽²⁾، كما حرم وأد البنات الذي كان سائداً في الجاهلية، قال تعالى ﴿وَإِذَا الْمَوْءِدَةُ سَلَتْ ﴿٨﴾ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُنِلَتْ ﴿٩﴾﴾⁽³⁾. وحرّم الإجهاض إلا في حالة واحدة وهي أن يكون استمرار الحمل فيه خطر على حياة الحامل. وقوله تعالى ﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾⁽⁴⁾ قوله ﷺ: «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات، ومنع وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال»⁽⁵⁾.

و نهي النبي ﷺ عن قتل الأطفال في المعارك وكانت وصيته للجنود بعدم قتل الشيوخ، والنساء والأطفال، وعدم قطع الأشجار، وقتل الحيوانات، وتأمين بيئة مناسبة تكفل نموهم الصحي.⁽⁶⁾

الأمر: 14 / 01 مؤرخ في 4 ربيع الثاني 1435 الموافق 4 فبراير 2014 المعدل الأمر 66 / 156 المؤرخ: 18 صفر 1386 هـ، الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن في قانون العقوبات 1.

(2) _ سورة الأنعام: آية 151.

(3) _ سورة التكوير: آية 8-9.

(4) _ سورة النساء، الآية رقم: 09.

(5) _ أخرجه البخاري، كتاب الأدب، رقم الحديث: 5545، باب عقوق الوالدين من الكبائر، وأخرجه مسلم، رقم: 593، كتاب الأفضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة ص 376.

(6) _ الشامي محمد عمر، حقوق الطفل تعليمها وتعلمها من خلال منهج التربية الإسلامية، الأونروا، دائرة التربية والتعليم، معهد التربية، 2001، مرجع سابق، ص 8.

تبدأ الحماية الجزائية للطفل قبل ولادته عن طريق تجريم الإجهاض فقد تناول بعض الفقهاء

أ- جريمة الإجهاض ضمن صور الحماية الجنائية للأطفال ذلك⁽¹⁾: إلقاء الحمل ناقص الخلق، أو ناقص المدّة، يصدق سواء كان الإلقاء بفعل فاعل أم تلقائياً أجهضت الناقّة إجهاضاً وهي مُجهضٌ أُلقت ولدها لغير تمام والجمع مجاهيض⁽²⁾.

وقال الفيروزبادي: «الولدُ السَّقَطُ أو ما تَمَّ خَلْقُهُ وَنُفِخَ فِيهِ رُوحُهُ من غير أن يَعِيشَ... وَجَهَضَهُ عن الأمرِ كَمَنَعَ وَأَجْهَضَهُ»⁽³⁾.

هو إسقاط المرأة جنينها بفعل منها أو من غيرها أو هو التخلص من حمل موجود في الرحم سواء كان له أسبوع أو تسعة أشهر⁽⁴⁾ المعاصرين هو إخراج الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي، عمداً وبلا ضرورة بأي وسيلة من الوسائل هو إلقاء المرأة جنينها ميتاً أو حياً دون أن يعيش، وقد استبان بعض خلقه بفعل منها أو من غيره⁽⁵⁾.

ويعرف الإجهاض بأنه إسقاط الجنين قبل أوانه الطبيعي أي إنهاء حياة إنسان لم تكتمل بعد خلقته بسبب وجوده في بطن أمه، ويكون هذا الإسقاط بفعل الأم أو بفعل غيرها، وباستخدام وسائل عمدية لقتله، وعرفه الفقيه الفرنسي Garraud أنه: الإطراح المبكر لمحصل الحمل⁽⁶⁾.

ب- حكم إسقاط الجنين قبل نفخ الروح: من خلال دراستها قبل نفخ الروح وبعدها.

1 - إسقاط الجنين قبل نفخ الروح:

اختلف الفقهاء بشأن تحريم الإسقاط في جميع الأطوار، وبين جواز ذلك حيث ذهب أكثر

⁽¹⁾ _ Behnam Ramsès et Mahdi Abderraouf, la protection de L'Enfant en droit pénal égyptienne, RIDP; 1979, P: 774.

⁽²⁾ _ ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، مادة: أجهض، ج7، ص31.

⁽³⁾ _ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المصدر السابق ج1، ص824.

⁽⁴⁾ _ إبراهيم القاسم رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، مجلة الحكمة، 1423هـ، 2002ص84.

⁽⁵⁾ _ التلقيح الصناعي والإجهاض للشيخ جاد الحق علي جاد الحق (1440) مقال في مجلة الأزهر السنة 55 شوال 1403هـ عدد خاص، والفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة د. شوقي الساهي (63) ص87.

⁽⁶⁾ _ Garraud Rene، Traite Théorique et Pratique du Droit Pénal Français، 3^e édition، Paris، 1924 -، p: 215.

المالكية⁽¹⁾، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وابن رجب إلى التحريم⁽²⁾.

و استندوا على عدة منها: قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾⁽³⁾ فكان القصد من إخراجها من قرارها مخالفة لقصد الشارع الحكيم، وإذا كان لا يجوز إتلاف الحي فكذلك السقط الذي هو مبدأ الحياة، الإسقاط مخالف لحكمة النكاح كما يقاس الإسقاط بالوآد بجامع اشتراكهما في القتل. وإيجاب الغرة دليل على أنه يأثم المتعدي عليه؛ وبالتالي لا يجوز إسقاطه⁽⁴⁾.

لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ: «قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمة»⁽⁵⁾، وهو مطابق للقول الطبي الذي استند إلى أن للجنين تحركات، وتسمع له نبضات قلب فيمنع إسقاطه إلا لمصلحة راجحة كاحتمال كونه مشوها خلقيا، أو خوفا على ضرر الأم ونحو ذلك قبل نفخ الروح. كما أقر له الإسلام بهذه الحرمة فلا يجوز إسقاطه كقصد التخلص من الحمل أو خشية نفقاته المستقبلية؛ وأن إقامة الحد والقصاص واجب والواجب معجل، وإذا ارتكبت المرأة موجبا للحد، وثبت أن هذه المرأة حامل في أي مرحلة كان حملها فإنه لا يجوز إقامة الحد والقصاص عليها حتى تضع ما في بطنها، ونقل الإجماع على ذلك ابن المنذر: «أجمع العلماء على أن الحامل لا ترحم حتى تضع»، فما أخرج الحد عن الغامدية ألا محافظة على الجنين، وهذا القول رجحه ابن عثيمين عليه رحمة الله: «الذي يترجح لنا في المسألة بأنه لا يلقي حتى ولو قبل الأربعين، إلا إذا كان لحاجة قبل الأربعين، أو لضرورة فيما بين الأربعين إلى نفخ الروح»⁽⁶⁾.

2 - حكم الإجهاض بعد نفخ الروح: اتفق العلماء على تحريم إسقاط الجنين بعد نفخ

الروح إذا لم يكن هناك ضرورة لإسقاطه، وقد نقل الإجماع على حرمة، لقول ابن تيمية رحمه الله: «إسقاط الحمل حرام بإجماع المسلمين وهو من الوآد الذي قال الله: ﴿وَإِذَا الْمَوْءِدَةُ سَلَّتْ﴾⁽⁸⁾ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ⁽⁹⁾، الدليل على ذلك في ذلك قتل للنفس المعصومة لقوله تعالى: ﴿وَلَا

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص86.

(2) ابن الجوزي، أحكام النساء، تحقيق: زيدان حمدان، دار الفكر، ط الأولى، 1989، ص306.

(3) سورة المؤمنون، الآية رقم: 13.

(4) ابن الجوزي، أحكام النساء، المرجع نفسه، ص306.

(5) البيهاري كتاب الديات، باب جنين المرأة وأن العقل على الوآد وعصبه(6399) ومسلم كتاب القسامة والمخارين والقصاص والديات باب دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ(2185)

(6) السيف عبد الله بن صالح، مقال حول حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي، منشور على شبكة الإنترنت، تاريخ الإطلاع

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴿١﴾ حديث بن مسعود أن النبي ﷺ قال: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ألا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله إلا بإحدى ثلاث، النفس بالنفس والثيب الزاني والتارك لدينه المفارق للجماعة».(2)

يحمي المشرع الجنين في بطن أمه، وفي ذلك مجازاة من المشرع للقيم الإنسانية العليا التي لا يصح التفريط بها.(3)

ب - أركان جريمة الإجهاض: لجريمة الإجهاض هذه ثلاثة أركان هي:

وجود الحمل: حيث يفترض أن تقع جريمة الإجهاض على امرأة حامل أو يعتقد أنها حامل.

الركن المادي: ويتمثل في قيام الجاني بفعل يكون نتيجته إسقاط للحمل، ويتكون من ثلاثة عناصر هي: الفعل المادي، النتيجة الجرمية، والعلاقة السببية بينهما، وحسب نص المادة: 304 قانون العقوبات، أنه يعاقب على الشروع في جريمة الإجهاض حتى وإن لم تحصل نتيجته كتقديم الوسائل المؤدية إلى الإجهاض حتى ولو لم تتحقق هذه النتيجة، فالهدف إسقاط الحمل.(4)

الركن المعنوي ويتمثل في القصد أو نية الوصول إلى النتيجة المرغوب فيها(5)، فقد قضت المحكمة العليا بأن: «جناية الجرح العمد المفضي إلى الموت جريمة عمدية تستلزم لتوافرها القصد الجنائي، بمعنى أنه يشترط لتحقيقها تعمد الاعتداء على المخني عليه بالضرب والجرح»(6).

وفي ذلك نصت المادة 304 قانون العقوبات على أنه كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها، بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو استعمال طرق أو أعمال عنف، أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة 01 إلى خمس 05 سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 10.000 د.ج.

(1) _ سورة الأنعام، الآية رقم: 151

(2) _ البخاري، كتاب الديات، باب قوله تعالى: "أن النفس بالنفس"، رقم: 6878، ومسلم، كتاب القسامة، باب: ما يباح به دم المسلم، رقم الحديث: 1676

(3) _ باسم شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة، الجزائر، 2011، ص: 387

(4) _ محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص:

62 محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص: 62.

(5) _ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002، ص: 45.

(6) _ جيلالي بغداداي، الاجتهاد القضائي، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والاشهار، الجزائر، 1996، ج1، ص: 292.

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة.

- إذا كان الجاني يمارس فعل الإجهاض عادة، فتكون العقوبة السجن إلى حد الأقصى المادة 305 قانون العقوبات، أما في حالة قتل⁽¹⁾ الأم لوليدها حديث العهد بالولادة⁽²⁾، والقتل قد يكون عمديا، وقد يكون غير عمدي إذا لم يتوافر القصد لدى الجاني ولكن الوفاة تحققت نتيجة خطئه⁽³⁾، فالمادة: 272 قانون العقوبات شددت العقوبة فقررت لها الإعدام إذا كان الجناة هم أحد الوالدين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته، وذلك إذا أفضى التعدي إلى وفاة الطفل؛ الحكمة من التشدد في عقوبة الأصول مناطها الأمن والطمأنينة للأهل، فكيف إذا كانت الأم هي القاتلة⁽⁴⁾.

فصار قاتل الفرع عضوا فاسدا داخل المجتمع الذي يجب اجتثاثه؛ بتشديد العقوبة لحد الإعدام⁽⁵⁾

الاستثناء عن القاعدة أن قتل الأم لولدها حسب المادة: 261 قانون العقوبات، بصفتها فاعلة أصلية أو شريكة تستفيد من ظروف التخفيف دون سواها من الفاعلين أو الشركاء وذلك بتخفيض عقوبة الإعدام المقررة لجرمة القتل العمد إلى السجن المؤقت من عشرة إلى عشرين سنة، ولم يعفها من العقاب حماية لحق الطفل في الحياة، كما لم يميز المشرع في صفة الولد إن كان شرعيا، أو غير شرعي، أو إن كانت الأم بغيا في الأصل، وتعود الحكمة تتمثل في الحالة النفسية التي قد تتزامن الولادة⁽⁶⁾.

فأحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري متفقتان على تجريم الإجهاض إلا في حالة الحفاظ على حياة الأم.

(1) _ القتل هو إزهاق روح الإنسان عمدا، وعليه له نفس أركان جريمة قتل الكبار.

(2) _ السلطة التقديرية للقضاة في تحديد السن الذي تستمر إليه حداثة العهد بالولادة فلم يوضحها المشرع.

(3) _ الروس أحمد، جرائم العقل والجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة من الوجهة القانونية والفنية، المكتب الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص311.

(4) _ حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص: 78.

(5) _ القهوجي علي عبد القادر، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص141.

(6) _ نجم محمد صبحي، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة، عمان، 2002، ص: 676.

الإعفاءات: لا يعاقب على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء.

2: حق الطفل في الصحة السليمة: لم يغفل الإسلام الاهتمام بما يهيئ للأطفال مناخاً صحياً متوازناً، يؤثر على جوانب بناء شخصيتهم مستقبلاً، هذا الحق يتعلق بصحة وحياة الطفل منذ أن يكون جنيناً إلى أن يخرج إلى الحياة حياً، وحتى بلوغ سن الرشد⁽¹⁾

حيث أمر الله تعالى المؤمنين بالحفاظ على أجسامهم؛ فلا يجوز للإنسان أن يقصر في تحصين نفسه من أن يصيبه مرض أو ضرر لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁽²⁾، وقال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽³⁾.

والحق في سلامة الجسم هو في أصله مصلحة يقرها القانون للأشخاص⁽⁴⁾، ومن النصوص التي نصت عليه المادة 78 من قانون الأسرة مشتملات النفقة، وكذا المادة 64 المتعلقة برعاية المحضون، وذلك تماشياً مع ما نصت عليه المواثيق الدولية، فمن الواجب ضمان حق الطفل في التمتع بأعلى مستوى يمكن بلوغه من العيش، وتبعاً لذلك شدد المشرع الجزائري على الجرائم المتعلقة بتحريض القصر على الاستعمال الاعتيادي للمشروبات الكحولية حماية لصحتهم، ووقاية لهم من من الانحراف، كما شدد العقاب على كل شخص يسلم للقاصر أو يسهل له الحصول على مخدرات فلا يجوز كأصل عام توقيع العقوبة على الحدث الذي ارتكب جريمة، وإنما يتم إخضاعه لتدابير حماية أو للرقابة أو للتهذيب الغرض منها تأهيله وإصلاحه⁽⁵⁾.

يمكن تقسيم هذه أركان هذه الجريمة إلى ثلاثة هي:

الركن المفترض: وهو محل الاعتداء وهو جسم الطفل الذي لم يتجاوز سنه: 16 سنة حسب المادة: 269 قانون العقوبات ثم الركن المادي، ثم الركن المعنوي.

الركن المادي: ويتمثل في الجرح أو الضرب أو المنع من الطعام أو العناية عمداً إلى الحد

(1) _ المهجع الإسلامي في رعاية الطفولة، إعداد لجنة من علماء الأزهر، 1985، ص 8.

(2) _ سورة البقرة: الآية رقم: 195.

(3) _ جودة محمد عواد، حقوق الطفل في الإسلام، دار الفضيلة، القاهرة، 1991، ص 12.

(4) _ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 38

(5) _ Gaston Stefani Georges, Levasseur et Bouloc Bernard, droit pénal général, Paris, 2005, p: 3805.

الذي يعرض سلامة الطفل للخطر، أو أن يرتكب ضده عمداً أي عمل آخر من أعمال العنف أو الإيذاء، ولقد استثنى المشرع الحق التأديبي الذي يمارسه الوالدان إذا كان يمارس في حدود التأديب⁽¹⁾، فمضى ما ثبت التجاوز يتابع طبقاً للقواعد العامة⁽²⁾ لأن المسؤول عن تربية الولد يجب أن يتمتع بالسلطة والمهابة اللازمتين لممارسة هذا الحق⁽³⁾.

الركن المعنوي أي القصد الجرمي إذا أقدم على الفعل بإرادته عالماً بخطورته وما قد يترتب عليه من نتائج، وذلك بأن تتجه إرادة الجاني إلى المساس بسلامة جسم المحني عليه بالضرب أو الجرح أو الإيذاء.

ثانياً: الجرائم الماسة بالأخلاق

1 العنف الجنسي.

2: جريمة هتك العرض، وجريمة الفعل المخل بالحياء.

3 حماية الطفل من جرمي التحرش والاستغلال الجنسيين والفحش.

أكدت الأمم المتحدة على ضرورة حماية الطفل من كل ما يسيء إليه، ومن صور هذا التجريم اختطاف الأطفال ونقلهم بعيداً عن ذويهم، حيث نصت في المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل على ما يلي: تتخذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة⁽⁴⁾، وهو ما يتماشى مع ما نصّوه المشرع الجزائري بحيث جرم معظم الأفعال التي من شأنها أن المساس بسلامة جسم الطفل ويتضح ذلك جلياً من صريح المادة الثانية من قانون الطفل⁽⁵⁾ كالضرب والجرح ومنع الطعام، أو التعريض للخطر⁽⁶⁾.

(1) _ ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص220.

(2) _ مانع علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد: 1، 2001، ص41.

(3) _ ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص220.

(4) _ اتفاقية حقوق الطفل تظم في طياتها 54 مادة، وصادقت عليها 193 دولة إلى غاية سنة 2008، من موقع www.crin.org. 2012/01/02 بتاريخ

(5) _ القانون 15-12 المؤرخ في 28 رمضان 1436هـ، الموافق 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل

(6) _ محمد سعيد نور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة عمان، 2005 ج1: ص111

تتخذ ظاهرة الاعتداء على الطفل أشكالا متنوعة، وقد تكون مرتبطة بالأسرة التي تمارس مهمة التأديب لأطفالها الذي قد يكون في صورة العنف المادي، وقد يتخذ العنف شكلا معنويا وغير جسدي، كالعنف العاطفي.

إن صيانة عرض والأخلاق لها عدة صور منها منصوص عليها في المواد 135-136-137 وقد تتخذ صورة من صور العنف الجنسي.

1- العنف الجنسي الذي يكيه القانون على أنه شذوذ جنسي أو اغتصاب أو فعل مخل بالحياء، وإذا كان في محيط الأسرة قد يصنف على أساس زنا المحارم، أو جريمة الفحش بين الأقارب إذا ارتكبه أحد المقرين للطفل، من جهة أخرى أن القانون لا يتكفل بالوقاية من العنف ضد الأطفال، وإنما تقتصر حمايتهم بعد ارتكاب الجرائم في حقهم. ولقد نصت المادة 28 من قانون حماية الطفل «يجب أن ترفع مصالح الوسط المفتوح الأمر فورا إلى قاضي الأحداث المختص، في حالات الخطر الحال أو في الحالات التي يستحيل معها إبقاء الطفل في أسرته، لا سيما إذا كانت ضحية جريمة ارتكبتها ممثله الشرعي»⁽¹⁾.

2: جريمة هتك العرض، وجريمة الفعل المخل بالحياء: لم يبين المشرع الجزائري المقصود بهتك العرض أو الاغتصاب، في حين من تطبيقات القضائية فسرتة: موقعة غير شرعية لأنتى بغير رضاها سواء اصطحب الوقاع استعمال للعنف أم لا⁽²⁾.

أما جريمة الفعل المخل بالحياء المنصوص عليها في المادة: 335 قانون العقوبات فيقصد بها كل فعل يمارس على جسم إنسان، سواء كان ذكرا، أو أنثى.⁽³⁾

(1) _ القانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان 1436هـ الموافق 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.

(2) _ علي أبو حجيلة، الحماية الجزائية للعرض، وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 132.

(3) _ التمييز بين الجريمتين يكمن في أن: هتك العرض لا يقع إلا على الأنثى بينما يقع الفعل المخل بالحياء على الأنثى والذكر، البغاء المواد من: 342 إلى، 349 من قانون العقوبات الفحشاء مع الناس بغير تمييز، المادة 5/343" كل من استخدم أو استدراج أو أعمال شخصا ولو بالغا بقصد ارتكاب الدعارة ولو برضاه أو أغواه على احتراق الدعارة أو الفسق فإذا ارتكبه الرجل فهو فحور، وإن قارفته الأنثى فهو دعارة.

الأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 18 صفر 1366هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

الباب الأول: الفصل الثاني: عملة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

المادة 11: تعدل وتتم المواد 336 و 337 مكرر⁽¹⁾ و 342 و 344 من الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم والمذكور أعلاه وتحرر كما يأتي:

المادة 336: كل من ارتكب جنابة الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات.

إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة

عشرة (18) سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة."

"المادة 342: كل من حرض قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه أو تسهيله له ولو بصفة عرضية يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات المقررة للجريمة التامة

المادة 344: ترفع العقوبات المقررة في المادة 343 إلى الحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 دج في الحالات الآتية:

⁽¹⁾ _ المادة 337 مكرر من قانون العقوبات (تعتبر من الفواحد بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

1- الأقارب من الفروع والأصول.

2- الاخوة والأخوات الأشقاء.

3- شخص وابن احد إخوته أو أخواته الأشقاء أو من الأب أو من الأم أو من أحد فروع.

4- الأم أو الأب والزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروع.

5- والذ الزوج او الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر.

6- أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت.

تكون العقوبة السجن من عشر 10 سنوات في الحالات 3 و 4 و 5 والحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة 6 أعلاه وتطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع أو الأصول و يتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية أو الكفالة) قانون رقم 01 - 14 مؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 4 فبراير سنة 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154-6-المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات....الجريدة الرسمية للجمهور للجمهوريّة الجزائريّة العدد رقم: 07

1- إذا ارتكبت الجنحة ضد قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة⁽¹⁾.

شدد المشرع العقوبة لهذه الجرائم بالنظر للسن المجني عليه، وكذا بالنظر لعلاقة الجاني بالمجني عليه تطبيقاً للمادة: 337 قانون العقوبات .

3: حماية الطفل من جريمة الفحش: جريمة التحرش الجنسي

أ: جريمة الفحش:

الأسرة نواة المجتمع ورابطة القرابة هي أساس تكوينها، وجريمة وطء المحرمات من الإناث كالأخت والأم والبنات تعد جرائم تعدي على الأعراض والأنساب ولذا وضعت النصوص القانونية والأحكام التي تعاقب عليها⁽²⁾ ويطلق عليها عند فقهاء الشريعة زنا المحارم.

تعريف زنا المحارم: المحارم في اللغة: مأخوذ من الحرام الذي منعه الله عز وجل، ويقال ذو رحم أي لا يحل نكاحه⁽³⁾.

اصطلاحاً: علاقة جنسية كاملة بين بالغين مكلفين من المحارم، كالأخ مع الأخت، أو أب مع ابنته، أو بين الابن وأمه... من المحرمات تأييداً⁽⁴⁾ سواء كانت العلاقة في السر أو العلن سواء كانت علاقة القرابة بسبب النسب، أو الرضاع، أو المصاهرة⁽⁵⁾.

فقد حرم الإسلام الزواج بين الأشخاص الذين تربط بينهم علاقة قرابة سواء كانت قرابة دموية، أو كانت قرابة مصاهرة أو رضاع لقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ﴾⁽⁶⁾، وقوله تعالى: ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾⁽⁷⁾ ومن السنة دلت أحاديث كثيرة على حرمة مثل

(1) _ القانون رقم: 15-12 المؤرخ في: 28 رمضان 1436هـ، الموافق لـ 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.

(2) _ الأمر: 01/14 مؤرخ في 4 ربيع الثاني 1435 الموافق 4 فبراير 2014 المعدل الأمر 156/66 المؤرخ: 18 صفر 1386 هـ، الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن في قانون العقوبات .

(3) _ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، باب الميم، ص 1092 والفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، مادة حرم ص 72.

(4) _ ابن نجيم زين الدين، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ط الأولى، دار إحياء التراث بيروت 2002، ج 03 ص 129

(5) _ www.islamonline.net: موقع إلكتروني، زنا المحارم مشاكل وحلول.

(6) _ سورة النساء، الآية رقم: 23.

(7) _ سورة النساء، الآية: 23.

هذه العلاقات منها قوله ﷺ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»⁽¹⁾ قال ابن المنذر: وأجمعوا على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب⁽²⁾ وعليه فإن أية علاقة جنسية خارج إطار الزواج الشرعي تعتبر زنا ومنتهى الحرمة في هذه الجريمة، وأن ترتكب بين المحارم، وتدل على انتكاس الفطرة، وانعدام الإيمان لما يترتب عنها من عواقب وخيمة فقدان العقل تأتي في مقدمتها قطع الأرحام، وتشتيت الأسر⁽³⁾، بالنسبة لعقوبة جريمة الزنا بالمحارم في الشريعة الإسلامية، فقد انقسم الفقهاء إلى فريقين بشأنها:

الفريق الأول: يرى بأن عقوبة الزنا في مثل هذه الأحوال هي نفسها عقوبة الزنا عموماً أي الرحم للمحصن والجلد لغير المحصن ويمثل هذا التوجه الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ويقول به الإمام مالك وأبا حنيفة والإمام الشافعي.

الفريق الثاني: يرى بأن عقوبة من يزني بإحدى محارمه تختلف عن عقوبة الزنا عموماً فهي القتل سواء كان الزاني محصناً أم غير محصن، ويضيف البعض إلى هذه العقوبة مصادرة مال الجاني⁽⁴⁾

وبالرجوع إلى القانون نجد أنه ينص على جريمة زنا المحارم، وأمام ارتفاع ارتكاب الجرائم ضد الأطفال بالمجتمع الجزائري في الآونة الأخيرة كان لزاماً على المشرع الجزائري إن يقابل هذا النوع من الجرائم الجديدة بعقوبات جديدة.

أما بالنسبة لمركبي جنابة الاغتصاب فتتضمن المادة 336 على المعاقبة بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب جنابة الاغتصاب.

وتضيف نفس المادة أنه إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل 18 سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة.

وتحدد المادة 337 مكرر الحالات التي تعتبر فيها العلاقات الجنسية فواحش بين ذوي المحارم

(1) _ مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، حديث رقم: 1408، ج2 ص356.

(2) _ ابن المنذر، المرجع السابق، ص141.

(3) _ حيث إن من المقاصد الأساسية في الشريعة الإسلامية صيانة العرض من أجل رعاية الفرد الذي هو مقصود التشريع وأساسه منذ نشأته وتطور حياته في أطوارها المختلفة.

(4) _ زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط الأولى، 1413، ج05، ص131-135.

وتعاقب المعنيين بالسجن لمدة تصل إلى عشرين سنة.

وتطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب

من الفروع والأصول أي من 10 إلى 20 سنة⁽¹⁾

حيث يعتبر المشرع القرابة مانعا من موانع الزواج عند المشرع تطبيقا للنصوص المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة⁽²⁾، فقدسية أو اصر القرابة تفرض حمايتها من كل ما من شأنه أن يؤدي إلى زعزعتها⁽³⁾. وقد ورد النص على تجريم هذه الأفعال في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات عرف سعد عبد العزيز جريمة الفحش: بأنها كل فعل من أفعال الاتصال الجنسي المباشر التي تقع بين شخص ذكرا كان أو أنثى وبين أحد محارمه شرعا من أقاربه أو أصهاره أو غيرهم برضائهم المتبادل⁽⁴⁾.

العقوبة الجنائية وهي جنحة فعل الفحش بين الأشخاص، 05 إلى 10 سنوات حبس وتنحصر في قيامها بين: الشخص وابن أحد إخوته، أو أخواته، أو أحد فروع، بين الأم أو الأب وزوجة أو زوج وأرمل أو أرملة الابن أو أحد فروع، ولد الزوج أو الزوجة، أو زوج الأم أو زوجة الأب وأحد فروع الزوج الآخر.

تحتوي على ثلاثة أركان:

1: الركن المادي: يتجسد بوقوع علاقة جنسية طبيعية تامة بين رجل وامرأة برضاها الصريح المتبادل دون استعمال العنف، وإلا عدت جريمة اغتصاب لا فحشا⁽⁵⁾، ولا فرق إن كان الجاني ذكرا أو أنثى، فلا يشترط لوجود هذا الركن الوطاء الطبيعي، ومن ثم تشمل اللواط والمساحقة بشرط توفر الرضا بين الطرفين.

⁽¹⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽³⁾ _ أشرف توفيق، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة والقانون، دكتوراه دولة في الحقوق، القاهرة، 1994، ص123.

⁽⁴⁾ _ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص45.

⁽⁵⁾ _ سعد عبد العزيز، المرجع نفسه، ص76.

2: علاقة القرابة أو المصاهرة: بأن تقع الجريمة بين الجاني ومن يحرم الزواج بهن بسبب وجود صلة قرابة أو نسب أو مصاهرة بين مرتكبي الجريمة، وبالتالي قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قياسا على الزواج مع حصر التحريم في الطفل الرضيع وحده دون إخوته، وأخواته طبقا لنص المادة 28 من قانون الأسرة التي نصت على: «يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته وليد للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فرعه»⁽¹⁾ فبالجمع بين القانونين يمكن أن يطبق التحريم طبقا لمقتضيات قانون الأسرة.

3 القصد الجنائي: ويكون بعلم كلا الطرفين بأن الشخص الآخر الذي يقوم بممارسة الجنس معه من ذوي محارمه⁽²⁾.

تخضع جريمة الفحش لسلطة النيابة العامة في ملائمة المتابعة طبقا للقواعد العامة في تحريك الدعوى العمومية، فعليها إثبات هذه الجريمة بجميع طرق الإثبات وإثبات هذه الجريمة لا يحتاج إلى أدلة بعينها كجريمة الزنا.

ب - التحرش: جريمة التحرش الجنسي

حرصت الشريعة الإسلامية على استبعاد الممارسات الجنسية الموصلة إلى ارتكاب الفاحشة⁽³⁾ حيث حرمت مجرد الاقتراب من مسبباتها سدا لذريعة ارتكابها فأوجب على الجنسين غض البصر، كما أوجب على المرأة ارتداء الحجاب الساتر⁽⁴⁾ حتى لا تكون سببا في الفتنة، وحرمت الخلوة بين الرجل والمرأة الأجنبية عن بعضهما، فقد أوصدت كل الأبواب التي يمكن أن توصل إلى ارتكاب الجرائم الجنسية كجرائم الفحش، وهتك العرض، وتحريض القصر على الفسق والدعارة التحرش الجنسي...

ونظرا لتنامي هذه الظاهرة في المجتمع قرر المشرع تجريم التحرش الجنسي من خلال المادة: 341 مكرر والتي نصها: «يعد مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 50000 إلى 20000 دج كل شخص يستغل بسطة وظيفته أو

⁽¹⁾ _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ نجم محمد صبحي، رضاء الجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص264.

⁽³⁾ _ سورة النور، الآيتين: 30 و31.

⁽⁴⁾ _ سورة الأحزاب، الآية: 59.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج

مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير أو بالتهديد أو الإكراه أو ممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية في حالة العود تضاعف العقوبة». مع مضاعفة العقوبة في حالة ما إذا كانت الضحية من المعاقين أو من المحارم 1.

يتبين من هذه المادة أن التحرش الجنسي لا يقتضي اتصالاً جنسياً بين الطرفين، كما يمكن أن يكون فيه الطرفين من جنس واحد، وأنه يأخذ شكل المساومة أو الابتزاز بواسطة أقوال، وحركات، وأفعال يتخذها الجاني لتكون قاعدة لقرارات ماسة بالضحية باستعمال السلطة الوظيفية، أو المهنية عن طريق التهديد، أو الإكراه، والتي يهدف من خلالها إلى سلب إرادة الضحية وإضعافها؛ بحيث لا يمكن لهذا الأخير الحصول على المنفعة الموعود بها، أو التخلص من المضرة المهدد بها إلا بالاستجابة للرغبات الجنسية لرئيسه⁽²⁾، وحصر فعل التحرش الجنسي بين الرئيس والمرؤوس، في حين أن هذا الفعل قد يحدث من غيره، كما لم ينص المشرع على هذه الجريمة عندما يكون ضحيتها طفل؛ الذي يفترض أنه أحق بالحماية الجزائية من الكبار لما يعتره من ضعف؛ سيما وأن صغر سنه يعد ظرفاً من ظروف التشديد في معظم الجرائم الواقعة عليه، كما هو الشأن بالنسبة لجرائم هتك العرض والاعتصاب، من أجل زجر الاعتداءات الجنسية ضد الأطفال خاصة أن الواقع اليومي يثبت أن الجرائم ضدهم في تزايد مستمر⁽³⁾.

البند الثاني: الجرائم المرتبطة تعريض الأطفال للخطر والجرائم المرتبطة بالاعتداء على

المال

أولاً: الجرائم المرتبطة تعريض الأطفال للخطر

يعاقب التشريع الجزائري على صور متنوعة لجرائم تعريض الطفل للخطر ومن هذه الجرائم جريمة ترك الطفل، وجريمة التحريض على التخلي عن الطفل، وسيتم التركيز على دراسة هتين الجريمتين لاحتمال ارتباطهما بأحد أفراد الأسرة، وعلة التجريم تعود إلى رغبة المشرع في

القانون 15-19 المؤرخ في: 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم، الأمر 156/66 المؤرخ في: 18 صفر 1386، الموافق 08

يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات. 1

(2) _ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 148.

(3) _ كذلك الشأن بالنسبة للقانون المصري الذي لا يفرق بدوره في الجزاء الذي يوقع على من يزيي بإحدى محارمه وبين الجزاء الذي يوقع على من يزيي بغير محارمه، إلا في الأحوال التي يكون فيها الجاني من أصول المحمي عليها أو من المتولين تربيتها حيث تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة شريطة أن يكون سن الضحية دون الثامنة عشرة، أما إذا كانت قد بلغت سن 18، فما فوق، وتم الاتصال الجنسي برضاها، فلا عقاب على الجاني بالعقوبة المشددة.

توفير الحماية للطفل ضد الأخطار التي قد يتعرض لها، ويكون من شأنها المساس بحقه في الحياة وفي سلامة الجسم، فهي حماية ذات طابع وقائي؛ بحيث تطبق لمجرد تعريض الطفل للخطر، دون توقف على حدوث الضرر الفعلي به.

1: جريمة ترك الطفل

تتحقق هذه الجريمة بتوفر أركانها المرتبطة أساساً بمكان الجريمة، وصفة مرتكبها⁽¹⁾، وعلى أساسهما تختلف العقوبة وفق ما ورد في المواد من: 314 إلى 317 قانون العقوبات⁽²⁾ وهي:

الركن المادي: يتمثل في الترك أو التعريض للخطر: بالنسبة للطفل سواء تم تركه أمام ملجأ، أم في مكان خال⁽³⁾.

أ- الترك في مكان خال من الناس: ولو كان ذلك على مرأى من الناس⁴، مع تحقق نتيجة الفعل وعدم التراجع عنه، ولو في آخر لحظة تعاقب لنص المادة: 314/1 قانون العقوبات على هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

وبالنظر أيضاً إلى صفة الجاني فإن كان مرتكب الجريمة من الأصول أو ممن يفترض أنهم محل ثقة لتكفلهم برعايته فإن العقوبة تكون مشددة.

ب- الترك في مكان غير خال من الناس: وهو المكان الذي يتواجد فيه الناس وبالتالي قد يكون سبب الترك هو الإهمال والتخلص منه دون وجود نية للإضرار به فالعقوبة حسب المواد: 315، 316 قانون العقوبات من قام بهذه الجريمة بالحبس من: 03 أشهر إلى سنة واحدة، مع تشديد العقوبة في حالة التعرض إلى العجز، أو المرض، أو الوفاة.

الركن المعنوي: القصد الجنائي المرتبط بترك الطفل أو تعريضه للخطر، والقصد الجنائي في هذه الجريمة له دور بارز ومؤثر بالنظر إلى نتيجة الفعل الإجرامي.

وفي الأخير يجب الإشارة إلى أن المشرع فيما يتعلق بهذه الجريمة وبصرف النظر عن طبيعة المكان، أو صفة الشخص القائم به فإنه يعاقب الجاني بالسجن المؤبد إذا تسببت الجريمة في الوفاة

(1) _ إذا حدثت الجريمة من أحد أصول الطفل أو ممن لهم سلطة عليه، نتيجة رعايته فتغلظ العقوبة.

(2) _ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص: 33.

(3) _ وهو المكان الذي لا يتواجد فيه الناس، و لا يتوقع وجودهم فيه إلا نادراً وبالتالي يصبح احتمال هلاك الطفل وارد.

بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص: 182.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه آثار الزواج ...

مع توافر نية إحداثها، وبعقوبة الإعدام في حالة اقتران الفعل بسبق الإصرار أو التردد، مع إمكانية الحكم على الجاني بالحرمان من ممارسة حقوقه المدنية.

2: جريمة تحريض الوالدين على التخلي عن أبنائهما

الأصل في الأسرة أنها تمثل رمز الأمان، والطمأنينة، والحماية للطفل في حال محاولة الغير الاعتداء عليه؛ نظراً لما يعطيه المشرع من أهمية قانونية لفئة الطفولة. ولذلك إذا ما وجد التجريم من هذه الفئة ضد فلذات أكبادهم فإن المشرع شدد من العقوبة حيث نص في المادة: 320 قانون العقوبات⁽¹⁾ على «يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى: 100.000 دج

- كل من حرّض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد وذلك بنية الحصول على فائدة

- كل من تحصل من أبوين أو أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما الذي سيولد أو شرع في ذلك، وكل من حاز مثل هذا العقد أو استعمله أو شرع في استعماله - كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك»⁽²⁾ فالمادة حددت ثلاثة صور للتحريض على تخلي الوالدين أو أحدهما عن الطفل المولود أو الذي سيولد وهي:

أ- التحريض وذلك بتبني الجاني جميع الوسائل والأساليب التي يقصد من ورائها الحصول على منفعة سواء تعلق التحريض بالطفل المولود، أو الطفل الذي سيولد مستقبلاً.

ب: وتمثل في منح الوالدين أو أحدهما عقداً مكتوباً للمحرّض سواء كان هذا العقد رسمياً، أو عرفياً، يقر فيه بالتخلي عن طفلهما المولود، أو الطفل الذي سيولد مستقبلاً مع غياب الحصول على فائدة.

ج: وتمثل فيمن يتخذ دور الوسيط بين الوالدين أو أحدهما وبين شخص آخر،

(1) _ الأمر رقم: 156-66 ، المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

(2) _ الأمر رقم: 156-66 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ ، الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

قصد تحريضهما على التحلي عن طفلهما للغير بنية الحصول على فائدة⁽¹⁾.

ولقد أضاف المشرع إلى جرائم تعريض الطفل للخطر جريمة التسول بالأطفال من قبل ذويهم المادة 195 مكرر: يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ستان كل من يتسول بقاصر لم يكمل 18 سنة أو يعرضه للتسول.
تضاعف العقوبة عندما يكون الفاعل أحد أصول القاصر أو أي شخص له سلطة عليه⁽²⁾.

جريمة الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل بسبب إخفاء نسب طفل حي

حرصت قواعد الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على حق الطفل في أن يتولى أبواه رعايته وحمايته طوال مدة صغره لحاجته إليهما، على من كل ما يضره فكيف يكون الأبوان أنفسهما مصدره مثل هذا الإضرار بمختلف صوره.

نصت المادة 321 من قانون العقوبات على أنه: «يعاقب بالسجن من 05 سنوات إلى 10 سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته.
و إذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا فتكون العقوبة هي الحبس من شهرين إلى 05 سنوات.

و إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا فيعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين.

غير أنه إذا قدم فعلا الولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا بعد تسليم اختياري أو إهمال من والديه فإن المجرم يتعرض لعقوبة الحبس من شهرين إلى 05 سنوات»⁽³⁾.

لقيام هذه الجريمة يجب توفر أركان تتمثل في الركن المادي: وهو النشاط الإجرامي الذي يقوم به الجاني لتحقيق النتيجة المعاقب عليها، والركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي ولقد ميزت المادة 321 بين وضعين:

(1) _ شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، ط الأولى، دار النهضة العربية، 2001، ص: 118.

(2) _ المادة 12: تلغى المادة 196 مكرر من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم.

(3) _ الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 18 صفر 1366هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

- جريمة إخفاء نسب طفل حي.

- جريمة عدم تسليم جثة طفل. وسنقتصر على دراسة جريمة إخفاء نسب طفل حي لتعلقها بمسائل الأسرة المتمثلة في موضوع آثار الزواج التي فصل المشرع في الأحكام المتعلقة به من خلال المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة⁽¹⁾ من جهة، وكذا لتخصيص قانون العقوبات هذه الجريمة بظروف التشديد وقصرها على حالة ارتكاب هذه الجريمة، أو تسهيل قيامها من طرف أحد الوالدين⁽²⁾

وسنقتصر على دراسة جريمة إخفاء نسب طفل حي يتعلق الأمر بالقاصر غير المميز الذي لم يبلغ السادسة عشر طبقاً للفقرة الأولى من المادة 42 من القانون المدني: «لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو وعته أو جنون»⁽³⁾.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة"، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 321: «يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500000 إلى مليون 1000000 دج، كل من نقل عمداً طفلاً أو أخفاه أو استبدل طفلاً آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته»⁽⁴⁾.

فجريمة إخفاء نسب طفل حي هي فعل يعاقب عليه القانون، وتزداد فضاة هذا الجرم إذا قام به من يفترض أنه موطن الأمن والحماية له، ألا وهي أسرته بواسطة والداه؛ إذ شدد المشرع العقوبة نتيجة الإهمال، أو التسليم الاختياري للطفل مع توفر الإرادة الكاملة ودون أي إكراه، أو نقله عمداً، أو القيام باستبداله بغيره، وإضافته إلى امرأة أخرى، مع تحين الظروف التي يتعذر فيها التحقق من شخصية هذا الطفل حيث نصت المادة 02/321 من قانون العقوبات.

التدابير المقررة للأطفال وكيفية تنفيذها: قضاء الأحداث وإجراءات المتابعة: هي قواعد من شأنها حماية الطفل الضحية تتعلق بتحريك الدعوى العمومية، من خلال بيان اللحظة التي يبدأ فيها افتتاح الدعوى كمنشأ إجرائي، وهو ما يفترض انتقال الدعوى من حالة السكون إلى

⁽¹⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ الأمر رقم 66-156 ، المؤرخ في: 18 صفر 1366هـ الموافق 8 يونيو 1966، لمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

⁽³⁾ _ الأمر 75-58 ، المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 ، المعدل بالأمر 05-10 المؤرخ في المؤرخ في: 20 يونيو 2005.

⁽⁴⁾ _ عدلت بالقانون رقم: 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ج/ر 84 ص 23.

حالة الحركة⁽¹⁾ خصص المشرع الجزائري شرطة الأحداث للقيام بالإجراءات المطلوبة⁽²⁾.

وجعل مهمة التحقيق والحكم في قضاياهم من اختصاص قاضي شؤون الأحداث بحكم فئتهم العمرية الحساسة التي تحتاج اهتمام خاص⁽³⁾، كما ميز محاكمتهم بإجراءات مختلفة لإبعاده عن جو المحاكمات المقررة للأشخاص البالغين؛ بحيث وفر التشريع القانوني للحدث الضمانات التي تكفل له محاكمة عادلة⁽⁴⁾؛ ففصل قضاء الأحداث عن قضاء البالغين⁽⁵⁾؛ بغية التعرف على الظروف التي دفعت الحدث إلى ارتكاب الجريمة واتخاذ التدابير المناسبة للمعالجة⁽⁶⁾. قصد وقايتهم من ارتكاب الجرائم، من وجوب مراعاة سنه، وتحقيق له الطمأنينة وهدوء البال⁽⁷⁾، تمهيدا للعودة إلى الحياة العادية وسط المجتمع⁽⁸⁾.

ثانيا: تنفيذ الأحكام لصالح الطفل

مراعاة لحقوق الطفل، فإنه قد يعترى تنفيذ بعض الأحكام التأجيل أو التعجيل وفقا لمصلحته؛ وفي ذلك نجد المادة 16 من قانون تنظيم السجون على ما يلي: «يجوز منح المحكوم عليه نهائيا، الاستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية في الحالات الآتية:

إذا كان زوجه محبوسا أيضا، وكان من شأن حبسه هو الآخر إلحاق ضرر بالآولاد القصر أو بأي فرد من أفراد العائلة الآخرين المرضى منهم أو العجزة إذا كانت امرأة حاملا، أو كانت أما لولد يقل سنه عن أربعة وعشرين (24) شهر⁽⁹⁾.

(1) فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر، الجزائر، 2008، ص: 27.

(2) المادة: 12 إلى 18 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، بموجب الأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم بقانون رقم: 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

(3) الفقي احمد عبد اللطيف، القضاء الجنائي وحقوق ضحايا الجريمة، المرجع السابق، ص: 110.

(4) زيدومة درياس، حماية الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص 176 4

نبيل صقر وصابر جميلة، المرجع السابق، ص: 39.

(5) نبيل صقر وصابر جميلة، المرجع السابق، ص: 39.

(6) عبد الله سليمان سليمان، النظرية العامة للتدابير الاحترازية المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 485.

(7) دردوسي مكى، الموجز في علم العقاب، ديوان المطبوعات الحديثة، وحدة قسنطينة، 2010، ص 187.

(8) محمود نجيب حسني، أبحاث في علم الإجرام، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1977، ص: 148.

(9) قانون رقم: 05/04 المؤرخ في: 06/02/2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم: 12 بتاريخ: 13/02/2005

ثانيا: الجرائم الماسة بالحقوق المالية للقصر لم يكتف المشرع فقط بإقراره لمظاهر حماية أموال القصر مدنيا وإنما عمل على ضمان الحماية لهذه الحقوق من خلال الردع الجزائي في حالة المساس بأي حق من الحقوق.

1 جريمة السرقة وإخفاء أشياء المسروقة بين الأقارب والأصهار

السرقات الواقعة بين الزوجين، الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة نص عليها المشرع في تحريك الدعوى العمومية مقيد بإجراء الشكوى في حالة حدوث السرقات بين الأقارب، والحواشي، والأصهار لغاية الدرجة الرابعة، فلا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات إلا بناء على شكوى المضرور ويضع صفحه حدا للمتابعة، إضافة إلى جرائم النصب والخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة الواقعة على الأموال أفراد الأسرة، والحكمة من قيد الشكوى فيها مراعاة روابط الأسرة ومصصلحة التضامن داخل نطاقه المشرع الجزائري وبموجب التعديل القانون 15-19 المتضمن قانون العقوبات، أضاف السرقة بين الأزواج ضمن المادة 369 المعدلة على النحو التالي: «لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية المتعلقة بجريمة السرقة التي تقع بين الأزواج والأقارب والحواشي والأصهار إلى غاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الطرف المضرور وأن صفح الضحية يضع حدا لهذه الإجراءات»⁽¹⁾.

أ: جريمة السرقة:

تعرف السرقة بأنها أخذ مال الغير المنقول خفية أو عنوة بقصد التملك⁽²⁾، وعرفها المشرع الجزائري في نص المادة 350 من قانون العقوبات «كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب...»⁽³⁾، لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽⁴⁾

فالمشرع الجزائري وبموجب التعديل القانون 15-19 المتضمن قانون العقوبات، أضاف السرقة بين الأزواج ضمن المادة 369 المعدلة على النحو التالي: " لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية المتعلقة بجريمة السرقة التي تقع بين الأزواج والأقارب والحواشي والأصهار إلى غاية الدرجة

(1) قانون رقم 15-19 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات.

(2) نزيه نعيم شلالا، دعاوى جرائم السرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004، ص 07.

(3) عدلت بالقانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (ج.ر. 84 ص 24).

(4) سورة المائدة، الآية 38.

الرابعة إلا بناء على شكوى الطرف المضرور وأن صفح الضحية يضع حدا لهذه الإجراءات⁽¹⁾.

أ- شروط قيام السرقة بين الأقارب: تقوم جريمة السرقة على ثلاثة عناصر، إضافة لعنصر القرابة بين الجاني والجاني عليه لتحقيق الحصانة العائلية، فعل الاختلاس هو انتقل الشيء محل الجريمة من حيازة صاحبه الشرعي دون رضاه إلى حيازة الجاني، والذي يمثل العنصر المادي للجريمة، والذي يقع على محل ذلك أن هذه الجريمة لا تقع إلا على شيء قيم، يمكن تملكه.

أما العنصر المعنوي لجريمة السرقة فيتخذ القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة. وبالنسبة للسرقة بين الأقارب يجب توفر عنصر آخر يتمثل في العنصر المفترض أو علاقة القرابة: لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية المتعلقة بجريمة السرقة التي تقع بين الأزواج والأقارب والحواشي والأصهار إلى غاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الطرف المضرور وأن صفح الضحية يضع حدا لهذه الإجراءات⁽²⁾.

وكل هذه الإجراءات من أجل المحافظة على كيان الأسرة وحمايتها من التفكك، والمحافظة على روابط المصاهرة والنسب باعتبار أن الأسرة نواة المجتمع. تطبق على .

ب- جريمة إخفاء أشياء المسروقة:

تعتبر جريمة إخفاء الأشياء من الجرائم العمدية التي تنصب على الأموال، تهدف إلى محاربة جريمة السرقة، والتي نصت عليها المادة 387 ق.ع المادة: " كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنابة أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار.

ويجوز أو تجاوز الغرامة 20.000 دينار حتى تصل إلى ضعف قيمة الأشياء المخفأة.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر. وكل ذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبات أشد إذا اقتضى الأمر في حالة الاشتراك في الجنابة طبقا للمواد 42 و 43 و 44⁽³⁾.

(1) قانون رقم 15-19، مؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات.

(2) قانون رقم 15-19، مؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات.

(3) الأمر رقم 66/156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 ه الموافق 08 يونيو سنة 1966

لا تتخذ إجراءات المتابعة في هذه الجريمة عندما تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار إلى غاية الدرجة الرابعة إلا بتقديم شكوى من طرف الشخص المضروب، وهذا حسب نص مادة 369⁽¹⁾.

كما يجوز حسن النية أن يطالب المالك بأن يرد له الثمن الذي دفعه، وهذا طبقاً لنص المادة 2/836 من القانون المدني⁽²⁾.

2- جريمة النصب وخيانة الأمانة:

تمنع المادة 369 من قانون العقوبات من اتخاذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى من الشخص المضروب، وتطبق الإجراءات نفسها على جرائم النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة وفقاً لمقتضيات المواد 373، 377 و389 من قانون العقوبات، ما لم تكن الدعوى الجنائية قد سقطت بمضي المدة القانونية للمتقادم طبقاً لنص المادة 6 فقرة 03 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت: «تنقضي الدعوى العمومية... تنقضي الدعوى العمومية بتنفيذ اتفاق الوساطة وبسحب الشكوى إذا كانت شرطاً لازماً للمتابعة»⁽³⁾.

فجريمة النصب منصوص ومعاقد عليها في المادة 372 من قانون العقوبات وهي تختلف عن جريمة السرقة من حيث كونها تفترض ضمن أركانها ركن الاستلام وتختلف عن جريمة خيانة الأمانة من حيث أنها تفترض كون ركن التسليم يقع عن طريق الاحتيال ويأخذى الطرق المنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه⁽⁴⁾.

إن المادة 372 من قانون العقوبات تجرم الوصول إلى استلام أموال الغير أو الشروع فيه بالاحتيال أو باستعمال أسماء وصفات كاذبة.

أما: جريمة خيانة الأمانة: تتمثل جريمة خيانة الأمانة في الاختلاس أو التبديد غشاً للأشياء المسلمة للفاعل مع التزامه بالرد أو التقديم أو استعمالها أو استخدامها في عمل معين، وتختلف

⁽¹⁾ المادة 369 من قانون العقوبات: " لا يجوز اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأزواج والأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضروب. والتنازل عن الشكوى يضع حداً لهذه الإجراءات." قانون رقم 15-19 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات

⁽²⁾ المادة 2/836 من قانون العقوبات: " إذا كان الشيء الضائع والمسروق موجود بين يد شخص اشتراه بحسن نية في السوق.... فإن في مقدوره المطالبة ممن يطلب استرداد الشيء أن يرد له الثمن الذي دفعه".

⁽³⁾ قانون رقم: 15-19 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات.

⁽⁴⁾ دردوسي مكي، مرجع سابق، ص 35.

الباب الأول: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى فهي تنظية آثار الزواج

جريمة خيانة الأمانة عن جريمة السرقة، فالسرقة تتمثل بالقبض عن غش لشيء مملوك للغير فالتسليم في خيانة الأمانة سابق للغش⁽¹⁾.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

⁽¹⁾ _ بن شيخ حسين، مرجع سابق، ص 211- 212

خلاصة الباب :

و في نهاية هذا الباب يمكن القول أن دراسة أحكام الزواج لا يمكن الإقتصار فيها على نصوص قانون الأسرة فقط ، ذلك أنه و إن كانت القاعدة على أن الخاص يقيد العام غير أن ما يميز هذا القانون من ثغرات يستوجب ملؤها من أحكام الفقه الإسلامي أخذًا بالإحالة المنصوص عليها في قانون الأسرة بموجب المادة 222 منه ،

وكذا من فروع القانون الأخرى التي تجسد معه علاقة تكاملية على الرغم من اختلاف المنطلق ذلك أن منطلق قانون الأسرة هو مبادئ الشريعة الإسلامية، في حين أن منطلق معظم القوانين الأخرى هو القانون الروماني؛ بالنسبة لما يتعلق بمسائل الزواج و آثاره لا يمكن الحديث مثلا على عقد مسجل دون تفصيل العلاقة مع قانون الحالة المدنية الذي أحال عليه قانون الأسرة من خلال نص المادة 21 منه، كما لا يمكن تصور قيام هذا العقد دون الرجوع إلى نظرية العقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة خاصة فيما يتعلق بالركن الوحيد للزواج و هو الرضا الذي اكتفى قانون الأسرة بذكره دون التفصيل في المسائل المتعلقة بشروطه ، و لا إلى العيوب التي قد تعتريه .

كما أن جعل الزواج سببا من أسباب اكتساب الجنسية بالنسبة للزوج الأجنبي في حالة الزواج المختلط و ما ينتج عليه من آثار فردية و جماعية عند المشرع في القانون الجزائري يوجب ضرورة الإحالة على دراسة أحكام قانون الجنسية و قواعد تنازع القوانين من حيث المكان أو القانون الدولي الخاص سيما و أن قانون الأسرة ينص أن مسألة الوفاق من الأجانب تخضع إلى أحكام تنظيمية بموجب نص المادة 31 منه .

و مما سبق التفصيل فيه من معلومات متعلقة بآثار عقد الزواج نجدها لا تقل ارتباطا و علاقة مع فروع القانون الأخرى في معظم المسائل التي ورد ذكرها في قانون الأسرة كالإحالة على كل من قانون الصحة ، و قانون الضرائب ، و قانون العمل ، و الضمان الإجتماعي فيما يتعلق بالآثار الشكلية أو الموضوعية الناتجة على طرفيه لكل من الزوج و الزوجة ، وكذلك الآثار المتعلقة بالأصول و الفروع خاصة فيما يتعلق بمسائل النفقة ، و النسب .

و في حالة الإخلال أو المساس بأي من القواعد المنصوص عليها سواء في قانون الأسرة أم في باقي فروع القانون الأخرى فإنه يلجأ الدرع الواقعي لها ألا وهو قانون العقوبات ، و كذا ما يرافقه من إجراءات جزائية في حال الإخلال بالمسائل الإجرائية أو الموضوعية على حد سواء، حتى يتحقق التكامل بين فروع القانون في الحفاظ على الأسرة و رعاية للآثار الناتجة عنها.

الباب الثاني:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم انحلال الزواج وآثاره.

الباب الثاني: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه انحلال الزواج

أقر الإسلام الطلاق الذي لا يعد نظاما مبتدعا حيث عرفته الشرائع السماوية السابقة عنه؛ كما أنه وجد في الجاهلية إلا كان موسعا دون أي قيد أو شرط، فعلى الرغم من أن عقد الزواج وجد على سبيل التأييد حتى تتحقق أهدافه، بل حتى في حالة تمسك كل منهما بالآخر فلا بد من الفراق عن طريق الوفاة، كما أنه قد يحصل ما يعكس صفو هذه المودة، ويحدث التنافر بينهما، ويتوقى من تعدي حدود الله التي حدتها للزوجين من حسن المعاشرة، وقيام كل منهما بما عليه من حقوق فلا يبقى من سبيل إلا فصم عرى الزوجية بينهما، والأصل في فك عراها تشريع الطلاق بإرادة الزوج الذي تعود له العصمة في نشأة عقد الزواج، كما أن هذه الفرقة يمكن أن تحدث بإشراك الزوجة معه عن طريق الطلاق بالتراضي، غير أن هذا لا يغني عن تشريع الخلع الذي يكون بالإرادة المنفردة لها عند الخشية من إقامة حدود الله تجاه الزوج.

وباعتبار قانون الأسرة مستمد من مبادئ الشريعة الإسلامية، ومعظم فروع القانون الأخرى يعود أساها التاريخي إلى القانون الفرنسي، و من أجل استخراج كل نقاط الارتباط من الناحية الإجرائية، و الموضوعية بينه وبين فروع القانون الأخرى فيما يخص طرق انحلال الزواج وكذا الآثار الناتجة عنه ثم موازنة كل ذلك مع مبادئ الشريعة الإسلامية جاءت دراسة هذا الباب من خلال تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج من خلال دراسة العلاقة في تنظيم الشروط الموضوعية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج، أو بغير إرادته من خلال التطليق، و الخلع في مبحث أول، ثم دراسة العلاقة في تنظيم الشروط الشكلية لانحلال الرابطة الزوجية من الاختصاص، و شروط وإجراءات رفع الدعوى، ثم تطبيقات الشروط الشكلية على دعاوى الانحلال-الصلح والتحكيم.

الفصل الثاني علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار انحلال الزواج وجزاء الإحلال بها. و الذي تم تقسيمه أيضا تقسيما ثنائيا:

المبحث الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الانحلال الموضوعية من النسب، والحضانة، والزيارة وكذا العلاقة في تنظيم آثار الانحلال القانونية من: الإثبات، والتعويض في حال التعسف في إيقاع الفرقة، والجنسية، و فكرة النظام العام

أما المبحث الثاني فتم تخصيصه لدراسة علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم جزاء الإحلال بآثار انحلال الزواج السابق ذكرها.

الفصل الأول:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

قدس الإسلام الزواج وسماه ميثاقاً غليظاً، وجعل مبناه المودة والرحمة بين الزوجين؛ فمتى ما تنافر الود بين الزوجين فقد يسر الله طرق حل هذا النفور عن طريق الطلاق الذي أجازته في الأحوال التي تصعب فيها الاستمرارية بينهما، ذلك أن البشر من طبيعتهم الاختلاف لقول النبي ﷺ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «أن الأرواح جنود مجندة فما تعارف منها ائتلف وما تناكر منها اختلف»⁽¹⁾.

ولكن الإسلام أخضعه لأحكام استبعد فيها سوء استعماله، حيث رتب للمرأة حقوقاً، لم تكن تحظى بها في الجاهلية⁽²⁾، فشرع الطلاق استثناءً واعتبره أبغض الحلال إلى الله عز وجل علاجاً للحياة المتفككة، وقيده بمجمل من الأحكام.

فلقد أقر الإسلام بعض أنواع الطلاق، وألغى بعضها، وعدل أحكام بعض، والإسلام قد سلك مسلكاً وسطاً بين الشريعتين السابقتين عليه (اليهودية والمسيحية) فأخذ بمبدأ التفريق بين الزوجين عندما تصبح الحياة الزوجية متعذرة، فطبيعة النفوس وما يعترئها من تغيرات منها ما يؤدي إلى المنافرة، والخلاف وقد يستعصى حل الخلاف فتكون المصلحة في هذه الحالة هو وقوع الفرقة، حيث لا يبقى مصلحة في النكاح ومقاصده فتغلب مصلحة الطلاق، فإذا لم تتحقق الغاية منه؛ فتكون المصلحة في هذه الحالة فصم العلاقة بين الزوجين؛ لأن في استمرارها ضرراً لا يستقيم معه بناء الأسرة.

(1) رواه مسلم، المسند الصحيح، كتاب: البر والصلة والآداب، رقم الحديث: 2638

(2) ففي الجاهلية كان الرجل يطلق امرأته للمرة الأولى، وقبل أن تنقضي عدتها يُراجعها، ويفعل ذلك عدة مرات ما دامت في العدة، وبذلك كان يضارها، وقد شكت امرأة لرسول الله ما صنع زوجها، فنزلت الآية: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ البقرة 229 ففي هذه الآية تحدد الطلاق بمَرَّتَيْنِ ففي المرة الأولى يكون رجعيًا، بمعنى أنه يحقُّ للرجل أن يراجع زوجته قبل انقضاء عدتها، أمَّا إذا طلقها مرةً أخرى، أو مضت عدتها ولم يراجعها، فتبين منه، ولا تحل له إلا بعقد جديد ومهر جديد، وبذلك قطع الإسلام سوء استعمال الطلاق، وحسى المرأة من مضارة زوجها، وإذا طلقها بعد ذلك مرةً ثالثة، فتبين منه بينونة كبرى، بمعنى أنها لا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجًا غيره ويدخل بها، ثم يطلقها بإرادته أو بالاتفاق، وفي ذلك يقول تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ البقرة 230، وذلك بعد قوله: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ وبذلك نهى الإسلام عن الزواج الصوري الذي كان يدعى إليه (الحلل) في الجاهلية، واشترط أن يكون الزواج حقيقيًا لا شبهة فيه، ولا تواطؤ.

المبحث الأول:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم الشروط الموضوعية
المتعلقة بائحلال الرابطة الزوجية

المطلب الأول: العلاقة في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية
المرتبطة بالشروط الموضوعية في الطلاق بإراوة
الزوج

المطلب الثاني: العلاقة في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية
المرتبطة بالشروط الموضوعية في الطلاق بغير إراوة
الزوج

راعى التشريع الإسلامي طبيعة البشر في وضعه أحكاماً تقتضيها طبيعة الإنسان، ولما كانت الأحكام الشرعية وسائل لتحقيق غايات شرعية فإن أي خلل في هذه الغايات يستلزم إعادة النظر في طريقة تطبيقها، فقد يصل الضرر مثلاً بين الزوجين إلى حدٍّ بعيد بحيث يُعكّر صفو الحياة، ويجعل تحملها فوق الطاقة البشرية، وبما أنه تعالى شرع لعباده من الأحكام على قدر طاقتهم؛ حيث قال سبحانه: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽¹⁾، فإذا ما أصبحت الحياة الزوجية لا تطاق؛ كان تفرُّق كلِّ واحدٍ إلى حال سبيله خيراً من البقاء على نزعٍ وشقاقٍ؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَنْفَرَا بَعْضُكُمَا إِلَى سَبِيلٍ فَإِنَّ كُفْرًا تَفَرَّقًا يُغْنِي عَنْكَ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁽²⁾، لذلك فإن دراسة انحلال الزواج، وما يترتب عليه من آثارا تتطلب قبل ذلك طبيعة انحلال الزواج وأقسامه

الانحلال في لغة: مشتق من مادة حلل، وبالتشديد حلّ فيقال حلّ العقد فتحتها فانحلت. ويطلق بمعنى الإنهاء، الذي هو مصدر الفعل أهدى، وإهاء الشيء أبلغه وأعلمه، وهو آخره، وأقصاه، وهو كذلك الإتمام والإنجاز⁽³⁾.

في اصطلاح الفقهاء يراد به: انقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب، وإزالة الحل بفعل ظروف، وألفاظ معينة، ويعبر عنه بالفرقة الزوجية، أو فرق الزواج جمع فرقة بضم الفاء، والفرقة في اللغة تعني الافتراق الذي هو ضد الاجتماع⁽⁴⁾.

فرق الزواج في اصطلاح الفقهاء: ما تنحل به عقدة الزواج فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة⁽⁵⁾.

أما بالنسبة لأقسام انحلال الزواج: الفرقة بين الزوجين، أو انحلال الرابطة الزوجية يمكن تقسيمه إلى عدة أقسام تختلف باختلاف اعتبارات هذا التقسيم؛ فقد تكون فسخا، وقد تكون طلاقاً، بحسب طبيعة هذا الانحلال، كما ينقسم حسب الإرادة المنشئة له إلى انحلال بإرادة الزوج، وإلى انحلال بغير إرادة الزوج، كما قد تنقسم عرى الزوجية بالرغم من تمسك أحدهما بالآخر عن

(1) _ سورة البقرة: الآية رقم: 286.

(2) _ سورة النساء: الآية رقم: 130.

(3) _ البستاني فؤاد إفرام، منجد الطلاب، دار المشرق، بيروت - 1999، ط46، ص13.

(4) _ بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون دار

الطباعة والنشر، لبنان، 1967، ج1 ص295.

(5) _ الرازي أبو بكر، المصدر السابق، مادة فرق، ص 76.

طريق الوفاة، وهذا وفق ما نصت المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري «تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة»⁽¹⁾.

فعند وفاة أحد الزوجين تنحل عُقدة الزواج، فإذا كان المتوفى هو الزوج وجب على الزوجة العدة⁽²⁾ كما يحق للحي منهما الإرث حسب المادة 132 من قانون الأسرة «إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث».

المطلب الأول: العلاقة في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية المرتبطة بالشروط الموضوعية في الطلاق بإرادة الزوج.

القرع الأول: تقسيم الانحلال بحسب طبيعته وبحسب الإرادة المنشئة له: اهتمت الشريعة ببيان أحكام الأسرة في جميع مراحلها منذ نشأتها من مرحلة الاختيار إلى أركان العقد وشروطه، والتفصيل في مختلف الحقوق والواجبات، وحتى في حال النشوز قدمت على التأديب على فك الزواج قيده بالضوابط بقيود⁽³⁾ من الموعظة، والهجر، وصولاً إلى التأديب وتوعدت كل من

(1) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ وظاهرة الحزن تختلف باختلاف العادات في الزمان والمكان، فعند بعض الشعوب القديمة كانت الزوجة تُظهر حزنها بأن تُدفن حية مع زوجها، أو تدفن معه بعد قتلها، أو تُحرق معه عند الشعوب التي اعتادت حرق جثة الميت، وعند شعوب أخرى كانت الزوجة تُظهر حزنها على زوجها بتشويه أعضائها، حتى يزهدها الرجال. أمّا الشعوب التي كانت فيها المرأة لا تلتزم بمثل هذه الظاهرة في الحزن على الزوج، فإن المرأة كانت تنعزل عن الناس مدة من الزمن تُدعى بِمدة الحداد، وتختلف هذه المدة باختلاف الأعراف، فقد تكون أربع سنين، أو ثلاث سنين، أو سنة، أو أقل من ذلك، ولا يسمح لها بالزواج إلا بعد انقضاء هذه المدة فإذا تزوّجت قبل انقضائها فإن روح زوجها الميت تنتقم منها، وكانت تعمل على إرضائه، وتجنب نغمته بتقديم القرابين، وينبغي على الرجل الذي تزوجته أن يفعل مثل ذلك، ليتوقى غضب الميت، ومحو الخطيئة التي ارتكبها من الزواج بامرأته، قبل انقضاء مدة حزنها عليه. وتسري قاعدة الحداد على الزوج أيضاً، فلا يحلُّ له أن يتزوَّجَ إلا بعد انقضاء مدة الحداد، وهي أقلُّ عادة من مدة حداد المرأة على زوجها، وهي تتراوح بين ستة أشهر وشهر واحد، وعلى الزوج إذا أراد أن يتزوج قبل انقضاء هذه المدة أن يسترضي روح زوجته بتقديم القرابين لها.

(3) _ القيود الواقعة على الطلاق كثيرة منها ذات الأساس الديني بأن يكون وفق الحكمة ومقاصد الشرع التي تدعو إلى إيقاعه كفقيد العدد سورة لبقرة 229-230 والوقت لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن مجنون حتى يفيق" وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا طلاق في إغلاق" أخرجه الحاكم في المستدرک والبيهقي، والدارقطني العسقلاني أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط الأولى، دار سالم الرياض، 1997، ج 09 ص 470، الغلاق الغضب وقال ابن تيمية: الإغلاق إنسداد باب العلم والقصد عليه، فيدخل فيه طلاق المعتوه والمجنون والسكران والمكره والغضبان الذي لا يعقل ما يقول، لأن كلا من هؤلاء قد أغلق عليه باب العلم والقصد، والطلاق إنما يقع من قاصد له عالم به.

الباب الثاني: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه انحلال الزواج

يساهم في هدم الأسرة ونفرت منه، إلا إذا كان لا مفر من هذا الانحلال بواسطة الطلاق الذي جعلته آخر مرحلة، ولم تشجع اللجوء إليه لقوله تعالى ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾⁽¹⁾، ولقوله ﷺ «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»⁽²⁾.

انحلال الزواج يكون عن طريق الطلاق، وهو الأصل في فصم عرى الزوجية، وهو حق خالص للرجل دون المرأة يستعمله إذا ما يئس من تحقيق السعادة الزوجية، أو عند استحالة استمرار العلاقة بينهما، وهذا الانحلال بحسب طبيعته قد يكون فسخا، وقد يكون طلاقا، وهذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري، في الباب الثاني منه المتعلق بانحلال الزواج حيث نص على صور الانحلال التي ترجع إلى إرادة طرفيه كل في حدود ما يصيبه من ضرر من استمرار هذه الزوجية، ويتنوع انحلال الرابطة الزوجية بحسب الإرادة التي أصدرت التصرف إلى انحلال بإرادة الزوج، ويكون عن طريق الطلاق، وانحلال يغير إرادة الزوج ويكون بواسطة الخلع، والتطليق، أو التفريق القضائي من خلال المادة 48 «...يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون»⁽³⁾.

أ: تعريف الطلاق

في اللغة: مشتق من الفعل طلق الذي يراد به التخلية، والإرسال وحل العقد⁽⁴⁾، فالطلاق هو الحر، أو من أحلي سبيله⁽⁵⁾.

اصطلاحا: عرف الطلاق عند الفقهاء بتعريفات كثيرة وهي على اختلاف ألفاظها تصب

في معنى واحد.

(1) _ سورة النساء، الآية رقم: 19

(2) _ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، السنن، كتاب لطلاق، باب في كراهية الطلاق رقم: 2178-2177 المكتبة العصرية، 1995 من حديث محارب بن دثار عن ابن عمر رضي الله عنهما موصول ومرسلا، أبو عبد الله بن الحاکم، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق: مصطفى عبد لقادر عطا، ط الأولى، دار الكتب العلمية بيروت 1990، ج 02 ص 196.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ ابن منظور، المصدر السابق، مادة طلق، ج 4، ص 2694.

(5) _ الرازي أبو بكر، المصدر السابق، مادة طلق، ص 199.

فقد عرفه ابن الهمام من الحنفية بأنه رفع قيد النكاح من أهله في محله⁽¹⁾.

وعرفه ابن رشد من المالكية بقوله: «حل العصمة المنعقدة بين الزوجين»⁽²⁾.

وعرفه ابن حجر من الشافعية بأنه حل عقدة التزويج⁽³⁾. أو هو الإطلاق وحل قيد النكاح⁽⁴⁾.

وعرفه ابن قدامة بقوله: «هو حل قيد النكاح»⁽⁵⁾.

الملاحظ لهذه التعاريف يجدها، وإن أريد بها تعريف الطلاق، إلا أنها تفيد معنى انحلال الرابطة الزوجية ككل، وعلى ذلك يمكن تعريف الطلاق بأنه حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال أو المال بلفظ مخصوص⁽⁶⁾. يفيد ذلك صراحة أو ضمناً، أو ما يقوم مقامه كالكتابة، أو الإشارة، ويكون من الزوج، أو وكيله⁽⁷⁾.

ب: التعريف بالفسخ.

الفسخ في اللغة: هو النقص، يقال فسخ البيع فانفسخ أي نقضه.

اصطلاحاً: يراد به نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع بقاءه، واستمراره.

ومثال الفسخ بسبب الخلل الواقع في العقد: إذا تم العقد بغير شهود، أو تم على زوجة غيره، أو معتدته، لأن الطلاق لا يكون إلا من زواج صحيح، فإذا لم يكن الزواج صحيحاً كانت الفرقة فسخاً.

(1) _ ابن الهمام كمال الدين، المصدر السابق، ج 3، ص 463.

(2) _ ابن رشد -الجد- المصدر السابق، ج 2، ص 38.

(3) _ ابن حجر شهاب الدين، المصدر السابق، ج 9، ص 346.

(4) _ نصر إسماعيل أبا بكر علي الباري: أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، ط الأولى، دار الحامد، عمان، 2009 م، ص 229

(5) _ ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج 8، ص 233.

(6) _ مصطفى شليبي أحكام الأسرة في الإسلام دراسة المقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري، ط الرابعة الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1983 ص 471

(7) _ بدران أو العينين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان ص 302.

أما مثال الفسخ بسبب الخلل الطارئ على العقد كأن يترد أحد الزوجين عن الإسلام⁽¹⁾.
ومن خلال ما سبق من تعريف كل من الطلاق، والفسخ نتعرض إلى أهم الفروق بينهما.
الفرقة بين الزوجين لا تتم إلا بطريقتين: الطلاق أو الفسخ⁽²⁾ والفرق بينهما أن الطلاق إنهاء للعلاقة الزوجية من قبل الزوج، وله ألفاظ مخصوصة معروفة، وأما الفسخ: فهو نقض للعقد وحل لارتباط الزوجية من أصله وكأنه لم يكن، ويكون بحكم القاضي أو بحكم الشرع، ومن أهم الفروق بينهما ما يأتي بيانه:

- 1 - الطلاق هو: إنهاء للزواج، يوقعه الرجل بإرادته، وقد يوقعه القاضي لسبب ما، أو يوقعه الحكمان حين استحيل العشرة، أما الفسخ فهو تفريق بين الزوجين دون إرادتهما، أو إرادة أحدهما وذلك لعارض يمنع بقاء النكاح، أو يبطل العقد⁽³⁾.
- 2 - الطلاق أثر من آثار النكاح قرره الشارع فلا يسقط بالشرط، وأما الفسخ فقد يكون تداركاً لأمر اقترن بإنشاء العقد جعله غير لازم.
- 3 - الطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح، وبثلاث تطليقات تحرم الزوجة على زوجها، وأما الفسخ فهو انفصال بين الزوجين في النكاح الفاسد، ويكون هذا الانفصال في الحال دون أن يعد طلاقاً.
- 4 - الطلاق ملك للرجل قد يوقعه بلا شروط لوقوعه، وأما الفسخ فلا يقع إلا بشروط خاصة تفسد العقد، ولا إرادة للزوج فيه، إلا أن يطلبه لغيره في المرأة⁽⁴⁾.
- 5 - يترتب على الطلاق حقوق للمرأة كالمهر والمتعة، والنفقة، والعدة... وغيرها، أما الفسخ فلا يترتب عليه حقوق بنفسه، فيثبت المهر بالدخول، والخلوة الصحيحة، وتثبت العدة، ولا نفقة للمرأة في العدة⁽⁵⁾.

(1) _ عبد الحميد محمد، الأحوال الشخصية، دار الكتاب العربي. مصر الطبعة الأولى: 1404هـ-1984م، ص229.

(2) _ نصر سلمان وسطحي سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003، ص11

(3) _ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ص276

(4) _ الشواربي، عبد الحميد، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997،

(5) _ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 2 ص 57.

5- الطلاق لا يكون إلا بلفظ الزوج واختياره ورضاه، وأما الفسخ⁽¹⁾ فيقع بغير لفظ الزوج، ولا يشترط رضاه واختياره، وفي ذلك يقول الإمام الشافعي: «كل ما حُكِمَ فيه بالفرقة، ولم ينطق بها الزوج، ولم يردها... فهذه فرقة لا تُسمى طلاقاً»⁽²⁾.

6- الطلاق أسبابه كثيرة، وقد يكون بلا سبب، وإنما لرغبة الزوج بفراق زوجته وأما الفسخ فلا يكون إلا لوجود سبب يُوجب ذلك أو يبيحه.

7- لا رجعة للزوج على زوجته بعد الفسخ، فلا يملك إرجاعها إلا بعقد جديد وبرضاها، وأما الطلاق فهي زوجته ما دامت في العدة من طلاق رجعي، وله الحق في إرجاعها بعد الطلقة الأولى والثانية دون عقد، سواء رضيت أم لم ترض.

8- الفسخ لا يُحسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل.

9- الطلاق من حق الزوج، ولا يشترط له قضاء القاضي، وقد يكون بالتراضي بين الزوجين.

وأما الفسخ فيكون بحكم الشرع أو حكم القاضي، ولا يثبت الفسخ لمجرد تراضي الزوجين به، إلا في الخلع قال ابن القيم: «ليس لهما أن يتراضيا بفسخ النكاح بلا عوض [أي: الخلع] بالاتفاق»⁽³⁾.

10- الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر، وأما الطلاق قبل الدخول فيوجب لها نصف المهر المسمّى⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: حكم الطلاق، وشروط المطلق في الفقه الإسلامي والقانون

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

يقول الله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁵⁾ ويقول عز وجل:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁶⁾.

(1) _ ومن أمثلته: ارتداد أحد الزوجين، أو إذا أسلم الزوج وأبت زوجته؛ وكانت مشركة، أو وقوع اللعان بين الزوجين..

(2) _ الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج5 ص128

(3) _ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، 1998، ج05، ص598.

(4) _ نصر سلمان وسطحي سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص11.

(5) _ سورة البقرة، الآية رقم: 229

(6) _ سورة الطلاق، الآية رقم: 01

وأما السنة: فمنها: «أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رضي الله عنه رسول الله عن ذلك فقال: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»⁽¹⁾. وقد أجمع المسلمون على جواز الطلاق، وأنه تصرف شرعي يقوم به الزوج، وتعترية الأحكام الخمسة⁽²⁾.

ولقد اتفق الفقهاء على مشروعية الطلاق إلا أنهم اختلفوا في أصل هذه المشروعية بين أن تكون في أصلها مباحة، أم محظورة، وانقسموا إلى قسمين ولكل حججه، وأدلته⁽³⁾، ويرجح تقييد الطلاق بالحاجة الضرورية لاتفاق ذلك مع روح الشريعة، ولمخاطر الطلاق الجسيمة حيث لا يسوغ إيقاع الطلاق بدون سابق إنذار، ودون حاجة إليه لما فيه من الإضرار بالغير دون سبب علاوة على أن أدلة القائلين بالطلاق لم تسلم من الرد⁽⁴⁾، ومن هنا نشأت الضرورة للأخذ بمبدأ الطلاق؛ كعلاج واقٍ لسلامة الأسرة، وتقدير هذه الضرورة يعود للرجل، باعتباره المكلف برعايتها والإنفاق عليها، غير أنه لا يسوغ للرجل الذي جعل النبي صلى الله عليه وسلم الدين والخلق العنصرين الأساسيين لضمان سلامة الرابطة الزوجية بورعه وتقواه، أن يمارس حق الطلاق إلا في حدود الضرورة التي تقتضيه، ويعتبر ظالماً ومسئولاً ديانةً إذا تجاوز هذا الحق⁽⁵⁾.

و صيغة الطلاق ليست واحدة فقد تكون صريحة أو الكناية هذه الأخيرة التي تشمل كل لفظ يستعمل في الطلاق، وفي غيره، واستتر المراد منه عند السامع افتقر إلى النية لتعيين المراد؛ ألقاظ الكنايات في الطلاق المعبر منها ما يشهد له العرف واستعمال الناس بأنه كناية، لأن العرف أو استعمال الناس قد يتغير، نبه إلى ذلك القرافي⁽⁶⁾ فقال: «... إن مالكا وغيره من العلماء إنما أفتى في

(1) _ رواه البخاري، ومسلم، الصحيح، كتاب الطلاق، باب قوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ رقم:

4954، ومسلم، كتاب الطلاق، باب الرجل يطلق امرأته وهي حائض، رقم الحديث: 2874.

(2) _ فهو يباح عند الحاجة لسوء خلق الزوجة لسوء عشرتها، ويكره الطلاق في غير حاجة، ويحرم الطلاق في الحيض والنفاس، ويجب كطلاق المولي بعد الترييض أربعة أشهر من حلفه إذا لم يفيء، ويستحب الطلاق عند التفريط في حقوق الله تعالى كترك الصلاة، أو في التفريط في حقوق الزوج أو للبغض الشديد للزوجة.

(3) _ وهذا قول جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، وهو رأي عند الحنفية من جهة، وبين الرأي عند الحنفية

(4) _ بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الإسلام، ص 211-212.

(5) _ سأل رجل - وكانت له ابنة وحيدة، وكثر خطاها - الحسن البصري أن يشير عليه ممن يزوجها فأشار عليه أن يزوجها من الرجل الصالح لأنه إذا أحبها أكرمها وإذا كرهها لم يظلمها.

(6) _ القرافي شهاب الدين أحمد بن ادريس، أنوار البروق في أنواع الفروق، دار عالم الكتب، د ت، ج 01 ص 44-45

هذه الألفاظ بهذه الأحكام لأن زمانهم كان فيه عوائداً اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها، فإذا وجدنا زماننا عُرِيًّا عن ذلك وجب علينا أن لا نفتي بتلك الأحكام. من وقوع الطلاق بها أو عدم وقوعه، لأن انتقال العوائد يوجب تغيير الأحكام»⁽¹⁾ وعليه فما يعتبر من ألفاظ الكنايات في الطلاق هو ما يعتبره عرف الناس، وعاداتهم في استعمال هذه الكنايات مرادين بها إيقاع الطلاق.

الطلاق يقع من الزوج عند جمهور الفقهاء، إلا إذا وكل غيره، وقد يفوض الزوج زوجته في تطليق نفسها، فيصح طلاقه متى صحَّ توكيله فيه.؛ ذلك لأن الله عز وجل جعل العصمة بيد الزوج لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾⁽²⁾. وقوله عز وجل: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾⁽³⁾.

ومن نصوص السنة النبوية الدالة على ذلك أنه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: " أتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، فقال فصعد الرسول النبي ﷺ المنبر وقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»⁽⁴⁾.

بالنسبة للشروط الواجب توافرها في المطلق فهي:

1- أن يكون المطلق بالغاً عاقلاً، على خلاف بين فقهاء الحنابلة والجمهور في مدى جواز طلاق الصبي، وحجة الجمهور هي الراجحة على اعتبار أن كليات الشريعة لا تجيز التصرفات إلا لمن له أهلية التصرف، وأدناها العقل والبلوغ خصوصاً ما هو دائر بين الضرر والنفع؛ مع اتفاقهم على عدم وقوع طلاق المجنون لانتفاء العقل، أما طلاق السفیه⁽⁵⁾ معتبر لأن السّفه لا يؤثر في العقل

(1) _ القرافي: هو أحمد بن ادريس شهاب الدين، أبو العباس الصنهاجي، أحد أبرز العلماء، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، كان إماماً بارعاً في الفقه والأصول، له الكثير من المؤلفات منها: الذخيرة، القواعد، شرح التمهيد، التعليقات على المذهب، التواقيت في أحكام المواقيت... وغيرها، توفي رحمه الله في جمادى الثانية سنة 684 هـ، ودفن بقرافة.

(2) _ سورة البقرة، الآية: 230.

(3) _ سورة البقرة، الآية: 237.

(4) _ ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب: طلاق العبد، رقم الحديث، 2081 الألباني ناصر الدين، المصدر السابق، ج 07، ص 108، وذكر بأنه حديث حسن.

(5) _ والسّفه: حِفَّةٌ تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل، بخلاف المعتوه القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير مع انتفاء العنف عنه.

من جهة إدراكه الأمور، فليس في عقله خلل يلحقه بالجنون.

في حين السكران⁽¹⁾ فجمهور الفقهاء يفرقون بين سكران بطريق محذور، وبين سكران بطريق غير محذور، فمن سكر بطريق غير محذور كالذي يشرب شراباً فيسكره، ولم يعلم أنه مسكر ففي هذه الحالات إذا طلق لم يقع طلاقه بلا خلاف.

و إن اتفق جمهور الفقهاء على وقوع طلاق السكران بطريق محذور.

2- أن يكون المطلق مختاراً غير مكره، لقوله رسول الله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»⁽²⁾.

يتحقق الإكراه بأحد الأمور الآتية:

- أن يكون المكره قاهراً للمكره لا يقدر على دفعه.

- أن يغلب على ظن المكره أن ما يخافه من المكره واقع به.

- أن يكون ما يهدده به المكره مما يلحق به ضرراً مثل القتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل ونحوه.

3- أن يكون المطلق قاصداً الطلاق: فالطلاق إنما يكون بلفظ ونية، وقال العلماء: صريح حديث رسول الله ﷺ قال: «إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم»⁽³⁾.

لأن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية، بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك سواء قصد المزاح أو الجدل.

قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جدّ الطلاق وهزله سواء⁽⁴⁾.

(1) _ والسكر: هو سرور يزيل العقل؛ فيبهذي في كلامه ويأتي بما لا يعقل.

(2) _ رواه ابن ماجه عن ابن عباس، السنن، رقم الحديث: 2045، وقال عنه ابن حجر في فتح الباري: رجاله ثقات إلا أنه أعل بعله غير قاذحة،

(3) _ رواه البخاري في ثلاثة مواضع من صحيحه منها: كتاب الطلاق، باب الطلاق في الاغلاق والكراه والسكران وأمرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، رقم الحديث: 5269 وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان من صحيحه، باب تجاوز الله عن حديث النفس وحواطر القلب.

(4) _ طلاق المازل وهو من يقصد التلفظ بلفظ الطلاق ولكن لا يريد حكم هذا اللفظ.

لحديث رسول الله ﷺ: «ثلاث جدُّهن جدٌّ وهنَّهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»⁽¹⁾.

وبالعودة إلى القانون نجده لم يتطرق إلى شروط المطلق في قانون الأسرة، وإنما يمكن استنباطها من أحكام القانون المدني باعتباره تصرف قانوني؛ فتطبق عليه القواعد العامة المتعلقة بالأهلية وعوارضها، وكذا النصوص الخاصة بعيوب الإرادة، وبالجمع بين أحكام القانونين المتعلقة بما يعترى الإرادة من عوارض قد تشوبها نجد أن المشرع لم ينص لا من قريب أو بعيد على تخصيص أطراف الانحلال بشروط بعينها وإنما يمكن استنتاجها من فحوى القانونين، وباعتبارهما يمثلان معين واحد وهو القانون الخاص، غير أن الإحالة الموجودة في نص المادة 222 من قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية يجعل استعانة القضاة بقواعد القانون المدني ليس من باب الإحالة القانونية بقدر ما هو من قبيل العمل الإجرائي عند تكييف مثل هذه التصرفات⁽²⁾.

المطلب الثاني: العلاقة في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية المرتبطة بالشروط الموضوعية في

الطلاق بغير إرادة الزوج

قدر الله عز وجل جانب الزوج، عند منحه حق الطلاق، وفي الوقت نفسه لم يسلب حق المرأة من ذلك إن هي لم تتحمل العيش معه في حالة كرهته، أو كانت له ظروف تستحيل بوجودها استمرار الحياة الزوجية، فأعطاه الحق في الانفصال بالافتداء بالمال عن طريق الخلع، أو عن طريق رفع أمرها للقاضي ليحكم بالتفريق بينهما في حالات معينة اختلف الفقهاء فيما بينهم في مدى الأخذ بها، وأوسع المذاهب في إعطاء حق طلب التطليق للمرأة هو المذهب المالكي⁽³⁾.

(1) _ أخرج أبو داود ج2/259، رقم 2194، والترمذي (3/490، رقم 1184)، وقال: حسن غريب. وابن ماجه (1/658، رقم 2039)، والحاكم (2/216، رقم 2800) وقال: صحيح الإسناد، وحسنه الألباني في "الإرواء" (1826)، قال العلامة المباركفوري في «تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي»: «النَّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ»: الرَّجْعَةُ: عَوْدُ الْمُطَلَّقِ إِلَى طَلِيقَتِهِ، يَغْنِي لَوْ طَلَّقَ أَوْ نَكَحَ أَوْ رَاجَعَ وَقَالَ كُنْتُ فِيهِ لَاعِبًا هَازِلًا لَا يَنْفَعُهُ، إِتَّفَقَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ طَلَّاقَ الْهَازِلِ يَفْعُ فَإِذَا جَرَى صَرِيحٌ لَفْظَةَ الطَّلَاقِ عَلَى لِسَانِ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ لَا يَنْفَعُهُ أَنْ يَقُولَ كُنْتُ فِيهِ لَاعِبًا أَوْ هَازِلًا لِأَنَّهُ لَوْ قِيلَ ذَلِكَ مِنْهُ لَتَعَطَّلَتِ الْأَحْكَامُ وَقَالَ كُلُّ مُطَلَّقٍ أَوْ نَاكِحٍ إِنِّي كُنْتُ فِي قَوْلِي هَازِلًا فَيَكُونُ فِي ذَلِكَ إِبْطَالُ أَحْكَامِ اللَّهِ تَعَالَى. فَمَنْ تَكَلَّمَ بِشَيْءٍ مِمَّا جَاءَ ذِكْرُهُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ لَزِمَهُ حُكْمُهُ

(2) _ تمت الإشارة إلى كل المسائل المتعلقة بالأهلية وعوارضها، وكذا صور عيوب الإرادة من خلال الباب الأول لهذه الرسالة.

(3) _ بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين، دار الهدى الجزائر 2001ص، أصل الكتاب رسالة ماجستير من معهد الشريعة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1990ص76.

وفيما يأتي نعرف كل نوع من أنواع الانحلال بغير إرادة الزوج.

الفرع الأول: الطلاق بالتراضي⁽¹⁾: وذلك من خلال تعريفه وإجراءاته

نتيجة لاقتناع الزوجين بشدة النزاع بينهما، واتساع هوة الشقاق وبالتالي استحالة مواصلة العيش بينهما فيتفقان على حل العشرة التي تجمعهما عن طريق الطلاق بالإرادة المشتركة بينهما⁽²⁾ وهو ما يعرف باسم الطلاق بالتراضي أو الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين، ولذلك سيتم دراسة هذه الطريقة من طرق الانحلال من خلال تعريفه، وإجراءاته، وتحديد شروطه.

أ: مفهومه: هو اتفاق كلا الزوجين على فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، بحكم أن استمرار الزوجية بينهما أصبحت ضرباً من المحال لأي سبب من الأسباب تجعل أحدهما، أو كليهما غير قادر على مواصلة هذه العلاقة فتتحد إرادة الطرفين من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الفرقة.

الطلاق بالتراضي هو طلاق منشئ إذ يقدم من خلاله الزوجان عريضة واحدة مشتركة تعكس اتفاقهما على فك عرى الزوجية بينهما، وليس على إسقاط توابعه، وآثاره فهي تعود عليها كالعدة والنفقة، أو تخص الأبناء من النفقة، الحضانة، السكن...

ب: إجراءات الطلاق بالتراضي: بعد قيد الدعوى بأمانة ضبط المحكمة يتم إخطار الطرفين بتاريخ حضورهما من طرف أمين الضبط، ولا يشترط هنا في هذه الحالة مهلة العشرين يوماً 20 المنصوص عليها سابقاً لعدم وجود تكليف بالحضور لسببين الأول أنه لا يوجد نزاع أو خصومة، والثاني هو أنه يجوز لهما رفعها أمام محكمة مقر مكان إقامة أحدهما حسب اختيارهما حسب المادة 3/426 من قانون الإجراءات المدنية⁽³⁾.

فهو عبارة عن اتفاق كتابي حول مبدأ الطلاق، وترفع دعوى الطلاق بالاتفاق بين الزوجين مباشرة إلى المحكمة الابتدائية بعريضة مشتركة بين الزوجين، يجرها محام بعريضة من أحدهما، وإن كان تكليف محامي غير وجوبي في الطور الابتدائي، وإن كان أساسه إرادة الأطراف لا يجرى بأي حال من الأحوال القضاء من أحقية فرض الرقابة عليه، كما لا يسقط الصلح

(1) _ وهذه التسمية بموجب قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد: 427 إلى 435 منه.

(2) _ وهذه التسمية بموجب قواعد قانون الأسرة في المادة 48 منه.

(3) _ القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 18 صفر 1429 هـ الموافق ل: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

باعتباره إجراء جوهري، ووجوبي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الخلع: من خلال تعريفه في اللغة، وفي اصطلاح فقهاء الشريعة والقانون، والحكمة من مشروعية حكم أخذ العوض بالعضل ظلماً:

البند الأول: التعريف بالخلع

أ: الخلع لغة: قال ابن فارس: «الخاء واللام والعين أصل واحد مطرد، وهو مُزايَلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه، تقول: خلعت الثوب أخلعه خُلِعاً، وُخِلِع الوالي يُخلع خلعاً⁽²⁾».

فهو مأخوذ من الفعل خلع فيقال خلع ثوبه، ونعله، وخلع عليه خلعة كله من باب قطع، وخلع الوالي أي عزل، وخالعت المرأة بعلها إرادته على طلاقها ببدل منها له فهي خالعة، وقد تخالعا، وأختلعت فهي مختلعة، ومعنى الخلع الترع والإزالة، يستوي أن يكون الترع حسياً كقوله تعالى: ﴿فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ﴾⁽³⁾ أي انزع نعليك ومنه خلع فلان قميصه خلعاً إذ نزعه ومن الترع المعنوي اختلع الزوجان إذا افتدت منه زوجته بعد أن كانت لباساً له⁽⁴⁾، لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾⁽⁵⁾.

اصطلاحاً: عرف الخلع عند فقهاء المذاهب الأربعة⁽⁶⁾ بتعريفات تكاد تكون متطابقة لفظاً ومعناً:

1- الحنفية: وعرفه ابن نجيم بأنه: «إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه»⁽⁷⁾.

2- المالكية: وعرفه محمد بن جزي بأنه: «بذل المرأة أو غيرها للرجل مالاً على أن

⁽¹⁾ _ باديس ذيايي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 24.

⁽²⁾ _ معجم مقاييس اللغة، مادة خلع، ج 2، ص 209

⁽³⁾ _ سورة طه، الآية رقم: 12.

⁽⁴⁾ _ الفيروز أبادي، المصدر السابق، مادة الخلع، ص 921.

⁽⁵⁾ _ سورة البقرة، الآية رقم: 186.

⁽⁶⁾ _ ابن همام، المصدر السابق، ج 4 ص 210، الدردير، المصدر السابق، ج 2 ص 147.

⁽⁷⁾ _ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03 ص 461

يطلقها أو تسقط عنه حقاً لها عليه»⁽¹⁾.

3. الشافعية: وقال محمد الشريبي: «هو في الشرع فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع»⁽²⁾.

4_ الحنابلة: قال ابن قدامة: «معناه: فراق الزوج امرأته بعوض».

و يمكن إجمالها في كونه إنهاء العلاقة الزوجية نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها لتخليص نفسها بلفظ معين⁽³⁾، فهو طلب المرأة من زوجها أن يفارقها مقابل عوض مالي أو التنازل عن مهرها أو جزء منه⁽⁴⁾.

الملاحظ لتعريفات الفقهاء السابقة للخلع يجد اختلاف عباراتهم يعود إلى ما يأتي:

أ — بعض الفقهاء يرى أن الخلع يعد طلاقاً؛ لذلك نجد تعريفاتهم تتضمن عبارة «إزالة ملك النكاح»، ومن يرى من الفقهاء أن الخلع فسخ يذكر الألفاظ التي تدل عليه دون الطلاق.

«وتظهر فائدة هذا الخلاف في الخلع الواقع بينهما، بعد أن طلق الرجل طلقتين، فعند الجمهور طلقة الخلع ثالثة، فلا تحل لمخالعتها إلا بعد زوج، وعند ابن عباس وأحمد بن حنبل وإسحاق ومن وافقهم لا تعد طلقة، ولهما أن يعقدا نكاحاً مستأنفاً»⁽⁵⁾.

ب — كثير من الفقهاء يشير إلى العوض في الخلع ويجعله شرطاً لصحته، ويرى بعضهم الآخر صحة الخلع دون عوض.

ج — والخلع يقع بالألفاظ الصريحة له، أو بما يدل على إرادة الخلع مثل ألفاظ الكناية، وفي ذلك يقول شيخ الإسلام: «فالفرق بين لفظ ولفظ في الخلع قول محدث لم يعرف عن أحد من السلف لا الصحابة، ولا التابعين ولا تابعيهم»⁽⁶⁾.

(1) _ ابن الجوزي، قوانين الأحكام الشرعية، المصدر السابق، 257.

(2) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج 03 ص 362.

(3) _ فراج أحمد حسن، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 115.

(4) _ مسوغات طلب الخلع كثيرة ومتعددة منها: إذا كرهت المرأة أخلاق زوجها كاتصافه بالشدّة والحدة وسرعة التأثر وكثرة الغضب والانتقاد لأدنى فعل والعتاب على أدنى نقص فلها الخلع، إذا كرهت خلقتة كعيب أو دمامة أو نقص في حواسه فلها الخلع، إذا كان ناقص الدين بترك الصلاة أو التهاون بالجماعة أو الفطر في رمضان بدون عذر أو حضور المحرمات كالزنا والسكر والسماع للأغاني والملاهي ونحوها فلها طلب الخلع..

(5) _ ابن العربي، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت، ج 1 ص 195.

(6) _ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المصدر السابق، ج 23 ص 300.

ب: قانوننا

نص المشرع الجزائري في المادة 54 بأنه «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم»⁽¹⁾ فهذه المادة لم تعرف الخلع، وإنما نصت على حكمه بالجواز، وأنه لا يتطلب شكلا خاصا؛ كما لم يتعرض القانون الجزائري إلى الشروط التي يجب توفرها لصحة الخلع، وإنما يمكن استنتاجها من جملة نصوص قانون الأسرة من كون الزواج صحيحا، ولا يوجد إضرار من الزوج تجاه زوجته لدفعها لطلب الخلع، الأهلية الكاملة في الزوجة فإذا كان محجور عليها طبقا للمادة 107 من قانون الأسرة أن تصرفات المحجور عليه باطلة وطلاقها لا يقع، كما نص على جواز الحكم بالخلع مع عدم موافقة الزوج لمجرد طلبه من الزوجة.

أصل الخلع يكون بتراضي الزوجين عليه، فإن تعذر التراضي بينهما، فإن للقاضي إلزام الزوج به، والخلع ليس له سبب مثل دعوى التطليق للضرر إلا أن تذكر الزوجة أنها تخشى ألا تقيم حدود الله، والخلع حكمه نهائي بات، ولا يقبل أي طريق من طرق الطعن، وكذلك لا يشمل التنازل على أي حق من حقوق الأبناء كالنفقة أو الحق في الحضانة... لأنها تعد آثارا للفرقة؛ ولم تكن موجودة قبله ليشملها الخلع⁽²⁾

وقد استدل الفقهاء على جواز الخلع بنصوص من القرآن كقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا

فِيهَا أَفْذَنَتْ بِهِ﴾⁽³⁾.

ومن السنة: فقد ثبت أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أبغضت زوجها وكرهته، فأنتت النبي - ﷺ - فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال الرسول: «تَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ»، وكان قد جعلها مهرا لها، فقالت: "نعم"، فقال الرسول لثابت: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، فردت عليه حديثه،

(1) _ القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ

في 27 فبراير 2005

(2) _ نجم محمد صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص: 16

(3) _ سورة البقرة، الآية: 229.

وفرق الرسول بينهما⁽¹⁾، وكان ذلك أول خلع في الإسلام.

وقد جعل الإسلام حقَّ المرأة في افتداء نفسها إذا كرهت معاشرته زوجها، كان لها الحق في طلب الخلع، وإذا رفض الزوج خلع امرأته، كانت السلطة التقديرية للقاضي فمتى استحال الصلح بينهما، أمر القاضي أن تدفع المرأة إلى زوجها ما قبضت من مهر، أو يقرر القاضي التعويض الذي ينبغي أن تدفعه إلى الزوج، فإن لم يرضَ أزمه القاضي بالقبول، ويثبت واقعة الخلع، ويكون طلاقاً بائناً⁽²⁾، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال جعل السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مبلغ العوض في الخلع حال النزاع حوله على أن يكون تقديره مقيداً بعتبة صداق المثل وقت صدور الحكم⁽³⁾

ولا يشترط في الخلع أن يكون بصيغة بعينها فيمكن أن يكون بأي لفظ يؤدي معناه⁽⁴⁾ قال ابن تيمية «ومن اعتبر الألفاظ ووقف معها واعتبرها في أحكام العقود جعله بلفظ الطلاق طلاقاً" ومما يدل على هذا أن النبي ﷺ أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليقة ومع هذا أمرها أن تعتد بحبضة وهذا صريح في أنه فسخ ولو وقع بلفظ الطلاق»⁽⁵⁾.

و ما وجد تشريع الخلع؛ إلا مراعاة لمصلحة الطرفين ولمشاعرهما فكان تشريعه رفقاً بالزوج من ظلم زوجته واحتقارها له في حالة كونها كارهة له، ورحمة بها في عدم إرغامها على الاستمرار في حياة زوجية تنفر منها، ولا تستطيع تطبيق شرع ربها مع زوج تبغضه⁽⁶⁾

البند الثاني: حكم التعسف في أخذ العوض: وهو ما يفسره الفقهاء بالعضل في الخلع

العضل يطلق ويراد به عدة معان منها: الإضرار⁽⁷⁾، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا

(1) _ العسقلاني بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، حديث رقم: 5273، مرجع سابق، ص395

(2) _ الغندور أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلام، مكتبة الفلاح، للنشر والتوزيع، 2013ص462

(3) _ بموجب نص المادة 54-02 من قانون الأسرة إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم

(4) _ إذا قال أنت طالق في مقابل مبلغ كذا وقبلت كان طلاقاً على مال ولم يكن خلعا

(5) _ السيد سابق، المرجع السابق، ص 265

(6) _ صحصاح عاطف فؤاد، الخلع والطلاق بين الشريعة والقانون، دار إيجي للطباعة والنشر، مصر، دت، ص13

(7) _ ابن منظور، مصدر سابق، مادة عضل ج 11 ص 451.

بَعْضُ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ ﴿٤﴾

الحبس والمنع، لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (٢).

و لقد اتفق الفقهاء على تحريمه استنادا إلى النصوص السالفة الذكر وقال القرطبي: «وأجمعوا على تحظير أخذ مالها إلا أن يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها» (٣).

وأیضا بقوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتَانٍ وَإِثْمًا مُبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾﴾ (٤).

ففي أخذه بهتان وإثم مبین، لأن السبب المبالغ من أخذ شيء منه هو أنه أفضى إليها بالجماع، فلا يجوز أخذ مالها إلا عن طيب النفس (٥) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَّرِيئًا﴾ (٦).

و لقد اتفق الفقهاء على أنه ليس لأحدهما أن يتراجع عن إرضائه ولكن إن شرط في الخلع أن له الرجعة، فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا الشرط إلى قولين (٧)، وإن كان الراجح عدم اعتبار ذلك الشرط لمنافاته للخلع، فيصح الخلع، ويفسد الشرط، مع ضرورة تبين هذا الحكم للمختلع نفيا للضرر عنه، ووقت الخلع غير مقيد مثل الطلاق؛ إذ يجوز وقوعه في الحيض (٨).

أما موقف المشرع الجزائري فيمكن تطبيق كل ما سبق بيانه من أحكام متعلقة بالعضل استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن المشرع على

(١) _ سورة النساء، الآية رقم: 19

(٢) _ سورة البقرة، الآية رقم: 232

(٣) _ أحكام القرآن للقرطبي ج 3 ص 137.

(٤) _ سورة النساء، الآية رقم: 20، 21

(٥) _ الشنقيطي محمد الأمين، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، ج 01 ص 207

(٦) _ سورة النساء، الآية رقم: 4

(٧) _ القول الأول: يبطل الشرط، ويصح الخلع، وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروایتين عن مالك، ورواية عن أحمد، القول الثاني: يبطل الخلع وتثبت الرجعة، وهو قول الشافعي.

(٨) _ خالف في ذلك بعض المالكية، ففي التاج: «قال ابن شاس: الخلع في الحيض لا يجوز وقد قيل: إنه يجوز برضاها وعلى هذا يجوز برضاها دون خلع».

الباب الثاني: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

الرغم من النص على إمكانية فرض التعويض في حالة ثبوت حالة تعسف الزوج سواء في حالة الفرقة بالطلاق بالإرادة المنفردة، أو بالتطليق بموجب المواد 52 و 53 مكرر من قانون الأسرة فإنه لم يفرد الزوجة بالنص على إمكانية تعسفها على الرغم من ارتفاع نسب الخلع في الآونة الأخيرة والتي نجد في العديد من صوره مجرد العبث بقدسية الرابطة الزوجية؛ مع إمكانية تطبيق قواعد القانون المدني من المادة 124 وما بعدها.

الفرع الثالث: التطليق: وذلك من خلال تعريفه مروراً على مختلف حالاته بصورة موجزة في كل من أحكام الشرع والقانون.

التعريف بالتطليق: أو التفريق القضائي أعطى الإسلام حق التفريق لكل من الزوج والزوجة والقاضي، ويمكن تعريفه من خلال الحالات التي يرد فيها، أي الحالات التي ترفع عيها أمرها للقاضي لسبب من الأسباب التي تمس الزوج بصفة مباشرة، ولا تستطيع بوجودها الاستمرار في الحياة الزوجية.

وهذه الحالات غير متفق عليها بين أصحاب المذاهب الأربعة ولعل أكثر المذاهب تفصيلاً لهذه الحالات هو المذهب المالكي، ولقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية العربية بمبادئ هذا المذهب وبما في ذلك قانون الأسرة الجزائري الذي نص عليها في المادة 53⁽¹⁾ منه على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

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

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08.

(1) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

7- إرتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمرين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

10- كل ضرر معتبر شرعا. (1)

وستتطرق إلى كل حالة من هذه الحالات بالتعريف بشيء من الإيجاز وموقف الفقه والقانون منها.

1- التفريق للإعسار بالنفقة:

النفقة في اللغة: مأخوذة من النفوق، وهو الهلاك ومنه نفقت الدابة تنفق نفوقا إذا هلكت⁽²⁾، وإما من التفاق وهو الزواج ومنه نفقت السلعة تنفق نفقا إذا راجت بين الناس⁽³⁾.

وسمي بها المال الذي ينفقه الرجل على عياله، لأن في إنفاقه عليهم إهلاك للمال المنفق، أو لأن في الإنفاق رواجاً للمال المنفق عليه.

النفقة اصطلاحاً: عرفها ابن عرفة بقوله: ما به قوام معتاد الآدمي دون سرف⁽⁴⁾. وما يقوم عليه الآدمي يشمل الغذاء، والكسوة، والسكن، ومتاع البيت، وأجرة العلاج، ولقد نصت على مشتملات النفقة المادة: 78 من قانون الأسرة على أن «تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجزائه، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة»⁽⁵⁾

تعتبر النفقة على الزوجة واجب من الواجبات الملقاة على عاتق الزوج مادامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً وإذا أحل الزوج بهذا الواجب يحق للزوجة اللجوء للقضاء لطلب الإنفاق عليها وعند الاقتضاء تطبيقها فقال تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾

(1) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول1426هـ، الموافق 4 ماي2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ ابن منظور، المصدر السابق، مادة نفق، ج6، ص4507.

(3) _ الرازي أبو بكر، المصدر السابق، مادة نفق، ص 331.

(4) _ الرصاع أبو عبد الله، المصدر السابق، ص227-228.

(5) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول1426هـ، الموافق 4 ماي2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(1)، وهذه الزيادة في حق الرجل إنما كانت في مقابل قيامه برعاية المرأة، والإنفاق عليها، فقال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ (2).

مسائل النفقة سواء ذات المصدر الاتفاقي، المادة 37 من قانون الأسرة⁽³⁾ والتي يعد تدبير الأموال المشتركة أبرز مثال لها، أم القضائي تعتبر من آثار الزوجية سواء أثناء قيامها أو عند انحلالها، نظرا للإشكالات العملية التي تطرحها ولقد عرفت قواعد النفقة العديد من التطورات، تبعا لتطور المجتمع حيث كرس المشرع الطابع الاستعجالي لها، وأسند للقاضي سلطة تقديرها⁽⁴⁾.

تستحق الزوجة النفقة ابتداءً من العقد الصحيح على الصحيح من مذهب أبي حنيفة، وإن لم تنتقل إلى منزل زوجها إذا لم يطلب الزوج انتقالها، لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ (5) ولحديث جابر رضي الله عنه في سياق حجة النبي صلى الله عليه وسلم وفيه: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»⁽⁶⁾ وهذه النفقة تجب للزوجة التي في عصمته، وكذا المطلقة طلاقاً رجعيّاً، ما دامت في العدة، وأما المطلقة طلاقاً بائناً فلا نفقة لها، ولا سكنى، إلا أن تكون حاملاً فلها النفقة، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (7).

وبذلك نرى الإسلام قد أقام تفضيل الرجل على المرأة على أساس من الواجب الذي يلزمه

(1) _ سورة البقرة: 228

(2) _ سورة النساء، الآية 34

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ النص على الاستعجال في مسائل الأسرة بموجب نص المادة 57 مكرر، أما التطبيقات العملية له فقد تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المواد من 299 إلى 305

(5) _ سورة النساء، الآية 34

(6) _ أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، الحديث رقم: 1218

(7) _ سورة الطلاق، الآية رقم: 06.

برعايتها والإنفاق عليها⁽¹⁾.

ولقد اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها فإن امتنع عن الإنفاق ولم يؤد ما وجب عليه فيما أن يكون موسراً أو معسراً.

فإن كان موسراً فللزوجة أخذ النفقة من ماله، ولو كان ديناً على آخر أو وديعة أو دعماً غيره، بما يتيسر لها من الطرق سواء كان حاضراً، أو غائباً بإذنه أو بغير إذنه⁽²⁾.

يدل لذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: «دخلت هند بنت عتبة امرأة سفيان على الرسول ﷺ وقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني، ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فقال خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»⁽³⁾.

فإن لم تتمكن من أخذها مباشرة رفعت الأمر إلى القاضي ليأمره بالإنفاق ويجبره عليه إن كان موسراً، وإذا كان معسراً فرق بينهما على خلاف بين الفقهاء في مدى جواز ذلك من عدمه.

لكن يجب مراعاة الفرق بين ما إذا كان الزوج قادراً وله مال ظاهر، والحالة الثانية أن يكون الزوج معسراً وعاجزاً عن الإنفاق لأنه إذا كان الزوج قادراً وذو مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه للزوجة بل لها أن تستوفي حقها من هذا المال، وليس لها الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق، سواء كان حاضراً أو غائباً، لأن المقصود هو رفع الضرر ودفع الظلم عنها، ولا حاجة إلى تطليقها.

نص المشرع الجزائري في المادة 53 الفقرة الأولى على أنه يجوز للزوجة، أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها بإرادتها المنفردة في حالة عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78- 79 - 80 وبتحليل هذا النص، يمكن استخراج الشروط الواجب توفرها لإمكانية قيام حق الزوجة في طلب التطليق فيما يلي:

(1) _ ويستمد الرجل سلطته في الأسرة من مركزه القيادي، وهو مركز اعترفت له به جميع القوانين والشرائع، غير أن الإسلام أخضع هذه السلطة لمعايير إنسانية وأخلاقية مضمونة بضوابط الإيمان، وأقام العلاقة بين الزوجين على أساس المودة والرحمة، كل من مركزه فيها.

1- الدسوقي محمد، المصدر السابق ج3 ص478-479.

(2) _ الدسوقي محمد، المصدر السابق ج3 ص478-479.

(3) _ البخاري محمد بن إسماعيل، المصدر السابق، كتاب النفقات باب إذ لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه. ج7، ص85، ومسلم بن الحجاج المصدر السابق، كتاب الأقضية باب قضية هند، ج3، ص338.

1- الشرط الأول هو عدم إنفاق الزوج على زوجته أي امتناعه عمداً عن تقديم ما تحتاجه الزوجة من غذاء ولباس وعلاج وسكن وغيره، وبالتالي تتضرر الزوجة أيما ضرر من ذلك هي لوحدها أو بمعية أولادها، فالمشرع الجزائري يعاقب على عدم الإنفاق عمداً رفعا للظلم عليها «فلا ضرر ولا ضرار».

وجعل ذلك جنحةً، وافترض أن عدم الدفع "عدم الإنفاق" عمدي ما لم يثبت العكس⁽¹⁾، وإن الإعسار الناتج عن الاعتیاد على السلوك السيئ، أو الكسل أو السكر لا يعتبر عذراً مقبولاً حسب نص المادة 331 من قانون العقوبات.

2- الشرط الثاني: هو صدور حكم من المحكمة يوجب نفقة الزوجة على زوجها، بحيث تثبت بكل وسائل الإثبات المختلفة امتناعه عن الإنفاق، ويفهم ضمناً من ذلك أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب مباشرة التطليق عند أي خلل في الإنفاق بل يجب أن يسبق ذلك حكم قضائي يوجب الإنفاق، واجب على الزوج التنفيذ⁽²⁾.

3- الشرط الثالث يجب ألا تكون عالمة بإعساره وقت زواجهما، ويقع عبئ الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج بكل وسائل الإثبات، فإن استطاعت الزوجة، أن تثبت أن عسره هذا جاء بعد زواجهما طبقاً للمواد 80 - 79 - 78 من قانون الأسرة.

4- الشرط الرابع هو أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وبحسب مدخولاته وموارد رزقه، عملاً بالمادة 79 قانون الأسرة حيث أوجب المشرع على القاضي عند تقدير النفقة، مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش، فيسقط حقها في التطليق إذا وفر الزوج الضروريات من غذاء، وكسوة، وعلاج، وسكن، وغيرها، وجعل مالك المدة خاضعةً للسلطة التقديرية للقاضي، تحدد المدة بحسب مقتضى الحال، وهو الموقف الأكثر ملائمة مع التشريع، على أنها مخيرة بين طلب التطليق والصبر على حاله⁽³⁾.

فالمشرع لم يفرق بين حالات عدم الإنفاق

أ - حالة عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك وهو الامتناع عمداً عن الإنفاق المقرر

(1) - مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، علق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتاب المصري، ج1 ص58

(2) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص256

(3) - ابن رشد، المصدر السابق، ج2 ص135

قانونا وشرعا.

ب- حالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج عن ذلك بسبب لا يد له فيه، كوقوع حرب، أو كارثة طبيعية، أو تفشي البطالة ونحو ذلك

وهما حالتان يجب التفريق بينهما ويجب أن لا يكون حكمهما واحداً، كما أن القانون لم يفرق بين الزوجة الغنية والفقيرة، فإذا كانت غنية تستطيع الإنفاق على نفسها وعائلتها، ولا يفرق بينهما باعتبار مناط التفريق هو الضرر الواقع على الزوجة، ولا ضرر هنا عليها مادامت غنية.

ب- التفريق للغيب:

الغيب في اللغة: الغيب، والعيبة والعباب الوصمة، فعاب الشيء جعله ذا عيب، وعبه وتعيبه نسبة إلى العيب وجعله ذا عيب⁽¹⁾.

الغيب في اصطلاح الفقهاء: يطلق ويراد به كل عيب أصاب أحد الزوجين أو كلاهما سواء أكان العيب جنسياً أم كان العيب مرضياً.

فالغيب الجنسي: هو الذي يصيب الأعضاء التناسلية للرجل أو المرأة ويتسبب غالباً في منع المعاشرة الجنسية.

و العيوب التناسلية الخاصة بالرجل كالجلب⁽²⁾، والعنة⁽³⁾، والخصاء⁽⁴⁾.

و العيوب التناسلية للمرأة كالرتق، القرن، الإفضاء⁽⁵⁾، والبخر والعفل⁽⁶⁾.

أما العيب المرضي: فيتمثل خاصة في الأمراض المنفرة أو المعدية للغير بالمخالطة كالجدام⁽⁷⁾، البرص⁽⁸⁾ والجنون.

(1) _ الفيروز أبادي، المصدر السابق، ص152.

(2) _ الجلب: استئصال عضو التناسل بالنسبة للرجل.

(3) _ العنة: صغر الذكر بحيث لا يتأت معه الجماع.

(4) _ الخصاء: هو سل للخصيتين.

(5) _ الإفضاء: هو اختلاط المخرجين.

(6) _ البخر: نتن في الفرج، والعفل: رغبة في الفرج تحدث عند الجماع.

(7) _ الجدام: مرض يتقطع معه اللحم ويتساقط.

(8) _ البرص: بياض يظهر في ظاهر الجسد لفساد الدم.

فالمراد بالعيب عموماً هنا نقصان بدني، أو عقلي، أو جنسي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها، وفي هذا المجال اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً متشعباً في وجوب التفريق للعيوب شريطة توفر جملة من الشروط هي:

- 1- أن يكون العيب في الزوج.
 - 2- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
 - 3- أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يتوقع الشفاء منها.
 - 4- أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليقها إلى القاضي .
 - 5- أن القاضي لا يحكم بتطليقها إلا بعد التأكد من صحة دعواها التي تثبتها بمختلف الوسائل، وحتى أنه يمكن الاستعانة بخبرة الخبراء والاختصاصيين والأطباء⁽¹⁾.
- فإذا وجد أحد الزوجين بصاحبه عيباً من هذه العيوب جاز له أن يطلب الفرقة ليدفع عن نفسه الضرر باتفاق المذاهب الأربعة، لأن مقاصد الزواج لا يمكن أن تحقق بوجود مثل هذه العيوب.
- و أن عبء إثبات المرض يقع على عاتق الزوجة، وعند عجزها يمكن للقاضي أن يعين طبيب خبير يفحص الزوج للتأكد من وجود المرض أو عدم وجوده.
- فذهب الحنفية إلى القول أنه إذا اختلف الزوج والزوجة في الوصول إليه وكانت المرأة بكرًا نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه، وإن قلن ثيب يحلف الزوج⁽²⁾
- وذهب المالكية في الشهادة على العيب الخفي فقال ابن القاسم وابن حبيب⁽³⁾ تصدق في ذلك ولا ينظرهما النساء، وذهب الشافعية إلى إطلاق القول في إثبات وجود العيوب إلى أن العيب إذا كان مما يمكن إثباته بالبينّة عمل بها. وإلا حلف المدعى عليه⁽⁴⁾.

(1) _ عبد العزيز تقيّة، المرجع السابق، ص 260

(2) _ ابن الهمام، المصدر السابق، ج 04، ص 300-301.

(3) _ هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان القرطبي، كان ذا علم واسع، رتب في طبقة المفتين بقرطبة وانفرد بالرئاسة العلمية بعد يحيى بن يحيى، وهو مؤلف كتاب الواضحة، أحد الكتب الجامعة في المذهب غير أنه مضعف الحديث،

(4) _ الشرييني، المصدر السابق، ج 03، ص 203.

وذهب الحنابلة⁽¹⁾ والإباضية⁽²⁾ إلى أن الرّد بالعيب يوجب امتحانها بالنساء، إلا أنّهم يكتفون بشهادة امرأة واحدة عدلة، لأنّه محل حاجة، والأحوط اثنتان، فإن شهدت هذه المرأة بما قاله الزوج من العيب في امرأته، فالقول قول الزوج بما تأيد بشهادة المرأة، وإلاّ فالقول قول المرأة في عدم العيب لأن الأصل السلامة. هذا إذا لم يحدث بين الزوجين نزاع في وقت حدوث العيب، ولكن عند حدوث النزاع فيه فلا خيار للزوج إذا ادّعت المرأة حدوث العيب بعد العقد.

ج- التفريق للإيلاء:

الإيلاء لغة: مشتق من الفعل آلى، يؤلى بمعنى حلف، وتآلى، وتآلى مثله ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِي أَوْلُوا الْفَضْلَ مِنْكُمْ وَالسَّعَةَ﴾⁽³⁾ والألية اليمين وجمعها ألياء⁽⁴⁾، فهو الإيلاء حلف أو الامتناع باليمين⁽⁵⁾.

الإيلاء اصطلاحاً: حلف الزوج بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعداً، أو التزامه أمراً يشق عليه أن هو قاربها في هذه المدة⁽⁶⁾. لقوله عز وجل: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٣٦) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٣٧)⁽⁷⁾.

الإيلاء حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدل على ترك وطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر فيخرج الكافر والصبي والمجنون والمحبوب والخصي أي مقطوع⁽⁸⁾.

و على ذلك لو علق قربانها على أمر ميسور لا مشقة في تنفيذه فلا يكون مولياً، كما لو قال: إن قربتك فعلي صلاة ركعتين، ولا ريب أن الامتناع عن معاشرة الزوجة جنسيا يلحق بها ضرراً بالغاً لاسيما إذا كان ذلك لمدة طويلة، فاقتضت حكمة الله عز وجل أن حدد مدة للزوج لا

(1) ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج 07، ص 581.

(2) أطفيش أحمد، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ط الثانية، مكتبة الإرشاد جدة، ودار الفتح بيروت، 1973 ج 06، ص 399.

(3) سورة النور، الآية: 22.

(4) الرازي أبو بكر، المصدر السابق، مادة آلى، ص 19.

(5) الإمام ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ج 2 ص 257.

(6) فراج أحمد حسن، المرجع السابق، مادة آلى، ص 155.

(7) سورة البقرة، الآية 226 - 227.

(8) أحمد الدردير، الشرح الصغير على مختصره "أقرب المالك إلى مذهب الإمام مالك" مرجع سابق، 179.

يتعداها بايلائه وهي أربعة أشهر.

فإذا حلف الزوج أن لا يقرب زوجته لمدة أربعة أشهر أو أكثر، ثم فاء قبل انقضاء هذه المدة، حنث قي يمينه ولزمته كفارة اليمين، ومعنى الفيء في الإيلاء هو الرجوع، والأصل فيه أن يكون بالفعل وهو الجماع في الفرج، وهذا الجماع لمن لا عذر له، وعليه ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه لا يعتبر فيئا ما يحصل بين الزوجين فيما دون الفرج من تقبيل بشهوة أو لمس⁽¹⁾.

أما إذا لم يفأ إليها بأن بر في يمينه وصدق في عزمه، ومضت مدة الإيلاء من غير أن يقربها مع قدرته على ذلك، فإنه يقع عليها طلقة بائنة عند الحنفية. بمجرد تعدي المدة المحددة⁽²⁾.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن الزوج إذا لم يفء إلى زوجته في المدة فعليها أن تخاصمه أمام القضاء، وعلى القاضي أن يأمر بالفيء فإن امتنع أمره بالطلاق، وليس للقاضي أن يأمره بالطلاق، ولا أن يطلق إلا بطلب من الزوجة لأنه حق لها.

وهذا ما تضمنه قانون الأسرة الجزائري النص عليه في المادة 53 وإن لم يبين ذلك باسم الإيلاء بنصه في الفقرة الثالثة: «المهجر في المضجع فوق أربعة أشهر»⁽³⁾.

وفي الأخير بخصوص طلب الزوجة التطليق بسبب المهجر في المضجع، لا يجب الخلط بين المهجر في المضجع فوق أربعة أشهر الوارد في المادة 53، وبين المهجر بغرض التأديب من جهة، ومن جهة أخرى بينه وبين الإيلاء الذي لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة فالمقصود هو المهجر العمدي المقصود لذاته نكاية بالزوجة، وتعذيبا لها، وليس له ما يبرره.

د- التفريق للحبس:

الحبس لغة: ضد النخلية، واحتبسه بمعنى حبسه، والحبسة بضم الحاء، الاسم من الاحتباس يقال الصمت حبسة، واحبس فرسا في سبيل الله أي أوقفه فهو محبوس وحبيس والحبس هو الوقف⁽⁴⁾.

الحبس اصطلاحا: هو عقوبة مقيدة للحرية، ويحكم بها على الشخص مدة معينة، أو غير

(1) _ ابن الهمام، المصدر السابق، ج 04، ص 206 - 207.

(2) _ الجصاص، المصدر السابق، ج 1، ص 362.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ ابن منظور، المصدر السابق، مادة حبس، ج 2، ص 752.

معينة بقدر الجريمة المرتكبة.

وقد يقترف الزوج جريمة يستحق بسببها السجن لمدة طويلة، فتقع زوجته في الحرج، ويصبح مقامها على هذا الحال زمنا طويلا أمرا شاقا، لا تتحمله الطبيعة الإنسانية، وإن كان لها من مال زوجها ما تستطيع الإنفاق على نفسها، فمن أجل رفع الضرر عنها ذهب ابن تيمية إلى أنه للزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها لوقوع الضرر عليها بسبب بعده عنها⁽¹⁾، وعلى هذا الرأي اعتمد المشرع الجزائري في نصه بإجازة طلب التطليق من القاضي بسبب الحبس غير أنه قيد ذلك بشروط ثلاثة:

1- أن تكون العقوبة شائنة كأن تكون لمدة طويلة.

2- أن يكون فيها مساس بشرف الأسرة، كأن تكون بسبب ارتكابه جريمة الزنا.

3- أن تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية⁽²⁾.

فمتى توفرت فيه هذه الشروط كان لزوجته أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها لتضررها، ومما تقدم يتبين أن المصدر التشريعي للفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة هو المذهب المالكي، بحيث أباحت للزوجة إقامة دعوى أمام المحكمة، من أجل أن تطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها المعاقب بعقوبة شائنة، مقيدة لحرته لمدة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

هـ- التفريق لغيبة الزوج:

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة حتى تضررت بغيابه، وخشيت على نفسها الفتنة، فهل لها أن تطلب الفرقة عنه.

اختلف الفقهاء في مدى جواز مطالبتها بالفرقة عن زوجها إلى رأيين:

فذهب الحنيفة والشافعية⁽³⁾ إلى عدم اعتبار الغيبة سببا من أسباب التفريق وإن طالت المدة.

(1) ابن تيمية تقي الدين، الاختيارات الفقهية، دار إحياء التراث. بيروت، ط الثانية، ص 247.

(2) القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(3) الشافعي، المصدر السابق، ج 5، ص 255-256.

الباب الثاني: الفصل الأول: ملاحقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه انحلال الزواج

و ذهب المالكية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ إلى جواز التفريق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة يفرق للغيبة لأنها مجلبة للضرر، والمدة التي تسمح للزوجة برفع طلب التطليق للغياب هي على قولين بين جعلها سنة، وثلاث سنوات⁽³⁾، وإن تيسرت لها النفقة لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة، تجعلها كالمعلقة، فلا هي زوجة تتمتع بحقوق زوجية، ولا هي مطلقة، وفي ذلك ضرر بالغ يجب العمل على إزالته ولأن ذلك يفوت الإمساك بالمعروف، فبقي التسريح بالإحسان عن طريق التفريق القضائي، متى طالت مدة غيابه عنها على خلاف بين المالكية والحنابلة في تحديد هذه المدة بين ستة أشهر وسنة.

ولقد ذهب المشرع الجزائري إلى جواز التفريق بالغيب في المادة 53 الفقرة 5 بنصها⁽⁴⁾:

«يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ...الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة».

فالمادة قيدت جواز طلب التطليق بشروط ثلاثة:

- 1-الغيبة بعد مضي سنة، وهو ما ذهب إليه المالكية.
- 2-أن تكون الغيبة دون عذر.
- 3-أن يلزم الغيبة عدم الإنفاق طوال مدة الغياب.

فتتوفر هذه الشروط الثلاثة يمكن للزوجة أن تطلب من القاضي أن يفرق بينهما، وإن جاز لها أن تطلب التفريق بتوفر الشرط الثالث وهو انعدام النفقة لوحده فما بالك إذا اقترنت به ظروف أخرى. إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن لها أن تتقدم بطلب إلى المحكمة قصد تطليقها منه للغيبة .

ويسلك في تبليغه مسلكان:

- فإن كان معلوم العنوان بلغ بمقال الدعوى قصد الجواب عنه، مع إعداره بأنه في حالة ثبوت الغيبة، فستحكم المحكمة بتطليق زوجته منه.
- أما إن كان مجهول العنوان، فإن المحكمة تستعين بالنيابة العامة في البحث عنه، وذلك بعد

(1) _ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص330-331.

(2) _ ابن قدامه موفق الدين، المصدر السابق، ج7، ص206.

(3) _ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص429

(4) _ القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27

فبراير 2005

تعيين قيم في حقه، وفور توصل النيابة العامة بهذا الطلب وتسجيله في السجل المعد لذلك، فإنها تعمل بدورها على إرساله إلى السلطات الإدارية لمحل عنوان المتغيب، وكذا إلى الشرطة القضائية قصد الانتقال إلى آخر عنوان كان يقطن به وإفادته بنتائج البحث عنه، وإرجاعه بعد ذلك إلى ملف الدعوى.

و- التفريق للتعدد:

أباحَت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات، وجعلت منه أصلاً، وحقاً للزوج يلجأ إليه متى اقتضت ظروفه ذلك، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ أَلْيَنُكُمْ أَمْوَالُهُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا الْحَيَاةَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ۝٢﴾ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمِينِ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَتِلْكَ رُبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ۝٣﴾⁽¹⁾.

غير أن المشرع الجزائري اعتبره سبباً من أسباب التطلق، إذا تم هذا التعدد مخالف للأحكام المنصوص عليها في المادة 08 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وان يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها واثبت الزوج المبرر الشرعي، وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية».

وذلك بنص المادة 53 الفقرة 6: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: ...

مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08»⁽²⁾.

فالمشرع من خلال نص المادتين 53-08 من قانون الأسرة جعل من عدم توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 08 من قانون الأسرة، من الأسباب التي تستطيع المرأة من خلالها طلب الفرقة من زوجها عن طريق القضاء.

كما أن المشرع بنصه في المادة 53 الفقرة 6 هذا افترض وجود ضرر مسبق لمجرد تعدد الزوجات، ومنح الزوجة حق طلب التطلق دون أن يترك ذلك إلى ما بعد العشرة، وإلى أن

(1) _ سورة النساء، الآيتان: 02، 03

(2) _ الأمر رقم: 66-156، المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات.

يتحقق الضرر في الواقع بسبب التعدد كما أنه منح الضرة حق طلب التطلق بسبب عدم إخبارها، أو بسبب إخفاء الزوج عنها دون أن يحدد مهلة معينة لممارسة هذا الحق ما بين تاريخ العلم بالزواج الخفي، وبين تاريخ طلب التطلق⁽¹⁾.

ز- التفريق لارتكاب فاحشة مبينة: ويمكن تعريف الفاحشة لغويا على أنها ما زادت عن الحد المعقول فيصبح معنى الفحش هو الزيادة المبالغ فيها فنقول خسر فلان في الصفقة خسارة فاحشة، وردت في القران الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة من الأمور الكبيرة في المجتمع وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾⁽²⁾ وقوله عز وجل: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ﴾⁽³⁾.

نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 7 على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: ... ارتكاب فاحشة مبينة»⁽⁴⁾.

وهذه الحالة التي جعلها المشرع من الأسباب التي يمكن للزوجة أن تطلب فيها التطلق من زوجها عن طريق القضاء، والمتمثلة في ارتكاب الزوج فاحشة مبينة يمكن أن تشملها المادة 53 فقرة 4، والمتعلقة بالحكم على الزوج بارتكابه جريمة فيها مساس بالأسرة، وكذا الفقرة الأخيرة من هذه المادة وهي الفقرة 53 فقرة 10، والمتعلقة ب: «كل ضرر معتبر شرعا».

ولكن ما هي الفاحشة المبينة المقصودة من النص القانوني، فيمكن أن تحمل على ارتكاب الزوج فعل الزنا، وإن لم يحكم عليه بارتكابه جريمة الزنا طبقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات والتي جاء فيها النص على أنه: «... يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع الحد لكل متابعة»⁽⁵⁾.

كما يمكن أن تحمل الفاحشة المبينة على شرب الخمر، فيسمح لها بالتطلق كلما أثبتت أن

(1) _ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 274-275.

(2) _ سورة الإسراء، 32

(3) _ سورة الأعراف، الآية: 33

(4) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(5) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

الباب الثاني: الفصل الأول: ملاحقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه انحلال الزواج

زوجها يتعاطى شرب الخمر أو ما شاكله من المخدرات...، وبصورة تدفعه إلى الإساءة لنفسه وبالتالي الإساءة إلى أسرته، والإضرار بسمعة زوجته وأبنائه، واقتصاد الأسرة وأمنها وراحتها جزئياً عن واجباته نحو زوجته وأولاده⁽¹⁾ لاسيما وأن أحكام الفقه الإسلامي صارمة تجاه هذه الأنواع من الجرائم، إذ عقوبة المحصن الزاني هي الرجم حتى الموت باتفاق المذاهب⁽²⁾، كما أن عقوبة شارب الخمر هي الجلد ثمانين جلدة وذلك أن دل على شيء فإنما يدل على فضاة تلك الجرائم.

وبما أن هذه الجرائم منوطة على شكوى أحد الزوجين كما هو الحال لجريمة الزنا.

أما شرب الخمر فهو غير مجرم ما لم يكن مقترنا بالسياقة في قانون العقوبات، فلم يبق للزوجة من وسيلة تستطيع بواسطتها الحفاظ على سمعتها إلا بطلب التظليل عن طريق القضاء وفق ما هو مقرر في أحكام المادة 53⁽³⁾. فعلى القاضي الذي ترفع إليه الزوجة المريدة للتظليل بسب ارتكاب زوجها فاحشة أن التبين الدقيق لوصف الفعل المرتكب، وتعود السلطة التقديرية للقاضي في تكييف كونه فاحشا أو غير فاحش⁽⁴⁾.

ح- التفريق للشقاق المستمر بين الزوجين:

تعريف الشقاق: في اللغة، واصطلاح الفقهاء

الشقاق لغة: مأخوذ من المشاققة، وهي غلبة العداوة والخلاف وشاقه في الشيء إذا خالفه فيه، وسمي الشقاق شقاقا، لأن كل فريق قصد شقا، وناحية غير شق صاحبه⁽⁵⁾.

أما تعريف الشقاق اصطلاحا: فيقصد به كثرة التراعات، والخلافات بين الزوجين سواء كان ذلك مرجعه إلى نشوز الزوجة، وعدم طاعتها لزوجها، أم كان بسبب نشوز الزوج، وكرهيته لزوجته، كما قد يكون الشقاق ناتجا عن تصرفاتهما معا دون معرفة المتسبب منها، ونجد أغلب الفقهاء يعبرون عن الضرر المؤدى إلى طلب التظليل هو الضرر الذي يلحقه الزوج بزوجه

(1) _ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 275.

(2) _ ابن المنذر، المصدر السابق، ص 89.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 299.

(5) _ ابن منظور، المصدر السابق، مادة شقق، ج 04، ص 2301.

الباب الثاني: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه انحلال الزواج

والذي ينتج عنه استحالة استمرارية الحياة الزوجية، مع العجز القاضي عن الإصلاح بينهما، ولقد عالج القرآن الكريم هذه الحالات بأحكام خاصة، إذ شرع لكل حالة ما يناسبها من العلاج.

فقال عز وجل في حالة نشوز الزوجة: ﴿وَالَّذِي تَخَاوَنَ نَشْوَاهُ بِكَ فَعَطُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾⁽¹⁾.

فهذه الآية حددت للزوج ثلاث خطوات عليه إتباعها في حالة نشوز زوجته وهي:

1-الموعظة الحسنة عن طريق تذكيرها بالله، وما جعله من نعم للزوجة المطيعة لزوجها، وتخويفها من عاقبه عز وجل إن هي قصرت في حقوقه.

2-المهجر في المضجع، ولا يكون ذلك إلا في البيت.

3-الضرب الغير المبرح: فلا يكون بكسر عظم، وإسالة الدم، ولا يكون في الوجه.

فإذا استوفى الزوج هذه المراحل الثلاثة، ولم ترجع الزوجة إلى طاعته، لم يبق له من السبيل إلا أن يطلقها⁽²⁾. فإذا آلت العلاقة الزوجية إلى هذا الحد من الشقاق بينهما شرع الله طريقة أخرى لإنقاذ الأسرة من التشتت والانحلال، وتتمثل في بعث الحكيمين في قوله جل شأنه ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽³⁾.

ط- التفريق للضرر:

ويكون في حالة ما إذا كان النشوز من الزوج فقد قال عز وجل في ذلك: ﴿وَإِنْ أَمْرَاهُ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾⁽⁴⁾.

ونشوز الزوج يكون بحالتين:

(1) _ سورة النساء، الآية: 34.

(2) _ ابن العربي أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الفكر، بيروت دت، ج1، ص417-418.

(3) _ سورة النساء، الآية: 35.

(4) _ سورة النساء، الآية: 127.

— إما أن يكون نشوزه بسبب شيء في الزوجة كأن تكون كبيرة في السن، أو تكون دميمة... فيعرض عنها بسبب ذلك، فأرشده الله عز وجل إلى المصالحة فيما بينهما بأن تسقط له حق من حقوقها ولا يطلقها مقابل ذلك، كما فعل النبي ﷺ مع السيدة سوده رضي الله عنها عندما أراد أن يطلقها فالتمست منه أن يمسكها ويجعل قسمها في المبيت لعائشة رضي الله عنها⁽¹⁾.

— وإما أن يكون نشوزه بسبب تجاوز الزوج لحدوده مع زوجته كأن يسيء خلقه نحوها، أو يمنعها مما تستحق عليه من حقوق كالنفقة، المبيت... وأن الله عز وجل جعل لكل واحد من الزوجين قبل الآخر أن يحسن معاشرته، ويخلص له في سره وعلانيته، لتهنأ حياتهما، وتستتب لهما أسباب العشرة بالمعروف، لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾.

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى أحقية الزوجة في طلب التطليق، إذا ثبت إضرار الزوج بها، ففقهاء المذهب الحنفي لا يرون ذلك سببا صحيحا يوجب التفريق، وإنما لها أن ترفع أمرها للقاضي لردعه، وتعزيره عن تصرفه دون أن يصل ذلك إلى حد التفريق، فإذا عاد إلى المضارة، زاد له في العقوبة وفي ذلك يقول السرخسي: «فإذا عاد إلى الجور بعدما ناهى القاضي أوجعه عقوبة، وأمره بالعدل، لأنه أساء الأدب فيما صنع، وارتكب ما هو حرام عليه»⁽³⁾، بينما أجاز باقي فقهاء المذاهب التفريق بينهما، نتيجة الإضرار بالزوجة تحقيقا لقوله عز وجل: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁴⁾.

ولا يكون ذلك إلا بعد أن ترفع أمرها للقاضي ليقوم بزجره على كل محاولات الإساءة لها، إذا ما تبين له بالأدلة إضراره بها، فإذا لم يترجر، كان للقاضي أن يفرق بينهما⁽⁵⁾ وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ نص في المادة 53 من قانون الأسرة، والتي اشتملت على الحالات التي يجوز للزوجة أن يطلق فيها «كل ضرر معتبر شرعا»⁽⁶⁾.

ولقد أحسن المشرع بجعله الضرر على سبيل الإطلاق لكون الضرر متغير من زوجة

(1) — البخاري محمد بن اسماعيل، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرها، ج7، ص43.

(2) — سورة البقرة، الآية: 228.

(3) — السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص219.

(4) — سورة البقرة، الآية: 228.

(5) — الدردير المصدر السابق، ج2 ص245-الشريبي، المصدر السابق، ج3، ص260.

(6) — القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

لأخرى فما يعتبر ضرر لزوجة بعينها، قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى الأخرى، كما أنه متغير فما يعتبر ضرر في زمن ما، قد لا يكون كذلك بالنسبة لزمن آخر، خاصة وأن الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر؛ وإنما ذكر الفقهاء حالاته على سبيل التمثيل لا الحصر⁽¹⁾

ي- التفريق بسبب اللعان:

اللعان: لغة: هو الطرد والإبعاد من الخير، واللعنة الاسم والجمع لعان، ورجل ملعون أي مطرود، قال تعالى بشأن إبليس: ﴿وَإِنَّ عَلَيْكَ لَعْنَتِي إِلَى يَوْمِ الدِّينِ﴾⁽²⁾ أي الطرد والإبعاد عن الرحمة⁽³⁾.

اصطلاحا: عرف اللعان بتعريفات كثيرة مختلفة في ألفاظها متقاربة في معانيها فعرفه ابن الهمام من الحنفية بقوله «هو قذف الرجل امرأته بالزنا»⁽⁴⁾.

وعرفه المالكية بأنه حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه⁽⁵⁾.

و عرفه الشافعية بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به، أو نفي ولده⁽⁶⁾.

و عرفه الحنابلة بأنه شهادات مؤكدات بإيمان من الجانبين مقرونة بلعن⁽⁷⁾.

فمجموع هذه التعاريف يدل على أن اللعان: هو مباحلة الزوج زوجته على ارتكابها فاحشة الزنا أو نفي نسب حملها.

ذهب الأحناف إلى أن اللعان شهادة، وهذا ثابت من ترديد الشهادة في آية اللعان والحكم في ترديدها هو قيامها في الأعداد مقام الشهود في الزنا واحتجوا على أن اللعان شهادة

(1) _ سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص274.

(2) _ سورة ص، الآية: 78.

(3) _ الرازي أبو بكر ، المصدر السابق، مادة لعن، ص295.

(4) _ ابن الهمام كمال الدين، المصدر السابق، ج4، ص276.

(5) _ الخرشى أبو عبد الله، المصدر السابق، ج4، ص124.

(6) _ الشرابي محمد الخطيب ، المصدر السابق، ج3، ص367.

(7) _ البهوتي منصور ، المصدر السابق، ج3، ص206.

وليست يمين⁽¹⁾ لما يأتي:

أولاً: إن موجب اللعان بين الزوج والزوجة هو القذف في الابتداء كما هو الحال فيما إذا قذف امرأة أجنبية عنه، إذ ورد القذف عاماً في قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾⁽²⁾. فالآية نزلت في القاذفين بوجه عام.

وقد روي عن ابن مسعود أنه قال: كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصاري فقال يا رسول الله، أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلاً إن قتله قتلتموه، وإن تكلم جلدتموه، وإن سكت سكت على غيظ، ثم قال الرجل: اللهم افتح⁽³⁾ فتزل قول الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَرْوَاهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾⁽⁴⁾. بمعنى أن شهادة أحدهم التي تزيل عنه حق القذف أربع شهادات، كما أن لفظ "فشهادة"، أن يشهد... يدل على أن اللعان شهادة.

وخالف جمهور الفقهاء الحنفية وقالوا بأن اللعان يمين وليس شهادة وحجتهم في ذلك قوله ﷺ في حديث هلال بن أمية: «إن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو لشريك، فجاءت به على النعت المكروه فقال ﷺ: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»⁽⁵⁾.

و الأصل في مشروعية اللعان: القرآن، السنة والإجماع.

1: القرآن: قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَرْوَاهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾⁽⁶⁾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعَنَتَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرُأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ ﴿١٠﴾⁽⁶⁾

(1) _ ابن الهمام كمال، المصدر السابق، ج 04، ص 278 - 279..

(2) _ سورة النور، الآية 04.

(3) _ ابن عبد البر، الاستذكار، المصدر السابق، ج 17، ص 209.

(4) _ سورة النور، الآية 06.

(5) _ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب تفسير سورة النور، ج 6 ص 126

(6) _ سورة النور، الآيات: 6-10.

2: السنة النبوية :

عن ابن عباس رضي الله عنهما أن هلال بن أمية قذف امرأته فجاء فشهد والنبى ﷺ يقول: «إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب ثم قامت فشهدت»⁽¹⁾.

3: من الإجماع :

أجمع العلماء على مشروعية اللعان، على خلاف بين الفقهاء في كون الفرقة تقع بينهما عقب الانتهاء من التلاعن دون حاجة إلى حكم الحاكم أو أنها لا تنفذ إلا بتفريقه بينهما⁽²⁾.

و الملاحظ لقانون الأسرة الجزائري يجد أنه لم يورد اللعان ضمن الأسباب التي يمكن للقاضي الحكم بالتطليق. بموجبها، ولعل موقفه كان بسبب النص على التطليق لارتكاب فاحشة مبينة، إلا أن لفظ الفاحشة المبينة لا يدل على اللعان مباشرة، وإنما يمكن حمله على عدة معاني، فلا يمكن الجزم به، وكذا لأن اللعان يتم بكيفية مخصوصة وبألفاظ محددة، وفي مجلس معين فوجب النص عليه بعينه⁽³⁾.

كما يمكن أن يكون المشرع أرجع النص على اللعان، وكيفيته إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي أحال فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية كل ما لم يرد النص عليه⁽⁴⁾.

منع الزوج من التعسف في استعمال حقه في الهجر على سبيل التأديب في قوله تعالى وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ﴿٥﴾ فإنه لا يحق للزوج تجاوز الحدود في استعمال هذا الحق.

و قد أخذ المشرع الجزائري برأي الأئمة الثلاثة في إقرار حق الزوجة في طلب التطليق بسبب الهجران في المضجع لمدة تزيد عن أربعة أشهر ومنه فإن أصل هذا السبب هو الإيلاء.

وفي الأخير يجب الإشارة أنه إذا طلبت المرأة الطلاق ورفعت أمرها للقضاء، فإن المحكمة تحكم بما تراه من الصلح أو التطليق للضرر أو للإعسار بالنفقة، بحسب الحالة المعروضة ذلك أنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق إلا عند وجود ما يدعو إلى ذلك، كسوء معاملة الزوج أو كراهتها له

(1) _ البخاري ، كتاب الطلاق ، باب :قول الإمام للمتلاعنين أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب ، حديث رقم :5006

(2) _ ابن الهمام، المصدر السابق، ج4، ص285، ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج9، ص27.

(3) _ تطبيقاً لنص آيات سورة النور

(4) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول1426هـ، الموافق 4 ماي2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(5) _ سورة النساء، الآية رقم: 34.

الباب الثاني: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

بحيث تخشى تضييع حقه¹؛ فعن ثوبان رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا طَلَاقًا فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ».

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

رواه أبو داود، رقم الحديث: ، 2226 ج 2 ص 268 والترمذي، رقم الحديث: 1187 ج 3 ص 493 وابن ماجه، رقم الحديث : 2055، والحاكم رقم: 2809، ج 2 ص 218 وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وصححه الألباني.

المبحث الثاني:
علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم الشروط والإجرائية
لإخلاق الزواج.

المطلب الأول: إجراءات الدعوى القضائية المتعلقة
بإخلاق الزواج

المطلب الثاني: تطبيقات الشروط الشكلية على دعوى
الإخلاق-الصلح والتحكيم

الباب الثاني: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية له علاقة كبيرة بقانون الأسرة ذلك أنه يتولى مهمة إيجاد حل للمنازعة في شؤون الأسرة بتبيان المحكمة، والقسم المختص، ورسم شروط الدعوى، وإصدار الأحكام، وتنفيذها، ومواعيد الطعن، وأنواعه؛ بالرغم من عدم وجود نص في قانون الأسرة يتضمن صراحة الإحالة على هاته المواد من قانون الإجراءات المدنية عند المنازعة في شؤون الأسرة⁽¹⁾.

المطلب الأول: إجراءات الدعوى القضائية المتعلقة بالتحلل الزواج

وذلك من خلال معرفة إجراءات الدعوى القضائية بوجه عام، ثم تطبيقها على شؤون الأسرة فيما يتعلق بالتحلل الزواج

الفرع الأول: الدعوى القضائية و شروط مباشرتها : وذلك من خلال الإشارة إلى

تعريف الإجراءات الدعوى في اللغة والاصطلاح، ثم التطرق إلى بعض شروط مباشرتها

أ: تعريف الإجراءات

لغة : تطلق الإجراءات على الخدمة، والتوكيل في الأشياء وهي مأخوذة من الفعل أجرى يجري الشيء إذا استخدمه هو أو وكيله⁽²⁾.

اصطلاحاً: هي مجموعة القواعد التي تنظم طرق رفع الخصومات إلى القضاء، ووسائل الدفاع أمامه، وصولاً إلى إصدار الأحكام وتنفيذها⁽³⁾.

ب: تعريف الدعوى لغة واصطلاحاً:

تطلق الدعوى لغة على إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ملكاً أو استحقاقاً أو صفة ونحوه⁽⁴⁾

وفي الاصطلاح: تطلق الدعوى على إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في ذمة غيره،

(1) _ كما هو الحال بالنسبة لنص المادة 21 من قانون الأسرة التي تحيل على قانون الإجراءات المدنية بالنسبة لما يتعلق بمسائل التسجيل.

(2) _ الزمخشري، أساس البلاغة دار الفكر، بيروت، ج 1، 113،

(3) _ وهي القواعد التي تنظم إجراءات رفع الدعوى ضد المتهمين بارتكاب الجرائم وقواعد محاكمتهم وإصدار الأحكام الإجرائية التي تستوجبها طبيعة دعاوي الجزائية،

(4) _ الفيومي، المصباح المنير، ط الثانية، دار المعارف، باب دعوى جـ 1 ص 38

وطلبه منه⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾⁽²⁾، وهي الوسيلة القضائية المشروعة لطلب الحق، والأصل في مشروعيتها قول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»⁽³⁾.

يعتبر قسم شؤون الأسرة من أهم أقسام المحكمة باعتباره بوابة على المجتمع، تعرض فيه أهم المشاكل التي تواجه الأسر، وقد أولاه المشرع الجزائري اهتماما خاصا بالتعديل الأخير القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008، حيث أفرد لقسم شؤون الأسرة أحكاما خاصة في الكتاب الثاني من المادة 423 إلى المادة 499 أي ما مجموعه 76 مادة؛ وهو ما لم تحض به باقي الأقسام، فقانون الأسرة تضمن قواعد موضوعية من أجل تنظيم العلاقات العامة للحياة الزوجية، بتبيين حقوق وواجبات كل من الزوجين تجاه الآخر، وتجاه الأبناء، والأقارب، والأصهار... إذ الأصل في قواعده أن لا تتضمن النصوص الشكلية الإجرائية، فوجب الرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره الشريعة العامة للقواعد الشكلية الواجبة الإلتزام أمام القضاء، مع تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع، عن طريق مراعاة الشروط العامة لأطراف الدعوى في المواد 13 و64⁽⁴⁾ من قانون الإجراءات المدنية، وكذا الشروط المتعلقة بالدعوى ذاتها؛ بداية من العريضة حسب المادة 14 منه⁽⁵⁾.

يشترط في العريضة أن تشتمل على بيانات محددة على وجه الإلزام بموجب نص المادة 15 من القانون ذاته، بالإضافة إلى ضرورة احترام المواعيد الإجرائية عند رفع الدعوى وسيرها بما في ذلك مواعيد التبليغ، والطعن، ولقد خص المشرع دعاوى شؤون الأسرة بإجراءات خاصة تراعي طبيعة موضوعها، ووضعية أطرافها، منها: السرعة، خاصة في القضايا التي تميزها صفة الاستعجال كالقضايا المرتبطة بالحقوق المادية المتعلقة بالزوجة، والأطفال من نفقة، وأجرة حضانة، وسكن، وفق نص المادة 57 مكرر المتعلقة بمحالات الاستعجال، التي تنفذ الطلبات، وتطبق جميع

(1) _ المرداوي الإنصاف، ط الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 29 ص 119

(2) _ سورة يس، الآية رقم: 57

(3) _ ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام وأدلة الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت ص 260.

(4) _ القانون رقم: 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(5) _ عبارة عن ورقة مكتوبة، وموقعة، ومؤرخة تودع لدى أمانة ضبط المحكمة من قبل المدعي، أو وكيله، أو محاميه في شكل عدد من النسخ مساوي لأطراف الدعوى.

الأوامر، والأحكام في هذه القضايا رغم كافة أنواع الطعون (1).

، وتتجلى السرعة أيضا في النفاذ المعجل لأحكام الصلح المرتبطة بوقت (2)؛ مع وجوب تدخل النيابة العامة، وأيضا في الإعفاء من وجوب تنصيب محام في قضايا شؤون الأسرة في المرحلة الابتدائية للحكم.

الدعوى التي توقع في القسم يجب أن تكون مستوفية للشروط العامة لأي دعوى إذ يجب احترام طرق عرض التزاع من خلال عرائض افتتاحية، تتوفر على الشروط المحددة قانونا، وتودع بأمانة ضبط المحكمة من قبل المدعي أو وكيله بعدد من النسخ مساوي لعدد الأطراف (3)، ثم تقيّد في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان تاريخ أول جلسة على نسخ العريضة ثم يسلمها كاتب الضبط للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصم الآخر مع ضرورة التنبيه إلى احترام آجال التبليغ (4).

كما يجب على رافع الدعوى أن يكون متمتعا بشروط قبول الدعوى من الصفة (5) والمصلحة (6). بموجب المادة 01/13 قانون الإجراءات المدنية «لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون» (7).

وتتوفر فيه أهلية هذه الأخيرة التي جعلها المشرع من الحالات التي يمكن الدفع فيها بالبطلان، سيتم التفصيل في الأهلية لما لها من علاقة وطيدة مع قانون الأسرة

(1) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مختلف من حيث إلزاميته على هو مقرر في قانون الأسرة ، وسيتم التطرق في العنصر آخر.

(3) _ تطبيقا لأحكام القانون 09/08 من قانون الإجراءات المدني والإدارية.

(4) _ أمقران بشير ، النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط الثالثة، الجزائر، 2003، ص72-73.

(5) _ الصفة : تتمثل في كون المدعي هو صاحب الحق أو المركز القانوني سواء أكان هذا الشخص طبيعيا أو معنويا.

(6) : المصلحة: وهي المنفعة أو الفائدة من وراء رفع الدعوى، ويجب أن تكون قانونية وحالة أي قائمة، أو محتملة، وشخصية ومباشرة، فهي الضابط على حدية الدعوى

ينظر: بوصنورة خليل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية دار نومديا للنشر والتوزيع، قسنطينة 2010، ص146.

(7) _ القانون رقم: 09/08 ، المؤرخ في: 18 صفر 1429 هـ ، الموافق: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الأهلية وهي شرط لرفع الدعوى وتسمى في هذه الحالة أهلية التقاضي والمقصود منها قدرة الشخص على اكتساب المراكز القانونية في الخصومة ومباشرة إجراءاتها أمام القضاء وهذا التعريف يقابل المعنى الاصطلاحي لأهلية الأداء⁽¹⁾ في المجال الموضوعي والقاعدة العامة إنما تكون ببلوغ الشخص 19 سنة تسعة عشرة سنة تطبيقاً لنص المادة 40 من القانون المدني⁽²⁾

ولكن الملاحظ أن للمشرع الجزائري رفع هذا الشرط من بين شروط رفع الدعوى من خلال نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾.

غير أنه عملياً قد يكون الشخص قاصراً في بعض الحالات ومع ذلك نص القانون على إمكانية استعمال حقه في مباشرة الدعوى، فمثلاً بالمقارنة بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا المجال نجد نص المادة 02/07 «يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات»⁽⁴⁾، فالشخص المأذون له بالزواج في هذه الحالة رجلاً كان أو امرأة لم يرشد بالزواج فيما عدا اكتسابه أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، وما عدا ذلك فهو الآخر يدخل في حكم الصغير المميز لأنه لم يبلغ سن الرشد القانوني⁽⁵⁾.

ولللخروج من دائرة النزاع حول مدى اشتراط المشرع للأهلية من عدمه نجد أنه بالرغم من إمكانية تطبيق قاعدة الخاص تفيد العام، فإنه على القاضي لشؤون الأسرة في مثل هذه الحالة قبول دعوى الزوج حتى وإن كان قاصراً، عملاً بالنصين معاً نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونص المادة 2/7 من قانون الأسرة كما أننا نجد المشرع رتب على سبيل الحصر حدد حالات بطلان العقود من خلال المادة 64 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل

(1) _ الأهلية: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وعمل الالتزامات، تنقسم إلى أهلية وجوب تتركز على عنصر الصلاحية وتثبت للشخص الطبيعي بواقعة الميلاد، أما أهلية الأداء فهي تقوم على القدرة وتثبت ببلوغ الشخص السن القانوني للرشد.

(2) _ الأمر رقم: 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(3) _ القانون رقم: 09/08، المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(4) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(5) _ راغب وجدي، مبادئ القضاء المدني، دار الثقافة الجامعية 1999، ص 452.

الحصر فيما يأتي:

1- انعدام الأهلية للخصوم.

2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي».

كما نجد نص المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على إمكانية إثارة الدفع بالبطلان تلقائيا في حال انعدام الأهلية⁽¹⁾.

والعلاقة بين القانونين لا تنحصر في مسألة الأهلية فكما سبق القول أن التنظيم القضائي الجزائري خصص قسما خاصا بشؤون الأسرة على مستوى المحكمة الابتدائية وينظر القسم في دعاوى محددة عملا بنص المادة 423 قانون الإجراءات المدنية والإدارية «ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية.

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسر.

2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.

3- دعاوى إثبات الزواج والنسب.

4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة

5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والغياب والفقدان والتقديم».

وفي حالة الخطأ في تسجيل النزاع أمام قسم آخر المدني أو التجاري...⁽²⁾.

فإنه يتم احترام الإجراءات في قسمها الأصلي إذا فصل رئيس المحكمة في النزاع بعد إخطاره⁽³⁾ بالإحالة الداخلية تطبيقا لنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

-التفصيل في الاختصاص النوعي ثم الاختصاص الإقليمي للمادة 426 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المادة 423 منه.

⁽¹⁾ _ الأمر 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽²⁾ _ بوضويرة خليل ، مرجع سابق، ص146.

⁽³⁾ _ القانون رقم 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

من خلال بيان نوعي الاختصاص النوعي والإقليمي لقسم شؤون الأسرة يتضح لنا مدى عناية المشرع، وحرصه على خلق قضاء يتميز بالاختصاص والاستقلالية عن باقي الأقسام الأخرى، وذلك راجع لطبيعة الأحكام المتعلقة بالأسرة فهي تتركز على حقوق تأبى بطبيعتها أن تصنف ضمن الحقوق الشخصية أو العينية وكذا لأنها لا تتعلق بمسائل مادية فقط وإنما تتعلق بمسائل مادية ومعنوية لها نوع من القداسة والتقدير بحيث يشكل المساس بها اعتداء على أهم ركيزة لقيام المجتمع.

الفرع الثاني: الاختصاص.

كما تتميز الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة⁽¹⁾ بوجود الاختصاص بنوعيه النوعي، والمحلي⁽²⁾. الذي لا تتطرق إليه قواعد قانون الأسرة⁽³⁾.

أ- **فالاختصاص النوعي:** يعني ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها في نوع محدد من الدعاوى⁽⁴⁾؛ أي إسناد نظر النزاع لقاض معين، حيث نصت عليه المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت على سبيل الحصر طبيعة القضايا التي يمكن معالجتها في هذا القسم، واعتبرتها من النظام العام تطبيقاً للمادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها «عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى»⁽⁵⁾.

ب- **الاختصاص المحلي أو الإقليمي** ويقصد به الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع، والقاعدة العامة أنه يؤول للجهة التي يقع فيها موطن المدعى عليه، استناداً إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي؛ وإن لم يكن له موطن محدد، ومعروفاً فالاختصاص عندئذ يكون للجهة

(1) ولعل أهم دعاوى الأسرة المتعلقة بالزواج والطلاق نذكر ما يلي: تنوع الدعاوى حسب موضوع النزاع ونذكر منها: دعاوى متعلقة بالخطبة كالمطالبة بآثار العدول من الهدايا، التعويض.. دعوى الطلاق، دعوى التطلق، دعوى الخلع، دعوى طلب رجوع الزوجة إلى محل الزوجية: هي تلك الدعوى التي يتقدم بها الزوج إلى المحكمة ضد زوجته التي تركت محل إقامة الزوجية، فيطالب من المحكمة أن تحكم عليها بالرجوع، دعوى اللعان ونفي الولد- دعوى إثبات النسب - دعوى طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد. مختلف مشتملاتهما- دعوى الحضانة المطالبة بممارستها، أو بإسقاطها

(2) تناولت مواد 32 إلى 36 قواعد الاختصاص النوعي، والمواد من 37 إلى 44 قواعد الاختصاص المحلي بصفة عامة تم التفصيل في قواعد الاختصاص لكل قسم على حدة في نصوص قانون الإجراءات المدنية

(3) بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص 33

(4) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية، الطبعة، الثانية، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009، ص 74

(5) القانون رقم: 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، لمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الباب الثاني: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، ذلك أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه⁽¹⁾.

والاختصاص الإقليمي للمحكمة فيما يتعلق بشؤون الأسرة، يحدد نوع القضية كما نصت عليه المادة 426 قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾ على النحو الآتي:

العدول عن الخطبة مكان موطن المدعى عليه

إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه

الطلاق أو الرجوع بمكان وجود مسكن الزوجية أما الطلاق بالتراضي مكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.

الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة.

النفقة الغذائية بموطن الدائن بها.

المتاع مكان وجود المسكن الزوجي.

الترخيص بالزواج مكان طالب الترخيص.

الولاية مكان ممارسة الولاية.

مواد الميراث محكمة موطن المتوفى المادة 02/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾، وكذا المادتان 498 و495 منه.

مع الإشارة عند الاقتضاء إلى الوثائق، والمستندات المؤيدة للدعوى، بموجب نص المادة 2/08 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع وجوب تقديمها باللغة العربية، أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول.

الاختصاص الإقليمي لمحكمة شؤون الأسرة لا يعد من النظام العام؛ إذ الدفع به شكلي، وليس موضوعي وهذا باستقراء المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أن المادة

(1) _ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 83

(2) _ القانون رقم: 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) _ المادة 2/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية « في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن ترفع على التوالي أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن ».

45 من القانون ذاته نصت على أنه يعتبر لاغيا كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار، وأكدته المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

ولسير الدعوى القضائية فإن أول إجراء تتطلبه هو وجوب تقديم عريضة افتتاح الدعوى مكتوبة ومؤرخة، وموقعة، تودع بأمانة ضبط المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، ويجب أن يكون عدد النسخ بعدد المدعى عليهم تطبيقا لنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، وعلى رافع الدعوى مراعاة البيانات الإلزامية لكل عريضة، وإلا كانت تحت طائلة البطلان المحددة في نص المادة 15 منه من: اسم الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، اسم ولقب المدعي، اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له، عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى مع الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى⁽³⁾.

غير أن ما يلاحظ حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المشرع جعل المطالبة القضائية تتم بطريقتين وهما: بواسطة الدعوى وهذا الطريق العادي التي تكون إما عادية، أو إستعجالية⁽⁴⁾ اختصاص قاضي الاستعجال، طبقا لنص المادتين 299 و305 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتقرر في حالات الاستعجال.

تحتاج الدعوى الإستعجالية، إلى قيام عنصرين هما قيام حالة الاستعجال، ووقتيية التدبير المطلوب، مع عدم المساس بأصل الحق أو عن طريق الأوامر الولائية⁽⁵⁾، وبخصوص الأوامر على ذيل عرائض تكون في جميع التدابير المؤقتة خصوصا النفقة، والحضانة، والزيارة، والسكن حسب نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر

(1) _ القانون رقم: 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) _ حيث جاء في نص المادة 14 (ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة، ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف).

(3) _ القانون 09/08، المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(4) _ كالدعوى النفقة، والحضانة، والزيارة حسب المادة 57 مكرر من ق أ، والتدابير التحفظية بخصوص التركة بدعوى إستعجالية المادة 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(5) _ والتي حصرها في بعض القضايا مثل الحجر أو ما يسمى بافتتاح التقدم م 481 ق إ م إ، تعيين مقدم م 471، الولاية على أموال القاصر م 467، التدابير المؤقتة لحماية مصالحه م 473، الكفالة م 493 غير أن إلغائها يتم بدعوى عادية أمام قسم شؤون الأسرة- وهي لا تدخل في مجال دراستنا.

علي عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن⁽¹⁾.
حدد الاختصاص المحلي بمقر مسكن الزوجية، وفي ذلك إجحاف بالنسبة للزوجة خاصة إذا كانت تقيم خارج الولاية التي بها مسكن الزوجية، مما يجعل الزوجات- في كثير من الأحيان - يتنازلن عن حقوقهن خوفا من مشقة السفر، كما أن الإشكال في الاختصاص الإقليمي، والذي كثيرا ما يعطل إجراءات التقاضي هو مكان مسكن الزوجية؛ إذ يعتمد على بطاقة الإقامة لإثباته في حين أن حجية هذه البطاقات محدودة؛ و من ثم كان لزاما على القاضي الاستعانة بوسائل أخرى أكثر نفعا في الإثبات مثل وصولات الكهرباء، والغاز، على أن تكون حديثة⁽²⁾.

المطلب الثاني: تطبيقات الشروط الشكلية على دعاوى الانحلال-الصلح والتحكيم

الإجراءات الشكلية لرفع النزاع أمام القضاء فيما يتعلق بالانحلال الزواج لا تختلف عن القواعد العامة لرفع أي نزاع آخر في مجال شؤون الأسرة من حيث الشروط العامة التي يجب استيفائها لقبول إقامة أي دعوى أمام المحكمة ومن بينها دعوى الطلاق وهذه الشروط نصت عليها المادة 13 قانون الإجراءات المدنية، وتخص الصفة، والمصلحة⁽³⁾ نصت المواد 436، و 427 إلى 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على طرق وإجراءات رفع دعوى الطلاق وفقا لقانون شؤون الأسرة الجزائري، ومعلوم أنه متى رفضت الدعوى شكلا لا ينظر فيها مضمونا.

بالنسبة إلى الوثائق والبيانات المتعلقة بقضايا الطلاق سواء كان بالإرادة المفردة أو بالتراضي دعوى خلع أو تطليق تتطلب الوثائق الآتية: نسخة من عقد الزواج، نسخة من الشهادة العائلية م 429 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإضافة على ذلك دأب العمل القضائي على أن يكون بالملف شهادة طبية خاصة بالزوجة تثبت الحمل من عدمه، ولو أن حجيتها القانونية ليست مطلقة بالنسبة لآثارها.

ويجب أن تتضمن حسب نص المادة 429 من القانون نفسه ما يلي: الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب، اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين، وموطن، وتاريخ، ومكان ميلادهما،

(1) _ www.avocatagerien.blogspot.com الأستاذ بن وراد محمد طيب، دار الخامي الجزائري، تاريخ الإطلاع: 21 ماي.

(2) _ سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون أسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر 2013، ص 218.

(3) _ والتي تم الإشارة إليها سابقا بالتفصيل.

الباب الثاني: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر، ويجب أن يتضمن عرض موجز لجميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق على أن يكون تسجيلها بحضور الطرفين وهذا ما يمكن استخلاصه من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حتى يكون كلاهما على علم بتاريخ جلسة الصلح، فما أن ما يميز إجراءات حل الرابطة الزوجية عن باقي النزاعات هو وجوب توفر إجراءات خاصة في مراحل حل النزاع أوردتها كل من مواد قانون الأسرة، وقانون الإجراءات المدنية تتمثل في الصلح والتحكيم والتي سنفصل فيها تباعا الصلح كمرحلة أولى ثم التحكيم كآخر مرحلة لمحاولة التوفيق بين الزوجين للحيلولة دون وقوع الفرقة بينهما⁽¹⁾.

الفرع الأول: الصلح في انحلال الزواج بين القواعد الموضوعية والممارسة الإجرائية:

الطلاق أبغض الحلال عند الله، وله آثار مهمة ونتائج خطيرة فإن المشرع الجزائري عملا بأحكام الشريعة الإسلامية أوجب قيام القاضي بأول إجراء وهو محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بجل الرابطة الزوجية. بمختلف صورها؛ وفي حالة عدم القيام بهذا الإجراء فإن الطلاق الواقع يكون من الناحية الإجرائية باطلا.

البند الأول: تعريف الصلح:

لغة الصلح: له عدة معان منها: الإصلاح وقطع النزاع، وأصلح إليه بمعنى الإحسان، والاستقامة ومن تصالح القوم إذا زال التنافر بينهم⁽²⁾.

إصطلاحا: أما المقصود بالصلح بين الزوجين فهو ما يزال به الخلاف من خلال تنازل الزوجين عن شح النفس رغبة في البقاء، والحفاظ على الأسرة⁽³⁾.

نص المشرع على تعريفه من خلال نص المادة 409 من القانون المدني الصلح هو وسيلة لحل النزاع القائم أو إجراء استباقي لحيلولة دون النزاع. حرصا من المشرع على إرجاع العلاقة بين الزوجين، والمحافظة على شمل الأسرة قدر الإمكان، نص المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة:

(1) _ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 34-35.

(2) _ ابن فارس، أبو الحسين معجم مقاييس اللغة، ط الثانية، مطبعة الباي الحلبي وأولاده، مصر، 1956، ج 03، ص 303.

(3) _ شتوان بلقاسم، الصلح في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، ط الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 25.

"لا يثبت الطلاق إلا بحكم"⁽¹⁾.

والملاحظ لمنطوق هذين المادتين يجد أن احتساب العدة مقترن عند المشرع الجزائري برفع الدعوى دون الأخذ بعين الاعتبار طبيعة حكم الطلاق⁽²⁾. إن كان الطلاق منشأ⁽³⁾ أو مقررا⁽⁴⁾؛ ذلك أنه إذا كان الطلاق مقررا فقد تكون مهلة العدة انقضت ومع ذلك يقوم القاضي بإجراء الصلح وفي ذلك مناقضة لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو نوعان: صلح اتفاقي، و صلح قضائي يجريه القاضي بين الزوجين قبل الفصل في الدعوى حسب نص المادة 49 أعلاه، وحسب المادة 459 من القانون المدني فالصلح بين الزوجين عقد مدني ينهي به الزوجان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، ومعلوم أن تعريف العقد وفق المادة 54 من القانون المدني تنص على أن العقد اتفاق بين يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما⁽⁵⁾.

البند الثاني: إجراءات الصلح وأثاره.

أورد قانون الأسرة بعض النصوص المتعلقة بالجانب الإجرائي الخاص بانحلال الزواج على سبيل الوجوب، والتي جاء التفصيل في كيفية وشروط تطبيقها من خلال نص المادة 439 إلى المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁶⁾، فغاية المشرع منه هي وضع القيود القانونية التي تحول دون فك الرابطة الزوجية، من أجل الحيلولة دون استفحال هذه الظاهرة⁽⁷⁾.

ويكون الصلح في كل أنواع الانحلال التي تقع بين الزوجين بإجراء الصلح، وهو في مختلف

(1) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ يتنوع الحكم القضائي إلى عدة أنواع تختلف بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه: فمن حيث إمكانية الطعن فيها من عدمه فتنقسم إلى أحكام نهائية وأحكام قابلة للطعن، ومن حيث الحضور إلى الجلسة من عدمه إلى أحكام حضورية، وأحكام غيابية، ومن حيث الموضوع إلى أحكام منشأة، وإلى أحكام مقررة كاشفة _، وإلى أحكام ملزمة؛ بحيث تختلف حسب نوع الدعوى المرفوعة في النزاع.

(3) _ **الحكم الملزم:** وهو كل حكم يقع على واقعة يقابلها إلتزام؛ بحيث يتضمن إلتزام بأداء معين قابل للتنفيذ.

(4) _ **الحكم المقرر:** وهو كل حكم يؤكد لوجود، أو عدم وجود حق، أو مركز قانوني، من حيث الوجود وبصرف النظر عن المضمون. ينظر: تقيية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، دار شالة للنشر والتوزيع، مصر، 2011، ص 174-175 .

(5) _ الأمر: 58/75 المؤرخ في: 10/05 المؤرخ في: 20 يونيو 2005، المعدل ومتمم للأمر 58/75 المتضمن أحكام القانون المدني.

(6) _ القانون 09/08 المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(7) _ سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1986

الباب الثاني: الفصل الأول: ملادة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيمه انحلال الزواج

صور الطلاق إجراء وجوبي، يكون وفق مراعاة الضوابط الآتية: مراقبة صحة العريضة المرفوعة قصد الطلاق بالتراضي عملا بنص المادة 48 من قانون الأسرة والمواد من 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بإجراءات الطلاق بالتراضي، من خلال التأكد من هويتهما، ثم الإستماع إلى كل واحد منهما على انفراد، ثم الإستماع إليهما معا للتأكد من موافقتهما على من عدم وجود عيوب الإرادة تمس بعنصر الرضا لكليهما، محاولة القاضي الإصلاح بينهما، وإن كان ذلك في عدة جلسات يخضع تقدير عددها للسلطة التقديرية للقاضي وهو الموقف الذي أقرته المحكمة العليا في قراراتها ومنها: «حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين، وعقد لذلك جلسة في 18-05-2011و بالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة، تم استنفاذه ولا يعيب اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة، طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى، مما يجعل الوجه غير سديد ولا يعتد به، وتبعاً لما سبق يتعين رفض الطعن»⁽¹⁾ وكذا محدد بعدم تجاوز مدة العدة، وإن كانت المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاءت بصيغة العموم⁽²⁾ في حين تضمنت المادة 49 من قانون الأسرة النص على إمكانية تعدد حالات الصلح، وهذه الجلسات تكون مقيدة بمدة العدة حيث طبقاً للجمع بين المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 442 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمحددة بثلاثة أشهر من تاريخ دعوى الطلاق.

مراعاة حقوق الأبناء التي تمثل توابع، وآثار انحلال الزواج من النفقة، والحضانة، وهو ما يتوافق مع نص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية«يتكفل قاض شؤون الأسرة بالخصوص على حماية مصالح القصر»⁽³⁾ وفي ذلك موافقة لمبادئ وقواعد النظام العام عملاً بقوله ﷺ: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط»⁽⁴⁾.

فالحكم بالطلاق لا يصدر إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين ويتطلب الحضور الشخصي للزوجين، وفي حالة عدم الحضور لجلسة الصلح يجب على المحكمة إعادة الإخطار عن طريق النيابة العامة مع الإشعار أنه إذا لم يتم الحضور؛ فسيتم البث في الملف هذا إذا كان عنوانهما معلوماً، أما إذا كان مجهولاً فتستعين بالنيابة العامة للبحث والتوصل إلى

(1) _ المحكمة العليا، غرفة الأسرة والموارث، قرار رقم: 0802333 المؤرخ في 10/07/2014

(2) _ نص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية «...و يحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً»

(3) _ القانون رقم: 09/08، المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(4) _ البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل، رقم الحديث: 2060

الحقيقة (1).

فقد ورد في تطبيقات المحكمة العليا أنه "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت لطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه" (2)، وجاء في قرار آخر «...ولما كان الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد 49-55-56 من قانون الأسرة، يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه» (3).

ويلاحظ على المشرع أنه أهمل تقييد المدة بين الإجراءات بعدم تجاوز مدة العدة كما أن لمشرع أغفل دور القاضي في حالة نجاح أو فشل محاولة الصلح.

نصت المادة 49 فقرة 2 من قانون الأسرة «يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين»، هذا المحضر حجة على وقوع الإجراء الذي أوجبه المشرع قبل الفصل في دعوى الطلاق وإلا كان الحكم الصادر مشوباً بعيب الإجراءات والشكل (4).

كذلك نص المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتضح الأهمية البالغة لمحضر الصلح في الإثبات وإنهاء الخصام بين الزوجين وينجم عن هذا المحضر صدور حكم بالتصديق على الصلح يعد بمثابة ورقة رسمية أي سند واجب التنفيذ.

و طبقاً للمادة 459 قانون المدني فالصلح بين الزوجين عقد مدني يجري إثباته وفق القواعد العامة في نظرية العقد بكافة طرق الإثبات المواد 323، 324، 324 مكرر 3، 324 مكرر 5 من القانون المدني، فإذا تم الصلح أصدرت المحكمة حكماً يثبت الاتفاق، وينفذ بقوة القانون.

(1) _ الأمر رقم 84-11 المؤرخ 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

(2) _ المحلة القضائية، المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف: 75141 المؤرخ 18/06/1991، العدد الأول، ص 65

(3) _ المحلة القضائية، المحكمة لعليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 57812، المؤرخ في: 25/12/1989، العدد الثالث الصادرة: 1991، ص 371.

(4) _ لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، ط الثانية، دار الهدى، 2009، ص 52_54

الباب الثاني: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيمه انحلال الزواج

وعند فشل المحاولة الصلح، يتولى قاضي الأسرة وجوبا إجراءات الطلاق، كما عليه الفصل في بعض الآثار الناتجة عنه كنفقة المتعة، ونفقة الأبناء وبالخصانة وزيارة المحضون، ولكن يمكن للطرفين أن يتفق صراحة على ترك هذه المسائل كلا أو بعضا، ما لم تكن مخالفة لمصلحة الأبناء القصر؛ ذلك أن دور القاضي ليس دورا سلبيا ينحصر في توثيق ما يحدث في جلسة الصلح، وإنما الصلح يعتبر من النظام العام ولا يجوز للمحكمة مخالفته أو التغاضي عنه⁽¹⁾.

فالمشرع أعطى دورا محوريا من أجل التوفيق بين الزوجين باستعمال كل الطرق والأساليب التي من شأنها لم شمل الأسرة من جديد، وأنقاضها من الانهيار الذي قد يصيبها جراء الفرقة⁽²⁾. وهذا ما أيدته المحكمة العليا من خلال العديد من قراراتها والتي نذكر منها:

«من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 49، 55، 56 قانون الأسرة يكون بقضائه كما فعل قد خالف القانون وتجاوز اختصاصه ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽³⁾.

الفرع الثاني: التحكيم

التحكيم: هو إجراء موافق للصلح في الهدف والنتيجة، من خلال محاولة التوفيق بين الزوجين ولقد نص عليه المشرع في المادة 56 من قانون الأسرة «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما»⁽⁴⁾.

فبعد رفع النزاع إلى القضاء، ونتيجة لفشل مهمة التوفيق بين الزوجين عن طريق الصلح؛ يعين القاضي شخصين أحدهما من أهل الزوج، والثاني من أهل الزوجة، يعتبران بمثابة هيئة تحكيم تنحصر مهمتها في محاولة لم شمل الأسرة عند اشتداد النزاع بين الزوجين، على أن يختصا المهمة التي

(1) _ القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(2) _ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1990، ص 357

(3) _ المجلة القضائية العدد رقم: 3، سنة 1993 ملف رقم: 73630 بتاريخ 1991/02/20

(4) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

أسندت إليهما بتقرير معلل بموجب نص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية بنصها «إذا تم الصلح من طرف الحكّمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي نقض»⁽¹⁾ مقترن بمدة التحكيم التي يشترط فيها أن تكون في أجل شهرين⁽²⁾ قيدت مهمة الحكّمين بمدة زمنية حرصاً من المشرع حتى لا يتماطل الحكّمين في مساعيهم، والمشرع لم يفصل في ذكر شروط الحكّمين ولا طريقة عملهما من خلال المواد من 446 إلى المادة 449 قانون الإجراءات المدنية فالمادة 446 التي ذكرت أن تعيين الحكّمين يخضع لأحكام قانون الأسرة بنصه «إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة»، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقييم مدى نجاح أو فشل مهمة التحكيم؛ حيث للقاضي إنهاء هذه المهمة في حالة تقديره لصعوبتها، وإرجاع النزاع من جديد إلى بلاط المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة 449 قانون الإجراءات المدنية⁽³⁾. وبالتالي مراعاة توفر شروط المطلوبة شرعاً في الحكّمين إستناداً لنص المادة 222 من قانون الأسرة⁽⁴⁾ وذلك مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية في قوله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽⁵⁾، حيث أن الرأي الراجح في الفقه المالكي أن الحكّمين لا يملكان إلا سلطة الإصلاح بين الزوجين وعند تعذر إنهاء النزاع بالصلح يرفعان الأمر إلى القاضي ليتخذ ما يراه مناسباً على ضوء تقريرهما ومنه فإن مهمتهما تعتبر مهمة استشارية وغير ملزمة للمحكمة⁽⁶⁾.

ولقد جاءت اجتهادات المحكمة العليا مواكبة لهذا الإطار من النصوص التشريعية فيما يتعلق بالتحكيم من خلال قراراتها والتي منها: «إن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين

(1) _ القانون رقم: 09/08 ، المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(2) _ القانون رقم: 09/08 ، المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(3) _ وذلك تطبيقاً لنص المادة 449 قانون الإجراءات المدنية «يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكّمين تلقائياً، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة ، وتستمر الخصومة».

(4) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(5) _ سورة النساء، الآية: 35.

(6) _ محمود محجوب عبد النور، الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي ، دار العلوم بيروت، لبنان، دت،

الباب الثاني: الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

الحكمين حسب المادة 49 من قانون الأسرة وإلا أصبح يشكل مخالفة للقانون»⁽¹⁾.

ومما سبق نلاحظ أن كلا من الصلح والتحكيم يشتركان في كونهما من الإجراءات القضائية التي تلي رفع النزاع إلى القضاء، وأن كلاهما يهدف إلى التوفيق بين الزوجين للحيلولة دون وقوع الفرقة بينهما حفاظا على استمرارية الزواج ووجه الأسرة غير أن الفرق بينهما أن الصلح إجراء وجوبي بينهما التحكيم هو إجراء اختياري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

⁽¹⁾ المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث ملف رقم: 57812 ، الصادر بتاريخ: 1989/12/25 بالجملة القضائية، العدد الثالث، 1991، ص73.

الفصل الثاني:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم آثار انحلال الزواج
وجزاء الإخلاق بها

المبحث الأول:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم آثار الانحلال القانونية
والموضوعية

المطلب الأول: تنظيم آثار انحلال القانونية

المطلب الثاني: تنظيم آثار انحلال الزواج الموضوعية

تم دراسة هذا المبحث وفق مطلبين يبحث يتم التفصيل في كل من الآثار القانونية،
والموضوعية وفق ما يأتي:

المطلب الأول: تنظيم آثار انحلال الزواج القانونية:

المتتمثلة أساسا في: الإثبات، والتعويض، والجنسية.

الفرع الأول: الإثبات وإجراءاته

البند الأول: طرق إثبات الطلاق شرعا وقانونا.

يثبت الطلاق من الناحية الشرعية بكافة طرق الإثبات من إقرار وبينه ويمين .

أولا: الإقرار

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه لقوله تعالى: ﴿ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾⁽¹⁾ وهو حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة وذلك لقصور ولاية المقر وعدم امتدادها إلى غيره، وإن أقر الزوج بطلاق متقدم على إقراره سواء كان بائنا أم رجعيًا، وسواء كان في سفر أو حضر، ولا بينة له، ابتدأت المطلقة العدة من وقت إقراره فيصدق في الطلاق لا من وقت سابق ولو صدقته المرأة، لأنهما متهمان على إسقاط العدة، وهي حق الله لا يمكن إسقاطه بأي حال من الأحوال⁽²⁾.

هذا إذا أقر بطلاق سابق، أما إذا نوى إنشاء طلاق جديد فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتمل الإنشاء، ويثبت الطلاق، والإقرار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة، والحكم في حالة الإكراه على الإقرار بالطلاق هنا لا يقع الطلاق في حالة توافر البينة الشرعية على وقوع الإكراه، وقد نص المشرع الجزائري على الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات الالتزام في المادة 341 قانون المدني، وأنه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة⁽³⁾.

(1) _ سورة آل عمران، الآية رقم: 81

(2) _ ابن عبد البر، الكافي في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، ص272.

(3) _ القانون رقم: 10/05، المورخ في: 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

كما نصت المادة 1/342 قانون المدني على أن الإقرار حجة قاطعة على المقر وبالتالي المشرع الجزائري نص فقط على الإقرار القضائي، وعليه فإن الإقرار القضائي متى صدر مستوفيا لشروطه أصبح حجة قاطعة على صاحبه، ويجب على القاضي الأخذ به، وهذه القطعية في الإثبات لا تغني المقر عن إثبات صدوره منه؛ وإرادته معيبة⁽¹⁾.

ثانيا: البيئة :

شهادة الشهود لإثبات حل الرابطة الزوجية بالطلاق يختلف تبعا لاختلاف المذاهب في مدى إجازة شهادة المرأة في ذلك من عدم جواز شهادتها إذ ذهب فقهاء المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، وفي رواية للحنابلة⁽⁴⁾ إلى اشتراط الذكورة في شهود الزواج، والطلاق، والرجعة واستدلوا على ذلك بعده بأدلة بينما ذهب الحنفية⁽⁵⁾ وفي رواية للحنابلة إلى جواز شهادة المرأة في مثل هذه الأمور، قياسا على جواز شهادتها في الأموال، ولعدم وجود مخصص يستثني شهادتها على ذلك⁽⁶⁾. وتبعا لاختلافهم في مدى إجازة شهادة المرأة في الطلاق اختلفوا في عدد الشهود الذين تصح بهم الشهادة⁽⁷⁾.

ولا تجوز شهادة السماع في الطلاق عند الحنفية بينما ذهب فقهاء المالكية إلى إجازة شهادة السماع والشهادة على الشهادة هذه الأخيرة قال الإمام مالك في شأنها: «الشهادة على الشهادة جائزة في الحدود والطلاق...»⁽⁸⁾.

- فإذا ادّعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو، فقد اختلف الفقهاء في الحكم على هذه الدعوى إذا لم توجد بيئة.

البيئة في اللغة من البيان، وهو الإيضاح، والإظهار⁽⁹⁾ أما في اصطلاح الفقهاء فذهب جمهور

(1) _ وذلك بمراعاة المواد 80 وما بعدها من القانون المدني المتعلقة بعيوب الإرادة من الغلط، والتدليس، والإكراه

(2) _ مالك ابن أنس الأصبحي، المدونة، المصدر السابق، ج 13 ص 10 - 11.

(3) _ الرملي شمس الدين، المصدر السابق، ج 6 ص 217.

(4) _ البهوتي منصور، المصدر السابق، ج 3 ص 542.

(5) - السرخسي شمس الدين، المصدر السابق، ج 05 ص 32.

(6) _ أدلة كل رأي تم التعرض لها وبالتفصيل في الفصل التمهيدي، من خلال عنصر شروط الشهود.

(7) _ ابن فرحون، المصدر السابق ج 01 ص 246-247.

(8) _ مالك ابن أنس الأصبحي، المدونة، المصدر السابق، ج 02 ص 136.

(9) _ الرازي أبو بكر، مختار الصحاح، دار عمار، الأردن، ط الأولى، 1996، ص 43.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

الفقهاء على قصر معناها على الشهود، على خلاف ابن حزم الذي أطلقها على كل من الشهود، وعلم القاضي، في حين ذهب ابن تيمية على الاعتماد على المعنى اللغوي للبينة: بأنها كل ما يوضح الحق ويظهره⁽¹⁾.

ففي حالة عدم اكتمال نصاب الشهادة ذهب الحنفية إلى القول أنه إذا أشهد شاهد واحد على الطلاق فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يدي عدل حتى تأتي بشاهد آخر لم يفعل ذلك ودفعها إلى زوجها حتى تأتي ببقية شهودها وهذا استحسان، وفي القياس لا يحول بينه وبينها لأن الحجة لم تتم، وباب الفرع مبني على الاحتياط، وليس في هذه الحيلولة كثير ضرر على الزوج، لأن حجة القضاء به لم تتم لأنه لو قضى بشهادة الواحد لم ينفذ قضاؤه⁽²⁾.

وذهب الحنابلة إلى أن المرأة إذا ادّعت أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق، إلا أن يكون لها بما ادّعت بينة. ولا يقبل فيه إلا عدلان، لأن الطلاق ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال كالحقوق والقصاص، فان لم توجد بينة يستحلف الرجل على الصحيح⁽³⁾. لحديث رسول الله ﷺ: «اليمين على من أنكر»⁽⁴⁾

فالمرأة إذا ادّعت طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بتمثلة الشاهد الآخر وجاز طلاقه⁽⁵⁾، ولكن إن مكنته من نفسها طائعة أثمت، ولا حد عليها للشبهة باحتمال أنه صادق⁽⁶⁾، ولا تجوز الشهادة بالتسامع في الطلاق لأن الشهادة بالتسامع إنما أجزيت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرَج⁽⁷⁾.

(1) _ البهي عبد المنعم، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، دار الفكر العربي، مصر، ص 05

(2) _ السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1986 ج 06، ص 145.

(3) _ ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج 08 ص 440.

(4) _ البخاري، كتاب تفسير سورة آل عمران، باب "إن الذين يشترون بعهد الله...". ج 6 ص 41.

(5) _ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المصدر السابق، ج 04، ص 352.

(6) _ الخطاب، المصدر السابق، ج 3 ص 534.

(7) _ ويقصد بها: تقرير الشاهد بما يتناقله الناس عن الواقعة المشهود بها، أي أنها تكون نقلا عن خبر ذائع متواتر، أو مستفيض إستفاضة تـؤدي إلى غلبة الظن الذي يقرب من القطع وهي عنده على ثلاث مراتب. ابن فرحون برهان الدين، تبصرة الأحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط الأولى مكتبة الكليات الأزهرية. مصر، 1986، ج 01 ص 426.

ثالثا: اليمين

إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الخالف أو على عدم صدق ما يقوله الخصم الآخر، ولما كانت اليمين عملا دينيا فإن من يكلف بأدائها؛ عليه تأديتها وفقا للأوضاع المقررة شرعا، وهو طريق غير عادي للإثبات يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب نص عليه.

المشرع بموجب النص على قواعد الإثبات المتضمنة في القانون المدني⁽¹⁾ بموجب المادة 343 وما يليها من القانون المدني⁽²⁾، وهذا ما يمكن تجسيده على واقعة الطلاق. لانعدام النص في قانون الأسرة.

حول مسألة إثبات الطلاق العرفي حتى يضع له طرقا للإثبات، ومع ذلك ولا نجد في القضاء الجزائري ما يفيد إثبات الطلاق العرفي باليمين إلا أنه من الناحية العملية لا يوجد ما يمنع ذلك إنما أخذ اتجاه القضاء الجزائري إلى إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال بالبيننة⁽³⁾. وإعتراف المحكمة.

البند الثاني: إجراءات إثبات الطلاق

من الناحية القانونية لا يثبت الطلاق إلا بحكم وهذا الحكم له طبيعة الإنشاء وهو عمل يدخل في إطار الوظيفة الولائية للقاضي رغم صدوره في شكل حكم قضائي.

أولا: إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة

إكتفى قانون الأسرة بالنص في المادة 49 منه على أنه: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم» بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

القاعدة العامة أن الحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج هو حكم تقريري يقتصر فيه دور القاضي على تكريس إرادة الزوج والكشف عنها إلا أن المشرع جعل له طابع الإنشاء، ومن ثم خصه بإجراءات واجبة الإلتباع، وإلا تعرض الحكم للنقض

(1) _ حيث يوجه الخصم إلى ذمة خصمه يمين حاسمة، أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص.

(2) _ القانون رقم: 10/05 المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

(3) _ عملا بأحكام التشريع الإسلامية؛ وتطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة

يتعين على القاضي تحرر محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة⁽¹⁾. والملاحظ لنص المادة يجد أن المشرع قصر وحدد نطاق إثبات انحلال الرابطة الزوجية بالحكم الصادر عن القاضي. والمقصود من ذلك عدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء ولا بطرق إثباته، وهو بهذا القيد أراد التضييق من كثرة وقوع الطلاق، وهو أمر مستحسن تقتضيه السياسة الشرعية في هذا الزمان الذي كثر فيه التجاحد، وتضاعفت فيه حالات الطلاق⁽²⁾.

وعدم اعتداد المشرع الجزائري لأي طريقة لإثبات وقوع انحلال الرابطة الزوجية إلا بحكم المحكمة أربك سلك القضاء في الأخذ بهذا النص خاصة في حالات يكون فيها الزوج قد أوقع الطلاق، وانتهت العدة ويظهر ذلك في اجتهادات المحكمة العليا والتي نذكر منها ما يأتي:

من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة أمام القضاء ومتى تبين أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين. وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون⁽³⁾.

وبتحليل هذا القرار نجد أن المحكمة العليا ومن خلال غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قضت في الجزء الأول من هذا القرار برفض الدعوى والحكم بإثبات الطلاق العرفي وبينت في الجزء الثاني منه أنه مستندها في إثبات الطلاق هو شهادة الشهود الذين سمعوا الزوج يطلق زوجته.

ومن خلال هذا القرار نجد أن المحكمة العليا، اعترفت بالطلاق العرفي المثبت بشهادة الشهود، وإن لم يكن مثبتا بحكم قضائي، وذلك تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، والمحكمة العليا وإن لم تلتزم بتطبيق صريح المادة 49 من قانون الأسرة لما رأت ضرورة إثبات هذا الطلاق. استنادا إلى أقوال الشهود، فهي بذلك لا تعد قد خرقت النص القانوني، وإنما اعتمدت على الإحالة

(1) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ السياسة الشرعية : هي تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي.

(3) _ المحلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم: 216850، المؤرخ في: 16 فيفري 1992. الصادرة سنة 2001، ص 100.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

المنصوص إثباته عليها في المادة 222 قانون الأسرة⁽¹⁾ وذلك لأن هذا القانون لم يتضمن كيفية إثبات الطلاق العرفي، الذي يكون أوقعه الزوج، وقد يترتب عليه انقضاء مدة العدة. فإن لم تحكم بالطلاق وقضت باستمرار الزواج أدى ذلك إلى وقوع المحذور شرعا وهو استمرار علاقة بين رجل وامرأة فرق بينهما الطلاق.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا «من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق الرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطبيق فهو حق للمرأة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد جزفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تحول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا، وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق، وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة الطلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأنه الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي وإلا عد مخالفا للشريعة الإسلامية.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المنار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.»⁽²⁾

يلاحظ على هذا القرار أن المحكمة العليا بقرارها هذا تكون قد اعتمدت على أحكام الشريعة الإسلامية فقط ولم تطبق نص المادة 49 قانون الأسرة.

فإثبات الطلاق بشهادة الشهود، سواء أكانت هذه الشهادة مباشرة بأن كانوا حضروا المجلس الذي تم فيه إيقاع الطلاق، أم كانت شهادة سماع من شهود سمعوا الزوج يقر بالطلاق، أو بواسطة شهادة مستفيضة. بعد التأكد من صحة هذه الشهادة فلا يمكن الحكم بعدم إثباته لمجرد أنه لم يكن أمام القضاء.

⁽¹⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ المحلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم: 35026، المؤرخ في 03 ديسمبر 1984 العدد 04، الصادرة سنة، 1989، ص 86.

وهو بذلك أخذ بما ذهب إليه فقهاء المالكية بإجازة شهادة السماع على الطلاق⁽¹⁾.

وبالنظر إلى مجموع هذه الاجتهادات يلاحظ أنها ناقضت القانون في كثير من الأوقات من أجل إثبات واقعة الطلاق، وجعلت من إظهار الشهود وسيلة لإثباته دون التقييد بما نص عليه من حضر إثبات الطلاق بوسيلة واحدة وهي الحكم القضائي، وهذه المناقضة جاءت بسبب وقوع الكثير من حالات الطلاق خارج مجلس القضاء، وترتب آثاره عليها من انقضاء العدة وغيرها، بل قد يصل الأمر إلى زواج المرأة من رجل آخر بعد انقضاء فترة العدة؛ مما جعل المحكمة العليا توضع أمام الأمر الواقع فليس لها من سبيل إلا إثباته بشهادة الشهود استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا: إثبات انحلال الزواج بغير إرادة الزوج

انحلال الرابطة الزوجية بغير إرادة الزوج يتم من خلال التطليق نتيجة وجود ضرر، أو بواسطة الخلع الذي به تفتدي الزوجة نفسها نتيجة استحالة مواصلة الحياة الزوجية.

ذهب الفقهاء إلى أنه لا يكفي بمجرد الإدعاء؛ وإنما تشترط البينة لإثبات الضرر عند مطالبة المرأة بالتفريق بينها وبين زوجها، وفي ذلك يقول الخرشي: «إن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته أو عن كسوتها ورفعت أمرها إلى الحاكم وسكت...، وأثبتت الزوجية ولو بالشهرة... فإن الحاكم يأمر زوجها إذا لم يثبت عسره بالنفقة، والكسوة بالطلاق»⁽²⁾. هذا في حالة حضور الزوج فإنه يكلف بإثبات عسره أو عدمه بالبينة والمتمثلة في غالب الأحيان في شهادة الشهود.

فإذا كان غائبا فينتقل عبئ الإثبات إلى الزوجة، وإن دعت الطلاق طلقها أو أباح لها التطليق⁽³⁾.

وكذلك يعتمد على إظهار الشهود لإثبات العيوب التي تحول دون إتمام الزواج لا سيما إذا كانت هذه العيوب جنسية لا يكتشفها أحد الزوجين بالآخر إلا بعد البناء⁽⁴⁾.

(1) _ عظم أبو القاسم ، متطلبات الشهادة على المشهود عليه، تحقيق: محمد الطاهر رزقي، مكتبة الرشيد. الرياض. ط الأولى 1419هـ - 1998م، ص 156.

(2) _ الخرشي، المصدر السابق، ج 04 ص 196.

(3) _ الخطاب أبو عبد الله، المصدر السابق، ج 04 ص 195 - 196.

(4) _ فؤاد جاد الكريم، وعبد الصبور خلف، حق الزوجين في التفريق بالعيوب، مكتبة مدبولي. القاهرة، 1988، ص 143-144.

الملاحظ للتطبيقات القضائية في هذا المجال- إثبات انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق أو الخلع- يجد أنها نحت المنحى نفسه في إثبات انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، ومن اجتهداتها بهذا الشأن ما يأتي:

«متى كان من المقرر شرعاً أنه لا ينبغي للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلمها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ولما كان الثابت - في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف برروا قرارهم بالتطليق، على مجرد تصميم الزوجة على التفرقة بينها وبين زوجها، وعلى استحالة الحياة المشتركة فإن هذا التبرير يعد مخطئاً ولا يكف على التطليق، مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار بمخالفة هذا المبدأ»⁽¹⁾.

فهذا القرار إن إيقاع الفرقة بين الزوجين عن طريق التطليق لا يكون إلا بعد إثبات الضرر بالطرق الشرعية هذه الأخيرة التي يأتي على رأسها إسهاد الشهود على مدى إضرار الزوج بزوجه».

وجاء في قرار آخر مشابه أنه: «من المقرر شرعاً أن تطلق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبت بأدلة وحجج تقبل شرعاً يعد خرقاً للقواعد الشرعية لما كان من الثابت- في قضية- أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاة بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل»⁽²⁾. فهذا القرار اعتبر أن الحكم بالتطليق دون دليل، يثبت ذلك خرقاً للقواعد الشرعية، والنصوص التي توجب إثبات الضرر قبل الحكم بالتطليق.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا «أنه من المقرر شرعاً أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها ومن ثم فإن القضاء بما

⁽¹⁾ _ المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم: 34767 المؤرخ في: 17 ديسمبر 1984. العدد 01 الصادرة سنة 1990. ص 92.

⁽²⁾ _ المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم: 43864، المؤرخ في: 12 جانفي 1987. العدد 01، الصادرة سنة 1991. ص 46.

يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات معها: فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم. غير أنهم لما قضوا بالتطبيق اعتماداً على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة مما استوجب نقض القرار»⁽¹⁾.

ويلاحظ على هذا القرار أنه يبين بأن فك العصمة الزوجية عن طريق التطبيق لا يكون إلا بعد إثبات الضرر. لما نصت عليه مبادئ الشريعة الإسلامية. ويتعلق الأمر هنا بإثبات العجز، وإنما يجب إثبات ذلك حتى يكون ذلك الإثبات مسوغاً لطلب التفريق بينهما.

فمجموع هذه الاجتهادات في التطبيق وإن لم تنص على الإثبات بشهادة الشهود بعينه إلا أنها تضمنت النص على ضرورة إثبات الضرر بطرق الإثبات الشرعية والتي يأت على رأسها الإشهاد قبل القضاء بالتفريق بين الزوجين.

فالمشرع الجزائري أجاز شهادة الأقارب والأصهار على حدوث واقعة الطلاق، باستثناء شهادة الأبناء، لأن الطلاق عادة ما يحدث على مرأى ومسمع الأقارب أو الأصهار. كما أن في النص على استثناء الأبناء من الشهادة على الطلاق لوجود التهمة في الشهادة، وان كانوا شهدوا واقعة إلحاق الضرر بالزوجة من طرف الزوج؛ فيه محافظة على العلاقة بين أفراد الأسرة الواحدة، إذ حتى لو تم الطلاق بين الزوجين يبقى الأبناء خارج النزاع بينهما.

يمكن القول أن اعتبار الضرر المعنوي مبرراً للتطبيق يتعارض مع القرآن والسنة وخالف الشرع، لأنه لا يكفي أن تدعي الزوجة ألا ما نفسياً أصابها من الجمع بينها وبين أخرى، ويعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين لرفض الزوجة له، وأن الضرر الذي أصابها مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما.

فالقاضي في هذه الحالة لا يحكم مباشرة بالتفريق بينهما، وإنما يجب عليه أن يتعرف على ماهية الضرر، ويمكن له إثباته بالطرق الشرعية إذ لا يكف التأثير النفسي فقط⁽²⁾ فقد عرف المالكية

(1) _ المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم: 33275، المؤرخ في: 14 ماي 1984. العدد 02 الصادرة سنة 1990. ص75.

(2) _ منصور حسن حسن، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية. المرجع السابق، ص177

الضرر بأنه ما لا يجوز شرعا مثل هجر الزوج زوجته بلا موجب شرعي⁽¹⁾

وهذا يتسبب في عدة آثار منها الايجابي ومنها السلبي فالآثار الايجابية تكمن في عدم الإسراع بالطلاق فيظل الطلاق متوقفا على النظر بالاستئناف أو بالتعقيب وتكون هنالك فرصة أو فرص للتفكير مليا في مسألة الطلاق وتحديد موقف نهائي إزائه بالرغم من صدور حكم ابتدائي بالطلاق خاصة إذا كان هنالك أبناء وحفاظا على الروابط الأسرية فالفرصة تكون متوفرة طيلة أطوار النزاع خاصة فترة العدة للرجوع في الطلاق والعدول عنه أما الآثار السلبية فهي تتمثل في تطويل النزاع أحيانا بدون موجب وتتحول الإجراءات إلى مدعاة لإثارة العديد من المشاكل ولتعقيد الأمور أكثر؛ باعتبار أن إصرار الزوج على موقفه يقابله تنكر الزوجة واستعمال الإجراء المذكور لغاية تعطيل الزوج وجعله رهين مشكل الطلاق أكثر ما يمكن من الوقت نكالة فيه فتكثر المشاكل وتتعدد القضايا من عنف بين الأزواج إلى قذف بأبشع النعوت والى مسّ بالشرف والأعراض أحيانا أخرى هذا علاوة عن سعي الزوجة من وراء طول الإجراءات إلى الظفر أكثر وقت ممكن بالنفقة باعتبار وأن الزوج يكون مجبرا بحكم القانون على الإنفاق على زوجته حتى صدور حكم بات بالطلاق.

ونص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾ المعتمد في إثبات هو نفسه المعتمد في إثبات باقي أنواع الانحلال للعلاقة الزوجية، أي أنه يعتمد في إثبات الضرر عند مطالبة الزوجة بالتطليق، وإثبات الخلع عند التنازع في عوضه، أو في وقوعه من أساسه إلا على حكم القاضي، ولا يعتد بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات.

الفرع الثاني: أثر الانحلال في استحقاق التعويض

البند الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ التعويض عن التعسف: وذلك من خلال تعريف كل

من التعويض والتعسف في اللغة، وفي اصطلاح فقهاء الشريعة والقانون

أولا: التعويض

هو: عقوبة مالية مقررة قانونا لجبر الضرر، ورعاية الحقوق في مجال المعاملات المدنية كلها، تزداد أهمية تقريره في مجال العلاقة الزوجية المفترض أن أساسها الحب، والود، والسكينة، فإذا ما

(1) _ الخطاب أبو عبد الله، المصدر السابق، ج4.ص108.

(2) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول1426هـ، الموافق 4 ماي2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

تحول هذا المناخ إلى الضغينة والشحناء، وانتهت هذه العلاقة بينهما، وأصاب أحدهما ضرر، تعين تعويض الضرر كأن تعنت الزوج وطلق زوجته دون سبب معقول عن طريق المال⁽¹⁾. التعويض: من العوض، البذل والجمع أعواض، تقول عضت فلانا وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه. والمستقبل التعويض⁽²⁾.

لم يرد مصطلح التعسف في عبارات الفقهاء والأصوليين وإنما وردت بدلا منه كلمة التعنت، وكلمة المضارة في الحقوق، ويتفق العنت والتعسف في إفادة معنى الظلم والمشقة والإيذاء والإضرار بالغير⁽³⁾.

ثانيا: **التعسف لغة:** من (عسف) على فلان ولفلان عسفا أي عمل له، وعسف الطريق: أي سار فيه على غير هدى، والعسف ركوب الأمر من غير تدبير⁽⁴⁾ ويقال عسف عنه: أي حاد وعدل، وعسف في الأمر أي فعله بلا روية ولا تدبر، وعسف فلانا أي أخذه بالعنف والقوة وظلمه⁽⁵⁾.

اصطلاحاً: هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى الضرر بالغير⁽⁶⁾

وعرفه **فتحي الدريني**⁽⁷⁾ بأنه: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل»، وجاء هذا التعريف لإزالة اللبس بين وصف الفعل بكونه مشروعاً في ذاته، ثم وصفه بأنه

(1) _ القدومي شاكِر عبير ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط الأولى، الأردن، 2007، ص192.

(2) _ ابن منظور، لسان العرب، المجلد6، ص521

(3) _ محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1993، ص299.

(4) _ ابن فارس - أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، 1979، ج04، ص311-312

(5) _ إبراهيم أنيس ، المعجم الوسيط، مادة عسف، ج2 ص601.

(6) _ السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط التاسعة، دار الثقافة، 2001، ج01 ص265

(7) _ فتحي الدريني: ولد فتحي عبد القادر الدريني في مدينة الناصرة عام 1923، ثم اتجه بعدها إلى مصر حيث التحق بجامعة القاهرة (كلية الآداب) فحصل على شهادتها بتفوق عام 1950، ثم التحق بكلية الحقوق عام 1954 (جامعة القاهرة)، ثم حصل على دكتوراه الدولة في جامعة القاهرة (كلية الشريعة)

سافر إلى دمشق حيث عُين مدرساً في دار المعلمين، ثم عُين في كلية الشريعة معيداً حتى سنة 1957 - 1960 حين أرسلته الجامعة في بعثة دراسية إلى مصر حيث حصل على الدكتوراه عام 1965، واختارته كلية الحقوق في جامعة دمشق أستاذاً لتدريس مواد ومقارنات، بين الشريعة والقانون، وبقي مدرساً حتى أحيل إلى التقاعد عام 1988، انتقل بعد ذلك إلى الأردن، والجزائر والسودان، توفي رحمه الله سنة 2013 مدرساً ومن أهم مؤلفاته: نظرية التعسف في استعمال الحق المناهج الأصولية حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده خصائص التشريع الإسلامي المناهج الأصولية.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

متعسفا فيه، على أساس ربط الفعل بغايته؛ بحيث يتغير الحكم بتغير المصالح أو المفاسد المترتبة على القيام به بحسب مآله⁽¹⁾.

البند الثاني: إمكانية التعسف في إيقاع الفرقة: سنت نصوص الشريعة المقاصد، وجعلت منها الغاية من تشريع الحقوق، ومعلوم أن الأصل في الحق بموجبها التقييد، وتأسيسا على ذلك يمكن أن يتصور الفعل مشروعاً في ذاته بالنظر إلى استناده إلى الحق، وغير مشروع بالنظر لاستعماله، أو لمناقضته المقصد الذي شرع لأجله.

و بذلك يمكن تعريف التعسف في استعمال الحق بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعاً⁽²⁾.

والمخالفة أو المناقضة تظهر من ناحيتين:

أحدهما: من حيث الباعث الدافع الذي دفع صاحب الحق إلى أن يتصرف بحقه لتحقيق غرض غير مشروع.

ثانيهما: من جهة النتيجة، أو الواقعة المادية التي تترتب على استعمال الحق بحمد ذاته.

ووجه المناقضة أن الحقوق لم تشرع وسائل لتحقيق المضار؛ وإنما مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد، وأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح⁽³⁾.

ومن هنا جاء تقييد استعمال الحق بوجوب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقا

لقصد الله في التشريع⁽⁴⁾ فقد حرم الإسلام قصد الإضرار بالغير لقوله عز وجل: ﴿وَلَا

(1) _ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص46.

(2) _ وتجدر الإشارة إلا أن هناك تمايز بين التعسف والمجاوزة أو التعدي فالتعسف غير المجاوزة ذلك أن التعسف يفترض أساسا وجود الحق، أي أن المتعسف يتصرف داخل حدود الحق الموضوعية لا يتعداها، وعلى هذا فالفعل في التعسف مشروع لذاته، ولكنه معيب في باعته أو مآله.

في حين أن الفعل في المجاوزة غير مشروع لذاته، بقطع النظر عن باعته أو نتيجته، حتى ولو كانت نتيجته نفعاً ذلك لأنه لا يستند إلى حق أصلاً، فهو محض تعد، لتجاوز حدود الحق الموضوعية، وهذا هو فيصل التفرقة بينهما.

(3) _ الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة. بيروت. ط3. 1984م، ص26-27.

(4) - الشاطبي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، داربن عفان. السعودية. ط الأولى، 1417هـ - 1997م. ج2 ص231.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

تُسَكُّوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْدُوًّا ﴿١﴾، وقوله تعالى ﴿لَا تُضَاكِرْ وَالِدَةَ يُوَلِّدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ يُوَلِّدُهُ﴾ ﴿٢﴾،
ولقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ﴿٣﴾

وفي هذا يقول ابن اقيم الجوزية «القصد روح العقد، ومصححه، ومبطله، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبارها لألفاظ...» ﴿٤﴾.

أولاً: أثر الطلاق في استحقاق التعويض:

لمعرفة التعويض كأثر من آثار انحلال الزواج، والحالات التي تستوجبها في إطار كل صورة من صور الانحلال نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين مختلفين بشأن التعويض عن الطلاق التعسفي إلى عدة آراء بين المتمسك بالرجوع إلى الثابت في الدين مما أوجبه الله من متعة للمطلقة، والبعض الآخر القائل بقابلية الفقه الإسلامي للتغيير والتعديل والتوسع حسب مقتضى الحال، وهذا وفقاً للقاعدة الفقهية القائلة «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»، ومرجع الخلاف غياب أساس في التشريع الإسلامي في بطون كتب الفقه القديمة.

والاختلاف بشأن التعويض عن الطلاق التعسفي يكمن في عدة آراء: بين من يرى بجرمة فرض التعويض على مجرد استعمال الزوج لحقه في الطلاق، وهو قول مجموعة من العلماء المعاصرين كبدران أبو العينين بدران، ونور الدين عتر، ومحمد أبو زهرة، ومحمود السرطاوي، وزكي الدين شعبان، وسيد سابق.

لما للرجل من سلطة عليها بما كلفه الله من المهر، والنفقة... ومختلف التكليف التي أوجبت عليه، مما يتناسب أن يكون له سلطة عليها؛ أبا كان عن طريق الولاية، وزوجاً عن طريق تمكينه من العصمة ﴿٥﴾.

أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأنه قضاء الله عز وجل في قوله: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهَا دَرَجَةٌ وَاللَّهُ

(١) _ سورة البقرة، الآية 231.

(٢) _ سورة البقرة، الآية 233.

(٣) _ مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، المصدر السابق، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ص 455.

(٤) _ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المصدر السابق، ج 3، ص 122-123.

(٥) _ الألباني ناصر، سلسلة فتاوى الألباني المرأة والنكاح والطلاق موقع انترنت، منشور بتاريخ: 2009-05-12

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

عَرَبِيٌّ حَكِيمٌ ﴿١﴾، وهو حق مباح في الشريعة الإسلامية للزوج، ولا يتقيد بالحاجة إليه، ولا وجود لنص قرآني يقضي بالتعويض عن الطلاق، وأنه تعالى لا يسأل عما يفعل وهم يسألون، فتقيد هذا الحق في غير الوجه الذي ارتضته نصوص الشريعة يعد بمثابة الخروج عن الدين، وإتباع مطلق لرأي الاتفاقيات، والمعاهدات الدولية من دعاة المساواة^(٢).

والمرأة تحصل نتيجة الطلاق على نفقة العدة، ومؤخر الصداق وهذا يغنيها عن المطالبة بالتعويض، وأن الأخذ بمبدأ التعويض أمر زائد على ما فرضه الله تعالى، ولا يجوز أخذ مال المسلم إلا بطيب نفس منه، حيث قال تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٣) وفي التعويض أخذ المال دون حصول الرضا^(٤).

بين من يرى إمكانية فرض التعويض الذي يعبر عنه الفقهاء بصيغة الضمان الذي هو «الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، عن الضرر الجزئي، أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»^(٥) سواء تعلق الأمر بضرر مادي أو أدبي. وهذا قول محمد عقلة، وعبد الناصر العطار، وإسماعيل الخطيب، ووهبة الزحيلي، وفتحي الدريني ومصطفى السباعي، ومحمد الزحيلي^(٦).

واستدلوا على استحقاق المطلقة للتعويض بما يأتي:

العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة، وفي ذلك قياس للتعويض على المتعة التي أوجبها بعض الفقهاء واستحبها البعض الآخر مصداقا لقوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٧).

(١) _ سورة البقرة، الآية رقم: 228.

(٢) _ اتفاقيات حقوق الإنسان، واتفاقية سيداو أو القضاء على جميع أشكال العنف ضد النساء، واتفاقيات جنيف سنة 1975 التي عقدت لهذا الغرض والتي انضمت إليها معظم الدول العربية، بما فيها الجزائر التي تجعل من القانون الدولي يسمو على القانون والتشريع الداخلي أخذا بالمادة 131 من الدستور.

(٣) _ سورة النساء، الآية 29.

(٤) _ أبو هاشم توفيق عيسى حامد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ص 106-107.

(٥) _ وهبة الزحيلي: نظرية الضمان - دراسة مقارنة - دار الفكر، دمشق، 1982، ص 2609-15.

(٦) _ توفيق أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ص 106-

(٧) _ سورة البقرة، الآية: 241

وكذا قياسا على الخلع حيث أن للزوج أخذ بدل الخلع من زوجته مقابل طلاقه إياها تعويضا له، فيكون ولها أن تأخذ التعويض من زوجها لطلاقه إياها من غير سبب⁽¹⁾.

وأن الطلاق بالإرادة المنفردة هو أساس حل الرابطة الزوجية، وأعطى للزوج كحق لاستعماله في حال الضرورة فقط لقوله ﷺ: «لعن الله كل ذواق مطلق»⁽²⁾، وليس في ذلك تمييز ضد المرأة، وإنما فيه حكم كثيرة تحول دون إيقاعه إلا لأسباب ملحة؛ بحيث جعل كآخر دواء لعلاج مشاكل الأسرة⁽³⁾، وفي شأن ذلك يقول ابن تيمية رحمه الله «الأصل في الطلاق الحظر، وإنما أبيض منه قدر الحاجة»⁽⁴⁾، ففي حالة استعماله في غير ما شرع له، وتنتج عن هذا الاستعمال إضرار بأقرب الناس إليه وهي زوجته أم أبنائه التي جعلها الله سكن له لقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ أٰبٰتِهٖۤ اَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِّنْ اَنْفُسِكُمْ اَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوْا اِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً اِنَّ فِيْ ذٰلِكَ لَاٰيٰتٍ لِّقَوْمٍ يَّتَفَكَّرُوْنَ﴾⁽⁵⁾، بأن كان غرض الزوج مجرد الإضرار بزوجه، ولا يهدف من وراء هذا الطلاق إلى تحصيل أي منفعة فإنه يكون متعسفا، والأصل أنه لا ضرر ولا ضررا، لقول النبي ﷺ في الحديث القدسي الذي يرويه عن ربه «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا...»⁽⁶⁾

غير أن هناك رأي آخر يذهب إلى أن سمة الإسلام الوسطية في كل شيء فلا إفراط ولا تفريط، فمتى ارتضى الإسلام هذا الحق لشخص معين فهو له على أن يستعمله في النطاق الذي شرع لأجله، وما يترتب عليه من مقاصد التي ما شرعت إلا من أجل معرفة الحكم، والمقاصد التي لأجلها جعلت الأحكام بما في ذلك الطلاق الذي شرع كعلاج لما قد يحدث من تصدع في الأسرة؛ فمتى استعمله الزوج كورقة ضغط مرحة في يده في الوقت الذي يشاء، دون مراعاة لتلك المقاصد، ولا مراعاة لمصير الأسرة من تمزق لها، وتشتت للأبناء، فإن ذلك يعتبر مخالفة لأساس

(1) _ توفيق أبو هاشم، منعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ص 106-107.

(2) _ الطبري، التفسير جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: محمود محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، دت، ج 05، ص 138-139.

(3) _ فراج حسن، المرجع السابق، ص 25-26.

(4) _ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المصدر السابق، ج 33، ص 81.

(5) _ سورة الروم، الآية: 21

(6) _ أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، رقم الحديث 4680.

جعل الزواج النذب والاستحباب⁽¹⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بالتعويض عن الطلاق، فالأصل أن الطلاق ممكنة للزوج يستعمله عند انسداد كل الطرق نحو علاج العلل التي أصابت الزواج⁽²⁾، بشروط:

1- أن يكون الطلاق الذي تستحق فيه المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي طلاقاً بائناً.

2- أن يكون الطلاق الواقع من الزوج على زوجته دون مبرر شرعي.

باعتبار المشرع يعلم ما قد يوجد فيه من تحايل للخروج عن النصوص وبأقل الأضرار؛ حيث رتب المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة التعويض بنصها «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»⁽³⁾.

ومسألة التكييف تخضع للسلطة التقديرية للقاضي في مدى وجود التعسف من عدمه، فإذا تبنى القاضي وجود التعسف في حل الرابطة الزوجية، فإن السلطة التقديرية تؤول إليه في فرض التعويض.

الذي يعود الأصل في تقديره بأن يكون في حدود الضرر، ويمكنه الاستعانة في ذلك بأهل الخبرة، والاختصاص، بشرط أن يتوفر التصرف على المعايير الذاتية، والمعايير الموضوعية التي يحكم فيها على الشخص بالتعسف.

أولاً: المعايير الذاتية: تتجسد بتحقيق أمرين: أحدهما أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير، والثاني أن يتمخض قصده لذلك.

أ- استعمال الحق في غير ما شرع له من مصلحة: كاتخاذ الطلاق ورقة ضغط يستعملها الزوج بنية إيذاء زوجته، فاستعماله لحقه في الطلاق جائز غير أنه يتحول إلى الإبطال؛ طالما كان قصده في إيقاع الفرقة مناقضاً لمقصده الذي شرع من أجله.

ب- تمخض قصد الإضرار: فالمطلق الذي يقصد من إيقاعه الطلاق دون مبرر إلا

(1) نصر سلمان وسعاد سطحي، فقه الطلاق على ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار ابن حزم، 2011، ص12.

(2) ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص21.

(3) القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

الإضرار بزوجه دون وجه حق، ويصل إلى تحقيق هذه النتيجة يكون متعسفا في استعمال حقه⁽¹⁾.

ثانيا: المعايير الموضوعية: تتمثل في: إختلال التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير بأن يكون ضررا فاحشا ماديا أو معنويا، فيجب التعويض متى كانت المصلحة التي تترتب على إيقاع المطلق للفرقة لا تتناسب مطلقا مع الإضرار التي تصيب الغير من جراء هذا التعسف سواء تعلق الأمر بالزوجة أم الأبناء⁽²⁾.

وعليه فكل تصرف أريد منه مناقضة مقصد الشارع يعتبر تعسفا، وهو ما يصنف لدى فقهاء القانون بالمسؤولية التقصيرية التي أساسها الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما⁽³⁾.

وعلى القاضي عند فرض التعويض مراعاة الأسس التالية:

1-أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب: ويراد به الضرر المباشر الذي لحق المضرور.

2-أساس الظروف الملازمة: أي مراعاة جميع الظروف الشخصية، والعائلية، والمالية التي تحيط بالمضرور، كما يأخذ القاضي في التقدير سن الضحية، الوضعية الاقتصادية له كالدخل، والمهنة.

و أن لا يحكم القاضي بالتعويض زائد عن الضرر فكل زيادة تعتبر إثراء بلا سبب، بما هو أنسب لإصلاح الضرر معتمدا على ما نصت عليه المادة 132 من القانون المدني⁽⁴⁾.

وإن كان في خالص حقه؛ فالزوج يعتبر متعسفا إذا أضر بزوجه ضررا فاحشا ليدفعها إلى الخلع.

وقانون الأسرة الجزائري نص على إمكانية تعسف الزوج في طلاقه، وأعطى للقاضي السلطة التقديرية في بيان ذلك وفي حالة ما إذا ثبت له هذا التعسف حكم عليه بالتعويض⁽⁵⁾.

(1) _ مقال حول الطلاق التعسفي، منشور عبر الانترنت، بتاريخ: 2014/10/07 www.dryumana.com

(2) _ أبو حجر محمود، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، دار الثقافة والدار العلمية الدولية، عمان 2002، ص 46-47

(3) _ حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. 1985، ص 323.

(4) _ بنصها على أنه «يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير مشروع»

(5) _ التعويض في اللغة هو: البذل. وفي الاصطلاح يطلق ويراد به الضمان وهو: واجب ردائشي يعينه أو بدله أو بالمثل أو بالقيمة.

وذلك وفق ما نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»⁽¹⁾.

فإذا حكم بالتعسف لمجرد دعوى الزوجة فإنه بذلك الحكم لم يعط للزوج حقه في الطلاق الذي هو خالص له دون قيد أو شرط، وإذا حكم بالتعسف استنادا إلى إقرار الزوج بإضراره وتعسفه في إيقاعه للطلاق فإن ذلك نادرا ما يحدث، فلم يبقى للقاضي للحكم بتعسف الزوج من عدمه إلا أقوال الشهود وقرائن الحال. وهذه الأخيرة لا تصل بقوة إثباتها إلى الدرجة والقوة التي تحوزها شهادة الشهود، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على قيمة الإشهاد في الإثبات.

وبما أن نظرية التعويض أساس قيامها من شروط، وخصائص، وتطبيقات مجالها القانون المدني فإن قضاة شؤون الأسرة يستعينون بها من أجل فرض قيمة التعويض فيما يتعلق بمجال حل الرابطة الزوجية سيما فيما يتعلق بمراعاة شروط وجود الضرر من عدمه، وجسامة الضرر، أو درجته وكذا تقدير قيمة التعويض المناسبة له، وهذا ما نجده مقررًا من خلال اجتهادات المحكمة العليا والتي نذكر منها «من المقرر قانونًا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج، أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف، أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا»⁽²⁾ يتبين من خلال هذا القرار أن انعدام الضرر يسقط التعويض.

كما جاء في قرار آخر «...تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم»⁽³⁾ فهذا القرار طبق صريح المادة 131 من القانون المدني «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب...»⁽⁴⁾ فيجوز عند الحنفية، والمالكية الزواج من تلك المرأة من غير الحصول على ما يثبت طلاقها من وثيقة، أو شهادة عدلين،

⁽¹⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 1998/11/17 ملف رقم 16451-الجلسة القضائية، عدد خاص، 2001، ص252.

⁽³⁾ _ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39689-الصادر بتاريخ: 1986/02/24 نقلا عن: نكاح العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص76.

⁽⁴⁾ _ القانون رقم: 10/05 ، المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

وإن كان الأولى التحري والتثبت في الأمر .

فمجرد عدم وجود أي تبرير أو تسبب لإيقاع الطلاق عند المشرع يجعله تعسفياً⁽¹⁾، وهذا ما تجسد في قرارات المحكمة العليا بأن الطلاق التعسفي الأصل فيه الخروج عن الهدف الذي شرع لأجله، أو مناقضة قصد الشارع في رفع النكاح حالاً، أو مآلاً بلفظ مخصوص⁽²⁾؛ وهذه المناقضة يمكن أن تتجسد من خلال عدة صور نذكر منها صورتين هما: الطلاق بالإرادة المنفردة بلا مبرر معقول كصورة أولى، والطلاق في مرض الموت كصورة ثانية.

أولاً: التعويض عن الطلاق التعسفي لانعدام المبرر المعقول: الأصل في النكاح استمرار الحياة الزوجية، إلا أن البشر من طبيعتهم الاختلاف، فقد ورد عن النبي ﷺ من حديث عائشة - رضي الله عنها - «أن الأرواح جنود مجندة فما تعارف منها ائتلف وما تناكر منها اختلف»⁽³⁾.

فقد يوجد في الحياة الزوجية ما ينغصها من مشاكل وخلافات؛ منها ما يمكن حلها والبعض الآخر قد يستعصى على الطرفين حلها وفي مثل هذه الأحوال شرع الله تعالى الطلاق علاجاً لهذه الخلافات العصبية؛ إلا أن بعض الأزواج قد يتعسف في طلاقه لزوجته مما يترتب عليه عدة أضرار، موجبة للتعويض.

وخلاصة القول أن المتعة مفروضة على الزوج كلما كان الطلاق من قبله، ولا تعتبر تعويضاً لصالح الزوجة المطلقة، والمحاكم غالباً ما تقضي بمبالغ ضئيلة جداً كمتعة للزوجة. وبما أن القضاء قد يكون محققاً في عدم اعتبار المتعة تعويضاً لأن المشرع لم يعتبرها كذلك⁽⁴⁾.

فالتمتع واجب سواء ترتب عن طلاق الضرر أو لم يترتب عنه شيء، وكذا بغض النظر عن وجود تجاوز لاستعمال حق الطلاق من عدمه في حين أن التعويض يلزمه توافر عنصر الخطأ، وهذا ما جسدهت المحكمة العليا في بعض قراراتها التي نذكر منها:

«من المقرر شرعاً وقضياً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من الطلاق غير مبرر

(1) _ المحلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والميراث لملف رقم: 223019 الصادر في 15/06/1999، العدد 2001، عدد خاص.

(2) _ فخري جميل محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ط الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان 2009، ص 123.

(3) _ رواه البخاري و مسلم، كتاب أحاديث الأنبياء، باب الأرواح جنود مجندة، رقم: 2638

(4) _ إدريس الفاخوري: الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقاً لآخر التعديلات، ص 77

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة»⁽¹⁾.

ذلك أن التعويض مستحق لجبر الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي حسب المادة 52 من قانون الأسرة.

ثانيا: التعويض عن الطلاق التعسفي بسبب مرض الموت:

ويقصد بمرض الموت العلة التي تصيب الشخص فتمنعه من مباشرة أموره بنفسه، ويرجح طبيا موت صاحبه بسببه⁽²⁾ ولذلك أطلقت عليه هذه التسمية.

فمتى ما أوقع الزوج الطلاق في هذه الحالة اعتبر طلاق في مرض الموت تعسفيا أما عن تكييف هذا الطلاق بين ترتيب آثاره من عدمها، فقد اختلف الفقهاء إلى قسمين بين القائلين بمنع الميراث، والقائلين بتوريثها معاملة له بخلاف مقصودة إذا انتقضت عدة الطلاق، أما عن صحة وقوعه ووجوب التوارث بينهما خلال العدة فقد وقع الإجماع بذلك .

أما عن آثار هذا الطلاق عند المشرع فيما يتعلق بالميراث فلم يشر إلى هذا النوع من الطلاق بعينه، وإنما اكتفى بالنص في المادة 132 قانون الأسرة على «إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث»⁽³⁾.

بالنسبة لمنح التعويض عن الطلاق التعسفي عند الفقهاء في مرض الموت في أحكام الفقه الإسلامي فلم يقولوا بالزامية التعويض صراحة، كما هو الشأن بالنسبة لنصوص القانون عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، غير أن فقهاء المذهب المالكي ذهبوا إلى توريث المطلقة في مرض الموت⁽⁴⁾ حتى وإن انقضت عدتها، بأنه طلقها ليمنعها من حقها في الميراث، فيعامل بنقيض قصده ويثبت لها حقها الذي أراد أن يمنعها منه، ويطلق على هذا الطلاق اسم طلاق

(1) _ المجلة القضائية العدد 2 سنة 1994 ملف رقم 105366 قرار بتاريخ 199/04/27

(2) _ فمرض الموت تحدث به الوفاة غالبا، أو تتصل به مباشرة بنظر: ابن جزئ، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 232-233.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ مرض الموت: هو ذلك المرض الذي يخشى فيه الموت ويحدث منه الموت غالبا ويتصل به بحيث يعجز المريض عن القيام بمصالحه، ومثاله من يحكم بالإعدام ويعدم فعلا

الفار⁽¹⁾.

لما روي أن أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: «إن أباه طلق أمه وهو مريض، فمات فورثته بعد انقضاء العدة»⁽²⁾.

فتقرير الإرث بعد انقضاء العدة وزوال كل وشائج الزوجية، بل حتى ولو تزوجت من بعده، فإن هذا لا يعتبر ميراثا بالمعنى الحقيقي له لانعدام سببه وهو الزوجية، وإن كانت الحكمة واحدة في توريثها بخلاف مقصوده قياسا على الوارث الذي يقتل مورثه، مما يعد تقريرا لرعاية حق المرأة ضد ظلم، وتعسف، وجور الرجل وهو إن سماه فقهاء المالكية تجوزا ميراثا؛ إلا أنه في جوهره تعويض عما ألم بها من ضرر نتيجة تعسف الزوج في استعمال حقه قال عز وجل ﴿ وَمَنْ ءَايَتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾⁽³⁾.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في تطبيقاتها القضائية والتي منها «... إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث...»⁽⁴⁾.

وإن كان وجد توافق بين نصوص القانون وأحكام الشريعة الإسلامية حول صحة وقوع الطلاق في مرض الموت، إلا أن الخلاف واقع بينهما حول مسألة فرض التعويض للزوجة المتضررة من هذا الطلاق من عدمه فنص المادة 52 من قانون الأسرة⁽⁵⁾ يمنح السلطة التقديرية للقاضي في فرض التعويض على الزوج في أي حالة من حالات التعسف، بما في ذلك الطلاق حال مرض الموت متى توفرت شروط التعسف المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني⁽⁶⁾.

أما بالنسبة لمسألة الدفع الشكلية والموضوعية على دعوى التعويض:

(1) _ السيد سابق، فقه السنة، ج2، ص239.

(2) _ ابن جزئ، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص228.

(3) _ سورة الروم، الآية: 21.

(4) _ المجلة القضائية، المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ملف رقم 179696 عدد خاص بالاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، سنة 2001، ص98

(5) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(6) _ القانون رقم: 10/05، المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

والدفع هو دعوى أخرى يثيرها المدعى عليه وهو الزوج أو المتضرر أو المحكمة بهدف رد دعوى المدعي أو تأخير الحكم فيها، وتقسم إلى: دفع موضوعية، ودفع شكلية⁽¹⁾.

أما الدفع الموضوعية في دعوى التعويض فهي:

- 1- النشوز: دفع دعوى التعويض بالأذى وسوء المعاملة والإهمال وعدم القيام بواجبات الزوجية.
- 2- عدم انتهاء عدة المدعية: حيث أن انقضاء العدة جزء من دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي وقيده ضروري لسماعها والحكم بموجبها، فيجب على المدعية إثبات انقضاء عدتها بوجه شرعي من طرق الإثبات.

ثانيا: أثر التعويض على التطلق:

التأمل في الحالات التي رخص بها المشرع للزوجة للمطالبة بالتطلق وفق المادة 53 من قانون الأسرة، يجدها لا تتيح للقاضي الحكم بموجبها بفصم عرى الزوجية، إلا إذا تبين له وجود إضرار بالزوجية، كما أن الفقرة 53/10 من قانون الأسرة تعتبر شاملة لكل الحالات السابقة وتزيد عنها فيما هو غير منصوص عليه، فمثلا إذا طالبت الزوجة بالتطلق نتيجة مخالفة الشروط المتفق عليها بموجب الفقرة 53/09 يمكن الاستناد إلى الفقرتين 09 و10 من المادة 53 من قانون الأسرة ومعلوم أن تحديد الضرر ودرجته يكون بمقتضى قواعد القانون المدني، فالزوج قد يعتبر متعسفا، ويحكم عليه بالتعويض حتى في حالة التطلق الذي يتم بواسطة القضاء بعد مطالبة الزوجة به لسبب من الأسباب، وذلك في حالة ما أضر بها ضررا بالغا من أجل أن يدفعها للتطلق، ويتخلص هو من طلب التعويض، وهذا ما جسده العديد من القضايا التي عرضت على المحكمة العليا والتي نذكر بعض من اجتهاداتها القضائية في هذا المجال سواء تعلق الأمر بالتعويض عن ضرر التطلق قبل الدخول أو بعده.

-«من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطلق مع التعويض استنادا على وجود ضرر، معتبر شرعا، ولما ثبت -في قضية الحال- أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزواجه لمدة خمس سنوات، فإنه بذلك، يعتبر تعسفا في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن»⁽²⁾ فهذا القرار رتب التعويض عن الضرر للزوجة؛ وإن لم

⁽¹⁾ _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ

في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ المجلة القضائية- نشرة القضاة -، غرفة الأحوال الشخصية والميراث العدد 49، ملف رقم 118475 قرار بتاريخ

1995/05/02.

يصحب عقد الزواج دخول.

- «من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة طلب التطلاق لكل ضرراً معتبراً شرعاً ومن المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ولما كان من الثابت أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفاً من طرف الزوج فإن تطلاق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها فإن القضاة بقضائهم التعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقاً لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن الأول»⁽¹⁾.

_ «من المقرر قانونياً أنه يحقق للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً ومن المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ولما كان ثابتاً أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغاً فيه متعسفاً من طرف الزوج، فإن تطلاق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج... قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁽²⁾.

فهذا القرار حكم للزوجة بالتطلاق من الزوج، وزاد لها الحكم بالتعويض نتيجة ثبوت تعسف الزوج ومبالغته في إضرارها.

ومن هذه التطبيقات للمحكمة العليا أخذ التعديل الجديد لقانون الأسرة ونص على إمكانية الحكم بالتعويض للزوجة في حالة طلبها للتطلاق وفق المادة 53 مكرر: «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»⁽³⁾.

إضافة إلى مواد قانون الأسرة يمكن الاستئناس بأحكام التعويض عن الضرر المقررة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لفروع القانون الخاص، تمكن الزوجة المتضررة من الاستفادة من التطلاق والتعويض معاً، وهذا ما تجسد في قرار المحكمة العليا... متى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطلاق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها، وعدم الإنفاق

(1) _ المجلة القضائية- نشرة القضاة -، غرفة الأحوال الشخصية والموارث العدد 47: ملف رقم 73992 قرار بتاريخ 1991/10/01

(2) _ المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم: 181648، المؤرخ في: 23-12-1997 العدد: 01، السنة: 1997، ص 49.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ولعل هذا الاجتهاد يكون من السوابق القضائية التي أخذ بها المشرع في تعديله لقانون الأسرة.

ثالثا: أثر التعويض على الخلع:

الأصل فصل عرى الزوجية الأصل فيه للزوج بحكم أنه من يملك العصمة، عن طريق الطلاق باعتباره القاعدة العامة، فالخروج عن هذه القاعدة يعد استثناء عن هذا الأصل مما يستوجب دفع البدل جراء هذا الخروج، وهذا ما قرره نصوص الشريعة الإسلامية بشأن الخلع، ووافقت نصوص المشرع الجزائري هذه المبادئ باعتبار أن معظم نصوصه مستمدة من معينها، غير أن التساؤل يثور بشأن التعسف في استعمال هذا الطريق لحل عقد الزواج من طرف الزوجة، بأن يكون دون سبب موجود ولا مقصد متوخى من ورائه⁽¹⁾. فهل يحق في مثل هذه الحالات أن يطالب الزوج المخلوع بالعرض عن الضرر الذي أصابه من الخلع إضافة إلى بدل الخلع، أم أن المال المعطى من الزوجة للافتداء بنفسها يعد جامعا لأي ضرر أصابه!؟.

حكم أخذ العوض في الخلع حالة الوفاق بين الزوجين:

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة بين قائل بتحريم أخذ العوض، وبين القول بالكراهة، وبين مجيز ذلك على ما يلي:

القول الأول: ذهب الإمام أحمد إلى القول بتحريم الخلع في رواية عنه، لا يقع ويرد العوض مستدلا بقول رسول الله ﷺ: «أبما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة»⁽²⁾

— وفي رواية ثانية، يكره ويقع الخلع. وهو المشهور من مذهب عنه⁽³⁾.

واستدل بعدة أدلة منها:

(1) مطاوع أمير محمد، الخلع بين الشريعة والقانون، دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 2010، ص12.

(2) — أبو داود، رقم: 2226 ج2 ص667، والترمذي، رقم: 1187، ج3 ص484 وقال: حديث حسن، وأحمد في المسند حديث رقم: 22379، ج37 ص62، حديث رقم: 22440، ج37 ص112، وقد صحح الألباني الحديث في إرواء الغليل 7/ 100 حديث رقم2035.

(3) — ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج10 ص271، والإنصاف 10/22.

1 _ قوله سبحانه وتعالى: ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾⁽¹⁾ ومن ذلك أخذ مال الزوجة عند المخالعة، وكذا استدل بالأحاديث المتضمنة النهي عن الطلاق دون سبب، وكذا خلع دون سبب وجيه والتي منها حديث أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: قال: «المتزعات والمختلعات هن المنافقات»⁽²⁾

القول الثاني: جواز الخلع:

وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية، مستدلين بالأدلة الآتية:

1 _ قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾⁽³⁾ فإذا وقع الخلع بالتراضي جاز بنص الآية⁽⁴⁾، وقوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ ﴾⁽⁵⁾.

التعويض عن الخلع في القانون:

الملاحظ لنصوص قانون الأسرة المتعلقة بالخلع يجد أن المشرع قصر أحكامه في منطوق المادة 54 من قانون الأسرة دون الإشارة إلى مسألة التعويض بعكس التطبيق حيث تم استحداث المادة 52 من قانون الأسرة المقررة للتعويض للزوجة المتضررة⁽⁶⁾.

أما عن تطبيقات المحكمة العليا المتعلقة بهذه المسألة فإن القضاة وبالرغم من ملامستهم للأضرار الموجودة في بعض حالات الخلع، والتي يكون فيها تعسف الزوجة واضحا نتيجة انعدام المبرر، والإصرار على المخالعة نكاهة بالزوج باعتبارها تمتلك التعويض الذي تدفعه نظير حرقتها المفترضة⁽⁷⁾.

(1) _ سورة النساء، الآية رقم: 04.

(2) _ أخرجه النسائي في المجتبى، ج 6 ص 168، السنن الكبرى للنسائي، رقم: 5626 ج 5 ص 276، وأخرجه أحمد في المسند حديث رقم: 9358 ج 15 ص 9358 والبيهقي في السنن الكبرى ج 7 ص 316، والحديث صححه الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم: 632 ج 2 ص 210.

(3) _ سورة النساء، الآية رقم: 04

(4) _ القرطبي، أحكام القرآن، المصدر السابق، ج 3 ص 140.

(5) _ سورة النساء، الآية رقم: 24

(6) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(7) _ النجار أحمد حسام، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004، ص 61.

إلا أن القاضي يبقى مقيدا بمنطوق النص، وبالتالي يحكم بالفرقة عن طريق الخلع، وإن كان ذلك دون موافقته، وفرض قيمة البدل بما لا يزيد عن قيمة الصداق وقت رفع الدعوى تطبيق لنص المادة 54 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أثر انحلال الرابطة الزوجية على الجنسية وعلى فكرة النظام العام:

نشأة الرابطة الزوجية قد تكون بين متحدي الجنسية كما قد تكون نتيجة الزواج المختلط⁽²⁾؛ هذا الأخير الذي يعد تصرف قانوني قابل للانحلال فإن هناك آثارا قانونية خاصة به تنجر على هذا الانحلال منها ما هو خاص بالجنسية، ومنها ما يتعلق بفكرة النظام العام.

البند الأول: أثر انحلال الرابطة الزوجية على الجنسية

سبقت الإشارة إلى أن اكتساب الجنسية عن طريق الزواج عند المشرع الجزائري لا يكون إلا بموجب شروط نص عليها من خلال المادة 09 مكرر⁽³⁾ إذ قيد منح الجنسية بمرور ثلاث سنوات؛ كما أن توفر الشروط لا يعني بالضرورة منح الجنسية، وإنما يخضع ذلك لتقدير السلطة الجزائرية في منح الترخيص بها أولا⁽⁴⁾ ولكن قد يحدث أن تمنح الجنسية الجزائرية للزوج الأجنبي بسبب الزواج ثم بعد ذلك تنحل الرابطة الزوجية؛ ولمعرفة أثر الانحلال على جنسية الزوجين، وجنسية الأولاد

نجد أنه من المعلوم أن قانون الأسرة نص في المادة 47 منه على أنه: «تنحل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق أو الوفاة»⁽⁵⁾؛ أي أن استمرار الرابطة الزوجية التي أساس صحتها التأييد قد ينقطع نتيجة انحلالها في وقت من الأوقات، ويكون ذلك برابط سماوي عن طريق الوفاة، أو عن طريق رابط إرادي هذا الأخير الذي فصلت فيه المادة 48 قانون الأسرة المتمثل

(1) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ الزواج المختلط سبقت الإشارة إلى تعريفه من خلال الباب الأول لهذه الرسالة.

(3) _ الأمر رقم: 70-86 للمؤرخ في 17 شوال 1390هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في: 27 فبراير 2005

(4) _ وذلك بموجب المادة 26 من قانون الجنسية التي تنص في فقرتها الثانية) ويمكن لوزير العدل رغم توفر الشروط القانونية، أن يرفض الطلب بموجب قرار يبلغ إلى المعني

(5) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

أساسا في الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، أو بالطلاق بالإرادة المشتركة، أو بالتطليق، أو الخلع، فإذا ما انحل هذا الزواج قبل مضي مدة الثلاث سنوات المقررة بموجب المادة 9 مكرر من قانون الجنسية، فلا يمكن للزوج الأجنبي أصلا تقديم طلب اكتساب الجنسية بسبب الزواج، لعدم توفر الشروط؛ دون تفريق من المشرع في سبب نشأة هذا الانحلال سواء أكانت الإرادة سببا في إحداثه، أم الوفاة⁽¹⁾.

بما أن حل الرابطة الزوجية عن طريق إرادة أحد الطرفين يحقق المصلحة الجماعية ككل للدولة، وللابناء القصر، فإن المشرع الجزائري لا يرتب آثارا عن الوفاة كطريق مغاير لحل الرابطة الزوجية بالنسبة للجنسية، بحيث لم ينص المشرع الجزائري على أثر الوفاة بالنسبة للزوجين حيث أنه إذا فرق الموت بينهما قبل تمام المدة فلا يمكن منح الجنسية الجزائرية نظرا لعدم توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر، كما أن سكوت المشرع الجزائري عن هذه الحالة قد يفوت الغاية التي من أجلها جاء النص على جعل الزواج سببا مكسبا للجنسية خاصة بالنسبة للأولاد القصر؛ وإن كان المبرر أن تحقق الاندماج مع المجتمع يكون بتمام المدة، وإن انقطع الرابطة الزوجية قبل تمامها، ينبأ بعدم تحققه، وفي ذلك عدم مراعاة لمصلحة الأولاد القصر الذين ولدوا بعد عقد الزواج؛ فإضافة إلى تجرعهم ألم الوفاة؛ تزيدهم مرارة الحرمان من الجنسية مما استلزم على لمشرع مراعاة ذلك بما يحقق المصلحة الجماعية.

فحرمانهم من التمتع بها مطلقا دون استثناء هذه الحالة كما فعل المشرع المصري الذي نص على إمكانية اكتساب الزوجة الأجنبية الجنسية المصرية إذا ما توفرت باقي الشروط الأخرى المطلوبة، كون أن الموت لا بد لأحد من الزوجين وقوعه وانحلال الزواج بهذه الطريقة لا يستشف منه جدية الزواج من عدمه، وحبذا لو أخذ المشرع الجزائري مذهب المشرع المصري في ذلك⁽²⁾.

فالمشرع الجزائري لم ينص على الأثر الذي يترتب على الانحلال سواء برابط إرادي على الجنسية المكتسبة حيث لم يجعل منه أثر مفقد للجنسية، كما لم يرد النص عليه في المادة 17 المتعلقة بفقدان الجنسية الجزائرية سواء تعلق ذلك بشخص الزوج الأجنبي، أو بالنسبة لأولاده كأثر

(1) _ الباز مصطفى محمد، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 64

(2) _ فتحي ناصف حسام، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد الأسرة الوطنية والأجنبية، دراسة مقارنة، دون دار النشر 1996، ص 245.

جماعي لاكتساب الزوج الأجنبي للجنسية⁽¹⁾.

المفسر لموقف المشرع يجد أنه لا يعد قصورا بقدر ما يعتبر تطبيقا لروح القواعد القانونية حيث أن الجنسية الجزائرية في هذه الحالة أصبحت حقا مكتسبا لا يجوز لأي شخص طبيعي كان أو معنوي؛ بما في ذلك الدولة المساس به بغير نص آخر مقيد، وكذلك الحال بالنسبة لثمرة الزواج والمتمثلة في الأبناء إذ العبرة من اكتساب جنسية أبيهم في وقت الميلاد، فإذا لم يرتب المشرع الجزائري الفقدان بالنسبة للزوج الأجنبي فإن ذلك ينعكس على جنسية الأبناء، وبالتالي تبقى جنسيتهم دون تغيير، كما أن اعتراف المشرع الجزائري من خلال المادة 02/06 للام الجزائرية بمنحها الجنسية الأصلية للأبناء رفع أي إشكال حيث أن جنسيتها تنتقل إلى أبنائها بمجرد ثبوت واقعة الميلاد⁽²⁾.

بالنسبة للوفاة المشرع أيضا لا يرتب أي أثر مفقد للجنسية لأحد الزوجين، وكذلك الحال بالنسبة للأبناء حيث أن موت أحد الوالدين لا يؤثر عن اكتسابهم للجنسية⁽³⁾.

البند الثاني: أثر انحلال الزواج على فكرة النظام العام.

بالنسبة لدور النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، أو تنازع القوانين من حيث المكان فغالبا ما يثار عند حدوث منازعة دولية، فتطرح عدة مشاكل تخص الطابع الدولي للرابطة الزوجية سواء عند رفع الدعوى، أو عند تنفيذ الحكم الأجنبي؛ حيث تنص المادة 12 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني⁽⁴⁾ القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى»⁽⁵⁾، والملاحظ أن صياغة هذه المادة بعد تعديلها تضمنت عبارة " الانفصال الجسماني " وهو ما يتناسب مع قواعد التنازع في حدّ ذاتها، بالرغم من أن القانون الجزائري لا يعرفه، إلا أنه في إطار العلاقات الدولية الأسرية قد يكون القانون الذي

⁽¹⁾ _ الأمر رقم: 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390هـ الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في: 27 فبراير 2005

⁽²⁾ _ الأمر رقم: 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390هـ الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في: 27 فبراير 2005

⁽³⁾ _ فالمشرع الجزائري يعمل بقواعد القانون الدولي في مجال الجنسية من أن النفع يلحق الأصل وتكون آثاره جماعية سيما بالنسبة للأولاد القصر، أما الضرر فلا ينعكس إلا على المتسبب فيه كقاعدة عامة

⁽⁴⁾ _ والانفصال الجسماني هو الذي يفرق بين الزوجين دون إنهاء الرابطة الزوجية

⁽⁵⁾ _ القانون رقم: 05/10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى يعرف هذا النظام، فانحلال الزواج يكون إما بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة بإرادتها عن طريق الخلع، أو عن طريق التطلق⁽¹⁾.

و اختصاص قانون الزوج وحده حسب القانون المدني الجزائري يتحدد بوقت رفع دعوى طلب فك الرابطة الزوجية، سواء احتفظ الزوج بجنسيته عند إبرام الزواج أو غيرها بعد ذلك، وسواء أكانت هي نفسها جنسية الزوجة أم لا، و معاوم أن اختلاف المبادئ الأساسية في مختلف المجالات السياسية، والاجتماعية، والثقافية بين الدول يؤدي حتما إلى نسبية و اختلاف النظام العام، إذ ما يعتبر من النظام العام في دولة القاضي لا يعتبر كذلك في الدول الأخرى، والنظام العام في الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأصلي لقانون الأسرة ينصرف مفهومه إلى المسلمين فقط دون غيرهم، وبالتالي يمكن اعتبار المادة 31 من قانون الأسرة التي تحرم زواج المسلمة من غير المسلم متعلقة بالنظام العام، وفيما يتعلق بمسألة الاعتراف بالزواج في حال تعدد الزوجات الذي تقره معظم الدول الإسلامية، اعترف القانون الفرنسي استثناءا ببعض آثار الزواج المتعدد المبرم دون غش في الخارج⁽²⁾.

وقاعدة التنازع الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالطلاق هي المادة 2/12 من القانون المدني التي تشكل عدم المساواة بين الرجل والمرأة تمييزا بينهما عند منح الاختصاص لتطبيق قانون الزوج فيما يتعلق بالآثار الشخصية، والمالية للزواج.

فتطبيق قانون الزوج فيما يتعلق بانحلال الزواج قد يمس بمركز الزوجة الأجنبية غير المسلمة المتزوجة بمسلم، حتى ولو كان غير جزائري لأنها ستخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، وأكثر من ذلك قد تكون ضحية اعتناق زوجها الإسلام بطريقة احتيالية للتهرب من تطبيق قانونه الوطني، خاصة إذا كان يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، وفي هذه الحالة تعوض الجنسية بالديانة كضابط إسناد⁽³⁾.

و يتدخل النظام العام الجزائري في مسألة الطلاق ليستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق

(1) _ بموجب نص المادة 47 من قانون الأسرة.

(2) _ عماري فتحة، قواعد التنازع في بعض مسائل قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية عدد2، 1999، ص97.

(3) _ Layachi MESSAOUDI: La discrimination à l'égard de la femme en droit international privé marocain , RIDC, 1992 , volume 44 , n° 4 p 953.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون القانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

إذا قضى بجرمان الزوج المسلم من حق الطلاق، على أساس أن تمتع المسلم بالحقوق التي تخولها إياه الشريعة الإسلامية يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾، حيث تكون نتيجة عدم المطابقة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وهذا وفقا لما تنص عليه المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، وبموجب هذه المادة في الفقرة الثانية منها التي تنص على أنه: «يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب»، فيتحتّم على القاضي اتخاذ موقف إيجابي بسد الفراغ التشريعي الناتج عن حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام⁽³⁾.

ذلك أنه من شروط التمسك بالنظام العام وجود علاقة بين النزاع ودولة القاضي، فعلى القاضي الجزائري مراعاة الديانة كضابط لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فالقاضي الذي يقرر بطلان الزواج بين مسلمة وغير مسلم يخضع النزاع كلية للقانون الجزائري⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: تنظيم آثار انحلال الزواج الموضوعية:

إن هذه الآثار كثيرة ومتنوعة ورد النص عليها عند المشرع الجزائري وفق قانون الأسرة في الفصل الثاني المسمى آثار الطلاق؛ حيث تضمن النص على آثار انحلال الرابطة الزوجية ككل سواء عن طريق الطلاق، أم الوفاة هذه الأخيرة التي تشترك في بعض آثارها مع الطلاق، وإن تميزت واختلفت عنه في آثار أخرى كما هو الحال بالنسبة للعدة، وتنفرد بآثار خاصة بها كالميراث، وذلك من خلال تقسيم المطلب إلى فرعين يتمثل الفرع الأول: تنظيم آثار انحلال الزواج الموضوعية المشتركة المتعلقة بطرفي العلاقة الزوجية من خلال دراسة كل من العدة، والمتعة، ونفقة الإهمال

أما الفرع الثاني: فيتعلق بتنظيم آثار انحلال الموضوعية المتعلقة بالأصول والفروع الحضانية، والزياره، والنسب.

الفرع الأول: تنظيم آثار انحلال الزواج الموضوعية المشتركة المتعلقة بطرفي العلاقة

الزوجية من خلال دراسة كل من العدة، والمتعة، ونفقة الإهمال، الميراث

(1) عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط8، دار النهضة العربية، بيروت ج2، 1977ص312

(2) القانون رقم: 10/05 المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

(3) هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.ص21.

(4) عليوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط1، دار هومة، الجزائر، 2006، ج1، ص183.

البند الأول: العدة والمتعة: من خلال تعريف كل منهما مع الإشارة إلى الأحكام المشتركة

بين هذه الآثار مع فروع القانون الأخرى

أولاً: تعريف العدة وأنواعها

1 — مفهوم العدة: أ — العدة في اللغة: الإحصاء والعدة مقدار ما يعد⁽¹⁾، ومبلغه الجمع أعداد وكذلك العدة، وجمعها العدد، يقال انفصمت عدة الرجل إذا انفضى أحلا كما يقال اعتدت المرأة عدتها من وفاة زوجها أو طلاقه إياها، وعدة المرأة هي ما تعده من أيام أقرائها أو أيام حملها⁽²⁾.

ب — العدة في الاصطلاح الشرعي: عرفها الفقهاء بعدة تعريفات متقاربة منها: تعريف الأحناف بأنها تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول، أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت⁽³⁾.

عرفها المالكية: بأنها المدة التي جعلت دليلاً على برأ الرحم⁽⁴⁾.

عرفه الشافعية: مدة تربص فيها المرأة للتعرف على براءة رحمها من الحمل⁽⁵⁾.

بينما ذهب الحنابلة إلى تعريفها بأنها: التربص المحدود شرعاً⁽⁶⁾.

من مجموع هذه التعريفات يمكن القول أن العدة هي: تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح، فلا تستطيع أن تتزوج قبل انقضاء عدتها، لكنها لا تجب إلا إذا كان الزواج صحيحاً، وكان الزوج قد دخل بالزوجة حقيقة أو حكماً⁽⁷⁾، إذا كان الزواج فاسداً تطبيقاً للآية: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا

(1) — ابن منظور، لسان العرب، مادة عد، المصدر السابق، ج3، ص284 .

(2) — القاموس المحيط، المصدر السابق، ج1، ص314.

(3) — ابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، ج3، ص269.

(4) — الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، دت، ج3، ص468.

(5) — القليوبي أحمد وعميرة أحمد، حاشيتان على منهاج الطالبين، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2005، المصدر السابق، ج4، ص39.

(6) — البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ج5، ص411.

(7) — الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج4، ص18، القرطبي محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أديك ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، ج2، ص627.

(1) ﴿

شرعت العدة لأسباب نذكر منها عدة الطلاق، الغرض من العدة قبل كل شيء أنها أمر تعبدية، وكذا للتأكد من عدم حمل الزوجة لتفادي النزاعات فيما يخص نسب الأطفال احترام ذكرى الزوج المتوفى، كما فيها احترام لمشاعر أهله، وأقربائه، وهي فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما لاحتمال التراجع عن فكرة الانفصال⁽²⁾.

ذلك أن الطلاق الرجعي لا يزيل الحل، فلزوجها أن يردّها إذا شاء بإرادته دون توقف على رضاها باعتبارها في العدة فيزول كل أثر للطلاق سوى فقدان الزوج طليقة من طلاقته الثلاث التي يملك إيقاعها على زوجته لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل⁽³⁾.

2 - أنواع العدة:

وقد جعل الإسلام عدة الطلاق على ثلاثة أنواع: عدة تكون بالقروء (الحيض)، وعدة تكون بالأشهر، وعدة تكون بوضع الحمل.

1 - العدة بالقروء: إذا كانت المرأة من ذوات الحيض، وطلقها زوجها بعد الدخول بها،

فعدتها ثلاث حيضات كوامل، لقوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽⁴⁾.

2 - العدة بالأشهر: تكون العدة بالأشهر في حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم تكن المرأة من ذوات الحيض لبلوغها سن اليأس وهو خمس وخمسين

سنة، وحدثت الفرقة بينها وبين زوجها فعدتها ثلاثة أشهر، لقوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي بَيَّسَنَ مِنَ

الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾⁽⁵⁾.

والحالة الثانية: إذا توفي الزوج عن زوجته، ولم تكن حاملاً فعدتها أربعة أشهر وعشرة

أيام، وقد أشرنا إلى ذلك في عدة الوفاة.

(1) - سورة الأحزاب، الآية رقم: 49

(2) - فراج أحمد حسن، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص180.

(3) - وفي ذلك يقول ابن قدامة الحنبلي في المغني: الزوجة الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره، وإبلاؤه، ولعانه، ويرث

أحدهما صاحبه بالإجماع.

(4) - سورة، البقرة، الآية: 228.

(5) - سورة، الطلاق، الآية: 4.

3 - العدة بوضع الحمل: إذا كانت الزوجة حاملاً وقت الفرقة، سواء أكانت بالوفاة أم

بغيرها، فإن عدتها تنقضي بوضع الحمل لقوله تعالى ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽¹⁾، وبالوضع يبرأ الرحم، وهو الأصل في فرض العدة⁽²⁾.

نفقة المعتدة:

كما ضمن الإسلام للزوجة على زوجها النفقة أثناء الزوجية للاحتباس، ضمن للمعتدة النفقة على زوجها السابق لاحتباسها لحقه أيضاً.

أ - المعتدة من طلاق رجعي تجب لها النفقة على زوجها كاملة أثناء العدة، كنفقة الزوجة تماماً، فيجب لها عليه الطعام، والكساء، والمسكن، والخادم، فيمن يجب لها خادم - وذلك باتفاق الفقهاء، من غير خلاف، لقيام الزوجية بالجملة⁽³⁾.

ب - المعتدة من طلاق بائن تجب لها النفقة على زوجها كاملة أثناء العدة عند الحنفية⁽⁴⁾، وذهب الشافعية إلى أن لها النفقة كاملة إذا كانت حاملاً، فإذا كانت حائلاً وجبت لها السكنى فقط، ولم يجب لها الطعام والكساء والخادم. تنص المادة 58 من قانون الأسرة على أنه: «تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق»⁽⁵⁾. فالمرشح أخرج المطلقة بعد العقد وقبل الدخول تطبيقاً لنصوص القرآن.

ج - المعتدة من فسخ، إن كان فسخاً بعد عقد صحيح، فإن كان بسبب الزوج، كان لها النفقة كاملة، وإن كان الفسخ بسبب منها؛ فإن كان بسبب ليس بمعصية كانت لها النفقة كاملة أيضاً، وإن كان بسبب هو معصية لم يكن لها شيء من النفقة مطلقاً، وهذا مذهب الحنفية. وذهب الشافعية إلى أن الفسخ إن كان بسبب مرافق للعقد، لم يجب لها شيء من النفقة، وإن كان بسبب طارئ عليه كانت لها النفقة كاملة إذا كانت حاملاً، فإذا كانت حائلاً، كانت

(1) - سورة، الطلاق: 4.

(2) - أحمد الغندور، المصدر السابق، ص 553 وما بعدها.

(3) - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 04، ص 64، ابن عبد البر، الكافي، المصدر السابق، ج 23 ص 627، الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3، ص 440.

(4) - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 5 ص 201، الهداية ج 2/651.

(5) - القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

لها السكنى لا غير.

فإذا كان الفسخ بعد عقد فاسد أو وطء بشبهة، لم تستحق على الزوج أو الواطئ شيئاً من النفقة بالاتفاق، المعتدة من وفاة ليس لها نفقة على المتوفى مطلقاً بالاتفاق، لاستغنائها بالإرث عنها، ولأن المتوفى ليس أهلاً للوجوب والالتزام⁽¹⁾ وذهب الحنفية إلى أنه يصح الإبراء استحساناً أن تبرئه الزوجة عن نفقة عدتها في خلعه أو طلاقها منه، فإنه يصح أيضاً، لأن النفقة تجب لها بذلك، فيكون الإبراء مرافقاً للوجوب لا سابقاً عليه، فيصح هذا إذا كانت الزوجة بالغة عاقلة، فإذا كانت مجنونة أو قاصرة، لم يصح الإبراء، لنقصان الأهلية، لما تقدم.

في حالة كون المرأة المعتدة حاملاً فعدتها وضع حملها لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽²⁾.

ثانياً: التكيف القانوني للعدة، وكيفية احتسابها: من خلال التعرض لتحديد طبيعتها

القانونية، ثم

1 — التكيف القانوني للعدة :

تنص المادة 61 من قانون الأسرة على أنه: «لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من مسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة الميينة ولها الحق في النفقة أثناء العدة». ويلاحظ على هذا النص المقرر لمكان ممارسة العدة أن يكون موافقاً لنصوص فروع القانون الأخرى وتخصيصه. يسمى مسكن الزوجية⁽³⁾ سيما وأن مصطلح المسكن العائلي مصطلح واسع قد يشمل بيت الأسرة الكبيرة الممتدة إلى الأجداد، كما قد يراد به مسكن أسرة الزوجة، كما أن استخدام مصطلح العائلة لا ينسجم مع مبادئ القانون إذ هو مصطلح لعلم الاجتماع أكثر من كونه مصطلح قانوني⁽⁴⁾ تنص المواد 58، 59، و60، و61 من قانون الأسرة المتعلقة بآثار الطلاق⁽⁵⁾.

(1) _ المرغيناني، الهداية، المصدر السابق، ج02 ص653.

(2) _ سورة الطلاق، الآية رقم: 04

(3) _ ينظر في ذلك، القانون 09/08 المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(4) _ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة، ط الأولى، دار الخلدونية، الجزائر 2008، ص224.

(5) _ عرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة بآثار الطلاق؛ وبدأ بالعدة كأول هذه الآثار في المواد المذكورة أعلاه على الرغم من أن هذه المواد جاءت شاملة لأحكام العدة المتعلقة بالطلاق، أو الوفاة مع تحديد مقدارها، وفي ذلك إشارة إلى أن النصوص القانونية المتعلقة بآثار انحلال الزواج من وفاة وطلاق، وليست مقتصرة فقط على حالة الطلاق، كما أن المشرع لم يشير إلى

أما عدة المختلعة فقد ثبت النص عليها من السنة أنها تعتد بحيضه واحدة ففي قصة ثابت أن النبي ﷺ قال له «خذ الذي لها عليك وخلي سبيلها» قال: نعم فأمر الرسول ﷺ أن تعتد بحيضه واحدة وتلحق أهلها⁽¹⁾.

ومما جاء من اجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال: «من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابها وهو الذي ما يعبر عنه شرعا "بإرخاء الستار" أو "خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقتها، ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة زفت للطاعن واحتلى بها في بيته ولم ينكر إصابتها، وإن الدخول بها مسلم به، فإن قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقتها بالإضافة إلى نفقة العدة ونفقة الإهمال، فإن قضاءهم هذا يندرج ضمن المادة 61 من قانون الأسرة ومتماشيا مع المادتين 58 و74 من نفس القانون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه»⁽²⁾.

عند وفاة أحد الزوجين تنحل عقدة الزواج، فإذا كان المتوفى هو الزوج وجب على الزوجة العدة⁽³⁾ كما يحق للحي منهما الإرث حسب المادة 132 من قانون الأسرة «إذا توفي

العدة المتعلقة بالتأكد من مدى براءة رحم المرأة في حالة الحكم بفسخ الزواج نتيجة فساده لسبب من الأسباب العارضة كاتضاح أنها أخته من الرضاع بعد أن تم الدخول بها.

(1) _ النسائي، السنن، كتاب الطلاق، عدة المختلعة، رقم: 3497، وهو صحيح، صححه الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ج 6، ص 497.

(2) _ المجلة القضائية العدد 1 السنة 1991 ملف رقم 55116 بتاريخ 1989/10/02

(3) _ وظاهرة الحزن تختلف باختلاف العادات في الزمان والمكان، فعند بعض الشعوب القديمة كانت الزوجة تُظهر حزنها بأن تُدفن حية مع زوجها، أو تدفن معه بعد قتلها، أو تُحرق معه عند الشعوب التي اعتادت حرق جثة الميت، وعند شعوب أخرى كانت الزوجة تُظهر حزنها على زوجها بتشويه أعضائها، حتى يزهدها الرجال. أمّا الشعوب التي كانت فيها المرأة لا تلتزم بمثل هذه الظاهرة في الحزن على الزوج، فإن المرأة كانت تنعزل عن الناس مدة من الزمن تُدعى بِمدة الحداد، وتختلف هذه المدة باختلاف الأعراف، فقد تكون أربع سنين، أو ثلاث سنين، أو سنة، أو أقل من ذلك، ولا يسمح لها بالزواج إلا بعد انقضاء هذه المدة فإذا تزوجت قبل انقضائها فإن روح زوجها الميت تنتقم منها، وكانت تعمل على إرضائه، وتجنب نعمته بتقديم القرابين، وينبغي على الرجل الذي تزوجته أن يفعل مثل ذلك، ليتوقى غضب الميت، ومحو الخطيئة التي ارتكبها من الزواج بامرأته، قبل انقضاء مدة حزنها عليه. وتسري قاعدة الحداد على الزوج أيضا، فلا يجزئ له أن يتزوج إلا بعد انقضاء مدة الحداد، وهي أقل عادة من مدة حداد المرأة على زوجها، وهي تتراوح بين ستة أشهر وشهر واحد، وعلى الزوج إذا أراد أن يتزوج قبل

أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث».

ولكن ما يلاحظ على هذه المادة أنها لم تحدد المدة المقصودة في العدة هل يراد بها العدة الشرعية التي تبدأ من لحظة التلفظ بالطلاق، أم المدة بعد صدور الحكم القضائي استناداً لنص المادة 49 من قانون الأسرة، وهذا ما يثير إشكالية احتساب العدة.

2- احتساب العدة: أشار المشرع إلى هذه المسألة بصورة مختصرة في المادتين: 50 و51

من قانون الأسرة؛ وذلك على النحو الآتي: المادة 50: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد».

المادة 51 «لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلى بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء»⁽¹⁾.

أي أن انقضاء فترة العلم من عدمها؛ مع ملاحظة بأن المادة 49 من هذا القانون نصت على أن هذه الفترة لا تتجاوز ثلاثة أشهر؛ وأن الزوج قد يطلق زوجته ولا ترفع القضية إلى المحكمة بعد فترة وربما تكون العدة قد انتهت فالطلاق يقع بمجرد التلفظ به، وتحسب على الرجل طلقاً، وتبدأ المرأة بعدها فإذا كان الطلاق رجعيًا وراجعها أثناء فترة العدة لا يكون في حاجة إلى عقد جديد أما إذا انتهت عدتها فيصبح الطلاق بائن بينونة صغرى وفي هذه الحالة لا يستطيع أن يعيد إلى عصمته إلى بعقد جديد وعليه وجب على المشرع مراعاة نوع الطلاق في التفريق بين العدة، وإمكانية الرجعة من عدمها⁽²⁾.

في حين نص المتعلق بحالة التعسف في الطلاق والمنصوص عليها في المادة 52 من قانون الأسرة «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»⁽³⁾

انقضاء هذه المدة أن يسترضي روح زوجته بتقديم القرابين لها.

(1) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ نصر سلمان وسعاد سطحي، مرجع سابق، ص 77 .

(3) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة

فاستعمل المشرع لمصطلح الطلاق في نص المادة، وليس مصطلح حكم الطلاق فيه دلالة على أن الطلاق يقع من الزوج ويكون نافذا حتى قبل صدور الحكم القضائي.

وبذلك يتضح أن العمل القضائي يمر بمرحلتين: ففي المرحلة الأولى يكون دور القاضي سلبيا بحيث بل يستطيع التدخل لأنها من صلاحيات الزوج وحده لأن العصمة بيده، وما لجوء الزوج للقضاء إلا لغاية الإثبات، فحكم القاضي يكون كاشفا للطلاق سابق، أما المرحلة الثانية والتي يتخذ فيها القاضي دورا إيجابيا مراعاة لنص المادة 52 من قانون الأسرة؛ بأن يصدر حكما منشأ⁽¹⁾ من خلاله يقضى للزوجة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها جراء التعسف⁽²⁾.

و تظهر هذه الإشكالية بأوضح صورها عند إثبات الطلاق العرفي ذلك أن القواعد العامة تقتضي أن تعدد المطلقة من تاريخ وقوع الطلاق، ولكن وبالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نص على تاريخ التصريح بالطلاق نصت على ذلك المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة جلسات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى»⁽³⁾.

إلا أن هذا النص المقصود به هو الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء، وليس الطلاق العرفي، ومن ثمة لا يمكن اعتبار أن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق في هذه الحالة؛ وإنما ينبغي على القاضي أن يحكم بما من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة، ونجد أن الإشكال يثور بصفة خاصة في نفقة العدة.

بالجمع بين النصوص القانونية، يتبين أن المشرع لم ينص صراحة على عدم الاعتراف بالطلاق العرفي ذلك أنه لم ينظم هذه المسألة وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي؛ الذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي استنادا إلى الشريعة الإسلامية.

فأصل المشكلة هو ازدواجية العدة في تقنين الأسرة الجزائري: العدة الشرعية والعدة القانونية والتي لا بد أن تجد لها حلا بملء الفراغ في هذا الجانب⁽⁴⁾.

(1) _ الحكم المنشأ: وهو الحكم الذي يتضمن إنشاء، أو تعديل، أو إنهاء حق، أو مركز قانوني، ينظر تقيية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 176.

(2) _ لطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 53.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ في نظر القانون المرأة - طلق امرأة (طلاق بائن بينونة صغرى) واعتدت في بيت زوجها وعند انتهاء عدتها خطبها

وفي القول بعدم وقوع الطلاق إلا في المحكمة يؤدي إلى الحجر على الأزواج في أمر جعل لهم من قبل الله عز وجل، وفي نزاع هذا الحق منهم مناقضه لأوامره تعالى، ثم إن القول بالمصلحة الشرعية التي تترتب على ذلك، وأنه من باب السياسة الشرعية التي يجوز فيها الولي الأمر أن يقيد المباح لتحقيق ذلك المصلحة أمر ليس بهذا الإطلاق إذ يشترط في تصرفات ولي الأمر في مجال السياسة الشرعية عدة شروط وهي أن تحقق هذه السياسة مصلحة الأمة للقاعدة الفقهية «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»⁽¹⁾.

ويمنحه حق إيقاع الطلاق للمحكمة يكون قد منح نفسه حق تشريع الأحكام في مقابل الأحكام الشرعية الثابتة من القرآن والسنة، وهو أمر يؤدي إلى تعطيل نصوص الشريعة وأحكامها بآراء الرجال وأهواءهم⁽²⁾.

وإقدام ولي الأمر على مثل هذا التشريع يوقع الناس في حرج عظيم وفساد، فتصبح للمرأة في هذه الحالة صفتان متضادتان:

_ **الصفة الأولى:** أنها مطلقة من زوجها ديانة فيما بينها وبين الله، لذا فهي تستطيع الزواج بغيره حال انتهاء عدتها منه.

_ **الصفة الثانية:** فهي في الوقت نفسه تعتبر زوجة لمن طلقها، لأن الطلاق غير معتبر قضاء، ولذا لا تستطيع الزواج من غير زوجها. لأنها إن فعلت ذلك كانت معرضة لعقوبة جريمة بعدد الأزواج، وهذا قبح تصان عنه الشرائع، فكيف بنا إذا اتخذناه منهجا ونسبناه لشريعة الإسلام.

وهذا ما قررته اجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال ومنها «إذا كان الثابت في قضية الحال أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته كان عليه إتباع القواعد

شخص آخر وتزوجت به ولم يصدر بعد حكم الطلاق - غير مطلقة لأن حكم الطلاق لم يستصدر بعد، جريمة الزنا تثبت في حق هذه السيدة من الناحية القانونية، وبالتالي فإن أولادها يعتبرون أولاد زنا رغم كونهم شرعيين من الناحية الشرعية، لكن يبقى أن الحل الوحيد لهذه السيدة أن تقنع زوجها الأول بأن يسجل طلاقها بأثر رجعي يعود إلى التاريخ الذي طلقها فيه مع العلم أنه في هذه الحالة سيتعرض هو للمتابعة الجزائية نتيجة التلاعب بالعدالة والتصرفات الكاذبة، وذلك بحكم المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

(1) _ الندوي أحمد علي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط الثانية، 1412 هـ - 1991م، ص 86.

(2) _ أبو البصل عبد الناصر، مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، مجلة الحكمة، مجلة علمية شرعية تعني بالدراسات الإسلامية، العدد 10، المدينة المنورة ط الثانية 1418 هـ ص 46.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة وكان على قضاة الاستئناف التقييد بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى إلا أنهم بقضائهم برجع الزوجة إلى بيت الزوجية خالفوا أحكام هذا المبدأ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة»⁽¹⁾.

ويعتبر موجبا للعدة مجرد الخلو بين الزوجين، إذ تنص المادة 58 من قانون الأسرة على أنه: «تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق»⁽²⁾.

ثانيا: المتعة:

وذلك من خلال تعريف المتعة، وحكمها لدى فقهاء الشريعة والقانون، مع الإشارة إلى بعض الاجتهادات القضائية المتعلقة بها.

تعريف المتعة:

والمتعة في لغة: كل ما انتفع به، ويزود به، فهي مأخوذة من المتاع لقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَعَهُمْ﴾⁽³⁾، ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق⁽⁴⁾.

والمتعة اصطلاحاً: هي مل ما يجب للمطلقة تخفيفاً على ما يصيبها من وحشة، وألم بعد استعمال الزوج لحق الطلاق⁽⁵⁾.

حكم المتعة في الفقه والقانون:

المتعة نوع من النفقة أجازت شرعاً بالنص والأصل في مشروعيتها قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁶⁾، وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمَقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾

(1) _ المجلة القضائية العدد الثالث 93: ملف رقم 73630 قرار بتاريخ 1991/02/20

(2) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(3) _ سورة: يوسف، الآية رقم: 65.

(4) _ الجندي أحمد ناصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، ص 702

(5) _ المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2010، ص 225

(6) _ سورة البقرة، الآية رقم: 241

حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿١﴾⁽¹⁾، قال أبو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى⁽²⁾، وقال الشافعية هي واجبة لكل مطلقة؛ إذا كان الفراق من قبله إلا التي سمي لها -المهر- وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء⁽³⁾.

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أحكامها بنص صريح في قانون الأسرة، ولذلك يرجع في تطبيق أحكامها إلى أحكام الشريعة الإسلامية. بموجب الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من قانون الأسرة، ولقد انعكس عدم وجود النص الصريح على أحكامها⁽⁴⁾ تضاربا في الاجتهاد القضائي بشأن النزاع المتعلق بما بين إيجابها، وفرضها لكل مطلقة، وبين قصرها فقط على الحالات التي ثبت فيها تعسف الزوج استنادا لنص المادة 52 من قانون الأسرة، وبين تطبيق أحكام القانون المدني المتعلقة بالتعويض عن الضرر، ومن قرارات المحكمة العليا في هذا المجال: «من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة»⁽⁵⁾.

البند الثاني: الميراث

تضمن قانون الأسرة في المادة الرابعة منه النص على أن أساس الحياة الزوجية المودة، والرحمة، والسكينة، والطمأنينة عند تعريفه لعقد الزواج⁽⁶⁾، هذه الأسس المستمدة أصلا من معين الشريعة الإسلامية التي وصفت عقد الزواج بالميثاق الغليظ في قوله تعالى: ﴿وَأَخَذَتِ

(1) _ سورة البقرة، الآية رقم: 236

(2) _ بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967 ص158.

(3) _ ابن رشد القرطبي، بداية الجهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج2، ص97.

(4) _ في التطبيق القضائي لأحكامها هناك من القضاة من يستند إلى أحكام المادة 52 من قانون الأسرة المتعلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي _ ولقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة _

(5) _ باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى للطباعة والنشر الجزائر، 2008، ص24.

(6) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿١﴾، ونضرا لقداسة هذه العلاقة رتب عليها الشارع الحكيم آثار لا تقل أهمية عنها، هذه الآثار تتنوع بين ما هو مصاحب لعقد الزواج، ومنها ما يستمر بوجوده، ومنها ما يأتي حتى بعد انفصام عره الزوجية عن طريق الوفاة، ومن هذه الآثار الميراث، وهو يعتبر من الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج بسبب الوفاة وهو أثر مشترك بين الزوجين، وبين غيرهم من الأقارب الوارثين من الأصول والفروع، وذلك راجع بالأساس إلى أسباب الميراث المتمثلة في الزوجية، والقربة أو النسب (٢).

أولاً: تعريف الميراث:

الميراث في اللغة يطلق ويراد به عدة معان منها: البقاء كاسم الله عز وجل الوارث، أي الباقي بعد فناء الدنيا بما فيها، ويرد بمعنى الانتقال الشيء من مكان إلى آخر الميراث في الاصطلاح: فهو كل ما يستحقه أصحاب الحق في المال المتروك من منقولات، وعقارات بعد موت مورثهم، واستيفاء الحقوق المتعلقة بالتركة قبله (٣).

و لمعرفة أثر الميراث على طرفي العلاقة الزوجية بعد انحلالها؛ والتي سيتم التركيز فيها على مسألة انحلالها قبل الوفاة نتيجة وجود حالة الطلاق بين الطرفين، وذلك لما تفرزه إشكاليات عملية مثارة بين مختلف فروع القانون مع مقارنتها بأحكام الفقه الإسلامي في هذا المجال.

ثانياً: مدى أحقية المطلقين في الميراث:

سبق القول أن عقد الزواج الصحيح يعتبر من أسباب الميراث، وهذا ما جاء النص عليه بموجب المادتين 126 و 130 من قانون الأسرة حتى وإن لم يصحب هذا العقد دخول، فإن المتوفى منهما يرثه الآخر؛ ولكن عند وجود الفرقة بينهما نتيجة طلاق فيجب التمييز بين أنواع هذه الفرقة وفق ما يأتي:

فالمطلقة طلاقاً بائناً، وصدر الحكم بذلك، وانقضت عدتها، ودون أن يكون لمطلقها أي عارض مؤثر على إرادته بسبب إكراه أو غيره، ولم يقع طلاقه في مرض الموت (٤) فإنه لا توارث

(١) _ سورة النساء، الآية: 21.

(٢) _ بلباقي عيد المؤمن، التركات والموارث، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص 23.

(٣) _ بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط الثالثة، ديوان المطبوعان الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2008، ص 19.

(٤) _ اختلف الفقهاء في توريث المطلقة في مرض الموت إلى عدة آراء بين قائل بعدم توريثها وهم الشافعية، وقائل بتوريثها ما

بينهما باتفاق الفقهاء⁽¹⁾، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب المادة 132 من قانون الأسرة بنصها «إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث».

أما المطلقة طلاقا رجعيا فالأصل شرعا وقانونا أنها زوجته ما لم تنقضي عدتها وبالتالي متى ما توفي أحدهما ورثه الآخر، غير أن الإشكال الذي يثار هو في حالة الطلاق العرفي الذي يصدر من الزوج قبل بلوغ الدعوى أسوار المحكمة بعدة أشهر قد تؤدي إلى انقضاء مدة العدة، ومن ثم تثار إشكالية تطبيق المادة 49 من قانون الأسرة والتي تفيد أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي، كما أن إجراء الصلح يعتبر وحيويا في مثل هذه الدعاوى تطبيقا لنص المادة 50 من قانون الأسرة بنصها «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد»⁽²⁾.

فالتأمل لهذه المواد يجد إشكالية طبيعة الطلاق الذي يؤخذ برجعيتها وهو الطلاق المتلفظ به من قبل الزوج، أم يؤخذ بالطلاق الذي يصدره القاضي هذا الأخير الذي تعتريه حالتان للحكم برجعيتها من عدمها بالنظر إلى نوع الحكم القضائي الصادر من القاضي وهو حكم منشأ للطلاق، أم حكم مقرر لطلاق الزوج وبموجب التفريق بين حساب مدة العدة لكليهما يمكن الحكم برגיעية الطلاق من عدمها، وأنه متى كان حكم القاضي مقرا، أو كاشفا لطلاق سابق من قبل الزوج كان حكمه مجرد إثبات للطلاق وليس إنشاء له، وبالتالي متى ما توفي أحدهما في فترة العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق المنشأ سواء من الزوج أم القاضي استحق الحي منهما الإرث⁽³⁾.

و مما سبق تتضح العلاقة بين قانون الأسرة، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بسير الدعوى القضائية سواء المتعلقة بالطلاق أم بالإرث؛ خاصة وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمن النص في المواد 40 و49 و499 منه النص على الاختصاص القضائي لمختلف دعاوى

لم تتزوج وهم الحنابلة، ومن ورثها مطلقا حتى وإن كانت في عصمة زوج آخر، وهم المالكية، ينظر: السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج2 ص181.

(1) _ ابن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 286.

(2) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(3) _ تم التفصيل في نوعية هذه الأحكام في موضوع العدة، ينظر: لطاعي نور الدين، مرجع سابق، ص55 وما بعدها

التركة، وعلى التدابير التحفظية المتعلقة بالمحافظة على أموال المتوفي إلى غاية تصفية نركته⁽¹⁾. بالنسبة للعلاقة بين قانون الأسرة والقانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بسير الدعوى القضائية فيما يتعلق بالمراث فيمكن أن تستشف من ما يأتي:

ثالثا: الآثار التي تترتب على بيع التركة:

بيع التركة يؤدي إلى نقل ملكية الحقوق والديون التي تحصل عليها إلى المشتري بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لانتقال الملكية إلا أن هذا لا يؤدي إلى انتقال صفة الوارث إلى المشتري كما لا تنتقل إليه أيضا الحقوق اللصيقة بالشخصية؛ تطبيقا لنص المادة 404 من القانون المدني: «من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا صفته كوارث ما لم يقع اتفاق يخالف ذلك» كما تضمن القانون المدني النص على بعض القواعد الإحترازية و التي من شأنها المحافظة على التركة كمنع بيعها في مرض الموت كنص المادة 408 من القانون المدني: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ز من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال»⁽²⁾.

التزامات البائع في بيع التركة: يلتزم الوارث البائع بنقل الملكية للمشتري، وما يدخل فيها من عقارات، ومنقولات، وتسليم جميع ما قبضه من غلة وإيرادات المبيع- إذا كان البائع قد تصرف في شيء من التركة قبل تسليمها فيكون ملزم برد الثمن للمشتري ما لم يكن قد اشترط صراحة عدم الرد وقت التعاقد-

- يلتزم البائع كذلك بتسليم كل المحتويات للتركة، وإذا زادت قيمتها حتى ولو كانت بفعل الوارث ليس من حقه مطالبة المشتري بهذه الزيادة.

يلتزم الوارث بضمان الاستحقاق وهو يختلف عن ضمان الاستحقاق في البيع العادي حيث يقتصر على وجود التركة، وثبوت صفة البائع كوارث، وأن نصيبه في التركة هو نفسه المذكور في العقد.

(1) _ ينظر في ذلك، القانون 09/08، المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(2) _ القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للمرسوم 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

كما تظهر العلاقة بشكل أدق عند رفع دعوى القسمة على سائر الشركاء دون استثناء تحت طائلة عدم القبول لعدم انتظام الإجراءات ومن ثم وجب التأكد مما يرد من أسماء الأحياء في الشيوخ على متن الفريض ويتأكد من صحة تكليفهم بالحضور من قبل رافع الدعوى طبقاً للمواد 22 إلى 26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما أقرته المحكمة العليا في أحد قراراتها: «من المقرر قانوناً انه إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دوى على باقي الشركاء ومن ثم القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون».

الإجراءات المتبعة تطبيقاً للمادة 727 من القانون المدني بان القسم تكون عن طريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضر، ثم تصدر حكماً بإعطاء شريك نصيبه المفرز.

الحق الشخصي الأصل فيه أنه لا يكون مالاً شائعاً إذا تعدد أصحابه لأنه ينقسم بينهم، إلا إذا كان غير قابلاً للانقسام يطبق عليه الأحكام التي تطبق على الملكية الشائعة، نظم القانون المدني الجزائري الملكية الشائعة في المواد 713 إلى 742 منه، فنصت المادة 713 منه على أن الملكية الشائعة هي حق ملكية، وبالتالي تشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، ووصفت الشركاء في الشيوخ بأنهم مالكيين للشيء الشائع، كما أكدت المادة 714 منه على أن حق الشركاء في المال الشائع هو حق ملكية، فكل شريك في الشيوخ يملك جميع عناصر حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف⁽¹⁾.

والملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات، يملكه أكثر من شخص واحد، فيكون حق كل شريك واقع على حصة شائعة في هذا المال، وأكثر أسباب الشيوخ وقوعاً في الحياة العملية هو الميراث، فبموت المورث تنتقل ملكية الأموال الشائعة التي تركها إلى الورثة، وكثيراً ما يستمر هؤلاء في الشيوخ ولمدة طويلة، مما يسمح بتزايد عدد الشركاء بسبب موت بعضهم وحلول ورثتهم محلهم

الشيوخ يعتبر حالة مؤقتة مصيرها الانقضاء والزوال، السبب الأصلي لانقضاء الشيوخ هو القسمة، خاصة وأن المشرع الجزائري أفرد لها قواعد خاصة سواء من حيث كيفية إجرائها أو من حيث الآثار المترتبة عنها⁽²⁾.

(1) _ الأمر رقم: 58/75، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمنتم بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في: 13 ماي 2007.

(2) _ محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجيب، دار الفكر العربي، ط الثالثة، 1994، ص 48.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

فالبقاء في الشبوع أمرٌ غير مرغوب فيه لكثرة ما ينجر عنه من خلافات بين الشركاء، خاصة من حيث إدارة هذا المال، فالمادة 182 من قانون الأسرة جاء فيها «في حالة عدم وجود ولي وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم، ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة وأن يفصل في الطلب»⁽¹⁾.

لذلك كان الأصل هو عدم إجبار الشريك على البقاء في الشبوع إلا بموجب نص قانوني أو اتفاق⁽²⁾، نصت المواد 722 و723 من القانون المدني الجزائري على وجوب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون من أجل ضمان صحة القسمة، متى كان أحد الشركاء ناقص الأهلية غير أنها أغفلت الغائب، مع أن قانون الأسرة حسب المادة 88 يعتبره في حكم ناقص الأهلية أثناء تمثيله قانوناً⁽³⁾.

وهذه القسمة تخضع إلى رقابة رئيس المحكمة، إذ أنه المخول بمنح الإذن، باعتبار ذلك يدخل ضمن اختصاصاته الولائية التي تهدف إلى مراعاة مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب؛ غير أن المشرع نص صراحة في المادة 181 من قانون الأسرة «يراعى في قسم التركات أحكام المادتين 109 و173 من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء» مع وجوب إتباع الإجراءات المستعجلة فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في قسمة التركة، وطرق الطعن في أحكامها⁽⁴⁾.

أما النوع الآخر من القسمة فهي القسمة القضائية: قسمة المال الشائع تكون قضائية في القانون الجزائري وفق ثلاث حالات

• الحالة الأولى : إذا لم يتفق الشركاء على القسمة الاتفاقية، وأراد أحدهم الخروج من حالة الشبوع، فهنا ليس أمامه إلا اللجوء إلى القضاء.

⁽¹⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

⁽²⁾ _ حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 91.

⁽³⁾ _ قسمة المال الشائع عند المشرع الجزائري مقال منشور على موقع الإنترنت www.shababdz.com، تاريخ الإطلاع عليه: 10 أبريل 2015.

⁽⁴⁾ _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

• الحالة الثانية : إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية، ولكن كان بينهم ناقص الأهلية أو غائب وهنا الولي أو المقدم أو الوصي يستأذن القاضي، ويفرض القاضي منحه الإذن، وهنا كذلك وجب على الشركاء اللجوء إلى القضاء.

الحالة الثالثة: وهي الحالة التي نصت عليها المادة 181 قانون الأسرة المتعلقة بقسمة التركات، والتي تفرض على الورثة المالكين على الشيوع أن تكون القسمة عن طريق القضاء⁽¹⁾.

وبالجمع بين أحكام القوانين المتعلقة بتصفية التركة عند المشرع الجزائري نجد بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بقسمة التركة نجد نص المادة 499 «يجوز لقاضي شؤون الأسرة وعن طريق الاستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية، لاسيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفي إلى غاية تصفية التركة» مع مراعاة الاختصاص الإقليمي المتمثل في موطن المتوفي، حتى وإن وجدت بعض أملاك الترك خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف⁽²⁾

كما أن قانون العقوبات نص في المادة 363 على أنه يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات، الشريك في الميراث أو المدعي الذي استولى بطريقة الغش على كامل الإرث، أو جزء منه قبل اقتسامه، وتكون عقوبات صارمة ضد مرتكبي الجرائم والتجاوزات غير القانونية، ونص أسمى قانون في البلاد والمتمثل في وثيقة الدستور في الفصل العاشر: قسم التركات: في المادة: 52 «الملكية الخاصة مضمونة. حق الإرث مضمون. الأملاك الوقفية، وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها».

كما تضمن قانون الأسرة التفصيل في معظم الجزئيات المتعلقة بقسمة التركة، والتي أستمدها أصلا من قواعد الشريعة الإسلامية؛ حيث نص في

المادة: 180 «يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1 مصاريف التجهيز، والدفن، بالقدر المشروع.

2 الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

(1) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ القانون: 08-09 ، المؤرخ في: 18 صفر 1429 هـ ، الموافق 25 فبراير 2008 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة»

المادة 183 «يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها، وطرق الطعن في أحكامها».

كما أن التركة الشاغرة لا تخول الغير الاستيلاء عليها بنص المادة 773 من قانون المدني «تعتبر ملكا من أملاك الدولة لجميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تحمل تركتهم» مع الإشارة إلى أن مدة التقادم المتعلقة بالميراث جاء النص عليها بموجب قواعد القانون المدني المادة 829 «لا تكسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراث إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين سنة»⁽¹⁾.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري يطلق تسمية قانون الأسرة بدل الأحوال الشخصية، وعلى الرغم من التعديلات التي مست القانون المدني إلا أن المشرع ضل يطلق تسمية قانون الأحوال الشخصية؛ مما يثير الاستغراب حول الإحالة على تسمية قانون غير موجود؛ أو أن المشرع لا يرى التمييز بين هذه المصطلحات؛ مع أنه عمل على مواكبتها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المادة 774 «تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة»⁽²⁾.

بالرغم من علاقة التكامل بين القانون المدني وقانون الأسرة إلا أن هناك الكثير من التعارض والتصادم في هذين القانونين مثال ذلك في المواد 2/469 القانون المدني «لا ينتقل الإيجار إلى الورثة».

غير أنه في حالة وفاة المستأجر، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يستمر العقد إلى انتهاء مدته وفي هذه الحالة يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ ستة أشهر إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهظة بالنسبة إلى مواردهم أو الإيجار يزيد عن حاجتهم.

(1) _ الأمر رقم ، 58/75، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في: 13 ماي 2007.

(2) _ الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في: 13 ماي 2007

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

تجب ممارسة حق إنهاء الإيجار خلال ستة أشهر من يوم وفاة المستأجر.

و يجب إخطار المؤجر بموجب محرر قضائي يتضمن إشعاراً لمدة شهرين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تنظيم آثار انحلال المحلل الموضوعية المتعلقة بالأصول والفروع النسب الحضانة الزيارة

البند الأول: أحكام الحضانة والزيارة: تتم دراسته من خلال تحديد معنى الحضانة، ومستحقو الحضانة وشروط استحقاقها، ومسقطاتها، ونفقة المحضون وأجرة الحضانة إجراءات دعاوى الحضانة، ومسؤولية الحاضن باعتباره متولي الرقابة في القانون

أولاً: الحق بالحضانة:

1 مفهوم الحضانة وشروط استحقاقها:

1: مفهوم الحضانة: وذلك من خلال تعريفها في اللغة، والاصطلاح

أ- الحضانة في اللغة: مشتقة من الحضان، والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو ضم الشيء إلى الحضان احتمالك الشيء وجعله في حضانك، وحضان الصبي يحضنه حضاناً، وحضانة أي جعله في حضانة وحضان الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها وتسمى المرأة حاضنة⁽²⁾.

ب الحضانة في الاصطلاح: وذلك بتعريفها لدى فقهاء الشريعة، والقانون.

الحضانة في الاصطلاح الفقهي: عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير، أو الصغيرة، أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه أو يضره، وتربيته جسمياً، ونفسياً وعقلياً كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بالمسؤوليات، أمّا البالغ الراشد فلا حضانة عليه وله الخيار في الإقامة عند من شاء⁽³⁾.

وقد عرفها النووي بأنها القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه، ولقد حرص الإسلام على توفير الجو المناسب لتنشئة الطفل، وتحديد الأطراف

(1) _ الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في: 13 ماي 2007

(2) _ المعجم الوسيط، مادة (حضان)، ص 182

(3) _ سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 4.

المسؤولة عن رعايته والقيام بشؤونه، وأولى الناس بهذا الحق هي الأم ؛ إلا إذا كان هنالك مانع يمنع كزواجها بأجنبي عن الطفل⁽¹⁾

حرص الإسلام على توفير الجو المناسب لتنشئة الطفل، وتحديد الأطراف المسؤولة عن رعايته والقيام بشؤونه، كما شرع له الحق في الولاية الذي يستمر إلى غاية استغناء الطفل عند بلوغه سن الرشد، واستطاعته القيام بشؤونه بنفسه، ويميز العلماء بين ثلاثة أنواع من الولاية:

1- الولاية على النفس: وهذه الولاية تكون على نفس الطفل وذاته، أي ما يرتبط بهذه النفس الإنسانية من حيث الإشراف عليها من جميع الوجوه ؛و يدخل في ذلك الإنفاق على الطفل والعناية به، وتنشئته وتربيته، وعلاجه وتعليمه، وإعداده للمستقبل، ويندرج تحت هذه السلطة أيضاً الإشراف عليه خلال فترة الحضانه، وكل ما يمس جوانب حياته حتى الموافقة على إجراء العمليات الجراحية له عند مرضه⁽²⁾.

كالتمتع بالحق في الرضاعة لقوله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ ﴾، فالرضاع واجب على الأم ديانة، وقد شرع الإسلام أحكاماً متنوعة لتنظيم مختلف المسائل المتعلقة به⁽³⁾.

2- الولاية على المال: فيقوم الولي بالإشراف على مال الطفل من حيث المحافظة عليه، وتنميته واستثماره، وإجراء التصرفات الشرعية التي تقتضيها مصلحة الطفل من الناحية المادية.

3- ولاية التربية الأولى: وهي سلطة الأم حين تقوم على شؤونه.

فيما يتعلق بالجانب القانوني فمعلوم أن الطفل يتمتع بحقوق إنسانية⁽⁴⁾؛ سعى المجتمع الدولي إلى حمايتها من خلال تخصيصه بقوانين موضوعية، وقواعد شكلية مستقلة عن عموم حقوق الإنسان⁽⁵⁾، والواقع أن قيمة هذه الطائفة من الاتفاقيات والإعلانات الدولية قد برزت من خلال

(1) _ السيد سابق، فقه السنة، المكتبة العصرية بيروت، ص 482.

(2) _ حقوق الطفل تعليمها وتعلمها من خلال منهج التربية الإسلامية، المرجع السابق، ص 13.

(3) _ لشهب أبو بكر، الحضانه والرضاع في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد التاسع، سنة 2004، ص 265-266.

(4) _ بداية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 والعهد الدولي لعام 1966.

(5) _ دولياً بدأ الاهتمام بإصدار إعلان جنيف لحقوق الطفل سنة 1924، إلى إعلان حقوق الطفل الصادر في 20-11-1959، وإعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والمنازعات المسلحة عام

ما تضمنته من حقوق تجاه الإنسان عامة والأطفال خاصة دون تمييز بينهم لأي سبب كان⁽¹⁾.

تعريف الحضانة في الاصطلاح القانوني: أوردت المادة 62 من قانون الأسرة بأن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ، ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد: أن تعريف قانون الأسرة الجزائري للحضانة بالرغم من احتوائه على أهداف الحضانة، وأسبابها يعتبر أحسن تعريف لاسيما من حيث شمولية الأفكار لم يشملها غيره، فهو جمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل البدنية والصحية والخلقية والتربوية والمادية⁽²⁾.

وذلك تماشيا مع ما نصت عليه المواثيق الدولية والإعلانات لذلك من اللازم ضمان حق الطفل في التمتع بأعلى مستوى يمكن بلوغه من العيش.

2: مستحقو الحضانة وشروط استحقاقها ومسقطاتها ويتم تناولها من خلال جزئيتين :

أ: مستحقو الحضانة:

إن الأصناف الذين يستحقون الحضانة هم مرتبون حسب درجة كل واحد منهم بالنسبة للمحضون الأقرب فالأقرب على الشكل المنصوص عليه عند الفقهاء، وأولى الناس بهذا الحق هي الأم⁽³⁾، إلا إذا كان هنالك مانع يمنع كزواجها بأجنبي عن الطفل، مع الحرص على مراعاة تقديم جهة النساء من جهة الأم، ثم النساء من جهة الأب لتميز المرأة عن الرجل بالحنان، والعطف مما يوفر جانب العاطفة الدافئة للطفل؛ حتى رغم وجود الفرقة بين والديه⁽⁴⁾.

والمتبع لموقف المشرع المتعلق بترتيب الأشخاص المخولين بممارسة هذا الحق بحسب المادة 64 من قانون الأسرة نجده أعطى حق الحضانة للأم، ثم للأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم

1974 وصولا إلى اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في: 20/11/1989 ثم اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 والتي حازت على اهتمام معظم دول العالم؛ ومنها الجزائر.

(1) _ بجاوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، دار هومة، الجزائر، 2004، ص: 46.

(2) _ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البحث، قسنطينة، ص 293.

(3) _ السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 5، ص 207، والشربيني: مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 03، ص 592 ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 422.

(4) _ حقوق الطفل تعليمها وتعلمها من خلال منهج التربية الإسلامية، مرجع سابق، ص 13.

الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك⁽¹⁾، أي أن المشرع عمل بقاعدة المساواة بين جهتي قرابة المحضون بالنسبة لوالديه؛ حيث نجد خالف قاعدة أولوية النساء في الحضانة فبعد أن أسند الأولوية في الحضانة للأم، فإنه أتبعها مباشرة بالأب على أساس قوة القرابة، وليس هذا خاص بشخص الأب فقط؛ وإنما كلما أسند حضانة الطفل لجهة الأم أعقبها بالموازاة مع جهة الأب المقابلة لها.

مما يلاحظ على ترتيب الحاضنين أيضا بالنسبة للمشرع نجده على الرغم من النص على وجوب الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون فإنه نص على الأقربون درجة للمحضون دون تبين صلة ولا جهة القرابة.

ب- شروط استحقاق الحضانة: اكتفى المشرع في قانون الأسرة بعموم ذكر شروط ممارسة الحضانة عن طريق النص في المادة 02/62 بتوفر أهلية القيام بها دون تفصيل بينما نجد هذه الشروط وبالعامل بمقتضيات نص الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المادة 222 من قانون الأسرة نجدها تتنوع الشروط الواجب توافرها في شخص الحاضن بين شروط عامة مشتركة بين الرجال والنساء، وشروط خاصة بحسب جنس الحاضن.

*الشروط العامة في الرجال والنساء:

باعتبار الحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء فإنه من الشروط العامة المشتركة لممارستها نجد الأهلية، العقل، البلوغ، والأمانة، والاستقامة⁽²⁾، لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون، وتوفير الحماية اللازمة له⁽³⁾، وكذا لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه ويقوم على شؤونه، فكيف يكون له أن يخدم غيره ممن كان عاجزا عن خدمة نفسه⁽⁴⁾.

*الشروط الخاصة بالرجال:

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى ما سبق: ما يأتي بيانه:

(1) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة ..

(2) _ شيبية مصطفى عبد الغني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ط الأولى، منشورات جامعة سيها ليبيا، 2006، ص 229.

(3) _ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، ص 235.

(4) _ أحمد محمد العساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد 2 دار إحياء العلوم ص 438

1- أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى، وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأموناً عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه⁽¹⁾.

2- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون قياساً على الميراث⁽²⁾.

قانون الأسرة لم يورد النص على الشروط الضرورية التي يجب توافرها في الحاضن، واكتفى بعبارة أهلاً للقيام بذلك، وبما أنه لم ينص على أحكام تتعلق بالقائم بهذه الحضانة فإنه يتعين علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول لقانون الأسرة الجزائري عملاً بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه «في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»⁽³⁾.

يقدم الفقهاء في الحضانة النساء لتمييزهن بالحنان، والشفقة، والصبر على رعاية الأطفال في حياتهم الأولى⁽⁴⁾، لما روى بأن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ قالت: «يا رسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وأباه طلقني وأراد أن يترعه مني» فقال الرسول ﷺ: «أنت أحق به ما لم تتزوجي»⁽⁵⁾.

ويروى كذلك أن عمر بن الخطاب بأنه كان قد طلق امرأته "جميلة" وهي من الأنصار والتي أنجب منها ولده عاصمًا، وعندما رآه في الطريق أخذه معه إلا أن جدته من أمه ذهبت وراءه وتنازعتا فلجأ إلى أبو بكر الصديق فأعطاه إياه، وقال لعمر بن الخطاب: «ريحتها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك»⁽⁶⁾. بشرط توفر القدرة على تدبير مصالحه والحفاظة عليه فإن كانت عاجزة عن ذلك لعمى أو مرض أو غيرها لا تكون أهلاً للحضانة، ألا تكون مشغولة بما يمنعها من القيام على تربية المحضون كأن تكثر خروجها ومهما كان السبب شريفاً أو غير شريف كفجور أو زنا لأن الأساس من هذا الحرص على الصغير من ضياع

(1) _ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 274.

(2) _ ابن القيم، المرجع السابق، ص 122-123.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ أحمد الغندور: المرجع السابق، ص 593 وما يليها.

(5) _ أبو داود، السنن، عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو كتاب الطلاق، باب حضانة الولد ومن الأحق به، رقم الحديث: 2276.

(6) _ ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، 134.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

مصالحه وأخلاقه، والقيام بشؤونه على أكمل وجه⁽¹⁾ كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون «من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة⁽²⁾، مما يستوجب معه نقض القرار⁽³⁾ وألا تكون قد امتنعت عن حضنته مجاناً والأب معسراً⁽⁴⁾، أو أن تكون مقيمة في بيت من بيغضه ويتسبب في أذاه⁽⁵⁾.

المتبع للشروط الواجب توفرها في الحاضن سواء أكان رجلاً أم امرأة يجد أنها وعلى تنوعها فإنها تنفق في وجوب مراعاة مصلحة المحضون بغض النظر عن ممارس الحضانة⁽⁶⁾.

جـ: مسقطات الحضانة: ولا تسقط الحضانة عن الحاضن، إلا بتوفر أحد أمور الآتية:

افتقاد الحاضن لشروط الحضانة المتقدمة، ففي حالة اختلال شروط الحضانة يمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى أصلية لإسقاط الحضانة، ذلك أن سقوط الحضانة لن يكون أمراً تلقائياً بل لا بد فيه من حكم قضائي، مراعاة لمصلحة المحضون.

وبناء على التحقيق يحكم القاضي بإعطاء الحضانة لغير طالبيها على أن يحكم بحق الزيارة للوالد الآخر⁽⁷⁾.

أو موت الحاضن، أو امتناعه عن مواصلتها عن طريق التنازل، أو انتهاء المدة المخولة لممارستها⁽⁸⁾، وهذا ما أكدته في المحكمة العليا قرار لها: «أن لقضاء الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة

(1) _ أحمد محمد العساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد 2 دار إحياء العلوم ص 438

(2) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(3) _ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 40418 م.ق 89 عدد 2 ص 75 غ.أ.ش 05/05/86

(4) _ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 408

(5) _ الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 152

(6) _ إمام محمد كمال والشافعي جابر عبد الهادي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 494.

(7) _ أبو زهرة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 406.

(8) _ بموجب نص المادة 65 من قانون الأسرة التي تحدد المدة بالنسبة للذكر ب 10 سنوات قابلة للتمديد إلى 16 سنة، فقط إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن الزواج.

المحزونين دون أن يكونوا قد حرقوا المادة 65 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

يعود حق الحاضنة بعد سقوطه عنها إذا زال سبب السقوط مطلقاً عند المشرع حسب المادة 71 من قانون الأسرة، رعاية لحق المحزون في أن يكون عند أقرب حاضنة إليه، تطبيقاً للقاعدة الفقهية: «إذا زال المانع عاد الممنوع».

أما فقهاء المالكية فذهبوا إلى أن المسقط للحضانة إذا كان أمراً اضطرارياً خارجاً عن إرادة الحاضن، كالمرض مثلاً، فإن الحضانة تعود بزوال المانع، أما إذا كان المانع اختيارياً، كزواج الحاضنة بأجنبي تطبيقاً للمواد 66-67-68-69-70 من قانون الأسرة، فإن الحضانة تسقط ولا تعود بزوال هذا السبب المسقط لها، وهذا الأخير هو الموقف الذي أخذ به المشرع؛ دون أن يفتح مجالاً لمعرفة مسببات الحقيقية للتنازل الاختياري عن الحضانة⁽²⁾.

المحكوم له بالحضانة سواء أكان الأب أو الأم أو غيرهما ومن انتقلت إليه الولاية بموجب حكم الحضانة فإنه يسأل مسؤولية مدنية وذلك بتعويض كل ضرر سببه الولد المحزون لغيره وذلك طيلة فترة وجوده لديه وقبل سقوط الحضانة لأي سبب كما أنه كذلك تجدر الإشارة إليه إلى أن الأمر هو نفسه بالنسبة للشخص المحكوم له بحق الزيارة وأخيراً المحزون معه إلى أماكن غير مكان ممارسة الحضانة، وارتكب هذا الأخير وأحدث ضرراً بالغير فإن المسؤولية تقع عليه وذلك نتيجة لإستعمالة لحقه في الزيارة وليس بالضرورة الشخص الذي تولى الحضانة بموجب حكم قضائي⁽³⁾.

تعد الحضانة من أهم الآثار التي تترتب على الزواج المختلط في حالة الانفصال بين الزوجين إذا حصل نزاع حولها⁽⁴⁾. يمكن حصر أهم الإشكاليات التي تصادف القضاة في عملهم في إشكالية الزواج المختلط وتأثيرها على المحزون، وكذلك إشكالية مراعاة مصلحة المحزون من قبل القاضي وكيفية تقديرها، وثالثها إشكالية مسؤولية الحاضن عن أفعال المحزون الضارة وهو الأمر الذي نحاول معالجته.

(1) _ قرار المحكمة العليا: ملف رقم 123889 بتاريخ 24/10/1995، نشرة القضاة، عدد 52، ص2.

(2) _ ابراهيمي محمد، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007 ص121-122.

(3) _ وهذه النقطة التي كانت حلت المشكل الذي كان عالقا كون أن الأب يبقى دائماً مسؤولاً عن أفعال أولاده القصر رغم طلاقه من والدته وعدم سكنه مع الوالد، أو السكن العائلي. بمفهوم المادة 135 من قانون المدني - قبل إلغائها.

(4) _ فراس كريم شيعان، حسين نعمه نعيمش، تنازع القوانين في الحضانة كلية القانون، جامعة بابل، مجلة محقق الحلي

للعولم القانونية والسياسية، مجلة محكمة، جامعة بابل، سنة النشر 2013، ص154

- إشكالية الزواج المختلط إنه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعترى الزواج المختلط، خاصة بعد الانفصال، لأن الأطفال هم الضحايا، فتم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكاليات، ومن أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر «اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر» والموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 يونيو 1988 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 144/88.

و ذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم وكذلك العمل على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى، وسعياً لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين، المادة: 06 من الاتفاقية أين تنص في فقرة الأولى: «يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلاً للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود البلدين وفيما بين حدودهما».

كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، وهو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 64 من غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم (2) قانون الأسرة الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، ومن بين المشاكل التي قد تتصافد معها هي إسناد الحضانة إلى الأم من طرف قاضي فرنسي وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري «... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة»⁽¹⁾.

فإنه عند تصفح بنود الاتفاقية لا نجد نص على حل، وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

و عند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح للآخر حق الزيارة، ورغم معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة بقيت بعض المسائل العالقة فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، لا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، ورغم ما نوهت عليه الاتفاقية في مادها 11 من حلول إلا تبقى قاصرة، لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية

(1) __ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري، فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا شيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية، وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى ولو أنها أشارت في المادة 05 من الاتفاقية: «إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق 96 ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل»، بالاستناد على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 62⁽¹⁾ منه، ونصوص المواثيق الدولية ومن بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽²⁾ «الإشكالات ترجع إلى عدم الاهتمام الكافي بالاتفاقية لذلك ظلت التراعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض التراع على الجهات القضائية الجزائرية والعكس صحيح إن تم عرض القضية في فرنسا، وهو⁽³⁾ الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قرارا وعليه من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص، وهذا ما يعني أنه تم الرجوع إلى حالة عدم وجود اتفاقية.

غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم وبين الجزائر معاهدة، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر: ولحل تنازع القوانين من حيث المكان خص المشرع الجزائري المواد من: 10 إلى 16 إلى القانون الواجب وفي النظام القانوني الجزائري والمقصود بالأحوال الشخصية يدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالحالة، والأهلية العامة وحماية عدمي الأهلية، وناقصيتها والعلاقات بين أفراد الأسرة كالزواج وانحلاله وآثارهما من البنوة وإثبات النسب والولاية على النفس والنفقة بين الأصول والفروع وبين الأقارب والوقف والميراث والوصية والكفالة⁽⁴⁾.

(1) _ نص المادة 62 من قانون الأسرة من أن (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا)

(2) _ المادة 3/26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10/12/1948: " للآباء الحق الأول في اختيار نوع تربية أولادهم".

(3) _ المحكمة العليا، ملف رقم 91671، قرار بتاريخ: 23/06/1993، سنة: 1994، ص 72.

(4) _ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالأنظمة العربية، مطبعة الكاهنة، 2000، ص 135.

وتعتبر الحضانة مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وهذا من خلال آثار انحلال الزواج. وعند الرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 2/12 التي تنص: «أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى».

أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة، وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وبالتالي إذا كان الزوج جزائري فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 69 منه. بل أنه حتى ولو كان أحد الزوجين جزائري فإنه يطبق القانون الجزائري، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري كما استقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد هنا أحق بهم. وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها⁽¹⁾.

وإذا رجعنا إلى نص المادة 12 من القانون المدني في فقرة الثانية نجد أنها قد اخضعت انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني، أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائرياً عند إبرامه، بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة وهو عرض التزاع أمام القاضي الجزائري.

لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف قاضي أجنبي، خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد على دين أبيه، كما نص على ذلك القانون الجزائري، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة أبناء الوالد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي⁽²⁾.

و الملاحظ أن موقف المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور أسقط الحضانة عن الحاضنة

(1) _ المحكمة العليا، قرار رقم 52207 بتاريخ: 02/01/1989.

(2) _ المحكمة العليا قرار رقم 59013 بتاريخ 19/02/1990، المجلة القضائية، لسنة 1991. العدد 4، ص 116.

لزواجها بغير ذي رحم للمحضون، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون.

د: مكان ممارسة الحضانة ومسألة الانتقال بالمحضون: مناط معيشة الإنسان أن يكون له سكن يأويه ويحتمي تحت سقفه من حر الصيف وبرد الشتاء لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير، من خلال نص المادة 69 من قانون الأسرة، إذ تنص على أنه: «إذا أراد الشخص الموكل له حقّ الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو فالمعيار هو تقدير القضاء إسقاطها عنه من عدمه مراعاة لمصلحة المحضون». بمفهوم المخالفة نجد أنّ المشرع يريد بالحاضن أن يمارس.⁽¹⁾

آراء الفقهاء بشأن هذه سفر المحضون⁽²⁾ الحضانة إلا إذا أذن له أب المحضون بالسفر كما أنه لا يحق للأب أن يترع الولد من أمه ويسافر به إلى مكان بعيد عن مكان إقامة الحاضنة. ويسقط حق الحاضنة في الحضانة إذا سافرت معه، وبالتالي فلا يسقط حقّه في الحضانة بانتقاله غير أنّ فقهاء الشافعية فرقوا بين السفر لحاجة، وبين السفر لنقله، فإذا أراد الوليّ السفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر، وذلك لما في السفر من خطورة على المحضون أما إذا كان السفر لنقله كان الأب أولى بحضانة الصغير بشرط وجود الأمن بينما يرى الحنابلة أنه إذا أراد أحد الوالدين نقل المحضون إلى بلد مسافته أكثر من آمناء، من أجل السكن، فهنا الأب أحقّ بحضنته سواء كان الأب المقيم أم هو المنتقل لأنّ الأب هو الذي يقوم عادة بتأديب الأبناء وحفظ نسبهم من الأبوين أو غيرهما السفر به وتجدر الإشارة أنّ المسألة ترجع للقاضي في تقدير ذلك إذا كان الانتقال بقصد الاستيطان دائما مراعيًا مصلحة المحضون⁽³⁾.

إشارة إلى مسقطات الحضانة وأنها ما وجدت إلا رعاية لمصلحة المحضون ومن ذلك تقرير المشرع لجعل عمل المرأة لا يعد مانعا لممارسة الحضانة أما الفقهاء فيفصلون في مدى تضرر

(1) _ بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 380.

(2) _ الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 411.

(3) _ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 56.

مصلحة المحضون من جراء ممارسة العمل⁽¹⁾.

٥: سكن المحضون

الأصل في المحضون أن يسكن مع والديه لكن عند انحلال ميثاق الزوجية بسبب الطلاق أو التطليق، حيث يحدد القاضي مبلغ الحضانة، والنفقة بكل مشتملاتها خاصة السكن حيث اعتبر المشرع تكاليف سكن المحضون منفصلة من حيث تقديرها عن بقية التكاليف وعلى هذا الأساس فإنه ملزم بأن يخص للمحضون محلا لسكنهم وأن يؤدي المبلغ الذي تحدده المحكمة لكراء البيت حيث تقدره حسب يسر أو عسر الأب.

فص المادة 72 من قانون الأسرة على أنه «في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن»⁽²⁾.

الفقهاء متفقون على أحقية المحضون في السكن وإن ورد الاختلاف بينهم حول مدى أحقية الحاضنة في هذا الحق⁽³⁾. خاصة وأن الفقهاء أشاروا إلى مسألة مدى امتلاك المرأة الحاضنة لسكن، كما أن تقرير المشرع بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية بعد الطلاق حتى إتمام إجراءات التنفيذ، التي قد تطول مع طول مدة الإجراءات وإن كان يتمشى مع العرف في حالة عدم وجود مسكن لها؛ إلا أنه يوجب خروج الأب منه لأتتأجيران عن بعضا البعض غير أن ذلك يثير إشكالية سكنه خاصة في حالة عوزة⁽⁴⁾. فالأولى بالمشرع أن يجعل المقرر هو وجوب إسكان المحضون بما تيسر لهذا المطلق سواء بموجب كراء سكن أو شراءه، وعدم الاكتفاء بحصر النزاع في مسكن الزوجية، أو النص على بدل الإيجار الذي لا يكون تقديره في غالب الأحيان كافيا لتأجير غرفة ما بالك بشقة تحقق مصلحة المحضون.

حيث يتضح من خلال هذا النص أن المشرع قد كفل للحاضنة المطلقة الحق في السكن حتى ولو كانت حاضنة لابن واحد أو بنت واحدة على خلاف ما ورد النص عليه في المادة تعديلهما من

(1) _ الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الاسلام، دار وهبة القاهرة، 1983، ص297.

(2) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(3) _ ابن عابدين، حاشية رد المختار، المصدر السابق، ج03، ص562.

(4) _ السيد سابق، فقه السنة، المصدر السابق، ج02، ص221.

خلال عبارة "مع محضونها" أي أكثر من واحد مع نص المشرع على أنه من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة المتعلقة بالمكان ثبوت انحراف المرأة في عدم مراعاة حرمة هذا المسكن. مسكن الزوجية إذا كان وحيدا في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين واحد من الزوجين يمكنه الانتفاع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة كما نصت المادة 12/2 من المرسوم رقم 147-76 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر محلّ معد للسكن وتاب كما نصت المادة 467/2 من القانون المدني على أنه «لكاتب الترقية والتسيير العقاري على أنه "وفي حالة الطلاق، يؤول حقّ الإيجار وحقّ البقاء بالعين المؤجّرة للزوج المعين من قبل القاضي طبقا لأحكام المادة 467/2⁽¹⁾ من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني" وما يستفاد من هذه المواد المأخوذة من قوانين ومراسيم مختلفة، أنها تهدف إلى تمكين الأم المطلقة من مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة فالمادة 72 من قانون الأسرة تقيم واجب الزوج في توفير مسكن أو أجرته للأم المطلقة لممارسة الحضانة⁽²⁾.

أما المادة 467/2 من القانون المدني فإن المقصود من هذه الفقرة هو أنه في حالة الطلاق، يمكن للقاضي أن يُعيّن من بين الزوجين من يستفيد من حقّ الإيجار بالنظر إلى التكاليف المسندة إليه لا سيما حضانة الأولاد، ويدخل ذلك في إطار وجوب توفير مسكن لممارسة الحضانة، فمن خلال هذه المادة يمنح القاضي للزوجة حق الإيجار إن كانت حاضنة⁽³⁾.

و نفقة المحضون وأجرة الحاضنة:

و قد استمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على أن نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته المحضون من مال أبيه، إن لم يكن للمحضون مال، وهذا ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى

(1) _ الأمر 58-75 ، المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المعدل بالأمر 05-10 المؤرخ في المؤرخ في: 20 يونيو 2005.

(2) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(3) _ الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(4) _ الماوردي ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994 ج11ص478.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

تجدر الإشارة إلى كون الحاضنة قد تكون أما للمحضون وقد تكون غيرها فإن نفقة المحضون بكل مشتملاتها لا تسقط وتبقى على عاتق الأب، ولا أثر لعمل الأم أو الوضعية الاقتصادية، أو الاجتماعية التي تتمتع بها على استحقاق المحضون لنفقة الحضانة⁽¹⁾.

3- إجراءات دعاوى الحضانة، ومسؤولية الحاضن باعتباره متولي الرقابة في القانون:

فلا بد أن تتوفر في المدعي الصفة والمصلحة والأهلية كمبدأ عام طبقا للمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية⁽²⁾، ويعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 من قانون الأسرة، أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن ترعى هي مصلحة المحضون ويكون الاختصاص لمحكمة مكان ممارسة الحضانة، وللقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعد في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط، مع الإشارة أنه لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير.

أ- دعاوى الحضانة:

تكون دعوى الحضانة تبعية تثار تبعا لدعوى الطلاق حسب المادة 48 من قانون الأسرة سواء أنت دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذا رفعت الزوجة ضد زوجها أمام القضاء مطالبة بتطبيقها حسب إحدى حالات المادة 53 من قانون الأسرة أو خلعها حسب المادة 54 من القانون نفسه بطريقة شفوية أو كتابية، ويكون الفصل فيها بموجب حكم واحد مع دعوى الطلاق، كما أن المادة 57 مكرر من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة أجازت لقاضي الأمور المستعجلة الفصل في أمر الحضانة كتدبير مؤقت على وجه الإستعجال. بموجب أمر على ذيل عريضة، طالما كانت هناك دعوى متعلقة بالطلاق أمام قاضي الموضوع؛ وخشية إطالة الفصل فيها يلجأ إليه وذلك من أجل الحفاظ على مصلحة المحضون ورعايته، وخوفا من إلحاق الضرر به في ظل الخلافات القائمة بشأن الطلاق⁽³⁾.

(1) _ فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجديدة للنشر، بيروت، 1998، ص 292.

(2) _ القانون 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) _ إبراهيمي محمد، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007 ص 121-122.

كما أن دعوى الحضانة قد تكون دعوى أصلية كحالة الوفاة، أو فقدان الحاضن، وذلك بأن يرفعها الأشخاص المخول لهم قانونا ممارسة حق الحضانة أمام الجهة القضائية المختصة بذلك؛ عملا بأحكام المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية؛ فيصدر حكم يقضي بإسنادها إلى أحد الأشخاص المخولين قانونا. وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف عكس الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع التي لا تقبل ذلك إلا في جوانبها المادية عملا بأحكام المادة 57 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

ب - مسؤولية الحاضن باعتباره متولي الرقابة في القانون:

وإذا ما بحثنا عن العلاقة بين قانون الأسرة، والقانون المدني فيما يتعلق بأحكام الحضانة نجدتها تتركز في إشكالية مسؤولية متولي الرقابة عن أفعال غيره مسؤولية استثنائية، ذلك أن الشخص في الأصل يسأل فقط على أفعاله الشخصية الضارة بالغير، ولا يسأل عن أفعال غيره، أما الاستثناء فهو تحميله مسؤولية التعويض عن الأضرار التي تسبب فيها الخاضع لرقابته⁽²⁾.

الملاحظ للمشرع الجزائري في هذا المجال يتضح أنه عندما عدل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 نص في المادة 134 منه⁽³⁾ على أنه «كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

ومعنى ذلك أنه في حالة غياب الأب لأي سبب من الأسباب كالعمل في الخارج، أو المكوث في المستشفى لغرض العلاج، أو حتى في حالة الطلاق... إلخ، فإنه مع ذلك يبقى مسئولا عن تصرفات ابنه القاصر باعتبار الأب على قيد الحياة، غير أنه من ناحية الفقه القانوني فإن شراح

(1) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(2) _ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ج 02، 286-282.

(3) _ إذ نقل الفقرة الثانية من المادة 135 من القانون المدني قبل التعديل، وضمها للمادة منه بعد التعديل 134 لتصبح بفقرتين. وتنص الفقرة الثانية على وسائل دفع أو نفي مسؤولية المكلف بالرقابة عن عمل الغير، وقام بإلغاء المادة 135 منه نتيجة للانتقادات التي وجهت لها.

القانون انقسموا بشأن هذه الحالة إلى فريقين :

فريق أول يقول بأن الأب طالما بقي على قيد الحياة فهو مسؤول عن تصرفات أولاده القصر طبقا لما تمليه السلطة الأبوية، وأن تقرير حق الزيارة له كاف لقيام واجب الرقابة عليه.

وفريق ثان يذهب إلى القول باعتبار أن الرقابة الفعلية التي يشترطها القانون غير متوافرة في حالة الطلاق، فتنقل الرقابة إلى الأم ليس بصفتها ولية، وإنما بصفتها متولية للرقابة طبقا للمادة 134 على اعتبار أن تقرير المسؤولية دون ذلك يجافي العقل⁽¹⁾.

كما أن قانون الأسرة نص على هذه المسألة؛ لذلك وربطاً للعلاقة بين القانونين جاء تعديل المادة 87 من قانون الأسرة بموجب القانون 05-02 بإقرار القاعدة السالفة من أن الأب ولي؛ تحل الأم محله بعد وفاته، كما أورد إستثناء بحلول الأم محله في الأمور الإستعجالية حال غيابه، لذا قررت المادة بأن للقاضي أن يمنح الولاية لمن أسندت إليه الحضانة، عملاً بمبدأ إقرار المساواة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة في رعاية الأسرة إذ أصبحت الزوجة متساوية مع زوجها باعتبارها شريكا للرجل في الحقوق والواجبات⁽²⁾.

حيث تم التخلي عن النص صراحة على الطاعة، كما تم التخلي عن التمييز بين الحقوق والواجبات الخاصة بكل واحد منهما⁽³⁾، مع مراعاة الشروط الاتفاقية لهما وفق نص المادة 19 من قانون الأسرة، عملاً بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه «مقاطع الحقوق عند الشروط»⁽⁴⁾.

غير أن هذه الولاية التي يترتب عليها قيام مسؤولية متولي الرقابة يجب أن تتوفر فيها نوعين من الشروط: الشروط العامة لقيام مسؤولية متولي الرقابة عند صدور فعل ضار من المحضون، و الشروط الخاصة بالخاضع للرقابة

أولاً: الشروط العامة لقيام مسؤولية متولي الرقابة: صدور فعل ضار من المحضون؛ إذ يجب أن يصدر منه فعل ضار بالغير كشرط لقيام مسؤولية متولي الرقابة عن فعل

(1) _ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ج 2، 282-286.

(2) _ بجاوي أعمار، المساواة بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 24.

(3) _ وذلك بعد إلغاء التقسيم المفصل للحقوق والواجبات وفق المواد 35-36-37 من الأمر 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

(4) _ البخاري، باب الشُّرُوطِ فِي الْمَهْرِ عِنْدَ عُقْدَةِ النِّكَاحِ، ج 03، ص 408.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

غيره وفق نص عليه المادة 134 من القانون المدني بحيث «يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار». يمكن استخراج الشروط العامة لقيام مسؤولية متولي الرقابة استنادا لما نصت عليه المادة 134 من القانون المدني بعد التعديل؛ والتي يمكن حصرها فيما يأتي:

أ: التزام شخص برقابة شخص آخر:

يمكن أن يسأل الشخص عن عمل غيره عندما يكون ملزما برقابته في حالة ما إذا كان هذا الأخير بحاجة ماسة إلى هذه الرقابة وكذا إلحاقه إضرارا بهذا الغير، بمعنى مخالف فإن واجب الرقابة هو أساس مسؤولية المكلف بالرقابة مثلما تضمنته المادة 134 من القانون المدني⁽¹⁾.

ب: مصدر واجب الرقابة أو الالتزام بالرقابة

عند قراءة المادة 134 التي تنص في بدايتها على «كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص بحاجة إلى الرقابة..»⁽²⁾.

أي أن لهذه الرقابة مصدرين بالنسبة للمكلف بها، فإما أن يفرض هذا الإلزام بموجب القانون كالتزام الولي بالرقابة على الصغير، أو يترتب العقد كالتزام المعلم بالرقابة على تلاميذه، وأحسن مثال على ذلك الأشخاص الذين تجب عليه الرقابة قانونا هو الأب باعتباره وليا على النفس على أولاده القصر فالأب يتولاهاهم بموجب السلطة الأبوية التي حولها له القانون باعتباره المشرف الأول والراعي الأول ورب الأسرة قيد حياته، ومن بعد وفاته الأم⁽³⁾.

ثانيا: الشروط الخاصة بالخاضع للرقابة

نصت المادة 134 من القانون المدني على الشروط الخاصة بالخاضع للرقابة، ومن هذا المنطلق ذكرت الحالات التي يكون فيها هذا الشخص بحاجة إلى الرقابة سواء كان مميزا أو غير مميز، وهي أن يكون قاصرا، وأن تكون به عاهة عقلية، أو عاهة جسمية

(1) _ السعدي محمد صبري ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2011، ص181.

(2) _ الأمر 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المعدل بالأمر 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني .

(3) _ قدادة أحمد خليل، الوجيز في شرح القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر 2005، ص240.

1: بسبب القصر

القاصر في نظر القانون المدني: هو ذلك الشخص الذي لم يصل إلى سن التاسعة عشر من عمرة استنادا إلى نص المادة 2/40 منه التي تنص على أن: «سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة...»⁽¹⁾.

وتطبيقا لنص المادة 134 من القانون المدني ومبادئ الشريعة الإسلامية، نجد المادة تنص على أن المبدأ العام في تولي الرقابة القانونية هو الولاية.

والولاية على النفس في الشريعة الإسلامية منوطة بالعصبة من الذكور؛ ولا تنتقل الولاية على النفس للأم، وأنه للتوفيق بينهما ولمنع التعارض يمكن القول بأن الرقابة على القاصر تكون لأبيه، ومن بعد وفاته الأم.

وإذا لم يوجد للقاصر أب أو أم تنتقل إلى تطبيق حكم المادة 134، ويكون وليه على النفس هو الرقيب، وإذا لم يوجد ولي على النفس، أو وصي تكون الرقابة عليه اتفاقية.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة؛ إذا فبمفهوم المخالفة فابتداء من سن الثالثة عشر سنة إلى غاية سن التاسعة عشر سنة وفقا لنص المادة 40 من القانون المدني وهو سن الرشد، فإن القاصر في هذه المرحلة يصير مميزا، وعندها فهو ليس بحاجة إلى رقابة بقدر ما يكون بحاجة إليها في سن مبكرة جدا لكونه لازال بحاجة إلى رعاية وتوجيه⁽²⁾.

2 بسبب الحالة العقلية والحالة الجسمية:

لقد أضافت كذلك المادة 134 هاتين الحالتين بنصها على مايلي: «.. أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية» وهما حالتين تعتريان الشخص الراشد فتجعله خاضعا لهذه الرقابة وبحاجة إلى استمرارها عليه حتى وإن بلغ سن الرشد⁽³⁾.

أ- بسبب الحالة العقلية

وهي حالة مرضية تعتري عقل الشخص الراشد، وتصيبه بعارض من عوارض

(1) _ القانون 10/05، المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للمرسوم 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(2) _ فيلابي علي، الفعل المستحق للتعويض، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، ط الثالثة، 2012، ص 109-110.

(3) _ حسنين محمد، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1983، ص 183.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

الأهلية المتمثلة في الجنون والعتة، والغفلة ويصبح هذا الشخص بحاجة ماسة إلى الرعاية والعناية اللازمين لتدبير أموره من طرف متولي الرقابة، كما أن المادتين 42 و43 المعدلتين بموجب التعديل الأخير للقانون المدني وكذا ما أكدته المادة 81 من قانون الأسرة فهؤلاء الأشخاص المصابين بمثل هذه العاهات يجب أن يعين لهم وصي مثلما تنص عليه المادة 92 من قانون الأسرة أو مقدم مثلما تنص عليه المادة 99 من قانون الأسرة .

فقد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد رجلا كان أو امرأة، فلو أصيب البالغ لسن الرشد بجنون، أو عته، أو كان ذا غفلة، قامت الرقابة عليه لتجدد الحاجة إليها نظرا لحالته العقلية.

ب: بسبب الحالة الجسمية

بأن يكون الشخص مصابا بعاهة جسدية كفقدان البصر، أو عرج، أو شلل...، فهنا تولى الرقابة عليه اتفاقا من يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية.

ثانيا: أحكام الزيارة: من خلال تناول المقصود بها في الفقه والقانون، ومشروعيتها، وأصحاب الحق في ممارستها وشروطهم.

1- مفهوم حق الزيارة ومشروعيته

حق الزيارة من الحقوق الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية في مقابل حق الحضانة، وقد نص الفقهاء على أنه من المسائل المهمة التي ينبغي إعطاؤها الأولوية الكاملة بعد فك عرة الزوجية⁽¹⁾.

أ: مفهوم حق الزيارة: والتي يمكن تعريفها في اللغة، ثم في اصطلاح فقهاء الشريعة والقانون

لغة: مشتقة من الفعل زار، يزور بمعنى قصد، فقصد الشخص إكراما له واستئناسا به⁽²⁾.

أما اصطلاحا فتدل الزيارة على استحقاق والاستئثار بحق معين وهو المتمثل في الزيارة.

حق الزيارة في القانون: من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة، فنص قانون الأسرة بموجب المادة 64 على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة؛ بحيث

(1) _ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج8، ص193

(2) _ الفيومي، المصباح المنير، حرف الزاي، مادة الزور، ص260.

الإخلال بهذا الحق فيه إخلال بالرعاية الدائمة لمصلحة المحضون، بل رتب عقوبات جزائية لمن يعيث به⁽¹⁾.

فقد أظهر التطبيق العملي لممارسة حق الحضانة؛ والذي يأتي حق الزيارة كحق مقابل للطرف الآخر الكثير من الأخطاء في التي تفقده الحكمة، والمقصد الذي شرع من أجله، نظرا لافتقار التشريع الجزائري لنصوص تنظيمية لكيفية ممارسة هذا الحق، حيث أصبح ورقة ضغط وقوة في يد من أسندت إليه الحضانة من أجل الانتقام من الطرف الآخر، حيث أن مجرد الإشارة إلى هذا الحق من خلال جزء من فقرة في نص المادة 2/64 «وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة»، وعدم إفراده ولو بنص خاص بأحكام الزيارة والاكتفاء بالنص عليها عرضا في جزء من مادة متعلقة بأحكام الحضانة التي فصل المشرع في معظم الأحكام المتعلقة بها في عشرة 10 مواد قانونية⁽²⁾، أي أن المشرع آثر إسباغ أحكام الحضانة بالدور التشريعي؛ بينما ترك أحكام الزيارة -على الرغم من أن مسألهما مترابطة فيما يتعلق بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون- للدور الاجتهادي للقضاة؛ حيث منح صلاحية واسعة للاجتهاد القضائي في هذا المجال في كل المسائل المتعلقة بممارسة هذا الحق سواء من خلال تحديد صفة الأشخاص المخول لهم حق الزيارة، أو الشروط الواجب توافرها فيهم، أو من حيث تحديد مكان أو زمان ممارسة هذا الحق، أو مدة الاستفادة من هذا الحق، أو... إلخ، مما أوجب على القضاة الاستعانة باجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال فنجد منها مثلا فيما يتعلق بتحديد مدة الزيارة قرار الآتي: «متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم؛ ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين من كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽³⁾.

الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق

(1) - يتم التفصيل في الجرائم المتعلقة بحماية المحضون سواء تعلق الأمر بممارسة حق الحضانة، أم الزيارة من خلال المبحث الثاني لهذا الفصل.

(2) - حيث نص على مواد الحضانة أحكامها من المادة 62 على المادة 72 من قانون الأسرة.

(3) - المحلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم: 59784، المؤرخ في: 1990/04/16، العدد الرابع، 1991، ص 126.

الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه، والتعاطف معهم، ومن ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر، يكون قد حرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

مما يستلزم تعديل قانون والحاجة إلى التعديل لا تكون كافية إلا بإجراء الدراسات الفقهية والميدانية للوصول بالقانون إلى أفضل أحواله

فالمشرع الجزائري لما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين، أو إلى غيرهما، عليه أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه؛ ولو لم يطلب منه أحدهما، فقد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، وكان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة على أن يحدد معنى الزيارة، والحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن⁽²⁾.

ب: مشروعية حق الزيارة: دلت الشريعة الإسلامية على وجوب الزيارة لمن حرم حق الحضانة من الأقارب بعدة أدلة من القرآن والسنة، والإجماع، والمعقول.

- من القرآن:

وردت آيات كثيرة تدل على حق الزيارة في المعنى العام له، وأن لم تتضمن النص مباشرة عليها ومنها: قوله عز وجل ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾⁽³⁾ والأم إذا تخلت أو سقطت حضانتها فلا يسقط حقها في الزيارة استناداً إلى أدلة مشروعية الحضانة نفسها ولقد قال ابن عاشور⁽⁴⁾: «فتقيد أولوية أولى الأرحام بأنها في كتاب الله على أن

(1) _ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 385

(2) _ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 392

(3) _ سورة الأنفال، الآية: 75

(4) _ ابن عاشور هو: العلامة المفسر محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، ولد في تونس سنة (1296) هـ، الموافق (1879) م، من أسرة علمية عريقة. برز في عدد من العلوم ونبغ فيها، كعلم الشريعة واللغة والأدب، وكان متقناً للغة الفرنسية، أما عقيدته، في مسائل الاعتقاد وعلم الكلام: على مذهب الأشاعرة من حيث الأصل، تولى مناصب علمية وإدارية بارزة كالتدريس، والقضاء، والإفتاء، وتم تعيينه شيخاً لجامع الزيتونة.

ألف عشرات الكتب في التفسير، والحديث، والأصول، واللغة، وغيرها من العلوم، منها تفسيره المسمّى: "التحرير والتنوير"، و"مقاصد الشريعة"، و"كشف المغطا من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ"، و"أصول الإنشاء والخطابة"، و"النظر الفسيح عند مضائق الأنظار في الجامع الصحيح"، وغيرها من الكتب النافعة توفي في تونس سنة (1394) هـ، الموافق (1973) م، عن عمر يناهز الـ (98) عاماً.

ذلك حكم فطري قدره الله وأثبتته بما وضع في الناس من الميل إلى قرابتهم... (1).

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قَوْأ أَنفُسِكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ (2) مع حرمة السعي في التفريق بين الولد وأبيه، حتى وإن وجدت خشية من تأثر الولد ببعض أخلاق أبيه غير الصالحة، فهذا يعالج بحسن التربية، والتوجيه، وتجنب حمله على كراهيته، فإن ذلك محرم لما فيه من الدعوة إلى قطيعة الرحم، قال الله تعالى ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾ (٢٢) ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعَمَّى أَبْصَرَهُمْ﴾ (3).

— من السنة:

قال النبي ﷺ: «لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ قَاطِعٌ رَحِمٍ» (4). فعله ﷺ مع مرضعته (5).

— من الإجماع: لا خلاف موجود بين الفقهاء في وجوب أحقية من لم تسند إليه الحضانة في ممارسة الزيارة (6).

2- أصحاب الحق في ممارستها وشروطهم

لم ينص الفقهاء السابقون على صفة صاحب الحق في الزيارة، والملاحظ في الأشخاص الذين يمكنهم المطالبة بحق الزيارة في مقابل تمتع الآخر بحق الحضانة أنه إما يربط بالولاية على النفس، أو بصلة الرحم على النحو الآتي:

أ- علاقته بالولاية على النفس: بما أن المقرر شرعا أن الحضانة للنساء من جهة المرأة، وأن الولاية للعصابات، فمن ثبت له حق الحضانة؛ فإنه سيحظى بتمكين الآخر من حق الزيارة، أما حق الولاية فيطلق و يراد به «سلطة الولي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صيانتة، وحفظه،

(1) _ ابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ج11، ص93-92.

(2) _ سورة التحريم، الآية: 6.

(3) _ سورة محمد، الآية: 22-23.

(4) _ البخاري، كتاب الأدب، باب إثم قاطع الرحم، رقم الحديث: 5638.

(5) _ رواد مسلم، النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب رحمته ﷺ وتواضعه، ج15 ص75.

(6) _ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص 266 .

وتأديبه، وتعليمه، وتزويجه»⁽¹⁾.

وللولاية على النفس مرحلتان:

الأولى: ما كان عمل الولي فيها متمماً لتربية الطفل، ورعاية شؤونه بعد أن يبلغ السن التي تنتهي بها حضانة النساء.

والثانية: يستمر المحضون بعد انتهاء حضانة النساء، التي تكون بالحفظ، والصون بعد البلوغ⁽²⁾.

ولما كانت الزيارة جزءاً من هذه الولاية فأصحاب الحق فيها هم أصحاب حق الولاية على النفس، ولما كان الأولوية في الحضانة هم بالإضافة لجهة المرأة الأم، ثم الجدة لأم، فإن الأقرب في الولاية «الأقرب فالأقرب من أقارب القاصر العصبات بأنفسهم على ترتيب الإرث والحجب، فمن كان منهم مقدماً على غيره في الإرث فهو مقدم عليه في الولاية»⁽³⁾

ب- زمن حق الزيارة ومكان ممارستها:

1 زمن حق الزيارة: المتبع لدراسة حق الزيارة يجد أنه لا يوجد نص في الشرع أو القانون بتحديد زمن، أو وقت بداية الحق في المطالبة بالزيارة، وممارستها ليلاً أو نهاراً، صباحاً، أو مساءً، مع مقدار مدة مكوث المحضون معه، لذا اختلفت أقوال الفقهاء رعاية للمصلحة الأبناء، فالأولى أن تقدر المدة بحسب حال كل محضون، وحال والديه أو صاحب حق الزيارة بحيث لا تؤثر على حق الحضانة ومصلحة الصغير⁽⁴⁾، وإن كان جميعهم متفقون على أن الزيارة هي حق في مقابل الحضانة؛ وبالتالي يمكن القول أن ميعاد وجوب استحقاقها يبدأ مباشرة عند إسناد الحضانة للطرف الآخر⁽⁵⁾.

والقواعد التي تحكم تحديد المدة في القانون تمنح لمن تستبعد منه الحضانة حق الزيارة وهي لقاء الأب، أو الأم بالطفل المحضون، إما اتفاقاً أو بناء على حكم المحكمة التي تحدد أيام العطلة

(1) _ الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ط الثانية، دار قتيبة للنشر والتوزيع، ج1، ص107

(2) _ شليبي مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، ص769.

(3) _ ابو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص454 بتصرف.

(4) _ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج4، ص187، ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، ج4، ص187.

(5) _ بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص172.

الأسبوعية الجمعة، والسبت، والعطل الوطنية، والدينية.

والتي تنظم حق الزيارة بطريقتين:

- الأولى: اتفاقاً ورضاءً وتنظم بين والدي الطفل، فالهدف الأساسي هو تسهيل ممارسة حق الزيارة وليس تقييد حرية الأشخاص؛ فمتى ما وجد اتفاق بين الحاضن والشخص المطالب بالزيارة على مكان ممارسة هذا الحق، ولم يؤدي هذا الاتفاق إلى المساس بمصلحة المحضون؛ فإنه يستوجب على القاضي الموافقة عليه.

- الثانية: قضاءً بأمر القاضي وبصدور حكم الزيارة، وهذا ما يكون في غالب الأحيان نتيجة عدم الاتفاق أو نتيجة وجود حالات الغش والتحايل في تنفيذ بنود الاتفاق، مع الأخذ بعين الاعتبار في كل ذلك مصلحة المحضون والتي تعود للسلطة التقديرية للقاضي.

بالنسبة لسفر الحاضنة وأثره على حق الزيارة لارتباطه بعامل الوقت فإن الفقهاء اتفقوا

على منع الحاضنة من السفر، وتتلخص الحكمة من المنع في أمرين:

- تمكين الوليين متابعة رعاية الصغير برؤيته ومتابعة أحواله

- الخوف على الصغير من التخلق بأخلاق أهل البلد الذي سينتقل إليه - إن كان سيئاً،

وأن تلحقه الضيعة فيها.

قال الكاساني: إذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة، فإن كانت قريبة بحيث يقدر الأب أن

يزور ولده ثم يعود إلى منزله قبل الليل فلها- أي الأم - ذلك، لأنه لا يلحق الأب (1) كبير ضرر

بالنقل بمتزلة النقل إلى أطراف البلد قال الميرغنائي: «وإما إذا تقاربا - بلد السفر والمسافر (2) إليه-

بحيث يمكن للوالد مطالعة ولده في بيته فلا بأس».

2: مكان ممارسة حق الزيارة: إذا كان المحضون لدى أمه، أو وليه فعلى صاحب حق

الزيارة الانتقال إليه حيث يسكن حاضنه، ويجب على الحاضن تمكين صاحب حق الزيارة، ولا

يطلب ممن كان عنده المحضون أن ينقله إلى مكان صاحب حق الزيارة، بل غاية ما يطلب منه هو

تمكين صاحب حق الزيارة من ممارسة حقه بإخراجه من البيت إلى مدخله، أو إلى إحدى ساحاته

حيثما وجد سبيل لتحقيق هذا الحق، ودليل ذلك: إن تكاليف كل حق على صاحبه، كما في نقل

(1) _ الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج4، ص45.

(2) _ الميرغنائي، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج02، ص39.

المبيع فإنه على المشتري، ما لم يكن الاتفاق على خلاف ذلك، قال ابن عابدين: «إذا سقطت حضانة الأم وأخذ الأب لا يجبر على أن يرسله لها، بل هي إذا أرادت أن تراه لا تمنع من ذلك»⁽¹⁾، بالنسبة لشروط مكان ممارسة الزيارة عند الفقهاء فيشترط ألا يحصل فيه خلوة محرمة، فيما أن يكون المحضون عاجزا كأن يكون رضيعا عند أمه أو وليه، فإن أمه تخرجه إلى وليه بواسطة رجل من محارمها، أو بوجود محرم أو يدخل عليها زوجته أو إحدى محارمه لإخراج المحضون⁽²⁾.

أو يكون المحضون قادرا على المشي فإن الأم تأمر ولدها بالخروج لأبيه ليتمكن من رؤيته وبعد انتهاء المدة المتفق عليها يمكن إعادته إلى أمه⁽³⁾.

بالنسبة للمشرع فلم يشر إلى مكان ممارسة الزيارة غير أن قرارات المحكمة العليا في هذا المجال نصت: «من المستقر عليه فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه دون تضييق، أو تقييد، أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لأبنيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽⁴⁾.

كما قضت في قرار آخر بأنه «من المقرر شرعا بأنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة، ومتى تبين في قضية الحال أن قضية الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن في بيت المطعون ضدها فبد طلاقها أصبحت أجنبية عنه، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة»⁽⁵⁾.

(1) _ الشاطي، الموافقات في أصول الأحكام، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1997، ج4، ص110.

(2) _ قال ﷺ: " لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم" مسلم، الصحيح مع شرح كتاب الحج، باب سفر المرأة.

(3) _ الماوردي، كتاب النفقات، ص280، الشاشي القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، ط1، ج7، ص442.

(4) _ المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 79891، المؤرخ في: 1990/04/30، العدد الأول، 1992، ص55.

(5) _ المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 214290، المؤرخ في:

ج: شروط الزيارة وآدابها:

حتى تتحقق الغاية منها أحيطت بشروط يمكن أن إجمالها فيما يأتي:

- 1- الالتزام بالوقت والمكان المحددين للزيارة مع عدم اتخاذ هذا الحق ذريعة للإحلال بحق الحضانة
- 2- ألا يصادم حقاً للصغير: ولذلك لا يجوز لصاحب حق الزيارة المطالبة به في أثناء فترة نوم الصغير ليلاً، أو في أثناء فترة تعليم الصغير نهاراً، وكذلك وقت حر شديد أو برد شديد أو ضوضاء شديدة دون أن يهيئ ما يقيه منها. وقت إرضاعه إذا كان لا يرضع إلا في ذلك الوقت.
- 3- أن لا يخشى على المحضون الهرب أو السفر به من صاحب حق الزيارة إذا كان هدد بذلك أو سبق له الهرب به.
- 4- أن يكون مسؤولاً عن الصغير خلال فترة الزيارة ولا يهمله؛ بل يبقى تحت رقيبته طوال هذا الوقت لحاجته في هذا السن لذلك، وأن لا يستخدمه للتأثير على الحاضن للتنازل عن حقه.

البند الثاني: النسب

يعد النسب من الحقوق الأساسية للطفل، ويثبت نسب الطفل حسب المادة: 40 من قانون الأسرة بالزواج الصحيح، وبالإقرار، وشهادة الشهود، وبنكاح الشبهة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياءاً له ونفيه قتلاً له، فهو من أهم المقاصد التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية بالغة، ولقد حث الشرع على المحافظة عليه، إذ تولاه الله عز وجل بتشريعه، ومن مظاهر عناية الإسلام بالنسب أنه بالغ في التهديد الآباء والأمهات عند الإقدام على إنكار نسب أولادهم⁽¹⁾.

و لقد اهتم المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد² و تبين طرق إثباته ، لكونه الهدف

1998/12/15، عدد خاص، 2001، ص194.

(1) _ عبد الله الدرقاوي: إثبات النسب بين الشريعة وقانون الأسرة، مقال منشور بمجلة البحوث، العدد 4، السنة 3، يونيو 2005، ص 104.

2_ النسب لغة: يدل على معنى الاتصال، والاشترار بين الشيعين . ابن فارس محمد أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الجليل، بيروت، ج005ص288، ولقد سبقت الإشارة إلى تعريفه من خلال عنصر اثبات الزواج. اصطلاحاً: لا يعيد المعنى اللغوي للنسب في الحقيقة عن المعنى الاصطلاحي الشرعي، ولذلك لم يهتم الفقهاء كثيراً بوضع تعريف خاص للنسب لوضوح معناه، واشتهار دلالتة من جهة اللغة، ومن تعريفاته أنه علاقة قري تقوم بين أشخاص على أساس

الأسمي من الحياة الزوجية، وحق إثبات نسب الطفل ليس مقصوراً عليه؛ وإنما هو حق مشترك بين الطفل، والأب، والأم، وهو أيضاً حق لله تعالى، ولعل سبب ثبوت نسب طفل الزنا لأمه هو الولادة، فقد حرص الإسلام على أن ينسب الولد لأبيه لقول رسول الله ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽¹⁾، في دائرة الأسرة التي تقوم على النكاح المشروع في قوله تعالى: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾⁽²⁾ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴿⁽²⁾ فممنع بذلك حكم التبني؛ عندما صار زيد بن حارثة يسمى بهذا الاسم ولم يعد يسمى زيد بن محمد.

ووافق المشرع الجزائري الشرع في ذلك؛ إذ التبني ممنوع تطبيقاً لنص المادة «يمنع التبني شرعاً وقانوناً»، أما المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة⁽³⁾ فقد تضمنت النص على طرق إثبات النسب وحددتها بكل من الزواج الصحيح، والفساد والدخول بالشبهة، والإقرار، والبينة، ومع التطور العلمي كانت هذه المادة محل تعديل حيث تم استبدال في نص المادة 40 "حرف الواو" بـ"أو" في الفقرة الأولى حتى لا يفهم أن إثبات النسب يقتضي مجموع أدلة الإثبات مجتمعة فكان حرف الواو حرف عطف يفيد الربط والتثبيت و"أو" تفيد التخيير⁽⁴⁾.

أولاً: الزواج الصحيح: بمعنى أن الطفل الناتج عن العلاقة بين الزوجين ينسب إلى أبيه فأساس ثبوت النسب هو الزواج الصحيح، لقول رسول الله ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽⁵⁾ والعاهر هو الزاني وله الحجر أي له عقوبة الرجم، والملاحظ أن المشرع أخذ بمذهب الجمهور في جعل الدخول سبباً من أسباب ثبوت النسب⁽⁶⁾، فالمولود يتمتع منذ ولادته بنسب أبيه

صلة ناتجة عن رابطة الدم؛ أي يكون الشخص معلوم الأب، لا لقيطاً، أو مولوداً لا نسب له معلوم مصداقاً لقوله تعالى

﴿ وَجَعَلُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَنَّةِ نَسَبًا ﴾ وقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا نُفِخَ فِي الصُّورِ فَلَا أَنْسَابَ بَيْنَهُمْ يَوْمَئِذٍ وَلَا يَتَسَاءَلُونَ ﴾

(1) _ البخاري: الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، حديث رقم: 2053، ج 02، ص 75.

(2) _ سورة الأحزاب، الآية: 4 و 5.

(3) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(4) _ بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص 109

(5) _ البخاري: كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، حديث رقم: 2053 الجامع الصحيح، - 75/2

(6) _ ابن رشد: بداية المجتهد، ج 02 ص 118 الشوكاني: نيل الأوطار، ج 12 ص 536-537

ولا يهم مطلقاً إثبات هذا النسب وقت الميلاد أو بعده⁽¹⁾.

جمهور الفقهاء: ذهبوا إلى أن الفراش يحدث بالعقد فالعقد الصحيح هو السبب في ثبوت النسب بشرط إمكان الدخول⁽²⁾ ويخالفهم في ذلك مذهب الحنيفة الذين ارتكزوا على المصلحة في ثبوت نسب الولد بمجرد العقد ولو لم يتصل الرجل بزوجه⁽³⁾.

وفقاً لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة فإنه من ضمن ما يشترط لإثبات نسب المولود من أبيه أن يمكن الاتصال بين الزوجين، فالمادة صريحة بالأخذ بما ذهب، واستقر عليه جمهور الفقهاء من أن النسب يثبت بالعقد مع إمكان الدخول، وقد ذهب ابن تيمية: إلى أكثر من ذلك فقد اشترط الدخول المحقق أي لا يثبت النسب بالفراش إلا بمعرفة الدخول الحقيقي، وحجته في ذلك أن العرف وأهل اللغة لا يعدون المرأة فراشاً إلا بعد البناء بها⁽⁴⁾.

والراجح في ذلك أن مبنى الشريعة الإسلامية الحرص على حفظ الأنساب، واستقرار الأسر وبذلك يترجح رأي الجمهور لأن الوقوف على الوطء الحقيقي أمر متعذر فأقاموا الدليل على إمكانية إثبات النسب بالخلوة بعد العقد.

و ينسب الولد لأبيه بتوفر الشروط التالية:

1- **صحة عقد الزواج:** وذلك باكتمال شروطه، وأركانها، مع وجود الاتصال بين الزوجين وهذا ما نص عليه المشرع من خلال المادة 41 قانون الأسرة «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينهه بالطرق المشروعة»⁽⁵⁾ وصحة الزواج تقترب بتوفر ركنه الأساسي المتمثل في الرضا، وشروط صحته طبقاً للمادتين 9 و9 مكرر قانون الأسرة.

2- **أن يكون الاتصال ممكناً:** ومعناه حدوث التلاقي بين الزوجين فعلاً؛ والذي يتأكد

(1) _ المادة 61 من قانون الحالة المدنية تنص «بصرح بالمواليد خلال 5 أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية...»، والزوجية سواء بالزواج الصحيح، أو الفاسد، أو بنكاح الشبهة تثبت النسب بالإقرار، أو البينة أو بالطرق العلمية متى وجدت إمكانية الاتصال بين الزوجين، مع عدم نفي الولد بالطرق المشروعة. أما المادة 43 من قانون الأسرة نصت على حالة ثبوت النسب من الأب بعد الفرقة من طلاق أو وفاة: «ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة»

(2) _ ابن رشد محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج2 ص31.

(3) _ عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، سنة 1976 ص 16.

(4) _ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، دار المعرفة، بيروت، دت، ص278

(5) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

بالخولة الصحيحة؛ وهذا ما يشير إشكالية بنوك الأجنة حيث أخذ المشرع بما ذهب إليه جمهور الفقهاء على اشتراط التلاقي بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج حسب المادة 41 قانون الأسرة.

3- أن لا ينفيه الزوج عنه بالطرق المشروعة: ويقصد بالطرق المشروعة لنفي النسب، نفي النسب باللعان وإن لم ينص عليه المشرع صراحة إلا أنه يفهم من خلال نص المادة 138 قانون الأسرة: «يمنع من الإرث اللعان والردة»، إضافة إلى ذلك فإن هناك طرقا علمية لنفي النسب، بموجب المادة 41 عدم نفي الأب نسب الطفل ويتهم زوجته بالزنا مما يستوجب اللعان.

4- أن يولد الولد بين أقل وأقصى مدة للحمل 6 أشهر _ 10 أشهر: فحسب المادة 42 قانون الأسرة أن «أقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر» وتبدأ حساب مدة ستة 6 أشهر من يوم إبرام عقد الزواج لأنها تحل لزوجها من يوم الزواج لاحتمال أنه قد يكون اختلى بها بعد إبرام العقد. هذه المدة أكدتها المادة 60 «عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة»، ولكن المادة حسمت الأمر بالطلاق تم تبدأ 10 أشهر من يوم صدور الحكم بالطلاق أو من يوم وفاته، زوجة المفقود إذا طلبت الطلاق بعد سنة من فقدانه ينتسب الطفل لأبيه إذا وضعته خلال 10 أشهر من تاريخ صدور الحكم بالفقدان، أما إذا وضعت بعد ذلك فلا ينسب إلى أبيه، إذا انتظرت سنة لتطلب التطليق فإن 10 أشهر تبدأ حسابها من يوم صدور الحكم بالفقدان⁽¹⁾، أما في حالة الزواج العرفي فإنه يأخذ حكم الدخول وليس العقد إذا استوفى أركانه الشرعية لا ينقصه إلا إثباته في وثيقة رسمية يثبت بها النسب، استنادا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري «يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي»⁽²⁾.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة «فالعقد الصحيح هو السبب الشرعي لثبوت نسب الولد، أثناء قيام الزوجية أو بعد الفرقة بين الزوجين سواء من طلاق أو وفاة⁽³⁾، خاصة وإن الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية أصبحت تلعب دورا مهما في تحديد نسب الطفل⁽⁴⁾ الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يدرج الطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب متى كانت العلاقة شرعية ضمن نص المادة 40 من قانون الأسرة وهذا

(1) _ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط الأولى 1984 ص 358

(2) _ هلال يوسف، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من الناحية الشرعية والقانونية، 1995، ص 82.

(3) _ الشافعي أحمد محمود، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1987، ص 141.

(4) _ تشوار الحيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، 2001، ص 163

تماشياً مع التطور العلمي لوسائل الإثبات.

ثانياً: ثبوت النسب بالزواج الفاسد، ونكاح الشبهة: القاعدة أن الفراش أو الزوجية الصحيحة يثبت بهما النسب؛ إلا أن المصلحة تقتضي إثبات النسب في الزواج الفاسد، وفي نكاح الشبهة وذلك حماية للأعراض، وحماية للنسب من الضياع، فهو نكاح من حيث الجملة لحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أنه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَحَهَا بَاطِلًا، فَنَكَحَهَا بَاطِلًا، فَنَكَحَهَا بَاطِلًا، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»⁽¹⁾.

قال الشاطبي: «وهذا تصحيح للمنهى عنه من وجه لذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد»⁽²⁾، ولأنه وطئها معتقداً أنها زوجته وقد جاء في الحديث «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽³⁾، ولأن النسب يحتاط في إثباته للقاعدة الفقهية: كل نكاح يدرأ عنه الحد فالولد لاحق بالواطئ⁽⁴⁾؛ والنكاح المختلف في انعقاده بين الفقهاء لأحد فيه⁽⁵⁾، ويشترط له الفقهاء الشروط نفسها المطلوبة في الزواج الصحيح من حيث إمكانية الحمل من الزوج، والدخول بالمرأة، وأن يكون الحمل في المدة المحددة سواء بالنسبة لأدنى، أو أقصى مدة الحمل.

أما المشرع فقد نص في المادة 40 من قانون الأسرة على أنه يثبت النسب بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد: 32 و 33 و 34 من هذا القانون. والتي يمكن التفصيل فيهما وفق ما يأتي:

أ- ثبوت النسب بالزواج الفاسد:

الزواج الفاسد هو كل عقد وجد فيه الرضا، ولكنه فقد شرطاً من شروط صحته الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، فالفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائي على العقد الفاسد والفسخ يكون وفقاً للمواد 02/33 و 34 من قانون الأسرة

(1) _ أخرجه الترمذي في سننه، باب: لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: 1101، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998، ج 02، ص 398.

(2) _ الشاطبي إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، دت، ج 04، ص 204.

(3) _ أخرجه البخاري في مواضع متفرقة منها في كتاب الرضاع، باب: الولد للفراش حرة كانت أو أمة، حديث رقم: 6749، ج 08، ص 153.

(4) _ المرغاني علي أبو بكر، الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية، بيروت، دت، ج 01، ص 211.

(5) _ ابن حزمي محمد بن أحمد، قوانين الأحكام الشرعية، دون معلومات النشر، ص 140.

- إذا تم الزواج دون شاهدين، أو صداق، أو ولي في حالة وجوبه هذا قبل الدخول، أما بعد الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل.

فالمشرع لا يعترف بثبوت النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول، بل يعتبره زنا بينما نص على إلحاق النسب به بعد الدخول في حال وجود حسن النية.

- إذا اشتمل الزواج على مانع قانوني، أو شرعي من الموانع المؤبدة، أو المؤقتة فإنه يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب العدة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها⁽¹⁾.

وعند ثبوت شروط النسب من الزواج الفاسد يعترف به بعد الدخول، وتترتب عليه بعض الآثار القانونية ومنها ثبوت النسب، الإرث، النفقة، الحثية من ضياع نسب الولد حرصاً على مصلحته، وإعمالاً لمبدأ «وجوب الاحتياط لثبوت النسب حفاظاً للولد من الضياع» لكنه يشترط في ذلك شروطاً.

- أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة التي عقد عليها عقداً فاسداً، كأن يدعيه الأب بكيفية لا يرفضها العقل ولا العادة، وأن تأتي المرأة بالولد في أقل مدة للحمل وهي 6 أشهر.

أما بطلان الزواج فقد قرر المشرع من خلال المادتين 32 و33 من قانون الأسرة إذا احتل ركن الرضا، ومنه فقد قرر المشرع الجزائي البطلان في حالتين هما:

- اشتغال العقد على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته.

- اختلال ركن الرضا فيه.

ب: ثبوت النسب بنكاح الشبهة⁽²⁾:

نكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، ولقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يحو وصف الزنا، وهو ما أخذ به المشرع

(1) _ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم: 39362، المؤرخ في: 1986/02/03 الذي نص على حرمة الزواج بالخصنة، المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المؤرخ في 1986/11/27، العدد الأول، ص 72 الخاص بمنع الزواج بمطلقة طلاق بائن بينونة كبرى، إلا بعد الزواج مرة ثانية من غيره مع وجوب تحقق الدخول....

(2) _ الشبهة لغة: الالتباس والاختلاط، وفي الاصطلاح: ما به يشتبه أمر بأمر لم يتعين كونه حراماً أو حلالاً، لا خطأً أو صواباً. ينظر: الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، ط الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ، ص 165.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

الجزائري في نص المادة 40 من قانون الأسرة، وفي ذلك يقول الإمام أبو زهرة: «أن الزنا لا يثبت نسبا، لقول النبي ﷺ: **الولد للفراش وللعاهر الحجر**» ولأن ثبوت النسب نعمة، والجريمة لا تثبت النعمة، يستحق صاحبها النعمة، والزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقطه للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة، أو تسقط الحد فقط، فإن النسب يثبت على الراجح⁽¹⁾.

لقوله تعالى: ﴿ وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا ﴾⁽²⁾ وقد ثبت عند جميع الأمة أن «الحدود تدرأ بالشبهات» مما يعني أن الأحاديث والآيات القرآنية تحتم على كل إنسان أن لا يشهد ولا يحكم على أحد أنه تولد من حرام إلا بعد الجزم، واليقين أنه ليس في واقع الأمر أي نوع من أنواع الشبهة⁽³⁾.

والدخول بشبهة على ثلاثة أنواع، لأن الشبهة إما أن تكون شبهة الملك، أو شبهة العقد، أو شبهة الفعل.

1 شبهة الملك: وتسمى أيضا شبهة الحكم أو شبهة في المحل، بأن يشتهبه الدليل الشرعي على الرجل، فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين أنه غير مباح له ومن أمثلتها: أن يجامع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها منه، ظنا أن جماعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقا رجعيًا اعتمادا على قول الرسول ﷺ: «**الكنايات رواجع**»⁽⁴⁾ فان النسب يثبت للولد الحاصل في الوطاء بناء عليها إن ادعاه الواطئ، وذلك لأن الفعل ليس يزني لوجود الشبهة في المحل⁽⁵⁾.

2: شبهة بالعقد: وهذه الصورة من الوطاء تحصل غالبا في نكاح المحارم؛ كأن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية على اعتقاد أنها حل له وهو حل لها، ثم يتضح بعد الدخول أنها أخته من الرضاع مثلا، وهو بذلك يشبه إلى حد بعيد الزواج الفاسد من حيث أحكامه وأثاره عند الإمام مالك، وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة في نكاح المحارم فإنه يجد

(1) _ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 150.

(2) _ سورة البقرة، الآية رقم: 83.

(3) _ سميح عاطف الزين، العقود مجمع البيان الحديث، موسوعة الأحكام الشرعية، دار الكتاب المصري، ط 1994 ص 186.

(4) _ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة أولى 1984 ص 361

(5) _ الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية أبيروت، لبنان، 1988، ج 04، ص 123

لذلك حد الزنا، ما دام أنه عامد عالم بالتحريم ولا يثبت به نسب⁽¹⁾، أما إذا لم يكن عالماً بالحرمة، فإن الحكم عندهما هو الحكم عند أبي حنيفة فيسقط الحد ويثبت النسب⁽²⁾.

3: شبهة الفعل: وفيها يعتقد الشخص حل الفعل، من غير دليل قوي أو ضعيف، ومن أمثلتها أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثاً في العدة⁽³⁾ يرى البعض أن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء، في أية حالة من حالاتهما، وذلك لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بغير الفراش ويرى غيرهم من الفقهاء أن هذا عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للولد الحاصل من وطء فيه⁽⁴⁾.

ثانياً: وسائل إثبات النسب: تتعدد وتختلف وسائل إثبات النسب بين الشرع والقانون، فمنها ما هو متحد ومشارك بينهما ومنها ما هو مختلف بينها سواء أكان مصدرها النصوص أم العلم الحديث.

1: وسائل إثبات النسب المشتركة:

الوسيلة الأولى: الإقرار: وهو الإقرار، اعترف بالشيء أي أقر به، لقوله تعالى ﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَأَشْهَدُوا وَإِنَّا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾⁽⁵⁾. وهو إعلان الشخص صراحة أن شخصاً معيناً ابنه أو ابنته سواء كان المقر رجلاً، أو امرأة وسواء كان المقر له ذكر أو أنثى. ويعبر عنه الفقهاء بمصطلح الاستلحاق⁽⁶⁾.

دلت النصوص على شرعية الإقرار ومنها: قوله تعالى ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَلَيْسَ الْبَطِلُ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾⁽⁷⁾. وحديث الرسول ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَىٰ قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنْهُمْ».

(1) _ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثانية 1989، ص 214.

(2) _ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 05، ص 260.

(3) _ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 81.

(4) _ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 362.

(5) _ سورة آل عمران، الآية رقم: 81.

(6) _ الاستلحاق لغة: الادعاء، أما اصطلاحاً: فقد عرفه ابن عرفة بأنه: ادعاء المدعي بأنه أب لغيره. ينظر: الخطاب، مواهب

الجليل، المصدر السابق، ج 05، ص 238.

(7) _ سورة النحل، الآية رقم: 72.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخريين»⁽¹⁾.

ثبوت النسب بالإقرار عند المشرع تضمنته المادتان 44 و45 من قانون الأسرة الجزائري فقد نصت الأولى على أن: «يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة».

ونصت الثانية على أن: «الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه»⁽²⁾.

و من هذين النصين نستخلص أنه يوجد نوعين من الإقرار وهما: - الإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة.

- الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة.

1: الإقرار بالبنوة أو الأمومة أو الأبوة: وهو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول

على المقر نفسه، هذا النوع من الإقرار يثبت به النسب متى توفر شرطين مهمين:

أ- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب⁽³⁾ من جهة الأب إذا كان الذي يدعيه رجلا، أو من جهة الأم إذا كانت التي تقر به امرأة، لأنه إذا كان المقر له معلوم النسب إلى أب معين لم يصح الإقرار وأصبح تبنيًا، وبالتالي حكمه المنع استنادًا لأحكام المادة 46 من هذا القانون.

ب- أن يصدقه العقل والعادة: وهو ما يعني أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد

للمقر، فإذا لم يكن بينهما فارق في السن يسمح بأن يلد المقر مثل المقر له؛ بطل هذا الإقرار لاستحالة هذه الولادة، فلا يثبت نسب لا يعقل أن يكون سن المقر بالأبوة عشرين سنة مثلاً بينما المقر له بالبنوة في العشر سنوات.

كما يشترط لصحة هذا الإقرار أن لا يصرح المقر أثناء إقراره بأن ابنه من زنا، كون الزنا

جريمة لا تصلح للنسب⁽⁴⁾.

(1) - أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: التغليظ في الانتفاء، حديث رقم: 2263، ج2 ص 279

(2) - القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ

في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(3) - ويعتبر ابن الملاعن في حكم معلوم النسب فلا يجوز ادعاؤه أو الإقرار بينوته لاحتمال تكذيب الملاعن نفسه

(4) - أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص 155.

وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: «إن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف، بأنه كان يعاشرها حبه جنسيا فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق الولد بأبيه خرقوا بذلك أحكام الشريعة الإسلامية».

2- الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة: ويسمى أيضا بإقرار نسب المحمول على الغير، هذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلا للآخر، ولا فرعاً له؛ وإنما قريبه قرابة الحواشي، أي لهما أصل مشترك هو أبوهما، إن كان الإقرار بالأخوة، أو جد المقر وأب المقر له إن كان الإقرار بالعمومة، لصحة هذا الإقرار يجب توفر الشرطين السابق ذكرهما: بأن يكون الشخص الآخر مجهول النسب، وأن يصدقه العقل والعادة، ولقد أضاف الفقهاء شرطاً ثالثاً إليهما وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار.

وفي حالة العمومة فإنها تنشأ بينه كمقر بها وبين المقر له، ولكن لا تلزم الجد إلا إذا وافق على هذا الإدعاء ولم يكذبه، وأن يقيم المقر البيئة على إقراره⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة «الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة، لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه»⁽²⁾، وهنا الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى آثارها المقر والمقر له فآثار ثبوت النسب بالإقرار بالبنوة والأخوة والعمومة فيها حالتين :

الحالة الأولى: عندما يقع التصديق من الأب، أو الجد تنتج آثاره القانونية من توارث، ونفقة... إلخ.

الحالة الثانية: عندما لا يقع التصديق من الأب، أو الجد في إقراره بالنسب من الأب عند الأخوة، ومن الجد عند العمومة لا يلزم من أنكر منهما وكذبه؛ وإنما يلزم فقط من أقر بالأخوة، والعمومة، وهو أيضا موقف الفقه الإسلامي بلا خلاف⁽³⁾.

إن لقانون الحالة المدنية في مسألة الإقرار بالنسب؛ دور هام في ضبط هوية الأشخاص من خلال جمع كافة المعلومات المتعلقة بهم ابتداء من تاريخ ميلادهم، وأسمائهم، وأسماء آبائهم،

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج03، ص418.

(2) القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(3) سعد فضيل، المرجع السابق، ص 221، 222.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

ومكان ازديادهم، ويظهر دوره كذلك في تحديد هوية الأفراد والمساهمة في المحافظة على أصالة الأمة وتاريخها.

فبالنسبة لدوره في إثبات النسب نجد أن قانون الحالة المدنية بنص «يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحال المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات.

لا يجوز لضابط الحالة المدنية عندما لم يعلن عن الولادة في الأجل القانوني أن يذكرها في سجلاته إلا بموجب حكم يصدره رئيس محكمة الدائرة التي ولد فيها الطفل مع البيان الملخص في الهامش لتاريخ الولادة، وإذا كان مكان الولادة مجهولا فيختص رئيس محكمة محل إقامة الطالب»⁽¹⁾

فقد نظم التصريح بالولادة في شقين: - عن طريق التصريح المباشر أي أنه يقوم بالتصريح بالولادة لمحل وقوعها.

- عن طريق التقييد بناء على حكم قضائي.

الوسيلة الثانية: ثبوت النسب بالبينة: لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف.

البينة لغة: مأخوذة من البيان والوضوح، وعدم خفاء⁽²⁾.

اصطلاحا المراد بها: الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة الحواس كالسمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات الواردة في قوانين الإجراءات، ولكلمة البينة معنيان:

- معنى عام: وهو الدليل أيا كان نوعه، كتابة، قرائن، اعتراف، شهود

- معنى خاص: وهو شهادة الشهود دون غيرها⁽³⁾

ولقد نصت المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو

(1) _ الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم: 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014.

(2) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(3) _ تمت الإشارة إلى تعريفها بالتفصيل من خلال الباب الأول من البحث.

بالإقرار أو بالبينة»

فالبينة عند المشرع يقصد بها المعنى الخاص؛ إذ المشرع استعمل في النص العربي مصطلح "البينة" وفي النص الفرنسي مصطلح:

«فهذا المصطلح بشموله يفهم منه أن مقصود البينة هو المعنى العام (1) PREUVE لكن المقصود من البينة في مجال إثبات النسب هو الشهادة دون غيرها من الأدلة، والدليل ذلك:

1: ما هو معمول به قضائياً: ومن ذلك قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه «حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعلت له قواعد إثبات مسطرة، وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم كطريقة علمية التي ذهب إليها قضاة الموضوع، مما دل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحكومية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس» (2).

المحكمة العليا في هذا القرار رفضت فحص الدم من طرف خبير طبي، واعتماده كدليل مثبت للنسب، مؤسسة رأيها على أن إثبات النسب حددته المادة 40 من قانون الأسرة؛ وبالتالي فلو كان المقصود بالبينة المعنى العام لما تم رفض في هذا القرار.

2: الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الذي استحدث الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تترع أي إشكال في تأويل معنى البينة الوارد في نص المادة 40 من قانون الأسرة، وبالتالي يتم التطرق إلى البينة بمعنى شهادة الشهود.

الشهادة لغة: مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة، لأن الشاهد يخبر عما شاهده وعيانه ومعناها الإخبار عما علم بلفظ أشهد أو شهدت وهي مأخوذة من الإعلام (3) من ذلك قوله تعالى ﴿ شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ﴾ (4).

اصطلاحاً: عرفها ابن عرفة «الشهادة قول بحيث يوجب على الحاكم سماعه والحكم

(1) _ مجلة الخمامة ، التعليق على قرار المحكمة العليا الصادر في 15/06/99. من إعداد: لخلو غنيمه، ص51.

(2) _ المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، ملف رقم 2226، بتاريخ 15-06-1999 عدد خاص 2001، ص 88.

(3) _ عبد الكريم شهبون ، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مكتبة الرشاد، السطات، المملكة المغربية، 2006، ص368.

(4) _ سورة آل عمران، الآية رقم: 18

بمقتضاه وإن عدل قائله مع تعدده وحلف طالبه»⁽¹⁾

والأصل في شرعية الشهادة الكتاب والسنة، فأصلها في الكتاب قوله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾⁽²⁾.

أما السنة، ما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن أن النبي ﷺ قال «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»⁽³⁾.

وقد يكون إثبات النسب بشهادة السماع.

و التي عرفها ابن عرفة بقوله: «ما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع من غير معين»، أي إخبار الشاهد أمام القضاء أنه قد سمع سماعاً فاشياً لواقعة ما قد تحققت⁽⁴⁾.

وشهادة السماع أجزت للضرورة على خلاف الأصل إذ الأصل أن الإنسان لا يشهد إلا بما تدركه حواسه، وتشترك شهادة السماع مع شهادة العدلين في أحكام كثيرة في مجال النسب، ولقد أجمع أهل العلم على صحة شهادة السماع في النسب كالولادة⁽⁵⁾.

ومما سبق يمكن القول أن الإقرار، والبينة يعتبران من الأدلة العامة في إثبات النسب وفي غيره، وهي الأدلة ذاتها التي يتعامل بها القضاء، كما تفيد الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة المضافة بموجب الأمر 05-02 بأنه يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة لكن يشترط لذلك أن تكون المعاشرة بين الرجل والمرأة تستند إلى علاقة شرعية، بحيث إذا كانت المعاشرة خارج إطار عقد الزواج فإن الإقرار، أو البينة، أو الإثبات بالطرق العلمية لا قيمة له ولا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال كوسائل أو أدلة لإثبات النسب⁽⁶⁾.

(1) _ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج02، ص357.

(2) _ سورة الطلاق، الآية رقم: 2.

(3) _ البخاري، المصدر السابق، كتاب التفسير، سورة آل عمران، باب " إن الذين يشتركون بعهد الله وإيمانهم ثمنا قليلا"، ج06، ص41.

(4) _ محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، ص30.

(5) _ اشترط الفقه المالكي مجموعة من الشروط، حتى ترتب شهادة السماع آثارها منها: - الاستفاضة: بأن يكون عدد من نقلت عنهم الشهادة غير معين عن طريق كثرة الخبر وانتشاره، - السلامة من الريبة، - أداء اليمين، - عدم تعيين المنقول عنهم: ومنها أن يقول الشهود سمعنا أو لازلنا نسمع سماعاً فاشياً من العدول بأن فلان ابن فلان يدنيه منه في مجلسه ويعامله معاملة الأبناء .

(6) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

ثانيا: ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة:

كانت مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي، بحيث اتخذ بعض الفقهاء اتجاهه موقف المرتاب والرافض للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب بحجة أن اللعان يعتبر الوسيلة الوحيدة لنفي النسب لقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ زَوْجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ ﴾⁽¹⁾، وفي ذلك تكريس لمقاصد الشريعة الإسلامية في عدم قطع الأنساب؛ فالخبرة الطيبة لا تصلح لإثبات النسب، أو نفيه لأنها قائمة على الاحتمال؛ فلا داعي لإضافة وسائل أخرى مستحدثة بدعوى التقدم العلمي، ولا اجتهاد مع نص ذلك أن الرسول ﷺ أيده الله عز وجل بالوحي في قوله تعالى ﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ﴿٢﴾ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴿٤﴾ ﴾⁽²⁾، وقد ثبت عنه ﷺ أنه قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽³⁾.

وهو الموقف الذي كان مطبقا لدى المشرع قبل تعديل قانون الأسرة، وجسده التطبيق القضائي، من ذلك قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه «حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعلت له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تنفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم كطريقة علمية التي ذهب إليها قضاة الموضوع، مما دل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحكومية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس»⁽⁴⁾.

يتضح من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا طبقوا النص الحرفي للمادة 40 لقانون الأسرة قبل التعديل، بحكم اللجوء لأي طريقة من الطرق العلمية يعد تجاوزا للسلطة، وهو الموقف ذاته الذي تبناه المجلس الإسلامي الأعلى بالنص على عدم جواز استعمال الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب

(1) _ سورة النور، الآية: من 6 إلى 8.

(2) _ سورة النجم، الآية رقم: 03-04.

(3) _ أخرجه البخاري و مسلم، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب تفسير الشبهات، حديث رقم: 2053، ج2 ص75.

مسلم النووي، المنهاج : شرح النووي على صحيح مسلم ج10 ص37-38

(4) _ المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف2226، بتاريخ 15-06-1999 عدد خاص 2001، ص88

لما في ذلك من خروج عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

بينما ذهب الاتجاه المؤيد لاستعمال هذه الطرق العلمية إلى التمسك بالنتائج الملموسة من تطبيقها، وردوا على أدلة الاتجاه الرافض بأن الاستدلال بأية اللعان في غير موضعه؛ كونها تتعلق بالعذاب الذي يوقع على المرأة المتهمة في عرضها أو يدرأ عنها⁽²⁾.

ويبقى للقاضي الاعتماد عليها في حكمه متى اطمأن إلى نتائجها وتيقن من صحة بياناتها، كونها تعد في الوقت الحاضر من بين الوسائل الشرعية في مجال النسب الذي يقوم على وسائل علمية يقينية تساعد على استصدار أحكام قضائية مبنية على الحزم واليقين، بحيث تكون منفذا حصبا للاستفادة من هذا التقدم العلمي؛ إذ لا يعقل أن يأخذ الفقه بالقيافة ولا يتم اللجوء إلى نتائج الأبحاث العلمية للفكر الإنساني، وليس فيها ما يتنافى مع قواعد الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

ولقد تأثر المشرع الجزائري إثر التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بالتطور العلمي الذي فتح المجال واسعا لقضايا لم تشهدا البشرية من قبل، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة «ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب»⁽⁴⁾، غير أنه في الوقت نفسه لم ينص على مشروعية استخدامها في مجال نفي النسب، كما أنها اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها، أو حصر لصورها، أو توضيح مجال تطبيقها، وترك كل ذلك للسلطة التقديرية للقاضي مما ينتج عنه العديد من الإشكالات العملية أثناء تطبيقه.

فمن بين الإشكاليات التي أثارها المادة 02/40 من الأمر 05-02 أنها فتحت المجال واسعا للقاضي في استعمال الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب نتيجة عدم حصر المشرع لهذه الطرق، لذلك تطلب الأمر الاستعانة بما توصلت إليه البحوث الطبية والدراسات العلمية في هذا المجال من أجل تحديد حجيتها، وقيمتها القانونية فيما إذا كانت قطعية الدلالة مطلقة كونها تتم على يد

(1) _ غانم عبد الله عبد الغني، الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، مجلة الفكر الشرطي، العدد 43، سنة: 2002، ص 280.

(2) _ من بين هؤلاء الفقهاء الدكتور يوسف القرضاوي ومحمد المختار السلامي، وعبد الله محمد عبد الله وابن القيم الجوزية.

(3) _ إدريس الفاحوري: نفي وإثبات النسب بالتحاليل الطبية، منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 40-2003، ص 77.

(4) _ القانون 09/05، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

مختصين في هذا المجال؛ وبالتالي فإن لآرائهم تأثير على قرارات القضاة في تبني اتجاههم، عند الاستعانة بالخبرة لحل الكثير من المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بآبائهم أو أن لها حجية نسبية؛ ذلك أن الطرق العلمية ظنية، وتعتبر وسيلة إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، لأن النتائج التي تصل إليها تبقى محتملة، وبالتالي تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية⁽¹⁾.

ومن الوسائل العلمية المستخدمة لإثبات النسب ما يأتي بيانه:

1: البصمة الوراثية في إثبات النسب: وذلك من خلال تعريفها، والإشارة إلى حكم

استخدامها لدى فقهاء الشريعة والقانون

النسب رابطة سامية وصلة عظيمة، وأن الحكم في الأشياء النافعة الإباحة تأسيسا على قاعدة براءة الذمة، فهي تشخيص لتعلقه بأفعال المكلف ويختلف باختلاف الظروف والملايسات المحيطة بها، وتعد البصمة الوراثية دليلا ماديا من طرق إثباتها واعتمدت الآن وانتشرت بكثرة هو عن طريق تحليل DNA، إذ يحمل كل فرد مورثات خاصة به؛ بحيث لا يمكن أن يتشابه فيها مع غيره وذلك أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها، ولذا سميت هذه الصفات بالبصمة الوراثية⁽²⁾.

أ- مفهوم البصمة الوراثية: ويمكن الإشارة إلى تعريفها من خلال اعتبارين باعتبارها علما، وباعتبارها مركبا إضافيا.

باعتبارها علما: البصمة لغة مشتقة من البصم ترد بمعنى العلامة، والبصم هو الأثر، والعلامة على الشيء، ويقال رجل ذو بصم أي غليظ البصم، لذلك فالبصمة ينصرف مدلولها عامة إلى بصمات الأصابع وهي الانطباع والآثار التي تتركها، وترد بمعنى البصم بضم الصاد وهو الفوت بين أصبعين⁽³⁾.

(1) _ محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 37 وما يليها.

(2) _ م تعرف البصمة الوراثية حتى عام 1984، حينما نشر د/ آليك جيفريز عالم الوراثة بجامعة "ليستر" بلندن بحثا أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات وتعيد نفسها في تناوبات عشوائية غير مفهومة، وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد، إلى أن هذه التناوبات مميزة لكل فرد ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين، بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر هو واحد في التريليون، مما يجعل التشابه مستحيلا وسجل الدكتور آليك براءة اكتشافه عام 1985 وأطلق عليه اسم البصمة

الوراثية THE DNA FINGERPRINT2

(3) _ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج02، ص1425.

أما مصطلح الوراثة فمشتقة من الميراث الذي يرد في اللغة بمعنيين البقاء ومنه اسمه تعالى الوارث أي الباقي بعد زوال وفناء كل شيء، ويرد بمعنى الانتقال، ومنه يقال ورث فلان الآخر أي انتقلت إليه ملكية أشياء الأول⁽¹⁾.

وبالنسبة لتعريفها العلمي الوراثة هي: العلم الذي يبحث انتقال الصفات الوراثية للكائن الحي، وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال⁽²⁾.

ب - باعتبارها مركبا إضافيا:

أما تعريف البصمة الوراثية باعتبارها مركبا إضافيا: فهي التركيب الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية.

أو: هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه ويمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم، أو اللعاب، أو المني، أو البول، أو غيره⁽³⁾.

والملاحظ أن معرفة البصمة الوراثية لشخص ما يتم عن طريق فحص الحمض النووي (ADN) الذي يحمله الإنسان بالوراثة عن أبيه، وأمه إذ أن كل شخص يحمل في خلите الجينية (46) من صبغيات الكروموسومات، يرث نصفها وهي (23) كروموسوما عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي والنصف الآخر (23)، يرثها عن أمه بواسطة البويضة، وكل واحد من هذه الكروموسومات والتي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم (ADN) ذات شقين ويرث الشخص شقا منها عن أبيه والشق الآخر عن أمه، فينتج عن ذلك كروموسومات خاصة به تختلف عن تلك التي يتوفر عليها والداه وفي مجال النسب، فقد أتاحت دراسة توافق الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للأم وتلك الموجودة في الحمض النووي للطفل إلى تخريج تركيبة لا توجد إلا عند شخص واحد فقط وهو الأب الحقيقي أو البيولوجي للطفل حيث أكد علماء الطب الحديث أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمة الوراثية، يصل في حالة النفي إلى حد القطع أي بنسبة 100%، أما في حالة الإثبات فإنه يصل

(1) - ابن منظور، لسان العرب، مادة ارث، ج 01 ص 4809

(2) - النجار زغلول، البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 65، السنة 1425هـ، ص 17.

(3) - مجلس الجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21 - 26/10/1422هـ - الموافق 2002/01/10.

إلى قريب من القطع، وذلك بنسبة 99,99% .

ب- حكم استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب:

الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب الأمر ظاهر فيه الصحة لأنه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناء على القيافة التي تستند على علامات غير واضحة مبنية على الفراسة، والخبرة في إدراك الشبه بين الآباء والأبناء، فإن الأخذ بالبصمة الوراثية أولى منها في عصرنا الحالي لاعتمادها على أدلة علمية تتميز بصحة نتائجها الدالة على وجود الشبه بين الأصل والفرع، وهذا ما أكدته مجامع الفقه الإسلامي.

ولكن رغم ذلك، يجب التقييد بالضوابط الشرعية فيما يخص النسب⁽¹⁾ لأن أساس البصمة الوراثية هو التأكد من وجود أو عدم وجود العلاقة البيولوجية بين الأب والابن، أما طبيعة هذه العلاقة كونها شرعية أو غير شرعية، فذلك منوط بمهمة القضاء، لقوله تعالى ﴿سُرِّيهِمْ ءَايَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾⁽²⁾ يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

- حالات النزاع على مجهول النسب بمختلف صور النزاع التي ذكرها الفقهاء.
- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها.
- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث، أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها⁽³⁾.
- جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي شرعا كوسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد ولا قصاص، لقاعدة درء الحدود بالشبهات، تحقيقا لأمن المجتمع، ومقاصد الشريعة⁽⁴⁾.

ضرورة مراعاة الحيطة والسرية عند استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب، بتقديم

(1) _ الألفي محمد جبر، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، جامعة الإمام محمد بن سعود المملكة العربية السعودية، 2015، ص5.

(2) _ سورة فصلت، الآية رقم: 53.

(3) _ الشافعي محمد فريد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دار البيان، القاهرة، 2006، ص10-12.

(4) _ ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ص97.

النصوص الشرعية على البصمة الوراثية، فلا يجوز استخدامها بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً، مع ضرورة فرض العقوبات الزاجرة، لما في ذلك المنع من حماية الأعراس، كما أنه لا يجوز بيع الجينوم البشري لأي غرض، كما لا تجوز هبته لأي جهة، لما يترتب على ذلك من مفسد.

بالرغم من أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية القائمة على إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع؛ إلا أنه لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «جاء رجل من بني فزارة إلى رسول الله، فقال: ولدت امرأتى غلاماً أسود وهو حينئذ يعرض بنفيه، فقال له النبي، فهل لك من إبل؟ قال نعم، قال فما ألوانها، قال حمر، قال: هل فيها من أورك؟ قال إن فيها لورقا، قال: فأني أتاها ذلك؟ قال عسى أن يكون نزعه عرق، ولم يرخص له في الانتفاء منه»⁽¹⁾.

فهذا الحديث يدل على عدم جواز نفي النسب بعد ثبوته.

لم ينص المشرع الجزائري على الأخذ بالبصمات لنفي النسب لكن يمكن أن يفهم من عموم عبارة "بالطرق المشروعة" الواردة في المادة 41 من قانون الأسرة، بحكم عدم اعتراضه على هذه الوسائل الحديثة لنفي النسب، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 50 من قانون الإجراءات الجزائية في الفقرة الثانية والتي تنص على ما يلي: «وعلى كل شخص يبدوا له ضروريا في مجرى استدلالاته القضائية التعرف على هويته أو التحقيق من شخصيته أن يمثل له في كل ما يطلبه من إجراءات بهذا الخصوص»، فالتعرف على الهوية لا يقتصر على بطاقات الهوية فقط، إنما قد يشمل وسائل أخرى كبصمة الأصابع ومقارنتها مع ما وجد في مسرح الجريمة، كما ينص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة نفسها: «كل من خالف أحكام الفقرة السابقة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز 10 أيام وبغرامة قدرها 500 دينار جزائري».

إضافة إلى ذلك بالرجوع إلى المادة 68 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية فإن قاضي التحقيق يقوم باتخاذ جميع الإجراءات التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة للتحري عن

(1) _ رواه البخاري ومسلم، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب: إذا عرض بنفي الولد، رقم الحديث: 4999 ومسلم،

كتاب، اللعان، رقم الحديث 1500، ص 104

أدلة الاتهام وأدلة النفي⁽¹⁾.

فالقانون الجزائري إن لم ينص صراحة على مشروعية أخذ البصمة الوراثية، فضلا عن ذلك فإن البصمة واسعة الانتشار في كافة مجالات الحياة خاصة في المعاملات.

بالرغم من الحجية القاطعة للبصمة الوراثية، إلا أن الخطأ في الجهد البشري قد يضعفها، ويجعل حجيتها في الإثبات نسبية ووظيفية، كتنقص في المؤهلات العلمية، وعدم سلامة الطرق والإجراءات التي توظف أثناء التحليل، وعدم حفظ المادة المستعملة في التحليل، إضافة إلى التلاعبات التي قد تتم في نتائج التحليلات الطبية من بعض عديمي الضمير...

وهذا ما أيده مؤتمرات التي تعنى بمجال الهندسة الوراثية، من أن البصمة الوراثية تبقى طريقة حديثة وشديدة الدقة، إلا أنها عرضة للنتائج المضللة، إذا لم تستخدم بدقة، ولذلك يجب الالتزام بضوابط القبول العلمي، في جمع وحفظ العينات بطريقة سليمة، وإتقان عملية توثيق العينات البيولوجية وسلامة الإجراءات المخبرية⁽²⁾.

وتبقى الإشارة واجبة إلى أن النظريات العلمية الحديثة من طبية وغيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بالصحة في نظر المختصين إلا أنها تظل محل شك ونظر، لما علم بالاستقراء للواقع أن بعض النظريات العلمية المختلفة من طب وغيره يظهر مع التقدم العلمي الحاصل بمرور الزمن إبطال بعض ما كان يقطع بصحته علمياً⁽³⁾.

فتبقى دلالتها نسبية كدليل إسناد ونسبة الأبناء للآباء بحيث لا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تفصل في هذه المسألة، ويبقى القاضي ذو سلطة تقديرية واسعة لتقريرها كدليل والاستئناس بها وتدعيمها بقرائن أخرى فهي لا ترقى لتصبح دليلاً قطعياً غير قابل لإثبات العكس، لأن هذه التقنية رغم حساسيتها تقتضي من القضاء إحاطتها بشروط صارمة للأخذ

(1) _ الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم

(2) _ أشغال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، المنعقد بجامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد 2، فندق هلتون العين 5-7 مايو، 2002 م ص 736 منشور على الموقع الإلكتروني التالي

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2014/04/05 http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/2002/2.pdf

(3) _ البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفيًا، للدكتور نجم عبد الواحد ص 6، مناقشات جلسة المجمع الفقهي برباطة العالم الإسلامي عن البصمة الوراثية في دورته (15)، ص 6.

بها⁽¹⁾.

ثالثاً: ثبوت النسب بواسطة التلقيح الاصطناعي⁽²⁾:

واجه العلم مشكل العقم حيث توصل إلى إيجاد حل بديل عن الإنجاب الطبيعي بواسطة تقنية التلقيح الاصطناعي، إلا أن هذا الأخير قد أحدث استفسارات عديدة عن نسب الأطفال المولودين بهذه الكيفية بالنظر إلى أحكام النسب المحددة شرعاً وقانوناً، مما جعل المشرع ينص في قانون الأسرة الجديد إلى جوازيه اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بموجب المادة 45 مكرر؛ ولكنه اعتمد شروطاً ضرورية.

1 معنى التلقيح الصناعي:

ولذلك نتعرض إلى تعريف التلقيح الاصطناعي

تعريف التلقيح الاصطناعي:

و يقصد بالتلقيح الاصطناعي *l'insémination artificielle* الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين إذ هو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما، ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضاً بزرع بويضة ملقحة في رحمها⁽³⁾.

ومعلوم أن الإسلام حرم الزنا، والتبني كما حرم كذلك كل طريق يؤدي إلى نتائجهما،

⁽¹⁾ _ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في: 18 صفر 1366هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية العدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 02-15 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق ل 23 يوليو 2015 23 يوليو سنة 2015.

⁽²⁾ _ الوسائل لغة: جمع وسيلة، على وزن فعيلة، بمعنى الآلة وهي مشتقة من: وسل يسئل وسلاً ووسيلة، جمع وسائل اصطلاحاً: الأفعال التي يتوصل بها إلى تحقيق المقاصد.

الحديثة: الحديث ضد القديم ويطلق على الجديد، والخير، الإثبات: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها الشريعة، على حق أو على واقعة معينة، تترتب عليها آثار شرعية

⁽³⁾ _ أول ما ظهر التلقيح الاصطناعي كان في مجال الكائنات الحية من غير الانسان من الأشجار والحيوان، حيث سجل العالم الإيطالي إسبالتزاني Espallanzani الأخصائي بعلم الغرائز تقريراً رسمياً عن التلقيح الاصطناعي إذ هو أول من قام بحقن سائل منوي في رحم كلبة سنة 1780م وقد كللت التجربة بالنجاح. وفي سنة 1871م تم إجراء أول عملية على امرأة ونجحت هي الأخرى. بينما يرى جانب من الفقه أن أول تلقيح بشري كان سنة 1799م من طرف العالم هنتر Hunter وتعلق الأمر حينها بزواجين عقيمين لوجود عاهة وراثية بالزوج، وقد تمت بمشي هذا الأخير.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

وعملية التلقيح الصناعي التي تتم بإدخال ماء غريب على المرأة -غير ماء زوجها- لتحمل فهو نوع من الزنا ثم نوع من التبيح المحرم بالنسبة للأبناء، بخلاف ما إذا كان الالتقاء بين ماء الزوج ببويضة زوجته من غير احتياج إلى شخص آخر غريب عنها، سواء تم التلقيح داخل رحم الزوجة أم خارجه⁽¹⁾.

يقصر العلماء التلقيح الصناعي الجائز في حالة واحدة وهي حالة كونه بين زوجين يربطهما عقد شرعي صحيح حال قيام الرابطة الزوجية، كما لا يجوز تلقيح امرأة بغير ماء زوجها، ولا تلقيح امرأة بماء زوجها بعد وفاته، أو بين امرأة وزوجها بعد فسخ النكاح، أو الطلاق⁽²⁾.

2- شروط اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي: عملية التلقيح الاصطناعي هي إدخال

البذور الذكرية في الجهاز التناسلي للمرأة بغير الطريق الطبيعي، وهذه العملية الحساسة تتم بكيفيتين هما التلقيح الداخلي والتلقيح الخارجي⁽³⁾ لقد كرس المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجديد حق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باعتباره من مستجدات العصر، ومن المسائل المهمة في الفقه المعاصر؛ حيث حدد شروط لا تتعارض مع أحكام الشرع ولا الطب من أجل تنظيم أحكامه وهي⁽⁴⁾:

أ- أن يكون الزواج شرعياً: تثبت شرعيته؛ وذلك بوجود عقد زواج يعطي العملية أساسها القانوني⁽⁵⁾.

ب- أن يكون التلقيح برضا الزوجين، وأثناء حياتهما: وضع هذا الشرط حتى لا يلجأ الناس إلى استعمال بنوك النطاف المحمّدة وما قد ينجر عنها من فساد واختلاط في الأنساب وتحايل، وأحياناً رغم توفر رضا الزوجين بل وإصرارهما على ذلك فقد لا يسمح لهما بإجرائه في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة طويلة، مدى الحياة أو أن يكون محكوم عليه

(1) _ رمضان جمال كامل ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط الأولى، 2005، ص155.

(2) _ حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا: التلقيح الصناعي أو أطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين. المكتبة العصرية: بيروت. ط الأولى. 2006. ص 13-14

(3) _ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 2001. ص 105.

(4) _ القانون 09/05 ، المؤرخ في: 25 ربيع الأول1426هـ، الموافق 4 ماي 2005 م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة .

(5) _ولقد سبق التطرق إلى مفهوم الزواج الشرعي في الفرع الأول.

بالإعدام ففي حين لا يمانع بعضهم من إجرائه في هذه الحالة على أساس أن الأصل في العقوبة أنها لا تمتد إلى الحقوق الأخرى الخاصة بالمحكوم عليه ومنها حقه في الإنجاب وإلا فإن العقوبة تصبح تنطوي على سلب جديد للحرية والحقوق الفردية وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، أما الفئة الأخرى من الفقهاء فيرون أن الحكم الجنائي الصادر في حق أحد الزوجين يكون دليلاً على فقد الأهلية لأداء دور الأب أو الأم حيث يعين قيماً عليه لاسيما أن التلقيح الاصطناعي استثناء فلا يجوز التوسع فيه إلا بقدر ما ظهر مانع طبي.

ووجدت فئة أخرى تستند إلى إمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي في حالة وجود الزوج أو الزوجة في السجن طالما أن هناك من القوانين تسمح للسجين الاختلاء بزوجه؛ فمن باب أولى السماح بإجراء التلقيح الاصطناعي خاصة لما تنفذ العقوبات في مؤسسات مغلقة يصعب على الزوجين المقابلة والحلوة⁽¹⁾.

ونظراً لكون العلاقة الزوجية تنقضي بالوفاة، وبالتالي لا يجوز أن تلقح المرأة بنطاف زوجها تلقيحاً اصطناعياً، ويلحق به النسب وتكون العلاقة الزوجية انتهت فلا نسب بعد الوفاة⁽²⁾.

و تعود خلفية هذا الشرط إلى وجود ما يعرف ببنوك المني، أو النطاف المحمّدة⁽³⁾، والتي تسمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته وهو ما يثير إشكالات في النسب، والميراث لأنه يشترط لاستحقاقه تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث، مع وجود المال الموروث⁽⁴⁾.

ج- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: أجاز المشرع التلقيح الصناعي بالوسائل العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين فقط حفاظاً على حرمة النسب

(1) _ كما هو الحال في الأرجنتين والسعودية.

(2) _ بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، الجزائر 2004، ص 113.

(3) _ في عملية التلقيح الاصطناعي تقوم بتنشيط أكثر من بويضة للمرأة المتزوجة، فمثلاً تنشيط 7 بويضات، ولتعذر توفر نطاف زوجها لعذر جسدي أو نفسي، تستعمل فقط بويضة أو اثنتين، وتحمّد البقية، وفي عملية أخرى بعد تلقيح أكثر من بويضة نقوم بزرع بعض منها في رحم الزوجة، والبقية والتي نسميها طيباً "حنيناً" لأنها بويضة ملقحة نقوم بتجميدها لتستعملها المرأة في عملية أنجاب ثانية، فبعض الأزواج عندما يرزقون بتوأم يطلبون منا إتلاف "الأجنة المحمّدة" لأنهم لا يريدون مزيداً من الأطفال فتتلفها". وفي حالة الطلاق "القانون واضح، بمجرد طلاق الزوجين، يُحضر لنا الرجل وزوجه حكم الطلاق، فتتلف البويضة أو الحنين المحمّد فوراً، حتى لو تمسكت به الزوجة"، أن العيادات الجزائرية تُلقح الزوجين الشرعيين فقط، "لا نلقح زوجة مع رجل غريب، ولا نأخذ بويضات من امرأة غريبة ونزرعها في زوجة عاقر، حتى ولو كانت بويضات شقيقتها أو ضربتها، ولا نُجري عمليات الأم البديلة".

(4) _ الصابوني محمد علي، الموارث في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 17.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج ...

وشرعيته⁽¹⁾ والذي يكون بطريقتين لا حرج في اللجوء إليهما هما وفقا لمنطوق قرار مجمع الفقه الإسلامي⁽²⁾.

- أن تأخذ نطفة من مبي الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

- أن تأخذ بذرة الزوج-الحوين- وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا⁽³⁾.

د- لا يجوز استعمال الأم البديلة: منع المشرع استعمالها حتى لا تتحول الأمومة إلى

سلعة تؤجر وتستأجر، ولما يترتب على الأمومة من أحكام في الشرع لذلك قال تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ﴾⁽⁴⁾ وقال ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽⁵⁾. ولقد بدأ القرآن الكريم المحرمات من الزواج مؤبدا بسبب القرابة بالأم، كما ربط بين طاعتها ودخول الجنة، فمنع استعمال الأم البديلة من باب سد الذرائع وإن أجاز بعض الفقهاء المعاصرين اللجوء إليها في حالة الزوجة الثانية لأن النسب للأب واحد قياسا على مسألة لبن الفحل⁽⁶⁾ لكون الزوج هو السبب في إيجادها⁽⁷⁾.

مما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري وضع إطارا قانونيا لمسألة التلقيح الاصطناعي يتماشى

(1) أفتى بجوازه الشيخ أحمد حماني عليه رحمة الله منذ 1973، ولم يكن منفردا برأيه ولا بفتواه إذا اعتمدت توصيات اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة على مبادئ الاجتهاد الجماعي سيما اجتهاد مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان الأردن أيام: 11-16 أكتوبر 1986. بموجب قرار رقم 16 (03/04)

(2) توصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجددة، للدورات 1-10 دار القلم بدمشق، ط 02 سنة 1998.

(3) البار علي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ج 02، ص 269.

(4) سورة لقمان، الآية 14.

(5) سورة الأحقاف، الآية 15.

(6) صورة لبن الفحل أن يعدد الرجل من امرأتين فأكثر وترضع إحدى نسائه مع أحد أبنائها منه ولد الغير، وبعد أن يشب الفتيان ويكبروا يود هذا الولد الزواج من ابنة الرجل المعدد من إحدى زوجاته غير المرضعة؛ فالحكم هنا هو حرمة هذا الزواج لأن السبب في إيجاد اللبن أو الحليب في كل الزوجات واحد وهو الزوج.

(7) حسونة الدمشقي عرفان، التلقيح الصناعي أو أطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين، المكتبة العصرية، بيروت. ط الأولى، 2006، ص 13-14.

والموقف الراجح للمجامع الفقهية في إجازة هذه الوسيلة المستحدثة للإنجاب، مما يعد مسaira للتطور العلمي، وهذا التقدم التشريعي الذي يتطلب تفعيلاً من الناحية العملية عن طريق القضاء؛ مع ضرورة تقنين إجراءات اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كضرورة إثبات صفة العقم لدى أحد الزوجين، أن كوسيلة أخيرة لحمل الزوجة مع وجوب عرض طلب إجرائه على لجنة طبية مختصة، وذلك تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾⁽¹⁾، وفي الحديث: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبِّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»⁽²⁾.

كما أن الملاحظ لفروع القانون الأخرى المتعلقة بهذه المسألة كقانون الصحة مثلاً فإنه لم يفرد موضوع التلقيح الاصطناعي بأحكام خاصة وإنما أخضعه للقواعد والمبادئ العامة التي تربط العلاقة بين الطبيب والمريض⁽³⁾، وبالرجوع إلى قواعد المسؤولية في القانون المدني نجد أن عملية التلقيح الاصطناعي تخضع إلى الطبيعة العلاقة القانونية بينهما؛ فيما إذا كان أساسها الإخلال بالعقد أو المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾ دون أن ينص على ما يرتبه تخلف إحدى شروطه من آثار على العلاقة الزوجية من جهة أولى وبالنسبة لثبوت ونفي النسب في هذه الحالة ذهب العلماء إلى القول أن النسب في حالة التلقيح الاصطناعي بغير ماء الزوج يأخذ حكم الولد الذي ينشأ من الزنا وهو ما يجعل نفيه واجبا طبقاً للأحكام الشرعية المتعلقة باللعان⁽⁵⁾.

ومما سبق ينبغي عدم التسرع في إجازة التلقيح الاصطناعي على وجه الإطلاق ولكن من باب الحيطة والترث، ويمكن أن يكون البديل هو الكفالة، لما في ذلك من تجسيد لقول الرسول ﷺ: «من ضم يتيماً بين مسلمين في طعامه وشرابه حتى يستغني عنه وجبت له الجنة»⁽⁶⁾ فكفالة اليتيم من الأمور التي حث عليها الشرع الحنيف، وهي الصورة التي ارتضاها له الإسلام.

رابعا: الخبرة كوسيلة علمية لإثبات النسب: ويتم الإشارة إليها من خلال النقاط الآتية:

_ الخبرة إجراء من إجراءات التحقيق يعهد بمقتضاها القاضي إلى شخص مختص بالتدخل في

(1) _ سورة الأحزاب، الآية رقم: 5.

(2) _ رواه الترمذي رقم: 1204، وحسنه الألباني في صحيح الترمذي

(3) القانون رقم: 85-05، المؤرخ في: 26 جمادى الأولى 1405هـ، الموافق 16 فبراير 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم. بموجب القانون رقم: 13 - 08، المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق 20 يوليو 2008

(4) _ المواد من 54 وما بعدها المتعلقة بالعقد، وكذا المواد من 124 وما يليها المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية من القانون المدني.

(5) _ سورة النور. الآية: 7

(6) _ فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مكتبة دار الثقافة عمان 1999 صفحة 470

إطار اختصاصه.

_ الخبرة الطبية في مجال النسب لم تبق مقتصرة على الفحوصات الأولية فحسب، وإنما تطورت، وأصبحت تفيد في التحقق من انتفاء النسب عند المنازعة فيه، عن طريق اختبارات علم الوراثة⁽¹⁾.

_ الخبرة وسيلة علمية أثبتت نجاعتها إلا أن ذلك لا يعني وجوب الأخذ بها كونها تمتاز بالدقة وإن كانت نتائجها أقوى بكثير من القياس العادية، إلا أن مجال العلم يبقى ممتدا فما يعتبر قطعي في وقت معين قد يصبح ظني في وقت آخر لقوله تعالى ﴿ وَمَا أُوْتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾⁽²⁾.

1: ثبوت نسب ولد المطلقة:

ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول: المطلقة قبل الدخول لا عدّة عليها لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾⁽³⁾ ولأنّ إثبات النسب قائم على الفراش وهذا الفراش لا يتحقق في المطلقة قبل الدخول، والنسب في هذه الحالة يثبت لاحتمال الوطء الذي هو شرط في إثبات النسب⁽⁴⁾ بشرط أن تكون الولادة بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد الزواج وأن تكون الولادة خلال ستة أشهر من وقت الطلاق، لاحتمال أن يكون ولد زنا من غيره؛ و متى وجد الاحتمال فلا يثبت النسب إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا⁽⁵⁾.

(1) _ محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، منشور بمجلة الحقوق الكويتية، السنة العشرون، العدد

الأول، مارس، 1996، ص 272

(2) _ سورة الإسراء، الآية رقم: 85

(3) _ سورة الأحزاب، الآية رقم: 49

(4) _ نصر أحمد الجندي، الطلاق والتطيق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004 ص 429 وما بعدها.

(5) _ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 203.

المبحث الثاني:

علاقة قانون الأسرة بفروع القانون
الأخرى في تنظيم جزاء الإخلال بآثار
انحلال الزواج

المطلب الأول: تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج
المتعلقة بالحضانة.

المطلب الثاني: تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج
المتعلقة بالزيارة.

وتتم دراسته من خلال تناول أثر مخالفة الأحكام الموجبة للممارسة آثار انحلال الزواج، من خلال النصوص التي وضعها المشرع الجزائري في قانون العقوبات؛ الذي يعد بمثابة الدرع الواقي لمختلف فروع القانون، وذلك من أجل تجسيد الحماية الجزائية للمسائل المتعلقة بالأسرة؛ إذ لا يكفي مجرد تنظيم أحكام الأسرة عن طريق قانون خاص يكون مقتصرًا على مجرد التنظير مع غياب النصوص الرادعة فيه، فالاهتمام بتنظيم هياكلها ينصب من الناحيتين الموضوعية والجزائية، من خلال إحاطتها بكل أشكال الحماية سواء وقع الاعتداء على الزوجين باعتبارهما القاعدة المؤسسة للأسرة، أم وقع على آثار هذه الأسرة القريبة من الأصول والفروع وسواء تعلق نطاق هذا الاعتداء ببداية نشأتها، أم خلال أو أثناء تكوينها، أم حال انحلالها وما استتبع ذلك من اختلاف لأنواع العقاب ودرجاته بالنظر إلى مدى قرب مرتكب الجريمة أو بعده عن الأسرة ضمن نطاق النصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية المقررة مما قد يقع عليها من أنواع الجرائم ذلك عملاً بمقتضى مبدأ الشرعية؛ أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص⁽¹⁾.

ويتم تناوله من خلال مطلبين:

المطلب الأول: تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج المتعلقة بالحضانة.

المطلب الثاني: تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج المتعلقة بالزيارة.

بحيث تتركز الدراسة في كل منهما على مسألة تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج المتعلقة بالذات، وسيتم الاهتمام، والتركيز على الآثار المتعلقة بالطفل لكونه جوهر الاهتمام حتى بعد انحلال الزواج، الذي تنعكس عليه آثاره بشكل أكبر، سواء في المواد المرتبطة بقانون الأسرة، أم المواد القانونية الموجودة في فروع القانون الأخرى.

(1) _ الأمر 156/66، المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق: 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

المطلب الأول: تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج المتعلقة بالحضانة

معلوم أن الطفل يتمتع بحقوق إنسانية⁽¹⁾؛ حيث سعى المجتمع الدولي إلى حمايته من خلال تخصيصه بقوانين موضوعية، وقواعد شكلية مستقلة تنص على حقوق الإنسان⁽²⁾ والواقع أن قيمة هذه الطائفة من الاتفاقيات، والإعلانات الدولية قد برزت من خلال ما تضمنته من حقوق تجاه الإنسانية عامة والأطفال خاصة دون تمييز بينهم لأي سبب كان ومن بين هذه الجزاءات⁽³⁾.

جزاء الإخلال بأحكام الحضانة قد يكون مدنيا مرتبطا بشكل رئيس على المسؤولية المدنية، وقد يكون جزائيا قائما على المسؤولية الجنائية.

أولا: المسؤولية المدنية عن الإخلال بأحكام الحضانة:

قضية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة تدخل ضمن المسؤولية الناشئة عن فعل الغير، وهي مسؤولية من طبيعة تكون شديدة الوطأة على الضحية خاصة إذا كان المحضون غير مميز؛ لأنه لا يمكن إثبات الخطأ من جانبه، ولقد نص عليها المشرع بصفة عامة في المادة 134 من القانون المدني بنصها «كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية، أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار»⁽⁴⁾.

و دراسة مسؤولية الحاضن على ضوء هذه المبادئ العامة التي وضعها المشرع يمكن القول بشأنها أنه لقيام مسؤولية المكلف بالرقابة عن الأعمال الضارة التي يقوم بها الشخص الخاضع للرقابة بالموازاة مع ما جاء النص عليه في قانون الأسرة وجب الإشارة إلى أن الولاية التي هي سلطة بموجب القانون تقرر لشخص معين مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير

(1) _ بداية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 والعهدين الدوليين لعام 1966.

(2) _ دوليا بدأ الاهتمام بإصدار إعلان جنيف لحقوق الطفل سنة 1924، إلى إعلان حقوق الطفل الصادر في 11-20-1959، وإعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والمنازعات المسلحة عام 1974 وصولا إلى اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في: 20/11/1989 ثم اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 والتي حازت على اهتمام معظم دول العالم؛ ومنها الجزائر

(3) _ يحيوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، دار هومة، الجزائر، 2004، ص46.

(4) _ الأمر 09/05 المؤرخ في: 5 ماي 2005، المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

كامل الأهلية، وجاء في قانون الأسرة الجزائري النص على الولاية في المادة 87 منه وقررها للأب على أولاده القصر، ثم لأهمهم بعد وفاته وفي حالة غياب الأب، أو حصول مانع تقتصر ولاية الأم هنا على الأمور المستعجلة.

وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد⁽¹⁾.

يتصرف الولي في أموال القاصر بمعيار الرجل الحريص ويسأل عن تصرفاته وفقا لقواعد القانون العام أي تترتب عليه مسؤولية النائب ذلك أن الولاية نوع من أنواع النيابة⁽²⁾.

ولقد عدّ الاعتراف للأم بحقها في الولاية أسوة بالأب، وجعل الأسرة تحت مسؤولية ورعاية الزوجين حيث تم مواكبة المتغيرات، والاعتراف لها قانونا بكونها وليا بعد أن كانت هي نفسها خاضعة لولاية الأب؛ حيث تم التعويل على أحكام الفقه الشافعي لصياغة هذا الأمر، وإلا فإن جمهور الفقهاء لا يعتبرون الأم إذا كان كل من الأب والأم وليا بقوة القانون فإن هناك فروقا جوهرية بين ولايتهما⁽³⁾، وتتمثل في ما يأتي بيانه:

- أن ولاية الأب محمولة على السداد في الشق المالي إدارة، وتصرفا بخلاف الأم
- أن ولاية الأم خلافا لولاية الأب متوقفة على تحقق شروط بعكس ولاية الأب.
- أن ولاية الأم قد تكون مؤقتة أو دائمة، أما ولاية الأب هي في سائر الأحوال دائمة
- أن ولاية الأب أصلية، وأما ولاية الأم فهي ولاية بديلة، أو احتياطية، لا تكون إلا حال عدم وجود الأب لوفاته، أو غيبته غيبة اتصال وانقطاع أو كونه غير معروف، أو فقد أهليته.

ولقد طرحت مسألة اعتبار الأم وليا حال وفاة الأب، أو فقد أهليته، أو غيبته إشكالات حقيقية في تكريس هذا المفهوم دلالة وأثرا على الصعيد الواقعي، إذ يترتب اعتبار الأم وليا

(1) _ الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(2) _ إضافة أن بعض التصرفات أوجب القانون لنفاذها إذن القاضي وهذه التصرفات ذكرت على سبيل الحصر وهي:

— بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.

— بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

— استثمار أموال القاصر بالاقتراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

— يجر عقار القاصر لمدة تزيد على 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

(3) _ صبحي محمدي، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والموارث والوصية، ط6، دار العلم للملايين، بيروت، 1977، ص145.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

بتحويلها لجميع سلطات الوالي الشخصي عدا ما تستثنيه القوانين من مع لزوم خضوع الوالي بصفة عامة لمراقبة قاضي⁽¹⁾.

ومعنى ذلك أن للأم في مال ولدها القاصر سلطة الإدارة والتصرف، ولها على شخصه حق الرعاية، والتربية، والتوجيه بما يضمن صلاحه وكمال جسمه وصحة عقله فالولاية تنطبق على عنصرى الحضانة وهما "تربية الطفل ومراقبته"⁽²⁾.

وهي بذلك تعني السلطة من جهة وفي احتياجها إلى القدرة والتدبير تحقيقاً لمصلحة المولى عليه من جهة أخرى، ففي الحالين تعني السلطة هذا من جانب، وفي احتياجها إلى قدرة وتدبير تحقيقاً لمصالح المولى عليه من جانب آخر؛ لأن الحضانة هي إحدى مشمولات الولاية على النفس؛ والذي بمقتضاه أصبحت الأم الحاضنة تتمتع بصلاحيات الولاية حيث تقتضي مصلحة الصغير ذلك من الحرص على تأديبه، وتعليمه، والإشراف على تصرفاته ومراقبته، وهو امتياز لا يسند إلى الأم إلا إذا كانت حاضنة. وهذا يتفق مع رأي الفقهاء، وإن لم يشيروا إلى الولاية، أو السلطة في تعاريفهم التي يذكرونها؛ وقد عرفها الكشناوي «أنها حفظ الولد والقيام بمؤنته ومصالحه إلى أن يستغني عنها بالبلوغ»⁽³⁾.

وإن في إقرار ولاية الأم بنص قانوني واضح حاسم استجابة لمطالب فقهية، وحقوقية والإشكالات العملية حول فهم أن بعض الإدارات لا تعترف بولاية الأم الجارية بقوة القانون، وتشترط صدور حكم قضائي تقريرى بذلك فيه مجافاة واضحة لأحكام القانون الصريحة الواجبة الإذعان ونقض تام لهذا المكتسب، والمتأثر هو القاصر.

كما أن حقوق الأبناء المالية تتعرض للهدر بفعل استحكام بيروقراطية إدارية مقبلة، توجب إثبات الأم لولايتها رغم كونها ولاية مقررة بقوة القانون، فلا يحصلون على المورد المالي المستحق لفائدتهم إلا بعد زمن معتبر، وإجراءات مضيئة رغم حاجتهم للإعالة على وجه الاستعجال بعد وفاة الأب المعيل.

(1) _ فالواجب ولاية غيرهم عليهم لعجزهم؛ مع مراعاة اتحاد الدين احترازاً من تولية الأم غير المسلمة على ابنها القاصر المسلم.

(2) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، 1418 هـ - ق، ج7، ص729.

(3) _ الكشناوي أبو بكر، سهل المدارك شرح إرشاد المسالك، دار الفكر، ج02، 205.

ثانيا: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة:

1: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه:

تقوم هذه الجريمة عند وقوع فعل خطف الطفل من طرف أحد والديه، أو أي شخص آخر مباشرة أو بواسطة شخص آخر إضرارا بصاحب الحق في حضانة الطفل.

فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة 328 من قانون العقوبات على أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة 20.000 دج إلى 10.000 دج الأب أو الأم أو شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، نصت الفقرة الثانية منها على المعاقبة بنفس العقوبة كل من خطف قاصر ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي يكون قد وضعه فيها، أو أبعده عنها، أو عن تلك الأماكن، أو حمل الغير على خطفه، أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير عنف ولا تحايل⁽¹⁾.

و لقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية:

أ: الركن المادي للاختطاف: ويتجسد في عدة صور أو عدة حالات وكل واحدة منها تكفي لقيام العنصر المادي وهذه الحالات:

- اختطاف أو أخذ القاصر ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها مثل مدرسة أو دار الحضانة... إلخ⁽²⁾.

- تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه، أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب؛ ولا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي اختطاف المحضون فعلا، والشخص الذي قام بالخطف يكون شريكا في الجريمة'

ب: توفر حكم قضائي

فلا يستطيع الشخص الزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يثبت في طلبه الأساس القانوني الذي يدعمه، والمتمثل في الحكم قضائي قابل للتنفيذ⁽³⁾.

(1) _ سعد عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص177.

(2) _ أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق، ص173.

(3) _ سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص180.

ج: القصد الجنائي:

القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحزون ممن وكلت إليه حضانة دون أن يعبر أي اهتمام للغرض من الاختطاف، ولا للوسائل التي يتم بواسطتها الاختطاف، أو الإبعاد وتبقى النية مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديه له⁽¹⁾.

2 جريمة عدم تسليم طفل مخالفة لحكم قضائي بشأن الحضانة راعت الشريعة الإسلامية حق الأبناء قبل سن الرشد في حالة الطلاق، أو وفاة أحد الوالدين فأقرت الحضانة لما فيها من حماية الطفل ورعايته ماديا ومعنوية بتوفير وسائل العيش الكريمة وحسن تربيته وتعليمه.

ونظرا لأهمية الحضانة في تربية الطفل على النحو السليم حرص المشرع الجزائري على توفير حماية جنائية لهذا الحق ، فقد نص عليها في المادة: 328 قانون العقوبات حيث يعاقب بالحبس من 01 شهر إلى 01 سنة وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج، الأب أو الأم أو كل شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفذ المعجل أو بحكم نهائي، أو أبعده عن حاضنه، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده، ولو حصل ذلك بغير تحايل ولا عنف والقاصر هنا هو من يحتاج إلى الحضانة أي من حددت سنه المادة: 65 ق أ ج بسن الزواج (19 سنة) بالنسبة للإناث، وب: 10 سنوات، وإذا لم تتزوج الحاضنة ثانية بـ: 16 سنة بالنسبة للذكور.

وتزاد عقوبة الحبس إلى 03 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني المادة 328/02 قانون العقوبات، أما من تعمد ذلك فتكون عقوبته حسبما نصت عليه المادة: 329 قانون العقوبات هي: الحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من: 20.000 دج إلى: 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، ما لم يكن الفعل جريمة اشترك معاقب عليها.

ولا يمكن مباشرة الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى يتقدم بها الضحية، والصفح يضع حدا لهذه المتابعة بموجب المادة 329 مكرر⁽²⁾.

ويجب أن تكون المطالبة بتسليم الطفل ممن صدر لصالحه حكما قضائيا لإسناد الحضانة إليه، وأن يكن هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه أو أن يكون مشمولا

(1) _ منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009، ص111.

(2) _ الأمر 156/66 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق: 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل

بالنفاذ⁽¹⁾.

والظاهر من نص المادة: 328 أعلاه أن أساس اهتمام المشرع ينصب في مصلحة الطفل وليس في مصلحة الأبوين، وذلك بوجوب تسليم الطفل لمن يكون أشفق وأحن عليه وأقدر على مراعاة مصلحته، والعناية به أكثر من غيره إلا أن نص المادة المذكورة قد أغفل حق الطفل في زيارة الطرف غير الحاضن له، في حين نجد أن المحكمة العليا قد ساوت بين الحقين حين قضت بأن: «عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية»⁽²⁾.

3: جريمة تقديم طفل إلى ملجأ أو مؤسسة خيرية:

هي الجريمة المنصوص عليها في المادة 442/03 ق ع ج، والتي يعاقب عليها بالحبس من: 10 أيام على الأقل إلى: شهرين على الأكثر وبغرامة من: 8.000 دج إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قدم طفلاً يقل عمره عن 07 سنوات موضوعاً تحت رعايته وكفالاته إلى ملجأ أو مؤسسة خيرية.

وتتكون هذه الجريمة من ركنين هما: الأول: أن يتعلق الأمر بطفل لم يتجاوز سن السابعة (07) من العمر.

الثاني: أن يكون الجاني شخصاً مكلفاً بتوفير الرعاية لهذا الطفل، سواء كان مصدر هذا الالتزام صلة الرحم أو عقد شرعي بالكفالة المنصوص عليها في المادة: 116 قانون الأسرة وحسب المادة المذكورة أعلاه، لا تقوم الجريمة في حق من هو غير مكلف أو غير ملزم برعاية الطفل، فركن القرابة مفترض، ومن ثم لا يمكن مساءلة من وجد طفلاً فقدمه إلى ملجأ أو إلى مؤسسة⁽³⁾ خيرية.

4 — جريمة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء لفائدة الطفل المحضون:

تنص المادة 75 من قانون الأسرة على أن نفقة الولد تجب على والده، ما لم يكن له مال، وتستمر بالنسبة للذكور إلى سن الرشد وذلك ببلوغه سن التاسعة عشر من عمره، وإلى الدخول بالنسبة للبنات، وتدخل النفقة من بين الالتزامات المادية الواقعة على الأب لضمان حد أدنى من

(1) _ المادة 323 من القانون رقم: 08/09 بتاريخ: 25/08/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(2) _ المحكمة العليا، ملف رقم: 54930 بتاريخ: 14/02/1989، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2001، ص 377

(3) _ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 176.

المعيشة، تجنباً للتسول، والتشرد النص القانوني المادة 331 من قانون العقوبات⁽¹⁾.

و تشمل جريمة الامتناع عن دفع النفقة المقررة للأبناء حتى أجرة الحضانة، أو الرضاعة وتتطلب الجريمة الأركان التالية:

الركن المادي وتتضمن العناصر التالية:

أ – وجود حكم قضائي نهائي غير أنه إذا حكم القاضي بالنفقة المعجل فإن الحكم وإن كان ابتدائي فإنه ينفذ بالرغم من المعارضة، والاستئناف على أن يتم تبليغ نسخة من هذا الحكم إلى الملمزم بدفع النفقة.

ب – أن تكون النفقة المقررة هي نفقة غذائية: وفق نص المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، مع أن المادة 78 من قانون الأسرة كانت موسعة في النص على مشتملات النفقة؛ ولم تحصرها في النفقة الغذائية فقط⁽³⁾، كما أن التطبيقات القضائية الصادرة في مجال النفقة تراعى جميع عناصر النفقة المذكورة في قانون الأسرة.

ج – امتناع المحكوم عليه من أداء مبلغ النفقة لمدة تتجاوز الشهرين: سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك سلمي، يتمثل في امتناعه عمداً عن دفع مقترن بمدة تتجاوز الشهرين، ويتم حساب مدة الشهرين اعتباراً من تاريخ انقضاء مهلة 20 يوم المحدد في التكليف بالدفع ولقد أوجبت المادة 331 أن يؤدي مبلغ النفقة المحكوم بها كاملاً، فالوفاء الجزئي لا يعتد به⁽⁴⁾.

الركن المعنوي يقوم الركن المعنوي على القصد الجنائي العام القائم على عنصري العلم، والإرادة تبقى الجريمة قائمة في حق المتهم حتى وإن كان الأبناء يعيشون معه، ويتكفل بكل مستلزماتهم، وإن أثبت ذلك بواسطة محضر قضائي، فقد قضت المحكمة العليا بأن: «قضاة الموضوع لما استبعدوا هذا المحضر كون الحضانة ما زالت في ذمة المطعون ضدها وألزموا المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض

(1) _ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 258.

(2) _ القانون رقم: 09/08، المؤرخ في: 18 صفر 1429 هـ الموافق ل: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) _ المادة 78 من قانون الأسرة أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

(4) _ الأمر 156/66، المؤرخ في: 18 صفر 1386 هـ، الموافق: 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

الطعن»⁽¹⁾

ما يمكن الإشارة إليه في الأخير هو أن المدة التي حددها المشرع الجزائري لقيام هذه الجريمة هي مدة طويلة، الشيء نفسه فيما يخص جرائم هجر الأسرة والتخلي عن كافة التزاماته، أو أحد الوالدين الذي يعرض صحة الأطفال للخطر بإساءة معاملتهم، فتحريك الدعوى لا تتخذ ضد الزوج تارك الأسرة إلا بناء على شكوى الزوج الذي بقي مقر الزوجية " الزوج المتروك" وهذا ما جاء في نص المادة 330 من قانون العقوبات.

المطلب الثاني: تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج المتعلقة بالزيارة

تعدد الجرائم المتعلقة بحماية الطفل وتتداخل فيما بينها، خاصة ما تعلق منها بحماية الطفل المحضون في كل من قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية، وقانون حماية الطفل ولعل أهمها ما يأتي:

أولاً: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

أ- مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة

قراءة نص المادة 64 من قانون الأسرة تنص على أنه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر، بموجب المادة 64 من قانون الأسرة⁽²⁾، خلال مواعيد معينة قد تكون أوقات العطل، أو المواسم الدينية، والوطنية؛ ذلك من أجل توطيد المحبة، والود بين أفراد الأسرة الواحدة؛ حتى وإن فرق الطلاق بين أوليائهم وإخضاعه إلى رقابته⁽³⁾.

ولقيام هذه الجريمة يشترط وجود حكم قضائي يقضي بإسناد حق الزيارة، هذا بعد الحكم بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحدهما، ويكون الحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو حائز لقوة الشيء المقضي فيه.

على أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون لمن له الحق بالزيارة ثابت بموجب محضر رسمي محرر، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود، أو باعتراف الممتنع نفسه؛ إذ لقيام هذه الجريمة يجب توفر عنصر الإثبات.

(1) _ المحلة القضائية، ملف: 228139 بتاريخ: 16/11/1999 العدد2، 2000 لديوان الوطني للاشغال، ص227.

(2) _ القانون رقم: 05/09 المؤرخ في 5 ماي 2005 المعدل والمتمم للأمر 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(3) _ سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص182.

لاستحقاق المتابعة الجزائية وفق نص المادة 328 من قانون العقوبات «يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضنته بحكم مشمول بالنفذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق المطالبة به...»⁽¹⁾.

وما وجد النص على مثل هذه الجرائم إلا لغاية، ومصصلحة جدية تتمثل في عدم العبث بمصلحة الحضانة والاهتمام بالطفل الذي تعمد الاتفاقيات الدولية إلى النص على حقوقه، كما أن الإشكالات العملية التي يفرزها التطبيق القضائي لممارسة حق الزيارة؛ نتيجة سيطرة رغبة الانتقام التي يوظفها كل من الوالدين ضد الآخر، والتي تنعكس سلبا على الأبناء.

لإمكانية كون الزواج مختلط، فإن الآثار المتعلقة بحله تكون أكثر تعقيدا، وبما أن وجود مثل هذا الصنف من الزيجات في المجتمع الجزائري يكثر مع الأجنبية اللواتي يحملن الجنسية الفرنسية، وقعت الجزائر اتفاقية بهذا الشأن⁽²⁾.

و المتأمل في بنودها يجد أنه بالنسبة لأطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيات وفق المادة 07 من الاتفاقية قررت «أن الوالد الحاضن سيتعرض للمتابعات الجزائية المتعلقة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجنائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد مُنح للوالد الآخر بمقتضى قرار قضائي، ويتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتزم دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري وبياسر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلمه الشكوى من الطرف الآخر».

فإذا لم يقيم الحاضن بتمكنين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة وفق ما هو محدد فإن صنيعه هذا يؤدي إلى اقتراح جريمة تمس بنظام الأسرة .

ب- عناصر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة

لقيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل قُضي في شأن حضنته إلى من له الحق في المطالبة به، وجوب توافر العناصر التالية:

(1) _ الأمر رقم 156/66 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386هـ الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات.

(2) _ تمت المصادقة على هذه الاتفاقية في: 26 يوليو 1988 بموجب المرسوم رقم 144-88.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

— وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حاز لقوة الشيء المقضي به.

— أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين، وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر

— أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه، ومنه إذا توفرت هذه العناصر فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته واستحق المتابعة والعقاب .

وعند قيام جريمة الامتناع عن تسليم الطفل يمكن للطرف المضروب؛ وهو المدعي المدني أن يحرك الدعوى العمومية مباشرة.

مما سبق يتضح الاهتمام الخاص الذي يعنى به المحضون بصفة خاصة، وبالطفل بصفة عامة، وكذا من أجل إضفاء حماية جنائية للأحكام الصادرة في شؤون الأسرة والتي تأتي الأحكام المتعلقة بفئة الأطفال في مقدمتها.

ثانيا: الحماية من جرائم عدم التسليم

نص المشرع على مواد قانونية تعاقب على جرائم عدم تسليم الطفل لمن لهم الحق في كفالته وحضانته، وبالتالي لهك الحق في المطالبة بزيارته هذا ما سيتم بيانه على النحو الآتي:

1- جريمة عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير:

الحضانة أمر مقرر شرعا قانونا لأنه من باب صلة الأرحام لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ، بِوَالِدِهِ﴾⁽¹⁾، لنص المادة 64⁽²⁾.

و تقوم هذه الجريمة التي نصت عليه المادة 327 قانون العقوبات «كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من

(1) _ سورة البقرة، الآية رقم: 233

(2) _ المادة 64 ق.أسرة: " 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، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ 27 فبراير 2005 (ج.ر. 15 ص.22)

سنتين إلى 05 سنوات»⁽¹⁾.

والشخص الذي يحق له المطالبة بالطفل هو من يتمتع بحق حضائته سواء كان الأب أو الأم أو الوصي.

ولا تقوم الجريمة إلا إذا تعمد الشخص الذي كان الطفل موضوعا تحت رعايته رفض تسليمه إلى من له الحق في المطالبة به، أو امتنع عن الإفصاح عن المكان الذي يوجد فيه الطفل، أما إذا أثبت المتهم عدم مسؤوليته، وهو ما قضت به المحكمة العليا بقولها «إن الطاعن لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم البنيتين... كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي، ومتى كان كذلك فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم الطفل يعد حرقا للقانون لعدم توفر الركن المادي، مما يستوجب النقص»⁽²⁾.

2- تسليم الطفل لشخص مؤتمن:

الأصل أن يتم تسليم الطفل الضحية لوالديه لما تمثله البيئة الأسرية من تأثير إيجابي في حياة الطفل ونفسيته وأن لا يعهد به إلى غيرهم إلا في حالات استثنائية مثل:

1- إذا كان الطفل ضحية إيذاء جسدي أو نفسي أو تعرض لاعتداء جنسي من قبل الوالدين أو أحد أولياء أمره.

2- إذا أهمل الطفل من والديه أو تخلوا عنه أو تم استغلاله بوجه غير مشروع.

3- إذا ظهرت على الطفل سلوكيات ذات خطورة جسيمة ولم يكن بوسع والديه مواجهة تلك السلوكيات بإمكانياتهم المتواضعة، وفي الأحوال التي يتم تسليم الحدث لغير والديه، يجب تحصيل نفقة الحدث من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليا عنه.⁽³⁾

ولقد نصت المادة 493 قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي «إذا وقعت جناية أو جنحة على شخص لم يبلغ السادسة عشرة من والديه أو وصيه أو حاضنه فإنه يمكن لقاضي الأحداث أن يقرر بمجرد أمر منه بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء نفسه بعد سماع رأي

⁽¹⁾ - الأمر 156/66 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق: 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

⁽²⁾ _ المحلة القضائية، المحكمة العليا، ملف رقم: 130691، المؤرخ: 1996/7/14، العدد الأول، 1999، ص 153.

⁽³⁾ _ المادة: 27/4 من اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ: 20/11/1989 والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1992.

النيابة أن يودع الحدث الجني عليه في الجريمة، إما لدى شخص جدير بالثقة، وإما في مؤسسة، وإما يتعهد به للمصلحة العمومية المكلفة برعاية الطفولة، ولا يكون هذا القرار قابلاً للطعن» إلا أنه في حال تبين لقاضي الأحداث أن الطفل القاصر يوجد في بيئة من شأنها تعريضه لخطر محقق جاز له اتخاذ تدابير الحماية المؤقتة وإن توقفت المتابعة الجزائية ضد متولي الرقابة.

ولقد نصت المادة 147 من قانون حماية الطفل على «تطبيق أحكام قانون الإجراءات الجزائية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون»⁽¹⁾.

ثانياً: جريمة الامتناع عن تسليم المحضون

نص المشرع على جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنته، وذلك من خلال نص المادة 328 من قانون العقوبات⁽²⁾.

لقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر الآتية المكونة للركن المادي من: عنصر الامتناع عن التسليم، توفر حكم قضائي سابق، وكذا الركن المعنوي لها

1- عنصر الامتناع عن التسليم: ويمثل الركن المادي للجريمة

باتخاذ موقفاً سلبياً من الممتنع، وينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد وواضح، وقرينة ذلك علم الممتنع بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حتى المطالبة بالمحضون⁽³⁾، وقد جاء في قرار المحكمة العليا بهذا الشأن بتاريخ 19/07/1996 «متى ثبت أن المتهم لم يعلن بصراحة رفضه تسليم البنت إلى والدتها ولم يقيم بأية مناورة لمنع الوالدة من حق الزيارة وأن البنت هي التي رفضت الذهاب إلى والدتها كما يشهد على ذلك تصريح المحضر القضائي فإن أدانته المتهم بجنحة عدم تسليم البنت يعد خرفاً للقانون ويستوجب النقص»⁽⁴⁾.

2- توفر حكم قضائي سابق :

يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، ويجب أن يكون نافذاً وإذا كان صادر عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي فإنه لا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان مهوراً

(1) _ القانون رقم: 15_12 المؤرخ في: 28 رمضان 1436هـ، الموافق ل: 15 يوليو 2015 المتضمن قانون حماية الطفل.

(2) _ سبقت الإشارة إلى نص المادة 328 من قانون العقوبات، في العنصر المتعلق بجريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

(3) _ بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ج1 ص184

(4) _ سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة للنشر والتوزيع، 2013، ص175.

الباب الثاني: الفصل الثاني: علاقة قانون الأسرة بقانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج

بالصيغة التنفيذية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الجزائري⁽¹⁾، أو وفقا للاتفاقات الدولية الثنائية أو الجماعية⁽²⁾.

3-الركن المعنوي :

تقتضي هذه الجريمة توافر قصد جنائي يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ، فمتى توافرت عناصر الجريمة والمتمثلة في الامتناع الفعلي عن التنفيذ، مع وجود الحكم القضائي، وتوفر النية الجرمية لهذا الفعل فإنه يمكن للقاضي الحكم بتطبيق المادة 328 من قانون العقوبات مع إبراز عناصر الجريمة وإلا سيكون مشوبا بالتقصير في التسبيب، وعليه فعدم تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون مبرر شرعي فإنه يعرض الشخص إلى اتهامه بارتكاب جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في المطالبة به قد قضي في شأن حضانته بحكم نهائي أو مشمول بالنفاذ المعجل وسيعاقب بعقوبة تتراوح بين شهر وسنة حبسا وعقوبة مالية ما بين 20.000 و100.000 دج طبقا للمادة 328 من قانون العقوبات⁽³⁾.

(1) _ القانون رقم: 09/08، الصادر بتاريخ: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) _ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص176.

(3) _ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص176-177.

وفي نهاية هذا الباب المرتبط بدراسة العلاقة بين قانون الأسرة و باقي فروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال عقد الزواج و آثاره و الذي تم فيه الوصول إلى القول أن انحلال الرابطة الزوجية، أو الانفصال بين طرفي هذه العلاقة قد يكون بغير إرادتهما عن طريق الوفاة ، أو بالإرادة المشتركة بينهما أو بالإرادة المنفردة للزوجة بالخلع أو بالتطليق بعد رفع أمرها للقضاء عند تحقق حالة من حالات الضرر و التي يخضع تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي و تبرز العلاقة من الناحيتين الناحية الموضوعية، العلاقة مع القانون المدني الذي يبين طبيعة و تكييف هذه السلطة التقديرية له و حدود ممارستها تبرز أو الشكلية هذه الأخيرة التي تتجلى في طبيعة العلاقة مع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من خلال رفع النزاع إلى القضاء ، و مسألة الإختصاص وطرق الطعن ، و تطبيقها على كل النزاعات المتعلقة بانحلال الزواج مع التركيز على كل من الصلح و التحكيم .

أن انحلال العلاقة الزوجية لا يعن انقضاء ، و انتهاء العلاقة و إنما ينتهي الزواج و تنتج عنه آثار سواء وقعت الفرقة بالوفاة أم بالطلاق ؛ فالميراث مثلا كأثر من آثار انحلال الزواج عن طريق الوفاة له علاقة مع كل من القانون المدني خاصة في المسائل المتعلقة بالتركة من حيث تقسيمها ، و الإجراءات المتبعة في ذلك بداية من الموثق و وصولا إلى طرق التنفيذ سواء أكانت عقارا ، أم منقولا مفرزا ، أو على سبيل الشيوخ، و كذا الأحكام المرتبطة بالتركة المستقبلية ، و ما يتعلق ببيع التركة خاصة في مرض الموت،

و كذا ما يتعلق بطرق الإثبات كما انتهاء و انقضاء العلاقة ؛ و كذا ما ينجر من آثار ذات طابع موضوعي أو شكلي نتيجة انحلال الزواج بالطلاق بمختلف صورته التي تتداخل في نواح كثيرة تفسر العلاقة التكاملية بين مختلف فروع القانون مع قانون الأسرة في تنظيم آثار انحلال الزواج الموضوعية و الشكلية و جزاء الانحلال بها حيث تم التركيز على الآثار الإجرائية من الإثبات ، و التعويض مع القانون المدني العلاقة مع قانون الجنسية بالإشارة إلى مسألة فقدان الجنسية لمكتسبها بسبب الزواج أما بالنسبة لجزاء الإخلال بآثار الزواج فتم الإقتصار على الإخلال بالآثار الموضوعية من الحضانة و الزيارة مع كقارنة كل ذلك بأحكام الفقه الإسلامي .

الخاتمة

جامعة الأمير عبد
المنعم للإسلامية

في نهاية هذا البحث أحمد الله تعالى أن يسر لي إتمام هذا البحث الذي تم فيه تقصي معظم أنواع العلاقات المشتركة التي تربط بين قانون الأسرة و فروع القانون الأخرى سواء تعلق الأمر بقيام الرابطة الزوجية أو انتهائها، وكذا الآثار الناتجة عنهما عند المشرع الجزائري

فالعلاقة بين قانون الأسرة و باقي فروع القانون الأخرى فيما يتعلق بنشأة عقد الزواج تتجلى بشكل تكاملي أوضح في الشروط الشكلية كإجراءات تسجيله إذ يعتبر قانون الحالة المدنية السجل المدون، و المقيّد لقيام عقد الزواج، و الطريق المثبت لكل الشروط، و الأركان المتعلقة به في حال وجود النزاع، و أن ظابط الحالة المدنية هو المشرف على إجراء الفحص الطبي الذي يعد كوسيلة معلّمة للمقبلين على الزواج و ليست ملزمة، كما تظهر علاقته مع قانون الصحة من خلال اشتراط الطبيب المشرف على هذا الإجراء، أما الشروط الاتفاقية للزواج سواء أكان اشتراطها عند العقد، أو بموجب عقد لاحق فتتنوع العلاقة و تختلف باختلاف الشروط و المواضيع المرتبطة بها.

أما العلاقة بين قانون الأسرة و باقي فروع القانون الأخرى التي تتمحور حول تنظيم آثار عقد الزواج فشملت الآثار الموضوعية سواء كانت الشخصية، أو المالية على طرفيه، و على الأصول والفروع، وكذا تنظيم آثار الزواج القانونية من: الاسم والجنسية، و العمل، والضمان الاجتماعي و إثبات عقد الزواج، و وصولا إلى تنظيم جزاء الإخلال بكل هذه الآثار في كل من قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية.

في حين العلاقة المرتبطة بانحلال عقد الزواج و آثاره مقارنة بمبادئ الشريعة الإسلامية فتجسدت من خلال دراسة الشروط الموضوعية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج، أو بغير إرادته و كذا تنظيم الشروط الشكلية لها من الاختصاص، و شروط وإجراءات رفع الدعوى، ثم تطبيقات الشروط الشكلية على دعاوى الانحلال-الصلح والتحكيم في كل فروع القانون عند المشرع الجزائري.

دون إغفال تمحيص آثار انحلال الزواج الموضوعية من النسب، و الحضانة، و الزيارة و كذا العلاقة بين قانون الأسرة و فروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الانحلال القانونية من: الإثبات، و التعويض في حال التعسف في إيقاع الفرقة، و الجنسية، و فكرة النظام العام، و وصولا إلى تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج السابق ذكرها .

وأشير هنا إلى أهم النتائج التي تم التوصل إليها :

1- الاقتصار على ركن وحيد في عقد الزواج - الرضا - عند المشرع الجزائري؛ مع إغفال النص على عيوب المتعلقة به، وما يترتب عليها من آثار في قانون الأسرة؛ يوجب ضرورة الإحالة على قواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في هذا المجال.

2- مسايرة قانون الأسرة قواعد القانون المدني في تحديد سن الأهلية ب19 سنة، إلا أن الاستثناء يقع في حالتين: حالة زواج المخطوفة القاصر من خاطفها تطبيقا لنصوص المواد قانون العقوبات، وحالة ترخيص قاضي شؤون الأسرة بهذا الزواج لوجود ضرورة أو مصلحة المادة7 قانون الأسرة.

4- تعديل المشرع الجزائري ومراجعتة الجزئية للأحكام المتعلقة بالحضانة تبقى زهيدة بالمقارنة مع الأهمية التي تستحقها لتعلقها بمصلحة الطفل.

5- الصلح من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات المتعلقة بالأسرة الذي أخذ به المشرع الجزائري، حيث جمع تنظيم أحكام الصلح، وحدد إجراءاته، وبين آثاره، في كل من قانون الأسرة، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مساهما بذلك في تقليص التزايد مستمر في حجم القضايا المطروحة على القضاء.

6- صعوبة التوفيق بين النص بالوجوب، والإلزامية في بعض الشروط الموضوعية، والإجرائية كشرط نية العدل عند التعدد، وشروط إعطاء شهادة الفحص الطبي تطبيقا لمواد الأمر54/06.. مع عدم تحديد وسائل تطبيق هذه الشروط الشكلية، والموضوعية عمليا، وكذا غياب الجزاء الردعي في حال مخالفتها.

7- إطلاق وتوسعة طرق انحلال الزواج عند المشرع الجزائري في الطلاق، والتطليق، والخلع دون أي قيد أو شرط أدى إلى تفاقم ظاهرة الانفصال، وتضاعف أعدادها مما يتناقض مع المقاصد التي شرعت لأجلها، مع أنه من مقاصد الشريعة الإسلامية جواز تقييد المباح.

8- حرص المشرع على توفير الحماية الجنائية الكافية لأفراد الأسرة من معظم أشكال الاعتداء التي قد تطال أفرادها، وتهدد وحدتها، وانسجامها، مع التشديد في العقوبات المطبقة عليها سواء وقعت على الذات، أم العرض، أم المال من جهة، وعن طريق جعل الأسرة أيضا سببا من أسباب التخفيف، أو الإعفاء من الجزاء في نوع آخر من الجرائم من جهة ثانية.

9- حرص المشرع الجزائري على توفير الحماية القانونية الكافية لأفراد الأسرة ككل من خلال ربط العلاقات مع مختلف فروع القانون، من أجل تجسيد المحافظة على الأسرة، حتى بعد انحلال الزواج.

10- محاولة المشرع الجزائري اتخاذ سياسة جنائية متوازنة فمن جهة ساهمت النصوص العقابية الردعية في حماية الأسرة من الأفعال الماسة بسلامتها وأمنها، ومن جهة أخرى حاولت المحافظة على تماسك الأسرة من خلال أفراد إجراءات خاصة لتحريك الدعوى العمومية.

11- الإثبات هو مصطلح قانوني يراد به إقامة الدليل على الواقعة القانونية التي تشكل موضوع الدعوى، أما المصطلح الفقهي فهي البيئة وهي تدل على كل ما يستعمل من أدلة لإيضاح الحق وإظهاره، وإن اختلف الفقهاء في تكييفهم لها.

12- حصر قانون الأسرة الجزائري طرق إثبات الزواج، والطلاق في مجرد التسجيل أدى إلى وجود ازدواجية بين أحكام الشرع والقانون.

13- اختلاف النظام العام في العلاقات الأسرية خاصة فيما يتعلق بعلاقات الزواج والطلاق بين الدول الإسلامية، والدول الغربية أساسه تغير الأسس والمفاهيم الاجتماعية، والأخلاقية، والدينية، والثقافية التي يقوم عليها تنظيم الأسرة.

14- الارتباط الوثيق لآثار الزواج وانحلاله بين معظم فروع القانون عند المشرع الجزائري من الناحية الإجرائية، والموضوعية يوجب جعل الشريعة الإسلامية كمصدر لهذه الفروع باعتبارها المصدر الرئيس لقانون الأسرة.

15- تقرير مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في منح الجنسية بسبب الزواج في حالة الزواج المختلط بالنسبة للزوج الأجنبي، مع عدم تمييزها عنه في منح جنسيتها لأبنائها عند المشرع الجزائري بغض النظر عن موطن ولادتهم.

التوصيات:

- 1- إلتماس وضع تشريع خاص يعنى بالقواعد الموضوعية، والإجرائية المتعلقة بالأسرة، مع وجوب التركيز على التكوين المتخصص للقضاة في قضايا شؤون الأسرة.
- 2- ضرورة التسهيل من الإجراءات الإدارية من أجل تمكين الزوج، والأولاد من اكتساب الجنسية الجزائرية بسبب الزواج.
- 3- ضرورة تعزيز حق الزيارة بنصوص تحدد طبيعته، وشروط وإجراءات ممارسة هذا الحق من أجل التجسيد العملي لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون، مما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأصولها العامة تحت رقابة مرشد نفسي، واجتماعي يساعد على إصلاح ذات البين، ويراعي مشاعر الطرفين والصغير مع تهيئة أماكن مناسبة لها، وتوفير أسباب الراحة، والأمان لجميع الأطراف.
- 4- وجوب إستحداث مصالح مزودة بالإمكانات الضرورية على مستوى القنصليات في الخارج تتولى مواصلة إجراءات التنفيذ في الخارج بالنسبة للمهاجرين الجزائريين المقيمين في الخارج، وكذا بالنسبة للقضايا الناتجة عن الزواج المختلط.
- 5- ضرورة تفعيل الصلح كآلية فعالة وأسلوب متميز لإنهاء الخصومات أيا كان طابعها، وترجيحه على المقاضاة للتخفيف من اكتظاظ المحاكم، والتيسير على حياة المواطنين الذين يلجؤون إليه لمعالجة القضايا المطروحة على القضاء والمتزايدة بشكل مستمر.
- 6- ضرورة إعادة النظر في مسألة إثبات الطلاق العرفي التي فرضت نفسها بشدة في الواقع العملي خاصة في ضل وجود نص المادة 22 من قانون الأسرة، حيث يمنع رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله، هذا من جهة ومن جهة أخرى وجوب رفع دعوى إلحاق النسب، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة. من أجل مساندة الواقع المعيش وتجنب المماطلة في الإجراءات القضائية.
- 7- ضرورة تعديل النصوص الموجبة للتعويض على الضرر المادي، أو المعنوي الناتج على انحلال الزواج سواء أكان مصدره الرجل، أو المرأة خاصة بعد الإرتفاع المذهل لنسب الطلاق، والخلع في المجتمع الجزائري.

8- ضرورة إعادة النظر في نصوص قانون الأسرة المحملة فمثلا: من أجل القضاء على ازدواجية حساب عدة المطلقة من تاريخ التصريح بالطلاق أو من تاريخ صدور الحكم، والخروج بذلك من فرضية وجود جريمة تعدد الأزواج بالنسبة للمرأة المطلقة التي انقضت عدتها شرعا، ولم تنته قانونا.

9- إعادة صياغة مادة 50 من قانون الأسرة «لا يثبت الطلاق إلا بعد محولات الصلح بشرط مراعاة مدة العدة». - بنص «يثبت الطلاق البائن العرفي بواسطة حكم قضائي مقرر بأثر رجعي، ويحرم الحي منهما الإرث من الآخر بانتهاء العدة».

10- إعادة النظر في بعض الإجراءات الخاصة بجرائم إهمال الأسرة، لعدم التناسب مع الطابع المعيشي للنفقة، وكذا لما تستغرقه الإجراءات الحالية من وقت غير يسير، مع ضرورة النص على تجريم تبديد أحد الزوجين أمواله بقصد الإضرار بالزوج الآخر، أو بالأبناء، أو الأصول الذين يعيشون تحت رعايته؛ مما يؤثر سلبا على الروابط الأسرية.

11- ضرورة مراعاة تقدير النفقة بالموازنة بين القدرة والكفاية من جهة، وبين مراعاة مقتضيات العرف والعصر من جهة ثانية، كتغيير حال الزمان، والمكان، والأسعار، وهذا مقتضى اناطة النفقة بالمعروف بين الناس.

12- الاهتمام بالتكوين المتخصص، والنوعي بالنسبة لأعوان الضبطية القضائية، وقضاة النيابة المكلفين بقضايا التحقيق القانوني في الجرائم المتعلقة بالأحداث.

13- إعادة النظر في بعض العقوبات المتعلقة بالإخلال بالالتزامات الأسرية عامة، والتي تقع على الأطفال بوجه خاص حتى تتناسب مع فظاعة الجرم المرتكب، ومع مبادئ الشريعة الإسلامية،

14- وجوب التشديد من العقوبات المتعلقة بالاعتداء على الأطفال على الذات، أو العرض على حد سواء حتى تتحقق فكرة الردع العام نظرا لخطورتها على الأسرة والمجتمع، واستشرائها في المجتمع الجزائري في الآونة الأخيرة.

15- ضرورة تفعيل قانون إصلاح السجون ومراكز إعادة التربية للمساجين الأحداث؛ مع توسيع الأنظمة البديلة للعقوبة كممارسة أعمال النافعة التي تعود بالنفع الخاص والعام، وهي من أولى توصيات منظمة اليونسيف.

- 16- ضرورة العمل على توحيد نصوص الحماية الجنائية المتعلقة بالأسرة عند المشرع الجزائري، يجعلها في قالب نصي واحد بدل انتشارها بين عدة فروع للقانون
- 17- إعادة صياغة التشريعات الجنائية بحيث لا تتعارض أحكامها مع مقتضيات حماية الأسرة من العنف الأسري، وبما ينسجم مع المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، مع وجوب إزالة وتصحيح المفاهيم الخاطئة الخاصة بالأحكام الدينية المتعلقة بالأسرة.
- 18- تشديد العقوبة: على مرتكبي جرائم الشرف، لخطورتها على أفراد الأسرة، ولما تشكله من خطر على المجتمع ككل. بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية .
- 19- ضرورة إضفاء نوع من الجزاء جراء مخالفة الأوامر، والنصوص الملزمة في قانون الأسرة، وإلا أصبح وجوبها عديم الأثر من الناحية العملية- وإن تعلق الأمر بمخالفة شروط إجرائية -حتى يتحقق الهدف من تشريعها كإلزامية الفحص الطبي، ومراعاة القيود القانونية في التعدد، ووجوب تسجيل عقد الزواج... إلخ
- 20- ضرورة تكثيف التوعية المتعلقة بأحكام الأسرة، ومقاصدها، وآثار العبث بها عن طريق تسخير وسائل الإعلام، ومختلف الهيئات الاجتماعية من أجل تبصير أفراد الأسرة بالحقوق والواجبات التي يتمتعون بها، وعمق العلاقة السامية بينهما.
- هذا ما تيسر إعداده في هذا البحث، وأسأل الله تعالى أن يوفقنا للصواب في القول والعمل إنه على كل شيء قدير، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه، والتابعين إلى يوم الدين.
- ربنا ظلمنا أنفسنا وإن لم تغفر لنا وترحمنا لنكونن من الخاسرين، ربنا اغفر لنا وإخواننا الذين سبقونا بالإيمان، ولا تجعل في قلوبنا غلا للذين آمنوا، ربنا إنك غفور رحيم، ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت العزيز الحكيم.
- وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

ثالثاً: فهرس الأعلام.

رابعاً: قائمة المصادر والمراجع.

خامساً: فهرس الموضوعات.

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

| الصفحة | الآية | طرف الآية |
|----------------------|---------|---|
| سورة البقرة | | |
| 23 | 35 | ﴿ وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ ﴾ |
| 393 | 83 | ﴿ وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ |
| 178 | 187 | ﴿ أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ﴾ |
| 184 | 190 | ﴿ وَقَتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقْتُلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا ﴾ |
| 236 | 195 | ﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ |
| 141 | 221 | ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴾ |
| 184 | 227-226 | ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ... ﴾ |
| 90 | 228 | ﴿ وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ |
| 156 | 265 | ﴿ وَمَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ ﴾ |
| 198 | 229 | ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ |
| 96 | 233 | ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ |
| 260 | 236 | ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ |
| 218 | 237 | ﴿ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ |
| 328 | 241 | ﴿ وَالْمُطَلَّقاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ |
| سورة آل عمران | | |
| 204 | 14 | ﴿ زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ ﴾ |

| | | |
|--------------|-----|--|
| 315 | 81 | ﴿ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي... ﴾ |
| سورة النساء | | |
| 22 | 3 | ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمِينِ فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ |
| 48 | 4 | ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ |
| 231 | 9 | ﴿ وَلِيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَةً ضِعَفًا ﴾ |
| 213 | 15 | ﴿ وَالَّتِي يَأْتِيكِ الْفَحِشَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ... ﴾ |
| 37 | 19 | ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ... ﴾ |
| 23 | 20 | ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ... ﴾ |
| ب | 21 | ﴿ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ |
| 22 | 22 | ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا... ﴾ |
| 240 | 23 | ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ... ﴾ |
| 22 | 25 | ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ... ﴾ |
| 96 | 34 | ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ... ﴾ |
| 186 | 35 | ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ... ﴾ |
| 161 | 59 | ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ... ﴾ |
| 198 | 114 | ﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ ﴾ |
| سورة المائدة | | |
| 31 | 1 | ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ |
| 43 | 33 | ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي... ﴾ |

| | | |
|---------------------|-----|--|
| 250 | 38 | ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا ﴾ |
| سورة الأنعام | | |
| 111 | 140 | ﴿ قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا... ﴾ |
| 231 | 151 | ﴿ وَيَا لَوْلَا دِينٌ أَحْسَنُ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِمَّنْ اٰمَلْتُمْ... ﴾ |
| سورة الأعراف | | |
| 43 | 118 | ﴿ فَوَقَعَ الْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ |
| سورة الأنفال | | |
| 157 | 30 | ﴿ وَإِذْ يَمْكُرُ بِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِيُثْبِتُوكَ أَوْ ﴾ |
| 383 | 75 | ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ |
| سورة هود | | |
| 25 | 80 | ﴿ قَالَ لَوْ أَن لِي بِكُمْ قُوَّةٌ أَوْ آوَىٰ إِلَيَّ رُكْنٌ شَدِيدٌ... ﴾ |
| 156 | 120 | ﴿ وَكَلَّا نَقْصُصْ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُنشِئُ بِهِ فُؤَادَكَ ﴾ |
| سورة يوسف | | |
| 353 | 65 | ﴿ وَلَمَّا فَتَحُوا مَتْعَهُمْ وَجَدُوا بِضْعَتَهُمْ رُدَّتْ إِلَيْهِمْ... ﴾ |
| سورة إبراهيم | | |
| 157 | 27 | ﴿ يُشِيتُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾ |
| سورة النحل | | |
| ب | 72 | ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ... ﴾ |
| 184 | 125 | ﴿ ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ ﴾ |
| سورة الإسراء | | |

| | | |
|----------------------|-----|--|
| 105 | 23 | ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ |
| 111 | 31 | ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشِيَةَ إِمْلَاقٍ ﴾ |
| 413 | 85 | ﴿ وَسْئَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ ﴾ |
| سورة الأنبياء | | |
| 43 | 22 | ﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا ﴾ |
| سورة المؤمنون | | |
| 233 | 13 | ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نَظْفَةً فِي قرارٍ مَكِينٍ ﴾ |
| 388 | 101 | ﴿ فَإِذَا نُفِخَ فِي الصُّورِ فَلَا أَنْسَابَ بَيْنَهُمْ يَوْمَئِذٍ وَلَا يَتَسَاءَلُونَ ﴾ |
| سورة النور | | |
| 213 | 2 | ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ |
| 21 | 3 | ﴿ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا.... ﴾ |
| 293 | 5-4 | ﴿ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا.... ﴾ |
| 400 | 8-6 | ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ.... ﴾ |
| 207 | 30 | ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَيْدِيهِمْ وَيَحْفَظُوا أَرْوَاحَهُمْ ﴾ |
| 147 | 31 | ﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ ﴾ |
| سورة الفرقان | | |
| 208 | 68 | ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي.... ﴾ |
| سورة القصص | | |
| 147 | 23 | ﴿ قَالَ مَا خَطْبُكُمْ قَالَتَا لَا نَسْفِي حَتَّىٰ يَصْدِرَ الرِّعَاءُ.... ﴾ |

| | | |
|---------------------|-----|---|
| سورة الروم | | |
| ب | 21 | ﴿ وَمَنْ آيَاتِيَّ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا.... ﴾ |
| سورة لقمان | | |
| 112 | 14 | ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ ﴾ |
| 106 | 15 | ﴿ وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ﴾ |
| سورة الأحزاب | | |
| 388 | 5-4 | ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ... ﴾ |
| 23 | 37 | ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ... ﴾ |
| 346 | 49 | ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ... ﴾ |
| 147 | 59 | ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ... ﴾ |
| سورة سبأ | | |
| 109 | 39 | ﴿ قُلْ إِنْ رَبِّي يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ... ﴾ |
| سورة يس | | |
| 95 | 47 | ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ ﴾ |
| سورة الصافات | | |
| 23 | 22 | ﴿ أَحْشَرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ ﴾ |
| 388 | 158 | ﴿ وَجَعَلُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَنَّةِ نِجَابًا ﴾ |
| سورة فصلت | | |
| 405 | 53 | ﴿ سَرُّيْهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ﴾ |
| سورة الشورى | | |

| | | |
|----------------------|--------|--|
| 22 | 50 | ﴿ أَوْ يَرْوِجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ مِنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾ |
| سورة الدخان | | |
| 22 | 54 | ﴿ كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ ﴾ |
| سورة الأحقاف | | |
| 411 | 15 | ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا.... ﴾ |
| سورة محمد | | |
| 26 | 18 | ﴿ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا.... ﴾ |
| 383 | 23، 22 | ﴿ فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ.... ﴾ |
| سورة الذاريات | | |
| 25 | 40، 39 | ﴿ فَتَوَلَّىٰ بُرْجَيْنِهِمَا وَقَالَ سِحْرٌ أَوْ مَجْنُونٌ فَأَخَذْنَاهُ وَجُودَهُ فَنَبَذْنَاهُ فِي الْيَمِّ.... ﴾ |
| 23 | 49 | ﴿ وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ |
| سورة النجم | | |
| 401 | 4 | ﴿ إِنَّهُ هُوَ الْوَحِيُّ الْيُحْيِي ﴾ |
| سورة الطلاق | | |
| 265 | 2 | ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ.... ﴾ |
| 347 | 4 | ﴿ وَالَّتِي يَبْسُغْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ |
| 96 | 6 | ﴿ أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَبْصُرُوهُنَّ لِنُضِيقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ |
| 96 | 7 | ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾ |
| سورة التحريم | | |

| | | |
|---------------------|-----|---|
| 383 | 6 | ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفُسُهُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقَوْدُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾ |
| سورة الملك | | |
| 218 | 14 | ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴿١٤﴾﴾ |
| سورة القيامة | | |
| 23 | 39 | ﴿جَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾ |
| سورة التوحيد | | |
| 231 | 8،9 | ﴿وَإِذَا الْمَوْءِدَةُ سُئِلَتْ ﴿٨﴾ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ ﴿٩﴾﴾ |

ثانياً: فهرس الأحاديث

| الصفحة | طرفه الحديث |
|--------|---|
| 96 | «ابدأ بنفسك فتصدّق عليها، فإن فضل.....» |
| 262 | «أبغض الحلال إلى الله الطلاق.....» |
| 97 | «اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم.....» |
| 267 | «أتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني.....» |
| 90 | «ألا واستوصوا بالنساء خيراً.....» |
| 187 | «أصبَحْنَا يَوْمًا وَنِسَاءُ النَّبِيِّ ﷺ يَبْكِينَ.....» |
| 115 | «أحسن الأسماء إلى الله.....» |
| 38 | «أمرك بيدك، قالت: أحزت ما فعل أبي.....» |
| 31 | «إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج.....» |
| 90 | «إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها.....» |
| 258 | «أن الأرواح جنود مجنّدة فما تعارف منها.....» |
| 293 | «إن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو لشريك...» |
| 268 | «إن الله تجاوز عن أمي ما حدّثت به أنفسها.....» |
| 231 | «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووآد البنات.....» |
| 38 | «إن الله وَضَع عن أمي الخطأ.....» |
| 294 | «إن الله يعلم أن أحدكما كاذب.....» |
| 97 | «أن يطعمها إذا طعم و يكسوها.....» |
| 278 | «ولهن عليكن رزقهن و كسوتهن بالمعروف.....» |
| 119 | «أن رسول الله ﷺ كان يغيّر الاسم القبيح.....» |

| | |
|-----|---|
| 105 | إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه |
| 367 | «أنت أحق به ما لم تتزوجي.....» |
| 105 | أنت و مالك لأبيك |
| 213 | «خذوا عني قد جعل الله عليهن سبيلا.....» |
| 76 | «أنا عند ظن ربي بي...» |
| 108 | «أَنْفَقِي عَلَيْهِمْ، فَلكِ أَجْرٌ مَا أَنْفَقْتِ عَلَيْهِمْ.....» |
| 161 | «السمع و الطاعة حق على المرء المسلم....» |
| 115 | «أنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم.....» |
| 395 | «أَيُّمًا امْرَأَةً أَدْخَلْتِ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ.....» |
| 295 | «أَيُّمًا امْرَأَةً سَأَلْتُ زَوْجَهَا طَلَاقًا فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ.....» |
| 93 | «أن الشيطان ينصب عرشه على الماء....» |
| 298 | «البينة على من المدعى واليمين.....» |
| 93 | «تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم.....» |
| 47 | تيسروا في الصداق |
| 33 | «ثلاث جدُّهن جدٌّ وهزلهن جد.....» |
| 406 | «جاء رجل من بني فزارة إلى رسول الله، فقال: ولدت امرأتى غلاما أسود...» |
| 349 | «خذ الذي لها عليك وخلي سبيلها.....» |
| 96 | «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.....» |
| 94 | «خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ.....» |
| 94 | «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي.....» |
| 97 | «الدنانير أربعة، دينار تنفقه في سبيل الله.....» |

| | |
|-----|--|
| 94 | «الدنيا متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة.....» |
| 213 | «رجم ماعز و الغامدية.....» |
| 97 | «فاتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم.....» |
| 97 | «فقال يطعمها إذا طعم، ويكسوها.....» |
| 106 | «قال نَعَمْ، صِلِي أُمَّكَ.....» |
| 329 | «قال: لعن الله كل ذواق مطلق» |
| 107 | «كل مولود يولد على الفطرة.....» |
| 394 | «الكنايات رواجع.....» |
| 208 | «لا تزال أمتي بخير ما لم يفشي فيهم الزنا.....» |
| 19 | «لا ضرر ولا ضرار.....» |
| 261 | «لا طلاق في إغلاق.....» |
| 241 | «لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها.....» |
| 234 | «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ألا إله.....» |
| 207 | «لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم.....» |
| 384 | «لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ قَاطِعٌ رَجِمَ.....» |
| 72 | «لا يورد ممرض على مصح.....» |
| 308 | «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله.....» |
| 266 | «مُرَّةٌ فليراجعها ثم ليمسكها.....» |
| 207 | «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع.....» |
| 412 | « من ضم يتيما بين المسلمين في طعامه و شرابه.....» |
| 115 | «من حق الولد على الوالد أن يحسن أدبه.....» |

| | |
|-----|--|
| 31 | المسلمون على شروطهم |
| ز | «من سلك طريقا بيتغي فيه علما سهل.....» |
| 412 | «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ.....» |
| 339 | «المنتزعات و المختلعات هن المنافقات.....» |
| 233 | «قضى في جنين امرأة من بني.....» |
| 209 | «الولد للفراش وللعاهر الحجر.....» |
| 184 | «ولن يضرب خياركم.....» |
| 101 | «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن.....» |
| 198 | «يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، مَا أَعْتَبُ عَلَيْهِ فِي.....» |
| 106 | «يا رسول الله من أحق الناس بحسن الصحبة.....» |
| 267 | «يا أيها الناس ما يال أحدكم يزوج عبده.....» |
| 329 | «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته.....» |
| 93 | «يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار.....» |

ثالثاً: فهارس الأعلام

| العلم | الصفحة |
|---------------|--------|
| الأمدي | 44 |
| الحصني | 52 |
| الدردير | 52 |
| الزرقا مصطفى | 7 |
| أبو زهرة محمد | 58 |
| السبكي | 44 |
| السنهوري | 57 |
| السيد قطب | 107 |
| الصنعاني | 52 |
| ابن عابدين | 51 |
| ابن عاشور | 383 |
| فتححي الدريبي | 325 |
| القرافي | 267 |
| القرطي | 282 |
| الكاساني | 51 |
| الكشناوي | 52 |
| ابن المنذر | 97 |

رابعاً: فهرس المصادر والمراجع

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

أولاً: الكتب

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي، أصول القانون — نظرية الحق — دون معلومات النشر — 1990.
2. إبراهيم بن صالح التميمي، الولاية الخاصة في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط الأولى، 1428هـ.
3. إبراهيمي محمد، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.
4. إحسان علي محاسنة: البيئة والصحة العامة، دار الشروق، (بدون تاريخ).
5. أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 1986.
6. أحمد خليل، جريمة الزنا، دار المطبوعات الجامعية طبعة سنة 1982.
7. أحمد محمد العساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، دار إحياء العلوم.
8. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، د.ت.ط السابعة.
9. أحمية سليمان: آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003 .
10. أشرف توفيق، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة والقانون، دكتوراه دولة في الحقوق، القاهرة، 1994.
11. الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس.الأردن، ط الثانية.1418هـ، 1997م.
12. الأشقر عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النقاش، الأردن، ط الثانية، 1425هـ—2005.

13. الأصفهاني الراغب، مفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد الكيلاني، دار المعرفة. بيروت، دت.
14. أفراح جاسم محمد، العنف الأسري ضد الزوجة - دراسة ميدانية في مدينة بغداد، دكتوراه في قسم علم الاجتماع كلية الآداب جامعة بغداد 2007.
15. الألباني محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخرّيج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي - بيروت الطبعة: الثانية - 1405 - 1985.
16. الصابوني عبد الرحمن: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1987.
17. اطفيش أحمد: شرح كتاب النيل و شفاء العليل، ط الثانية، مكتبة الإرشاد، جدة، 1973.
18. الألفي محمد جبر، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، جامعة الإمام محمد بن سعود، المملكة العربية السعودية، 2015.
19. الألفي محمد عبد الحميد، الجرائم العائلية والحماية الجنائية للروابط الأسرية، ط 1999 دار الفكر العربي، 1999.
20. الآلوسي أبو الفضل شهاب الدين، روح المعاني في تفسر القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفكر. بيروت 1414هـ - 1993م .
21. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، لا توجد دار النشر، الطبعة الثانية، 1997،
22. أمال رواق: الإشهاد و دوره في إثبات الزواج و انحلاله دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، دار نوميديا، قسنطينة، 2010
23. إمام محمد كمال والشافعي جابر عبد الهادي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

24. الأمدي سيف الدين، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية بيروت، 1983م
25. أوهائية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري- التحري والتحقيق- ط السادسة، دار هومة، 2000.
26. باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى للطباعة والنشر الجزائر، 2008
27. بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، مطبعة عمار قرني باتنة، 1992.
28. بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مطبعة عمار قرني باتنة، 1992.
29. الباز مصطفى محمد، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
30. باسم شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة، الجزائر، 2011.
31. البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول الإسلام البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1978.
32. بداوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني، مركز الدراسات والبحوث القانونية، الموسوعة القضائية، الجزائر.
33. بدران أبو العين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيرة تايوت، 1967.
34. بدران أبو العين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر.
35. بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ط الأولى، دار النهضة العربية، 1998.

36. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية، الطبعة، الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
37. بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون ونظرية الحق ، دار العلوم، 2006.
38. بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1988م.
39. بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
40. بلباقي عيد المؤمن، الشركات والموارث، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2003.
41. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
42. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة وفق آخر تعديل، دار الثقافة 2012.
43. بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2008.
44. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
45. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
46. بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1990.

47. البهوتي منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.
48. البهي عبد المنعم، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، دار الفكر العربي، مصر.
49. بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
50. بودراع بلقاسم، الوجيز في القانون التجاري، مطبعة الرياض قسنطينة، 2004.
51. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، ط 10، 2009.
52. بوسقيعة حسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ط 16، دار هومة الجزائر 2013.
53. بوصنوبرة خليل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية دار نوميديا للنشر والتوزيع، قسنطينة 2010.
54. بوكحيل الأخضر، الإجراءات الجنائية، مطبعة الشهاب، دت.
55. تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، 2001.
56. تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، دار شالة للنشر والتوزيع، مصر، 2011.
57. تقية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
58. تقية محمد، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994.
59. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية —، ط الأولى —، الدار الجامعية، القاهرة 1988.
60. التونجي عبد السلام، المسؤولية المدنية للطبيب، دار المعارف لبنان، 1972.
61. ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، مكتبة المعارف القاهرة .

62. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، دار المعرفة، بيروت، دت..
63. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية.
64. جبار صالح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري دراسة مقارنة، مجلة المفكر العدد الحادي عشر.
65. فؤاد جاد الكريم، وعبد الصبور خلف، حق الزوجين في التفريق بالعيوب، مكتبة مدبولي، القاهرة، 1988
66. الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.
67. ابن حزي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، 1982.
68. الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1988.
69. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2009.
70. الجندي نصر أحمد، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
71. جودة محمد عواد، حقوق الطفل في الإسلام، دار الفضيلة، القاهرة، 1991.
72. ابن الجوزي، أحكام النساء، تحقيق: زيدان حمدان، دار الفكر، ط الأولى، 1989.
73. أبو جيب سعدي، القاموس الفقهي، ط الثانية، دار الفكر بيروت، 1988.
74. جيلالي بغداداي، الاجتهاد القضائي، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والاشهار، الجزائر، 1996
75. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
76. حداد عيسى، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار عنابة،

2006.

77. حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007،

78. حسن السيد حامد خطاب، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، إيتراك للنشر والتوزيع، مصر، 2002

79. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

80. حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1998.

81. حسني محمود نجيب، الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصري، دار النشر القاهرة، 1984.

82. حسنين محمد، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1983 .

83. حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا، التلقيح الصناعي أو أطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين، المكتبة العصرية: بيروت، ط الأولى، 2006.

84. حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.

85. حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

86. الحصني أبو بكر الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، المكتبة العصرية. صيدا بيروت، ط الرابعة، 1409هـ - 1988م.

87. الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

88. الحمداني رعد، النظام المالي للزوجين — دراسة مقارنة بين التشريعات العربية والتشريع الفرنسي دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010

89. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
90. الحفيف علي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
91. خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية، ط الثانية، دار القلم، الكويت، د.ت.
92. الخلوئي أحمد بن محمد المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي، دار المعارف.
93. بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004.
94. دردوسي مكي، الموجز في علم العقاب، ديوان المطبوعات الحديثة، وحدة قسنطينة، 2010.
95. الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية. الجزائر..
96. الدردير محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك في مذهب الإمام مالك، دار المعارف، مصر.
97. الدرقاوي عبد الله: إثبات النسب بين الشريعة وقانون الأسرة، مقال منشور بمجلة البحوث، العدد 4، السنة 3، يونيو 2005.
98. الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط الثالثة، 1984.
99. الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ط الثانية، دار قتيبة للنشر والتوزيع.
100. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت،

د،

101. الدناصوري عز الدين، والشواربي عبد الحميد، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية منشأة المعارف، الإسكندرية.
102. ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007.
103. ديب عبد السلام، قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية، دار القصة للنشر، طبعة 2003 .
104. الذهبي محمد حسين، الشريعة الإسلامية بين مذاهب أهل السنة والشيعة، مكتبة وهبة، د ت.
105. الرازي أبو بكر، مختار الصحاح، دار عمان، الأردن، ط الأولى، 1417 هـ-1999م.
106. الرازي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، ط الثالثة، د ت.
107. راغب وجدي، مبادئ القضاء المدني، دار الثقافة الجامعية 1999.
108. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط السادسة دار المعرفة، بيروت 1982
109. الرصاع محمد الأنصاري ، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأحنان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993.
110. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط الأولى، 2005.
111. الرملي شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان. 1984.
112. الروس أحمد، جرائم العقل والجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة من الوجهة القانونية والفنية، المكتب الجامعي، الإسكندرية، 1997.

113. زبدة مسعود، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1989.
114. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر بيروت، 1996.
115. الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط العاشرة، دار الفكر، بيروت 1968.
116. الزرقاني، شرح الزرقاني للموطأ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى، 1411هـ، 1990م.
117. زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار الكاهنة الجزائر، 2000.
118. زروقي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دار هومة 2009 .
119. أبو زهرة محمد، مالك حياته وعصره وآراؤه وفقهية، ط الثانية، دار الفكر العربي، مصر.
120. أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دت.
121. زيدان عبد المؤمن الكريم، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2000.
122. زيدومة درياس، حماية الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
123. ابن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى 2007.
124. الزيني محمد محمود، التلقيح الصناعي بين الحل والحرمة دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، 1417هـ.
125. سالمة أحمد عبد الكريم، المبسوط في شرح نظام الجنسية دار الفكر العربي القاهرة

- الطبعة الأولى.
126. السباعي مصطفى، شرح مدونة الأحوال الشخصية السورية، ط السادسة، دار الفكر، دمشق.
127. السبكي علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة 1401هـ 1981.
128. سراج محمد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، سعد سمك للنشر والطباعة، الإسكندرية.
129. السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1986.
130. سرور أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.
131. سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون لأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر 2013.
132. سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002.
133. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار البعث قسنطينة، 1989.
134. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.
135. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل - دار هومة الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011.
136. سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط الثانية، دار هومه للطباعة والنشر الجزائر، د ت.

137. سعد فضيل شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
138. سعد نبيل إبراهيم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف. الإسكندرية، 2000م.
139. سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1994.
140. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، بيروت، ط الثانية 1408هـ - 1988م.
141. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2011.
142. سعيد جبر، النظام القانوني للاسم المدني، دار النهضة العربية - القاهرة - 1990.
143. سلامة عبد الكريم، القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط الأولى، جامع الإمارات العربية المتحدة 2002.
144. سماتي الطيب، حماية حقوق الضحية خلال الدعوى الجزائية في التشريع الجزائري ط الأولى مؤسسة لبديع، 2008، الجزائر.
145. سميح عاطف الزين، العقود مجمع البيان الحديث، موسوعة الأحكام الشرعية، دار الكتاب المصري، 1994.
146. السنهوري عبد الرزاق، الوجيز في الدواوين العامة للإثبات، منشأة المعارف 2004.
147. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
148. أبو سينية محمد جمال، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة عمان، 2005.
149. سويلم رأفت فريد، الإسلام وحقوق الطفل، دار ابن الجوزي القاهرة، 2004.

150. السيد سابق، **فقه السنة**، ط الأولى، دار الفتح الإعلامي العربي، مصر، 1424هـ،
2000.
151. سيد عبد الله على، **المقارنات التشريعية**، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرون، دار
السلام ط الأولى 1421هـ - 2001.
152. السيد قطب، **في ضلال القرآن**، دار الشروق، مصر 1978.
153. الشاطبي إبراهيم بن موسى، **الموافقات في أصول الشريعة**، دار المعرفة، بيروت،
دت.
154. الشافعي، **الأم**، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ط الأولى، دار الوفاء للطباعة و
النشر، المنصورة، مصر
155. الشافعي أحمد محمود، **الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب**، الدار الجامعية للطباعة
والنشر، بيروت، 1987.
156. الشافعي محمد فريد، **البصمة الوراثية ودورها في الإثبات**، دار البيان، القاهرة،
2006.
157. الشامي محمد عمر، **حقوق الطفل تعليمها وتعلمها من خلال منهج التربية
الإسلامية**، الأونروا، دائرة التربية والتعليم، معهد التربية، 2001.
158. شتوان بلقاسم، **الصلح في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)**، ط الأولى، دار الفكر
والقانون، المنصورة، 2010
159. شتوان بلقاسم، **الخطبة و الزواج في الفقه المالكي**،، دار الفجر
160. الشريبي محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الفكر القاهرة
161. الشريبي، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط الأولى، دار المعرفة، بيروت،
لبنان، 1995.
162. الشرقاوي جميل، **دروس في النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول، دار النهضة

- العربية، 1986.
163. شريط بثينة، المرأة والقانون الأسرة والنظام القضائي في الجزائر والمغرب وتونس، في التجربة الجزائرية، طبعة إشراف سورية سعد زوي، مكتب اليونسكو التابع لمنظمة الأمم المتحدة، الرباط المغرب، مطبعة ليون المغرب، سنة 2010.
164. شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، ط الأولى، دار النهضة العربية، 2001
165. شلي مصطفى أحكام الأسرة في الإسلام دراسة المقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري، ط الرابعة الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1983.
166. شلي مصطفى، أحكام الأسرة، الإسلام دار النهضة العربية، بيروت، ط 1977.
167. شلتوت محمود، الإسلام عقيدة وشرعية، دار الشروق للنشر والتوزيع، ط الخامسة، دت
168. الشلقاوي أحمد، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
169. الشنقيطي محمد الأمين، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان.
170. شهبون عبد الكريم، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مكتبة لرشاد، السطات، المملكة المغربية، 2006
171. الشواربي، عبد الحميد، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
172. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة، ط الأولى، دار الخلدونية، الجزائر 2008
173. شبية مصطفى عبد الغني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ط الأولى،

- منشورات جامعة سيها، ليبيا 2006.
174. الشيرازي، المجموع شرح المذهب، مكتبة الإرشاد، دط.
175. الصابوني محمد علي، الموارث في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت.
176. الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الاسلام، دار وهبة القاهرة، 1983.
177. الصادق عبد الرحمان العرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان بيروت، لبنان، 2001
178. صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والموارث والوصية، ط 6 دار العلم للملايين، بيروت 1977.
179. صحصاح عاطف فؤاد، الخلع والطلاق بين الشريعة والقانون، دار إيجي للطباعة والنشر، مصر، دت.
180. الصده عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية.
181. الصده عبد المنعم فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
182. الصديق محمد الصالح، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومه، 1999.
183. الصنعاني محمد بن إسماعيل، سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المكتبة العصرية. بيروت- 1412هـ 1992م.
184. الطعيمات هاني، حقوق الإنسان وحرياته، دار الشروق، عمان، 2006.
185. طلبة أنور، الوسيط في القانون المدني، بدون ذكر لمعلومات النشر.
186. طلبة أنور، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994.
187. الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالأنظمة العربية، مطبعة

- الكاهنة، 2000.
188. طيبة محمد، الجديد في قانون الجنسية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة الجزائر 2006
189. ابن عابدين، حاشية رد المختار إلى الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1979.
190. عادل يوسف شكري، المسؤولية الناشئة عن الإهمال، دار النشر والبرمجيات، مصر، 2011
191. ابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984.
192. عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، سنة 1976.
193. عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط 1، 1984.
194. ابن عباد جليلة، بعوني خالد الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، دون دار نشر، الجزائر 2009
195. أبو العباس عادل عبد المنعم، الزواج والعلاقات الجنسية في الإسلام، مكتبة القرآن، القاهرة.
196. ابن عبد البر، الاستذكار الجامع لعلماء الأمصار، تحقيق: عبد المعطي أمين، دار قتيبة، دمشق، ط الأولى، 1993.
197. ابن عبد البر محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أديك ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية.
198. عبد الحميد محمد، الأحوال الشخصية، دار الكتاب العربي. مصر الطبعة الأولى: 1404هـ-1984م.
199. عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارنة، دار

- بلقيس، الجزائر، ط الثانية، 2016.
200. عبد الله سليمان سليمان النظرية العامة للتدابير الاحترازية المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
201. عبد المطلب إيهاب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية، المركز القومي للإصدارات القومية.
202. عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي القسم الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، 2000. الدار البيضاء.
203. ابن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ط الثالثة، دار هومه الجزائر، 2011.
204. ابن العربي، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت.
205. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط8، دار النهضة العربية، بيروت 1977.
206. العسقلاني علي بن حجر، بلوغ المرام وأدلة الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت
- 207.
208. عصيات صفوان محمد، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة، الأردن، 2009.
209. عظوم أبو القاسم، متطلبات الشهادة على المشهود عليه، تحقيق: محمد الطاهر رزقي، مكتبة الرشيد. الرياض. ط الأولى 1419هـ — 1998م.
210. علواني فرج هليل، التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الاسكندرية، 2003.
211. علي أبو حجيلة، الحماية الجزائية للعرض، وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
212. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط الثانية، ديوان

- المطبوعات الجامعية، 2003.
213. عليوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2006.
214. العمروسي أنور، موسوعة الأحوال الشخصية دار الفكر الجامعي. الاسكندارية. مصر 2000.
215. عز عبد الرحمن، خطبة النكاح، أصله، رسالة دكتوراه، ط1، مكتبة المنار، الأردن، 1985.
216. عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت.
217. الغزالي أبو حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، الطبعة الثالثة، دار القلم بيروت
218. الغندور أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلام، مكتبة الفلاح، للنشر والتوزيع، 2013.
219. الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ديوان المطبوعات، الجزائر، 2006.
220. ابن فارس أبو الحسين بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مكتبة الخانجي. مصر. الثالثة. 1402هـ - 1981م.
221. ابن فارس محمد أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة ، دار الجيل، بيروت.
222. فاروق عبد الله الكريم، الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي، دارالكتب العلمية.
223. فاضل زيدان محمد "سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة" مكتبة دار الثقافة عمان 1999.
224. فاضل زيدان محمد "سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة" مكتبة دار الثقافة عمان

1999

225. فتحي ناصف حسام، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد الأسرة الوطنية والأجنبية، دراسة مقارنة، دون دار النشر، 1996.
226. الفتلاوي عبيد، تحول العقد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
227. فراج أحمد حسن، أحكام الزواج في الإسلام، دار الجامعة الجيدة، الإسكندرية 2004.
228. فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجديدة للنشر، بيروت، 1998.
229. فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجديدة للنشر، بيروت، 1998.
230. فراج حسين أحمد، أحكام الأسرة دراسة مقارنة بين الشرع و القانون، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر 2004.
231. ابن فرحون برهان الدين تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ط الأولى 1406هـ 1986م
232. ابن فرحون برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط الأولى مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1986،
233. ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المغرب، تحقيق: محمود محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417 هـ، 1996. ابن
234. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار البدر، الجزائر، 2008.
235. فؤاد جاد الكريم، وعبد الصبور خلف، حق الزوجين في التفريق بالعيوب، مكتبة مدبولي، القاهرة، 1988،
236. فودة عبد الحكيم، الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض، دار الكتب القانونية

- القاهرة، 1994.
237. الفيروز أبادي مجد الدين ، القاموس المحيط، ط الثانية، مكتبة مصطفى الحلبي، 1371هـ.
238. الفيروز أبادي مجد الدين بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة ط: الخامسة 1416هـ - 1996م،
239. فيلاي علي، الالتزامات نظرية العقد، ط الثانية ، 2008 الجزائر.
240. فيلاي علي، الفعل المستحق للتعويض، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، ط الثالثة، 2012.
241. الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، دار الحديث. القاهرة. ط: الأولى 1421هـ-2000م.
242. القاسم محمد حسن، الالتزامات، ط الأولى، دار الجامعة لجديدة، الإسكندرية 2003
243. قداة أحمد خليل، الوجيز في شرح القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر 2005.
244. ابن قدامة موفق الدين، المغني دار الكتاب العربي بيروت 1983.
245. ابن قدامة موفق الدين، المغني، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، الطبعة الأولى، دار هجر مصر، 1411هـ
246. القدومي شاعر عبير، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط الأولى، الأردن، 2007.
247. القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواع الفروق، دار عالم الكتب، د ت.
248. القرافي شهاب الدين عبد الرحمان، شرح تنقيح الفصول، شركة الطباعة الفنية

المتحدة تحقيق: طه عبد الرؤوف، 1973

249. القرافي شهاب الدين، الفروق، دار إحياء الكتب العربية، ط الأولى، 1346هـ.
250. القرطبي محمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، ط الثانية، دار الكتاب العربي، لبنان، 1975.
251. القرطبي محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أديك ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية.
252. قلعجي محمد رواس، قنبيي حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، ط الثالثة، دار النفائس، الأردن، 1988.
253. القليوبي أحمد وعميرة أحمد، حاشيتان على منهاج الطالبين، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2005.
254. القهوجي علي عبد القادر، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
255. قيم الجوزي، تحفة المورود في أحكام المولود، مكتبة لبنان، بيروت، 1410هـ، ابن الكاساني، بدائع الصنائع، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان.
257. الكاسم نضال، ريان عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط 2، دت .
258. الكافي محمد بن يوسف، أحكام الأحكام على تحفة الحكماء، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994.
259. الكشناوي محمد، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت دت.
260. أبو كيلا عبد الفتاح أحمد، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دار الفكر الجامعي، 2008.

261. لعور أحمد، ونيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
262. لطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، ط الثانية، دار الهدى، 2009.
263. ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003 .
264. مانع علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 2001.
265. الموردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق:علي معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994 .
266. المنيت أبو اليزيد علي، جرائم الإهمال، مؤسسة شباب الجامعة، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، 1977.
267. محدة محمد، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 1994.
268. محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994.
269. محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1993.
270. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة عمان، 2005.
271. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، 2005.
272. محمد صبحي نجم، رضاء الجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، ديوان

- المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
273. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
274. محمد طيبة القانون الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات دار هومة، الجزائر، 2006 .
275. محمد عبد الحكيم مكي، جريمة هجر العائلة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر الطبعة، 1999.
276. محمد عزمي البكري: قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيد ، دار الفكر العربي، ط الثالثة، 1994.
277. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر والتوزيع، ط الخامسة ، 1996.
278. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ط الأولى 1984.
279. محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية وفي القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون الجزائر، د.ت.
280. محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية ، دار هومة، الجزائر، 2002.
281. محمود زكي شمس، الموسوعة العربية للاجتهادات القضائية الجزائرية ، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
282. محمود محبوب عبد النور، الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي ، دار العلوم بيروت، لبنان، د.ت.
283. محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، 2000.

284. محمود نجيب حسني، أبحاث في علم الإجرام، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1977.
285. مذكور محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط الثانية.
286. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
287. المرغناني علي أبو بكر، الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية، بيروت، دت.
288. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الديوان .
289. مسعود جبران، الرائد معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، ط السابعة، 1992.
290. المشهداني محمد، شرح قانون العقوبات -القسم الخاص- في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.
291. المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2010.
292. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق، 2004
293. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط الرابعة، 2004، القاهرة
294. معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الإجراءات الجزائية، مكتبة علم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، طنطا، الطبعة السادسة، 2002.
295. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المكتبة القانونية مصر 1983

296. مقلد عبد السلام، الجرائم المعلقة على شكوى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
297. مقني بن عامر، إجراءات التقاضي والإثبات في المنازعات الجنسية دار الجامعة الجديدة الطبعة 2009 .
298. مكي محمد عبد الحميد، جريمة هجر العائلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
299. بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
300. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الحص الأردني والمقارن -تنازع القوانين- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
301. ابن المنذر الإجماع، تحقيق: أبو حماد صغيرا أحمد، ط الثانية، مكتبة الفرقان عجمان الإمارات العربية.
302. منصور حسن حسن، المحيط في الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1997.
303. منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009.
304. منصور محمد حسين المسؤولية الطبية، المسؤولية المدنية لكل من الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999.
305. ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، دار صدر بيروت 1375هـ.
306. موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1981.
307. مولاي ملياني بغداددي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

308. النجار أحمد حسام، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004.
309. النجار عبد الله محمود، التعويض عن فسخ الخطبة، ط الأولى، دار النهضة العربية، مصر 2002.
310. نجم محمد صبحي، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة، عمان، 2002
311. ابن نجيم زين الدين ، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ط الأولى، دار إحياء التراث بيروت 2002.
312. النذوي أحمد علي، القواعد الفقهية ، دار القلم، دمشق، ط الثانية، 1412 هـ - 1991م.
313. نزيه نعيم شلالا، دعاوى جرائم السرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004،
314. نصر أحمد الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما ، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
315. نصر إسماعيل أبا بكر علي الباري ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، ط الأولى، دار الحامد، عمان، 2009 م.
316. نصر سلمان ، سعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر ، 2003،
317. أبو النور زهير، أصول الفقه ، دار المدار الإسلامي، ليبيا 2001.
318. نويهض عادل، معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، مؤسسة النويهض الثقافية للتأليف ط الأولى 1404 هـ 1984 .
319. أبو هاشم توفيق عيسى حامد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

320. الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول
الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار لثقافة للنشر والتوزيع عمان،
1997.
321. هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب والمواطن، منشأة المعارف
الاسكندرية، المجلد الأول 1977.
322. هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين،
دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.
323. هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من الناحية
الشرعية والقانونية، 1995.
324. الهمام كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية. دار الفكر. لبنان، ابن
325. أبو الوفا أحمد، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية،
ط الثالثة، 1998م.
326. أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب، دار
الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2000
327. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط رابعة، 1418 هـ.
328. يجياوي أعمر، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع
الجزائري، دار الأمل للطباعة، تيزي وزو، 2010.
329. يجياوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي،
دار هومة، الجزائر، 2004.

ثانيا: المجلات:

330. إبراهيم القاسم رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، مجلة الحكمة،
1423هـ، 2002.

331. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل العدد رقم: 22.
332. أحمد إبراهيم، نظام النفقات في الشريعة الإسلامية، الجامعة المصرية كلية الحقوق، مجلة المحاماة الشرعية، مصر 1930
333. إدريس الفاخوري ، نفي وإثبات النسب بالتحليل الطبية، منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 40-2003.
334. البار علي، "التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني.
335. البصل عبد الناصر، مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، مجلة الحكمة، مجلة علمية شرعية تعني بالدراسات الإسلامية، العدد 10، المدينة المنورة ط الثانية 1418هـ. أبو
336. بلحاج العربي، حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، 1990، العدد الأول.
337. بوكرب عبد المجيد، تقنين الأحكام الشرعية ودورها في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية جامعة باتنة، كلية الاجتماعية والعلوم الإسلامية، ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر الواقع والمأمول بين 12-13-14 ربيع الأول 1427هـ.
338. جاد الحق علي جاد الحق، التلقيح الصناعي والإجهاض، مقال في مجلة الأزهر السنة 55 شوال 1403هـ عدد خاص.
339. جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في ق الجزائري (جامعة البليدة) مجلة المفكر العدد الحادي عشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بسكرة
340. حميل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2005، العدد 06.

341. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، العدد40، مجلد رقم: 11، سنة: 2009.
342. داوود صباح سامي، تأديب الزوجة بين الإباحة والتجريم، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2010.
343. درية أمين تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر سياسية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة الجزائر، العدد الرابع جانفي 2011.
344. الزرقا مصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر. العدد 27، شوال 1401هـ الموافق سبتمبر 1981.
345. أبو سراج الذهب فاروق، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، العدد الثامن.
346. شوقي محمد، ضوابط المصلحة والموازنة بينها، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، العدد08، 2003.
347. بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المطلقة في الجزائر، مقال صادر بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد: 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو لكر بلقايد، تلمسان، 2011.
348. صلاح الدين جبارت اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مجلة المفكر العدد 11، جامعة بسكرة ص 157 السنة 2014.
349. عارف علي عارف، الاختبار الجيني والوقائي من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، مجلة التجديد، جامعة ماليزيا، العدد الخامس، فيفري 1999.
350. عبد الرحمان سعد: البصمة الوراثية تثبت النسب شرعا، مقال منشور على شبكة الانترنت، موقع إسلام أون لاين، تاريخ الإطلاع، 2010/11/17
351. عبد الكريم الطالب، النزاعات المدنية لمدونة الأسرة، مجلة المحاكم المغربية، عدد رقم

- 106، يناير-فبراير سنة 2007.
352. عبد الله الدرقاوي ، إثبات النسب بين الشريعة وقانون الأسرة ، مقال منشور بمجلة البحوث، العدد 4، السنة 3، يونيو 2005.
353. العقائلة زيد ، حقوق المرأة العاملة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، العدد الثامن.
354. عماري فتيحة ، قواعد النزاع في بعض مسائل قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية عدد2، 1999،
355. غانم عبد الله عبد الغني ، الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون،مجلة الفكر الشرطي، العدد43، سنة: 2002
356. إدريس الفاحوري ، نفي وإثبات النسب بالتحاليل الطبية، منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 40-2003.
357. فتحى ناصف حسام الدين، انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد الأسرة دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 38 ثمانية وثلاثون، العدد الأول.
358. فراس كريم شيعان، حسين نعمه نعيمش، تنازع القوانين في الحضانة كلية القانون -جامعة بابل،مجلة محقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، مجلة محكمة، جامعة بابل،سنة النشر2013.
359. لدرع كمال، نظرة في قانون الأسرة الجزائري ، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001، العدد01 .
360. لشهب أبو بكر ، الحضانة والرضاع في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، دراسة مقارنة مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد التاسع، سنة2004
361. محمد محمد أبو زيد ، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب ، منشور بمجلة

- الحقوق الكويتية، السنة العشرون، العدد الأول، مارس، 1996.
362. المرصفاوي حسن ، جريمة هجر العائلة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 8، العدد1، 1964.
363. مسعودي رشيد ، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار العدد 4، 2004.
364. ابن مشري عبد الحميد ، ضوابط تأديب الزوجة بين الشريعة والقانون، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر نيسكرة، العدد السادس.
365. ابن موسى عبد الناصر، اقتران العقد بشرط تقييدي في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية في المملكة الهاشمية الأردنية ، البلقاء للدراسات والبحوث، الأردن، العدد الأول، 1995.
366. النجار زغلول، البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 65، السنة 1425هـ.
367. يوسف وهابي: "جرائم بيت الزوجية والحماية الجنائية للزوجين على ضوء تعديلات القانون الجنائي الأخيرة"، مقال منشور بمجلة الملف، عدد 5- يناير 2005

ثالثا: الرسائل الجامعية:

368. أمل فاضل عبدو الخشان، العنف ضد المرأة، دراسة مقارنة في القانون الجنائي والقانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد 2002 .
369. خليل سعيد خليل، التعويض عن تفويت الفرصة في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، 2004-2005.
370. زمولي يسمينة ، ماجستير في التاريخ الاجتماعي ، الألقاب العائلية في الجزائر من خلال قانون الحالة المدنية أواخر القرن التاسع عشر ميلادي: مدينة جامعة قسنطينة،

جويلية 2003،

371. سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه دولة في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1417هـ، 1997م.
372. قصير علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر 2008.
373. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

رابعا: القوانين، والأوامر، والمراسيم

374. المرسوم رقم 83 / 481 المؤرخ في 13 أوت 1983 المتعلق بالأحكام المشتركة لموظفي الأمن الوطني
375. وثيقة تعديل الدستور الصادر في في 28 ديسمبر 2015.
376. القانون رقم: 76-101 سنة 1976 المتضمن قانون الضرائب.
377. المرسوم التنفيذي 92 — 24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71 — 157 المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب.
378. المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، منشور في: الجريدة. الرسمية. عدد 76 لسنة 1996.
379. المرسوم 96-209 المجلس الوطني للصحة والأمن وطب العمل تفاديا لوقوع مشاكل
380. المرسوم التنفيذي 97-152 المتعلق بالأجر الوطني الأدنى المضمون
381. المرسوم التنفيذي رقم 06/154 المؤرخ في: 13 ربيع الثاني 1427هـ الموافق لـ: 11 مايو 2006 المحدد لشروط و كفايات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من

الأمر 02/05.

382. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في: 18 صفر 1366هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية العدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02-15 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق ل 23 يوليو 2015 23 يوليو سنة 2015

383. الأمر 156/66 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق: 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

384. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014

385. الأمر رقم: 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390هـ الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005 التي تنص على منع الأم الجنسية لأولادها من الأمر 01/05.

386. الأمر 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المعدل بالأمر 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني.

387. قانون رقم: 05/04 المؤرخ في: 06/02/2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم: 12 بتاريخ: 13/02/2005

388. القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للمرسوم 58/75 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

389. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27

فبراير 2005.

390. القانون رقم 83-11 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 94-04 مؤرخ في 30 شوال 1414 الموافق 11 أبريل سنة 1994، والأمر رقم 96-17 مؤرخ في 20 صفر عام 1417 الموافق 6 يوليو سنة 1996
391. قانون رقم: 481/83 المتعلق بتحرير الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني والصادر بتاريخ: 13/08/1983.
392. القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق 16 فبراير 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 13 - 08 مؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق 20 يوليو 2008.
393. قانون 11/90 المؤرخ في: 21 فبراير 1990 المتعلق بعلاقات العمل
394. القانون رقم 02/06 المؤرخ في: المتعلق بتنظيم مهنة الموثق 21 محرم 1427 هـ الموافق لـ 20 فبراير 2006.
395. الأمر: رقم: 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 هـ الموافق 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.
396. 1 القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 18 صفر 1429 هـ الموافق ل: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
397. القانون رقم: 10/11 المؤرخ في: 20 رجب 1432 الموافق ل: 22 جويلية 2011 المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية رقم: 37 المؤرخة في: 03 جويلية 2011.
398. الأمر: 01/14 مؤرخ في 4 ربيع الثاني 1435 الموافق 4 فبراير 2014 المعدل الأمر 156/66 المؤرخ: 18 صفر 1386 هـ، الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن في قانون العقوبات

399. القانون رقم: 15-12 المؤرخ: في 28 رمضان 1436هـ، الموافق ل15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.
400. القانون 15-19 المؤرخ: في 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم، الأمر 156/66 المؤرخ في: 18 صفر 1386، الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات.
401. القانون رقم. 16-01 المؤرخ: في 26 جمادى الأولى 1437 الموافق 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.
402. ظهير شريف رقم: 1/4/22 الصادر في 12 ذي الحجة هـ الموافق 3 فيفري 2004 المتعلق بتنفيذ الأمر 3/70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

-اجتهادات المحكمة العليا:

403. المحكمة العليا، غ.أ.ش 12/01/1987، م ق 1989، 2، م ق 1990.
404. المحكمة العليا، قرار رقم 52207 بتاريخ: 02/01/1989.
405. القضائية العدد 1 السنة 1991 ملف رقم: 55116 بتاريخ 02/10/1989 .
406. المجلة القضائية العدد الثالث 93 ملف رقم: 73630 قرار بتاريخ 1991/02/20.
407. المحكمة العليا ، ملف رقم: 54930 بتاريخ: 14/02/1989، المجلة القضائية ، العدد 2، 2001.
408. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 23/4/1991، ملف رقم 73919، المجلة القضائية 1993.
409. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18/06/1991 ملف رقم، 15 735 م ق، 1992
410. المحكمة العليا قرار رقم 59013 بتاريخ 19/02/1990، المجلة القضائية، لسنة 1991. العدد 4.
411. المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف

- رقم: 59784، المؤرخ في: 1990/04/16، العدد الرابع، 1991
412. المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 79891، المؤرخ في: 1990/04/30، العدد الأول، 1992.
413. المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 59784، المؤرخ في: 1990/04/16، العدد الرابع، 1991.
414. المحكمة العليا قرار رقم: 59013 بتاريخ 19/02/1990، المجلة القضائية، لسنة 1991، العدد 4.
415. المحكمة العليا، ملف رقم: 91671، قرار بتاريخ: 23/06/1993، سنة: 1994
416. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ملف رقم: 962 38 المؤرخ في: 28/09/1993.
417. المحكمة العليا، ملف رقم: 128928 مؤرخ في: 03/01/1995، المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1995، الديوان الوطني للأشغال، 1995.
418. المجلة القضائية العدد 1 السنة 1991 ملف رقم: 55116 بتاريخ 1989/10/02
419. المجلة القضائية العدد الثالث 93: ملف رقم 73630 قرار بتاريخ 1991/02/20
420. المجلة القضائية، العدد الخاص باجتهد عريضة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، سنة 2001، قرار رقم: 210 422 المؤرخ في: 17-11-1998.
421. المجلة القضائية، المحكمة العليا، ملف: 130691، المؤرخ: 1996/7/14، العدد الأول، 1999.
422. المجلة القضائية، المحكمة العليا، ملف: 130691، المؤرخ: 1996/7/14، العدد الأول، 1999
423. المجلة القضائية، ملف: 228139 بتاريخ: 16/11/1999، العدد 2، 2000 لديوان الوطني للأشغال.

424. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 18/05/1999، ملف رقم 192665، المجلة القضائية، عدد خاص.
425. قرار المحكمة العليا: ملف رقم 123889 بتاريخ 24/10/1995، نشرة القضاة، عدد 52.
426. المجلة القضائية، القرار الصادر بتاريخ: 06-01-1996 العدد 54، سنة 1999
427. المجلة القضائية، ملف: 228139 بتاريخ: 16/11/ 1999 العدد 2، 2000 الديوان الوطني للأشغال.
428. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/10/17، ملف رقم: 253111
429. المجلة القضائية 2003، العدد الثاني، ص 267، ملف رقم 249128، المؤرخ في 2000/07/18.
430. المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 214290، المؤرخ في: 15/12/1998، عدد خاص، 2001.
431. المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ،ملف: 2226، بتاريخ 15-06-1999 عدد خاص 2001.
432. المحكمة العليا، ملف رقم: 54930 بتاريخ: 14/02/1989، المجلة القضائية ، العدد 2، 2001،
433. المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 214290، المؤرخ في: 15/12/1998، عدد خاص، 2001.
434. المحكمة العليا، ملف رقم: 251929 مؤرخ في: 25/07/2000، المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2000، الديوان الوطني للأشغال، 2001.
435. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 23/01/2001، ملف رقم 25855 المجلة القضائية 2002، العدد الثاني.

436. المجلة القضائية، قرار رقم: 258555، المؤرخ في: 23/01/2001، العدد 02،
سنة 2002.
437. الاجتهاد القضائي لغرفة الجرح والمخالفات، قسم الوثائق المحكمة العليا، عدد خاص
جزء 01، سنة 2002.
438. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث ملف رقم: 317 401، المؤرخ
في: 11/10/2006 الصادر في المجلة القضائية العدد الثاني .
439. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 415123، المؤرخ في: 12
مارس 2008.

خامسا: المراجع باللغة الأجنبية:

440. °Nicolas Valticos, Droit International Du Travail, 2éme Ed, Dalloz,
Paris, 1983.
441. Behnam Ramsès Et Mahdi Abderraouf, La Protection De L'Enfant
En Droit Pénal Egyptienne, RIDP, 1979.
442. Garraud Rene, Traite Théorique Et Pratique Du Droit Pénal
Français, 3°Édition, Paris, 1924.
443. Gaston Stefani Georges Levasseur Et Bouloc Bernard. Droit Pénal
Général Paris 2005.
444. Genevieve Giudicelli-Delage: Droit A La Protection De La Santé Et
Droit Pénal En France , Rev. S.C, 1996.
445. GHAOUTI BENMELHA Elément Du Droit Algèrien De La Famille
Tomè Premier Le Mariage Et Sa Dissolution Office De Publixation
Univercitaires Publicud Paris 1985 .
446. Iayachi messaoudi: La Discrimination A L'égard De La Femme En
Droit International Privé Marocain , RIDC, 1992 , Volume 44 , N° 4 P
953.
447. Sabine Abravanel-Jolly, La Protection Du Secret En Droit Des
Personnes Et De La Famille, Doctorat & Notariat, Collectiont De
Thèses, Dirigée Par Bernard Beignier, Defrénois, Paris

سادسا: المواقع الإلكترونية:

448. زوزو فريدة، الحكم الشرعي لتنظيم النسل بتاريخ 2007/07/09 موقع الكتروني www.islammessage.com
449. رشيدة بلال، عقد الزواج لدى الموثق التقاليد و"الشك" يحدان من انتشاره، نشر: يوم 03 - 05 - 2008 www.djazairess.com
450. الألباني ناصر، سلسلة فتاوي الألباني المرأة والنكاح والطلاق موقع انترنت، منشور بتاريخ: 12-05-2009 www.ahlhadeeth.com
451. والقيد الحسين، الزواج المختلط في دول المغرب العربي ، مقال كلية حقوق وجدة، مقال منشور في الموقع www.article.droit.blogspot.com تاريخ الإطلاع عليه 20/11/2009.
452. الطيار أحمد عبد الله، أثر الأمراض المعدية في الفرقة بين الزوجين، الموقع الإلكتروني، تاريخ الإطلاع: 12/08/2011 www.m-islam.com
453. اتفاقية حقوق الطفل تظم في طياتها 54 مادة، وصادقت عليها 193 دولة إلى غاية سنة 2008، من موقع بتاريخ: 02/01/2012 www.crin.org
454. عبيد حسن، الحمل الاصطناعي الإشكالات والموانع موقع الإنترنت: <http://arabic.baynat.org> 2013/12/13
455. فتوح الشاذلي، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية 2012، الحكومة تدرس تعديل قانون «الضمان الاجتماعي» ليواكب التغيرات <http://www.ncwegypt.com/index.php/ar/docswomen/pslara/441-worklawara>
456. أبو القاسم الطيبي منتدب قضائي، إشكاليات التنفيذ في قضايا الأسرة المتعلقة بحقوق الزوجة والأطفال - الناظور نموذجاً - مقال على الانترنت -modawanat- elosra.blogspot.com، تاريخ الإطلاع عليه: ديسمبر 2013.

457. موقع انترنت منشور بتاريخ: 12 أفريل 2014. www.Courdenedeja.m.justice.dz
458. الحماية الجنائية للأسرة بحث لنيل الإجازة المغرب موقع انترنت....<http://www.maghress.com>
459. www.maghress.com
460. مقال حول الطلاق التعسفي، منشور عبر الانترنت، بتاريخ: 2014/10/07 www.dryumana.com
461. شهبون محمد، الحماية الجنائية للواجبات الزوجية في مسودة مشروع القانون الجنائي <http://www.marocdroit.com>
462. حوار صحفي مع موثق بيوزريعة الأستاذ: عبد الله منصور منشور على موقع www.djazairress.com تاريخ الإطلاع عليه: 2014/01/05
463. أشغال مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، المنعقد بجامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد 2، فندق هلتون العين 5-7 مايو، 2002 م ص 736 منشور على الموقع الالكتروني التالي : http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/2002/2.pdf تاريخ الإطلاع عليه 2014/04/05
464. www.avocatagerien.blogspot.com الأستاذ بن وراة محمد طيب، دار المحامي الجزائري، تاريخ الإطلاع: 21 ماي 2014.
465. www.who.int/mediacentre موقع منظمة الصحة العالمية على الإنترنت، بعنوان، العنف الممارس ضد المرأة من قبل شريكها المعاشر والعنف الجنسي الممارس ضدها. نوفمبر 2014
466. خالد تومي، أعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، موقع إنترنت، بتاريخ: 2014/6/5 www.marocdroit.com
467. www.nfsp.org.sa/supportingcenter الحماية القانونية للمرأة ،

تاريخ النشر 2015 /06/05.

468. قسمة المال الشائع عند المشرع الجزائري مقال منشور على موقع الإنترنت

www.shababdz.com، تاريخ الإطلاع عليه: 10 أبريل 2015

469. السيف عبد الله بن صالح، مقال حول حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي ،

منشور على شبكة الإنترنت، تاريخ الإطلاع عليه:

www.faculty.ksu.edu.sa/ 2015/12/3

470. www.islamonline.net: موقع إلكتروني، زنا المحارم مشاكل وحلول

471. الحكماء عبد الحكيم، نظام الجزاءات الإجرائية الجنائية بين التشريع ومنهجية

التفعيل، اسم الموقع: www.fsjes

472. تصريح الطيب لوح ، حول تعديلات التي مست قانون العقوبات ، تاريخ

الإطلاع عليه: 20 يناير 2016، موقع الإنترنتك <http://www.aps.dz>،

473. المحامي عمر مهدي، موضوع جنحة الزنا في الجزائر

www.djazair.com1

474. موقع إلكتروني تم الإطلاع عليه في جويلية 2015 hotmail.com

dvosami@

475. — أمغار محمد، إضاءتهما حول المساطر المتعلقة بتغيير الاسم العائلي أو

الاسم الشخصي، موقع انترنت www.ahewar.org

خامساً: فهرس الموضوعات

| من أ - ح | مقدمة |
|----------|--|
| | الباب لأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج وآثاره. |
| | الفصل الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج. |
| 5 | المبحث الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم نشأة الرابطة الزوجية الشروط الموضوعية. |
| 7 | المطلب الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم نشأة الرابطة الزوجية. |
| 7 | الفرع الأول: تقنين أحكام الأسرة عند المشرع الجزائري. |
| 12 | الفرع الثاني: عقد الزواج ومقدماته. |
| 24 | المطلب الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الشروط الموضوعية لقيام الرابطة الزوجية. |
| 25 | الفرع الأول الرضا ركن الزواج. تعريف العيوب، حدود تطبيقها، الأثر المترتب عن غيابها عند المشرع. |
| 46 | الفرع الثاني: شروط صحة الزواج |
| 56 | المبحث الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الشروط الشكلية. |
| 56 | المطلب الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الشروط الشكلية المتعلقة بتسجيل عقد الزواج |
| 57 | الفرع الأول : إجراءات تسجيل عقد الزواج . |

| | |
|---|--|
| 60 | الفرع الثاني: شروط تسجيل عقد الزواج، وإجراءاتها |
| 66 | المطلب الثاني: الشروط الشكلية من: الأهلية و الفحص الطبي,و الشروط الاتفاقية |
| 66 | أولاً: الأهلية |
| 71 | ثانياً: الفحص الطبي |
| 77 | ثالثاً: الشروط الاتفاقية |
| الفصل الثاني: | |
| علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج وجزاء الإخلال بها | |
| 84 | المبحث الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج الموضوعية والقانونية. |
| 85 | المطلب الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج الموضوعية |
| 85 | الفرع الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في: تنظيم آثار الزواج الشخصية والمالية على طرفيه |
| 104 | الفرع الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج المالية على الأصول والفروع |
| 110 | الفرع الثالث: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الآثار الشخصية للزواج المرتبطة بالأصول والفروع: |
| 113 | المطلب الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الزواج القانونية |
| 113 | الفرع الأول: الاسم والجنسية. |
| 143 | الفرع الثاني: العمل والضمان الاجتماعي |
| 156 | الفرع الثالث: إثبات عقد الزواج. |

| | |
|-----|--|
| 167 | المبحث الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج. |
| 169 | المطلب الأول: الدعوى الجزائية وإجراءات ممارستها. |
| 169 | الفرع الأول مفهوم الدعوى، والسلطة المختصة بها. |
| 174 | الفرع الثاني: مفهوم الشكوى، وشروط ممارستها. |
| 177 | المطلب الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج. |
| 177 | الفرع الأول: العلاقة في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج بالزوجين. |
| 179 | البند الأول: الجرائم المرتبطة بالعنف المادي. |
| 220 | البند الثاني: الجرائم المرتبطة بالإهمال. |
| 228 | الفرع الثاني: العلاقة في تنظيم جزاء الإخلال بآثار الزواج المرتبطة بالأصول والفروع. |
| 228 | البند الأول: الجرائم المرتبطة بحماية الطفل من جرائم الإيذاء المادي والأخلاقي. |
| 231 | أولاً: حق الطفل في الحياة والصحة السليمة . |
| 237 | ثانياً: الجرائم الماسة بالأخلاق. |
| 244 | البند الثاني: الجرائم المرتبطة تعريض الأطفال للخطر والجرائم المرتبطة بالاعتداء على المال. |
| 244 | أولاً: الجرائم المرتبطة تعريض الأطفال للخطر. |
| 250 | ثانياً: الجرائم المرتبطة بالاعتداء على المال. |

| | |
|---|---|
| الباب الثاني: | |
| علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج وآثاره. | |
| الفصل الأول: | |
| علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الزواج | |
| 259 | المبحث الأول: العلاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية المتعلقة بالشروط الموضوعية. |
| 260 | المطلب الأول: العلاقة في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية المرتبطة بالشروط الموضوعية. في الطلاق بإرادة الزوج. |
| 269 | المطلب الثاني: العلاقة في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية المرتبطة بالشروط الموضوعية في الطلاق بغير إرادة الزوج. |
| 296 | المبحث الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم الشروط الشكلية لانحلال الرابطة الزوجية. |
| 297 | المطلب الأول: إجراءات الدعوى القضائية المتعلقة بانحلال الزواج |
| 297 | الفرع الأول: شروط وإجراءات رفع الدعوى. |
| 302 | الفرع الثاني: الاختصاص. |
| 305 | المطلب الثاني: تطبيقات الشروط الشكلية على دعاوى الانحلال-الصلح والتحكيم. |
| 306 | الفرع الأول: الصلح في انحلال الزواج بين القواعد الموضوعية والممارسة الإجرائية. |
| 310 | الفرع الثاني: التحكيم. |

| الفصل الثاني: | |
|--|--|
| علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار انحلال الزواج وجزاء الإخلال بها. | |
| 314 | المبحث الأول: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم آثار الانحلال القانونية والموضوعية. |
| 315 | المطلب الأول: تنظيم آثار انحلال القانونية الإثبات، والتعويض، والجنسية. |
| 315 | الفرع الأول: الإثبات و إجراءاته. |
| 315 | البند الأول: طرق إثبات الطلاق شرعا وقانونا. |
| 318 | البند الثاني: إجراءات إثبات الطلاق |
| 318 | أولا: إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة. |
| 321 | ثانيا: إثبات انحلال الزواج بغير إرادة الزوج. |
| 324 | الفرع الثاني: أثر الانحلال في استحقاق التعويض . |
| 324 | البند الأول: الإطار لمفاهيمي التعويض عن التعسف |
| 326 | البند الثاني: إمكانية التعسف في إيقاع الفرقة. |
| 340 | الفرع الثالث: أثر انحلال الرابطة الزوجية على الجنسية و على فكرة النظام العام. |
| 340 | البند الأول: أثر انحلال الزواج على فكرة الجنسية. |
| 342 | البند الثاني: أثر انحلال الزواج على فكرة النظام العام. |
| 344 | المطلب الثاني: تنظيم آثار انحلال الزواج الموضوعية . |
| 345 | الفرع الأول: تنظيم آثار انحلال الموضوعية المشتركة المتعلقة بطرفي العلاقة. |
| 362 | الفرع الثاني: تنظيم آثار انحلال الموضوعية المتعلقة بالأصول والفروع النسب الحضانة الزيارة. |

| | |
|----------|---|
| 414 | المبحث الثاني: علاقة قانون الأسرة بفروع القانون الأخرى في تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج. |
| 415 | المطلب الأول: تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج المتعلقة بحق الحضانة. |
| 416 | المطلب الثاني: تنظيم جزاء الإخلال بآثار انحلال الزواج المتعلقة بحق الزيارة. |
| 430 | خاتمة. |
| 437 | قائمة المصادر والمراجع. |
| الفهارس. | |
| 437 | فهرس الآيات القرآنية. |
| 444 | فهرس الأحاديث. |
| 448 | فهرس الأعلام. |
| 449 | قائمة المصادر والمراجع |
| 490 | فهرس الموضوعات. |

المُلخَص

جامعة الأمير عبد الوهاب للعلوم الإسلامية

ملخص الرسالة :

تعتبر الأسرة الدعامة الأساسية لبناء المجتمع لذلك لم يكتف المشرع الجزائري بتنظيم شؤونها، وإفراد مسائلها بقانون خاص؛ حاول فيه التوفيق بين أحكام الشرع، وتنوع، و تجدد متطلبات العصر، وإنما وضع له إجراءات عملية لتفعيله واقعيًا، وتحقيق الحماية له مدنيا و جزائيا من أي فعل يمكن أن يمس بكيان الأسرة و لمعرفة طبيعة العلاقة التي تربط مختلف فروع القانون بقانون الأسرة في التشريع الجزائري، فيما يتعلق بتنظيم مسائل الزواج و انحلاله و آثار كل منهما ومدى توافقها مع أحكام الفقه الإسلامي جاءت دراسة هذا الموضوع الذي التي توصلت إلى عدة نتائج نذكر منها : علاقة قانون الأسرة بفروع القانون العام كعلاقته بالقانون الدستوري الذي تضمن النص على حمايتها، و العلاقة مع قانون العقوبات الذي يمثل الدرع الواقي لصد أي اعتداء على أفرادها سواء أكان ذلك عند قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها، وكذا علاقة قانون الأسرة بالقوانين الإجرائية كقانون الإجراءات المدنية، و قانون الإجراءات الجزائية في حال رفع مختلف الدعاوى.

و إبراز العلاقة مع القانون المدني باعتباره الشريعة العامة تظهر في عدة صور كأركان العقد و شروطه، و آثاره، و مسائل الأهلية، و المسؤولية المدنية، ...، أما العلاقة مع القانون الدولي الخاص فتبرز من خلال تنازع القوانين من حيث المكان و تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج و آثاره، و كذا القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج و آثاره، أما العلاقة مع قانون الجنسية فتتعلق بأنواع الجنسية، و طرق اكتسابها والتي منها الزواج المختلط، و كذا حالات فقدانها، أو التجريد منها وتنوع آثارها على أفراد الأسرة تبعاً لذلك، أما فيما يتعلق بعلاقة قانون الأسرة بقانون الحالة المدنية فتتمثل في عدة صور منها قواعد الإثبات و التسجيل، و العلاقة مع قانون الصحة خاصة فيما يتعلق بالمسائل الطبية المتعلقة بالأسرة كالفحص الطبي، و الطرق العلمية لإثبات النسب بالإضافة إلى علاقته بالنصوص الخاصة الأخرى.

Résumé :

La famille est considérée comme le pilier de la société. C'est pour cela le législateur Algérien ne s'est pas contenté d'organiser ses affaires, en mettant l'accent sur ses questions par une loi spéciale, mais il a essayé de concilier les dispositions de l'Islam avec la diversité et les exigences renouvelées de notre époque, mais plutôt promulguer des mesures susceptibles de l'activer effectivement, et d'assurer une protection civile et pénale contre tout acte susceptible de porter atteinte à la famille et de connaître la nature de la relation entre les diverses branches du droit avec le droit de la famille dans la législation algérienne, relative à l'organisation et la dissolution du mariage et leur affaires, ainsi que leur effets et leur compatibilité avec les dispositions de la jurisprudence islamique. C'est dans ce contexte que s'inscrit notre travail, qui a abouti à des conclusions qui mettent en évidence cette relation

étroite entre toutes les branches de droit, et notamment la relation du droit de la famille et les autres branches de droit public comme sa relation avec le droit constitutionnel, ce dernier a consacré des textes pour la protection de la famille, et vient s'ajouter la relation du droit de la famille avec le code pénal, ce dernier qui représente une défense contre toute atteinte aux membres de la famille, soit lors de la vie conjugale ou après la dissolution du lien conjugal, ainsi que la relation entre le droit de la famille avec le code des procédures comme le code des procédures civiles et le code des procédures pénales en cas de dépôt d'une plainte.

De plus, la relation avec le droit civil comme droit public, apparaît sous plusieurs aspects comme les éléments et conditions d'un acte et ses effets, et les affaires civiles ainsi que la responsabilité civile ...etc. La relation du droit de la famille avec le droit international privé se manifeste notamment dans le conflit de lois en termes de localisation et de détermination de la loi applicable au mariage et ses effets, ainsi que la loi applicable à la dissolution du mariage et ses effets. Quant à la relation du droit de la famille avec la loi sur la nationalité, elle apparaît dans les types de la nationalité, et les méthodes d'acquisition de la nationalité par le mariage mixte, ainsi que dans les cas de perte ou de déchéance de la nationalité et les divers effets qui en résultent, soit pour les membres de la famille. En ce qui concerne la relation du droit de la famille avec le code de l'état civil, elle se manifeste sous plusieurs aspects, tels que les règles de preuve et de l'enregistrement. La relation du droit de la famille avec la loi sur la santé se confirme notamment dans les questions médicales liées à la famille comme l'examen médical et les méthodes scientifiques suivies pour prouver l'affiliation, ainsi que la relation du droit de la famille avec d'autres textes spéciaux.

Abstract:

The family is considered the cornerstone of the society ,that is why the Algerian legislator has not only sought to organize family issues by devoting a special law; but rather he has tried to reconcile the rulings of Islam, with the diverse and renewed requirements of the present time, and has also specified some measures and practical actions to be activated in order to achieve civil and penal protection against any act that may infringe

the family's entity .To identify the nature of the relationship between the various branches of law and the family law in the Algerian legislation, concerning the organization of the marriage and its dissolution issues and the effects of each of them and their compatibility with the provisions of Islamic jurisprudence ,the present work which has reached several conclusions that all highlight this close relationship; including the relationship between the family law and the branches of public law as the constitutional law, the latter includes texts aiming at the protection of the family, and its relationship with the Penal code which stands as a shield to repel any attack on members of the family both during the conjugal life or after the dissolution of the conjugal relationship, as well as the relationship between family law with the code of Procedure as the civil Procedure law and the code of criminal Procedure in the event of a complaint.

The relationship with civil law as a public law appears in multiple aspects as elements the contract terms and conditions, and its effects, and civil matters, and civil liability, ..., and the relationship with the private international law through highlights the conflict of laws in terms of location and determine the law applicable to the marriage and its effects, as well as the law applicable to the dissolution of the marriage and the effects of the law, and the relationship with the Nationality law such as the Nationality types, and methods of its acquisition like mixed marriages, as well as cases of loss and deprivation of nationality and the various resulting effects on family members. Regarding the relationship between family law and civil status law, it is represented in several aspects, including the rules of evidence and registration, and the relationship with the Health Law, particularly with regard to medical issues related to the family as the medical exam and the scientific methods used to prove affiliation as well as the relationship between family law and other special texts.